

DIE HAFTUNG FÜR FREMDES VERHALTEN
OHNE EIGENE TATBESTANDSVERWIRKLICHUNG
IM PRIVATRECHT

JÜRGEN PRÖLSS

Einleitung	1
1. Kapitel: Die Fremdhafung kraft Identifikation des Haftenden mit dem Urheber eines Handelns im Hinblick auf die Anwendung einer Haf- tungsnorm	9
1. Abschnitt: Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Mittel zu einem eigenen Zweck des Haftenden ("Zweckverfolgungs- oder Gehilfenhaftung")	9
1. Unterabschnitt: Das Modell der Haftung	9
2. Unterabschnitt: Die Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges im geltenden Recht	26
A. Die Haftung wegen Ausbleibens eines ge- schuldeten Erfolges	27
B. Die Haftung wegen Ausbleibens eines im Interesse eines Dritten liegenden, nicht geschuldeten Erfolges	125
3. Unterabschnitt: Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen im geltenden Recht	157
2. Abschnitt: Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Ausübung einer eigenen Position des Haftenden ("Ausübungshaftung")	179
1. Unterabschnitt: Das Modell der Haftung	179
2. Unterabschnitt: Die Ausübungshaftung im geltenden Recht	188
A. Die Haftung für die Ausübung sich auf Sachen beziehender Positionen	188
B. Sonstige Fälle der Ausübungshaftung	219
2. Kapitel: Die Fremdhafung kraft Identifikation des Urhebers tatbestandsmäßigen Handelns mit dem Inhaber eines Vermögens im Hinblick auf die Haftungsfolgen	223

1. Abschnitt: Das Modell der Haftung	224
2. Abschnitt: Die Haftung des Vermögens natürlicher Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung im geltenden Recht	233
1. Unterabschnitt: Die Haftung für gesetzliche Vertreter	233
2. Unterabschnitt: Die Haftung für "Vertreter kraft Amtes"	260
3. Unterabschnitt: Die Haftung für leitende Angestellte	277
3. Abschnitt: Die Haftung des Vermögens juristischer Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung im geltenden Recht	280
4. Abschnitt: Die Haftung eines Gesamthandsvermögens wegen der Tatbestandsverwirklichung eines Gesamt- händers im geltenden Recht	313
5. Abschnitt: Die Haftung der Mitglieder einer Bruchteilsgemeinschaft	327

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

A. Die Abgrenzung des Themas	1
I. Die Haftung für fremdes Verhalten	1
II. Die Haftung für fremdes Verhalten ohne eigene Tatbestandsverwirklichung	2
B. Zum Gang der Untersuchung	7
1. Kapitel: Die Fremdhftung kraft Identifikation des Haftenden mit dem Urheber eines Handelns im Hinblick auf die Anwendung einer Haftungsnorm	9
1. Abschnitt: Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Mittel zu einem eigenen Zweck des Haftenden ("Zweckverfolgungs- oder Gehilfenhaftung")	9
1. Unterabschnitt: Das Modell der Haftung	9
A. Gründe und Voraussetzungen der Haftung im allgemeinen	9
B. Die Voraussetzungen der Haftung im einzelnen	13
I. Die Äquivalenz fremden Handelns als Mittel zur Herbeiführung eines Erfolges ("funktionale Äquivalenz")	13
1. Die Bezogenheit des Erfolges auf den Haftenden	13
a) Allgemeines	13
b) Das Entstehen des Bezuges im Zeitpunkt des Erfolgseintritts	14
2. Das äquivalente Fremdhandeln	16
a) Allgemeines	16
b) Die Reichweite des als Mittel zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges äquivalenten Handelns	19
II. Die Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen ("Äquivalenz des Zweckverfolungsrisikos")	23

1. Die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges	23
2. Die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung sonstiger Interessen	25
2. Unterabschnitt:	
Die Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges im geltenden Recht	26
A. Die Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges	27
I. Die ratio des § 278 BGB	27
1. Einige Argumente und ihre Kritik	28
a) Der Garantiedanke	29
b) Der Vorteils- und der Herrschaftsgedanke; die Sphäre	31
c) Das Gefahrerhöhungsargument	37
d) Der Gedanke des besseren Schadensträgers	38
e) Sonstige Argumente	41
f) Die Kombination von Argumenten und das "bewegliche System"	42
2. Die Gehilfenhaftung nach § 278 als Identifikationshaftung	46
II. Das Ausbleiben eines geschuldeten Erfolges	49
1. Die in Betracht kommenden Pflichten	49
a) Allgemeines	49
b) Unterlassungspflichten	50
c) Schutz- und Aufklärungspflichten	51
d) Verkehrspflichten	53
e) "Sachenrechtliche" Pflichten	57
2. Das Fehlen einer Pflicht zur Herbeiführung des ausgebliebenen Erfolges in bestimmten Fällen	60
a) Die Erfüllung der Pflicht durch Einsatz des "Fremden"	60
b) Die Befreiung von der Pflicht durch deren Übergang auf den "Fremden" (sog. Substitution)	63
III. Die Nichthaftung des Schuldners wegen Fehlens eigener Tatbestandsverwirklichung als ungerichtfertigter Nachteil des Gläubigers	65

1. Die funktionale Äquivalenz des (vorgenommenen oder vorzunehmenden) Fremdhandelns	66
a) Allgemeines: Die Abgrenzungsschwierigkeiten der h.M.	66
b) Das Veranlassungserfordernis	71
aa) Allgemeines	71
bb) Relativierungen des Veranlassungserfordernisses und Einzelheiten	73
cc) Zur fehlenden Äquivalenz fremden Handelns trotz erfolgter Veranlassung bei Handlungen bestimmten Inhalts, im Falle einer eigenen Pflicht des "Fremden" und bei Veranlassung auch durch den Gläubiger	76
c) Das Wollen des geschuldeten Erfolges oder vorangehender "äquivalenzstiftender" Erfolge als Motiv der Veranlassung	82
aa) Allgemeines	82
bb) Die fehlende Äquivalenz gewisser Fremdhandlungen als Mittel zu einem bestimmten Erfolg trotz Veranlassung (auch) schon im Hinblick auf diesen Erfolg	84
d) Die genannten Erfordernisse als hinreichende Bedingungen der funktionalen Äquivalenz fremden Handelns	88
e) Zusammenfassung	88
2. Die Haftung des Schuldners im Falle seiner Identität mit dem Urheber des fremden Verhaltens	90
a) Das fremde Verhalten als Gegenstand der Projektion (insbesondere zur Frage der sog. Wissenszurechnung)	90
b) Die Haftung des Schuldners als Folge der Projektion des Fremdverhaltens	92
aa) Allgemeines	92
bb) Die Haftung des Schuldners als Folge der Projektion eines fremden Verhaltens vor Entstehung der Pflicht	96

IV. Zum Bereich des haftungsbegründenden Fremdhandelns bei einzelnen Pflichten	99
1. Zur Fremdhafung des Verkäufers	99
a) Zur Fremdhafung des Händler-Verkäufers	99
b) Zur Fremdhafung des Hersteller-Verkäufers	101
2. Zur Fremdhafung des Werkunternehmers und des Dienstverpflichteten	102
3. Zur Fremdhafung des Aufklärungspflichtigen	106
a) Allgemeines	106
b) Die Fremdhafung wegen arglistiger Täuschung	113
aa) Die Täuschung im Rahmen des § 123	113
bb) Das arglistige Verschweigen eines Mangels	120
4. Die Fremdhafung des Warenherstellers im Hinblick auf seine Verkehrspflichten	123
B. Die Haftung wegen Ausbleibens eines im Interesse eines Dritten liegenden, nicht geschuldeten Erfolges	125
I. Allgemeines	125
II. Die Fremdhafung bei den wichtigsten Obliegenheiten	128
1. Die Obliegenheiten des Geschädigten gemäß § 254 BGB	128
a) Die Obliegenheit des § 254 I	128
b) Die Obliegenheiten des § 254 II	135
2. Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers (und subjektive Risikoabschlüsse)	138
a) Aufriß und Kritik der herrschenden Meinung	138
aa) Die Wissenserklärungsvertreter	139
bb) Der Repräsentant	141
b) Die eigene Konzeption der Fremdhafung des Versicherungsnehmers	146
aa) Allgemeines	146

bb)	Zum Bereich des haftungsbegründenden Fremdhandelns bei einzelnen Obliegenheiten	150
cc)	Die Haftung des Versicherungsnehmers für vorsätzliches folgenloses Fremdhandeln	155
3.	Sonstige Obliegenheiten	156
3.	Unterabschnitt: Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen im geltenden Recht	157
A.	Die Haftung im vertraglichen und vorvertraglichen Bereich	158
I.	Allgemeines	158
II.	Der Zusammenhang zwischen der übertragenen Tätigkeit und der Interessenverletzung	164
III.	Die Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen (Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos)	171
B.	Die Haftung im Bereich von Obliegenheiten	175
C.	Die Deliktshaftung	176
2.	Abschnitt: Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Ausübung einer eigenen Position des Haftenden ("Ausübungshaftung")	179
1.	Unterabschnitt: Das Modell der Haftung	179
A.	Gründe und Voraussetzungen der Haftung im allgemeinen	179
B.	Die Voraussetzungen der Haftung im einzelnen	182
I.	Die Äquivalenz fremden Handelns als Ausübung der Möglichkeit, einen Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen ("Ausübungsäquivalenz")	182
1.	Der Bezug der Möglichkeit auf den Haftenden (=die Innehabung einer Position)	182
a)	Allgemeines	182
b)	Das Bestehen des Bezuges zum Zeitpunkt des Handelns	183
2.	Das äquivalente Handeln	184

II. Die Äquivalenz der fremden Ausübung im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen ("Äquivalenz des Ausübungsrisikos")	185
1. Die Äquivalenz im Hinblick auf Verletzungen eines Interesses am Zustand des eröffneten Sachverhaltsbereichs	186
2. Die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung sonstiger Interessen	187
2. Unterabschnitt: Die Ausübungshaftung im geltenden Recht	188
A. Die Haftung für die Ausübung sich auf Sachen beziehender Positionen	188
I. Allgemeines	188
II. Die Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Zustand der Sache	191
1. Die Haftung wegen Verletzung des Eigentums	191
a) Der vertragliche Haftung	192
aa) Die Haftung des Mieters	192
bb) Die Haftung sonstiger Personen	195
b) Sonstige Haftungstatbestände	197
aa) Die Haftung zum Besitz berechtigter Personen	197
bb) Die Haftung nicht zum Besitz berechtigter Personen	198
2. Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger dinglicher Rechte	200
3. Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen am Zustand einer Sache	202
a) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Mieters oder des Inhabers eines sonstigen obligatorischen Gebrauchsrechtes	
b) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Gläubigers eines Unterlassungsanspruches	204
c) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Rücktrittsgegners	207
aa) Der Verlust des Rücktrittsrechts	207

bb) Die Haftung nach § 347	209
d) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Versicherers	210
III. Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen	211
1. Die vertragliche Haftung	211
a) Die Äquivalenz fremden Handelns als Ausübung einer Position	211
b) Die Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick auf die Gefahr der einge- tretenen Verletzungen ("Äquivalenz des Ausübungsrisikos")	213
2. Sonstige Haftungstatbestände	216
a) Die deliktische Haftung	216
b) Die Haftung im Rahmen des § 254 I	216
B. Sonstige Fälle der Ausübungshaftung	219
I. Die Haftung wegen der Verwertung von Informationen	219
II. Die Haftung einer Person wegen Änderungen ihrer Rechtsstellung	221
 2. Kapitel:	
Die Fremdhaftung kraft Identifikation des Urhebers tatbestandsmäßigen Handelns mit dem Inhaber eines Vermögens im Hinblick auf die Haftungsfolgen	223
1. Abschnitt:	
Das Modell der Haftung	224
1. Unterabschnitt:	
Gründe und Voraussetzungen der Haftung im allgemeinen	224
2. Unterabschnitt:	
Die Voraussetzungen der Haftung im einzelnen	225
A. Die Maßgeblichkeit fremden Willens für die Ange- legenheiten des Vermögensinhabers	225
B. Der durch das tatbestandsmäßige Handeln betätigte Wille als stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögen- inhabers	226

I. Das Wollen eines Handelns als stellvertretende Entscheidung	226
1. Das Wollen des mit dem Handeln erstrebten Erfolges als stellvertretende Entscheidung	226
2. Das Wollen des Handelns als stellvertretende Entscheidung über die Art und Weise der Herbeiführung des erstrebten Erfolges	228
II. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes durch den Vollzug stellvertretender Entscheidung	229
1. Allgemeines	229
2. Zur Haftung für Pflichtverletzungen des "gesetzlichen Vertreters"	230
2. Abschnitt: Die Haftung des Vermögens natürlicher Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung im geltenden Recht	233
1. Unterabschnitt: Die Haftung für gesetzliche Vertreter	233
A. Allgemeines	233
B. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände und ihre Erfüllung im Vollzug stellvertretender Entscheidung	236
I. Allgemeines	236
II. Die Haftung wegen Pflichtverletzungen	240
1. Die Belastung mit den materiellrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung	240
a) Die in Betracht kommenden Pflichten	240
b) Die Erfüllung des Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung	246
aa) Die Verletzung von Leistungspflichten	247
bb) Die Verletzung von Schutzpflichten	249
2. Die Belastung mit vollstreckungsrechtlichen Folgen der Verletzung (Nichterfüllung) einer Pflicht (§§ 888, 890 ZPO)	250
a) Die Verhängung eines Zwangsgeldes gemäß § 888 ZPO	250
b) Die Verurteilung zu einem Ordnungsgeld nach § 890 ZPO	251

III. Die Haftung wegen Obliegenheitsverletzungen	253
1. Allgemeines	253
2. Die Haftung wegen Verletzung einzelner Obliegenheiten	253
a) Die Haftung wegen Verletzung der Obliegenheiten des § 254	253
aa) Die Obliegenheit zur Vermeidung schlichter Mitverursachung	253
bb) Die Obliegenheit zu besonderen Maßnahmen	255
b) Die Haftung wegen der Verletzung versicherungsvertraglicher Obliegenheiten (und der Herbeiführung des Versicherungsfalls)	256
2. Unterabschnitt: Die Haftung für "Vertreter kraft Amtes"	260
A. Allgemeines	260
B. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände im allgemeinen	264
I. Die eigene Ansicht	264
II. Zum bisherigen Stand der Meinungen	268
C. Zu einzelnen Haftungstatbeständen und ihrer Erfüllung im Vollzug stellvertretender Entscheidung	271
3. Unterabschnitt: Die Haftung für leitende Angestellte	277
3. Abschnitt: Die Haftung des Vermögens juristischer Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung im geltenden Recht	280
1. Unterabschnitt: Die Grundlagen der Haftung	280
A. Allgemeines	280
B. Die möglichen Urheber haftungsbegründenden Handelns (Der Begriff des Organwalters)	284
2. Unterabschnitt: Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände und ihre Erfüllung im Vollzug stellvertretender Entscheidung	289

B. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung	295
I. Allgemeines	295
1. Das tatbestandsmäßige Handeln als Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person	295
2. Das Zuständigkeitserfordernis	300
II. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung bei entsandten Organen	307
4. Abschnitt: Die Haftung eines Gesamthandsvermögens wegen der Tatbestandsverwirklichung eines Gesamthänders im geltenden Recht	313
1. Unterabschnitt: Die Haftung des Vermögens einer OHG oder KG	313
A. Allgemeines	313
B. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände und ihre Erfüllung im Vollzug stellvertretender Entscheidung	317
I. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände	317
II. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung	320
C. Zur persönlichen Haftung der Gesellschafter (§ 128 HGB)	320
2. Unterabschnitt: Die Haftung des Vermögens sonstiger Gesamthandsgemeinschaften	322
A. Die Haftung des Vermögens einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts	322
I. Die Analogie des § 31	322
II. Zur persönlichen Haftung der Gesellschafter	323

B. Die Haftung des Vermögens sonstiger Gesamthandsgemeinschaften	325
I. Die Haftung des Vermögens eines nicht rechts- fähigen Vereins	325
II. Die Haftung des Nachlasses im Falle einer Erbengemeinschaft und das Gesamtgutes einer ehelichen Gütergemeinschaft	326
5. Abschnitt: Die Haftung der Mitglieder einer Bruchteils- gemeinschaft	327
Zusammenfassung einiger Ergebnisse	330
Literaturverzeichnis	349

§§ ohne Angabe des Gesetzes sind solche des BGB

Einleitung: A. Die Abgrenzung des Themas

I. Die Haftung für fremdes Verhalten

Unter Haftung für fremdes Verhalten wird jeder Rechtsnachteil verstanden, der eine Person als Folge eines fremden Verhaltens trifft, sofern er die Sanktion einer Interessenverletzung ist. Es geht daher nicht nur um Schadenersatzpflichten infolge fremden Verhaltens, sondern auch z.B. um den Verlust (oder die Nichtentstehung) von vertraglichen Erfüllungsansprüchen (z.B. die Leistungsfreiheit des Versicherers) oder die Belastung mit Gestaltungsrechten (vgl. § 123 II), während andererseits etwa die Entstehung rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten aus fremdem Handeln (§§ 164 ff.) oder der Verlust dinglicher Rechte infolge fremder Realakte (Besitzverlust des Besitzdieners als "Abhandenkommen") nicht erörtert werden, da hier nicht der Ausgleich einer Interessenverletzung in Frage steht.

Die Haftung muß die Folge eines fremden Verhaltens sein. Die Belastung einer Person mit Rechtsnachteilen, die darauf beruht, daß diese Person so behandelt wird, als besitze sie die Kenntnisse einer anderen ("Wissenszurechnung"), ist daher nicht Thema der Arbeit, soweit sie sich nicht als Folge eines Verhaltens der anderen Person begreifen läßt. Da Pflichten (oder sonstige belastende Rechtsfolgen) aus Rechtsgeschäften keine Haftung im hier verstandenen Sinne darstellen, interessieren ferner Willenserklärungen als fremdes Verhalten nur insoweit, als sie Rechtsnachteile zur Folge haben, die nicht eintreten, weil sie gewollt sind.

Erörtert wird nur die Haftung für fremdes Verhalten im Privatrecht. Auch die Haftung des Staates oder öffentlicher

Körperschaften für das Verhalten von Personen, die in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig werden, nach Art. 34 GG (i.V.m. § 839) oder aus enteignungsgleichem Eingriff ist nicht Gegenstand der Untersuchung.

II. Die Haftung für fremdes Verhalten ohne eigene Tatbestandsverwirklichung

Das geltende Recht kennt zwei Hauptformen der Fremdhaf-
tung.

Bei der ersten Form wird das fremde Verhalten als Aus-
schnitt aus einem Geschehen begriffen, an dem auch der
Haftende irgendwie beteiligt ist. Diese Beteiligung
wird im Rahmen der allgemeinen Haftungsnormen oder einer
speziellen Variante (z.B. §§ 830 II, 831, 832) als eigener Ver-
antwortungsbeitrag des Haftenden bewertet. Subjekt der
Tatbestandsverwirklichung und Haftungssubjekt sind also
identisch. Diese Fremdhaf-
tung wegen eigener Tatbestands-
verwirklichung kann eine Verschuldenshaftung (vgl. z.B.
§ 831) oder eine Risikohaftung (vgl. z.B. § 7 I, II StVG
i.V.m. III 2, § 1 I ^{HABG-}~~StVG~~ i.V.m. II 3) sein.

Bei der zweiten Form der Fremdhaf-
tung wird nicht irgend-
eine Beteiligung des Haftenden an dem fremden Verhalten
als dessen eigener Verschuldens- oder Risikobeitrag be-
wertet. Vielmehr wird ohne eigene Tatbestandsverwirklichung
für das fremde Verhalten gehaftet, weil die fehlende
Identität des Haftenden und des Urhebers eines haftungsrecht-
lich relevanten Verhaltens negiert wird und dadurch die
allgemeinen Haftungsnormen "anwendbar gemacht" werden.

Diese Identitätsfiktion kann einmal bedeuten, daß A so haften muß, als habe er den Tatbestand der Haftungsnorm erfüllt, den er erfüllt hätte, wenn er der Urheber des Verhaltens des B gewesen wäre (Die Fremdhafung kraft Identifikation des Haftenden mit dem Urheber eines Handelns im Hinblick auf die Anwendung einer Haftungsnorm). Diese Gleichsetzung beruht auf dem Gedanken, daß die Nichtanwendung der Norm, deren Tatbestand A als Urheber des fremden Verhaltens erfüllt hätte, in bestimmten Fällen nicht damit zu rechtfertigen ist, daß nicht er, sondern B sich so verhalten hat, wie geschehen. Die wichtigste Norm, die eine derartige Fremdhafung anordnet, ist, wie sich noch erweisen wird, § 278, 2. Alt. (Haftung für Erfüllungsgelhilfen).

Über den Leisten dieses Modells können nicht alle Tatbestände der "Identifikationshaftung" geschlagen werden. So würde z.B. der Geschäftsunfähige niemals den Tatbestand einer Haftungsnorm erfüllen, wenn man ihn so behandelte, als habe er das Verhalten seines gesetzlichen Vertreters an den Tag gelegt, weil er für sein Verhalten nicht verantwortlich ist. In der mit diesem Beispiel angesprochenen Fallgruppe, zu der auch die Organhaftung (§ 31) gehört, trifft den A die Vermögenshaftung, die sich aus der Erfüllung eines Haftungstatbestandes durch B ergibt, weil im Hinblick auf die Haftungsfolgen negiert wird, daß nicht B sondern A Inhaber eines Vermögens ist (Die Fremdhafung kraft Identifikation des Urhebers tatbestandsmäßigen Handelns mit dem Inhaber eines Vermögens im Hinblick auf die Haftungsfolgen). Dahinter steht der Gedanke, daß die fehlende Vermögenszuständigkeit des B, es in bestimmten Fällen nicht rechtfertigt, das Vermögen des A dem Zugriff des Verletzten zu entziehen, wenn B einen Haftungstatbestand erfüllt hat.

Bei beiden Formen der Fremdhafung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung tritt also eine Rechtsfolge ein, die eine bestimmte Person oder doch ein bestimmtes Vermögen in einem hypothetischen Fall träge, weil die Unterschiede zwischen der hypothetischen und der tatsächlichen Lage keine rechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen. Demgemäß formulieren die Erfordernisse der Haftung die Voraussetzungen, unter denen von einer Haftungsnorm nicht erfaßte Fälle solchen Fällen wertungsmäßig gleichstehen, auf die die Norm Anwendung findet. Dadurch, daß sich die Fremdhafung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz herleitet und damit einem Haftungsbedürfnis Rechnung trägt, das erst durch die Existenz anderer Haftungsnormen hervorgerufen ist, unterscheidet sie sich grundlegend von einer normalen Risikohafung, obwohl sie wie diese kein Verschulden voraussetzt. Es wäre daher falsch, die Identitätsfiktion als rechtstechnische Einkleidung einer schlichten Risikozurechnung zu begreifen. Sie ist vielmehr Vollzug einer gebotenen Gleichbehandlung.

Bei der Fremdhafung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung handelt es sich um ein relativ komplexes, nicht mit knappen Formeln wie z.B. dem Vorteilsgedanken zu bewältigendes Rechtsinstitut, das in den ihm zuzuordnenden Gesetzesbestimmungen nur unvollkommen Ausdruck gefunden hat. Die Anwendung dieser Normen auf Fälle, die nicht zweifellos von ihnen erfaßt werden, bereitet daher immer wieder Schwierigkeiten, die sich nur mit Hilfe einer etwas weiter ausholenden, differenzierten Theorie

reduzieren lassen, die die Fremdhaftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung als eine eigenständige Haftungsform begreift. An einer solchen Theorie fehlt es bislang. Daher besteht auch in Fragen, über die kaum mehr gestritten wird, teilweise eine bemerkenswerte Argumentationsunsicherheit, die dazu nötigt, mit mehr oder weniger lapidaren Behauptungen zu arbeiten. Dies gilt vor allem, was den Bereich des § 278 (2.Alt.) anbelangt. Folgende Beispiele mögen zur Illustration vorerst genügen:

(1) Üblicherweise wird § 278 auch im Rahmen primärer und sekundärer Unterlassungspflichten angewandt. Auch die Haftung des Mieters für Personen, denen er den Gebrauch der Mietsache gestattet hat, bewältigt man auf diese Weise. Da sich niemand einer Person bedienen kann, um etwas nicht zu tun, ist die Figur des Gehilfen bei der Erfüllung von Unterlassungspflichten aber nichts anderes als eine Verlegenheitskonstruktion, die eine glatte Anwendung des § 278 auf Fälle ermöglichen soll, die in Wirklichkeit nicht ohne weiteres unter § 278 zu subsumieren sind. Umgekehrt erklärt die h.M. § 278 im Rahmen von Obliegenheiten für grundsätzlich unanwendbar, da diese keine echten Verbindlichkeiten seien, obwohl die an ihre Verletzung geknüpften Sanktionen zu ihrer Erfüllung nötigen, und nicht ersichtlich ist, weshalb die Besonderheit dieser Sanktionen (Nichtentstehung oder Wegfall von Rechtsvorteilen) oder das Fehlen eines im Wege der Zwangsvollstreckung realisierbaren Erfüllungsanspruchs der Fremdhaftung entgegenstehen sollte. Beide Male wird bezeichnenderweise die ratio legis, als ^{die} die h.M. den Vorteilsgedanken ansieht, nicht bemüht.

(2) Nach heute allgemeiner Ansicht sind auch Personen, die die "eigentliche" Leistung vorbereiten, Erfüllungsgehilfen. Andererseits soll z.B. der Hersteller einer Sache nach h.M. nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers sein, weil die Herstellung nicht die vom Verkäufer geschuldete Lei-

stung darstelle. Desgleichen dürfte kaum jemand etwa den Taxichauffeur, der den Chirurgen ins Krankenhaus fährt, als Gehilfen im Hinblick auf die geschuldete Operation ansehen. Die Nichtanwendung des § 278 in derartigen Fällen bedeutet eine Einschränkung der Ausgangsthese, über die nähere Rechenschaft gegeben werden müßte. Sicherlich können nicht alle Handlungen, die für den Eintritt des geschuldeten Erfolges irgendeine Rolle spielen, die Gehilfeneigenschaft ihres Urhebers begründen. Aber wo liegt die Grenze? Der Vorteilsgedanke gibt hierauf jedenfalls keine Antwort.

Aber auch § 31 ist keine Vorschrift, über die näher nachzudenken, sich nicht mehr lohnt. So ist z.B. problematisch ob das Vermögen einer BGB-Gesellschaft für Delikte eines Gesellschafters nach § 31 haftet. Die (zumindest bis vor kurzem) h.M. lehnt eine Haftung nach § 31 ab, weil die BGB-Gesellschaft keine juristische Person sei, und § 31 nur auf juristische Personen angewendet werden könne. Das würde bedeuten, daß das Gesellschaftsvermögen überhaupt nicht für Delikte eines Gesellschafters haftet; denn auch § 831 scheidet als Haftungsgrundlage aus, da ein Gesellschafter (wenigstens normalerweise) nicht Verrichtungsgeselle der anderen Gesellschafter ist. Eine im Vordringen begriffene Ansicht wendet daher § 31 zumindest analog an. Dies wird gerne mit dem Vorteilsgedanken begründet. Der Vorteilsgedanke müßte aber zu einer Haftung für jedweden Angestellten führen, was sicherlich nicht mit § 31 vereinbar ist.

Was die Anwendung des § 31 auf juristische Personen betrifft, so ist z.B. die Haftung für "entsandte Organe" problematisch. Auch das Zuständigkeitserfordernis wirft immer noch Fragen auf.

B. Zum Gang der Untersuchung

Die Arbeit unterscheidet verschiedene Formen der Fremdhafung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung, deren Grundlagen und Voraussetzungen jeweils in einer der Erörterung des geltenden Rechts vorangestellten Modellskizze beschrieben werden. Diese Modelle enthalten noch keine endgültigen Aussagen über das geltende Recht, obwohl sie nicht ohne Blick auf einschlägige Gesetzesbestimmungen entwickelt worden sind. Sie wollen aber Vorstellungen über die vernünftige Ausgestaltung der jeweils in Frage stehenden Haftungsform vermitteln und haben insofern keinen vorläufigen Charakter. Daher wird das positive Recht im Sinne der in den Modellen entwickelten Leitgedanken ausgelegt und ergänzt, wo dem nicht klare gesetzliche Wertungen entgegenstehen. Dieser Rekurs auf die Modelle ist insofern normativ legitimiert, als es, wie soeben dargetan, bei der Fremdhafung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung um die Anwendung allgemeiner Haftungsnormen auf nicht von diesen geregelte Fälle geht, und die Modelle die Voraussetzungen schildern, unter denen eine Gleichbehandlung am Platze ist.

Obwohl jede Untersuchung des geltenden Rechts auf allgemeine Vernünftigkeitüberlegungen¹ zurückgreifen muß, mag es prima facie befremdlich erscheinen, Gedanken, die für das geltende Recht relevant sein sollen und über die

Artikulation des jeden Verstehensprozeß einleitenden Vorverständnis hinausgehen, ohne unmittelbare Bezugnahme auf gesetzliche Bestimmungen zu entwickeln. In der Tat ist es wenig sinnvoll, über die Ausgestaltung von Rechtsinstituten ohne enge Anlehnung an das Gesetz zu rasonieren, wenn sich von vornherein diverse Möglichkeiten als gleich vernünftig anbieten. Eine solche Lage besteht im Falle der Fremdhftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung jedoch nicht, da diese sich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stützt, und die Voraussetzungen der Gleichbehandlung relativ präzise formuliert werden können. Selbst wenn es keine gesetzlichen Bestimmungen über die Fremdhftung gäbe, ließe sich nachweisen, daß deren Fehlen eine (durch Rechtsfortbildung zu schließende) Lücke und nicht nur eine rechtspolitischen Fehler darstellte, sofern das Gesetz die Fremdhftung nicht ausdrücklich ausschlosse. Somit ist die vorgreifliche, den Bereich möglicher Argumentation strukturierende Darstellung allgemeiner Vernünftigkeitserwägungen bei der Fremdhftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung möglich. Sie ist auch empfehlenswert, da sie es erlaubt, die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen von vorneherein in einen größeren Zusammenhang zu stellen und unter den relevanten Sachgesichtspunkten zu betrachten. Allerdings sind die in den Modellen entwickelten Vorstellungen noch ziemlich abstrakt. Ihre volle Bedeutung zeigt sich daher erst im Verlauf der Erörterungen des geltenden Rechts.

1. Kapitel: Die Fremdhafung kraft Identifikation des Haftenden mit dem Urheber eines Handelns im Hinblick auf die Anwendung einer Haftungsnorm

Von einer Warte hoher Abstraktion aus gesehen umfaßt diese Haftungsform zwei Fallgruppen. Einmal wird, wie § 278 zeigt, für fremdes Handeln gehaftet, das an der Herbeiführung des erstrebten (= des geschuldeten) Erfolges beteiligt ist, und daher den Haftenden (=Schuldner) von eigener Tätigkeit entlastet. Hier geht es um die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Mittel zu einem eigenen Zweck des Haftenden. Es haftet aber z.B. auch der Mieter für die Benutzung der Mietsache durch den Untermieter (§ 549 III). Diese stellt keine den Mieter entlastende Tätigkeit dar, sondern die Realisierung der dem Mieter vorbehaltenen Möglichkeit, einen bestimmten Sachverhaltsbereich als Handlungsraum zu nutzen. Hier steht daher die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Ausübung einer eigenen Position in Frage. Dieser Unterschied, den man üblicherweise durch die Figur des "Gehilfen bei der Erfüllung von Schutzpflichten" überspielt, bestimmt die folgende Gliederung.

1. Abschnitt: Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Mittel zu einem eigenen Zweck des Haftenden ("Zweckverfolgungs- oder Gehilfenhaftung")

1. Unterabschnitt: Das Modell der Haftung

A. Gründe und Voraussetzungen der Haftung im allgemeinen

Wenn man A (im Falle des § 278: den Schuldner) so haften läßt, wie er haften würde, wenn er statt B so gehandelt hätte, wie geschehen, so liegt dem,

wie schon erwähnt, eine Gleichbewertung zugrunde. Die Tatsache, daß nicht A, sondern B Urheber des Handelns ist, wird nicht als hinreichender Grund anerkannt, um A haftungsrechtlich anders zu behandeln, als wenn er wie B gehandelt hätte. Da durch die Haftung der Verletzte begünstigt wird, liegt es nahe, das Ignorieren der fehlenden Urheberschaft des A damit zu rechtfertigen, daß ansonsten der Verletzte grundlos benachteiligt wäre. Aber weshalb und unter welchen Voraussetzungen liegt in der Nichthaftung des A für ein Verhalten, dessen Urheber er nicht ist, eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Verletzten ?

Handlungen sind Mittel zum Zweck. Haftung für Handeln bedeutet somit (auch) Haftung für die Art und Weise der Verfolgung eines Zweckes. Da ein fremdes Handeln an die Stelle eigener Zweckverfolgung treten kann, und sich ein fremdes Handeln in seiner bloßen Eigenschaft als Mittel zu einem bestimmten Zweck nicht von einem eigenen unterscheidet, besteht deshalb Anlaß, das Erfordernis der Identität von Handelndem und Haftendem zu relativieren, um einen ungerechtfertigten Nachteil dessen zu vermeiden, der durch die fremde Verfolgung eines eigenen Zweckes in seinen Interessen verletzt worden ist. Steht ein Handeln des B in seiner Eigenschaft als Mittel zum Zweck einem solchen des A gleich (Äquivalenz fremden Handelns als Mittel zum Zweck = funktionale Äquivalenz), und hätte A genauso wie B gehandelt, wenn er selbst tätig geworden wäre, dann darf der Haftung des A für das Handeln des B nicht die Personenverschiedenheit von A und B entgegenstehen, und A muß haften, wie wenn er das Handeln des B an den Tag gelegt hätte: Daß das Handeln eine zweckgerichtete Aktivität des B und nicht des A gewesen ist, spielt keine Rolle (weil das Handeln des B als Mittel zum Zweck einen solchen des A gleichsteht), und auf die Art und Weise des Handelns hat sich der Umstand, daß B und nicht A tätig geworden ist, nicht ausgewirkt (weil A im Falle eigenen Tätigwerdens genauso wie B gehandelt hätte).

Das gleiche muß - funktionale Äquivalenz des Handelns des B vorausgesetzt - gelten, wenn A zwar im Falle eigener Zweckverfolgung nicht genauso wie B vorgegangen wäre, aber die eingetretenen Verletzungen in haftungsbegründender Weise herbeigeführt hätte: Bei der Identifikationshaftung geht es darum, ob A für die eingetretenen Verletzungen haften muß, weil ihn diese Haftung treffen würde, wenn man seine fehlende Identität mit B ignoriert (also das Handeln des B auf A projiziert), und die Personenverschiedenheit von A und B keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Das Handeln des B kommt somit von vornherein nur als Art und Weise der Zweckverfolgung in den Blick, die die Haftung des A für die eingetretenen Verletzungen begründen würde, wenn man sie auf A projiziert. Daher gleicht das Handeln des A im Falle eigenen Tätigwerdens dem des B schon immer dann, wenn es ihn genauso haftbar gemacht hätte wie das auf ihn projizierte Handeln des B.

Es ist aber auch nicht erforderlich, daß A im Falle eigenen Tätigwerdens die eingetretenen Verletzungen in haftungsbegründender Weise herbeigeführt hätte: Wäre im Falle eigenen Handelns des A die Möglichkeit des Eintritts der von B verursachten Verletzungen hinreichend nahegelegen, dann hätte A sein Verhalten entsprechend steuern müssen. Diese Pflicht muß aber in dem hier erörterten Zusammenhang der Ersatzpflicht gleichgesetzt werden, da sie wie die Ersatzpflicht die Schadlosigkeit einer Person zum Ziel hat, und es im Endeffekt keine Rolle spielen darf, ob dieses Ziel durch Ersatzleistung oder durch Beachtung von Verhaltensanforderungen erreicht wird. Daraus folgt, daß es für die Identifikation von A mit B genügt, daß das Handeln des A so geeignet¹ gewesen wäre, die eingetretenen Verletzungen herbeizuführen, daß die Rechtsordnung dem A angesonnen hätte, eine derartige Möglichkeit in Betracht zu ziehen und sein Verhalten dementsprechend zu steuern. Da dies bedeutet, daß sich der Eintritt der von B herbeigeführten Verletzungen als

Verwirklichung eines Risikos darstellen muß, das auch A gesetzt hätte, falls er tätig geworden wäre, kann man vom Erfordernis einer Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen (=Risikoäquivalenz) sprechen.

Zu fragen bleibt, ob es erforderlich ist, daß A gerade die Person gefährdet hätte, die B verletzt hat. Das ist zu verneinen. Hat B an Stelle des A bei der Erfüllung einer Pflicht des A gegenüber D mitgewirkt und die Interessen des D verletzt (Fall des § 278), so steht ohnehin fest, daß D auch von A gefährdet worden wäre. In allen anderen Fällen einer haftungsbegründenden Interessenverletzung ist es aber für die Bewertung des (auf A projizierten) Handelns des B gleichgültig, wer durch das Handeln verletzt worden ist: Ob ein bestimmtes Handeln bestimmte Verletzungen des D oder des E hervorruft, ändert nur etwas an der Person des Ersatzgläubigers. Daher spielt die Person des Verletzten für die Frage der haftungsrechtlichen Gleichwertigkeit des Handelns des A im Falle eigenen Tätigwerdens von vornherein keine Rolle, so daß es auch nicht darauf ankommt, ob A gerade die von B verletzte Person verletzt oder gefährdet hätte.

Bisher war immer nur von einem Handeln die Rede. Der Verletzte kann aber auch ungerechtfertigt benachteiligt sein, wenn die Haftung des A für das Unterlassen eines Handelns an der fehlenden Identität von A und B scheitern würde. Dies ist entsprechend dem oben Gesagten der Fall, wenn B trotz entsprechenden Auftrags¹ ein Handeln unterlassen hat, das ein solches des A ersetzt hätte ("funktionale Äquivalenz"), A haften würde, wenn man ihn mit B identifiziert, und A zur Vermeidung der eingetretenen Verletzungen Verhaltensnormen hätte beachten müssen, falls er sich das Handeln selbst vorbehalten hätte ("Risikoäquivalenz"). Das letzte Erfordernis ist allerdings immer erfüllt: Bei der Haftung

wegen Unterlassens besteht die haftbar machende Verletzung im Ausbleiben eines geschuldeten Erfolges, und dies bedeutet, wie noch näher zu zeigen ist,¹ daß A ohne Rücksicht darauf, wie er sich verhalten haben würde, falls er sich das Handeln selbst vorbehalten hätte, Verhaltensnormen (=Gebot zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolges) hätte beachten müssen, um die Verletzung (=Ausbleiben des geschuldeten Erfolges) zu vermeiden.

B. Die Voraussetzungen der Haftung im einzelnen

Das hier skizzierte Modell bietet nur einen abstrakten Argumentationsrahmen. Es empfiehlt sich, schon an dieser Stelle die Voraussetzungen der Tätigkeitshaftung bis zu einem gewissen Grade zu konkretisieren und noch nicht allzu unmittelbar die "Niederungen der Positivität" aufzusuchen.

I. Die Äquivalenz fremden Handelns als Mittel zur Herbeiführung eines Erfolges ("funktionale Äquivalenz")

1. Die Bezogenheit des Erfolges auf den Haftenden

a) Allgemeines

Wenn ein Handeln des B als Mittel zur Herbeiführung eines Erfolges² an Stelle eines solchen des A treten soll, dann muß der Erfolg einen Bezug zu A haben. Daß sein Eintritt dem Willen oder/und dem Interesse des A entspricht, reicht hierfür nicht aus. In einer interdependenten, arbeitsteiligen Gesellschaft haben nämlich (unabgrenzbar) viele Personen einen derartigen Bezug zu einem bestimmten Erfolg, und eine Person hat einen derartigen Bezug zu (unabgrenzbar) vielen Erfolgen. der Bezug einer Person zu einem bestimmten Erfolg muß daher in doppelter Hinsicht ein besonderer sein, wenn dessen Herbeiführung durch einen anderen

an Stelle eines Handelns dieser Person treten soll, nämlich im Verhältnis zu anderen Personen, die ebenfalls als "Bezugssubjekte" im Betracht kommen, und im Hinblick auf andere Erfolge, die auch "Bezugsobjekte" sein könnten. Das ist der Fall, wenn die Möglichkeit, den Erfolg zu nutzen, dem A vorbehalten ist, oder wenn zwar eine andere Person die Verwertungskompetenz erlangt, hiermit aber eine den A begünstigende Rechtsfolge verknüpft ist, und das heißt: wenn die Erlangung der Verwertungskompetenz durch die andere Person das Erlöschen einer Pflicht des A zur Folge hat. Ein durch ein Handeln des B herbeigeführter Erfolg hat also den erforderlichen Bezug zu A, wenn er der Verwertungskompetenz des A unterliegt oder auch ohnedies, wenn A zu seiner Herbeiführung verpflichtet war. Allerdings ist das Erlöschen einer Pflicht des A eine Rechtsfolge, die nur im Verhältnis des A zu einer bestimmten Person eintritt. Daher vermag es auch nur im Verhältnis zu dieser den Bezug des von B herbeigeführten Erfolges zu A zu vermitteln und damit auch nur im Verhältnis zu dieser die Äquivalenz des Handelns des B zu begründen (relative Äquivalenz).

b) Die unmittelbare Entstehung des Bezuges im Zeitpunkt des Erfolgseintritts

Ein Handeln des B ist als Mittel zur Herbeiführung eines Erfolges nur dann einem solchen des A äquivalent, wenn der Bezug zu dem Erfolg schon sogleich mit dessen Eintritt in der Person des A entsteht (oder entstehen würde). Der Erfolg darf also nicht zunächst auf B (oder einen Dritten) - auch nicht eine "logische Sekunde" lang - bezogen sein.

Wann der Bezug des A zu einem durch fremdes Handeln herbeigeführten Erfolg unmittelbar in seiner Person entsteht, hängt davon ab, ob es um die Verwertungskompetenz über ein Tätigkeitsergebnis oder um das Erlöschen einer Pflicht geht.

Der durch das Erlöschen einer Pflicht vermittelte Bezug kann von vornherein nur in der Person des Schuldners entstehen. Das Unmittelbarkeitserfordernis ist hier also immer erfüllt. Anders ist es, wenn der Bezug in der Kompetenz, einen Erfolg zu verwerten, besteht.

Es ist davon auszugehen, daß "an sich" ein Tätigkeitsergebnis zunächst zur Disposition dessen steht, der es hervorbringt. Ein anderer erwirbt es erst durch Veräußerung seitens des Handelnden.¹ Etwas anderes gilt im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer. Die vom Arbeitnehmer erzielten Ergebnisse sind von vornherein an den Arbeitgeber appropriiert.² Man könnte vielleicht einwenden, daß im Grunde auch hier eine - pauschal im voraus vereinbarte - Übertragung stattfindet, und so den Unterschied der Zueignung durch Einsatz fremder Arbeit als eines primären Produktionsfaktors und der Zueignung durch "Kauf" relativieren. Das wäre jedoch unrichtig; denn dem Arbeitgeber steht ein Arbeitsergebnis nicht deshalb zu, weil es ihm übertragen wurde, sondern weil er an seinem Zustandekommen selbst maßgeblich beteiligt ist (Bereitstellung der Betriebsmittel, Organisation, Know-how, Kreditbeschaffung etc.). Insofern kann man sagen, daß der Arbeitnehmer (im Hinblick auf die Aneignung des Arbeitsergebnisses) der "verlängerte Arm" des Arbeitgebers ist. Das gilt nicht nur für weisungsgebundene Arbeitnehmer, sondern auch für leitende Angestellte. Auch Personen, die nicht auf Grund eines Arbeitsvertrages (im Sinne des Arbeitsrechts), sondern eines Dienstvertrages (im Sinne des BGB) tätig werden, sind in diesem Sinne Arbeitnehmer, wenn sie - etwa als Aushilfskräfte - in einen fremden Organisationsbereich eingegliedert sind.

2. Das äquivalente Fremdhandeln

a) Allgemeines

Ein fremdes Handeln steht nur dann als Mittel zum Zweck einem eigenen des A gleich, wenn es ihn von eigener Tätigkeit entlastet. Nicht alle fremden Handlungen, die in concreto an der Herbeiführung eines soeben näher gekennzeichneten "äquivalenzstiftenden" Erfolges beteiligt sind, haben diese Eigenschaft.

Alles, was den Zwecken des A dienlich ist, ohne daß es noch auf Grund seiner Zwecksetzung geändert werden muß, braucht er nicht mehr zu schaffen. Da A weder Adam noch Robinson, sondern Mitglied einer zivilisierten Gesellschaft ist, besteht das, was A als zweckdienlich vorfindet, zu einem großen Teil aus den Ergebnissen fremden Handelns. Fremde Handlungen, die nicht die Realität auf Grund einer Zwecksetzung des A verändern, entlasten ihn daher von vornherein nicht von eigener Tätigkeit. Das bedeutet, daß ein fremdes Handeln nur dann ein eigenes des A ersetzt, wenn es auf Grund einer Zwecksetzung des A vorgenommen wurde, A es also veranlaßt hat (Veranlassungserfordernis).

Aber nicht alle von A veranlaßten Fremdhandlungen ersetzen ein eigenes Handeln des A. Vielmehr ist dies bei zwei Gruppen von Handlungen nicht der Fall.

aa) Jeder Zweck kann auf verschiedene Weisen erreicht werden, die gleichermaßen den Inhalt des zur Herbeiführung des Erfolges Erforderlichen bilden. Daher spielt

es für die Entlastung keine Rolle, ob das fremde Handeln, mit dem Handeln übereinstimmt, das A vorgenommen hätte, falls er selbst tätig geworden wäre. Es genügt vielmehr, daß das fremde Handeln (vernünftigerweise) auch für A als Zweckverfolgungsalternative in Betracht gekommen wäre. Das ist insoweit nicht der Fall, als es so mit der Tatsache fremden Tätigwerdens verbunden ist (wie z.B. die Fahrt eines "Fremden" von seiner Wohnung zum Arbeitsplatz), daß seine Vornahme voraussetzt, daß A nicht selbst seine Zwecke verfolgt (Ausschluß fremdes Tätigwerden voraussetzender Vorbereitungshandlungen).

bb) Fremde Handlungen, die zwar den Zwecken des A zugute kommen, aber nicht schon auf Grund der Zwecksetzung des A vorgenommen worden sind (wie z.B. die Herstellung einer Sache, die A später erwirbt), entlasten, wie dargetan, den A nicht. Solchen Handlungen stehen unter Umständen fremde Handlungen gleich, die A veranlaßt hat, nämlich dann, wenn B einen Erfolg zwar erst auf die Zwecksetzung des A hin herbeiführt (oder herbeiführen läßt), die Herbeiführung eines solchen Erfolges aber schon in Erwartung entsprechender Bedürfnisse von vornherein geplant hatte. Dies ist anzunehmen, wenn B sich ersichtlich darauf eingerichtet hat, fremde Bedürfnisse immer wieder mit Hilfe von Ergebnissen zu befriedigen, die den gleichen Inhalt wie das auf Veranlassung von A hervorgebrachte haben (Beispiel: die Produktion vertretbarer Sachen), oder wenn B das hervorgebrachte Ergebnis ersichtlich immer wieder ausnutzen wird, um fremde Bedürfnisse zu befriedigen (Beispiel: die Beschaffung oder Reparatur von Werkzeugen).

Werden solche Handlungen, die der Einfachheit halber als "noch bedürfnisneutral" bezeichnet werden sollen, in concreto auf Veranlassung des A hin vorgenommen, so realisieren sie doch ebenso wie nicht von A veranlaßte Handlungen eine ihrem Inhalt nach nicht von A beeinflusste Zwecksetzung des B. Ihre Vornahme auf die Zwecksetzung des A hin bedeutet nur, daß B seine eigenen Zwecke erst in dem Zeitpunkt verwirklicht, in dem feststeht, daß der gewollte Erfolg für die Zwecke des A verwendet wird. Dies kann keine Rolle spielen. B hätte genausogut schon vor diesem Zeitpunkt handeln (lassen) können. Daß dies nicht geschehen ist, beruht nicht auf der fehlenden Kenntnis von den Zwecken des A, sondern auf rein internen Produktionsvorgängen, oder darauf, daß B keinen entscheidenden Wert darauf legt, die Ergebnisse des Handelns schon im Zeitpunkt des Hervortretens eines entsprechenden Bedürfnisses verfügbar zu haben. "Noch bedürfnisneutrale" Fremdhandlungen scheiden also aus dem Kreis des äquivalenten Handelns aus, auch wenn sie in concreto durch die Zwecksetzung des A ausgelöst worden sind (Ausschluß "noch bedürfnisneutraler" Fremdhandlungen). Dabei sei der Klarheit halber angemerkt, daß der Ausschluß "noch bedürfnisneutraler Fremdhandlungen" voraussetzt, daß es nicht um Handlungen von Arbeitnehmern des A geht; denn die Arbeitnehmer des A haben ihre auf Veranlassung des A vorgenommenen Handlungen, gleichgültig welchen Inhalt diese haben, nicht schon ohnehin in der Erwartung entsprechender fremder Bedürfnisse gewollt.

b) Die Äquivalenz eines fremden Handelns im Hinblick auf die mit Hilfe seiner Ergebnisse verfolgten weiteren Zwecke

Ist ein von A gewollter Erfolg nicht das Tätigkeitsergebnis eines Arbeitnehmers des A und bringt auch keine Pflicht des A zum Erlöschen, so steht das ihn hervorbringende Fremdhandeln (auch wenn A es veranlaßt hat) als Mittel zu seiner Herbeiführung nicht einem Handeln des A gleich, weil der Erfolg (zumindest im Zeitpunkt seines Eintritts) nicht den erforderlichen Bezug zu A hat und daher als äquivalenzstiftender Erfolg ausscheidet. Jeder von A erstrebte Erfolg ist aber Grundlage weiterer von ihm gewollter Erfolge, so daß ein Handeln, das einen Erfolg hervorbringt, auch an der Herbeiführung diverser späterer Erfolge beteiligt ist. Es ist daher zu prüfen, ob das fremde Handeln nicht im Hinblick auf einen weiteren Erfolg, der den erforderlichen Bezug zu A hat, einem solchen des A gleichsteht. Bedeutet etwa die Lieferung eines Einzelteiles durch den selbständigen Unternehmer B schon eine Entlastung des A im Hinblick auf die Maschine, deren Herstellung A dem C schuldet, oder entlastet es den Arzt A schon im Hinblick auf die dem C geschuldete Operation, wenn er sich von dem Taxifahrer B ins Krankenhaus befördern läßt? Nur wenn dies zu bejahen ist, kommt in derartigen Fällen eine Haftung des A für ein Handeln des B in Betracht, das einen Schaden des C zur Folge hat (Beispiel: B stellt das Einzelteil fehlerhaft her, so daß die dem C zu liefernde Maschine, für die A es verwendet, nicht ordnungsgemäß funktioniert; der Taxifahrer verursacht einen Unfall, so daß A die Operation zum Schaden des C nicht termingerecht durchführen kann).

A ist kein Sisyphus, der sich um jeden von ihm erstrebten Erfolg aufs neue bemühen muß, als ob noch nichts geschehen wäre. Vielmehr kann er, wenn er einen neuen Zweck

verfolgt, auf andere von ihm gewollte Erfolge zurückgreifen, die schon eingetreten sind. Daher müssen die von A veranlaßten fremden Handlungen, die den Zustand herbeigeführt haben, der bestand, bevor A den in Frage stehenden Zweck verfolgte, als für diesen Zweck für A nicht mehr erforderlich außer Betracht bleiben. Das bedeutet, daß nur ein solches Handeln den A von der Herbeiführung eines weiteren Erfolges entlastet, das er schon auf Grund der Satzung dieses Zweckes veranlaßt hat.

Aber nicht alle Handlungen, deren Veranlassung durch das Wollen eines bestimmten weiteren Erfolges motiviert ist, entlasten den A im Hinblick auf diesen Erfolg.

aa) Ein fremdes Handeln entlastet den A zunächst von der Herbeiführung des Erfolges, den es unmittelbar hervorbringt. Soll es auch schon im Hinblick auf einen geplanten weiteren Erfolg Entlastungscharakter haben, dann muß das Ergebnis des Handelns irgendeinen Fortschritt in Richtung dieses Erfolges bedeuten. Das ist nicht der Fall, wenn das fremde Handeln nur den A in die Lage versetzt, sich selbst an der Herbeiführung des Erfolges zu beteiligen, also nichts für den Eintritt des Erfolges Bedeutsames bewirkt, wenn man von der Beteiligung des A absieht. Für den Eintritt eines Erfolges ist nämlich nur die Vornahme gewisser Handlungen erforderlich, nicht aber darüber hinaus noch, daß eine bestimmte Person tätig wird. Ein fremdes Handeln, dessen Einsatz zur Herbeiführung eines Erfolges nur in Betracht kommt, weil A sich selbst an dessen Herbeiführung beteiligt, entlastet den A daher nicht schon im Hinblick auf diesen Erfolg (Ausschluß des eigene Tätigwerden des "Geschäftsherrn" voraussetzender Vorbereitungshandlungen). Wenn sich also z.B. ein Chirurg von einem Taxi ins Krankenhaus bringen läßt, dann entlastet ihn die Fahrt (anders als z.B. die - von einem Dritten vorgenommene - Narkose) noch nicht im Hinblick auf die Operation.

bb) Ein von A veranlaßtes Fremdhandeln, dessen Ergebnis zwar an der Herbeiführung eines weiteren Erfolges beteiligt ist, das A aber nicht schon auf Grund des Wollens dieses Erfolges veranlaßt hat, entlastet A, wie dargetan, noch nicht im Hinblick auf diesen Erfolg. Einem solchen Handeln stehen, was die Entlastung im Hinblick auf einen weiteren Erfolg betrifft, unter Umständen Handlungen gleich, deren Veranlassung schon durch das Wollen eines weiteren Erfolges motiviert ist, nämlich dann, wenn A ein Ergebnis zwar erst auf Grund des Wollens eines weiteren Erfolges herbeiführen läßt, die Herbeiführung eines solchen Ergebnisses aber schon von vornherein in Erwartung entsprechender weiterer Zwecke geplant hatte. Dies ist anzunehmen, wenn A sich ersichtlich darauf eingestellt hat, seine Zwecke immer wieder mit Hilfe von Ergebnissen zu verfolgen, die den gleichen Inhalt haben wie dasjenige, das A auf Grund des Wollens des in Frage stehenden Erfolges hervorbringen ließ (Beispiel: die Beschaffung von Einzelteilen, die A für die laufende Güterproduktion benötigt), oder wenn A das hervorgebrachte Ergebnis selbst ersichtlich immer wieder für seine Zwecke einsetzen wird (Beispiel: Reparatur oder Beschaffung von Arbeitsmitteln). Werden solche Handlungen, die der Einfachheit halber als "noch erfolgsneutral" bezeichnet werden sollen, von A erst im Hinblick auf einen bestimmten weiteren Erfolg ausgelöst, so realisieren sie doch ebenso einen Zweck, den A unabhängig von dem Wollen eines bestimmten weiteren Erfolges gesetzt hat, wie Handlungen, die A schon ohne das Wollen eines bestimmten weiteren Erfolges veranlaßt hat. Ihre Veranlassung auf Grund des Wollens eines bestimmten weiteren Erfolges bedeutet nur, daß A einen früher gesetzten Zweck erst in dem Zeitpunkt realisieren läßt, in dem feststeht, welchem konkreten weiteren Erfolg sie dienen sollen. Dies kann aber keine Rolle spielen. A hätte die Handlungen genausogut schon vor diesem Zeit-

punkt veranlassen können. Daß dies nicht geschehen ist, beruht nicht auf der fehlenden Kenntnis des A von seinen weiteren Zwecken, sondern auf einem Versäumnis, oder darauf, daß A keinen Wert darauf legte, die Handlungsergebnisse schon im Zeitpunkt des Wollens weiterer Erfolge verfügbar zu haben. Fremde Handlungen, die im Hinblick auf einen bestimmten weiteren Erfolg "noch neutral" sind, stehen somit als Mittel zur Herbeiführung dieses Erfolges auch dann nicht einem Handeln des A gleich, wenn A sie in concreto erst auf Grund des Wollens dieses Erfolges veranlaßt hat (Ausschluß "noch erfolgsneutraler" Handlungen).

II. Die Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen ("Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos")

Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos bedeutet in diesem Zusammenhang die Übereinstimmung des Handelns im Hinblick auf das Eingreifen von Verhaltensnormen wegen der Gefahr bestimmter Interessenverletzungen. Das Erfordernis ist daher - zunächst einmal ganz allgemein gesprochen - erfüllt, wenn A, falls er statt B den Zweck verfolgt hätte, zu irgendeinem Zeitpunkt in einer Situation gewesen wäre, in der er den Eintritt der von B verursachten Verletzungen hätte in Betracht ziehen und sein Verhalten entsprechend steuern müssen.¹

Unter welchen Voraussetzungen im einzelnen das Erfordernis der Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos erfüllt ist, hängt davon ab, ob es um die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges oder im Hinblick auf die Verletzung sonstiger Interessen geht.

1. Die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges

Besteht am Eintritt eines von A gewollten Erfolges ein fremdes Interesse, weil A z.B. die Herbeiführung des Erfolges schuldet, und hat B (durch ein den A entlastendes, der Herbeiführung des Erfolges dienendes² Handeln) dieses Interesses verletzt,³ dann ist das Erfordernis der Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos ohne Rücksicht darauf erfüllt, wie A sich verhalten hätte, wenn er selbst tätig geworden wäre. Dann ist nämlich die von B verursachte Interessenverletzung nicht mit der von ihm bewirkten (den ordnungsgemäßen Eintritt des Erfolges

hindernden) Realitätsänderung identisch - hätte B nicht gehandelt, hätte er das Interesse am Eintritt des Erfolges genauso verletzt -, sondern ist ~~rein~~ negativ dadurch gekennzeichnet, daß der bestehende Zustand nicht von B im Sinne des herbeizuführenden Erfolges verändert worden ist. Demgemäß kommt es für die Äquivalenz nicht darauf an, ob A im Falle eigenen Tätigwerdens so gehandelt hätte, daß die Möglichkeit der von B bewirkten Realitätsänderungen hinreichend nahegelegen wäre. Entscheidend ist vielmehr nur, ob die Gefahr bestanden hätte, daß der "erfolglose" Zustand nicht beseitigt worden wäre, und dies wäre unabhängig davon der Fall gewesen, welche Handlungsalternative A eingeschlagen hätte; denn der "erfolglose" Zustand bleibt schon dann bestehen, wenn ein zur Herbeiführung des Erfolges erforderliches Handeln unterbleibt, und die Möglichkeit, daß ein erforderliches Handeln unterbleibt, besteht bis zum Eintritt des Erfolges, gleichgültig welche Handlungssituationen der Handelnde jeweils durchläuft. Daher wäre A, gleichgültig wie er gehandelt hätte, bis zum Eintritt des Erfolges Verhaltensnormen unterlegen, die von ihm verlangt hätten, sich hinreichend um die Herbeiführung des Erfolges zu bemühen.

Etwas anderes gilt, wenn B den Eintritt des Erfolges X durch die den A entlastende Verfolgung des Zwecks Y (der kein Mittel zur Erreichung von X darstellt) verhindert hat, wenn also das Ausbleiben des in Frage stehenden Erfolges die Folge eines der Herbeiführung eines anderen Erfolges dienenden Fremdhandelns ist. Beispiel: Ein Arbeitnehmer des A zerstört im Verlauf der ihm übertragenen Arbeiten (=Y) eine für den Gläubiger des A bereitgestellte Sache (deren Übereignung an den Gläubiger =X). In solchen Fällen läßt sich die von B verursachte Interessenverletzung nicht negativ als Nichtänderung des "erfolglosen" Zustandes kennzeichnen, da B nicht mit der Herbeiführung des Erfolges befaßt war.

Sie ist vielmehr mit der von B bewirkten, den Eintritt des Erfolges hindernden Realitätsänderung identisch. Daher kommt es für die Risikoäquivalenz darauf an, ob A im Falle eigenen Tätigwerdens so gehandelt hätte, daß die Möglichkeit der von B bewirkten Realitätsänderung hinreichend nahegelegen wäre, und A daher sein Handeln entsprechend hätte steuern müssen. Es gilt dann das gleiche wie im Falle der sogleich zu behandelnden "sonstigen" (also nicht im Ausbleiben des erstrebten Erfolges bestehenden) Interessenverletzungen.

2. Die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung sonstiger Interessen

Eine von B verursachte Verletzung eines sonstigen Interesses, also eines Interesses am Bestehenbleiben eines Zustandes - man denke an eine Eigentums- oder Körperverletzung -, ist gekennzeichnet durch die von B bewirkte Änderung der Realität. Für die Äquivalenz kommt es daher darauf an, wie A sich verhalten hätte, wenn er statt B tätig geworden wäre. Dies läßt sich häufig nicht ermitteln. In einigen Fällen ist das jedoch anders, nämlich dann, wenn A den Tätigkeitsablauf programmiert (z.B. durch Weisungen) und damit kundgetan hat, wie er die Tätigkeit gestaltet sehen möchte, und ferner, wenn der verfolgte Zweck seinem Inhalt nach bestimmte Handlungsweisen zwangsläufig oder doch typischerweise voraussetzt. Die Äquivalenz des Risikos ist also zu bejahen, wenn das von A aufgestellte Tätigkeitsprogramm oder der Inhalt des Zweckes bestimmte Handlungen vorschreiben, die (zu irgendeinem Zeitpunkt) so geeignet sind, die eingetretenen Verletzungen herbeizuführen, daß ihretwegen Verhaltensanforderungen zu beachten sind.

2. Unterabschnitt: Die Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges im geltenden Recht

In dem soeben vorgeführten Modell wurde (im Hinblick auf die Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos) unterschieden zwischen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges und der Verletzung sonstiger Interessen durch das entlastende Fremdhandeln. Diese Unterscheidung soll auch der Analyse des geltenden Rechtes zugrundegelegt, und demgemäß mit der Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges begonnen werden.

Von dieser Haftungsform wird eine Fallgruppe nicht erfaßt, die sogleich auszugrenzen ist.

Der Nichteintritt eines Ereignisses ist kein Erfolg, im Hinblick auf dessen "Herbeiführung" ein fremdes Handeln ein eigenes ersetzen kann. Hat B daher nur ein Interesse am Bestehenbleiben eines Zustandes verletzt, etwa das Interesse des C an der Unversehrtheit seiner Rechtsgüter, dann scheidet eine Fremdhaftung des A wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges aus, auch wenn das schadenstiftende Handeln des B den A von irgendeiner Tätigkeit entlastet. Es kommt dann nur eine Fremdhaftung in Form der Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen oder eine Haftung für die fremde Ausübung einer eigenen Position in Betracht. Man denke etwa an den Fall, daß B durch eine Tätigkeit, die er für A in den Räumen des C, des Gläubigers des A, vornimmt, dessen Sachen beschädigt. Etwas anderes gilt nur, wenn B den A von der Herbeiführung eines im Interesse des C liegenden Erfolges entlastet, und das Ausbleiben dieses Erfolges zu einer Verletzung der Rechtsgüter des

C (=Verletzung von Interessen am Bestehenbleiben eines Zustandes) führt; denn dann ist die Haftung wegen Verletzung des Interesses am Bestehenbleiben eines Zustandes zugleich eine solche wegen der Verletzung des Interesses am Eintritt eines Erfolges. Ein Beispiel dieser Art: A ist dem C gegenüber verpflichtet, bestimmte Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen und beauftragt hiermit den B, der sie nicht ordnungsgemäß durchführt; deshalb wird ein Rechtsgut des C verletzt.

Welcher Art das Interesse am Eintritt eines Erfolges sein muß, damit dessen Ausbleiben eine Haftung zu begründen vermag, ergibt sich aus dem allgemeinen Haftungsrecht. Hiernach wird wegen des Ausbleibens eines Erfolges in erster Linie gehaftet, wenn dessen Herbeiführung geschuldet ist.

A. Die Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges

Die Haftung für fremdes Verhalten wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges ist vor allem in § 278 BGB geregelt, und bildet, wenn auch vielleicht nicht den einzigen, so doch den klassischen Gegenstand dieser Vorschrift.

I. Die ratio des § 278 BGB

In einer früheren Arbeit, die sich mit keiner Erklärung des damals noch heftig diskutierten § 278 anfreunden konnte, findet sich folgender Satz: "Freuen wir uns, daß wir ein Gesetz haben, das ... den Forderungen des Lebens mit beiden Armen entgegenkommt, das uns der Mühe enthebt, Rechtsgedanken auszuforschen, da wir uns auf

Rechtsvorschriften berufen können."† Dieser naive Ausruf dürfte heute kaum mit Beifall rechnen können. Dennoch ist auch die heutige Situation durch einen ähnlich resignierenden Optimismus gekennzeichnet. Man hält § 278 für eine offensichtlich vernünftige Vorschrift, die höchstens zu eng gefaßt ist, steuert aber - wenigstens in der Praxis - seine Anwendung nur selten durch dezidierte Überlegungen zur ratio legis, sondern vertraut zumeist auf eine Mischung von Begrifflichkeit und unbestimmten - häufig nicht explizierten - Billigkeitserwägungen. Dies hat zu einer - im Laufe der Arbeit noch zu illustrierenden - Argumentationsunsicherheit in problematischen Fällen geführt, die durch eine Rückbesinnung auf die der Norm zugrundeliegenden allgemeinen Ordnungsvorstellungen reduziert werden muß.

Hier wird § 278 als Identifikationshaftung und zwar, was seinen klassischen Anwendungsbereich anbelangt, in Form der Tätigkeitshaftung (wegen Ausbleibens eines Erfolges) begriffen. Das bedeutet, daß die bisherigen - mehr oder weniger frei schwebenden-Überlegungen (soweit in diesem Zusammenhang einschlägig) die Antwort auf die Frage nach der ratio legis enthalten. Sie beanspruchen damit, plausibler oder wenigstens präziser als andere Erklärungen zu sein und mit dem geltenden Recht in Einklang zu stehen, wenn man einmal außer Acht läßt, daß das geltende Recht ihrem Anwendungsbereich vielleicht Grenzen setzt, die noch nicht angesprochen wurden. Diesen Anspruch gilt es im Folgenden zu erfüllen.

1. Einige Argumente und ihre Kritik

Der Einmütigkeit, mit der schon seit langem die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen als notwendig erachtet wird, steht eine bunte Vielfalt von - zum Teil gebündelt

vorgetragenen¹ - Rechtfertigungsargumenten gegenüber. Die wichtigsten von ihnen sollen kurz dargestellt und kritisiert werden. Dabei wird einigen vorgeworfen werden, daß sie mit § 278 nicht in Einklang zu bringen seien. Darin liegt ein Rekurs auf den unzweifelhaften Inhalt der Vorschrift, da diese Kritik ausschließen muß, daß man die Norm im Sinne des bekämpften Argumentes auslegen kann. Als ein nicht negierbarer Ausgangspunkt, der für die Diskussion bedeutsam ist, sei vor allem hervorgehoben, daß § 278 auch im Rahmen einseitig verpflichtender Rechtsgeschäfte² sowie auf Obligationen ex lege Anwendung findet.

a) Der Garantiedanke

Ein bequemes Mittel, um ein "irgendwie" als gerecht empfundenen, aber schwierig zu begründendes Ergebnis zu legitimieren, ist der Rückgriff auf einen tatsächlich zu vermutenden oder nach Treu und Glauben vorauszusetzenden Parteiwillen. Es wurde im Gemeinen Recht auch verschiedentlich - z.B. von Puchta³ - in dem hier erörterten Zusammenhang benutzt: Der Schuldner übernehme stillschweigend die Garantie für ein ordnungsgemäßes Verhalten seiner Gehilfen. Daß mit dieser - auch von den Motiven nicht verschmähten⁴ - Erklärung nichts gewonnen ist, liegt auf der Hand. Soweit hinter ihr nicht nur vage Billigkeitsempfindungen, sondern explizierte Sachargumente stehen⁵, an deren Verwendung als unmittelbare Anknüpfungspunkte man sich durch das geltende Recht gehindert sah, werden diese an Ort und Stelle behandelt.

Eine andere - ebenfalls im Gemeinen Recht verbreitete - Variante des Garantiedankens, die auch von der Rechtsprechung aufgegriffen wurde, entnahm bei Werkverträgen und später bei allen anderen auf einen Erfolg gerichteten Verträgen die Haftung des Schuldners dem Inhalt seiner

Verpflichtung ("Erfolgstheorie")¹. "Der conductor operis verpflichtet sich nicht ... zu einzelnen Handlungen ..., sondern unmittelbar zur Herstellung des Endergebnisse im Ganzen. Wer aber in dieser Weise contrahirt, der hat es lediglich mit sich selbst abzumachen, wenn er aus irgendeinem Grunde nicht in der Lage ist, das fragliche Endergebnis durch seine eigene alleinige Tätigkeit herbeizuführen; er nimmt alle zur Ausführung etwa erforderlichen Hilfspersonen nur auf seine eigene Gefahr an."² Dagegen läßt sich manches sagen.³ Hier genügt ein - schon früher vorgetragenes - Argument: Wenn der Schuldner ohne eigenes Verschulden haftet, weil er den Erfolg nicht herbeigeführt hat, dann muß man ihm jedes erfolgsvermittelnde Ereignis zur Last legen und kann sich insoweit nicht auf die Missetaten der Gehilfen beschränken. Eben dies widerspricht (und widersprach) aber dem geltenden Recht.

Um diesem Bedenken zu entgehen (und die ohnehin vage Beschränkung auf erfolgsbezogene Verträge zu vermeiden) hat Enneccerus die "Erfolgstheorie" umformuliert.⁴ Aus der Überlegung, daß das Wesen der Obligation das Entstehen für die Befriedigung eines Privatinteresses des Gläubigers sei, und daß die Pflicht zu sorgfältigem Verhalten eine Qualifikation der Leistungspflicht darstelle, folgert er: "Wer eigene Leistung schuldet, schuldet eigene Diligenz, wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde Diligenz; wer eine Leistung, die durch eine noch nicht bestimmte, von ihm auszuwählende Person erfolgen soll, schuldet, der haftet für die Diligenz dessen, den er auswählt". Auch dieser Konstruktion ist zu Recht - zum Teil allerdings aus unzutreffenden Gründen - die Gefolgschaft versagt geblieben,⁵ obwohl sie nicht ohne Einfluß auf die Formulierung des § 278 gewesen ist. Das

Verhältnis von Leistungsinhalt und Sorgfalt mag dahinstehen;¹ denn selbst wenn man die Sorgfalt zum Leistungsinhalt rechnet und bei fremdem Handeln fremde Sorgfalt als geschuldet ansieht, so folgt daraus (für eine Rechtsordnung, die den Schuldner grundsätzlich nur für schuldhaftige Nichterfüllung seiner Pflichten einstehen läßt) noch lange nicht, daß das Ausbleiben dieser Leistung auch ohne eigenes Verschulden haftbar macht.

Der Garantiedanke ist auch heute nicht völlig von der Bildfläche verschwunden, sondern taucht noch gelegentlich (und nur am Rande) als Vertrauensgedanke im Zusammenhang mit § 278 auf: "Der Gläubiger soll darauf vertrauen dürfen, daß, wenn der Schuldner sich schon eines Gehilfen bedient, dieser dieselbe Sorgfalt walten läßt, die er von dem Schuldner selbst erwarten kann."² Auch in dieser Form kann ihm jedoch kein Erfolg beschieden sein; denn der Vertrauensgedanke als Haftungsgrund enthält keine Aussage darüber, ob für die Zurechnung das Risiko - oder das Verschuldensprinzip maßgeblich ist.³ Selbst wenn man also davon ausgeht, daß der Gläubiger auf die Sorgfalt des Gehilfen soll vertrauen können, ist noch nicht dargetan, weshalb dies eine entsprechende Risikohaftung des Schuldners zur Folge hat. Andernfalls müßte der Vertrauensgedanke auch eine Risikozurechnung bei eigenem Verhalten fordern.

b) Der Vorteils- und der Herrschaftsgedanke; die Sphäre

Seit Beginn der Auseinandersetzung mit dem Verschuldensdogma in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist immer wieder versucht worden, die Gehilfenhaftung aus den jeweils propagierten allgemeinen Prinzipien der Risikohaftung abzuleiten.

Um die Abkehr vom Verschuldensprinzip zu bewerkstelligen, arbeitete man zunächst gern mit einem grobschlächtigen Instrument, dem auch die Gehilfenhaftung nicht entging,

nämlich dem Veranlassungsgedanken¹. Dessen offenkundige Unzulänglichkeit nötigte jedoch bald zu subtileren Erwägungen.

aa) Am erfolgreichsten, auch und gerade, was die Fremdhafung anbelangt, war das Postulat einer Korrespondenz von Vorteil (Interesse) und Haftung (Vorteilsgedanke)². Es wurde von den Motiven herausgestellt³ und beherrscht noch heute die Szene.⁴

Der Vorteilsgedanke taucht in verschiedenen Formulierungen auf. Soweit dahinter gewisse inhaltliche Differenzierungen stehen, kommen sie jedenfalls bei der Gehilfenhaftung nicht zum Tragen. Hier lautet die Devise schlicht: "Der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, handelt im eigenen Interesse und folgeweise auch auf eigene Gefahr"⁵ oder - moderner ausgedrückt - "Der Schuldner, der sich die Vorteile moderner Arbeitsteilung zunutze macht, soll auch die entsprechenden Nachteile tragen."⁶

Die früher geübte Kritik⁷ am Vorteilsgedanken ist heute weitgehend verstummt.⁸ Dennoch kann ihm eine durchschlagende Überzeugungskraft nicht attestiert werden. Er weist - jedenfalls, was seine Anwendung auf die Gehilfenhaftung betrifft - unübersehbare Schwächen auf. Nicht zwingend ist es allerdings, den Vorteilsgedanken aus der Liste der zur Erklärung des § 278 tauglichen Versuche zu streichen, weil es mit ihm nicht in Einklang stehe, daß im Deliktsrecht eine Fremdhafung ohne eigenes Verschulden (genauer: ohne schuldhaftes Pflichtverletzung) fehlt;⁹ denn dies könnte man noch als eine nicht eklatant willkürliche Beschränkung deuten. Wichtiger ist die für den Vorteilsgedanken unerklärliche Diskrepanz zwischen der Haftung für eigenes und der für fremdes Verhalten.¹⁰

Wenn mit der Erlangung eines Vorteils eine Risikohaftung korrespondieren soll, dann ist nicht einzusehen, weshalb dies nicht auch - und gerade - gilt, soweit der Nutznießer selbst tätig wird. Diesem Bedenken entgeht man nicht, indem man nur die durch das fremde Handeln "erweiterte Verdienstmöglichkeit"¹ als einen - die Risikohaftung legitimierenden - Vorteil ansieht. Eine derartige Beschränkung läßt sich der Risque-Profit-Theorie nicht entnehmen, sondern enthält möglicherweise schon Anklänge an die hier vertretene Konzeption². Ferner ist es mit dem Vorteilsgedanken nicht zu begründen, weshalb § 278 an das Verhalten des Gehilfen qualifizierte Anforderungen ("Verschulden") stellt³ (genauer: weshalb das Verhalten des Gehilfen so beschaffen sein muß, daß der Schuldner als dessen Urheber haften würde)⁴. Und auch damit ist es noch nicht genug: In seiner allgemeinen Fassung ist der Vorteilsgedanke von uferloser Unbestimmtheit und erklärt gar nichts; denn in einer interdependenten Gesellschaft sind, wie schon erwähnt, die Handlungen unendlich vieler Personen für unendlich viele andere Personen vorteilhaft. Die erforderliche Selektion wird auch nicht schon dadurch erreicht, daß man ihn mit dem Veranlassungsprinzip kombiniert - Kombinationen mit anderen Topoi werden an anderer Stelle behandelt - und die Rückführbarkeit des ("irgendwie" vorteilhaften) Fremdhandelns auf eine Aktivität des Haftenden fordert. Man muß also nach einem mit dem Fremdhandeln verbundenen Vorteil fahnden, der seiner Art nach in besonderer Beziehung zum Haftenden steht. Als solcher bietet sich zunächst der Geschäftsgewinn an, den offenbar die meisten Anhänger des Vorteilsgedankens im Auge haben. Gegen seine Hervorhebung spricht aber schon, daß sich der Anwendungsbereich des § 278 auf unentgeltliche Rechtsgeschäfte

und gesetzliche Verpflichtungen erstreckt. So liegt es denn nahe, getreu dem Wortlaut des § 278 auf die Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit abzustellen. Gerade an ihr hat jedoch ausgerechnet der Gläubiger genau das gleiche Interesse, da sie mit dem Erhalt der Leistung korrespondiert.¹ Und auch abgesehen davon bleibt das Abgrenzungsproblem hartnäckig bestehen: Klammert man einmal die letzten Erfüllungshandlungen aus - niemand will die Fremdhaftung auf sie beschränken - und nimmt die Vorbereitung der Leistung in den Blick, so tut sich eine Fülle fremder Aktivitäten auf, die für die Erfüllung von Bedeutung sind. Soll etwa der Arzt des Schauspielers im Verhältnis zum Theaterunternehmen, der Taxifahrer des Chirurgen im Verhältnis zu dem auf seine Operation wartenden Patienten Erfüllungsgehilfe sein? Und wie steht es mit den diversen Lieferanten und den von diesen wiederum eingeschalteten Personen, die es einem Unternehmen ermöglichen, seine Leistungen zu erbringen? Der Vorteilsgedanke hält keine Abgrenzungskriterien bereit, und dies ist wohl einer der Gründe, weshalb er kaum bemüht wird, wenn es gilt, Probleme des Anwendungsbereichs des § 278 zu lösen.

bb) Neben dem Vorteilsprinzip (oder zusammen mit ihm) ist es dem Herrschaftsgedanken - wenigstens zeitweise - gelungen, als Erklärung einer Risikohaftung für fremdes Verhalten Anklang zu finden. Auf ihn hat vor allem v. Gierke (unter historischem Aspekt) aufmerksam gemacht: "Immer aber ist ... der eigentliche Grund der Haftung ein Herrschaftsverhältnis geblieben, vermöge dessen in einem bestimmten Bereiche die Persönlichkeit durch eine ihrer Willensbetätigung als Werkzeug dienende fremde Persönlichkeit erweitert wird ...".² Soweit der Herrschaftsgedanke - gelgentlich unter dem zusätzlichen (schon bei v. Gierke anklingenden) Hinweis auf das Interesse, dem die

fremde Hilfe dient - akzeptiert worden ist¹, hat man ihn zum Teil nicht einfach als für sich selbst sprechend empfunden, sondern in den Dienst des Präventionszweckes der Haftungsnormen gestellt², und sogar - allerdings nicht gerade nur im Hinblick auf die Gehilfenhaftung - die Belastung eines Wirtschaftssubjekts mit dem Präventionsaufwand wiederum mit dem wohlfahrtsökonomischen Ziel einer optimalen Verwendung der produktiven Ressourcen legitimiert.³

Mag man den Begriff der Herrschaft noch so sehr sublimieren ("Beherrschbarkeit im allgemeinen") oder relativieren ("größere Einwirkungsmöglichkeit als der Gläubiger"), er setzt doch zumindest eine Eingliederung des Gehilfen in den Organisationsbereich des Schuldners voraus.⁴

Um zu beweisen, daß diese weder hinreichende noch notwendige Bedingung einer Fremdhaftung ohne eigenes Verschulden ist, könnte man sich auf die Regelung der §§ 831, 832 (Verschuldenshaftung, wenn auch mit umgekehrter Beweislast) berufen wollen⁵ und darauf, daß auch eine selbständige Person Erfüllungsgehilfe sein⁶ kann. Aber: §§ 831, 832 ließen sich noch als historisch begründete Inkonsequenz ansehen, und die Gehilfeneigenschaft Selbständiger hängt eben davon ab, welche ratio dem § 278 zugrunde gelegt wird.⁷ Dennoch besteht kein Anlaß, den Boden immanenter Kritik schon zu verlassen und die gänzliche Verbannung von Selbständigen aus dem Bereich des § 278 etwa mit der hier vorgetragenen Konzeption als sachwidrige Ungleichbehandlung zu qualifizieren. Abgesehen davon, daß der Herrschaftsgedanke keinerlei Stütze im Wortlaut des § 278 findet, verbleiben nämlich Einwände, die schon gegen den Vorteilsgedanken vorgebracht wurde: der Widerspruch zur Haftung für eigenes Verhalten (Was beherrscht man besser als eigene Handlungen?) und die Unerklärbarkeit des Erfordernisses eines qualifizierten Gehilfenverhaltens. Und schließlich:

Desavouiert es den Herrschaftsgedanken nicht, daß gerade dort, wo besonders ausgeprägte Herrschaftsverhältnisse bestehen (z.B. autoritär organisierte Kleinbetriebe) das Bedürfnis nach einer Risikohaftung (für fremdes Handeln) relativ gering ist? ¹ Alle diese Bedenken sprechen (jedenfalls de lege lata) auch dagegen, die an der Herrschaft ansetzenden ökonomischen Präventionslehren zur Erklärung der Gehilfenhaftung heranzuziehen. Es erübrigt sich daher, auf ihre diversen problematischen Implikationen einzugehen. ²

cc) Schon seit langem operiert man im Zusammenhang mit Risikohaftungen aller Art gerne mit dem Begriff der Sphäre (Verantwortungs-, Lebens-, Geschäftskreis). ³ Auch die Gehilfenhaftung wird als Ausprägung des "Prinzips" begriffen, daß jeder für die Schäden haftet, die ihren Ursprung in seiner Sphäre haben. ⁴ Dabei geht es jedoch im Grunde nur um eine bildliche Kennzeichnung des Vorteilsprinzips (Interessensphäre) oder des Herrschaftsgedankens (Einflußsphäre) oder einer Kombination beider. ⁵ Wenn dennoch gelegentlich der Anschein erweckt wird, als handele es sich um etwas "irgendwie" Eigenständiges, so kann dies verschiedene Gründe haben: die Sicherung eines unbestimmten - über Vorteils- und Herrschaftsgedanken hinausgehenden - Argumentationsspielraumes oder die Ausnutzung der von dem Bild ausgehenden Suggestion einer geschlossenen Einheit, um Abgrenzungsschwierigkeiten hinwegzubeschwören oder zu verdecken. Möglicherweise klingt aber in der bildhaften Vorstellung eines einheitlich Ganzem von Geschäftsherrn und Gehilfen, wie sie auch in der Rede von der "Erweiterung der Persönlichkeit" ⁶ und in ähnlichen Formulierungen zum Ausdruck kommt, schon an, daß es nicht um eine Haftung wegen irgendeines eigenen Verantwortungsbeitrages des Schuldners geht, sondern darum, daß die Personenverschiedenheit von Schuldner und Handelndem kein hinreichender Grund ist, um den Schuldner der Haftung, die ihn als Urheber des fremden Handelns träfe, zu entziehen.

c) Das Gefahrerhöhungsargument

Zum klassischen Arsenal der Begründung einer Risiko- haftung gehört das Element der besonderen Gefährdung (durch erlaubte Aktivität). Mancher, dem Vorteils- und Herrschaftsgedanke nicht ausreichen, hat es auch in die Diskussion um die Gehilfenhaftung eingeführt und diese als Gefährdungshaftung deklariert. Dabei sind zwei Varianten des Gefahrerhöhungsarguments zu unter- scheiden.

Die naive - vor allem von M. Rümelin vertretene¹ - Form sieht in der Heranziehung eines Gehilfen insofern eine besondere Gefahr, als "man bei eigener Besorgung sämtlicher Betriebsverrichtungen durch Anwendung der diligentia boni patrisfamilias eine große Zahl von Ver- letzungen fremder Interessen abschneiden könnte, während man die Gehilfen nicht in der Hand hat". Daß diese An- nahme einer besonderen Gefährlichkeit des Gehilfenhan- delns (als Regelfall) nicht den Tatsachen entspricht, ist offenkundig. Als Antwort mag daher die ironische Be- merkung Brodmanns genügen: "Ich glaube auch nicht, daß, wer sich ein Theaterbillet kauft, sein Interesse an der Beschaffung der Gegenleistung dadurch für gefährdet er- achten kann, daß der Theaterdirektor nicht den Hamlet und die Ophelia und alle anderen Rollen mitsamt selbst spielt und obendrein den Vorhang bedient und die richtige Beleuchtung besorgt."² Die Darlegungen Rümelins illustrieren gut, wohin das angestrengte Bemühen, die Fremdhaftung (ausschließlich) als Haftung wegen eigenen Verantwortungsbeitrags (hier: Risikobeitrags) zu kon- struieren, führen kann.

Die ernster zu nehmende Version des Gefahrerhöhungsarguments stellt nicht, wenigstens nicht nur, darauf ab, daß von dem

konkreten Handeln des Gehilfen eher ein Schaden zu besorgen sei als dem des Schuldners, sondern betont, daß der Gehilfe anders als der Schuldner wegen obligationswidrigen Verhaltens nicht haftbar gemacht werden könne, und etwaige deliktische Ansprüche häufig an seiner Vermögenslosigkeit scheiterten, ein Nachteil, gegen den sich der Gläubiger nicht zu schützen vermöge, da er nicht in der Lage sei, den Gehilfen auszusuchen.¹ Hier wird schon relativ deutlich erkannt, daß es darum geht, eine haftungsrechtliche Benachteiligung des Gläubigers zu vermeiden. Löst man diese Ansicht daher aus dem Zusammenhang mit der Gefährdungshaftung² und legt bei der Ermittlung des Nachteils mehr Gewicht auf die unterschiedliche Stellung des Gläubigers gerade zum Schuldner, jenachdem ob dieser selbst oder ein anderer tätig wird, dann ist der richtige Ausgangspunkt, aber auch nur dieser, gewonnen.

d) Der Gedanke des besseren Schadensträgers

Erkennt man in Abkehr von dem Grundsatz "casum sentit dominus", daß die Versagung des Ausgleichs genauso Zuteilung des Schadens ist wie dessen Überwälzung auf andere, und sieht das Haftungsrecht allgemeinen sozialpolitischen und/oder wohlfahrtsökonomischen Postulaten verpflichtet, dann liegt es nahe, denjenigen den Schaden tragen zu lassen, der ihn am besten "verkräftet". Dabei ist dieser Gedanke in seiner - hier allein zur Debatte stehenden - Anwendung auf die Vertragshaftung (Verletzung von Leistungspflichten) von einem Problem von vornherein entlastet, vor dem er sonst - ganz abgesehen von seiner Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht - in sämtlichen seiner Ausprägungen steht: Man kann nicht einfach irgend jemanden, der die jeweils propagierten Voraussetzungen eines geeigneten Schadensträgers erfüllt (genauer: besser

erfüllt als der Verletzte), herausgreifen. Solange daher die Schadensbeträge aus bestimmten Vermögen zu entrichten sind (also keine allumfassende Volksversicherung besteht), kommt man nicht darum herum, zusätzliche - über die schlichte Kausalität hinausgehende - Selektionskriterien zu entwickeln. Bei der Haftung wegen der Verletzung von Leistungspflichten ist dies anders, weil schon der Haftungsanlaß (=Diskrepanz von geschuldeter und erbrachter Leistung) denjenigen, auf den der Schaden des Gläubigers - wenigstens vorläufig - abgewälzt werden könnte, festlegt. Sofern man allerdings den Schuldner nicht für jede irgendwie eingetretene Diskrepanz von erbrachter und geschuldeter Leistung haften lassen will, reicht diese Festlegung nicht aus.

Die trivialste Form des Gedankens des besseren Schadensträgers kulminiert in der Devise "richesse oblige".¹ Man mag davon halten, was man will. Daß jedenfalls dem § 278 nicht die (unwiderlegbare) Vermutung zugrunde liegt, daß der Schuldner "reicher" ist als der Gläubiger, dürfte keiner näheren Beweise bedürfen.²

Wesentlich mehr Anklang - wenigstens in allgemeinen Überlegungen zur Gestaltung des Haftungsrechts - hat eine subtilere Version gefunden, nämlich der Gedanke der Schadensverteilung (plastischer: Schadensstreuung oder -pulverisierung). Er geht davon aus, daß - als Folge des sinkenden Güterwertes bei zunehmender verfügbarer Qualität - jeder Schaden seiner Gesamtwirkung nach weniger gravierend ist, wenn er verteilt wird. Daher solle der den Schaden tragen, der ihn (oder die aufgewandten Versicherungsprämien) in seine Preise einkalkulieren kann (oder auch ohne dies am ehesten zu einer entsprechenden Versicherung zu nötigen ist).³ Dabei muß vorausgesetzt werden, daß der Haftende einer entgeltlichen, auf einige Dauer gerichteten Tätigkeit nachgeht, daß die mit ihr

verbundenen Risiken einigermaßen homogen und daher kalkulierbar sind, daß die Marktstruktur eine Überwälzung auf die Preise gestattet, daß der Verletzte, bei dem es sich ja nicht immer um einen "kleinen" Letztverbraucher handelt, nicht in der Lage ist, selbst eine entsprechende Schadensverteilung vorzunehmen, und daß - soweit die Versicherung eine Rolle spielt - der Schaden seiner Art nach versicherbar ist. Von alledem ist in § 278 nicht die Rede, und sein unzweifelhafter Anwendungsbereich würde erheblich reduziert, wenn man diese Voraussetzungen zu tatbestandlichen Erfordernissen machte,¹ wobei speziell im Hinblick auf die Versicherbarkeit angemerkt sei, daß gegen Ansprüche, die auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet sind, gegenwärtig kein Haftpflichtversicherungsschutz gewährt wird.² Hinzukommt, daß konsequenterweise die Vertragshaftung überhaupt und nicht nur die Gehilfenhaftung auf dem Gedanken der Schadensverteilung aufbauen müßte, was nicht der Fall ist, mögen auch in manchen Zusammenhängen Kalkulierbarkeitserwägungen gute Dienste leisten und sogar de lege lata Beachtung erheischen. Schließlich sei auch der - schon mehrfach vorgetragene und für ökonomisch Orientierte vermutlich hausbacken klingende - Hinweis auf das Erfordernis eines qualifizierten Gehilfenverhaltens nicht völlig unterdrückt. Es mag daher dahinstehen, inwieweit es überhaupt zweckmäßig ist, das Haftungsrecht an wohlfahrtsökonomischen Zielen zu orientieren und vor allem: inwieweit es möglich ist, die Komplexität der dabei zu berücksichtigenden Gesichtspunkte in justiziablen Kategorien einzufangen.

Auf der Suche nach einem Kriterium, das den Schuldner zum Schadensträger tauglicher macht als den Gläubiger, ist

man endlich auch auf die Regreßmöglichkeit verfallen,¹ die ja in der Tat bisweilen vorgreifliche Berücksichtigung findet.² Zur Begründung der Gehilfenhaftung ist das Regreßargument indes nicht geeignet. Von den diversen Bedenken sei nur das "billigste" hervorgehoben: In vielen Fällen kann der Schuldner gar nicht Regreß nehmen ("gefahrgeneigte Arbeit", gesetzliche oder vertragliche Haftungsbeschränkungen etc.), ohne daß dies die Anwendung des § 278 hindert.

e) Sonstige Argumente

Die beiden Argumente, die die Nachhut bilden sollen, zeichnen sich dadurch aus, daß sie weder die Gehilfenhaftung aus allgemeinen Haftungsprinzipien herleiten, noch den Garantiedanken bemühen.

aa) Der Gehilfe werde mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn an dessen Stelle tätig. Auf Grund dieser - auch nach außen erkennbar hervortretenden - Vollmacht sei die Tat des Gehilfen als solche des Vertretenen anzusehen. Hiermit versucht die sogenannte Vertretungstheorie das Problem der Gehilfenhaftung zu bewältigen.³ Auf der gleichen Ebene liegt es, wenn die entsprechende Konsequenz aus dem Vergleich des Gehilfen mit einem Werkzeug gezogen wird.⁴

Diese Ansichten haben sich scharfe Kritik gefallen lassen müssen⁵ und sind in der Tat so schlicht, wie sie formuliert wurden, wenig brauchbar. Immerhin haben sie auch positive Seiten. Sie erkennen nämlich richtig, daß es nicht um eine Haftung wegen eigenen Verantwortungsbeitrags, sondern eine solche-kraft Identifikation geht, und daß dies mit der Funktion des Gehilfen zusammenhängt. Insofern lassen sich gewisse rudimentäre Parallelen zu der hier vorge-tragenen Konzeption nicht abstreiten.

bb) Einige Gegner des Verschuldensprinzips (oder wenigstens seiner unumschränkten Herrschaft) haben kritisch herausgestellt, daß es einen Beweisnotstand des Geschädigten zur Folge habe, der häufig durch eine Beweislastumkehr nicht zu beheben sei.¹ Auch in der Diskussion um die Gehilfenhaftung ist dieses Argument aufgetaucht.² Dagegen, ihm hier ein größeres Gewicht zuzubilligen, spricht schon, daß es von vornherein mißlich und wenig ergiebig ist, in zentralen Instituten des materiellen Rechts die Lösung von Beweisproblemen zu sehen. Es lassen sich aber auch konkrete Einwände vorbringen: Erstens besteht ein nicht durch die Beweislastumkehr korrigierbarer Beweisnotstand - wenigstens typischerweise - nur bei Großbetrieben³ und hängt auch hier von den Beweisforderungen ab. Zweitens müßte der Gedanke eines unüberbrückbaren Beweisnotstandes auch zu einem Verzicht auf das Erfordernis eines qualifizierten Gehilfenverhaltens führen, was dem geltenden Recht widerspricht. Und drittens rechtfertigt die Ablehnung des Verschuldensprinzips es noch nicht, den Schaden bestimmten Personen aufzubürden. Hierzu bedarf es an Stelle des Verschuldens tretender positiver Zurechnungskriterien, über die das hier behandelte Argument keinerlei Auskunft gibt.

f) Die Kombination von Argumenten und das "bewegliche System"

aa) Wie schon eingangs erwähnt und im Laufe der Darlegungen wiederholt angedeutet, werden häufig verschiedene Argumente gebündelt (und manchmal sogar: unentwirrbar verknäuel) vorgetragen. Es ist daher noch zu prüfen, ob die Kritik der einzelnen Argumente auch deren Kombination trifft.

Mit der Kombination von Argumenten kann Verschiedenes gemeint sein:

(a) Jedes Argument soll sich auf den gleichen Sachverhaltsbereich beziehen (also den Gesamtbereich der Norm erklären). Die Kombination - sofern man ihr überhaupt eine eigenständige Bedeutung beimißt - sucht dann etwaige Schwächen der einzelnen Argumente auszugleichen und wird daher von der Einzelkritik betroffen, wenn diese ergibt, daß die jeweiligen Argumente die gleichen Unzulänglichkeiten aufweisen oder in sich so unschlüssig sind, daß sie überhaupt nicht auf die Waagschale gelegt werden können. Betrachtet man nun diverse Kombinationen der kritisierten¹ Argumente (soweit sie überhaupt kombinationsfähig sind) unter diesem Aspekt, so zeigt sich, daß sie von der Einzelkritik in Mitleidenschaft gezogen werden. Dies kann hier nicht in extenso durchgespielt werden. Ein Beispiel mag genügen, nämlich die Kombination (im hier besprochenen "verstärkenden" Sinne) von Vorteils- und Herrschaftsgedanken: Dem Vorteilsgedanken wurde unter anderem vorgeworfen, daß er das Abgrenzungsproblem nicht lösen könne. Insoweit schafft der Herrschaftsgedanke in der Tat Abhilfe. Andere Einwände (z.B. Wertungswiderspruch zur Haftung wegen eigenen Handelns, Unerklärbarkeit des Erfordernisses qualifizierten Gehilfenverhaltens) treffen jedoch beide Argumente, so daß ihre Kombination glücklos bleiben muß, selbst wenn man den Vorteilsgedanken nicht schon wegen des beiderseitigen Interesses an der Erfüllung von vornherein aus der Kombinationsliste streicht.

(b) Die verschiedenen Argumente haben jeweils (von Überschneidungen einmal abgesehen) unterschiedliche - von der Norm (angeblich) erfaßte - Objektbereiche im Auge. Gegenüber einer derartigen Kombination greift die Einzelkritik nur dann nicht durch, wenn sie sich jeweils darauf beschränkt hat nachzuweisen, daß das angegriffene

Argument nicht ausreicht, um den unzweifelhaften Anwendungsbereich der Norm zu decken (und die Kombination diesen Mangel behebt). Da keine zwei Argumente aufgeführt sind, denen nur dieser Vorwurf gemacht wurde, helfen auch Kombinationen der hier besprochenen Art nichts.

bb) Eine besondere Kombinationsmethode ist das von Wilburg aus der Taufe gehobene "bewegliche System".¹ Danach ergibt sich die jeweilige - vom Richter nach "ge-lenktem Ermessen"² festzulegende - Rechtsfolge aus dem Zusammenwirken verschiedener "Elemente" "je nach Zahl und Stärke"³. Entscheidend ist "die Gesamtwirkung ihres variablen Spiels",⁴ die nicht notwendig dadurch beeinträchtigt wird, daß das eine oder andere fehlt, sofern die verbleibenden eine "besondere Intensität" aufweisen.⁵

Ein derartiges "bewegliches System" propagiert Wilburg vor allem für das Schadensersatzrecht. Dabei hebt er im Hinblick auf die vertragliche Gehilfenhaftung außer dem offenbar als unabdingbar betrachteten "Vorwurf eines Mangels, der die Sphäre des Haftenden (oder konkreter: "das Unternehmen des Geschäftsherrn") trifft", und der Kausalität dieses Mangels unter anderem besonders hervor⁶ den Inhalt der Pflicht (insbesondere "das Gleichgewicht der vertraglichen Vorteile und Lasten") und deren Stärke, die Gefährlichkeit des Unternehmens, die Möglichkeit, Gefahren einzurechnen, die Zumutbarkeit einer Versicherung (wobei die beiden letzten Elemente offenbar Ausprägungen des zuerst genannten sein sollen). Aus dem Zusammenspiel solcher Elemente ergibt sich für Wilburg z.B.: Die Haftung des Beauftragten für seine Gehilfen widerspricht dem "Sinn der Pflicht",⁷ und auch im übrigen haftet der "unentgeltliche Schuldner" nur in Ausnahmefällen für fremdes Handeln, z.B. wenn "eine besondere

Gefährlichkeit des Unternehmens eine besondere Sicherung der Gäste fordert".¹ Die Haftung umfaßt grundsätzlich nicht die Tätigkeit Selbständiger.² Immerhin kann auch insoweit eine "Verantwortlichkeit im Hinblick auf die zusammenwirkenden Gesichtspunkte angemessen sein". Dies trifft "vor allem" bei "gefährlichen und großen Betrieben"³ zu, die sich selbständiger Hilfsbetriebe bedienen.

Diese Kostproben machen auch jemandem, der die Fesseln des geschriebenen Rechts nicht als sonderlich eng empfindet, deutlich, daß das "bewegliche System" die Niederungen der Positivität weit hinter sich gelassen hat, wenn man einmal die Bereiche ausklammert, in denen diese sich darin erschöpft, auf eine außerparlamentarische Konsensbildung über sozialetische Maßstäbe oder auf die "Umstände" (z.B. § 254 BGB) zu verweisen.⁴ Zur Erklärung der ratio einer bestimmten Norm taugt es schon deshalb nicht, weil es gerade die verschiedenen Haftungstatbestände durch das bewegliche Zusammenspiel von Elementen, die von der Rechtsordnung in irgendwelchen Zusammenhängen verarbeitet worden sind (oder dem Rechtsgefühl entstammen), ersetzen will. In dem hier erörterten Zusammenhang wäre daher das "bewegliche System" de lege lata nur von Interesse, wenn man es entgegen seinen Intentionen (auch) als Aussage über verschiedene dem § 278 zugrunde liegende Prinzipien begreifen könnte. Hierzu wäre es aber dem Sachgehalt der herangezogenen Elemente nach nicht geeignet; denn diese sind weniger aufschlußreich als der Wortlaut des § 278 (z.B. "Vorwurf des Mangels, der die Sphäre des Haftenden trifft") oder spielen in dessen Rahmen offensichtlich keine Rolle (z.B. "besondere Gefährlichkeit des Unternehmens"). Über diesen Mangel hülfe auch ihre Beweglichkeit (Zusammenwirken je nach "Zahl und Stärke") nicht hinweg, die sich ohnehin nicht mit der Struktur des § 278 vertragen würde.

2. Die Gehilfenhaftung nach § 278 als Identifikationshaftung

Die meisten Regelungen verdanken ihre Entstehung einem der sozialen Wirklichkeit - mit Hilfe irgendwelcher Gerechtigkeitsvorstellungen - unmittelbar entnommenen und insofern originären Bedürfnis. Ihr Fehlen würde jeweils - nach der Terminologie der ("herkömmlichen") Methodenlehre - als "rechtspolitischer Fehler" empfunden. Daneben gibt es aber auch Regelungen, die insofern derivativ sind, als das Bedürfnis nach ihnen durch die Existenz einer anderen Regelung ("Grundnorm") bedingt ist, ohne die sie keine Daseinsberechtigung hätten: Weil - und nur weil - die Fälle X so und so geregelt sind, müssen die Fälle Y eine entsprechende Rechtsfolge nach sich ziehen, um sachwidrige Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Träfe der Gesetzgeber eine derartige Regelung nicht, so läge eine "Lücke" vor.

Die meisten der kritisierten Argumente begriffen die Gehilfenhaftung des § 278 als Regelung im ersten Sinne und stellten sie insoweit mit diversen anderen Risiko haftungen (und auch mit der Verschuldenshaftung) auf eine Stufe. Sie fahndeten daher nach einer Beziehung des Schuldners zum Schaden, an die sich unmittelbar eine Risikohaftung knüpfen läßt. Eine derartige - den § 278 hinreichend erklärende - Beziehung war jedoch nicht nachzuweisen. Unter anderem hinderten dies zwei - öfter aufgetauchte - Bedenken, die gerade aufs engste mit der hier skizzierten Betrachtungsweise zusammenhängen: Wären irgendwelche mit der Person des Schuldners verbundenen Umstände (unmittelbare) Anknüpfungspunkte einer Risikozurechnung, dann ließe sich erstens nicht erklären, weshalb sie als solche nicht in Verbindung mit der eigenen Tat des

Schuldners zum Zuge kommen, und zweitens nicht, warum an das Verhalten des Gehilfen qualifizierte Anforderungen gestellt werden.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist § 278 eine derivative, von der Haftung für eigenes Verhalten abgeleitete Norm. Wäre der Schuldner Urheber des von dem Gehilfen an den Tag gelegten Verhaltens, so hätte er den Tatbestand einer Haftungsnorm erfüllt. Die Nichtanwendung dieser Norm wegen der fehlenden Urheberschaft des Schuldners bedeutet - wie dargetan - eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Gläubigers, wenn das fremde Handeln ein solches des Schuldners ersetzt ("funktionale Äquivalenz"), und der Schuldner im Falle eigenen Tätigwerdens das Risiko der eingetretenen Verletzungen (hier: das Ausbleiben des geschuldeten Erfolges) so gesetzt hätte, daß er entsprechende Verhaltensnormen hätte beachten müssen ("Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos"). Außerdem würden Schuldner, die sich fremder Hilfe bedienen, gegenüber solchen bevorzugt, die dies nicht oder wenigstens nicht in gleichem Umfang tun, da sie geringeren Haftungsrisiken ausgesetzt wären. Daher ist die Subjektbezogenheit der von den Haftungsnormen für relevant erachteten Verantwortungsbeiträge zu relativieren, und der Schuldner muß so haften, wie er es würde, wenn er das fremde Verhalten an den Tag gelegt hätte.

Wenn man die Voraussetzungen der Identifikation im einzelnen außer Betracht läßt, ist also § 278, wie folgt, zu lesen: "Der Schuldner hat das Verhalten der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, so zu vertreten, wie wenn er dessen Urheber wäre". Anders kann die Vorschrift aber auch gar nicht verstanden werden, da das Verhalten des Gehilfen als solches von vornherein nie eine schuldhaftige Pflichtver-

letzung darstellt, und die von § 278 verwendete Formulierung ("Verschulden" des Gehilfen) erklärt sich daraus, daß der Gehilfe ja irgendwie fehlerhaft gehandelt haben muß, falls die Projektion eines Verhaltens eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Schuldners ergeben soll. Dies ist denn auch schon des öfteren hervorgehoben worden,¹ ohne daß man daraus weitergehende inhaltliche Folgerungen gezogen hat als die, daß es auf die Verschuldensfähigkeit des Gehilfen nicht ankommt, und die Sorgfaltsanforderungen an der Person des Schuldners zu orientieren sind. Die hier vorgetragenen Konzeption, die den Identifikationsgedanken zum Ausgangspunkt der Argumentation macht und versucht, ihn konsequent durchzuführen, kann sich daher außer auf die ihr immanente Vernünftigkeit auf das Gesetz berufen, was natürlich nicht heißen soll, daß sie sich ihm in allen Einzelheiten direkt entnehmen läßt. Sie fügt sich überdies widerspruchsfrei in das System des Haftungsrechts und vermeidet die Ungereimtheiten, die die Konstruktion des § 278 als normale, einem originären wirtschaftlichen Bedürfnis entspringende Risikohaftung mit sich bringt. Was sie im einzelnen zu leisten vermag (und wo ihre Grenzen liegen) mögen die folgenden Ausführungen erweisen, die ihrer Konkretisierung gewidmet sind.

II. Das Ausbleiben eines geschuldeten Erfolges

Die hier behandelte Haftung ist die wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges. Erste Voraussetzung ist also, daß eine Pflicht zur Herbeiführung eines Erfolges bestanden hat, und dieser ausgeblieben ist, wobei unter "Ausbleiben" jede Diskrepanz von geschuldeter und erbrachter Leistung, also auch Verzug und Schlechterfüllung, zu verstehen ist. Die Haftung wegen des Ausbleibens eines Erfolges, dessen Herbeiführung zwar im Interesse eines Dritten liegt, aber nicht Inhalt einer echten Rechtspflicht, sondern einer Obliegenheit ist, wird an anderer Stelle besprochen. Dabei folgt die Gliederung der von der h.M. vorgenommenen Qualifikation.

1. Die in Betracht kommenden Pflichten

a) Allgemeines

Auf welche Art von Erfolg die Pflicht gerichtet ist, spielt keine Rolle, wobei unter "Erfolg" in diesem Zusammenhang nicht nur ein vom Handeln zu trennender, "besonderer" Erfolg, sondern auch ein schon in der Ausführung einer Tätigkeit liegender "Arbeitserfolg" (z.B. Bewachung einer Sache) zu verstehen ist.¹ Desgleichen ist es irrelevant, ob die Herbeiführung eines Erfolges auf Grund einer vertraglichen oder gesetzlichen Haupt- oder Nebenpflicht geschuldet ist.

Diese lapidare Aussage bedarf - vor allem angesichts der h.M. - noch einiger Klarstellungen, was bestimmte Pflichten anbelangt.

b) Unterlassungspflichten

Wie schon dargetan,¹ ist der Nichteintritt eines Ereignisses kein Erfolg, dessen "Ausbleiben" zu einer Fremdhftung wegen Ausbleibens eines Erfolges führen kann. Vielmehr muß es (auch) um einen positiven Erfolg gehen. Das bloße Bestehenbleiben eines Zustandes, einschließlich der Unversehrtheit eines Rechtsgutes, bleibt daher außer Betracht, auch wenn es Inhalt einer Pflicht ist. Das bedeutet, daß Verletzungen einer primären oder sekundären Unterlassungspflicht (korrekter: der Eintritt eines Zustandes, der einer solchen Pflicht widerspricht), keine Haftung (für fremdes Handeln als Mittel zum eigenen Zweck) wegen Ausbleibens eines Erfolges, sondern nur eine solche wegen der Verletzung sonstiger Interessen² oder eine Haftung für fremdes Handeln als Ausübung einer eigenen Position³ begründen können; denn man kann auch die laufende Steuerung eines Handelns, im Hinblick auf die jeweils von diesem ausgehenden Gefahren (sekundäre Unterlassungspflicht) nicht als einen für die Fremdhftung in Betracht kommenden positiven Erfolg ansehen, da diese Steuerung von vornherein kein Erfolg ist, den ein anderer als der Urheber des Handelns schulden könnte. Wenn demgegenüber die h.M. Unterlassungspflichten und auf einen positiven Erfolg gerichtete Pflichten im Hinblick auf die Fremdhftung einfach gleichstellt,⁴ obwohl die Vorstellung, man könne sich durch fremdes Handeln von einem Unterlassen entlasten, doch recht seltsam anmutet, dann geschieht dies nur, um Fallgruppen dem § 278 unterstellen zu können, auf die er seinem Wortlaut nach nicht ohne weiteres anwendbar ist.

c) Schutz- und Aufklärungspflichten

Soweit es sich bei einer Schutzpflicht nur um eine sekundäre Unterlassungspflicht handelt, scheidet nach dem soeben Gesagten eine Fremdhaftung wegen Ausbleibens eines Erfolges aus. Das ist nicht der Fall, wenn eine Schutzpflicht besondere Schutzmaßnahmen fordert (und nicht nur: ein Handeln während seines Verlaufs so zu steuern, daß Schäden an den Rechtsgütern des Gläubigers, die jeweils von ihm ausgehen könnten, vermieden werden), und damit auf positive Erfolge gerichtet ist, von deren Herbeiführung sich der Schuldner genauso entlasten kann wie von der Erfüllung der (nicht nur in einem Unterlassen bestehenden) Hauptleistungspflicht. Derartige Maßnahmen stehen in Frage, wenn es um den Schutz vor Gefahren geht, die nicht erst durch eine bestimmte Tätigkeit hervorgerufen werden, oder die zwar mit einem bestimmten Handeln verbunden sind, sich aber nicht einfach durch die Steuerung eben dieses Handelns vermeiden lassen, sondern von vornherein Maßnahmen erforderlich machen, die auch andere Personen als der Handelnde treffen können. Maßnahmen gegen Gefahren der ersten Art sind etwa die Bewachung der dem Schuldner vom Gläubiger anvertrauten Sachen und die Erhaltung der Geschäftsräume des Schuldners in verkehrssicherem Zustand, gegen Gefahren der zweiten Art^{ZB} die Desinfektion medizinischer Geräte oder die Abschirmung von Sachen des Gläubigers im Hinblick auf arbeitsbedingte Immissionen. Ist also jemand dazu verpflichtet, derartige Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, und betraut damit einen anderen, dann - aber auch nur dann - ist dieser als "Obhutsgehilfe" zu qualifizieren. Allerdings vermag das Unterbleiben (ordnungsmäßiger) besonderer Schutzmaßnahmen nicht immer eine Haftung wegen Ausbleibens eines Erfolges zu begründen, nämlich dann nicht, wenn der Schaden nicht die Verwirk-

lichung einer durch die Maßnahmen abzuwehrenden Gefahr ist, sondern von Gefahren, die mit dem als Unterlassen der erforderlichen Obhut zu wertendem Gehilfenhandeln selbst verbunden sind, so z.B., wenn der Gehilfe mit dem von ihm zu bewachenden Auto eine Schwarzfahrt unternimmt und es dabei beschädigt. Ferner ist zu beachten, daß Pflichten zur Vornahme besonderer Schutzmaßnahmen unter Umständen an die Sachherrschaft einer Person anknüpfen und damit entsprechend begrenzt sind. Dies gilt vor allem für die Pflicht, Geschäftsräume und dergleichen in einem solchen Zustand zu erhalten, daß (künftige) Vertragspartner nicht zu Schaden kommen. Daher ist z.B. ein Verhandlungsgehilfe, der - etwa als Anwalt - über eigene Räume verfügt, kein Obhutsgehilfe des Auftraggebers, was deren Verkehrssicherheit angeht.

Eine Haftung (nur) wegen Verletzung einer sekundären Unterlassungspflicht steht ferner nicht in Frage, wenn Rechtsgüter des Gläubigers infolge einer Diskrepanz von geschuldeter und erbrachter Hauptleistung verletzt werden (z.B. durch die Lieferung mangelhafter Sachen wie in dem RG entschiedenen Mais-Fall)¹; denn dann stellt die Haftung für die Verletzung der Rechtsgüter, wie eingangs erwähnt² zugleich eine solche wegen Ausbleibens der geschuldeten Hauptleistung dar. Hat sich daher das fremde Verhalten auf dem Umweg über eine Schlechterfüllung auf Rechtsgüter des Gläubigers ausgewirkt, kommt eine Haftung des Schuldners für dieses Verhalten wegen Ausbleibens des geschuldeten Erfolges in Betracht.

Vertragliche oder vorvertragliche "weitere" Verhaltenspflichten können auch auf die Verschaffung (zutreffender) Informationen gerichtet sein. Deren Empfang ist genauso wie eine handgreifliche Realitätsänderung ein Erfolg, dessen

Ausbleiben eine entsprechende Fremdhaftung begründen kann. Auch die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung (§ 123) stellt eine Haftung für die Verletzung einer Pflicht zu zutreffender Information dar (und damit eine solche wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges). Da es für die Fremdhaftung keine Rolle spielt, ob die von der Haftungsnorm als Rechtsfolge vorgesehene Sanktion ein Schadensersatzanspruch oder sonstiger Rechtsnachteil ist, gilt auch hier § 278. Eine Übersicht über den Bereich des haftungsbegründenden Fremdverhaltens bei Aufklärungspflichten findet sich an anderer Stelle.¹

d) Verkehrspflichten

Nach fast allg.M. setzt § 278 eine Sonderverbindung voraus und gilt daher nicht für die Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten.² Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen. ^{Wenn auf} Grund einer Verkehrssicherungspflicht eine besondere Maßnahme zu treffen ist (z.B. Beleuchtung einer Straße, Streuen bei Glatteis), die der Pflichtige einen anderen durchführen läßt, dann kommt wie bei jeder anderen Pflicht eine Fremdhaftung wegen Ausbleibens des geschuldeten Erfolges in Betracht.³ Dies fordert die ratio des § 278 (und zwar nicht nur die hier ermittelte) und steht auch mit dessen Wortlaut in Einklang. Daß bei Verkehrspflichten anders als bei anderen Pflichten die persönliche Identität desjenigen, demgegenüber sie bestehen, nicht von vornherein feststeht, spricht allenfalls gegen ihren Pflichtcharakter, ist aber (falls man diesen anerkennt) für die Fremdhaftung vollkommen bedeutungslos; es genügt, daß sie auch gegenüber demjenigen zu erfüllen waren, der dann das Opfer ihrer Verletzung wurde. Das gleiche gilt im Hinblick auf die fehlende "Klagbarkeit" der Verkehrssicherungspflichten,⁴ was immer man darunter im einzelnen

verstehen mag, eine Eigenschaft übrigens, die die Verkehrspflichten mit vertraglichen Schutzpflichten teilen, bei denen die h.M. § 278 zum Zuge kommen läßt. Auch ihr Standort im Deliktsrecht spielt keine Rolle. Er bedeutet nur, daß der Pflichtige, soll er haften, einen Deliktstatbestand erfüllt haben müßte, wenn man ihn mit der Hilfsperson identifiziert, vermag aber die Identifikation selbst nicht von vornherein zu hindern. Wenn rein historisch gesehen § 278 nicht auf Verkehrssicherungspflichten gemünzt ist, so nur deshalb nicht, weil der Gesetzgeber die Verletzung eines absoluten Rechts (§ 823 I) unmittelbar als haftungsbegründend ansah¹ (falls keine besonderen Rechtfertigungsgründe vorlagen) und nicht erst als Folge des Unterlassens von Sicherheitsvorkehrungen, zu deren Vornahme der "Verursacher" der Verletzung verpflichtet war, wie dies die Rspr. in eben den Fällen, in denen sie mit Verkehrspflichten arbeitet, annimmt. Den Widerspruch, einerseits eine Pflicht zu Sicherheitsmaßnahmen zu statuieren, andererseits aber - und darauf läuft die Ablehnung des § 278 hinaus - diese Pflicht (unter dem Aspekt der Haftung) mit der Beauftragung einer Hilfsperson als erfüllt anzusehen, versucht denn die Rspr. auch abzumildern, indem sie dem Pflichtigen, der eine Hilfsperson eingeschaltet hat, oft ziemlich sinnlose eigene Kontrollmaßnahmen vorbehält, deren Unterlassen ihn wegen eigenen Verschuldens - und zwar nach § 823 I BGB (zu § 831 s.sogleich) - haftpflichtig macht.² Darin liegt nichts anderes als die haftungsrechtliche Negation der Entlastung des Pflichtigen, und eben sie ist das Anliegen der Identifikationshaftung in Form der Haftung für fremdes Handeln als Mittel zum eigenen Zweck.

Die Anwendbarkeit des § 278 ist also die unausweichliche Konsequenz der Anerkennung von Verkehrspflichten und zwar

nicht nur nach der hier vertretenen Konzeption.¹ Sie schränkt auch nicht den Bereich des § 831 so weit ein, daß sie - bei objektiver Betrachtung - deswegen mit dem geltenden Recht unvereinbar wäre; denn § 278 ist (als Regelung der Fremdhftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges), wie gesagt, nur dann anwendbar, wenn sich der Pflichtige von bestimmten Sicherheitsmaßnahmen entlastet, und der Schaden dadurch entsteht, daß der damit Beauftragte sie nicht ordnungsgemäß durchführt. Daher kann auch nicht die Rede davon sein, daß die Anwendung des § 278 auf Verkehrspflichten zu einer uferlosen Ausweitung der Haftung führt.

Zu den auf Grund von Verkehrspflichten geschuldeten Erfolgen gehören Organisationsmaßnahmen aller Art, also auch Maßnahmen der Aufsicht über Personen. Hat der Pflichtige jemanden mit der erforderlichen Aufsicht betraut, kommt daher eine Fremdhftung nach § 278 in Betracht. Dies bedeutet vor allem, daß sich der Geschäftsherr im Rahmen des § 831 nicht durch den Nachweis entlasten kann, daß er die Aufsichtsperson sorgfältig ausgewählt und überwacht habe (sog. dezentralisierter Entlastungsbeweis), wie dies die Rechtsprechung bisher angenommen hat,² allerdings nur theoretisch, da sie den Geschäftsherrn selbst noch zu diversen eigenen Kontrollmaßnahmen verpflichtet, deren Unterlassen seine Haftung nach § 823 begründet.³ Der Beweis muß also dahin geführt werden, daß der Verrichtungsgehilfe durch die Aufsichtsperson gut ausgewählt und überwacht wurde⁴ (genauer: daß die Aufsichtsperson sich so verhalten hat, daß der Geschäftsherr als Urheber dieses Verhaltens keinen Deliktstatbestand erfüllt hätte).

Auch das Problem der Produktehaftpflicht des Herstellers ist über die Haftung für fremdes Verhalten wegen Ausbleibens

eines (auf Grund einer Verkehrspflicht) geschuldeten Erfolges zu lösen und zwar, ohne daß es der Annahme eines Schutzpflichten erzeugenden Vertrauensverhältnisses zwischen Hersteller und Erwerber (=Letztverbraucher) bedarf.¹ Dennoch erlaubt auch die hier vertretene Auffassung die Anwendung des § 278 nur im Verhältnis zum Erwerber: Die Verkehrspflicht des Herstellers geht dahin, die dem Gebrauch eines Produkts ausgesetzten Personen nicht (über ein gewisses Maß hinaus) zu gefährden. Die für die Frage der Gefährdung durch ein Produkt maßgebliche Ausgangslage ist dabei im Hinblick auf Personen, die nicht mit dem Erwerber identisch sind, der Zustand, der besteht, wenn sie dem Produkt nicht ausgesetzt sind. Die Pflicht des Herstellers, diese Personen nicht zu gefährden, bedeutet daher, daß er verpflichtet ist, den ohne ein Produkt vorhandenen Gefahrenzustand nicht (über ein gewisses Maß hinaus) gefahrerhöhend zu verändern, ohne Rücksicht darauf, welche positive Realität dem entspricht. Somit ist diese Verkehrspflicht eine Unterlassungspflicht, und eine solche vermag, wie gezeigt, keine Fremdhaltung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges zu begründen. Demgegenüber ist für die Gefährdung des Erwerbers, der an dem Gebrauch eines Produkts interessiert ist, nicht der Gefahrenzustand maßgeblich, der besteht, wenn er dem Produkt nicht ausgesetzt ist, sondern derjenige, der besteht, wenn das Produkt gebrauchstauglich ist. Der Hersteller ist daher gegenüber dem Erwerber verpflichtet, die Gefährdung zu vermeiden, die eintritt, wenn das Produkt nicht gebrauchstauglich ist. Das ist nur dadurch möglich, daß er dafür sorgt, daß das Produkt die entsprechende Beschaffenheit aufweist. Daher stellt die Verkehrspflicht des Herstellers gegenüber dem Erwerber eine auf einen positiven Erfolg gerichtete Pflicht dar.

Die hier vertretene Ansicht führt praktisch zu den gleichen Ergebnissen wie die vor der Rechtsprechung praktizierte Auffassung (Haftung nach § 823, aber Entlastungsbewies des Herstellers);¹ denn es dürfte ziemlich gleichgültig sein, ob der Hersteller das Fehlen eigenen Verschuldens, und zwar unter Überspannung sowohl der Beweis- als auch der Sorgfaltsanforderungen, beweisen muß, oder das Fehlen des Verschuldens seiner Gehilfen (genauer: Das Fehlen eines Verhaltens, das im Falle seiner Projektion eine Haftung des Pflichtigen begründen würde).

Der Bereich des fremden Verhaltens, für das der Hersteller nach § 278 haftet, wird an anderer Stelle abgegrenzt.² Schon hier sei aber angemerkt, daß entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht § 278 keine Haftung für das Verhalten selbständiger Zulieferer und deren Angestellten zu begründen vermag.

e) "Sachenrechtliche" Pflichten

Auch im Sachenrecht geregelte Pflichten können eine Fremdhftung wegen Ausbleibens des geschuldeten Erfolges begründen. Dies gilt zunächst, wie allgemein anerkannt, für die Pflichten aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 985 ff). Wenn allerdings der Besitzer einem Dritten nur ermöglicht, auf die (dem Eigentümer herauszugebende) Sache einzuwirken, so entlastet dessen Handeln den Besitzer weder im Hinblick auf die Herausgabe der Sache noch im Hinblick auf besondere Schutzmaßnahmen, so daß der Dritte weder in Ansehung der Herausgabepflicht noch einer auf einen positiven Erfolg gerichteten Schutzpflicht, Gehilfe des Besitzers ist. Es kommt dann nur eine (Zweckverfolgungs-) Haftung wegen der Verletzung eines "sonstigen" Interesses (also nicht eines Interesses am Eintritt eines Erfolges)³ oder eine Haftung für fremdes Handeln als Ausübung einer eigenen Position in Betracht.⁴

Auch die Zurechnung der Bösgläubigkeit des Besitzdieners (im Rahmen des § 990) läßt sich nicht über § 278 bewerkstelligen.¹ Wenn man die verschärfte Haftung des bösgläubigen Besitzers überhaupt als Sanktion der Verletzung einer Pflicht (oder Obliegenheit) ansehen wollte,² dann käme als verletzte (Verschulden= Bösgläubigkeit) Pflicht (oder Obliegenheit) nur eine solche zum Unterlassen des Erwerbes einer Sache in Betracht, die der Veräußerer unrechtmäßig erlangt hat. Bloße Unterlassungspflichten können aber, wie dargetan eine Fremdhafung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges nicht begründen.

Streitig ist, ob § 278 anzuwenden ist, wenn es um Pflichten aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis geht. Der BGH sieht in diesem keine Quelle besonderer Pflichten (vorbehaltlich ausdrücklicher Regelungen). Vielmehr träfen die Nachbarn in ihrem Verhältnis zueinander nur die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten, weshalb eine Anwendung des § 278 ausgeschlossen sei.³ Andere dagegen qualifizieren das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis als Sonderverbindung und plädieren generell⁴ oder wenigstens in Ansehung bestimmter Tatbestände⁵ für ein Eingreifen des § 278. Nach der hier vertretenen Ansicht setzt § 278 keine Sonderverbindung voraus und ist daher auch auf Verkehrssicherungspflichten anzuwenden. Den Gegnern des BGH ist daher im Ergebnis Recht zu geben. Allerdings kann, wie noch einmal hervorgehoben sei, die schlichte Pflicht einer Person (hier: des Eigentümers eines Grundstücks), einen anderen (hier: den Nachbarn) möglichst nicht zu schädigen, keine Fremdhafung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges begründen. Vielmehr muß vom Grundstück des A eine solche Gefährdung des Nachbarn B ausgehen, daß A zu besonderen Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet ist, mit deren Vornahme er andere betraut.⁶ Andernfalls kommt nur eine Fremdhafung

nach den Grundsätzen der Haftung wegen Verletzung eines sonstigen Interesses in Betracht oder der Haftung für fremdes Handeln als Ausübung einer eigenen Position.

Im Deliktsrecht ist jedoch eine Fremdhaftung dieser Art *de lege lata* nicht vorgesehen. Daher haftet der Nachbar, wenn es nicht um das Unterbleiben von Schutzmaßnahmen geht nur dann, wenn man das nachbarschaftliche Verhältnis nicht den deliktischen Haftungsregeln unterstellt.

2. Das Fehlen einer Pflicht zur Herbeiführung des ausgebliebenen Erfolges in bestimmten Fällen

Das Erfordernis des Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges ist nicht erfüllt, wenn derjenige, um dessen Haftung es geht, zu irgendwelchen Schritten in Richtung des ausgebliebenen Erfolges verpflichtet war, ohne dessen Herbeiführung selbst zu schulden, oder wenn er zwar zunächst die Herbeiführung des ausgebliebenen Erfolges schuldete, von dieser Pflicht aber befreit worden ist. Zwei Fallgruppen sind in diesem Zusammenhang hervorzuheben.

a) Die Erfüllung der Pflicht durch Einsatz des "Fremden"

Eine Fremdhaftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges entfällt zunächst, wenn die Pflicht nur dahin ging, den Urheber des in Frage stehenden Verhaltens zu veranlassen, den ausgebliebenen Erfolg herbeizuführen.

Wann einer Pflicht schon mit dem Einsatz eines Dritten genügt ist, was sich nicht immer ohne weiteres entscheiden läßt, kann hier nicht diskutiert werden.¹ Anerkannt ist z.B., daß die Eltern ihre Sorgpflicht gegenüber dem kranken Kind durch die Zuziehung eines Arztes erfüllen.² Bei einem Dienstverschaffungs- oder ("echten") Leiharbeitsvertrag hat der "Verschaffende" bzw. der "Entleiher" seine Schuldigkeit getan, wenn er dem Gläubiger eine (geeignete) Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat.³ Dagegen wird z.B. der Veranstalter einer Pauschalreise nicht nur für verpflichtet gehalten, die Tätigkeit der einzelnen Leistungsträger zu vermitteln.⁴

Der Verkäufer einer Sache hat seine Pflicht nicht erfüllt, solange er dem Käufer nicht Besitz und Eigentum verschafft hat. Dies gilt auch dann, wenn es sich um einen Versendungskauf (§ 447) handelt. Man kann hier auch nicht sagen, daß zwar die Schuld erst erlischt, wenn der Käufer Besitz und Eigentum erlangt hat, der Schuldner aber das "seinerseits Erforderliche" schon mit der Auslieferung der Sache an die Transportperson getan habe.¹ Daher läßt sich die Ablehnung des § 278,² was die Transportpersonen beim Versendungskauf anbelangt, nicht schon damit rechtfertigen, daß der Verkäufer zum Transport nicht verpflichtet sei.³ Sie kann vielmehr nur damit begründet werden, daß § 447 die Anwendung des § 278 ausschließt.⁴ Ein solcher Ausschluß läßt sich allerdings dem Wortlaut des § 447 nicht entnehmen, da die Regelung, daß der Käufer den Kaufpreis bezahlen muß, wenn die Sache auf dem Transport infolge eines Umstandes untergeht, den der Verkäufer nicht zu vertreten hat (=Übergang der Gefahr), keine Aussage darüber enthält, unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer den Untergang zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen des Verkäufers ist vielmehr in §§ 276, 278 geregelt. Man kann den Ausschluß des § 278 auch nicht daraus folgern, daß ohne ihn § 447 praktisch bedeutungslos würde.⁵ § 447 schließt daher § 278 nur dann aus, wenn man davon ausgeht, daß er seinem Zweck nach den Verkäufer, der die Sache der Transportperson⁶ übergeben hat,⁷ im Hinblick auf die rechtlichen Folgen von Leistungsstörungen so stellen will, als habe er sie dem Käufer ausgehändigt.⁸ Für ein solches Verständnis des § 447 dürfte in der Tat vieles sprechen.

Schuldet jemand Geld, so trägt er im Hinblick auf §§ 270 IV, 269 nach allgemeiner Meinung nicht die "Verzögerungsgefahr". Der Schuldner hat also rechtzeitig geleistet, wenn er das Geld (im weitesten Sinne des Wortes) rechtzeitig abgesandt hat. Das bedeutet, daß er im Fall verspäteter Erfüllung nicht für das Verhalten von Personen haftet, die nach der

Absendung tätig wurden oder tätig werden sollten. Wann das Merkmal der Absendung erfüllt ist, ist insbesondere, was den bargeldlosen Zahlungsverkehr anbelangt, problematisch. Hier sei nur darauf hingewiesen, daß sich die Frage der Absendung nicht mit Hilfe des § 278 beantworten läßt,¹ weil die Absendung gerade darüber entscheidet, inwieweit § 278 anwendbar ist.

b) Die Befreiung von der Pflicht durch deren Übergang
auf den "Fremden" (sog. Substitution

Eine Fremdhftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges scheidet auch aus, wenn zwar die Herbeiführung des ausgebliebenen Erfolges geschuldet war, der Schuldner die Pflicht aber (mit befreiender Wirkung) auf den "Fremden" übertragen hat, oder sie auf diesen kraft Gesetzes übergegangen ist, so daß dieser fürderhin an seine Stelle tritt. Damit sind schon die Voraussetzungen der sog. Substitution und deren Unterschied zur Gehilfenschaft umrissen: Der "Fremde" muß dem Gläubiger auf Grund einer Vertrags- oder Schuldübernahme (§§ 414, 415) zur Leistung verpflichtet worden sein, die der Schuldner als Vertreter des Gläubigers oder mit dessen Zustimmung (vgl. § 415) vereinbart hat (falls sie nicht schon kraft Gesetzes erfolgt ist)¹. Bleibt auch der Schuldner weiterhin verpflichtet (Vertrags- oder Schuldbeitritt), so wird der "Fremde" Erfüllungsgehilfe des Schuldners (vgl. §§ 28 a LuftVG, 432 HGB). "Fremder" und Schuldner haften als Gesamtschuldner.

Da man nicht klar erkennt, daß nur unter den genannten Voraussetzungen eine Haftung für fremdes Verhalten als das eines Substituten ausscheidet, weil andernfalls² der "Substitut" ein normaler Erfüllungsgehilfe ist,³ wird vor allem im Hinblick auf § 664 I 2, den man als eine Regelung der Substitution begreift,⁴ versucht, die Substitution von der Gehilfenschaft anders abzugrenzen⁵. So hat man darauf abgestellt, ob der Schuldner die Geschäftsführung gänzlich aus der Hand gegeben oder den "Fremden" nur zur Unterstützung herangezogen habe,⁶ obwohl doch an sich der Umfang des übertragenen Aufgabenkreises und der persönlichen Mitarbeit des Schuldners (nach allen Theorien) für die Fremdhftung absolut irrelevant ist. Diese Abgrenzung ist denn auch als ungenügend empfunden worden, und man hat gefordert, daß der Schuld-

ner aus seiner Rechts- und Pflichtenstellung ausscheiden müsse.¹ Trotzdem soll eine Substitution auch anzunehmen sein, wenn der Schuldner dem "Fremden" die Geschäftsführung im eigenen Namen übertragen hat, ohne daß dieser nunmehr allein dem Gläubiger gegenüber verpflichtet ist.² Das ist widersprüchlich, da dann das Ausscheiden des Schuldners aus seiner Pflichtenstellung doch nur bedeuten kann, daß er rein tatsächlich dem "Fremden" die Erledigung des Auftrags überläßt, was für eine haftungsbefreiende Substitution eben nicht ausreicht.

Wenn demnach auch für eine Substitution erforderlich ist, daß der "Fremde" an Stelle des Schuldners dem Gläubiger gegenüber zur Leistung verpflichtet worden ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß andernfalls der "Fremde" schlechthin Gehilfe des Schuldners mit der Folge einer Haftung aus § 278 ist, ~~falls deren Voraussetzungen im übrigen vorliegen~~; denn es muß immer geprüft werden, ob der Schuldner nicht schon mit dem Einsatz des "Fremden" seine Pflicht erfüllt hat (s. oben a),³ und in diesem Zusammenhang gewinnt § 664 I 2 (und der ihm entsprechende § 691) seine Hauptbedeutung. § 664 I betrifft nämlich nicht - wenigstens nicht in erster Linie - die Substitution im hier besprochenen Sinne-insoweit bedürfte es des § 664 I gar nicht -, sondern enthält eine Auslegungsregel für die Reichweite der Pflicht des Beauftragten. Ist diesem gestattet, die Ausführung des Auftrags einem anderen zu übertragen, so hat er seiner Pflicht genügt, wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht, und haftet deswegen nur für culpa in eligendo.⁴ Die Pflicht des Beauftragten geht also von vornherein dahin, entweder den Auftrag selbst zu erledigen oder einen anderen damit zu betrauen, den man nicht als Substituten - auch nicht im weiteren oder wirtschaftlichen Sinne - bezeichnen sollte.⁵ Von daher ist zu be-

stimmen, was man unter einer Übertragung der Ausführung des Auftrags im Gegensatz zur Hinzuziehung eines Gehilfen zu verstehen hat. Der Einsatz eines anderen kann den Beauftragten nur dann von seinen Pflichten entbinden, wenn danach keine Mitwirkung seinerseits mehr erforderlich wird, und der andere auch kein unter seiner Leitung handelnder Angestellter ist. Dies mag im Ergebnis auf die von der h.M. vertretene Abgrenzung hinauslaufen.¹ Die hier vertretene Ansicht (Unterscheidung von Substitution und Erfüllung durch Einsatz Dritter) hat jedoch eine wesentliche Konsequenz. Die Bestimmung der Reichweite einer Pflicht hängt auch von der Entgeltlichkeit des Geschäfts ab. Übernimmt jemand die Erledigung einer bestimmten Angelegenheit gegen Entgelt, so ist dieses grundsätzlich nicht das Äquivalent für eine bloße Einschaltung Dritter, und es kann daher im Zweifel nicht angenommen werden, daß mit ihr die Pflicht schon erfüllt ist. Entgegen einer verbreiteten Meinung² ist deshalb eine Analogie des § 664 I 2, den § 675 zu Recht nicht erwähnt, auf alle entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträge unzulässig.³ Auch § 691 muß auf die unentgeltliche Verwahrung beschränkt bleiben. Etwas anderes gilt für die Substitution (im hier definierten Sinne); denn bei ihr beruht der Wegfall der Fremdhaftung auf dem Übergang der Pflicht auf den "Fremden" und ist nicht die Folge der begrenzten Reichweite der Pflicht.

III. Die Nichthaftung des Schuldners wegen Fehlens eigener Tatbestandsverwirklichung als ungerechtfertigter Nachteil des Gläubigers

Die Nichthaftung des Schuldners wegen Fehlens eigener Tatbestandsverwirklichung stellt - wie der Modellskizze zu entnehmen ist - einen ungerechtfertigten Nachteil des Gläubigers dar, wenn der "Fremde" ein Handeln, das als

Mittel zum Zweck einem eigenen des Schuldners gleichsteht ("funktionale Äquivalenz"), vorgenommen oder ein solches trotz entsprechenden Auftrags unterlassen hat, der Schuldner als Urheber des fremden Verhaltens wegen der eingetretenen Interessenverletzung haften würde, und im Falle eigenen Handelns Verhaltensnormen zur Vermeidung der eingetretenen Verletzung hätte beachten müssen. Das letzte Erfordernis ist - wie dargetan - unproblematisch, wenn wie hier die eingetretene Verletzung im Ausbleiben eines geschuldeten Erfolges besteht, da es dann notwendig, also ohne Rücksicht darauf, wie der Schuldner tatsächlich gehandelt hätte, erfüllt ist¹ - ein Befund, mit dem § 278 übereinstimmt, der ein derartiges Erfordernis nicht erwähnt. Es geht daher im folgenden nur darum, wann ein vorgenommenes oder vorzunehmendes Fremdhandeln als Mittel zum Zweck einem solchen des Schuldners gleichsteht - die Urheber eines solchen Handelns bzw. die damit Beauftragten sind die von § 278 angesprochenen "Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient" -, und der Schuldner als Urheber des fremden Verhaltens haften würde.

1. Die funktionale Äquivalenz des (vorgenommenen oder vorzunehmenden) Fremdhandelns

a) Allgemeines: Die Abgrenzungsschwierigkeiten der h.M.

Die nähere Bestimmung der Voraussetzungen unter denen ein vorgenommenes oder vorzunehmendes Fremdhandeln einem

solchen des Schuldners funktional äquivalent ist, wird den Umfang der Fremdhftung nach § 278 einigermaßen präzise abstecken, was bisher, sieht man genauer hin, noch nicht gelungen ist. Zu den Handlungen, mit denen der "Fremde" betraut sein muß, um Erfüllungsgehilfe zu sein, gehört nach allgemeiner Meinung nämlich nicht nur der Vollzug der "eigentlichen" Leistung, sondern das gesamte dem Schuldner im Hinblick auf die Erfüllung obliegende Verhalten, also auch die Vorbereitung der Leistung¹. Diese Annahme wirkt harmloser als sie ist. Bei den Handlungen, die nach dem Entstehen einer Pflicht² zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolges (= der Sachverhalt, an den die Erfüllungswirkung geknüpft ist) erforderlich werden, geht es häufig um eine Fülle verschiedenster Aktivitäten, und es kann unmöglich jede von ihnen die Gehilfenschaft ihres Urhebers begründen. Man muß dabei gar nicht nur an Werk- oder Werklieferungsverträge mit ihren diversen oft weitreichenden Herstellungs-, Lieferungs- und Informationstätigkeiten denken. Dem unvoreingenommenen Blick tun sich auch sonst allenthalben weitläufige Bereiche erforderlicher Handlungen auf. Man nehme etwa den Fall, daß ein Erbe eine Sache, die Gegenstand eines Vermächtnisses ist, einem Lagerhalter zur Aufbewahrung übergibt, und dieser, um seinen Pflichten nachkommen zu können, die Lagerhalle reparieren läßt, was die Herbeischaffung entsprechend präparierten Materials und statische Berechnungen erfordert. Sollen hier alle beteiligten Personen Gehilfen des Erben im Hinblick auf die Erfüllung des Vermächtnisses sein? Oder wie steht es mit der Tätigkeit des Arztes, zu dem sich ein Dienstverpflichteter begibt, der ohne Heilbehandlung nicht imstande ist, die versprochene Arbeit zu tun? Mit solchen - beliebig vermehrbaren - Fällen konfrontiert wird man vielleicht vom Inhalt der Pflicht Abgrenzungshilfe erwarten. Dieser läßt einen jedoch im

Stich, da er es nicht erlaubt,¹ einen inhaltlich definierten Teil der erforderlichen Handlungen mit Rücksicht auf § 278 als nicht "in obliquo" auszuklammern?² Daß die Pflicht nur solche Tätigkeiten umfaßt, die der Schuldner "an sich" persönlich durchführt oder wenigstens durchführen könnte, wird von vornherein niemand behaupten wollen?³ der in § 278 nicht nur die Regelung ziemlich unbedeutender, von der generellen Arbeitsteilung verschonter Bereiche sieht. Die berufliche oder wirtschaftliche Rolle, in der der Schuldner seinen tatsächlichen Veranstaltungen nach dem Gläubiger gegenübergetreten ist, stellt ebenfalls kein relevantes Selektionskriterium dar. Ganz abgesehen davon, daß sie oft ziemlich konturlos ist, würde die Annahme einer Kongruenz von rollenentsprechendem und dem Schuldner obliegendem Handeln nämlich häufig die Haftung unangemessen verkürzen. Soll etwa der Schuldner, der die Erstellung eines schlüsselfertigen Hauses versprochen hat, obwohl er nur einen Büroraum mit Telephon sein eigen nennt, nicht für das Verschulden der von ihm (im eigenen Namen) beauftragten Bauunternehmer haften? Und wie ist es, wenn ein Unternehmen, das sich nur mit dem Vertrieb von Ölbrennern beschäftigt, die Wartung von Heizungsanlagen übernimmt und dafür einen Handwerksbetrieb engagiert? Wollte man in derartigen Fällen die Fremdhaftung ablehnen, so bedeutete dies, daß der Schuldner so behandelt würde, wie wenn er sich nur verpflichtet hätte, entsprechende Fachleute mit dem Vorhaben zu betrauen. Die h.M. scheint denn auch an irgendwelche rollenspezifischen Grenzen des dem Schuldner obliegenden Handelns nicht zu denken und bejaht z.B. ohne weiteres die Haftung des Schuldners für einen Spediteur⁴ (außer im Falle eines Versendungskaufs).⁵ Eine andere Abgrenzungsmöglichkeit könnte darin bestehen, unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gehalts der Schuldverhältnisse Funktionseinheiten zu bilden, denen die in

Frage stehenden Handlungen jeweils zurechenbar sein müssen.¹ Soll aber weder nur die tatsächliche wirtschaftliche Position des Schuldners noch allein das zu befriedigende Bedürfnis und damit der geschuldete Erfolg den wirtschaftlichen Gehalt des Schuldverhältnisses (und damit die Funktionseinheit) bestimmen, dann kommen nur noch die den betreffenden Vertrag seiner Funktion nach kennzeichnenden Tätigkeiten in Betracht, und das sind eben die "eigentlichen" Erfüllungshandlungen, auf die die Anwendung des § 278 gerade nicht beschränkt sein soll. Außerdem läßt sich bei manchen Verträgen - anders als etwa bei einem Spezieskauf oder einem Arbeitsvertrag - gar kein Kreis von Tätigkeiten definieren, der sich als funktionstypisch von dem bloß Erforderlichen abhebt. Dies gilt vor allem für Werkverträge. Ist die Herstellung von Einzelteilen, die ein Werkunternehmer, der eine Maschine bauen soll, von einem Dritten bezieht, schon oder noch nicht funktionstypisch? Die Rohstoffgewinnung² wird man jedenfalls nicht in die Funktionseinheit einbeziehen können, wenn diese den umfänglichen Bereich des Erforderlichen reduzieren soll. Wo aber liegt die Grenze?

Taugt somit der Inhalt der Pflicht nicht dazu, dem § 278 über eine Eingrenzung der relevanten Handlungen die erforderlichen Konturen zu verleihen, ist nach Voraussetzungen der Gehilfeneigenschaft Ausschau zu halten, die diese Aufgabe erfüllen. Solche finden sich jedoch nicht; denn weder muß nach der h.M. der Gehilfe Angestellter des Schuldners sein,³ noch wird verlangt, daß er von diesem (oder seinem Angestellten) unmittelbar eingesetzt worden ist (mittelbarer Erfüllungsgehilfe). Es bleibt daher nur der Rekurs auf die allgemeine ratio legis übrig, und auch die dazu bisher angebotenen Theorien

- mit Ausnahme der heute (zu Recht) abgelehnten Herrschaftstheorie - helfen nicht weiter, vor allem nicht der Vorteilsgedanke.¹

Die hier angesprochenen Abgrenzungsschwierigkeiten sind früher bisweilen gesehen worden. So hat Brodmann gemeint,² es gäbe keinen brauchbaren Haltepunkt, wenn man auch Personen, die nicht unter der Regie des Schuldners tätig würden, als Erfüllungsgehilfen qualifiziere.

Andere suchten den Kreis der in Betracht kommenden Handlungen zu begrenzen und forderten zumeist ohne nähere Begründung, daß diese "in engem Zusammenhang"³ mit der Erfüllung stehen, den geschuldeten Erfolg "unmittelbar" herbeiführen⁴ oder "an die Rechtsgüter des Gläubigers heranreichen" müßten,⁵ um auf diese Weise z.B. die - früher gern diskutierte - Haftung des Arztes für den Kutscher, durch dessen Verschulden er nicht rechtzeitig zu seinem Patienten gelangt, ablehnen zu können. Heute wird das Abgrenzungsproblem, dem sich die h.M. von ihren eigenen Prämissen her ausgesetzt sehen müßte, nicht mehr - wenigstens nicht in seiner ganzen Tragweite - explizit thematisiert. Wo man spürt, daß eine Haftung nach § 278 zu weit führen würde, begnügt man sich mit mehr oder weniger lapidaren Verneinungen, soweit nicht ohnehin der Rechtsinstinkt der Geschädigten die Gerichte (und damit mittelbar die Rechtswissenschaft) davor bewahrt, sich mit etwas gewagteren Gehilfenkonstruktionen beschäftigen zu müssen. So sieht man etwa den Hersteller nicht als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers an, weil die Herstellung der Sache nicht mehr zu den Pflichten des Verkäufers (oder Werklieferanten, sofern es um eine vertretbare Sache geht) gehöre, so daß der Hersteller nur seine eigene Pflicht gegenüber dem Verkäufer erfülle.⁶ Aber: Die Herstellung ist für die Übereignung der Sache an den Käufer notwendig, und die Tatsache allein, daß sie nicht Vornahme der "eigentlichen" Leistung des Verkäufers ist, sondern dieser vorausgeht, verweist sie ja nach h.M. nicht aus dem Kreis der für § 278 in Betracht kommenden

Fremdhandlungen. Daß man ferner die Fremdhaftung nicht begrenzen kann, indem man bestimmte Handlungen, die für die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges erforderlich sind, als nicht geschuldet qualifiziert, wurde soeben dargestellt. Wenn jemand die Lieferung einer vertretbaren Sache versprochen hat (vgl. § 651 I 2), die er durch seine Angestellten herstellen läßt, und deren Versehen eine - nicht schon nach § 279 zu vertretende - Leistungsstörung zur Folge hat, dann werden auch die Vertreter der h.M. die Haftung nicht ohne weiteres mit dem Argument ablehnen wollen,¹ daß die Angestellten "nur" ihre Pflicht gegenüber dem Schuldner erfüllen, obwohl es doch für die Anwendung des § 278 gerade keine Rolle spielen soll, ob es um die Tätigkeit eines Angestellten des Schuldners oder eines selbständigen Unternehmers geht.

b) Das Veranlassungserfordernis

Daß ein fremdes Handeln als Mittel zum Zweck einem eigenen des Schuldners gleichsteht, setzt zunächst voraus, daß das fremde Handeln vom Schuldner veranlaßt worden ist, da es ihn, wie erinnerlich, andernfalls von vornherein nicht von einem für ihn erforderlichen Handeln entlasten kann. Geht es darum, ob ein unterlassenes Fremdhandeln² einem solchen des Schuldners äquivalent gewesen wäre, kommt es darauf an, ob es vom Schuldner veranlaßt worden wäre, wenn der "Fremde" das Handeln vorgenommen hätte. Das ist der Fall, wenn der "Fremde" auf Grund der Zwecksetzung des Schuldners mit dem Handeln beauftragt worden ist, eine Voraussetzung, die ohnehin erfüllt sein muß, damit von einem fremden Unterlassen die Rede sein kann.³

aa) Allgemeines

Der Schuldner hat ein fremdes Tätigwerden veranlaßt, wenn dieses - wenigstens mittelbar⁴ - auf seinen Willen zurückzuführen ist. Es genügt also nicht, daß das

fremde Handeln (genauer: die Tatsache, daß gehandelt worden ist) dem Willen des Schuldners entspricht, sondern es muß auf Grund des Willens des Schuldners vorgenommen worden sein, ohne daß allerdings der Handelnde hiervon wissen muß. Dabei kommt es auf den wirklichen (und damit auch: irgendwie geäußerten) und nicht auf einen aus der Interessenlage zu folgernden mutmaßlichen Willen des Schuldners an. Daher haftet der Schuldner für das Verhalten eines Geschäftsführers ohne Auftrag nur dann, wenn dieser auf entsprechende Willensäußerung des Schuldners hin tätig geworden ist, also auf Grund eines nichtigen Auftrags. Ob etwas anderes gilt, wenn der Schuldner die Geschäftsführung genehmigt, wie dies die Rechtsprechung annimmt,¹ ist zumindest zweifelhaft, da das nachträgliche Einverständnis die Geschäftsführung nur zu einer berechtigten (mit der Folge eines Anspruches auf Aufwendungsersatz, § 684) macht, und ja der berechtigte Geschäftsführer ohne Auftrag gerade nicht Erfüllungsgehilfe ist und zwar nach h.M. ohne die hier vertretene Einschränkung (Handeln des Geschäftsführers auf Grund entsprechender Willensäußerung des Schuldners).

Die hier gegebene Definition des Veranlassungserfordernisses ist streng genommen nicht mit der allgemein üblichen Formel identisch, wonach der "Fremde" mit Wissen und Wollen des Schuldners gehandelt haben muß, da in dieser nicht hinreichend zum Ausdruck kommt, daß der "Fremde" - vorbehaltlich sogleich zu erörternder Einschränkungen - auf Grund des Willens des Schuldners tätig² geworden sein muß, und auch nur diejenigen seiner Handlungen zählen (d.h.: auf den Schuldner zu projizieren sind), die auf Grund des Willens des Schuldners vorgenommen worden sind. Ob der Sache nach Übereinstimmung herrscht, läßt sich nicht

genau sagen. Immerhin gibt es Entscheidungen, in denen offensichtlich kein Wert darauf gelegt wird, daß der Schuldner das seine Haftung begründende Fremdhandeln veranlaßt hat, so z.B. wenn der BGH den Hersteller einer vertretbaren Sache im Hinblick auf die mitgelieferte Gebrauchsanweisung als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers qualifiziert.¹ Ferner wird die Ablehnung des § 278 auch in Fällen, in denen das in Frage stehende Fremdhandeln wenigstens typischerweise nicht vom Schuldner veranlaßt worden ist, nicht auf die fehlende Veranlassung gestützt.²

bb) Relativierungen des Veranlassungserfordernisses
und Einzelheiten

aa) Ist jemand auf die Willensäußerungen mehrerer Personen hin tätig geworden ("kumulativ" Veranlassung), dann spielt es keine Rolle, daß man die Willensäußerung jeder einzelnen Person hinwegdenken kann, ohne daß das Handeln entfällt; denn an der Kausalität der einzelnen Willensäußerung fehlt es hier nur, weil der "Fremde" die Zwecke mehrerer Personen durch ein und dasselbe Handeln verfolgt, anstatt mehrere inhaltsgleiche Handlungen vorzunehmen. Daher ist davon auszugehen, daß jede einzelne Person das fremde Handeln veranlaßt hat. Der Haftung des Schuldners steht es daher nicht entgegen, daß ein fremdes Handeln auch auf Grund des Willens anderer Personen vorgenommen worden ist. Dies wird bei zwei Fallgruppen relevant.

(a) A ist zur Herbeiführung eines Erfolges verpflichtet und beauftragt den D, hierfür erforderliche Handlungen vorzunehmen. D erhält auch Aufträge von B und C und kann es einrichten, daß ein und dasselbe Handeln den Zwecken aller Auftraggeber dient. Beispiel: D befördert die Sachen mehrerer Personen mit einem Transport.

(b) A, B, C sind als Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft zu etwas verpflichtet. Gemeinsam beauftragen sie den D, hierfür erforderliche Handlungen vorzunehmen.

D kann auch Mitgesellschafter von A, B, C sein. Da nicht erforderlich ist, daß er jeweils im Einzelfall beauftragt worden ist, sondern eine ihm generell erteilte Geschäftsführungsbefugnis genügt, und es ferner (wie noch gezeigt wird)¹ keine Rolle spielt, daß er auch selbst zur Leistung verpflichtet ist, können somit die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft nach § 278 für das Verhalten eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters haften.² Der Grundsatz des § 425 findet insoweit keine Anwendung. § 278 spielt allerdings nur eine Rolle, soweit nicht § 31 eingreift, und das heißt, wie an anderer Stelle darzutun ist,³ soweit die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter mit ihrem "Privatvermögen" in Frage steht.

Das Gesagte gilt auch, wenn es sich bei A, B, C, D um eine Anwaltssozietät handelt. Dagegen läßt sich nicht im Hinblick auf von D "akquirierte" und betreute Mandanten einwenden, daß D diese auch betreut hätte, wenn er nicht Mitglied der Sozietät gewesen wäre, und daher seine Geschäftsführungsbefugnis keine Rolle gespielt habe; denn man darf nicht außer Acht lassen, daß die Mandanten mit "der" Sozietät Verträge geschlossen haben,² und D daher ohne eine entsprechende Befugnis nicht für die Mandanten hätte tätig werden dürfen. Daß die Mandanten vielleicht nicht mit "der" Sozietät kontrahiert hätten, wenn D sie nicht hätte betreuen dürfen, steht auf einem anderen Blatt. Auch verbundene Anwälte haften also für das Verhalten eines von ihnen (vorbehaltlich des § 31) gemäß § 278 (sofern sie gemeinschaftlich die Vertretung des Mandanten übernommen haben),³ und nicht, wie der BGH annimmt,⁴ weil der Mandant sein Vertrauen "der" Sozietät entgegenbringt.

Bei der OHG spielt § 278 keine Rolle, was die Haftung für geschäftsführungsbefugte Gesellschafter anbelangt, da die OHG nach § 31 haftet, und § 128 HGB diese Haftung auf die einzelnen Gesellschafter erstreckt, so daß es insoweit keines besonderen Haftungsgrundes bedarf.

bbb) Sorgt der Schuldner dafür, daß irgendwelche Handlungen, die unabhängig von seinem Willen vorgenommen werden, im Falle ihrer planmäßigen Vornahme gewisse Wirkungen hervorbringen (Beispiel: der Schuldner läßt Sachen durch die Bahn transportieren), dann steht dies der Veranlassung dieser Handlungen gleich. Das bedeutet z.B., daß der Schuldner für Bahn- oder Postbedienstete⁵ haften kann, die nicht (auch)⁶ auf Grund seines Willens tätig werden.

ccc) Haben sich A und B gemeinschaftlich zu einer unteilbaren Leistung verpflichtet (§431), dann hat A (B) die Tätigkeit, die B (A) im Rahmen des arbeitsteiligen Zu-

sammenwirkens entfaltet, auf jeden Fall veranlaßt (wechselseitige Veranlassung).¹ Zwar war B (A) möglicherweise schon von sich aus hierzu entschlossen, aber er wäre ohne die Bereitschaft des A (B) zur Mitwirkung nicht tätig geworden. Das genügt zur Erfüllung des Veranlassungserfordernisses; denn die Veranlassung setzt nicht voraus, daß der Veranlaßte das Handeln erst auf Grund des Willens des Veranlassenden gewollt hat, sondern nur, daß er seinen Willen nicht ohne den des Veranlassenden realisiert hätte. Daher spielt es auch keine Rolle, wenn die Bereitschaft des A (B) ihrerseits auf die des B (A) zurückzuführen ist.

cc) Zur fehlenden Äquivalenz fremden Handelns trotz erfolgter Veranlassung bei Handlungen bestimmten Inhalts, im Falle einer eigenen Pflicht des "Fremden" und bei Veranlassung auch durch den Gläubiger

aaa) Nicht immer steht ein vom Schuldner veranlaßtes Fremdhandeln einem solchen des Schuldners gleich. Dies gilt zunächst, wie in der Modellskizze ausgeführt,² für Handlungen, die einen bestimmten Inhalt haben.

Soweit ein Handeln seinem Inhalt nach so mit der Tatsache fremden Tätigwerdens verknüpft ist, daß seine Vornahme voraussetzt, daß der Schuldner seine Zwecke nicht selbst verfolgt (fremdes Tätigwerden voraussetzende Vorbereitungshandlungen) vermag es diesen nicht zu entlasten. Unter diese Kategorie fallen die unterschiedlichsten Tätigkeiten. Als Beispiele seien hier nur genannt: die Fahrt eines "Fremden" von seiner Wohnung zum Arbeitsplatz, die Reparatur von Arbeitsmitteln oder eine medizinische Behandlung, die ein "Fremder" durchführen

läßt, um die übernommene Tätigkeit erledigen zu können.

Die Bedeutung des Ausschlusses derartiger Tätigkeiten aus dem Bereich äquivalenten Fremdhandelns muß allerdings noch näher erklärt werden. Hat ein "Fremder" ein äquivalentes Handeln unterlassen, das er vornehmen sollte, so haftet der Schuldner, wenn er haften würde, falls er das Handeln so wie der "Fremde" unterlassen hätte, und das bedeutet: wenn er sich so verhalten hätte wie der "Fremde" nach seiner Beauftragung (bis zum Ende des zur Verfügung stehenden Handlungszeitraumes)¹, also unter Einschluß von Vorbereitungshandlungen der genannten Art. Unterbleibt daher ein äquivalentes Handeln, so ist die Identifikation des Schuldners mit solchen Vorbereitungshandlungen (die bedeutsam ist, wenn deren Mißlingen das Unterbleiben des Handelns zur Folge hatte)² nur dann ausgeschlossen, wenn der "Fremde", durch dessen Tätigwerden sie bedingt sind, seinerseits wiederum einen Dritten hiermit beauftragt hat (Behandlung durch einen Arzt, Reparatur der Arbeitsmittel durch andere Personen, Fahrt zum Arbeitsplatz mit einem Taxi).

Eine weitere Gruppe fremder Handlungen, die trotz Veranlassung durch den Schuldner nicht einem eigenen Handeln des Schuldners gleichstehen, bilden, wie erinnerlich,³ diejenigen, die der "Fremde" schon ohnehin in der Erwartung gewollt hat, ihre Ergebnisse zur Befriedigung irgendwelcher fremden Bedürfnisse zu benötigen, und daher genausogut schon vorher hätte vornehmen (oder vornehmen lassen) können. Ein derartiges - der Einfachheit halber als "noch bedürfnisneutral" zu bezeichnendes - Handeln ist anzunehmen, wenn der "Fremde" kein Arbeitnehmer des Schuldners ist, und sich darauf eingerichtet hat, fremde Bedürfnisse immer wieder mit Hilfe von Er-

gebissen zu befriedigen, die den gleichen Inhalt wie das durch das Handeln hervorgebrachte haben, oder das durch das Handeln hervorgebrachte Ergebnis selbst immer wieder ausnutzen wird, um fremde Bedürfnisse zu befriedigen (noch bedürfnisneutrale Fremdhandlungen). Zu Handlungen dieser Art gehört etwa die Herstellung vertretbarer Sachen (= 1. Alternative), die Beschaffung von Arbeitsmitteln oder der Erwerb allgemeiner Fachkenntnisse (= 2. Alternative).

Was die Bedeutung dieses Ausschlusses anbelangt¹, so gilt das oben (zum Ausschluß fremden Tätigwerdens voraussetzende Vorbereitungshandlungen) Gesagte nicht.²

bbb) Veranlaßt A den B, einen von ihm geschuldeten Erfolg zu fördern, zu dessen Herbeiführung auch B selbst (also als Gesamtschuldner zusammen mit A) verpflichtet ist, so liegt es nahe, die Tatsache der Veranlassung für bedeutungslos zu halten, und den A so zu behandeln als habe er das Tätigwerden des B nicht veranlaßt. Dann ist B nämlich schon durch die Pflicht dazu motiviert worden, den Erfolg herbeizuführen, so daß der Veranlassungsakt des A nur den Zeitpunkt determiniert hat, in dem B zu handeln begonnen hat (nicht aber das Handeln überhaupt). Dies kann nicht ausreichen, um dem Veranlassungsakt rechtliche Relevanz zuzubilligen; denn sonst hinge die Haftung des A für das Verhalten des B von der rein zufälligen und belanglosen Tatsache ab, ob sein Veranlassungsakt den B "erreicht", nachdem dieser den Zeitpunkt seines Handelns schon selbst bestimmt hat oder nicht. Aus dieser Überlegung folgt andererseits aber auch, daß der Veranlassungsakt des A nicht irrelevant ist, also die funktionale Äquivalenz des Fremdhandelns begründen kann, wenn er trotz eigener Pflicht des B für

dessen Handeln "konstitutiv" gewesen ist, wenn also B sich auf die Veranlassung (auch) des A hin unabhängig davon zum Handeln entschlossen hat, daß er selbst dazu (gegenüber dem Gläubiger) verpflichtet ist. Diese Voraussetzung ist insbesondere in folgenden Fallgruppen erfüllt, was bedeutet, daß hier der Grundsatz des § 425 wegen § 278 keine Anwendung findet:

(a) Die Pflicht (auch) des B entsteht erst dadurch, daß A ihn beauftragt hat, tätig zu werden. Hieraus erklärt sich z.B., daß der Hauptfrachtführer für das Verhalten des Unterfrachtführers trotz dessen eigener Verpflichtung (§ 432 II HGB) haften kann (§ 432 I HGB).

(b) A und B sind übereingekommen, daß B gewisse Erfolge herbeiführen soll, zu deren Herbeiführung sich A und B gemeinsam einem Dritten gegenüber verpflichten. Das bedeutet, daß die eigene Pflicht des geschäftsführenden Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft der Haftung der übrigen Gesellschafter für sein Verhalten nicht entgegensteht.¹ Dies wird aber nur relevant soweit nicht § 31 eingreift, und das bedeutet, wie noch zu zeigen ist,² soweit es um die Haftung der Gesellschafter mit ihrem "Privatvermögen" geht.

(c) A hat einen Vertrag geschlossen, zu dessen Erfüllung auch B (z.B. als Mitgesellschafter) verpflichtet ist. Die primäre Pflicht zum Handeln trifft aber den A, sei es auf Grund einer Abrede mit B, sei es, weil der Gläubiger gerade an seinen Diensten interessiert ist. A veranlaßt ad hoc den B, ihm behilflich zu sein. Typisches Beispiel: Ein Anwalt bittet seinen Sozius, bei der Betreuung eines seiner Mandanten mitzuwirken. Er haftet für das Verhalten des Sozius trotz dessen eigener Pflicht nach § 278,³ soweit nicht § 31 eingreift (s. soeben).

(d) A und B haben sich gemeinschaftlich zur Herstellung eines einheitlichen Werkes verpflichtet (§ 431). Hier ist

jeweils der eine (oder eine von ihm herangezogene Hilfsperson) Erfüllungshilfe des anderen; denn die Herstellung des Werkes erfordert eine vom Willen beider getragenes Zusammenwirken, so daß der Wille des A (B) für das Handeln des B (A) trotz dessen eigener Pflicht eine Rolle spielt.¹

ccc) Dadurch, daß der Gläubiger einen Vertrag mit dem Schuldner schließt, veranlaßt er mittelbar auch das Tätigwerden der Personen, die der Schuldner zur Erfüllung der Schuld heranzieht. Beschränkt sich die Veranlassung des Gläubigers hierauf, spielt es selbstverständlich keine Rolle, daß auch er die fremde Tätigkeit veranlaßt hat. Die Mitwirkung des Gläubigers kann aber darüber hinaus gehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der "Fremde" nur deshalb auf Veranlassung des Schuldners tätig wird, weil der Gläubiger ihn zuvor hiermit beauftragt hat, wenn also z.B. der Gläubiger auf entsprechendes Ersuchen des Schuldners hin einen seiner Angestellten oder eine sonstige Person auffordert, dem Schuldner behilflich zu sein. Auch hier ersetzt das fremde Handeln trotz Veranlassung auch durch den Gläubiger grundsätzlich ein eigenes des Schuldners;² denn daß der Schuldner die Hilfsperson nicht persönlich ausgewählt hat, spielt keine Rolle. Die Tatsache, daß auch der Gläubiger das fremde Handeln veranlaßt hat, könnte daher allenfalls über eine ihn treffende Fremdhaftung im Rahmen des § 254 berücksichtigt werden, deren Voraussetzungen jedoch in den hier angesprochenen Fällen nicht erfüllt sind.³

Anders ist es, wenn die Befriedigung des Gläubigerinteresses durch den Eintritt eines Erfolges definiert ist, dessen Herbeiführung bestimmte Tätigkeiten erfordert, die nur von Personen, die der Gläubiger hiermit beauftragt hat, oder deren Gehilfen durchgeführt werden können. Dann ist nämlich die Befriedigung des Gläubigerinteresses mit der Tätigkeit bestimmter Personen untrennbar verbunden, so daß die von diesen Personen vorzunehmenden Handlungen von vornherein die im Interesse des Gläubigers zu entfaltende Tätigkeit des Schuldners verkürzen und daher den Schuldner nicht entlasten. Verlangt also etwa der Gläubiger von seinem

Schuldner die Überweisung des geschuldeten Betrages auf sein Bankkonto, so haftet der Schuldner selbst dann nicht für ein Versehen der Gläubigerbank, wenn es sich um eine Bringschuld handelt, was auch die h.M. annehmen dürfte,¹ ohne dies allerdings begründen zu können; denn nach der schlichten Formel, wonach Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Willen des Schuldners an der Erfüllung mitwirkt, müßte § 278 angewendet werden. Entsprechendes gilt, wenn der Gläubiger auf Grund einer Ermächtigung des Schuldners im Lastschriftverfahren den Schuldbetrag durch seine Bank einziehen läßt.²

Vereinbart der Gläubiger mit dem Schuldner die Einschaltung einer bestimmten Person, weil er in deren Fähigkeiten besonderes Vertrauen setzt und daher seine Interessen (ungeachtet der tatsächlichen Qualität der Leistungen anderer Personen) nur im Falle der Mitwirkung dieser Person als befriedigt ansieht, dann befreit das Handeln dieser Person den Schuldner ebenfalls nicht von einer im Interesse des Gläubigers zu entfaltenden Tätigkeit. Man denke etwa an den Fall, daß jemand seinen Arzt auffordert, einen von ihm benannten Spezialisten zu Rate zu ziehen.³ Auch der erwähnte Prüfflug - Fall⁴ wäre anders zu entscheiden gewesen, wenn der Flugzeugeigentümer verlangt hätte, daß sein Pilot mit der Durchführung des Prüffluges betraut worden wäre.

Steht fest, daß der Schuldner gewisse Erfüllungstätigkeiten nicht selbst durchführen wird, und wünscht der Gläubiger die Einschaltung einer bestimmten Person, ohne daß dies bedeutet, daß sein Interesse an der geschuldeten Leistung untrennbar mit der Tätigkeit dieser Person verbunden ist, dann legt die Vereinbarung, diese Person an der Erfüllung mitwirken zu lassen nur im vorhinein fest, durch die Handlungen welcher Person der Schuldner sich von der im Interesse des Gläubigers zu entfaltenden Tätigkeit entlastet. Das RG hat daher folgenden Fall richtig entschieden:⁵ Der Verkäufer hatte mit dem Käufer vereinbart, daß der Käufer

nach Absendung der Waren den Kaufpreis einer vom Verkäufer benannten Bank überweisen sollte, die dann dem Verkäufer den Betrag gegen Aushändigung des Frachtbriefes ausfolgen sollte. Da die Bank den Verkäufer nicht über den Eingang des ihr überwiesenen Betrages unterrichtete, rief dieser die bereits abgesandte Ware zurück und verlangte (nach einem Rücktritt gemäß § 326) den Ersatz der Versandkosten. Das RG ließ den Käufer für das Versehen der Bank nach § 278 haften, ohne sich hieran durch die Tatsache gehindert zu sehen, daß der Verkäufer auch sonst schon Geschäfte über diese Bank abgewickelt und ihre Einschaltung gewünscht hatte.

c) Das Wollen des geschuldeten Erfolges oder vorangehender "äquivalenzstiftender" Erfolge als Motiv der Veranlassung

aa) Allgemeines

Ein fremdes Handeln steht nur dann einem eigenen des A gleich, wenn es an der Herbeiführung eines Erfolges beteiligt ist, der nicht nur von A gewollt ist, sondern darüber hinaus eine gewisse - sogleich näher zu kennzeichnende - Qualität aufweist ("äquivalenzstiftender" Erfolg). Da ein von A veranlaßtes Fremdhandeln ihn nicht im Hinblick auf alle von ihm im Laufe der Zeit gewollten Erfolge, an denen es ex post gesehen irgendwie beteiligt ist, entlastet, sondern (wie in der Modellskizze ausgeführt) nur im Hinblick auf solche, deren Wollen ihn schon zur Veranlassung motiviert hat, muß demgemäß das fremde Handeln schon im Hinblick auf einen "äquivalenzstiftenden" Erfolg veranlaßt worden sein.

aaa) Wie erinnerlich,¹ vermag ein von A erstrebter Erfolg die Äquivalenz eines Fremdhandelns als Mittel zu seiner Herbeiführung nur zu begründen, wenn er in besonderer Weise auf A bezogen ist, und der besondere Bezug mit Eintritt des Erfolges unmittelbar in der Person des A entsteht. Das ist der Fall, wenn durch den Eintritt

des Erfolges eine Pflicht des A erlischt, oder wenn der Erfolg als Tätigkeitsergebnis eines Arbeitnehmers des A diesem appropriiert ist. Außer dem geschuldeten Erfolg kommen daher Tätigkeitsergebnisse von Arbeitnehmern des Schuldners als Äquivalenzstiftend in Betracht, was allerdings für die Fremdhftung wegen des Ausbleibens des geschuldeten Erfolges nur relevant wird, wenn es sich um Vorbedingungen des geschuldeten Erfolges handelt, deren Nichteintritt (oder nicht ordnungsgemäßer Eintritt) dessen Ausbleiben zur Folge hatte.¹

Aus diesen Überlegungen folgt, daß ein fremdes Handeln, das der Schuldner nicht schon auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges, wohl aber eines vorangehenden, ihm als Tätigkeitsergebnis seiner Arbeitnehmer appropriierten Erfolges veranlaßt hat, einem eigenen Handeln gleichsteht. Da der geschuldete Erfolg nur dann noch nicht Motiv der Veranlassung ist, wenn noch keine Pflicht zu seiner Herbeiführung besteht, geht es dabei um fremde Handlungen, die vor Entstehung der Pflicht vorgenommen werden. Das bedeutet prima facie, daß die Äquivalenz dieser Handlungen irrelevant ist, weil der Schuldner, falls er deren Urheber wäre, an sich nicht wegen schuldhafter Pflichtverletzung haften würde, und daher deren Projektion auf ihn nichts nützt. Dies gilt jedoch, wie noch darzutun,² nicht, wenn es sich um "vorweggenommene Erfüllungshandlungen" handelt. Daß ein fremdes Handeln einem solchen des Schuldners äquivalent ist, das er noch nicht auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges veranlaßt hat, führt also letztlich dazu, daß der Schuldner für "vorweggenommene Erfüllungshandlungen" seiner Arbeitnehmer haftet.

bbb) Das Erfordernis der Veranlassung auf Grund des Wollens bestimmter Erfolge, sei es des geschuldeten, sei es eines diesem vorangehenden Tätigkeitsergebnisses von Arbeitnehmern des Schuldners, wirft im übrigen keine besonderen Probleme auf. Es sei nur erwähnt, daß

A ein Erfüllungshandeln des B auch dann auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges veranlaßt hat, wenn er den B damit betraut hatte, sich im Falle der Entstehung der Pflicht um deren Erfüllung zu kümmern.¹ Daß der geschuldete Erfolg im Zeitpunkt des Auftrages seinem Inhalt nach noch nicht fixiert war, spielt keine Rolle, da davon auszugehen ist, daß A ihn auf jeden Fall so wollte, wie er geschuldet ist.

Ein vom Schuldner veranlaßtes Fremdhandeln kann gleichzeitig mehrere von ihm erstrebte Erfolge herbeiführen, so daß die Veranlassung nicht entfällt, wenn man jeweils das Wollen eines von ihnen hinwegdenkt (z.B. die Beförderung mehrerer Sachen mit einem Transport). Dann ist das "Motivationserfordernis" trotzdem im Hinblick auf jeden einzelnen erfüllt, das fremde Handeln also als Mittel zur Herbeiführung eines jeden von ihnen einem solchen des Schuldners äquivalent, da es keine Rolle spielen kann, daß der Schuldner nicht im Hinblick auf jeden der Erfolge ein gesondertes Handeln veranlaßt hat.

bb) Die fehlende Äquivalenz gewisser Fremdhandlungen als Mittel zu einem bestimmten Erfolg trotz Veranlassung (auch) schon im Hinblick auf diesen Erfolg

Nicht alle fremden Handlungen, die A auch schon auf Grund des Wollens eines bestimmten Erfolges veranlaßt hat, stehen als Mittel zur Herbeiführung dieses Erfolges einem Handeln des A gleich. Vielmehr ist dies bei gewissen "erfolgsferneren" Handlungen nicht der Fall. Das vom Schuldner veranlaßte Fremdhandeln muß daher, um endgültig einem eigenen äquivalent zu sein, eine gewisse "Nähe" zum geschuldeten Erfolg haben oder zu einem diesem vorangehenden Tätigkeitsergebnis, das dem Schuldner als Arbeitgeber appropriiert ist. Ist daher ein schon im Hinblick auf den geschuldeten Erfolg veranlaßtes Fremdhandeln im Verhältnis zu diesem als "erfolgsfern" zu qualifizieren, so steht es dennoch einem eigenen

des Schuldners gleich, wenn es zu einem dem Schuldner als Arbeitgeber appropriierten vorangehenden Erfolg die erforderliche "Nähe" hat. Dabei ist zu berücksichtigen, daß jedes Handeln eines Arbeitnehmers des Schuldners, das er als solcher vornimmt, ein dem Schuldner appropriiertes Ergebnis hervorbringt, so daß jedes von einem Arbeitnehmer in seiner Rolle als Arbeitnehmer vorgenommene Handeln automatisch auch die erforderliche "Nähe zu einem dem Schuldner (als Arbeitgeber) appropriierten Ergebnis hat. Das bedeutet, daß ein vom Schuldner (auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges) veranlaßtes Handeln, das im Verhältnis zum geschuldeten Erfolg als "erfolgsfern" zu qualifizieren ist, einem solchen des Schuldners gleichsteht, wenn es das Handeln eines seiner Arbeitnehmer ist, oder anders ausgedrückt: ein fremdes (auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges veranlaßtes) Handeln, dessen Urheber nicht Arbeitnehmer des Schuldners ist, ersetzt ein eigenes, wenn es eine gewisse "Nähe" zum geschuldeten Erfolg aufweist.

Haftet demnach der Schuldner für seine Arbeitnehmer, auch wenn deren Handeln nicht schon im Hinblick auf den geschuldeten Erfolg ein eigenes des Schuldners ersetzt, so ist dies ohne weiteres mit dem Wortlaut des § 278 vereinbar; denn der Schuldner "bedient sich" auf jeden Fall seiner Arbeitnehmer zur Erfüllung der Pflicht, wenn diese Ergebnisse produzieren, die Vorbedingungen des geschuldeten Erfolges sind.

aaa) Die erste Gruppe von fremden Handlungen, die nicht als Mittel zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges

einem solchen des A gleichstehen, obwohl A sie schon auf Grund des Wollens dieses Erfolges veranlaßt hat, die also nicht die erforderliche "Nähe" zu diesem Erfolg aufweisen, bilden, wie erinnerlich¹, solche, die nur die persönliche Handlungssituation des (sich an der Verfolgung dieses Zweckes selbst beteiligenden) A verändern, ohne den Erfolg ansonsten irgendwie zu fördern, die also als Mittel zu diesem Zweck nur in Betracht kommen, weil A sich an dessen Verfolgung selbst beteiligt (das eigene Tätigwerden des "Geschäftsherrn" - hier: des Schuldners - voraussetzende Vorbereitungshandlungen)². Veranlaßt daher der Schuldner ein derartiges Fremdhandeln, um den geschuldeten Erfolg (selbst) herbeizuführen, so steht es (mangels Äquivalenz als Mittel zu dessen Herbeiführung) nach dem oben Gesagten nur dann einem eigenen gleich, wenn sein Urheber Arbeitnehmer des Schuldners ist. Das bedeutet z.B., daß ein Arzt, der die Vornahme einer Operation schuldet und sich mit einem Taxi ins Krankenhaus fahren läßt, dem Patienten nicht für das Verhalten des Taxifahrers haftet (ein früher gern diskutierter Fall in zeitgemäßer Abwandlung !), ein Schauspieler, der sich einer medizinischen Behandlung unterzieht, um rechtzeitig auftreten zu können, dem Theaterinhaber nicht für das Verhalten des Arztes.

bbb) Eine weitere Gruppe "erfolgsfernerer" Handlungen machen, wie dargetan³, diejenigen aus, die A zwar erst auf Grund des Wollens eines bestimmten Erfolges veranlaßt hat, die er aber schon ohnehin in der Erwartung, ihre Ergebnisse für künftige Zwecke zu benötigen, gewollt hat und daher genauso gut schon vorher hätte verlassen können, wobei die Annahme eines solchen - der Einfachheit halber als "noch erfolgsneutral" zu bezeichnenden - Handelns voraussetzt, daß A sich ersichtlich darauf eingestellt hat, seine Zwecke immer wieder mit Hilfe von Ergebnissen zu verfolgen, die den gleichen Inhalt wie das durch das Handeln hervorgebrachte haben, oder daß A ersichtlich das hervorgebrachte Ergebnis selbst immer

wieder für irgendwelche Zwecke ausnutzen wird (noch erfolgsneutrale Fremdhandlungen). Läßt also der Schuldner ein derartiges Handeln erst im Hinblick auf den geschuldeten Erfolg vornehmen, so steht es gleichwohl nicht als Mittel zu dessen Herbeiführung einem eigenen gleich, sofern die Veranlassung des Handelns durch den Schuldner nicht schon ohnehin irrelevant ist, weil es genau-
sogut schon ohne diese hätte vorgenommen werden können und somit als "noch bedürfnisneutral" zu qualifizieren ist.¹ Damit ersetzt ein solches Fremdhandeln nach dem eingangs Gesagten² nur dann ein eigenes Handeln des Schuldners, wenn sein Urheber Arbeitnehmer des Schuldners ist. Das bedeutet, daß z.B. der Werkunternehmer, der Einzelteile, die er immer wieder benötigt, erst auf Grund eines konkreten Auftrages bestellt, oder der seine Arbeitsmittel erst auf Grund eines konkreten Auftrages reparieren läßt (durch einen selbständigen Unternehmer), seinem Auftraggeber nicht für das Verhalten des Lieferanten oder der Angestellten des Reparaturbetriebes haftet, der Arzt seinem Patienten nicht für das Verhalten eines Kollegen, den er anlässlich des konkreten Falles um Information über neue Behandlungsmethoden gebeten hat.

d) Die genannten Erfordernisse als hinreichende Bedingungen der funktionalen Äquivalenz fremden Handelns

Die genannten Erfordernisse sind nicht nur notwendige, sondern auch hinreichende Bedingungen der funktionalen Äquivalenz fremden Handelns. Weitere positive oder negative Voraussetzungen müssen also nicht erfüllt sein. Es ist daher z.B. gleichgültig, ob der "Fremde" wußte, daß er an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges mitwirkte,¹ in welchen Beziehungen der Schuldner zu dem "Fremden" stand,² ob der Schuldner selbst hätte handeln können,³ ob er die Möglichkeit hatte den "Fremden" auszuwählen oder auf sein Handeln einzuwirken und damit auch: ob der "Fremde" Inhaber eines öffentlichen Amtes oder öffentlicher Leistungsträger ist.⁴ Der Schuldner kann demgemäß auch für das Handeln von Bahn- und Postbediensteten,⁵ von Notaren,⁶ etc.⁷ haften.

e) Zusammenfassung

1. Ein an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges beteiligtes Handeln⁸ eines Arbeitnehmers des Schuldners steht immer einem eigenen Handeln des Schuldners gleich, soweit es seinem Inhalt nach nicht so mit der Person des Arbeitnehmers verknüpft ist, daß seine Vornahme voraussetzt, daß dieser und nicht der Schuldner tätig wird (Ausschluß fremdes Tätigwerden voraussetzender Vorbereitungs-handlungen).⁹

2. Ein an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges beteiligtes Handeln sonstiger Person steht einem Handeln des Schuldners gleich, wenn der Schuldner es auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges (zumindest mittelbar) veranlaßt hat, und

a) es nicht genausogut schon ohne die Veranlassung seitens des Schuldners hätte vorgenommen werden können ("noch bedürfnisneutrales" Fremdhandeln),¹⁰

b) der Schuldner es nicht genausogut schon ohne das Wollen des geschuldeten Erfolges hätte veranlassen können ("noch erfolgneutrales" Fremdhandeln),¹

c) es nicht nur die persönliche Handlungssituation des sich selbst an der Erfüllung beteiligenden Schuldners verändert (das eigene Tätigwerden des Schuldners voraussetzende Vorbereitungshandlungen)²

d) es nicht seinem Inhalt nach so mit der Person eines an der Herbeiführung des Erfolges Beteiligten verknüpft ist, daß seine Vornahme voraussetzt, daß dieser und nicht der Schuldner tätig wird (fremdes Tätigwerden voraussetzende Vorbereitungshandlungen)³

e) den Handelnden nicht selbst eine Pflicht zur Herbeiführung des Erfolges trifft, und deshalb die "Veranlassung" durch den Schuldner höchstens den Zeitpunkt fixiert, zu dem er tätig wird⁴

f) der Handelnde nicht auf Veranlassung des Gläubigers eingeschaltet worden ist, weil das Interesse des Gläubigers am Eintritt des Erfolges mit dem Tätigwerden des Handelnden verbunden ist.⁵

2. Die Haftung des Schuldners im Falle seiner Identität mit dem Urheber des fremden Verhaltens

Der Schuldner müßte dem Gläubiger für das Ausbleiben des geschuldeten Erfolges haften, wenn er an Stelle des "Fremden" Urheber des äquivalenten Handelns gewesen wäre, und sich im übrigen alles so abgespielt hätte, wie geschehen. Hat der "Fremde" (trotz entsprechendem Auftrags) ein Handeln unterlassen,¹ das ein solches des Schuldners ersetzt hätte, so kommt es darauf an, ob der Schuldner als Urheber des Verhaltens haften würde, das der "Fremde" nach seiner Beauftragung bis zum Ende des zur Verfügung stehenden Handlungszeitraumes an den Tag gelegt hat; denn dieses Verhalten kennzeichnet die haftungsrechtliche Qualität des Unterlassens, das als reines Negativum keine bewertbare Beschaffenheit aufweist.² Das äquivalente Fremdhandeln oder - bei Unterlassen eines solchen - das Verhalten des "Fremden" nach seiner Beauftragung ist also auf die Person des Schuldners zu projizieren, und die Bewertung des projizierten Verhaltens muß eine Haftung des Schuldners für das Ausbleiben des geschuldeten Erfolges ergeben.

a) Das fremde Verhalten als Gegenstand der Projektion (insbesondere zur Frage der sog. Wissenszurechnung)

Gegenstand der Projektion ist das fremde Verhalten in seinem tatsächlichen Ablauf einschließlich aller darin involvierten Umstände und der Situation, in der es stattgefunden hat. Da das fremde Handeln, das ein eigenes des Schuldners ersetzt, nicht nur aus den sichtbaren Bewegungen, sondern auch aus den damit einhergehenden Wahrnehmungsakten des "Fremden" besteht, sind diese auf den Schuldner mitzuprojizieren. Hat daher der "Fremde" im Verlauf eines (funktional äquivalenten) Handelns be-

stimmte Umstände wahrgenommen und dann in Kenntnis dieser Umstände (funktional äquivalent) gehandelt (oder ein Handeln unterlassen), so wird auch der Schuldner so behandelt, als habe er in Kenntnis dieser Umstände gehandelt (oder ein Handeln unterlassen). Dagegen scheidet die Projektion von Wahrnehmungen einer Person aus, die dazu führt, daß der Schuldner so haften würde, als habe er ein eigenes Verhalten oder das ebenfalls auf ihn projizierte Verhalten anderer Personen mit den entsprechenden Kenntnissen an den Tag gelegt. Damit eine Haftung des Schuldners für das Verhalten einer Person gerechtfertigt ist, müßte er nämlich haften, wenn er sich an deren Stelle so verhalten hätte wie diese, und dies bedeutet, daß er im Verlauf des Verhaltens dieser Person als dessen Urheber einen Haftungstatbestand erfüllt haben müßte (unterstellt, daß sich im übrigen alles so abgespielt hätte, wie geschehen). Der Schuldner haftet also nur dann für das Verhalten einer Person, wenn allein die Bewertung des auf ihn projizierten Verhaltens dieser Person seine Haftung ergeben würde. Ist daher das Verhalten einer Person "harmlos", so daß der Schuldner als Urheber dieses Verhaltens keinen Haftungstatbestand erfüllt hätte, spielt es keine Rolle, daß die Projektion des Verhaltens dieser Person in Verbindung mit einem Verhalten des Schuldners selbst oder dem ebenfalls auf ihn projizierten Verhalten anderer Personen eine Haftung des Schuldners ergeben würde. Andernfalls wäre auch der Wortlaut des § 278 ("Verschulden" des Gehilfen) nicht nur inkorrekt,¹ sondern geradezu unsinnig. Eine Zurechnung des Wissens einer Person, die von der haftungsrechtlichen Bewertung deren Verhaltens (nach Projektion auf den Schuldner) unabhängig ist, läßt sich somit - entgegen Oldenbourg² nicht über § 278 bewerkstelligen,³ erst recht natürlich nicht eine von der Projektion eines Verhaltens ("Wahrnehmungsakt") überhaupt unabhängige und insofern "reine" Wissenszurechnung.

Wahrnehmungsakte stellen nicht die einzige Form des zu projizierenden "inneren" Verhaltens dar. Soll der "Fremde" an Stelle des Schuldners eine Information herstellen (= gewinnen plus objektivieren), dann besteht das entsprechende funktional äquivalente Handeln zumindest aus dem "äußeren" Objektivationsakt (sprechen, schreiben) und den vorausliegenden gedanklichen Bemühungen. Hat der "Fremde" eine falsche Information geliefert, und geht es darum, ob den Schuldner ein Verschulden träfe, wenn er diese Information hergestellt hätte, sind daher auch die gedanklichen Bemühungen des "Fremden" auf den Schuldner zu projizieren, und dies bedeutet, daß der Schuldner so gestellt wird, als habe er die Information aus den dem "Fremden" zur Verfügung stehenden Kenntnissen gewonnen. Das ist deshalb von Bedeutung, weil die bloße Projektion des Objektivationsaktes (von den Fällen des Verschreibens und Versprechens abgesehen) noch kein Verschuldensurteil ermöglicht, und das Verschulden darin liegen kann, daß die vorhandenen Daten nicht ausreichten, um die fragliche Information liefern zu können oder erkennbar falsch waren, oder aus ihnen falsche Schlüsse gezogen wurden.

b) Die Haftung des Schuldners als Folge der Projektion des Fremdverhaltens

aa) Allgemeines

Der Schuldner müßte als Urheber des projizierten Fremdverhaltens einen Haftungstatbestand erfüllt haben (unterstellt, daß sich im übrigen alles so abgespielt hätte, wie geschehen), wobei sich die Erfüllung des Tatbestandes nicht erst aus einer "Zusammenrechnung" des projizierten Verhaltens mit einem solchen des Schuldners selbst oder

dem ebenfalls projizierten Verhalten einer anderen Person ergeben darf, wie im Zusammenhang mit der "Wissenszurechnung" dargetan.¹ Ferner ist zu beachten, daß für die Haftung des Schuldners als Urheber des projizierten Verhaltens die gleichen Maßstäbe gelten wie für seine Haftung im Falle tatsächlich eigenen Verhaltens, was insbesondere wichtig ist, wenn der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit haftet.²

Objekt der haftungsrechtlichen Wertung ist allein das projizierte Verhalten. Diese so eindeutig erscheinende Aussage bedarf doch der Erläuterung. Sie bedeutet nämlich nicht, daß das nicht projizierte Fremdverhalten überhaupt keine Rolle spielt.

Wird ein fremdes Handeln (mangels funktionaler Äquivalenz) nicht projiziert, so heißt das nur, daß der Schuldner nicht als Urheber dieses Handelns angesehen werden darf, nicht aber, daß das Handeln als nicht erfolgt gilt. Die Lage wird also so betrachtet, als habe bis zum Beginn des zu projizierenden Handelns der "Fremde", und alsdann der Schuldner gehandelt. Die Projektion nur eines bestimmten Teils des fremden Gesamthandelns erlaubt es daher nicht, den Schuldner so zu behandeln, als habe er nur dieses Handeln an den Tag gelegt, obwohl zuvor nichts geschehen sei, und ihm hieraus einen Vorwurf zu machen. Andererseits steht es dem Verschuldensvorwurf nicht entgegen, daß er an der (rein objektiven) Fehlerhaftigkeit oder Unzulänglichkeit des vorausliegenden, nicht projizierten Handelns anknüpfen müßte. Es kann also dem Schuldner als Urheber des projizierten Verhaltens angekreidet werden, daß er die Fehlerhaftigkeit oder Unzulänglichkeit des vorausliegenden Fremdhandelns (und damit auch: seiner Ergebnisse) hätte erkennen können und daher anders handeln oder mehr tun müssen als geschehen. Ein Beispiel mag dies erhellen: B hat In-

formationen über irgendwelche Tatsachen erlangt und wird von A beauftragt, dem C Auskünfte über diese Tatsachen zu erteilen. Die von B gesammelten Daten und damit auch die dem C erteilten Auskünfte sind objektiv falsch. Steht hier die Gewinnung der Informationen durch B nicht einem Handeln des A gleich (z.B. mangels Veranlassung durch A), so darf A auf Grund der Projektion nur des Auskunftsaktes nicht so angesehen werden, als habe er die erteilte Information einfach "aus dem Ärmel geschüttelt". A haftet aber, wenn er als Urheber des Auskunftsaktes die Unrichtigkeit der erteilten Information hätte erkennen müssen.

Für die haftungsrechtliche Qualifikation des projizierten Verhaltens kommt es allein auf die Person des Schuldners an. Es spielt daher keine Rolle, ob das Verhalten als ein solches des "Fremden" unter irgendeinem Aspekt rechtswidrig oder schuldhaft ist. Der Schuldner kann als Urheber des projizierten Verhaltens also auch haften, wenn der "Fremde" rechtmäßig gestreikt hat^{1,2} (=Unterlassen eines funktional äquivalenten Handelns), sich genau an die Weisungen des Schuldners gehalten hat, verschuldensunfähig ist³ etc. Besteht zwischen den Fähigkeiten des Schuldners und denen des "Fremden" ein auch im Rahmen des objektiven Verschuldensmaßstabes relevanter Unterschied, so kommt es auf die des Schuldners an.⁴ Entsprechendes gilt für die individuellen Merkmale, die für die grobe Fahrlässigkeit oder die Außerachtlassung der eigenüblichen Sorgfalt bedeutsam sind. Hat der "Fremde" in Kenntnis gewisser Umstände gehandelt, so haftet der Schuldner nur dann so, als habe er in Kenntnis dieser Umstände gehandelt, wenn die Kenntnis im Rahmen des oben Gesagten⁵ auf ihn zu projizieren ist oder er sie ohnehin auch selbst besitzt. Verfügt umgekehrt der Schuldner

über die Kenntnis gewisser Umstände, die der "Fremde" nicht besessen hat, dann muß er (als Urheber des projizierten Verhaltens und damit auch wirklich) so haften, als habe er in Kenntnis dieser Umstände gehandelt, und zwar ohne daß es einer Analogie des § 166 II bedarf.

bb) Die Haftung des Schuldners als Folge der
Projektion eines fremden Verhaltens vor
Entstehung der Pflicht

Aus dem Erfordernis, daß eine Pflicht zur Herbeiführung des ausgebliebenen Erfolges bestanden haben muß, folgt noch nicht ohne weiteres, daß eine Fremdhftung (wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges) nicht in Betracht kommt, wenn das in Frage stehende Fremdverhalten vor der Entstehung der Pflicht an den Tag gelegt wurde, was allerdings nur relevant wird, wenn den Schuldner nicht ohnehin - wie im Falle anfänglichen Unvermögens - eine Garantiehftung trifft. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Schuldner selbst wegen Pflichtverletzung haften würde, wenn er Urheber des fremden Verhaltens wäre.

Grundsätzlich vermag ein Verhalten des Schuldners vor Entstehung der Pflicht seine Haftung nicht zu begründen, da der Schuldner noch keinen Verhaltensnormen im Hinblick auf die Herbeiführung des Erfolges unterliegt, und sein Verhalten daher nicht als Sorgfaltsverstöß qualifiziert werden kann. Allerdings ist eine wichtige Ausnahme zu machen. Nimmt der Schuldner vor Entstehung der Pflicht Handlungen vor, die er später ohnehin hätte vornehmen müssen, um seine Pflicht erfüllen zu können, so haftet er für Leistungsstörungen, wie er es würde, wenn er die fraglichen Handlungen nach Entstehen der Pflicht vorgenommen hätte.¹ Das bedeutet für die Fremdhftung, daß der Schuldner im Hinblick auf fremde "vorgegenommene Erfüllungshandlungen", die auf ihn zu projizieren sind, so zu behandeln ist, als habe er sie nach Pflichtentstehung an den Tag gelegt.

Allerdings spielt das Bestehen einer Pflicht, wie dargetan, auch im Zusammenhang mit der funktionalen Äquivalenz

des Fremdhandelns und damit als Voraussetzung der Projektion eine Rolle. Wenn fremdes Handeln ein eigenes des A als Mittel zu einem Erfolg ersetzen soll, dann muß A es nämlich schon auf Grund des Wollens dieses Erfolges veranlaßt haben. Als äquivalenzstiftende Erfolge (=Erfolge deren Herbeiführung durch "Fremde" ein eigenes Handeln ersetzen kann) kommen dabei nur solche in Betracht, die einen gewissen Bezug zu A haben, nämlich Erfolge, die mit ihrem Entstehen unmittelbar in die Verfügungsmacht des A gelangen, oder an deren Eintritt sich das Erlöschen einer Pflicht des A knüpft (oder eine andere Rechtsfolge im Verhältnis zu bestimmten Personen, was im Rahmen der hier erörterten Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges nicht interessiert). Da der konkret geschuldete Erfolg den A noch nicht motiviert haben kann, ein vor Entstehung der Pflicht vorgenommenes Handeln zu veranlassen, dürfen demgemäß nur solche fremden Handlungen vor Entstehen der Pflicht auf A projiziert werden, die Ergebnisse produzieren, über die er unmittelbar Verfügungsmacht erlangt, und das setzt voraus, daß es sich um Tätigkeitsergebnisse von Arbeitnehmern des A handelt.

Ferner setzt die Projektion voraus, daß A, falls er selbst statt B tätig geworden wäre, Verhaltensnormen hätte beachten müssen, die ihn genötigt hätten, das Ausbleiben des Erfolges zu vermeiden (= den Erfolg herbeizuführen)¹. Da A aber nach dem oben Gesagten im Hinblick auf "vorweggenommene Erfüllungshandlungen" haftungsrechtlich so zu stellen ist, als habe er sie nach Entstehung der Pflicht vorgenommen, steht dies einer Identifikation des A mit fremden Handlungen vor Entstehung der Pflicht nicht entgegen (soweit es um "vorweggenommene Erfüllungshandlungen" geht).

Zusammenfassend ist daher festzustellen: Der Schuldner kann für fremdes Handeln vor Entstehung der Pflicht haften, falls es sich als eine "vorweggenommene Erfüllungshandlung" eines seiner Arbeitnehmer darstellt.

IV. Zum Bereich des haftungsbegründenden Fremdhandelns bei einzelnen Pflichten

Im Folgenden wird illustriert, inwieweit ein fremdes Handeln einem eigenen des Schuldners im Hinblick auf die Herbeiführung des jeweils geschuldeten Erfolges gleichsteht, und daher eine Haftung des Schuldners in Betracht kommt, wenn der geschuldete Erfolg infolge fremden Handelns (oder Unterlassens) ausgeblieben oder jedenfalls nicht ordnungsgemäß eingetreten ist (Unmöglichkeit, Verzug, Schlechterfüllung). Die Fremdhftung wegen einer - nicht durch das Ausbleiben des geschuldeten Erfolges vermittelten - Verletzung von Rechtsgütern des Gläubigers (= Verletzung "sonstiger Interessen" ist also nicht angesprochen.

1. Zur Fremdhftung des Verkäufers

Was die Fremdhftung des Verkäufers¹ anbelangt, (die nur relevant wird, soweit ihn nicht schon die Garantiefhtung des § 279 trifft), so ist zwischen dem Verkauf des Herstellers an den Händler und dem Weiterverkauf des Händlers zu unterscheiden.

a) Zur Fremdhftung des Händler-Verkäufers

Die Herstellung der Ware ersetzt kein Handeln des (Händler-)Verkäufers im Hinblick auf den von ihm geschuldeten Erfolg.² Sollte der Verkäufer sie überhaupt auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges veranlaßt haben, so hätte der Hersteller (und seine Hilfspersonen) sie doch genausogut schon vorher vornehmen können ("noch bedürfnisneutrales" Fremdhandeln), und überdies der Verkäufer sie genausogut schon ohne das Wollen des in concreto geschuldeten Erfolges veranlassen können ("noch erfolgneutrales" Fremd-

handeln)¹. Etwas anderes würde nur gelten, wenn der geschuldete Erfolg die Übereignung einer noch herzustellenden unvertretbaren Sache wäre. Um einen hierauf gerichteten Vertrag (Werkvertrag oder ^{den} Werkvertragsvorschriften unterliegenden Werklieferungsvertrag, vgl. § 651 I 2) geht es aber hier nicht.

Der Transport der Ware vom Hersteller zum Verkäufer ist, wenn er auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges veranlaßt worden ist, im Hinblick auf den geschuldeten Erfolg ein "noch erfolgsneutrales" Fremdhandeln² (vertretbare Sache). Das spielt allerdings keine Rolle, wenn er von Arbeitnehmern des Verkäufers durchgeführt wird. In diesem Fall kommt sogar eine Fremdhaftung des Verkäufers in Betracht, wenn der Transport schon vor dem Abschluß des Kaufvertrages stattgefunden hat ("vorweggenommene Erfüllungshandlungen" von Arbeitnehmern)³.

Der Transport vom Verkäufer zum Käufer steht immer einem eigenen Handeln des Verkäufers gleich, wenn Leistungsort der Wohnsitz des Gläubigers ist (Bringschuld), und zwar auch dann, wenn er durch die Bahn erfolgt⁴. Beim Versendungskauf kommt es wie früher dargetan⁵, darauf an, ob man § 447 als eine Regelung begreift, die den Verkäufer im Hinblick auf die rechtlichen Folgen einer Leistungsstörung so stellen will, als habe er mit der Absendung seine Pflicht erfüllt. Nur wenn man § 447 in diesem Sinne versteht, ist die Anwendung des § 278, was die Transportpersonen⁶ betrifft, ausgeschlossen.

Hat der Verkäufer den Hersteller beauftragt, die Ware direkt an den Käufer zu liefern, so ist der Hersteller höchstens im Hinblick auf den Transport Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, nicht aber, was die Herstellung anbelangt.⁷

Geht es um den Kauf eingelagerter Ware, die der Lagerhalter dem Käufer ausliefern soll, so steht die Auslieferung einem Handeln des Verkäufers gleich. Lehnt daher der Lagerhalter die Auslieferung an den Käufer ab, so haftet der Verkäufer nach § 278, wenn er als Urheber des Verhaltens des Lagerhalters seine Leistungspflicht schuldhaft verletzt hätte.¹

b) Zur Fremdhafung des Hersteller-Verkäufers

Die Herstellungsakte seiner Arbeitnehmer stehen einem Handeln des Verkäufers² gleich³. Sie sind immer durch diesen veranlaßt, und ob der Schuldner ein fremdes Handeln schon vor Entstehung der Pflicht veranlaßt hat oder es jedenfalls genau-sogut schon ohne das Wollen des geschuldeten Erfolges hätte veranlassen können ("noch erfolgsneutrale" Fremdhandlungen), spielt keine Rolle, wenn es um das Handeln seiner Arbeitnehmer geht.

Im übrigen ist die Abgrenzung des Bereichs des haftungsbe-gründenden Fremdhandelns den Ausführungen zum Händler-Verkäufer zu entnehmen.

2. Zur Fremdhftung des Werkunternehmers und des Dienstverpflichteten

Verspricht jemand die Herstellung und Übereignung¹ einer unvertretbaren Sache, so stehen alle Herstellungsakte seiner Arbeitnehmer einem eigenen Handeln gleich. Die Herstellung vertretbarer Einzelteile durch einen selbständigen Unternehmer ersetzt dagegen (anders als deren Einbau) kein Handeln des Schuldners², da sie zumindest unter den Ausschluß "noch bedürfnisneutraler" Fremdhandlungen fällt³. Der Werkunternehmer haftet für selbständige Lieferanten daher nur, wenn er sie Teile anfertigen läßt, die speziell für das herzustellende Werk bestimmt sind, wenn er also seinerseits Werkverträge mit ihnen geschlossen hat. Der Transport des teilweise hergestellten Werkes vom Hauptunternehmer zu einem mit weiteren Arbeiten betrauten Subunternehmer⁴ sowie der Transport der (ganz oder teilweise hergestellten) Sache vom Subunternehmer zum Hauptunternehmer (oder von einem Subunternehmer zu einem anderen) steht immer einem eigenen Handeln des Hauptunternehmers gleich.

Was die Herstellung sonstiger Werke anbelangt, so sind selbständige Unternehmer, die die vom Schuldner verwendeten sachlichen Hilfsmittel angefertigt haben, keine Gehilfen des Schuldners, da die Herstellungsakte nicht auf Grund des Willens des geschuldeten Erfolges erfolgt sind oder jedenfalls genausogut ohne die Veranlassung seitens des Schuldners hätten vorgenommen werden können ("noch bedürfnisneutrale" Fremdhandlungen). Hat jemand dem Schuldner Hilfsmittel zur Verfügung gestellt, die er nicht produziert hat, so ist von vornherein nicht ersichtlich, welches Handeln dieser Person den Schuldner entlastet haben könnte. Das OLG Hamburg⁵ hat daher (im Ergebnis) zu Recht den Vercharterer eines (nicht voll fahrtauglichen) Schiffes nicht als Gehilfen des Frachtführers im Verhältnis zu den Ladungsbeteiligten angesehen.

Beim Beförderungsvertrag hat das RG gelegentlich die Gehilfeneigenschaft von selbständigen Unternehmern verneint, und zwar handelte es sich um Schleppführer, die der Frachtführer eingeschaltet hatte, um einen Transport zu Wasser abwickeln zu können!¹ Dem ist nicht zuzustimmen. Hier waren alle Merkmale der funktionalen Äquivalenz des Fremdhandelns erfüllt.

Schließlich sei noch erwähnt, daß es Werke gibt, deren Realisierung so von der Person derjenigen, die sie jeweils ausführen, geprägt ist, daß die sie hervorbringenden Handlungen ihrem Inhalt nach (wenigstens zum Teil) nicht als ein von der Person des Handelnden unabhängiges Mittel zum Zweck qualifiziert werden können. Verspricht jemand ein solches Werk (z.B. eine Theateraufführung oder eine Sportveranstaltung), so steht daher das Handeln der Personen, die das Werk in seinen persönlichkeitsbezogenen Aspekten verwirklichen, von vornherein nicht als Mittel zum Zweck einem eigenen des Schuldners gleich. Dem RG kann somit nicht zugestimmt werden, wenn es den Rennfahrer als Erfüllungsgehilfen des Veranstalters des Rennens ansieht.²

Auch im Rahmen von Dienstverträgen kann die Frage der Fremdhaftung relevant werden, soweit nicht der Verpflichtete die Dienste persönlich zu leisten hat und daher im Falle der Hinzuziehung eines Dritten schon wegen eigenen Verschuldens für den von diesem angerichteten Schaden haftet. Schwierigkeiten macht vor allem die Fremdhaftung beim sog. gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag, weil sich hier gewisse Leistungen nicht eindeutig dem Pflichtenbereich des Arztes oder dem des Krankenhauses zuweisen lassen, und auch das Ausmaß einer etwaigen Überschneidung der beiderseitigen Pflichten schwer zu bestimmen³ ist. Nach der Rspr. schuldet nämlich das Krankenhaus nicht nur die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung, sondern auch diejenige Heilbehandlung, die nicht durch den behandelnden Arzt selbst sondern gewöhnlich nur mittels der persönlichen und sächlichen Ein-

richtungen eines Krankenhauses gewährt zu werden pflegt.¹ Den Inhalt der beiderseitigen Pflichten genauer zu bestimmen, ist hier nicht möglich. In gewissem Umfang läßt sich die Frage der Fremdhaftung aber auch ohnedies beantworten. Wie noch zu zeigen ist,² haftet der Schuldner dem Gläubiger, wenn die Projektion des Handelns eines Angestellten, das dieser in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen vorgenommen hat, eine schuldhaftige Schutzpflichtverletzung ergibt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Angestellte mit der geschuldeten Leistung befaßt war. Das bedeutet, daß der Krankenhausträger dem Patienten (unter den genannten Voraussetzungen) für seine Angestellten³ unabhängig davon haftet, wie weit seine Leistungspflicht reicht.⁴ Problematisch ist also nur, inwieweit der Arzt neben dem Krankenhaus für dessen Personal haftet. Bei der Lösung dieser Frage ist es angebracht, sich vor Augen zu halten, daß^{die} Herbeiführung des geschuldeten Erfolges dienenden fremden Handlungen nicht Inhalt einer eigenen Pflicht sein müssen, um ein Handeln des Schuldners ersetzen zu können. Es genügt vielmehr, daß der Schuldner sie auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges veranlaßt hat (und die übrigen Voraussetzungen einer funktionalen Äquivalenz des fremden Handelns erfüllt sind). Der vom Arzt (auf Grund seines Dienstvertrages)⁵ geschuldete Erfolg ist die Durchführung einer bestimmten Tätigkeit. Der Arzt⁶ haftet daher ohne Rücksicht auf die Reichweite seiner Pflicht im einzelnen jedenfalls für solche Handlungen des Krankenhauspersonals, die er auf Grund des Wollens der von ihm zweifelsfrei geschuldeten und d.h.: der von ihm selbst durchzuführenden Tätigkeit veranlaßt hat (sofern sie nicht unter einen der Ausschlüsse fallen)⁷, was vor allem bedeutet, daß er für eine fehlerhafte Operationsassistenz des Krankenhauspersonals⁸ einstehen muß (falls er sich zu einer Operation verpflichtet hat)⁹. Nur, was Dienste des Kranken-

hauspersonals anbelangt, die nicht die persönliche Tätigkeit des Arztes ermöglichen, sondern "unmittelbar" dem Patienten geleistet werden, wozu vor allem der sog. nachgeordnete ärztliche Dienst zählt (Betreuung des Patienten in Abwesenheit des Arztes), kommt es also darauf an, ob sie von den Pflichten des Arztes umfaßt werden. Dies dürfte zu verneinen sein,¹ da diese Dienste jedenfalls der Krankenhausträger² dem Patienten schuldet, und daher kein Anlaß besteht, die Pflicht des Arztes, der sie nicht ausdrücklich als eigene Leistung verspricht, gemäß § 157 auf sie zu erstrecken.

3. Zur Fremdhaftung des Aufklärungspflichtigen

a) Allgemeines

Der geschuldete Erfolg ist hier der Empfang zutreffender Information über bestimmte Tatsachen durch den Gläubiger.

aa) Entstehung und Umfang von Informationspflichten sind hier nicht allgemein zu erörtern. Nur einige Punkte, die gerade für die Fremdhaftung besonders bedeutsam sind, seien hervorgehoben.

Es ist möglich, daß eine Informationspflicht erst durch die Tätigkeit des "Fremden" begründet wird, der als Urheber des (fremd-)haftungsbegründenden Verhaltens in Frage steht, nämlich dann, wenn dieser wegen eines vom Auftraggeber ins Auge gefaßten Geschäfts Kontakt mit einem Dritten aufnehmen und Verhandlungen führen soll. In diesem Fall kommt mit der Aufnahme des Kontakts ein Informationspflichten erzeugendes Verhandlungsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten zustande, und der Auftraggeber bedient sich des "Fremden" zur Erfüllung dieser Pflichten (genauer: das Handeln des "Fremden" ersetzt ein eigenes im Hinblick auf die geschuldeten Informationen) in Ansehung der Punkte, die Gegenstand des Verhandlungsauftrages sind, falls die übrigen Voraussetzungen der funktionalen Äquivalenz erfüllt sind; denn es ist nicht erforderlich, daß die Pflicht zum Zeitpunkt der Willensäußerung des Auftraggebers, die das fremde Tätigwerden zur Folge hat, also des Veranlassungsaktes, schon besteht.¹ Ein pflichtenvermittelnder und zugleich den Verhandelnden zum Erfüllungsgehilfen machender Verhandlungsauftrag setzt dabei nicht voraus, daß der Beauftragte Abschlußvollmacht hat oder auch nur

das Geschäft bis zur "Unterschriftenreife" vorbereiten soll, sondern es genügt, wenn er Erklärungen zu irgendwelchen das Geschäft betreffenden Punkten abgeben soll, auf die der Auftraggeber selbst später nicht mehr zurückkommt.¹ Daher kann auch für falsche oder unterlassene Angaben von bloßen "Vermittlern", wie z.B. Handelsvertretern (ohne Abschlußvollmacht) im Sinne des § 84 HGB oder Versicherungsagenten (43 VVG)² nach § 278 gehaftet werden. Desgleichen ist beim finanzierten Abzahlungskauf der Verkäufer, der die Darlehensanträge des Käufers entgegennehmen soll, Gehilfe der Bank, was die Auskünfte über die Darlehenskonditionen, vor allem über die rechtliche Selbständigkeit des Darlehensvertrages und ihre Folgen anbelangt,³ sofern man die Bank hierzu überhaupt für verpflichtet erachten will, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob zwischen der Bank und dem Verkäufer eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung besteht oder nicht.⁴ Ist dagegen jemand - etwa als Makler - nur damit betraut, dem Auftraggeber Interessenten zuzuführen, dann reicht das an sich nicht aus, um (im Falle der Kontaktaufnahme des Maklers mit einem Interessenten) Informationspflichten des Auftraggebers entstehen zu lassen. In diesem Zusammenhang ist jedoch Folgendes zu bedenken: Wenn der Makler wirklich nur einen schlichten Vermittlungsauftrag erhalten hat, dann finden noch Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten statt. Kommen dann die Punkte, über die der Makler falsch informiert hat, zur Sprache, so ist das Verhalten des Maklers nicht für den Nachteil des Dritten kausal geworden, um dessentwillen eine Haftung des Auftraggebers geprüft wird. Werden dagegen die fraglichen Punkte nicht mehr behandelt, obwohl sie ersichtlich für den Vertragsschluß von Bedeutung sind und daher bei Verhandlungen zur Sprache gebracht zu werden pflegen, dann ist anzunehmen, daß der Auftrag-

geber das diesbezügliche Informationsinteresse des Dritten schon für befriedigt hält, und damit auch: daß diese Punkte Gegenstand eines dem Makler erteilten Verhandlungsauftrages waren. Wirkt sich also eine Fehlinformation des Maklers zum Nachteil des Dritten aus, so wird den Auftraggeber häufig eine Haftung aus § 278 treffen. Falls der Makler über einen Punkt nicht informiert hat, und auch der Auftraggeber diesen später nicht zur Sprache bringt, obwohl er hierzu auch ohne entsprechende Fragen verpflichtet ist, so würde außerdem der Auftraggeber für eigenes Unterlassen haften, falls er dem Makler keinen entsprechenden Verhandlungsauftrag erteilt haben sollte. Wird der Makler im Interesse beider Parteien tätig, so ist er (im Falle eines Verhandlungsauftrags) jeweils Gehilfe der Partei, zu deren Pflicht die Information über den in Frage stehenden Punkt steht. Wenn behauptet wird, daß der Makler in den Fällen, in denen er die Stellung eines Interessenvertreters beider Parteien hat, nicht nur einer Partei als Verhandlungsgehilfe i.S. des § 278 einseitig zugerechnet werden könne,¹ dann beruht dies darauf, daß die für die Gehilfeneigenschaft maßgebliche fremde Tätigkeit fälschlich nicht durch einen bestimmten herbeizuführenden Einzelerfolg (hier: eine Information über eine bestimmte Tatsache) charakterisiert wird, sondern so allgemein ("Verhandlungen"), daß sie beide Parteien betreffende Erfolge untrennbar umfaßt.

Das Gesagte gilt entsprechend, wenn zwar nicht behauptet wird, daß der "Fremde" nur reine Maklerdienste leisten sollte, wohl aber, daß der ihm erteilte Verhandlungsauftrag sich nicht auf die Punkte erstreckt habe, über die der Dritte falsch informiert worden sei.

Was den Umfang von Informationspflichten anbelangt, so ist für die Fremdhftung besonders bedeutsam, daß diese insofern bedingt sein können, als sie nur nach Maßgabe der dem Schuldner selbst zur Verfügung stehenden Daten bestehen können. Hierauf ist im Zusammenhang mit der sogleich erörterten Zurechnung fremder Informationsgewinnung einzugehen.

bb) : Sofern der "Fremde" (B) nicht nur eine ihm vom Schuldner (A) übermittelte Nachricht an den Gläubiger (C) weiterleiten sollte, kommt es oft darauf an, daß (auch) die Gewinnung der Information einem Handeln des A gleichsteht und daher auf ihn zu projizieren ist.¹ Hierfür ist zunächst erforderlich, daß der Schuldner diese veranlaßt hat. Das ist nicht der Fall, wenn A bei B eine Information abrufen, die nicht auf Grund seines Willens "hergestellt" worden ist, de facto also: die (schriftliche) Information eines Selbständigen über "vertretbare" Tatsachen, wie z.B. eine Gebrauchsanweisung des Herstellers einer Sache² und dergleichen. In allen anderen Fällen scheidet eine Projektion (mangels Veranlassung) nicht schon aus, wenn B auf das Begehren des A hin keine besonderen Nachforschungen mehr unternimmt, sondern auf Grund der schon von ihm (nicht auf Veranlassung des A) ermittelten Daten Auskunft gibt; denn B muß dann immerhin noch die Daten auswerten und diese gedankliche Tätigkeit ist auch eine Bemühung, die auf A zu projizieren ist,³ falls insoweit die übrigen Voraussetzungen der funktionalen Äquivalenz erfüllt sind. A muß sich also in einem solchen Fall so behandeln lassen, als habe er die ihm (oder direkt dem C) erteilte Information auf Grund der dem B schon zur Verfügung stehenden Daten gewonnen.⁴ Er haftet daher, wenn die vorhandenen Daten erkennbar falsch waren oder nicht ausreichten, um die erbetene Auskunft geben zu können, B also voreilig gehandelt hat.⁵

Soweit A die Informationsbemühungen des B veranlaßt hat, kommt es weiter darauf an, ob B die entsprechenden Daten nicht genausogut schon ohne fremde Veranlassung, also "auf Vorrat", hätte ermitteln können. Unter den damit angesprochenen "Ausschluß noch bedürfnisneutralen Fremdhandelns"¹ fällt vor allem der Erwerb allgemeiner Fachinformationen durch Selbständige. Ist also die dem C zu erteilende Information falsch, weil B (als Selbständiger) dem A falsche Fachdaten mitgeteilt hat, haftet A auch dann nicht für B, wenn dessen Ermittlungen auf seinen Willen zurückgehen.

Schließlich kann eine Haftung des A scheitern, wenn er zwar die Informationsgewinnung durch B veranlaßt hat, um seiner Aufklärungspflicht gegenüber C nachzukommen, er sich aber um die entsprechenden Informationen genausogut schon ohne Rücksicht auf diesen Zweck hätte bemühen können, so daß die Informationsgewinnung im Hinblick auf den geschuldeten Erfolg "noch erfolgsneutral" ist², was nur dann irrelevant ist, wenn es sich bei B um einen Arbeitnehmer des A handelt. Es geht hier um die Ermittlung von Daten, an denen A allgemein, also nicht nur im Hinblick auf ihre Weiterleitung an C, interessiert ist, und außerdem um solche, deren Gewinnung Fachkenntnisse voraussetzt, da A sonst keine selbständigen Personen (und damit de facto: Fachleute) hiermit betrauen wird, wie z.B. Informationen eines Rechtsanwalts über den A betreffende Rechtsverhältnisse,³ oder Informationen über die Waren die er vom Hersteller bezieht, um sie weiterzuveräußern.⁴

Kann demnach die Gewinnung einer Information unter einen der eben erörterten Ausschüsse fallen, so gilt dies nicht für deren Übermittlung an den Empfänger, da sie nicht "noch erfolgsneutral" und kein "bedürfnisneutrales"

Handeln ist. Das bedeutet, daß A sich mit dem Übermittlungsakt des B auf jeden Fall identifizieren lassen muß, wenn er den B veranlaßt hat, den C direkt zu informieren. Dies ändert jedoch nichts daran, daß A nicht haftet, wenn die Gewinnung der Information durch B unter einen der Ausschlüsse fällt; denn die Identifikation mit dem Übermittlungsakt allein reicht nicht aus, um den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung zu begründen, falls dieser nicht schon ohne Rekurs auf die Informationsbemühungen gerechtfertigt wäre, weil A die Unrichtigkeit der Information hätte erkennen können.

Insgesamt bedeuten also die Ausschlüsse "noch bedürfnisneutralen" Fremdhandelns und "noch erfolgsneutraler" Vorbereitungshandlungen für die Aufklärungspflichten, daß für Verletzungen der Pflicht, die auf falschen Informationen selbständiger Fachleute beruhen, zumeist nicht gehaftet wird, wenn den Schuldner nicht ein eigenes Verschulden trifft.

Ein illustrativer Fall fremder Informationsgewinnung, in dem es an allen Voraussetzungen einer Identifikation fehlt, ist der einer fehlerhaften Bedienungsanleitung des Herstellers von vertretbaren Sachen. Trotzdem soll nach Ansicht des BGH der Verkäufer für den Hersteller nach § 278 haften¹. Schon prima facie erscheint es aber widersprüchlich, den Hersteller nicht im Hinblick auf die Lieferung der Sache, wohl aber im Hinblick auf die sie betreffenden Informationen als Gehilfen des Verkäufers zu qualifizieren, und es ist daher nicht verwunderlich, daß die Argumente, die gegen eine Haftung des Verkäufers für den Hersteller als "Lieferungsgehilfen" ins Feld zu führen sind, denen entsprechen, die eine Qualifikation des Herstellers als "Informationsgehilfen" verbieten. So schuldet der Verkäufer zu dem Zeitpunkt, in dem die in der Anleitung enthaltenen Informationen ge-

wonnen werden, deren Übermittlung an den Käufer noch gar nicht, was nur irrelevant wäre, wenn ein Arbeitnehmer des Verkäufers die Anleitung gefertigt hätte. Aber selbst wenn eine Pflicht schon bestehen sollte, und überdies, was in der Regel nicht der Fall ist, der Hersteller auf Veranlassung des Verkäufers tätig wurde, hätte die Anleitung genausogut ohne diese Veranlassung hergestellt werden können, so daß das Handeln des Herstellers (anders als das eines Arbeitnehmers des Verkäufers) kein solches des Verkäufers ersetzt (Ausschluß "noch bedürfnisneutralen Fremdhandelns)". Außerdem bezieht sich das Herstellen der Anleitung noch nicht so auf den geschuldeten Erfolg, also den Empfang der Anleitung durch den Käufer, daß es nicht ohne weiteres schon ohne diesen Zweck hätte erfolgen können ("noch erfolgsneutrales Fremdhandeln"), was wiederum nur dann keine Rolle spielen würde, wenn es um die Tätigkeit eines Arbeitnehmers des Verkäufers ginge. Es kommt daher höchstens eine Haftung des Verkäufers wegen eigenen Verhaltens (mangelnde Überprüfung der Anleitung) oder eine solche des Herstellers wegen eines Instruktionsfehlers (nach § 823) in Betracht.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß eine Aufklärungspflicht insofern bedingt sein kann, als sie nur nach Maßgabe der dem Schuldner selbst zur Verfügung stehenden Information besteht ("keine Nachforschungspflicht"). Hier haftet der Schuldner von vornherein nicht für seine Informanten (falls nicht eine "Wissenszurechnung" außerhalb des § 278 stattfindet); denn zum Zeitpunkt des Bemühens um die Gewinnung der Information bestand die Pflicht noch nicht, und die Bemühungen sind auch keine "vorweggenommenen Erfüllungshandlungen" (für die u.U. gehaftet würde)¹, da Inhalt der Pflicht nur die Weitergabe der erlangten Informationen ist. Eine Haftung des Schuldners kommt daher außer für eigenes Verhalten (Weiterleitung einer erkennbar falschen Information) nur für das Verhalten von Personen in Betracht

die seine Informationen dem Gläubiger zuleiten sollen. Beauftragt A den B, die von diesem gewonnenen Informationen direkt dem C zu übermitteln, dann muß er sich zwar so behandeln lassen, als habe er die Information dem C zugeleitet. Dies reicht aber nicht aus, um den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung zu begründen, falls die Information nicht (aus sich heraus) erkennbar falsch gewesen ist. In einem solchen Fall bedient sich also C auf eigene Verantwortung des B als Auskunftsperson. Es sei aber noch einmal hervorgehoben, daß dies nicht gilt, wenn den A eine unbedingte Aufklärungspflicht trifft. Dann muß sich A mit dem Verhalten des B, den er veranlaßt hat, dem C Auskünfte zu erteilen, im Rahmen des oben Gesagten identifizieren lassen. Wenn das RG in einem Fall, in dem eine Stadt Jagdreviere versteigerte und auf entsprechende Fragen der Bietenden die anwesenden (bei ihr angestellten) Förster zu Auskünften über den ihr unbekanntem Wildbestand aufforderte, die Stadt nicht (nach § 123) haften ließ, weil die Bietenden (auf Grund der "Verweisungserklärung" der Stadt) die Auskünfte auf eigene Verantwortung eingegeben hätten, so ist das daher nur richtig, wenn man davon ausgeht, daß die Stadt nur eine bedingte Informationspflicht traf.

b) Die Fremdhftung wegen arglistiger Täuschung

aa) Die Täuschung im Rahmen des § 123

Wie schon erwähnt, stellt auch die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung eine Haftung für die (vorsätzliche) Verletzung einer Pflicht zu zutreffender Information dar. Eine Erklärung ist daher anfechtbar, wenn eine Person, deren sich der Empfänger zur

Erfüllung seiner Informationspflicht bedient, eine Täuschung verübt hat (genauer: vorsätzlich ein Verhalten an den Tag gelegt hat, das, vom Empfänger der Erklärung begangen, eine arglistige Täuschung wäre). Ein "Informationsgehilfe" ist also kein Dritter im Sinne des § 123 II 1¹ (wobei diese personenbezogene Terminologie nicht darüber hinwegtäuschen darf, daß die Fremdhftung von der Qualifikation von Handlungen abhängt). Darin liegt eine Absage sowohl an den Verzicht, überhaupt generell zu bestimmen, wer Dritter ist,² als auch an die Heranziehung von Kriterien, die für die Fremdhftung nach § 278 irrelevant sind, wie z.B. das eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses³ des "Fremden".

Begreift man § 123 als eine Haftung wegen Pflichtverletzung, so muß zunächst eine Pflicht des Empfängers der Erklärung bestanden haben, den Erklärenden über die Tatsachen zu informieren, über die getäuscht wurde (oder wenigstens eine Pflicht, über diese Tatsachen zutreffend zu informieren, falls sie zur Sprache gebracht werden). Eine derartige Pflicht kann, wie schon dargetan, auch durch das Auftreten dessen, der den Erklärenden falsch informiert hat, erzeugt worden sein, nämlich dann, wenn dieser einen Verhandlungsauftrag vom Empfänger erhalten hat. Damit veranlaßt der Empfänger zugleich den Beauftragten die auf Grund des Verhandlungsverhältnisses geschuldeten Informationen zu erteilen, soweit sie Punkte betreffen, auf die sich der Verhandlungsauftrag erstreckt, und bedient sich somit des Beauftragten zur Erfüllung seiner Informationspflichten. Täuscht also der Beauftragte den Erklärenden über Punkte, die Gegenstand seines Verhandlungsauftrages waren, dann ist die Erklärung ohne die Einschränkungen des § 123 II 1 anfechtbar falls auch die - sogleich noch näher zu behandelnden - übrigen Voraussetzungen der funktionalen Äquivalenz erfüllt sind,

und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Beauftragte Abschlußvollmacht hatte oder wenigstens im wirtschaftlichen Sinne Vertreter des Erklärenden war.¹ Macht der Empfänger geltend, daß der Auftrag Erklärungen zu den Tatsachen, über die getäuscht wurde, nicht umfaßte, oder gar nur dahin ging, ihm Interessenten zuzuführen, so ist - wie oben ausgeführt² - zu beachten, daß ein Auftrag sich auf alle die (für die Abgabe der Erklärung ersichtlich bedeutsamen) Punkte bezogen hat, die in den späteren Verhandlungen zwischen dem Empfänger (=Auftraggeber) und dem Erklärenden nicht mehr zur Sprache gebracht wurden, falls solche Verhandlungen nicht ohnehin ausgeblieben sind, und damit dem Einwand eines nur begrenzten Verhandlungsauftrages oder eines bloßen Vermittlungsauftrages von vornherein der Boden entzogen ist.³ Das bedeutet vor allem, daß in der Regel auch für Täuschungen eines Maklers gehaftet wird, wenn sie für die Abgabe der Erklärung kausal werden konnten.⁴ Ist der Makler von beiden Seiten beauftragt worden, dann scheidet die Haftung nicht von vornherein an dessen Doppelstellung⁵ (wie ebenfalls schon ausgeführt),⁶ sondern es kommt darauf an, ob sich die Falschinformation auf eine Tatsache bezog, die zur Informationspflicht des Empfängers stand.

Mit diesen Überlegungen ist das Problem der Haftung für fremde Täuschungen noch nicht erledigt. Die Haftung des A (=Erklärungsempfänger) für das Verhalten des B setzt voraus, daß B ein Handeln, das einem solchen des A gleich steht, vorgenommen oder unterlassen hat, und die Projektion des Handelns oder Unterlassens des B auf A eine Täuschung durch A ergibt.⁷ B hat es (wissentlich) unterlassen, dem C (=Erklärender) die (zutreffenden) Informationen, die er besaß, zu übermitteln, indem er dem C falsche oder überhaupt keine Angaben über die in Frage stehenden Tatsachen machte. Die Übermittlung der Informationen hätte ein eigenes Handeln des A ersetzt, da insoweit alle Voraus-

setzungen der funktionalen Äquivalenz erfüllt gewesen wären. Dies bedeutet, daß A sich so behandeln lassen muß, als seien ihm die Informationen (wie dem B) zur Verfügung gestanden und von ihm (in der von B praktizierten Weise) dem C vorenthalten worden, und nicht nur so, als habe er dem C die falschen Auskünfte erteilt oder geschwiegen, was für eine Täuschung nicht ausreichen würde, wenn er nicht Kenntnis von den Tatsachen hatte, über die B den C täuschte. Auch dann also, wenn A die zutreffenden Informationen nicht selbst besaß, muß man nicht auch die Gewinnung dieser Informationen durch B auf ihn projizieren können, um zu einer Täuschung durch A zu gelangen.

War die Pflicht des A nicht einfach auf zutreffende Information gerichtet, sondern nur auf die Übermittlung von Informationen, die A selbst besaß ("keine Nachforschungspflicht") so kommt von vornherein nur eine Haftung des A für das Verhalten von Personen in Betracht, die seine eigenen Informationen dem C übermitteln sollten¹ (sofern nicht eine "Wissenszurechnung" außerhalb des § 278 stattfindet). Ein Beispiel hierfür wird im folgenden geboten.

Es ist streitig, ob der Gläubiger für den Schuldner haftet, wenn dieser den Bürgen (oder sonstigen Sicherungsgeber) getäuscht hat, ob also der Schuldner Dritter im Sinne des § 123 II 1 ist.² Nach früheren Entscheidungen des BGH sollte der Gläubiger haften, wenn der Schuldner seinen Verhandlungsgelhilfe war,³ oder (auch ohnedies) nach "einer Ge-

samtwürdigung der Umstände unter Berücksichtigung der Interessenlage" der Gläubiger die Täuschung des Schuldners wie eine eigene zu vertreten habe¹, wobei der BGH nicht näher ausführte, welche Kriterien für die Eigenschaft des Schuldners als Verhandlungsgehilfe des Gläubigers maßgeblich seien, sondern den Fall mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen in dieser Hinsicht zurückverwies. Später stellte dann der BGH fest, daß der Schuldner in der Regel nicht Verhandlungsgehilfe des Gläubigers sei, selbst wenn er von diesem veranlaßt worden sei, die Bürgschaft beizubringen, und folgerte auch nicht aus der Interessenlage, daß der Gläubiger für eine Täuschung des Schuldners einstehen müsse.²

Es mag offen bleiben, ob es wirklich an einem Verhandlungsauftrag fehlt, wenn der Gläubiger den Schuldner auffordert, einen Bürgen zu stellen, ihn womöglich - wie in einigen der entschiedenen Fälle³ - mit von ihm vorbereiteten Urkunden versieht, und der Vertrag ohne persönliche Kontaktaufnahme von Bürgen und Gläubiger allein auf Grund der Bemühungen des Schuldners zustande kommt. Daß der Schuldner auch im eigenen Interesse tätig wird, spielt jedenfalls keine Rolle. Sonst dürfte man übrigens beim finanzierten Abzahlungskauf auch den Verkäufer nicht als Gehilfen der Bank qualifizieren. Selbst wenn man einen Verhandlungsauftrag annimmt, scheidet aber eine Haftung des Gläubigers für Täuschungen des Schuldners aus folgenden Überlegungen - wenigstens grundsätzlich - aus: Auf Grund des (im Falle eines Verhandlungsauftrages) zwischen ihm und dem Bürgen zustande gekommenen Verhandlungsverhältnisses hat der Gläubiger zumindest die Pflicht, dem Bürgen zutreffende Informationen zu geben, falls er diesem Informationen über irgendwelche Punkte zukommen läßt. Da der Gläubiger weiß, daß üblicherweise in Bürg-

schaftsverhandlungen die Verhältnisse des Schuldners zur Sprache kommen, und sich der Verhandlungsauftrag damit auch auf diese Angaben erstreckt, bedient er sich des Schuldners zur Erfüllung dieser Pflicht, was Angaben über die Verhältnisse des Schuldners anbelangt (d.h.: er veranlaßt den Schuldner tätig zu werden, um den von ihm geschuldeten Erfolg, nämlich die zutreffende Information des Bürgen herbeizuführen). Der Gläubiger ist aber auf Grund der Pflicht zu zutreffender Information des Bürgen sicherlich nicht gehalten, Nachforschungen über die Verhältnisse des Schuldners anzustellen. Vielmehr besteht die Pflicht nur nach Maßgabe der eigenen Kenntnisse des Gläubigers. Der Gläubiger kann daher nur dann haften, wenn er selbst (zutreffende) Informationen über die Verhältnisse des Schuldners besaß (und zwar gerade über die Tatsachen, über die der Bürge getäuscht wurde). Sind die Verhältnisse des Schuldners - wie häufig in den Täuschungsfällen - desolat, spielt allerdings die Kenntnis des Gläubigers als Voraussetzung seiner Haftung für das Verhalten des Schuldners ohnehin keine besondere Rolle, da dann in der Regel der Gläubiger auch die Täuschung kennen mußte, und die Bürgschaftserklärung daher auch ohne Fremdhftung nach § 123 II 1 anfechtbar ist.

Bisher ging es um Fälle, in denen B den C (=Erklärender) direkt täuschte. A (=Erklärungsempfänger) kann aber auch haften, wenn B gar nicht in Kontakt mit C getreten ist, sondern dem A Informationen vorenthalten hat (= falsche Angaben oder Schweigen), deren Übermittlung ein eigenes Handeln des A ersetzt hätte,¹ und A daher den C nicht zutreffend informiert hat (mittelbare Täuschung). Allerdings würde die Projektion des Unterlassens des B auf A hier streng genommen bedeuten, daß A so zu stellen wäre,

als habe er ihm zur Verfügung stehende Informationen sich selbst vorenthalten, und damit zur Fiktion eines undenkbaren (und daher auch: unbewertbaren) Sachverhalts führen. Aber: Es ist nicht möglich, den A mit B zu identifizieren und ihn zugleich in seiner tatsächlichen Rolle zu belassen. Mit der Identifikation ist aber zwangsläufig die Außerachtlassung des tatsächlichen Verhaltens des A verbunden. Kann man nun aber das tatsächliche Verhalten des A nicht einfach ignorieren, weil dieses an dem in Frage stehenden Geschehen beteiligt war (und daher ohne dessen Berücksichtigung das auf A projizierte Verhalten des B "in der Luft hängen würde".), so muß die Lage so angesehen werden, als habe in der tatsächlichen Rolle des A eine mit ihm nicht identische Person (seinem Willen entsprechend) fungiert. A muß daher in den Fällen, in denen B eine durch das Verhalten des A vermittelte Täuschung des C begangen hat, so behandelt werden, als habe er einer Person, die in seinem Auftrag in Kontakt mit C getreten ist, die ihm verfügbaren Informationen wesentlich vorenthalten und dadurch eine zutreffende Information des C bewußt verhindert. Auch der BGH ist der Ansicht, daß die Haftung für fremde Täuschungen nicht einen direkten Kontakt des "Fremden" mit dem Getäuschten voraussetzt, wenn er in sogleich noch näher zu behandelnden Entscheidungen, die sich mit dem arglistigen Verschweigen eines Werkmangels befassen, den Werkunternehmer für das Verhalten eines "Prüfers" (unter Berufung auf § 242) haften läßt, der mit der Ablieferung des Werkes an den Besteller nichts zu tun hatte.

bb) Das arglistige Verschweigen eines Mangels

Im Hinblick auf das arglistige Verschweigen eines Mangels (§§ 638, 463 S. 2) spielt die Fremdhaftung ebenfalls eine Rolle.¹ Da es für die Arglist nicht auf die Person des "Fremden" ankommt, sondern nur auf die des Schuldners nach Projektion des fremden Verhaltens auf ihn, ist es dabei - entgegen der Rspr.² gleichgültig, ob der "Fremde" das für die Arglist erforderliche Bewußtsein von der Erheblichkeit des Mangels für den Gläubiger hat.

Die h.M., die (zu Recht)³ mit § 278 arbeitet, sieht, wenn es um das Verschweigen eines Werkmangels (§ 638) geht, als "Erfüllungsgehilfen des Unternehmers bei der Offenbarungspflicht" - abgesehen von den mit der Ablieferung des Werkes befaßten Personen - höhere "Prüfer" (wie z.B. Kolonnenführer, örtliche Bauleiter)⁴ und Subunternehmer⁵ an, nicht aber die nur mit der Herstellung des Werkes betrauten Arbeitnehmer.⁶

Daran ist zunächst richtig, daß - wie soeben schon hervorgehoben - eine Fremdhaftung wegen vorsätzlicher Verletzung einer Offenbarungspflicht auch für das Verhalten von Personen in Betracht kommt, die nicht in direktem Kontakt mit dem zu Informierenden gelangt sind. Allerdings entsteht die Offenbarungspflicht erst mit Vollen- dung des Werkes. Vorher ist der Unternehmer einzig und allein verpflichtet, das Werk fehlerfrei herzustellen. Demgemäß sind auch Hilfspersonen des Unternehmers, die mit der Prüfung des entstehenden Werkes befaßt sind, nur dazu da, für die Beseitigung etwaiger Mängel zu sorgen, nicht aber, um dem Unternehmer die Erfüllung seiner Offenbarungspflicht zu ermöglichen, wie dies der BGH an- nimmt.⁷

Dennoch würde der Unternehmer für angestellte "Prüfer" haften, wenn die Überprüfung des entstehenden Werkes oder jedenfalls die Information des Unternehmers über entdeckte Mängel "vorweggenommene Erfüllungshandlungen" wären,¹ was voraussetzte, daß der Unternehmer nicht nur zur Offenbarung ihm bekannter Mängel verpflichtet ist.² Dem braucht jedoch nicht nachgegangen zu werden, da die Fremdhftung des Unternehmers im Hinblick auf § 638 (falls man eine solche überhaupt anerkennt)³ unabhängig von seiner Offenbarungspflicht über den von der h.M. angenommenen Umfang hinausgeht. Der Unternehmer, der ein Werk vorsätzlich fehlerhaft herstellt, ist nämlich nicht schutzwürdiger als der, der einen ihm bekannt gewordenen Mangel verschweigt, und zwar auch dann nicht, wenn man der mangelnden Aufklärung über den vorsätzlich herbeigeführten Mangel keine eigenständige Bedeutung beimißt. Die Verlängerung der Verjährungsfrist ist daher nicht nur an die vorsätzliche Verletzung der Offenbarungspflicht, sondern auch an die der Pflicht zur Herstellung eines fehlerfreien Werkes geknüpft.⁴ Daher verlängert sich die Frist, wenn "Herstellungsgehilfen" den Mangel des Werkes durch "Pfuscharbeit" wissentlich herbeiführen, oder ein "Prüfer" es unterläßt, für die Beseitigung von ihm wahrgenommener Mängel Sorge zu tragen, so daß die Projektion des fremden Verhaltens (= äquivalentes Handeln oder das Unterlassen eines solchen) auf den Unternehmer eine von ihm vorsätzlich begangene Verletzung der Herstellungspflicht ergibt.

Der Verkäufer haftet, was das Verschweigen eines Mangels (§ 463 S. 2) anbelangt, zunächst einmal (gemäß dem zu § 1.23 Ausgeführten) für seine Verhandlungshelfen, es sei denn, daß er den Mangel nicht kannte, und man annimmt, daß die Aufklärungspflicht nur nach Maßgabe der eigenen Kenntnisse besteht.¹ Was die Haftung für Personen angeht, die den Mangel kannten, aber nicht in Kontakt mit dem Käufer getreten sind, kommt es darauf an, ob die Weiterleitung der entsprechenden Informationen an den Verkäufer ein eigenes Handeln des Verkäufers² ersetzt hätte.³ Das bedeutet praktisch, daß der Verkäufer haftet, wenn seine Angestellten ihnen bekannte Mängel nicht melden⁴ (falls man nicht eine nur "bedingte" Aufklärungspflicht des Verkäufers annimmt).

4. Die Fremdhftung des Warenherstellers im Hinblick auf seine Verkehrspflichten

Wie dargetan¹, handelt es sich bei der Pflicht des Herstellers, den Erwerber (= Letztverbraucher) durch das Produkt nicht zu gefährden, um eine auf einen positiven Erfolg gerichtete Pflicht (und nicht um eine Unterlassungspflicht), da sie darauf hinausläuft, daß der Hersteller das Produkt mit den Eigenschaften versieht, die von einem Produkt dieser Art zu erwarten sind. Daher kommt (nach der hier vertretenen Ansicht)² trotz ihrer Natur als Verkehrspflicht eine Fremdhftung gemäß § 278 (wegen Ausbleibens des geschuldeten Erfolges) in Betracht.

Da der geschuldete Erfolg eine bestimmte Gestaltung des Produkts ist, das der Erwerber erhalten hat, stehen einem Handel des Herstellers außer den Handlungen seiner Arbeitnehmer fremde Handlungen nur gleich, wenn unter anderem der Hersteller sie im Hinblick auf das in Frage stehende Produkt veranlaßt hat.³ Da der Hersteller von vertretbaren Sachen die Handlungen selbständiger Unternehmer (und deren Angestellten), die ihm (ebenfalls vertretbare) Einzelteile liefern, nicht im Hinblick auf die Herstellung konkreter Produkte veranlaßt scheidet schon aus diesem Grunde seine Haftung für das Verhalten selbständiger Zulieferer (und deren Angestellten) aus. Überdies wären die Handlungen der Zulieferer vertretbarer Einzelteile auch inhaltlich "noch erfolgsneutral"⁴ und hätten außerdem oft genausogut ohne Veranlassung des Herstellers vorgenommen werden können (Ausschluß "bedürfnisneutralen" Fremdhandelns)⁵, soweit sie überhaupt von diesem veranlaßt worden sind. Beruht also der Schaden des Erwerbers auf einem von einem Zulieferer fehlerhaft hergestellten Einzelteil, muß der Erwerber gegen diesen vorgehen⁶, wobei auch dieser nach § 278 für das Verhalten seiner Angestellten haftet.

Zu den im Rahmen der Haftung des Herstellers nach § 278 relevanten Handlungen seiner Angestellten, die ein eigenes Handeln ersetzen, gehören nicht nur Planung und Durchführung der Qualitätskontrolle sowie Organisationsmaßnahmen, sondern auch der unmittelbare Akt der Herstellung selbst. Es kommt daher auch eine Haftung für das Verhalten der unmittelbar an der Herstellung beteiligten Personen in Betracht. Dies gilt auch, wenn ihre Tätigkeit auf Grund eines theoretisch wie praktisch lückenlosen Planes gesteuert wird. Hiergegen wird eingewandt¹, daß dann das Verhalten der Gehilfen seine Tatbestandswirkung nur im Rahmen des Unternehmensprozesses erfahre und daher nicht selbständig und individuell tatbestandsmäßig sein könne. Dabei wird jedoch übersehen, daß im Rahmen des § 278 das fremde Handeln gar nicht bewertet wird, sondern es nur darauf ankommt, ob der Schuldner, falls er an Stelle des "Fremden" so gehandelt hätte wie dieser, einen Haftungstatbestand erfüllt hätte. Dem Schuldner könnte aber weder zugute gehalten werden, daß sein Handeln durch einen von ihm selbst aufgestellten Plan determiniert wäre, noch daß es nur im Zusammenspiel mit diversen anderen Handlungen, die ja alle solche des Schuldners ersetzen, Bedeutung erlangt. Demgemäß kann der Schuldner sogar haften müssen, wenn sich seine Angestellten vollkommen planmäßig verhalten haben, das fehlerhafte Produkt also kein "Ausreißer" ist, was allerdings wegen der dann gegebenen Eigenhaftung des Schuldners keine Rolle spielt. Abgesehen davon ist aber auch gar kein Grund ersichtlich, weshalb ein Schuldner, der sich durch ein plangesteuertes System fremder Handlung entlastet, nicht für jede von diesen haften sollte. Die haftungsrechtliche Negation der Entlastung, die § 278 bezweckt, muß vielmehr auch in diesem Fall einschränkungslos durchgeführt werden.

B. Die Haftung wegen Ausbleibens eines im Interesse
eines Dritten liegenden, nicht geschuldeten Erfolges

I. Allgemeines

Wegen des Ausbleibens eines (auch) im Interesse eines Dritten liegenden Erfolges kann jemanden ein Rechtsnachteil treffen, weil er den Erfolg nicht herbeigeführt hat, obwohl er zu dessen Herbeiführung nicht verpflichtet war. Auch hier taucht das Problem der Fremdhafung auf, und es fragt sich, ob die zur Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges entwickelten Grundsätze entsprechend gelten.

Für die Fremdhafung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges spielte es keine Rolle, daß der Erfolg im Wege der Leistungsklage und Zwangsvollstreckung erzwungen werden konnte. Entscheidend war vielmehr, daß der Haftende kraft entsprechender rechtlicher Verhaltensanforderungen dazu gehalten war, einen im Interesse eines Dritten liegenden Erfolg herbeizuführen. Das ist auch ohne Pflicht der Fall, wenn jemanden wegen Ausbleibens eines Erfolges ein im Dritten begünstigender Rechtsnachteil trifft, weil er sich nicht hinreichend um die Herbeiführung eines Erfolges bemüht hat. Bei dieser schwächeren Form rechtlichen Gehaltenseins, die im Anschluß an R.Schmidt¹ als Obliegenheit bezeichnet werden soll, sind also die Regeln der Fremdhafung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges entsprechend anwendbar, falls ihre Anwendung bei einzelnen Obliegenheiten nicht unabhängig von deren allgemeiner Natur ausgeschlossen ist.² Dem steht auch nicht entgegen, daß der Rechtsnachteil in diesen Fällen nicht in der Belastung mit einem Sachdensersatzanspruch besteht, sondern im Verlust (oder der Nichtentstehung) einer günstigen Rechtsposition; denn die Art der nachteiligen Rechts-

folge spielt für die Fremdhftung keinerlei Rolle. Da es demgemäß gleichgültig ist, ob ein bestimmtes rechtliches Gehaltensein eine Pflicht oder nur eine Obliegenheit darstellt, ist im Hinblick auf die oft schwierige Qualifikation die h.M. auch dort übernommen worden, wo der Verfasser ihr nicht zustimmt.

Allerdings spielt die Pflicht nicht nur als Voraussetzung einer Haftung wegen Ausbleibens des geschuldeten Erfolges eine Rolle, sondern auch für die funktionale Äquivalenz eines Fremdhandelns. Wie erinnerlich, steht nämlich ein fremdes Handeln einem eigenen des A nur gleich, wenn es ein eigenes des A in Hinblick auf einen Erfolg ersetzt, an dessen Eintritt sich eine den A betreffende Rechtswirkung im Verhältnis zu einer bestimmten anderen Person knüpft wie das Erlöschen einer Pflicht, oder der dem A als Arbeitgeber appropriiert ist. Man könnte nun im Falle einer bloßen Obliegenheit den Eintritt des Erfolges für rechtlich bedeutungslos halten, so daß der Erfolg, dessen Herbeiführung dem A obliegt, als Determinante äquivalenten Fremdhandelns ausschiede. Dabei würde jedoch übersehen, daß auch im Falle einer Obliegenheit ein Gebot zur Herbeiführung des Erfolges besteht, das mit Eintritt des Erfolges erlischt, und - anders als bei Leistungspflichten - nur dieses Gebot nicht sowohl mit einer primären Erfüllungshaftung als auch mit einer sekundären Haftung wegen Nichterfüllung bewehrt ist, sondern nur mit einer Nichterfüllungshaftung. Dementsprechend wird auch im Zusammenhang mit Obliegenheiten (vor allem im Versicherungsrecht) ohne Scheu von "Erfüllung" oder "Erlöschen" gesprochen.

Zusammenfassend ist also festzustellen: Für die Fremdhftung wegen Ausbleibens eines auf Grund einer Obliegenheit herbeizuführenden Erfolges gelten in jeder Hinsicht die Grundsätze der Fremdhftung wegen Ausbleibens eines

geschuldeten Erfolges entsprechend, sofern deren Anwendung bei einzelnen Obliegenheiten nicht aus besonderen, von ihrer Rechtsnatur als Obliegenheiten unabhängigen Gründen ausgeschlossen ist. Das bedeutet ganz allgemein gesprochen: Steht ein fremdes Handeln einem eigenen des mit einer Obliegenheit Belasteten gleich (als Mittel zum herbeizuführenden Erfolg oder einem vorausgehenden Tätigkeitsergebnis, das dem Belasteten als Arbeitgeber appropriiert ist), dann trifft diesen der für das Ausbleiben des herbeizuführenden Erfolges vorgesehene Rechtsnachteil, wenn dieser Rechtsnachteil ihn treffen würde, falls er das fremde Verhalten an den Tag gelegt hätte.

II. Die Fremdhafung bei den wichtigsten Obliegenheiten

1. Die Obliegenheiten des Geschädigten gemäß § 254 BGB

a) Die Obliegenheit des § 254 I

Obwohl die Analogie des § 278 nur in § 254 II vorgesehen ist, rechnet bekanntlich die allg. M. dem Geschädigten auch im Rahmen des § 254 I das Verhalten von Personen zu, denen der Geschädigte die Wahrung seiner Interessen anvertraut hätte. Streitig ist nur, ob diese Analogie des § 278 ein Vertragsverhältnis oder eine sonstige rechtliche Sonderverbindung zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger voraussetzt. Demgegenüber nötigt die hier vertretene Ansicht zu Differenzierungen.

Die Frage der Fremdhafung taucht nur auf, wenn durch fremdes Verhalten ein Interesse verletzt ist, dessen Verletzung der in Frage stehende Rechtsnachteil sanktioniert, und zwar muß, was die hier erörterte Form der Fremdhafung anbelangt, das Interesse am Eintritt eines Erfolges verletzt sein. Das gilt auch im Rahmen des § 254 I, der eine Haftung des Geschädigten wegen der Verletzung fremder Interessen² statuiert. Andernfalls ließe sich nicht erklären, weshalb der Schadensersatzanspruch hinter dem Schaden zurückbleibt, und damit dem Geschädigten ein Rechtsnachteil auferlegt wird, mit dem eine entsprechende Begünstigung eines anderen, des Schädigers, korrespondiert³.

Die Verletzung der Interessen des Schädigers liegt nicht, erst in der Geltendmachung des (vollen) Anspruchs.⁴ Andererseits kann aber natürlich auch die Belastung mit einem Schadensersatzanspruch als solche noch keine Verletzung der berechtigten Interessen des Schädigers (im Verhältnis zum Geschädigten) sein, so daß die Fremdhafung nicht an den bloßen Eintritt des Schadens anknüpfen kann, ganz abgesehen davon, daß es

sich dabei nicht um die Verletzung des Interesses am Eintritt eines Erfolges handeln würde. Vielmehr sieht § 254 I die berechtigten Interessen des Schädigers als verletzt an, wenn - bewußt ungenau formuliert - das (im Rahmen des Zumutbaren) Erforderliche nicht geschehen ist, um die Entstehung eines Schadens zu vermeiden, für den der (spätere) Schädiger haftpflichtig ist, und deshalb ein solcher Schaden eingetreten ist. Dabei sind im Hinblick auf die Fremdhftung zwei Varianten des § 254 I zu unterscheiden.

Die "Schadensfernhaltungsobliegenheit" des § 254 I geht zunächst dahin, daß jemand den Umgang mit seinen Rechtsgütern so gestaltet, daß eine Verletzung, die sein Handeln in Verbindung mit dem Verhalten Dritter herbeiführen könnte, möglichst unterbleibt. Da, wie gesagt, der Eintritt des Schadens für sich genommen noch keine Verletzung berechtigter Interessen des Schädigers darstellt, knüpft die Sanktion dann an eine davon abweichende Handlungsweise (in Verbindung mit dem dadurch herbeigeführten Schaden) als Interessenverletzung an, so daß es keinen als Interessenverletzung zu wertenden Sachverhalt gibt, der sich von einem ihn herbeiführenden Verhalten trennen ließe. Da eine Norm nur ein Verhalten desjenigen negativ bewertet, dessen Verhalten sie als Bestimmungsnorm regelt, also desjenigen, dem sie ein abweichendes Verhalten geboten hat, verletzt demgemäß nur ein Verhalten des Geschädigten die durch § 254 I in der besprochenen Variante geschützten Interessen des Schädigers. Somit scheidet mangels Interessenverletzung nicht nur eine Fremdhftung wegen Ausbleibens eines im Interesse des (späteren) Schädigers liegenden Erfolges¹ aus, sondern jede Fremdhftung, die daran anknüpfen müßte, daß eine mit dem Geschädigten

nicht identische Person durch eine gefährliche Handlungsweise zum Eintritt des Schadens beigetragen hat,¹ wie dies etwa der Fall wäre, wenn A bei einem Autozusammenstoß verletzt wird, den sowohl der Fahrer des Autos, in dem A sich befand, als auch der des entgegenkommenden Fahrzeuges verschuldet hat. Daß § 278 hier nicht einschlägig ist² zeigt sich überdies daran, daß man sich einer Person, der man den Umgang mit den eigenen Rechtsgütern überlassen hat, nicht dazu bedient, Verletzungen der Rechtsgüter, die von dem Handeln eben dieser Person ausgehen, zu vermeiden.³ Da § 254 I vornehmlich eine Mitverursachung durch gefährliches Handeln im Auge hat,⁴ während die Obliegenheiten des § 254 II an das Ausbleiben besonderer Maßnahmen anknüpfen - hier kommt eine Fremdhftung in Betracht (s. weiter unten) -, entspricht es diesen Überlegungen weitgehend,⁵ daß die Analogie des § 278 nur für Obliegenheiten des § 254 II vorgesehen ist. Wer dennoch gegen die hier propagierte Ablehnung der Fremdhftung vom Ergebnis her Bedenken trägt, sei darauf hingewiesen, daß es den Schädiger nicht allzusehr belastet, wenn er bei Mitverursachung des Schadens durch eine "Hilfsperson" des Geschädigten dem vollen Schadensersatzanspruch ausgesetzt wird; denn schließlich ist ja auch die "Hilfsperson" in den Fällen, in denen die Projektion ihres Verhaltens auf den Geschädigten dessen Anspruch nach § 254 I mindern würde, für den Schaden in der Regel verantwortlich, so daß sich der (Erst-)Schädiger bei ihr ihrem Verantwortungsbeitrag entsprechend erholen kann (§ 426 i.V.m. § 254 analog), Falls die Haftung der "Hilfsperson" gegenüber dem Geschädigten ausgeschlossen ist, wie es meist der Fall sein wird, wenn es sich bei der "Hilfsperson" um einen Arbeitnehmer des Geschädigten handelt ("gefahrgeneigte Arbeit"), so wirkt sich dies richtiger Ansicht nach auch auf den Anspruch des Geschädigten gegen den (Erst-)Schädiger aus.⁶ Der (Erst-)Schädiger trägt also de facto nur das Risiko, daß die mitverantwortliche (selbständige) "Hilfsperson" in Konkurs fällt, und er daher seinen Ausgleichsanspruch nicht realisieren kann.

Die Obliegenheit des § 254 I¹ kann aber auch auf besondere Maßnahmen gegen die Schädigung durch Dritte gerichtet sein (also auf Maßnahmen, die nicht in der bloßen Steuerung eines Handelns im Hinblick auf die Gefahren bestehen, die in Verbindung mit dem Verhalten Dritter jeweils von ihm ausgehen), wie z.B. auf die Information der Bank über den Verlust von Ausweispapieren², die Prüfung der Bonität von Kreditnehmern³, die Überwachung des eigenen Kontos⁴. Dann liegt die Interessenverletzung in dem "erfolglosen" Zustand, der dadurch "herbeigeführt" wurde, daß ein ihn beseitigendes Handeln unterblieb. Hier knüpft also die Sanktion an einen interessenverletzenden Zustand an, der sich von dem ihn herbeiführenden Verhalten (= Unterbleiben eines ihn beseitigenden Handelns) trennen läßt, so daß eine Fremdhaftung, und zwar eine solche wegen Ausbleibens eines im Interesse eines Dritten liegenden Erfolges, in Betracht kommt. Wurde also die Obliegenheit zu besonderen Schadensfernhaltungsmaßnahmen schlecht oder nicht erfüllt, weil ein "Fremder" an Stelle des Geschädigten tätig geworden ist oder ein Handeln, das ein solches des Geschädigten ersetzt, unterlassen hat, so kürzt sich der Anspruch des Geschädigten, wie es der Fall wäre, wenn dieser das fremde Verhalten an den Tag gelegt hätte. Wann im einzelnen ein fremdes Handeln einem eigenen des Geschädigten gleichsteht, ist den Ausführungen über die Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges zu entnehmen. Angesichts der Vielfalt der in Betracht kommenden Maßnahmen läßt sich kein inhaltlich definierter typischer Bereich des zurechenbaren Fremdverhaltens hervorheben. Allerdings ist zu beachten, daß der Geschädigte nach § 254 nur zu solchen Maßnahmen gehalten ist, die ihm persönlich zugemutet werden können. Setzt also eine Maßnahme besondere Fachkunde voraus, die der Geschädigte nicht besitzt, hat er seine Obliegenheit mit der Einschaltung eines Fachmanns erfüllt, was im Rahmen

der Behandlung der Schadenminderungsobliegenheit näher begründet wird. Etwas anderes gilt, wenn der Schuldner (=Geschädigter) kraft Vertrages (oder gemäß § 242) verpflichtet ist, durch bestimmte (fachliche Qualifikation voraussetzende) Maßnahmen die vom Gläubiger zu erbringende Leistung zu ermöglichen. Diese Pflichten bestimmen zugleich was zu geschehen hat, damit Schäden fern gehalten werden, die im Ausbleiben der ordnungsgemäßen Leistung bestehen (oder auf dem Ausbleiben der ordnungsgemäßen Leistung beruhen). So hat z.B. der Bauherr die Pflicht, dem Bauunternehmer zuverlässige Pläne zur Verfügung zu stellen. Er muß sich daher das Verschulden seines Architekten gegenüber dem Bauunternehmer entgegenhalten lassen.¹

Da die Obliegenheit des § 254 I, soweit sie auf besondere Maßnahmen gerichtet ist, der in § 278 genannten "Verbindlichkeit" gleichsteht und den später Geschädigten unabhängig davon trifft, ob zwischen ihm und dem (Erst-)Schädiger außerdem noch ein Schuldverhältnis besteht, ist die Analogie des § 278 ohne Rücksicht auf das Bestehen eines Schuldverhältnisses geboten. Dies entspricht der h.M. in der Literatur,² die allerdings dem Geschädigten über § 278 das Mitverschulden von "Hilfspersonen",³ generell zurechnen will, also nicht nur, wenn auf Grund von § 254 I zu treffende Schadensfernhaltungsmaßnahmen unterblieben sind, mit deren Vornahme der Geschädigte einen anderen betraut hatte. Demgegenüber verlangt die Rspr. seit jeher (von einigen Entsch. abgesehen)⁴ das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen Geschädigtem und Schädiger,⁵ wenn sie auch in der Annahme einer solchen sehr weit geht und z.B. die bloße Einbeziehung des Geschädigten in die Schutzwirkung eines Vertrages genügen läßt.⁶ Fehlt es an einer Sonderverbindung, soll § 831 entsprechend an-

wendbar sein.¹ Das Postulat einer Sonderverbindung wird vor allem² auf das Argument gestützt, daß sich die Fremdhafung des Geschädigten nach den gleichen Grundsätzen wie die des Schädigers richten müsse.³ Da der Schädiger außerhalb eines Schuldverhältnisses nur nach § 831 haften dürfe auch den Geschädigten keine unbedingte Haftung treffen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dem schon deshalb nicht zu folgen, weil danach, wie erinnerlich,⁴ auch bei Verkehrspflichten, die auf besondere Maßnahmen gerichtet sind, § 278 anwendbar ist, so daß die von der Rspr. erstrebte Gleichbehandlung gerade fordern würde, daß sich die Fremdhafung des Geschädigten auch außerhalb eines Schuldverhältnisses nach § 278 richtet, sofern kraft der Obliegenheit des § 254 I besondere Schadensfernhaltungsmaßnahmen zu treffen sind. Aber auch, wenn man mit der h.M. die Anwendung des § 278 auf Verkehrspflichten ablehnt, ist das Gleichbehandlungsargument der Rspr. nicht stichhaltig. Die Obliegenheit des § 254 I trifft den Geschädigten unabhängig vom Bestehen eines Schuldverhältnisses und wird auch im Falle eines Schuldverhältnisses nicht in den Pflichtenexus einbezogen.⁵ Auch wenn ein Schuldverhältnis besteht, gründet sich somit die Haftung des Geschädigten nach §§ 254 I, 278 anders als die Fremdhafung des Schädigers nicht auf das Schuldverhältnis. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb bei Fehlen eines Schuldverhältnisses die Haftung des Geschädigten entfallen soll, weil der Schädiger dann nicht nach § 278 haftet. Die unterschiedliche Behandlung des Schädigers und des Geschädigten außerhalb eines Schuldverhältnisses beruht darauf, daß das Bestehen eines Schuldverhältnisses für die Fremdhafung des Geschädigten, nicht aber für die des Schädigers irrelevant ist, und begegnet daher keinen Bedenken. Allenfalls ließe sich gegen die h.L. einwenden, daß sie die Deliktsfremdhafung des später Geschädigten anders behandelt als dessen Haftung im Rahmen des § 254 I also die Zurechnung fremden Verhaltens bei der Haftungsbegründung anders beurteilt als bei der Haftungsbeschränkung.⁶ Diese Ungleichbehandlung rechtfertigt aber nicht das Postulat eines Schuldverhältnisses im Hin-

blick auf die Fremdhaftung nach § 254 I, das hier keinen Sinn hat, sondern wirft höchstens die Frage auf, ob die deliktische Fremdhaftung und die Fremdhaftung nach § 254 I konsequenterweise gleich geregelt sein müssen, ob also auf die Verkehrspflichten in gleichem Umfange § 278 anzuwenden ist wie auf die Obliegenheit des § 254 I, und eben dies entspricht der hier vertretenen Ansicht (nicht aber der Ansicht derer, die das Gleichbehandlungsargument in dieser Form gegen die h.L. vorgebracht haben). Schließlich wird gegen die Rspr. vorgebracht, daß es nicht gerechtfertigt sei, die Fremdhaftung im Rahmen des § 254 I anders zu behandeln als die im Rahmen des § 254 II,¹ für die sich nach der Rspr. das postulierte Schuldverhältnis aus dem entstandenen oder in der Entstehung begriffenen Schaden ergibt.² Dem ist mit der Einschränkung zuzustimmen, daß eine Gleichbehandlung nur geboten ist, soweit auch die Obliegenheit des § 254 I auf besondere Schadensfernhaltungsmaßnahmen gerichtet ist.

Allerdings hat die Ansicht der Rspr. auch einen gewissen Vorteil. Beschränkt man nämlich die Analogie des § 278 im Rahmen des § 254 I nicht auf die Fälle, in denen der Geschädigte jemanden mit besonderen (ihm persönlich zumutbaren) Schadensfernhaltungsmaßnahmen beauftragt hat, sondern lastet dem Geschädigten einfach das mitursächliche Fehlverhalten der Personen an, denen er die Wahrung seiner Interessen anvertraut hat, so besteht die Gefahr einer uferlosen Ausweitung der Fremdhaftung, wenn man nicht wenigstens das Bestehen einer Sonderbeziehung fordert. Man denke etwa an Fälle wie den folgenden: Bei A bleibt infolge eines Kunstfehlers seines Arztes eine Gehbehinderung zurück. Er kommt durch die Fahrlässigkeit von C zu Fall und verletzt sich. Den Sturz hätte er ohne Gehbehinderung vermeiden können. Soll hier wirklich der Anspruch des A gegen C wegen des Mitverschuldens des Arztes gekürzt werden? Die h.L. müßte dies konsequenterweise annehmen, während sich die Rspr.

immerhin darauf zurückziehen könnte, daß der Arzt nicht im Rahmen eines zwischen A und C bestehenden Schuldverhältnisses als "Bewahrungsgelilfe" tätig geworden sei.

Hat der später Geschädigte einen anderen mit einer ihm obliegenden Schadensfernhaltungsmaßnahme betraut, und steht daher das (vorgenommene oder vorzunehmende) Fremdhandeln einem solchen des Geschädigten gleich, so kürzt sich der Anspruch des Geschädigten nach §§ 254 I, 278, wenn der Geschädigte sich eine Kürzung gefallen lassen müßte, falls er das fremde Verhalten an den Tag gelegt hätte. Es kommt also streng genommen nicht auf ein irgendgeartetes Mitverschulden des "Fremden" an, sondern darauf, ob den Geschädigten der Vorwurf eines Mitverschuldens träfe wenn man das fremde Verhalten auf seine Person projiziert. Wegen Einzelheiten sei auf die entsprechenden Ausführungen zur Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges verwiesen.¹

b) Die Obliegenheiten des § 254 II

Die Obliegenheiten des § 254 II, die öfter auch als Rechtspflichten qualifiziert werden,² verlangen vom Geschädigten besondere Maßnahmen und sind nie nur darauf gerichtet, daß der Geschädigte sein (nicht der Schadensfernhaltung dienendes) Handeln laufend so steuert, daß gewisse Kausalverläufe, an denen es beteiligt sein könnte, möglichst vermieden werden. Daher kommt hier immer eine Fremdhftung wegen Ausbleibens eines im Interesse eine Dritten liegenden Erfolges in Betracht. Dem entspricht es, daß § 254 II 2 die Analogie des § 278 ausdrücklich vorsieht.

Was die Schadensminderungsobliegenheit anbelangt, so haftet der Geschädigte grob gesagt für das Verhalten von Personen, die er - sei es auch nur generell oder mittelbar - damit betraut hat, schadensmindernde Maßnahmen zu treffen. Wegen der genaueren Abgrenzung sei auf die Ausführungen zur Fremdhftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges verwiesen. Allerdings ist eine wichtige Einschränkung zu machen. Der Geschädigte haftet nämlich nur, wenn es um Maßnahmen geht, die er (zumutbarerweise) auch selbst hätte treffen können. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Eine normale Leistungspflicht, etwa die des Verkäufers oder Werkunternehmers, ist auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet, dessen Ausbleiben die berechtigten Interessen des Gläubigers ohne Rücksicht darauf verletzt, wie sehr sich der Schuldner um den Eintritt des Erfolges bemüht hat. Daher hat der Schuldner seine Pflicht nicht erfüllt, wenn der Erfolg ausgeblieben ist, mag auch alles Mögliche unternommen worden sein, um den Erfolg herbeizuführen, und man spricht mit Recht davon, daß der Schuldner nicht irgendwelche Anstrengungen schulde, sondern die Herbeiführung des Erfolges. Dies ist bei der Schadensminderungsobliegenheit anders. Die Verletzung der berechtigten Interessen des Schädigers liegt nicht in der Tatsache, daß der entstandene Schaden den Umfang X und nicht den (geringeren) Umfang Y hat, sondern darin, daß bestimmte auf Schadensminderung gerichtete Maßnahmen unterblieben sind, und deshalb der Schaden den Umfang X hat. Wird demgemäß die Schadensminderung nicht als bestimmter Erfolg geschuldet, und obliegen dem Geschädigten auch nicht bestimmte Maßnahmen als das zur Herbeiführung eines vorgegebenen Schadensminderungseffekts Erforderliche, so ist § 254 II nur auf

schadensmindernde Bemühungen gerichtet, die dem Geschädigten selbst als dem Gebotsadressaten (unterstellt, daß er zumindest die üblichen Fähigkeiten besitzt) möglich und zumutbar sind. Das bedeutet vor allem, daß Maßnahmen, die eine Fachkunde voraussetzen, die der Geschädigte nicht besitzt, nicht mehr "in obligo" sind, sondern der Geschädigte seine Obliegenheit erfüllt hat, wenn er einen Fachmann mit ihrer Durchführung betraut hat.¹ Daher muß sich z.B. der Eigentümer eines beschädigten Kraftfahrzeugs nicht das Verhalten des Inhabers oder der Angestellten des Reparaturbetriebes,² der körperlich Verletzte nicht das Verhalten seines Arztes³, der Rechtsunkundige nicht das Verhalten seines Anwalts⁴ nach §§ 254 II, 278 zurechnen lassen.

Das zur Schadensminderungsobliegenheit Gesagte gilt entsprechend für die Obliegenheit zur Schadensabwehr. Was die Hinweisobliegenheit anbelangt, sei wegen des Bereichs des zuzurechnenden Fremdverhaltens auf die Ausführungen zur Aufklärungspflicht verwiesen.

2. Die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers (und subjektive Risikoausschlüsse)

a) Aufriß und Kritik der herrschenden Meinung

Bekanntlich lehnt die h.M. die Anwendung des § 278¹ im Rahmen von Obliegenheiten des Versicherungsnehmers (ebenso wie bei Risikoausschlüssen) ab². Dies wird in erster Linie damit begründet, daß die Obliegenheiten keine echten Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 seien, sondern nur tatbestandliche Voraussetzungen des Versicherungsschutzes. Damit ist indes der wahre Grund für die Ablehnung des § 278 nicht enthüllt; denn für sich genommen ist dieses Argument rein begrifflich und hindert nicht eine Analogie des 278, wie die entsprechende Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 zeigt. Überdies hat es Zirkelcharakter, da man die "Obliegenheiten" des Versicherungsnehmers ersichtlich auch gerade deshalb nicht als Pflichten anerkennt, um § 278 ausschalten zu können. In Wirklichkeit steht hinter der Ablehnung des § 278 das Empfinden, daß dessen Anwendung mit dem Zweck des Versicherungsvertrages kollidieren würde, was von einigen Vertretern der h.M. auch zum Ausdruck gebracht wird. Man befürchtet nämlich, daß die Analogie des § 278 den Versicherungsschutz entwerten würde, weil der Versicherungsnehmer nach § 278 für alle Personen haften müßte, die mit seinem Einverständnis mit dem versicherten Risiko in Berührung kommen.

Andererseits behagt der h.M. aber auch das reine "Selbstverschuldungsprinzip" nicht,⁴ weil dies wiederum die Stellung des Versicherers und der durch ihn repräsentierten Gefahrengemeinschaft über Gebühr beeinträchtigen würde. Im Streben nach einem Kompromiß hat sie daher zwei Gruppen von Personen kreiert, für deren Verhalten der Versicherungsnehmer einstehen soll, nämlich den Wissenserklärungs-

vertreter und den Repräsentanten. Außerdem rechnet sie dem Versicherungsnehmer die Kenntnis eines sog. "Wissensvertreter¹" zu. Hierauf ist jedoch nicht einzugehen, da die Wissenszurechnung als solche nicht unter das Thema der Arbeit fällt. Sie läßt sich auch nicht als Fall der Haftung für fremdes Verhalten begreifen, weil bei ihr dem Versicherungsnehmer analog § 278 der Akt der Kenntniserlangung zugerechnet werde; denn § 278 setzt, wie schon dargetan,² voraus, daß sich die Haftung als Folge der negativen Bewertung des projizierten Fremdverhaltens , ergibt. Die Projektion von Wahrnehmungsakten begründet daher nur in Verbindung mit der Projektion eines fehlerhaften Verhaltens des Wahrnehmenden eine (im Rahmen dieser Arbeit zu behandelnde) Fremdhaftung, bei der es dann nicht mehr um eine Folge bloßer Wissenszurechnung geht.

aa) Die Wissenserklärungsvertreter

Wissenserklärungsvertreter ist grob gesagt derjenige, den der Versicherungsnehmer damit betraut hat, dem Versicherer an seiner Stelle Auskünfte zu erteilen. Die Haftung des Versicherungsnehmers für falsche oder unterlassene Auskünfte oder Anzeigen einer solchen Person wird mit einer Analogie des § 166 I begründet.³

Obwohl der Haftung für Wissenserklärungsvertreter der Tendenz nach zuzustimmen ist, sind einige Bedenken angebracht.

Daß § 166 I der falsche Anknüpfungspunkt ist, zeigt sich schon daran, daß § 166 I eine Haftung des Versicherungsnehmers nicht zu begründen vermag, wenn der Wissenserklärungsvertreter gar keine Erklärung abgibt, die Anzeige oder Erteilung der Auskunft also schlicht unterläßt,⁴ obwohl doch hier eine Fremdhaftung genauso eingreifen muß wie im Falle positiven Tuns. Aber auch

bei falschen Erklärungen des Wissenserklärungsvertreeters hilft § 166 II nicht weiter, da er auch dann, wenn man Wissenserklärungen den Willenserklärungen gleichstellt, keine entsprechende Fremdhaftung rechtfertigt. Zu den Rechtsfolgen, die den Vertretenen infolge des Abstellens auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertreters treffen, gehören nämlich keinesfalls solche, die an eine Erklärung in ihrer Eigenschaft als ein die Interessen des Erklärungsgegners verletzendes Verhalten anknüpfen,¹ das durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen zu einem schuldhaften gestempelt wird. Würde nämlich § 166 (auch) die Fremdhaftung des Vertretenen für ein schuldhaft inkorrektes Verhalten des Vertreters regeln, dann müßte die Rechtsfolge der Erklärung, die durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen beeinflusst wird, die Nichthaftung im Falle einer schuldlosen (=kein Wissen oder Wissenmüssen) inkorrekten Erklärung sein, eine Annahme, die sich von selbst verbietet.

Die Heranziehung des § 166 bedeutet auch nicht nur die formal fehlerhafte Legitimation richtiger Ergebnisse. Sie nötigt nämlich zu sachfremden Differenzierungen.

Beauftragt der Versicherungsnehmer A seinen Prokuristen B, ein Verzeichnis der verbrannten Sachen anzulegen und dem Feuerversicherer zu übersenden, so ist B nach der Definition der h.M. Wissenserklärungsvertreter. Der Versicherer ist also unter den Voraussetzungen des § 6 III VVG leistungsfrei,² wenn B falsche Angaben macht. Läßt A dagegen den B das Verzeichnis anlegen, unterzeichnet es aber selbst, dann ist B kein Wissenserklärungsvertreter.³ A haftet daher nach h.M. nicht für B, sondern höchstens für sein eigenes Verhalten, und das bedeutet: überhaupt nicht; denn vorsätzlich hat er nicht gehandelt, und den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit weist er unter Hinweis darauf zurück, daß er den B für zuverlässig habe halten dürfen. Auch die schon erwähnte "Wissenszurechnung" würde, selbst wenn sie hier angebracht wäre, dem Versicherer nichts nützen, wenn B das Verzeichnis nicht in Kenntnis der wahren Tatsachen also, vorsätzlich,

falsch angelegt hat. Beide Fälle unterscheiden sich aber nur dadurch, daß B im ersten Fall dem Versicherer gegenüber als Urheber der Erklärung aufgetreten ist, im zweiten nicht. Wieso dies im Rahmen einer Fremdhftung für fehlerhafte Wissenserklärungen eine Rolle spielen soll, ist unerfindlich.¹

Ähnliche Unstimmigkeiten tauchen auf, wenn es darum geht, ob der Versicherer leistungsfrei ist, weil ihn die erforderlichen Mitteilungen überhaupt nicht erreicht haben.² Soll B etwa eine Schadensanzeige anfertigen und dem Versicherer zusenden, dann ist der Versicherer unter den Voraussetzungen des § 6 III VVG³ leistungsfrei, wenn B die Absendung der Anzeige unterläßt, weil B Wissenserklärungsvertreter ist. Hat A die Anzeige selbst verfaßt und den B um ihre Absendung gebeten, so haftet nach h.M. A nicht für ein Unterlassen des B, weil dieser nur Bote ist.⁴ Hier geht es aber doch beide Male nur um das Unterlassen der Absendung, und es ist nicht einzusehen, weshalb dessen Zurechnung davon abhängen soll, ob der Beauftragte auf den Inhalt der Erklärung Einfluß nehmen konnte oder nicht.

bb) Der Repräsentant

Die zweite Gruppe von Personen, für deren Verhalten der Versicherungsnehmer nach h.M. einstehen muß, ist die der Repräsentanten. Die Repräsentantenhaftung soll sowohl im Rahmen von Obliegenheiten (vor allem der Gefahrstandspflicht nach § 23 VVG) als auch von subjektiven Risikoausschlüssen wie dem des § 61 VVG zum Zuge kommen, wobei allerdings eine Ansicht das Feld der Anzeige- und Auskunftsobliegenheiten dem Wissenserklärungsvertreter vorbehalten will.⁵

Als Repräsentant wird angesehen, wer in dem Geschäftsbereich, zu dem das versicherte Risiko gehört, auf Grund eines Vertretungs- oder ähnlichen Verhältnisses an die Stelle des Versicherungsnehmers getreten ist.¹ Ein derartiges "Vertretungsverhältnis" setzt nach heute h.M. voraus, daß die Befugnis zu selbständigem, wenn auch nicht rechtsgeschäftlichem Handeln "in einem gewissen, nicht ganz unbedeutendem Umfang" besteht.² Diese Formel ist in der Sachversicherung, der Domäne der Repräsentantenhaftung, durch den Gedanken der Obhutsüberlassung konkretisiert worden. Danach haftet der Versicherungsnehmer für eine Person als seinen Repräsentanten, wenn er dieser die versicherte Sache überläßt und sich dadurch der zur Erhaltung der Sache erforderlichen Obhut vollständig entschlägt.³

Die Repräsentantenhaftung ist in freier Rechtsfindung entwickelt worden. Wie schon eingangs erwähnt, ist es ihre Intention, einerseits zu vermeiden, daß der Versicherungsnehmer für das Verhalten aller Personen haftet, die er mit dem versicherten Risiko in Berührung kommen läßt, was den Versicherungsschutz allzu stark mindern würde, andererseits aber auch den Interessen des Versicherers gerecht zu werden. So abstrakt formuliert ist diese Ausgangswertung zweifellos richtig. An ihrer Konkretisierung in Form der Repräsentantenhaftung läßt sich jedoch mancherlei aussetzen, mag sie sich auch heute allgemeiner Zustimmung erfreuen.⁴

Daß die allgemeine Repräsentantenformel ("Vertretungs- oder ähnliches Verhältnis") wenig aussagekräftig ist, liegt auf der Hand. Auch der Obhutsgedanke hilft nicht viel weiter. Wenn jemand einem anderen zeitweise eine Sache überläßt, so entschlägt er sich streng genommen für diese Zeit vollständig der Obhut für die Sache, sofern deren Gebrauch nicht unter seiner unmittelbaren Aufsicht stattfindet. Dann wäre aber jeder, dem der Versicherungsnehmer auch

nur für kurze Zeit die Sachherrschaft einräumt, nach der Obhutsformel Repräsentant. Um dies zu vermeiden müßte die Obhutsüberlassung so definiert werden, daß sie nicht automatisch mit jeder Einräumung einer Sachherrschaft verbunden ist. Es bereitet jedoch große Schwierigkeiten, einerseits die Obhut von der Sachherrschaft zu trennen, sie andererseits aber auch nicht so abstrakt zu konzipieren, daß sie immer beim Versicherungsnehmer verbleibt ohne Rücksicht auf dessen Distanz zum versicherten Risiko. So nimmt es denn nicht wunder, daß der Begriff des Repräsentanten in der Rspr. wenig Konturen gewonnen hat, und man sich einer bunten Kasuistik gegenüber sieht. So ist etwa als Repräsentant ein Angestellter anerkannt worden, der nach Maßgabe dessen, was ihm die Fahrer an Mängeln mitteilen, für die Verkehrssicherheit von Kraftfahrzeugen des Versicherungsnehmers zu sorgen hatte,¹ nicht aber ein angestellter Kraftfahrzeugmechaniker.² So soll der Makler, der nach dem Auszug des Versicherungsnehmers das versicherte Gebäude einige Zeit verwaltet, Repräsentant sein,³ nicht aber derjenige, der für längere Zeit ein Kraftfahrzeug mietet und auch für dessen Wartung zu sorgen hat, sofern sich nur der Vermieter (=Versicherungsnehmer) gelegentlich in groben Zügen von der Verkehrssicherheit des Kraftfahrzeuges überzeugt,⁴ obwohl andererseits wieder der Fahrer als Repräsentant qualifiziert wird, wenn ihm der Wagen zur eigenverantwortlichen Nutzung anvertraut ist.⁵

Was die Fremdhftung des Versicherungsnehmers im Rahmen des betrieblichen Bereichs anbelangt, läßt sich die Tendenz erkennen, ihn eher für Personen einstehen zu lassen, die eine umfänglichere, wenn auch abstraktere Herrschaft ausüben, als für solche, die einen partielleren, wenn auch ganz konkreten Einfluß haben. So ist der Betriebsleiter unangefochten Repräsentant,⁶ während der Angestellte, der mit technischen Verrichtungen an der versicherten Sache betraut wird, dies ebenso unangefochten nicht ist, und zwar auch dann nicht, wenn er ständig mit der Sache umgeht und eine gewisse Bewegungsfreiheit hat.⁷ Aber warum

eigentlich nicht? In seinem Bereich ist der Angestellte durchaus an die Stelle des Betriebsinhabers getreten und ist sogar der Sachnächste, mag er auch auf der unteren Ebene der betrieblichen Hierarchie stehen. Warum haftet der Versicherungsnehmer daher nicht für sein Verhalten, wenn sich der Versicherungsfall in seinem Bereich ereignet hat?

Damit ist schon ein weiteres Bedenken angesprochen. Die h.M. hat es nämlich schwer, den Zusammenhang ihrer Deduktionen mit ihrer Ausgangswertung auszuweisen, also darzutun, weshalb die Berücksichtigung des Zweckes des Versicherungsvertrages einerseits und der Belange des Versicherers andererseits ihre Deduktionen gebieten. Diesen Eindruck vermittelt vor allem die Rspr., die den Einzelfall oft kurzerhand unter die abstrakte Repräsentantenformel subsumiert oder die Subsumtion ablehnt, ohne konkretere, an der Ausgangswertung orientierte Überlegungen anzustellen. Diese Loslösung der Repräsentantenhaftung von ihrem eigentlichen Anliegen mögen folgende Hinweise verdeutlichen.

(a) In der Leistungswasserversicherung obliegt es dem Versicherungsnehmer, die Wasserleitungen abzusperren, wenn das versicherte Gebäude im Winter für längere Zeit unbewohnt bleibt. Hat der Versicherungsnehmer nun sein Haus für einige Jahre vermietet, und unterläßt es der Mieter (trotz entsprechender Hinweise des Versicherungsnehmers), dieser Obliegenheit nachzukommen, dann ist der Versicherer (unter den Voraussetzungen des § 6 III VVG) leistungsfrei, wenn der Versicherungsfall eintritt, weil der Mieter als Repräsentant angesehen würde. Anders müßte die herrschende Meinung entscheiden, wenn der Versicherungsnehmer das Haus selbst bewohnt, und bei seiner Abreise ad hoc jemanden damit beauftragt, die Wasserleitungen abzusperren, was dieser unterläßt. Wie läßt

sich aber dieser Unterschied von der Ausgangswertung her begründen? Wichtig ist doch nur, daß beide Male der Versicherungsnehmer einen anderen damit betraut hat, die Wasserleitungen abzusperren, und es ist nicht recht einzusehen, weshalb der Zweck des Versicherungsvertrages für die Fremdhaftung darüber hinaus fordern soll, daß dem "Fremden" noch die Obhut über das Haus eingeräumt ist.

(b) Hat der Versicherungsnehmer die versicherte Sache einem anderen überlassen und sich dadurch der Obhut über sie entschlagen, so entzieht die h.M. ihm den Versicherungsschutz, wenn der "Fremde" grob fahrlässig oder vorsätzlich den Versicherungsfall herbeigeführt hat, erkennt also auch im Rahmen des § 61 VVG eine Haftung des Versicherungsnehmers für seinen Repräsentanten an. Eine derartige Verkürzung des Versicherungsschutzes ließe sich aber doch höchstens dann auf den Gedanken der Obhutsüberlassung stützen, wenn der Versicherungsnehmer dem Versicherer gegenüber zur Gefahrverwaltung gehalten wäre. Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß § 61 VVG keinen Schadensverhütungspflicht¹, geschweige denn eine Obliegenheit zur laufenden Gefahrverwaltung statuiert.

b) Die eigene Konzeption der Fremdhftung des
Versicherungsnehmers

aa) Allgemeines

Gegen eine Fremdhftung des Versicherungsnehmers im Rahmen seiner Obliegenheiten könnte vorgebracht werden, daß durch fremdes Verhalten die berechtigten Interessen des Versicherers nicht berührt würden, weil der Versicherer ja (vorbehaltlich abweichender Vereinbarung) verpflichtet sei, gegen die Folgen fremden Verhaltens Versicherungsschutz zu gewähren, so daß eine Fremdhftung eine ungerchtfertigte Minderung des Versicherungsschutzes bedeute. Dieses Argument kommt allerdings bei Anzeige- und Aufklärungsobliegenheiten von vorneherein nicht zum Zuge; denn das Unterbleiben zutreffender Auskünfte oder Anzeigen stellt keinen Schaden des Versicherungsnehmers dar und hat auch keine schädlichen Folgen, für die der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz beanspruchen könnte,¹ da der einzige Schaden, der ihm hieraus erwachsen kann, die Leistungsfreiheit des Versicherers ist. Hier kommt daher eine normale Fremdhftung wegen Ausbleibens eines im Interesse eines Dritten liegenden Erfolges in Betracht. Eine Fremdhftung des Versicherungsnehmers könnte vielmehr nur dort mangels Verletzung der Interessen des Versicherers scheitern, wo es um den Eintritt oder den Umfang des Schadens geht, der die Entschädigungspflicht des Versicherers auslöst, also im Rahmen der allgemeinen Gefahrstandspflicht (§ 23 VVG), spezieller Gefahrrhöhungverbote, von gefahr vorbeugenden - oder mindernden Obliegenheiten im Sinne des § 32 und der Rettungsobliegenheit (§ 62 VVG). Es ist daher zu prüfen, worin genau bestehen die Interessenverletzungen bestehen, an die hier die Leistungsfreiheit des Versicherers anknüpft, und ob diese auch von Personen begangen werden können, die nicht mit dem Versicherungs-

nehmer identisch sind. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Verboten gefahrerhöhenden Handelns (§ 23 VVG, spezielle Obliegenheiten), wie z.B. dem Verbot des Lagerns feuergefährlicher Stoffe, des Betretens gewisser Räume mit offenem Licht, und auf Gefahren- oder Schadensminderung (bzw. -vorbeugung) gerichteten Handlungsgeboten¹, wie z.B. dem Gebot des Entleerens von Wasserleitungen im Winter bei längerer Abwesenheit, des Einbaus feuerschützender Einrichtungen. Allerdings scheidet unabhängig vom Inhalt der Obliegenheiten der Eintritt des Versicherungsfalles (und der daraus entstandene Schaden) und damit auch die Erhöhung seiner Wahrscheinlichkeit für sich genommen als Verletzung des durch die Obliegenheiten geschützten Interesses des Versichers aus, ganz abgesehen davon, daß es sich nicht um die Verletzung des Interesses am Eintritt eines Erfolges handeln würde. Im übrigen bestehen jedoch unter dem Aspekt der Interessenverletzung Unterschiede, die für die Fremdhftung bedeutsam sind.

Da, wie gesagt, der Eintritt des Versicherungsfalles und die Erhöhung seiner Wahrscheinlichkeit für sich genommen als Verletzung der Interessen des Versicherers nicht in Betracht kommen, besteht bei Verstößen gegen ein Verbot gefahrerhöhenden Handelns die Interessenverletzung darin, daß eine gefahrerhöhende Einwirkung auf das versicherte Risiko vorgenommen wurde und dadurch der Versicherungsfall (oder eine Gefahrerhöhung) eingetreten ist. Demnach gibt es keinen interesseverletzenden Zustand, der sich von einem ihn herbeiführenden Verhalten trennen ließe, sondern das gefahrerhöhende Handeln selbst stellt (in Verbindung mit dem dadurch herbeigeführten Eintritt des Versicherungsfalles oder der Gefahrerhöhung) die Interessenverletzung dar. Dies bedeutet entsprechend dem zu § 254 I Ausgeführten,² daß nur ein gefahrerhöhendes Handeln des Versicherungsnehmers als des Normadressaten das durch ein Verbot gefahrerhöhenden Handelns geschützte Interesse des Versicherers verletzen kann. Somit scheidet mangels

Interessenverletzung jede Fremdhaftung aus, die daran anknüpfen mußte, daß eine mit dem Versicherungsnehmer nicht identische Person gefahrerhöhend gehandelt habe¹. Will daher der Versicherer nicht für die Folgen fremden gefahrerhöhenden Handelns haften, so muß er einen entsprechenden Risikoausschluß vereinbaren.

Anders ist es, wenn der Versicherungsnehmer gehalten ist, gefahr- oder schadensmindernde (bzw. -vorbeugende) Maßnahmen zu treffen. Dann liegt die Interessenverletzung in dem "erfolglosen" Zustand, der dadurch "herbeigeführt" wurde, daß ein ihn beseitigendes Handeln unterblieb. Hier knüpft also die Sanktion an einen interesseverletzenden Zustand an, der sich von dem ihn herbeiführenden Verhalten (= Unterbleiben eines ihn beseitigenden Handelns) trennen läßt, so daß eine Fremdhaftung, und zwar eine solche wegen Ausbleibens eines im Interesse eines Dritten liegenden Erfolges, in Betracht kommt.

Was subjektive Risikoausschlüsse (z.B. §§ 61, 152 VVG) anbelangt, so fällt unter sie nicht auch die grobfahrlässige oder vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls durch fremde Personen², selbst wenn man einmal die von einem derartigen Ausschluß ausgehende Nötigung des Versicherungsnehmers, den Versicherungsfall nicht grobfahrlässig oder vorsätzlich herbeizuführen, den Verhaltensanforderungen in Gestalt von Obliegenheiten, ~~was die Fremdhaftung anbelangt~~, gleichstellt und somit den Ausschluß als Sanktion der Verletzung eines durch eine Verhaltensnorm geschützten Interesses des Versicherers ansieht. Dann gilt nämlich das zu den Verboten gefahrerhöhenden Handelns Gesagte entsprechend: Da der Eintritt des Versicherungsfalles für sich genommen keine Interessenverletzung darstellt, gibt es hier keinen interesseverletzenden Sachverhalt, der sich von einem ihn herbeiführenden Verhalten trennen ließe. Vielmehr bildet das grobfahrlässige oder vorsätzliche Verhalten selbst (in

Verbindung mit dem Eintritt des Versicherungsfalls) die Interessenverletzung, was bedeutet, daß nur der Versicherungsnehmer als Normadressat das durch den Ausschluß geschützte Interesse des Versicherers verletzen kann. Auch wenn man die Ausschlüsse nicht wie Fälle der Leistungsfreiheit bei Obliegenheitsverletzung behandelt und die Frage der Fremdhafung nur vom Zweck der Ausschlüsse her angeht, ergibt sich nichts anderes. Der Zweck der §§ 61, 152 VVG (und entsprechender Bestimmungen), nämlich die Ausschaltung des ohne sie bestehenden erhöhten subjektiven Risikos angesichts des Versicherungsschutzes,¹ erheischt keine Ausdehnung der Ausschlüsse auf die Herbeiführung des Versicherungsfalles durch fremde Personen (auch nicht auf die durch Repräsentanten im Sinne der h.M.); denn die Erwartung, daß der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz genießt, kann - wenigstens typischerweise - "Fremde" nicht zu erhöhter Sorglosigkeit oder gar vorsätzlichem Verhalten animieren,² zumal da sie mit Schadensersatzansprüchen des Versicherungsnehmers oder - nach Anspruchsübergang (§ 67 VVG) - des Versicherers rechnen müssen. Auch der Gedanke, daß ohne Fremdhafung eine Kollusion des Versicherungsnehmers mit Dritten erleichtert werde, zieht nicht. Abgesehen davon, daß er die Fremdhafung nur in den Fällen vorsätzlichen Fremdhandelns rechtfertigte, würde eine aus dem Kollusionsgedanken hergeleitete Fremdhafung die Sanktion eines unwiderleglich vermuteten Vorsatzes des Versicherungsnehmers bedeuten, was sicherlich nicht im Sinne des § 61 VVG liegt. Außerdem läßt sich unter dem Aspekt der Kollusion der Kreis der Personen für die gehaftet wird, kaum eingrenzen, da der Versicherungsnehmer praktisch mit jeder Person kolludieren kann.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen: Eine Fremdhaftung des Versicherungsnehmers kommt analog § 278 in Betracht, wenn ein auf Grund einer Obliegenheit herbeizuführender Erfolg ausgeblieben ist, von dessen Herbeiführung sich der Versicherungsnehmer entlastet hat, wobei schon jetzt darauf hingewiesen sei, daß den Versicherungsnehmer im Falle eines vorsätzlichen folgenlosen Fremdhandelns keine Sanktion trifft.¹ Ob der "Fremde" Repräsentant (Wissenserklärungsvertreter) im Sinne der h.M. ist oder nicht, spielt keine Rolle. In allen übrigen Fällen scheidet (vorbehaltlich abweichender Vereinbarung) eine Fremdhaftung aus, und zwar auch dann, wenn es um das Verhalten eines Repräsentanten geht.

bb) Zum Bereich des haftungsbegründenden Fremdhandelns bei einzelnen Obliegenheiten

Ob sich der Versicherungsnehmer mit einem fremden Verhalten das zur Folge hatte, daß ein von ihm auf Grund einer Obliegenheit herbeizuführender Erfolg ausgeblieben (oder nicht ordnungsgemäß eingetreten) ist, nach § 278 identifizieren lassen muß, läßt sich zumeist ohne Schwierigkeiten feststellen. Nur einige Fälle seien daher im folgenden hervorgehoben.

Ist ein Agent des Versicherers dem Versicherungsnehmer bei der Erfüllung der vorvertraglichen Anzeigepflicht (§§ 16, 17 VVG)² behilflich, so steht an sich diese Mitwirkung einem eigenen Handeln des Versicherungsnehmers gleich. Daß der Agent in Beziehungen zum Versicherer steht, ändert hieran nichts. Anders wäre es nur, wie früheren Ausführungen zu entnehmen ist,³ wenn man davon ausgeht, daß der Agent auf Wunsch des Versicherers eingeschaltet wurde, weil eine "eigenhändige" Erfüllung der Anzeigepflicht durch den

Versicherungsnehmer nicht im Interesse des Versicherers liegt. Ob diese Annahme möglich ist, erscheint zweifelhaft. Dem braucht jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden. Selbst wenn man § 278 anwendet und daher dem Versicherer wegen der vom Agenten verschuldeten Unrichtigkeit oder Unzulänglichkeit der Anzeige¹ ein Rücktritts- oder Anfechtungsrecht (§§ 16, 21, 22 VVG) zubilligt, kann nämlich der Versicherer nicht leistungsfrei werden. Zwar steht dem Versicherungsnehmer im Falle des Rücktritts oder der Anfechtung kein Erfüllungsanspruch zu. Der Versicherungsnehmer hat aber einen entsprechenden Schadensersatzanspruch,² da der Versicherer auf Grund des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses (im Rahmen des Zumutbaren) dazu verpflichtet ist, für die sachgerechte Abfassung des Antrags und die (damit eng zusammenhängende) Erfüllung der Anzeigepflicht zu sorgen.³ Hierzu bedient er sich des Agenten als Gehilfen (§ 278).⁴ Der Versicherungsnehmer muß sich auch nicht das Verschulden des Agenten im Rahmen des § 254 zurechnen lassen; denn bei korrektem Verhalten des Agenten wäre der Versicherer in Höhe des Schadensersatzanspruchs leistungspflichtig, so daß das inkorrekte Verhalten keinen Nachteil für ihn zur Folge hatte und daher auch nicht nach § 254 (i.V.m. § 278) zu seinen Gunsten berücksichtigt werden darf.⁵

Falsche Angaben des Arztes, der den Versicherungsnehmer vor Abschluß eines Kranken- oder Lebensversicherungsvertrages untersucht hat, berechtigen den Versicherer nicht zum Rücktritt oder zur Anfechtung nach § 22 (falls den Versicherungsnehmer nicht selbst ein Verschulden trifft), und zwar auch dann nicht, wenn der Arzt in keiner Beziehung zum Versicherer steht, da hier der erwähnte Gedanke des Interesses des Gläubigers an der Einschaltung der fremden Person zutrifft.⁶

Ein Ehegatte ist als solcher noch nicht Erfüllungsgehilfe des anderen. Unterläßt es daher z.B. die Ehefrau, dem Lebensversicherer Erkrankungen ihres Mannes (=Versicherungsnehmer) mitzuteilen, so ist der Versicherer nicht nach § 278 zum Rücktritt (oder zur Anfechtung) berechtigt, und zwar auch dann nicht, wenn die Erkrankungen nur ihr bekannt waren, und ihr überdies der Versicherungsschein von dem Versicherungsvertreter persönlich ausgehändigt wurde.¹

Was die allgemeine Gefahrstandspflicht (§ 23 VVG) oder spezielle Obliegenheiten im Sinne des § 32 VVG anbelangt, so haftet der Versicherungsnehmer für das Verhalten von Personen, die er damit betaut hat,² eine Gefahrerhöhung zu beseitigen oder ihm obliegende (über die bloße Steuerung des Handelns im Hinblick auf die mit ihm verbundenen Gefahren hinausgehende) Maßnahmen der Vorbeugung oder Minderung der Gefahr zu treffen.³ Detailliertere Überlegungen sind meist nicht erforderlich. Erwähnt sei allerdings, daß die Obliegenheit zur Beseitigung einer Gefahrerhöhung den Versicherungsnehmer erst trifft, wenn er Kenntnis vom Eintritt der gefahrerhöhenden Umstände erlangt.⁴ Hat daher der Versicherungsnehmer einem anderen den Gebrauch der versicherten Sache überlassen, und ist während des fremden Gebrauchs eine Gefahrerhöhung eingetreten, so kommt eine Fremdhftung nur in Betracht, wenn der Versicherungsnehmer sich die fremde Kenntnis⁵ der Gefahrerhöhung zurechnen lassen muß.⁶

Bei der Obliegenheit zur Anzeige des Versicherungsfalles (§ 33 VVG oder entsprechende Vertragsbestimmungen) ist zu beachten, daß es für deren Rechtzeitigkeit (analog §§ 92 I 2, 110 I 2, 153 III, 171 I 2) genügt, wenn sie rechtzeitig abgesandt wurde.⁷ Den Versicherungsnehmer kann daher eine Fremdhftung wegen verspäteter Anzeige nur treffen, wenn eine mit der Absendung beauftragte Person⁸ die Anzeige nicht innerhalb der Frist abgesandt hat (und der Versicherer hierdurch einen Nachteil erlitten hat).⁹

Da die Anzeigepflicht die Kenntnis des Versicherungsfalles voraussetzt (und daher auch nur nach Maßgabe der Kenntnis des Versicherungsnehmers besteht), kommt eine Fremdhaftung wegen der Unrichtigkeit einer Anzeige (vorausgesetzt, daß dem Versicherer überhaupt ein Nachteil entstanden ist)¹ nur in Betracht, wenn es darum geht, daß die Informationen des Versicherungsnehmers durch eine mit der Abfassung oder Übermittlung der Anzeige betraute Person verfälscht wurden.² Im übrigen kann man allenfalls über eine "Wissenszurechnung" zu einer Haftung des Versicherungsnehmers gelangen.

Der Versicherungsnehmer ist dazu gehalten, dem Versicherer die zur Feststellung des Versicherungsfalles erforderlichen Auskünfte zu erteilen (§ 34 VVG und entsprechende Vertragsbestimmungen). Diese Obliegenheit besteht nicht nur nach Maßgabe der Kenntnisse des Versicherungsnehmers, sondern statuiert auch eine Nachforschungsobliegenheit, erstreckt sich also auf Informationen, die der Versicherungsnehmer zunächst noch nicht besitzt, wie dies die AVB auch öfter ausdrücklich vorsehen (z.B. § 7 II Nr. 2 AKB). Der Versicherungsnehmer haftet daher (vorausgesetzt daß dem Versicherer überhaupt ein Nachteil entstanden ist)³ auch für Personen, die er damit beauftragt hat, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen, und zwar gleichgültig, ob sie als "Wissenserklärungsvertreter" fungiert haben, oder ob der Versicherungsnehmer sich ihre Angaben zu eigen gemacht hat.⁴ Wegen Einzelheiten sei auf die Ausführungen zu den gewöhnlichen Aufklärungspflichten verwiesen.⁵ Hervorzuheben ist aber noch folgendes: Der Versicherungsnehmer, der ein in der Vergangenheit und zwar vor der Entstehung der Aufklärungspflicht liegendes Geschehen nicht wahrgenommen hat, muß keine Informationen liefern, die das Geschehen so wiedergeben, wie es sich tatsächlich abgespielt hat. Vielmehr ist er nur gehalten, das, was Zeugen des Geschehens als ihre Wahrnehmungen ausgeben, sowie Indizien, die Rückschlüsse auf den Ablauf des Geschehens ermöglichen, zu ermitteln und zu verwerten. Erhält der Versicherer falsche Informationen

über das zum Eintritt des Versicherungsfalles führende Geschehen, die von Zeugen dieses Geschehens stammen, so fehlt es daher schon an einer objektiven Verletzung der Aufklärungsobliegenheit des Versicherungsnehmers (=Ausbleiben der "geschuldeten" Information), und eine Fremdhaftung des Versicherungsnehmers nach § 278 scheidet von vornherein aus, gleichgültig in welchem Verhältnis die in Frage stehende Person zum Versicherungsnehmer gestanden hat. Allenfalls ist an eine "Wissenszurechnung" zu denken, die jedoch in den hier angesprochenen Fällen kaum möglich sein dürfte.¹ Dies bedeutet vor allem, daß der (Kraftfahrt-) Versicherer nicht nach § 278 leistungsfrei werden kann, wenn der in einem Unfall verwickelte Fahrer des Kraftfahrzeugs des Versicherungsnehmers Auskünfte gibt, die mit seinen Wahrnehmungen vor und während des Unfalls nicht übereinstimmen² (oder wegen unzutreffender Wahrnehmungen vor und während des Unfalls falsch sind). Etwas anderes gilt, wenn der Fahrer sich nach dem Unfall nicht hinreichend um Aufklärung bemüht hat, es also unterlassen hat, Spuren zu sichern, Zeugen zu ermitteln, der Polizei behilflich zu sein;³ denn im Hinblick auf diese Tätigkeiten ist er Gehilfe des Versicherungsnehmers.⁴

Was die sog. Rettungspflicht (§ 62 I VVG und entsprechende Vertragsbestimmungen) anbelangt, so ist im Hinblick auf die Fremdhaftung zu beachten, daß der Versicherungsnehmer entsprechend dem zur Schadensminderungsobliegenheit des § 254 II Gesagten⁵ nicht zu Maßnahmen verpflichtet ist, deren Durchführung Fachkenntnisse voraussetzt. Werden daher derartige Maßnahmen erforderlich, so genügt der Versicherungsnehmer seiner Pflicht durch Hinzuziehung eines (sorgfältig ausgewählten) Fachmannes und haftet daher für dessen Verhalten nicht.⁶

cc) Die Haftung des Versicherungsnehmers für vorsätzliches folgenloses Fremdhandeln

Verletzt der Versicherungsnehmer vorsätzlich eine nach Eintritt des Versicherungsfalles zu erfüllende Obliegenheit, so verliert er (bei entsprechender Vereinbarung) den Versicherungsschutz ganz oder teilweise (vgl. § 7 V Nr. 2 AKB) auch dann, wenn die Verletzung folgenlos geblieben ist (vgl. § 6 III VVG). Diese Sanktion ist nicht am Platze, wenn sich der Vorwurf der vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung auf Grund der Projektion eines fremden Verhaltens ergibt. Eine Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes folgenloses Handeln scheidet also aus.¹

Die Fremdhaftung des A gegenüber C setzt voraus, daß im Falle der Nichthaftung des A der C einen ungerechtfertigten Nachteil erleidet. Als derartiger Nachteil kommt nur die Belastung des C mit einem ihm von B zugefügten Nachteil in Betracht, was bisher als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, nicht aber die Nichthaftung als solche, da die Nichthaftung einer Person kein Anlaß sein kann, diese Person haften zu lassen. Das bedeutet, daß die Grundsätze der Fremdhaftung nicht anwendbar sind, wenn Haftungsanlaß ein Verhalten als solches (und nicht die negative Folge eines Verhaltens) ist. Die Verhängung einer bloßen Verhaltenssanktion ist im Falle eines fremden Verhaltens daher höchstens möglich, wenn sie sich aus dem Zweck der Sanktion herleiten läßt. Daß der Zweck der Leistungsfreiheit des Versicherers bei vorsätzlichem folgenlosem Handeln, nämlich die Ahndung des "bösen Willens" aus Gründen der Prävention, den Entzug des Versicherungsschutzes wegen fremden Verhaltens nicht rechtfertigt, ergibt sich aber schon daraus, daß der Missetäter durch diese Sanktion gar nicht betroffen wird. Demgegenüber läßt sich auch nicht im Hinblick auf die Aufklärungsobliegenheit einwenden, daß die Ablehnung der Fremdhaftung die Kollusion des Versicherungsnehmers mit dem "Fremden" erleichtere, weil sie es dem Versicherungs-

nehmer ermögliche, mit dem "Fremden" zu vereinbaren, daß dieser, falls die Unwahrheit an den Tag kommt, die Lüge "auf seine Kappe nimmt"; denn die Fremdhaftung würde die unwiderlegliche Vermutung einer solchen Kollusion bedeuten und damit dem Versicherungsnehmer unzulässigerweise (vgl. § 6 III VVG) den Nachweis abschneiden, daß ihn nicht der Vorwurf des Vorsatzes trifft.

3. Sonstige Obliegenheiten

Das geltende Recht kennt diverse sonstige Obliegenheiten, die auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sind (oder wenigstens gerichtet sein können). In allen Fällen kommt eine Fremdhaftung des Belasteten nach § 278 in Betracht. Das kann vor allem im Rahmen der Obliegenheiten der §§ 362, 377 HGB relevant werden.

Der Annahmeverzug des Gläubigers (§§ 293 ff.)¹ setzt nur die Nichtannahme der Leistung voraus. Daher spielt für die Obliegenheit des Gläubigers zur Annahme (falls man angesichts des fehlenden Verschuldenserfordernisses überhaupt von einer solchen sprechen will) § 278 keine Rolle.²

3. Unterabschnitt: Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen im geltenden Recht

Bisher wurde die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Mittel zum eigenen Zweck wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges behandelt. Nunmehr ist die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen zu erörtern. Dabei ist unter Verletzung sonstiger Interessen die Verletzung eines Interesses am Bestehenbleiben eines Zustandes, vor allem an der Unversehrtheit von Rechtsgütern, zu verstehen, also etwa die Beschädigung einer Sache oder Körperverletzungen. Ist die Verletzung eines sonstigen Interesses durch das Ausbleiben eines geschuldeten Erfolges vermittelt (vgl. den vom RG entschiedenen Mais-Fall)¹ oder geht mit dem Ausbleiben eines geschuldeten Erfolges einher (Beispiel: der Verlust der zu reparierenden Sache), und sind die Voraussetzungen einer Fremdhftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges nicht erfüllt, so ist die Fremdhftung auch unter dem Aspekt der Verletzung eines sonstigen Interesses zu prüfen.² Da das Unterlassen eines Handelns außer dem Ausbleiben des Erfolges, der durch das Handeln herbeizuführen war, keine haftungsrechtlich relevanten Wirkungen haben kann, spielt das fremde Unterlassen im Rahmen der Haftung wegen der Verletzung eines sonstigen Interesses keine Rolle.

Auch bei der Haftung wegen der Verletzung eines sonstigen Interesses geht es darum, wann die Nichthftung des A mangels eigener Tatbestandsverwirklichung einen ungerechtfertigten Nachteil des Verletzten darstellt. Das ist wie bei der Haftung wegen Ausbleibens eines im Interesses eines Dritten liegenden Erfolges dann der Fall, wenn das Handeln des B als Mittel zum Zweck einem eigenen Handeln des A gleichsteht (funktionale Äquivalenz), A als Urheber dieses

Handelns wegen der eingetretenen Verletzungen haften würde, und ihn auch, wenn er statt B tätig geworden wäre, eine entsprechende Pflicht zur Schadenshaltung getroffen hätte. Das letzte Erfordernis bedeutet, daß auch A im Falle eigenen Tätigwerdens zur Vermeidung der eingetretenen Verletzungen Verhaltensnormen hätte beachten müssen (Äquivalenz des Handelns im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen = "Risikoäquivalenz")¹. Wenn die Verletzung im Ausbleiben eines im Interesse eines Dritten liegenden Erfolges besteht, ist dieses Erfordernis, wie dargetan,² immer erfüllt, also ohne Rücksicht darauf, wie A gehandelt hätte, wenn er statt B tätig geworden wäre. Dies ist, wie sich zeigen wird, in den hier zu besprechenden Fällen, in denen es um Verletzungen eines Interesses am Bestehenbleiben des Zustandes eines Rechtsgutes geht, anders. Demgegenüber kann wegen der Projektion des fremden Verhaltens auf die Person des A auf das früher Gesagte verwiesen werden. Das gleiche gilt für das Merkmal der funktionalen Äquivalenz. Allerdings wird sich herausstellen, daß gewisse funktional äquivalente Fremdhandlungen, die in den Fällen des Ausbleibens eines im Interesse eines Dritten liegenden Erfolges keine Berücksichtigung finden konnten, im Rahmen der hier zu besprechenden Fremdhaftungsform bedeutsam sind.

A. Die Haftung im vertraglichen und vorvertraglichen Bereich

I. Allgemeines

Was den vertraglichen und vorvertraglichen Bereich anbelangt, arbeitet die h.M. mit der Figur des Gehilfen bei der Erfüllung von Schutzpflichten, um die hier angesprochenen Fälle, dem § 278 unterstellen zu können. Dies ist schon zurückgewiesen worden.³ Ist eine Schutzpflicht

auf besondere Maßnahmen gerichtet, dann haftet der Schuldner oder der Partner des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses in der Tat für das Verhalten von Personen, die mit diesen Maßnahmen betraut sind, nach den Grundsätzen der (den "klassischen" Regelungsgegenstand des § 278 bildenden) Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges, wobei allerdings zu beachten ist, daß die Entstehung einer solchen Pflicht an Erfordernisse geknüpft sein kann, die in der Person des Schuldners oder Partners eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses nicht erfüllt sind (Beispiel: die Pflicht, Geschäftsräume in ordnungsgemäßem Zustand zu halten, trifft nur denjenigen, der die Herrschaft über diese ausübt. A haftet daher nicht für den Verhandlungsgehilfen B, der seine Räume, in denen die Verhandlungen stattfanden, vernachlässigt hat). Steht aber nur die allgemeine Pflicht, die Interessen des anderen Teils nicht zu verletzen, in Frage, dann ist die Vorstellung, daß man sich zur Erfüllung dieser Pflicht eines Gehilfen bedienen könne, falsch; denn ein fremdes Handeln kann einen nur von der Herbeiführung eines Erfolges entlasten. Es ist auch nicht möglich, diesem Argument zu entgehen, indem man die Steuerung eines Handelns, um die Interessenverletzungen, die es auslösen könnte, zu vermeiden, als einen geschuldeten Erfolg ansieht. Die Steuerung eines Handelns im Hinblick auf die von diesem ausgehenden Gefahren kann nämlich nur dem Handelnden selbst obliegen, ebenso wie eine Verkehrssicherungspflicht nur den "Herrn" der Gefahrenquelle trifft.

Dennoch erkennt das geltende Recht - insoweit ist der h.M. zu folgen - eine Fremdhaftung im vertraglichen oder vorvertraglichen Bereich bei Verletzung sonstiger Interessen an. Für einen Teil der Fälle ergibt sich dies aus § 278.

§ 278 fordert nämlich nicht, daß die Pflicht, zu deren Erfüllung A sich fremder Hilfe bedient, und die Pflicht des A, deren Verletzung den Grund seiner Haftung bildet, wenn man das fremde Handeln auf ihn projiziert, identisch sind. Anders ausgedrückt: Die Pflicht, die fremden Personen die Eigenschaft von Erfüllungsgehilfen verleiht, muß nicht diejenige sein, deren Verletzung im Falle der Projektion des Handelns dieser Personen den Haftungsgrund ausmacht. Der Schuldner haftet also nach § 278, wenn die Projektion des Handelns der Person, deren er sich zur Erfüllung einer auf einen Erfolg gerichteten Pflicht bedient, eine von ihm begangene (schuldhafte) Verletzung der allgemeinen Schutzpflicht ergibt.

Handlungen von Arbeitnehmern¹ des Schuldners, die diese in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen vornehmen, stehen schon als Mittel zur Herbeiführung eines an den Schuldner als Arbeitgeber appropriierten Ergebnisses² einem Handeln des Schuldners gleich. Für die funktionale Äquivalenz von Arbeitnehmerhandlungen kommt es also nicht darauf an, ob sie an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges beteiligt sind oder nicht. Nur sind Arbeitnehmerhandlungen, die nicht der Erfüllung dienen, im Rahmen der Haftung wegen Ausbleibens des geschuldeten Erfolges nicht in den Blick gekommen, da die Verhinderung des Eintritts des geschuldeten Erfolges durch Personen, die nicht mit dessen Herbeiführung befaßt waren, (im Hinblick auf das Erfordernis der Risiko-äquivalenz) wie die Verletzung eines sonstigen Interesses zu behandeln ist.³ Nach der hier vertretenen Konzeption kommt daher eine (nicht mehr von § 278 gedeckte) Fremdhaf- tung des Schuldners in Betracht, wenn Arbeitnehmer, die nicht an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges beteiligt sind, ein sonstiges Interesse des Gläubigers verletzen (oder auch den Eintritt des geschuldeten Erfolges verhindern). Das ist vor allem bedeutsam, wenn sich eine Sache des

Gläubigers im Herrschaftsbereich des Schuldners befindet und dort von irgendeinem Arbeitnehmer des Schuldners beschädigt wird. Und in einigen typischen Fällen eben dieser Art sieht denn das geltende Recht auch eine Haftung des Schuldners für Arbeitnehmer vor, die nichts mit der Erfüllung der Leistungspflicht zu tun haben, nämlich in §§ 431, 456 HGB (Haftung des Frachtführers und der Eisenbahn für Beschädigung oder Verlust des Frachtgutes). Das gleiche muß in entsprechenden Fällen gelten, da es keinerlei sachlichen Grund gibt, die Haftung für Arbeitnehmer des Schuldners, die nicht mit der Erfüllung der Pflicht beschäftigt sind, nur in den von §§ 431, 456 HGB geregelten Sachverhalten anzuerkennen. Daher haftet z.B. der Inhaber eines Reparaturbetriebes bei Verlust oder Beschädigung der zu reparierenden Sachen, der Lagerhalter bei Verlust oder Beschädigung der eingelagerten Sachen für das Verhalten jeglicher Arbeitnehmer, falls auch im übrigen die Voraussetzung der Fremdhaftung wegen Verletzung sonstiger Interessen erfüllt sind. Auch die h.M. dürfte keine Skrupel hegen, in derartigen Fällen eine Fremdhaftung zu bejahen, indem sie auch Arbeitnehmer des Schuldners, die nicht mit irgendwelchen Tätigkeiten an den anvertrauten Sachen befaßt sind, zu Gehilfen bei der Erfüllung der Pflicht, diese Sachen zu schützen, macht.

Die - von der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Arbeitnehmers unabhängige - Arbeitnehmerhaftung spielt aber auch eine Rolle, wenn es nicht um Schäden an Sachen des Gläubigers geht, die dem Schuldner anvertraut worden sind. So trifft sie z.B. auch den Krankenhausträger, wenn einer seiner Angestellten die Verletzung eines Patienten verschuldet,² was im Hinblick auf den gespaltenen Arzt - Krankenhausvertrag bedeutet, daß die Haftung für das Krankenhauspersonal nicht davon abhängt, wie die Pflichten des Arztes und die des Krankenhausträgers voneinander abzugrenzen sind.³ Ferner

haftet im Falle eines Versendungskaufs der Verkäufer für eigene Leute, die den Transport durchführen, auch dann wenn man mit der h.M. davon ausgeht, daß die Versendung nicht geschuldet ist, oder daß § 447 jedenfalls den Verkäufer so stellen will, als habe er mit der Auslieferung der Sache an die Transportperson den Vertrag erfüllt. Für eine solche Haftung des Verkäufers plädiert auch die h.M.,¹ ohne sie allerdings überzeugend begründen zu können. Ist der "Fremde" weder "Leistungsgehilfe" (oder Gehilfe bei der Erfüllung einer auf besondere Maßnahmen gerichteten Schutzpflicht)² noch Arbeitnehmer des Schuldners, so scheidet eine Haftung für fremdes Handeln als Mittel zum eigenen Zweck (=Gehilfenhaftung) aus,³ und es kommt höchstens eine Fremdhaftung in Form einer Haftung für fremdes Handeln als Ausübung einer eigenen Position ("Ausübungshaftung") in Betracht.⁴

Da auch den Gläubiger (der "Sachleistung") Schutzpflichten treffen (und daher der Projektion fremden Handelns auf ihn den Tatbestand einer schuldhaften Schutzpflichtverletzung ergeben kann), kommt auch für ihn eine Fremdhaftung im vertraglichen Bereich wegen der Verletzung sonstiger Interessen - und zwar unabhängig von der Anwendbarkeit des § 278 - in Betracht,⁵ wenn einer seiner Arbeitnehmer Rechtsgüter des Schuldners verletzt. Das bedeutet unter anderem, daß der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer haften kann, der durch einen Arbeitskollegen geschädigt wurde,⁶ was allerdings nur relevant wird, soweit nicht der Haftungsausschluß des § 636 RVO eingreift. Muß der Gläubiger besondere Maßnahmen zum Schutze des Schuldners ergreifen - man denke an die Pflicht des Dienstberechtigten, die Arbeitsräume

und Arbeitsmittel gefahrlos zu gestalten (vgl. § 618) -, dann kommt (vorbehaltlich des § 636 RVO) auch eine Haftung für selbständige Unternehmer (und deren Angestellte) in Betracht,¹ die mit den entsprechenden Maßnahmen betraut waren.² Hat A dem C eine Sache zur Besichtigung oder zum probeweisen Gebrauch überlassen, deren Erwerb C ins Auge gefaßt hat, und ist die Sache durch B zerstört worden, dem C sie seinerseits zugänglich gemacht hat, so ist ferner auf die Möglichkeit einer Fremdhaftung nach den Grundsätzen der Ausübungshaftung hinzuweisen.

II. Der Zusammenhang zwischen der übertragenen Tätigkeit und der Interessenverletzung

Der Schuldner kann wegen einer fremdverursachten Interessenverletzung nur dann ohne eigene Verwirklichung eines Haftungstatbestandes haften, wenn er derentwegen haften würde, falls man das fremde Handeln, das seinem eigenen als Mittel zum Zweck gleichsteht, und nur dieses Handeln auf ihn projiziert. Eine Fremdhaftung (in Form der Gehilfenhaftung)¹ kommt daher nur in Betracht, wenn die Verletzung durch den Vollzug eines Handelns ausgelöst worden ist, das einem solchen des Schuldners funktional äquivalent ist. Das bedeutet, daß das schadenstiftende Fremdhandeln zumindest einem vom Schuldner gesetzten Zweck gedient haben muß,² ein Erfordernis übrigens, das für die Haftung nach § 831 nicht gelten dürfte.³ Ob sich der "Fremde" an ihm erteilte Weisungen gehalten hat, spielt dagegen keine Rolle.⁴ Der Schuldner haftet somit nicht für Interessenverletzungen, die durch ein Handeln des Gehilfen ausgelöst worden sind, mit dem dieser nicht einen vom Schuldner gesetzten Zweck verfolgt hat, und zwar auch dann nicht, wenn die Verfolgung vorgegebener Zwecke den Anlaß zu diesem Handeln geboten hat ("Gelegenheitsdelikte"). Daraus folgt unter anderem, daß der Schuldner nicht - und zwar weder nach § 278 noch auf Grund der über § 278 hinausgehenden, in §§ 431, 456 HGB gesetzlich geregelten Arbeitnehmerhaftung⁵ - haftet, wenn die Verletzung der Rechtsgüter des Gläubigers auf einem hierauf gerichteten Handeln des Gehilfen beruht, also z.B. nicht für Diebstähle des Gehilfen. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß § 278, wie sich insbesondere aus dessen Satz 2 (i.V.m. § 276 II) ergibt, auch Vorsatztaten des Gehilfen im Auge hat; denn der Ausschluß der Fremdhaftung bezieht sich ja nicht schlechthin auf Vorsatztaten als solche, sondern auf

die Verfolgung anderer als vorgegebener Zwecke. So kann der Schuldner z.B. haften, wenn der Gehilfe Verletzungen, die er im Verfolg der vorgegebenen Zwecke verursacht hat, bewußt in Kauf genommen hatte. Außerdem ist im Rahmen der Haftung wegen Ausbleibens des geschuldeten Erfolges, dem "klassischen" Anwendungsbereich des § 278, der Haftung für vorsätzliches Fremdverhalten ein weites Feld eröffnet (vorsätzliches Unterlassen der übertragenen Tätigkeit, vorsätzliche Pfuscharbeit).

Dabei soll nicht verkannt werden, daß gute Gründe dafür sprechen, dem Schuldner das Risiko von "Gelegenheitsdelikten" des Gehilfen zuzurechnen, wenigstens dann, wenn der Gehilfe ein Angestellter des Schuldners ist. Dann bedarf es aber einer Risikohaftung, die daran anknüpft, daß der Schuldner das Risiko der von dem Gehilfen angerichteten Schäden durch dessen Einschaltung gesetzt hat, und somit eine Haftung wegen eigener Tatbestandsverwirklichung ist. Eine derartige Risikohaftung stellt aber die Haftung des § 278 (und der §§ 431, 456 HGB) gerade nicht dar, wie früher ausgeführt.¹ Vielmehr haftet der Schuldner nach § 278 für ein fremdes Verhalten, weil ignoriert wird, daß ein anderer und nicht er Urheber dieses Verhaltens ist, und die Einschaltung der fremden Person ist nicht (als Akt der Risikosetzung) Merkmal einer Risikohaftung des Schuldners, sondern eine der Voraussetzungen, unter denen es geboten ist, zu ignorieren, daß diese Person und nicht der Schuldner Urheber eines Handelns ist.

Auch die (noch) h.M. will den Schuldner nicht nach § 278 für sämtliche Missetaten des Gehilfen haften lassen, die dieser anläßlich der Durchführung der ihm übertragenen Tätigkeit begeht, und unterscheidet zwischen

Verfehlungen des Gehilfen "in (oder: "bei") Erfüllung," für die der Schuldner haften soll, und solchen "bei Gelegenheit" der Erfüllung,¹ wobei letztere als "selbständige unerlaubte Handlungen" charakterisiert werden, die mit der Vertragserfüllung nur "in äußerem Zusammenhang" stehen.² Wenn man - wie die h.M. - die Figur eines Gehilfen im Hinblick auf das dem Schuldner obliegende "Sorgfaltsverhalten" anerkennt,³ läßt sich diese Abgrenzung nicht danach treffen, ob die vom Schuldner eingeschaltete Person mit dem schadensstiftenden Handeln die vorgegebenen Zwecke verfolgt hat oder nicht⁴. Vielmehr kommt es dann nur darauf an, ob das fremde Verhalten, falls der Schuldner es an den Tag gelegt hätte, den Tatbestand einer Verletzung vertraglicher (oder vorvertraglicher) Pflichten erfüllen würde und nicht nur den einer unerlaubten Handlung. Das Postulat des "inneren Zusammenhanges", das an eine etwas verwässerte Version der hier vertretenen Ansicht denken läßt, kann also - bei Anerkennung der Figur des "Obhutsgehilfen" - nur bedeuten, daß der Schuldner nicht für das Verhalten einer von ihm eingeschalteten Person haftet, das lediglich eine unerlaubte Handlung des Schuldners darstellt, falls man es auf diesen projiziert.⁵ Demgemäß hängt die Bejahung oder Verneinung des "inneren Zusammenhanges" davon ab, welchen Verhaltensweisen des Schuldners (oder des Partners eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses) man auch den Charakter einer Verletzung vertraglicher (bzw. vorvertraglicher) Schutzpflichten zubilligt, und welche man als rein deliktisch bewertet. Solange man noch geneigt war, die Verletzung der Interessen des Gläubigers an der Unversehrtheit seiner Rechtsgüter grundsätzlich dem deliktischen Bereich zuzuweisen, stellte dann die Rechtsprechung auch strenge

Anforderungen an das Vorliegen des "inneren Zusammenhanges" und lehnte es z.B. ab, den Mieter haften zu lassen, dessen Arbeitnehmer durch achtloses Wegwerfen eines Streichholzes, das er zum Anzünden einer Zigarette verwendet hatte, einen Brand verursachte.¹ Im Zuge der Ausdehnung der vertraglichen Haftung verfährt die Rechtsprechung heute großzügiger und wendet § 278 z.B. an, wenn durch eine im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung stehende Neugierhandlung einer Hilfsperson ein Schaden entstanden ist,² oder wenn ein Hotelangestellter das ihm von einem Gast anvertraute Kraftfahrzeug auf einer Schwarzfahrt beschädigt.³ Dennoch halten Rechtsprechung und (noch) h.L. weiterhin daran fest, daß der Schuldner nicht für alle Delikte haftet, die der Gehilfe anlässlich der Erfüllung begeht. Dies ist nicht konsequent. Die Beschädigung von Rechtsgütern des Gläubigers durch den Schuldner, wird deshalb als Verletzung vertraglicher Pflichten und nicht nur als Delikt gewertet, weil der Gläubiger dem Schuldner den Zugang zu seinen Rechtsgütern auf Grund des Schuldverhältnisses eröffnet hat. Daher kann es für die Frage, ob eine schädigende Verhaltensweise des Schuldners den Tatbestand einer Schutzpflichtverletzung erfüllt, auch nur darauf ankommen, ob der Schuldner die Möglichkeit zu der Schädigung auf Grund des Schuldverhältnisses erhalten hat, und man wird selbst Diebstähle durch den Schuldner, zu denen ihm die Vertragserfüllung Gelegenheit geboten hat, als Schutzpflichtverletzungen ansehen müssen.⁴ Geht man deshalb davon aus - und die Anerkennung eines "Gehilfen bei der Erfüllung von Schutzpflichten" nötigt hierzu -, daß es für die Haftung des Schuldners darauf ankommt, ob das Gehilfenverhalten projiziert auf den Schuldner den Tatbestand einer schuldhaften Schutzpflichtverletzung erfüllt, so muß der Schuldner auch für Gelegenheitsdelikte des Gehilfen haften, wie dies schon verschiedentlich vertreten wird.⁵ Allerdings ist der genannte Ausgangspunkt falsch. Ein Gehilfe, der

andere als vom Schuldner gesetzte Zwecke verfolgt, wird insoweit nicht mehr als solcher tätig. Dies läßt sich auch nicht dadurch überspielen, daß man eine mit der geschuldeten Leistung befaßte Person als "Obhutsgehilfen" qualifiziert.¹ Die Frage, ob der Schuldner wegen Schutzpflichtverletzung haften würde, falls er das fremde - nicht den vorgegebenen Zwecken - dienende Handeln vorgenommen hätte, stellt sich somit gar nicht erst, weil schon die Voraussetzungen einer derartigen Projektion nicht erfüllt sind. Will man den Schuldner (ohne eigenes Verschulden) auch für Delikte haften lassen, die der Hilfe nicht in Verfolgung vom Schuldner gesetzter Zwecke begeht, so wäre dies, wie schon erwähnt,² nur möglich, wenn man ihn für Schädigungen durch den Gehilfen als Verwirklichung eines Risikos haften ließe, das er durch die Einschaltung des Gehilfen gesetzt hat. Für eine derartige (vermutlich nur bei Schädigungen durch eigene Leute angebrachte) Risikohaftung, die eine Haftung wegen eigener Tatbestandsverwirklichung darstellen würde, wäre es dann aber auch gleichgültig, als was sich das Gehilfenverhalten darstellt, wenn es der Schuldner vorgenommen hätte, da die Frage nach der Haftung im Falle der Projektion nur sinnvoll ist, wenn es darum geht, ob der Schuldner ohne eigenen Verantwortungsbeitrag für ein schädigendes Fremdverhalten haftet, weil es ungerechtfertigt wäre, ihn der Haftung, die ihn als Urheber dieses Verhaltens träfe, zu entziehen.³ Und eben die Tatsache, daß es im Rahmen einer Risikohaftung wegen eigener Tatbestandsverwirklichung nicht auf die Haftung des Schuldners im Falle der Projektion des Gehilfenverhaltens ankäme, ist einer der Gründe, weshalb man § 278 nicht als Grundlage einer derartigen Haftung ansehen kann. § 278 bewertet also die Einschaltung einer fremden Person nicht als Akt der Risikosetzung sondern sieht in ihr, wie schon gesagt, eine der Voraussetzungen, unter denen zu

ignorieren ist, daß diese Person und nicht der Schuldner Urheber eines Handelns ist.

Somit bleibt nur die Wahl, mit der hier vertretenen Ansicht die Haftung des Schuldners streng auf Schädigungen durch den Gehilfen zu beschränken, die dieser in Verfolgung der vorgegebenen Zwecke¹ ausgelöst hat, oder aber eine außergesetzliche Risikohaftung im soeben gekennzeichneten Sinne anzuerkennen, die sich keineswegs bruchlos in das System des gegenwärtigen Haftungsrechts einfügen läßt. Allerdings ist zu beachten, daß in manchen Fällen, in denen der Gehilfe ein Gelegenheitsdelikt (im hier verstandenen Sinne) begangen hat, der Schuldner nach den Grundsätzen der Haftung für fremdes Handeln als Ausübung einer eigenen Position haftet, wie z.B. in dem oben zitierten Streichholzfall².

Nach der hier vertretenen Meinung müssen auch die Leute des Frachtführers und die Bediensteten der Eisenbahn (§§ 431, 456 HGB) und damit auch die Angestellten des Schuldners in den Fällen, in denen eine entsprechende Haftung des Schuldners für seine Arbeitnehmer in Betracht kommt, den Schaden in ihrer Rolle als Angestellte angerichtet haben, also in Verfolgung der vorgegebenen Zwecke, da der einzige Unterschied zu § 278 darin liegt, daß diese Personen nicht gerade mit der Erfüllung der dem verletzten Gläubiger gegenüber bestehenden Pflicht betraut gewesen sein müssen. Demgegenüber verlangt die h.M. nur, daß die schädigenden Handlungen der Angestellten in adäquat ursächlichem Zusammenhang mit der Anstellung im Betrieb stehen.³ Sie will sogar den Frachtführer für Delikte seiner Leute während ihrer dienstfreien Zeit haften lassen.⁴ Betrachtet man Beschränkungen der Gehilfenhaftung (was hier abgelehnt wird) nur unter dem Aspekt,

ob das Gehilfenhandeln vom Schuldner begangen eine Verletzung vertraglicher Pflichten darstellen würde, so ist das auch konsequent, da es in den hier besprochenen Fällen regelmäßig um Schäden an Sachen geht, die dem Schuldner anvertraut wurden, und deren Beschädigung durch den Schuldner immer auch eine Verletzung vertraglicher Pflichten ist.

Auch die zwischen der herrschenden und der hier vertretenen Meinung bestehende Differenz, was die Haftung nach § 431, 456 HGB für Gelegenheitsdelikte anbelangt, wird dadurch gemildert, daß hier neben der Gehilfenhaftung eine Haftung für fremdes Handeln als Ausübung einer eigenen Position anerkannt wird. Allerdings gelangt man auch über die Ausübungshaftung nicht zu einer Haftung für sämtliche Delikte, zu denen Leute des Frachtführers (der Eisenbahn) durch ihre Anstellung veranlaßt worden sind (z.B. nicht für Diebstähle während der dienstfreien Zeit).

III. Die Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick
auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen
(Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos)

Wie erinnerlich, geht es im Rahmen der Fremdhaftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung des Haftenden darum, wann die Tatsache, daß nicht A, sondern B so gehandelt hat, wie geschehen, es nicht rechtfertigt, den A der Haftung zu entziehen, die ihn träge, wenn er wie B gehandelt hätte. Das ist der Fall, wenn das Handeln des B als Mittel zum Zweck einem solchen des A gleichsteht, und entweder, was sich nie feststellen läßt, A die eingetretenen Verletzungen im Falle eigenen Tätigwerdens ebenfalls in haftungsbegründender Weise herbeigeführt hätte oder aber wenigstens Verhaltensnormen hätte beachten müssen, um sie zu vermeiden. Da das zuletzt genannte Erfordernis bedeutet, daß auch bei eigener Zweckverfolgung des A die Gefahr der eingetretenen Verletzungen hinreichend nahegelegen haben müßte, wurde es als das der Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen bezeichnet.

Geht es um Verletzungen des Interesses am Eintritt des geschuldeten Erfolges, den "klassischen" Anwendungsbereich des § 278; so steht, wie früher ausgeführt, fest, daß der Schuldner immer, also gleichgültig, wie er selbst gehandelt haben würde, entsprechende Verhaltensnormen hätte beachten müssen. Das beruht darauf, daß hier die den Haftungsanlaß bildende Interessenverletzung nicht in irgendwelchen Realitätsänderungen liegt, sondern rein negativ im Nichteintritt des (ordnungsgemäßen) Erfolges, und der Schuldner ohne Rücksicht darauf, welche Handlungssituationen er durchlaufen hätte, gehalten gewesen wäre, das Bestehenbleiben des "erfolglosen" Zustandes und damit die eingetretene Verletzung zu vermeiden. Demgegenüber bilden bei der Verletzung sonstiger Interessen

des Gläubigers bestimmte Realitätsänderungen den für die Ermittlung der Risikoäquivalenz maßgeblichen Haftungsanlaß. Daher kommt es darauf an, ob der Schuldner (unterstellt er würde seine Zwecke selbst verfolgt und nicht andere Personen damit beauftragt haben, so tätig geworden wäre, daß er die Möglichkeit der Realitätsänderungen, die die Verletzung ausmachen, hätte in Betracht ziehen und sein Verhalten danach einrichten müssen. Daher muß man wissen, wie der Schuldner den Zweck, im Verlauf von dessen Verfolgung der Gläubiger verletzt worden ist, im Falle eigenen Tätigwerdens verfolgt hätte, falls das Risiko der eingetretenen Verletzungen nicht mit sämtlichen vernünftigerweise in Betracht kommenden Zweckverfolgungsalternativen verbunden gewesen wäre, die eingetretenen Verletzungen also nicht die Verwirklichung eines objektiven Zweckverfolgungsrisikos sind. Dieses hypothetische Handeln des Schuldners kann sich daraus ergeben, daß er die Verfolgung des Zweckes programmiert und damit auch zu erkennen gegeben hat, wie er diese gestaltet haben würde, und aus sonstigen Umständen.

Ist der Schuldner als Inhaber eines Betriebes¹ auf die planmäßige Verfolgung bestimmter Zwecke eingerichtet und verfolgt mit Hilfe seiner Arbeitnehmer (oder jedenfalls mit Hilfe unter seiner Regie tätiger Personen) derartige Zwecke, dann läßt sich an Hand der den Arbeitnehmern vom Schuldner (im Einzelfall oder generell) erteilten Anweisungen, der zur Verfügung gestellten Geräte, des im Betrieb üblichen ziemlich genau ermitteln, wie der Schuldner selbst gehandelt hätte. Und zwar ist davon auszugehen, daß er im wesentlichen so gehandelt haben würde wie seine Arbeitnehmer, wenn man von dem die Verletzung auslösenden Fehlverhalten absieht (genauer: von dem Verhalten, das auf den Schuldner projiziert, den Tatbestand einer schuldhaften Schutzpflichtverletzung ergäbe). Damit steht zugleich fest, daß der Schuldner in einem bestimmten Zeitpunkt seines Handelns die Wahl der Fortsetzungs-

alternative auch an der Möglichkeit des Eintritts der von dem Gläubiger erlittenen Verletzungen hätte orientieren müssen. Die Risikoäquivalenz ist sogar zu bejahen, wenn der in Frage stehende Arbeitnehmer sich weisungswidrig verhalten hat; denn entweder stellt sich das weisungswidrige Verhalten (projiziert auf den Schuldner), schon (im Hinblick auf die mögliche Verursachung der eingetretenen Verletzungen) als schuldhaft heraus, so daß der Schuldner, der im übrigen (also bis zu dem Zeitpunkt, in dem das weisungswidrige Verhalten begonnen hat) so wie der Arbeitnehmer gehandelt haben würde, entsprechenden Verhaltensnormen unterlegen wäre, oder aber das weisungswidrige Verhalten spielt (im Falle seiner Projektion auf den Schuldner) keine Rolle für die Haftung, so daß es auch gleichgültig ist, daß der Schuldner insoweit anders als sein Arbeitnehmer gehandelt hätte.

Betrachtet der Schuldner dagegen einen selbständigen Unternehmer mit der Verfolgung seiner Zwecke, sei es, daß er keine Arbeitnehmer hat, sei es, daß sich sein Betrieb mit andersartigen Geschäften befaßt, so gilt etwas anderes. Dann nimmt nämlich der Schuldner, auch wenn er einzelne Anweisungen erteilt haben sollte, von vornherein auf die Art und Weise Bezug, in der in diesem nicht von ihm geprägten Betrieb Zwecke wie der vorgegebene verfolgt werden, und es läßt sich daher nicht sagen, daß die von dem Unternehmer und seinen Angestellten gewählte Alternative im wesentlichen diejenige ist, die auch der Schuldner eingeschlagen haben würde, wenn er nicht den Unternehmer beauftragt hätte, sondern selbst tätig geworden wäre. Das bedeutet, daß der Schuldner nur dann für die Verletzung sonstiger Interessen des Gläubigers durch einen von ihm eingeschalteten Unternehmer oder dessen Angestellte haftet, wenn das Risiko der eingetretenen Verletzungen mit allen vernünftigerweise in Betracht kommenden Zweckverfolgungs-

alternativen (=Pflichterfüllungsalternativen)¹ verbunden gewesen wäre. Die Verwirklichung eines solchen objektiven Zweckverfolgungsrisikos steht z.B. in Frage, wenn das Haus, zu dessen Errichtung sich der Schuldner verpflichtet hatte, infolge falscher statischer Berechnungen einstürzt, oder in den Räumen des Gläubigers infolge unsachgemäßer Durchführung der geschuldeten Schweißarbeiten ein Brand ausbricht. Dagegen haftet der Schuldner z.B. nicht, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, das nur mit dem Einsatz bestimmter Maschinen oder mit bestimmten Arbeitsmethoden verbunden ist.

Die Beschränkung der Haftung des Schuldners auf Schäden, die Verwirklichung eines objektiven (und damit auch: typischen) Zweckverfolgungsrisikos sind, dürfte auch unter dem Aspekt einer (von den Grundsätzen der Fremdhftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung unabhängigen) Risikozurechnung geboten sein; denn wenn man dem Schuldner schon die mit dem Betrieb eines selbständigen Unternehmers verbundenen Risiken zurechnet und damit auf das Erfordernis der Beherrschbarkeit des Risikos verzichtet, weil der Schuldner den Unternehmer in die Erfüllung seiner Pflicht eingeschaltet hat, dann ist dies wohl nur im Hinblick auf Risiken gerechtfertigt, die die Erfüllung der Pflicht notwendig mit sich bringt, zumal da auch der Vorteilsgedanke nicht zu Lasten des Schuldners in die Waagschale geworfen werden kann.²

B. Die Haftung im Bereich von Obliegenheiten

Hat B einen Zustand herbeigeführt, den zu vermeiden A auf Grund einer Obliegenheit gehalten ist, kommt an sich ebenso eine Fremdhftung des A in Betracht, wie wenn B ein durch eine Schutzpflicht des A geschütztes Interesse verletzt. Daß Obliegenheiten Pflichten "minderer Intensität" sind, und die Sanktion ihrer Verletzung keine Schadensersatzpflicht ist, spielt wie bei der Haftung wegen der Verletzung des Interesses am Eintritt eines Erfolges keine Rolle. Was versicherungsvertragliche Obliegenheiten und die "Schadensfernhaltungsobliegenheit" des § 254 anbelangt, so scheidet allerdings, wie dargetan¹, eine Fremdhftung wegen Verletzung eines sonstigen Interesses (= eines Interesses am Bestehenbleiben eines Zustandes) deshalb aus, weil es keinen Zustand gibt, der sich ohne Bewertung des zu ihm führenden Handelns als ^{die} berechtigten Interessen des Versicherers oder Schädigers verletzend qualifizieren läßt, und Objekt der Bewertung nur das Verhalten des Normadressaten ist. Anders verhält es sich mit der Obliegenheit des Gläubigers, dem Schuldner die Leistung nicht unmöglich zu machen (vgl. § 324 I). Der Gläubiger haftet also (wie dem unter A Ausgeführten zu entnehmen ist), wenn ein Arbeitnehmer² (in Verfolgung vom Gläubiger gesetzter Zwecke) die Unmöglichkeit herbeiführt, und die Projektion des Arbeitnehmerhandelns auf ihn den Tatbestand einer schuldhaften Verletzung seiner Obliegenheit ergibt. Das bedeutet z.B., daß ein Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch behält, und zwar ohne daß es der Heranziehung der Lehre vom Betriebsrisiko bedarf, wenn ein Arbeitskollege ihn schuldhaft verletzt, oder den Brand der Räume, in denen er tätig zu werden hat, verschuldet.³

C. Die Deliktshaftung

Ist ein durch §§ 823 ff. geschütztes Recht oder Rechtsgut des C dadurch verletzt worden, daß eine Maßnahme unterblieben ist (oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist), die A auf Grund einer Verkehrspflicht zu treffen hatte, so kommt entgegen der h.M. eine Fremdhaftung des A nach § 278 schon de lege lata in Betracht.¹ Hatte A also den B mit der Durchführung der unterbliebenen Maßnahme betraut, so haftet er, wenn er einen Deliktstatbestand erfüllt haben würde, falls er sich so wie B verhalten hätte. Da zu den auf Grund einer Verkehrspflicht zu treffenden Maßnahmen auch die Überwachung bestimmter Personen gehört (vgl. z.B. § 831), bedeutet dies unter anderem, daß sich der zur Überwachung des Schadenstifters Verpflichtete sich nicht durch den Nachweis entlasten kann, daß er die Aufsicht einer zuverlässigen Person überlassen habe.² Ist dagegen der durch fremdes Verhalten verursachte Schaden nicht durch das Unterbleiben einer Maßnahme vermittelt worden, die A auf Grund einer Verkehrspflicht treffen mußte, scheidet eine Fremdhaftung des A nach § 278 aus. Das bedeutet, daß eine Fremdhaftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung, die sich nicht auf die Verletzung des Interesses Geschädigten am Eintritt eines Erfolges gründet, im Rahmen des Deliktsrechts de lege lata ausgeschlossen ist.³ Dies ist nicht nur "unzeitgemäß", sondern unter dem Aspekt der hier vertretenen Konzeption auch ohne Rücksicht auf die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse ein rechtspolitischer Fehler. Für die Fremdhaftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung ist es ohne Belang, ob A als Urheber des Handelns des B den Tatbestand einer Vertragsverletzung oder einen Deliktstatbestand erfüllt hätte. Entscheidend ist nur, daß die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen A sich so behandeln lassen muß, als habe er den Tatbestand erfüllt, den er als Urheber des fremden Handelns

erfüllt hätte, daß also das Handeln des B, als dessen Urheber A einen Haftungstatbestand erfüllt hätte, als Mittel zum Zweck einem eigenen Handeln des A gleichsteht ("funktionale Äquivalenz"), und das Erfordernis der Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos erfüllt ist. Hat A den B nicht zur Herbeiführung eines (dem Verletzten)¹ geschuldeten Erfolges, sondern zur Verfolgung eines sonstigen Zweckes veranlaßt, so steht ein diesem Zweck dienendes Handeln des B einem solchen des A gleich, wenn B Arbeitnehmer² des A ist. In diesem Fall ist auch, wie soeben dargetan, die Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos ohne weiteres zu bejahen. Nach der hier vertretenen Konzeption müßte eine Person daher haften, wenn sie als Urheber des Handelns eines Arbeitnehmers, das dieser in Verfolgung der ihm vorgegebenen Zwecke³ vorgenommen hat, einen Deliktstatbestand erfüllt hätte.⁴ In diesem Sinne sollte der Gesetzgeber § 831 umgestalten.^{5,6} Demgegenüber lautet die vom Bundesjustizministerium vorgeschlagene Neufassung des § 831 (Art. 1 Ziff. 8 des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften): "Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zufügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet." Eine solche Norm würde keine Identifikationshaftung statuieren und ließe sich daher nur als Haftung wegen eigener Risikozusatzung begreifen. Weshalb aber eine derartige Risikohaftung, die sich übrigens keineswegs bruchlos in das System des geltenden Haftungsrechts einfügen dürfte,⁷ eine schuldhaft unerlaubte Handlung des Gehilfen voraussetzen soll, ist nicht recht verständlich.⁸ Vielmehr müßte die (adäquate) Verursachung des Schadens durch den Gehilfen genügen, sofern sie im Zusammenhang mit der ihm übertragenen Tätigkeit steht, wobei hier offen bleiben muß, wie dieser Zusammenhang unter dem Aspekt einer Risikozurechnung zu definieren wäre. Ferner dürfte eine Haftung

wegen eigenen Risikobeitrags nur angebracht sein, wenn es um die Verwirklichung des Risikos geht, das ein Unternehmer (im weitesten Sinne des Wortes)¹ durch den Einsatz seiner Arbeitnehmer begründet hat (Zurechnung des Betriebsrisikos).² Zwar soll nach der Begründung des Referentenentwurfes³ (in Übereinstimmung mit dem bisher geltenden Recht) Verrichtungsgehilfe nur sein, "wer vom Willen des Geschäftsherrn abhängig und dessen Weisung unterworfen ist", weshalb selbständige Unternehmer "in der Regel" nicht unter den Begriff des Verrichtungsgehilfen fielen. Das reicht aber nicht aus, um eine Risikohaftung immer auszuschließen, wenn der Einsatz des Schadenstifters nicht gewerblichen Zwecken diene.

2. Abschnitt: Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Ausübung einer eigenen Position der Haftenden ("Ausübungshaftung")

1. Unterabschnitt: Das Modell der Haftung

A. Gründe und Voraussetzungen der Haftung im allgemeinen

Handeln ist Ausübung der Möglichkeit, in einem Sachverhaltsbereich Tatbestände zu setzen. Haftung für Handeln bedeutet somit (auch) Haftung für die Ausübung der Möglichkeit, einen Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen. Da jemand von der Möglichkeit, in einem Sachverhaltsbereich zu agieren, an eigener Stelle Gebrauch machen kann, und ein fremdes Handeln sich in seiner bloßen Eigenschaft als Ausübung der Möglichkeit, einen bestimmten Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen, nicht von einem eigenen unterscheidet, besteht deshalb Anlaß, das Erfordernis der Identität von Handelndem und Haftendem zu relativieren, um einen ungerechtfertigten Nachteil dessen zu vermeiden, der durch die Benutzung eines Sachverhaltsbereichs als Handlungsfeld in seinen Interessen verletzt worden ist. Steht das Handeln des B als Ausübung der Möglichkeit, einen Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen, einem solchen des A gleich (Äquivalenz fremden Handelns als Ausübung der Möglichkeit, einen Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen Ausübungsäquivalenz), und hätte A so gehandelt wie B, wenn er statt B die Möglichkeit ausgeübt hätte, dann darf die Haftung des A für das Handeln des B nicht an der Personenverschiedenheit von A und B scheitern, und A muß haften, wie wenn er das Handeln des B an den Tag gelegt hätte: Daß das Handeln Ausübung der Möglichkeit durch B und nicht durch A gewesen ist, spielt keine Rolle (weil das Handeln des B als Ausübung

der Möglichkeit einem solchen des A gleichsteht), und auf die Art und Weise des Handelns hat sich der Umstand, daß B und nicht A die Möglichkeit ausgeübt hat, nicht ausgewirkt (weil A im Falle eigener Ausübung der Möglichkeit genauso wie B gehandelt hätte).

A muß aber, wie den entsprechenden Ausführungen im Modell der Gehilfenhaftung zu entnehmen ist,¹ auch dann haften, wenn er im Falle eigener Ausübung der Möglichkeit nicht wie B vorgegangen wäre, die eingetretenen Verletzungen jedoch in haftungsbegründender Weise herbeigeführt hätte. Aber auch das ist noch zu viel verlangt: Wäre im Falle eigenen Handelns des A die Möglichkeit des Eintritts der von B verursachten Verletzungen hinreichend nahegelegen, dann hätte A sein Verhalten entsprechend steuern müssen. Diese Pflicht muß (wie früher dargetan)² in dem hier erörterten Zusammenhang der Ersatzpflicht gleichgesetzt werden. Für die Identifikation von A und B genügt es daher, daß die Ausübung der Möglichkeit durch A so geeignet gewesen wäre, die eingetretenen Verletzungen herbeizuführen, daß ihm die Rechtsordnung angesonnen hätte, sein Verhalten entsprechend zu steuern. Da dies bedeutet, daß der Eintritt der von B herbeigeführten Verletzungen sich als Verwirklichung eines Risikos darstellen muß, das auch im Falle der Ausübung der Möglichkeit durch A bestanden hätte, kann man vom Erfordernis einer Äquivalenz der fremden Ausübung im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen (= Äquivalenz des Ausübungsrisikos) sprechen. Dabei ist entsprechend dem zur Zweckverfolgungshaftung Gesagten nicht erforderlich, daß A ebenfalls gerade die von B verletzte Person gefährdet hätte.

Bisher war immer nur von einem Handeln die Rede. Theoretisch kommt auch eine Haftung für fremdes Unterlassen in Betracht, nämlich dann, wenn A zur Ausübung der Möglichkeit, einen Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen, verpflichtet ist (z.B. in der von ihm gemieteten Wohnung Veränderungen vorzunehmen) und den B damit beauftragt hat, dies an seiner Stelle zu tun. Das ist jedoch praktisch ohne Bedeutung; denn in diesen Fällen gelten schon die Grundsätze der Gehilfenhaftung, und die Ausübungshaftung liefert keine Gesichtspunkte, die zu abweichenden Ergebnissen führen würden.

B. Die Voraussetzungen der Haftung im einzelnen

I. Die Äquivalenz fremden Handelns als Ausübung der Möglichkeit, einen Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen ("Ausübungsäquivalenz")

1. Der Bezug der Möglichkeit auf den Haftenden (= die Innehabung einer Position)

a) Allgemeines

B übt die Möglichkeit, in einem Sachverhaltsbereich zu agieren, nur dann an Stelle des A aus, wenn sie einen Bezug zu A hat. Für diesen Bezug genügt es nicht, daß A die Möglichkeit, den Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen, einfach hat; denn diverse andere Personen können diese Möglichkeit gleichermaßen haben, so daß B sie nicht als eine dem A zugeordnete realisiert. Vielmehr setzt der erforderliche Bezug voraus, daß der Sachverhaltsbereich nicht beliebigen Personen zugänglich ist, und ferner, daß A kraft eigener Befugnis wenigstens den Personen, deren Verhalten ihm zugerechnet werden soll, den Zutritt zu dem Sachverhaltsbereich verwehren kann; denn sonst machen diese von der Möglichkeit, in dem Sachverhaltsbereich zu agieren, als einer ihnen oder einer mit A nicht identischen Person zugeordneten Möglichkeit Gebrauch. Das bedeutet, daß A die Möglichkeit, den Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen, kraft einer Rechtsposition (wenigstens im Verhältnis zu B) vorbehalten sein muß, sei es, daß er Inhaber des Vollrechts an dem Sachverhaltsbereich (z.B. Eigentümer der benutzten Sache) ist oder Inhaber einer von diesem erlangten Rechtsposition (z.B. Mieter).

b) Das Bestehen des Bezuges zum Zeitpunkt des Handelns

Die Möglichkeit, in dem Sachverhaltsbereich zu agieren, muß dem A noch zum Zeitpunkt des fremden Handelns vorbehalten sein, darf also nicht inzwischen dem B (oder einem Dritten) zugewiesen sein. Dabei ist zu beachten, daß der Sachverhaltsbereich dem A auch dann nicht mehr als ihm vorbehaltener Handlungsraum eröffnet ist, wenn A zwar weiterhin Inhaber der Position, die ihm den Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld vorbehalten hat, bleibt, diese es ihm aber (wenigstens zum Zeitpunkt des Handelns) nicht mehr ermöglicht, ohne Zustimmung des B (oder eines Dritten) in dem Sachverhaltsbereich zu agieren. So verliert z.B. der Eigentümer die Möglichkeit, seine Sache unter Ausschluß anderer zu gebrauchen, wenn er sie vermietet hat.¹ Daher haftet der Eigentümer (im Rahmen der Ausübungshaftung) nicht für Schäden, die der Mieter durch den Umgang mit der Mietsache Dritten zufügt. Derjenige, der kraft eines Rechtsverhältnisses zum Eigentümer dazu befugt ist, eine Sache unter Ausschluß anderer zu benutzen, also z.B. der Mieter, verliert diese Möglichkeit, wenn er seinerseits wiederum einem anderen den Besitz an der Sache einräumt, also die Sache z.B. weitervermietet. Dies gilt allerdings nicht im Verhältnis zum Eigentümer. Die Möglichkeit, eine Sache unter Ausschluß anderer zu benutzen, steht an sich dem Eigentümer zu, und das Gebrauchsrecht des Eigentümers wird durch die Position seines Vertragspartners, also des Mieters, verdrängt und nicht durch die des Untermieters. Ist der Gebrauch des Untermieters dem Eigentümer gegenüber aber nur durch das dem Mieter eingeräumte Gebrauchsrecht gewährleistet, dann übt im Verhältnis zum Eigentümer der Untermieter eine dem Mieter zugewiesene Gebrauchsmöglichkeit aus, und es spielt keine Rolle, daß deren Realisierung durch den Mieter selbst dem Untermieter gegenüber rechtswidrig wäre. Daher kann im Verhältnis zum Eigentümer

der Gebrauch der Mietsache durch den Untermieter einem solchen des Mieters gleichstehen ("relative Äquivalenz"), und somit der Mieter dem Eigentümer für Schäden an der Mietsache, die der Untermieter verursacht hat, haften.

2. Das äquivalente Handeln

B hat von der Möglichkeit, einen Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen, an Stelle des A (als des zur Benutzung Befugten) Gebrauch gemacht, wenn A ihn dazu legitimiert hat, in dem Sachverhaltsbereich zu agieren, ihm den Sachverhaltsbereich also als Handlungsfeld eröffnet hat. Dies bedarf näherer Ausführungen.

Ein Sachverhaltsbereich kann zunächst als Objekt unmittelbarer Einwirkungen (wie z.B. der Änderung seiner Lage oder Gestalt) Handlungsfeld sein. Hat B einen (einer Rechtsposition des A unterliegenden) Sachverhaltsbereich in diesem Sinne als Handlungsfeld benutzt, also z.B. eine bewegliche Sache gebraucht, dann ist sein Handeln einem solchen des A äquivalent, wenn A ihn dazu befugt hatte, den Sachverhaltsbereich zum Objekt von Handlungen zu machen ("Einwirkungsbefugnis"), ohne daß sich die Befugnis auf die Art und Weise seines Handelns erstreckt haben muß.

Ein Sachverhaltsbereich kann aber auch Handlungsfeld sein, indem er den Raum bildet, in dem Handlungen stattfinden, wobei jeder Bereich, der einen von anderen Bereichen abgegrenzten Raum bildet, einen eigenen Handlungsraum konstituiert. Hat B einen (einer Rechtsposition des A unterliegenden) Sachverhaltsbereich in diesem Sinne als Handlungsfeld benutzt, hat also z.B. in einem Zimmer gehandelt, dann ist sein Handeln einem solchen des A äquivalent, wenn A ihn dazu befugt hatte, in diesem Sachverhaltsbereich Handlungen vorzunehmen ("Aufenthaltsbefugnis").

Dabei ist zu beachten, daß ein Handeln des B, das als unmittelbare Einwirkung auf einen Sachverhaltsbereich (z.B. eine bewegliche Sache) mangels entsprechender Befugnis keinem solchen des A äquivalent ist, als Benutzung eines dem B als Handlungsraum eröffneten Sachverhaltsbereichs (z.B. eines Zimmers) einem solchen des A gleichsteht, wenn die Einwirkung in dem eröffneten Sachverhaltsbereich stattgefunden hat. Das bedeutet, wie sich aus den Ausführungen zur Risikoäquivalenz ergeben wird, daß A wegen Verletzungen des Einwirkungsobjekts grundsätzlich nicht für das Verhalten des B haftet, wohl aber für - durch den Gebrauch des Objekts entstandene - Verletzungen des Sachverhaltsbereichs, der den Handlungsraum bildet.

II. Die Äquivalenz der fremden Ausübung im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen ("Äquivalenz des Ausübungsrisikos")

Äquivalenz des Ausübungsrisikos bedeutet in diesem Zusammenhang die Übereinstimmung des Ausübungsverhaltens, was das Eingreifen von Verhaltensnormen im Hinblick auf die Gefahr bestimmter Interessenverletzungen anbelangt. Das Erfordernis ist daher - zunächst einmal ganz allgemein gesprochen - erfüllt, wenn A, falls er an Stelle von B die (ihm kraft einer Rechtsposition vorbehaltenen) Möglichkeit ausgeübt hätte, in dem in Frage stehenden Sachverhaltsbereich zu agieren, irgendwann in einer Situation gewesen wäre, in der er den Eintritt der von B verursachten Verletzungen hätte in Betracht ziehen und sein Verhalten entsprechend einrichten müssen.¹

Unter welchen Voraussetzungen im einzelnen das Erfordernis der Äquivalenz des Ausübungsrisikos erfüllt ist, hängt davon ab, ob es um die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung eines Interesses am Zustand des eröffneten Sachverhaltsbereichs oder im Hinblick auf die Verletzung sonstiger Interessen geht.

1. Die Äquivalenz im Hinblick auf Verletzungen eines Interesses am Zustand des eröffneten Sachverhaltsbereichs

Hat B ein Interesse am Zustand des eröffneten Sachverhaltsbereichs verletzt, indem er z.B. als Untermieter des A die von diesem gemietete Sache des D beschädigt hat, dann ist das Erfordernis der Äquivalenz des Ausübungsrisikos ohne Rücksicht darauf erfüllt, wie A sich verhalten hätte, wenn er an Stelle des B in dem Sachverhaltsbereich agiert hätte. Dann bedeutet nämlich ein Handeln in dem Sachverhaltsbereich als solches schon ein Agieren in dem Bereich des zu schützenden Interesses, so daß A, wenn er in dem Sachverhaltsbereich handeln will, schon von vornherein dem Interesse Rechnung tragen und prüfen muß, ob das von ihm gewollte Handeln nicht eine Verletzung dieses Interesses mit sich bringt. Ob A zum Schutze des von B verletzten Interesses Verhaltensnormen hätte beachten müssen, hängt also nicht erst von den konkreten Handlungssituationen ab, in denen A sich jeweils befunden hätte. Da ferner dem A auch das Handeln des B, das die Verletzungen ausgelöst hat, zu Gebote

gestanden hätte, spielt es für die Äquivalenz des Ausübungsrisikos deshalb keine Rolle, wie A ex post gesehen tatsächlich gehandelt hätte. Wäre A nie in eine Situation gelangt, in der die Möglichkeit der eingetretenen Verletzungen hinreichend nahegelegen wäre, so bedeutet das, daß er im Hinblick auf diese Verletzungen den Verhaltensanforderungen genügt hätte, nicht aber, daß er sie nicht hätte beachten müssen.

2. Die Äquivalenz im Hinblick auf die Verletzung sonstiger Interessen

Hat B andere Interessen verletzt, dann setzt die Äquivalenz des Ausübungsrisikos voraus, daß A sich diesen so genähert hätte, daß er Verhaltensanforderungen hätte beachten müssen, um (auch) die eingetretenen Verletzungen zu meiden. Es kommt also darauf an, wie A sich verhalten hätte, wenn er an Stelle von B den Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld genutzt hätte (sofern sich nicht ein Risiko verwirklicht hat, das von vornherein mit sämtlichen in Betracht kommenden Ausübungsalternativen verbunden ist). Dies kann sich daraus ergeben, daß A durch Weisungen kundgetan hat, wie er die Möglichkeit, in dem Sachverhaltsbereich zu agieren, ausgeübt sehen möchte, oder daß die Möglichkeit (wenigstens irgendwann) durch bestimmte Handlungen realisiert zu werden pflegt. Die Äquivalenz des Ausübungsrisikos ist daher (außer im Falle der Verwirklichung eines vom Inhalt des Handelns unabhängigen Ausübungsrisikos) zu bejahen, wenn B die eingetretenen Verletzungen durch ein in dieser Hinsicht gefährliches und daher steuerungsbedürftiges Handeln herbeigeführt hat, das einer Weisung des A entspricht oder mit der Nutzung des in Frage stehenden Sachverhaltsbereichs als Handlungsfeld in aller Regel verbunden ist.

2. Unterabschnitt: Die Ausübungshaftung im geltenden Recht

A. Die Haftung für die Ausübung sich auf Sachen beziehender Positionen

In der Modellskizze war bewußt von Sachverhaltsbereich und nicht einfach nur von Sachen die Rede. Dennoch ist die fremde Benutzung beweglicher und unbeweglicher Sachen, die einer eigenen Position unterliegen, bei weitem der wichtigste Fall der fremden Ausübung einer eigenen Position. Die Haftung für die Ausübung sich auf Sachen beziehender Positionen bildet daher den Prototyp der Ausübungshaftung.

I. Allgemeines

Die Ausübungshaftung und die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Mittel zum eigenen Zweck (Zweckverfolgungshaftung) stimmen darin überein, daß in beiden Fällen A so haftet, wie er haften würde, wenn er so gehandelt hätte wie B, weil es unter gewissen Voraussetzungen ungerechtfertigt ist, ihn wegen seiner fehlenden Identität mit B dieser Haftung zu entziehen. Im übrigen sind die Grundgedanken beider Fremdhafungsformen völlig verschieden, was natürlich nicht ausschließt, daß im Einzelfall die Erfordernisse beider Haftungen erfüllt sein können.

Daher kann die Ausübungshaftung nicht, auch nicht im Wege der Analogie, auf § 278 gestützt werden, der eindeutig nur eine Zweckverfolgungshaftung im Auge hat. Dies bedeutet aber nicht, daß man gezwungen ist, die Ausübungshaftung unter bloßem Appell auf ihre Vernünftigkeit dem geltenden Recht einzuverleihen; soweit dem nicht klare Wertungen des positiven Rechts entgegenstehen; denn das Gesetz hat immerhin in § 549 III einen Teilbereich der Ausübungshaftung geregelt.¹ Andererseits zeigt der Rekurs auf die

Grundgedanken der Ausübungshaftung, daß § 549 III keine "Sondervorschrift" ist, sondern der unvollkommene Ausdruck eines Prinzips, das (vorbehaltlich entgegenstehender gesetzlicher Wertungen) auch in Fällen Geltung beansprucht, die vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfaßt werden.

Die h.M. sieht in der Ausübungshaftung keine eigenständige Form der Fremdhftung, sondern arbeitet mit § 278¹, sofern nicht § 549 III eingreift, der auch nur als eine an sich überflüssige Variante des § 278 begriffen wird.² Als "Subsumtionshilfe" dient dabei wiederum die schon in anderem Zusammenhang kritisierte³ Figur des Gehilfen bei der Erfüllung von Obhutspflichten. Wie schon wiederholt betont wurde, hat die Figur des "Obhutsgehilfen" nur dort einen Sinn, wo besondere Schutzmaßnahmen zu treffen sind, die der Schuldner einen anderen durchführen läßt. Daß man sich einer Person, der man den Gebrauch einer Sache überläßt, zur Vermeidung von Schäden bedient, deren Gefahr der Gebrauch mit sich bringt, ist dagegen eine - gelinde gesagt - höchst eigenartige Vorstellung.⁴ Allerdings kommt

wegen Gebrauchsschäden eine Gehilfenhaftung in Betracht, wenn der Gebrauch der Sache den Schuldner von einem eigenen Handeln entlastet. Diese Voraussetzung ist jedoch in den meisten der hier einschlägigen Fällen nicht erfüllt.

Es ist daher nicht verwunderlich, daß die h.M. ihre eigene Konstruktion nicht immer sonderlich ernst nimmt. So soll z.B. der Vermieter nicht haften, wenn ein Mieter einen anderen Mieter durch den Gebrauch seiner Wohnung schuldhaft schädigt.⁵ Das ist im Ergebnis richtig, wie sich noch zeigen wird,⁶ läßt sich aber von den Prämissen der h.M. her nicht begründen; denn der Vermieter ist den Mietern (im Rahmen des Zumutbaren) zur Vermeidung von Schäden ver-

pflichtet, denen diese im Zuge des vertragsgemäßen Gebrauchs der gemieteten Räume ausgesetzt sind, und er würde dem verletzten Mieter selbst wegen Schutzpflichtverletzung haften, wenn er so gehandelt hätte wie der schadenstiftende Mieter. Warum soll also ein Mieter nicht im Verhältnis zu anderen Mietern "Obhutshilfe" des Vermieters sein, was die mit dem Gebrauch seiner Wohnung verbundenen Gefahren anbelangt? Daß § 278 (i.V.m. Obhutspflichten) nur anwendbar sei, wenn es um Schäden an der Mietsache gehe, also im Verhältnis Mieter-Vermieter, kann die h.M. nicht behaupten (und behauptet sie auch nicht).¹ Es kann auch nicht vorgebracht werden, daß mit dem Gebrauch einer Sache (Wohnung) zusammenhängende Schutzpflichten nur denjenigen treffen könnten, der die Sache benutzt oder wenigstens die Herrschaft über die Sache ausübt;² denn dann dürfte entgegen § 549 III der Mieter auch nicht für den Untermieter haften.

Schließlich sei noch kritisch angemerkt, daß in diversen hier einschlägigen Fällen, in denen die h.M. eine Haftung nach § 278 bejaht, der Vorteilsgedanke nicht zieht, den die h.M. als ratio legis ansieht.³ So ist nicht einzusehen, welchen objektiv faßbaren Vorteil der Mieter einer Wohnung davon haben soll, daß seine Angehörigen oder Logiergäste die Wohnung mitbenutzen. In derartigen Fällen könnte man allerdings den Herrschaftsgedanken bemühen. Aber weder mit dem Vorteils- noch mit dem Herrschaftsgedanken läßt sich z.B. erklären, weshalb der Mieter einer beweglichen Sache haftet, wenn er diese (erlaubterweise) verleiht, und der Entleiher sie beschädigt.

II. Die Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Zustand der Sache

Die fehlende Identität des A mit B ist dann kein Grund, um ihn der Haftung zu ziehen, die ihn als Urheber des Handelns des B träge, wenn das Handeln des B als Ausübung einer Position des A einem solchen des A gleichsteht ("Ausübungsäquivalenz"), und A Verhaltensnormen hätte beachten müssen, um die eingetretenen Verletzungen zu vermeiden, falls er an Stelle von B die Position ausgeübt hätte ("Risikoäquivalenz"). Wie in der Modellskizze dargetan, ist das zweite Erfordernis dann ohne Rücksicht darauf erfüllt, wie A sich in concreto verhalten hätte, falls er an Stelle des B den in Frage stehenden Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld genutzt hätte, wenn es um Verletzungen eines Interesses am Zustand der Sache (und hierdurch vermittelte Verletzungen anderer Interessen) geht. Im Folgenden kann daher das Erfordernis der Risikoäquivalenz außer Betracht bleiben.

1. Die Haftung wegen Verletzung des Eigentums

Wenn die folgenden Ausführungen nach Haftungstatbeständen gegliedert sind, so bedeutet dies, daß derjenige, um dessen Haftung es geht, den jeweiligen Tatbestand erfüllt haben würde, wenn man das Handeln einer anderen Person auf ihn projiziert, und geprüft wird, ob er so haften muß, als habe er diesen Tatbestand erfüllt. Wegen der Einzelheiten der Projektion selbst sei auf das zur Zweckverfolgungshaftung Gesagte verwiesen!

a) Die vertragliche Haftung

aa) Die Haftung des Mieters

Das Handeln des B ist als Ausübung einer Position des A einem solchen des A äquivalent, wenn der Sachverhaltsbereich (hier: die Sache), den B als Handlungsfeld benutzt hat, zum Zeitpunkt des Handelns dem A als Handlungsfeld vorbehalten war (Innehabung einer Position zum Zeitpunkt des Handelns), und A dem B den Sachverhaltsbereich (als Handlungsfeld) eröffnet hatte.

Was die Innehabung der Position zum Zeitpunkt des fremden Handelns betrifft, so genügt es, wie dargetan,¹ nicht, daß A die Rechtsposition, die ihm den Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld eröffnet hat, noch innehatte. Vielmehr ist erforderlich, daß sie es ihm in diesem Zeitpunkt auch noch ermöglichte, den Sachverhaltsbereich unter Ausschluß anderer als Handlungsfeld zu nutzen. Danach würde der Mieter nicht für Handlungen des Untermieters (oder sonstiger ihm gegenüber zum Besitz berechtigter Personen) haften. Dies gilt jedoch nicht im Verhältnis zum Vermieter. Die Möglichkeit, die Sache unter Ausschluß anderer zu benutzen, steht an sich dem Vermieter zu, und das Gebrauchsrecht des Vermieters wird durch die Position seines Vertragspartners und nicht durch die des Untermieters verdrängt. Ist der Gebrauch des Untermieters dem Vermieter gegenüber aber nur durch das dem Mieter eingeräumte Gebrauchsrecht gewährleistet, dann übt im Verhältnis zum Vermieter der Untermieter eine dem Mieter zugewiesene Gebrauchsmöglichkeit aus, obwohl deren Realisierung durch den Mieter selbst dem Untermieter gegenüber rechtswidrig wäre. Daher spielt es für die Haftung des Mieters gegenüber dem Vermieter keine Rolle, wenn die Person, deren Handeln in Frage

steht, dem Mieter gegenüber zum Gebrauch der Sache berechtigt ist. Dem entspricht auch § 549 III.

Der Inhaber der Position muß dem "Fremden" den in Frage stehenden Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld eröffnet haben. Dieses Erfordernis hat der Mieter von Räumen erfüllt, wenn er einem anderen gestattet hat, Handlungen in den Räumen vorzunehmen und das heißt: wenn er einem anderen erlaubt hat, sich in den Räumen aufzuhalten, gleichgültig zu welchem Zweck und wie lange. Der Mieter haftet also nicht nur für Personen, die mit ihm in der Wohnung leben, also z.B. für Angehörige und Untermieter, und für Arbeitnehmer, die in den gemieteten Räumen tätig werden,¹ sondern auch für Personen, denen er vorübergehend Zutritt gewährt hat, also für Handwerker, Lieferanten und Gäste (und zwar nicht nur Loggiergäste), was im wesentlichen mit der h.M. übereinstimmt.² Allerdings ist zu beachten, daß jeder Teil einer Wohnung, der von anderen Teilen abgegrenzt ist, einen eigenen Handlungsraum bildet. Daher haftet der Mieter nur wegen der Beschädigung der Räume, in denen sich der "Fremde" aufhalten durfte.³ Dringt also der Untermieter oder ein Handwerker widerrechtlich in einen Raum ein, so haftet der Mieter für die dort entstandenen Schäden nicht.

Das schadenstiftende Fremdhandeln muß in dem eröffneten Sachverhaltsbereich vorgenommen worden sein. Es muß aber nicht noch darüber hinaus seinem Charakter nach zu den Handlungen gehört haben, zu denen der Inhaber der Position den "Fremden" befugt hatte.⁴ Der Mieter haftet daher auch, wenn der "Fremde" seinen Verböten zuwidergehandelt oder den Schaden sogar vorsätzlich herbeigeführt hat.

Sollte die Person, um deren Handeln es geht, in den gemieteten Räumen für den Mieter tätig werden, dann kommt eine Haftung des Mieters sowohl nach den Grundsätzen der

Zweckverfolgungshaftung (=Gehilfenhaftung)¹ als auch nach denen der Ausübungshaftung in Betracht. Die Zweckverfolgungshaftung (wegen der Verletzung eines "sonstigen", also eines nicht am Eintritt des erstrebten Erfolges bestehenden Interesses) setzt allerdings (nach der hier vertretenen Ansicht) unter anderem voraus, daß das schadenstiftende Handeln in Verfolgung der vorgegebenen Zwecke vorgenommen wurde (nach der h.M.: daß ein "innerer Zusammenhang" zwischen der übertragenen Tätigkeit und dem schadenstiftenden Handeln besteht).² Demgegenüber spielt für die Ausübungshaftung der Zusammenhang zwischen der übertragenen Tätigkeit und dem schadenstiftenden Handeln keinerlei Rolle, und man darf somit auf keinen Fall eine Haftung des Mieters verneinen, weil eine Zweckverfolgungshaftung wegen Fehlens dieses Zusammenhanges ausscheidet. Daher ist z.B. die schon angeführte Entscheidung des RG,³ wonach der Mieter eines Schuppens (mangels "inneren Zusammenhanges") nicht für einen darin beschäftigten Arbeiter haftet, der durch das Wegwerfen eines (zum Zigarettenanzünden benutzten) Streichholzes den Brand des Schuppens verursacht hatte, im Ergebnis falsch, obwohl die Ablehnung des § 278 berechtigt war.⁴

Es wird die Ansicht vertreten, daß der Mieter von Räumen, auch hafte, wenn Personen, die mit ihm zu tun haben, wie Lieferanten oder Kunden, allgemein zugängliche Teile des Hauses, in dem sich die gemieteten Räume befinden, wie Treppenhaus oder Hausflur, beschädigen.⁵ Nach der hier vertretenen, die Figur des "Obhutsgehilfen" ablehnenden Ansicht scheidet in derartigen Fällen eine Haftung des Mieters grundsätzlich aus. Eine Ausübungshaftung kommt nicht in Betracht; denn die allgemein zugänglichen Teile sind dem Mieter nicht als Handlungsraum vorbehalten, so daß die dort vor-

genommenen Handlungen nicht Ausübung einer Position sind, die er innehat. Eine Zweckverfolgungshaftung nach § 278 (wegen Verletzung eines "sonstigen" Interesses) setzt aber voraus, daß das fremde Handeln den Schuldner von einer auf die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges gerichteten Tätigkeit entlastet hat (wobei die geschuldete Obhut als laufende Steuerung eines Handelns im Hinblick auf die von ihm ausgehenden Gefahren, wie wiederholt dargetan, kein "entlastungsfähiger" Erfolg ist). Förderte das fremde Handeln vom Schuldner erstrebte Erfolge, die nicht der Erfüllung einer dem verletzten Gläubiger gegenüber bestehenden Pflicht dienen, dann muß der Handelnde Arbeitnehmer des Schuldners gewesen sein, wie dies auch die §§ 431, 456 HGB verlangen.¹ Somit haftet der Mieter wegen Schäden an den genannten Räumlichkeiten nur, wenn sie von seinen Arbeitnehmern (in Verfolgung vorgegebener Zwecke) verursacht worden sind.

bb) Die Haftung sonstiger Personen

Das zur Fremdhftung des Mieters Gesagte gilt entsprechend für die Haftung des Pächters (vgl. § 581) und des Entleihers² sowie des Nießbrauchers.³ Falls der dem Nießbrauch zugrundeliegende schuldrechtliche Vertrag mit einem früheren Eigentümer geschlossen wurde, steht allerdings streng genommen nicht eine vertragliche Haftung in Frage, sondern eine solche aus dem zwischen dem Nießbraucher und dem geschädigten Eigentümer bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis, was aber auf das gleiche hinausläuft.

Was den Verwahrer (Lagerhalter) anbelangt, so ist dieser in der Regel nicht zum Gebrauch der Sache befugt und darf daher auch keinem anderen den Gebrauch gestatten, so daß er, falls er dies doch tut, fast immer schon wegen eigenen Verschuldens haftet. Überträgt der Verwahrer (Lagerhalter)

die Aufsicht über die zu verwahrende Sache einem anderen, so haftet er nach § 278 (vgl. § 691 S. 3), wenn die Sache infolge unzulänglicher Aufsicht¹ beschädigt wurde. Dennoch kann die Ausübungshaftung auch im Zusammenhang mit der Verwahrung eine Rolle spielen, wobei es gleichgültig ist, ob die Verwahrung Haupt- oder Nebenpflicht ist.

Die Verwahrung einer Sache macht gewisse, die Sache involvierende Handlungen erforderlich, wie den Transport zum Aufbewahrungsort. Überläßt der Verwahrer die Sache einem anderen, damit dieser solche Handlungen vornimmt, dann übt der andere die Position des Verwahrers an dessen Stelle aus.² Dies muß auch dann gelten, wenn dem Beauftragten die zu verwahrende Sache direkt vom Hinterleger ausgehändigt wird, da eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle nicht gerechtfertigt ist. Allerdings ist der Beauftragte auch Gehilfe des Verwahrers, so daß schon eine Haftung nach § 278 in Betracht kommt. Diese setzt jedoch nach der hier vertretenen Ansicht voraus, daß der Beauftragte den Schaden in Verfolgung der vorgegebenen Zwecke verursacht hat. Das ist nicht der Fall, wenn er die zu verwahrende Sache zu eigenen Zwecken benutzt und sie dabei beschädigt, also etwa mit dem Auto, das er in eine Garage bringen soll, auf einer Schwarzfahrt einen Unfall erleidet. Hier kommt daher als Fremddhaftung nur die Ausübungshaftung zum Zuge, für die es keine Rolle spielt, ob derjenige, dem der Inhaber einer Position deren Ausübung überlassen hat, den Schaden im Vollzug der übertragenen Tätigkeit herbeigeführt hat oder nicht. Somit erweist sich die Rspr., die in derartigen Fällen mit § 278 arbeitet und den von ihr für die Anwendung des § 278 postulierten "inneren Zusammenhang" zwischen dem schadenstiftenden Handeln und der übertragenen Tätigkeit bejaht,³ im Ergebnis als richtig.

b) Sonstige Haftungstatbestände

aa) Die Haftung zum Besitz berechtigter Personen

Welchen Haftungstatbestand der Inhaber einer Position erfüllt hätte, wenn man das Handeln der Person, der er die Ausübung der Position überlassen hat, auf ihn projiziert, ist den Grundgedanken der Ausübungshaftung nach gleichgültig. Die soeben genannten Personen (Mieter, Entleiher etc.) müßten daher an sich dem Eigentümer auch nach § 823 für ein fremdes Handeln haften können, das als Ausübung der Position einem eigenen äquivalent ist. Eine deliktische Fremdhafung in Form der Ausübungshaftung sieht das geltende Recht aber ebensowenig vor wie eine solche in Form der Zweckverfolgungshaftung. Nach einer derartigen Haftung besteht aber auch kein Bedürfnis, da die Deliktshaftung den Eigentümer nicht günstiger stellt als die Vertragshaftung. Allerdings kann der Besitzer zum Besitz der Sache berechtigt sein, ohne daß ihn mit dem Eigentümer ein Vertragsverhältnis verbindet. Das ist der Fall, wenn er Nießbraucher oder Pfandgläubiger ist, und ihm diese Rechte von einem früheren Eigentümer bestellt worden sind, oder er sie gutgläubig von einem Nichtberechtigten erworben hat. Dann besteht jedoch zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer ein gesetzliches Schuldverhältnis (vgl. §§ 1041 ff., 1215), dessen Verletzung, auch was die Fremdhafung anbelangt, den gleichen Regeln folgt, wie die Verletzung von Vertragspflichten, so daß hier ebenfalls eine deliktische Fremdhafung überflüssig ist. Was den nicht nutzungsberechtigten Pfandgläubiger betrifft, kommt noch hinzu, daß er schuldhaft seine Pflicht verletzt, wenn er einem anderen den Gebrauch der verpfändeten Sache überläßt, und daher wegen eigenen Verschuldens haftet, wenn der andere die Sache durch den Gebrauch beschädigt.

bb) Die Haftung nicht zum Besitz berechtigter Personen

aaa) Die §§ 989, 990 sehen eine dem § 549 III entsprechende Fremdhaftung des unrechtmäßigen, bösgläubigen Besitzers nicht vor. Außerdem stellt der unrechtmäßige Besitz keine für die Ausübungshaftung in Betracht kommende Position dar. Dies steht jedoch einer Ausübungshaftung nicht entgegen; denn der unrechtmäßige, bösgläubige Besetzer darf haftungsrechtlich keinesfalls besser behandelt werden als der rechtmäßige. Der unrechtmäßige bösgläubige Besitzer muß daher für alle Personen haften, für die er als Vertragspartner des Eigentümers (z.B. als Mieter) haften würde, also auch für Personen, die ihm gegenüber z.B. als seine Mieter zum Besitz berechtigt sind.¹ Der einzige Unterschied liegt darin, daß der Haftungstatbestand, aus dem sich seine Haftung auf Grund der Projektion des fremden Verhaltens ergibt, nicht der der positiven Vertragsverletzung ist, sondern § 989 (i.V.m. § 990). Auch die h.M. befürwortet eine Fremdhaftung des unrechtmäßigen, bösgläubigen Besitzers und wendet § 278 im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses an.²

Die praktische Bedeutung der Fremdhaftung des bösgläubigen Besitzers ist allerdings gering. Der unrechtmäßige Besitzer darf die Sache nicht benutzen und keinem anderen den Gebrauch gestatten. Ist er bösgläubig, liegt daher in der Überlassung der Sache an einen anderen zumeist eine schuldhafte Pflichtverletzung, falls der andere nicht nur Handlungen an oder mit der Sache vornehmen soll, die ihrer Erhaltung dienen. Der Besitzer haftet daher schon aus eigenem Verschulden, wenn der andere die Sache durch den (verbotenen) Gebrauch beschädigt. Außerdem befindet sich der bösgläubige

Besitzer oft im Verzuge, so daß er auch ohne Verschulden haftet (§§ 990 II, 287 S. 2).

bbb) Der unrechtmäßige, gutgläubige Besitzer haftet nach § 993 I überhaupt nicht auf Schadensersatz. Dieses Privileg genießt aber nur der gutgläubige Eigenbesitzer. Dagegen ist es nicht gerechtfertigt, den unrechtmäßigen, wenn auch gutgläubigen Fremdbesitzer, der die Sache (in Überschreitung seines vermeintlichen Besitzrechts) beschädigt, besser zu stellen als den zum Besitz berechtigten Fremdbesitzer. Daher wendet die h.M. im Falle des "Fremdbesitzerexzesses" § 823 an. Die Gleichstellung des unrechtmäßigen, gutgläubigen Besitzers mit dem rechtmäßigen Besitzer muß sich notwendig auf die Fremdhftung erstrecken. Das bedeutet, daß auch der gutgläubige Fremdbesitzer für alle Personen haften muß, für die er als Vertragspartner des Eigentümers haften würde. Diese Haftung gründet sich dann auf § 823 als den Tatbestand, nach dem der gutgläubige Besitzer haften würde, wenn er das fremde Verhalten an den Tag gelegt hätte, ohne daß man in diesem Fall einwenden kann, daß eine Identifikationshaftung im Deliktsrecht nicht vorgesehen sei. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, auf Grund des Gleichbehandlungsgedankens den gutgläubigen Fremdbesitzer im Hinblick auf seine Eigen- und Fremdhftung direkt so zu stellen, wie wenn er einen wirksamen Vertrag mit dem Eigentümer geschlossen hätte. Zu diesem Ergebnis kommt man ohnehin (also ohne Rekurs auf den Gleichbehandlungsgedanken), wenn man Obhutspflichten (deren Verletzung eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen begründet) unabhängig davon entstehen läßt, ob der geschlossene Vertrag wirksam ist oder nicht.

2. Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger dinglicher Rechte

Die Frage einer Ausübungshaftung des Eigentümers (oder Inhabers einer sonstigen sich auf die Sache beziehenden Position) gegenüber einem dinglich Berechtigten stellt sich nur, wenn dieser nicht selbst im Besitz der Sache ist. Es geht also um die Haftung gegenüber dem Inhaber einer Dienstbarkeit, einer Hypothek oder einer Grundschuld.

Die Ausübungshaftung setzt voraus, daß derjenige, um dessen Haftung es geht, den Tatbestand einer positiven Forderungsverletzung erfüllt hätte, wenn er Urheber des fremden Handelns gewesen wäre, da im geltenden Deliktsrecht eine Fremdhaftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung nicht vorgesehen ist. Eine Ausübungshaftung des Grundstückseigentümers kommt daher nur in Betracht, wenn man annimmt, daß ihn ein gesetzliches Schuldverhältnis mit einem dinglich Berechtigten verbindet. Dies wird von einigen im Falle einer Dienstbarkeit bejaht¹, während, was Hypothek und Grundschuld anbelangt, nur davon die Rede ist, daß der Eigentümer bei einer Verschlechterung des Grundstücks nach § 823 haften könne. Man könnte auch daran denken, eine die Hypothek oder Grundschuld verletzende Verschlechterung des Grundstücks als Verletzung des der Hypothek (Grundschuld) zugrundeliegenden Vertrages zu qualifizieren, wenn der Eigentümer, dessen Haftung in Frage steht, noch derjenige ist, der die Hypothek (Grundschuld) bestellt hat.

Geht man davon aus, daß der Eigentümer als Urheber des fremden Handelns eine positive Forderungsverletzung begangen haben würde, haftet er, wenn er dem "Fremden" die Benutzung des Grundstücks gestattet hatte. Das gilt allerdings nicht, wenn er damit die Befugnis verlor, selbst das Grundstück zu benutzen, wenn es also um Handlungen des Mieters (Pächters,

Nießbrauchers) oder von Personen geht, denen dieser wiederum den Gebrauch überlassen hat; denn der Haftende muß noch zum Zeitpunkt des schadenstiftenden Fremdhandelns zum Gebrauch der Sache befugt sein, wenn das fremde Handeln als Ausübung der Möglichkeit, die Sache zu benutzen, einem eigenen gleichstehen soll.¹

Eine Fremdhaftung von Personen, die nicht Eigentümer des Grundstückes sind (Mieter, Pächter etc.), scheidet aus, da zwischen ihnen und einem dinglich Berechtigten (als solchem) keinesfalls ein Schuldverhältnis besteht.

3. Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen am Zustand einer Sache

Sonstige Interessen am Zustand einer Sache sind alle nicht durch ein dingliches Recht begründeten Interessen, deren Verletzung eine Haftung begründen kann, wie etwa das Interesse des Inhabers eines obligatorischen Gebrauchsrechts.¹

a) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Mieters oder des Inhabers eines sonstigen obligatorischen Gebrauchsrechtes

Hat der Mieter (oder der Inhaber eines sonstigen obligatorischen Gebrauchsrechtes) einem anderen den Gebrauch der Sache gestattet, so gilt für die Fremdhafung des anderen gegenüber dem Mieter das gleiche wie für die Fremdhafung des Mieters dem vermietenden Eigentümer gegenüber. Das folgt schon aus § 549 III, der nicht danach unterscheidet, ob der Vermieter Eigentümer der vermieteten Sache ist oder diese selbst nur gemietet hat.

Besitzt jemand die Mietsache, ohne dem Mieter gegenüber zum Besitz berechtigt zu sein, so haftet er dem Mieter wegen einer Beschädigung der Sache nach §§ 823 ff., die an sich keine Identifikationshaftung vorsehen. Dennoch muß er im Ergebnis für alle Personen haften, für die er haften würde, wenn er einen (wirksamen) Vertrag mit dem Mieter geschlossen hätte, da er haftungsrechtlich keinesfalls besser als ein Vertragspartner des Mieters gestellt werden darf. Der einzige Unterschied zur Fremdhafung eines Vertragspartners des Mieters liegt darin, daß der Haftungstatbestand aus dem sich eine Haftung auf Grund der Projektion des fremden Verhaltens ergibt,

der des § 823 ist und nicht der der positiven Vertragsverletzung. Ist der Besitz allerdings auf Grund eines nichtigen Vertrages mit dem Mieter erlangt worden, kommt auch eine Fremdhftung aus positiver Vertragsverletzung in Betracht, wenn man Obhutspflichten (deren Verletzung eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen begründet) unabhängig von der Wirksamkeit des Vertrages entstehen läßt. Für die Fremdhftung einer (im Verhältnis zum Mieter) nicht zum Besitz berechtigten Person gegenüber dem Mieter gilt also im Ergebnis das gleiche wie für die Fremdhftung des unrechtmäßigen Besitzers dem Eigentümer gegenüber.¹ Der gutgläubige Eigenbesitzer haftet dem Eigentümer jedoch weder für eigenes noch für fremdes Verhalten (§ 993 I). Man wird dieses Privileg dem gutgläubigen Eigenbesitzer auch im Verhältnis zum Mieter zuerkennen müssen.

b) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Gläubigers eines Unterlassungsanspruches

Hat der Inhaber einer sich auf eine Sache beziehenden Position, z.B. der Eigentümer eines Grundstückes, jemandem versprochen, gewisse Änderungen an einer Sache nicht vorzunehmen¹ (oder auch nur: einen bestimmten, die Substanz der Sache nicht verändernden Gebrauch zu unterlassen), so kommt ebenfalls eine Fremdhftung nach den Grundsätzen der Ausübungshaftung wegen der Verletzung eines Interesses am Zustand der Sache in Betracht. Hat also eine Person, der der Eigentümer (oder sonstige Positionsinhaber) den Gebrauch der Sache gestattet hatte, die verbotenen Änderungen vorgenommen, so haftet der Eigentümer aus positiver Vertragsverletzung, falls ihn diese Haftung als Urheber des fremden Handelns treffen würde. Allerdings muß derjenige, um dessen Haftung es geht, zum Zeitpunkt des in Frage stehenden Handelns noch Inhaber der Position sein. Das ist, wie in der Modellskizze dargetan,² nicht mehr der Fall, wenn er nicht mehr befugt ist, den Sachverhaltsbereich unter Ausschluß anderer als Handlungsfeld zu benutzen, mag er auch die Rechtsposition, die ihm den Sachverhaltsbereich einmal eröffnet hat (z.B. das Eigentum) als solche weiterhin innehaben. Etwas anderes gilt nur, wenn es um die Haftung des Inhabers der verlorenen Position gegenüber der Person geht, die ihm die Position vertraglich eingeräumt hatte, also z.B. um die Haftung des Mieters gegenüber dem Vermieter. Das bedeutet, daß der zu einem Unterlassen verpflichtete Eigentümer (oder Inhaber einer sonstigen Position) nicht im Wege der Ausübungshaftung für Zuwiderhandlungen von Personen haftet, denen er auf Grund eines Vertrages den Besitz der Sache überlassen hat, also z.B. nicht für Zuwiderhandlungen eines Mieters. Allerdings haftet in diesen Fällen der Eigentümer oft wegen eigenen Verschuldens, wenn er die ihn treffende Unterlassungspflicht nicht an seine Vertragspartner "weitergegeben hat"; denn zu

einer derartigen "Weitergabe" wird er in der Regel verpflichtet sein, auch wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart ist. Außerdem kann unter Umständen die Unterlassungspflichtung dahin auszulegen sein, daß der Eigentümer die Haftung für alle Personen, denen er den Gebrauch der Sache gestattet, übernimmt (Garantieversprechen).

Die h.M., die die Eigenständigkeit der Ausübungshaftung noch nicht erkannt hat, arbeitet auch im Zusammenhang mit den hier angesprochenen primären Unterlassungspflichten mit der - eine Fremdhaftung in Form der Zweckverfolgungshaftung regelnden - Vorschrift des § 278.¹ Bei einigen ist allerdings die hier schon öfter kritisierte Vorstellung, daß man sich einer Person bedienen könne, um einer Unterlassungspflicht zu genügen, nicht auf Gegenliebe gestoßen (wenigstens nicht, was primäre Unterlassungspflichten anbelangt). Sie lehnen daher eine Fremdhaftung ab und schlagen andere Lösungen vor. So nimmt Lehmann an,² daß derjenige, der das Unterlassen einer objektiv bestimmten Handlung zusage, nicht nur verspreche, ein solches Handeln selbst zu unterlassen und darüber hinaus dafür zu sorgen, daß auch Dritte es nicht vornehmen. Vielmehr sei im Zweifel die Unterlassungspflichtung dahin auszulegen, daß der Schuldner die Haftung für die schuldhafte Zuwiderhandlung aller Personen übernehme, denen er die Möglichkeit einer Zuwiderhandlung eröffnet habe. Andere gehen nicht so weit und verpflichten den Schuldner grundsätzlich nur, darauf hinzuwirken, daß auch Dritte das Verbot nicht übertreten.³ Ein weitergehendes Garantieversprechen könne nur in Einzelfällen angenommen werden.

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich auf primäre Unterlassungspflichten. Sekundäre Unterlassungspflichten (Schutzpflichten), kraft deren der Pflichtige gehalten ist, den Umgang mit einer Sache so zu gestalten, daß ein anderer nicht

in seinen "sachfremden" Interessen (= Interessen, die nicht am Zustand der Sache bestehen, wie z.B. das Interesse an körperlicher Unversehrtheit) verletzt wird, begründen kein Interesse am Zustand der Sache.¹ Wird also jemand durch den Umgang mit einer Sache in seinen "sachfremden" Interessen verletzt, kommt (außer einer Zweckverfolgungshaftung) nur eine Ausübungshaftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen in Betracht.²

c) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Rücktrittsgegners

Derjenige, der einem Rücktrittsrecht¹ ausgesetzt ist, hat ein berechtigtes Interesse daran, im Falle des Rücktritts die hingeebene Sache, in dem Zustand zurückzuerhalten, in dem sie sich im Zeitpunkt ihres Empfanges durch den Rücktrittsberechtigten befunden hat. Diesem Interesse tragen die §§ 347 (i.V.m. § 989), 351 Rechnung. Da diese Bestimmungen² die Haftung des Rücktrittsberechtigten wegen Verschlechterung (Untergangs) der Sache an die Erfüllung subjektiver Erfordernisse knüpfen, stellt sich auch hier die Frage einer Fremdhafung in Form der Ausübungshaftung (wegen Verletzung eines Interesses am Zustand einer Sache). Wie die Haftung des Rücktrittsberechtigten im einzelnen zu rechtfertigen ist (schuldhaftes Pflichtverletzung³, "venire contra factum proprium")⁴, spielt höchstens eine Rolle für die Erfordernisse, denen das eigene Verhalten des Rücktrittsberechtigten genügen muß (und damit auch: unter welchen Voraussetzungen die Projektion fremden Verhaltens zu einer Haftung des Rücktrittsberechtigten führt), nicht aber für die Voraussetzungen, unter denen dem Rücktrittsberechtigten ein fremdes Verhalten zuzurechnen ist, und wird daher hier nicht erörtert. Arbeitet man mit der Figur des "venire contra factum proprium", was zumindest im Hinblick auf § 351 in Betracht kommt, so bedeutet eine Fremdhafung, daß der Rücktritt gegen § 242 verstößt, weil er gegen § 242 verstoßen würde, wenn der Rücktrittsberechtigte das fremde - auf ihn zu projizierende Verhalten - an den Tag gelegt hätte.

aa) Der Verlust des Rücktrittsrechts

Der Rücktrittsberechtigte verliert zunächst sein Rücktrittsrecht, wenn er eine wesentliche Verschlechterung (oder die Unmöglichkeit der Herausgabe) des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat (§ 351 S. 1), wobei das von dem

Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines anderen dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleichstehen soll (§ 351 S. 2). Daß § 351 nur auf § 278 und nicht auch auf § 549 III verweist, bedeutet kein Votum gegen eine Fremdhaftung in Form der Ausübungshaftung, sondern beruht nur darauf, daß der Gesetzgeber § 278 als die Generalnorm der Fremdhaftung angesehen hat, ohne zu erkennen, daß von ihm selbst in § 549 III anerkannte Ausübungshaftung eine gegenüber der Zweckverfolgungshaftung des § 278 eigenständige Form der Fremdhaftung ist.¹ Der Rücktrittsberechtigte haftet daher für alle Personen, deren Handeln als Ausübung der Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, einem eigenen Handeln gleichsteht, also für alle Personen, denen er die Einwirkung auf die Sache gestattet hat. Allerdings verliert jemand, wie schon öfter hervorgehoben wurde, seine Position, wenn er die Sache einem anderen überläßt, ohne sie selbst noch weiter benutzen zu dürfen.² Danach würde der Rücktrittsberechtigte nicht sein Rücktrittsrecht verlieren, wenn er die Sache vermietet (oder verliehen) hat, und der Mieter sie beschädigt (sofern nicht die Vermietung schon ein eigenes Verschulden des Rücktrittsberechtigten darstellt, was - jedenfalls bei einer Vermietung vor Kenntnis der Rücktrittsvoraussetzungen - nicht ohne weiteres anzunehmen ist). Es wurde aber bereits dargetan,³ daß der Mieter (oder sonst zum Gebrauch einer Sache Berechtigte), der die Sache weitervermietet hat, für den Eigentümer (=Vermieter) weiterhin Inhaber der Position bleibt, weil der Eigentümer die an sich ihm zustehende Befugnis, die Sache zu gebrauchen, nur an denjenigen verloren hat, dem er sie eingeräumt hat. Entsprechendes gilt für das Verhältnis des Rücktrittsgegners zum Rücktrittsberechtigten.⁴ Der Rücktrittsberechtigte muß also in gleichem Umfang für fremdes Verhalten einstehen wie ein Mieter, wobei es keine Rolle spielt, daß es im Rahmen des § 351 nicht um Schadensersatz, sondern um den Verlust eines Gestaltungsrechts geht.

Manche Autoren lassen es für den Verlust des Rücktrittsrechts (und die Haftung nach §§ 347, 989 wegen Verschlechterungen der Sache vor dem Rücktritt) genügen, daß die Verschlechterung (der Untergang) der Sache auf eine "freie Handlung" des Rücktrittsberechtigten zurückzuführen ist¹ oder (was wohl auf das gleiche hinausläuft) die Verwirklichung eines Risikos darstellt, dem der Rücktrittsberechtigte die Sache im Zuge seiner Dispositionen ausgesetzt hat.² Dann spielt vermutlich die Fremdhftung keine Rolle, da schon die zur Verschlechterung der Sache führende Gebrauchsüberlassung die Haftung des Rücktrittsberechtigten rechtfertigt. Allerdings dürfte diese Ansicht kaum mit dem geltenden Recht vereinbar sein; denn abgesehen davon, daß ein Verschulden (auch wenn es nicht um die Vorwerfbarkeit einer Pflichtverletzung geht) irgendeine Unachtsamkeit voraussetzt, würde die sich aus ihr ergebende Irrelevanz einer Fremdhftung die Verweisung auf § 278 sinnlos machen.³

bb) Die Haftung nach § 347

Der Rücktrittsberechtigte haftet im Falle des Rücktritts wegen einer Verschlechterung der Sache (oder der Unmöglichkeit ihrer Herausgabe) vom Empfang der Leistung an nach § 989 (§ 347 S. 1). Diese Haftung wird nur in den Fällen relevant, in denen es um eine nur unwesentliche Verschlechterung der Sache geht oder zwar um eine wesentliche, aber erst nach dem Rücktritt eingetretene, da andernfalls der Rücktrittsberechtigte schon das Rücktrittsrecht nach § 351 verloren hat.

Für die Fremdhftung des Rücktrittsberechtigten im Rahmen der §§ 347 S. 1, 989 gilt genau das gleiche wie für die im Rahmen des § 351. Allerdings spielt die Fremdhftung keine große Rolle im Hinblick auf die Verschlechterung der Sache nach dem Rücktritt; denn nach dem Rücktritt trifft den Rücktrittsberechtigten zumeist der Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung, wenn er anderen Personen den Gebrauch der Sache gestattet.⁴ Es gibt aber auch Fälle, in

denen der Rücktrittsberechtigte die Sache gebrauchen und damit auch: einem anderen zum Gebrauch überlassen darf, ohne sich allein schon deshalb dem Vorwurf des Verschuldens auszusetzen.¹

d) Die Haftung wegen der Verletzung der Interessen
des Versicherers

Der Eintritt des Versicherungsfalles und damit auch die Erhöhung seiner Wahrscheinlichkeit ist für sich genommen wegen des Zweckes des Versicherungsvertrages keine Verletzung der Interessen des Versicherers. Daher verletzt auch eine Gefahrerhöhung nicht per se das durch das Verbot gefahrerhöhenden Verhaltens (§ 23 VVG oder spezielles Verbot) geschützte Interesse des Versicherers am Zustand der versicherten Sache, sondern nur in Verbindung mit einem dem Verbot zuwiderlaufenden Verhalten. Da eine Norm nur das Verhalten dessen negativ bewerten kann, an den sie adressiert ist, scheidet demgemäß, wie schon im Zusammenhang mit § 278 dargetan,² eine Haftung des Versicherungsnehmers nach § 25 VVG für fremde Gefahrerhöhungen aus. Den Versicherungsnehmer treffen also auch dann nicht die Rechtsfolgen des § 25 VVG, wenn eine Person die Gefahrerhöhung herbeigeführt hat, der er den Gebrauch der versicherten Sache gestattet hat, und deren Verhalten daher als Ausübung der Möglichkeit, die Sache zu benutzen, einem eigenen gleichsteht. Will der Versicherer Konsequenzen aus den Gefahrerhöhungen solcher Personen ziehen dürfen, muß er Entsprechendes vereinbaren.

Auch im Rahmen des § 61 VVG, kommt eine Fremdhaftung nicht in Betracht. Hat also jemand, dem der Versicherungsnehmer den Gebrauch der versicherten Sache gestattet hat, den Versicherungsfall grob fahrlässig herbeigeführt, ist der Versicherer nur leistungsfrei, wenn dies vertraglich vereinbart worden ist.

III. Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen

1. Die vertragliche Haftung

Eine vertragliche Fremdhaftung in Form der Ausübungshaftung wegen der Verletzung eines sonstigen Interesses, kommt überall dort in Betracht, wo B durch den Gebrauch einer Sache (oder durch Einwirkungen auf eine Sache), die einer Position des A unterliegt, Rechtsgüter eines Vertragspartners des A verletzt. Eine eigenständige Bedeutung gewinnt die Ausübungshaftung allerdings nur in den Fällen, in denen der Gebrauch der Sache weder den A von der Herbeiführung eines dem Geschädigten geschuldeten Erfolges entlastet hat, noch der Produktion eines Ergebnisses diente, das an A als Arbeitgeber des B appropriiert ist, da andernfalls A schon nach § 278 oder den Grundsätzen der über § 278 hinausgehenden (in §§ 431, 456 HGB gesetzlich geregelten) Arbeitnehmerhaftung haftet.¹ Die Ausübungshaftung wird also nur relevant, wenn der schadensstiftende Gebrauch der Sache kein Handeln für A gewesen ist, oder wenn B zwar für A auf die Sache eingewirkt hat, aber nicht Gehilfe bei der Herbeiführung eines dem Geschädigten geschuldeten Erfolges oder Arbeitnehmer des A gewesen ist.

a) Die Äquivalenz fremden Handelns als Ausübung einer Position

Fälle, in denen die Äquivalenz fremden Handelns als Ausübung einer Position des A (im Hinblick auf eine vertragliche Ausübungshaftung des A) relevant ist, weil der Gebrauch der Sache kein Handeln für A war, sind solche, in denen ein Mieter von Räumen des A oder einer seiner Angehörigen (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte) durch den - nicht für A tätigen - Benutzer anderer in dem Haus des A gelegener Räume geschädigt wurde.

Ein Handeln des B kann als Ausübung einer Position einem solchen des A nur gleichstehen, wenn A zum Zeitpunkt des Handelns die Position noch innehat. Das ist auch dann nicht mehr der Fall, wenn A zu diesem Zeitpunkt zwar noch Inhaber einer sich auf die in Frage stehende Sache beziehenden Rechtsposition ist, diese ihn aber nicht mehr dazu befugt, die Sache ohne Zustimmung des B (oder eines Dritten) zu benutzen.¹

Daher übt der Mieter von Räumen keine Position des Hauseigentümers (=Vermieters) aus, und der Eigentümer haftet nicht, wenn durch den Gebrauch der Räume einem anderen Mieter ein Schaden zugefügt wird, ein Ergebnis zu dem auch die h.M. kommt, ohne es allerdings, wie früher dargetan,² von ihren Prämissen her begründen zu können. Der Eigentümer kann aber für Mieterschäden haften, die durch Personen verursacht worden sind, denen er den Mitgebrauch seiner Wohnung (und das heißt: den Aufenthalt in seiner Wohnung)³ oder seiner Geschäftsräume gestattet hat, ohne ihnen ein Gebrauchsrecht einzuräumen. Beispiel: Der Eigentümer betreibt in seiner Wohnung eine Arztpraxis. Ein Patient vergißt den Wasserhahn in der Toilette abzustellen. Dadurch erleidet der darunter wohnende Mieter einen Schaden.⁴

Fälle, in denen trotz Tätigwerdens des B für A (nach der hier vertretenen Ansicht)⁵ eine Gehilfenhaftung ausscheidet (weil B weder Leistungsgehilfe noch Arbeitnehmer des A ist), das Handeln des B aber als Ausübung einer (Sach-)Position einem solchen des A gleichsteht, sind z.B. folgende: Eine Gemeinde, die ein Elektrizitätswerk betreibt, läßt durch einen selbständigen Unternehmer Straßenarbeiten (oder dergleichen) durchführen. Hierbei wird ein Stromkabel beschädigt. Den Stromabnehmern entsteht durch die Stromunterbrechung ein Schaden.⁶ Oder: Der Eigentümer eines Hauses beauftragt einen Handwerker mit Arbeiten im Haus, der diese fehlerhaft durchführt und dadurch einen Mieter (dem die Arbeiten nicht geschuldet waren) schädigt.⁷

Eine Gehilfenhaftung des A scheidet (mangels funktionaler Äquivalenz des schadenstiftenden Fremdhandelns) auch aus,

wenn B zwar Leistungsgehilfe oder Arbeitnehmer des A war, den Schaden aber nicht in Verfolgung der vorgegebenen Zwecke angerichtet hat¹. Für die Äquivalenz des Handelns des B als Ausübung einer Position kommt es dagegen nicht darauf an, ob B die vorgegebenen Zwecke verfolgt hat (und auch nicht, ob ein "innerer Zusammenhang" zwischen dem schadenstiftenden Handeln und der übertragenen Tätigkeit besteht).² Das bedeutet z.B., daß der Vermieter von Räumen dem Mieter haften kann, wenn ein in den Räumen des Vermieters tätiger Arbeitnehmer den Mieter durch ein "privaten" Zwecken dienendes Handeln geschädigt hat.³

b) Die Äquivalenz des fremden Handelns im Hinblick auf die Gefahr der eingetretenen Verletzungen ("Äquivalenz des Ausübungsrisikos")

Die Ausübungshaftung des A setzt nicht nur voraus, daß das Handeln des B als Ausübung einer Position einem solchen des A gleichsteht, sondern darüber hinaus, daß A (irgendwann) zur Vermeidung der eingetretenen Verletzungen Verhaltensnormen hätte beachten müssen, wenn er statt B in Ausübung der Position gehandelt hätte; denn nur, wenn den A im Falle eigenen Handelns eine derartige Pflicht zur Schadloshaltung getroffen hätte, ist der Verletzte ungerechtfertigt benachteiligt, wenn A wegen seiner fehlenden Identität mit B nicht so haftet, wie er als Urheber des Handelns des B haften würde.⁴ Dieses Erfordernis einer "Äquivalenz des Ausübungsrisikos" ist bei Verletzungen eines Interesses am Zustand des in Frage stehenden Sachverhaltsbereichs, wie in der Modellskizze ausgeführt, immer erfüllt, also ohne Rücksicht darauf, wie A sich verhalten haben würde, wenn er an Stelle des B die Position ausgeübt hätte. Das ist bei Verletzungen sonstiger Interessen anders. Hier muß man (wenigstens in gewissem Umfang) wissen, wie A an Stelle von B in Ausübung der Position gehandelt hätte, um feststellen zu können, ob das Erfordernis der Äquivalenz des Ausübungsrisikos erfüllt ist.

Etwas anderes gilt allerdings, wenn, was praktisch nie der Fall sein wird, alle Ausübungsalternativen (in hinreichendem Maße) mit der Gefahr der eingetretenen Verletzungen behaftet sind. Ferner gibt es Verhaltensnormen, die nicht erst im Verlauf eines bestimmten Handelns eingreifen, also nicht die Art und Weise der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit betreffen, sondern ein bestimmtes Handeln mit Rücksicht (auch) auf die Interessen des C von vornherein verbieten (Beispiel: Rauchen in feuergefährlichen Räumen, deren Brand Rechtsgüter des C gefährdet). Solche Verhaltensnormen hätte A immer beachten müssen, also unabhängig davon, wie er ex post gesehen gehandelt hätte.¹ Hat B daher den C durch ein gegen solche Verhaltensnormen verstoßendes Handeln geschädigt, so ist die Äquivalenz des Ausübungsrisikos ohne weiteres zu behaupten.²

Das hypothetische Handeln des A kann sich zunächst daraus ergeben, daß er den B angewiesen hat, bestimmte Handlungen in oder an dem in Frage stehenden Sachverhaltsbereich vorzunehmen. Hat ein solches Handeln daher den Schaden herbeigeführt, dann steht fest, daß auch A Verhaltensnormen hätte beachten müssen, um die eingetretenen Verletzungen zu vermeiden. Der Hauseigentümer haftet daher z.B., wenn er Handwerker mit einer Reparatur in seiner Wohnung beauftragt hat, durch deren unsachgemäße Vornahme ein Mieter geschädigt wurde.³

Daß das Handeln des A (zu irgendeinem Zeitpunkt) in einem für die Bejahung der Risikoäquivalenz ausreichenden Umfang mit dem des B übereingestimmt hätte, kann auch daraus folgen, daß der Gebrauch der Sache typischerweise bestimmte Handlungen mit sich bringt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Schaden durch den Gebrauch von Räumen entstanden ist, in denen wegen ihrer begrenzten Funktion nur bestimmte Handlungen vorgenommen werden (wie z.B. Badezimmer, Toilette, Küche)⁴. Aber auch, wenn es nicht - wie zumeist - um Schäden geht, die durch die

Benutzung derartiger Räume entstanden sind, ist das Erfordernis der Risikoäquivalenz erfüllt, wenn der eingetretene Schaden die Verwirklichung eines Risikos darstellt, das mit dem üblichen Gebrauch verbunden ist.

Insgesamt läßt sich sagen, daß in den Fällen, in denen eine Ausübungshaftung des A gegenüber einem Vertragspartner relevant wird, die Haftung des A in der Regel nicht an der fehlenden Äquivalenz des Ausübungsrisikos scheitert.

2. Sonstige Haftungstatbestände

a) Die deliktische Haftung

Hat B durch den Gebrauch einer Sache, die einer Position des A unterliegt, jemanden verletzt, und hätte A als Urheber des Handelns des B nur einen Deliktstatbestand erfüllt, kommt eine Haftung des A de lege lata nicht in Betracht. Allerdings scheidet eine Haftung ohnehin aus, wenn A dem B den Gebrauch der Sache überlassen hat, ohne sie selbst noch weiter benutzen zu dürfen, mag er auch weiterhin Eigentümer (oder Inhaber einer sonstigen Rechtsposition) geblieben sein.¹ Die Ausübungshaftung im Deliktsrecht (wegen Verletzung sonstiger Interessen) liefe daher im wesentlichen auf eine Haftung des unmittelbaren Besitzers für Schäden hinaus, die ein Besitzdiener (oder ein Angehöriger, der Mitbesitzer ist) durch den Gebrauch der Sache angerichtet hat. Außerdem müßte der Schaden die Verwirklichung eines mit dem üblichen Gebrauch verbundenen Risikos sein,² da sich andernfalls nicht feststellen läßt, ob auch der Besitzer im Falle eigenen Gebrauchs das Risiko dieses Schadens so gesetzt hätte, daß er zu seiner Vermeidung Verhaltensnormen hätte beachten müssen ("Äquivalenz des Ausübungsrisikos").³ Eine Haftung in diesem Rahmen wäre auch nicht ganz überflüssig, wenn der Gesetzgeber im Deliktsrecht eine Fremdhftung (ohne eigene Tatbestandsverwirklichung) in Form der Zweckverfolgungshaftung anerkennen würde (Reform des § 831);⁴ denn nicht jeder Gebrauch einer Sache durch die genannten Personen entlastet den Besitzer von eigener Tätigkeit.⁵

b) Die Haftung im Rahmen des § 254 I

Hat C eine Sache des A in haftungsbegründender Weise beschädigt, die B mit Zustimmung des A benutzte, und wirkte dabei ein Verhalten des B mit, das auf A projiziert den Vor-

wurf eines Mitverschuldens des A nach § 254 I begründen würde, dann würde die h.M. den Anspruch des A nach §§ 254 I, 278 kürzen ("Bewahrungsgelhilfe")¹. Die Rspr. würde allerdings die Anwendung des § 278 davon abhängig machen, ob zwischen A und C eine schuldrechtliche Sonderbeziehung bestanden hat oder nicht. Nach der hier vertretenen Konzeption käme an sich eine Kürzung des Anspruchs nach den Grundsätzen der Ausübungshaftung in Betracht. Wie schon früher dargetan,² ist aber das durch die "Schadensfernhaltungsobliegenheit" des § 254 I geschützte Interesse des Schädigers³ nicht schon verletzt, wenn ein Schaden eingetreten ist, den er ersetzen muß, sondern nur, wenn der Schaden die Folge eines obliegenheitswidrigen Umgangs mit den Rechtsgütern des Geschädigten darstellt. Das bedeutet, daß nur der Geschädigte selbst das berechnigte Interesse des Schädigers verletzen kann; denn eine Norm bewertet nur das Verhalten desjenigen negativ, dessen Verhalten sie als Bestimmungsnorm regelt. Somit scheidet eine Fremdhaftung mangels Interessenverletzung aus. Etwas anderes (Anwendung des § 278) gilt nur, wenn besondere, auf Grund von § 254 I (oder 254 II) zu treffende Schadensfernhaltungsmaßnahmen unterblieben sind, die ein anderer für den Geschädigten treffen sollte.⁴

Die hier propagierte Ablehnung der Fremdhaftung⁵, die im Einklang mit dem Wortlaut des § 254 steht, belastet auch, wie ebenfalls schon ausgeführt⁶, den Schädiger nicht unbillig. Hat derjenige, der die beschädigte Sache benutzt hat, den Schaden mitverschuldet, so ist er dem (Erst-) Schädiger seinem Verantwortungsbeitrag entsprechend zum Ausgleich verpflichtet (§§ 840, 426, 254 analog). Haftet der Mitschädiger dem Geschädigten aus besonderen Gründen nicht, so kann richtiger Ansicht nach der Geschädigte schon ohne Rücksicht auf eine Fremdhaftung den (Erst-)Schädiger nur insoweit in Anspruch nehmen, als dies dessen Verantwortungsbeitrag entspricht. Da die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem

Arbeitgeber in der Regel ausgeschlossen ist (gefährgeneigte Arbeit"), kürzt sich daher im Falle einer Mitverursachung des Schadens durch einen Arbeitnehmer des Geschädigten - hier könnte man die Ablehnung der Fremdhaftung noch am ehesten als unbillig empfinden - der Schadensersatzanspruch gegen den (Erst-)Schädiger ohnehin. Die hier vertretene Ansicht bedeutet also praktisch, daß der (Erst-)Schädiger Gefahr läuft, seinen Ausgleichsanspruch gegen einen selbständigen Mitschädiger nicht realisieren zu können, weil dieser in Konkurs fällt. Dieses Risiko zu tragen, kann ihm aber zugemutet werden.

Allerdings steht nach § 9 StVG¹ das Mitverschulden dessen, der die tatsächliche Gewalt über die beschädigte Sache ausgeübt hat, dem Mitverschulden des Geschädigten gleich. Hierin liegt aber nicht die Anerkennung einer Ausübungshaftung im Rahmen des § 254 I; denn nicht jeder in dessen Gewalt sich eine Sache befindet, übt die Position des Eigentümers an dessen Stelle aus, so z.B. nicht derjenige, der die Gewalt über die Sache rechtswidrig erlangt hat. Auch in das Fremdhaftungskonzept der h.M. läßt sich die Vorschrift nicht einordnen. Sie wird daher als ein über die normale Zurechnung fremden Mitverschuldens hinausgehender Sondertatbestand angesehen, der zum teilweisen Ausgleich für die scharfe Haftung nach dem StVG geschaffen worden ist,² und keine Anwendung findet, wenn sich der Schadensersatzanspruch auf eine (normale) Verschuldenshaftung gründet.³

B. Sonstige Fälle der Ausübungshaftung

I. Die Haftung wegen der Verwertung von Informationen

Auch die Verwertung einer Information ist Ausübung der Möglichkeit, einen bestimmten "Gegenstand" zum Objekt von Handlungen zu machen, gleichgültig wie dieser "Gegenstand" im einzelnen zu definieren ist. Zwischen einer Sache und einer Information besteht also unter dem Aspekt der Ausübungshaftung kein relevanter Unterschied. A kann daher für die Verwertung einer Information durch B haften, wenn die Information einer Rechtsposition des A unterliegt, und A sie dem B zugänglich gemacht hat (= Eröffnung des in Frage stehenden Sachverhaltsbereichs). Eine solche Haftung wird relevant, wenn es um die unbefugte Weitergabe einer Information geht, die C dem A¹ oder dem B als dem Beauftragten des A anvertraut hatte.²

Eine Information, die A dem B zugänglich gemacht hat, unterliegt einer (für die Ausübungshaftung ausreichenden) Rechtsposition des A dann, wenn A gegenüber B befugt ist, über die Verwertung der Information zu entscheiden, so daß B pfichtwidrig handelt, wenn er die Information zu anderen als den von A bestimmten Zwecken benutzt. Das ist vor allem der Fall, wenn es sich um vertrauliche Informationen handelt, die B erhalten hat, weil er sie für eine den Zwecken des A dienende Tätigkeit benötigt. Die Verwertung einer Information durch B steht also als Ausübung der Möglichkeit, diese Information zu benutzen, einem eigenen Handeln des A gleich ("Ausübungsäquivalenz"), wenn A dem B die Information zugänglich gemacht hat, und B sie nur in einer von A bestimmten Weise benutzen darf.

Das Erfordernis der Äquivalenz des Ausübungsrisikos spielt, wie dargetan¹, keine haftungsbeschränkende Rolle, wenn es um eine Haftung wegen der Verletzung des Interesses am Zustand des in Frage stehenden Sachverhaltsbereichs geht. Die Haftung wegen der Weitergabe einer Information stellt eine solche Haftung dar, da sie sich auf das Interesse des Verletzten an der "Befindlichkeit" der Information gründet.

Da eine deliktische Ausübungshaftung de lege lata ausscheidet, haftet A nur, wenn er, falls er statt B die Information weitergegeben hätte, dem C wegen der Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten haften würde. Das schränkt jedoch im allgemeinen die Fremdhftung nicht ein, da es in den Fällen, in denen diese relevant wird, zumeist um Informationen geht, die dem A (oder direkt dem B als dem Beauftragten des A) im Rahmen vertraglicher Beziehungen anvertraut worden sind.

Die Ausübungshaftung wegen der Weitergabe von Informationen bedeutet vor allem, daß Wirtschaftsprüfer, Anwälte, Ärzte oder auch Unternehmer, die einen Know-how-Vertrag geschlossen haben, ihren Vertragspartnern für Indiskretionen ihrer Angestellten haften. Die h.M. würde in solchen Fällen (zu Unrecht) mit § 278 arbeiten ("Gehilfe bei der Erfüllung von Unterlassungspflichten")². Was die Haftung der Gründungs- und Abschlußprüfer nach dem AktG betrifft (§§ 49, 168), so gab es allerdings früher auch Stimmen, die gegen eine Anwendung des § 278 plädierten (und sich daher genötigt sahen, eine Fremdhftung ohne eigenen Tatbestandsverwirklichung überhaupt abzulehnen)³.

II. Die Haftung einer Person wegen Änderungen ihrer Rechtsstellung

Auch die rechtliche Stellung einer bestimmten Person im Verhältnis zu ihrer Umwelt ist Gegenstand handlungsbedingter Änderungen. Allerdings könnten die entsprechenden Handlungen physisch gesehen genausogut ohne die Existenz dieses Gegenstandes vorgenommen werden. Sie wären dann aber sinnlos, und die Sinnlosigkeit eines Handelns steht seiner Unmöglichkeit gleich. Somit ist ein Handeln, das dem Willen des Handelnden gemäß zu einer Änderung der Rechtsstellung einer Person führt, doch Ausübung der Möglichkeit, diese Rechtsstellung zum Gegenstand eines auf ihre Änderung bezogenen Handelns zu machen. Hat sich daher A dem C gegenüber verpflichtet, gewisse Änderungen seiner Rechtsstellung nicht herbeizuführen, so kommt eine Haftung des A (in Form der Ausübungshaftung) in Betracht, wenn B eine solche Änderung bewirkt.

Die Möglichkeit, die (private) Rechtsstellung des A zu verändern, ist kraft des Prinzips der Privatautonomie von vornherein dem A vorbehalten. Das Erfordernis der Eröffnung des in Frage stehenden Sachverhaltsbereichs ist erfüllt, wenn A dem B ermöglicht hat, eine Änderung seiner Rechtsstellung herbeizuführen, wenn also A den B bevollmächtigt hat, Änderungen der eingetretenen Art herbeizuführen^{1,2} wobei die Bevollmächtigung allerdings keine eigenständige Bedeutung hat, da ein "Fremder" ohne sie die Rechtsstellung des A (zumeist)³ gar nicht verändern kann, wenn man von den hier nicht interessierenden Fällen der gesetzlichen Vertretung und der Vertretung "kraft Amtes" absieht. Hat daher B (kraft einer ihm erteilten Vollmacht) eine Änderung der Rechtsstellung des A bewirkt, so steht sein Handeln als Ausübung der Möglichkeit, die Rechtsstellung des A zu verändern, einem eigenen Handeln des A gleich ("Ausübungsäquivalenz").

Das Erfordernis der Äquivalenz des Ausübungsrisikos spielt in den hier angesprochenen Fällen keine haftungsbeschränkende Rolle, da die Haftung wegen einer Änderung der Rechtsstellung einer Person eine solche wegen der Verletzung eines Interesses am Zustand des in Frage stehenden Sachverhaltsbereichs darstellt.¹

Die Grundsätze der Ausübungshaftung führen also dazu, daß A dem C haftet,² wenn B Änderungen der Rechtsstellung des A herbeiführt (=Abschluß von Rechtsgeschäften mit Wirkung für A),³ die zu unterlassen A dem C gegenüber verpflichtet ist, und A als Urheber dieser Änderungen den Tatbestand einer schuldhaften Vertragsverletzung erfüllt hätte. Die Heranziehung des § 278 ("Gehilfe bei der Erfüllung von Unterlassungspflichten")⁴ ist demgegenüber verfehlt, und auch die Annahme eines entsprechenden Garantieversprechens wäre zumeist nur eine Scheinbegründung.

Zweites Kapitel

Die Fremdhaftung kraft Identifikation des Urhebers tatbestandsmäßigen Handelns mit dem Inhaber eines Vermögens im Hinblick auf die Haftungsfolgen

In den bisher erörterten Fällen folgt die Fremdhaftung daraus, daß der Haftende einen Haftungstatbestand erfüllt hätte, wenn er und nicht ein anderer Urheber eines Verhaltens gewesen wäre, und die fehlende Identität des Haftenden mit dem Handelnden negiert wird. Bei der nunmehr zu besprechenden Form der Fremdhaftung hat eine Person einen Haftungstatbestand erfüllt, mit den Haftungsfolgen wird aber (auch) ein anderer belastet. Allerdings kann es dabei streng genommen nicht um die Ausgleichspflicht gehen. Da eine Pflicht als Sollen einer Person ihrem Inhalt nach unlösbar mit der Person des Verpflichteten verknüpft ist, die Pflicht des B also auch bei Identität des geschuldeten Erfolges etwas anderes ist als die des A, kann man die an die Tatbestandserfüllung geknüpfte Pflicht einer Person nicht auf eine andere Person beziehen und dennoch die von der Norm vorgesehene Rechtsfolge eintreten lassen. Anders steht es mit der Vermögenshaftung. Da sie ihrem Inhalt nach unabhängig von der Person des Vermögensinhabers ist, und die Haftungsnorm nicht das Vermögen des Verpflichteten als Ansammlung individuell bestimmter Gegenstände der Haftung unterwirft, besteht rechtslogisch kein Hindernis, das Vermögen des A als Folge der Tatbestandsverwirklichung des B haften zu lassen. Die Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung kann daher zunächst nur bedeuten, daß wegen der Ausgleichspflicht desjenigen, der den Tatbestand erfüllt hat, (auch) das Vermögen des Haftenden dem Zugriff des Verletzten unterliegt, und ist daher eine Haftung im engen Sinne des Wortes. Wenn dennoch der Haftende auch zum Schuldner der Ausgleichspflicht ge-

macht wird, so ist das nur das rechtstechnische Mittel, um diese Vermögenshaftung auf möglichst einfache Weise zu bewerkstelligen.

1. Abschnitt: Das Modell der Haftung

1. Unterabschnitt: Gründe und Voraussetzungen der Haftung im allgemeinen

Die Haftung des Vermögens einer Person wegen deren tatbestandsmäßigen Handelns bedeutet Haftung wegen der Folgen einer so und so gearteten Willensbetätigung dieser Person. Sind demnach Körperbewegungen nicht als solche, sondern nur als Betätigung des Willens ihres Urhebers haftungsrechtlich relevant, dann folgt auch die Haftung des Vermögens einer Person nicht aus deren physischer Identität mit dem Urheber bestimmter Bewegungen als solcher, sondern daraus, daß infolge der physischen Identität der Wille, der sich durch die Bewegungen betätigt hat, identisch mit dem des Vermögensinhabers ist. Nun kann aber ein fremder Wille an Stelle des eigenen für die Wahrnehmung eigener Angelegenheiten rechtlich maßgeblich sein, so daß ein fremder Handlungswille, der stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung eigener Angelegenheiten ist, so an die Stelle einer eigenen Entscheidung tritt, daß eine Diskrepanz zwischen dem fremden und dem eigenen Wollen zumindest rechtlich gesehen unmöglich ist. Dann besteht Anlaß, das Erfordernis der Identität des Urhebers tatbestandsmäßigen Handelns mit dem Inhaber des haftenden Vermögens zu relativieren. Ist für die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A nicht der Wille des A, sondern der des B maßgeblich (die Maßgeblichkeit fremden Willens für die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögensinhabers), und ist der durch das tatbestandsmäßige Handeln des B betätigte Wille stellvertretende Entscheidung

über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A (der durch das tatbestandsmäßige Fremdhandeln betätigte Wille als stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögensinhabers), dann ist die fehlende Identität des B mit A kein hinreichender Grund, um das Vermögen des A dem Zugriff des Verletzten zu entziehen, dem es im Falle der Identität des B mit A unterworfen wäre. Wenn B durch Unterlassen eines Handelns einen Haftungstatbestand erfüllt hat, kommt es darauf an, ob der durch die Vornahme des Handelns betätigte Wille eine stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheit des A gewesen wäre.

Ließe man das Vermögen von Personen, über deren Angelegenheiten nicht ihr Wille entscheidet, nicht wegen eines tatbestandsmäßigen Handelns ihrer "Vertreter" (sofern es Realisierung stellvertretenden Wollens ist) haften, so würde darin also eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Verletzten liegen. Außerdem würden diese Personen aber auch gegenüber denjenigen ungerechtfertigt bevorzugt, die selbst über die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten entscheiden und daher mit dem Risiko belastet sind, wegen der Betätigung des für sie maßgeblichen Willens haften zu müssen. Der Gleichheitssatz fordert somit auch unter dem Aspekt einer gleichmäßigen Belastung der Rechtsunterworfenen mit dem Haftungsrisiko eine Vermögenshaftung in den genannten Fällen.

2. Unterabschnitt: Die Voraussetzungen der Haftung im einzelnen

A. Die Maßgeblichkeit fremden Willens für die Angelegenheiten des Vermögensinhabers

Nach dem Prinzip der Privatautonomie ist grundsätzlich der eigene Wille für die Wahrnehmung der eigenen Angelegen-

heiten maßgeblich. Etwas anderes gilt nur, wenn eine Person keinen eigenen Willen hat, oder der eigene Wille von der Rechtsordnung nicht als maßgeblich anerkannt wird. Personen, deren Wille für die Wahrnehmung der Angelegenheiten anderer (an Stelle deren Willens) rechtlich maßgeblich ist, sind daher die gesetzlichen Vertreter im weitesten Sinne des Wortes, also die gesetzlichen Vertreter Minderjähriger, die Organe juristischer Personen, sowie Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter und sonstige "Vertreter kraft Amtes". Ferner zählen hierzu, wie sich noch herausstellen wird, die geschäftsführenden Gesellschafter einer OHG oder einer BGB-Gesellschaft.

B. Der durch das tatbestandsmäßige Handeln betätigte Wille als stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögensinhabers

I. Das Wollen eines Handelns als stellvertretende Entscheidung

Das Wollen eines Handelns ist eine Entscheidung darüber, ob ein Erfolg herbeigeführt werden soll, und Entscheidung über die Art und Weise, in der der Erfolg herbeizuführen ist. Soll daher das Wollen eines bestimmten Handelns stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten einer anderen Person sein, dann muß sowohl das Wollen des mit dem Handeln erstrebten Erfolges, als auch das Wollen dieses Handelns als Mittel zur Herbeiführung des Erfolges an die Stelle einer Entscheidung des Vertretenen getreten sein.

1. Das Wollen des mit dem Handeln erstrebten Erfolges als stellvertretende Entscheidung

Das Wollen eines Erfolges ist nur dann eine stellvertretende Entscheidung (und nicht nur eine schlicht eigene

des Wollenden), wenn der Erfolg eine andere Person so betrifft, daß das Wollen dieses Erfolges "an sich" (und d.h. in dem hier erörterten Zusammenhang: wenn die andere Person willensfähig, oder jedenfalls ihr Wille maßgeblich wäre) Sache dieser Person wäre. Das ist der Fall, wenn der Erfolg den Rechtskreis einer Person berührt. Das bedeutet, daß ein Handeln des gesetzlichen Vertreters (im weitesten Sinn des Wortes), soll sein Wollen stellvertretende Entscheidung sein, durch das Wollen eines (nicht notwendig schon genau bestimmten) Erfolges ausgelöst worden sein muß, der in der Veränderung der Rechtsstellung des Vertretenen besteht oder in einer Einwirkung auf einen einer Rechtsposition des Vertretenen unterliegenden Sachverhaltsbereich.

Es kann sein, daß der "gesetzliche Vertreter" nicht dazu legitimiert ist, über alle den Rechtskreis des Vertretenen berührenden Angelegenheiten zu entscheiden, sondern nur über einen bestimmten Bereich, sei es daß für den verbleibenden Bereich der Wille des Vertretenen maßgeblich ist (wie z.B. im Falle der Testamentsvollstreckung) oder der Wille anderer "gesetzlicher Vertreter" (z.B. anderer Vorstandsmitglieder). Dann muß der von dem Vertreter erstrebte Erfolg seinem Inhalt nach zu den Angelegenheiten gehören, für die er zuständig ist (Zuständigkeitserfordernis).

Der stellvertretende Charakter einer Entscheidung wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß der erstrebte Erfolg nicht nur den Interessen des Vertretenen dienen sollte. Stellt der Erfolg eine von dem Vertreter gewollte Minderung der Position des Vertretenen dar, so muß hierfür aber wenigstens ein Grund vorliegen, der auch den Vertretenen, falls (er eine willensfähige Person wäre und) sein Wille über die Wahrnehmung seiner Angelegenheiten entscheiden würde, dazu bewogen haben könnte, diesen Erfolg herbeizuführen

(Erfordernis der Möglichkeit eigenen Wollens). Das ist nicht der Fall, wenn der Vertretene durch die Herbeiführung des Erfolges schlicht geschädigt werden sollte.

Für die Frage, ob ein Handeln der Herbeiführung eines Erfolges im oben gekennzeichneten Sinne dienen sollte, kommt es rein rechtlich gesehen nicht auf den Inhalt des Handelns an, insbesondere auch nicht darauf, ob das Handeln einen solchen Erfolg "unmittelbar" hervorbringt. De facto kann aber natürlich der Inhalt des Handelns eine bedeutende Rolle als Indiz für das Vorhandensein oder Fehlen eines entsprechenden Willens spielen.

2. Das Wollen des Handelns als stellvertretende Entscheidung über die Art und Weise der Herbeiführung des erstrebten Erfolges

Grundsätzlich ist das Wollen eines Handelns, das einen stellvertretend gewollten Erfolg herbeiführen soll, stellvertretende Entscheidung über die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges. Allerdings muß das Handeln eine Zweckverfolgungsalternative sein, für die sich auch der Vertretene entschieden haben könnte, wenn er als willensfähige Person den vom Vertreter erstrebten Erfolg gewollt hätte (Erfordernis der Möglichkeit eigenen Wollens). Das ist insoweit nicht der Fall, als das Handeln so mit der Person des Vertreters verbunden ist, daß sein Wollen voraussetzt, daß er und nicht ein anderer den Zweck verfolgt (Beispiel: Fahrt des Vorstandsmitgliedes einer AG von seiner Wohnung ins Büro).

Will zwar der Vertreter einen (den Rechtskreis des Vertretenen berührenden) Erfolg, für dessen Herbeiführung er zuständig ist, verfolgt er diesen Zweck aber mit Hilfe von Handlungsergebnissen, deren Erzielung nicht unter

seine Zuständigkeit fällt, dann ist das Wollen der Handlungen, die diesen Ergebnissen dienen sollen, ebenfalls keine stellvertretende Entscheidung über die Art und Weise, in der der erstrebte Erfolg herbeizuführen ist (Zuständigkeitserfordernis).

II. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes durch den Vollzug stellvertretender Entscheidung

1. Allgemeines

Der "gesetzliche Vertreter" muß durch ein Handeln, das Vollzug einer stellvertretenden Entscheidung im soeben gekennzeichneten Sinne gewesen ist, oder durch das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug einer stellvertretenden Entscheidung gewesen wäre, einen Haftungstatbestand erfüllt haben. Anzumerken ist dabei noch, daß der Vertretene auch haften kann, wenn sein "gesetzlicher Vertreter" nicht tatsächlich einen Haftungstatbestand erfüllt hat, sondern sich die Erfüllung eines Haftungstatbestandes erst aus der Identifikation des Vertreters mit dem Verhalten eines anderen ergibt. Dann kommt es für die Haftung des Vertretenen darauf an, ob der "gesetzliche Vertreter" als Urheber des fremden Verhaltens den Haftungstatbestand im Vollzug stellvertretender Entscheidung erfüllt hätte. Nur im Wege einer solchen Haftung des Vertretenen wegen einer Fremdhftung seines "gesetzlichen Vertreters" ist es möglich, den Vertretenen für das Verhalten einer Person haften zu lassen, die nicht sein "gesetzlicher Vertreter" ist.

Welchen Haftungstatbestand der "gesetzliche Vertreter" erfüllt hat, ist nach den Grundgedanken der hier erörterten Haftungsform gleichgültig. Insoweit bestehen also keine immanenten Beschränkungen.

2. Zur Haftung für Pflichtverletzungen des "gesetzlichen Vertreters"

Was die Haftung des durch einen "gesetzlichen Vertreter" Vertretenen wegen Pflichtverletzungen des "gesetzlichen Vertreters" angeht, so könnte man der Ansicht sein, daß es hier um eine Haftung für die Verletzung von Pflichten des Vertretenen gehe (weshalb der "gesetzliche Vertreter" ja auch nicht selbst hafte). Daher seien nicht alle Merkmale des Haftungstatbestandes in der Person des Vertreters erfüllt, sondern der die Haftung des Vertretenen begründende Tatbestand ergebe sich daraus, daß das Ausbleiben des von dem Vertretenen geschuldeten Erfolges (=objektive Pflichtwidrigkeit) und das schuldhafte Verhalten des Vertreters "zusammengerechnet" würden. Die Haftung für den gesetzlichen Vertreter wiese demnach eine ähnliche Struktur auf wie die für den Erfüllungsgehilfen und würde sich von dieser nur dadurch unterscheiden, daß für die Bewertung des fremden Verhaltens als schuldhaft nicht die Person des Schuldners sondern die des Handelnden maßgeblich ist (und es außerdem auf eine besondere Einschaltung des "gesetzlichen Vertreters" durch den Schuldner nicht ankommt).

Diese Vorstellung wäre jedoch falsch. Eine Pflicht als eine an den Willen einer Person appellierende Verhaltensnorm¹ kann nur an Personen adressiert sein, deren Wille das geforderte Verhalten in die Tat umsetzen kann². Die durch "gesetzliche Vertreter" Vertretenen sind aber gerade willensunfähig, oder ihr Handlungswille ist jedenfalls nicht maßgeblich. Daher kann sich die Haftung des Vertretenen wegen Pflichtverletzungen des "gesetzlichen Vertreters" nur auf die Verletzung von Pflichten des "gesetzlichen Vertreters" gründen (weshalb sie eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandserfüllung ist, die sich erheblich von der Erfüllungsgehilfenhaftung unterscheidet), und es kommt darauf

an, wann die Erfüllung einer eigenen Pflicht des Vertreters Inhalt stellvertretender Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vertretenen ist, so daß ein fehlerhaftes Erfüllungshandeln (=schuldhaftes Pflichtverletzung) im Vollzug stellvertretender Entscheidung vorgenommen wird (oder das Unterlassen eines Erfüllungshandelns das Unterlassen eines Handelns ist, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung wäre). Das ist der Fall, wenn eine Pflicht den "gesetzlichen Vertreter" an Stelle des Vertretenen trifft, an ihn also als den derzeitigen Inhaber der Vertreterposition und nicht einfach als ein durch seine persönliche Identität gekennzeichnetes Individuum adressiert ist (an den "gesetzlichen Vertreter" als solchen adressierte Pflichten).

Eine Pflicht des "gesetzlichen Vertreters" trifft diesen in seiner Eigenschaft als "gesetzlicher Vertreter" zunächst einmal dann, wenn der "gesetzliche Vertreter" die Voraussetzungen dieser Pflicht nicht selbst erfüllt hat; sondern auf Grund des pflichtenbegründenden Sachverhalts nur eine Pflicht des Vertretenen in Betracht käme, die aber wegen dessen Willensunfähigkeit (oder Unmaßgeblichkeit seines Willens) nicht in seiner Person entstehen kann und daher an den "gesetzlichen Vertreter" adressiert wird.¹ Derartige Pflichten, die meist kurzerhand als solche des Vertretenen angesehen werden,² sind in erster Linie Leistungspflichten aus im Namen des Vertretenen abgeschlossenen Rechtsgeschäften oder gesetzliche Pflichten, die auf Übertragung von Vermögenswerten des Vertretenen gerichtet sind.³ Ferner gehören Schutzpflichten aus einem im Namen des Vertretenen geschlossenen Vertrages oder auf Grund von Verhandlungen, die auf den Abschluß eines solchen Vertrages abzielen, hierher; denn auch sie treffen an sich nur die Partner des geschlossenen oder intendierten Vertrages, wenn man einmal von der "Inanspruchnahme besonderen Vertrauens" durch den Verhandlungsvertreter absieht, die nach h.M. eigene Pflichten des Ver-

treters begründet.¹

Pflichten des "gesetzlichen Vertreters" sind aber auch dann an ihn in seiner Eigenschaft als "gesetzlicher Vertreter" adressiert, wenn ihre Voraussetzungen von vornherein in seiner Person und nicht in der des Vertretenen erfüllt sind, sofern dies auf der Willensunfähigkeit des Vertretenen (oder der Unmaßgeblichkeit seines Willens) beruht. Das ist der Fall, wenn die Pflicht an eine mit einem Recht des Vertretenen verbundene Herrschaftsposition geknüpft ist, die der Vertretene wegen seiner Willensunfähigkeit (oder der Unmaßgeblichkeit seines Willens) nicht selbst einnehmen und ausüben kann, und die daher der "gesetzliche Vertreter" (kraft seiner Stellung als "gesetzlicher Vertreter") innehat. Solche Pflichten sind vor allem die Verkehrssicherungspflichten, die den Zustand von Sachen des Vertretenen betreffen, die sich im Besitz des "gesetzlichen Vertreters" befinden. Allerdings treffen diese Pflichten anders als die oben erwähnten den "gesetzlichen Vertreter" nicht nur in seiner Eigenschaft als "gesetzlicher Vertreter", sondern auch als ein schlicht durch seine persönliche Identität bestimmtes Individuum, da ja die Voraussetzungen dieser Pflichten in seiner Person erfüllt sind. Daher haftet der "gesetzliche Vertreter" für Verletzungen dieser Pflichten auch selbst.

2. Abschnitt: Die Haftung des Vermögens natürlicher Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung im geltenden Recht

1. Unterabschnitt: Die Haftung für gesetzliche Vertreter

A. Allgemeines

Die Haftung für den gesetzlichen Vertreter¹ ist zusammen mit der für Erfüllungsgehilfen in § 278 geregelt. Sie wird im allgemeinen auch insofern ähnlich wie diese begriffen, als man dem Wortlaut des § 278 entsprechend davon ausgeht, daß der Vertretene (im Folgenden wird pars pro toto nur noch vom Minderjährigen gesprochen) für die Verletzung ihn treffender Pflichten durch den gesetzlichen Vertreter haftet, es also nicht um eine Haftung wegen der Verletzung von Pflichten des Vertreters (und damit um eine Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung) geht, eine Vorstellung, die soeben in der Modellskizze angesprochen wurde. Allerdings haften der Minderjährige nicht "wie für eigenes Verschulden", werde also nicht so behandelt, als habe er das Verhalten des Vertreters an den Tag gelegt, da man sonst zumindest in den Fällen der Schuldunfähigkeit nicht zu einer Haftung gelangen könnte. Vielmehr sei für das Verschulden die Person des Vertreters maßgeblich, und dessen schuldhaftes Verhalten werde dem Minderjährigen "zugerechnet".² Begründet wird die Haftung für den gesetzlichen Vertreter, sofern man sie nicht überhaupt als eine der Begründung nicht bedürftige Selbstverständlichkeit ansieht, mit dem Vorteilsgedanken,³ den die h.M. ja auch zur Rechtfertigung der Gehilfenhaftung bemüht.⁴

Sieht man genauer hin, so ist schon unklar, für die Erfüllung welchen Tatbestandes die h.M. den Minderjährigen

eigentlich haften lassen will, da der Minderjährige keinen Tatbestand verwirklicht hat, und auch die Projektion des Vertreterverhaltens auf die Person des Minderjährigen (wenigstens im Falle seiner Schuldunfähigkeit) zu nichts führt. Es hilft auch nichts, dem Minderjährigen das schuldhafte Verhalten des gesetzlichen Vertreters "zuzurechnen"; denn um eine Projektion kann es sich ja bei dieser "Zurechnung" nicht handeln, ~~und wie die "Zurechnung" nicht handeln,~~ und wie die "Zurechnung" sonst bewirken soll, daß sich das Verschulden des Vertreters (das nur ein untechnisches sein kann, wenn man, wie die h.M., davon ausgeht, daß die Verletzung von Pflichten des Minderjährigen in Frage steht) in ein solches des Minderjährigen verwandelt, ist nicht ersichtlich. Bleibt aber das Verschulden des Vertreters ein fremdes, dann läßt sich mit seiner Hilfe auch nicht das Fehlen eines Verschuldens des Minderjährigen überbrücken, und es ist schleierhaft, worauf sich die Haftung des Minderjährigen gründen soll, wenn man sie andererseits auch nicht als Haftung für fremde Tatbestandsverwirklichung, also für die schuldhafte Verletzung von Pflichten des gesetzlichen Vertreters, konzipieren will.

Diese konstruktiven Schwierigkeiten weisen schon darauf hin, daß der Ausgangspunkt der h.M., daß es nämlich bei der Haftung für den gesetzlichen Vertreter um eine Haftung ~~für den gesetzlichen Vertreter um eine Haftung~~ für die Verletzung von Pflichten des Minderjährigen geht, nicht stimmt. Wie schon bemerkt,¹ können Pflichten als an den Willen einer Person appellierende Verhaltensnormen nur an willensfähige Personen adressiert sein, und auch nur an solche, von deren Willen die Vornahme des geforderten Handelns abhängt.² Daher treffen den Minderjährigen keine Pflichten,³ wenn man von solchen absieht, die aus mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Rechtsgeschäften (oder sonstigen mit Zustimmung des Ver-

treter's gesetzten Tatbeständen) herrühren,¹ sondern die Pflichten, die ihrem Entstehungstatbestand nach an sich den Minderjährigen treffen müßten, werden an den gesetzlichen Vertreter adressiert als an denjenigen, dessen Wille für die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Minderjährigen maßgeblich ist.² Diese den gesetzlichen Vertreter als solchen treffenden Pflichten sind es, deren Verletzung § 278 im Auge hat, mag er auch der Einfachheit halber den Vertretenen selbst als Schuldner bezeichnen.³ Somit stellt die Haftung für den gesetzlichen Vertreter eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung dar, die sich aus den in der Modellskizze angeführten Gedanken rechtfertigt.

B. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände und ihre Erfüllung im Vollzug stellvertretender Entscheidung

I. Allgemeines

Nach den Grundgedanken der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung haftet der Inhaber eines Vermögens, über dessen Angelegenheiten der Wille einer anderen Person entscheidet, für ein tatbestandsmäßiges Handeln dieser Person, das Vollzug stellvertretender Entscheidung ist, gleichgültig welchen Tatbestand das Handeln erfüllt.¹

Demgemäß sieht auch § 31 keine Beschränkung der Haftung in dieser Hinsicht vor. Dennoch läßt das positive Recht den Minderjährigen eindeutig nur wegen Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters haften, wenn man einmal Obliegenheitsverletzungen vorerst ausklammert. Dies läßt sich nur mit dem Bestreben nach einem weitherzigen Schutz des Minderjährigen erklären.² Der Minderjährige soll möglichst weitgehend vor den Nachteilen, die seine Fürsorgebedürftigkeit mit sich bringt, bewahrt werden.³ Daher erhält er nicht nur einen gesetzlichen Vertreter, der seine Angelegenheiten wahrnimmt, sondern wird auch von den Haftungsnachteilen, die mit seiner Betreuung an sich verbunden wären, befreit, sofern - wie im Falle der Erfüllung eines Deliktstatbestandes - dem Verletzten schon das Vermögen des gesetzlichen Vertreters haftet, und deshalb das Bedürfnis des Verletzten nach einer Haftung des Minderjährigen nicht geradezu unabweisbar ist.⁴ Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß der Minderjährige sich im Falle seiner Inanspruchnahme ja bei seinem gesetzlichen Vertreter erholen könne (§§ 426, 254 analog),⁵ denn zur Durchführung des Regresses müßte das Vormundschaftsgericht einen Pfleger bestellen (§ 1909 I), und die Bestellung eines Pflegers wird in der Regel unter-

blieben, weil das Gericht von dem regreßbegründenden Verhalten des gesetzlichen Vertreters nichts erfährt, so daß dem Minderjährigen sein Regreßanspruch de facto nichts nützt.

Soweit beim gesetzlichen Vertreter nichts zu holen ist, befindet sich der Verletzte allerdings praktisch in der gleichen Lage, wie wenn er keinen Anspruch gegen den gesetzlichen Vertreter hätte. Daher müßte konsequenterweise dem Verletzten wenigstens in diesem Fall das Vermögen des Minderjährigen haften. Das bedeutet, daß sich für die deliktische Fremdhftung des Minderjährigen de lege ferenda eine dem § 771 entsprechende Regelung empfiehlt.

Eine das Haftungsprivileg rechtfertigende Fürsorge steht nicht mehr in Frage, wenn der gesetzliche Vertreter nicht nur tätig wird, um das Vermögen des Minderjährigen in seinem Bestande zu erhalten oder in einer ihm günstig erscheinenden Weise umzugestalten, sondern mit dem Vermögen aktiv am Wirtschaftsleben teilnimmt, vor allem also, wenn er ein Unternehmen des Minderjährigen führt¹. Dann bedeutet das Haftungsprivileg auch einen Wettbewerbsvorsprung vor entsprechenden anderen Unternehmen, der mit der Minderjährigkeit des Unternehmensinhabers nicht legitimiert werden kann. Dennoch ist es zweifelhaft, ob man schon de lege lata in den angesprochenen Fällen das Haftungsprivileg ignorieren darf. Die Grenzen zwischen Fürsorgemaßnahmen, im Hinblick auf die das Haftungsprivileg angemessen ist, und einer nicht zu privilegierenden Beteiligung am Wirtschaftsleben, sind fließend. Man denke etwa an die Verwaltung eines dem Minderjährigen gehörenden Mietshauses. Es sollte daher dem Gesetzgeber überlassen bleiben, hier die im Interesse der Rechtssicherheit erforderliche Klarheit zu schaffen. Hinzu kommt Folgendes: Wäre der Wille des gesetzlichen Vertreters nur für die Verwaltung des Betriebsvermögens maßgeblich, dann

würde, wie sich im Zusammenhang mit der Haftung für die "Vertreter kraft Amtes" zeigen wird¹, der Minderjährige nur mit dem Betriebsvermögen haften. Wenn nun die deliktische Fremdhaftung des Minderjährigen anerkannt wird, weil der gesetzliche Vertreter gerade als Leiter des Unternehmens (und damit als Verwalter des Betriebsvermögens) einen Deliktstatbestand erfüllt hat, läge es nahe, zu ignorieren, daß die unternehmensbezogenen Handlungen des gesetzlichen Vertreters Akte einer Person sind, die für die Verwaltung des gesamten Vermögens des Minderjährigen zuständig ist, und demgemäß die deliktische Fremdhaftung des Minderjährigen auf das Betriebsvermögen zu beschränken². Eine derartige Haftungsbeschränkung läßt sich aber de lege lata nicht bewerkstelligen.

Ebensowenig wie bei der Erfüllung eines Deliktstatbestandes haftet der Minderjährige, wenn sein gesetzlicher Vertreter den Tatbestand einer Risikohaftung erfüllt hat³, und an sich die Voraussetzungen einer Fremdhaftung gegeben wären, weil die Haftung auf irgendwelche Willensakte abstellt, und der in Frage stehende Akt des gesetzlichen Vertreters Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen ist. Man denke etwa an § 22 I WHG ("Handlungshaftung"). Allerdings gibt es Risikohaftungen, die zwar an bestimmte Maßnahmen anknüpfen, mit dem Ersatz des dadurch entstandenen Schadens aber nicht den Urheber der Maßnahme, sondern den durch sie Begünstigten belasten, falls der Urheber nicht mit diesem identisch ist. Hat daher der gesetzliche Vertreter eine solche Maßnahme zugunsten des Minderjährigen getroffen und dabei jemanden geschädigt, so haftet der Minderjährige. Eine solche Haftung ist z.B. die aus § 717 II ZPO und - wenigstens nach einigen Autoren⁴ - die aus § 904 S. 2. Auch die Haftung nach § 122 gehört hierher. Etwas Abweichendes gilt ferner im Rahmen der Halter- und Anlagenhaftung, wenn die in Frage stehende Gefahrenquelle unter der Herrschaft des gesetzlichen Vertreters steht, aber für Rechnung des

Minderjährigen genutzt wird¹ (Beispiel: jemand wird durch den Betrieb eines KFZ verletzt, das zu einem vom gesetzlichen Vertreter geleiteten Unternehmen des Minderjährigen gehört). Dann scheidet allerdings eine Haftung des Minderjährigen wegen eigener Erfüllung des Tatbestandes (z.B. des § 7 I STVG) aus, weil der Minderjährige mangels Verfügungsgewalt² nicht Halter ist.³ Auch eine Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung stößt auf Schwierigkeiten. Zwar sind die Voraussetzungen der Fremdhafung insofern erfüllt, als der gesetzliche Vertreter die Verfügungsgewalt im Vollzug stellvertretender Entscheidung ausgeübt hat, aber auf den gesetzlichen Vertreter treffen mangels Nutzung zum eigenen Vorteil nicht alle Merkmale der Haltereigenschaft zu, so daß er den Haftungstatbestand nicht vollständig verwirklicht hat. Dennoch muß der Minderjährige haften. Fehlt - wie in den angesprochenen Fällen - ein Tatbestandsmerkmal in der Person des gesetzlichen Vertreters gerade deshalb, weil er die Angelegenheiten des Vertretenen wahrgenommen hat, dann spielt das Fehlen dieses Merkmals für die Fremdhafung keine Rolle; denn die Fremdhafung des Vertretenen darf nicht daran scheitern, daß der gesetzliche Vertreter die Angelegenheiten des Vertretenen wahrgenommen hat, an einer Tatsache also, die gerade vorliegen muß, um die fehlende Identität des gesetzlichen Vertreters mit dem Vertretenen ignorieren zu können. Der Minderjährige muß daher so behandelt werden, als ob sein gesetzlicher Vertreter den in Frage stehenden Tatbestand erfüllt hätte, ohne die Gefahrenquelle auf eigene Rechnung genutzt zu haben. Seiner Haftung steht auch nicht der Gedanke des Minderjährigenschutzes entgegen; denn dieser vermag, wie dargetan, eine Privilegierung des Minderjährigen im Hinblick auf die Fremdhafung nur zu rechtfertigen, wenn dem Verletzten wenigstens der gesetzliche Vertreter haftet. Eine Haftung des gesetzlichen Vertreters scheidet aber in den angesprochenen Fällen aus, weil nicht alle Merkmale des Haftungstatbestandes in seiner Person erfüllt sind.

II. Die Haftung wegen Pflichtverletzungen

Die Belastung des Minderjährigen mit den Folgen von Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters spielt nicht nur im materiellen Recht, sondern auch, wie noch zu zeigen ist, im Zwangsvollstreckungsrecht eine Rolle. Obwohl es bei den in Betracht kommenden vollstreckungsrechtlichen Folgen nicht um einen Ausgleich von Nachteilen des Gläubigers geht (und ihre Behandlung daher streng genommen nicht unter das Thema der Arbeit fällt), sollen sie nicht außer Betracht bleiben.

1. Die Belastung mit den materiellrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung

a) Die in Betracht kommenden Pflichten

Der Minderjährige haftet für die Verletzung von Pflichten, die den gesetzlichen Vertreter in seiner Eigenschaft als derzeitigen Inhaber der Vertreterposition treffen (und nicht nur unmittelbar als bestimmtes Individuum¹). Das sind zunächst die Pflichten, die ihrem Entstehungsstatbestand nach den Minderjährigen treffen müßten, aber wegen dessen Willensunfähigkeit (oder der Unmaßgeblichkeit dessen Willens) an den gesetzlichen Vertreter adressiert sind. Zu diesen Pflichten, die keine Haftung des Vertreters selbst² begründen können und zumeist als solche des Minderjährigen angesehen werden³, gehören in erster Linie die Pflichten aus einem im Namen des Minderjährigen (vom gesetzlichen Vertreter selbst, einem von ihm Bevollmächtigten oder einem früheren gesetzlichen Vertreter) geschlossenen

~~geschlossenen~~ Vertrag. Hat dagegen der Minderjährige (als zumindest beschränkt geschäftsfähige Person) mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters selbst einen Vertrag geschlossen, so ist er Adressat der Vertragspflichten, sofern sich der Vertreter die Ausführung des Geschäftes nicht selbst vorbehält (und daher den Minderjährigen - mangels der Möglichkeit, das geforderte Verhalten in die Tat umzusetzen - die Pflichten nicht treffen können). Wird dann der Vertreter auf Grund des Willens des Minderjährigen tätig, kommt eine Haftung für den Vertreter als Erfüllungsgehilfen in Betracht.

Hat der gesetzliche Vertreter (in einem im Namen des Minderjährigen geschlossenen Vertrag) das Unterbleiben bestimmter Handlungen versprochen, dann trifft (sofern der Gläubiger nicht überhaupt nur ein Interesse daran hat, daß der Minderjährige selbst das entsprechende Handeln unterläßt) diese Unterlassungspflicht den gesetzlichen Vertreter (in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter), wenn sein Handlungswille an die Stelle eines solchen des Minderjährigen tritt. Die Unterlassungspflicht schränkt also die Handlungsmöglichkeiten ein, die der Vertreter im Vollzug stellvertretender Entscheidung realisieren darf.¹ Da die Wahrnehmung seiner Angelegenheiten durch den gesetzlichen Vertreter den Minderjährigen nicht der Möglichkeit beraubt, das verbotene Handeln selbst vorzunehmen (falls er diese Möglichkeit seinem Entwicklungsstande nach überhaupt besitzt), so daß das Unterlassen des Vertreters eine der Pflicht entsprechende Lage noch nicht gewährleistet, trifft die Pflicht aber auch den Minderjährigen selbst, sofern er tauglicher Adressat von Verhaltensnormen ist.²

Führt der gesetzliche Vertreter Verhandlungen im Namen des Minderjährigen, so sind die daraus erwachsenden

Schutzpflichten ebenfalls an ihn als gesetzlichen Vertreter adressiert, da sie "an sich" den Minderjährigen als Partner des intendierten Vertrages treffen würden. Der Minderjährige haftet daher für Schutzpflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters! Das entspricht auch der h.M.² Allerdings geht sie davon aus, daß der Minderjährige selbst Adressat der Schutzpflichten ist,³ und eben das Unbehagen an dieser Vorstellung war es, das Ballerstedt⁴ dazu veranlaßt hat, eine Haftung des Minderjährigen für eine culpa in contrahendo⁵ des gesetzlichen Vertreters grundsätzlich abzulehnen. Die Annahme eines pflichtenbegründenden Verhandlungsverhältnisses zwischen dem (durch einen gesetzlichen Vertreter) Vertretenen und dem Dritten sei eine reine Fiktion. "Vertrauensträger" sei allein der gesetzliche Vertreter als der "Herr über die Verhandlungen".⁶ Da man den Dritten nicht leer ausgehen lassen könne, müsse somit der gesetzliche Vertreter allein für das enttäuschte Verhandlungsvertrauen einstehen. Etwas anderes gelte ~~nur~~, wenn der gesetzliche Vertreter ein Erwerbsgeschäft unter der Firma des Minderjährigen führe.⁷ Dann nehme der Minderjährige "durch den gesetzlichen Vertreter das Vertrauen des Dritten in seine öffentliche Funktion als Unternehmer in Anspruch". Hieran ist richtig, daß den Minderjährigen die Schutzpflichten aus den Verhandlungen seines gesetzlichen Vertreters mit dem Dritten nicht treffen können. Es wird aber übersehen, daß (richtiger Ansicht nach) in allen Fällen, in denen der Minderjährige für Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters (als

seines gesetzlichen Vertreters und nicht als seines Erfüllungsgelhilfen) haftet, Pflichten des gesetzlichen Vertreters und nicht solche des Minderjährigen in Frage stehen, und es nur darum geht, ob eine Pflicht den gesetzlichen Vertreter in seiner Eigenschaft als gesetzlichen Vertreter (also als "Amtswalter") und nicht schlicht als bestimmtes Individuum trifft. Daß aber Schutzpflichten aus Verhandlungen, die der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen führt, an den gesetzlichen Vertreter als solchen adressiert sind, wurde schon dargetan (und würde vermutlich auch von Ballerstedt nicht bezweifelt werden, wenn er von der hier gemachten Unterscheidung ausginge).

In gewissen Fällen belastet die h.M. nicht nur den Partner des intendierten Vertrages, sondern auch denjenigen, der für ihn die Verhandlungen führt mit Schutzpflichten, nämlich dann, wenn dem Verhandlungsgelhilfen ein besonders persönliches Vertrauen entgegengebracht wird.¹ Dies soll auch gelten, wenn der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen verhandelt, so daß wegen Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters, der besonderes persönliches Vertrauen "in Anspruch genommen hat", dieser neben dem Minderjährigen haftet.² Da eine Pflicht den gesetzlichen Vertreter als solchen und zugleich schlicht als bestimmtes Individuum treffen kann, wie dies z.B. bei gewissen sogleich zu behandelnden Verkehrssicherungspflichten der Fall ist, und die "Inanspruchnahme besonderen Vertrauens" den Schutzpflichten des gesetzlichen Vertreters einen solchen Doppelcharakter verleihen könnte, ist eine Haftung des Vertreters und des Minderjährigen auch nach der hier vertretenen Ansicht in Betracht zu ziehen. Es ist aber folgendes zu bedenken: Eine Haftung des Minder-

jährigen für Delikte des gesetzlichen Vertreters lehnt das Gesetz, wie dargetan, ab, weil im Falle eines Deliktes dem Verletzten schon der Vertreter haftet, und daher das Interesse des Verletzten, wegen des Deliktes Zugriff auf das Vermögen des Minderjährigen nehmen zu können, hinter dem Schutzbedürfnis des Minderjährigen zurückzutreten hat¹. Da dieser Gedanke nichts mit den Besonderheiten des Deliktsrechts zu tun hat, muß er für Schutzpflichtverletzungen entsprechend gelten. Das bedeutet, daß der Minderjährige nicht wegen einer Schutzpflichtverletzung des Vertreters haftet, wenn der Vertreter wegen der Verletzung selbst in Anspruch genommen werden kann. Daher ist Ballerstedt in den Fällen der "Inanspruchnahme besonderen Vertrauens" durch den Vertreter im Ergebnis Recht zu geben (und zwar ohne die von ihm propagierte Ausnahme), wenn man überhaupt der "Inanspruchnahme besonderen Vertrauens" eine die Haftung des Verhandlungsführers begründende Bedeutung zuerkennt.

Wie schon in der Modellskizze ausgeführt² (und soeben angedeutet) gibt es auch Pflichten, die an den gesetzlichen Vertreter als solchen adressiert sind, obwohl er selbst ihre Voraussetzungen erfüllt hat, und sie ihn daher auch als ein schlicht durch seine persönliche Identität bestimmtes Individuum treffen. Das ist vor allem der Fall, wenn eine Pflicht an eine mit einer Rechtsstellung des Minderjährigen verbundene Machtposition anknüpft, die der gesetzliche Vertreter an Stelle des Minderjährigen innehat, also bei Verkehrssicherungspflichten im Hinblick auf Sachen des Minderjährigen,³ die sich im Besitz des Vertreters befinden, oder bei Aufsichtspflichten über Personen, die in dem vom Vertreter geführten Unternehmen des Minderjährigen beschäftigt sind. Dennoch ist in Übereinstimmung mit der h.M. eine Haftung des Minderjährigen wegen einer Verletzung solcher Pflichten durch

den gesetzlichen Vertreter abzulehnen¹, aber nicht einfach, weil es sich nicht um Pflichten aus einer Sonderbeziehung handelt - damit ließ sich entgegen der h.M. schon die Ablehnung der Gehilfenhaftung nicht rechtfertigen² -, sondern weil der Vertreter selbst nach §§ 823 ff. haftet³, und daher das Schutzbedürfnis des Minderjährigen Vorrang vor dem Interesse des Verletzten hat, sich aus dessen Vermögen befriedigen zu können.

b) Die Erfüllung des Haftungstatbestandes im Vollzug
stellvertretender Entscheidung

Der gesetzliche Vertreter muß durch ein Handeln, das Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen ist, oder durch das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen wäre, den Tatbestand erfüllt haben, dessen Verwirklichung eine Haftung des Minderjährigen begründen soll. Hat der Vertreter nicht tatsächlich einen Tatbestand erfüllt, sondern ergibt sich die Tatbestandsverwirklichung aus seiner Identifikation mit dem Verhalten einer anderen Person, geht es also um eine Haftung des Minderjährigen wegen einer Fremdhaf¹tung¹ des gesetzlichen Vertreters, so kommt es darauf an, ob der gesetzliche Vertreter als Urheber des fremden Verhaltens den Tatbestand im Vollzug stellvertretender Entscheidung erfüllt hätte.

Wenn es um die Verletzung von Pflichten geht, ist schon deshalb nur der Vollzug stellvertretender Entscheidung (oder das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung wäre) Objekt haftungsrechtlicher Wertung, weil Pflichten, die an den gesetzlichen Vertreter als solchen adressiert sind - nur ihre Verletzung kann ja eine Haftung des Minderjährigen begründen -, von vornherein nur die Aufnahme und Steuerung (oder das Unterlassen) eines solchen Handelns verlangen, und der gesetzliche Vertreter sie daher nur durch ein solches Handeln (oder das Unterlassen eines solchen Handelns) verletzt. Die Erfüllung des Haftungstatbestandes ist hier also gleichbedeutend mit der Erfüllung des Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung, und die entsprechenden Erfordernisse fallen zusammen.

aa) Die Verletzung von Leistungspflichten

aaa) Wenn das Wollen eines Handelns stellvertretende Entscheidung sein soll, dann muß zunächst das Wollen des mit dem Handeln erstrebten Erfolges den Charakter einer stellvertretenden Entscheidung haben (beim Unterlassen eines Handelns: das Wollen des durch das Handeln herbeizuführenden Erfolges). Das ist der Fall, wenn der (durch das Handeln erstrebte oder durch das unterlassene Handeln herbeizuführende) Erfolg in einer Änderung der Rechtsstellung des Minderjährigen oder in einer Einwirkung auf einen einer Rechtsposition des Minderjährigen unterliegenden Sachverhaltsbereich besteht, wenn also der Erfolg den Minderjährigen so betrifft, daß es "an sich" seine Angelegenheit wäre, ihn herbeizuführen. Auch ein Erfolg, zu dessen Herbeiführung der gesetzliche Vertreter an Stelle des Minderjährigen verpflichtet ist, den also der gesetzliche Vertreter als solcher schuldet¹, ist ein derartiger den Minderjährigen "betreffender" Erfolg, ohne daß dem die Tatsache entgegensteht, daß der gesetzliche Vertreter und nicht der Minderjährige Schuldner² ist. Da die Pflicht deshalb an den gesetzlichen Vertreter adressiert ist, weil die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges "an sich" Sache des Minderjährigen wäre, der Minderjährige hierzu aber außerstande ist, kann es keine Rolle spielen, daß die Pflicht gar nicht erst in der Person des Minderjährigen entstanden ist, und diesen daher das Handeln seines gesetzlichen Vertreters nicht von der Pflicht befreit. Außerdem entlastet das Handeln des Vertreters das Vermögen des Minderjährigen von der Haftung.

Der Haftungstatbestand (=schuldhaftes Pflichtverletzung), ist daher im Vollzug stellvertretender Entscheidung oder durch das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung wäre, erfüllt worden, wenn sich der Vorwurf der schuldhaften Pflichtverletzung aus einem der Erfüllung dienenden Handeln ergibt oder auf Grund des Unterlassens eines solchen Handelns. Das

bedeutet, daß das hier besprochene Erfordernis die Haftung des Minderjährigen wegen Pflichtverletzungen des gesetzlichen Vertreters nicht einschränkt, sofern es nicht um die Verletzung von Unterlassungspflichten geht¹; denn wenn sich der gesetzliche Vertreter durch ein nicht auf die Erfüllung gerichtetes Handeln die Erfüllung schuldhaft unmöglich gemacht hat,² dann hat er die Erfüllung unterlassen, und die Bewertung des Handelns bedeutet zugleich die Bewertung des dadurch hervorgerufenen Unterlassens, das als solches, also als reines Negativum, einer haftungsrechtlichen Qualifikation unzugänglich ist.

bbb) Daß das Wollen des mit einem Handeln erstrebten Erfolges eine stellvertretende Entscheidung ist, genügt nicht, um das Handeln als Vollzug stellvertretender Entscheidung zu qualifizieren. Vielmehr muß auch das Wollen des Handelns (beim Unterlassen: das Wollen des vorzunehmenden Handelns) als Mittel zur Herbeiführung des Erfolges stellvertretende Entscheidung sein.³ Das ist vor allem dann nicht der Fall, wenn das Handeln so mit der Person des gesetzlichen Vertreters verbunden ist, daß sein Wollen voraussetzt, daß er und nicht ein anderer den in Frage stehenden Zweck verfolgt. Dennoch haftet der Minderjährige, wenn die Erfüllung nur an der Fehlerhaftigkeit eines derartigen "höchstpersönlichen Vorbereitungshandelns" des gesetzlichen Vertreters gescheitert ist; denn dann ist ein Erfüllungshandeln und damit ein Handeln unterblieben, dessen Wollen eine stellvertretende Entscheidung über die Art und Weise der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges gewesen wäre, und die Bewertung des "höchstpersönlichen Vorbereitungshandelns" bedeutet zugleich die Bewertung des dadurch hervorgerufenen Unterlassens. Der Ausschluß "höchstpersönlichen Vorbereitungshandelns" aus dem Bereich des Handelns, das Vollzug stellvertretender Entscheidung ist, schränkt daher ebenfalls die Haftung des Minderjährigen für Pflichtverletzungen des

gesetzlichen Vertreters nicht ein.

bb) Die Verletzung von Schutzpflichten

Hat der gesetzliche Vertreter die Rechtsgüter einer Person beschädigt, mit der er wegen eines im Namen des Minderjährigen zu schließenden Vertrages verhandelte, oder eines Gläubigers, dem er an Stelle des Minderjährigen zu einer Leistung verpflichtet war, dann ergibt sich der Vorwurf einer schuldhaften Verletzung der ihn (an Stelle des Minderjährigen) treffenden Schutzpflichten aus einem Handeln, das Vollzug stellvertretender Entscheidung war, wenn das den Verschuldensvorwurf begründende Handeln dem Abschluß des Vertrages¹ oder der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges diene. Das bedeutet, daß der Minderjährige nicht für Diebstähle, vorsätzliche Körperverletzungen oder Sachbeschädigungen haftet, die sich der gesetzliche Vertreter anlässlich der Vertragsverhandlungen zuschulden kommen läßt, aber auch z.B. nicht, wenn der gesetzliche Vertreter die Geschäftsräume des Vertragspartners durch das Wegwerfen einer brennenden Zigarette fahrlässig in Brand setzt.

Die h.M. bezieht das im Rahmen der Gehilfenhaftung entwickelte Postulat des "inneren Zusammenhanges"² auch auf die Haftung für den gesetzlichen Vertreter, mag dies auch nicht immer ausdrücklich hervorgehoben werden. Wie erinnerlich, läuft im Rahmen der Gehilfenhaftung das Postulat des "inneren Zusammenhanges" zwischen dem schadenstiftenden Verhalten und der übertragenen Tätigkeit, so wie es die h.M. versteht, darauf hinaus, den Schuldner nicht haften zu lassen, wenn das Verhalten des Gehilfen projiziert auf den Schuldner nur den Tatbestand eines Deliktes erfüllt³. Da immer mehr anlässlich der Vertragsanbahnung oder -durchführung begangene Delikte auch als Schutzpflichtverletzungen bewertet werden, geht daher die Tendenz dahin, das Erfordernis

des "inneren Zusammenhanges" sehr großzügig zu handhaben. Im Rahmen der Haftung des Minderjährigen für den gesetzlichen Vertreter dürfte aber auch die h.M. strengere Maßstäbe anlegen wollen. Im übrigen ist es hier von vornherein nicht möglich, das Vorliegen des "inneren Zusammenhanges" danach zu bestimmen, welchen Tatbestand der Minderjährige erfüllt hätte, wenn man das Verhalten des gesetzlichen Vertreters auf ihn projiziert.

2. Die Belastung mit vollstreckungsrechtlichen Folgen
der Verletzung (Nichterfüllung) einer Pflicht
(§§ 888, 890 ZPO)

a) Die Verhängung eines Zwangsgeldes gemäß § 888 ZPO

Wenn es nicht um Pflichten aus einem Vertrag geht, den der (beschränktgeschäftsfähige) Minderjährige mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hat, oder um solche, die eine höchstpersönliche Leistung des Minderjährigen zum Inhalt haben,¹ sind Pflichten, die ihren Voraussetzungen nach den Minderjährigen treffen müßten, richtiger Ansicht nach an den gesetzlichen Vertreter adressiert.² Für die Erfüllung dieser Pflichten haftet jedoch das Vermögen des Minderjährigen. Die Verurteilung eines Minderjährigen zu einer Leistung bedeutet daher - außer in den erwähnten Fällen - genau genommen, eine Verurteilung des gesetzlichen Vertreters mit der Maßgabe, daß bei Nichterfüllung der in dem Urteil festgestellten Schuld in das Vermögen des Minderjährigen und nicht in das des gesetzlichen Vertreters zu vollstrecken ist.³ Vollstreckungsmaßnahmen, die gegen den Minderjährigen zu richten sind, sind aber nur solche, die ein vom Gläubiger zu beanspruchendes Vermögensopfer realisieren. Maßnahmen dagegen, die ein geschuldetes Handeln erzwingen sollen, wie die Verhängung eines Zwangsgeldes, nach § 888 ZPO, müssen den gesetzlichen Vertreter als den-

jenigen treffen, der das Handeln wegen der Maßgeblichkeit seines Willens an Stelle des Minderjährigen schuldet. Obwohl die Verhängung des Zwangsgeldes daran geknüpft ist, daß der gesetzliche Vertreter die Pflicht zum Handeln nicht erfüllt hat, kommt eine Analogie des § 278¹ schon deshalb nicht in Betracht, weil das Zwangsgeld nicht den Ausgleich für eine Interessenverletzung des Gläubigers darstellt. Entgegen der Ansicht, daß das Zwangsgeld - zumindest auch - gegen den Minderjährigen² verhängt werden kann, weil sein Vermögen ebenso wie bei der Verurteilung zu einer "unmittelbar vollstreckbaren Leistung" dafür einstehen müsse, daß der gesetzliche Vertreter die Handlung vornehme,³ ist daher das Zwangsgeld (und natürlich die Haft) nur gegen den gesetzlichen Vertreter zu verhängen,⁴ sofern es nicht um Pflichten geht, die den Minderjährigen selbst treffen (Pflichten aus mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Verträgen, wenn, wie üblich, der Vertreter die Ausführung des Vertrages dem Minderjährigen überläßt; Pflichten auf höchstpersönliche Leistung), und daher allein der Minderjährige Adressat der Maßnahme sein kann. Daß der gesetzliche Vertreter nicht in dem Vollstreckungstitel als Verurteilter benannt ist, spielt keine Rolle. Aus dem Urteil ergibt sich immerhin, daß der Verurteilte einen gesetzlichen Vertreter hat (§ 313 I Nr. 1 ZPO) und daher, wie gesagt, der gesetzliche Vertreter - außer in den erwähnten Fällen - die Vornahme des Handelns schuldet und der Sache nach auch hierzu verurteilt worden ist. Angesichts der Komplikationen, mit denen eine ausdrückliche Verurteilung des gesetzlichen Vertreters zur Leistung verbunden wäre,⁵ muß dies genügen, zumal da die Verhängung des Zwangsgeldes Sache des Prozeßgerichts ist, das die Rechtslage ohne weiteres anhand des Titels zu beurteilen vermag.

b) Die Verurteilung zu einem Ordnungsgeld nach § 890 ZPO

Sind die Voraussetzungen einer Unterlassungspflicht⁶ in der Person des Minderjährigen erfüllt, dann trifft die Pflicht

- zumindest auch - den gesetzlichen Vertreter (als solchen)¹, wenn der Gläubiger nicht nur ein Interesse daran hat, daß der Minderjährige selbst das verbotene Handeln unterläßt. Der gesetzliche Vertreter darf also das verbotene Handeln nicht im Vollzug stellvertretender Entscheidung vornehmen, und die Verurteilung des Minderjährigen zu einem Unterlassen bedeutet notwendig (auch) die Feststellung dieses Verbots.² Nimmt daher der gesetzliche Vertreter das verbotene Handeln im Vollzug stellvertretender Entscheidung vor, so verletzt er die ihn (als solchen) treffende Unterlassungspflicht, und nur er kann, da es sich dabei um eine Maßnahme zur Erzwingung pflichtentsprechenden Verhaltens (und nicht um eine solche zur Realisierung eines vom Gläubiger zu beanspruchenden Vermögensopfers) handelt (und eine Fremdhafung des Minderjährigen nach § 278 ebenso wie im Rahmen des § 888 ZPO ausscheidet) nach § 890 ZPO zu einem Ordnungsgeld (und natürlich zu Haft) verurteilt werden, während nach der h.M. zwar die Haft, inkonsequenterweise aber nicht das Zwangsgeld gegen den gesetzlichen Vertreter zu verhängen ist.³ Der Verurteilung des gesetzlichen Vertreters zu einem Ordnungsgeld steht entsprechend dem zu § 888 ZPO Gesagten auch nicht entgegen, daß der gesetzliche Vertreter in dem Vollstreckungstitel nicht als Verurteiler benannt ist (vgl. § 750 ZPO). Angesichts der Komplikationen, die eine eigene Verurteilung des gesetzlichen Vertreters mit sich brächte,⁴ muß es auch für die in § 890 ZPO vorgesehenen Maßnahmen ausreichen, daß zwangsläufig (auch) der gesetzliche Vertreter - außer in den erwähnten Fällen - das Unterlassen schuldet, und die Verurteilung des Minderjährigen zu einem Unterlassen der Sache nach (auch) seine Verurteilung bedeutet.

III. Die Haftung wegen Obliegenheitsverletzungen

1. Allgemeines

Eine Fremdhaftung nach den Grundsätzen der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung greift auch ein, wenn es sich bei dem erfüllten Tatbestand um eine (schuldhafte) Obliegenheitsverletzung handelt, ohne daß es eine Rolle spielt, daß Obliegenheiten nur Pflichten "minderer Intensität" sind, und die Haftung wegen ihrer Verletzung im Verlust oder der Nichtentstehung eines Anspruchs besteht. Der Minderjährige haftet daher für Obliegenheitsverletzungen des gesetzlichen Vertreters genauso wie für Pflichtverletzungen. Dabei geht es - entsprechend der Haftung für Pflichtverletzungen - um die Haftung wegen der Verletzung von Obliegenheiten, die den gesetzlichen Vertreter in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter treffen. Hat also der gesetzliche Vertreter schuldhaft eine Obliegenheit verletzt, die "an sich" den Minderjährigen träge, aber wegen seiner Willensunfähigkeit oder wegen der Unmaßgeblichkeit seines Willens an den gesetzlichen Vertreter adressiert ist, dann erleidet der Minderjährige die vorgesehenen Rechtsnachteile. Diese Haftung soll im Hinblick auf die wichtigsten Obliegenheiten näher besprochen werden.

2. Die Haftung wegen Verletzung einzelner Obliegenheiten

a) Die Haftung wegen Verletzung der Obliegenheiten des § 254

aa) Die Obliegenheit zur Vermeidung schlichter Mitverursachung

Die Obliegenheit einer Person, möglichst darauf zu achten, daß sie nicht durch einen Dritten in einer dessen Ersatzpflicht begründenden Weise geschädigt wird, geht zunächst

dahin, ihr Handeln möglichst so zu steuern, daß es nicht in Verbindung mit dem Handeln eines Dritten einen Schaden an ihren Rechtsgütern verursacht. Die "Schadenfernhaltungspflicht" in dieser Form trifft den gesetzlichen Vertreter an Stelle des Minderjährigen, wenn er dessen Angelegenheiten wahrnimmt. Allerdings trifft sie auch den Minderjährigen, soweit dieser selbst handelt und in der Lage ist, die entsprechenden Verhaltensanforderungen zu beachten, was sich nach §§ 276 S. 3, 827, 828 richtet.¹

Wenn es um das Verhalten des gesetzlichen Vertreters geht, ist also § 278, wie dies allgemein befürwortet wird, auch im Rahmen des § 254 I (genauer: im Rahmen der Obliegenheit zur Vermeidung schlichter Mitverursachung des Schadens) analog anzuwenden, und diese Analogie bedeutet, daß sich der Anspruch des geschädigten Minderjährigen kürzt, wenn der gesetzliche Vertreter den Schaden im Vollzug stellvertretender Entscheidung über die Angelegenheiten des Minderjährigen² schuldhaft mitverursacht hat.³ Entgegen der Rspr.⁴ und einem Teil der Lehre⁵ ist es nicht erforderlich, daß zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger eine schuldrechtliche oder "schuldrechtsähnliche" Beziehung⁶ bestanden hat. Das bereits im Zusammenhang mit der Gehilfenhaftung zurückgewiesene⁷ Postulat einer Sonderbeziehung ist, was die Haftung für den gesetzlichen Vertreter anbelangt, schon deshalb falsch⁸, weil es hier richtiger Ansicht nach um die Verletzung von Obliegenheiten des gesetzlichen Vertreters geht, die an diesen als gesetzlichen Vertreter adressiert sind, und die Belastung des gesetzlichen Vertreters mit der "an sich" den Minderjährigen treffenden Obliegenheit des § 254 I nicht davon abhängt, ob zwischen dem Minderjährigen und dem späteren Schädiger ein Schuldverhältnis besteht.

bb) Die Obliegenheit zu besonderen Maßnahmen

Die Obliegenheit des § 254 kann, wie § 254 II hervorhebt, auch auf besondere Maßnahmen gerichtet sein. Die Obliegenheit zu solchen Maßnahmen ist, was die Abwehr oder Minderung von Schäden des Minderjährigen angeht, von vornherein¹ an den gesetzlichen Vertreter als solchen adressiert, sofern im Einzelfall nicht rein tatsächlich nur der Minderjährige dazu in der Lage ist, diese Maßnahmen zu treffen.² Zu den dem gesetzlichen Vertreter nach § 254 obliegenden Maßnahmen gehört es auch, dafür zu sorgen, daß der Minderjährige sich infolge seiner Unreife nicht so benimmt, daß er Schäden erleidet, für die Dritte verantwortlich sind. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß Maßnahmen, deren "Objekt" der Minderjährige ist, nicht Inhalt einer "an sich" den Minderjährigen treffenden Obliegenheit (und damit auch nicht Inhalt einer statt an den Minderjährigen an den gesetzlichen Vertreter adressierten Obliegenheit) sein können; denn die Beaufsichtigung des Minderjährigen im Hinblick auf die Vermeidung eigener Schäden ist nichts anderes, als die "an sich" dem Minderjährigen obliegende entsprechende Steuerung seines Verhaltens. Der Anspruch des Minderjährigen ist daher nach § 254 zu kürzen, wenn der Minderjährige den Schaden erlitten hat, weil es der gesetzliche Vertreter an der nötigen Aufsicht hat fehlen lassen,³ und gerade diese Haftung des Minderjährigen ist praktisch besonders bedeutsam.

Der Vorwurf einer schuldhaften Obliegenheitsverletzung des gesetzlichen Vertreters muß sich aus einem Handeln ergeben, das Vollzug stellvertretender Entscheidung ist, oder auf Grund des Unterlassens eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung wäre. Dieses Erfordernis schränkt jedoch entsprechend dem zu den Leistungspflichten Gesagten die Fremdhaftung wegen der

Obliegenheit zu besonderen Maßnahmen nicht ein.¹

Die Fremdhftung des Minderjährigen wegen des Unterlassens besonderer Maßnahmen hängt ebensowenig wie die wegen einer schlichten Mitverursachung des Schadens durch den gesetzlichen Vertreter davon ab, ob zwischen dem Minderjährigen und dem Schädiger ein Schuldverhältnis bestanden hat. Auch die Rspr. fordert nicht das Bestehen eines besonderen Schuldverhältnisses, wenn es um Maßnahmen der Schadensminderung oder der Abwehr eines Schadens geht, dessen "Entstehungsgrund" bereits gelegt ist, da der Eintritt des Schadens oder das Drohen eines Schadens schon ein die Analogie des § 278 rechtfertigendes Schuldverhältnis begründe. Der praktisch bedeutsame Unterschied zwischen der Auffassung der Rspr. und der hier vertretenen - ~~im Ergebnis mit der h.L. übereinstimmenden~~ Ansicht³ betrifft daher die Haftung des Minderjährigen, wenn der gesetzliche Vertreter ihm nach § 254 obliegende Maßnahmen unterlassen hat, die Schäden vermeiden sollen, deren "Entstehungsgrund" noch nicht gelegt ist.

b) Die Haftung wegen der Verletzung versicherungsvertraglicher Obliegenheiten (und der Herbeiführung des Versicherungsfalls)

Für die Haftung des Minderjährigen (=Versicherungsnehmer) wegen der Verletzung versicherungsvertraglicher Obliegenheiten durch den gesetzlichen Vertreter gilt im Prinzip das gleiche wie für die Haftung wegen Verletzung der Obliegenheiten des § 254. Der Versicherer ist also leistungsfrei, wenn der gesetzliche Vertreter als Adressat einer auf bestimmte Maßnahmen (z.B. Information des Versicherers, gefahrverbeugende oder -mindernde Maßnahmen) gerichteten Obliegenheit die gebotenen Maßnahmen schuldhaft unterlassen (oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt) hat, und die Voraussetzungen des § 6 VVG erfüllt sind.⁴ Verbiestet eine Obliegenheit bestimmte Handlungen (allgemeines (§ 23 VVG) oder spezielles Gefahrerhöhungsverbot), dann haftet der Minderjährige nur,

wenn der gesetzliche Vertreter das verbotene Handeln in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Minderjährigen vorgenommen hat. Allerdings ist die Benutzung einer dem Minderjährigen gehörenden Sache als Einwirkung auf einen einer Rechtsposition des Minderjährigen unterliegenden Sachverhaltsbereich immer Wahrnehmung einer Angelegenheit des Minderjährigen,¹ also auch dann, wenn die über den Gebrauch hinausgehenden Zwecke den Minderjährigen nicht berühren. Daher schränkt de facto das angesprochene Erfordernis die Fremdhafung des Minderjährigen, die (was Handlungsverbote anbelangt) vor allem in der Sachversicherung eine Rolle spielt, nicht wesentlich ein.

Auch die h.M. läßt den minderjährigen Versicherungsnehmer für seinen gesetzlichen Vertreter haften,² wobei zum Teil richtig gesehen wird, daß der gesetzliche Vertreter neben oder statt des Minderjährigen mit den Obliegenheiten belastet ist³, es also (anders als bei der Haftung für andere Personen) nicht um eine Haftung für die Verletzung von Obliegenheiten des Versicherungsnehmers geht. Wer die Haftung für den gesetzlichen Vertreter ablehnt, aber mit der h.M. eine Haftung für "Repräsentanten" anerkennt,⁴ muß den Minderjährigen für den gesetzlichen Vertreter haften lassen, wenn dieser zugleich "Repräsentant" des Minderjährigen ist,⁵ was zumeist der Fall sein wird.

Daß der Versicherer leistungsfrei ist, wenn der gesetzliche Vertreter vorsätzlich oder grob fahrlässig den Versicherungsfall herbeigeführt hat (§ 61 VVG und entsprechende Bestimmungen), läßt sich den Grundsätzen der Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung nicht entnehmen. Da der gesetzliche Vertreter nicht Versicherungsnehmer ist, und § 61 VVG auch keine Schadensverhütungspflicht statuiert, deren Adressat er an Stelle des Versicherungsnehmers sein könnte, erfüllt er nämlich durch

die Herbeiführung des Versicherungsfalles keinen Haftungstatbestand. Eine Haftung für den gesetzlichen Vertreter kann daher nur mit dem Zweck des § 61 VVG begründet werden. § 61 VVG soll verhindern, daß sich das subjektive Risiko angesichts des Versicherungsschutzes erhöht. Dieser Zweck rechtfertigt, wie schon früher dargetan,¹ den Entzug des Versicherungsschutzes an sich nur, wenn der Versicherungsnehmer selbst den Versicherungsfall vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Da andere Personen, wenn sie die versicherte Sache schuldhaft zerstören, nicht in den Genuß der Versicherungsleistung kommen, und überdies Schadensersatzansprüchen des Versicherungsnehmers oder - nach Anspruchsübergang (§ 67 VVG) - des Versicherers ausgesetzt sind, können sie nämlich (wenigstens typischerweise) durch das Bestehen des Versicherungsschutzes nicht zu erhöhter Sorglosigkeit oder zu vorsätzlichem Verhalten animiert werden. Beim gesetzlichen Vertreter liegen die Dinge jedoch anders. Er ist Herr über das Vermögen des Minderjährigen, und seine Interessen sind mit denen des Minderjährigen eng verknüpft, so daß es für ihn ziemlich gleichgültig ist, daß bei Beschädigung einer versicherten Sache der Minderjährige (vertreten durch ihn), und nicht er selbst Gläubiger des Anspruches auf Versicherungsleistung ist. Daß der Minderjährige Versicherungsschutz genießt, kann daher durchaus sein Verhalten gegenüber der versicherten Sache beeinflussen. Auch muß er kaum befürchten, daß der Minderjährige (vertreten durch einen Pfleger) Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend macht. Allerdings könnte der Versicherer (ohne Fremdhftung des Minderjährigen im Rahmen des § 61 VVG) gegen ihn Regreß nehmen, wenn er den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat (§ 67 II VVG). Da aber der gesetzliche Vertreter, wenn auch nur als solcher, die Versicherungsleistung in Empfang nähme und den Versicherer

wegen des Regresses auf den Prozeßweg verwiese, wäre diese Sanktion weit weniger wirkungsvoll als die Leistungsfreiheit, zumal in den Fällen, in denen sich die Herbeiführung des Versicherungsfalles "rentiert" (Neuwertversicherung) der (bürgerlichrechtliche) Schaden und damit auch der auf den Versicherer übergehende Ersatzanspruch hinter dem Versicherungsanspruch (zumeist erheblich) zurückbleibt. Dafür, daß der Minderjährige im Rahmen des § 61 VVG für den gesetzlichen Vertreter haften muß (und zwar auch dann, wenn dieser den Versicherungsfall nicht in Wahrnehmung von Angelegenheiten des Minderjährigen herbeigeführt hat),¹ spricht schließlich auch, daß der gesetzliche Vertreter, statt den Versicherungsvertrag im Namen des Minderjährigen zu schließen, genauso gut eine Fremdversicherung nehmen könnte, und der Minderjährige dann auf jeden Fall für die grobfahrlässige oder vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den gesetzlichen Vertreter (=Versicherungsnehmer) einstehen müßte;² denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Leistungsfreiheit nach § 61 VVG davon abhängen soll, welche der beiden Möglichkeiten, den Minderjährigen zu versichern, der gesetzliche Vertreter wählt.

Die (wohl) h.M. läßt den Minderjährigen wegen der Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den gesetzlichen Vertreter nur haften, wenn dieser "Repräsentant" des Minderjährigen gewesen ist,³ was jedoch de facto keine wesentliche Einschränkung gegenüber der hier vertretenen Ansicht bedeutet.

2. Unterabschnitt: Die Haftung für "Vertreter kraft Amtes"

A. Allgemeines

Weitere Fälle, in denen der Wille einer Person über die Wahrnehmung von Angelegenheiten einer anderen entscheidet, und daher eine Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung in Betracht kommt, sind die der "Vertretung kraft Amtes", also der Testamentsvollstreckung (vgl. §§ 2205, 2211 I) sowie der Konkurs-, Nachlaß-, und Zwangsverwaltung (vgl. § 6 KO; §§ 1984, 1985; §§ 152, 148 II ZVG). Dabei spielt es keine Rolle ob die genannten Personen Vertreter im Sinne der §§ 164 ff. sind oder amtliche Organe. Entscheidend ist nur, daß ihre Willensmacht die der Vermögensinhaber verdrängt. Wenn daher die genannten Personen der Einfachheit halber als "Vertreter kraft Amtes" bezeichnet werden¹ (und die Vermögensinhaber als "Vertretene"), liegt darin keine Übernahme der "Vertretertheorie", für die allerdings einiges sprechen dürfte. Auch der BGH² hat, obwohl der "Amtstheorie" folgend, im Zusammenhang mit der Haftung für den Treuhänder (custodian) nach MRG 52, auf die Maßgeblichkeit des fremden Willens für die Angelegenheiten des Vermögensinhabers abgestellt. Allerdings spricht er etwas unglücklich von einer "Bindung" des Vermögensinhabers auch an pflichtwidrige Handlungen des Verwalters, und scheint somit die Fremdhftung wegen schädigender Realakte des Verwalters den Pflichten auf Grund rechtsgeschäftlichen Vertreterhandelns gleichzustellen,³ während es in Wirklichkeit darum geht, daß wegen der Maßgeblichkeit seines Willens für die Angelegenheiten des Vermögensinhabers die fehlende Identität des Verwalters mit dem Vermögensinhaber kein Grund ist, um dem Verletzten den Zugriff auf das Vermögen zu verwehren, wenn der Verwalter im Vollzug stellvertretender Entscheidung (der natürlich

Realakt sein kann) einen Haftungstatbestand erfüllt hat,¹ was der Sache nach auch dem BGH vorgeschwebt haben mag.

Der Fremdhftung steht nicht entgegen, daß die Vertreter kraft Amtes nicht dazu gehalten sind, die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vertretenen vor allem an dessen Interesse zu orientieren. Nur wenn der Vertreter in concreto Zwecke verfolgt, die sich der Vertretene schlechthin nicht hätte setzen können, wenn also der Vertretene durch irgendwelche Maßnahmen geschädigt werden sollte, scheidet eine Haftung aus.² Die mangelnde Bindung des Vertreters an die Interessen des Vertretenen zeigt allerdings, daß sich die Haftung für die Vertreter kraft Amtes von vornherein nicht mit dem Vorteilsgedanken erklären läßt. Dennoch bejahen auch dessen Anhänger³ eine Haftung des Vertretenen, ohne sich genötigt zu sehen, diese auf einen eigenständigen Grundgedanken zurückzuführen.

Die bisher offengebliebene Frage, welche Norm die positivrechtliche Grundlage der Fremdhftung bildet, ist, wie sich zeigen wird, eng mit derjenigen nach den Haftungstatbeständen verknüpft, deren Erfüllung durch den Vertreter die Fremdhftung zu begründen vermag, und daher zusammen mit dieser zu beantworten. Schon hier sei jedoch auf den beschränkten Umfang der Haftung des Vertretenen hingewiesen. Der Vertretene haftet nämlich nur mit dem der Verwaltung durch den Vertreter unterliegenden Vermögen.⁴ Zwar läßt sich vom Umfang der Aufgaben des Vertreters nicht einfach unmittelbar auf den gegenständlichen Umfang der Haftung schließen,⁵ wohl aber mit Hilfe der Grundgedanken der Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung: Die Fremdhftung setzt voraus, daß der Inhaber des in Frage stehenden Vermögens und das Subjekt des für seine Angelegenheiten maßgeblichen Willens verschiedene Personen sind. Ist nun der Wille des B nur für einen Kreis von Angelegenheiten des A maßgeblich, der durch

bestimmte Vermögensgegenstände konstituiert wird, dann hat A das restliche Vermögen als jemand inne, der selbst über die Wahrnehmung seiner Angelegenheiten entscheidet, so daß der Inhaber dieses Vermögens mit dem Subjekt des für ihn maßgeblichen Willens identisch ist.

Was die Haftung des Erben für den Testamentsvollstrecker anbelangt, bedeutet diese Haftungsbeschränkung insofern eine Abweichung von der Haftung für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten, die der Testamentsvollstrecker als solche begründet hat, als diese Haftung - wenigstens nach allgemeiner Meinung - unbeschränkt ist und nur vom Erben beschränkt werden kann (vgl. §§ 1975, 1990, 1992). Wer diese Divergenz als unerträglich empfindet, mag auch die Haftung des Erben für Realakte des Testamentsvollstreckers als eine nur beschränkbare qualifizieren.¹

Ferner ist im Zusammenhang mit der Beschränkung (Beschränkbarkeit) der Fremdhftung des Erben noch² darauf hinzuweisen, daß diese auch im Rahmen des § 1978 gilt² (Haftung des Erben für die Verwaltung bis zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses (Anordnung der Nachlaßverwaltung) wie ein Beauftragter der Nachlaßgläubiger). Zwar haftet der Erbe, der selbst den Nachlaß verwaltet hat, unter den Voraussetzungen des § 1978 unbeschränkt. Hat aber ein Testamentsvollstrecker den Nachlaß verwaltet, dann kann nur sein Verhalten eine Verletzung des fingierten Auftrages darstellen, so daß auch nur eine Haftung des Erben wegen fremder Tatbestandsverwirklichung in Betracht kommt, die aus den genannten Gründen beschränkt ist. Besonderheiten gelten allerdings, wenn der Testamentsvollstrecker ein Einzelhandelsgeschäft des Erblassers fortführt. Da der Testamentsvollstrecker als solcher nur Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen kann (vgl. § 2206), und dies dem von ihr angenommenen und für vorrangig erachteten handelsrechtlichen Grundsatz einer unbeschränkten Haftung³ des Geschäftsinhabers widerspricht, läßt die (wohl) h.M. - sie ist hier weder genauer darzustellen noch zu kritisieren - die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker bekanntlich nur zu, wenn dieser von den Erben hierzu bevollmächtigt wird, und daher den Erben mit Wirkung für dessen gesamtes Vermögen verpflichten kann ("Vertreterlösung") oder das Geschäft im eigenen Namen für Rechnung des Erben führt und somit selbst unbe-

schränkt haftet ("Treuhandlösung"). Es fragt sich nun, inwieweit die Wahl der "Vertreterlösung" zu einer unbeschränkten Haftung des Erben für Realakte des Testamentsvollstreckers führt.²

Wenn der Erbe als Vollmachtgeber für die in seinem Namen eingegangenen rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten unbeschränkt haftet, dann läßt sich ohne weiteres folgern, daß dies auch gelten muß, wenn an Stelle der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung geschuldet ist. Hinsichtlich des Umfangs der Haftung in sonstigen Fällen muß auf den Grundsatz der unbeschränkten Haftung des Geschäftsinhabers (seine Geltung einmal unterstellt) zurückgegriffen und seine Tragweite geprüft werden.

Wenn man die Präventivfunktion dieses Grundsatzes³ außer Acht läßt - sie ist für die Haftung des Erben irrelevant, weil dieser mangels Herrschaft über das Unternehmen nicht der richtige "Präventionsadressat" ist -, kann er sich nur darauf stützen, daß der Handelsverkehr von einer unbeschränkten Haftung des Inhabers eines Einzelhandelsgeschäfts ausgeht, und diese Erwartung eine gewisse, wenn auch im einzelnen nicht immer genau faßbare Rolle für die Aufnahme und die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Beziehungen mit dem Inhaber spielt. Daher schützt der in Frage stehende Grundsatz nicht Personen, die in keinem Kontakt mit dem Geschäftsinhaber stehen. Das bedeutet, daß der Erbe nur nach den allgemeinen Grundsätzen, und das heißt: beschränkt haftet, wenn der Testamentsvollstrecker im Zuge der Fortführung des Handelsgeschäfts Personen schädigt, die keine Geschäfts- oder Verhandlungspartner sind, unterstellt, daß überhaupt eine Haftung des Erben für Delikte des Testamentsvollstreckers in Betracht kommt. Zweifelhaft ist, ob der handelsrechtliche Haftungsgrundsatz eine unbeschränkte Haftung des Erben für (nicht auf dem Ausbleiben ordnungsgemäßer Leistung beruhender) Begleitschäden fordert, die der Testamentsvollstrecker einem Geschäftspartner zugefügt hat; denn es ist doch sehr fraglich, ob Erwartungen hinsichtlich des Umfangs der Haftung für diese Schäden eine Rolle für die Aufnahme rechtsgeschäftlichen Kontakts spielen, die eine Abweichung von den bürgerlichrechtlichen Haftungsregeln rechtfertigt.

Verwaltet der Testamentsvollstrecker einen OHG-Anteil an Stelle des Erben,⁵ gilt folgendes: Der Grundsatz der unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter (§ 128 HGB) bezieht sich, wie noch gezeigt wird,⁶ nicht auf Deliktsansprüche von Personen, die nicht Geschäftspartner der OHG sind. Das bedeutet, daß die Tatsache, daß der Testamentsvollstrecker in Verwaltung eines OHG-Anteils tätig geworden ist, keine unbeschränkte Haftung des Erben für Delikte des Testamentsvollstreckers erheischt. Insoweit kommt daher - wie bei der Führung eines Einzelhandelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker - nur eine Fremdhafung des Erben nach den allgemeinen Grundsätzen in Betracht, also eine auf den Nachlaß beschränkte (beschränkbare⁷).

B. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände
im allgemeinen

I. Die eigene Ansicht

§ 278 (1. Alt.) und § 31 regeln beide die Haftung von Vermögensinhabern, für die der Wille anderer Personen maßgeblich ist, sind also Fälle der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung. Der einzige relevante Unterschied zwischen ihnen liegt darin, daß nach § 278 nur für die Verletzung vertraglicher und vorvertraglicher Pflichten, nach § 31 - den Grundgedanken der Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung gemäß - auch für die Erfüllung sonstiger Tatbestände gehaftet wird. Man darf daher die Vertreter kraft Amtes angesichts des Fehlens spezieller Fremdhafungsregeln¹ nicht sogleich dem § 278 unterstellen, weil sie gesetzliche Vertreter "im weiteren Sinne" sind, und sich dadurch der Gefahr aussetzen, die Frage der in Betracht kommenden Tatbestände ohne darauf bezogene Wertungen zu entscheiden,² sondern muß fragen, ob den durch Vertreter kraft Amtes Vertretenen das Haftungsprivileg der Minderjährigen zuzubilligen ist (=Analogie des § 278) oder nicht (=Analogie des § 31). Die Antwort hierauf ergibt sich beinahe von selbst. Der Minderjährige wird privilegiert, weil er möglichst weitgehend von den Nachteilen, die mit seiner Fürsorgebedürftigkeit zusammenhängen, entlastet werden soll.³ Die Vertreter kraft Amtes werden aber gerade - von einer sogleich hervorzuhebenden Ausnahme abgesehen - nicht auf Grund eines Fürsorgebedürfnisses der von ihnen Vertretenen tätig.⁴ Es besteht daher kein Anlaß, den von Vertretern kraft Amtes Vertretenen besondere Haftungsvorteile einzuräumen. Dies um so weniger, als sie ohnehin nur gegenständlich beschränkt haften. In dieser Haftungsbeschränkung liegt übrigens eine

bemerkenswerte Parallele zur Haftung nach § 31; denn letztlich werden von der Haftung der juristischen Person allein deren Mitglieder betroffen, die zumindest wirtschaftlich die Eigentümer des Vermögens der juristischen Person sind, und man kann daher die Haftung des § 31 als eine Fremdhafnung der Mitglieder begreifen, die auf das ihrer Verfügungsmacht entzogene Vermögen beschränkt ist.

Somit wird für die Vertreter kraft Amtes¹ analog § 31, also nicht nur wegen der Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten, gehaftet, ein Ergebnis, zu dem von einem anderen Ausgangspunkt aus auch Derpa² gelangt. Allerdings ist eine Ausnahme zu machen. Hat ein Erblasser wegen der Minderjährigkeit des Erben einen Testamentsvollstrecker eingesetzt, dann darf der Minderjährige für den Testamentsvollstrecker nicht schärfer haften als für seinen gesetzlichen Vertreter; denn auch in diesem Fall trifft der das Haftungsprivileg des § 278 rechtfertigende Fürsorgegedanke zu. Was die Haftung der Konkursmasse anbelangt, ist noch darauf hinzuweisen, daß Ansprüche wegen der Erfüllung außervertraglicher Haftungstatbestände durch den Konkursverwalter - wenigstens soweit der Gläubiger nicht Geschäftspartner des Konkursverwalters sind - nur den Rang einer gewöhnlichen Konkursforderung haben, also keine Masseansprüche nach § 59 I Nr.1 KO sind, selbst wenn man einmal unterstellt, daß Handlungen im Sinne des § 59 I Nr. 1 KO auch zum Schadensersatz verpflichtende Realakte sind⁴. Die in § 59 I Nr.1 KO genannten Ansprüche⁵ werden nämlich bevorzugt, weil sonst niemand mehr mit einem Konkursverwalter Verträge schliesse, und damit eine vernünftige Konkursabwicklung unmöglich würde. Dieser Zweck vermag nicht den Vorrang von Schadensersatzansprüchen zu begründen, deren Gläubiger nicht in Geschäftsbeziehungen zu dem Konkursverwalter standen,⁶ und es ist sogar zweifelhaft, ob er es

rechtfertigt, Ansprüche wegen Begleitschäden eines Geschäftspartners, die nicht auf dem Ausbleiben ordnungsgemäßer Leistung beruhen, als Masseansprüche zu qualifizieren. Ansprüche wegen der Verletzung von Aussonderungs- und Absonderungsrechten müssen allerdings wegen des konkursrechtlichen Status dieser Rechte auf jeden Fall vor den Ansprüchen der normalen Konkursgläubiger rangieren.

Zu den Tatbeständen, deren Erfüllung durch einen Vertreter kraft Amtes die Fremdhftung des Vertretenen begründen kann, gehören außer denen der Vertragsverletzung und den Deliktstatbeständen die der Risikohaftung. Was die Halter- und Anlagenhaftung angeht, so gilt das zur Haftung des Minderjährigen für seinen gesetzlichen Vertreter Gesagte entsprechend¹. Auch der durch einen Vertreter kraft Amtes Vertretene ist nicht (mehr) Halter eines der Verwaltung des Vertreters unterliegenden Kraftfahrzeuges oder Tieres, weil er nicht (mehr) die erforderliche Verfügungsgewalt hat. Überdies ist zweifelhaft, ob er als Nutznießer der Gefahrenquelle angesehen werden kann, sofern es sich bei dem Vertreter nicht um einen Testamentsvollstrecker handelt, der im Interesse des Erben eingesetzt worden ist. Daher scheidet eine Haftung wegen eigener Tatbestandsverwirklichung des Vertretenen aus. Andererseits ist auch der Vertreter mangels Nutzung zum eigenen Vorteil nicht Halter. Dennoch muß der Vertretene so haften, wie wenn der Vertreter den Tatbestand der Halterhaftung erfüllt hätte; denn das genannte Merkmal fehlt nur deshalb, weil der Vertreter die Verfügungsgewalt in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vertretenen ausübt. Daher darf die Fremdhftung, die sich gerade darauf gründet, daß jemand über die Angelegenheiten eines anderen an dessen Stelle entscheidet, nicht am Fehlen dieses Merkmals scheitern.

Führt der Testamentvollstrecker ein Einzelhandelsgeschäft des Erben als Treuhänder fort - dies ist eine der beiden Möglichkeiten, unter denen die h.M. die Geschäftsfortführung durch den Testamentvollstrecker gestattet¹ - so haftet prima facie nur der Testamentvollstrecker dem durch ihn Verletzten, während der Erbe höchstens im Regreßwege durch den Testamentvollstrecker (oder den Verletzten, wenn dieser den Regreßanspruch des Testamentvollstreckers gepfändet hat) belangt werden kann. In Wirklichkeit gilt dies jedoch nur, was Ansprüche wegen einer Vertragsverletzung des Testamentvollstreckers anbelangt, und zwar aus folgendem Grunde: Die Erfüllung einer im eigenen Namen begründeten Pflicht ist eine eigene Angelegenheit des Testamentvollstreckers, wenn auch das Rechtsgeschäft im Interesse des Erben liegt. Andere Handlungen dagegen, die Geschäftszwecken dienen, sind stellvertretende Entscheidungen über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Erben, ohne daß dem die Tatsache entgegensteht, daß der Testamentvollstrecker das Handelsgeschäft im eigenen Namen führt, also Rechtsgeschäfte im Rahmen des Betriebes im eigenen Namen schließt. Erfüllt daher der Testamentvollstrecker im Zuge der treuhänderischen Fortführung des Handelsgeschäfts einen außervertraglichen Haftungstatbestand, dann haftet auch der Erbe, allerdings nur mit dem Nachlaß. Im Hinblick auf die außervertragliche Fremdhaftung gilt somit bei der "Treuhandlösung" das gleiche wie bei der "Vertreterlösung", und dies muß auch so sein, da es für die außervertragliche Fremdhaftung keine Rolle spielen kann, ob der Vertreter im eigenen Namen Verträge schließt oder nicht. Es ist auch nicht befremdlich, daß die Gläubiger deliktischer Ansprüche besser gestellt sind als die vertraglicher Ansprüche; denn bei einer Vertragsverletzung kommt eben immer nur eine Haftung entweder des Testamentvollstreckers oder des Erben in Betracht, weil nur derjenige haftet, in dessen Namen der Vertrag geschlossen wurde.

II. Zum bisherigen Stand der Meinungen

An generellen Aussagen über die Haftung für Vertreter kraft Amtes findet sich üblicherweise nur der Hinweis, daß die Vertreter kraft Amtes gesetzliche Vertreter im weiteren Sinne seien, und daher § 278 gelte! So schlicht, wie diese Ansicht vorgetragen wird, kann sie eigentlich nur dahin verstanden werden, daß der Vertretene nicht wegen der Erfüllung außervertraglicher Haftungstatbestände durch den Vertreter haftet, auch wenn dies nicht ausdrücklich hervorgehoben wird. Untersucht man¹ jedoch Rechtsprechung und Literatur, die sich speziell mit der Haftung für einzelne Vertreter kraft Amtes befassen, stößt man auf eine Reihe von Äußerungen, die zumindest der Sache nach auf der hier (und im Ergebnis auch von Derpa) vertretenen Linie liegen, ohne allerdings hinreichend begründet zu sein. Das gilt vor allem, was die Haftung für den Konkursverwalter anbelangt. Während das OLG München in einer älteren Entscheidung² eine Haftung der Konkursmasse für ein außervertragliches Verschulden des Konkursverwalters schlechthin ablehnte (und zwar unter Zurückweisung einer Analogie des § 31, den es als Ausnahmebestimmung und nicht als Niederschlag eines allgemeinen Prinzips wertete), hat das RG eine - auf die Erfüllung außervertraglicher Tatbestände gestützte - Haftung wegen der Verletzung von Patentrechten³ und von Rechten, die zur Aussonderung berechtigten,⁴ bejaht, wobei es sich fälschlich auf § 59 Nr. 1 KO stützte.⁵ Später hat es sogar in einem obiter dictum (unter Berufung auf § 59 Nr. 1 KO) ganz unbefangen bemerkt⁶, daß die Masse für Delikte des Konkursverwalters hafte, die dieser in Erfüllung seiner Aufgaben begangen hat. Dieser Ansicht ist offenbar auch der BGH, der in dem schon erwähnten Urteil,⁷ das sich mit der Anwendung des § 278 auf den Treuhänder nach MRG Nr. 52 beschäftigt, beiläufig äußert, daß der Gemeinschuldner die Folgen aller

zum Schadensersatz verpflichtender Handlungen des Konkursverwalters tragen müsse. In der Literatur wird ohne weiteres angenommen, daß die Masse aus Gefährdungstatbeständen haften könne.¹ Gegen eine Haftung für Delikte des Konkursverwalters sträuben sich jedoch einige Autoren.² Andere neigen zwar - von § 59 Nr. 1 KO ausgehend - dazu, sie zu bejahen, schrecken aber doch davor zurück, dies eindeutig und einschränkungslos zu bekennen.³ Neuerdings mehren sich die Stimmen, die für eine Analogie des § 31 plädieren.⁴ Dies geht vor allem auf Bötticher⁵ zurück, der als einer der ersten⁶ für die Analogie eingetreten ist. Sie ergibt sich für ihn zwanglos aus seiner Prämisse, wonach die Masse und nicht der Gemeinschuldner als Rechtsträger anzusehen sei. Die Eigentümerstellung des Gemeinschuldners stehe dieser Annahme nicht entgegen, weil der Verlust der Verfügungsmacht für den Gemeinschuldner angesichts der Tatsache, daß nach der Liquidation kaum je noch etwas übrig bleibe, eine "Quasi-Enteignung" bedeute.⁷ Ob diese Prämisse zutrifft, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls ist es gewagt, die Frage der Rechtsfähigkeit der Masse (und damit das Problem der Fremdhafung, falls man dessen Lösung von der Rechtsfähigkeit der Masse abhängig macht) letztlich auf Grund statistischer Daten über das nach der Liquidation verbleibende Vermögen zu entscheiden. Dem braucht hier jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden, da die Analogie des § 31, wie oben gezeigt, auch ohne die Qualifikation der Masse als rechtsfähig gerechtfertigt ist⁸ und deshalb auch z.B. im Falle der Testamentsvollstreckung gilt, was sich mit der Ansicht Böttichers nicht begründen läßt.

Die Haftung des Erben für Delikte des Testamentsvollstreckers hat das OLG Hamburg in einer älteren Entscheidung bejaht,⁹ während das RG die Frage offen ließ.¹⁰

Das OLG glaubte, die Haftung daraus folgern zu können, daß es im Falle der Testamentsvollstreckung an einem Geschäftsherrn fehle, der wegen Aufsichtsverschuldens hafte, rundete diese dürftige Begründung aber immerhin mit einem Hinweis auf § 31 ab. Der BGH hat noch nicht eindeutig Stellung bezogen. Seine Bemerkung (in einem die Haftung des Testamentsvollstreckers behandelnden Urteil)¹, daß es keine Regel gebe, wonach ein Erbe für Delikte des Testamentsvollstreckers an dessen Stelle hafte, ist keine Absage an eine solche Haftung neben der des Testamentsvollstreckers. Allerdings erweckt das in Frage stehende Urteil insgesamt den Eindruck, als ob der BGH eine über § 278 hinausgehende Haftung des Erben ablehne.² Im Schrifttum wird zum Teil eine Haftung des Erben für Delikte, die der Testamentsvollstrecker in Ausübung seines Amtes begangen hat, befürwortet,³ weil auch sie - darauf laufen die Begründungen trotz unterschiedlicher Formulierungen hinaus - Verwaltungshandlungen seien, die gegen den Erben wirkten, eine Argumentation, die an die des BGH in dem eingangs besprochenen Urteil⁴ (Haftung für den Treuhänder nach MRG Nr. 52) erinnert.

Eine Haftung des Erben für den Nachlaßverwalter oder des Schuldners für den Zwangsverwalter, die über die des § 278 hinausgeht, ist, soweit ersichtlich, bisher von niemandem (wenn man einmal von Derpa⁵ absieht) propagiert worden. Das KG hat sogar eine Haftung des Schuldners für den Zwangsverwalter nach § 278 abgelehnt.⁶

C. Zu einzelnen Haftungstatbeständen und ihrer Erfüllung
im Vollzug stellvertretender Entscheidung

Ebenso wie die Haftung des Minderjährigen nach § 278 ist die Haftung des durch einen Vertreter kraft Amtes Vertretenen wegen der Verletzung vertraglicher und vorvertraglicher Pflichten eine solche wegen der Verletzung von Pflichten des Vertreters. Auch Pflichten, deren Voraussetzungen an sich in der Person des Vertretenen erfüllt sind,¹ können nämlich nicht an dessen Willen adressiert sein, wenn sie sich auf Verwaltungshandlungen richten, die dem Vertreter vorbehalten sind, da insoweit der Wille des Vertretenen nicht maßgeblich ist. Sie werden daher statt an den Vertretenen an den Vertreter adressiert,² treffen also den Vertreter als solchen, was auch Dölle zutreffend hervorhebt.³ Desgleichen ist der Vertreter (als solcher) Adressat von Unterlassungspflichten (zumindest neben dem Vertretenen), sofern das verbotene Handeln Angelegenheiten betrifft, die unter die Zuständigkeit des Vertreters fallen.⁴

Der Vertreter muß die ihn als solchen treffende Pflicht durch ein Handeln, das Vollzug stellvertretender Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vertretenen gewesen ist,⁵ oder durch das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen wäre, verletzt haben.⁶ Wie schon im Zusammenhang mit der Haftung des Minderjährigen dargetan, spielt dieses Erfordernis keine haftungsbeschränkende Rolle, wenn es um die Verletzung von Pflichten geht, die auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sind, da dessen Ausbleiben immer auf dem Unterlassen eines Handelns beruht, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung wäre, wenn der Vertreter den Erfolg an Stelle des Vertretenen geschuldet hat.⁷ Vielmehr wird das Erfordernis nur bei

Unterlassungspflichten relevant, vor allem bei der Pflicht, eine Handlungsweise zu vermeiden, die die Rechtsgüter des Gläubigers oder Verhandlungspartners schädigt (sekundäre Unterlassungspflicht), und bedeutet hier, daß sich der Vorwurf einer culpa in contrahendo oder positiven Vertragsverletzung des Vertreters aus einem Handeln ergeben muß, das dem Abschluß des Vertrages oder der Erfüllung der Leistungspflicht gedient hat. Irgendwelche anderen Handlungen scheiden (im Rahmen der Fremdhafung) als Objekt haftungsrechtlicher Wertung aus, auch wenn sie in engem Zusammenhang mit einem Handeln, das den genannten Zwecken gedient hat, gestanden haben. Dies stimmt nicht völlig mit der h.M. überein, die ganz allgemein im Rahmen des § 278 (nach dem sie auch die Haftung für Vertragsverletzungen der Vertreter kraft Amtes beurteilt) einen "inneren Zusammenhang" des schuldhaften Handelns mit der Vertragserfüllung fordert und, wie erinnerlich, dahin tendiert, diesen schon zu bejahen, wenn das Verhalten des "Fremden" projiziert auf den Schuldner nicht nur den Tatbestand eines Deliktes, sondern auch den einer Schutzpflichtverletzung erfüllt.¹ Bei der Fremdhafung der durch einen Vertreter kraft Amtes Vertretenen läßt sich der "innere Zusammenhang" ohnehin nicht nach diesem Kriterium bestimmen, da es hier - ebenso wie bei der Haftung des Minderjährigen - um eine Haftung wegen fremder und nicht - wie bei der Gehilfenhaftung - wegen fingierter eigener Tatbestandsverwirklichung geht. Daher spielt es keine Rolle, welchen Tatbestand der Vertretene im Falle der Projektion des Vertreterverhaltens erfüllt hätte. Wenn hier eine "strenge" Auffassung vertreten wird, wie sie übrigens auch dem Wortlaut des § 31 entspricht ("in Ausführung...", nicht: "im Zusammenhang mit der Ausführung..."), so heißt dies allerdings nicht, daß eine weitergehende Haftung (also eine Haftung auch für Handlungen, die in ursächlichem Zu-

sammenhang mit dem Vollzug stellvertretender Entscheidung stehen) ungerechtfertigt wäre. Sie läßt sich nur nicht aus den Prinzipien der Fremdhftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung herleiten, und müßte sich daher auf eine - im geltenden Recht nicht vorgesehene - Risikohaftung stützen, die an die Beziehung des Vertretenen zum Vertreter als ein in der Person des Vertretenen erfülltes Tatbestandsmerkmal anknüpft (die Beziehung also nicht zum Anlaß nimmt, um das Fehlen eigener Tatbestandsverwirklichung zu ignorieren) und damit eine Haftung wegen eigener Tatbestandserfüllung wäre. Die entsprechenden Ausführungen zur Gehilfenhaftung mögen dies verdeutlichen.¹

Der Vertretene kann auch haften, wenn der Vertreter nicht tatsächlich einen Tatbestand erfüllt hat, sondern sich die Tatbestandsverwirklichung daraus ergibt, daß sich der Vertreter nach den im ersten Kapitel entwickelten Grundsätzen mit dem Verhalten einer anderen Person identifizieren lassen muß. Eine solche Haftung wegen fingierter Tatbestandsverwirklichung des Vertreters - nur über sie ist eine Inanspruchnahme des Vertretenen wegen des Verhaltens von Hilfspersonen des Vertreters möglich - setzt voraus, daß der Vertreter das auf ihn projizierte Fremdverhalten im Vollzug stellvertretender Entscheidung an den Tag gelegt hätte, wenn er dessen Urheber gewesen wäre.

Den Vertretenen treffen nur die materiellrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung. Die vollstreckungsrechtlichen Sanktionen der §§ 888, 890 ZPO sind entsprechend dem zur Haftung des Minderjährigen Gesagten² nur gegen den Vertreter zu verhängen. Wenn der Vertreter selbst als "Partei kraft Amtes" verurteilt worden ist, dürfte sich dies ohnehin von selbst verstehen.

Die Haftung des Vertretenen für Obliegenheitsverletzungen¹ des Vertreters richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie die für Pflichtverletzungen. Wegen Einzelheiten sie auf die Ausführungen zur Haftung des Minderjährigen verwiesen². Der durch einen Vertreter kraft Amtes Vertretene haftet jedoch - anders als der Minderjährige - nicht für die grobfahrlässige oder vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Vertreter³ (§ 61 VVG und entsprechende Bestimmungen). Der Zweck des § 61 VVG⁴ (Verhinderung eines besonders sorglosen oder vorsätzlichen Handelns angesichts des Versicherungsschutzes) deckt die Leistungsfreiheit des Versicherers grundsätzlich nicht, wenn Personen, die nicht Gläubiger des Versicherungsanspruchs sind, den Versicherungsfall herbeigeführt haben, mögen sie auch Angelegenheiten des Versicherungsnehmers wahrnehmen und dessen "Repräsentanten" im Sinne der h.M. sein⁵. Etwas anderes gilt, wenn der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Versicherungsnehmers den Versicherungsfall herbeigeführt hat, da seine Interessen so eng mit denen des Vertretenen verknüpft sind, daß es, wie dargetan⁶, im Hinblick auf § 61 VVG keine Rolle spielt, daß nicht er, sondern der Vertretene Gläubiger des Versicherungsanspruchs ist. Zwischen den Interessen der Vertreter kraft Amtes und denen der von ihnen Vertretenen besteht aber eine derartige Verknüpfung nicht⁷. Weiterhin spricht für die Fremdhaftung des Minderjährigen im Rahmen des § 61 VVG, daß der gesetzliche Vertreter, der in aller Regel den Versicherungsvertrag geschlossen hat, die Versicherung genausogut im eigenen Namen für den Minderjährigen hätte nehmen können (§§ 74 ff. VVG), statt in dessen Namen aufzutreten, und dann der Minderjährige auf jeden Fall für die Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den gesetzlichen Vertreter (=Versicherungsnehmer) einstehen müßte. Auch dieses Argument trifft auf die Ver-

treter kraft Amtes nicht zu. Weil ihre Interessen nicht eng mit denen der Vertretenen verflochten sind, kommt für sie nämlich der Abschluß einer Fremdversicherung, für die sie die Prämie schulden (und zwar persönlich mit der Folge einer Haftung ihres Vermögens und nicht als stellvertretende Adressaten des Leistungsbefehls), nicht in gleicher Weise in Betracht wie der Abschluß einer Versicherung im Namen der Vertretenen. Außerdem geht es ohnehin zumeist um Versicherungsleistungen auf Grund von Verträgen, die vor ihrem "Amtsantritt" geschlossen worden sind.

Der Vertretene haftet (nach der hier vorgetragenen Ansicht) auch für Delikte des Vertreters, wenn dieser den Deliktstatbestand durch ein Handeln erfüllt hat, das Vollzug stellvertretender Entscheidung ist, oder durch das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung wäre. Dieses Erfordernis ist gemäß dem eingangs Gesagten¹ immer erfüllt, wenn der Deliktsworwurf wegen des Unterbleibens einer Maßnahme begründet ist, zu der der Vertreter auf Grund einer Verkehrssicherungs- oder Aufsichtspflicht, verpflichtet war, die ihn an Stelle des Vertretenen getroffen hat². Im übrigen kommt es darauf an, daß das deliktische Handeln der Wahrnehmung von Angelegenheiten des Vertretenen diene, für die der Vertreter zuständig war, während nicht genügt, daß es in einem - wenn auch engen - Zusammenhang mit einer solchen Zwecken dienenden Tätigkeit stand. Was in dieser Hinsicht zur Verletzung von Schutzpflichten ausgeführt wurde,³ gilt entsprechend. Außerdem scheiden, wie in der Modellskizze dargetan, Handlungen, deren Wollen voraussetzt, daß der Vertreter und nicht ein anderer den Zweck verfolgt, als Objekt haftungsrechtlicher Wertung aus.⁴ Der Ausschluß solcher "höchstpersönlicher Vorbereitungshandlungen" spielt jedoch praktisch keine große Rolle. Man denke etwa an den Fall, daß der Konkurs-

verwalter von seiner Wohnung zum Betrieb des Gemeinschuldners fährt, um dort irgendwelche Amtsgeschäfte zu erledigen, und unterwegs einen Unfall verschuldet.

Hat der Vertreter einen Deliktstatbestand erfüllt, so haftet er immer auch persönlich. Dies gilt auch im Falle der Verletzung von Verkehrssicherungs- und Aufsichtspflichten, die den Vertreter als solchen treffen. Obwohl diese Pflichten darauf beruhen, daß der Vertreter die Angelegenheiten des Vertretenen wahrnimmt, erfüllt nämlich der Vertreter - anders als bei Pflichten aus Verträgen, die er in fremdem Namen (oder jedenfalls als Amtswalter) geschlossen hat - die Voraussetzungen ihrer Entstehung in seiner Person (ist also Besitzer des zu sichernden Grundstücks oder Geschäftsherr im Sinne des § 831 I),¹ so daß sie auch an ihn persönlich (genauer: an ihn als ein durch seine persönliche Identität bestimmtes Individuum) adressiert sind.

Was die Haftung des Vertretenen wegen der Verwirklichung eines Risikohaftungstatbestandes anbelangt, kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.

3. Unterabschnitt: Die Haftung für leitende Angestellte

Eine Haftung natürlicher Personen für leitende Angestellte analog § 31 ist entgegen einer gelegentlich vertretenen Ansicht¹ abzulehnen. Auch wenn man sich von der Vorstellung löst, daß § 31 nur für juristische Personen gelten kann, läßt sich seine Analogie auf natürliche Personen doch nur rechtfertigen, wenn der Wille desjenigen, für dessen Tatbestandsverwirklichung der Inhaber eines Vermögens haften soll, der für die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögensinhabers maßgeblich ist.² Da die Haftung des § 31 eben keine auf dem Vorteilsgedanken beruhende Risikohaftung darstellt, mit der die juristische Person im Hinblick auf ihre unternehmerischen Aktivitäten belastet wird,³ haftet ja auch die juristische Person nicht einfach für leitende Angestellte, mag auch die Rechtsprechung § 31 im Sinne einer solchen Haftung handhaben⁴. Bei korrekter Anwendung des § 31 werden daher auch Einzelunternehmer keineswegs gegenüber juristischen Personen haftungsrechtlich bevorzugt, wenn man sie nicht für leitende Angestellte analog § 31 haften läßt. Der Schutz der durch Angestellte einer natürlichen oder juristischen Person Geschädigten läßt sich auf korrekte Weise nur durch eine Reform des § 831 verbessern⁵. Außerdem ist schon de lege lata eine Anwendung des § 278 (2. Alt.) im Rahmen von Verkehrssicherungs- und Aufsichtspflichten (mit der Folge der Unzulässigkeit des sog. dezentralisierten Entlastungsbeweises) zu befürworten,⁶ so daß der Kreis der Fälle, in denen das Fehlen einer Fremdhftung nicht befriedigt, nicht mehr allzu groß ist.

Martinek⁷ will natürliche Personen für Delikte leitender Angestellter haften lassen, weil sie deren "Repräsen-

tanten" seien. Bei der "Repräsentation" handle es sich um eine "ontische Zurechnung", um eine "sachlogische Struktur" aus dem Vorgelände des Rechts, da in der Repräsentation "die personale Beziehung des A in oder durch V dermaßen verdichtet" sei, daß die Frage, wie das Verhalten des V dem A zugerechnet werden kann, nicht akut werde, weil der Vertretene im Vertreter selbst gegenwärtig sei.¹ Eine derartige, "im Sinne einer Vertretung im Delikt"² auch rechtlich anzuerkennende Repräsentation rechtfertige unter anderem³ auch eine Haftung natürlicher Personen für leitende Angestellte, die mit Hilfe einer Gesamtanalogie (§ 31, § 2 RHG, § 485 HGB und § 3 BinnenSchG) zu bewerkstelligen sei.

Hiergegen läßt sich manches sagen. Hervorgehoben sei nur folgendes: Wenn für irgendwelche Personen⁴ A in V "gegenwärtig ist", so kann dies insofern rechtlich relevant sein, als diese Beurteilung nicht durch eine an der fehlenden Identität von A und V orientierte Rechtslage enttäuscht werden soll ("Vertrauensschutz"). Weshalb es aber zugunsten eines deliktisch Geschädigten, für den die Beziehung zwischen A und V (wenigstens oftmals) gar keine Rolle gespielt hat, ins Gewicht fallen soll, daß andere Personen V mit A identifizieren, ist unerklärlich. Zumindest was die deliktische Haftung anbelangt, läßt sich daher die fehlende Identität von A und V nicht mit Hilfe eines Rekurses auf eine "sozial vollzogene Identifizierung von Repräsentant und Repräsentiertem"⁵ überspielen. "Vertretung im Delikt" kann vielmehr nur bedeuten, daß die Tatsache, daß das deliktische Handeln des V nicht Vollzug des Willens des A ist, im Hinblick auf die Haftungsfolgen keine Rolle spielt, weil für die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A nicht dessen Wille, sondern der des V maßgeblich ist. Diese Voraussetzung

ist im Hinblick auf natürliche (Einzel-) Personen nur in den Fällen der gesetzlichen Vertretung (wo aber eine deliktische Fremdhaftung ausscheidet) und in den Fällen der Vertretung kraft Amtes erfüllt. Gegen die Brauchbarkeit des Repräsentationsgedankens spricht es ferner, daß er es nicht ermöglicht, eine auch nur ungefähre Grenze zwischen den Angestellten, die Repräsentanten sind, und solchen, die nur als Gehilfen fungieren, zu ziehen, wenn man nicht nur Angestellte als Gehilfen qualifizieren will, die niemanden mehr unter sich haben.¹

3. Abschnitt: Die Haftung des Vermögens juristischer Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung im geltenden Recht

1. Unterabschnitt: Die Grundlagen der Haftung

A. Allgemeines

Der praktisch wichtigste Fall einer Vermögenshaftung wegen fremder¹ Tatbestandsverwirklichung ist die Organhaftung des § 31², der nach allgemeiner Meinung alle juristischen Personen des Privatrechts unterworfen sind. Auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts haften analog § 31 (§ 89). Hier auftauchende Spezialprobleme werden allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt.

Ob das Vermögen "der juristischen Person" (und zwar nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich) als gemeinschaftliches Vermögen ihrer Mitglieder zu begreifen ist (Gesamthandsvermögen)³, und ob die Angelegenheiten "der juristischen Person" gemeinschaftliche Angelegenheiten ihrer Mitglieder sind, braucht hier - wie überhaupt die Frage nach dem "Wesen" der juristischen Person⁴ - nicht entschieden zu werden. Wichtig ist nur, daß ein Vermögen wegen Handlungen einer Person haftet, der es nicht gehört, und deren Wille für die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögensinhabers (oder der Vermögensinhaber) maßgeblich ist. Daß diese Voraussetzungen im Falle des § 31 erfüllt sind, dürfte niemand bezweifeln wollen. Wenn daher im Folgenden einfach von dem Vermögen und den Angelegenheiten "der juristischen Person" die Rede ist, braucht nicht Rechenschaft darüber abgelegt zu werden, ob das nur eine Abbeviatur ist, und wofür diese gegebenen-

falls steht. Nur was es mit den Pflichten "der juristischen Person" auf sich hat, ist an anderer Stelle näher zu beleuchten.

Die Organhaftung, deren Charakter als Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung übrigens im Wortlaut des § 31 deutlich zum Ausdruck kommt, rechtfertigt sich aus den in der Modellskizze vorgeführten Überlegungen,¹ die hier in verkürzter Form wiederholt seien: Entscheidet über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A nicht der Wille des A, sondern der des B, und hat B im Vollzug stellvertretender Entscheidung einen Haftungstatbestand erfüllt, dann würde es eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Verletzten bedeuten, wenn ihm der Zugriff auf das Vermögen des A versagt bliebe, weil A und nicht B Inhaber dieses Vermögens ist. Außerdem wären, wenn unter diesen Umständen nicht wegen fremder Tatbestandsverwirklichung gehaftet würde, alle diejenigen Vermögensinhaber ungerechtfertigt benachteiligt, die selbst über die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten entscheiden, und daher wegen der tatbestandsmäßigen Betätigung des für sie maßgeblichen Willens haften müssen. Aus diesen Gründen muß das Vermögen des A so haften, wie es haften würde, wenn B dessen Inhaber wäre.

Der zuletzt genannte Aspekt einer gleichmäßigen Verteilung des Haftungsrisikos, der in dem hier erörterten Zusammenhang bedeutet, daß juristische und (geschäftsfähige) natürliche Personen haftungsrechtlich gleich behandelt werden müssen, ist schon des öfteren herangezogen worden.² Zum Teil bemüht man aber auch den - schon in anderem Zusammenhang auf Skepsis gestoßenen³ - Vorteilsgedanken und zwar in zwei Varianten. Zum einen wird die Haftung nach § 31 ganz allgemein damit begründet, daß "eine

Vermögensmasse, welche die Vorteile einer Verwaltung genießt, auch den durch diese Verwaltung angerichteten Schaden tragen soll".¹ Dann müßte aber die juristische Person für alle Angestellten nach § 31 haften. Außerdem läßt sich dieser Formel nicht einmal entnehmen, weshalb die juristische Person nach § 31 nur für ein schadensstiftendes Fremdhandeln haftet, das einen allgemeinen Haftungstatbestand erfüllt, und der mit dem Vorteil korrespondierende Nachteil nicht einfach die Belastung mit Schäden ist, die durch ein Verwaltungshandeln adäquat verursacht worden sind.² Nach der anderen Variante folgt die Haftung nach § 31 daraus, daß die juristische Person gerechterweise die Nachteile tragen muß, die mit dem ihr von der Rechtsordnung zugebilligten Vorteil, durch ihre Organe im Verkehr auftreten zu können, verbunden sind.³ Dies bedeutet genau besehen nichts anderes, als daß die Angleichung der Stellung der juristischen an die der natürlichen Person auch die Übernahme der für die natürlichen Person geltenden Haftungsregeln fordert und läuft daher auf den Gleichbehandlungsgedanken hinaus⁴ (weshalb es irreführend ist, wenn diese Variante des Vorteilsarguments zum Teil neben dem Gleichbehandlungsgedanken verwendet wird).⁵ Schließlich wird auch noch hervorgehoben, daß das Vorstandsmitglied einer juristischen Person als solches viel größere Möglichkeiten habe, die Interessen Dritter zu schädigen, als als bloße Privatperson.⁶ Ob dies zutrifft, hängt aber davon ab, welche Art von Veranstaltung die juristische Person betreibt. Nicht nur Großunternehmen, sondern auch "harmlose" Tennisclubs sind ja als juristische Personen organisiert. Jedenfalls lassen sich diverse schädigende Verhaltensweisen von Organwaltern⁷ denken, die ihnen genausogut als Privatpersonen zu Gebote stehen,⁸ und es dürfte niemand dafür plädieren wollen, die juristische Person für sie nicht haften zu lassen. Außer-

dem ist es nicht gerechtfertigt, nur auf das erhöhte "Einwirkungspotential" der Organwalter abzustellen. Vielmehr läge es in der Konsequenz des Gedankens der größeren Schädigungsmöglichkeit, die juristische Person in weitem Umfang auch für ihre Angestellten haften zu lassen, so daß unerklärlich bleibt, weshalb nach § 31 nur für Organwalter gehaftet wird. In die gleichen Schwierigkeiten gerät man, wenn man nicht auf das erhöhte "Einwirkungspotential" abhebt, sondern einfach darauf, daß "die Wirkung des Handelns des Organs durch die Mittel des von ihm repräsentierten Zusammenschlusses bedingt ist"¹, ganz abgesehen davon, daß zweifelhaft ist, ob die Herkunft der das schädigende Handeln begünstigenden Umstände überhaupt eine brauchbare Haftungskategorie darstellt.

B. Die möglichen Urheber haftungsbegründenden
Handelns (Der Begriff des Organwalters)

Eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung setzt voraus, daß die handelnden Personen über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögensinhabers an dessen Stelle entscheiden. Welche Personen dies im Falle einer juristischen Person sind - sie werden hier im Anschluß an H-J. Wolff¹ als Organwalter bezeichnet -, ist nicht vollkommen unproblematisch.

Organwalter sind zunächst die Vorstandsmitglieder² eines Vereins, einer Stiftung, einer AG und einer Genossenschaft sowie die Geschäftsführer einer GmbH. Insoweit bestehen keine Schwierigkeiten. Nicht so eindeutig ist dagegen, welche Personen zu den in § 31 genannten anderen verfassungsmäßig berufenen Vertretern gehören.

Da der Vorstand nicht alle Angelegenheiten der juristischen Person selbst wahrnehmen kann, muß er diverse Hilfspersonen engagieren, die gewisse Geschäfte der juristischen Person an seiner Stelle erledigen und auf einer Stufe mit den Gehilfen geschäftsfähiger natürlicher Personen stehen. Von diesen - zum Teil mit weitreichenden Befugnissen ausgestatteten - Hilfspersonen des Vorstands³, deren Stellung sich auch auf die Satzung (i.V. mit den allgemeinen Vorschriften) zurückführen läßt, da ihnen von den satzungsmäßig berufenen Vertretern (=Vorstandsmitgliedern) ein Teilbereich der satzungsgemäß von der juristischen Person betriebenen Geschäfte zur Erledigung zugewiesen wurde, sind die sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 zu unterscheiden, die identisch mit den besonderen Vertretern des § 30 sind. Zwar sind sie wie die Hilfspersonen nur für gewisse Geschäfte zuständig. Sie

nehmen aber wie die Vorstandsmitglieder die ihnen zugewiesenen Angelegenheiten unmittelbar an Stelle der juristischen Person wahr und nicht an Stelle des Vorstands, mögen sie auch vom Vorstand bestellt worden sein. Soll daher jemand ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter sein, dann muß die Satzung bestimmen, daß die ihm zugewiesenen Geschäfte nicht vom Vorstand zu erledigen sind, sondern von einer eigens hierfür zu bestellenden Person, was auch mit dem Wortlaut des § 30 übereinstimmt¹. Das bedeutet, daß es keinesfalls genügt, daß eine Person eine - wenn auch relativ selbständige - Position innehat, die nur auf der allgemeinen Betriebsregelung beruht; denn alle Angelegenheiten, deren Wahrnehmung die Satzung nicht einem besonderen Vertreter zuweist, fallen in den Aufgabenbereich des Vorstandes. Desgleichen reicht es nicht aus, wenn die Bildung des in Frage stehenden Geschäftsbereichs zwar in der Satzung vorgesehen ist, sich hieraus aber nicht entnehmen läßt, daß er nicht - wenigstens nicht ausschließlich - unter der Leitung des Vorstandes stehen soll. Es ist jedoch mit dem Status einer Person als eines verfassungsmäßigen Vertreters vereinbar, wenn sie Weisungen des Vorstands zu befolgen hat (z.B. solche, die ihre Tätigkeit mit derjenigen anderer Geschäftsbereiche koordinieren sollen) sofern ihre Weisungsunterworfenheit nicht so weit geht, daß sie als bloßes Vollzugsorgan des Vorstandes anzusehen ist. Es ist auch nicht erforderlich, daß ein verfassungsmäßiger Vertreter Vollmacht zum Abschluß von Rechtsgeschäften hat; denn die Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung setzt nur voraus, daß der "Fremde" über die Wahrnehmung von Angelegenheiten des Vermögensinhabers, die auch rein technischer Art sein können, an dessen Stelle entscheidet. Wenn in § 31 daher von "Vertreter" die Rede ist, so wird damit nur die Maßgeblichkeit des fremden Willens für irgendwelche Angelegenheiten der juristischen Person postuliert, nicht aber auch, daß zu diesen der Abschluß von Rechtsgeschäften gehört.

Die hier vertretene Ansicht, die sich, wie noch einmal betont sei, nur auf juristische Personen des Privatrechts bezieht, steht im Widerspruch zu der von der Rspr. praktizierten Auffassung, die im Schrifttum weitgehend gebilligt wird. Danach sind verfassungsmäßig berufene Vertreter im Sinne des § 31 "nicht nur Personen, deren Tätigkeit in der Satzung der juristischen Person vorgesehen ist", sondern auch solche, denen "durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind"¹, wobei - wie hier rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht gefordert wird². Daran ist richtig, daß die Haftung der juristischen Person in der Tat nicht davon abhängen kann, ob ein Tätigkeitsbereich in der Satzung angeführt ist oder nicht. Darum geht es aber auch gar nicht. Entscheidend ist vielmehr, wie gesagt, daß die dem Vertreter zugewiesenen Geschäfte der ausschließlichen Zuständigkeit des Vorstandes entzogen sein müssen, was nur durch die Satzung bestimmt werden kann. Andernfalls nimmt der "Vertreter" die Angelegenheiten der juristischen Person als Gehilfe des Vorstandes wahr, mag er de facto auch ziemlich selbständig agieren, und übt nicht "wesensmäßige Funktionen der juristischen Personen" aus, die sich durch rein materiale Kriterien wie die Bedeutung einer Position und die Selbständigkeit ihres Inhabers überhaupt nicht definieren lassen³. Schließlich hat auch eine natürliche Person, die ein Unternehmen betreibt, Angestellte, die alle Voraussetzungen eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters im Sinne der h.M. erfüllen. Damit ist der nächste Punkt der Kritik berührt. Die h.M. benachteiligt nämlich an sich die juristischen gegenüber den natürlichen Personen, die für Delikte leitender Angestellter, nur nach § 831 haften, obwohl § 31 doch (unter anderem) gerade die Haftung der juristischen der

der natürlichen Personen angleichen soll. Wenn es dennoch tatsächlich zu keiner wesentlichen Ungleichbehandlung kommt, so deshalb, weil die Rspr. andererseits § 831 durch Überspannung sowohl der Beweis - als auch der Sorgfaltsanforderungen desavouiert. Auch die großzügige Handhabung des § 31 dient - ebenso wie die an anderer Stelle zu behandelnde Statuierung besonderer körper-schaftlicher Organisationspflichten¹ - nicht zuletzt der Ausschaltung des nach § 831 möglichen Entlastungsbe- weises² (und ist ein eleganteres und bequemes Mittel hier- zu als die vorgenannte Methode). In der Tat ist ja die Regelung des § 831 rechtspolitisch verfehlt und zwar (unter dem Aspekt der hier vertretenen Konzeption) von vornherein und nicht erst im Hinblick auf die Änderung der tatsäch- lichen Verhältnisse seit dem Inkrafttreten des BGB.³ Trotzdem ist sie vorläufig noch verbindlich. Folgt man allerdings der hier vertretenen Ansicht, wonach § 278 im Rahmen von Verkehrs- und Aufsichtspflichten anzuwenden ist,⁴ so ist die Entlastungsmöglichkeit des § 831 schon de lege lata erheblich eingeschränkt.⁵ Damit ist dann aber auch die Grenze des nach dem geltenden Recht Vertretbaren erreicht, während die von der h.M. praktizierte "Auslegung" des § 31 zum Teil⁶ darüber hinausgeht, also zu Ergebnissen führt, die sich mit einer Anwendung des § 278 ein Rahmen von Verkehrs- und Aufsichtspflichten nicht mehr rechtfertigen lassen.⁷ Daß dagegen keine Bedenken bestehen, ist verwunderlich, da die h.M. andererseits die Anwendung des § 278 auf außervertragliche Pflichten als zu weitgehend empfindet.

Organwalter im Sinne des § 31 sind auch die Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG;⁸ denn die Überwachung der Geschäfts- führung des Vorstandes (vgl. § 111 AktG) ist ebenso eine Angelegenheit der juristischen Person wie die Geschäfts- führung selbst, wenn der juristischen Person diese Über- wachung aufgegeben ist, was sich aus dem Erfordernis der

Bestellung eines Aufsichtsrats ergibt. Das Fehlen rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht spielt keine Rolle, wie schon im Zusammenhang mit den (sonstigen) verfassungsmäßigen Vertretern ausgeführt wurde.¹ Daß § 31 die Aufsichtsratsmitglieder nicht erwähnt (und diese auch nicht unter den Begriff der anderen verfassungsmäßigen Vertreter fallen), liegt daran, daß § 31 unmittelbar nur die Haftung des Vereins regelt, und dieser keinen Aufsichtsrat hat.

Für die Mitgliederversammlung als solche wird nicht nach § 31 gehaftet, weil sie keinen Haftungstatbestand erfüllen kann,² wohl aber für die Mitglieder, die als Teilnehmer der Versammlung Beschlüsse über die Angelegenheiten der juristischen Person fassen,³ so daß es nur sprachlich etwas inkorrekt ist, wenn man von einer Haftung für die Mitgliederversammlung sprechen würde. Die juristische Person haftet daher, wenn ein Beschluß eine von den Mitgliedern gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung darstellt (§ 830 I 1), was allerdings nur relevant wird, wenn der Geschädigte ohne (ein haftbar machendes) Dazwischentreten eines anderen Organs durch den Beschluß verletzt worden ist.⁴ Daß dann nur diejenigen Mitglieder einen Haftungstatbestand erfüllt haben, die für den Beschluß gestimmt haben, ist für die Haftung der juristischen Person gleichgültig.⁵ Praktische Bedeutung dürfte die Haftung für Beschlüsse der Mitgliederversammlung kaum haben, da sich schwer vorstellen läßt, wie jemand durch einen Beschluß der Mitgliederversammlung unmittelbar (also ohne Dazwischentreten eines anderen Organs) verletzt werden kann.

2. Unterabschnitt: Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände und ihre Erfüllung im Vollzug stellvertretender Entscheidung

A. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände

Den Grundgedanken der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung entsprechend kann die Erfüllung jedweden Tatbestandes die Haftung der juristischen Person begründen.

Ob man die Haftung wegen der Verletzung vertraglicher und vorvertraglicher Pflichten, wie manchmal vorgeschlagen wird, nicht auf § 31, sondern § 278 (1. Alt.) stützt, spielt keine Rolle. Es steht jedenfalls fest, daß § 278 S. 2 (Möglichkeit der Abbedingung der Haftung wegen fremden Vorsatzes) nicht gilt². Das ergibt sich schon aus dem Gedanken der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung von juristischen und natürlichen Personen, dem gemäß die Haftung der juristischen Person für das Verhalten ihrer Organe der Haftung einer natürlichen Person für deren eigenes Verhalten entspricht.

Die Haftung der juristischen Person für Pflichtverletzungen ist keine solche für die Verletzung eigener Pflichten. Genausowenig wie die geschäftsunfähige natürliche Person ist nämlich die juristische Person Pflichtsubjekt, da sie als solche nicht fähig ist, Verhaltensnormen zu befolgen. Vielmehr werden die Pflichten, die die juristische Person treffen würden, wenn sie Pflichtsubjekt wäre³, an die zuständigen Organwalter adressiert, während die juristische Person nur mit ihrem Vermögen für die versprochene Leistung haftet⁴, falls diese in der Übertragung eines Vermögenswertes besteht⁵. Diese, die Organwalter als

solche treffenden Pflichten,¹ die zumeist kurzerhand als Pflichten "der juristischen Person" bezeichnet werden, sind es, deren Verletzung die Haftung der juristischen Person begründet. Deshalb kann die Haftung der juristischen Person für Pflichtverletzungen ihrer Organwalter auch als eine solche wegen fremder Tatbestandsverwirklichung qualifiziert werden.

Die juristische Person haftet nicht nur, wenn ein Organwalter tatsächlich eine (ihn als solchen treffende) Pflicht verletzt hat, sondern auch wenn sich die Pflichtverletzung daraus ergibt, daß sich der Organwalter gemäß § 278 (2. Alt.) mit dem Verhalten eines Dritten nach den im ersten Kapitel entwickelten Grundsätzen identifizieren lassen muß. Auch die Haftung der juristischen Person für Erfüllungsgehilfen ist also genau genommen eine durch § 31 (bezw. § 278, 1. Alt.) vermittelte Organhaftung.

Ist eine juristische Person zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung oder zum Unterlassen eines Handelns verurteilt worden, und bleiben die Organwalter untätig oder handeln dem Verbot zuwider, so sind die vollstreckungsrechtlichen Sanktionen der §§ 888, 890 ZPO - entgegen der h.M.² - nur gegen die Organwalter zu verhängen. Das zu §§ 888, 890 ZPO im Zusammenhang mit der Haftung des Minderjährigen Gesagte gilt entsprechend.³

Ebenso wie für Pflichtverletzungen haftet die juristische Person für die Verletzung von Obliegenheiten, die die Organwalter als solche treffen. Daß sie nur Pflichten "minderer Intensität" sind, und die Rechtsfolge ihrer Verletzung keine Schadensersatzpflicht, sondern die Nichtentstehung oder der Verlust eines Anspruches ist, spielt keine Rolle. Die juristische Person muß auch für die vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung des Ver-

sicherungsfalles (§ 61 VVG oder entspr. Bestimmungen) durch die Organwalter eintreten. Allerdings ist, wie schon früher dargetan,¹ eine Fremdhaftung des Versicherungsnehmers durch den (allein maßgeblichen)² Zweck des § 61 VVG grundsätzlich nicht gedeckt, da das Bestehen des Versicherungsschutzes Personen, die nicht in den Genuß der Versicherungsleistung kommen, in aller Regel nicht dazu veranlassen kann, mit der versicherten Sache besonders sorglos umzugehen oder sie gar vorsätzlich zu zerstören. Der Versicherer ist jedoch leistungsfrei, wenn der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Versicherungsnehmers den Versicherungsfall herbeiführt, weil dessen Interessen so mit denen des Minderjährigen verflochten sind, daß es im Hinblick auf § 61 VVG keine Rolle spielt, daß nicht er, sondern der Minderjährige Gläubiger des Versicherungsanspruches ist. Auch die Interessen der Organwalter und die der juristischen Person sind so miteinander verknüpft, daß das Bestehen des Versicherungsschutzes das Verhalten der Organwalter gegenüber den versicherten Sachen beeinflussen kann, obwohl sie nicht Gläubiger des Versicherungsanspruches sind. Wenn man die juristische Person nicht im Rahmen des § 61 VVG für das Verhalten der Organwalter haften ließe, müßten diese allerdings den Regreß des Versicherers nach § 67 VVG befürchten. Diese Sanktion wäre aber weniger wirkungsvoll als die Leistungsfreiheit, da sie im Prozeßwege realisiert werden müßte, nachdem die juristische Person die Versicherungsleistung erhalten hätte. Jedenfalls läßt sich nicht von der Hand weisen, daß sich das subjektive Risiko erhöhen würde, wenn der Versicherer auch im Falle der grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles durch einen Organwalter leistungspflichtig wäre. Daher ist es gerechtfertigt, die juristische Person für ihre Organwalter haften zu lassen, was im Ergebnis mit der h.M.³ übereinstimmt. →

Die Haftung der juristischen Person für Delikte der Organwalter ist vor allem im Hinblick auf die Verkehrs- und Aufsichtspflichten wichtig, auf Grund deren die Organwalter diverse Organisationsmaßnahmen treffen müssen, um Schäden zu vermeiden. Daß die Verletzung einer solchen Pflicht (betrieblicher Organisationsmangel) die juristische Person nach § 31 i.V.m. §§ 823 ff. haftbar macht, ist klar. Zweifelhafte ist nur, wie weit diese Pflichten reichen,¹ was hier nicht näher zu untersuchen ist. Die Rspr. ist aber noch einen Schritt weitergegangen und macht die juristische Person wegen eines körperschaftlichen Organisationsmangels haftbar, wenn die für den Schaden verantwortliche Person trotz ihrer Zuständigkeit für wichtige Aufgabenbereiche nicht den Rang eines verfassungsmäßigen Vertreters bekleidet, sondern nur Verrichtungsgehilfe im Sinne des § 831 ist. Dabei ist, was die Konstruktion anbelangt, nicht ganz klar, ob die Rspr. die Haftung unmittelbar aus § 823 (i.V.m. § 31) herleitet oder die juristische Person als Folge der Verletzung der Organisationspflicht so haften läßt, wie sie haften würde, wenn der schadenstiftende Gehilfe ein verfassungsmäßig berufener Vertreter wäre. Dies spielt aber keine Rolle; denn auf keinen Fall vermag die Lehre vom körperschaftlichen Organisationsmangel, die als Mittel zur Ausschaltung des nach § 831 möglichen Entlastungsbeweises vermutlich ohnehin hinter die - dem gleichen Zweck dienende - Ausweitung des Begriffs des sonstigen verfassungsmäßigen Vertreters³ zurücktreten wird, die Haftung der juristischen Person nach § 31 zu begründen.⁴ Eine Pflicht der juristischen Person (genauer: der Mitgliederversammlung), dafür zu sorgen, daß gewisse Angelegenheiten von Personen wahrgenommen werden, die den Status eines verfassungsmäßigen Vertreters haben, gibt es nicht. Die Organwalter müssen dafür Sorge tragen, daß mit Aufgaben, die sie nicht selbst erfüllen, geeignete Leute betraut werden, die dazu befugt sind, die erforderlichen Schadensverhütungsmaßnahmen zu treffen. Andernfalls liegt

ein betrieblicher Organisationsmangel vor. Weshalb darüber hinaus zu fordern sein soll, daß solche Personen verfassungsmäßige Vertreter sind, ist unerfindlich; denn der Eintritt eines Schadens kann mit dem bloßen Fehlen dieses Status von vornherein nichts zu tun haben¹, und die Vermeidung von Schäden müssen Organisationspflichten, deren Verletzung eine Schadenshaftung nach sich zieht, doch bezwecken, wenn ihre Statuierung mehr als ein konstruktives Versatzstück sein soll, das nur dazu dient, einer als billig empfundenen Haftung den Anschein der Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht zu verleihen. Außerdem müßte die Lehre vom körperchaftlichen Organisationsmangel - ebenso wie die Ausweitung des Begriffs des sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreters - zu einer Benachteiligung der juristischen Personen gegenüber den natürlichen führen², was nur dadurch vermieden wird, daß man § 831 auch weitgehend desavouiert (durch Überspannung der Beweis- und Sorgfaltsanforderungen), wenn Gehilfen einer natürlichen Person einen Schaden angerichtet haben. Allerdings ließe sich die Rspr. zum Teil rechtfertigen, wenn man sich dazu entschlösse, mit der hier vertretenen Ansicht § 278 auch im Rahmen von Verkehrspflichten anzuwenden;³ denn in den Fällen des "körperchaftlichen Organisationsmangels" geht es häufig darum, daß ein Angestellter⁴ der juristischen Person es unterlassen hat, die erforderlichen Schadensverhütungsmaßnahmen zu treffen⁵, so daß eine Haftung wegen Ausbleibens eines im Interesse des Verletzten liegenden (=geschuldeten) Erfolges in Betracht kommt⁶. Ferner sei darauf hingewiesen, daß die ebenfalls zu befürwortende Anwendung des § 278 im Rahmen von Aufsichtspflichten ("Aufsichtsgelhilfe") juristischen und natürlichen Personen des sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis abschneidet.⁷ Dagegen ist die von einigen Autoren befürwortete Analogie des § 31⁸ in den hier angesprochenen Fällen ausgeschlossen, da § 31, wie schon früher dargetan⁹, seinen Grundgedanken nach keine Haftung der juristischen Person für leitende

Angestellte (als solche) statuiert, so daß Wortlaut und ratio der Vorschrift völlig übereinstimmen. Auch mit der Figur des "Übernahmeverschuldens"¹ läßt sich eine Haftung nach § 31 (i.V.m. §§ 823 ff.) in aller Regel nicht begründen; denn die Organwalter trifft der Vorwurf eines solchen Verschuldens nicht schon, wenn sie außerstande sind, die übernommenen Aufgaben persönlich zu bewältigen,² sondern nur dann wenn sie hierzu ersichtlich auch mit Hilfe des ihnen zur Verfügung stehenden Mitarbeiterstabes nicht in der Lage sind.

Schließlich kann die juristische Person nach § 31 auch haften, wenn ein Organwalter den Tatbestand einer Risikohaftung erfüllt hat, wobei es der Heranziehung des § 31 gar nicht bedarf, wenn die Norm den durch eine Maßnahme Begünstigten haften läßt, wie dies von einigen für § 904 S. 2 angenommen wird.³ Auch die Halterhaftung trifft die juristische Person unmittelbar auf Grund der in Frage stehenden Norm (z.B. § 7 StVG), wenn man die juristische Person (=Eigentümer der Sache) selbst als Halter ansieht.⁴ Lehnt man dies ab, so folgt die Haftung aus § 31 i.V.m. § 7 StVG oder entsprechenden anderen Normen. Zwar sind die Organwalter (mangels Nutzung der Sache zum eigenen Vorteil) nicht Halter, und haben daher den Haftungstatbestand nicht voll erfüllt. Dies beruht aber nur darauf, daß ihre Herrschaftsausübung Wahrnehmung der Angelegenheiten einer anderen Person ist, und hieran darf die Fremdhftung dieser Person, wie schon in anderem Zusammenhang ausgeführt⁵, nicht scheitern.

Die Frage, ob die juristische Person haftet, wenn ein Organwalter den Tatbestand des § 179 erfüllt hat, ist an anderer Stelle zu behandeln.⁶

B. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung

I. Allgemeines

Der Organwalter muß einen Haftungstatbestand durch ein Handeln erfüllt haben, das Vollzug stellvertretender Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person gewesen ist, oder durch das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug einer solchen stellvertretenden Entscheidung gewesen wäre.¹

1. Das tatbestandsmäßige Handeln als Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person

Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes durch ein Handeln, das Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen ist, oder durch das Unterlassen eines Handelns, das Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen wäre, setzt zunächst voraus, daß das Handeln überhaupt der Wahrnehmung von Angelegenheiten der juristischen Person gedient hat, bzw. daß das unterlassene Handeln der Wahrnehmung solcher Angelegenheiten gedient hätte. Angelegenheit der juristischen Person ist dabei jede Änderung der Realität, deren Wollen Sache der juristischen Person selbst wäre, wenn es sich bei ihr um einen willensfähigen Vermögensinhaber handeln würde,² also jede Änderung der Rechtsstellung der juristischen Person und jede Einwirkung auf einen einer Rechtsposition der juristischen Person unterliegenden Sachverhaltsbereich sowie die Abgabe von Erklärungen im Namen der juristischen Person, auch wenn diese die Rechtsstellung der juristischen Person nicht verändern. Der genauen Definition der Angelegenheiten der juristischen Person kommt jedoch insofern keine Bedeutung zu, als ein Organ-

walter, der überhaupt als solcher handelt, immer einen Erfolg der genannten Art erstrebt, mag dieser auch im Zeitpunkt des Handelns noch nicht genau fixiert sein, und es nicht erforderlich ist, daß das Handeln "unmittelbar" einen solchen Zweck verwirklicht. Andererseits wäre es aber auch mißverständlich, einfach von einem Handeln "für" die juristische Person zu sprechen. So ist z.B. die vorsätzliche Erteilung einer falschen Auskunft im Namen der juristischen Person Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person, auch wenn der Organwalter damit rein private weitere Zwecke verfolgt.

Was die Verletzung vertraglicher - den Organwalter als solchen treffender - Pflichten (Pflichten aus im Namen der juristischen Person geschlossenen Verträgen) anbelangt, die auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sind,¹ so ist das hier besprochene Erfordernis unabhängig davon erfüllt, durch was für ein Verhalten der Organwalter den Haftungstatbestand verwirklicht hat, spielt also keine haftungsbeschränkende Rolle; denn entweder ist der geschuldete Erfolg infolge eines fehlerhaften Erfüllungshandelns ausgeblieben (= Verwirklichung des Tatbestandes durch ein Handeln, das der Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person gedient hat), oder weil ein Erfüllungshandeln gänzlich unterblieben ist - sei es auch infolge eines Handelns, das nichts mit den Angelegenheiten der juristischen Person zu tun hatte -, so daß dann der Haftungstatbestand durch Unterlassen eines Handelns verwirklicht worden ist, das der Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person gedient hätte.² Etwas anderes gilt, wenn es um die Verletzung von Pflichten geht, die eine bestimmte Handlungsweise verbieten (primäre und sekundäre Unterlassungspflichten). Hat etwa der Organwalter Rechtsgüter einer Person, mit der er im Namen der juristischen Person verhandelte, oder des Partners eines im Namen der juristischen Person

geschlossenen Vertrages verletzt, so kommt es darauf an, daß sich der Vorwurf der culpa in contrahendo oder der positiven Vertragsverletzung auf ein Handeln gründet, das dem Abschluß des Vertrages oder der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges diene.¹ Alle Handlungen, die anderen (und das heißt: rein privaten) Zwecken des Organwalters gedient haben (was nicht bei jeder Vorsatztat der Fall ist, z.B. nicht bei Täuschungen, die den Verhandlungspartner zum Vertragsschluß bewegen sollen) und auch nicht das Unterlassen einer geschuldeten Maßnahme bedeuten² scheiden also (unter dem Aspekt der Fremdhaftung) als Objekt haftungsrechtlicher Wertung aus, auch wenn sie in irgendeinem Zusammenhang mit dem Abschluß oder der Erfüllung des Vertrages standen.³ Das entspricht auch dem Wortlaut des § 31; denn in § 31 ist davon die Rede, daß der Organwalter "in Ausführung (und nicht: "im Zusammenhang mit der Ausführung") der ihm zustehenden Verrichtungen" einen Haftungstatbestand verwirklicht haben muß, und dieses Erfordernis kann nur erfüllt sein, wenn der Organwalter in (und nicht nur: im Zusammenhang mit der) Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person gehandelt hat. Ob die h.M. demgegenüber einen "inneren Zusammenhang" genügen läßt, ist nicht ganz eindeutig. Zwar wird die Formel vom "inneren Zusammenhang" auch im Rahmen des § 31 bemüht. Es wird aber nur davon gesprochen, daß ein "innerer" (oder "enger objektiver") Zusammenhang des schadenstiftenden Handelns mit den dem Organwalter zugewiesenen Verrichtungen bestehen müsse, aber auch genüge,⁴ was darauf hinweisen könnte, daß die h.M. dem "inneren Zusammenhang" nur unter dem Aspekt des Zuständigkeitserfordernisses eine Bedeutung beimißt. Es ist aber wahrscheinlich, daß die h.M. die Formel des "inneren Zusammenhanges" der Sache nach auch auf das Erfordernis der Wahrnehmung von Angelegenheiten der juristischen Person beziehen will,⁵ das in § 31 nicht ausdrücklich genannt, sondern als

selbstverständlich vorausgesetzt wird, und dies nur sprachlich nicht besonders hervorhebt. Jedenfalls läßt wohl auch die h.M. die juristische Person (mangels "inneren Zusammenhanges") nicht für vorsätzliche Rechtsgutsverletzungen eines Organalters haften, zu denen die Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person nur die Gelegenheit geboten hat.¹

Für Obliegenheitsverletzungen gilt das zu den Pflichtverletzungen Gesagte entsprechend². Wegen Einzelheiten sei auf die Ausführungen zur Haftung des Minderjährigen verwiesen³, denen auch zu entnehmen ist, weshalb die Haftung der juristischen Person für die grob-fahrlässige oder vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles (§ 61 VVG) nicht davon abhängt, daß der Organwarter in Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person gehandelt hat.⁴

Hat ein Organwarter ein Delikt begangen, dann spielt das Erfordernis der Wahrnehmung von Angelegenheiten der juristischen Person entsprechend dem zur Verletzung vertraglicher (auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichteter) Pflichten Gesagten keine haftungsbeschränkende Rolle, wenn eine Maßnahme unterblieben ist, die der Organwarter auf Grund einer (ihn als solchen treffenden) Verkehrs- oder Aufsichtspflicht hätte treffen müssen⁵. Ist dagegen die in Frage stehende Rechtsgutsverletzung nicht durch das Unterbleiben einer solchen Maßnahme vermittelt, scheiden alle Handlungen, die nicht der Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person gedient haben, als Objekt haftungsrechtlicher Wertung aus, mögen sie auch in irgendeinem Zusammenhang mit der Wahrnehmung solcher Angelegenheiten gestanden haben.⁶ Dies bedeutet aber nicht, daß eine Haftung für vorsätzliche Delikte schlechthin ausscheidet; denn auch diese können in Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person begangen werden. Das

ist vor allem der Fall, wenn sich der Deliktsvorwurf darauf gründet, daß ein Organwalter vorsätzlich falsche oder unwirksame Erklärungen im Namen der juristischen Person abgegeben hat, da die Abgabe einer Erklärung im Namen der juristischen Person immer (also ohne Rücksicht auf den Inhalt der Erklärung und den mit ihr verfolgten weiteren Zwecken) Wahrnehmung einer Angelegenheit der juristischen Person ist.

Deliktische Handlungen, die zwar der Wahrnehmung von Angelegenheiten der juristischen Person dienen, deren Wollen aber voraussetzt, daß der in Frage stehende Organwalter und nicht eine andere Person tätig wird, sind ebenfalls (unter dem Aspekt der Fremdhftung) nicht Objekt haftungsrechtlicher Wertung.¹ Dieser Ausschluß "höchstpersönlicher Vorbereitungshandlungen" spielt praktisch aber kaum eine Rolle. Man denke etwa an den Fall, daß der Organwalter auf dem Weg von seiner Wohnung ins Büro einen Unfall verschuldet.

2. Das Zuständigkeitserfordernis

Hat der Organwalter einen Haftungstatbestand in Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person verwirklicht, so kommt es weiter darauf an, ob er "in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" gehandelt hat.¹ Dieses Erfordernis ist keineswegs unwesentlich oder gar willkürlich; denn das Handeln eines Organs außerhalb seiner Zuständigkeit ist nicht Vollzug stellvertretender Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten der juristischen Person, so daß eine Haftung der juristischen Person für ein solches Handeln sich nicht mit den Grundsätzen der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung vereinbaren ließe. Das soll nicht heißen, daß es rechtspolitisch von vornherein gänzlich unberechtigt wäre, die juristische Person für Handlungen eines Organwalters haften zu lassen, die nicht unter seine Zuständigkeit fallen. Nur würde eine solche Haftung sich auf ganz andere Erwägungen stützen müssen als die hier besprochene Fremdhafnung (z.B. den Gedanken des "Betriebsrisikos").

Bei der Zuständigkeit geht es nur um die satzungsmäßige Aufgabenteilung zwischen den verschiedenen Organen. Sie hat nichts mit der Rechtmäßigkeit im Sinne der allgemeinen Rechtsordnung zu tun. Handlungsverbote der allgemeinen Rechtsordnung schränken also nicht etwa die Zuständigkeit der einzelnen Organwalter ein. Bei der Prüfung, ob ein Organwalter durch sein Handeln eine Angelegenheit der juristischen Person wahrgenommen hat, für die er zuständig ist, hat daher die Rechtswidrigkeit des Handelns außer Betracht zu bleiben, und es kommt nur darauf an, ob die fragliche Angelegenheit ihrem Gegenstande nach zu den Geschäften gehört, deren Erledigung ihm zugewiesen ist. Demgemäß kann keine Rede davon sein, daß man, wie das

RG gemeint hat,¹ § 31 nicht wörtlich nehmen dürfte, weil eine unerlaubte Handlung niemals eine Verrichtung sei, die einem Organwalter zustünde. Die freiere Auslegung des § 31, zu der sich das RG genötigt sah, wäre nicht weiter bemerkenswert, wenn sie nur die selbstverständliche Annahme einer Haftung für Delikte, die ein Organwalter im Rahmen seines Aufgabenbereichs begangen hat, zur Folge gehabt hätte. Das RG hat aber die Befreiung von den Fesseln des Wortlauts des § 31 zu einer ziemlich weitgehenden Auflockerung des Zuständigkeitserfordernisses benutzt, die allgemeinen Beifall gefunden hat, ohne doch jemals begründet worden zu sein. Das Zuständigkeitserfordernis soll nämlich schon dann erfüllt sein, wenn die schädigenden "Handlungen des Vertreters nicht so sehr außerhalb seines sachlichen Wirkungsbereichs liegen, daß der innere Zusammenhang zwischen ihnen und dem allgemeinen Rahmen der dem Vertreter übertragenen Obliegenheiten nicht mehr erkennbar und der Schluß geboten ist, daß er nur bei Gelegenheit, aber nicht in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen gehandelt habe"². Daß diese (oder eine ähnlich gefaßte) Formel der Rechtsunsicherheit Tür und Tor öffnet, dürfte kaum jemand leugnen wollen. Aber auch abgesehen davon ist sie abzulehnen. Natürlich kommt es vor, daß nicht schon auf den ersten Blick klar ist, ob eine Angelegenheit zum Aufgabenbereich des handelnden Organwalters oder dem eines anderen gehört. Dann kann die Betrachtung von Sachzusammenhängen gute Dienste leisten. In solchen Fällen ist es auch verständlich, wenn auf allzu subtile Zuständigkeitserwägungen verzichtet und der handelnde Organwalter zumindest auch für zuständig erklärt wird. Ferner kann es sein, daß zwar irgendwelche Angelegenheiten nicht generell zum Aufgabenbereich eines Organwalters gehören, er aber im Einzelfall "kraft Sachzusammenhanges" eine solche Angelegenheit wahrnehmen darf, um eine ihm obliegende Aufgabe erledigen zu können.³ Ist aber der handelnde Organwalter eindeutig unzuständig ge-

wesen, so kann man nicht trotzdem das Zuständigkeits-
erfordernis als erfüllt ansehen, weil zwischen der frag-
lichen Angelegenheit und dem Aufgabenbereich des handelnden
Organwalters ein "innerer" Zusammenhang bestanden hat, zu-
mal letzten Endes die meisten Angelegenheiten der juri-
stischen Person "innerlich" zusammenhängen. Allerdings
gelangt die h.M. in einer praktisch wichtigen Fallgruppe
zu richtigen Ergebnissen.

Hat ein Organwalter ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, für
das er keine Vertretungsmacht besaß, so ist der Abschluß
des Rechtsgeschäftes eine Angelegenheit, deren Wahr-
nehmung ihm nicht zustand, wobei gleichgültig ist, ob
seine Vertretungsmacht inhaltlich entsprechend einge-
schränkt war, oder er einer von mehreren Gesamtver-
tretern war und die Zustimmung der übrigen nicht einge-
holt hatte.¹ Man könnte daher meinen, daß eine Haftung
der juristischen Person mangels Zuständigkeit des Organ-
walters ausscheidet, wenn für die Erfüllung des in Frage
stehenden Haftungstatbestandes die Abgabe einer nichtigen
Erklärung durch den Organwalter eine Rolle spielte. Dem-
gegenüber läßt sich auch nicht einwenden, daß die schaden-
stiftende Abgabe einer Erklärung unter haftungsrechtlichem
Aspekt nur ein Realakt ist, und es daher auf die Ver-
tretungsmacht nicht ankomme; denn es ist doch schlecht
möglich, daß jemand zwar für die Abgabe einer rechtsge-
schäftlichen Erklärung unzuständig, für den in der
(nichtigen) Erklärung liegenden Realakt aber zuständig
ist. Dennoch bejaht die h.M. in den angesprochenen Fällen
(vorbehaltlich noch zu besprechender Ausnahmen) die
Haftung der juristischen Person nach § 31, wenn ihrer
Ansicht nach ein "innerer" Zusammenhang im oben gekenn-
zeichneten Sinne besteht, da es nur auf diesen, nicht aber
auf die (durch das Bestehen einer Gesamtvertretung ge-
zogenen oder inhaltlichen) Grenzen der Vertretungsmacht

ankomme.¹ Das RG, sah sogar das Zuständigkeits-
erfordernis im Falleiner von einem Vorstandsmit-
glied vertragswidrig ausgesprochenen Kündigung als
erfüllt an, obwohl für die Kündigung der Aufsichts-
rat zuständig war.² Das Vorstandsmitglied habe "noch
innerhalb seines Geschäftsbereichs gehandelt, wenn auch
unter Überschreitung der ihm durch die Satzung gezogen
Grenzen" (!), weil der Anlaß zur Kündigung in seinem
Bereich gefallen sei, und es daher seine Sache gewesen
wäre, den Vorfall aufzugreifen und dem Aufsichtsrat zur
Kenntnis zu bringen (?). Andererseits verneint die h.M.
in manchen Fällen eine Haftung der juristischen Person,
in denen ein Organwalter einen Haftungstatbestand er-
füllt hat, weil die von ihm abgegebene Erklärung mangels
Vertretungsmacht nichtig war. So wird eine Haftung nach
§ 31 abgelehnt, wenn es sich bei den von dem Organwalter
verwirklichten Haftungstatbestand um den des § 179 handelt,³
und ferner, wenn der Organwalter durch Fälschung der
Unterschrift eines Mitvertreters jemanden deliktisch
geschädigt hat.⁴ In beiden Fällen wird dies damit be-
gründet, daß sonst der mit der Gesamtvertretung⁵ er-
strebte Zweck, die juristische Person bei rechtsge-
schäftlichem Handeln durch das Zusammenwirken mehrerer
vor Nachteilen zu schützen, vereitelt würde. Diese Be-
gründung trifft aber auf alle Fälle zu, in denen ein
Gesamtvertreter einen Haftungstatbestand verwirklicht
hat, für dessen Erfüllung in concreto die Abgabe einer
nichtigen Erklärung eine Rolle spielte, und sie müßte in
entsprechender Abwandlung auch herangezogen werden, wenn
ein Alleinvertreter die inhaltlichen Grenzen seiner Ver-
tretungsmacht überschritten hat.

Obwohl die Bemühungen, einwandfrei unzuständige Organ-
walter mit Hilfe der Formel vom "inneren Zusammenhang"
als zuständig hinzustellen, abzulehnen sind, ist in
den Fällen nichtiger Erklärungen (und nur in diesen)
der h.M. im Ergebnis zuzustimmen, wenn man von der Ab-
lehnung der Haftung bei Unterschriftsfälschung absieht.
Jeder Organwalter hat nämlich auch die - ihn als solchen

treffende - Pflicht, Handlungen zu unterlassen, die nicht wegen der Art ihres tatsächlichen Inhalts, sondern wegen seiner Unzuständigkeit Dritte schädigen könnten. Das bedeutet, daß ein Organwalter die Abgabe von Willenserklärungen unterlassen muß, die nicht von seiner Vertretungsmacht gedeckt und daher nichtig sind. Da die Verletzung dieser Pflicht in der bloßen Tatsache der Unzuständigkeit des Handelnden liegt, das nicht unter die Zuständigkeit des Organwalters fallende Handeln selbst also nicht bewertet wird, kann es keine Rolle spielen, daß der Haftungstatbestand nicht durch ein Handeln erfüllt wird, das Vollzug stellvertretender Entscheidung über die Angelegenheiten der juristischen Person ist. Die juristische Person haftet also, wenn ein Organwalter die Pflicht, Erklärungen zu unterlassen, die nicht unter seine Vertretungsmacht fallen, verletzt und dadurch¹ einen Haftungstatbestand erfüllt hat (z.B. culpa in contrahendo)² und zwar auch dann, wenn er durch Fälschung einer Unterschrift die Gültigkeit der Erklärung vorgespiegelt hat.³ Ob der Anspruch des Geschädigten, der die Unzuständigkeit des Organwalters hätte kennen müssen, nach § 254 zu kürzen ist oder gemäß § 179 III 1 (analog) entfällt, muß hier offen bleiben.⁴

In allen Fällen, in denen es nicht um Schäden geht, die auf der fehlenden Vertretungsmacht eines Organs beruhen, kommt man dagegen de lege lata nicht um das Zuständigkeitserfordernis herum. Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei aber noch einmal betont, daß die Rechtswidrigkeit des Organhandelns (im Sinne eines Verstoßes gegen die allgemeine Rechtsordnung) der Erfüllung des Zuständigkeitserfordernisses nicht gentgegensteht. Hat

also ein Organwalter eine Angelegenheit die ihrem Gegenstande nach zu seinem Aufgabenbereich gehörte, rechtswidrig wahrgenommen, so spielt die in der Rechtswidrigkeit liegende "Überschreitung" der Kompetenz keine Rolle, mag auch vorsätzlich gehandelt worden sein. Daher haftet die juristische Person z.B., wenn ein Organwalter bei Verhandlungen, für deren Führung er zuständig ist, seinen Verhandlungspartner täuscht, oder für falsche Auskünfte, die ein für Auskünfte der fraglichen Art kompetenter Organwalter im Namen der juristischen Person erteilt.¹

Ist der Vorstand befugt, den Geschäftsbereich eines anderen verfassungsmäßigen Vertreters durch entsprechende Weisungen einzuschränken und hat dies getan, so stellt sich das Problem der Zuständigkeit gar nicht erst, weil dann der verfassungsmäßige Vertreter, was die ihm entzogenen Angelegenheiten betrifft, gar nicht mehr verfassungsmäßiger Vertreter ist. Die (sich auf Rechtsgeschäfte beziehende) Vertretungsmacht eines verfassungsmäßigen Vertreters kann allerdings nicht durch bloße Weisungen anderer Organwalter beschränkt werden (vgl. §§ 30 S. 2, 26 II 2). Daraus ist zu folgern, daß auch die Befugnis zu Verhandlungen, die dem Abschluß unter die Vertretungsmacht des Organwalters fallender Rechtsgeschäfte dienen, nicht mit Außenwirkung durch Weisungen beschränkt werden kann.

Welche Aufgabenbereiche den einzelnen Vorstandsmitgliedern (Geschäftsführer einer GmbH) oder sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertretern jeweils zugewiesen sind, ergibt sich aus der Satzung. Allgemeine Aussagen lassen sich nicht machen. Hingewiesen sei aber auf die begrenzte

Zuständigkeit des Aufsichtsrats einer AG (oder einer Genossenschaft), dessen Mitglieder auch Organwalter sind, für die nach § 31 haftet wird. Der Aufsichtsrat hat nur die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 I AktG), wenn man von den hier nicht interessierenden Maßnahmen absieht, die ihm nach §§ 111 II, III, 112 AktG zugewiesen sind. Für Maßnahmen der Geschäftsführung ist er dagegen nicht zuständig (vgl. § 111 IV AktG). Hat daher ein Aufsichtsratsmitglied durch eine Geschäftsführungsmaßnahme einen Haftungstatbestand erfüllt, so haftet die AG nicht nach § 31.

II. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung bei entsandten Organen

Die Frage der Haftung stellt sich auch, wenn ein Organwalter einer juristischen Person (A) im Aufsichtsrat (oder Vorstand) einer anderen juristischen Person (B) tätig wird und kraft seiner Stellung als Organ der anderen juristischen Person einen Haftungstatbestand erfüllt, sei es, daß er die "aufnehmende" Gesellschaft schädigt - von diesem Fall wird ausgegangen -, oder einen Dritten.

Besteht zwischen A und B ein Beherrschungsvertrag, so darf das herrschende Unternehmen A der B vorbehaltlich abweichender Bestimmungen im Beherrschungsvertrag nachteilige Weisungen erteilen, wenn diese dem Konzerninteresse dienen (§ 308 I AktG). Hat ein Organwalter der A pflichtwidrig eine nachteilige Weisung erteilt, haftet A, wie dargetan, nach § 31 i.V.m. § 309 II AktG¹. Beherrscht A die B, ohne daß ein Beherrschungsvertrag besteht, und veranlaßt ein Organwalter der A die B, sich einen Nachteil zuzufügen, den A nicht ausgleicht, so ist A der B unmittelbar nach § 317 I, II AktG zum Schadensersatz verpflichtet. In diesen Fällen wird auch gehaftet, wenn ein Organwalter der A anlässlich seiner Tätigkeit als entsandtes Organ die entsprechenden Weisungen erteilt hat. Die Frage der Haftung für entsandte Organe spielt daher nur eine Rolle, wenn A die B nicht beherrscht oder zwar beherrscht, der Organwalter aber nicht den Tatbestand der §§ 309 II, 317 I, II AktG erfüllt hat, wobei hier nicht zu untersuchen ist, inwieweit anderen Haftungstatbeständen ein praktisch relevanter Anwendungsbereich neben §§ 309 II, 317 I, II AktG verbleibt, und in welchem Verhältnis §§ 309 II, 317 I, II AktG zu anderen Haftungstatbeständen stehen.²

Der BGH hat in einer (vor Inkrafttreten des neuen AktG ergangenen, aber auch für das geltende Recht noch relevanten) Entscheidung¹, in der die Haftung einer Gemeinde für ihre in den Aufsichtsrat eines Versorgungsunternehmens entsandten verfassungsmäßigen Vertreter Vorfrage war, eine Haftung für entsandte Organe abgelehnt, weil diese in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglieder der B nicht in Ausführung der ihnen als Organwalter der A zustehenden Verrichtungen handelten. Sie dürften nämlich den Belangen der A nicht den Vorrang vor denen der B geben. Verletze ein Organwalter der A seine Pflichten als Aufsichtsratsmitglied der B dadurch, daß er den Interessen der A den Vorrang einräume, so bliebe diese Pflichtverletzung eine Handlung als Aufsichtsratsmitglied und sei nicht zugleich ein Handeln in Ausführung der dem Organwalter bei A zustehenden Verrichtungen; denn im Aufsichtsrat der B könne der Organwalter nicht als Organmitglied der A tätig werden. Ob eine Haftung der A wenigstens in Betracht kommt, wenn durchweg Organwalter der A im Aufsichtsrat der B sitzen, ließ der BGH ausdrücklich offen.

Die Ausführungen der BGH vermögen nicht zu überzeugen. Die erste Voraussetzung einer Haftung der A nach § 31, nämlich daß einer ihrer Organwalter gehandelt hat, ist erfüllt. Daß der handelnde Organwalter auch Organ von B ist, ändert hieran nichts, was auch der BGH nicht verkennt. Des weiteren ist - die Verwirklichung eines Haftungstatbestandes (z.B. den des § 117 I AktG) unterstellt - erforderlich, daß das in Frage stehende Handeln Vollzug stellvertretender Entscheidung (auch) über die Wahrnehmung der Angelegenheiten der A gewesen ist, daß also der Organwalter in Wahrnehmung von Angelegenheiten der A gehandelt hat, und für die fragliche Angelegenheit zu-

ständig war. Die Erfüllung dieser Erfordernisse, die zumeist nicht auseinander gehalten werden, setzt nicht voraus, daß das Organhandeln rechtmäßig gewesen ist. Daher kann sie auch nicht daran scheitern, daß der Organwalter den Belangen der A nicht den Vorrang vor denen der B einräumen durfte.¹ Vielmehr ist unter Außerachtlassen der Rechtswidrigkeit des Organhandelns zu prüfen, ob die angesprochenen Erfordernisse erfüllt sind. Zweifelhaft ist höchstens, ob die Sorgfaltspflichten der §§ 116, 93 AktG das entsandte Organ nur als konkrete Person und nicht auch als Organwalter der A treffen können mit der Folge, daß eine Haftung der A nach § 31 i.V.m. §§ 116, 93 II AktG von vornherein ausscheidet. Dies dürfte aber zu verneinen sein. Entsandte Organe nehmen (wenigstens typischerweise) ihre Stellung bei B nur kraft ihrer Position als Organ der A ein. Daher hindert (wie früheren Ausführungen zu entnehmen ist)² die Tatsache, daß sie persönlich die Voraussetzungen der Pflichten der §§ 116, 93 AktG erfüllt haben, es nicht, daß die Pflichten sie (auch) als Organwalter der A treffen. Auch aus §§ 76 III, 100 I AktG läßt sich wohl nichts Gegenteiliges folgern.³ Jedenfalls trifft den entsandten Organwalter die allgemeine Pflicht, sein Handeln so einzurichten, daß andere hierdurch nicht geschädigt werden, und diese Pflicht ist an ihn (auch) als Organwalter der A adressiert, wenn das zu steuernde Handeln in concreto der Wahrnehmung von Angelegenheiten der A dient, und das Zuständigkeitserfordernis erfüllt ist. Die Verletzung dieser Pflicht (und natürlich die Erfüllung von Haftungstatbeständen, die gar nicht an die Verletzung einer Pflicht anknüpfen), kann daher eine Haftung der A nach § 31 begründen.

Angelegenheit der juristischen Person A ist, wie sich aus früher Gesagtem ergibt,⁴ jede Änderung der Rechtsstellung der A und jede Einwirkung auf einen einer Rechtsposition

der A unterliegenden Sachverhaltsbereich. Das Handeln des Organwalters muß also derartige Zwecke verwirklicht oder wenigstens verfolgt haben, und es genügt nicht, daß der Organwalter bei der Verfolgung anderer Zwecke irgendwie die Interessen von A berücksichtigt hat. Angelegenheiten der ersten Art (Änderung der Rechtsstellung der A) wird der entsandte Organwalter mit seinem schadenstiftenden Handeln kaum je wahrgenommen haben. Anders steht es aber mit der Wahrnehmung von Angelegenheiten der zweiten Art. Ist A an B beteiligt, was zumeist der Fall sein wird, wenn ein Organ der A im Aufsichtsrat¹ (oder Vorstand) von B tätig wird, so ist das von B betriebene Unternehmen ein Sachverhaltsbereich der (auch) einer Rechtsposition der A unterliegt.² Daß neben A noch andere an B beteiligt sind, spielt keine Rolle. Das bedeutet, daß jede Einflußnahme des entsandten Organwalters auf B - auch eine solche, die A keine konkreten Vorteile bringt - Wahrnehmung einer Angelegenheit (auch) der A ist. Daß die Einflußnahme nicht durch Ausübung des mit der Beteiligung verbundenen Stimmrechts erfolgte, ist gleichgültig, da es nicht darauf ankommt, wie die Einwirkung auf den in Frage stehenden Sachverhaltsbereich bewerkstelligt wurde. Ist A ausnahmsweise nicht an B beteiligt, besteht aber ein Beherrschungsvertrag, so dürfte das gleiche wie im Falle der Beteiligung gelten. Das ist aber wohl ohne praktische Bedeutung.³

Der entsandte Organwalter ist auch kraft seiner Entsendung zuständig dafür gewesen, auf die Geschicke der B einzuwirken. Daß die Einflußnahme in concreto rechtswidrig war, ändert an der Erfüllung des Zuständigkeitserfordernisses nichts.⁴ Das gilt auch wenn Aufsichtsratsmitglieder der A, für die A ja auch nach § 31 haften kann,⁵ in den Aufsichtsrat der B entsandt wurden und die B schädigten. Zwar ist die Einflußnahme auf B über den Aufsichtsrat für A ein Akt der Geschäftsführung. Durch die Entsendung erhält aber das Aufsichtsratsmitglied die Kompetenz hierzu, ohne daß dem §. 111 IV 1 AktG entgegenstehen dürfte.

Wird also ein Organwalter einer juristischen Person (Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied) im Aufsichtsrat (oder Vorstand) einer anderen juristischen Person tätig, an der sie beteiligt ist,¹ so haftet sie nach § 31, wenn der Organwalter die andere Person in Erfüllung eines Haftungstatbestandes (z.B. § 117 AktG) schädigt, und zwar auch dann, wenn die entsendende Person die andere nicht (im Sinne des Aktienrechts) beherrscht.² Ob der Ersatzanspruch der geschädigten Gesellschaft analog § 30⁹ IV 1 AktG geltend gemacht werden kann, was im Falle der Erfüllung des § 117 AktG zu erwägen ist, wenn die entsendende Person die andere beherrscht, ist hier nicht zu untersuchen.³

Auch das Schrifttum befürwortet überwiegend eine Haftung der entsendenden Person nach § 31⁴, wobei man allerdings zum Teil entweder von vornherein nur die Haftung im Rahmen eines Konzerns ins Auge faßt⁵ oder die Haftung ausdrücklich auf herrschende Unternehmen beschränkt.⁶ Das Erfordernis der Wahrnehmung von Angelegenheiten (auch) der entsendenden Person wird, sofern man ihm überhaupt nähere Beachtung schenkt, zumeist als erfüllt angesehen, weil (und wenn) das Handeln des Organwalters der entsendenden Person zum Vorteil gereiche, der Organwalter also die Belange der entsendenden Person denen der "aufnehmenden" überordne.⁷ Wäre dies richtig, so müßte aber dem BGH recht gegeben werden. Solange der Organwalter nicht Angelegenheiten der A wahrnimmt, kann ihn die Pflicht, die Interessen der B zu wahren, nicht (auch) als Organ der A treffen. Ist daher erst die konkrete Bevorzugung der Interessen der A Wahrnehmung von Angelegenheiten der A, dann ist diese Bevorzugung nicht Verletzung einer Pflicht, die an den Organwalter (auch) als Organ der A adressiert war. Andernfalls müßte man es für möglich halten, daß ein Handeln die Pflicht begründet, deren Verletzung es darstellt.⁸ Zu einer Haftung der A kann man vielmehr nur gelangen, wenn man von vornherein die Tätigkeit des

entsandten Organwalters bei B ohne Rücksicht auf den jeweiligen konkreten Inhalt (auch) als Wahrnehmung der Angelegenheiten der A ansieht. Dann ist es aber auch irrelevant, ob das schadenstiftende Handeln der A zum Vorteil gereichte.¹

Für die Begründung der Haftung der entsendenden Person nach § 31 spielte es keine Rolle, daß Geschädigter gerade die "aufnehmende" Gesellschaft war. Daher wird für entsandte Organe auch gegenüber Dritten nach § 31 gehaftet.²

4. Abschnitt: Die Haftung eines Gesamthandsvermögens
wegen der Tatbestandsverwirklichung eines
Gesamthänders im geltenden Recht

1. Unterabschnitt: Die Haftung des Vermögens einer OHG
oder KG

A. Allgemeines

Die heute allgemeine Meinung läßt das Vermögen einer OHG (oder einer KG) analog § 31 haften, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter¹ im Verlauf seiner Tätigkeit als solcher einen Haftungstatbestand² verwirklicht hat.³ Streitig ist nur, ob § 31 auch auf die BGB-Gesellschaft analog anzuwenden ist.

Diese Analogie, die als Gewohnheitsrecht anerkannt ist, läßt sich nicht schon damit begründen, daß das Vermögen einer OHG ein Sondervermögen sei, für das der Grundsatz gelte, daß ein Vermögen, das die Vorteile einer Verwaltung genieße auch die mit der Verwaltung verbundenen Nachteile tragen müsse.⁴ § 31 hat mit solchen Erwägungen nichts zu tun,⁵ sondern beruht (ebenso wie die Haftung natürlicher Personen für ihre gesetzlichen Vertreter oder für Vertreter kraft Amtes) auf den in der Modellskizze vorgeführten Gedanken,⁶ die hier in Kurzfassung noch einmal wiederholt seien: Entscheidet über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A nicht der Wille des A, sondern der des B, und hat B im Vollzug stellvertretender Entscheidung einen Haftungstatbestand erfüllt, dann würde es eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Verletzten bedeuten, wenn ihm der Zugriff auf das Vermögen des A versagt bliebe, weil A und nicht B Inhaber dieses Vermögens ist. Außerdem wären, wenn unter diesen Umständen nicht wegen fremder Tatbestandsverwirklichung gehaftet würde, alle diejenigen ungerechtfertigt benachteiligt, die selbst über die Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten entscheiden.

Die (mögliche) Erfüllung der sich hieraus ergebenden Erfordernisse einer Analogie des § 31 ist schnell bejaht, wenn man die Gesamthandsgemeinschaft als ein von den einzelnen Gesellschaftern zu unterscheidendes Rechtssubjekt begreift, wie dies verschiedentlich befürwortet wird:¹

Da dieses Rechtssubjekt als solches nicht willensfähig ist, entscheiden die geschäftsführenden Gesellschafter über die Wahrnehmung seiner Angelegenheiten. Die geschäftsführenden Gesellschafter sind also den Organwaltern einer juristische Person (im engen Sinne des Wortes) gleichzustellen, mag sich auch das Rechtssubjekt "Gesamthand" in gewisser Hinsicht von einer juristischen Person (im engen Sinne des Wortes) unterscheiden.² Daher haftet die OHG, wenn einer ihrer geschäftsführenden Gesellschafter "in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" einen Haftungstatbestand erfüllt hat.

Aber auch wenn man mit der (noch) h.M. die gesamthänderischen Rechte den einzelnen Gesellschaftern zuordnet, gilt im Ergebnis nichts anderes, und zwar gleichgültig, ob man (wie die h.M.)³ die Vielheit der Rechtssubjekte durch eine Verbundenheitsformel relativiert (was vermutlich nicht möglich ist, ohne die Gesamthandsgemeinschaft als Rechtssubjekt anzuerkennen), oder ob man wirklich jeden Gesellschafter für sich als Träger der gesamthänderischen Rechte ansieht und dem Einheitsgedanken erst auf der Handlungsebene Rechnung trägt (gemeinschaftliche Aktionszuständigkeit).⁴ Dem steht nicht schon entgegen, daß es dann um die Fremdhafung natürlicher Personen geht. Für die Frage, ob eine Analogie des § 31 in Betracht kommt, ist allein entscheidend, ob - wie im Falle der juristischen Person - die Erfordernisse einer Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung erfüllt sein können, und dies ist in den hier angesprochenen Fällen zu bejahen.

Mit der Rechtszuständigkeit des einzelnen Gesellschafters korreliert von vornherein nicht die mit der Rechtszuständigkeit normalerweise verbundene Willensmacht. Da auch die anderen Gesellschafter Subjekte inhaltsgleicher Rechte sind, tritt vielmehr an die Stelle der Entscheidungsbefugnis jedes einzelnen Gesellschafters je nach Gesellschaftsvertrag die Entscheidungsbefugnis eines Gesellschafters oder mehrerer oder aller Gesellschafter. Der Wille dieses geschäftsführungsbefugten Gesellschafters oder dieser geschäftsführungsbefugten Gesellschafter ist also der für jeden einzelnen Träger der gesamthänderischen Rechte maßgebliche, und zwar kraft der gesellschaftsvertraglichen Organisationsnormen, denen die einzelnen Gesellschafter unterworfen sind, und nicht, weil die einzelnen Gesellschafter kraft ihrer Rechtszuständigkeit (genauer: in Ausübung der ihnen als "Eigentümer" zukommenden Willensmacht) die Befugnis zur Wahrnehmung gewisser Angelegenheiten erteilt haben.¹ Ein geschäftsführender Gesellschafter vollzieht somit nie Entscheidungen der anderen Gesellschafter, die diese auf Grund der mit ihrer Rechtszuständigkeit verbundenen Willensmacht (wenn auch nur ganz generell) getroffen haben, auch nicht, wenn er dem Gesellschaftsvertrag entsprechend in concreto im Einvernehmen mit allen übrigen Gesellschaftern handelt. Daher wird er nicht als Hilfsperson der anderen Gesellschafter tätig,² sondern ist einem Organ einer juristischen Person (sei es einem Einzelorgan, sei es einem Mitglied eines Kollegialorgans) gleichzustellen.

Demnach haften die Gesellschafter³ einer OHG analog § 31, wenn ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter im Vollzug stellvertretender Entscheidung einen Haftungstatbestand erfüllt hat. Diese Haftung beschränkt sich vorbehaltlich des § 128 HGB auf die Anteile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen. Dies hängt, wie den Ausführungen zur Haftung für Vertreter kraft Amtes zu entnehmen ist,⁴ damit

zusammen, daß die geschäftsführenden Gesellschafter nur solche Angelegenheiten der Subjekte der gesamthänderischen Rechte wahrnehmen dürfen, die sich aus deren Beteiligung an der Gesellschaft ergeben.

Somit ist es im Ergebnis gleichgültig, ob man die OHG als Rechtssubjekt qualifiziert oder nicht. Allerdings wird, wenn man diese Qualifikation ablehnt, unter gewissen weiteren Prämissen der Anwendungsbereich der Analogie des § 31 eingeschränkt, was die Verletzung vertraglicher Pflichten anlangt. Statt dessen kommt dann § 278 (Erfüllungsgehilfenhaftung) zum Zuge, wie in Kürze näher darzutun ist.¹

Den Organen einer juristischen Person stehen in erster Linie die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter gleich, und zwar auch solche, die keine Vertretungsmacht haben.² Betraut ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter einen nicht geschäftsführungsbefugten mit der Wahrnehmung von Gesellschaftsangelegenheiten, so kommt nur eine Haftung nach § 278 oder § 831 in Betracht³ (die allerdings streng genommen auch durch § 31 vermittelt wird)⁴. Ist ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter kraft Gesellschaftsvertrages⁵ den Weisungen eines anderen unterworfen, so ist er nur Hilfsperson des weisungsbefugten.⁶ Andererseits wird ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter, der einen Gesellschafterbeschuß vollzieht, als Mitglied des Entscheidungskollektivs und damit als Organ tätig. Leitende Angestellte der OHG sind nur dann einem "anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreter" (§ 31) gleichzustellen, wenn die von ihnen wahrgenommenen Geschäfte (kraft Gesellschaftsvertrages) nicht unter die - wenigstens nicht unter die alleinige - Zuständigkeit eines geschäftsführungsbefugten Gesellschafters fallen.⁷ Dieses Erfordernis dürfte in der Regel bei einem Prokuristen, der Gesamtvertreter im Sinne des § 125 III HGB ist, erfüllt sein.⁸

B. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände und ihre Erfüllung im Vollzug stellvertretender Entscheidung

I. Die in Betracht kommenden Haftungstatbestände

Im Hinblick auf die Tatbestände, deren Erfüllung durch einen geschäftsführenden Gesellschafter die Haftung der OHG (KG) nach § 31 begründen kann, bestehen an sich keine Beschränkungen.

Die Haftung wegen der Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten bietet keine Schwierigkeiten, wenn man die OHG als Rechtssubjekt qualifiziert.¹ Allerdings geht es streng genommen nicht um eine Haftung dieses Rechtssubjekts wegen der Verletzung eigener Pflichten. Ebenso wie eine juristische Person (im engen Sinne des Wortes) ist nämlich das Rechtssubjekt OHG nicht handlungsfähig und kann daher nicht Adressat von Verhaltensnormen sein. Vielmehr werden die Pflichten, die die OHG treffen würden, wäre sie eine handlungsfähige natürliche Person, statt an die OHG an die geschäftsführenden Gesellschafter adressiert, während die OHG nur mit ihrem Vermögen für die geschuldete Leistung haftet, falls diese in der Übertragung eines Vermögenswerts besteht. Die Verletzung dieser - die geschäftsführenden Gesellschafter als solche treffenden - Pflichten begründet die Haftung der OHG nach § 31. Da allein die geschäftsführenden Gesellschafter Adressaten der für eine Haftung der OHG in Betracht kommenden Pflichten sind, sind sie auch nicht etwa Erfüllungsgehilfen, für die die OHG nach § 278 haften würde.² Eine Haftung der OHG nach § 278 kommt nur für das Verhalten von Personen in Betracht, die die geschäftsführenden Gesellschafter eingeschaltet haben (und die selbst keine geschäftsführenden Gesellschafter sind). Aber auch diese Haftung läuft genau besehen über § 31, weil die eingeschalteten

Personen Gehilfen der geschäftsführenden Gesellschafter sind. Das heißt: Müssen sich die Gesellschafter gemäß § 278 so behandeln lassen, als hätten sie den Tatbestand einer schuldhaften Pflichtverletzung erfüllt, weil sie als Urheber des Gehilfenhandelns diesen Tatbestand verwirklicht hätten, so haftet die OHG analog § 31 wegen der fingierten Pflichtverletzung der Gesellschafter.

Sieht man dagegen als Schuldner der unter der Firma der OHG eingegangenen Verbindlichkeiten von vornherein nur die Gesellschafter an, so hängt die Analogie des § 31 davon ab, welchen Charakter man diesen Gesellschafterschulden beimißt.

Begreift man die Gesellschafter nur als gewöhnliche Gesamtschuldner,¹ dann ist die Erfüllung der jeweiligen Pflicht die persönliche Sache eines jeden einzelnen von ihnen. Jeder von ihnen kann selbst handeln oder irgendeine beliebige Person einschalten. Wenn daher die Gesellschafter einem geschäftsführenden Gesellschafter die Erfüllung überlassen, dann ist dieser nur ihr Erfüllungsgehilfe. Daß der beauftragte Gesellschafter auch selbst die Leistung schuldet, steht dem nicht entgegen, wie früher dargetan.²

Anders ist es, wenn man mit der heute h.M.³ davon ausgeht, daß die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Gesellschafter verpflichtet sind, und zu dieser "Gesamthandsschuld" die Individualverbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter nur hinzutreten.⁴ Über die Erfüllung der "Gesamthandsschuld" befinden nämlich die einzelnen Gesellschafter gerade nicht nach ihrem Gutdünken (und das macht vermutlich das Wesen der "Gesamthandsschuld" aus, die sich auf andere Weise nur schwer erklären läßt).⁵ Vielmehr fällt die Entscheidung über die Erfüllung dieser Schuld unter die Zuständigkeit des Kollektivs der geschäftsführenden Gesellschafter oder - je

nach Gesellschaftsvertrag - unter die eines einzelnen Gesellschafters. Für die Verletzung der Gesamthandsverbindlichkeit haftet daher das Gesamthandsvermögen analog § 31.

Auch eine Haftung für Obliegenheitsverletzungen kommt analog § 31 in Betracht.¹ Sie bedeutet, daß das Gesamthandsvermögen (gleichgültig, wen man als dessen Inhaber betrachtet) eines Anspruches verlustig geht, oder einen Anspruch, dessen Voraussetzungen an sich erfüllt sind, nicht erwirbt.² Ob sich dies, wenn man die OHG nicht als ein selbständiges Rechtssubjekt betrachtet, schon automatisch aus der "Unteilbarkeit" des in Frage stehenden Anspruches ergibt,³ bleibe dahingestellt.⁴ Ferner genießt die OHG, oder genießen die Gesellschafter dem (für die Fremdhaftung allein maßgeblichen)⁵ Zweck des § 61 VVG entsprechend keinen Versicherungsschutz, wenn einer der Gesellschafter die versicherte (zum Gesamthandsvermögen gehörende) Sache grob fahrlässig oder vorsätzlich zerstört; denn selbst wenn im Falle der Leistung des Versicherers an die OHG ein Übergang des Anspruchs der OHG gegen den Gesellschafter nach § 67 VVG stattfände⁶, wäre der Versicherer gegen eine Erhöhung des subjektiven Risikos angesichts des Versicherungsschutzes - ihr soll § 61 VVG vorbeugen - nicht hinreichend geschützt, da die Versicherungsleistung ja auch dem schuldigen Gesellschafter zugute käme, und der Versicherer die Last eines Prozesses auf sich nehmen müßte, um diese Lage zu revidieren. Die h.M. arbeitet mit dem Gedanken der "Unteilbarkeit" des Versicherungsanspruches.⁷

Was die Haftung des Gesamthandsvermögens für Delikte eines geschäftsführenden Gesellschafters anbelangt, so sei nur darauf hingewiesen, daß es für die Haftung wegen Verletzung von Verkehrssicherungs- und Aufsichtspflichten genügt, daß die Voraussetzungen dieser Pflichten (Herrschaft über die Gefahrenquelle, Weisungsbefugnis) nur in der Person einzelner Gesellschafter (kraft ihrer Stellung als geschäftsführende Gesellschafter)⁸ erfüllt waren, da es ja um eine Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung geht. Entsprechendes gilt für die Halter- und Anlagenhaftung und die Haftung aus

§§ 987 ff. Man kann also die Haftung der OHG aus diesen Tatbeständen nicht ablehnen, weil nicht alle Gesellschafter Geschäftsherrn, Besitzer oder Halter gewesen sind.¹ Andererseits ist es nicht erforderlich, die Erfüllung dieser Merkmale durch einen Gesellschafter (oder mehrere Gesellschafter) der OHG zuzurechnen, um (in unmittelbarer Anwendung der in Frage stehenden Haftungsnorm) die Haftung der OHG begründen zu können.²

II. Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung

Der Haftungstatbestand muß im Vollzug stellvertretender Entscheidung erfüllt worden sein (oder durch das Unterlassen eines Handelns, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen wäre). Das tatbestandsmäßige Handeln muß also der Wahrnehmung von Gesellschaftsangelegenheiten gedient haben, und der Gesellschafter muß (nach der internen Kompetenzverteilung) für die wahrgenommene Angelegenheit zuständig gewesen sein. Wegen Einzelheiten kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden.³ Erwähnt sei nur, daß das hier angesprochene Erfordernis nicht erfüllt zu sein braucht, was die Fremdhftung im Rahmen des § 61 VVG anbelangt.⁴

C. Zur persönlichen Haftung der Gesellschafter (§ 128 HGB)

Die Analogie des § 31 führt nur zur Haftung des Gesamthandsvermögens und zwar gleichgültig, ob man als das nach § 31 haftende Subjekt die OHG ansieht oder davon ausgeht, daß die Gesellschafter nach § 31 haften.⁵ Allerdings haften die Gesellschafter nach § 128 HGB "für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft" - und zwar nicht nur für rechtsgeschäftliche Leistungspflichten - persönlich. Danach können auch Gesellschafter, die nicht an der Erfüllung des Haftungstat-

bestandes beteiligt waren, persönlich in Anspruch genommen werden. Dies gilt allerdings grundsätzlich nicht, wenn es sich bei dem verwirklichten Tatbestand um einen außervertraglichen handelt,¹ da dann der Zweck des § 128 HGB eine Erstreckung der Haftung nicht rechtfertigt. § 128 HGB soll die Kreditfähigkeit der OHG gewährleisten und entspricht insofern den Gläubigerschutzbestimmungen, die für Handelsgesellschaften, die juristische Personen (im engen Sinne des Wortes) sind, gelten.² Die Kreditfähigkeit der OHG spielt aber nur gegenüber solchen Personen eine Rolle, die der OHG die Wahrung ihrer Interessen anvertrauen. Daher vermag § 128 HGB nur die Haftung für Schadensersatzpflichten zu begründen, die darauf beruhen, daß der Verletzte in Kontakt mit der OHG getreten ist, ohne daß es allerdings darauf ankommen dürfte, ob Anspruchsgrundlage die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung (culpa in contrahendo) sind oder die §§ 823 ff.³ Der Gesellschafter einer OHG (KG) haftet somit für Delikte eines anderen Gesellschafters, für die das Gesamthandsvermögen analog § 31 haftet, höchstens dann persönlich, wenn sie gegenüber Vertrags- oder Verhandlungspartnern der OHG begangen worden sind. Verschuldet also etwa ein Gesellschafter auf einer "Dienstfahrt" einen Unfall, so haftet dem Verletzten nur das Gesellschaftsvermögen und das "Privatvermögen" des Schuldigen.

2. Unterabschnitt: Die Haftung des Vermögens sonstiger
Gesamthandsgemeinschaften

A. Die Haftung des Vermögens einer Gesellschaft des
bürgerlichen Rechts

I. Die Analogie des § 31

Um die Analogie des § 31 auf "die OHG" (oder KG) zu rechtfertigen, war es nicht erforderlich, die OHG als Rechtssubjekt anzuerkennen. Es spielte auch keine Rolle, daß die OHG Handelsgeschäfte betreibt und unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Entscheidend war einzig und allein, daß nicht jeder Gesellschafter kraft seiner Rechtszuständigkeit befugt ist, über die Angelegenheiten, die auch die Angelegenheiten der anderen Gesellschafter sind, nach seinem Gutdünken zu befinden, sondern an die Stelle der Entscheidungsbefugnis jedes einzelnen Gesellschafters je nach Gesellschaftsvertrag die eines Gesellschafters oder mehrerer oder aller Gesellschafter tritt. Eine derartige "organschaftliche Organisation"¹ weist auch die BGB-Gesellschaft auf. Mit einer im Vordringen begriffenen Ansicht² ist daher - entgegen der Auffassung des BGH³ - anzunehmen, daß das Gesellschaftsvermögen analog § 31 haftet, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter (im Vollzug stellvertretender Entscheidung) einen Haftungstatbestand⁴ verwirklicht hat, und zwar gleichgültig, ob man die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt qualifiziert⁵ oder nicht. Lehnt man die Qualifikation der BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt ab und betrachtet demgemäß die Gesellschafter als Subjekte der Haftung, so beruht allerdings die Haftung des Gesamthandsvermögens genau genommen darauf, daß der Urheber des tatbestandsmäßigen Handelns (außer mit seinem "Privatvermögen") mit seinem Gesamthandsanteil auf Grund des verwirklichten Tatbestandes haftet, und die übrigen Gesellschafter mit

ihren Gesamthandsanteilen (und - vorbehaltlich einer Haftungsausdehnung - nur mit diesen)¹ analog § 31 haften.²

Was die Einzelheiten der Analogie des § 31 betrifft, so gilt das zum OHG Gesagte (und früher Ausgeführtes, auf die dort verwiesen ist) entsprechend. Betont sei nur noch einmal, daß die (auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte) Haftung der Gesellschafter für die Verletzung von Verkehrs- und Aufsichtspflichten, aus §§ 987 ff. und aus Tatbeständen der Halter- und Anlagenhaftung nicht daran scheitert, daß nicht alle Gesellschafter Besitzer, Geschäftsherrn (im Sinne des § 831) oder Halter gewesen sind.³ Schließlich geht es um eine Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung.

II. Zur persönlichen Haftung der Gesellschafter

Die Analogie des § 31 führt für sich genommen nur zu einer Haftung des Gesellschaftsvermögens, begründet also nur eine Gesamthandsverbindlichkeit oder, wenn man die Existenz besonderer Gesamthandsverbindlichkeiten leugnet, Individualverbindlichkeiten mit beschränkter Haftung. Unterscheidet man aber zwischen Verbindlichkeiten der Gesamthand (= Rechtssubjekt oder die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als solche) und den Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter⁴ und läßt (wie bei der OHG) mit jeder Gesamthandsverbindlichkeit automatisch entsprechende Individualverbindlichkeiten entstehen (Akzessorietätsprinzip)⁵, dann gelangt man über § 31 doch zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter, die an der Erfüllung des Haftungstatbestandes nicht beteiligt waren. Das ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn es sich bei dem verwirklichten Tatbestand um einen außervertraglichen handelt,⁶ denn wenn man das Akzessorietätsprinzip des § 128 HGB auch bei BGB-Gesellschaften zum Zuge kommen läßt, dann können hierfür nur Erwägungen maßgeblich sein, wie

sie dem § 128 HGB zugrunde liegen,¹ so daß auch die für § 128 HGB geltenden Einschränkungen gemacht werden müssen.² Das bedeutet, daß allenfalls ein Delikt das ein Gesellschafter gegenüber einem Vertrags- oder Verhandlungspartner der Gesellschaft begangen hat, eine Individualverbindlichkeit der übrigen Gesellschafter erzeugt.³

Fordert man für die zu einer Gesamthandsverbindlichkeit hinzutretenden Individualverbindlichkeiten (die eine Gesamtschuld der Gesellschafter begründen) einen besonderen Schuldgrund (oder erkennt von vornherein nur Verbindlichkeiten der einzelnen Gesellschafter an), so hat es zwar, was die Schadensersatzpflicht aus § 31 angeht, bei der Haftung des Gesellschaftsvermögens sein Bewenden. Das bedeutet aber nicht, daß eine persönliche Haftung der Gesellschafter für das Verhalten eines von ihnen völlig ausscheidet, da eine Haftung nach § 278 (2. Alt.) in Betracht kommt. Im Namen aller Gesellschafter geschlossene Verträge (und Verhandlungen, die im Namen aller Gesellschafter geführt werden), begründen nämlich (auch) Individualverbindlichkeiten der Gesellschafter mit der Folge einer Gesamtschuld, was die Leistungspflichten anbelangt (§§ 427, 431). Die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit ist demnach (auch) Sache des einzelnen Gesellschafters. Überlassen die Gesellschafter sie einem von ihnen, so ist dieser daher ihr Erfüllungsgehilfe.⁴ Daß dem die eigene Pflicht dieses Gesellschafters und § 425 nicht entgegensteht, ist schon früher dargetan worden.⁵

B. Die Haftung des Vermögens sonstiger Gesamthandsge- meinschaften

I. Die Haftung des Vermögens eines nicht rechtsfähigen Vereins

Wenn schon das Vermögen der BGB-Gesellschaft analog § 31 haftet, so muß dies erst recht für das Vermögen des - den Vorschriften über die Gesellschaft unterliegenden (vgl. § 54) - nicht rechtsfähigen Vereins gelten, dessen Organisation sich von der eines rechtsfähigen nicht unterscheidet. Mit der h.L. ist also § 31 auch auf "den nicht rechtsfähigen Verein" anzuwenden¹ und zwar auch dann, wenn man diesem keine "relative" Rechtsfähigkeit zuerkennt. Das bedeutet, daß das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins haftet, wenn ein Organwalter im Vollzug stellvertretender Entscheidung einen Haftungstatbestand erfüllt hat. Einzelheiten sind dem zur OHG und zur BGB-Gesellschaft Gesagten (und früheren Ausführungen, auf die dort verwiesen ist) zu entnehmen.

Die Analogie des §31 führt für sich genommen nur zu einer Haftung des Vereinsvermögens.² Qualifiziert man allerdings die Verbindlichkeit aus § 31 als Gesamthandsverbindlichkeit und läßt automatisch mit dieser entsprechende Individualverbindlichkeiten der Mitglieder entstehen (Akzessorietätsprinzip), dann würde man doch zu einer persönlichen Haftung der Mitglieder gelangen, wenn auch nur gegenüber Vertrags- oder Verhandlungspartnern des Vereins. Selbst wenn man aber das Akzessorietätsprinzip des § 128 HGB auch bei BGB-Gesellschaften anerkennt,³ ist sehr zweifelhaft, ob seine Geltung im Falle des nicht rechtsfähigen Vereins zu befürworten ist, jedenfalls dann, wenn es um Idealvereine geht.⁴

Lehnt man das Akzessorietätsprinzip ab, kann man zu einer das "Privatvermögen" der Mitglieder erfassenden Fremdhftung

allenfalls über § 278¹ kommen, wenn man annimmt, daß aus Rechtsgeschäften der Organwalter des Vereins Verbindlichkeiten der einzelnen Mitglieder (mit der Folge einer Gesamtschuld, §§ 427, 431) entstehen (vgl. § 714), und daß für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten (und damit auch im Falle ihrer Verletzung) das "Privatvermögen" der Mitglieder haftet. Die Entstehung solcher Verbindlichkeiten lehnt die h.M. (wenigstens was Idealvereine anbelangt) aber zu Recht ab,² wobei die Begründung (und ihre Richtigkeit) hier nicht interessiert.

II. Die Haftung des Nachlasses im Falle einer Erbengemeinschaft und des Gesamtgutes einer ehelichen Gütergemeinschaft

Was die Erbengemeinschaft anbelangt, so ist eine Analogie des § 31, soweit ersichtlich, kaum je propagiert worden.³ Sie kommt aber auch hier in Betracht. Die Erbengemeinschaft ist ebenso wie die OHG oder die BGB-Gesellschaft "organhaftlich" organisiert, da mit der Rechtszuständigkeit des einzelnen Erben nicht die Befugnis verbunden ist, über die Wahrnehmung der Erbschaftsangelegenheiten nach seinem Belieben zu entscheiden, sondern an die Stelle der Entscheidungsbefugnis des einzelnen Erben die des Kollektivs der Erben tritt (§ 2038 I) oder, wenn ein entsprechender Beschluß gefaßt worden ist (vgl. §§ 2038 I, 745 I), die einzelner Miterben. Ein den Nachlaß verwaltender Miterbe⁴ wird daher als Mitglied eines Kollektivorganes oder als Einzelorgan tätig, nicht aber kraft einer mit seiner Berechtigung verbundenen Willensmacht. Hat also ein verwaltungsbefugter Miterbe durch eine Verwaltungsmaßnahme (=im Vollzug stellvertretender Entscheidung) oder durch das Unterlassen einer solchen einen Haftungstatbestand erfüllt, so haften auch die übrigen Erben mit ihrem Anteil am Nachlaß.⁵

Auch was die eheliche Gütergemeinschaft betrifft, kommt eine Analogie des § 31 an sich in Betracht.¹ Die entsprechende Haftung des nicht an der Erfüllung des Haftungstatbestandes beteiligten Ehegatten ergibt sich hier aber schon aus § 1437 I oder § 1459 I.

5. Abschnitt: Die Haftung der Mitglieder einer Bruchteilsgemeinschaft

Auch mit der Rechtszuständigkeit des Mitgliedes einer Bruchteilsgemeinschaft korreliert nicht die Befugnis, über die Verwaltung des Gegenstandes, an dem die Berechtigung besteht, nach Gutdünken zu entscheiden. Vielmehr tritt an die Stelle der Entscheidungsbefugnis jedes Miteigentümers kraft gesetzlicher Organisationsnorm die der Gesamtheit aller Miteigentümer (§ 744 I)² oder kraft eines entsprechenden Organisationsbeschlusses (§ 745 I), die einzelner Miteigentümer. Trifft daher ein verwaltungsbefugter Miteigentümer eine Verwaltungsmaßnahme, so handelt er als Mitglied eines Kollektivorganes oder als Einzelorgan, nicht aber kraft einer mit seiner Rechtszuständigkeit verbundenen Willensmacht³. Was die "organschaftliche" Organisation anbelangt, bestehen daher zwischen der Bruchteilsgemeinschaft und der Gesamthand keine Unterschiede, die es rechtfertigen würden, die Analogie des § 31 nur bei der Gesamthand zu befürworten. Daß die Eigentumsanteile nicht vom sonstigen Vermögen der Teilhaber geschieden sind, und somit die Art der Rechtszuständigkeit bei der Bruchteilsgemeinschaft eine andere ist als bei der Gesamthand spielt keine Rolle.⁴ Hat daher ein verwaltungsbefugter Miteigentümer⁵ durch eine Verwaltungsmaßnahme⁶ (= im Vollzug stellvertretender Entscheidung) oder durch das Unterlassen einer solchen einen Haftungstatbestand erfüllt, so haften auch die übrigen Miteigentümer mit ihren Eigentumsanteilen.

Die Erfüllung jedweden Haftungstatbestandes durch einen verwaltungsbefugten Miteigentümer kann die Haftung der anderen Miteigentümer begründen. Hat allerdings der in Frage stehende Miteigentümer einen Vertrag verletzt, den er zwar in Verwaltung der gemeinsamen Sache, aber nur im eigenen Namen geschlossen hat, so scheidet § 31 aus, da die Erfüllung dieses Vertrages nur seine Angelegenheit als Vertragspartner gewesen ist. Aber auch, wenn der Vertrag im Namen aller Miteigentümer geschlossen worden ist (mit der Folge einer Gesamtschuld, §§ 427, 431), gilt nicht § 31, sondern § 278 (2. Alt.), da dann seine Erfüllung zwar Angelegenheit aller Miteigentümer war, aber nicht Angelegenheit der Miteigentümer als solcher, sondern als gewöhnlicher Schuldner. Anders steht es mit der Befolgung von Obliegenheiten, deren Verletzung zur Folge hat, daß Ansprüche, die sich auf das Recht an der Sache gründen, also Ansprüche wegen Beschädigung oder Zerstörung der Sache, ganz oder teilweise entfallen. Hat also etwa ein verwaltungsbefugter Miteigentümer es schuldhaft unterlassen, einen der gemeinsamen Sache drohenden Schaden abzuwenden (§ 254 II), so kürzt sich auch der den anderen Eigentümern zustehende Anteil¹ des Anspruches gegen den Schädiger. Die Fremdhaftung nach § 31 wegen der Verletzung versicherungsvertraglicher Obliegenheiten, die nur bei einer Sachversicherung in Betracht kommt, setzt nicht voraus, daß der Miteigentümer, dessen Verhalten in Frage steht, Versicherungsnehmer oder auch nur Versicherter gewesen ist². Zu beachten ist aber, daß für die Verletzung einer Obliegenheit nur nach § 31 gehaftet werden kann, wenn sie ein Verhalten betrifft, das Verwaltung der gemeinsamen Sache ist, wie dies bei Obliegenheiten, die vor dem Versicherungsfall zu erfüllen sind, insbesondere bei der Gefahrstandsobligenheit (§§ 23 ff. VVG) der Fall ist;³ denn nur, insoweit, als sein Verhalten die Verwaltung der gemeinsamen Sache betrifft, wird ein verwaltungsbefugter Miteigentümer als Organ der Gemeinschaft tätig. Verletzt also ein Miteigentümer z.B. die Aufklärungsobligenheit,

können die anderen Miteigentümer ihre Versicherungsansprüche nur nach den im 1. Kapitel dargelegten¹ Regeln der Gehilfenhaftung verlieren,² sofern nicht der Grundsatz eingreift, daß über die Versicherungsansprüche versicherter Personen das Verhalten des Versicherungsnehmers entscheidet.³

Hat ein Miteigentümer grob fahrlässig oder vorsätzlich den Versicherungsfall herbeigeführt (§ 61 VVG), so scheidet - vorbehaltlich des eben erwähnten Grundsatzes - eine Fremdhaftung aus,⁴ weil dem - für sie allein maßgeblichen⁵ - Zweck des § 61 VVG, nämlich einer Erhöhung des subjektiven Risikos angesichts des Versicherungsschutzes entgegenzuwirken, vollkommen Genüge getan ist, wenn der Miteigentümer, der den Versicherungsfall herbeiführt, keinen Versicherungsschutz genießt, und sein Verhalten sanktioniert werden kann, ohne die übrigen Miteigentümer in Mitleidenschaft zu ziehen.

Zusammenfassung einiger Ergebnisse der Arbeit

A. Allgemeines

Die Fremdhftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung kann bedeuten, daß A so zu behandeln ist, als habe er den Tatbestand der Haftungsnorm erfüllt, den er erfüllt hätte, wenn er das Verhalten des B an den Tag gelegt hätte (Die Fremdhftung kraft Identifikation des Haftenden mit dem Urheber eines Handelns im Hinblick auf die Anwendung einer Haftungsnorm), oder daß das Vermögen des A für die Erfüllung eines Haftungstatbestandes durch B so haften muß, als sei B dessen Inhaber (Die Fremdhftung kraft Identifikation des Urhebers tatbestandsmäßigen Handelns mit dem Inhaber eines Vermögens im Hinblick auf die Haftungsfolgen). In beiden Fällen tritt eine Rechtsfolge ein, die eine bestimmte Person oder doch ein bestimmtes Vermögen in einem hypothetischen Fall träge, weil die Unterschiede zwischen der hypothetischen und der tatsächlichen Lage keine rechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen. Demgemäß formulieren die Erfordernisse der Haftung die Voraussetzungen, unter denen von einer Haftungsnorm nicht erfaßte Fälle solchen Fällen wertungsmäßig gleichstehen, auf die die Norm Anwendung findet. Durch diese Herleitung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterscheidet sich die Fremdhftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung grundlegend von einer normalen Risikohftung, obwohl sie wie diese kein Verschulden voraussetzt.

B. Die Fremdhaftung kraft Identifikation des Haftenden mit dem Urheber eines Handelns im Hinblick auf die Anwendung einer Haftungsnorm.

I. Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Mittel zu einem eigenen Zweck des Haftenden ("Zweckverfolgungs- oder Gehilfenhaftung").

Es ist zu unterscheiden zwischen der Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges und der Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen.

1. Die Haftung wegen der Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges

a) Hauptfall dieser Haftungsform ist die Haftung wegen des Ausbleibens (= wegen nicht ordnungsgemäßen Eintritts) eines geschuldeten Erfolges ("klassischer" Anwendungsbereich des § 278), wobei unter "Erfolg" auch ein in der Durchführung einer Tätigkeit liegender "Arbeitserfolg" verstanden wird.

aa) Auf Grund welcher Pflicht der ausgebliebene Erfolg geschuldet war, spielt keine Rolle. Eine Fremdhaftung nach § 278 kommt daher auch in Betracht, wenn eine Maßnahme unterblieben ist, zu der der Pflichtige auf Grund einer Verkehrspflicht gehalten war, was unter anderem bedeutet, daß im Falle der Delegation von Maßnahmen der Aufsicht über Verrichtungsgehilfen der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis nicht möglich ist. Dagegen bilden primäre und sekundäre Unterlassungspflichten keine Grundlage für eine Fremdhaftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges.

bb) Ist eine Pflicht schon durch den Einsatz des "Fremden" erfüllt, oder wird der "Fremde" an Stelle

des Schuldners zur Leistung verpflichtet (sog. Substitution), so scheidet eine Fremdhaftung aus. § 664 I 2 regelt nicht die Substitution, sondern die Reichweite der Pflichten des Beauftragten: Ist dem Beauftragten gestattet, die Ausführung des Auftrags einer hierzu geeigneten Person zu übertragen, so hat er seiner Pflicht genügt, wenn er von dieser Befugnis Gebrauch macht, und haftet deswegen nur für culpa in eligendo (§ 664 I 3). Eine derartige Regelung der Pflicht ist nur bei unentgeltlichen Verträgen am Platze. Daher scheidet eine Analogie des § 664 I 2 bei entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen aus, was mit § 675 übereinstimmt.

cc) Der Schuldner haftet, wenn der "Fremde" ein Handeln, das als Mittel zum Zweck einem eigenen des Schuldners gleichsteht (= funktionale Äquivalenz), vorgenommen (oder unterlassen) hat, und der Schuldner haften würde, wenn er so gehandelt hätte wie der "Fremde" (oder das Handeln so unterlassen hätte wie der "Fremde"). Außerdem ist erforderlich, daß der Schuldner, wenn er selbst gehandelt hätte, Verhaltensnormen hätte beachten müssen, um die eingetretenen Verletzungen zu vermeiden ("Äquivalenz des Zweckverfolgungsrisikos"). Dieses Erfordernis ist allerdings immer erfüllt, wenn es um die Verletzung eines Interesses am Eintritt eines Erfolges geht.

aaa) Zur funktionalen Äquivalenz eines fremden Handelns:

(1) Ein an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges beteiligtes Handeln eines Arbeitnehmers steht immer einem Handeln des Schuldners gleich, soweit es seinem Inhalt nach nicht so mit der Person des Arbeitnehmers verknüpft ist, daß seine Vornahme voraussetzt, daß dieser und nicht der Schuldner tätig wird (Ausschluß fremdes Tätigwerden voraussetzender Vorbereitungshandlungen)¹⁾.

(2) Ein an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges beteiligtes Handeln sonstiger Personen steht einem Handeln des Schuldners gleich, wenn der Schuldner es auf Grund des Wollens des geschuldeten Erfolges (zumindest mittelbar) veranlaßt hat, und

- es nicht genausogut schon ohne die Veranlassung seitens des Schuldners hätte vorgenommen werden können ("noch bedürfnisneutrales" Fremdhandeln),
- der Schuldner es nicht genausogut schon ohne das Wollen des geschuldeten Erfolges hätte veranlassen können ("noch erfolgsneutrales" Fremdhandeln),
- es nicht nur die persönliche Handlungssituation des sich selbst an der Erfüllung beteiligenden Schuldners verändert (das eigene Tätigwerden des Schuldners voraussetzende Vorbereitungshandlungen),
- es nicht seinem Inhalt nach so mit der Person eines an der Herbeiführung des Erfolges Beteiligten verbunden ist, daß seine Vornahme voraussetzt, daß dieser und nicht der Schuldner tätig wird (fremdes Tätigwerden voraussetzende Vorbereitungshandlungen),
- den Handelnden nicht selbst eine Pflicht zur Herbeiführung des Erfolges trifft, und deshalb die "Veranlassung" durch den Schuldner höchstens den Zeitpunkt fixiert, zu dem er tätig wird,
- der Handelnde nicht auf Veranlassung des Gläubigers eingeschaltet worden ist, weil das Interesse des Gläubigers am Eintritt des Erfolges mit dem Tätigwerden des Handelnden verbunden ist.

(3) An weitere positive oder negative Voraussetzungen ist die funktionale Äquivalenz fremden Handelns nicht geknüpft. Das bedeutet unter anderem, daß der Schuldner auch nach § 278 haften kann, wenn der "Fremde" Inhaber eines öffentlichen Amtes oder öffentlicher Leistungsträger ist.

bbb) Zur Projektion des fremden Verhaltens auf den Schuldner:

Der Schuldner müßte dem Gläubiger für das Ausbleiben des geschuldeten Erfolges haften, wenn er an Stelle des "Fremden" Urheber des äquivalenten Handelns gewesen wäre, und sich im übrigen alles so abgespielt hätte, wie geschehen. Hat der "Fremde" ein Handeln unterlassen, das ein solches des Schuldners ersetzt hätte, so kommt es darauf an, ob der Schuldner haften würde, wenn er das Verhalten des "Fremden" nach dessen Beauftragung (bis zum Ende des zur Verfügung stehenden Handlungszeitraumes) an den Tag gelegt hätte.

Gegenstand der Projektion sind auch die mit dem Handeln einhergehenden Wahrnehmungsakte des "Fremden". Hat daher der "Fremde" im Verlauf eines funktional äquivalenten Handelns bestimmte Umstände wahrgenommen und dann in Kenntnis dieser Umstände (funktional äquivalent) gehandelt (oder ein Handeln unterlassen), so wird auch der Schuldner so behandelt, als habe er in Kenntnis dieser Umstände gehandelt (oder ein Handeln unterlassen). Eine Zurechnung des Wissens einer Person, die von der haftungsrechtlichen Bewertung des Verhaltens dieser Person (nach Projektion auf den Schuldner) unabhängig ist, läßt sich allerdings nicht mit § 278 rechtfertigen. Das bedeutet z.B., daß § 278 es nicht gestattet, die fremde Kenntnis gewisser Umstände und das eigene Handeln des Schuldners "zusammenzurechnen".

Für die haftungsrechtliche Qualifikation des projizierten Verhaltens kommt es allein auf die Person des Schuldners an. Es spielt keine Rolle, ob das Verhalten als ein solches des "Fremden" unter irgendeinem Aspekt rechtswidrig oder schuldhaft ist. Der Schuldner kann daher z.B. auch haften, wenn der "Fremde" rechtmäßig gestreikt hat oder verschuldensunfähig ist.

ccc) Zum Bereich des haftungsbegründenden Fremdhandelns bei einigen Pflichten

(1) Die Herstellung der Ware ersetzt kein Handeln des Händler-Verkäufers. Einem Handeln des Hersteller-Verkäufers stehen allerdings die Herstellungsakte seiner Arbeitnehmer gleich.

(2) Einem Handeln des Werkunternehmers stehen alle Herstellungsakte seiner Arbeitnehmer gleich und die auf Grund des Wollens des geschuldeten Werkes veranlaßten Herstellungshandlungen selbständiger Unternehmer, sofern es nicht um die Herstellung vertretbarer Einzelteile geht.

(3) Beim gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag haftet der Krankenhausträger für Handlungen (oder Unterlassungen) seiner Angestellten unabhängig davon, wie seine Pflichten von denen des Arztes abzugrenzen sind.

(4) "Vermittler" sind in der Regel Informationsgehilfen des Aufklärungspflichtigen, wenn sich ihre Fehlinformation zum Nachteil des Aufzuklärenden auswirken konnte, weil über die fraglichen Punkte später nicht mehr verhandelt wurde. Wird ein "Vermittler" im Interesse beider Vertragsparteien tätig, ist er jeweils Informationsgehilfe der Partei, zu deren Pflicht die Information über den in Frage stehenden Punkt steht.

Für allgemeine Fachinformationen selbständiger Personen haftet der Aufklärungspflichtige nicht.

b) Die Haftung wegen Ausbleibens eines im Interesse eines Dritten liegenden, nicht geschuldeten Erfolges

Ist eine Maßnahme nicht (ordnungsgemäß) durchgeführt worden, die einer Person obliegt, ohne daß diese hierzu verpflichtet ist, so gelten die Regeln der Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges entsprechend. Aus der allgemeinen Natur der Obliegenheiten läßt sich nichts gegen eine Fremdhaf- tung nach § 278 herleiten.

aa) Eine Fremdhafung des Geschädigten im Rahmen des § 254 kommt nicht in Betracht, wenn der "Fremde" durch eine gefährliche Handlungsweise zum Schaden beigetragen hat. Erforderlich ist vielmehr, daß der Geschädigte nach § 254 gehalten war, besondere Maß- nahmen zu treffen, und hiermit den "Fremden" beauf- tragt hat. Die Analogie des § 278 spielt daher haupt- sächlich im Rahmen des § 254 II eine Rolle. Dabei ist zu berücksichtigen, daß § 254 den (später) Ge- schädigten (grundsätzlich) nur zu Maßnahmen nötigt, deren Durchführung ihm persönlich zumutbar ist. Be- auftragt der (später) Geschädigte daher einen Fach- mann mit der Durchführung von Schadensabwendungs- oder Schadenminderungsmaßnahmen, so haftet er für diesen nicht. Ob zwischen dem Geschädigten und dem (Erst-)Schädiger ein Schuldverhältnis bestanden hat, ist auch für die Analogie des § 278 im Rahmen des § 254 I ohne Belang.

bb) Eine Fremdhafung des Versicherungsnehmers kommt analog § 278 in Betracht, wenn ein auf Grund einer Obliegenheit herbeizuführender Erfolg ausgeblieben ist, von dessen Herbeiführung sich der Versicherungs- nehmer entlastet hat. In allen sonstigen Fällen scheidet eine Fremdhafung aus. Aber auch, wenn eine dem Versicherungsnehmer obliegende Maßnahme unterblieben

ist, die ein anderer für ihn treffen sollte, haftet der Versicherungsnehmer nicht nach § 278, soweit es um Sanktionen für vorsätzliches folgenloses Handeln geht.

2. Die Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen

Bei der Verletzung sonstiger Interessen geht es um die - nicht durch das Ausbleiben eines geschuldeten Erfolges vermittelte - Verletzung von Interessen am Bestehenbleiben eines Zustandes, vor allem also von Interessen an der Unversehrtheit von Rechtsgütern. Auch die Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges richtet sich nach den Regeln der Haftung wegen der Verletzung sonstiger Interessen, wenn eine Person, die nicht mit der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges befaßt war, dessen Ausbleiben bewirkt hat.

a) Die Haftung im vertraglichen und vorvertraglichen Bereich

aa) Hat eine Person, die mit der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges befaßt war, durch ein funktional äquivalentes Handeln ein sonstiges Interesse des Gläubigers verletzt, so folgt die Haftung aus § 278, weil die Pflicht, zu deren Erfüllung der Schuldner sich fremder Hilfe bedient, nicht identisch sein muß mit der Pflicht, deren Verletzung den Schuldner haftbar macht, wenn man das fremde Handeln auf ihn projiziert (= Schutzpflicht). Die Figur des Gehilfen bei der Erfüllung von Schutzpflichten (in Form sekundärer Unterlassungspflichten) ist abzulehnen.

Für nicht an der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges beteiligte Personen haftet der Schuldner analog §§ 431, 456 HGB, wenn es sich um seine Arbeitnehmer handelt.

bb) Eine Fremdhftung in Form der Gehilfenhaftung kommt nur in Betracht, wenn die Interessenverletzung durch den Vollzug eines Handelns ausgelöst worden ist, das als Mittel zum Zweck einem solchen des Schuldners gleichsteht. Ein fremdes Handeln, das nicht den Zwecken des Schuldners dient, kann eine (Gehilfen-) Haftung des Schuldners auch dann nicht begründen, wenn es in einem "inneren Zusammenhang" mit einem Handeln steht, das vom Schuldner vorgegebene Zwecke verfolgt. Eine Haftung des Schuldners für fremde "Gelegenheitsdelikte" läßt sich nur mit einer im geltenden Recht nicht vorgesehenen Risikohaftung wegen eigenen Verantwortungsbeitrags rechtfertigen, sofern nicht eine Fremdhftung in Form der Ausübungshaftung (s. u. B II, insbes. 1a, aa) eingreift.

cc) Die Gehilfenhaftung setzt unter anderem voraus, daß der Schuldner, wenn er selbst tätig geworden wäre, Verhaltensnormen hätte beachten müssen, um die eingetretenen Verletzungen zu vermeiden ("Risikoäquivalenz"). Dieses Erfordernis, das immer erfüllt ist, wenn es um eine Haftung wegen Ausbleibens eines geschuldeten Erfolges geht, verlangt bei der Verletzung sonstiger Interessen, daß sich das Risiko des Handelns eines Arbeitnehmers des Schuldners verwirklicht hat, oder daß das Risiko der eingetretenen Verletzungen mit allen vernünftigerweise in Betracht kommenden Pflichterfüllungsalternativen verbunden gewesen wäre.

b) Im deliktischen Bereich ist eine Fremdhftung (ohne eigene Tatbestandsverwirklichung) wegen der Verletzung sonstiger Interessen de lege lata nicht

vorgesehen. Eine Fremdhaftung kommt nur in Betracht, wenn eine auf Grund einer Verkehrspflicht zu treffende Maßnahme unterblieben ist, mit deren Durchführung der Pflichtige einen anderen betraut hat, da dann § 278 eingreift (s. o. B I 1a, aa).

II. Die Haftung für fremdes Handeln in seiner Eigenschaft als Ausübung einer eigenen Position des Haftenden ("Ausübungshaftung").

1. In erster Linie geht es um die Haftung für die Ausübung sich auf Sachen beziehender Positionen.

a) Die Ausübungshaftung ist eine von der Gehilfenhaftung zu unterscheidende eigenständige Fremdhaftungsform. Was die Verletzung von Interessen am Zustand der in Frage stehenden Sache anbelangt, hat sie in § 549 III gesetzlichen Niederschlag gefunden, der nicht als eine (an sich überflüssige) Variante des § 278 begriffen werden kann.

aa) Die Ausübungshaftung wegen der Verletzung eines Interesses am Zustand der in Frage stehenden Sache setzt voraus,

- daß der Haftende befugt ist, die Sache zumindest unter Ausschluß der Person, deren Handeln in Frage steht, zu gebrauchen. Diese Befugnis muß noch im Zeitpunkt des schadenstiftenden Fremdhandelns bestehen. Der Mieter, der die Sache weitervermietet hat, ist allerdings im Verhältnis zum Eigentümer weiterhin zum Gebrauch der Sache berechtigt, so daß er dem Eigentümer für das Handeln des Untermieters haften kann.

- daß der Haftende dem "Fremden" den Gebrauch der Sache gestattet hat. Darauf, ob der Haftende den

"Fremden" gerade zu dem in Frage stehenden Handeln befugt hat, kommt es jedoch nicht an.

- daß der Haftende, wenn er selbst die Position an Stelle des "Fremden" ausgeübt hätte, Verhaltensnormen hätte beachten müssen, um die eingetretenen Verletzungen zu vermeiden ("Äquivalenz des Ausübungsrisikos"). Dieses Erfordernis ist allerdings immer erfüllt, wenn es um eine Verletzung des Interesses am Zustand der Sache geht.
- daß der Haftende haften würde, wenn er selbst die Position so ausgeübt hätte wie der "Fremde".

Sollte der "Fremde" durch den Gebrauch der Sache den Haftenden von der Herbeiführung eines dem Verletzten geschuldeten Erfolges entlasten, so kommt sowohl eine Gehilfen- als auch eine Ausübungshaftung in Betracht. Die Gehilfenhaftung wegen der Verletzung eines nicht am Eintritt eines Erfolges bestehenden Interesses setzt allerdings voraus, daß das schadenstiftende Handeln in Verfolgung der vorgegebenen Zwecke vorgenommen wurde (nach h.M.: daß ein "innerer Zusammenhang" zwischen der übertragenen Tätigkeit und dem schadenstiftenden Handeln besteht). Demgegenüber spielt für die Ausübungshaftung der Zusammenhang zwischen der übertragenen Tätigkeit und dem schadenstiftenden Handeln keine Rolle. Man darf daher keinesfalls eine Haftung des Inhabers der Position verneinen, weil eine Gehilfenhaftung wegen Fehlens dieses Zusammenhangs ausscheidet.

Im außervertraglichen Bereich scheidet eine Ausübungshaftung de lege lata aus (und hätte dort auch kaum praktische Bedeutung). Allerdings darf der unrechtmäßige Besitzer (im Verhältnis zum Eigentümer) keinesfalls besser behandelt werden als der rechtmäßige.

Der unrechtmäßige Besitzer muß daher dem Eigentümer so haften, wie wenn ihm der Eigentümer ein Besitzrecht eingeräumt hätte.

bb) Als Interesse, dessen Verletzung eine Ausübungshaftung wegen der Verletzung eines Interesses am Zustand der Sache begründen kann, kommt neben dem Interesse des Eigentümers (oder des Inhabers eines sonstigen dinglichen Rechtes) das Interesse des Inhabers eines obligatorischen Gebrauchsrechts, das Interesse des Gläubigers eines (primären) Unterlassungsanspruches sowie das Interesse des Rücktrittsgegners in Betracht.

b) Eine Ausübungshaftung wegen der Verletzung eines sonstigen, also nicht am Zustand der in Frage stehenden Sache bestehenden Interesses kommt überall dort in Betracht, wo B durch den Gebrauch der Sache (oder durch Einwirkungen auf eine Sache), die einer Position des A unterliegt, Rechtsgüter eines Vertragspartners des A verletzt. Eine eigenständige Bedeutung gewinnt die Ausübungshaftung allerdings nur in den Fällen, in denen der Gebrauch der Sache weder den A von der Herbeiführung eines dem Geschädigten geschuldeten Erfolges entlastet hat, noch der Produktion eines Ergebnisses diente, das an A als Arbeitgeber des B appropriiert ist, da andernfalls A schon nach § 278 oder den Grundsätzen der über § 278 hinausgehenden (in §§ 431, 456 HGB gesetzlich geregelten) Arbeitnehmerhaftung haftet.

Die Ausübungshaftung setzt unter anderem voraus, daß der Haftende, wenn er selbst die Position ausgeübt hätte, Verhaltensnormen hätte beachten müssen, um die eingetretenen Verletzungen zu vermeiden ("Äquivalenz des Ausübungsrisikos"). Dieses Erfordernis, das immer erfüllt ist, wenn es um die Verletzung eines Interesses am Zustand der Sache geht verlangt bei

der Verletzung sonstiger Interessen, daß sich ein Risiko verwirklicht hat, das mit dem üblichen Gebrauch der Sache verbunden ist.

2. Die Ausübungshaftung spielt nicht nur im Zusammenhang mit dem Gebrauch von Sachen eine Rolle, sondern auch z.B. im Zusammenhang mit der Verwertung von Informationen. Das bedeutet, daß A dem C (im Rahmen vertraglicher Beziehungen) haftet, wenn B eine ihm von A zugänglich gemachte Information unbefugt weitergibt, die C dem A anvertraut hatte.

C. Die Fremdhaftung kraft Identifikation des Urhebers tatbestandsmäßigen Handelns mit dem Inhaber eines Vermögens im Hinblick auf die Haftungsfolgen.

Die Vermögenshaftung des A wegen einer Tatbestandsverwirklichung des B setzt voraus, daß für die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A nicht der Wille des A, sondern der des B maßgeblich ist (die Maßgeblichkeit fremden Willens für die Angelegenheiten des Vermögensinhabers), und der durch das tatbestandsmäßige Handeln des B betätigte Wille stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A ist (der durch das tatbestandsmäßige Fremdhandeln betätigte Wille als stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vermögensinhabers). Hat B durch das Unterlassen eines Handelns einen Haftungstatbestand erfüllt, kommt es darauf an, ob der durch die Vornahme des Handelns betätigte Wille eine stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A gewesen wäre.

Ein Handeln des B ist (vorbehaltlich gewisser Einschränkungen) stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten des A, wenn es durch das Wollen eines Erfolges ausgelöst worden ist, der

in der Veränderung der Rechtsstellung des A besteht oder in einer Einwirkung auf einen einer Rechtsposition des A unterliegenden Sachverhaltsbereich.

I. Die Haftung des Vermögens natürlicher Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung

1. Eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung stellt zunächst die Haftung des Minderjährigen (oder sonstiger durch gesetzliche Vertreter - im engen Sinne des Wortes - Vertretenen) für den gesetzlichen Vertreter nach § 278 (1. Variante) dar.

Bei den Pflichten, deren Verletzung den Minderjährigen haftbar macht, geht es um Pflichten, die den gesetzlichen Vertreter (auch) in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter treffen: Eine Pflicht kann als eine an den Willen appellierende Verhaltensnorm nur an Personen gerichtet sein, von deren Willen das geforderte Verhalten abhängt. Daher werden Pflichten, die "an sich" den Minderjährigen treffen würden, an den gesetzlichen Vertreter adressiert, und der Minderjährige haftet nur mit seinem Vermögen für ihre Erfüllung, sofern sie auf die Übertragung eines Vermögenswertes gerichtet sind. Pflichten, die den gesetzlichen Vertreter als solchen treffen, sind nicht nur Leistungspflichten aus im Namen des Minderjährigen geschlossenen Verträgen, sondern auch Schutzpflichten aus solchen Verträgen und aus Verhandlungen, die zum Abschluß solcher Verträge führen sollen. Der Minderjährige haftet aber für die Verletzung von Rechtsgütern des Verhandlungs- oder Vertragspartners nur, wenn das den Vorwurf der schuldhaften Pflichtverletzung begründende Handeln des Vertreters dem Abschluß des Vertrages oder der Herbeiführung des geschuldeten Erfolges diene, und es genügt nicht, daß

ein "innerer Zusammenhang" des schadenstiftenden Handelns mit der Vertragsanbahnung oder -durchführung bestand.

Der Minderjährige haftet auch wegen der Verletzung von Obliegenheiten, die den gesetzlichen Vertreter als solchen treffen. Soweit die Obliegenheit des § 254 dahin geht, ein Verhalten so zu steuern, daß es nicht mitursächlich für einen Schaden wird, ist sie, was Schäden des Minderjährigen anbelangt, an den gesetzlichen Vertreter adressiert, wenn er Angelegenheiten des Minderjährigen wahrnimmt (s. o. vor I a.E.). Die Obliegenheit zu besonderen Schadenfernhaltungsmaßnahmen trifft im Hinblick auf Schäden des Minderjährigen von vornherein den gesetzlichen Vertreter als solchen. Entsprechendes gilt für versicherungsvertragliche Obliegenheiten. Der Minderjährige haftet auch für die grob fahrlässige oder vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles (§ 61 VVG) durch den gesetzlichen Vertreter (und zwar ohne daß es darauf ankommt, ob der Vertreter den Versicherungsfall in Wahrnehmung von Angelegenheiten des Minderjährigen herbeigeführt hat).

Für Delikte des gesetzlichen Vertreters haftet der Minderjährige nicht, obwohl es nach den Grundgedanken der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung keine Rolle spielt, welchen Tatbestand der Handelnde erfüllt hat. Diese Einschränkung beruht darauf, daß der Minderjährige möglichst weitgehend vor Nachteilen geschützt werden soll, die seine Fürsorgebedürftigkeit mit sich bringt, und das Bedürfnis des Verletzten nach einer Haftung des Minderjährigen nicht geradezu unabweisbar ist, weil dem Verletzten im Falle eines Vertreterdeliktes schon der Vertreter selbst haftet. Sofern der gesetzliche Vertreter ein Unternehmen des Minderjährigen führt

und im Zusammenhang damit ein Delikt begeht, ist das Haftungsprivileg unangebracht, was allerdings wohl nur de lege ferenda berücksichtigt werden kann.

Was Tatbestände der Risikohaftung anbelangt, so trifft den Minderjährigen die Halter- und Anlagenhaftung, wenn die in Frage stehende Gefahrenquelle unter der Herrschaft des gesetzlichen Vertreters steht, aber für Rechnung des Minderjährigen genutzt wird.

2. Für Vertreter "kraft Amtes" (Testamentsvollstrecker, Konkurs-, Nachlaß-, Zwangsverwalter) wird analog § 31 gehaftet: § 278 (1. Variante) und § 31 regeln beide eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung. Der einzige relevante Unterschied zwischen ihnen liegt darin, daß § 278 nur eine Haftung für die Verletzung vertraglicher und vorvertraglicher Pflichten vorsieht, während nach § 31 - den Grundgedanken der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung entsprechend - auch für die Erfüllung sonstiger Haftungstatbestände gehaftet wird. Der das Haftungsprivileg des Minderjährigen rechtfertigende Gedanke trifft aber auf die durch Vertreter "kraft Amtes" Vertretenen (von einer Ausnahme abgesehen) nicht zu. Allerdings haften die durch Vertreter "kraft Amtes" Vertretenen nur mit dem der Verwaltung des Vertreters unterliegenden Vermögen. Eine Fremdhaftung für Vertreter "kraft Amtes" im Rahmen des § 61 VVG scheidet aus.

3. Eine Haftung für leitende Angestellte analog § 31 kommt nicht in Betracht.

II. Die Haftung des Vermögens juristischer Personen wegen fremder Tatbestandsverwirklichung

1. Mögliche Urheber des haftungsbegründenden Handelns ("Organwalter") sind außer den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern nur Personen, die Angelegenheiten wahrnehmen, die auf Grund der Satzung der ausschließlichen Zuständigkeit des Vorstandes entzogen sind. "Wesensmäßige Funktionen der juristischen Person", die sich durch rein materiale Kriterien wie die Bedeutung einer Position und die Selbständigkeit ihres Inhabers definieren ließen, gibt es nicht.

2. Die juristische Person haftet für die Erfüllung eines jeden Haftungstatbestandes, den ein Organwalter im Vollzug stellvertretender Entscheidung verwirklicht hat. Die Haftung der juristischen Person für die Verletzung von Pflichten gründet sich auf Pflichten, die den Organwalter als solchen treffen (vgl. die entspr. Bem. zur Haftung des Minderjährigen oben I 1). Einen die Haftung der juristischen Person begründenden "körperschaftlichen Organisationsmangel" gibt es nicht.

Ein Organwalter handelt nur dann im Vollzug stellvertretender Entscheidung, wenn er für ein Handeln dieser Art zuständig war. Bei der Zuständigkeit geht es nur um die satzungsmäßige Aufgabenteilung zwischen den verschiedenen Organen. Sie hat nichts mit der Rechtmäßigkeit im Sinne der allgemeinen Rechtsordnung zu tun. Ist der handelnde Organwalter unzuständig gewesen, so kann man nicht trotzdem das Zuständigkeitserfordernis als erfüllt ansehen, weil zwischen der fraglichen Angelegenheit und dem Aufgabenbereich des handelnden Organwalters ein "innerer Zusammenhang" bestanden hat. Allerdings trifft einen Organwalter die Pflicht, Handlungen zu unterlassen,

die wegen seiner Unzuständigkeit Dritte schädigen könnten. Das bedeutet, daß die juristische Person haftet, wenn ein Organwalter eine (wegen seiner Unzuständigkeit) nichtige Erklärung abgegeben und dadurch einen Haftungstatbestand erfüllt hat.

Eine juristische Person kann auch für "entsandte Organe" haften, wenn sie an der "aufnehmenden" Person beteiligt ist, und zwar sowohl der "aufnehmenden" Person als auch Dritten. Jede Wahrnehmung der Angelegenheit der "aufnehmenden" Person ist auch stellvertretende Entscheidung über die Wahrnehmung der Angelegenheiten der "entsendenden" Person.

3. Die Haftung eines Gesamthandsvermögens wegen der Tatbestandsverwirklichung eines Gesamthänders.

a) Das Vermögen einer OHG (KG) haftet analog § 31, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter einen Haftungstatbestand im Vollzug stellvertretender Entscheidung verwirklicht hat, gleichgültig ob man die OHG als Rechtssubjekt begreift oder nicht. Hat ein geschäftsführender Gesellschafter einen außervertraglichen Haftungstatbestand erfüllt, so haftet allerdings dem Verletzten - trotz § 128 HGB - nicht das "Privatvermögen" der übrigen Gesellschafter.

b) Das Vermögen einer BGB-Gesellschaft haftet ebenfalls analog § 31 wegen der Erfüllung eines Haftungstatbestandes durch einen geschäftsführenden Gesellschafter. Handelt es sich allerdings um einen außervertraglichen Haftungstatbestand, so haften die übrigen Gesellschafter nicht mit ihrem "Privatvermögen".

c) Auch das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereines haftet analog § 31. Das gleiche gilt für den

Nachlaß im Falle einer Erbengemeinschaft. Bei der ehelichen Gütergemeinschaft kommt an sich ebenfalls eine Analogie des § 31 in Betracht. Sie spielt aber hier wegen §§ 1437 I, 1459 I keine Rolle.

4. Auch die Mitglieder einer Bruchteilsgemeinschaft haften mit ihren Anteilen analog § 31, wenn ein verwaltungsbefugter Miteigentümer (im Vollzug stellvertretender Entscheidung) einen Haftungstatbestand erfüllt.

Abicht, Wilhelm, Haftung des Übernehmers bei einer Werk-
dingung für die Handlungen seiner Gewerbegehilfen,
Göttingen 1891 (Diss.)

Adriani, Hans, Der Schuldbegriff in § 254 BGB, Leipzig 1931

Alexander, Peter, Fehler bei der Schadensbehebung, München
1968 (Diss.)

Ballerstedt, Kurt, Unternehmen und Wirtschaftsverfassung,
JZ 51, 486

- Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsab-
schluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), 501

Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 23. Aufl., München 1978

Baumbach-Lauterbach, ZPO, 37. Aufl., München 1979

Baur, Fritz, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer,
Festschr. f. Dölle, 1963, S. 249

Beuthien, Volker, Art und Grenzen der aktienrechtlichen
Haftung herrschender Unternehmen für Leitungsmachtmiß-
brauch, DB 69, 1781

- Die Haftung von Personengesellschaften, DB 75, 725 u. 771

Bienenfeld, Rudolf, Die Haftungen ohne Verschulden, Berlin
etc. 1933

Blau, Bruno, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach
dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902

Blomeyer, Jürgen, Die Rechtsnatur der Gesamthand, JR 71, 30

Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, 12. Aufl., München 1970

Böhmer, Emil, Die Kfz-Reparaturwerkstatt ist Erfüllungs-
gehilfe i.S. des § 278 BGB des unfallgeschädigten Kraft-
fahrers, MDR 66, 203

Bopp, Eberhard, Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung
von allgemeinen Verkehrspflichten, Tübingen 1938 (Diss.)

Böttcher, Eduard, Versandungskauf und Bewirkung der Gegen-
leistung im Sinne des § 18 Abs. 1 Z. 2 UmstGes, MDR 49, 1

Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB, ins-
besondere die Haftung des Versicherungsnehmers, Jher Jb
(1911), 187

Broxe-Rüthers, Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965

Bruck, Ernst, Die versicherungsrechtliche Obliegenheit,
ZVersWiss 26 (1926), 210

Bruck-Möller, Komm. zum VVG, 8. Aufl., Berlin 1953 ff.

Brückner, H., Die (privatrechtliche) Haftung für das rechts-
widrige Verhalten anderer, Hannover 1901

Buchner, Herbert, Zur rechtlichen Struktur der Personen-
gesellschaften, AcP 169 (1969), 483

Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen, 1861

Burckhardt, Walter, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944

v. Caemmerer, Ernst, Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschr. zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (Karlsruhe 1960), Bd. II, S. 49

- "Mortuus redhibetur" - Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53/144 u. 57/137, Festschr. für Larenz (1973), S. 621
- Objektive Haftung, Zurechnungsfähigkeit und "Organhaftung" Festschr. für Flume (1978), 359
- Verschulden von Erfüllungsgehilfen, Festschr. für Hauß, (1978), S. 33

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971

- Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 68, 494

Daniels, Jürgen, Probleme des Haftungssystems bei stationärer Krankenbehandlung, NJW 72, 305

Derpa, Christian, Die Zurechnung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns bei Vertretung kraft Amtes, Bonn 1973

Dunz, Walter, Abwägungskriterien bei der Schadensabwägung, NJW 64, 2133

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (2 Halbbde.), 15. Aufl., Tübingen 1959, 1960

Erman, Komm z. BGB, 6. Aufl., 1975

Esser, Josef, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960; 3. Aufl., Bd. I, 1968, Bd. II, 1969; 5. Aufl. Bd. I, 2 Teilbde. (Esser-Schmidt), 1975, 1976; Bd. II, 1. Teilbd. (Esser-Weyers), 1977

- Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen, JZ 52, 257
- Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 63, 489

Fabricius, Fritz, Relativität der Rechtsfähigkeit, München etc. 1963

- Zur Haftung der BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Geschäftsführung von Gesellschaftern, Gedächtnisschr. für R. Schmidt (Berlin 1966), 171

Feder, Ernst, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1902

Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin etc. 1973

Finger, Peter, Mitwirkendes Verschulden und Haftung für Dritte, JR 72, 406

Fischer, Karl, Die nicht auf Parteiwillen gegründete Zu-
rechnung fremden Verschuldens nach dem bürgerlichen Ge-
setzbuch, München 1904 (Diss.)

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
1. Bd., 1. Teil, Die Personengesellschaft, Berlin etc.
1977; 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 1975

- Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rück-
tritt und Wandlung, NJW 70, 1161

Frotz, Gerhard, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frank-
furt 1972

Fuchs, August, Die Haftung des Mieters von Räumen für Be-
schädigungen durch am Mitgebrauche der Räume beteiligte
Personen, Gruch Beitr. 63 (1919), 277

Geigel, Robert, Haftpflichtprozeß, 17. Aufl., München 1979

Gernhuber, Joachim, Familienrecht, 2. Aufl., München 1971

- Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden
Verschuldens, AcP 152 (1952), 69

v. Gierke, Julius, Versicherungsrecht (unter Ausschluß der
Sozialversicherung), 2. Bde., Stuttgart 1937, 1947

v. Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche
Rechtsprechung, Berlin 1887

Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für
seine Gehülfen, ZHR 16 (1871), 287

Gottschalk, Alfred, Das mitwirkende Verschulden des Be-
schädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem Bürger-
lichen Gesetzbuch, Berlin 1903 (Diss.)

- Der Begriff der Obliegenheiten und die Haftung des Ver-
sicherungsnehmers für Hilfspersonen, ZVerswiss 17 (1917),
191

Graßhoff, Richard, Die verselbständigten Vermögensmassen
(die dritte Rechtsperson), Festschr. für Heinitz (1926),
S. 124

Großkomm. z. AktG, 3. Aufl., Berlin etc. 1973 ff.

Großkomm. z. HGB, 3. Aufl., Berlin 1967 ff.

Großmann-Doerth, Hans, Das Recht des Überseeekaufes, Mann-
heim etc. 1930

Hanisch, Hans, Die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse,
Frankfurt 1973

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929

Heerbach, Walter, Die Haftung des Versicherungsnehmers für
fremdes Verschulden bei Verletzung der Pflicht zur Anzei-
ge des Versicherungsfalles, Jena 1930 (Diss.)

Heinsheimer, Karl, Die Haftung des Schuldners für seine
Erfüllungsgehilfen nach der deutschen Praxis und dem
österreichischen Entwurf, Grünhuts Ztschr. 40 (1914), 115

- Heiseke, Jürgen, Das nachbarschaftliche Gemeinschafts-
verhältnis und § 278 BGB, MDR 61, 461
- Heiss, Klaus, Der dezentralisierte Entlastungsbeweis und
die Versuche zu seiner Überwindung, München 1969 (Diss.)
- Helm, Johann Georg, Rechtsfortbildung und Reform bei der
Haftung für Verrichtungsgehilfen, AcP 166 (1966), 389
- Hennecke, Bernd, Das Sondervermögen der Gesamthand, Berlin
1976
- Hertin, Paul-Wolfgang, Haftungsprobleme bei Nichteinlösung
durchgehandelter Lieferscheine, MDR 70, 881
- Heymann-Kötter, Handelsgesetzbuch, 21. Aufl., Berlin etc.
1971
- Hoffmann, Hans-Joachim, Arglist des Unternehmers aus der
Sicht für ihn tätiger Personen, JR 69, 372
- Hoffmann, Richard, Die Haftung des Schuldners für seine Ge-
hilfen nach § 278 BGB, Halle 1902 (Diss.)
- Hölder, Eduard, Natürliche und juristische Personen, Leipzig
1905
- Holzauer, Heinz, Erbrechtliche Untersuchungen, Marburg 1973
- Horn, Adolf, Die Gehilfenhaftung für mangelhafte Aufsicht
und Organisation nach § 823 und § 831 BGB, Köln 1968 (Diss.)
- Hübner, Jürgen, Schadenszurechnung nach Risikosphären. Eine
Studie zur schadensgeneigten Arbeit selbständig Tätiger
am Beispiel der privatrechtlichen Haftung der Seelotsen,
Berlin 1974
- Hueck, Alfred, Das Recht der OHG, 4. Aufl., Berlin etc. 1971
- Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II, 8. Aufl.,
(2. Bd.), Berlin etc. 1970
- Isay, Hermann, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen
Gesetzbuche für das Deutsche Reich
- Jaeger, Konkursordnung, 8. Aufl. (Jaeger-Lent), Berlin etc.
1958; 9. Aufl. (Jaeger-Henckel), 1977
- Jakobs, Horst-Heinrich, Unmöglichkeit und Nichterfüllung,
Bonn 1969
- Über die Notwendigkeit einer Reform der Geschäftsherrn-
haftung, VersR 69, 1061
- John, Uwe, Die organisierte Rechtsperson, Berlin 1977
- Josef, Eugen, Die Haftung des Wohnungsmieters für Beschädi-
gungen durch seine Hausgenossen, JW 14, 1026
- Zur Anwendbarkeit des § 278 BGB auf die Obliegenheiten
des Versicherungsnehmers, Jher Jb 55 (1909), 260
- Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen
Dritter, ZVersWiss 11 (1911), 201
- Kisch, Wilhelm, Handbuch des Privatversicherungsrechts,
Bd. 2 (Die Lehre von der Versicherungsgefahr), München etc.
1920
- Schuldhaftige Herbeiführung des Schadensversicherungsfalles
bei Mehrheit der Interessenten, ZVersWiss 39 (1939), 4

Kipp, Theodor, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, in: Die Reichsgerichtspraxis im Rechtsleben, Festgabe der jur. Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des RG, Bd. II (Berlin etc. 1929), S. 273

Kipp-Coing, Erbrecht, 13. Aufl., Tübingen 1978

Kleindienst, Bernhard, Der Bewahrungsgehilfe, Tübingen 1956 (Diss.)

- Zur Bedeutung des § 278 BGB bei mitwirkendem Verschulden, JZ 57, 457
- Die entsprechende Anwendung des § 278 BGB bei mitwirkendem Verschulden, NJW 60, 2028

Kleinewefers-Wilts, Schadenersatzansprüche bei Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht, NJW 63, 2345

- Vertragliche Schadenersatzansprüche des Patienten bei gespaltenem Arzt-Krankenhaus-Vertrag, VersR 64, 201
- Die vertragliche Haftung bei gespaltenem Arzt-Krankenhaus-Vertrag, NJW 65, 332

Kleinschmidt, Erwin, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB im Versicherungsrecht, Leipzig 1914 (Diss.)

Koller, Ingo, Die Verteilung des Risikos einer unsorgfältigen Schadensbeseitigung zwischen Schädiger und Geschädigtem, NJW 71, 1776

Kölner Komm. z. AktG, Köln 1970 ff.

Köpcke, Günther, Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart etc. 1965

Kornblum, Udo, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt 1972

- Die Haftung assoziierter Anwälte, BB 73, 278

Krause, Hermann, Haftungsfragen beim Mitbestimmungsrecht, BB 51, 677

Kronstein, Heinrich, Die abhängige juristische Person, München etc. 1931

Kuchinke, Kurt, Die Haftung des versendungspflichtigen Verkäufers und Werkunternehmers bei Selbstausführung des Transportes, Festschr. für H. Lange (1970), S. 259

Kunz, Romano, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Bern 1963

Laband, Paul, Zum Zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Abschnitt, Titel 1 bis 3, AcP 73 (1888), 187

Lange, Heinrich, Mitwirkendes Verschulden des gesetzlichen Vertreters und Gehilfen außerhalb eines Verpflichtungsverhältnisses (§ 254 BGB), NJW 53, 967

Landwehr, Götz, Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel, AcP 164 (1964), 482

- Lange, Edlef, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, Tübingen 1971 (Diss.)
- Lange-Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl., München 197
- Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., München 1977
- Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976, Bd. II, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977
 - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin etc. 1979
 - Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Leipzig 1927
 - Die Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 65, 373
- Lauschke, Gerd, Zur Haftung des Unternehmers für Ausfall seiner Lieferungen wegen Arbeitskampfes, DB 66, 137
- Lehrmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906
- Lenel, Otto, Zur Deliktshaftung der juristischen Personen, DJZ 1902, 9
- Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB (Bd. I), München etc. 1929
- Leser, Hans, Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975
- Loening, Edgar, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, Frankfurt a.M. 1879
- Löwisch, Manfred, Leistungsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, DB 62, 761
- Arbeitskampf und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), 202
- v. Lübtow, Ulrich, Erbrecht (2 Bde.), Berlin 1971
- Lüderitz, Alexander, Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen? NJW 75, 1
- v. Luttitz, Christoph, Die Haftung für selbständige Unternehmer im deutschen und französischen Zivilrecht, Köln 1966 (Diss.)
- Magnus, Ulrich, Drittmitverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht, Heidelberg 1974
- Martinek, Michael, Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenverbänden für ihre Repräsentanten, Hamburg 1978 (Diss.)
- Mataja, Victor, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888
- Mayer-Falk, Gerhard, Eigenes Verschulden. Tatbestand und Rechtsfolge nach § 254 BGB, Marburg 1929 (Diss.)
- Meckling, Ernst, Mitwirkendes Gehilfenverschulden - eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen und des deutschen Rechts, Hamburg 1970 (Diss.)

- Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 8. Aufl., Köln 1978
- Zur Verantwortlichkeit des Geschädigten für seine Hilfspersonen, NJW 62, 2081
- Mentzel-Kuhn, Konkursordnung, 8. Aufl., 1976
- Merkel, Adolf, Juristische Enzyklopädie, 5. Aufl., Berlin 191
- Merkel, Rudolf, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895
- Mertens, Hans-Joachim, Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 AktG aus schadensersatzrechtlicher Sicht, AcP 168 (1968), 225
- Mestmäcker, Ernst-Joachim, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- Metzler, Ewald, Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft, AcP 159 (1960/1961), 143
- Möller, Hans, Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für das Verhalten Dritter, Berlin 1939
- Müller, Klaus, Schadensersatzpflicht verbundener Anwälte, NJW 70, 903
- Müller-Erzbach, Rudolf, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910), 309 u. AcP 109 (1912), 1
- Müller-Freienfels, Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Münchener Komm. z. BGB (Bd. I), 1. Aufl., München 1978
- Münzberg, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt 1966
- Neumann-Duesberg, Horst, Die verlegerischen Gefahrabwendungspflichten, NJW 66, 627
- Kritik der Rechtskonstruktion einer "körperschaftlichen Organisationspflicht", NJW 66, 715
- Nicknig, Paul-Georg, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsschulden, Köln etc. 1972
- Nitschke, Manfred, Die Anwendbarkeit des im § 31 BGB enthaltenen Rechtsgedankens auf alle Unternehmensträger, NJW 69, 1737
- Nussbaum, Arthur, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB in Vergleichung mit dem Gemeinen und Landesrecht, Berlin 1898
- Oertmann, Paul, Komm zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse (1. Abt), 5. Aufl., Berlin 1928
- Die Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis, Recht 1922, 6
- Ostwald, Der Erfüllungsdiener, Hamburg 1920

- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 38. Aufl., München 1979
- Pannenbecker, Otto, Die Haftung für fremde widerrechtliche Handlungen insbesondere nach den §§ 278 u. 831 BGB, Bonn 1931 (Diss.)
- Planck, Komm. zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1, 4. Aufl., Berlin etc. 1914
- Prölss, Erich, Repräsentantendämmerung, JRPV 36, 33
- Prölss-Martin, Komm. z. VVG, 21. Aufl., München 1977
- Rabel, Friedrich, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für das Verschulden dritter Personen, Wien 1938
- Rehbinder, Eckard, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg etc. 1969
- Rhode, Heinz, Juristische Person und Treuhand, Berlin 1932
- Richardi, Reinhard, Die Wissensvertretung, AcP 169 (1969), 385
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München etc. 1961; 12. Aufl. (Rosenberg-Schwab), 1977
- Rother, Werner, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München etc. 1965
- Ruhig, Hubert, Die Nebenpflichten im Schuldrecht, Hamburg 1968 (Diss.)
- Rümelin, Gustav, Culpahaftung und Causalhaftung, AcP 88 (1898), 285
- Rümelin, Max, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg 1896
- Schäfer, Siegfried, Zur Haftung für "Gelegenheitsdelikte" der Gehilfen, RabelsZ 22 (1957), 409
- v. Schenek, Dedo, Der Begriff der "Sphäre" in der Rechtswissenschaft, insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung, Hamburg 1950 (Diss.)
- Schlegelberger, Komm. z. HGB, 5. Aufl., München 1973 ff.
- Schneider, K., Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB, Jher Jb 53 (1908), 1
- Die Bedeutung des § 278 BGB im Versicherungsrecht, LZ 1910 97, 198
- Schmidt, Jürgen, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung, Köln etc. 1969
- Schmidt, Reimer, Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
- Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Heidelberg etc. 1978
- Schubert, Werner, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsschluß, AcP 168 (1968), 470

- Schultz, Dietrich, Preisgefahr und Gehilfenhaftung beim Versendungskauf, JZ 75, 240
- Schultzenstein, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen und Prozeßunfähige, ZZP 35 (1906), 475
- Schünemann, Wolfgang, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, Bielefeld 1975
- Schürmann, Bernward, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB im Rahmen von Obliegenheiten und des § 61 VVG, Köln 1972 (Diss.)
- v. Schwartz, Clemens, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, Leipzig 1906 (Diss.)
- Sellert, Wolfgang, Zur Anwendung der §§ 831, 31 BGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, AcP 175 (1975), 77
- Sjögren, W., Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Tatbeständen der Schadenstiftung, Jher JB 35 (1896), 343
- Soergel, Komm. z. BGB, 10. Aufl., Stuttgart etc. 1967 ff.; 11. Aufl. (Bd. I, V), 1978 ff.
- Staudinger, Komm. z. BGB, 11. Aufl., Berlin 1957 ff.; 12. Aufl. (§§ 433 - 580a), 1978
- Steinbach, E., Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888
- Steindorff, Ernst, Repräsentanten- und Gehilfenversagen und Qualitätsregelungen in der Industrie, AcP 170 (1970), 93
- Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., Tübingen 1972 ff.
- Sticht, Thilo, Zur Haftung des Vertretenen und Vertreters aus Verschulden bei Vertragsschluß sowie des Erfüllungsgehilfen aus positiver Vertragsverletzung, München 1966 (Diss.)
- Theuerkauf, Horst, Schuldner und Dritte im Verfahren nach § 890 ZPO, ZZP 78, 215
- Thomas-Putzo, ZPO, 10. Aufl., München 1978
- Trimarchi, Pietro, Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, ZHR 136 (1972), 118
- v. Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, München etc. 1910
- Ubbelohde, August, Wie weit haftet nach gemeinem Recht der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, deren er sich zum Zwecke der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient? ZHR (1864), 199
- Uhlenbruck, Wilhelm, Die vertragliche Haftung von Krankenhaus und Arzt für fremdes Verschulden, NJW 64, 2187
- Die ärztliche Haftung für Narkoseschäden, NJW 72, 2201
- Ulrich, Robert, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht, Jher JB 64 (1914), 161

- Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentages (2 Bde.),
Berlin 1884
- Venzmer, Kurt, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München etc. 1960
- Vollmer, Lothar, Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten, JZ 78, 371
- Wälde, Thomas, Die Anwendbarkeit des § 31 BGB und der Begriff des "gesetzlichen Vertreters" im Rahmen konzernrechtlicher Haftungstatbestände des faktischen Konzerns, DB 72, 2289
- Wanschkuhn, Harald, Die außervertragliche Haftung des Reeders für das Verschulden der an Bord beschäftigten Hilfspersonen, Hamburg 1968 (Diss.)
- Weidner, Ulrich, Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, Karlsruhe 1970
- Weigert, Hans-Werner, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, 1925
- Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, AcP 92 (1902), 1
- Wertheimer, Alfred, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen nach dem Rechte des BGB, Erlangen 1900 (Diss.)
- Westermann, Harm-Perter, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei ärztlicher Teamarbeit, NJW 74, 577
- Westermann, Harry, Haftung für fremdes Handeln, JuS 61, 333 u. 382
- Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1966
- Wetzel, Rita, Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen unter besonderer Berücksichtigung der Wissenszurechnung, Tübingen 1971
- Weyers, Hans-Leo, Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt 1971
- Wiedemann, Herbert, Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 75, Sonderbeilage 4
- Wieland, Karl, Handelsrecht, Bd. 1, München etc. 1921
- Wieling, Hans Josef, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichem Rücktritt, JuS 73, 397
- v. Wietersheim, Hans Joachim, Die Haftung des Mieters von Räumen für deren Beschädigung durch Personen, die er an seinem Gebrauchsrecht teilnehmen läßt, Rostock 1936 (Diss.)
- Wilburg, Walter, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1944
- Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht Grazer Rektoratsrede 1950
- Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963), 346

Wilckens, Heinrich, Die Haftung für Gelegenheitsdelikte
des Gehilfen im englischen und deutschen Recht, Freiburg
1977 (Diss.)

Winter, Ernst, Haftung des Mieters für die aufgenommenen
Personen gegenüber dem Vermieter, Berlin 1933 (Diss.)

Wolf, Ernst, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden,
AcP 153 (1954), 97

Wolff, Hans J., Organschaft und Juristische Person, Bd. I,
Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933; Bd. II,
Theorie der Vertretung, Berlin 1934

Wussow, Werner, Das Unfallhaftpflichtrecht, 12. Aufl.,
Köln etc. 1975

Zimmermann, Max, Die Haftung des Schuldners für seine Ge-
hilfen nach dem BGB für das Deutsche Reich (§ 278),
Leipzig 1907 (Diss.)

Zunft, Fritz, Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritte
Im Mietrecht, AcP 153 (1954), 373

- 1) Der Ausdruck "Sachgerechtigkeit" (als Gegensatz zur "Gleichgerechtigkeit"; vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. 1, S. 53 ff, 340 f, Larenz, Richtiges Recht, S. 39 f) wurde bewußt vermieden, da man die Fremdhaltung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung als Ausfluß von Erwägungen der "Gleichgerechtigkeit" begreifen kann.

Zu Seite 11

- 1) Zur Eignung als Voraussetzung für das Eingreifen von Verhaltensnormen Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung S. 144 ff.

Zu Seite 12

- 1) Wenn A den B nicht (wenigstens mittelbar) beauftragt hatte, steht von vornherein nur eine Haftung des A für eigenes Unterlassen in Frage.

Zu Seite 13

- 1) S. u. S. 23 f.
- 2) Unter Erfolg wird hier jede Realitätsänderung verstanden. Es geht also nicht nur um "besondere", von einem Handeln zu trennende Erfolge.

- 1) Dies gilt auch für Dienstleistungen des B (im wirtschaftlichen Sinne), die sogleich dem A zugute kommen (wie z.B. ein Transport von Sachen des A), sofern es nicht um Leistungen geht, die B als Arbeitnehmer des A diesem erbringt (s. sogleich im Text). Nur fällt hier wegen der Natur der Leistung die Entstehung des Erfolges (und damit der Möglichkeit, diesen zu nutzen) mit der Realisierung der Verwertungsmöglichkeit durch die Veräußerung an A zusammen, so daß eine anderweitige Verwertung des Erfolges nicht in Betracht kommt. Dies darf aber keine Rolle spielen. Daß es bei Dienstleistungen, die B dem A erbringt, ohne dessen Arbeitnehmer zu sein, um die Veräußerung eines Wirtschaftsgutes und nicht um die "Veräußerung" von Arbeit im Sinne eines primären Produktionsfaktors geht, zeigt sich auch daran, daß ein etwaiger Bereicherungsanspruch (§ 818 II) des B gegen A auf den "Verkaufswert" der Leistung ginge, und B nicht nur den auf dem Arbeitsmarkt zu bezahlenden Preis für den Arbeitsaufwand (plus den Preis für sonstige eingesetzte Produktionsfaktoren) verlangen kann.

- 2) Im Hinblick auf Sachen, die von Arbeitnehmern produziert werden, ist dies allgemein anerkannt. Für Dienstleistungen gilt das gleiche, was allerdings (außerhalb des hier erörterten Zusammenhanges) wohl nur im Bereicherungsrecht eine Rolle spielt (vgl. die vorhergehende FN). Schon Hegel (Rechtsphilosophie § 80) hat den "Lohnvertrag" als "Veräußerung meines Producirens oder Dienstleistens" und nicht als Veräußerung von Produkten und Dienstleistungen charakterisiert. Dergleichen hat bekanntlich Marx - unter negativem Vorzeichen - betont, daß der Arbeiter nicht das von ihm produzierte Ergebnis, sondern seine Arbeitskraft veräußere.

- 1) Dabei ist von vornherein Folgendes zu beachten: A haftet nur, wenn er als Urheber des Handelns des B, das sein eigenes ersetzt, und nur als Urheber dieses Handelns einen Haftungstatbestand erfüllt hätte. Er haftet also nicht für Verletzungen, die Folgen eines anderen Handelns des B sind, mag dies auch durch ein Handeln vermittelt sein, das den A von einem eigenen entlastet hat. Wenn B durch ein nicht funktional äquivalentes Handeln Verletzungen verursacht hat, spielt es daher auch keine Rolle, daß im Falle eigenen Handelns des A das Risiko der gleichen Verletzungen (in hinreichendem Maße) bestanden hätte (Außerbetrachtbleiben bestehender Risikoäquivalenz bei Verletzungen durch nicht funktional äquivalentes Fremdhandeln). Wenn also z.B. B anlässlich einer Tätigkeit, die er in den Räumen des Gläubigers des A durchführt, den Gläubiger vorsätzlich verletzt, dann haftet A auch dann nicht für das Verhalten des B, wenn er im Rahmen eigenen Handelns die Gesundheit des Gläubigers gefährdet hätte.
- 2) Zur Verhinderung des Erfolgseintritts durch ein anderen Zwecken dienendes Handeln des B s.u. S. 24.
- 3) Beispiel: B verursacht beim Transport einer Sache, die A dem C schuldet (Bringschuld) einen Unfall, durch den die Sache zerstört wird.

Zu Seite 28

- 1) K.Fischer, Die nicht auf Parteiwillen gegründete Zu-
rechnung fremden Verschuldens, S. 45, 46.

Zu Seite 29

- 1) Es darf daher nicht verwundern, daß einzelne Autoren
zu diversen Argumenten zitiert werden.
- 2) Das folgt auch aus § 664 I 3.
- 3) Vorlesungen § 302, S. 147.
- 4) Mot. II 30.
- 5) Wie dies z.B. bei Ubbelohde ZHR 7, 245 ff. der Fall
ist.

Zu Seite 30

- 1) Z.B. RGZ 10, 166, 167 (1884), 33, 170 (1894),
Leonhard, Verh. des 17. dt. Juristentages, Bd. I,
S. 337, Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des
Schuldners für seine Gehilfen, S. 145.
- 2) RGZ 10, 166, 167.
- 3) Krit. z.B. Ubbelohde ZHR 7, 224, Goldschmidt ZHR 16,
363, Enneccerus, Verh. d. 17. dt. Juristentages,
Bd. II, S. 100 f., Abicht, Haftung des Übernehmers
bei einer Werkverdingung, S. 44, Windscheid, Pandekten,
§ 401, Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine
Gehilfen S. 49 ff.
- 4) AaO S. 102 ff. Ihm folgend z.B. Blau, Verantwortlichkeit
für fremdes Verschulden, S. 46 f. Vgl. auch Wertheimer,
Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 28 ff.,
Heinsheimer, GrunhutsZtschr. 40, 125, 127 N. 8, 134.
- 5) Krit. z.B. Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 27, 2
(S. 83), Hoffmann aaO S. 60 ff., Abicht aaO S. 45.

Zu Seite 31

- 1) Vgl. hierzu neuerdings Jakobs, Unmöglichkeit und Nicht-
erfüllung.
- 2) Larenz JuS 65, 378 (vgl. auch Schuldrecht I, § 20 VIII,
S. 242). Auch Esser - an sich Anhänger des Vorteils-
gedankens - beruft sich auf den Vertrauensschutz, um
die Haftung für selbständige Hilfspersonen zu begründen
(Schuldrecht, 3. Aufl., Bd. I, § 39 I, 3, S. 254). Vgl.
auch Soergel-Schmidt, § 278 Anm. 1 und Lüderitz NJW
75, 1 ff., der mit Hilfe des Garantiedankens § 278
einschränken will (s. u. S. 88 FN. 4).
- 3) So zutreffend Canaris, Die Vertrauenshaftung, S. 469 f.

Zu Seite 32

- 1) Im Zusammenhang mit der Gehilfenhaftung herangezogen z.B. von Dreyer, Verh. d. 17. dt. Juristentages, Bd. I, S. 97 f., Sjögren JherJb 35, 426 bezeichnet als Haftungsgrund die "Finalität der Wirksamkeit, in welcher die Tätigkeit jener Person (=Gehilfe) ein isoliertes Moment bildet". Damit soll offenbar das Kausalitätsprinzip mit dem Interessengedanken verbunden werden.
- 2) Aus dem älteren Schrifttum vgl. z.B. A. Merkel, Juristische Encyklopädie, § 683, Unger JherJb 30, 363 ff., 384 ff., R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 148, 160 u.ä., Loening, Die Haftung des Staates, S. 19, Laband AcP 73, 187, Oertmann Recht 22, 6, Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, S. 32. Auch Isay, der die Haftung aus § 278 als "Gestionshaftung" deklariert (Die Geschäftsführung, S. 383) gehört hierher (vgl. Fischer, Die nicht auf Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens, S. 50). Aus der Rspr. vgl. RGZ 43, 146, 147, JW 1897, 570.
- 3) Mot. II S. 30.
- 4) Esser, Schuldrecht I (3. Aufl.), § 39 I 2 (S. 254), Esser-Schmidt, Schuldrecht I (Bd. 2), 5. Aufl., § 27 (S. 47), Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 44 I 1 (S. 197), Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 242) (s. aber auch S. 31 FN. 2), Staudinger-Werner, § 278 Anm. 1, Soergel-Schmidt, § 278 Anm. 1, Palandt-Heinrichs, § 278, Anm. 1, E. Schmidt AcP 170, 502, 506. Nicht alle Autoren beschränken sich allerdings auf das Vorteilsargument.
- 5) Mot. aaO.
- 6) E. Schmidt AcP 170, 502, 506.
- 7) Vgl. allgemein M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung, S. 34, Müller-Erzbach AcP 106, 338, Bienenfeld, Die Haftungen ohne Verschulden, S. 142 ff., G. Rümelin AcP 88, 293 f. und speziell zur Gehilfenhaftung Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 34 ff., 80 f., Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens, S. 49, v. Schwartz, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 6, Feder, Die Verantwortlichkeit für fremdes Ver-

Fortsetzung zu Seite 32

schulden S. 29 f. (der den Vorteilsgedanken aber inkonsequenterweise dann doch heranzieht, s. o. Nr. 2), G. Rümelin aaO S. 309, Nussbaum, Haftung für Hilfspersonen, S. 46, Zimmermann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 33.

- 8) Skeptisch aber z.B. Hübner, Schadenszurechnung nach Risikosphären, S. 131, Koller, NJW 71, 1779, v. Schenck, Der Begriff der Sphäre, S. 299 f.
- 9) So Fischer aaO, Hoffmann aaO S. 36, v. Schwartz aaO.
- 10) Frühere Protagonisten des Vorteilsgedankens wie z.B. R. Merkel (s. o. FN. 2) haben diesen Widerspruch vermieden und auch für das eigene Handeln eine Risikohaftung propagiert.

Zu Seite 33

- 1) So z.B. Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 242). Vgl. auch BGHZ 62, 124.
- 2) Deutlich z.B. bei Larenz aaO, der im Zusammenhang mit dem Vorteilsgedanken die haftungsrechtliche Benachteiligung des Gläubigers (bei Fehlen einer Fremdhafung) betont.
- 3) In diesem Sinne schon Hoffmann aaO, S. 37. Vgl. auch Baur, Karlsruher Forum 1962, S. 15.
- 4) S. u. S. 47 f.

Zu Seite 34

- 1) Das Interesse des Gläubigers an der Einschaltung von Gehilfen betonen schon Wilburg, Haftung für Gehilfen, S. 8, Fischer aaO S. 49, Hoffmann aaO S. 34, v. Schwartz aaO S. 6, Nußbaum aaO S. 46, Feder aaO S. 30, Zimmermann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen S. 33.
- 2) Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 803.

Zu Seite 35

- 1) Z.B. Brodmann JherJb 58, 223 f., 240, Ostwald, Der Erfüllungsdienster, S. 26, 48 ff., Müller-Erzbach AcP 106, 428 i.V.m. 413 ff., Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 27, 1, S. 81, 82 (Einwirkungsmöglichkeit), Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse § 44 I 1 (S. 194), Erman-Battes, § 278 Anm. 1, v. Schenck aaO S. 301. Auch R. Merkel hat zur Begr. einer allgemeinen Risikohaftung den Herrschaftsgedanken neben dem Vorteilsgedanken herangezogen (Kollision rechtmäßiger Interessen S. 165 ff.). Vgl. ferner Esser, Gefährdungshaftung, S. 99, 100, M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung S. 59. Krit. z.B. Hoffmann aaO S. 53, v. Schwartz aaO S. 13, Feder aaO S. 30, Fischer aaO S. 57, Nußbaum aaO S. 45, Oertmann § 278 Anm. 1, v. Luttitz, Die Haftung für selbständige Unternehmer, S. 16.
- 2) Heck aaO, Müller-Erzbach aaO S. 413, Enneccerus-Lehmann aaO. Vgl. auch G. Rümelin AcP 88, 309 f. (ohne explizite Verwendung des Herrschaftsgedankens), R. Merkel aaO S. 166, Feder aaO S. 32.

Fortsetzung zu Seite 35

- 3) Vgl. Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, S. 23 ff., 129, 130 und die Diskussion bei Weyers, Unfallschäden, S. 505 ff. i.V.m. 481 ff. Zur Vertragshaftung Trimarchi ZHR 136, 118 ff. Ob Mataja im Hinblick auf die vertragliche Gehilfenhaftung den Präventionsgedanken nur in seiner schlichten Form bemühen will (vgl. aaO S. 78), ist nicht ganz klar. Die ökonomisch ausgerichteten Autoren ziehen auch den Gedanken der Schadensstreuung heran. Hierzu s. u. S. 38 f.
- 4) Selbst wenn man sich aber mit einer abstrakteren Form der Herrschaft begnügen würde, und etwa die Möglichkeit ausreichen ließe, sich vertragliche Einflußrechte einräumen zu lassen (vgl. v.Schenck aaO S. 302), ändert dies an den unten vorgebrachten Bedenken gegen den Herrschaftsgedanken nichts.
- 5) So die meisten Kritiker des Herrschaftsgedankens. Siehe oben FN 1.
- 6) So z.B. Fischer, Nußbaum aaO, Hoffmann aaO S. 55.
- 7) So will Brodmann (aaO S. 226 ff.) konsequenterweise nur Abhängige als Erfüllungsgehilfen ansehen. Dies ist auch nicht von vornherein abwegig. Schließlich wurde auf dem - für die Schaffung des § 278 bedeutsamen - 17. Juristentag die Debatte unter dem Motto geführt: "Haftet der Arbeitgeber für das Verschulden des Arbeiters?"

Zu Seite 36

- 1) Vgl. Hoffmann aaO S. 54, Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden S. 57.
- 2) Vgl. hierzu Weyers, Unfallschäden, S. 505 ff. (i.V.m. den vorausgegangenen Ausführungen). Besonders krit. gegen Mataja (s. S. 33 N. 3), M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 6 ff., 13.
- 3) Vgl. nur Strohal JherJb 33, 386, Merkel, Kollision rechtmäßiger Interessen, S. 166 ff., Müller-Erzbach AcP 106, 414 ff., Oertmann Recht 22, 6, v. Schenck, Der Begriff der Sphäre (m.w.N.), Hübner, Schadenszurechnung nach Risikosphären. Vgl. auch Esser, Gefährdungshaftung S. 98, 100, Heinsheimer Grunhuts Zeitschr. 40, 127. Zu Wilburg s. u.S. 44 f.
- 4) Explizit z.B. Oertmann aaO, v. Schenck aaO S. 300 f., Esser aaO S. 100, Heinsheimer aaO.
- 5) S. hierzu unten S. 42 ff. - Hübner aaO zieht alle möglichen Gesichtspunkte einer Risikozurechnung zur Begründung einer Sphärenhaftung heran (vgl. die Zusammenfassung S. 163 f.).
- 6) Z.B. v. Gierke aaO (s.S. 32 N. 2), Brodmann JherJb 58, 225.

Zu Seite 37

- 1) Gründe der Schadenszurechnung S. 47. Vgl. auch Soergel-Schmidt, § 278 Anm. 1.
- 2) JherJb 58, 208. Das ist allerdings insofern inkorrekt, als Schauspieler nicht Erfüllungsgehilfen des Theaterunternehmers sind (s.u.S. 103).

Zu Seite 38

- 1) In diesem Sinne Hoffmann aaO S. 99 f., Planck-Siber, § 278 Anm. 1, Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, S. 120.
- 2) Wilburg, Haftung für Gehilfen S. 9, Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 242). RGR-Komm. (Alff), § 278 Anm. 1 betonen den Gedanken der haftungsrechtlichen Benachteiligung des Gläubigers, ohne Bezug auf die Gefährdungshaftung zu nehmen. Vgl. auch BGH LM BGB § 278 Nr. 26 (Vertreter kraft Amtes), Bopp, Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung von allgemeinen Verkehrspflichten S. 34.

- 1) Vgl. Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 140.
- 2) Daß bei der Belastung bestimmter Unternehmen (wie z.B. der Eisenbahn) mit einer Gefährdungshaftung deren Finanzkraft eine Rolle gespielt hat, tut der kategorischen Ablehnung des "Deep-pocket-Argumentes" (in seiner Trivalform) in dem hier erörterten Zusammenhang keinen Abbruch.
- 3) Vgl. nur Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie S. 27 ff. u.ö., Steinbach, Der Ersatz von Vermögensschäden, S. 66 f., G. Rümelin AcP 88, 301, Esser, Gefährdungshaftung S. 128 ff., Trimarchi ZHR 136, 122 und das von Weyers, Unfallschäden S. 517 ff. verarbeitete (auch ausländische) Schrifttum. Speziell zur Begründung der Gehilfenhaftung ziehen den Verteilungsgedanken z.B. Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, S. 33 und Ubbelohde ZHR 7, 245 ff. heran, wobei Ubbelohde davon ausgeht, daß der Schuldner die Haftung übernehme, soweit er sich als Zuschlag zum Preis eine "Assekuranzprämie" ausbedinge, was in vielen Fällen geschehe. Mataja kommt bei der Behandlung der vertraglichen Gehilfenhaftung (aaO S. 72 ff.) nicht auf den "Reparierungsgedanken" zurück (s. auch oben S. 33 FN. 3).

Zu Seite 40

- 1) Skeptisch gegenüber dem Vorteilungsgedanken als allgemeinem juristischen Prinzip z.B. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, S. 23 ff., Müller-Erzbach AcP 106, 340 ff. Weyers (aaO S. 526) meint, daß sich seine einseitige Verwendung sogar rein ökonomisch nur mühsam rechtfertigen lasse. Speziell auch gegen seine Heranziehung im Rahmen der Gehilfenhaftung (vor allem gegen Ubbelohde, vgl. S. 37 N. 3), Enneccerus, Verh. d. 17. dt. Juristentages, Bd. II, S. 98 ff., Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens, S. 48, Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 39 f., 67 ff.
- 2) Vgl. § 4 I 6 AHB. Allerdings läßt sich in einigen Bereichen (z.B. bei Verträgen auf Herstellung einer Sache) im Hinblick auf gewisse Erfüllungshindernisse der gleiche Effekt durch eine Sachversicherung erreichen. Es verbleiben jedoch genügend Fälle, in denen das Versicherungsargument nicht zieht.

Zu Seite 41

- 1) Z.B. Feder aaO S. 33. Vgl. auch Trimarchi ZHR 136, 130, der sich von dem durch die Risikohaftung des Schuldners ausgelösten Regreß eine wohlfahrtsökonomisch vorteilhafte (Prävention, s.o. S. 33) Belastung des schadenstiftenden Unternehmens verspricht.
- 2) Vgl. BGHZ 43, 227 (Großer Senat). Der vorlegende Senat machte die Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn davon abhängig, ob der Architekt gegen den Bauunternehmer einen Ausgleichsanspruch (§ 426) hat.
- 3) Dreyer, Verh. d. 17. dt. Juristentages, Bd. I, S. 94 ff. Vgl. auch Brückner, Die (privatrechtliche) Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer, S. 4.
- 4) Mayer, Verh. d. 17. dt. Juristentages Bd. I, S. 134, Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen S. 146. Vgl. auch Abicht, Haftung des Übernehmers bei einer Werkverdingung S. 47. Auch v. Gierke (s. o. S. 34 FN.2) verwendet das Bild des Werkzeugs (im Zusammenhang mit dem Herrschaftsgedanken), das letztlich auf der gleichen Ebene wie die "Erweiterung der Persönlichkeit" und ähnliche Formulierungen liegt. Larenz (Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung S. 102) spricht davon, daß die Tat des Gehilfen auf den Willen des Schuldners "teleologisch bezogen", und der Gehilfe daher nur "Organ" des Schuldners sei.
- 5) Vgl. Enneccerus aaO S. 108 ff., Müller-Erzbach AcP 106, 342, Hoffmann aaO S. 56 ff., Fischer aaO S. 56 ff., v. Schwartz, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, S. 12 ff.

Zu Seite 42

- 1) Exner Grünhuts Z10, 536 ff., Mataja aaO S. 43, G.Rümelin AcP 88, 300 Müller-Erzbach AcP 106, 317 f.
- 2) Mataja aaO S. 79 f., Heck, Grundriß des Schuldrechts § 27 (S. 81), Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 44 I 1 (S. 194), Feder aaO S. 32.
- 3) Das hebt auch Mataja aaO hervor.

Zu Seite 43

- 1) Eine Verbindung der Argumente, denen positive Seiten abgewonnen wurden, nämlich der "raffinierten" Version des Gefahrerhöhungsgedankens (S. 36) und der "Vertretungstheorie" würde in die Richtung der hier vertretenen Konzeption weisen

Zu Seite 44

- 1) Die Elemente des Schadensrechts, S. 26 ff., Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Grazer Rektoratsrede; Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts AcP 163, 346.
- 2) Rektoratsrede S. 22.
- 3) AcP 163, 347.
- 4) Rektoratsrede S. 13.
- 5) Elemente des Schadensrechts S. 29, Rektoratsrede aaO.
- 6) Elemente S. 225 ff.
- 7) AaO S. 224.

Zu Seite 45

- 1) AaO S. 226.
- 2) AaO S. 233.
- 3) AaO S. 234.
- 4) Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 78 ff.

Zu Seite 48

- 1) RGZ 160, 310 (315), BGHZ 31, 358 (366), Esser, Schuldrecht I (3. Aufl.), § 39 II 3 b, Esser-Schmidt, Schuldrecht I, § 27 I 3 (S. 52, 55), Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 247), Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 44 II 2 (S. 196.), Pannenbecker, Die Haftung für fremde widerrechtliche Handlungen S. 15, Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht S. 73 f. - Oertmann (§ 278 Anm. 4b) stellt darauf ab, ob der Gehilfe, eine eigene Pflicht unterstellt, schuldhaft gehandelt haben würde, ohne dies zu begründen (gegen ihn Frotz aaO). - v. Caemmerer (Festschr. f. Hauß, S. 36 ff.) meint, § 278 statuiere eine Haftung für ein echtes Verschulden des Gehilfen (aaO S. 36). Es komme daher auf seine Verschuldensfähigkeit und sein Pflichtwidrigkeitsbewußtsein an. Den Schuldner treffe aber eine Garantie für Sachverstand und berufliches Können des Gehilfen nach Sinn und Zweck des jeweiligen Vertrages (aaO S. 40 f.). Von der Verwendung der Identitätsfiktion, die nur den Sinn habe, den Schuldner für die nötige Sachkunde des Gehilfen einstehen zu lassen, solle man absehen (aaO S. 39). Wie man ein "echtes" Verschulden des Gehilfen annehmen kann, der dem Gläubiger zu nichts verpflichtet ist, erklärt aber v. Caemmerer nicht. Außerdem ist die Identitätsfiktion richtig gesehen eben kein technischer Kunstgriff, um eine Haftung des Schuldners in bestimmten Fällen (fehlende Schuldfähigkeit des Gehilfen etc.) bequem begründen zu können, sondern hängt mit dem die Fremdhftung ohne eigene Tatbestandsverwirklichung rechtfertigenden Gedanken der Vermeidung einer haftungsrechtlichen Benachteiligung des Gläubigers zusammen.

Zu Seite 49

- 1) Die Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag ist hier nicht angesprochen.

Zu Seite 50

- 1) S. 26.
- 2) S. u. S. 157 ff.
- 3) S. u. S. 179 ff.
- 4) Vgl. z.B. RGZ 63, 116 f.; 79, 36 (42), OLG Frankfurt NJW 74, 223 g (primäre Unterlassungspflichten), RGZ 160, 310 (313 f), BGH VersR 65, 240 (241), Planck-Siber, § 278 Anm. 1b, Soergel-Schmidt § 278 Anm. 9, Staudinger-Werner, § 278 Anm. 29. Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4 d. Weitere Nachweise (im Zusammenhang mit der Fremdhaftung des Mieters) s. u. S.189 FN. 1) Krit. zur Anwendung des § 278 im Rahmen primärer Unterlassungspflichten H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht, S. 289 f., Staudinger-Werner aaO Anm. 35, P.Ulmer NJW 74, 2240 (Anm. zu OLG Frankfurt aaO). Vgl. auch Palandt-Heinrichs aaO. E. Schmidt (AcP 170, 506 f., Esser-Schmidt, Schuldrecht I, § 27 I 3, S. 56 f.) kritisiert die schlichte Gleichstellung von Leistungs- und sekundären Unterlassungspflichten (Schutzpflichten) und leitet die Haftung des Schuldners für Verletzungen der Integritätsinteressen des Vertragspartners, die diesem von einem "Gehilfen" des Schuldners zugefügt wurden, aus dem Vertrauensgedanken ab (während er sonst mit dem Vorteilsgedanken arbeitet).

Zu Seite 52

- 1) RGZ 66, 289.
- 2) S. 26 f.

- 1) S. u. S. 106 ff.
- 2) Vgl. nur RGZ 160, 310, 314 (m.w.N. aus der älteren Rspr.), BGHZ 58, 207, (212), Staudinger-Werner, § 278 Anm. 2, Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 1b, RGR-Komm. (Alff), § 278 Anm. 2, Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 44 I 1 (S. 193), Westermann JuS 61, 340.
- 3) So auch schon Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 27, 4 (S. 83), Bopp, Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung von allgemeinen Verkehrssicherungspflichten, S. 42 ff. (Analogie des § 278). Vgl. ferner Vollmer JZ 77, 371, 372 f., 374 f. - Typische Fälle, in denen § 278 anzuwenden gewesen wäre sind z.B. die in RGZ 53, 53; 113, 293, Warn Rspr. 36 Nr. 76, BGH VersR 57, 62 (= MDR 214 m.Anm. Esser), 62, 239, 332, 1013 (1014) entschiedenen. Die Rspr. gelangte (abgesehen vom ersten Fall, den das RG zurückverwies) zu einer Haftung der Beklagten wegen eigenen Verschuldens, indem sie hohe Anforderungen an deren Aufsichts- und Kontrollpflicht stellte. - Speziell zur Delegation von Maßnahmen der Aufsicht über Personen s. u. S. 55.
- 4) Zur fehlenden Klagbarkeit vgl. auch Bopp aaO. S. 45 f.

Zu Seite 54

- 1) Vgl. Larenz, Schuldrecht II, § 72 I d (S. 553): "Die 'Verkehrssicherungspflicht' ist ein Produkt der Rechtsprechung".
- 2) Besonders repräsentativ für die Überspannung der Aufsichtspflicht bei Unterbleiben einer durch eine Hilfsperson zu treffende Sicherheitsmaßnahme z.B. RGZ 113, 293. - Zum Umfang der von der Rspr. statuierten Pflicht der Aufsicht über selbständige Personen im einzelnen s. Horn, Die Gehilfenhaftung für mangelhafte Aufsicht und Organisation S. 33 f., über unselbständige s. Heiss (S. 55 FN 3).

Zu Seite 55

- 1) Auch die Haftung des Inhabers einer Fabrik (eines Bergwerks, Steinbruchs, Gräberei) für das Verschulden seiner Aufseher gemäß § 2 RHG ist der Sache nach eine Haftung für Hilfspersonen, deren sich der Fabrikant zur Erfüllung seiner Verkehrspflichten bedient. Da das RHG älter als das BGB ist, hindert § 2 RHG auch nicht die Annahme einer entsprechenden Haftung gemäß § 278 in anderen Fällen.
- 2) Z.B. RGZ 78, 107, BGHZ 4, 1, VersR 64, 297. Offenlassend BGH NJW 68, 247 (248).
- 3) Zum Umfang der dem Geschäftsherrn von der Rspr. auferlegten Pflichten im einzelnen vgl. Heiss, Der dezentralisierte Entlastungsbeweis, S. 59 ff.
- 4) Vgl. auch Weigert, Die außervertragliche Haftung von Angestellten, S. 28, 35 ff., Helm AcP 166, 398, Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 241 III 1c (S. 982), Heiss aaO S. 153 ff., ferner Jakobs VersR 69, 1061 (1066 f.).

Zu Seite 56

- 1) Für ein solches Schutzpflichten des Herstellers erzeugendes Verhältnis Canaris JZ 68, 494 (500 f). Dagegen BGHZ 51, 91 (99f).

Zu Seite 57

- 1) BGHZ 51, 91, 59, 303 (309), NJW 73, 1602; 75, 1827 (1828).
- 2) S. u. S. 123 f.
- 3) S. u. S. 157 ff.
- 4) S. u. S. 179 ff.

Zu Seite 58

- 1) So im Erg. auch BGHZ 16, 259 (262).
- 2) Dagegen Wetzel, Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen, S. 46 f.
- 3) BGHZ 42, 374 (377 f), NJW 60, 335, 77, 375.
- 4) Z.B. Mühl NJW 60, 1136, H. Westermann, Sachenrecht, § 43 IV 2 (S. 314).
- 5) So für die Fälle einer halbscheidigen Giebelmauer OLG Düsseldorf NJW 59, 580, Heiseke MDR 61, 1464.
- 6) Ein Fall dieser Art: BGHZ 42, 374 ff. (Unterlassen von Bodenuntersuchungen und Gründungsmaßnahmen beim Bau eines Hauses unter Benutzung einer halbscheidigen Giebelmauer).

Zu Seite 60

- 1) Zur Reichweite der Schadensminderungspflicht (§ 254 II) s. u. S. 136, zur Erfüllung eines Auftrages durch Heranziehung Dritter vgl. S. 63f.
- 2) S. nur Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 244).
- 3) BGH VersR 70, 934 (935), NJW 71, 1129; 75, 1695 (1696). Anders beim Lohnfuhrvertrag (Stellung eines KFZ mit Fahrer zur Güterbeförderung nach Weisung des Auftraggebers) BGH NJW 75, 780.
- 4) BGH 61, 274 (278).

- 1) Vgl. auch Bötticher MDR 49, 2 (3), Großmann-Doerth, Das Recht des Überseeekaufes, S. 111. Eine andere Frage ist es, ob dem Verkäufer aus Leistungsstörungen, die während des Transports eintreten, Nachteile erwachsen sollen (s. weiter im Text).
- 2) Sie entspricht der h.M. Vgl. nur RGZ 99, 56 (58); 101, 152 (153), BGHZ 50, 32, 35 (s. aber auch unten N.7), Soergel-Ballerstedt, § 447 Anm. 12, Erman-Weitnauer, § 447 Anm. 13, Staudinger-Ostler § 447 Anm. 13, Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4a, Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 243 N. 3), Esser-Weyers, Schuldrecht II (Bd. 1) § 8 III 3 (S. 104), Fikentscher, Schuldrecht, § 67 IV 4 (S. 365), A.M. Schultz JZ 75, 240. Bei einer Versendung durch eigene Leute wenden auch die meisten Vertreter der h.M. § 278 an; vgl. Staudinger-Ostler aaO Anm. 14, Soergel-Ballerstedt aaO, Larenz, Schuldrecht II, § 42 II c (S. 86), Fikentscher aaO, Esser-Weyers aaO. Kuchinke (Festschr. f. Lange, S. 271 f.) meint, daß der Verkäufer eine "Garantenstellung" im Hinblick auf die Rechtsgüter des Käufers übernimmt, wenn er den Transport selbst oder mit Hilfe eigener Leute ausführt.
- 3) So aber die meisten Vertreter der h.M. Der BGH (aaO) meint, daß die Unanwendbarkeit des § 278 damit zusammenhänge, daß beim Versendungskauf die Transportgefahr mit Auslieferung an die Transportperson übergehe, und aus diesem Grunde auch die Nebenpflicht des Verkäufers zur Versendung mit der Beauftragung der Transportperson erfüllt werde.
- 4) Insoweit richtig Bötticher aaO S. 4.
- 5) Bötticher (aaO) meint, daß die Anwendung des § 278 den § 447 entwerten würde. Sicherlich würde sie die Bedeutung des § 447 verringern. Dies genügt aber nicht, um aus § 447 einen Ausschluß des § 278 herauszulesen.
- 6) Für eigene Leute kann der Schuldner, wie noch gezeigt wird (s. u. S.162), auch dann haften, wenn sie keine "Leistungsgehilfen" sind, falls die Projektion ihres Verhaltens den Tatbestand einer schuldhaften Schutzpflichtverletzung ergibt. Wenn daher der Verkäufer so behandelt werden soll, als habe er seine Leistungspflicht erfüllt, so wird davon seine Haftung für eigene Leute nicht berührt. Die h.M., die eine Haftung des Verkäufers für eigene Leute anerkennt (s.o.FN.2), wäre daher im Ergebnis mit der erwähnten Auslegung des § 447 vereinbar. Die Haftung für eigene Leute ist allerdings

Fortsetzung zu Seite 61

von vornherein nur problematisch, wenn man nicht bei einer Versendung durch eigene Leute eine Bringschuld annimmt (für Bringschuld z.B. Palandt-Heinrichs aaO).

- 7) Beim Verkauf rollender Ware hat der Verkäufer die Sache frühestens dann auf den Weg zu. Verkäufer gebracht, wenn die Bahn den Umleitungsauftrag erhalten hat. Somit ist der Spediteur, der die Umleitung veranlassen soll, auf jeden Fall Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. So richtig BGH aaO S. 36.
- 8) Diese Möglichkeit wird von Schultz, der für eine Anwendung des § 278 eintritt (aaO), nicht erwogen.

Zu Seite 62

- 1) So aber der Sache nach Larenz, Schuldrecht I, § 14 V (S. 164 FN 1), Großkomm. zum HGB (Canaris), Anh. zu § 357 Anm. 243.

Zu Seite 63

- 1) Hierin liegt keine Aussage über § 664 I 2, der die Reichweite der Pflichten des Beauftragten und nicht die Substitution regelt (s. S. 64). Daher trifft der Vorwurf, daß die fehlende Gehilfenschaft des Übernehmers einer Schuld so selbstverständlich sei, daß der Gesetzgeber sie nicht in § 664 I 2 besonders hervorgehoben hätte (vgl. RGZ 78, 310, 312, Feder, Die Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, S. 39), nicht die hier vertretene Ansicht.
- 2) Wenn die Pflicht schon mit der Beauftragung des "Fremden" erfüllt ist, steht keine Substitution in Frage. S. S. 64.
- 3) Zutreffend aber Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens, S. 19 f., v. Schwartz, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen S. 27 f.
- 4) S. dazu S. 64.
- 5) Metzler geht es in seiner Abhandlung "Zur Substitution insbes. zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft", (AcP 159, 143) mehr oder weniger nur um formale Begriffsklärungen.
- 6) RGZ 78, 310, 312. Machmal wird als Substitut auch derjenige qualifiziert, der nicht der Leitung des Schuldners unterworfen ist. Vgl. Oertmann, § 664 Anm. 2a. M. Wilburg, Haftung für Gehilfen, S. 12, Fikentscher, Schuldrecht, § 81 II 4 (S. 491).

Zu Seite 64

- 1) So (mit unterschiedlichen Formulierungen) z.B. RGZ 161, 68, 73, Soergel-Mühl, § 664 Anm. 2, Staudinger-Nipperdey, § 664 Anm. 6, Palandt-Thomas § 664 Anm. 1, Larenz, Schuldrecht II, § 56 II (S. 302).
- 2) RGZ 161, 73, Soergel-Mühl aaO, Palandt-Thomas aaO, Staudinger-Nipperdey aaO Anm. 8, Larenz aaO. A.M. v. Schwartz, Fischer aaO.
- 3) Unter diesem Aspekt prüft RGZ 142, 184 (187 f.) die Haftung eines Konkursverwalters für das Verhalten eines von diesem als "Verwahrungsgelhilfen" herangezogenen Notars.
- 4) Vgl. auch Staudinger-Werner, § 278 Anm. 27, Fischer, aaO S. 20.
- 5) So aber Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 27, 5 (S. 83, 84).

Zu Seite 65

- 1) Entgegen RGZ 161, 68 (75), Staudinger-Nipperdey aaO Anm. 17, Esser, Schuldrecht II (3. Aufl.) § 82 2 (S. 186) verträgt sich jedoch das Fortbestehen einer Pflicht zur ständigen Überwachung nicht mit der schuldbe-freierenden Einschaltung des "Fremden". Vgl. auch Wilburg aaO.
- 2) Z. B. RGZ 78, 310 (313), BGH LM BGB § 664 Nr. 1 = NJW 52, 257 (LS), Larenz, Schuldrecht II, § 56 V, Fikentscher, Schuldrecht § 81 II 4 (S. 491) (S. 310), Palandt-Thomas, § 664 Anm. 4, Soergel-Mühl § 664 Anm. 4.
- 3) So (im Erg.) auch RGZ 161, 68 (70), Staudinger-Nipperdey § 664 Anm. 27, Staudinger-Werner, § 278 Anm. 27, Erman-Hauß, § 664 Anm. 7, v. Bernstorff NJW 52, 731.
- Die Verweisung auf § 664 in §§ 27 III, 713, 2218 I widerspricht dem nicht; denn wenn auch die dort genannten "Beauftragten" nicht notwendig unentgeltlich handeln, so erhalten sie ein etwaiges Entgelt für die Wahrnehmung ganzer Geschäftsbereiche und nicht für die Erledigung einzelner Angelegenheiten. Daher sind die genannten Verweisungen eher ein Argument gegen die hier abge-lehnte Ansicht.

Zu Seite 66

- 1) Etwas anderes gilt nur, wenn die fremde das Ausbleiben des geschuldeten Erfolges bewirkt hat, ohne mit dessen Herbeiführung befaßt gewesen zu sein s.o. S. 24 f.

Zu Seite 67

- 1) S. nur RGZ 108, 221 (224), 160, 310 (314), BGH VersR 65, 240 (241), Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4b, Staudinger-Werner, § 278 Anm. 36, Oertmann, § 278 Anm. 3e (S. 169). Zu abw. Ansichten aus dem älteren Schrifttum s. S. 70 FN 4. - Vorbereitungshandlungen werden auch als Inhalt besonderer Vorbereitungs- oder Neben-pflichten betrachtet, und man spricht davon, daß § 278 auch im Rahmen derartiger Pflichten gelte. Das ist zu-mindest irreführend. Die Vorbereitung der Leistung ist genauso auf Grund der Hauptleistungspflicht ge-schuldet wie das "eigentliche" Leistungshandeln. So richtig E. Lange, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, S. 44 f., 48 f., Ruhig, die Nebenpflichten im Schuldrecht, S. 78 ff.
- 2) Daß es im Rahmen des § 278 um Handlungen nach Entstehung der Pflicht geht, wird zunächst vorausgesetzt, obwohl sich später zeigen wird, daß sich der Schuldner u.U. auch mit Hilfspersonen identifizieren lassen muß, die er vorher herangezogen hat. Siehe unten S. 96 f.

Zu Seite 68

- 1) Etwas anderes gilt nur, wenn die Leistung des Schuldners auf der Leistung einer anderen Person, mit der der Gläubiger ebenfalls kontrahiert hat, aufbauen soll, so daß der geschuldete Erfolg von vornherein entsprechend begrenzt ist.
- 2) Daß nicht ein ex ante fixierter Verhaltensbereich Inhalt der Pflicht (als Bestimmungsnorm) ist, sondern einfach das für den Schuldner zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handeln, ist anerkannt (vgl. insbes. E. Lange aaO S. 47 f., Ruhig aaO S. 76 m.w.N.). Hier geht es darum, ob das seitens des Schuldners Erforderliche enger begriffen werden kann als die Gesamtheit des überhaupt Erforderlichen.
- 3) Ablehnend z.B. RGZ 160, 310 (314).
- 4) Vgl. nur RGZ 101, 152, Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 243).
- 5) Zum Versendungskauf s.o. S. 61.

Zu Seite 69

- 1) So der nicht näher ausgearbeitete Vorschlag von Koller NJW 71, 1776, 1780.
- 2) Die Gewinnung der zu verarbeitenden Rohstoffe wird natürlich nur selten erst nach Vertragsschluß (s.S. 67 FN. 2) einsetzen, aber dies ist immerhin denkbar.
- 3) Anders vor allem Brodmann (s. S. 70 FN 2).

Zu Seite 70

- 1) S. o. S. 34.
- 2) JherJb 58, 187, 232 ff.
- 3) Vgl. M. Wilburg, Haftung für Gehilfen S. 22, Oertmann § 278 Anm. 3 e (S. 169).
- 4) Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen, S. 66 f. Auch Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens S. 33 f und Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden S. 21 wollen Vorbereitungshandlungen dem Anwendungsbereich des § 278 entziehen, ohne dies allerdings von den Erfüllungshandlungen abzugrenzen. Vgl. ferner Heinsheimer GrünhutsZ 40, 114, 136.
- 5) Planck-Siber § 278 Anm. 1c. Vgl. auch Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen S. 148 f.
- 6) RGZ 101, 158, BGHZ 48, 118 (120 f.), VersR 56, 259, 62, 480 (481). Weitere Nachweise s.u. S. 99 FN. 2.

Zu Seite 71

- 1) Der BGH lehnt allerdings eine Fremdhaftung ab (LM BGB § 463 Nr. 13).
- 2) Zur Identifikation im Falle fremden Unterlassens s.u.S. 90.
- 3) Genau genommen ist es folgendermaßen: Der "Fremde" muß sich zur Vornahme des unterbliebenen Handelns bereitgefunden haben, da andernfalls von einem Unterlassen seinerseits keine Rede sein kann. Daß die Übernahme des Handelns auf den Willen des Schuldners zurückzuführen sein muß, folgt daraus, daß sonst das Handeln im Falle seiner Vornahme nicht vom Schuldner veranlaßt wäre und daher nicht ein solches des Schuldners ersetzt hätte. - Zur Anwendung des § 278 im Falle eines Streiks s. u. S. 94 FN. 2.

- 4) Hat der Schuldner den B mit irgendwelchen Tätigkeiten beauftragt, der seinerseits den C hinzuzieht, so kommt es für die Frage, ob das Handeln des C dem des Schuldners gleich steht, nicht darauf an, ob B ermächtigt oder bevollmächtigt war, den C einzuschalten. Fehlt eine solche (auch nur konkludent) erteilte Ermächtigung, so kann dies höchstens zu Schadensersatzansprüchen gegen B führen. Demgegenüber verlangt der BGH (NJW 52, 217) eine zumindest "stillschweigend" erteilte "Vollmacht", an deren Stelle allerdings auch der Rechtschein einer Bevollmächtigung treten könne.

Zu Seite 72

- 1) RG LZ 13, 466 (nur LS), BGH NJW 55, 297 (nur LS).
Zustimmend z.B. Palandt-Heinrichs § 278 Anm. 3a,
Erman-Battes, § 278 Anm. 19.
- 2) Zum Unterlassen s. o. S. 71 u. unten S. 90.

Zu Seite 73

- 1) S. u. S. 111 f.
- 2) So hat z.B. der Verkäufer einer vertretbaren Sache deren Herstellung in der Regel nicht veranlaßt, wenn sie nicht in seinem Betrieb erfolgt ist. Dennoch wird § 278 zumeist mit der Begr. abgelehnt, daß die Herstellung nicht "in obligo" sei (s. o. S. 70).

Zu Seite 74

- 1) S. u. S. 79.
- 2) Das entspricht auch der h.M. Vgl. nur Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 718 Anm. 9, Palandt-Thomas, § 714 Anm. 3d, Staudinger-Keßler, § 714 Anm. 5, Nicknig, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft, S. 14 f, Beuthien DB 75, 729, 773. - Zu § 31 siehe weiter im Text.
- 3) S. u. S. 322 f.

Zu Seite 75

- 1) D.h. mit allen Anwälten, sofern man nicht die BGB-Gesellschaft und damit auch die Sozietät als Rechtssubjekt ansieht (s. hierzu unten S. 322).
- 2) Darüber, daß ein potentieller Mandant, der in Beziehung zu dem Mitglied einer Sozietät tritt, in der Regel ein Gemeinschaftsmandat erteilt, s. BGHZ 56, 355 (359 f.), Müller NJW 69, 903 (904), Kornblum BB 73, 218 (224). A.M. z.B. Arndt NJW 69, 1200.
- 3) So schon (allerdings ohne Berücksichtigung des § 31) OLG Hamm NJW 70, 1791 (1793), Müller aaO S. 906.
- 4) AaO (s. FN. 2).
 -) Darüber, daß für Post und Bahn überhaupt nach § 278 haftet werden kann, s.u. S. 88.
- 6) S. soeben.

Zu Seite 76

- 1) Richtig daher BGH NJW 52, 217.
- 2) S. o. S. 16 ff.

Zu Seite 77

- 1) S. u. S. 90.
- 2) Zwar steht eine haftungsrechtliche Bewertung des Unterbleibens eines äquivalenten Handelns nicht in Frage, wenn das Unterbleiben oder Mißlingen eines nicht äquivalenten Handelns den Eintritt des Zustandes verhindert hat, dessen Änderung Inhalt des äquivalenten Handelns gewesen wäre (s. u. S. 90 FN. 2). Um derartige Fälle geht es hier aber nicht. Anders ist es jedoch, wenn infolge des Unterbleibens oder Mißlingens eines "noch bedürfnisneutralen" Fremdhandelns (s. sogleich im Text) ein äquivalentes Handeln unterbleibt.
- 3) S. o. S. 17 f.

Zu Seite 78

- 1) Der Ausschluß spielt von vornherein keine Rolle, wenn es um fremde Handlungen geht, die der Schuldner zwar nicht veranlaßt hat, die aber von ihm veranlaßten Handlungen gleich stehen, weil er dafür gesorgt hat, daß diese Handlungen bestimmte Wirkungen zeitigen (s. o. S. 75, bbb); denn diese Wirkungen hätten sie nicht genausogut ohne seinen Willen haben können.
- 2) S. o. S. 77 FN. 2.

Zu Seite 79

- 1) Zur Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft nach § 278 s. auch oben S. 74 f.
- 2) S. u. S. 322 ff.
- 3) Vgl. auch BGH 56, 355 (358/359).

Zu Seite 80

- 1) Richtig daher BGH NJW 52, 217. Darüber, daß es hier immer um eine wechselseitige Veranlassung geht, s. o. S. 75 f.
- 2) Richtig daher OLG Hamm NJW 74, 1090, 1091, li. Sp. (Prüfflug eines Piloten des Flugzeugeigentümers im Anschluß an eine Reparatur).
- 3) Erfüllungsmaßnahmen sind keine Maßnahmen, die dem Gläubiger obliegen, um Schäden seitens des Schuldners zu vermeiden (vgl. auch OLG Hamm aaO, BGH DB 75, 2426). Zur Fremdhafung im Rahmen des § 254 im einzelnen s. u. S. 128 ff.

Zu Seite 81

- 1) RG Seuff Arch 78 Nr. 117, Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 243) lehnen es ab, die Bank des Gläubigers als Erfüllungsgehilfen des Schuldners zu qualifizieren, ohne zwischen Schick- und Bringschuld zu differenzieren.
- 2) Ob sich dies schon damit begründen läßt, daß bei Vereinbarung des Lastschriftverfahrens der Schuldner nur dazu verpflichtet sei, ein Konto mit ausreichender Deckung zu unterhalten (so z.B. LG Berlin WM 75, 530, 531; vgl. aber auch OLG Celle VersR 76, 854), bleibe dahingestellt. - Die Bank des Schuldners ist dessen Erfüllungsgehilfe, da im Hinblick auf sie die genannten Erfordernisse nicht erfüllt sind. Auch wenn man eine Geldschuld im Falle der Vereinbarung des Lastschriftverfahrens als Holschuld ansieht oder wie eine solche behandelt, gilt nichts anderes; denn die Bank des Schuldners ist dann jedenfalls dessen "Bereitstellungsgehilfe". Unrichtig daher (lt. LS) LG Berlin aaO.
- 3) Häufig wird hier allerdings die Leistung des konsultierten Arztes Inhalt eines eigenen mit dem Patienten geschlossenen Vertrages sein und nicht mehr zu den Pflichten des behandelnden Arztes gehören.
- 4) S. o. S. 80 FN. 2.
- 5) RGZ 105, 32.

Zu Seite 82

- 1) Siehe S. 13 ff.

Zu Seite 83

- 1) Die Verhinderung des Erfolgseintritts durch Personen, die nicht mit der Herbeiführung des Erfolges beschäftigt sind, richtet sich nach den Grundsätzen der Haftung wegen Verletzung sonstiger Interessen (s.o. S. 24). Was die Haftung für Arbeitnehmer anbelangt, spielt das allerdings im Ergebnis keine Rolle (s.u. S. 160).
- 2) S. u. S. 96.

Zu Seite 84

- 1) Hat A den B generell . beauftragt, gewisse von ihm geschuldete Erfolge herbeizuführen, dann hat A dasjenige Handeln des B auf Grund des Wollens eines bestimmten Erfolges veranlaßt, das B vornimmt, um diesen Erfolg herbeizuführen.

Zu Seite 84

- 1) S. o. S. 20.
- 2) Vgl. auch Oertmann, § 278 Anm. 3d (S. 169).
- 3) S. o. S. 20 f.

Zu Seite 87

- 1) S. o. S. 7 f.
- 2) S. 85.

Zu Seite 88

- 1) BGHZ 13, 111 (113 f.).
- 2) BGHZ 62, 119 (124 f.) m.w.N.
- 3) RGZ 160, 310 (314).
- 4) So richtig BGHZ 62, 119 (124 f.). Teilweise anders Lüderitz NJW 75, 1 (6), der § 278 mit dem Garantiedanken (s. hierzu oben S. 29 f.) in Verbindung bringt und daher für eine Einschränkung der Gehilfenhaftung über § 157 plädiert, für die es darauf ankommen soll, ob dem Schuldner eine wirtschaftlich zumutbare andere Alternative zur Verfügung stand, ob er das Verhalten der eingesetzten Person beeinflussen konnte, ob der Preis ihrer Tätigkeit bloß (weitergegebener) Kostenfaktor war, oder die Tätigkeit unternehmerisch ausgenutzt wurde. Ihm folgend Medicus, Bürgerliches Recht § 32 IV (S. 371 f.). Nach Esser-Schmidt, Schuldrecht I (2.Bd.), § 27 I 1 (S. 48 f.) reicht in den hier angesprochenen Fällen das Erfüllungsprogramm von vornherein nur bis zur "Abgabereife" der Leistung an den Dritten. Vgl. auch die folgenden FN.
- 5) So auch BGH aaO (Post), Staudinger-Werner, § 278 Anm. 45 (Post), Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 244), a.M. z.B. Fikentscher, Schuldrecht § 54 IV, S. 285 (gegen seine Argumentation Medicus aaO). - BGHZ 50, 32 (37) hat die Haftung für die Bahn im Hinblick auf § 447 abgelehnt, nicht aber, weil die Bahn ein öffentlicher Leistungsträger ist. Es ist daher irreführend, diese Entsch. in dem hier erörterten Zusammenhang zu zitieren (so aber Medicus aaO S. 372). - Zur Veranlassung im Zusammenhang mit dem Handeln von Post- und Bahnbediensteten s.o. S. 75.

- 6) BGH aaO, a.M. OLG Düsseldorf HRR 1942, Nr. 139, Lüderitz aaO (teilweise). Eine andere Frage ist es, ob der Notar selbst für fremdes Verhalten nach § 278 haftet. Dies wird abgelehnt, weil sich die Haftung des Notars nach § 19 B NotO richtet und nicht nach den bürgerlichen Vorschriften (BGH aaO, NJW 76, 874). - Auch für den Anwalt kann nach § 278 gehaftet werden (BGHZ 58, 207, 211 f.; verspätete Freigabe der Pfandsache).
- 7) Z.B. von Angestellten des Jugendamtes, was im Rahmen des § 254 relevant werden kann (vgl. BGHZ 24, 325). - Das RG hat den Käufer, der die Waren nach §§ 379 II, 373 HGB versteigern ließ, nicht für Fehler des Gerichtsvollziehers bei der Bekanntmachung der Versteigerung haften lassen (RGZ 104, 283). Die Entsch. ist im Erg. richtig, da den Käufer eine entspr. Pflicht nicht getroffen hat. - Für das Verschulden von Angestellten eines öffentlichen Energieversorgungssträgers (vgl. das Beispiel von Medicus aaO) wird aus Gründen nicht gehaftet, die nichts mit dessen Stellung als öffentlicher Leistungsträger zu tun haben. Selbst wenn man nämlich davon ausgeht, daß der Schuldner zusammen mit den anderen Abnehmern die Erzeugung der Energie veranlaßt ("kumulative Veranlassung, s.o. S. 73), so fallen die hierauf gerichteten Handlungen jedenfalls unter den Ausschluß "noch bedürfnisneutralen" oder "noch erfolgsneutralen" Fremdhandelns (s. o. S. 77 f., 86 f.).
- 8) Zur Verhinderung des Erfolgseintritts von Arbeitnehmern, die nicht an der Herbeiführung des Erfolges beteiligt sind, s.u. S. 160.
- 9) Dieser Ausschluß spielt allerdings nur eine Rolle, wenn ein Arbeitnehmer einen Dritten mit derartigen Handlungen betraut (s.o. S. 77), und damit, was die Arbeitnehmerhaftung anbelangt, überhaupt keine.
- 10) S. o. S. 77 f.

Zu Seite 89

1) S. o. S. 86 f.

2) S. o. S. 85 f.

3) S. o. S. 76 f.

4) S. o. S. 78 f.

5) S. o. S. 80 f.

Zu Seite 90

- 1) Auch ein unzulängliches Handeln kann man als teilweises Unterlassen begreifen. Die haftungsrechtliche Bewertung dieses Unterlassens erfolgt aber durch die Bewertung der Art und Weise des Handelns. Hier ist daher das völlige Unterlassen eines äquivalenten Handelns gemeint.
- 2) Allerdings ist folgendes zu beachten: Die haftungsrechtliche Bewertung des Unterbleibens eines bestimmten Handelns setzt voraus, daß der Zustand, dessen Änderung Inhalt dieses Handelns ist, überhaupt besteht. Hat daher das Unterbleiben (oder Mißlingen) eines nicht äquivalenten Fremdhandelns (z.B. der Herstellung einer Sache) den Eintritt des Zustandes verhindert, dessen Änderung Inhalt eines äquivalenten Handelns (z.B. des Transports der hergestellten Sache) gewesen wäre, so steht nur das Unterbleiben eines nicht äquivalenten Handelns in Frage (und eine Fremdhafung wegen Unterbleibens eines äquivalenten Handelns scheidet von vornherein aus).

Zu Seite 91

- 1) S. o. S. 47 f.
- 2) Die Wissenszurechnung S. 14 ff. (Zusammenfassung: S. 49): Zurechnung der Kenntniserlangung analog § 278.
- 3) Vgl. auch Wetzel, Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen, S. 47, Richardi AcP 169, 385 (387).

Zu Seite 93

- 1) S. o. S. 90 f.
- 2) Üblicherweise beachtet man in diesem Zusammenhang nicht, daß es um eine Haftung kraft Identifikation geht, und spricht daher davon, daß das Verschulden des Gehilfen den für die Eigenhaftung des Schuldners erforderlichen Grad aufweisen müsse. Vgl. z.B. RGZ 65, 17 (20), Staudinger-Werner, § 278 Anm. 55, Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 5.

- 1) Dies wird vor allem relevant im Verhältnis des Hersteller-Verkäufers zum Käufer (Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen) und im Verhältnis des Werkunternehmers zum Besteller. Dagegen haftet der Händler-Verkäufer seinem Kunden von vornherein nicht für das Verhalten des Herstellers und dessen Hilfspersonen (s.u.S.99f.). - Im Falle einer Aussperrung scheidet § 278 aus, da dann der Schuldner das Handeln seiner Arbeitnehmer nicht will, und diese daher kein Handeln unterlassen, das einem solchen des Schuldners gleichsteht. Die Haftung des Schuldners hängt dann davon ab, ob man die Aussperrung als eigene schuldhaftige (=vorsätzliche) Verletzung seiner Pflicht wertet (bejahend z.B. - wenigstens im Grundsatz - Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, § 16 III (S. 261 ff.), Esser JZ 63, 489 (493), Lauschke DB 66, 137 (141 f.), verneinend z.B. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II (2.Bd.), § 47 VII 2 (S. 956 f.), Löwisch AcP 174, 202 (233 f.).
- 2) Die h.M. lehnt die Anwendung des § 278 im Falle eines Streiks (auch im Falle eines widerrechtlichen) grundsätzlich (über Ausnahmen s.u.) ab (vgl. nur Hueck-Nipperdey aaO S. 958, Esser aaO S. 492, Löwisch aaO S. 251 (a.M. noch DB 62, 761, 762), Brox-Rüthers aaO S. 266, Lauschke aaO S. 141, 143, a.M. Palandt-Heinrichs § 278 Anm. 3a, differenzierend Oertmann § 278 Anm. 3 f; zu RGZ 110, 209 s. weiter unten). Sie begründet dies mit der auf Leonhard (Allg. Schuldrecht § 232 S. 457) zurückgehenden Überlegung, daß § 278 dem Schuldner nur das Risiko aufbürde, das durch die Einschaltung eines Dritten in die effektive Bewirkung der Leistung eintritt, nicht aber auch das Risiko, daß Hilfspersonen dem Schuldner überhaupt nicht zur Verfügung stehen. Damit läßt sich jedoch die Ablehnung des § 278 bei einem Streik nicht rechtfertigen. Ist ein Handeln unterblieben, so kommt es für § 278 nur darauf an, daß der "Fremde" sich (irgendwann einmal) dazu bereitgefunden hatte, das unterbliebene Handeln vorzunehmen, und daß dieses Handeln im Falle seiner Vornahme ein eigenes des Schuldners ersetzt hätte (s.o. S. 71 FN 3). Dagegen spielt es keine Rolle, daß der "Fremde" in dem Zeitpunkt, in dem gehandelt werden mußte, nicht mehr zum Handeln bereit war (Ausnahme: der Schuldner hatte zuvor auf die Dienste des "Fremden" verzichtet). Vielmehr liegt gerade in dem willentlichen Unterlassen des Handelns das haftungsbegründende Fremdverhalten. Andernfalls müßte bei fremdem vorsätzlichem Unterlassen eine Haftung nach § 278 immer ausscheiden, was auch die h.M. nicht befürworten dürfte. Die Nichthaftung

Fortsetzung zu Seite 94

des Schuldners für streikende Arbeitnehmer folgt daher nicht aus der Unanwendbarkeit des § 278. Ob sie sich, was sehr zw. ist, mit anderen Argumenten begründen läßt, etwa mit dem, daß andernfalls die "Abwehrkraft" des im Arbeitskampf befindlichen Unternehmers zu sehr geschwächt wird, kann hier nicht näher erörtert werden. - Bisweilen wird eine Haftung nach § 278 wenigstens dann befürwortet, wenn die streikenden Arbeitnehmer die Arbeit niederlegen, ohne noch Maßnahmen zum Schutz der Rechtsgüter des Gläubigers zu treffen (Löwisch aaO S. 251 f.). Das Urteil des RG in RGZ 110, 209, in dem das RG eine Haftung nach §§ 456 HGB, 5 EVO a.F. für streikende Bahnangestellte bejahte, wird als Entsch. eines solchen Sonderfalles angesehen (Löwisch aaO, Esser aaO S. 492), weil es das RG als (grobes) Verschulden der Streikenden wertete, daß die zu befördernden Güter liegen blieben, wo sie gerade waren, und dort jeder Obhut entbehrten. Dabei wird aber übersehen, daß das RG den Einwand, daß sich die Bahn der Streikenden gar nicht als Gehilfen hätte bedienen können (= die Begr. der Ablehnung des § 278 durch die h.M.; s.o.), ausdrücklich zurückwies, und es auch gar nicht um Schäden ging, die Folge des Unterbleibens von Schutzmaßnahmen waren, sondern um solche, die durch den infolge des Streiks notwendig gewordenen Einsatz ungeschulten Aushilfspersonals entstanden waren.

- 3) So auch die h.M. Siehe oben S. 48 FN. 1 A.M. z.B. Staudinger-Werner § 278 Anm. 51, v. Caemmerer, Festschr. f. Hauß, 33, 39 (zu ihm s. S. 48 FN. 1).
- 4) BGHZ 31, 358 (367). Ebenso die heute allg. M. in der Literatur. A.M. noch Oertmann § 278 Anm. 4b.
- 5) S. 90 f.

Zu Seite 96

- 1) Vgl. auch E. Schmidt AcP 170, 502 (504), K.Müller AcP 165, 285 (315). Häufig wird ein Verschulden darin liegen, daß der Schuldner nach Entstehung des Schuldverhältnisses die Ergebnisse des fehlerhaften früheren Handelns ausnutzt. Die Gleichstellung gewinnt aber jedenfalls eigenständige Bedeutung bei der Gehilfenhaftung und zwar dann, wenn der nach Entstehung der Pflicht tätige Gehilfe nicht mit dem früher tätigen, dem ein Fehler unterlaufen ist, identisch ist; denn hier ergibt die Projektion des Verhaltens des später tätigen oft keine schuldhaftige Pflichtverletzung des Schuldners.

Zu Seite 97

- 1) S. o. S. 11 f.

- 1) Ihm steht derjenige gleich, der die Lieferung einer noch herzustellenden vertretbaren Sache versprochen hat (§ 651 I 2). Vgl. BGHZ 48, 118 (121).
- 2) Dies entspricht im Erg. der h.M., die es ablehnt, den Hersteller als Erfüllungsgehilfen des Verkäufers zu qualifizieren, weil der Verkäufer nicht die Herstellung schulde (zu dieser Begr. s.o. S. 70 f.). Vgl. RGZ 101, 152 (154), 157 (158); BGHZ 48, 118 (120), VersR 56, 259; 62, 480 (481), NJW 68, 2238 (2239), Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4a, Staudinger-Werner, § 278 Anm. 43, a.M. Esser-Schmidt, Schuldrecht I (Bd. 2), § 27 I 2 (S. 49 f.). Den Käufer trifft auch grundsätzlich keine Untersuchungspflicht, zu deren Erfüllung er sich des Herstellers bedient (BGH LM BGB § 276 (Hb) Nr. 2; differenzierend Esser, Schuldrecht I (3. Aufl.), § 39 I 4, S. 255).
- Zu dem Fall, daß der Hersteller den Käufer direkt beliefert, s. weiter unten im Text. - Wegen der fehlenden Äquivalenz des Herstellerhandelns (zum Transport s. sogleich) haftet der Verkäufer für keine vom Hersteller verursachte Leistungsstörung nach § 278, also auch nicht für eine Verzögerung der Leistung (a.M. Palandt-Heinrichs aaO). Wenn der Hersteller die Belieferung des Verkäufers zu Unrecht verweigert, läßt das RG (RGZ 103, 180, 182) den Verkäufer haften, weil dieser eine entsprechende Garantie übernommen habe (§ 157). - Zur Haftung des Verkäufers im Falle einer fehlerhaften Bedienungsanleitung des Herstellers s.u. S. 111 f. und zu der des Herstellers selbst S. 123 f.

Zu Seite 100

- 1) S. o.S. 86 f.
- 2) S. o. S. 86 f.
- 3) S. o. S. 87 . Das wird relevant, wenn der Käufer infolge eines Sachmangels einen Schaden erlitten hat, und der Mangel auf den unsachgemäßen Transport zurückzuführen ist.
- 4) S. o. S. 88.
- 5) S. o. S. 61.
- 6) Läßt der Verkäufer den Transport durch seine Leute durchführen, so haftet er für deren Verhalten auf jeden Fall (sofern die Projektion dieses Verhaltens auf ihn den Tatbestand einer schuldhaften Schutzpflichtverletzung ergibt), da die Haftung des Schuldners für seine Angestellten nicht davon abhängt, daß sie mit der Erfüllung der Leistungspflicht befaßt waren (s.u. S.160), und demgemäß auch die Reichweite der Leistungspflicht keine Rolle spielt. Dies entspricht im Erg. der h.M. Siehe oben S. 61 FN. 2.
- 7) Anders RGZ 108, 221 (223). Wie hier Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4a. Vgl. auch BGH WM 71, 1121 (1123).

Zu Seite 101

- 1) Hertin (MDR 70, 881) will bei Nichteinlösung durchgehandelter Lieferscheine den Verkäufer nicht nur für den Lagerhalter haften lassen, sondern auch für den Einlagerer (= ein früherer Verkäufer der Ware), der die Auslieferung sperrt, weil der Verkäufer diesen in die Pflicht einschalte, alles zu unterlassen, was die Einlösung des Lieferscheins hindern könnte. Dem ist nicht zu folgen (s.o. S. 50). Allerdings kann die Projektion des Verhaltens des (die Sperre befolgenden) Lagerhalters auf den Verkäufer eine schuldhaftige Pflichtverletzung ergeben.
- 2) Vgl. S. 99 FN.1.
- 3) Der BGH lehnt allerdings eine Fremdhftung ab (LM BGB § 463 Nr. 13.

Zu Seite 102

- 1) Ob die Herstellung der Sache Inhalt einer eigenen Pflicht ist oder nur ein zur Erfüllung der Übereignungspflicht erforderliches Handeln, kann hier dahinstehen, da der Werkunternehmer auch dann in dem skizzierten Umfang haftet, wenn man nur die Übereignung als den geschuldeten Erfolg ansieht.
- 2) Richtig daher BGH NJW 78, 1157, der zu diesem Ergebnis allerdings auf Grund der Erwägung gelangt, daß die Lieferung nicht in den werkvertraglichen Pflichtenkreis des Unternehmers gegenüber dem Besteller einbezogen sei, weil sie im Rahmen des zwischen dem Unternehmer und seinem Lieferanten geschlossenen Kaufvertrages erfolge. Zu solchen Begr. s.o. S. 67 ff.
- 3) S. o. S. ~~66~~⁷⁷ f.
- 4) Vgl. RGZ 101, 152 (Transport der umzufärbenden Tücher vom Schuldner zu dem von ihm beauftragten Färber durch einen Spediteur).
- 5) MDR 70, 56.

Zu Seite 103

- 1) RGZ 78, 380; 91, 243. Ablehnend Staudinger-Werner, § 278 Anm. 47.
- 2) RGZ 127, 314. Hier stand allerdings die Verletzung sonstiger Interessen (Verletzung eines Zuschauers) in Frage. Hierzu s.u.S. 162 FN. 3. - In RGZ 169, 213 ging es darum, ob ein Zauberer Gehilfe des Gastwirts im Hinblick auf die Beseitigung eines (durch die Vorstellung herbeigeführten) gefahrdrohenden Zustandes der Gaststätte war. Das RG hat dies zu Recht bejaht.
- 3) Kleinewefers-Wilts (VersR 64, 201, 205) entgehen den Abgrenzungsschwierigkeiten, indem sie Krankenhaus-träger und Arzt im Hinblick auf sämtliche Maßnahmen, die zur Behandlung erforderlich sind, als Gesamtschuldner (= Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft) ansehen (zu Recht krit. Daniels NJW 72, 305, 306). Uhlenbruck (NJW 64, 1287, 1290) glaubt (zu Unrecht), mit Hilfe des § 278 - unter Verzicht auf eine Abgrenzung der Pflichtenbereiche - zu dem Ergebnis gelangen zu können, daß Arzt und Krankenhaus-träger in der Regel als Gesamtschuldner dem Patienten bei einem Verschulden des Hilfspersonals haften (hiergegen mit Recht Kleinewefers-Wilts NJW 65, 333, 334). Zur Ansicht der Rspr. und anderer Autoren vgl. die folgenden FN.

- 1) BGHZ 5, 321, VersR 57, 806 (808) = LM BGB § 278 Nr. 24. Daher hat der BGH in BGHZ 5, 321 den Krankenhausträger (neben dem Arzt) für die fehlerhafte Bluttransfusion eines Assistenzarztes haften lassen. In dem Fall, VersR 57, 806 hatte eine Operationsschwester ein sog. Bauchtuch in der Wunde der Patienten zurückgelassen. Der BGH meinte, die assistierende Tätigkeit müsse nicht immer zu den Pflichten des Krankenhausträgers gehören. Vielmehr könnten die Rechtsverhältnisse so liegen, daß das Krankenhaus nur verpflichtet sei, die Schwester zu dieser Tätigkeit dem Arzt derart zur Verfügung zu stellen, daß dieser sich ihrer Hilfe auf eigene Verantwortung bediene. Das OLG Hamburg (VersR 54, 125, 126, zweifelnd BGH aaO) will die einzelnen Tätigkeiten der Operationsschwester den verschiedenen Pflichtbereichen zuweisen (Aufziehen der Spritze=Pflicht des Krankenhauses, Kontrolle des Spritzeninhalts=Pflicht des Arztes). Nach BGH NJW 62, 1763 steht jedenfalls der sog. nachgeordnete ärztliche Dienst (Betreuung des Patienten in Abwesenheit des Arztes) allein zur Pflicht des Krankenhausträgers.
- 2) S. u. S. 160 f.
- 3) Schaltet der Arzt einen im Krankenhaus tätigen Facharzt (z.B. einen Anästhesisten) ein, und kommt zwischen diesem und dem Patienten ein eigener Vertrag zustande (s. hierzu Uhlenbruck NJW 72, 2201, 2202, H.P.Westermann NJW 74, 580), so wird der Facharzt nicht als Angestellter des Krankenhauses tätig. Da das Krankenhaus die von dem Facharzt persönlich zu erbringenden Dienste (ebensowenig wie die des einweisenden Arztes) dem Patienten (im Falle eines Vertrages Patient-Facharzt) schuldet, scheidet auch eine Erfüllungsgehilfenhaftung des Krankenhausträgers aus.
- 4) In dem Fall BGH VersR 57, 806 (s.o. FN. 1) hätte daher eine Haftung des Krankenhausträgers bejaht werden müssen. Vgl. auch die S. 103 FN. 3 . Genannten sowie Daniels NJW 72, 305 (307).
- 5) Vgl. BGH VersR 57, 806 (808). Für die Fremdhftung spielt die (streitige) Rechtsnatur des Arztvertrages keine Rolle.
- 6) Entsprechendes gilt für die Fremdhftung eines vom Arzt hinzugezogenen Facharztes des Krankenhauses, der mit dem Patienten einen eigenen Vertrag geschlossen hat. Daher kann auch der Leiter einer sog. Intensiv-

Einheit für die beteiligten Ärzte haften. Anders H.P.Westermann (NJW 74, 583), der (zu Unrecht) glaubt, daß § 278 bei fachlich gebotener Arbeitsteilung, die nicht um der rationelleren Nutzung der eigenen Arbeitskraft willen stattfindet, nicht gelte. - Mehrere in Teamarbeit für den Patienten tätige Krankenhausärzte, die Vertragspartner des Patienten sind, sind nur dann wechselseitige Erfüllungsgehilfen, wenn man annimmt, daß sie eine unteilbare Leistung i.S.des § 431 schulden (s.o. S.79f, ablehnend BGH VersR 57, 806, 808, im Hinblick auf mehrere Dienstverpflichtete (Krankenhausträger und Arzt)), oder wenn man sie als BGB-Gesellschaft qualifiziert (s. hierzu H.P.Westermann aaO S. 582).

- 7) S. o. S.76 ff.
- 8) Der Arzt haftet auch für den Anästhesisten und zwar auch dann, wenn zwischen diesem und dem Patienten ein eigener Vertrag zustande kommt (s. FN); denn trotz seiner eigenen Pflicht gegenüber dem Patienten wird der Anästhesist auf Veranlassung des einweisenden Arztes bei der Erfüllung von dessen Pflicht tätig (vgl. S.78 f.). Anderer Ansicht H.P. Westermann (NJW 74, 580 f.), der generell den Arzt nicht für das Verhalten eines hinzugezogenen Facharztes, mit dem der Patient (vertreten durch den Arzt) einen Vertrag schließt, haften lassen will.
- 9) So im Erg. auch Daniels NJW 72, 307. Auch der BGH (VersR 57, 806, 808, s. o. FN 1) geht offenbar von einer Haftung des Arztes für eine fehlerhafte Operationsassistenten aus. Vgl. ferner die S. 103 FN 3 Genannten.

Zu Seite 105

- 1) So (im Erg.) auch BGH NJW 62, 1763.
- 2) Entsprechendes dürfte im Hinblick auf Leistungen eines vom Arzt hinzugezogenen Facharztes gelten, der einen eigenen Vertrag mit dem Patienten geschlossen hat, so daß der einweisende Arzt für einen solchen Arzt nur haftet, wenn dessen Leistung nur seine eigene Tätigkeit ermöglicht.

Zu Seite 106

- 1) S. o. S. 84.

Zu Seite 107

- 1) Für die Zurechnung fremder Täuschungen ("kein Dritter im Sinne des § 123 II 1"), bei der es richtiger Ansicht nach um eine Anwendung des § 278 im Rahmen von Aufklärungspflichten geht (s. o. S. 52), forderte das RG eine maßgebliche Beteiligung des Täuschenden am Zustandekommen des Geschäfts (s. u. S. 114 FN. 1).
- 2) Allgem. Meinung. Vgl. nur Prölss-Martin, VVG, § 43 Anm. 7.
- 3) BGHZ 33, 293 (298 f.). - Der BGH (NJW 78, 1427, 1429) will die Bank für falsche Angaben des Vertreters des Verkäufers (= Verhandlungsgehilfe im Hinblick auf den Darlehensvertrag) über Eigenschaften der Kaufsache haften lassen (=Durchgriff von Einwendungen aus dem Kaufvertrag), da die Bank jedenfalls verpflichtet sei, zutreffende Auskünfte zu erteilen, wenn sie überhaupt Angaben über die Kaufsache macht. Die Bank hat aber den Verkäufer oder dessen Vertreter sicherlich nicht damit beauftragt, an ihrer Stelle Angaben über die Kaufsache zu machen. Daher ist durch die Verhandlungen des Vertreters mit dem Käufer auch keine Pflicht der Bank zu zutreffender Information des Käufers über Eigenschaften der Kaufsache entstanden, zu deren Erfüllung sie sich des Vertreters bedient hätte. - Zur Haftung der Bank für Täuschungen durch den Verkäufer (§ 123) s. auch S. 115 FN. 1.
- 4) Im Hinblick auf die Haftung der Bank für Täuschungen durch den Verkäufer (§ 123) hat der BGH zunächst auf das Bestehen einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung abgestellt. Vgl. S. 115 FN. 1.

Zu Seite 108

- 1) So - im Hinblick auf die Zurechnung von Täuschungen des Maklers - Schubert AcP 169, 493. Vgl. auch Flume, Das Rechtsgeschäft, § 29, 3 (S. 544), Münchener Komm. (Kramer), § 123 Anm. 19.

- 1) Leitet A dem C gutgläubig eine ihm von B erteilte Fehlinformation weiter, so trifft ihn häufig kein eigenes Verschulden. Daher kommt man auch oft nicht zu einer Haftung des A, wenn B die Fehlinformation direkt dem C erteilt hat, und nur der Erteilungsakt auf A projiziert wird. - Üblicherweise macht man sich über die Zurechnung der Informationsgewinnung keine näheren Gedanken, da nicht klar erkannt wird, daß es im Rahmen des § 278 darum geht, ob die Projektion bestimmter fremder Handlungen den Tatbestand einer schuldhaften Pflichtverletzung des Schuldners ergibt, und man daher - sogar trotz Propagierung des Identifikationsgedankens (s.o. S. 48 FN. 1) - darauf abstellt, ob eine mit der Erfüllung der Pflicht befaßte Person fehlerhaft gehandelt hat, ohne sich genötigt zu sehen, den Fehler zu "lokalisieren". - Zur Zurechnung fremder Täuschungen s. u. S. 113 ff.
- 2) S. dazu auch S. 111 f.
- 3) S. o. S. 92.
- 4) Besteht die "gedankliche Bemühung" des B darin, daß er statt einer zutreffenden Information, die er besitzt, vorsätzlich eine falsche erteilt, dann ersetzt sie keine Bemühung des A. Hier geht es um die Projektion des Unterlassens der Weitergabe der zutreffenden Information. S. dazu S. 115 f.
- 5) Zu Täuschungen des B vgl. die vorhergehende FN.

Zu Seite 110

- 1) S. o. S. 77 f.
- 2) S. o. S. 86 f.
- 3) Hat der Verkäufer von GmbH-Anteilen seinen Steuerberater einen Status über das Vermögen der GmbH anfertigen lassen, auf dessen Grundlage der Vertrag abgeschlossen wird, so ist die Erstellung des Status, falls sie überhaupt erst auf Grund der Pflicht, den späteren Käufer über das Vermögen der GmbH zutreffend zu informieren, erfolgt ist, ein "noch erfolgsneutrales" Fremdhandeln. Demgegenüber hat der BGH (DB 76, 37, 38) den Verkäufer für den Steuerberater nach § 278 haften lassen. Allerdings war der angefertigte Status grob fehlerhaft, so daß den Verkäufer vermutlich ein eigenes Verschulden traf, wenn er ihn dem Käufer vorlegte, und die Entsch. aus diesem Grunde im Ergebnis richtig ist.
- 4) S. dazu auch unten S. 111 f.

Zu Seite 111

- 1) BGHZ 47, 312 (316) = JZ 68, 228 m. zust. Anm. Diederichsen. Krit. auch Wolff DB 68, 1611, Weitnauer NJW 68, 1593 (1597).

Zu Seite 112

- 1) S. o. S. 96 f.

Zu Seite 113

- 1) RG HRR 1929 Nr. 595.

Zu Seite 114

- 1) Daß es bei der Frage, ob jemand Dritter i.S.d. § 123 II 1 ist, um die Anwendung des § 278 geht, ist heute h.M. wobei auf die Einschaltung in das Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen abgestellt wird ("Verhandlungsgelhilfe"), was der Sache nach keinen Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht bedeutet (s. weiter im Text) (aber zu Fehlschlüssen verleiten kann, s.o. S. 108). Vgl. nur BGH NJW 62, 2195, 2196 (= LM BGB § 123 Nr. 30), 67, 1025 (1027), WM 63, 250 (252), Schubert AcP 168, 470 (477 f.), Münchner Komm. (Kramer), § 123 Anm. 5b, Palandt-Heinrichs, § 123 Anm. 2d, ee, Soergel-Hefermehl, § 123 Anm. 33. In dieser Richtung auch schon Titze Anm. zu RG JW 21, 623, Ostwald JW 22, 795. - Das RG hat außer Vertretern (§§ 164 ff.) des Anfechtungsgegners nur solche Verhandlungsbeauftragte als Nicht-Dritte angesehen, die den Vertrag praktisch vollständig ausgehandelt haben (vgl. insbes. RGZ 72, 133, 137 f.; 101, 97, 98, WarnRspr. 1915 Nr. 19, SeuffArch. 91 Nr. 40, JW 21, 623), ferner "freiwillige Geschäftsführer", deren ohne Vollmacht abgeschlossenes Geschäft der Anfechtungsgegner genehmigt (RGZ 76, 107, 108).
- 2) Resignierend aber BGH NJW 62, 2195 (2196), wo (zu Unrecht) davon ausgegangen wird, daß der Anfechtungsgegner sich u.U. auch fremde Täuschungen zurechnen lassen muß, ohne daß § 278 eingreift.
- 3) Ablehnend auch Schubert aaO S. 494 ff. Vgl. ferner BGH NJW 62, 1907 (1908), WM 63, 250, 252 (eigenes Interesse schließt nicht schon allgemein die Eigenschaft, Dritter zu sein, aus). Anders Staudinger-Coing, § 123 Anm. 64.

- 1) Zur Rspr. des RG s.o. S. 114 FN. 1. - Auch der Versicherungsagent ist nach allg. Meinung nicht Dritter (s. Prölss-Martin § 43 Anm. 7 m.N.). Das gleiche gilt für den Handelsvertreter (§ 84 HGB) ohne Abschlußvollmacht (Schlegelberger-Schröder HGB, § 86 Anm. 48 c, offenbar mehr in Richtung der Rspr. des RG Großkomm. z. HGB (Brüggemann), § 84 Anm. 26). - Beim finanzierten Kauf muß sich die Bank Täuschungen des Verkäufers über die Bedeutung des Darlehensvertrages zurechnen lassen (BGHZ 47, 224, 227). In den Entsch. BGHZ 20, 36; 33, 302, in denen der BGH im Zusammenhang mit unrichtigen Empfangsbestätigungen eine Anfechtung des Darlehensvertrages zuließ, wurde nicht klargestellt, inwiefern der Verkäufer den Käufer über Tatsachen getäuscht hatte, hinsichtlich deren eine Informationspflicht der Bank bestand. Auf das Bestehen einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung zwischen Bank und Verkäufer, auf die der BGH in den gen. Entsch. noch Wert legte, kommt es für die Haftung der Bank nicht an (BGHZ 47, 224, 227 f., Schubert AcP 168, 492). - Beim Finanzierungsleasing ist der Lieferant "Informationsgehilfe" des Leasinggebers im Hinblick auf Eigenschaften der Sache. A.M. OLG Frankfurt NJW 77, 201, 202 (Lieferant=Dritter). Zur Haftung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen für Täuschungen durch den Schuldner s.u.S. 116 f. - Zu Täuschungen des Maklers s. weiter im Text.
- 2) S. o. S. 106 f.
- 3) Unrichtig (wohl) daher, ~~was die Begr. angeht~~, BGH WM 64, 853: Die für den im Ausland lebenden Verkäufer eines Grundstücks tätige Maklerfirma, die auch Verwalterin des Grundstücks war, hatte Verhandlungen mit dem Käufer geführt, in denen die Merkmale des Grundstücks zur Sprache kamen, und dem Notar, vor dem später der Kaufvertrag geschlossen wurde, einen Vertragsentwurf übersandte. Dennoch rechnete der BGH dem Verkäufer das arglistige Verhalten der Firma (Verschweigen eines Mangels, § 463) nicht zu, weil er die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Tätigkeit der Firma über reine Maklerdienste nicht hinausgegangen sei, für möglich hielt. Krit. auch Schubert aaO S. 494.

Fortsetzung zu Seite 115

- 4) Die heute wohl h.M. rechnet dem Auftraggeber Täuschungen durch seinen Makler zu, wenn dieser nicht nur Vermittlerdienste geleistet, sondern auch Verhandlungen geführt hat, ohne die bloße Vermittlung von der Verhandlungsführung näher abzugrenzen (vgl. Schubert aaO S. 492 f., Münchner Komm. (Kramer), § 123 Anm. 19). Für eine uneingeschränkte Haftung für den - im Interesse einer Partei tätigen (s. sogleich) - Makler aber Flume, Rechtsgeschäft, § 29, 3 (S. 544). Das RG hat seinem Ausgangspunkt entsprechend (s.o.S. 114 FN. 1) den Makler als Dritten angesehen (s. nur RGZ 101, 97 f.). Zu BGH WM 64, 853 s. vorhergehende FN. - Wenn der Makler die Interessen beider Parteien wahrnimmt, (was offenbar nach Ansicht von Erman-Westermann, § 123 Anm. 13 immer der Fall ist), soll er auch dann, wenn er Verhandlungen führt, nicht Gehilfe einer Partei sein können (Schubert aaO, Münchner Komm. aaO, Flume aaO). Hierzu s. weiter im Text.
- 5) So aber die h.M. Vgl. die vorhergehende FN.
- 6) S. 108.
- 7) Üblicherweise macht man sich hierüber keine Gedanken, sondern stellt nur darauf ab, ob der "Fremde" eine Täuschung begangen hat. Vgl. auch S. 109 FN. 1. - Darüber, daß sich eine reine "Wissenszurechnung" nicht über § 278 bewerkstelligen läßt, s. o. S. 90 f.

Zu Seite 116

- 1) S. o. S. 112 f.
- 2) Die h.L. sieht den Schuldner (wenigstens grundsätzlich) als Dritten an. Vgl. Flume, Rechtsgeschäfte § 29, 3 (S. 545 f.) Larenz, Allg. Teil, § 20 IV a (S. 350 FN. 7), Schubert AcP 169, 500 Soergel-Hefermehl, § 123 Anm. 33, Münchner Komm. (Kramer), § 123 Anm. 19. A.M. Staudinger-Coing, § 123 Anm. 37. Zur Ansicht des BGH s. weiter im Text.
- 3) BGH NJW 62, 2195 = LM BGB § 123 Nr. 30, WM 63, 250 (252).

Zu Seite 117

- 1) BGH NJW 62, 2195. Desgleichen auf Billigkeit und Interessenlage abstellend BGH NJW 62, 1907 (1908) = LM BGB § 123 Nr. 29 (Anfechtbarkeit bejaht).
- 2) LM BGB § 123 Nr. 31.
- 3) Z.B. in dem Fall BGH LM BGB § 123 Nr. 31.

Zu Seite 118

- 1) Die Übermittlung ersetzt eigene Bemühungen des A um die Gewinnung der Information. Daher kann man nicht sagen, daß sich im Falle eigenen Tätigwerdens des A die Weiterleitung der gewonnenen Informationen von vornherein erübrigt hätte, und die Weiterleitung somit unter den Ausschluß fremdes Tätigwerden voraussetzender Handlungen (vgl. S. 76) fällt. Zur Projektion des Unterlassens der Weiterleitung s. weiter im Text.

Zu Seite 120

- 1) Zumindest, was § 638 anbelangt, wäre zu überlegen, ob nicht nach dem Zweck der Vorschrift der Unternehmer selbst den Mangel verschwiegen haben muß. Einen Ausschluß der Fremdhaftung befürwortet jedoch, soweit ersichtlich, niemand. Im folgenden wird davon ausgegangen, daß § 278 Anwendung findet.
- 2) RG WarnRspr. 1934 Nr. 6. Vgl. auch BGHZ 62, 63 (66).
- 3) Falls man nicht persönliche Arglist des Unternehmers fordert (s.FN. 1).
- 4) BGHZ 62, 63 (68 f.) = JR 74, 282 m. Anm. Schubert.
- 5) BGHZ 66, 43 (45 f.) = JR 76, 287 m. Anm. Schubert.
- 6) BGHZ 62, 63 (66) = JR LM BGB § 463 Nr. 13, KG MDR 70, 1011. Zust. z.B. Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4 b, RGR-Komm. (Alff), § 278 Anm. 38. Weitergehend H.-J. Hoffmann JR 69, 372, 374 ("Zurechnung der Kenntnis" von Arbeitnehmern nach § 242). Nach Schubert (JR 74, 283), kommt es, wenn der Unternehmer keine Vorkehrungen zur Entdeckung von Mängeln getroffen hat (wozu er auf Grund einer Prüfungspflicht gehalten sei) oder ein Prüfer schuldhaft einen Mangel nicht auf das Verschulden der bei der Werkherstellung mitwirkender Person an. In seiner Anm. zum Subunternehmer-Fall (s. FN. 5) stellt er auf die Reichweite der von ihm angenommenen Prüfungspflicht des Unternehmers ab, die durch Auslegung des einzelnen Vertrages zu ermitteln sei.
- 7) S. o. FN. 4, 5.

Zu Seite 121

- 1) Vgl. S. 96
- 2) S. o. S. 112.
- 3) Siehe S. 120 FN. 1.
- 4) Vgl. auch Larenz, Schuldrecht II (§ 53 II a, S. 267)
im Hinblick auf § 637.

Zu Seite 122

- 1) S. o. S. 112. Geht man von einer nur "bedingten" Aufklärungspflicht aus, kommt allerdings eine Fremdhaftung in Betracht, soweit eine "Wissenszurechnung" außerhalb des § 278 stattfindet.
- 2) Darüber, daß die Weiterleitung einer Information an A ein eigenes Handeln des A ersetzen kann, s. o. S. 118 FN. 1.
- 3) Zur Projektion des Unterlassens der Weiterleitung s.o. S. 119.
- 4) Die Haftung für selbständige Personen setzt voraus, daß die Weiterleitung der Information an den Verkäufer einem eigenen Handeln des Verkäufers als Mittel zum geschuldeten Erfolg gleich steht (s.o. S. 82f.). Darüber, daß die Weiterleitung an A überhaupt einem eigenen Handeln des A äquivalent sein kann, s. o. S. 118 FN. 1. Der "Fremde" müßte daher vom Verkäufer auf Grund des Wollens der Information des Käufers mit der Weiterleitung beauftragt worden sein. Ferner wäre erforderlich, daß der Auftrag nicht genausogut schon ohne das Wollen der Information des Käufers hätte erteilt werden können (Ausschluß "hoch erfolgsneutraler" Fremdhandlungen). Diese Erfordernisse sind in der Regel nicht erfüllt.

Zu Seite 123

- 1) S. o. S. 56.
- 2) S. o. S. 53 f.
- 3) Vgl. S. 71 ff.
- 4) Vgl. S. 86 f.
- 5) Vgl. S. 77 f.
- 6) A.M. Canaris (JZ 68, 494, 503), der ebenfalls mit § 278 arbeitet (Schutzverhältnis zwischen Hersteller und Verbraucher).

Zu Seite 124

- 1) Steindorff AcP 170, 93, 120 ff.

Zu Seite 125

- 1) R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 102.
- 2) Die h.M. lehnt vorbehaltlich gesetzlicher Regelungen wie (z.B. § 254 II 2 (und deren Analogie) die Anwendung des § 278 grundsätzlich ab, ohne dies sachlich zu begründen. Vgl. Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4 e (Ausnahmen: Annahmeverzug, § 324), Esser-Schmidt, Schuldrecht I (Bd. 2), § 27 I (S. 55), Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 44 II 6 (S. 197 f.), Westermann JuS 61, 333, 341 f. Nach Soergel-Schmidt § 278 Anm. 11 ist auf den Zweck der Verhaltenspflichten und die Interessenlage abzustellen. - Speziell zur Anwendung des § 278 im Rahmen versicherungsvertraglicher Obliegenheiten s.u. S. 138 ff.

- 1) S. u. S. 132 f.
- 2) Darüber, worin diese im einzelnen besteht, s. weiter im Text.
- 3) Dennoch wird die Annahme, daß das Verhalten des Geschädigten im Hinblick auf die Interessen des Schädigers negativ bewertet werde (hierfür auch die a.E. Genannten), immer wieder kritisiert. So bringt man vor, eine Pflicht, eigene Schäden zu vermeiden, für die eine andere Person haftpflichtig wäre, stehe im Widerspruch zu der von § 254 I angeordneten Schadensteilung, da der Verstoß gegen eine solche Pflicht, die völlige Befreiung des Schädigers zur Folge haben müßte (Planck-Siber, § 278 Anm. 2 b, Kleindienst JZ 57, 457, 459 f.). Dieser Einwand, der auch die Annahme einer Obliegenheit (i.S. einer Pflicht "minderer Intensität") trifft, ist nicht verständlich; denn die negative Bewertung des Verhaltens des Geschädigten im Hinblick auf das Interesse des Schädigers, möglichst keinen Vermögensnachteil in Form einer Schadensersatzpflicht zu erleiden, nötigt doch nicht dazu die Erfüllung des Haftungstatbestandes durch den Schädiger gänzlich außer Betracht zu lassen und damit dem Schutz des Interesses des Schädigers den Vorzug vor dem des Interesses des Geschädigten zu geben - Unrichtig ist es auch, wenn behauptet wird, daß der Schädiger gar nicht durch den Tatbeitrag des Geschädigten belastet werde, da der Schädiger von vornherein nur einen seinem Verantwortungsbeitrag entsprechenden Teil des Schadens tragen müsse (so z.B. Weidner, Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, S. 9). Die Frage, ob eine Norm als Sanktion eines Nachteils zu begreifen ist, den eine Person einer anderen zugefügt hat, muß selbstverständlich anhand der Lage beantwortet werden, die ohne diese Norm bestünde. Ohne § 254 I müßte aber der Schädiger vollen Ersatz leisten, und von dieser Ersatzpflicht wäre er ohne das Verhalten des Geschädigten nicht nur teilweise, sondern gänzlich verschont geblieben, da ohne dieses sein Handeln nicht zu einem Schaden geführt hätte. § 254 I befreit somit den Schädiger von einem auf das Verhalten des Geschädigten zurückgehenden Nachteil, wenn auch - angesichts des eigenen Verhaltens des Schädigers - nur teilweise.
- Schließlich kann man auch nicht einwenden, daß die Sanktion von Interessenverletzungen (wenigstens außerhalb vertraglicher Beziehungen) an die Erfüllung bestimmter Tatbestände geknüpft sei und nicht einfach an eine Verletzung der allgemeinen Rechtspflicht, die

Interessen anderer nicht zu verletzen (so aber Weidner aaO S. 9 f.); denn dadurch soll der Entstehung unübersehbarer Schadensersatzpflichten vorgebeugt werden, und dieser Gedanke trifft nicht zu, wenn es um die Kürzung von Schadensersatzansprüchen geht. - Im übrigen sind auch die positiven Erklärungen des § 254 I, die nicht von einer Verletzung der Interessen des Schädigers ausgehen (wozu die Ansicht, daß die Geltendmachung des ganzen Anspruchs ein "venire contra factum proprium" sei, jedenfalls der Sache nach nicht gehört"; s. dazu FN. 4) unhaltbar. So läßt sich § 254 nicht mit der Verletzung des Gebotes der Wahrung der eigenen Interessen, mit der die h.M. arbeitet (vgl. nur RGZ 100, 42, 44; 105, 115, 119; BGHZ 3, 46, 49 f.; 33, 136, 142, NJW 61, 20, 22, Palandt-Heinrichs, § 254 Anm. 1a, Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 66 I 3, S. 77, w.N. bei Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S. 83), erklären, sofern man ein solches Gebot nicht mit Rücksicht auf die Interessen potentieller Schädiger statuiert, was auf die hier vertretene Meinung hinauslaufen würde. Die bloße Außerachtlassung der eigenen Interessen kann nämlich die Belastung mit einem - einen anderen begünstigenden - Nachteil nicht rechtfertigen, so daß es ein mit nachteiligen Rechtsfolgen versehenes Gebot der Wahrung des eigenen Interesses nicht gibt, sofern man es nicht aus den Interessen des durch die Rechtsfolge Begünstigten herleitet. - Auch mit dem Grundsatz, daß jemand den von ihm angerichteten eigenen Schaden kraft seiner Sachzuständigkeit tragen muß, läßt sich (entgegen Weidner aaO S. 25) im Zusammenhang mit § 254 I nichts anfangen. Dieser Grundsatz gilt für jedwede Verursachung eigener Schäden. Wollte man daher mit ihm die Berücksichtigung der Mitverursachung des Geschädigten begründen, so würde dies bedeuten, daß schlechthin jede Mitverursachung zur Schadensteigerung führen müßte (im Ansatz daher konsequent Gernhuber AcP 160, 69, 77 in seiner Polemik gegen § 254 I, der aber dann ohne überzeugende Begr. doch eine besondere Gefährdung des verletzten Rechtsgutes durch den Geschädigten verlangt). Dies widerspricht aber dem § 254 I. Ferner ist zu bedenken, daß der Geschädigte fast immer am Eintritt des Schadens irgendwie beteiligt ist, so daß der Ersatz des vollen Schadens, von dem die Haftungsnormen ausgehen, praktisch nie in Betracht käme. - Dafür, daß es bei § 254 I um die negative Bewertung des Verhaltens des Geschädigten im Hinblick auf die Interessen des Schädigers geht (wobei z.T. angenommen wird, daß die Selbstschädigung erst aus der "Perspektive der Geltendmachung" des vollen Ersatzanspruches miß-

Fortsetzung zu Seite 128

billigt wird; s. dazu die nächste FN.) z.B. Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 184 ff., Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden der Beschädigten S. 29 ff., Mayer-Falk, Eigenes Verschulden, S. 5 ff., Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, S. 101 f., Staudinger-Werner, § 254 Anm. 27, R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 109 f.

- 4) Hiervon gehen diejenigen aus (oder müssen ausgehen), die den mißbilligten Akt des Geschädigten erst in der Geltendmachung des vollen Ersatzanspruches sehen, oder jedenfalls annehmen, daß der Tatbeitrag des Geschädigten erst "aus der Perspektive der Geltendmachung des Ersatzanspruches" negativ bewertet werde ("venire contra factum proprium"). Vgl. z.B. Adriani, Der Schuldbegriff in § 254 BGB, S. 28 ff., Staudinger-Werner, § 254 Anm. 27, R. Schmidt aaO S. 109 f., Dunz JZ 61, 406 (407), BGHZ 34, 355 (363). Wenn man aber den Erwerb des (vollen) Ersatzanspruches trotz des Tatbeitrages des Geschädigten anerkennt, dann ist nicht einzusehen, weshalb die Geltendmachung des Anspruchs wegen des Tatbeitrages des Geschädigten gegen Treu und Glauben verstoßen soll. Krit. gegen die Heranziehung des "venire contra factum proprium" im Zusammenhang mit § 254 auch Esser, Schuldrecht I (3. Aufl.), § 47 I f. (S. 329), Weidner aaO S. 20 f.

Zu Seite 129

- 1) Als solcher kommt die Steuerung eines Handelns im Hinblick auf die von diesem ausgehenden Gefahren nicht in Betracht. S. o. S. 50.

- 1) Etwas anderes gilt, wenn man die bloße Tatsache, daß der Geschädigte seine Rechtsgüter der Obhut eines anderen anvertraut hat, als einen die Anspruchskürzung rechtfertigenden Verursachungsbeitrag des Geschädigten ansieht (vgl. Esser, Schuldrecht I, 3. Aufl., § 47 VI, S. 334, Esser-Schmidt, Schuldrecht I (2. Bd.), § 35 III 1, S. 228, Weidner aaO S. 77). Dies widerspricht aber § 254 I, der ein Verschulden des Geschädigten verlangt. Es ist auch gar nicht einzusehen, weshalb für die Haftung wegen der Verletzung der Interessen des Schädigers (zur Ablehnung der Ansichten, die § 254 I nicht als eine solche Haftung begreifen, s. o. S. 128 FN. 3), anders als für sonstige Haftungen die bloße Verursachung genügen soll. Begreift man die Anvertrauung als den für die Kürzung maßgeblichen Faktor, dürfte es überdies nicht noch auf ein Fehlverhalten der "Obhutsperson" ankommen, auf das die genannten Autoren aber nicht verzichten wollen.
- 2) Auch nicht im Sinne einer Analogie auf das "Gebot des eigenen Interesses" (zu diesem s. S. 128 FN. 3).
- 3) Die "Obhutsperson" darf daher im Hinblick auf die Vermeidung von Schäden, die durch ihr Verhalten (in Verbindung mit dem eines Dritten) hervorgerufen werden, nicht als "Bewahrungsgehilfe" (diesen Terminus hat Kleindienst in seiner Dissertation ("Der Bewahrungsgehilfe") in die Diskussion eingeführt) bezeichnet werden. "Bewahrungsgehilfe" ist vielmehr nur, wer damit betraut ist, besondere Schadensfernhaltungsmaßnahmen zu treffen (s. weiter unten im Text).
- 4) Man könnte vermutlich § 254 auch dahingehend interpretieren, daß unter II (Schadensabwendung) sämtliche Schadensfernhaltungsmaßnahmen fallen und nicht nur Maßnahmen zur Abwehr eines Schadens, dessen "Entstehungsgrund" bereits gelegt ist (vgl. S. 131 FN. 1). Dann würde sich I nur auf die Mitverursachung durch gefährliches Handeln beziehen, und die Beschränkung der Analogie des § 278 auf die Obliegenheiten des II wäre völlig in Ordnung.
- 5) Sogar völlig, wenn man unter § 254 II (Schadensabwendung) nicht nur Maßnahmen zur Abwehr von Schäden, deren "Entstehungsgrund" bereits gelegt ist, fallen ließe (s. vorhergehende FN.).
- 6) Palandt-Heinrichs, § 426 Anm. 5 m.N.

Zu Seite 131

- 1) Unter § 254 II (Schadensabwendung) fallen nach BGH VersR 65, 982 (985) = LM BGB § 254 (Ea) Nr. 10 Maßnahmen zur Abwehr eines Schadens, dessen "Entstehungsgrund" bereits gelegt ist. Vgl. auch Weidner aaO . 62 f., R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 168.
- 2) Vgl. BGH NJW 68, 37 (wo sogar - zu Unrecht - ein Schadensersatzanspruch der Bank gegen ihren Kunden angenommen wird, der gegen den Anspruch des Kunden aufgerechnet werden könne).
- 3) BGH WM 70, 1270 (1271).
- 4) BGH NJW 68, 742 (743).

Zu Seite 132

- 1) BGH NJW 72, 447, VersR 70, 281.
- 2) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 16 II 2 (S. 79, Larenz, Schuldrecht I, § 31 I d (S. 430 f.), Staudinger-Werner, § 254 Anm. 61, Kleindienst JZ 57, 457 (459 ff.), NJW 60, 2028 (2030), Gernhuber AcP 152, 69 (82), H. Lange NJW 53, 967 (968 ff.), Finger JR 72, 406 ff., Magnus, Drittmitverschulden, S. 104. Weitere Nachweise bei Rother, Haftungsbeschränkung S. 129.
- Für diejenigen, die die Obhutsüberlassung als einen im Rahmen des § 254 I zu berücksichtigenden Tatbeitrag des Geschädigten ansehen (s.o. S.130 FN. 1) stellt sich die Frage nach den Voraussetzungen der Analogie des § 278 nicht.
- 3) Zum Mitverschulden des gesetzlichen Vertreters s. u. S. 253 ff.
- 4) Vgl. die N. bei Rother aaO S. 129.
- 5) Vgl. nur RGZ 62, 346 (348 ff.); 75, 257 (258 f.); 140, 1 (7); 141, 353 (356), BGHZ 1, 248 (251 ff.); 3, 46 (49 ff.). Zust. z.B. Palandt-Heinrichs § 254 Anm. 5 (w.N. bei Rother aaO S. 128). Differenzierend Esser JZ 52, 257 (259). - In einigen Entsch. ging es um das Mitverschulden des gesetzlichen Vertreters (z.B. RGZ 62, 346, BGHZ 1, 248). Das spielt aber keine Rolle, da die Rspr. das Mitverschulden von "Hilfspersonen" nach den gleichen Grundsätzen wie das des gesetzlichen Vertreters behandelt. - Soweit in den Entsch. nicht das Unterbleiben von Schadensfernhaltungsmaßnahmen in Frage stand, sondern die Mitverursachung durch gefährliches Handeln (vgl. z.B. BGHZ 3, 46) sind sie trotz des abzulehnenden Postulats einer Sonderverbindung im Ergebnis richtig.
- 6) Vgl. z.B. BGHZ 33, 247 (250). Zur Frage, ob sich beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte der Geschädigte fremdes Mitverschulden auch gegenüber Ansprüchen aus §§ 823 ff. zurechnen lassen muß, vgl. Medicus NJW 62, 2081 ff.

Zu Seite 133

- 1) St.Rspr. seit RGZ 77, 211 (212 f.).
- 2) Eine andere Begr. bringt BGHZ 3, 46. S. die folgende FN.
- 3) Vgl. insbes. RGZ 62, 346 (349 f.), BGHZ 1, 248 (251 f.).
- In BGHZ 3, 46 (51) wird das Postulat damit begründet, daß "nur bei einer schuldrechtlichen Bindung der Beteiligten ... das gesamte, dem Schuldner in Ansehung der Erfüllung obliegende Sorgfaltsverhalten, auch soweit es ein Gebot des eigenen Interesses ist, eine Erfüllungshandlung" darstelle. S. dazu FN. 5.
- 4) S. o. S. 53 ff.
- 5) Wenn man leugnet, daß es eine Verbindlichkeit zum Schutze der Interessen potentieller Schädiger (wenn auch nur im Sinne einer Obliegenheit = Pflicht "minderer Intensität") gibt (s.S. 128 FN. 3) - auch die Rspr. spricht nur von einem "Gebot des eigenen Interesses" (s. S. 128 FN. 3) -, so ist es für die Kritik an der Rspr. entscheidend, daß sich auch aus einem Schuldverhältnis eine solche Verbindlichkeit nicht herleiten läßt (vgl. insbes. Kleindienst, Der Bewahrungsgehilfe, S. 75 f., JZ 57, 461). Welchen Sinnes haben soll, das zur Vermeidung eigener Schäden zu beobachtende Verhalten trotz Fehlens einer Verbindlichkeit als "Erfüllungshandlung" zu qualifizieren (vgl. die in FN. 3 wiedergegebene Äußerung des BGH), ist nicht verständlich. Selbst wenn man eine Verbindlichkeit bejaht, ist das gebotene Verhalten keine "Erfüllungshandlung".
- 6) Vgl. Palandt-Heinrichs, § 254 Anm. 5.

Zu Seite 134

- 1) Vgl. insbes. H. Lange NJW 53, 967 ff.
- 2) Vgl. nur RGZ 62, 346 (348), BGH VersR 65, 982 (985)
= LM BGB § 254 (Ea) Nr. 10. Nach BGHZ 33, 136 (142)
soll es allerdings auch in den Fällen des § 254 II nur
um ein "Verschulden in eigenen Angelegenheiten" gehen.
Dann müßte sich die Rspr. aber genötigt sehen, auch für
die Analogie des § 278 im Rahmen des § 254 II eine
Sonderverbindung zu verlangen.

Zu Seite 135

- 1) S. o. S. 90 ff.
- 2) gl. z.B. Larenz, Schuldrecht I, § 31 I c (S. 427).

- 1) So im Erg. auch OLG Kassel JW 37, 3026 = DJ 38, 45, W. Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Rdz. 1284 (S. 751), Alexander, Fehler bei der Schadensbehebung, S. 74 ff., 89 (Argumentation aus der ratio des § 278), Erman-Sirp, § 254 Anm. 35. Anders z.B. Staudinger-Werner, § 254 Anm. 68, Koller NJW 71, 1776, 1778 f. (Ausnahme: Minderung von Schäden aus Körperverletzung), E. Böhmer MDR 66, 203, 204. Die höchstrichterliche Rspr. (vgl. die folgenden FN.) vermeidet zumeist generelle Äußerungen. Vgl. aber RGZ 72, 219 einerseits (Arzt; § 278 verneint, da Obliegenheit dahin gehe, auf die Minderung des Schadens hinzuwirken und mit Hinzuziehung des Arztes erfüllt sei) und RGZ 55, 329, 333 f. andererseits (Rechtsanwalt; § 278 bejaht; der Verletzte sei auch für das fremde Unterlassen einer Maßnahme verantwortlich, die man von ihm, falls er selbst die Angelegenheit besorgt hätte, nicht verlangen könne).
- 2) So im Erg. auch z.B. BGHZ 63, 182 (186), OLG Karlsruhe VersR 76, 1162, Palandt-Heinrichs, § 254 Anm. 5 b, Soergel-Schmidt, § 254 Anm. 65 (vgl. ferner die in FN. 1 Genannten). Anders OLG Bremen VersR 65, 1008, E. Böhmer MDR 66, 203 f., NJW 67, 21 f., Koller NJW 71, 1776 (der allerdings eine Risikohaftung des Schädigers für die Verwirklichung typischer Reparaturrisiken annimmt, die bei der Abwägung zu Lasten des Schädigers berücksichtigt werden soll; aaO S. 1780). - Auch der Schadenssachverständige ist nicht Erfüllungsgehilfe des Geschädigten (im Erg. richtig daher LG Köln NJW 75, 57, 58).
- 3) So auch RGZ 72, 219, OLG Kassel JW 37, 3026, Palandt-Heinrichs aaO und die in FN. 1 (am Anf.) genannten Autoren Anders Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden, S. 192, Staudinger-Werner, § 254 Anm. 68.
- 4) Anders RGZ 55, 329 ff.; 115, 185 (188); 167, 76 (82 f.), Koller aaO S. 1778, Staudinger-Werner aaO.

- 1) Hier geht es nur um § 278 S. 1, 2. Variante ("Erfüllungsgehilfe"). Zur Haftung des Versicherungsnehmers für den gesetzlichen Vertreter s. u. S. 256 f.
- 2) Vgl. nur (für die neuere Rspr. ist die Unanwendbarkeit des § 278 so selbstverständlich, daß sie kaum noch ausdrücklich hervorgehoben wird) RGZ 58, 342 (346); 62, 190 (192); 83, 43 (44) 97, 279 (281), 117, 327 (328 f.), BGHZ 11, 120 (122), VersR 64, 475 (bei beiden Entsch. ging es um § 61 VVG), 67, 990 (991), Bruck, Privatversicherungsrecht, S. 293, 653, ZVersWiss 26, 210 f., Kisch, Handbuch des Privatversicherungsrechts (Bd. 2) S. 495 ff., K. Schneider JherJb 53, 1 ff., LZ 1910, 97 ff., 198 ff., Brodmann JherJb 55, 187, 270 ff. (grds.), Möller, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 68, Bruck-Möller, VVG, § 6 Anm. 73 ff. Für die (zumindest analoge) Anwendung des § 278 (wenn auch z.T. unter restriktiver Bestimmung seines Anwendungsbereichs und im Erg. mit der von der h.M. entwickelten Repräsentantenhaftung (s. u. S. 141f.) weitgehend übereinstimmend) z.B. Josef, JherJb 55, 260 ff., v. Gierke, Versicherungsrecht (2.Bd.) S. 154, Ehrenzweig, Versicherungsrecht, S. 152 ff., R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 290, E. Prölss, VVG (17. Aufl.), § 6 Anm. 7, F. Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 20 ff., S. 38 ff. (u.ö.), Gottschalk ZVersWiss 17, 191, 214 ff., Schürmann, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB, S. 104 ff. Nachweise zu Entsch., in denen mit § 278 gearbeitet wurde, bei Prölss-Martin, VVG, § 6 Anm. 7.
- 3) Vgl. z.B. Bruck-Möller aaO.
- 4) Hierfür aber Schneider JherJb 53, 27 ff. u.ö. (s. FN. 2), Bruck aaO. Der Sache nach weitgehend auch Brodmann aaO.

Zu Seite 139

- 1) Vgl. Prölss-Martin, VVG, § 6 Anm. 8 C.
- 2) S. o. S. 90 f.
- 3) Vgl. nur RGZ 58, 342 (346 ff.); 97, 279 (281 f.); 150, 147 (149); 159, 243 (246), BGH VersR 52, 428; 67, 343 (344), 68, 185 (186), Möller aaO S. 28 f., Bruck-Möller, VVG, § 6 Anm. 79, 84 ff.
- 4) Zutreffend R. Schmidt aaO S. 287. Vgl. auch Bruck-Möller aaO Anm. 80 im Hinblick auf die "Wissenszurechnung", bei der es aber gar nicht um eine Haftung für Erklärungen oder deren Unterlassen geht, wie Möller selbst an anderer Stelle ausführt (aaO Anm. 79).

Zu Seite 140

- 1) Vgl. auch Schürmann, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB, S. 96.
- 2) Genauer: wenn die Projektion des Verhaltens des B auf A ein Verhalten des A ergibt das die Voraussetzungen des § 6 III VVG erfüllt. Zur Fremdhafung bei vorsätzlichem folgenlosem Verhalten s. u. S. 155 f.
- 3) Vgl. BGH VersR 68, 185 (186). Das LG Stuttgart (VersR 55, 145, 146) hat die Sachwidrigkeit dieser Differenzierung erkannt, und trotz Unterzeichnung durch den Versicherungsnehmer mit § 166 I gearbeitet, da es sich im Hinblick auf die ständige Rspr. an einer Analogie des § 278 gehindert sah. Die Entsch. des BGH ist aber im Erg. richtig (s. S. 154 zu FN. 2).

Zu Seite 141

- 1) Vgl. auch schon E. u. J. Prölss VersR 68, 268 sowie die S. 140 FN. 2 zit. Entsch. des LG Stuttgart. S. aber S. 155 f.
- 2) Oder die Anzeige nicht rechtzeitig abgesandt wurde (Zugang innerhalb der Frist ist nicht erforderlich, vgl. Prölss-Martin, VV (§ 33 Anm. 3).
- 3) S. o. S. 140 FN. 2 .
- 4) Vgl. nur RGZ 50, 295 (297); 58, 343 (347); Bruck-Möller, VVG, § 6 Anm. 89 m.w.N. - Nachweise zur Gegenmeinung S. 151 Fn. 8.
- 5) Bruck-Möller, VVG, § 6 Anm. 102.

Zu Seite 142

- 1) So oder ähnlich RGZ 83, 43 (44); 135, 370 (371), BGHZ 24, 378 (385 f.), BGH VersR 64, 475; 65, 149 (150); 69, 695 (696), 71, 538 (539). Zur Entwicklung der Rspr. des RG eingehend Möller, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 70 ff. Vgl. auch Prölss-Martin, VVG, § 6 Anm. 8 B.
- 2) BGH VersR 64, 475; 65, 149 (150), 69, 1086 (1087), 71, 538 (539).
- 3) BGH VersR 69, 695 (696), OLG Hamm VersR 74, 1194 (1195), Möller aaO S. 93 ff.
- 4) Kritisch aber z.B. noch E. Prölss JRPV 36, 33 ff. Vgl. ferner Schürmann, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB, S. 124.

Zu Seite 143

- 1) BGH VersR 71, 538 (539).
- 2) OLG Köln VersR 69, 317 (318).
- 3) OLG Braunschweig VersR 71, 812.
- 4) BGH VersR 69, 695 (696).
- 5) BGH VersR 69, 1086 (1087 f.), OLG München VersR 76, 674 (675).
- 6) BGH VersR 66, 131 (132). Vgl. auch OLG Hamburg VersR 50, 35 (Abteilungsleiter); 58, 777, 778 (Prokurist), BayObLG VersR 76, 33 (Bauleiter).
- 7) BGH VersR 57, 386; 67, 745 (746), OLG Köln VersR 74, 877 (879).

Zu Seite 145

- 1) Vgl. nur die N. bei Prölss-Martin, VVG, § 61 Anm. 1.

Zu Seite 146

- 1) Zutreffend Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 15.

Zu Seite 147

- 1) Handlungsgebote können sich auch aus § 23 I ergeben. Vgl. nur BGHZ 50, 385 (388f.).
- 2) S. o. S. 129.

Zu Seite 148

- 1) Auch Josef, der ebenfalls für eine Anwendung des § 278 im Rahmen versicherungsrechtlicher Obliegenheiten plädiert, will den Versicherungsnehmer nicht für ein fremdes Handeln haften lassen, das einer auf Unterlassen gerichteten Obliegenheit zuwiderläuft (ZVersWiss 11, 201, 217 f.; etwas abw. noch JherJb 55, 260, 270).
- 2) So im Erg. auch andere Befürworter einer Analogie des § 278 im Versicherungsrecht, wie z.B. Josef ZVersWiss 11, 201 (216). J.v. Gierke, Versicherungsrecht (2.Bd.), S. 203 f. wendet dagegen § 278 im Rahmen des § 61 VVG analog an, wenn auch im Hinblick auf den Sicherungszweck des Vertrages nur mit Einschränkungen. Vgl. auch Schürmann, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB, S. 151 ff.; E. Prölss, VVG (17. Aufl.), § 61 Anm. 2.

Zu Seite 149

- 1) Wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt hat, wird aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit unwiderleglich vermutet, daß dies mit Rücksicht auf das Bestehen des Versicherungsschutzes geschehen ist. Richtig Brodmann JherJb 58, 273.
- 2) Vgl. auch Brodmann aaO S. 275.

Zu Seite 150

- 1) S. u. S. 155 f.
- 2) § 278 wird nicht durch § 19 VVG verdrängt (so aber z.B. Kisch, Privatversicherungsrecht, 2.Bd., S. 185 f), da § 19 VVG gar keine Haftung für fremdes Verhalten regelt. Richtig Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 30 f.
- 3) S. o. S. 80 f.

Zu Seite 151

- 1) Hat der Agent die Anzeige nachträglich verändert, so scheidet eine Fremdhafung des Versicherungsnehmers von vornherein aus, da die Anzeige dem Versicherer im Moment der Entgegennahme durch den Agenten nach § 43 Nr. 1 VVG (vorbehaltlich des § 47 VVG) zugegangen ist (übersehen von OLG Düsseldorf JRPV 34, 153, 154, das allerdings nur Dissens prüfte).
- 2) Vorausgesetzt, daß der Versicherer im Falle richtiger Angaben überhaupt einen Vertrag - wenn auch gegen höhere Prämie - geschlossen hätte. In Höhe der Differenz zwischen der im Falle richtiger Angaben zu entrichtenden und der vereinbarten Prämie ist der Versicherungsnehmer nicht geschädigt.
- 3) Vgl. BGH VersR 72, 530 (531 f.) = NJW 822.
- 4) BGH aaO.
- 5) Übersehen in BGHZ 40, 22 (28), wo dem Versicherungsnehmer, der von dem Agenten unzutreffend über den Umfang des versicherten Risikos aufgeklärt worden war, ein Mitverschulden angelastet wurde. - Darüber daß es § 254 um den Schutz der Interessen des Schädigers geht, s.o.S. 128 FN 3. Auch wenn man § 254 als Ausfluß des Verbotes eines "venire contra factum proprium" ansieht (s.o. S. 128 FN. 4), ergibt sich nichts anderes; denn das Verlangen des Geschädigten nach Herstellung des Zustandes, der ohne Mitverschulden bestünde, kann nicht gegen § 242 verstoßen.
- 6) Im Erg. richtig daher RG GruchBeitr. 50, 643 (647). BGH VersR 68, 41 prüft eine Haftung des Versicherungsnehmers für das Verhalten des Arztes gar nicht erst.

Zu Seite 152

- 1) Unrichtig daher insoweit LG Braunschweig VersR 69, 150 (151).
- 2) Es genügt, wenn sich ein entsprechender Auftrag "aus den Umständen" ergibt. Ist dies nicht der Fall, so kann das Fehlen eines ausdrücklichen Auftrages dem Versicherungsnehmer zum Verschulden gereichen.
- 3) Dabei ist zu beachten, daß manchmal die gebotene Maßnahme nur in der Hinzuziehung eines Dritten besteht (vgl. RGZ 102, 215: Wächter in der Einbruchdiebstahlversicherung), der dann natürlich nicht Erfüllungsgehilfe ist.
- 4) Vgl. nur BGHZ 50, 385, 389 ("eine Gefahrerhöhung durch eine Unterlassung nimmt der Versicherungsnehmer... nur vor, wenn er sich der Änderung der Gefahrenlage... bewußt ist...").
- 5) Die (im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelte) "Wissenszurechnung" läßt sich nicht über § 278 bewerkstelligen. S. o. S. 90 f.
- 6) Ist dies der Fall, so entsteht die Obliegenheit mit der Kenntnis des "Fremden". Dieser ist Gehilfe, wenn er ausdrücklich damit betraut ist, im Falle einer Gefahrerhöhung die entsprechenden Maßnahmen zu treffen, oder sich ein entsprechender Auftrag "aus den Umständen" ergibt. Fehlt es an einem Auftrag, so kann ein eigenes Verschulden des Versicherungsnehmers vorliegen.
- 7) Das ist allerdings str. Vgl. Prölss-Martin, VVG, § 33 Anm. 3.
- 8) Ob diese die Anzeige aus eigenem Wissen erstatten sollte ("Wissenserklärungsvertreter") oder nur Bote war, spielt entgegen der h.M. (s. o. S. 141 FN. 4) keine Rolle. Eine derartige Unterscheidung wäre sogar ausgesprochen sachwidrig (s. o. S. 141). Für eine Haftung für Boten - es ist zu berücksichtigen, daß vorsätzliches folgenloses Fremdhandeln nach der hier vertretenen Ansicht keine Sanktionen gegenüber dem Versicherungsnehmer rechtfertigt (s. u. S. 152f)- auch z.B. Josef ZVersWiss 11, 205, Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 36 f., Heerbach, Die Haftung des Versicherungsnehmers S. 60.
- 9) S. u.S. 155 f.

Zu Seite 153

- 1) S. u. S. 155 f.
- 2) S. o. S. 112 f.
- 3) S. u. S. 155 f.
- 4) Zur h.M. s. o. S. 141. Die unter dem Aspekt der hier abgelehnten Differenzierung kritisierte Entsch. des BGH (VersR 68, 185 = NJW 447 m. krit. Anm. E. u. J. Prölss VersR 68, 268) ist jedoch im Erg. richtig (s. S. 154 zu FN. 2).
- 5) S. o. S. 106 f.

- 1) Da die Aufklärungspflicht erst nach Eintritt des Versicherungsfalles entsteht, dürfte das zum Versicherungsfall führende Geschehen während seines Ablaufs keine Tatsache sein, deren Kenntnis für den Versicherungsnehmer rechtserheblich ist. Wird aber die Kenntnis eines Geschehens nur als Kenntnis eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts relevant, dann kann die Wahrnehmung des Geschehens durch fremde Personen (auch wenn sie im Verlauf einer Tätigkeit für den Versicherungsnehmer erfolgt) nicht als Erlangung rechtserheblicher Kenntnisse an Stelle des Versicherungsnehmers qualifiziert werden (vgl. die Definition des "Wissensvertreters" in RGZ 101, 402, 403).
- 2) Im Erg. richtig daher (die früher - s. o. S. 140 FN: 3 - kritisierte Entsch.) BGH VersR 68, 185 = NJW 447 (m.krit. Anm. E. u. J. Prölss VersR 68, 268).
- 3) Der Versicherungsnehmer kann daher auch haften, wenn der Fahrer Unfallflucht begeht (a.M. BGH VersR 69, 695, 696, der in diesem Fall die Voraussetzungen der von ihm befürworteten Repräsentantenhaftung nicht als gegeben ansieht), allerdings nur, wenn (und soweit dem Versicherer hierdurch Nachteile entstanden sind (s. weiter unten im Text), weshalb der genannten Entsch. des BGH im Erg. zuzustimmen ist.
- 4) Daß der Fahrer vom Versicherungsnehmer damit betraut ist, sich nach dem Unfall um Aufklärung zu bemühen, ist auch anzunehmen, wenn es an einem ausdrücklichen Auftrag fehlt.
- 5) S. o. S. 136.
- 6) Vgl. auch Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 45.

Zu Seite 155

- 1) Weder die h.M., die den Versicherungsnehmer für "Wissenserklärungsvertreter" und "Repräsentanten" haften läßt (s. o. S.139, 141 ff.), noch die Befürworter einer Anwendung des § 278 (s. o. S.138 FN. 2) machen diese Einschränkung.

Zu Seite 156

- 1) Zur Obliegenheit des Gläubigers, die Leistung nicht unmöglich zu machen, s. u. S. 175.
- 2) Übersehen von Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4e.

Zu Seite 157

- 1) RGZ 66, 289.
- 2) Allerdings dürfte es in den hier angesprochenen Fällen kaum je zu Divergenzen kommen.

Zu Seite 158

- 1) S. o. S. 11 f.
- 2) S. o. S. 23 f.
- 3) S. o. S. 50 f.

Zu Seite 160

- 1) Unter Arbeitnehmern werden hier alle Personen verstanden, die in den Organisationsbereich des Schuldners eingliedert sind. S. o. S. 15.
- 2) Zwecke einer Person, die die funktionale Äquivalenz eines fremden Handelns zu begründen vermögen, sind, wie erinnerlich, Ergebnisse, die mit ihrer Entstehung unmittelbar in die Verfügungsmacht dieser Person gelangen (=Tätigkeitsergebnisse von Arbeitnehmern), oder Erfolge, an deren Eintritt sich eine Rechtswirkung im Verhältnis zu bestimmten anderen Personen knüpft (=Erlöschen einer Pflicht). S. o. S. 13 f.
- 3) S. o. S. 24.

Zu Seite 161

- 1) Vgl. auch § 607 HGB (Haftung des Verfrachters).
- 2) In BGHZ 23, 319 (Verursachung eines Brandes durch die Weißzeugverwalterin der Klinik) arbeitete der BGH mit § 278 ("Gehilfe bei der Erfüllung einer Unterlassungspflicht") und lehnte eine "allgemeine" - und damit meinte er: auf einen Zusammenhang des schadenstiftenden Handelns mit der übertragenen Tätigkeit verzichtende - Haftung des Schuldners für seine Leute ab, die auch die hier vertretene Analogie der §§ 431, 456 HGB nicht rechtfertigt (s. u. S. 164 ff.).
- 3) Zur Fremdhftung im Rahmen des gespaltenen Arzt-Krankenhausvertrages s. o. S. 103 f.

Zu Seite 162

- 1) S. o. S. 61 FN. 2.
- 2) S. o. S. 51.
- 3) Unter dem Aspekt der Gehilfenhaftung sind daher z.B. folgende Entsch., in denen § 278 angewendet wurde, falsch: RGZ 127, 313 ("Rennfahrerfall"; darüber, daß ein Rennfahrer nicht "Leistungsgehilfe" des Veranstalters ist, s. o. S. 103), BGH VersR 78, 38 (Haftung der Gemeinde gegenüber dem Benutzer ihrer Abwasseranlage für die Beschädigung der Anschlußleitung durch eine - mit U-Bahnarbeiten befaßte - Baufirma), OLG Hamm NJW 61, 2348 (ähnlicher Sachverhalt wie in der vorgenannten Entsch.). Allerdings wäre in allen Fällen eine Haftung für fremdes Handeln als Ausübung einer eigenen Position in Betracht gekommen (s.u. S. 179 ff., insbes. S. 212 ff.).
- 4) S. u. S. 179 ff.
- 5) Zur Fremdhftung des Gläubigers im Rahmen des § 324 I s.u.S. 175.
- 6) RGZ 106, 293 betrachtete die Fremdhftung des Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer nur unter dem Aspekt der §§ 618, 278 und lehnte daher zu Unrecht eine Haftung ab. Allerdings wäre in dem entschiedenen Fall heute die Haftung (vermutlich) wegen § 636 RVO entfallen.

- 1) Ist der Schaden die Folge unzulänglich getroffener Maßnahmen und nicht Nebenwirkung des auf die Maßnahmen gerichteten Handelns, so geht es (auch) um eine Haftung wegen der Verletzung des Interesses am Eintritt eines Erfolges.
- 2) In RGZ 127, 218 (fehlerhafte Verlegung einer Gasuhr) ging es nicht um eine solche Maßnahme, da der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten nicht zur Verlegung der Gasuhr nach § 618 verpflichtet war (während in RGZ 127, 14 - die Haftung des Dienstberechtigten wurde hier nicht behandelt - die Beseitigung eines Mißstandes in Gestalt eines fehlerhaften Gasbadeofens in Frage stand). Unter dem Aspekt der Gehilfenhaftung konnte daher nur der Werkunternehmer (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte) in Anspruch genommen werden (a.M. RG aaO S. 224). Allerdings wäre eine Ausübungshaftung des Dienstberechtigten in Betracht gekommen (s. u. S.179 ff., insbes. S.212 ff.).

- 1) Zur Ausübungshaftung s. u. S. 179 ff., insbes. S. 193 f.
- 2) Wenn man von hier nicht interessierenden Einzelheiten absieht, steht ein fremdes Handeln als Mittel zu einem Zweck einem eigenen des Schuldners gleich, wenn der "Fremde" es auf Grund einer Zwecksetzung des Schuldners zur Herbeiführung des von diesem erstrebten Erfolges vorgenommen hat, ohne daß das Handeln seinem Inhalt nach vom Willen des Schuldners gedeckt sein muß. Das Erfordernis, daß der "Fremde" auf Grund des Wollens des Schuldners tätig wird, hat mit einer Legitimation des Handelns durch den Schuldner nichts zu tun (zur Grundlegung des Veranlassungserfordernisses s. o. S. 16). Es spielt daher keine Rolle, wenn der "Fremde" Weisungen des Schuldners mißachtet hat oder über die ihm zuge dachte Beteiligung an der Zweckverfolgung hinausgegangen ist. Im Erg. richtig daher BGHZ 31, 358, 365 f. (ein Lehrling hatte im Bestreben, sich bei der Gesamtarbeit nützlich zu machen, Handlungen vorgenommen, ohne hierzu beauftragt zu sein), BGH VersR 61, 417 (die Hausgehilfin eines Taxiunternehmers hatte, statt den Unternehmer vom Anruf des Kunden zu benachrichtigen, die Fahrt selbst durchgeführt).
- 3) Hier geht es um eine Fremdhaftung wegen eigener Tatbestandsverwirklichung, die nicht voraussetzt, daß das schadenstiftende Fremdhandeln einem solchen des Haftenden gleichsteht, und daher die fehlende Identität des Haftenden mit dem Handelnden zu ignorieren ist. Deshalb kann in § 831 das Merkmal "in Ausführung der Ver richtung" nur den Sinn haben, die Schädigungen durch den Gehilfen zu definieren, die der Geschäftsherr (kraft seiner Stellung als solcher) verhindern soll. Das bedeutet aber, daß es für die Erfüllung dieses Merkmals genügen dürfte, wenn der Gehilfe den Schaden anlässlich der ihm übertragenen Tätigkeit verursacht hat; denn es ist nicht einzusehen, wieso der Ge schäftsherr nicht gehalten sein soll, im Rahmen des Zu mutbaren derartige Schädigungen zu verhindern.
- 4) S. FN. 2.
- 5) S. auch unten S. 169 f.

Zu Seite 165

- 1) S. o. S. 46 f.

Zu Seite 166

- 1) Vgl. nur RGZ 63, 341 (343), BGHZ 33, 293 (299), NJW 65, 1709 (1710); 77, 2259, VersR 66, 1154 (1155), Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 44 II 2 (S. 196), Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 246), Esser, Schuldrecht I (3. Aufl.) § 39 II 3a (S. 258), Staudinger-Werner, § 278 Anm. 52 ff. N. zur Gegenmeinung s. u. S. 167 FN.5.
- 2) Vgl. RGZ 63, 341 (343); 160, 310 (314), BGH NJW 65, 1709 (1710). Das schadenstiftende Handeln darf, wie auch formuliert wird, nicht aus dem allgemeinen Umkreis des dem Gehilfen zugewiesenen Aufgabenbereichs herausfallen (BGHZ 31, 358, 366, NJW 65, 1709, 1710; 77, 2259).
- 3) Zur Kritik s.o.S. 158 f.
- 4) Wenn die geschuldete Obhut die Gehilfeneigenschaft einer Person begründen können soll, dann impliziert dies, daß es eben nicht auf die Verfolgung eines vom Schuldner gesetzten Zweckes (=der geschuldete Erfolg) ankommt.
- 5) Ganz klar in diesem Sinne RGZ 160, 310 (314). Vgl. ferner Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 246), Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4 c.

Zu Seite 167

- 1) RGE 87, 276 (277). S. hierzu unten S. 194.
- 2) BGH VersR 66, 1154 (1155).
- 3) BGH NJW 65, 1709, 1710 (vgl. aber auch BGH VersR 64, 191 (=NJW 718), 68, 472). Vgl. ferner BGH NJW 77, 2259 (Haftung einer Bank für die Veruntreuung von Kundengeldern durch einen Zweigstellenleiter). Zu den - Überschreitungen des dem Gehilfen erteilten Auftrages betreffenden - Entsch. BGHZ 31, 358, VersR 61, 417 siehe oben S. 164 FN. 2. - Eingehende Darstellung der einschlägigen Rspr. bei Wilckens, Die Haftung für Gelegenheitsdelikte des Gehilfen, S. 97 ff.
- 4) So ausdrücklich im Hinblick auf den Lagerhalter RGZ 101, 348, 350 (Haftung für außerhalb der Dienstzeit verübte Diebstähle des Lagermeisters).
- 5) Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, S. 120 ff., Soergel-Schmidt, § 278 Anm. 5, Schäfer RabelsZ 22, 449 ff. (allerdings nur im Hinblick auf weisungsgebundene Gehilfen), E. Schmidt AcP 170, 502 (508 ff.).

Zu Seite 168

- 1) Krit. insoweit auch E. Schmidt aaO S. 507.
- 2) S. o.S. 165.
- 3) Daher stellt auch § 831, der eine Haftung wegen eigenen Verschuldens (mit umgekehrter Beweislast) statuiert, nicht darauf ab, ob der Geschäftsherr im Falle der Projektion des Gehilfenhandelns einen Tatbestand der §§ 823 ff. erfüllt hätte.

Zu Seite 169

- 1) Daß das Handeln seinem Inhalt nach mit dem Willen des Schuldners übereinstimmt, ist nicht erforderlich. S. o. S. 16⁴ FN. 2.
- 2) S. u. S. 194.
- 3) RGZ 7, 125 (128), Großkomm. z. HGB (Ratz), § 431 Anm. 3, Schlegelberger-Geßler, § 431 Anm. 4.
- 4) S. die N. in der vorhergehenden FN. Vgl. auch RGZ 101, 348, 350 (Haftung des Lagerhalters für außerhalb der Dienstzeit verübte Diebstähle des Lagermeisters nach § 278).

Zu Seite 172

- 1) Der Begriff "Betrieb" wird hier untechnisch verwendet, so daß z.B. auch eine Arztpraxis hierunter fällt.

Zu Seite 174

- 1) Für selbständige Unternehmer haftet der Schuldner nach der hier vertretenen Ansicht nur, wenn sie Gehilfen bei der Erfüllung der Leistungspflicht sind. S. o. S. 162.
- 2) An der Erfüllung ist der Gläubiger genauso interessiert wie der Schuldner. S. auch oben S. 33 f.

Zu Seite 175

- 1) S. o. S. 129 ff., 147 ff.
- 2) Eine (Gehilfen-) Haftung für selbständige Personen kommt nach der hier vertretenen Ansicht nur in Betracht, wenn diese den Haftenden von der Herbeiführung eines geschuldeten oder kraft einer Obliegenheit herbeizuführenden (positiven) Erfolges entlasten. S. o. S. 162.
- 3) Vgl. BAG NJW 69, 766, das allerdings Wert darauf legt, daß dem die Unmöglichkeit herbeiführenden Arbeitnehmer Arbeitgeberfunktionen übertragen worden sind.

Zu Seite 176

- 1) S. o. S. 53 ff.
- 2) S. o. S. 55.
- 3) Vorbehaltlich gewisser Sonderregelungen wie der §§ 485 HGB, 3 Binnen SchG, falls man diese überhaupt als Fremdhaftung kraft Identifikation begreift (was sich mit der Ansicht, daß die genannten Bestimmungen einen Anspruch des Geschädigten gegen die Hilfsperson voraussetzen (vgl. nur BGHZ 26, 152, 157 f.) nicht vortragen dürfte). - Nitschke (NJW 69, 1737ff.) befürwortet eine Analogie des § 31 auf alle Unternehmensträger. S. dazu unten S. 277.

Zu Seite 177

- 1) Das Handeln einer in die Erfüllung einer Pflicht eingeschalteten Person kann nur im Verhältnis zum Gläubiger einem solchen des Schuldners gleichstehen ("relative Äquivalenz"). S. o. S. 14.
- 2) Unter Arbeitnehmern einer Person werden hier alle Personen verstanden, die in derer Organisationsbereich eingegliedert sind. S. o. S. 15.
- 3) S. hierzu S. 164 FN. 2.
- 4) Auch die (wohl nicht als Identifikationshaftung konzipierte, s. S. 176 FN. 3) Fremdhaftung des Reeders nach § 485 S. 1 HGB sollte - entgegen der Rspr. (vgl. nur BGHZ 26, 152, 156) - nicht auf selbständige Unternehmer (z.B. Stauer) und deren Hilfspersonen erstreckt werden (vgl. Wauschkuhn, Die außervertragliche Haftung des Reeders, S. 78 ff.).
- 5) Genau genommen würde die hier vorgeschlagene Norm § 831 in der bisherigen Fassung nicht völlig überflüssig machen und müßte daher neben diesen treten; denn für eine Fremdhaftung wegen Verletzung von Auswahl- und Überwachungspflichten, wie sie § 831 statuiert, kommt es wohl nicht darauf an, daß das schadenstiftende Fremdhandeln in Verfolgung vorgegebener Zwecke vorgenommen wurde, sondern es dürfte eine Schädigung "bei Gelegenheit" genügen (s.o. S. 164 FN. 3). Außerdem ist es für sie gleichgültig, als was sich das fremde Handeln im Falle der Projektion auf den Haftenden darstellt.
- 6) Jakobs (VersR 69, 1061, 1070) meint, daß ein Bedürfnis nach einer Reform des § 831 nicht bestehe, weil (unter anderem) der dezentralisierte Entlastungsbeweis de lege lata unzulässig sei (was auch hier vertreten wird). Dem ist nicht zuzustimmen, da eine Haftung des Geschäftsherrn für Arbeitnehmer auch angebracht ist, wenn es an einem Überwachungsverschulden einer "Zwischenperson" nachweislich fehlt. Allerdings wird es der Rspr. nicht schwer fallen, ein Verschulden irgendeiner "Zwischenperson" ausfindig zu machen, wenn ihr eine Haftung als billig erscheint.
- 7) Wenn man an die Einsetzung eines Gehilfen eine Risikohaftung knüpft, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht in sämtlichen Fällen einer Schadensverursachung durch einiges Handeln auf das Verschuldenserfordernis verzichtet wird. Vgl. ferner die von E. Schmidt (AdP 170, 502, 522 ff) vorgebrachten Argumente
- 8) Konsequenter daher der Beschluß des 18. dt. Juristentages (Verh. Bd. II, S. 105 f.).

Zu Seite 178

- 1) Einschließlich also der Ärzte, Rechtsanwälte etc.
- 2) Zumindest der Gedanke, daß derjenige einen Schaden tragen soll, der ihn am besten "verkräften" kann (s. o. S.38f.), sofern der Schaden in irgendeiner Beziehung zu ihm steht, trifft wohl nur zu, wenn es um die Haftung von Unternehmern geht. Vgl. auch Helm AcP 166, 389 (404), E.Schmidt aaO. S. 533.
- 3) S. 106.

Zu Seite 180

- 1) S. o. S. 11.
- 2) S. o. S. 11 f.

- 1) Daß das Gebrauchsrecht des Mieters - wenigstens nach h.M. - nur obligatorisch ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Man kann auch nicht sagen, daß der Eigentümer im Verhältnis zu Dritten (= die mit dem Mieter nicht identischen Personen) weiterhin gebrauchsberechtigt ist. Wenn das Eigentum den Eigentümer nicht mehr dazu legitimiert, die dem Mieter überlassene Sache zu gebrauchen, dann besteht zwischen dem Eigentümer und Dritten kein (potentielles) Konkurrenzverhältnis im Hinblick auf den Gebrauch mehr, das eine derartige relative Zuweisung der Gebrauchsmöglichkeit erfordert. Es bedarf auch nicht der Annahme eines relativen Gebrauchsrechts des Eigentümers, um den Gebrauch der Sache durch den Mieter Dritten gegenüber zu gewährleisten; denn Dritte sind schon deshalb nicht zum Gebrauch der Mietsache berechtigt, weil der Eigentümer den Gebrauch nicht ihnen, sondern dem Mieter eingeräumt hat. Für das Weiterbestehen eines relativen Gebrauchsrechts ist nur dann Raum, wenn der Mieter die Sache weitervermietet hat. In diesem Fall bleibt der Mieter im Verhältnis zum Eigentümer weiterhin gebrauchsberechtigt, da andernfalls der Gebrauch des Untermieters im Verhältnis zum Eigentümer nicht gewährleistet wäre; denn der Untermieter selbst ist gegenüber dem Eigentümer (mangels vertraglicher Beziehungen) nicht zum Gebrauch berechtigt. S. weiter unten im Text.

- 1) Dabei ist von vornherein Folgendes zu beachten: A haftet nur, wenn er als Urheber des Handelns des B, das als Ausübung der Möglichkeit, den Sachverhaltsbereich als Handlungsfeld zu benutzen, einem eigenen gleichsteht, einen Haftungstatbestand erfüllt hätte. Er haftet also nicht für Verletzungen; die Folgen eines anderen Handelns des B sind, mag dieses auch seinerseits durch ein (ausübungs-)äquivalentes Handeln vermittelt sein. Wenn B durch ein nicht (ausübungs-)äquivalentes Handeln Verletzungen verursacht hat, spielt es daher auch keine Rolle, daß das Risiko der gleichen Verletzungen bestanden hätte, wenn A statt B die Möglichkeit ausgeübt hätte, und damit dem Erfordernis der Risikoäquivalenz an sich genügt wäre (Außerbetrachtbleiben bestehender Risikoäquivalenz bei Verletzungen durch nicht ausübungsäquivalentes Fremdhandeln).

Beispiel: B darf sich in einem Zimmer des A aufhalten und benutzt ohne Befugnis einen dort befindlichen Gegenstand, den A von C entliehen hat. Dieser wird dabei beschädigt. Hier ist der Gebrauch des Gegenstandes durch B als Ausübung der Möglichkeit, den Gegenstand zu benutzen, nicht einem Handeln des A äquivalent. A haftet daher auch dann nicht für das Verhalten des B, wenn er, falls er sich in dem Zimmer aufgehalten hätte, Verhaltensanforderungen zum Schutz des Gegenstandes hätte beachten müssen

Zu Seite 188

- 1) Daß es für § 549 III (ebenso wie für § 278) genaugenommen nicht auf das Verschulden des "Fremden" ankommt, sondern darauf, ob das fremde Verhalten projiziert auf den Mieter eine schuldhaftige Pflichtverletzung darstellt, folgt daraus, daß der "Fremde" keine vertraglichen Pflichten dem Vermieter gegenüber hat, die er schuldhaft verletzen könnte.

Zu Seite 189

- 1) Vgl. nur RGZ 84, 222 (224); 87, 276 (277); 106, 133 (134); 159, 27 (32), Soergel-Schmidt, § 278 Anm. 20, Staudinger-Werner § 278 Anm. 29, Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4b, Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII (S. 245), Esser-Weyers, Schuldrecht II (Bd. 1), § 16 I 2c (S. 160).
- 2) Siehe z.B. Staudinger-Emmerich (12. Aufl.) § 549 Anm. 69, Soergel-Mezger, § 549 Anm. 41.
- 3) S. o. S. 50, 158 f.
- 4) Vgl. auch Wendt AcP 92, 1 (67), Schneider JherJb 53, 1 (31 f.), Brodmann JherJb 58, 187 (255 f.).
- 5) Vgl. RGZ 103, 372 (374), BGH VersR 69, 754, KG DR 41, 204, Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4b, Zunft AcP 153, 373, 383 f. m.w.N. Soweit es in den genannten Entsch. nicht gerade um Schäden durch den Gebrauch der Mietwohnung ging (in RGZ 103, 372 stand das Offenlassen eines Hof-tors in Frage), war dies für die Ablehnung des § 278 nicht entscheidend. - RGZ 159, 27 (32 f.) ließ die Frage offen, weil die schadensursächliche Verwendung offenen Feuers sich nicht im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauches (=Betrieb einer Polsterwerkstatt) gehalten habe, und schon deshalb § 278 ausscheide. - In RG Recht 27 Nr. 333 wurde der Mieter, dem der Vermieter es überlassen hatte, einen Ofen zu setzen, als Gehilfe des Vermieters angesehen.
- 6) S. u. S. 212.

Zu Seite 190

- 1) S. nur BGH NJW 64, 33 (35), VersR 64, 828.
- 2) Unrichtig daher Zunft aaO S. 384 (bei Prüfung der Frage, ob wenigstens der Mieter "Obhutsgehilfe" des Vermieters sei, der in bisher vom Vermieter selbst bewohnte Räume einziehe).
- 3) S. o. S. 32.

Zu Seite 191

- 1) S. o. S. 90 ff.

Zu Seite 192

S. o. S. 183.

Zu Seite 193

- 1) RGZ 84, 222; 87, 276.
- 2) Vgl. Zunft aaO S. 380 f., Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 4b, Larenz, Schuldrecht I, § 20 VIII S. 245 (etwas einschr.) Fuchs Gruch Beitr 63, 277 (312, 316), Winter, Die Haftung des Mieters, S. 64. Enger noch Planck-Siber, § 278 Anm. 2b, Oertmann, § 549 Anm. 7 und (im wesentlichen nur die Haftung für Untermieter oder sonstige unmittelbaren Besitzer anerkennend) Josef JW 14, 1026 (1030), Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens, S. 60 f. Eingehende Darstellung des früheren Meinungsstandes bei Winter aaO, v. Wietersheim, Die Haftung des Mieters von Räumen. - Zur Fremdhafung des Mieters wegen Schäden an allgemein zugänglichen Räumen (z.B. am Treppenhaus) s. S. 194 f.
- 3) Unrichtig daher Fuchs aaO S. 313, Zunft aaO S. 379 (der sich allerdings auf Hausangestellte bezieht, denen kaum je das Betreten gewisser Räume verboten sein dürfte).
- 4) Zur Frage des "inneren Zusammenhanges" s. weiter im Text.

Zu Seite 194

- 1) § 278 der die über § 278 hinausgehende - in §§ 431, 456 HGB gesetzlich geregelte - Arbeitnehmerhaftung. S. o. S. 160 ff.
- 2) S. o. S. 165 ff.
- 3) RGZ 87, 276. Vgl. auch RGZ 159, 27 (33). - Zu den "Schwarzfahrtfällen" s. u. S. 196.
- 4) Insoweit krit. Zunft aaO. S. 378, Schäfer RabelsZ 22, 409 (412 FN. 7).
- 5) RGZ 106, 133 (Beschädigung des Treppenhauses durch den einen Gegenstand abtransportierenden Spediteur), Zunft aaO S. 380 f., v. Wietersheim aaO (S. 193 FN. 2), S. 45.

Zu Seite 195

- 1) S. o. S. 160 f.
- 2) OLG Stuttgart NJW 53, 1512 (§ 278).
- 3) Die h.M. (vgl. Palandt-Bassenge, § 1036 Anm. 3 m.N.) arbeitet mit § 278

Zu Seite 196

- 1) Zur Haftung bei widerrechtlichem Gebrauch der Sache durch die Aufsichtsperson - hier gilt § 278 nicht - s. die folgende FN.

Fortsetzung zu Seite 196

- 2) Auch die Aufsicht über die zu verwahrende Sache befugt zu gewissen, der ordnungsgemäßen Verwahrung dienenden Einwirkungen auf die Sache. Daher übt auch eine vom Verwahrer eingesetzte Aufsichtsperson die Position des Verwahrers an dessen Stelle aus, wenn sie auf die Sache einwirkt. Da es keine Rolle spielt, ob die Art der Einwirkung dem Willen des Verwahrers entspricht (s. o. S. 193), haftet der Verwahrer demgemäß auch, wenn die Aufsichtsperson die Sache zu eigenen Zwecken benutzt und dabei beschädigt hat (s. weiter im Text).
- 3) BGH NJW 65, 1709.

Zu Seite 198

- 1) S. o. S. 183
- 2) Vgl. nur Soergel-Mühl, vor § 987 Anm. 4, Palandt-Bassenge, § 990 Anm. 2, Westermann, Sachenrecht § 31 IV 1 (S. 145).

Zu Seite 199

- 1) Vgl. nur Soergel-Mühl, vor § 987 Anm. 15, Palandt-Bassenge, vor § 987 Anm. 1b (m.N.).

Zu Seite 200

- 1) Z.B. Palandt-Bassenge, § 1027 Anm. 5.

Zu Seite 201

- 1) S. o. S. 183

Zu Seite 202

- 1) Das bloße Interesse, daß durch den Umgang mit einer Sache keine "sachfremden" Interessen (= Interessen, die nicht am Zustand der Sache bestehen, wie das Interesse an körperlicher Unversehrtheit) verletzt werden, ist kein solches Interesse, obwohl man es als Interesse an einer nicht "schadenstiftenden Befindlichkeit" der Sache begreifen könnte. Wie sich aus dem Sinn der Unterscheidung zwischen der Verletzung eines Interesses am Zustand des eröffneten Sachverhaltsbereichs und der Verletzung sonstiger Interessen ergibt (s. o. S. 186 f.), kommen nämlich nur solche Interessen am Zustand der Sache in Betracht, deren Schutz die Gebrauchsmöglichkeiten von vornherein einschränkt und nicht erst im Verlauf eines bestimmten Gebrauchs gewisse Handlungsalternativen ausschließt. Das ist aber nur der Fall, wenn die Verletzung des Interesses in der Beschädigung der Sache selbst liegt.

Zu Seite 203

- 1) S. o. S. 198 ff.

Zu Seite 204

- 1) Zu Unterlassungspflichten, die sich nicht auf den Gebrauch von Sachen beziehen s. u. S. 219 f., 221 f.
- 2) S. 183

Zu Seite 205

- 1) S. o. S. 50.
- 2) Die Unterlassungspflicht, S. 290 ff.
- 3) Z.B. Ulrich JherJb 64, 208.

Zu Seite 206

- 1) S. o. S. 202 FN. 1
- 2) S. u. S. 211 ff.

Zu Seite 207

- 1) Oder dem Recht auf Wandlung.
- 2) Ob und inwieweit der Rücktrittsberechtigte nach §§ 812 ff. haftet (vgl. § 327 S. 2 und den hieraus gefolgerten "allgemeinen Rechtsgedanken"; N. bei Palandt-Heinrichs, § 327 Anm. 2), in deren Rahmen die Fremdhaftung keine Rolle spielt, muß hier dahingestellt bleiben.
- 3) Hierfür z.B. Flume NJW 70, 1161, 1165 f., Larenz, Schuldrecht I, § 26 b (S. 330), § 26c, S. 335 (bei vertraglich vereinbartem Rücktrittsrecht). Die Haftung nach §§ 347, 989 wegen Verschlechterungen nach Rücktritt wird allgemein als solche für schuldhaftes Pflichtverletzung angesehen.
- 4) Hierfür - jedenfalls im Hinblick auf § 351 - z.B. BGH NJW 72, 155, E. Wolf AcP 153, 97 (135 ff.), Palandt-Heinrichs, § 351 Anm. 2, Wieling JuS 73, 399, 400 (auch im Hinblick auf § 347). Leser (Der Rücktritt vom Vertrag, S. 194 f.) führt die "Einstandspflicht für die Rückgewähr der empfangenen Leistung" auf den Vertrag zurück.

- 1) § 278 würde (nach der hier vertretenen Ansicht) nur die Fälle erfassen, in denen der Rücktrittsberechtigte einen anderen damit betraut hat, besondere Schutzmaßnahmen zu treffen, zu denen er dem Rücktrittsgegner gegenüber verpflichtet ist. Allerdings trifft den Rücktrittsberechtigten auch die über § 278 hinausgehende in §§ 431, 456 HGB gesetzlich geregelte Arbeitnehmerhaftung (s. o. S. 160 f.).
- 2) S. o. S. 183.
- 3) S. o. S. 183.
- 4) Das folgt zwar nicht unmittelbar aus den oben genannten Erwägungen, da der Rücktrittsgegner das Eigentum verloren hat. Aber: Die Verletzung des Interesses des Rücktrittsgegners am Zustand der Sache unterscheidet sich nicht wesentlich von der Verletzung des Eigentums, da der Rücktrittsberechtigte im Falle der Beschädigung der Sache zurücktritt, soweit dies möglich ist, und daher die Beschädigung den Rücktrittsgegner de facto so trifft, wie wenn er Eigentümer geblieben wäre. Der Rücktrittsgegner darf daher nicht schlechter behandelt werden als ein Eigentümer, der einem anderen ein Besitzrecht eingeräumt hat.

Zu Seite 209

- 1) Z.B. Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, S. 198 (m.w.N. auf S. 189 FN. 134).
- 2) v. Caemmerer, Festschr. f. Larenz, S. 621, 632 f. (die Wandlung behandelnd).
- 3) Außerdem hat die genannte Ansicht zur Konsequenz, daß die Haftung des Rücktrittsberechtigten für Verschlechterungen vor dem Rücktritt an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft wäre als die Haftung für Verschlechterungen nach dem Rücktritt; denn letztere ist, wie allgemein anerkannt, eine Haftung wegen schuldhafter Pflichtverletzung und setzt damit ein ("echtes") Verschulden voraus. Allerdings läßt sich dieser Unterschied wohl mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen rechtfertigen, falls man den Rücktrittsberechtigten nach §§ 347, 989 für Verschlechterungen vor dem Rücktritt nur auf Wertersatz haften läßt (hierfür Leser aaO S. 199 f., Wieling JuS 73, 397, 400).
- 4) Vgl. RGZ 145, 79, 83 (Gebrauch der Sache durch den Käufer nach Wandlung).

Zu Seite 210

- 1) Vgl. BGH MDR 55, 464, NJW 58, 1773; 72, 155, wo allerdings nur davon die Rede ist, daß der Weitergebrauch der Sache nach Erklärung der Wandlung, auch wenn er zu Wertminderungen geführt hat, den Käufer nicht notwendig des Wandlungsrechts beraubt.
- 2) S. o. S. 147 f.

Zu Seite 211

- 1) S. o. S. 160 f.

Zu Seite 212

- 1) S. o. S. 183.
- 2) S. o. S. 189 f.
- 3) S. o. S. 184.
- 4) Vgl. BGH NJW 64, 33 (§ 278 bejaht; "Obhutsgehilfe").
- 5) Die h.M. arbeitet mit der Figur des "Obhutsgehilfen" und wendet § 278 an. S. o. S. 50, 158 f. Auch die in den folgenden FN. genannten Entsch.verfahren in dieser Weise.
- 6) Vgl. OLG Hamm NJW 61, 2348. Ähnlicher Fall: BGH VersR 78, 38.
- 7) Vgl. RGZ 102, 231 (fehlerhafte Verlegung einer Gasleitung).

Zu Seite 213

- 1) S. o. S. 164 ff.
- 2) Hierauf stellt die h.M. bei der Gehilfenhaftung (unter die sie mit Hilfe der Figur des "Obhutsgehilfen" auch die Ausübungshaftung fallen läßt) ab. S. o. S. 165 f.
- 3) Vgl. BGH LM BGB § 278 Nr. 39 (Brand durch Rauchen in feuergefährlichen Räumen), wo (zu Unrecht) die Frage des "inneren Zusammenhanges" angeschnitten wurde, aber wegen eigenen Verschuldens des Vermieters offen blieb. Vgl. auch BGHZ 23, 319: Die Ehefrau des Klinikverwalters hatte in der Nähstube gebügelt und dadurch einen Brand verursacht, der einen Patienten schädigte (Netzhautablösung infolge eines rauchbedingten Hustenanfalles). Der BGH (aaO S. 324) stellte (im Erg.) zu Recht nur darauf ab, ob die Frau befugt war, die klinikeigene Bügeleinrichtung zu benutzen.
- 4) S. o. S. 180 f.

Zu Seite 214

- 1) Es gilt also insoweit das gleiche wie im Falle der Verletzung eines Interesses am Zustand der Sache. S. o. S. 186 f.
- 2) Daher wäre im Fall BGH LM BGB § 278 Nr. 39 (s.S. 213 FN. 3 auch ohne eigenes Verschulden des Vermieters eine Haftung zu bejahen gewesen.
- 3) Im Erg. daher auch nach der hier vertretenen Ansicht richtig RGZ 102, 231 (s.S. 212 FN.7 . Vgl. ferner die S. 212 FN. 6 genannten Entsch.
- 4) Auch nach der hier vertretenen Ansicht war daher im Falle BGH NJW 64, 33 (s.o.S.212 zu FN. 4) die Haftung zu bejahen. Desgleich fehlte es in BGHZ 23, 319 (s. S.213 FN. 3 nicht an der Äquivalenz des Ausübungsrisikos.

Zu Seite 216

- 1) S. o. S. 183.
- 2) Oder des Risikos von Handlungen, die B im Auftrag des A an, in oder mit der Sache vornehmen sollte.
- 3) S. o. S. 180 f.
- 4) S. o. S. 177.
- 5) S. o. S. 211 f.

Zu Seite 217

- 1) S. o. S. 128 f. Vgl. auch § 254 III 1 i.d.F. des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (1967): "Ist wegen Beschädigung einer Sache Ersatz zu leisten, so steht dem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten das mitwirkende Verschulden desjenigen gleich, der auf Grund eines Rechtes die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt".
- 2) S. o. S. 129.
- 3) Darüber, daß § 254 die Sanktion einer Interessenverletzung ist, s.o.S. 128 u. dort FN. 2.
- 4) S. o. S. 131.
- 5) Auch Meckling (Mitwirkendes Gehilfenverschulden, S. 241 ff.) lehnt die "Mitverschuldenszurechnung bei fremder Sachherrschaft" ab.
- 6) S. o. S. 130.

Zu Seite 218

- 1) Entsprechende Bestimmungen finden sich in anderen Gesetzen. Vgl. z.B. § 24 LuftVG, § 4 HPflG.
- 2) Genau genommen dürfte es dabei gar nicht um eine Zurechnung fremden Verhaltens gehen, sondern um eine bloße Beschränkung der Haftung des Schädigers: Der Schädiger soll nur für die Verwirklichung des Risikos dem er die ordnungsgemäße benutzte Sache ausgesetzt hat, uneingeschränkt haften.
- 3) Z.B. BGH NJW 65, 12. A.M.z.B. Esser-Schmidt, § 35 III 1 (S. 228).

Zu Seite 219

- 1) Vorausgesetzt, daß A seinerseits zur Weitergabe der Information an B befugt war. Andernfalls haftet A schon wegen eigenen Verschuldens
- 2) Ob A dem B die Information erst zugänglich gemacht hat, nachdem er sie von C erhalten hatte, oder ob er von vornherein den B mit ihrem Empfang betraut hat, kann für die Fremdhftung keinen Unterschied machen.

Zu Seite 220

- 1) S. o. S. 186 f.
- 2) S. o. S. 50,158 f. So ausdrücklich im Hinblick auf die unbefugte Weitergabe von Informationen durch Hilfspersonen der Gründungs- und Abschlußprüfer einer AG Großkomm. z. AktG (Barz, Brönner), § 49 Anm. 14, § 168 Anm. 15. Kleinewefers-Wilts (NJW 63, 2347ff.) lehnen (was die ärztliche Schweigepflicht anbelangt) § 278 ab und arbeiten im Anschluß an Lehmann (s.o.S.205) mit dem Gedanken einer Garantieübernahme.
- 3) Vgl. die N. im Großkomm. z. AktG aaO (s. FN. 2).

- 1) Darin, daß A die Vollmacht im Hinblick auf die ihm im Verhältnis zu C Verbotenen Änderungen seiner Rechtsstellung nicht beschränkt hat, liegt nicht immer ein eigenes Verschulden. In manchen Fällen ist außerdem der Umfang der Vollmacht gesetzlich festgelegt, und kann daher gar nicht wirksam beschränkt werden (vgl. § 50 HGB). S. ferner S. 222 FN. 3.

- 2) Die Mitwirkung des (an der Änderung beteiligten) Vertragspartners des A an der Änderung der Rechtsstellung des A ist natürlich von vornherein nicht Ausübung der dem A vorbehaltenen Möglichkeit, seine Rechtsstellung zu verändern. Daher haftet A niemals für das Verhalten des (an der Änderung beteiligten) Vertragspartners. Mit dieser Begr. hätte im Falle RGZ 79, 36 die Fremdhaftung abgelehnt werden müssen. Hier war A (=Milchhändler) dem C gegenüber verpflichtet - die Gültigkeit dieser Verpflichtung nach heutigem Recht steht nicht zur Debatte -, aus bestimmten Bezirken keine Milch zu beziehen. Ohne sein Wissen wurde ihm von seinem Lieferanten Milch verkauft, die dieser seinerseits aus einem "verbotenen" Bezirk bezogen hatte. Das RG (aaO S. 42), das mit der Figur des Gehilfen bei der Erfüllung von Unterlassungspflichten arbeitete, lehnte die Haftung mit der seltsamen Begr. ab, daß "der Umstand, daß der Schuldner sich des anderen 'bediene' deutlich in Erscheinung treten" müsse. Das sei bei Unterlassungsverbindlichkeiten vornehmlich der Fall in Ansehung der Angestellten des Schuldners.

- 3) Anders ist es nur im Falle einer Anscheinsvollmacht.

Zu Seite 222

- 1) S. o. S. 186 f.
- 2) Als Haftungsfolge kommt auch die Verwirkung einer Vertragsstrafe in Betracht.
- 3) Hat A dem B ermöglicht, ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen vorzunehmen, das ihm selbst verboten wäre, so scheidet eine Haftung für das Verhalten des B aus (unrichtig daher insoweit. OLG Frankfurt NJW 74, 2239 m.abl. Anm. P. Ulmer: A hatte das Recht zum allgemeinen Vertrieb seiner Waren, das bisher C innehatte mit Wirkung vom 1.9. auf B übertragen. B verkaufte schon vor dem 1.9. Waren des A, die dieser ihm offenbar geliefert hatte. Das OLG sah B als Erfüllungsgehilfen des A an. Die Entsch. ist im Erg. aber wohl unter dem Aspekt eines eigenen Verschuldens des A richtig). Allerdings kommt eine Fremdhafung in Betracht, wenn B, zwar die Rechtsstellung des A nicht verändert hat, de facto aber den gleichen Erfolg erzielt hat, wie wenn er das verbotene Rechtsgeschäft mit Wirkung für A vorgenommen hätte. Die Möglichkeit von Umgehungshandlungen kann nämlich unter dem Aspekt der Ausübungshaftung der Möglichkeit zum Abschluß eines entsprechenden Rechtsgeschäfts gleichstehen. Um einen solchen Fall ging es in RGZ 63, 116. Hier war A dem C gegenüber verpflichtet, beim Verkauf von Waren einen bestimmten Mindestpreis nicht zu unterschreiten (was nach heutigem Recht nur noch im Rahmen des § 16 GWB möglich ist). B, der von A mit dem Abschluß von Kaufverträgen betraut war, hielt zwar die Preisgrenze ein, gab aber den Käufern Rabattmarken, die von einem Rabattsparverein eingelöst wurden. Da die Abgabe der Rabattmarken einem Preisnachlaß gleichstand und nur im Zusammenhang mit den Kaufverträgen sinnvoll war, zu deren Abschluß A den B bevollmächtigt hatte, mußte A sich so behandeln lassen, als habe er dem B die Möglichkeit eingeräumt, entsprechende Kaufverträge zu schließen. Das RG (aaO S. 218) arbeitete mit § 278.
- 4) Vgl. RGZ 63, 116 (s. vorhergehende FN.), 79, 36 (s. S. 221 FN. 2).

Zu Seite 230

- 1) Wenn jemand zu einer Leistung verpflichtet ist, so bedeutet dies auch, daß sein Vermögen für die Erfüllung der Pflicht haftet. Von dieser Haftung, der gegenüber bekanntlich Binder (z.B. in JherJb 77, 75 ff.) das Leistensollen sehr in den Hintergrund treten läßt, ist hier nicht die Rede. S. hierzu S. 231 FN. 1.
- 2) Zu Unterlassungspflichten s. u. S.241.

Zu Seite 231

- 1) Die Haftung für die Erfüllung der Pflicht trifft allerdings das Vermögen des Vertretenen (weshalb dieser auch zur Leistung verurteilt wird, s. dazu auch S. 250 FN. 3). Zur Zwangsvollstreckung nach §§ 888, 890 ZPO s. u. S. 250 ff.
- 2) Dies beruht vermutlich darauf, daß zwischen Pflicht (=Verhaltensnorm) und Haftung nicht unterschieden wird, - N.zur richtigen Ansicht s. u. S. 235 FN. 2 , (gesetzl. Vertreter im engen Sinne), S. 271 FN. 3 ("Vertreter kraft Amtes"), S. 289 FN. 4 (Organe einer juristischen Person).
- 3) S. aber FN. 1.

Zu Seite 232

- 1) S. dazu unten S. 242.

- 1) Eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung kommt immer in Betracht, wenn über die Wahrnehmung von Angelegenheiten des Vermögensinhabers der Wille einer anderen Person entscheidet, ohne daß deren Zuständigkeit auf dem Willen des Vermögensinhabers beruht. Es geht somit um die Haftung für gesetzliche Vertreter im weitesten Sinne, also auch für "Vertreter kraft Amtes" (Konkurs-Nachlaß-, Zwangsverwalter). Hier wird zunächst die Haftung für gesetzliche Vertreter im technischen Sinne behandelt (also die Haftung des Minderjährigen oder Entmündigten für seine Eltern oder seinen Vormund oder einen Ergänzungspfleger), die gewisse Besonderheiten gegenüber der Haftung für "Vertreter kraft Amtes" aufweist. - Der Wille des Pflegers einer gebrechlichen, aber geschäftsfähigen Person (vgl. § 1910) ist zwar insofern nicht an Stelle des Willens dieser Person maßgeblich, als deren Wille den Vorrang vor dem des Pflegers hat (vgl. nur BGH WM 74, 272, 273). Der Pfleger darf aber jedenfalls ohne einen entsprechenden Willen des Pfleglings in dessen Angelegenheiten tätig werden. Daher ist er im Hinblick auf die Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung ~~dann~~ einem gesetzlichen Vertreter gleichzustellen, soweit er nicht vom Pflegling gesetzte Zwecke verfolgt (so daß dieser nach den Grundsätzen der Gehilfenhaftung haftet). Auch für sonstige Pfleger (Abwesenheitspfleger, § 1911, Pfleger eines Sammelvermögens, § 1914, Nachlaßpfleger, § 1960) wird unter dem genannten Vorbehalt (der nur im Falle einer Nachlaßpflegschaft relevant werden kann) nach den Grundsätzen der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung gehaftet. Allerdings ist zw., ob Einschränkungen der Fremdhaftung des Minderjährigen (Entmündigten), die mit dessen Fürsorgebedürfnis zusammenhängen (s. u. S. 236), auch in diesen Fällen gerechtfertigt sind, und nicht die strengere Haftung für "Vertreter kraft Amtes" eingreift (s. u.S. 264 FN.4).- Die Befugnis eines Ehegatten (B), gewisse Geschäfte mit Wirkung (auch) für den anderen (A) zu besorgen (§ 1357) macht ihn nicht zu einem - eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung rechtfertigenden gesetzlichen Vertreter des anderen. Dennoch haftet A - und zwar unabhängig von den Grundsätzen der Gehilfenhaftung -, wenn B eine Forderung verletzt, die aus einem unter § 1357 fallenden Geschäft herrührt; denn wenn der Gläubiger zu seiner Sicherung (§ 1357 dient auch dem Gläubigerschutz, vgl. Münchner Komm. (Wacke), § 1357 Anm. 1), neben seinem Geschäftspartner einen weiteren Schuldner erhält, dann muß dieser auch für Verbindlichkeiten eintreten, die sich auf das Ausbleiben ordnungsgemäßer Leistung gründen (vgl. § 767 I). Ob sich auf diese Weise allerdings eine Haftung des A für eine culpa in contrahendo des B oder wegen eines von B verursachten Begleit-

Fortsetzung zu Seite 233

schadens rechtfertigen läßt, ist zweifelhaft. Auch die Voraussetzungen der Gehilfenhaftung sind in derartigen Fällen nicht immer erfüllt. Die h.M. läßt den anderen Ehegatten (=A) unter schlichter Verweisung auf § 278 für culpa in contrahendo oder eine Forderungsverletzung haften, die im Zusammenhang mit dem Abschluß oder der Abwicklung eines unter § 1357 fallenden Geschäftes steht (vgl. Palandt-Diederichsen, § 1357 Anm. 3a, Münchner Komm. aaO Anm. 31).

- 2) Vgl. Esser, Schuldrecht I (3. Aufl.), § 39 V (S. 262), E. Schmidt AcP 170, 502 (515 f.), Larenz, Schuldrecht I, § 20 VII (S. 241).
- 3) Larenz aaO, E. Schmidt aaO (der allerdings betont, daß anders als bei der Gehilfenhaftung kein Zusammenhang mit dem Prinzip der Arbeitsteilung bestehe).
- 4) S. o. S. 32 f.

Zu Seite 234

- 1) S. o. S. 230 ff.
- 2) Zu Unterlassungspflichten s. u. S. 241.
- 3) Wohl aber ist sein Vermögen der Haftung für die Erfüllung der Pflicht unterworfen. Zur Zwangsvollstreckung nach §§ 888, 890 ZPO s. u. S. 250ff.

- 1) Allerdings treffen diese Pflichten den Minderjährigen nur, sofern der Vertreter sich die Ausführung des Geschäftes nicht selbst vorbehält (und daher der Minderjährige das geforderte Verhalten in die Tat umsetzen kann).
- 2) Dies wurde früher richtig gesehen. Vgl. z.B. H.J.Wolff, Organschaft und juristische Person, Bd. I., S. 118, Hölder, Natürliche und juristische Personen, S. 125, Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht, Bd. II., S. 37. S. ferner auch John, Die organisierte Rechtsperson, S. 228 f., Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 176 ff. - Demgegenüber können Minderjährige ohne weiteres Subjekte von Berechtigungen sein. Die Fähigkeit, Rechte zu haben, und die Fähigkeit, Adressat von Pflichten zu sein, fallen also nicht notwendig zusammen. Vgl. H.J.Wolff aaO S. 116 f.
- 3) Dies ist insofern gerechtfertigt, als das Vermögen des Minderjährigen der Haftung für die Erfüllung der Pflicht unterworfen ist, und der Minderjährige daher im Vollstreckungstitel genannt werden muß. Vgl. auch S. 250 FN. 3.

- 1) S. o. S. 229.
- 2) Die fehlende Möglichkeit, den Vertreter zu kontrollieren, spielt dagegen keine Rolle. Wenn ein fremder Wille für die Wahrnehmung eigener Angelegenheiten maßgeblich ist, dann bedeutet dies immer das Fehlen eigener Kontrollmöglichkeiten, so daß dessen Berücksichtigung darauf hinausliefere, einer Voraussetzung der Haftung eine haftungsbeschränkende Wirkung zuzubilligen. Auch die Tatsache, daß der Minderjährige den Vertreter nicht aussuchen kann, hat keine Bedeutung.
- 3) Vgl. auch Bötticher ZZP 77, 55 (77): aus dem Fürsorgegedanken heraus werde dem Mündel der "böse Tropfen" erspart. Landwehr (AcP 164, 482, 511) meint, ~~die Beschränkung erkläre sich daraus~~, daß der Geschäftsunfähige solle als Ausnahmeerscheinung wegen seiner mangelnden oder fehlenden Reife und Einsicht vom Rechtsverkehr ferngehalten und nur die für ihn und die Wahrung seiner Rechte notwendigen Maßnahmen durch den Stellvertreter ausgeführt werden". Dies erklärt aber nicht, weshalb der Minderjährige nicht haften soll, wenn der gesetzliche Vertreter in Wahrnehmung seiner Angelegenheiten ein Delikt begeht. Allerdings rechtfertigt der Fürsorgegedanke das Haftungsprivileg nicht, wenn der Vertreter für den Minderjährigen aktiv am Wirtschaftsleben teilnimmt (s. u. S. 237).
- 4) Die Motive (Bd. II S. 737) sprechen davon, daß nach einer über § 278 hinausgehenden Haftung des Minderjährigen kein Bedürfnis bestehe.
- 5) § 1664 (keine Haftung der Eltern gegenüber dem Minderjährigen bei diligentia quam in suis) beschränkt den Regreß wegen eines von den Eltern angerichteten Schadens nicht (unrichtig daher Derpa (s.u.S. 237 FN. 1) S. 149 FN. 2). Andernfalls müßte der Minderjährige nur deshalb (im Falle einer diligentia quam in suis) den Schaden endgültig tragen, weil der Geschädigte gegen ihn vorgeht.

Zu Seite 237

- 1) So auch schon Ballerstedt JZ 51, 486 (492), Derpa, Die Zurechnung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns bei Vertretung kraft Amtes, S. 148 f., die daher schon de lege lata den Minderjährigen für Delikte des gesetzlichen Vertreters, die dieser im Zuge der Unternehmensführung begeht, haften lassen wollen. In diesem Sinne (unter dem Aspekt des schon von v. Tuhr, Der allgemeine Teil, S. 46', in diesem Zusammenhang bemühten Vorteilsgedankens) auch v. Caemmerer (Festschr. f. Flume, S. 359, 367 f.), der die von ihm befürwortete Analogie des § 31 auf alle anderen Fälle der Verwaltung von Kindes- oder Mündelvermögen erstrecken will.

Zu Seite 238

- 1) S. u. S. 261 f.
- 2) Dafür spricht auch Folgendes: Der gesetzliche Vertreter, der ein Delikt begeht, haftet selbst. Wenn man in den hier angesprochenen Fällen diese Haftung als ungenügend empfindet, so doch nur deshalb, weil sie nicht den Zugriff auf das Betriebsvermögen eröffnet. Mit der Haftung des Vertreters und der Haftung des Minderjährigen mit dem Betriebsvermögen wäre den Interessen des Geschädigten hinreichend gedient.
- 3) Die Frage, wann der Minderjährige selbst die Voraussetzungen einer Risikohaftung erfüllt (also z.B. Halter ist), interessiert hier nicht. Vgl. hierzu v. Caemmerer aaO S. 361 f. m.N.
- 4) Vgl. die N. bei Palandt-Bassenge, § 904 Anm. 3b.

Zu Seite 239

- 1) So im Erg. auch v. Caemmerer aaO S. 367 f., der den Minderjährigen ganz selbstverständlich als den haftenden "Betriebsinhaber" ansieht, ohne dessen fehlende Sachherrschaft in Betracht zu ziehen. In der Begr. unklar Derpa (s.o. S. 237 FN. 1) S. 151 ff., der ebenfalls eine Haftung des Minderjährigen bejaht: Er geht davon aus, daß der Minderjährige der Halterhaftung unterliege, weil er Halter sein könne, und begreift dann die Haftung wegen eigenen Haltens als Fremdhaftung, wenn der gesetzliche Vertreter die für das Halten erforderliche Verfügungsgewalt für den Minderjährigen ausübt (aaO S. 155 f.).
- 2) Die Haltereigenschaft setzt Nutzung für eigenes Interesse und Verfügungsgewalt voraus. Vgl. nur BGHZ 13, 351 (KFZ). Einzelheiten bei Geigel, Der Haftpflichtprozeß, 25. Kap., Rdz. 6.
- 3) Übersehen von v. Caemmerer (s. o. FN. 1). - Man könnte allerdings überlegen, ob der Minderjährige nicht doch Halter sei, weil der Terminus "Halter" ein elastisches Gefüge in sich abstuftbarer Merkmale bezeichne, also als Typus (und nicht als Begriff) aufzufassen sei, und es daher für die Haltereigenschaft genüge, wenn jemand ein (mehr oder minder großes) Interesse an einer Sache habe und in einer gewissen Beziehung (z.B. als mittelbarer Besitzer) zu ihr stehe (vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 196 f.). Es ist aber zw., ob nicht nach den Grundgedanken der Gefährdungshaftung nur Halter ist, wer wenigstens darüber entschieden hat, daß die Gefahrenquelle überhaupt eröffnet und genutzt wird. Einer vertieften Behandlung dieser Frage bedarf es jedoch nicht, da der Minderjährige auch haftet, wenn man ihn nicht als Halter qualifiziert (s. weiter im Text). Es kann daher auch offen bleiben, ob der Grundsatz des RG, wonach dann, wenn die Haltermerkmale nicht in einer Person erfüllt sind, darauf abzustellen ist, "welches Merkmal aus besonderen Gründen den Ausschlag zu geben hat" (JW 20, 556, Betrieb eines Eisenbahnunternehmens), oder "auf wen die Merkmale in größtem Umfang zutreffen" (DR 43, 641), eine Haftung des Minderjährigen rechtfertigen würde.

Zu Seite 240

- 1) Vgl. S. 231 f.
- 2) Weder kann wegen der geschuldeten Leistung in sein Vermögen vollstreckt werden (zu §§ 888, 890 ZPO s. aber S.250 f.), noch schuldet er Schadensersatz wegen einer Verletzung der Pflicht.
- 3) S. aber S. 235 FN. 2.

Zu Seite 241

- 1) Der Vertrag kann auch dahin auszulegen sein, daß den gesetzlichen Vertreter die Unterlassungspflicht nicht nur in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter trifft, daß er die Handlungen also auch unterlassen muß, wenn er nicht die Angelegenheiten des Minderjährigen wahrnimmt. Allerdings haftet nur der Vertreter, falls er das verbotene Handeln nicht im Vollzug stellvertretender Entscheidung vornimmt.
- 2) Dies bestimmt sich nach § 276 I 2, 828.

Zu Seite 242

- 1) Zum Erfordernis der Erfüllung des Haftungstatbestandes im Vollzug stellvertretender Entscheidung s. u. S. 246 f. und speziell zu Schädigungen bei der Anbahnung eines gerichtlicher Genehmigung bedürftigen Geschäfts S. 249 FN. 1.
- 2) RGZ 132, 76 (79), Palandt-Heinrichs, § 276 Anm. 6b, dd, Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 422, Flume, Das Rechtsgeschäft, § 46, 6 (S. 798), Larenz, Schuldrecht I, § 20 VII (S. 241 FN. 2), Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 83 ff., Sticht, Zur Haftung des Vertretenen, S. 62 ff. (m.w.N.).
- 3) Flume aaO spricht davon, daß die Pflichten dem Vertretenen "zugeordnet" seien.
- 4) AcP 151, 501 (515 ff.). Ihm folgend und seine Gedanken verallgemeinernd (s. nächste FN.) E. Schmidt AcP 170, 502, 517 ff. Ausführliche Kritik bei Frotz aaO S. 75 ff., Sticht aaO S. 60 ff.
- 5) E. Schmidt (aaO) will in Verallgemeinerung der Gedanken Ballerstedts den Minderjährigen überhaupt nicht für Schutzpflichtverletzungen des Vertreters haften lassen, also auch nicht für die Verletzung von Schutzpflichten aus dem Vertragsverhältnis.
- 6) AaO S. 527.
- 7) AaO S. 530 f. Weitere Ausnahme: Die Verletzung von Verhandlungspflichten verschafft dem Vertretenen Vorteile, die ihm bei ordnungsgemäßer Verhandlungsführung des Vertreters nicht zugeflossen wären (aaO S. 528 f.).

Zu Seite 243

- 1) Vgl. nur Ballerstedt aaO S. 508 ff. Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 6 b, gg m. zahlreichen N. aus der Rspr.
- 2) So ausdrücklich Larenz, Schuldrecht I, § 9 I 5 (S. 101).

Zu Seite 244

- 1) S. o. S. 236.
- 2) S. o. S. 232.
- 3) Zu §§ 833 S. 2, 336 s. u. S. 245 FN. 3.

Zu Seite 245

- 1) Vgl. RG JW 15, 580 = WarnRspr. 15 Nr. 283, WarnRspr. 16, Nr. 278, Staudinger-Schäfer § 836 Anm. 8, Soergel-Zeuner § 836 Anm. 1, ~~Soergel-Zeuner, § 836 Anm. 1~~ a.M. v. Caemmerer aaO (S. o. S.237 FN. 1), S. 369. Allerdings ist de lege ferenda jedenfalls insoweit eine Haftung zu befürworten, als die Pflichten im Zusammenhang mit der Führung eines Unternehmens stehen. S. o. S. 237. Vgl. ferner FN. 3.
- 2) S. o. S. 53 f.
- 3) Allerdings scheidet eine Haftung des Vertreters bei Verletzung der Aufsichtspflicht über Nutztiere des Minderjährigen (§ 833 S. 2) aus, da der Vertreter nicht Halter ist (s. o. S. 239). Dann muß der Minderjährige entsprechend dem zur Risikohaftung Gesagten (s. o. S. 239) haften. Das gleiche gilt in den Fällen des § 836, wenn man nicht § 838 auf den Vertreter anwendet (hierfür aber z.B. Weimar MDR 57, 272, a.M. Staudinger-Schäfer § 838 Anm. 4, offen lassend BGHZ 21, 285, 291), oder den Vertreter wie einen Eigenbesitzer (vgl. § 836 III) behandelt. Soweit also eine eigene Haftung des Vertreters (in den hier angesprochenen Fällen) ausscheidet, ist im Erg. v. Caemmerer (s. o. FN. 1) Recht zu geben.

Zu Seite 246

- 1) Dieser Terminus ist insofern nicht ganz korrekt, als der Vertreter nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, wenn die Identifikation die Verletzung einer Pflicht ergibt, die ihn nur in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter trifft.

Zu Seite 247

- 1) S. die nächste FN.
- 2) Schuldner bedeutet hier: Adressat des Leistungsfehls. Der Vollstreckung unterliegt - vorbehaltlich der Fälle der §§ 888, 890 (s. u. S. 250 f.) - nur das Vermögen des Minderjährigen.

Zu Seite 248

- 1) Was die Verletzung von Unterlassungspflichten anbelangt, so ist im Hinblick auf das hier besprochene Erfordernis hervorzuheben, daß Einwirkungen des Vertreters auf einen einer Rechtsposition des Minderjährigen unterliegenden Sachverhaltsbereich auch dann Vollzug stellvertretender Entscheidung sind, wenn die Verfolgung der über die Einwirkung als solche hinausgehenden Zwecke eine eigene Angelegenheit des Vertreters ist. Stellt also das verbotene Handeln eine Einwirkung auf eine dem Minderjährigen gehörende Sache dar, dann haftet der Minderjährige immer.
- 2) Beispiel: Der Vertreter ist auf einer - nicht der Erfüllung dienenden - Autofahrt durch sein Verschulden in einen Unfall verwickelt worden und kann daher die geschuldete Leistung nicht erbringen.
- 3) S. o. S. 228.

- 1) Dies gilt auch, wenn der intendierte Vertrag der gerichtlichen Genehmigung bedarf (vgl. §§ 1643, 1821, 1822), und diese nicht erteilt wird; denn das Genehmigungserfordernis beseitigt nicht die Zuständigkeit des Vertreters für die Vertragsanbahnung (vgl. nur Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 97 f., Sticht aaO (s. o. S. 242 FN. 2) S. 68 f.). Dennoch lehnt Gernhuber (Familienrecht § 52 III 11, S. 600) wegen des Schutzzweckes des Genehmigungserfordernisses eine Haftung ab: Wo nur kontrolliertes rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters den Minderjährigen belasten sollte, dürfe auch kein Anspruch aus culpa in contrahendo entstehen (zustimmend - de lege ferenda ? - Frotz aaO S. 98; die Frage offen lassend RGZ 132, 76, 79). Die Kontrolle des Gerichts kann aber von vornherein nur eine den Minderjährigen benachteiligende Gestaltung des Geschäftes verhindern, nicht aber Schädigungen des Geschäftspartners durch den Vertreter, die eine Haftung des Minderjährigen nach sich ziehen. Daher kann es nicht der Zweck des Genehmigungserfordernisses sein, den Minderjährigen vor einer Haftung zu bewahren, die sich darauf gründet, daß der Vertreter die Interessen des Vertragspartners in Anbahnung eines genehmigungsbedürftigen Geschäftes verletzt hat. Demgemäß muß entgegen RGZ 132, 76 (78) der Minderjährige auch für ein arglistiges Verhalten des Vertreters einstehen, und zwar auch dann, wenn es, wie im Falle des § 463 S. 2, zu einer Haftung auf das Erfüllungsinteresse führt.
- 2) S. o. S. 164 ff.
- 3) S. o. S. 166.

Zu Seite 250

- 1) Höchstpersönlich ist nicht gleichbedeutend mit unvertretbar i.S. des § 888 ZPO.
- 2) S. o. S. 240.
- 3) Eine ausdrückliche Verurteilung des gesetzlichen Vertreters zur Leistung (neben einer solchen des Minderjährigen zur Duldung der Zwangsvollstreckung) wäre mit Komplikationen verbunden: Es müßte klargestellt werden, daß die Zwangsvollstreckung nicht - wenn man einmal von der Verhängung des Zwangsgeldes absieht - gegen den Vertreter zu richten ist, und der Vertreter nicht auf Schadensersatz bei Verletzung der Pflicht haftet. Außerdem dürfte der Vertreter nicht die Prozeßkosten tragen. Es ist daher vernünftig, nur den Minderjährigen als Prozeßpartei anzusehen.

Zu Seite 250

- 1) Auch § 51 II ZPO ist nicht anwendbar, da er dem Minderjährigen nur ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters im Zusammenhang mit der Prozeßführung zurechnet. Außerdem ist die Verhängung des Zwangsgeldes nach § 888 ZPO nicht verschuldensabhängig (Stein-Jonas-Münzberg, § 888 Anm. II).
- 2) Gewöhnlich wird von prozeßunfähigen Schuldern gesprochen. Das ist nicht ganz korrekt, da die Vornahme des Handelns keine Prozeßhandlung ist, und daher die Prozeßfähigkeit keine Rolle spielt. Es geht daher streng genommen um die Geschäftsfähigkeit.
- 3) Stein-Jonas-Münzberg, § 888 Anm. IV. Die Verhängung von Zwangsgeld nur gegen den Minderjährigen zulassend: Thomas-Putzo, § 888 Anm. 3, Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungsrecht, § 38 II 3 (S. 190), Schultzenstein ZZP 35, 475 (490 ff.). N. zur Gegenmeinung s. die nächste FN.
- 4) So auch Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 53, 4b (S. 274), Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, S. 194 (sofern der Minderjährige sich nicht selbst "straffällig" macht, eine Ausnahme, die für § 888 ZPO nicht in Betracht kommt, wenn der Minderjährige nicht selbst Adressat der Pflicht ist, s. weiter im Text).
- 5) S. o. S. 250 FN. 3.
- 6) Für die Duldungspflicht gilt das im folgenden Gesagte entsprechend.

Zu Seite 252

- 1) S. o. S. 241.
- 2) Eine eigene Verurteilung des gesetzlichen Vertreters brächte erhebliche Komplikationen mit sich: Es müßte klargestellt werden, daß der gesetzliche Vertreter das verbotene Handeln nur im Vollzug stellvertretender Entscheidung nicht vornehmen darf (es sei denn, daß der im Namen des Minderjährigen geschlossene Vertrag dahin auszulegen ist, daß der Vertreter nicht nur als solcher das Unterlassen schuldet). Ferner müssen die Prozeßkosten dem Minderjährigen zur Last fallen. Es ist daher vernünftig, nur den Minderjährigen als Partei anzusehen.
- 3) Z.B. OLG Hamm OLGZ 66, 52 (54), Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 890 Anm. 3 E, Thomas-Putzo § 890 Anm. 4e, Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungsrecht, § 38 III 3 (S. 192), Schultzenstein ZZP 35, 475 (515 ff.). Wie hier (jedenfalls im Erg.) OLG Kassel Rspr. OLG 40, 416, Stein Jonas-Münzberg, § 890 Anm. V, Rosenberg-Schwab, § 53, 4 b (S. 274), Theuerkauf ZZP 78, 215 (222).
- 4) S. o. FN. 2.

- 1) Ist das Mitverschulden des Minderjährigen auf ein diesem nach §§ 254, 278 zuzurechnendes Aufsichtsverschulden des gesetzlichen Vertreters (s. u. S. 255) zurückzuführen, so ist zw., ob beide Verantwortungsbeiträge einfach kumulativ zu Lasten des Minderjährigen berücksichtigt werden dürfen (wie dies das OLG Düsseldorf NJW 73, 1801 annimmt), da sich das beiderseitige Verhalten nur in einem Ursachenbeitrag ausgewirkt hat.

- 2) Esser (JZ 52, 257, 260; 53, 692) verlangt, daß der gesetzliche Vertreter kraft seiner Vertretungsmacht tätig wurde, was zu eng ist, da ein Handeln des Vertreters auch dann Vollzug stellvertretender Entscheidung sein kann, wenn hierfür die Befugnis zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit Wirkung für den Minderjährigen keine Rolle spielte (s. o. S.226 ff; zu weitgehend allerdings Kleindienst, Der Bewahrungsgehilfe S. 81 f.). So ist z.B. der Gebrauch von Sachen des Minderjährigen eine Entscheidung über dessen Angelegenheiten gleichgültig, welche Zwecke der Vertreter damit verfolgt. - Auch der BGH (JZ 55, 453, vgl. auch BGHZ 33, 136, 142) meint, daß der gesetzliche Vertreter "in Ausübung der gesetzlichen Vertretung" gehandelt haben müsse, also "in Wahrnehmung derjenigen Rechtsbefugnisse, mit denen er im Interesse des von ihm Vertretenen darum ausgestattet ist, weil dieser im Rechtsverkehr nicht anders rechtswirksam zu handeln in der Lage ist". Dennoch sieht sich der BGH z.B. nicht daran gehindert, dem Minderjährigen ein Aufsichtsverschulden seines Vertreters (hierzu s. u. S. 255) zuzurechnen, sofern nur eine Sonderbeziehung zwischen dem Minderjährigen und dem Schädiger (zu diesem Erfordernis s. weiter im Text) besteht (BGHZ 9, 316, 317; 24, 325, 328; gegen eine Zurechnung des Aufsichtsverschuldens - im Anschluß an Ehrenzweig - aber Esser JZ 52, 261). - Eine vorsätzliche Schädigung des Vertretenen ist nicht Vollzug stellvertretender Entscheidung (s. o. S.227 f). Hat daher z.B. der Pfleger dem Mündel zustehende Gelder veruntreut, so kürzt sich der Amtshaftungsanspruch des Mündels (Verschulden des Vormundschaftsrichters oder Rechtspflegers) nicht nach §§ 254 I, 278 (vgl. BGHZ 33, 136, wo der Fall allerdings - wegen Fehlens eines Schuldverhältnisses (s. weiter im Text) - nur unter dem Aspekt des § 254 II behandelt wurde, s. S. 255 FN. 2).

- 3) Hiergegen kann nicht eingewendet werden, daß der Schutz des Minderjährigen eine Kürzung verbiete, wenn der Schädiger vom gesetzlichen Vertreter wegen dessen Mitverschuldens nach §§ 840 I, 426, 254 analog Ausgleich verlangen kann (s. o. S. 236). Der Ausgleichsanspruch setzt nämlich voraus, daß der Anspruch des Minderjährigen nicht schon wegen des Mitverschuldens des Vertreters gekürzt wird. Daher ist eine Fremdhafung des Minderjährigen (=Anspruchskürzung) kein zusätzlicher Vorteil, den man dem Schädiger aus Gründen des Minderjährigenschutzes entziehen kann. Außerdem setzt die "Subsidiarität" der Fremdhafung des Minderjährigen voraus, daß die Haftung des Vertreters sich auf die Erfüllung des Haftungstatbestandes gründet, dessen Erfüllung auch die Fremdhafung des Minderjährigen begründen würde, wenn diese nicht wegen der Haftung des Vertreters entfielen.
- 4) Vgl. nur (speziell zur Anrechnung des Vertreterverschuldens) BGHZ 9, 316 (317); VersR 62, 783 (784), VersR 75, 133 (134).
- 5) Hierzu gehören auch Autoren, die für die Anrechnung des Gehilfenverschuldens kein Schuldverhältnis verlangen. Vgl. z.B. Esser, Schuldrecht, Bd. I (3. Aufl.), § 47 VI 3 (S. 335), Esser-Schmidt, Schuldrecht I (Bd. 2), § 35 III 3 (S. 229), Larenz, Schuldrecht I, § 31 I d (S. 431). Daß der Minderjährige den gesetzlichen Vertreter nicht ausgewählt hat und nicht kontrollieren kann (vgl. Esser aaO u. JZ 52, 260), spielt keine Rolle. Andernfalls müßte jede Haftung für den Vertreter entfallen. Es kann auch nicht vorgebracht werden, daß der Minderjährige für Delikte des gesetzlichen Vertreters nicht auf Schadensersatz haftet, und dessen "deliktische Mitbeteiligung" daher dem Minderjährigen auch im Rahmen des § 254 I nicht zum Nachteil gereichen dürfe (vgl. Esser-Schmidt aaO). Das Fehlen einer deliktischen Fremdhafung beruht nur darauf, daß im Falle eines Deliktes der Vertreter selbst haftet, und das Interesse des Geschädigten, wegen der Erfüllung der Haftung des Vertreters begründenden Tatbestandes auch den Minderjährigen belangen zu können, hinter den Schutz des Minderjährigen zurücktreten soll (s. o. S. 236). Dieser Gedanke trifft nicht zu, wenn es um die Fremdhafung im Rahmen des § 254 I geht (s. o. FN. 3). - Zur Frage der kumulierenden Zurechnung eigenen und fremden Mitverschuldens s. o. FN. 1. - Für eine Haftung des Minderjährigen nach §§ 254 I, 278 außerhalb von Schuldverhältnissen z.B. auch Magnus, Drittmitverschulden, S. 108 ff.

Fortsetzung zu Seite 254

- 6) Es genügt, daß der Minderjährige "Schutzgläubiger" ist (vgl. nur BGH NJW 75, 867, 868). Die Frage, ob bei einem Vertrag mit Schutzwirkung für den Minderjährigen das Verschulden des Vertreters (=Gläubiger), der zugleich "Obhutsgehilfe" des Schuldners ist, auch zu Lasten des Schuldners ins Gewicht fällt, hat der BGH (aaO) aus Gründen, die nichts mit der Fremdhafung als solcher zu tun haben, verneint (krit. Denk Jus 76, 429).
- 7) S. o. S. 132 f.
- 8) Zur Widerlegung einiger für das Postulat vorgebrachter Argumente s. o. FN. 5.

- 1) Da es bei dieser Obliegenheit nicht um die Steuerung eines Handelns im Hinblick auf die mit diesem verbundenen Gefahren geht, sondern um die Herbeiführung eines Erfolges (=Maßnahme), entsteht sie nicht erst in dem Moment, in dem gehandelt wird. Daher hängt ihre Entstehung in der Person des Vertreters auch nicht davon ab, daß der Vertreter in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Minderjährigen tätig wird, sondern nötigt den Vertreter zu einem Handeln, das Wahrnehmung der Angelegenheiten des Minderjährigen ist.
- 2) Schadensabwendungs- oder Minderungsmaßnahmen, die auf ein Vorgehen gegen sich selbst gerichtet sind, können allerdings dem Vertreter von vornherein nicht an Stelle des Vertretenen obliegen. Richtig daher BGHZ 33, 136 (144), wenn man es nicht schon für unmöglich hält, das Unterlassen einer Selbstbeziehung (hier: des Pflegers beim Vormundschaftsgericht) als Verschulden zu bewerten (offen lassend BGH aaO S. 138). Der Entsch. ist auch unter dem Aspekt des § 254 I zuzustimmen (s. o. S. 254 FN. 2 a.E.).
- 3) Richtig daher z.B. BGHZ 9, 316 (Kind fiel infolge Aufsichtsverschuldens des Vertreters aus dem fahrenden Zug), BGH LM BGB § 254 (Ea) Nr. 7 (Eltern verhinderten nicht, daß ihr Kind ein wertvolles Armband mit in die Schule nahm, das während der Turnstunden abgelegt werden mußte). Gegen die Berücksichtigung eines Aufsichtsverschuldens, da die Aufsicht mit der Vertretung nichts zu tun habe, Esser JZ 52, 260 (s. auch oben S. 254 N. 2). - Zur kumulierenden Zurechnung eines Aufsichtsverschuldens und eines darauf beruhenden (anrechenbaren) Mitverschuldens des Kindes s. o. S. 254 FN. 1.

- 1) Das beruht darauf, daß das Unterbleiben einer dem Vertreter (als solchem) obliegenden Maßnahme immer auch das Unterlassen eines Handelns bedeutet, dessen Vornahme Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen wäre. S. o. S. 248 . - Maßnahmen, deren Vornahme nicht Vollzug stellvertretender Entscheidung ist (s. S. 255 FN. 2), so daß auch ihr Unterbleiben nicht das Unterlassen des Vollzugs stellvertretender Entscheidung bedeutet, obliegen schon dem Vertreter gar nicht erst an Stelle des Vertretenen.
- 2) Vgl. nur BGH VersR 65, 982 (985) = LM BGB § 254 (Ea) Nr. 10.
- 3) Ob diese mit der der h.L. übereinstimmt, ist zw., da auch Autoren, die für die Gehilfenhaftung im Rahmen des § 254 I auf eine Sonderverbindung verzichten, eine solche für die Vertreterhaftung nach §§ 254 I, 278 verlangen (s. S. 254 FN. 5), und eine Haftung nach §§ 254 II (Schadensabwehr), 278 nach h.M. erst in Frage steht, wenn der Schaden "droht" (s. o. S. 131 FN. 1).
- 4) Der Versicherungsnehmer haftet für den gesetzlichen Vertreter - anders als für einen Gehilfen (s. o. S. 152) - auch dann, wenn dieser vorsätzlich gehandelt hat, ohne daß dies Folgen für den Versicherer hatte, da im Falle des Vertreterhandelns eine solche Haftung vom Präventionszweck der Sanktionen vorsätzlichen, folgenlosen Verhaltens gedeckt ist. Vgl. die Ausführungen zu § 61 VVG (S. 258 f.).

Zu Seite 257

- 1) S. o. S. 227.
- 2) Vgl. nur RG JW 37, 299, LG Lüneburg VersR 53, 155, Bruck-Möller, VVG, § 6 Anm. 69 (jedenfalls bei Verletzung von Anzeige- und Aufklärungsobliegenheiten), Kisch, Die Lehre von der Versicherungsgefahr, S. 492 f., F.K. Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers S. 56 f., Josef ZVersWiss 11, 201 (219 f.), Brodmann JherJb 58, 187 (293 ff.), Gottschalk ZVersWiss 17, 191 (214 f.). A.M. z.B. Bruck, Privatversicherungsrecht S. 294, 653.
- 3) Z.B. Bruck-Möller aaO. Ausdrücklich a.M. R. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 278, Schürmann, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB, S. 133.
- 4) S. o. S. 141 ff.
- 5) So ausdrücklich R. Schmidt aaO.

Zu Seite 258

- 1) S. o. S. 148 f.

Zu Seite 259

- 1) Das ergibt sich daraus, daß die Fremdhaftung des Minderjährigen sich aus dem Zweck des § 61 VVG ergibt (also nicht aus den Grundsätzen der Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung), und der Zweck des § 61 VVG eine entsprechende Einschränkung nicht fordert. Außerdem ist die (gewollte) Einwirkung auf Sachen des Minderjährigen Wahrnehmung von dessen Angelegenheiten (s. o. S. 257), so daß in vielen Fällen der Zerstörung von Sachen des Minderjährigen der Vertreter in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Minderjährigen gehandelt hat.
- 2) Vgl. nur Prölss-Martin, VVG, § 74 Anm. 2.
- 3) Z.B. RGZ 135, 370 (371 f.), Möller, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 20, R.Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 278. Für eine Haftung des Minderjährigen für den gesetzlichen Vertreter als solchen z.B. F.K. Rabel aaO (s. S. 257 Anm. 2), Brodmann aaO (s. S. 257 Anm. 2).

Zu Seite 260

- 1) Im Anschluß an Derpa, Die Zurechnung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns bei Vertretung kraft Amtes, S. 98 u. die dort (FN 1) Genannten.
- 2) NJW 58, 670 = MDR 58, 306.
- 3) Krit. daher Derpa aaO S. 76 f.

Zu Seite 261

- 1) S. o. S. 224 f.
- 2) S. o. S. 227 f.
- 3) S. o. S. 32 (Gehilfenhaftung), S. 233 (Haftung für den gesetzlichen Vertreter).
- 4) Die Beschränkung der Haftung wird im allgemeinen nur im Hinblick auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten näher erörtert (vgl. die bei Derpa aaO S. 140 FN. 4 Genannten), während sie, was Schadensersatzansprüche anbelangt, offenbar für selbstverständlich gehalten wird. - Zur Beschränkung der Haftung des Erben für Handlungen des Testamentsvollstreckers s. weiter unten im Text. - Wer die Haftung des Gemeinschuldners für den Konkursverwalter fälschlich aus § 59 Nr. 1 KO folgert (s. u. S. 268, 269), gelangt von vornherein nur zu einer Haftung der Masse.
- 5) So aber z.B. Derpa aaO S. 140.

Zu Seite 262

- 1) Die bloße Beschränkbarkeit der Haftung, die der h.M., entsprechen dürfte, wird nachdrücklich von Derpa aaO S. 142 betont.
- 2) So auch z.B. Palandt-Keidel, § 1978 Anm. 3, Erman-Bartholomeyczik, § 1978 Anm. 4, Holzhauer, Erbrechtliche Untersuchungen, S. 17 f. A.M. z.B. Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 54.
- 3) Vgl. nur BGHZ 12, 100 (102), Palandt-Keidel, § 2205 Anm. 1 b, bb, m.w.N. Krit. z.B. Baur, Festschr. f. Dölle, S. 249 ff., Holzhauer aaO. S. 26 ff.

Zu Seite 263

- 1) Bei der "Treuhandlösung" scheint eine (unmittelbare) Haftung des Erben ausgeschlossen zu sein. S. aber unten S. 267.
- 2) Daß der Testamentsvollstrecker Bevollmächtigter des Erben ist, ändert nichts daran, daß der Wille des Erben für die Führung des Geschäfts nicht maßgeblich ist. Daher haftet der Erbe auch im Falle der "Vertreterlösung" nach den Grundsätzen der Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung.
- 3) S. hierzu Holzhauer aaO S. 41.
- 4) Anders Derpa aaO S. 158, der glaubt, daß die "Vertreterlösung" zu einer unbeschränkbaren Haftung des Erben für Delikte des Testamentsvollstreckers führt, und daraus Bedenken gegen die "Vertreterlösung" ableitet.
- 5) Zu den Voraussetzungen einer solchen Verwaltung s. Palandt-Keidel, § 2205 Anm. 1 b, cc m.N.
- 6) S. u. S. 320 f.
- 7) Insgesamt haftet also dem Geschädigten das Gesamthandsvermögen (Analogie des § 31, s. u. S. 264) und der (über den Gesamthandsanteil hinausgehende) Nachlaß.

Zu Seite 264

- 1) Auch die Haftung für den Konkursverwalter ist nicht geregelt. § 59 Nr. 1 KO regelt nur den Rang von Ansprüchen aus Geschäften und Handlungen des Konkursverwalters, was gelegentlich übersehen wird (s. u. S. 268).
- 2) Die Anwendung des § 278 präjudiziert allerdings die Antwort auf die Frage nach den in Betracht kommenden Tatbeständen nicht zwangsläufig. Man könnte nämlich fragen, ob das Haftungsprivileg, das § 278 einräumt, teleologisch zu reduzieren ist, was die Vertreter kraft Amtes anbelangt. Das setzt aber voraus, daß man § 278 in zwei Normen zerlegt, nämlich in eine die Haftung (ohne Rücksicht auf die in Betracht kommenden Tatbestände) begründende und eine die Haftung beschränkende. Ferner kann man § 278 als Norm begreifen, die allgemein, also auch für juristische Personen - die Haftung für fremde Pflichtverletzungen regelt (so z.B. Flume, Die Personengesellschaft, § 16 IV 2, S. 321) und dann prüfen, ob die für juristische Personen vorgesehene Erweiterung der Haftung (§ 31) auch für die durch Vertreter kraft Amtes Vertretenen gilt.
- 3) S. o. S. 236.
- 4) Auch die Personen, die an dem Vermögen der Vertretenen interessiert sind, weil sie aus ihm befriedigt werden sollen, wie Konkursgläubiger oder Vermächtnisnehmer, sind nicht in einer dem Minderjährigen vergleichbaren Weise fürsorgebedürftig. Selbst wenn man berücksichtigt, daß auch sie von der Fremdhafung betroffen werden, ist es daher nicht gerechtfertigt, das Vermögen nur mit der Haftung für Pflichtverletzungen des Vertreters zu belasten. Ferner besteht auch im Falle einer Nachlaßpflegschaft (§ 1960) kein das Haftungsprivileg rechtfertigendes Fürsorgebedürfnis, so daß der spätere Erbe auch dann analog § 31 haftet, wenn man den Nachlaßpfleger als gesetzlichen Vertreter (i.e.S.) qualifiziert. Desgleichen wird für den Abwesenheitspfleger (§ 1911) ohne Einschränkung gehaftet.

Zu Seite 265

- 1) S. aber auch S. 264 FN. 4 a.E.
- 2) Derpa (Die Zurechnung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns bei Vertretung kraft Amtes) nimmt die Haftung für Pflichtverletzungen des Vertreters nach § 278 als gegeben hin und untersucht, ob analog § 31 auch außerhalb von Schuldverhältnissen gehaftet wird. Dies bejaht er, weil der dem § 31 zugrundeliegende Gedanke einer haftungsrechtlichen Gleichbehandlung von juristischen und natürlichen Personen entsprechend gelten müsse, wenn es um die Haftung von Vermögensinhabern gehe, denen die Verwaltung ihres Vermögens entzogen sei (S. 132 f.): "Würde die Vermögensmasse für die Delikte des Verwalters nicht haften, so stünde sie im Ergebnis besser als das Vermögen jeder anderen (deliktsfähigen) natürlichen Person, das für deren bei der Verwaltung begangene Delikte haftet". Hieran ist richtig, daß die gleichmäßige Verteilung des Haftungsrisikos einer der Gründe ist, die für eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung sprechen (s. o. S. 225). Derpa übersieht aber, daß sowohl § 278 (1. Alt.) als auch § 31 unter diese Fremdhafungskategorie fallen, und daher zu prüfen ist, ob das für die Minderjährigen (=die Personen, die von gesetzlichen Vertretern vertreten werden) vorgesehene Haftungsprivileg auch für die von Vertretern kraft Amtes Vertretenen gilt. - Auch Graßhoff (Festschrift f. Heinitz, S. 124, 143) befürwortet eine Haftung "verselbständigter Vermögensmassen", zu denen er u.a. den Nachlaß und die Konkursmasse zählt, da sonst eine "unbegründete Bevorteilung eines solchen Wesens gegenüber der Stellung anderer Rechtspersonen" vorläge. Zur Ansicht Böttichers, der die Konkursmasse analog § 31 für Delikte des Konkursverwalters haften läßt, s. u. S. 269.
- 3) Anders z.B. Hanisch, Die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 137 f. und diejenigen, die (fälschlich) § 59 I Nr. 1 KO als Grundlage für die Erfüllung - zumindest gewisser - außervertraglicher Haftungstatbestände ansehen (s. u. S. 268).

Fortsetzung zu Seite 265

- 4) Auch wenn man dies verneint, ergibt sich aus dem Zweck des § 59 I Nr. 1 KO (s. weiter im Text), daß Schadensersatzansprüche wegen der Nichterfüllung von Pflichten, die auf Rechtsgeschäften des Konkursverwalters beruhen, auf jeden Fall Masseansprüche sind.
- 5) Wenn man von denen absieht, die sich auf Prozeßhandlungen des Konkursverwalters gründen.
- 6) Die Gründe, die Derpa aaO. S. 160 (trotz richtiger Erkenntnis des Zweckes von § 59 I Nr. 1 KO) dafür vorbringt, daß auch solche Ansprüche als Masseansprüche zu qualifizieren seien, überzeugen nicht.

Zu Seite 266

- 1) S. o. S. 256 f.

Zu Seite 267

- 1) S. o. S. 262 f.

Zu Seite 268

- 1) Vgl. nur Soergel-Schmidt, § 278 Anm. 12, Erman-Battes § 278 Anm. 12, Palandt-Heinrichs, § 278 Anm. 2a, Larenz, Schuldrecht I, § 20 VII (S. 241), Esser-Schmidt, Schuldrecht I (Bd. 2), § 27 II 2 (S. 61). Auch die Rspr. qualifiziert Vertreter kraft Amtes als gesetzliche Vertreter im weiteren Sinne. Vgl. RGZ 144, 399, 402, BGH LM BGB § 823 (Ad) Nr. 1 (Testamentsvollstrecker), BGH NJW 58, 670 (custodian nach Art. III MRG 52).
- 2) Bayr RpflZ 1930, 213.
- 3) JW 1907, 58.
- 4) LZ 1909, 786. Zwar ging es um Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§ 989), so daß man mit § 278 hätte arbeiten können. Für das RG spielte dies aber ersichtlich keine Rolle. Zur Fremdhaftung bei Verletzung von Aus- und Absonderungsrechten vgl. ferner RG JW 36, 2406; 39, 434, KG JW 28, 240, OLG Düsseldorf JW 27, 1705, OLG Dresden JW 36, 2406.
- 5) § 59 I Nr. 1 KO ist keine haftungsbegründende Norm, sondern billigt nach anderen Normen begründeten Ansprüchen den Rang von Masseschulden (§ 57 KO) zu. Außerdem ist zw., ob zum Schadensersatz verpflichtende Realakte Handlungen i.S.d. § 59 Nr. 1 KO sind (vgl. Derpa aaO S. 69 ff.). Zum Rang außervertraglicher Schadensersatzansprüche, der oft falsch bestimmt wird, s. o. S. 262.
- 6) WarnRspr. 1934 Nr. 149.
- 7) NJW 58, 670. S. dazu oben S. 260.

Zu Seite 269

- 1) Vgl. nur Mentzel-Kuhn, KO, § 59 Anm. 3, Jaeger-Lent, KO, § 59 Anm. 3, Böhle-Stamschräder, KO, § 59 Anm. 2, Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungsrecht, § 63 III 1 (S. 339).
- 2) Z.B. Schönke-Baur aaO.
- 3) Nach Jaeger-Lent (§ 59 KO Anm. 1) haftet die Masse für Delikte des Verwalters, "die zugleich eine Verletzung seiner Verpflichtungen gegenüber der Masse darstellen". Später wird dann § 278 angeführt und für eine Haftung der Masse für Delikte, die zugleich Vertragsverletzungen sind, plädiert. Ferner sei es billig, die Masse für die Vereitelung von Ab- und Aussonderungsrechten sowie für die Verletzung von Patent- und Urheberrechten haften zu lassen. Kuhn (Mentzel-Kuhn, § 59 KO Anm. 2) läßt die Masse für Ansprüche aus Rechtsverletzungen des Verwalters haften, die dieser innerhalb seines Wirkungskreises begangen hat, und bezieht sich dabei ebenfalls auf die Verletzung der soeben genannten Rechte. Von einer allgemeinen Haftung für Delikte des Verwalters ist nicht die Rede. Allerdings wird in § 6 Anm. 9 (unter der Überschrift "Bindung an Verwalterhandlungen") davon gesprochen, daß der Gemeinschuldner die Folgen aller zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen zu tragen habe. Nach Böhle-Stamschräder (§ 59 KO Anm. 2) gehören zu den Masseschulden Schadensersatzpflichten, die im Zusammenhang mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben entstehen. Als Beispiel werden Ansprüche aus Gefährdungshaftung, wegen der Verletzung von Patentrechten, von Ab- und Aussonderungsrechten, sowie Ansprüche aus § 836 genannt.
- 4) Palandt-Heinrichs, § 31 Anm. 1, Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31 Anm. 12, Hanisch, Die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 134 f. Jaeger-Henckel, KO, § 6 Anm. 43 ff.
- 5) ZZP 77, 55 (71 ff.).
- 6) Vor ihm hat, soweit ersichtlich, nur Graßhoff (s. o. S. 265 FN. 2) die Analogie vertreten.
- 7) AaO S. 62 i.V.m. S. 67 f.

Fortsetzung zu Seite 269

- 8) Auch Schultze-v.Lasaulx (s.o. FN. 4) hält es (im Hinblick auf die Analogie des § 31 auf die OHG) für unnötig, die Rechtsfähigkeit der Masse zu postulieren. Ebenso Jaeger-Henckel, KO, § 6 Anm. 46. Dagegen glauben Hanisch aaO S. 137, Martinek, Die Organhaftung nach § 31 BGB, S. 125, die Analogie setze die (relative) Rechtsfähigkeit der Masse voraus, die Hanisch bejaht, während Martinek sie zwar verneint, aber auf den von ihm entwickelten Repräsentationsgedanken (s. u. S. 277 f.) verweist (aaO S. 127).
- 9) Recht 1908 Nr. 91.
- 10) WarnRspr. 1914 Nr. 127.

Zu Seite 270

- 1) LM BGB § 823 (Ad) Nr. 1 = JR 57, 499.
- 2) Von Palandt-Keidel, § 2219 Anm. 3 wird das Urteil in diesem Sinne verstanden.
- 3) Staudinger-Dittmann, § 2219 Anm. 14, Soergel-Müller, § 2206 Anm. 4, Kipp-Coing, Erbrecht, § 68, 7 f. (S. 398), Lange-Kuchinke, § 29 IV c (S. 422 FN. 235).
A.M. z.B. Palandt-Keidel aaO.
- 4) S. o. S. 260.
- 5) S. o. S. 265 FN. 2.
- 6) JW 37, 1073. Daß das RG zumindest § 278 anwenden will, läßt sich der Entsch. RGZ 97, 11 (12) entnehmen.

Zu Seite 271

- 1) Die Voraussetzungen einer vertraglichen oder vorvertraglichen Pflicht sind jedenfalls dann "an sich" in der Person des Vertretenen erfüllt, wenn der Vertreter in dessen Namen aufgetreten ist oder wenigstens zu erkennen gegeben hat, daß er als Verwalter fremden Vermögens handle. Zu dem Fall, daß der Vertreter im eigenen Namen gehandelt hat, s. die nächste FN.
- 2) S. o. S.231 f . Für die Erfüllung der Pflicht - das sei noch einmal betont - haftet aber - vorbehaltlich der Sanktionen der §§ 888, 890 ZPO (s. dazu unten S. 273) - das Vermögen des Vertretenen. - Hat der Vertreter im eigenen Namen einen Vertrag geschlossen, so treffen ihn die Vertragspflichten als ein durch seine persönliche Identität bestimmtes Individuum. Geht man aber davon aus, daß trotz Handelns im eigenen Namen auch das Vermögen des Vertretenen haftet (vgl. Dölle, Festschr. f. Fr. Schulz, Bd. II, S. 268, 277 ff., Jähr, Festschr. f. Fr. Weber, S. 274, 301, 303), so sind die Pflichten zugleich an den Vertreter als solchen adressiert.
- 3) AaO. S. 280. Anders zu Unrecht v. Lübtow, Erbrecht, Bd. 2, S. 951.
- 4) Näheres s. o. S. 241.
- 5) Die in § 31 verwendete Formulierung "in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" bedeutet nichts anderes. - Zum Zuständigkeitserfordernis bei mehreren Vertretern s. u. S. 300 ff.
- 6) S. o. S. 247ff. Andernfalls liegt streng genommen schon gar keine Verletzung einer den Vertreter als solchen treffenden Pflicht vor (s. o. S.246).
- 7) S. o. S. 248.

Zu Seite 272

- 1) S. o. S. 166.

Zu Seite 273

- 1) S. o. S. 165, 168 f.
- 2) S. o. S. 250 f. Zu Unrecht anders im Hinblick auf die Verhängung des Zwangsgeldes nach § 888 ZPO Derpa aaO (s. o. S. 265 FN. 2) S. 182. Der BGH spricht davon (NJW 68, 300, 302), daß die Erfüllung eines Auskunftsanspruches vom Konkursverwalter nach § 338 ZPO erzwungen werden könne.

- 1) Was die Obliegenheit des § 254 I betrifft, so ist hervorzuheben, daß eine Mitverursachung des Vertreters, durch ein auf die Schädigung des Vertretenen gerichtetes Verhalten dem Vertretenen nicht zurechenbar ist, da der Vertreter insoweit nicht im Vollzug stellvertretender Entscheidung gehandelt hat (s. o. S. 227 f). Unrichtig daher RGZ 144, 399: Der Testamentsvollstrecker hatte unter Ausnutzung einer von der Bank versehentlich falsch ausgestellten Quittung Nachlassgelder veruntreut. Das RG verneinte einen Anspruch des Erben gegen die Bank (§§ 254, 278). Vgl. demgegenüber die S. 254 FN.2a.E behandelte Entsch. BGHZ 33, 136, Veruntreuungen eines Pflegers betreffend. - Auch die Haftung für die Verletzung versicherungsvertraglicher Obliegenheiten durch Vertreter kraft Amtes ist allgemein anerkannt, wobei z.T. richtig gesehen wird, daß der Vertreter (zumindest neben dem Vertretenen) mit den Obliegenheiten belastet ist (z.B. Bruck-Möller, VVG, § 6 Anm. 70). Wer die Haftung nicht (wie z.B. Bruck-Möller aaO, F.K.Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 57) aus der Position des Vertreters kraft Amtes als solcher folgert, gelangt zu ihr über eine Qualifikation des Vertreters als "Repräsentanten" (s. o. S. 141 f.). Das LG Frankfurt (VersR 69, 843) hat ohne Begr. die Handlungen des Konkursverwalters solchen des Versicherungsnehmers gleichgestellt.
- 2) S. o. S. 253 f.
- 3) Dies entspricht nicht der h.M., die den Versicherungsnehmer für die Herbeiführung des Versicherungsfalles durch seinen "Repräsentanten" haften läßt (s. o. S. 141 f.) und daher (wenigstens in aller Regel) auch zu einer Haftung für Vertreter kraft Amtes gelangt, falls diese nicht schon auf Grund einer Anwendung des § 278 im Rahmen des § 61 VVG bejaht wird (s. z.B. Rabel aaO).
- 4) Nur dieser ist für die Fremdhftung maßgeblich, während die allgemeinen Regeln der Haftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung im Rahmen des § 61 VVG nicht gelten. S. o. S. 257 f.
- 5) S. o. S. 149.
- 6) S. o. S. 258 f.
- 7) Wenn ein Testamentsvollstrecker zum Schutz des minderjährigen Erben eingesetzt ist, könnte allerdings eine die Fremdhftung rechtfertigende Interessenverknüpfung gegeben sein.

Zu Seite 275

- 1) S. 271 m. Verweisungen.
- 2) S. hierzu S. 232.
- 3) S. 272 f.
- 4) S. o. S. 228.

Zu Seite 276

- 1) Eine Ausnahme gilt für § 836, der Eigenbesitz fordert. Der Vertreter kraft Amtes haftet jedoch nach § 838 (so BGHZ 21, 285, 291, 293 für den Treuhänder gemäß MRG 52). - Wenn Derpa aaO (s. o. S. 265 FN. 2) S. 143 FN. 1, 3 nicht den Vertreter, sondern den Vertretenen als Geschäftsherrn i.S. des § 831 ansieht, so ist dies falsch; denn es kommt für § 831 allein auf die Möglichkeit an, die Hilfsperson auszuwählen und zu kontrollieren, und diese hat nur der Vertreter.
- 2) S. 266.

Zu Seite 277

- 1) Nitschke NJW 69, 173 ff. Zust. z.B. v. Caemmerer Festschr. f. Flume, S. 359 (367). Vgl. auch Steindorff AcP 170, 93 (107). Martinek (Die Organhaftung nach § 31 BGB) wendet sich gegen die Begr. (S. 121 ff.), kommt aber auf anderem Wege zum gleichen Erg. (s. weiter unten im Text). Ablehnend Münchner Komm. (Reuter), § 31 Anm. 6, 7.
- 2) Diese Voraussetzung ist, was die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter einer Personengesellschaft anbelangt, erfüllt (wie noch gezeigt wird), nicht aber im Hinblick auf die leitenden Angestellten eines Einzelunternehmers, so daß die Analogie des § 31 auf die OHG (KG) entgegen Nitschke aaO S. 1740 nicht auch zu einer Anwendung des § 31 auf natürliche Personen nötigt. Dabei ist noch anzumerken, daß (entgegen Nitschke aaO S. 1739) die Haftung der OHG für Gesellschafterdelikte richtiger Ansicht nach nicht die persönliche Haftung der Gesellschafter gemäß § 128 HGB nach sich zieht (s. u. S. 320).
- 3) So aber Nitschke aaO S. 1740.
- 4) S. u. S. 286.
- 5) S. dazu oben S. 176 f.
- 6) S. o. S. 54 ff.
- 7) Die Organhaftung nach § 31 BGB, S. 212 ff.

Zu Seite 278

- 1) AaO S. 197.
- 2) AaO S. 213.
- 3) Mit dem Repräsentationsgedanken begründet Martinek auch die Haftung juristischer Personen für leitende Angestellte, die nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter sind (aaO. S. 209 f.).
- 4) Mit Recht geht Martinek (im Anschluß an H.J.Wolff) davon aus, daß Vertretung strukturell drei beteiligte Größen voraussetzt: den Vertreter V, den Vertretenen A und den Dritten D, dem gegenüber die Vertretung stattfindet "und der auch ein anonymer 'Erkennender' oder bloß 'Beurteilender' sein kann" (aaO. S. 196).
- 5) Martinek aaO S. 202.

Zu Seite 279

- 1) Auch Martinek (aaO S. 210) konzidiert (im Zusammenhang mit der Haftung juristischer Personen für leitende Angestellte, die nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter sind) "gewisse" Abgrenzungsschwierigkeiten. Diese seien aber anderen Methoden (mit denen die Haftung der juristischen Personen auf leitende Angestellte ausgedehnt wird) vorzuziehen.

- 1) Darüber, daß § 31 eine Fremdhaftung statuiert, sollte nicht mehr gestritten werden. Auch die sog. Organtheorie müßte dies anerkennen (vgl. Landwehr AcP 164, 482, 504 f.). Wenn auch heute noch gelegentlich von einer Haftung für eigenes Verschulden gesprochen wird (z.B. Palandt-Heinrichs, § 31 Anm. 1, Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil (Bd. 1) § 110 I, S. 661), so soll dies (wohl) nur bedeuten, daß die Haftung nach § 31 z.B. im Hinblick auf § 276 II wie eine solche für eigenes Verschulden zu behandeln ist.
- 2) Für die Haftung juristischer Personen für Konkurs- und Zwangsverwalter gilt das zur Haftung für Vertreter kraft Amtes Gesagte.
- 3) S. z.B. Rohde, Juristische Person und Treuhand, S. 148, Wieland, Handelsrecht (Bd. I), S. 396 ff., 425. Vgl. auch J. Schmidt, Aktionsberechtigung und Vermögensberechtigung S. 192 f., Flume, Personengesellschaft, § 7 II (S. 93).
- 4) Besonders eindrucksvoll hierzu immer noch H.J. Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. I (Juristische Person u. Staatsperson). Aus der neueren Literatur vgl. John, Die organisierte Rechtsperson.

Zu Seite 281

- 1) S. o. 223 ff.
- 2) Vgl. z.B. Soergel-Schultze- v. Lasaulx § 31 Anm. 1, Erman-Westermann, § 31 Anm. 1. Lenel DJZ 1902, 9, H. Westermann JuS 61, 333 (335). - Martinek (Die Organhaftung S. 19 f.) meint, der Gleichstellungsgedanke rücke § 31 in die Nähe einer Fiktion. Die juristische Person sei (mangels Einsichtsfähigkeit) nicht sensu stricto "verantwortlich", sondern werde nur so behandelt. Als künstliches Surrogat der fehlenden Willens-, Handlungs- und Deliktsfähigkeit der persona ficta müsse der juristischen Person "gleichsam im Wege einer zweiten Fiktion nun fremdes Wollen und Handeln angedichtet werden", damit sie nicht besser dastehe als das Einzelsubjekt. Diese Formulierungen treffen jedenfalls auf die hier vertretene Ansicht nicht zu, da diese davon ausgeht, daß § 31 eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung statuiert, und somit das schädigende Organverhalten gerade nicht der juristischen Person "andichtet".
- 3) S. o. S. 32 f.

Zu Seite 282

- 1) v. Tuhr, Allg. Teil (Bd. I), S. 464. Ferner z.B. v. Caemmerer, Festschr. dt. Juristentag (Bd. II), S. 49 (117), Nitschke NJW 69, 1737 (1740), Wiedemann WM 75, So Beil 4, S. 16, Martinek aaO S. 7 f., 29 (i.V.m. anderen Topoi). Ablehnend Landwehr AcP 164, 482 (511).
- 2) Demgegenüber läßt sich nicht einwenden, daß es dem Vorteilsgedanken nur um die Übertragung oder Er-streckung einer nach den allgemeinen Vorschriften be-gründeten Haftung der Organwalter auf die juristische Person gehe; denn dies behauptet der Vorteilsgedanke in der zit. Form gerade nicht und könnte es auch gar nicht erklären.
- 3) Vgl. Mot. I S. 103, Staudinger-Coing § 31 Anm. 1, Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 31 Anm. 1
- 4) Vgl. auch Derpa aaO (s. o. S. 265 FN.2) S. 111 f.
- 5) Z.B. v. Soergel-Schultze-v.Lasaulx aaO.
- 6) v. Tuhr, Allgemeiner Teil (Bd. I) S. 464 FN. 39. Vgl. auch RGZ 15, 121, 127 f. (Entsch. aus dem Jahre 1886 die OHG betreffend), Westermann JuS 61, 333 (335), Wälde, DB 72, 2289 (2291).
- 7) Zu diesem Terminus s. S. 284 FN. 1.
- 8) Um die Möglichkeit zu haben, einem Verhandlungspartner falsche Auskünfte zu geben, durch ungenügende Sicherung eines Grundstücks einen Unfall zu verursachen etc. braucht man nicht Vorstandsmitgliedeiner juristischen Person zu sein.

Zu Seite 283

- 1) Westermann aaO, der aber auch auf das erhöhte Ein-wirkungspotential hinweist.

Zu Seite 284

- 1) Organschaft und juristische Person, Bd. II (Theorie der Vertretung) S. 224, der zu Recht zwischen dem Organ als abstraktem Zuständigkeitskomplex und der diese Zuständigkeiten wahrnehmenden Person unterscheidet.
- 2) Wenn er daneben von dem Vorstand spricht, hat er dabei offenbar die Haftung für gemeinsame rechtswidrige Beschlüsse der Vorstandsmitglieder im Auge. Diese ist aber praktisch bedeutungslos, da der durch solche Beschlüsse entstandene Schaden zumeist durch ein (haftbar machendes) Vollzugshandeln eines Vorstandsmitglieds vermittelt ist. Vgl. auch das S. 288 zur Mitgliederversammlung Gesagte.
- 3) Für sie haftet die juristische Person, wenn ein Vorstandsmitglied den Tatbestand des § 831 erfüllt hat, oder sich nach den im 1. Kap. entwickelten Grundsätzen mit ihr identifizieren lassen muß. Auch die Haftung der juristischen Person für Erfüllungsgehilfen ist streng genommen eine durch § 31 vermittelte Organhaftung, S. u. S. 290.

Zu Seite 285

- 1) In diesem Sinne z.B. Lenel DJZ 1902, 9 (10).

- 1) BGHZ 49, 19, 21 (Filialleiter einer Bank). Vgl. ferner BGH VersR 71, 1123 f., NJW 72, 334 (beide Entsch. betreffen j.P. des öff. Rechts = städt. Krankenhäuser), NJW 77, 2259 (2260) u. aus der älteren Rspr. RGZ 163, 21 (30). Zustimmend z.B. Palandt-Heinrichs, § 31 Anm. 2 und im Erg. (Analogie des § 31) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 31 Anm. 22, Münchner Komm. (Reuter), § 31 Anm. 3, Staudinger-Coing § 31, Anm. 15e. Gegen eine Anwendung des § 31 auf alle leitenden Angestellten (im Zusammenhang mit der Haftung der j.P. wegen Fehlens besonderer Vertreter s. dazu S.) Landwehr AcP 164, 483, 511 ff. (zu seinen Argumenten vgl. die nächsten FN.), Lenel aaO. Krit. auch Martinek, Die Organhaftung nach § 31 BGB, S 138 ff., der aber eine "Repräsentantenhaftung" anerkennt (S. 183 ff.) und daher ebenfalls eine Haftung der juristischen Person für leitende Angestellte, die nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter sind, analog § 31 befürwortet (zur Kritik an seinem Repräsentationsgedanken s. o. S.278 f.).
- 2) Hiergegen Landwehr aaO. S. 512, der die Stellung der Organe durch ihre rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis charakterisiert.
- 3) Mit Recht hebt Landwehr aaO hervor, daß die Grundlage des § 31 gerade nicht in der wirtschaftlichen oder organisatorischen Bedeutung der Organe und ihres Aufgabenbereichs zu suchen ist.
- 4) So auch schon Lenel DJZ 1902, 209 (210), Landwehr aaO. S. 509 f.
- 5) Vorbehaltlich der hier befürworteten Anwendung des § 278 im Rahmen von Verkehrssicherungs- und Aufsichtspflichten (s. o. S. 53 ff. u. weiter unten im Text). - Zu der Ansicht Nitschkes (NJW 69, 1737 ff.) und anderer, wonach auch natürliche Personen analog § 31 für leitende Angestellte haften sollen (u.a., um eine Benachteiligung der j.P. infolge der großzügigen Handhabung des § 31 zu vermeiden) s. o. S. 277 f.

Zu Seite 287

- 1) S. u. S. 292 f.
- 2) Das wird von der Rspr. auch gar nicht verhehlt. Vgl. BGHZ 49, 19: "Bei einer solchen Sachlage wäre es unangemessen, der juristischen Person den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB zu eröffnen."
- 3) S. o. S. 176 f.
- 4) S. o. S. 53 ff.
- 5) Für § 278 spielt es keine Rolle, welche Position der Angestellte im Rahmen der betrieblichen Hierarchie innehat. Insofern geht daher die Anwendung des § 278 über die von der Rspr. praktizierte "Auslegung" des § 31 hinaus.
- 6) S. aber die vorhergehende FN.
- 7) So hätte in der Entsch. BGHZ 49, 19 (der Filialleiter einer Auskunftsteil erteilte falsche Auskünfte, durch die ein Dritter, also nicht der Vertragspartner geschädigt wurde), § 278 nichts genützt, da keine übergeordnete Person ihre Aufsichtspflicht verletzt hatte, und eine Pflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte (als eine auf einen positiven Erfolg gerichtete Pflicht, s. o. S. 50) nur dem Vertragspartner gegenüber bestand. Allgemein läßt sich sagen, daß Schädigungen, die nicht auf dem Unterbleiben besonderer (=über die Steuerung eines Handelns im Hinblick auf die mit diesem verbundenen Gefahren hinausgehender) Sicherungsmaßnahmen beruhen, de lege lata keine deliktische Fremdhaftung rechtfertigen.
- 8) So auch z.B. Staudinger-Coing, § 31 Anm. 18, Münchner Komm. (Reuter), § 31 Anm.1.

Zu Seite 288

- 1) S. o. S. 285.
- 2) Insoweit richtig v. Tuhr, Allgemeiner Teil (Bd. I), S. 539.
- 3) Übersehen von v. Tuhr aaO.
- 4) Die Haftung für Beschlüsse der Mitgliederversammlung bejaht Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 31 Anm. 16, Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil (Bd. I), § 110 FN. 3, Staudinger-Coing, § 31 Anm. 18 (unmittelbar u. nicht über § 31). A.M. v.Tuhr aaO.
- 5) Übersehen von v. Tuhr aaO.

Zu Seite 289

- 1) So z.B. Flume, Personengesellschaft, § 16 IV 2 (S. 321), Staudinger-Coing § 31 Anm. 6, 7.
- 2) Heute (wohl) allg. M. Vgl. nur Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31 Anm. 6 m.N.
- 3) Genauer: die den Inhaber des Vermögens der juristischen Person (oder des Vermögens, das abbreviativ als solches der juristischen Person bezeichnet wird, s. o. S.280f) treffen würden, wenn es sich bei ihm um eine natürliche (geschäftsfähige) Person handeln würde.
- 4) Zutreffend H.J.Wolff, Organschaft und Juristische Person, Bd. I, S. 152 ff., 167, 179 f., Bd. II, S. 260 f. Vgl. auch Hölder, Natürliche und juristische Personen, S. 194 f., 206 u.ö., Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 307 f. (z.T. widersprüchlich).
- 5) Zu §§ 888, 890 ZPO s. S. 290.

Zu Seite 290

- 1) Darüber, wann im einzelnen eine Pflicht den Organwalter als solchen trifft, s.o. S. 231f. - Auch die Pflicht der gesetzlichen Vertreter eines herrschenden Unternehmens dem (kraft eines Beherrschungsvertrages) beherrschten Unternehmen nur Weisungen zu erteilen, die sich mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbaren lassen (§ 309 I AktG), ist (zumindest auch) an die Organwalter als solche adressiert, falls das herrschende Unternehmen eine juristische Person ist. Es bestehen daher keine Bedenken, die juristische Person neben den gesetzlichen Vertretern gemäß § 31, § 309 II AktG haften zu lassen. So (im Erg.) auch z.B. Beuthien DB 69, 1781 (1782), Mertens, AcP 168, 225 (228), Großkomm z. AktG (Würdinger), § 309 Anm. 6, 7.
- 2) Nach der h. M. ist bei Prozeßunfähigkeit des Schuldners nur die Haft gegen den gesetzlichen Vertreter zu verhängen (N. s. o. S. 251 FN. 3, 252 FN.3). Speziell zur juristischen Person : RGZ 43, 405, 406 (§ 775 ZPO a.F.), OLG Braunschweig JZ 59, 94. Vgl. auch OLG Hamm OLGZ 66, 52, 54 (KG). Nach Stein-Jonas-Münzberg, ZPO, § 890 Anm. V soll das Ordnungsgeld auch gegen die Organe verhängt werden können.
- 3) S. o. S. 250 ff.

Zu Seite 291

- 1) S. o. S. 149.
- 2) S. o. S. 257 f.
- 3) Vgl. nur RGZ 66, 181, 184 f. (vor Geltung des VVG) Josef, ZVersWiss 11, 201 (221 f.), Möller, Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 19 f., F.K. Rabel, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 57.

Zu Seite 292

- 1) Eingehende Darstellung und Analyse der Rspr. bei Landwehr AcP 164, 482 (483 ff.), Martinek, Die Organhaftung nach § 31 BGB, S. 147 ff.
- 2) S. vor allem RGZ 162, 129, 166 (j.P.d.öff.Rechts), BGHZ 24, 200, 212 f. Manchmal wird nicht auf die fehlende Organqualität des für den Schaden verantwortlichen Angestellten selbst abgestellt, sondern darauf, daß es an einem diesen überwachenden verfassungsmäßig berufenen Vertreter gefehlt habe (vgl. z.B. RG JW 38, 1651). Eingehende Darstellung u. Analyse der Rspr. bei Landwehr aaO S. 489 ff., Martinek aaO S. 154 ff.
- 3) S. o. S. 286.
- 4) Krit. insbes. Landwehr aaO S. 489 ff., Martinek aaO S. 163 ff., Steindorff AcP 170, 93 (103 ff.), Neumann-Duesberg NJW 66, 624 (627 f.), 715 f., Soergel-Schultze-V.Lasaulx, § 31 Anm. 20 f.

Zu Seite 293

- 1) So schon Steindorff aaO. S. 104, Martinek aaO. S. 169.
- Dieses Bedenken liegt nicht ganz auf der Linie des Haupteinwandes von Landwehr. Dieser meint (aaO S. 512 f.) - zu Unrecht (s. o. S. 285) -, daß verfassungsmäßige Organe mit rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnissen ausgestattet sein müßten. Die Rspr. verlange daher von der juristischen Person, daß diese bestimmten Personen rechtsgeschäftliche Befugnisse einräume, obwohl doch zwischen der Fähigkeit zu rechtsgeschäftliche Handeln und der Haftung für deliktisches Verhalten der notwendige Sachzusammenhang fehle. - Ob der Rspr. vorgeworfen werden kann, daß die von ihr statuierte körperschaftliche Organisationspflicht unzulässig in die freie Organisationsgewalt der juristischen Person eingreife (so z.B. Martinek aaO. S. 163 f., Schultze-v.Lasaulx aaO. Anm. 21), kann offen bleiben.
- 2) So schon Landwehr aaO S. 509, Steindorff aaO S. 104, Martinek aaO S. 166 f., Neumann-Duesberg NJW 66, 715 (716).
- 3) S. o. S. 53 ff.
- 4) Für § 278 spielt es keine Rolle, welche Position der Angestellte im Rahmen der Betriebshierarchie innehat. Insofern geht die hier vertretene Ansicht über die Rspr. hinaus.
- 5) Und nicht nur: sein Handeln im Hinblick auf die von diesem ausgehenden Gefahren zu steuern. (S. o. S. 50 f.).
- 6) So z.B. im Falle BGHZ 24, 200: Der Leiter der Rechtsabteilung hatte die rechtswidrige Veröffentlichung eines Bildberichts nicht verhindert.
- 7) S. o. S. 56.
- 8) Z.B. Schultze-v.Lasaulx, § 31 Anm. 22.
- 9) S. o. S. 284 ff.

Zu Seite 294

- 1) Hiermit will Neumann-Duesberg NJW 66, 715 (716) arbeiten.
- 2) So aber offenbar Neumann-Duesberg aaO. Gegen ihn auch Martinek aaO. S. 178.
- 3) N. bei Palandt-Bassenge, § 904 Anm. 3b.
- 4) So z.B. RG HRR 1932 Nr. 1872.
- 5) S. o. S. 238 f.
- 6) S. u. S. 303, 304 FN. 2.

Zu Seite 295

- 1) Geht es um eine Haftung der juristischen Person kraft Identifikation des Organwalters mit dem Verhalten eines Gehilfen (s. o. S. 290), so kommt es darauf an, ob das auf ihn projizierte Fremdverhalten Vollzug stellvertretender Entscheidung gewesen wäre.
- 2) S. o. S. 226 f.

Zu Seite 296

- 1) Den Gegensatz bilden (primäre oder sekundäre) Unterlassungspflichten.
- 2) Näheres s. o. S. 247 f.

Zu Seite 297

- 1) Ist das nicht der Fall, so ist streng genommen schon der Tatbestand der Verletzung einer den Organwarter als solchen treffenden Pflicht nicht erfüllt.
S. o. S. 246.
- 2) Hat z.B. der Organwarter (als solcher)Gelder empfangen, die er weiterleiten soll, und veruntreut diese, so liegt in der Veruntreuung das Unterlassen eines geschuldeten Handelns. Im Erg. richtig daher BGH NJW 77, 2259 (s. u. S. 298 FN. 1).
- 3) Das heißt nicht, daß eine weitergehende Haftung nicht rechtspolitisch zu begrüßen wäre. Sie müßte sich aber auf andere Erwägungen stützen ("Betriebsrisiko") als die hier besprochene Fremdhftung.
- 4) S. u. S. 301.
- 5) Vgl. z.B. OLG Kiel BB 58, 787 (Deliktshaftung).
S. dazu S. 295 FN. 6 . Zu BGH NJW 77, 2259 (Veruntreuung) s. S. 298 FN. 1.

- 1) Vgl. z.B. Larenz, Allgemeiner Teil, § 10 II d (S. 138). Allerdings läßt der BGH (NJW 77, 2259, 2261) die juristische Person haften, wenn ein Organwalter Gelder eines Kunden, die er unter Vorspiegelung günstiger Anlagemöglichkeiten erhalten hat, nicht weiterleitet, "sofern sein Vorgehen nicht nach den von ihm beschrittenen Weg und den von ihm eingesetzten Mitteln nach außen hin als ein für dieses Amt 'fremdes' Geschäft ausgewiesen wurde." Dieser Entsch. ist auch vom hier vertretenen Standpunkt aus im Erg. zuzustimmen (wenn man einmal die weite Auslegung des Begriffs des verfassungsmäßigen Vertreters außer Acht läßt, s. dazu S. 286), da die Veruntreuung das Unterlassen eines geschuldeten Handelns (=Weiterleitung des Geldes) ist. Siehe S. 297 zu FN. 2.
- 2) Was § 254 I anbelangt, sei erwähnt, daß eine vorsätzliche Mitwirkung eines Organwalters an der Schädigung der juristischen Person nie zu berücksichtigen ist (s. o. S. 227f). Richtig daher BAG DB 74, 1632 (ein Angestellter einer GmbH hatte unerlaubte Sonderzuwendungen entgegengenommen, die ihm der Geschäftsführer zukommen ließ).
- 3) S. o. S. 253 ff.
- 4) S. o. S. 25 . Vgl. auch RGZ 66, 181 (184 f.), Möller, Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 19 f.
- 5) Da die Reichweite dieser Pflichten hier nicht zu prüfen ist, muß es auch offen bleiben, ob und inwieweit eine juristische Person für ein von ihr beherrschtes Unternehmen nach § 831 haftet, wobei schon zw. ist, ob - wie verschiedentlich (wohl zu Unrecht) angenommen wird - das Unternehmen als solches oder nur dessen Leiter als Verrichtungsgehilfen in Betracht kommen. S. hierzu E. Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 521 ff. m.N.
- 6) Hat sich etwa ein Organwalter auf einer Geschäftsfahrt befunden und auf einem privaten Zwecken dienenden Umweg jemanden überfahren, so haftet die juristische Person nicht (a.M. OLG Kiel BB 58, 787). Anders ist es, wenn der Wagen der juristischen Person gehört. Dann trifft sie die Halterhaftung des § 7 StVG (s. o. S. 294). Außerdem ist der Gebrauch eines Wagens der juristischen Person (als Einwirkung auf einen einer Rechtsposition der j.P. unterliegenden Sachverhaltsbereich) immer Wahrnehmung von deren Angelegenheiten, also ohne Rücksicht darauf, welche weiteren Zwecke damit verfolgt werden.

Zu Seite 299

1) S. o. S.228.

Zu Seite 300

1) Im Hinblick auf das Unterlassen eines geschuldeten Handelns spielt das Zuständigkeitserfordernis keine haftungsbeschränkende Rolle; denn irgendein Organwaller muß für das geforderte Handeln ja zuständig gewesen sein.

Zu Seite 301

- 1) RGZ 162, 129 (169). Vgl. auch RGZ 162, 202 (207), JW 28, 2433 (2435).
- 2) RGZ 162, 129 (169). Ähnlich RG JW 28, 2433 (2435).
Wörtlich übereinstimmend BGH LM BGB § 31 Nr. 13.
Vgl. auch BGHZ 49, 19, 23 ("enger objektiver Zusammenhang"). Zustimmend z.B. Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31 Anm. 31, Staudinger-Coing, § 31 Anm. 24, Erman-Westermann, § 31 Anm. 3.
- 3) Vgl. den Fall RGZ 117, 61: Auskunftserteilung im Zusammenhang mit der (unter die Zuständigkeit des Organwalters fallenden) Einräumung von Krediten. Das RG hat hier mit Recht die Zuständigkeit bejaht (aaO. S. 65).

Zu Seite 302

- 1) Bei der Gesamtvertretung ist nur ein Rechtsgeschäft, das vom einvernehmlichen Willen aller Vertreter gedeckt ist, Vollzug stellvertretender Entscheidung über die Angelegenheiten der juristischen Person. Daher wäre die Vorstellung falsch, daß ein Gesamtvertreter für den Abschluß eines von ihm gewollten Geschäfts immerhin auch zuständig gewesen sei.

Zu Seite 303

- 1) Vgl. z.B. RGZ 162, 129 (169), 202 (207), BGH LM BGB § 31 Nr. 13, Münchner Komm. z. BGB (Reuter), § 31 Anm. 15, Palandt-Heinrichs, § 30 Anm. 3, Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31 Anm. 28. A.M. Staudinger-Coing, § 31 Anm. 23, 10 a.
- 2) DR 41, 1937.
- 3) Vgl. nur RG HRR 28 Nr. 1396, Soergel-Schultze-v.Lasaulx Anm. 29, Münchner Komm. aaO Anm. 14, Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil (Bd. I), § 110 I 1 (S. 661 FN. 7). Kipp (Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des RG, Bd. II, S. 290 f.) und Frotz (Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, S. 253 f.) lassen die juristische Person nach § 31 i.V.m. § 179 II haften (s. dazu S. 304 FN. 2).
- 4) RGZ 134, 375 (377), BGH DB 67, 1629.
- 5) Auch im Falle des § 179 steht, wenn der Vertretene eine juristische Person ist, zumeist der Alleingang eines Gesamtvertreters in Frage.

- 1) In dem erwähnten Kündigungsfall (s. o. S. 303 FN. 2) war die Kündigung sowohl wegen der Unzuständigkeit des sie aussprechenden Organwalters als auch wegen Vertragswidrigkeit unwirksam. Das RG hätte den Schadensersatzanspruch des Gekündigten (positive Vertragsverletzung) auf die Unzuständigkeit stützen müssen. Der Gekündigte hätte also auch dann Schadensersatz verlangen können, wenn die Kündigung nicht vertragswidrig gewesen wäre.
- 2) Eine Haftung der juristischen Person nach §§ 31, 179 I oder II ist mit der h.M. (s. o. S. 303 FN.3) abzulehnen. § 179 wertet nicht das Handeln des Vertreters als Pflichtverletzung, sondern statuiert eine Erklärungs haftung: Der Vertreter "muß einstehen als Garant für das Bestehen der Vertretungsmacht, die er durch sein Agieren als Vertreter behauptet" (Flume, Das Rechtsgeschäft, § 47, 3 a, S. 802, vgl. auch Münchner Komm. (Thiele), § 179 Anm. 1, Canaris, Die Vertrauenshaftung, S. 532 ff.). Die Erfüllung eines Haftungstatbestandes, der an die bloße Behauptung des Vertreters anknüpft, er habe für das fragliche Rechtsgeschäft Vertretungsmacht gehabt, kann aber niemals eine Haftung des Vertretenen nach § 31 begründen. - Durch die Abgabe einer (mangels Zuständigkeit) nichtigen Erklärung kann der Organwaller auch einen Deliktstatbestand (z.B. § 826) erfüllen. Das ist vor allem dann von Bedeutung, wenn nicht der Empfänger, sondern ein Geschäftspartner des Empfängers, den kein Verhandlungsverhältnis mit der juristischen Person verbindet, einen Schaden im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung erlitten hat.
- 3) Es ist ja auch gar nicht einzusehen, weshalb es einen Unterschied machen soll, ob der Organwaller die Unterschrift des Mitvertreters fälscht oder etwa dessen Einverständnis vorspiegelt (so der Fall BGH LM BGB § 31 Nr. 13).
- 4) Für den Wegfall des Anspruches unter den Voraussetzungen des § 179 III 1 Frotz aaO S. 253 i.V.m. S. 115 ff.

Zu Seite 305

- 1) Im Erg. daher (insoweit, s. o. S. 286) richtig BGHZ 49, 19 (23), desgleichen BGH NJW 52, 537 (§ 254).

Zu Seite 307

- 1) S. o. S. 300 FN. 1.
- 2) Zum Verhältnis des § 117 AktG zu § 317 AktG s.
insbes. Wälde DB 72, 2289 m.N.

Zu Seite 308

- 1) BGHZ 36, 296, 309 f.

Zu Seite 309

- 1) Vgl. auch schon Wälde aaO S. 2290: Aus der Unzulässigkeit der Organverrichtung dürfe nicht deren Nichtexistenz gefolgert werden. Ähnlich Kölner Komm. z. AktG (Mertens), § 76 Anm. 31.
- 2) S. o. S. 232.
- 3) Mit Recht weist Mestmäcker (Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 262 f.) darauf hin, daß sich aus den Bestimmungen, nach denen eine juristische Person nicht Organ einer anderen sein kann, nichts gegen eine Haftung der entscheidenden Person nach § 31 herleiten läßt, da diese auf der Überlegung beruhen, daß das Organ einer juristischen Person eine Pflichtenstellung besitzt, die eine juristische Person mangels gewährleisteter Kontinuität der sie führenden Person nicht einnehmen dürfe.
- 4) S. o. S. 226 f., 295 f.

Zu Seite 310

- 1) Ein Recht zur Entsendung eines Organwalters in den Aufsichtsrat der B kann A nur haben, wenn sie Aktionärin von B ist, wenn man einmal vom Entsendungsrecht der Gewerkschaften absieht (vgl. § 101 II 1 AktG).
- 2) Der Umfang der Beteiligung muß so groß sein, daß anzunehmen ist, daß dem Organwalter der A auf Grund deren Beteiligung an B die Position eines Organwalters auch der B eingeräumt wurde, da andernfalls die in Frage stehende Person nur als "Privatperson" und nicht als Organwalter der A in den Gremien der B sitzt, also kein von A "entsandtes Organ" ist.
- 3) A kann ja durch Weisungen auf B Einfluß nehmen (vgl. § 308 AktG). Tut sie das, so ist die (nachteilige) Weisung entweder durch § 308 AktG gedeckt oder führt zu einer Haftung von A nach § 31 i.V.m. § 309 II AktG (s. o. S. 290 FN. 1).
- 4) S. o. S. 300.
- 5) S. o. S. 287.

Zu Seite 311

- 1) Zum erforderlichen Umfang der Beteiligung s. o. S. 310 FN. 2.
- 2) S. aber S. 313 FN. 2.
- 3) S. hierzu Wälde DB 72, 2289 (2291).
- 4) Wälde aaO S. 2289 ff. E. Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 253 f., Mestmäcker aaO (s. o. S. 309 FN. 3) H. Westermann JuS 61, 333 (336), Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31 Anm. 25 (sofern - was gerade problematisch ist - das Organ zugleich in Ausführung einer ihm zustehenden Verrichtung für die entsendende Person gehandelt hat). Einschränkend Kronstein, Die abhängige juristische Person, S. 25 f. (nur bei offensichtlichem Interessenwiderstreit) und Kölner Komm. z. AktG (Mertens), § 76 Anm. 36 (nur bei Erfüllung eines Tatbestandes, der eine Schadensersatzpflicht wegen rechtswidriger Einflußnahme vorsieht, wie §§ 117, 309, 311, 317 AktG). Ablehnend z.B. Krause BB 51, 680.
- 5) So Wälde, Kronstein aaO.
- 6) So Rehbinder aaO. Er meint, die entsandten Organwalter übten Verrichtungen auch der entsendenden Person aus, weil und wenn sie in Ausübung der "unternehmerischen, einheitlichen Konzernleitung" tätig würden (aaO S. 255).
- 7) So vor allem Mestmäcker aaO. Auch Westermann und Wälde aaO sprechen von der Verfolgung der Interessen der entsendenden Person. Anders Rehbinder (s. die folgenden FN.).
- 8) In dieser Richtung offenbar auch Rehbinder aaO S. 253.

Zu Seite 312

- 1) So (wenigstens im Erg.) auch Rehbinder aaO S. 256.
- 2) So auch Rehbinder aaO S. 256 f., Westermann aaO,
Kronstein aaO S. 81 f.

Zu Seite 313

- 1) Zur Haftung für andere Personen s. u. S. 316.
- 2) Zumeist wird § 31 nur bemüht, wenn es um Delikte eines Gesellschafters geht. Man könnte die Haftung für Vertragsverletzungen auch auf eine Analogie des § 278 (1. Alt.) stützen, was im Erg. keinen Unterschied macht (wenn man die Anwendung des § 278 S. 2 ausschließt). § 278 (2. Alt., Gehilfenhaftung) kommt dagegen nur in Betracht, wenn man vertragliche Pflichten der OHG nur als gewöhnliche Gesamtschuld der Gesellschafter ansieht (s. u. S. 318).
- 3) Das RG hat zunächst in einer schon vor Geltung des BGB ergangenen Entsch. (RGZ 15, 121 ff.) eine Deliktshaftung der OHG bejaht und diese Ansicht später mit einer Analogie des § 31 begründet (vgl. z.B. RGZ 148, 154, 160). Aus der Rspr. des BGH vgl. nur BGH NJW 52, 537 (538). Zur Lit. vgl. die zahlreichen N. bei Martinek, Die Organhaftung nach § 31 BGB, S. 46 FN. 1. - Martinek (aaO S. 50 ff.) wendet sich gegen eine Analogie des § 31, weil die OHG keine juristische Person sei, entwickelt aber auf der Grundlage des § 31 eine allgemeine "verbandliche Organhaftung" (S. 70 ff., 76 ff., 90 ff.), die sich auf die Gesichtspunkte einer Korrelation von Vorteil und Nachteil bei der Verwaltung eines Sondervermögens, auf die Repräsentation des hinter dem Vermögen stehenden Personenverbandes durch die verwaltende Organe, und auf das Fehlen individueller Einflußmöglichkeiten der Verbandsmitglieder auf das Sondervermögen stützt (S. 77). Danach haftet jeder Verband unabhängig von seiner Rechtsfähigkeit, soweit er ein vom Privatvermögen seiner Mitglieder abgrenzbares Sondervermögen gebildet hat, mit diesem Sondervermögen für zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen seiner Organe (S. 94). Ob das methodisch etwas wesentlich anderes als eine Analogie des § 31 ist, mag dahinstehen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist § 31 (wie auch § 278, 1. Alt.) Ausfluß des allgemeinen - nicht auf juristische Personen beschränkten - Prinzips einer Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung, dessen Anwendung auf gesetzlich nicht geregelte Fälle ohne weiteres als Analogie des § 31 bezeichnet werden kann.
- 4) So aber z.B. Nicknig, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft, S. 42. Vgl. ferner RGZ 15, 121, 128 (vor Geltung des BGB), Martinek aaO S. 77 (neben anderen Gesichtspunkten, s. o. FN. 3).
- 5) S. o. S. 281 f.
- 6) S. o. . 224 f.

Zu Seite 314

- 1) Z.B. Fabricius, Gedächtnisschrift f. R. Schmidt, S. 171, 189 ff. ("Zuordnungssubjekt"), ders., Relativität der Rechtsfähigkeit S. 158 ff., 163 ff., Flume, Personengesellschaft, § 4 II (S. 56 ff.), Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft, S. 146 ff. (u.ö.), Hennecke, Das Sondervermögen der Gesamthand, S. 73 f., 80.
- 2) Vgl. Flume aaO § 7 (S. 87 ff.).
- 3) RGZ 56, 206 (208 f.), BGH NJW 61, 1022, Schultze-v. Lasaulx, vor § 705 Anm. 37, Staudinger-Keßler, § 718 Anm. 1, Larenz, Schuldrecht II, § 60 I d (S. 342). Weitere N. bei Schünemann aaO S. 61 Anm. 6.
- 4) Vgl. Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, S. 70 f., 90 ff.

Zu Seite 315

- 1) Vgl. auch Fabricius, Gedächtnisschrift f. R. Schmidt, S. 172 (187).
- 2) Daher ist § 831 nicht anwendbar. Vgl. z.B. Fabricius aaO S. 176 ff., Sellert AcP 175, 77 (90 f.). Die Erfüllungsgehilfenhaftung kann aber unter gewissen Prämissen zum Zuge kommen, S. u. S. 318.
- 3) Genau genommen haftet der Urheber des Handelns aus dem verwirklichten Tatbestand und nur die übrigen Gesellschafter unterliegen der Haftung aus § 31 (analog).
- 4) S. o. S. 261 f.

Zu Seite 316

- 1) S. u. S. 31 .
- 2) S. o. S. 285 f. So auch die h.M. Vgl. BGH NJW 52, 837 (838), Großkomm. z. HGB (Fischer), § 126 Anm. 22, Heymann-Kötter, HGB, § 126 Anm. 2, Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter, S. 74.
- 3) Anders Kornblum aaO S. 119 FN. 4, wenn der Gesellschafter die ihm übertragenen Aufgaben auf Grund eigener Sachkunde selbstverantwortlich ausführt. Hiergegen zu Recht Beuthien DB 75, 725 (727).
- 4) S. u. S. 317 f.
- 5) Ist im Gesellschaftsvertrag keine Weisungsbefugnis vorgesehen, dann macht sich der "Angewiesene" nur den Willen des anderen zu eigen.
- 6) A.M. Beuthien aaO S. 727.
- 7) S. o. S. 285 . Zur (abzulehnenden) Ausweitung des Begriffs der verfassungsmäßigen Vertreters einer juristischen Person s. o. S. 246 . Gegen sie im Rahmen der Analogie des § 31 auf die OHG (nur die Haftung für das Verhalten von Gesellschaftern zulassend) Münchner Komm. (Reuter), § 31 Anm. 10. Vgl. auch z.B. A. Hueck, Das Recht der OHG, S. 275 f. Martinek (Die Organhaftung nach § 31 BGB, S. 183 ff.) befürwortet eine allgemeine Haftung für leitende Angestellte analog § 31, die er mit dem Repräsentationsgedanken begründet. S. hierzu oben S. 277 f.
- 8) Die Analogie des § 31 in diesem Falle bejahend Großkomm. z. HGB (Fischer), § 126 Anm. 25, Heymann-Kötter, § 126 Anm. 2. A.M. Hueck aaO S. 275 FN. 20.

Zu Seite 317

- 1) N. s. o. S. 314 FN. 1.
- 2) Flume, Die Personengesellschaft, § 16 IV 2 (S. 321) befürwortet eine Anwendung des § 278, denkt aber möglicherweise an die 1. Alt. ("gesetzlicher Vertreter").

Zu Seite 318

- 1) So die früher h.M. Heute noch z.B. Buchner AcP 169, 483 (489 ff., 499 f.).
- 2) S. o. S. 78 f.
- 3) Vgl. nur - die Frage wird heute vor allem im Hinblick auf die BGB-Gesellschaft erörtert - Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter, S. 35 f., Beuthien DB 75, 725, 728 ff., Larenz Schuldrecht II, § 60 IV (S. 359), Nicknig, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft S. 6 f., Wiedemann DB 75 Beil. 4 S. 42 f., J. Blomeyer JR 71, 397 (402).
- 6) Ob es sich dabei um eine mit der Gesellschaftsschuld inhaltsgleiche Verbindlichkeit (so die "Erfüllungstheorie") oder nur um eine Einstandspflicht (so die "Haftungstheorie") handelt, ist in diesem Zusammenhang gleichgültig.
- 5) Vgl. Schünemann aaO (s. o. S. 314 FN. 1) S. 135 ff.

Zu Seite 319

- 1) Vgl. BGH NJW 52, 537, 538 (§ 254). Zu versicherungsvertraglichen Obliegenheiten s. die folgenden FN.
- 2) Der Verlust oder Nichtentstehung von Individualansprüchen der Gesellschafter läßt sich nicht mit § 31 begründen. Hat daher z.B. ein Gesellschafter mit einem KFZ "der" OHG einen Unfall verschuldet und dem Versicherer falsche Auskünfte erteilt, so verlieren die anderen Gesellschafter ihren Haftpflichtversicherungsschutz nur, wenn eine Fremdhaftung nach den im 1. Kap. entwickelten Grundsätzen (s. o. S. 146 f.) eingreift, der Gesellschafter also "Auskunftsgehilfe" der übrigen gewesen ist. Auch der BGH (BGHZ 24, 378, 380 ff., BGB-Gesellschaft) will hier anders als bei der Versicherung einer zum Gesamthandsvermögen gehörenden Sache (s. die nächste FN.). - nur eine Verwirkung annehmen, wenn der Missetäter "Repräsentant" der übrigen Gesellschafter (s. hierzu oben S. 141 f.) gewesen ist.
- 3) So BGHZ 24, 378, 383 (BGB-Gesellschaft) bei Verletzung versicherungsvertraglicher Obliegenheiten durch einen Gesellschafter, wenn es um einen Versicherungsanspruch wegen der Beschädigung einer im Gesamthandseigentum stehenden Sache geht. Vgl. auch Möller, Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 21 f. u. Bruck-Möller, VVG, § 6 Anm. 65 m.N. aus der älteren Rspr.
- 4) Es wäre immerhin denkbar, eine Einzelverwirkung dadurch zu bewerkstelligen, daß man der OHG die Versicherungsleistung zukommen läßt, den schuldigen Gesellschafter aber im Hinblick auf § 67 VVG wie einen unversicherten Dritten behandelt, so daß der Schadensersatzanspruch der Gesamthand gegen ihn auf den Versicherer übergeht. Einen Regreß des Versicherers gegen einen Gesellschafter nach § 67 VVG ablehnend aber BGH VersR 64, 479, weil ein Gesellschafter Versicherter sei. Wenn sich aber eine Fremdhaftung nicht rechtfertigen ließe, dürfte es angemessener sein, den schuldigen Gesellschafter wie einen Dritten zu behandeln, als die unschuldigen Gesellschafter mitzubelasten.
- 5) S. o. S. 257 f.
- 6) S. o. FN. 4.
- 7) BGHZ 24, 378 (383), Kisch ZVersWiss 39, 4 (7), Möller, Verantwortung, S. 22 (m.N. aus der älteren Rspr.). Vgl. auch RGZ 157, 314 (320): Der schuldige Gesamthänder stehe (anders als das Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft) "zu der ganzen versicherten Sache in Beziehung" (was als Kennzeichnung des Unterschiedes zur Bruchteilsgemeinschaft zumindest eine unglückliche Formulierung darstellt).
- 8) Vgl. S. 232.

Zu Seite 320

- 1) Richtig Martinek, Die Organhaftung nach § 31 BGB, S. 101 (§ 831). Was die BGB-Gesellschaft anbelangt, wird dies bisweilen auch von Anhängern einer Analogie des § 31 übersehen, S. u. S. 323 FN. 3.
- 2) Vgl. aber z.B. Beuthien DB 75, 725 (727), Kornblum aaO (s. o. S. 315 FN. 1) S. 120 (Geschäftsherr), Flume, Festschr. f. Westermann, S. 119, 139 f. (BGB-Gesellschaft als Halter), ders., Die Personengesellschaft, §§ 6 II, III, S. 79 ff. (Besitz). Damit soll nicht gesagt sein, daß eine Zurechnung des Besitzes nicht in anderen Zusammenhängen erforderlich sein kann.
- 3) S. o. S. 226 ff, 246 ff, 275. Zur Zuständigkeit s. S. 300 ff.
- 4) S. o. S. 259.
- 5) S. o. S. 315 f.

Zu Seite 321

- 1) So auch Flume, Die Personengesellschaft, § 16 IV (S. 343 f.) mit der Begr., die Vorschrift des § 128 HGB sei "nicht so konzipiert, als ob sie auch diese Haftung umfassen würde." Die h.M. dürfte die Haftungserstreckung auch in den angesprochenen Fällen für selbstverständlich halten (ausdrücklich dafür z.B. Beuthien DB 75, 725, 727, Kornblum aaO S. 74, Martinek aaO S. 100).
- 2) Vgl. BGHZ 23, 302 (305), Großkomm. z. HGB (Fischer), § 128 Anm. 2, Hueck, OHG-Recht, S. 313.
- 3) Generell eine Haftung nach § 128 HGB wegen Verbindlichkeiten der OHG aus § 31 i.V.m. §§ 823 ff. ablehnend Flume aaO. - Ob allerdings der Zweck des § 128 HGB eine persönliche Haftung der Gesellschafter wegen reiner Begleitschäden rechtfertigt, die im Verlauf der Verhandlungen oder der Erfüllung entstanden sind, ist sehr zw.

- 1) Der Ausdruck stammt von Beuthien DB 75, 726
- 2) Flume aaO § 16 IV 2 (S. 321 f.), Fabricius, Gedächtnisschrift f. R. Schmidt, S. 171 (insbes. S. 187 ff.), Beuthien DB 75, 725 (729 f.), 773 (775), Kornblum aaO S. 45 f., Larenz, Schuldrecht II, § 60 IV c (S. 362), Nicknig, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft, S. 34 f. (m.w.N.). Martinek lehnt eine Analogie des § 31 ab (aaO S. 59 ff.), gelangt aber auf der Grundlage des § 31 zu einer allgemeinen Organhaftung von Verbänden (s. o. S. 313 FN. 3), der auch die BGB-Gesellschaft unterliegt (aaO S. 102 ff.), und bejaht darüber hinaus eine allgemeine "Repräsentationshaftung" für leitende Angestellte (s. hierzu oben S. 274 f.). Sellert (AcP 175, 77, 101 ff., 104 ff.) lehnt bei einer im Sinne der §§ 709, 711 organisierten Gesellschaft die Analogie ab. Nur wenn die Gesellschafter ein Mitglied aus ihrer Mitte zum Geschäftsführer bestellt hätten (§ 710), könne § 31 angewendet werden (zust. Medicus, Bürgerliches Recht, Rdnr. 795, S. 367, Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 31 Anm. 11). Diese Einschränkung der Analogie läßt sich nicht rechtfertigen (ausdr. gegen sie z.B. auch Flume aaO S. 322 FN. 151).
- 3) BGHZ 45, 311 (312). Der BGH meint, die BGB-Gesellschaft sei - anders als die OHG oder KG - "zu wenig körperchaftlich organisiert, als daß man die für sie handelnden Gesellschafter als ihre 'Organe' bezeichnen könnte." Wie der BGH auch die bisher h.L. Vgl. z.B. Staudinger-Keßler, § 713 Anm. 17, Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 714 Anm. 11, Erman-Schulze-Wenck, § 714 Anm. 5, Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 178, B 3 (S. 747).
- 4) Dies gilt auch, was Vertragsverletzungen anbelangt (zutreffend Martinek aaO S. 104 f.). § 278 (2. Alt. = Gehilfenhaftung) kommt nur im Hinblick auf Individualverbindlichkeiten in Betracht, die zu einer Haftung der Gesellschafter mit ihrem "Privatvermögen" führen (s. o. S. 318 u. unten S. 323 f.). Dagegen wollen auch Anhänger der Analogie des § 31 diese dem deliktischen Bereich vorbehalten. Vgl. z.B. Nicknig aaO S. 12, 13, Flume aaO, § 16 IV 2, S. 321 (der aber möglicherweise § 278 1. Alt., der wie § 31 eine Vermögenshaftung wegen fremder Tatbestandsverwirklichung regelt, im Auge hat). Beuthien DB 75, 730 zieht "im Interesse einer systematischen Einheit" § 31 vor.
- 5) So z.B. (zumindest in gewisser Hinsicht) Fabricius aaO S. 189 ff., Flume aaO S. 54 ff., 318 (u.ö.).

Zu Seite 323

- 1) S. o. S. 261 f.
- 2) Verfahrensrechtliche Probleme ergeben sich allenfalls für diejenigen, die die Analogie mit der Zuordnungssubjektivität der Gesellschaft begründen und Wert darauf legen, daß im Titel zum Ausdruck kommt, daß die Haftung nach § 31 eine Schuld "der" Gesellschaft bedeutet. Vgl. Fabricius, der meint, es gehe nicht an, "§ 31 in eine individualrechtliche Norm umzuwandeln, die Gesellschafter aus dieser Norm als einzelne zu verklagen und die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen dann wiederum auf Grund der §§ 785, 876 ZPO herbeizuführen (aaO S. 196 f.). Gegen ihn Martinek aaO S. 115.
- 3) S. o. S. 319 f. Unrichtig daher Nicknig aaO S. 51 f., 54 f. u. die dort Zitierten. Andererseits ist es nicht erforderlich, "die" Gesellschaft als Träger dieser Eigenschaften anzusehen, wie dies manchmal befürwortet wird (s. o. S. 320 FN. 2).
- 4) So die (wohl) heute h.M. auch unter denjenigen, die die Gesamthand nicht als Rechtssubjekt qualifizieren. S. o. S. 318 FN. 3.
- 5) So z.B. Flume aaO § 16 IV 3 (S. 325 f.). Dagegen Beuthien DB 75, 773 f.
- 6) So auch Flume aaO § 16 IV 6 (S. 343 f.) mit der eigenartigen Begr., daß das deliktische Verschulden des geschäftsführenden Gesellschafters "nicht Eigensache" der anderen Gesellschafter sei, obwohl Flume das Akzessorietätsprinzip damit begründet, daß die "Sache der Gesellschaft zugleich die Sache des Gesellschafters ist" (aaO § 16 IV 3 (S. 326). Krit. auch Martinek aaO S. 111.

Zu Seite 324

- 1) Ob der dem § 128 HGB zugrundeliegende Gedanke der Kreditfähigkeit (s. o. S. 321) tatsächlich eine Rolle bei der BGB-Gesellschaft spielt, bleibe dahingestellt. Sollte dies nicht der Fall sein, so kann nämlich auch das Akzessorietätsprinzip nicht gelten.
- 2) S. o. S. 321. - Man muß also nicht das Akzessorietätsprinzip preisgeben, um im Falle eines Deliktes die persönliche Haftung nicht beteiligter Gesellschafter ablehnen zu können, wie Beuthien DB 75, 775 meint.
- 3) Generell eine persönliche Haftung auf Grund von § 31 i.V.m. §§ 823 ff. Flume aaO (s. o. S. 323 FN. 6).
- 4) So auch die wohl h. L. Vgl. z.B. Beuthien DB 75, 773, Schultze-v. Lasaulx, § 714 Anm. 9, Palandt-Thomas, § 714 Anm. 3 d. Zu BGHZ 56, 355 s. o. S. 75.
- 5) S. o. S. 79.

- 1) S. nur Schumann, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine S. 50 ff., Staudinger-Coing, § 54 Anm. 33, Soergel-Schultze-v.Lasulx, § 54 Anm. 39 Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil (Bd. I), § 116 IV 7 (S. 708 f.), Münchner Komm. (Reuter), § 31 Anm. 10, Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 193 f. Martinek, (Die Organhaftung nach § 31 BGB, S. 44 ff.) lehnt eine Analogie des § 31 ab, gelangt aber auf der Grundlage des § 31 zu einer allgemeinen Organhaftung von Verbänden (s. o. S. 313 FN. 3) und bejaht darüber hinaus eine allgemeine "Repräsentationshaftung" für leitende Angestellte (s. hierzu oben S. 277 f.). - Das RG lehnte eine Analogie des § 31 ab (vgl. z.B. RGZ 143, 212, 214, JW 33, 429). Der BGH hat sie bisher nur als der h.L. entsprechend gekennzeichnet (vgl. BGHZ 50, 325, 329, NJW 65, 29, 33), ohne selbst Stellung zu beziehen.
- 2) Zur Begr. s. o. S. 261 f.
- 3) So z.B. Flume (s. o. S. 323 FN. 5).
- 4) Für eine persönliche Haftung der Mitglieder bei wirtschaftlichen Vereinen (auf Grund einer Interessenabwägung) Schumann aaO S. 58 i.V.m. S. 21 ff.

Zu Seite 326

- 1) Eine Haftung der Mitglieder nach § 831 dürfte - dessen korrekte Handhabung vorausgesetzt - kaum je in Betracht kommen. Zu den Schwierigkeiten einer Anwendung des § 831 s. Martinek aaO S. 39 f.
- 2) S. nur BGH LM BGB § 31 Nr. 11, Schumann aaO. S. 15 ff., Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 54 Anm. 36.
- 3) Nur Martinek befürwortet auf Grund der von ihm in Fortbildung des § 31 entwickelten allgemeinen verbandlichen Organhaftung (s. o. S. 313 FN. 3) eine dem § 31 entsprechende Haftung des Vermögens einer Miterbengemeinschaft (aaO S. 117 f.). Ausdrücklich ablehnend z.B. OLG München HRR 39 Nr. 365 Lange-Kuchinke, Erbrecht, § 45 III e (S. 763), John, Die organisierte Rechtsperson S. 180, Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil (Bd. I), § 110 (S. 661 FN. 5).
- 4) Beauftragen die Miterben einen Dritten mit der Verwaltung des Nachlasses, so begeben sie sich nicht ihrer Entscheidungsbefugnis, so daß der Dritte nur Hilfsperson ist.
- 5) Zur Begr. s.o. S. 261 f. Außerdem gilt ohnehin § 2059 I.

Zu Seite 327

- 1) So auch Martinek aaO S. 119 f.
- 2) Für die Verwaltung gemeinschaftlichen Wohnungseigentums gilt § 21 WEG.
- 3) Dies gilt auch, wenn ein Miteigentümer ohne Zustimmung der anderen Miteigentümer eine Erhaltungsmaßnahme trifft, wozu er nach § 744 II befugt ist.
- 4) A.M. Nicknig (Die Haftung eines BGB-Gesellschafters, S. 145), der deshalb sogar die von ihm befürwortete Analogie des § 31 auf die BGB-Gesellschaft ablehnt, wenn ein Bruchteilsvermögen besteht, ein wenig einleuchtendes Ergebnis.
- 5) Beauftragen die Miteigentümer einen Dritten mit der Verwaltung der Sache, so begeben sie sich nicht ihrer eigenen Entscheidungsbefugnis, so daß der Dritte nur Hilfsperson der Miteigentümer ist. Auch der Verwalter gemeinschaftlichen Wohnungseigentums ist wohl nicht Organ der Eigentümergemeinschaft (so ausdrücklich z.B. Palandt-Bassenge, § 25 WEG Anm. 1, Bärman-Pick WEG, § 27 Anm. 12, a.M. Weitnauer-Wirths, WEG, § 26 Anm. 20.
- 6) Die Ausübung der jedem Miteigentümer zustehenden Gebrauchsbefugnis (§ 743 II) ist nicht Verwaltung.

- 1) Manche nehmen an, daß bei Beschädigung der Sache die Ersatzforderung allen Miteigentümern gemeinschaftlich zusteht (z.B. Larenz, Schuldrecht II, S. 378 FN. 1). Dann bedarf es wohl keiner Fremdhafung, um den Anspruch nach § 254 zu kürzen.
- 2) Möller (Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers, S. 23 f., Komm. z. VVG, § 6 Anm. 66), der § 31 nicht heranzieht, erkennt eine Fremdhafung nur an, wenn alle Miteigentümer Versicherungsnehmer sind, oder wenn nur einer Versicherungsnehmer ist, die anderen aber mitversichert sind, und der Versicherungsnehmer das in Frage stehende Verhalten an den Tag gelegt hat. Im übrigen lehnt er "angesichts des Vorhandenseins gesonderter Interessen und Versicherungsforderungen" eine Fremdhafung ab, die man auch kaum auf den Gesichtspunkt des Vorliegens eines einheitlichen Vertrages stützen könne. Ebenso Kisch ZVersWiss 39, 4 (6 f.) und KG JRPV 37, 43, 44 im Hinblick auf § 61 VVG, in dessen Rahmen eine Fremdhafung aber überhaupt nicht stattfindet (s. weiter im Text).
Prinzipiell ablehnend RGZ 157, 313 (320) mit der falschen (s. Kisch aaO S. 5 f) Begr., daß anders als bei einer Gesamthandsgemeinschaft nicht jeder Versicherungsnehmer "zu der ganzen Sache in Beziehung" stehe. Die Entsch. (bei der es um eine Fremdhafung im Rahmen des § 61 VVG ging) ist aber im Erg. richtig (s. weiter im Text).
- 3) S. aber S. 324 FN. 5.

Zu Seite 329

- 1) S. o. S. 146 ff.
- 2) Soweit die Lit. eine Fremdhafung anerkennt (s. o. S. 328 FN. 2), differenziert sie nicht in dieser Weise.
- 3) Vgl. nur Prölss-Martin, VVG, § 74 Anm. 2.
- 4) So im Erg. auch RGZ 157, 313 (320). Eine Fremdhafung (jedenfalls teilweise bejahend Möller, Kisch aaO (s. o. S. 328 FN. 3)).
- 5 S. o. S. 257 f.

Zu Seite 332

- 1) Zur Bedeutung dieses Ausschlusses s. o. S. 88 FN. 9 u. S. 77.