

TOBIAS TRÖGER

# Arbeitsteilung und Vertrag

*Jus Privatum*

163

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 163





Tobias Tröger

# Arbeitsteilung und Vertrag

Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter  
in Vertragsbeziehungen

Mohr Siebeck

*Tobias Tröger*, geboren 1972; Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München, 1. Staatsexamen 1996; Referendariat in München und San Francisco, 2. Staatsexamen 1999; Promotion an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen 1999; Masterstudium an der Harvard Law School, LL.M. 2004; Habilitation durch die Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen 2011; Rufe an die Universität Passau und die Goethe Universität Frankfurt am Main; Seit 2011 Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht der Goethe-Universität.

e-ISBN 978-3-16-152086-0

ISBN 978-3-16-150924-7

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Der Spiritus Rector der modernen, durch die Adaption mathematischer und statistischer Methoden nach größerer analytischer Präzision strebenden Wirtschaftswissenschaften, Paul A. Samuelson, stellte einem Standardlehrbuch seiner Disziplin eine höchst selbstbewusste Programmatik voran, die bei einem Autor einer rechtswissenschaftlichen Monographie naturgemäß gemischte Gefühle auslöst: Träfe das „*I don't care who writes a nation's laws – or crafts its advanced treaties – if I can write its economic textbooks*“<sup>1</sup> ohne Einschränkungen zu, wäre schließlich die Bedeutung des eigenen Bemühens ganz erheblich relativiert, wenn nicht gar vollständig in Frage gestellt. Entscheidet man sich, die überzeichnete Sicht *Samuelsons* nicht wegen des ihr zugrundeliegenden, naiven Glaubens an die Berechenbarkeit der Welt als widerlegten, pythagoreischen Zahlenkult zu verwerfen, lässt sie sich aber auch als eine Herausforderung verstehen. Könnte ein Proprium der eigenen Forschung nicht darin liegen, die Sensibilität der Jurisprudenz für die Nuancen der Wirklichkeit mit der größere Wirkungszusammenhänge exakter beschreibenden Modellwelt der Ökonomik zu synthetisieren, um gerade auch in die Rechtsanwendung Einsichten in individuelle und gesellschaftliche Konsequenzen einzubinden? Diese Abhandlung will eine illustrierende Antwort auf eben diese Frage geben, indem sie das Querschnittsthema der Arbeitsteilung im Vertragsrecht aus der Perspektive institutionenökonomischer Einsichten beleuchtet. Sie bezieht dabei auch in den differenzierten Debatten zur Dogmatik des geltenden Rechts Stellung und will auf diese Weise zur adäquaten Entscheidung von Einzelfällen beitragen. Eine Bewährung des gewählten Ansatzes als Methode der praktischen Rechtswissenschaft kann auch seine Eignung für die weitere Konkretisierung des gemeineuropäischen Zivilrechts belegen.

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Habilitationsschrift angenommen. Ihre Entstehung wäre nicht möglich gewesen ohne das großzügige Gewährenlassen meines hochverehrten akademischen Lehrers, Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann, der nicht erst bei der Erstellung des Erstgutachtens gemerkt hat, dass in der Wissenschaft der Apfel mitunter doch weiter vom Stamm fällt, als der Volksmund vermutet, hieran aber nie Anstoß nahm, sondern auf seine unverwechselbare Art stets bestärkend und fördernd wirkte. Eben-

---

<sup>1</sup> *Samuelson*, Foreword, in: Saunders/Walstad (Hrsg.) *The Principles of Economics Course: A Handbook for Instructors*, 1990, S. ix–x.

so verbunden bin ich dem Zweitgutachter, Prof. Dr. Mathias Habersack, der mich als „Altlast“ in seiner Tübinger Zeit an seinem Lehrstuhl aufnahm und mir damit inspirierende Jahre ermöglichte, während derer er mich zudem in jeder Hinsicht optimal unterstützte. Herr Dr. Christoph Thole hat die Last eines auf die ökonomische Grundlegung der Arbeit bezogenen Drittvotums übernommen. Allen Gutachtern bin ich für ihre Mühen und die Vielzahl von weiterführenden, kritischen Anmerkungen dankbar.

Nicht nur am Anfang meines wissenschaftlichen Werdegangs hat mein Doktorvater, Prof. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner, nachhaltigen Einfluss ausgeübt. In einem Tübinger Kaffeehaus mit treffendem Namen hat er mich nach dem Rigorosum zum Einschlagen der wissenschaftlichen Laufbahn ermutigt, mich seither kritisch-streng auf Kurs gehalten und in vielfältiger Weise gefördert und geprägt.

Zu Dank verpflichtet bin ich Freunden und Kollegen, die nicht nur für ebenso hilfreiche wie kontroverse Debatten zur Verfügung standen. Herausheben möchte ich Dr. Franziska Berger, Dr. Christoph Burchard, Prof. Dr. Helge Dedek, Dr. Tim Florstedt, Dr. Robert Häcker, Prof. Dr. Hans Hanau und Dr. Iris Kemmler.

Bei der Drucklegung haben mich meine Passauer und Frankfurter Mitarbeiter, Alexander Friedrich, Jennifer Pia Gehrke, Antje Hirsch-Hottes, Nathalie Kaiser, Lisa Pfaffinger, Philipp Scheibenpflug und Gerrit Tönningesen unterstützt, die DFG hat einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährt. Die Rechtsentwicklung ist bis November 2011 berücksichtigt.

Meinen Eltern danke ich für die liebevolle Unterstützung. Ich widme die Arbeit meiner Frau, Dr. Lucina Berger, ohne die diese Arbeit nie abgeschlossen worden wäre.

Frankfurt am Main im Januar 2012

Tobias Tröger

## Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
<i>Kapitel 1: Grundlagen</i> . . . . .	1
§1 Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse . . . . .	2
§2 Methodische Skizze . . . . .	31
§3 Agenda . . . . .	73
<i>Kapitel 2: Entwicklungsstränge der Verantwortlichkeit für Hilfspersonen</i> . . . . .	75
§1 Römisches Recht . . . . .	78
§2 Nachklassik, Christentum und Mittelalter . . . . .	104
§3 Humanismus und Usus Modernus . . . . .	109
§4 Spätscholastik, Naturrecht und Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts . . . . .	114
§5 Pandektistik und Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert . . . . .	122
§6 Bewertung und Fortgang der Untersuchung . . . . .	131
<i>Kapitel 3: Rechtfertigung der Einstandspflicht für Hilfspersonen in der Jurisprudenz</i> . . . . .	133
§1 Begründungsansätze im deutschen Recht . . . . .	134
§2 Begründungsansätze anderer Rechtsordnungen . . . . .	166
<i>Kapitel 4: Ökonomik der Einstandspflicht für Hilfspersonen</i> . . . . .	199
§1 Ökonomik der deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit für Drittverhalten und allgemeine Ziele des Haftungsrechts . . . . .	200
§2 Funktionen des Vertragsrechts aus Sicht der Ökonomik . . . . .	217
§3 Die Einstandspflicht für Dritte als Bestandteil eines ökonomisch rationalen Vertragsrechts . . . . .	244

<i>Kapitel 5: Arbeitsteilung und positives Recht</i> . . . . .	297
§1 Schutz des Leistungsinteresses . . . . .	299
§2 Gewährleistung (vorvertraglicher) Informationsinteressen . . . . .	436
§3 Sicherung des Integritätsinteresses . . . . .	517
 <i>Kapitel 6: Arbeitsteilung und Verantwortlichkeit im europäischen Vertragsrecht</i> . . . . .	 527
§1 Gemeinschaftsprivatrecht . . . . .	529
§2 Gemeinsamer Referenzrahmen . . . . .	534
 <i>Kapitel 7: Zusammenfassung der Ergebnisse</i> . . . . .	 545
§1 Grundlagen . . . . .	545
§2 Entwicklungsstränge der Verantwortlichkeit für Erfüllungsgehilfen . . .	546
§3 Rechtfertigung der Einstandspflicht für Hilfspersonen in der Jurisprudenz . . . . .	547
§4 Ökonomik der Einstandspflicht für Hilfspersonen . . . . .	550
§5 Arbeitsteilung und positives Recht . . . . .	553
§6 Arbeitsteilung und Verantwortlichkeit im europäischen Vertragsrecht . .	558
 Literaturverzeichnis . . . . .	 559
Sachregister . . . . .	619

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXV
Kapitel 1: Grundlagen . . . . .	1
§1 <i>Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse</i> . . . . .	2
A. Die Binnenperspektive des deutschen Rechts . . . . .	3
I. Kasuistische Unübersichtlichkeit und mangelnde Klarheit über die Haftungsgrundlagen . . . . .	5
II. Haftung und Unternehmensorganisation . . . . .	8
1. Die Herausforderung durch die Arbeitsteilung . . . . .	8
2. Organisationsanreize durch Haftung. . . . .	9
B. „Vom Beruf unserer Zeit ...“ – mal wieder?: Europäische Rechtsvereinheitlichung . . . . .	12
I. Skepsis gegenüber gewillkürter Harmonisierung und Vermessung der Möglichkeiten der Rechtsvergleichung . . . . .	17
II. Rechtsvergleichende Miniatur. . . . .	23
1. Leistungsversprechen. . . . .	23
2. Sicherung des Integritätsinteresses . . . . .	25
3. Folgerungen und Beschränkung des Untersuchungsgegenstands . .	27
a) Ermittlung überpositiver Zurechnungskriterien. . . . .	27
b) Materielle Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Verantwortlichkeit für Gehilfenverhalten? . . . . .	29
§2 <i>Methodische Skizze</i> . . . . .	31
A. Rechtsdogmatik und Rechtsökonomik: Konsequentialismus, methodologischer Individualismus und juristische Hermeneutik . .	32
I. Das Bedürfnis nach einem deskriptiven Verhaltensmodell und seine Erfüllung durch die Ökonomik . . . . .	33
1. Folgenabschätzung als Aufgabe der Rechtswissenschaft . . . . .	33
2. Integration sozialwissenschaftlicher Verhaltensmodelle in die juristische Folgenabschätzung. . . . .	39

II. Normative Ökonomik und teleologische Interpretation . . . . .	43
1. Ziele schuldrechtlicher Regulierung . . . . .	44
a) Leistungsstörungsrecht, Effizienz und hypothetischer Konsens. . . . .	44
(1) Autonome Bindung und rechtsförmige Sanktion . . . . .	44
(2) Kritik des wohlfahrtsökonomischen Effizienzdenkens aus Sicht des normativen Individualismus . . . . .	51
b) Heteronome Verpflichtungen: Der Verstoß gegen Schutz- pflichten im Kontext der Vertragsdurchführung. . . . .	52
(1) Dogmatische und funktionale Sonderstellung der Schutzpflichten . . . . .	52
(2) Schutzpflichten im Spiegel haftungsrechtlicher Effizienz- ziele . . . . .	54
c) (Vor-)vertragliche Informationsverantwortlichkeit auf der Schnittstelle von autonomer und heteronomer Verpflichtung . .	60
2. Interpretation, zurückgenommener Rationalitätsanspruch und ökonomischer Erfahrungsschatz . . . . .	61
B. Rechtsvergleichung und Rechtsökonomik . . . . .	67
I. Funktionalismus und deskriptive Ökonomik . . . . .	68
1. Definitionspotential und Analyseerweiterung. . . . .	68
2. Funktionsbegriff und Ökonomik . . . . .	69
II. Rechtsvergleichung und normative Ökonomik . . . . .	70
III. Ökonomische Modellannahmen und rechtsvergleichende Erkenntnisse . . . . .	71
 §3 <i>Agenda</i> . . . . .	 73
 Kapitel 2: Entwicklungsstränge der Verantwortlichkeit für Hilfspersonen . . . . .	 75
 §1 <i>Römisches Recht</i> . . . . .	 78
A. Allgemeine Zurechnungsgesichtspunkte und Einstandspflicht für Dritte . . . . .	78
B. Noxalhaftung für Delikte der Gewaltunterworfenen . . . . .	80
C. Haftung für das Verschulden Dritter in Sonderverbindungen. . . . .	82
I. Vertragliche Übernahme des Personalrisikos. . . . .	83
II. Custodia-Haftung und Einstandspflicht für Gehilfenfehler. . . . .	84
1. Die Bewachungspflicht im klassischen römischen Recht . . . . .	85
2. Zusammenhang von custodia-Haftung und Einstandspflicht für Gehilfen . . . . .	86

a) Von Eigenverschulden unabhängige Haftung für Gehilfen- fehler . . . . .	87
b) Custodia-Haftung und Einstandspflicht bei Auswahl- verschulden. . . . .	89
c) Konsequenzen . . . . .	90
III. Haftung nur bei eigenem Verschulden, insbesondere für culpa in eligendo . . . . .	91
1. Miet- und Pachtvertrag . . . . .	91
2. Auftragsverhältnisse . . . . .	93
3. Sonstige Fälle . . . . .	94
4. Bewertung . . . . .	95
D. Receptum-Haftung und verwandte Tatbestände . . . . .	96
E. Quasideliktische Haftungstatbestände des Prätors . . . . .	98
I. Actio de deiectis vel effusis . . . . .	98
II. Actio furti/damni in factum adversus nautas, caupones, stabularios . . . . .	101
F. Römisches Fallrecht als Ausdruck einer funktional rationalisier- baren Risikoverteilung . . . . .	103
 §2 <i>Nachklassik, Christentum und Mittelalter</i> . . . . .	104
A. Systematisierungsstreben und christlicher Einfluss . . . . .	104
B. Moralische Imputation und Einstandspflicht für Drittverhalten . . .	106
C. Konsequenzen . . . . .	107
 §3 <i>Humanismus und Usus Modernus</i> . . . . .	109
A. Fortschreiben mittelalterlicher Haftungs- und Zurechnungslehren	109
B. Schuldparadigma und Haftung für Gehilfenfehler. . . . .	109
C. Faktisch verschuldensunabhängige Haftungstatbestände . . . . .	111
D. Tendenz zur impliziten Verobjektivierung. . . . .	112
 §4 <i>Spätscholastik, Naturrecht und Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts</i> . . . . .	114
A. Haftungsrechtliche Konsequenzen der Trennung von forum internum und forum externum in der Spätscholastik . . . . .	114
B. Ethische Imputation in der Naturrechtslehre . . . . .	115
C. Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts . . . . .	117
I. Haftung bei Bestehen von Sonderverbindungen . . . . .	117

II. Verantwortlichkeit jenseits bestehender Sonderverbindungen. . . . .	119
D. Verschuldensprinzip als Grundlage eines weltlichen Haftungsrechts. . . . .	121
§5 <i>Pandektistik und Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert</i> . . . . .	122
A. Zurechnungslehre und Schuldprinzip in der Pandekten- wissenschaft. . . . .	122
B. Einstandspflicht für Drittverhalten als Widerspruch zum Schuldprinzip und Relativierungen in der Lehre. . . . .	123
C. Gesetzgebung und Rechtsprechung . . . . .	126
D. Risikozuweisung als Aufgabe des Privatrechts im Zeitalter der Industrialisierung. . . . .	128
§6 <i>Bewertung und Fortgang der Untersuchung</i> . . . . .	131
 Kapitel 3: Rechtfertigung der Einstandspflicht für Hilfspersonen in der Jurisprudenz . . . . .	 133
§1 <i>Begründungsansätze im deutschen Recht</i> . . . . .	134
A. Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB. . . . .	134
I. Bedeutung und Reichweite der tradierten Erklärungsversuche . . .	134
1. Heteronome Zurechnung und Verschuldensprinzip . . . . .	134
2. Pluralistisches Verständnis der Verhaltenszurechnung als Ausdruck der Vielgestaltigkeit schuldrechtlicher Pflichten. . . . .	136
II. Einstandspflicht kraft Parteiwillens . . . . .	138
1. Erfolgsversprechen und Einstandspflicht. . . . .	139
2. Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten von Hilfspersonen . .	141
3. Unzulänglichkeit jeglicher rechtsgeschäftlicher Erklärungs- ansätze? . . . . .	142
III. Risiko-Nutznießungsgedanke . . . . .	143
1. Grundgedanke und flexible Risikozurechnung . . . . .	143
2. Grenzen des Risiko-Nutznießungsgedankens, insbesondere Schutzpflichten. . . . .	147
IV. Gedanke der Sphärenöffnung und des Vertrauensschutzes . . . . .	148
V. Relativer Charakter einer tragfähigen Begründung der Gehilfen- haftung und Ergänzungsbedürftigkeit der tradierten Kriterien. . .	149
B. Haftung für Organwalter, § 31 BGB . . . . .	151
I. Der Theorienstreit um die Natur der Haftung nach § 31 BGB und die sachliche Reichweite der Organhaftung. . . . .	152

II. Materielle Rechtfertigung der Organhaftung jenseits des Theorienstreits . . . . .	155
1. Ergebnisbeschreibung und materielle Normbegründung . . . . .	156
2. Risiko-Nutznießungsgedanke und verwandte Begründungsansätze . . . . .	157
a) Die fundamentale „Gerechtigkeitsidee“. . . . .	157
b) Die Trennung von Vermögensmassen als rechtstechnischer Grund der Haftungsüberleitung. . . . .	158
III. Notwendigkeit einer materiellen Konkretisierung der Organhaftung . . . . .	159
C. Haftung für Auswahl-, Ausrichtungs- und Überwachungsver schulden beim Einsatz von Verrichtungsgehilfen, § 831 BGB . . .	160
I. Verschuldenshaftung als (unvollständige) Verwirklichung funktionaler Zurechnungsprinzipien . . . . .	161
II. Rechtspolitische Kritik und „korrigierende“ Tendenzen in der Rechtsanwendung. . . . .	163
III. Bedürfnis nach einer einheitlichen materiellen Fundierung des dogmatisch uneinheitlichen Schutzes des Integritätsinteresses . . .	164
D. Zusammenfassung und weiterer Gang der Untersuchung . . . . .	165
§2 Begründungsansätze anderer Rechtsordnungen . . . . .	166
A. Legitimation der Verantwortlichkeit für Gehilfenfehler im Rechtskreis des common law . . . . .	167
I. Sicherung des Leistungsinteresses . . . . .	167
1. Vertragsbruch und Rechtsbehelfe in ihrer Bedeutung für die Gehilfenhaftung. . . . .	167
2. Ausschluss der Rechtsbehelfe trotz Nichteinhaltung des Versprechens. . . . .	168
a) Grundregel bei Vereitelung der Vertragserfüllung. . . . .	168
b) Einstandspflicht für Gehilfen im Besonderen . . . . .	171
c) Befund und Konsequenzen. . . . .	172
II. Verantwortlichkeit für Dritte jenseits vertragsrechtlicher Einstandspflichten . . . . .	172
1. Vicarious liability des Geschäftsherrn . . . . .	172
a) Präzedenzen. . . . .	174
b) Literatur . . . . .	175
(1) Risiko-Nutznießung und die Parallele zur strict liability . .	175
(2) Sicherung der Kompensation des Opfers . . . . .	176
(3) Schadensstreunung . . . . .	178
2. Weitere Fälle der Verantwortlichkeit für Drittschädigungen, insbesondere Haftung für selbständige Unternehmer und Produkthaftung . . . . .	179

a) Haftung für selbständige Unternehmer . . . . .	179
(1) Ausdehnung des Auswahlverschuldens. . . . .	180
(2) Nicht delegierbare Pflichten zur Schadensvermeidung als Grundlage einer faktisch verschuldensunabhängigen Haftung . . . . .	181
i. Das einschlägige Fallrecht . . . . .	181
ii. Legitimationsansätze in der Literatur . . . . .	182
b) Produkthaftung . . . . .	184
(1) Strikte Verantwortlichkeit für Produktfehler und implizite Haftung für Gehilfenversagen. . . . .	184
(2) Ökonomischer Charakter bzw. Unergiebigkeit der angeführten Gründe für eine verschuldensunabhängige Produkthaftung . . . . .	186
B. Normative Fundamente der Verantwortlichkeit für Gehilfenfehler im französischen Recht. . . . .	187
I. Sicherung des Leistungsinteresses . . . . .	188
1. Die eingeschränkte Erfolgsgarantie bei den obligations de résultat . . . . .	188
a) Grundlegende Einteilung der Obligationstypen. . . . .	188
b) Verpflichtungswille als Grundlage der Einstandspflicht . . . . .	189
2. Allgemeines Prinzip der Haftung für Gehilfenfehler als Fortentwicklung spezieller Zurechnungsnormen . . . . .	191
II. Gewährleistung des Integritätsinteresses . . . . .	193
1. Obligation de sécurité und Sperrwirkung des vertragsrechtlichen Haftungsregimes . . . . .	193
2. Haftung für Verrichtungsgehilfen. . . . .	194
3. Produkthaftung und action directe gegen den Hersteller. . . . .	196
C. Vergleichende Bewertung und Fortgang der Untersuchung . . . . .	197
 Kapitel 4: Ökonomik der Einstandspflicht für Hilfspersonen . . . . .	199
 §1 <i>Ökonomik der deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit für Drittverhalten und allgemeine Ziele des Haftungsrechts</i> . . . . .	200
A. Kontrolle des Prinzipals über das vom Agenten ausgehende Schadensrisiko als Grundvoraussetzung der Einstandspflicht . . . . .	201
I. Agenturtheoretische Grundlagen der Analyse . . . . .	201
II. Einwirkungsmöglichkeit auf den Handelnden als notwendige Bedingung der Einstandspflicht . . . . .	202
B. Zusätzliche Kriterien der Haftungsbegründung . . . . .	203
I. Überlegene Möglichkeiten des Hintermanns zur Risikominimierung. . . . .	205
1. Kognitive Vorteile des Prinzipals . . . . .	205

2. Vorteile interner Sanktionen gegenüber externer Haftung . . . . .	206
II. Überwindung des Problems der Vermögensrestriktion ( <i>judgement proof problem</i> ). . . . .	208
III. Risikoaversion natürlicher Personen. . . . .	211
1. Bedeutung individueller Risikopräferenz für das Recht . . . . .	211
2. Relevante Konstellationen im Bereich der Einstandspflicht für Gehilfenverhalten . . . . .	212
C. Die Relativität ökonomischer Begründungsansätze und die Konsequenzen für die Verantwortlichkeit für Gehilfenfehler . . . . .	214
§2 <i>Funktionen des Vertragsrechts aus Sicht der Ökonomik</i> . . . . .	217
A. Vertragsrecht im Licht ökonomischer Markt- und Wettbewerbs- theorien . . . . .	217
I. Die Unsichtbare Hand und das Vertragsrecht . . . . .	217
II. Privatautonomie und Effizienzdenken im Vertragsrecht . . . . .	220
B. Funktionen des Vertragsrechts aus Sicht der Ökonomik . . . . .	221
I. Ermöglichung und Absicherung der Kooperation. . . . .	222
1. Planmäßiges Wirtschaften und anonyme Transaktionen. . . . .	222
2. Anreizwirkung und Verteilung von Risiken. . . . .	225
3. Vertragsrecht und hypothetischer Konsens unter realen Bedingungen. . . . .	226
4. Paternalismus . . . . .	229
II. Angemessene Offenlegung von Informationen . . . . .	229
III. Senkung der Transaktionskosten . . . . .	232
1. Dispositives Gesetzesrecht und Markttransaktionskosten . . . . .	232
2. Die hypothetische, vollständige Parteivereinbarung als heuristischer Maßstab . . . . .	233
3. Abstrakt generelle Regelungen: Marktimitierendes Vertragsrecht und heteronome Präferenzen . . . . .	234
4. Nachverhandlungen. . . . .	237
5. Wünschenswertes Ausmaß effizienter Lückenfüllung . . . . .	238
IV. Außerrechtliche Kooperationssicherung (Relationale Verträge) . . . . .	239
1. Außerrechtliche Mechanismen der Kooperationssicherung . . . . .	239
2. Missbrauchspotentiale und Relationalität der Austausch- beziehung . . . . .	241
§3 <i>Die Einstandspflicht für Dritte als Bestandteil eines ökonomisch    rationalen Vertragsrechts</i> . . . . .	244
A. Ökonomik des Leistungsstörungenrechts . . . . .	245
I. Grundlagen. . . . .	246

1. Effiziente Risikoverteilung als übergeordnetes Ziel des Leistungsstörungsrechts . . . . .	246
2. Zielverwirklichung durch leistungsstörungsrechtliche Sanktionen . . . . .	248
II. Die Determinanten des Parteiverhaltens im Einzelnen . . . . .	250
1. Verhaltensanreize auf Seiten des Schuldners . . . . .	250
a) Die Grundentscheidung: ordnungsgemäße Erfüllung oder Pflichtwidrigkeit. . . . .	250
(1) Der Anreiz zur effizienten Vertragserfüllung als Maßstab leistungsstörungsrechtlicher Sanktionen . . . . .	250
i. Effizienzziel, Vertragsbruch und leistungsstörungsrechtlicher Anreiz . . . . .	250
ii. Bedeutung des Verfahrens der Rechtsdurchsetzung . . . . .	256
(2) Nachverhandlungen. . . . .	258
(3) Mehrstufige Erfüllungsbemühungen . . . . .	260
b) Vorsorgemaßnahmen zur Sicherung der eigenen Leistungsfähigkeit. . . . .	262
(1) Maßnahmen zur Beseitigung bekannter Risiken . . . . .	262
i. Rechtliche Sanktionen nicht-ordnungsgemäßer Erfüllung . . . . .	262
ii. Marktförmige Sanktionen nicht-ordnungsgemäßer Erfüllung . . . . .	264
(2) Erwerb von Informationen über potentielle Erfüllungshindernisse. . . . .	265
2. Verhaltensanreize auf Seiten des Gläubigers . . . . .	266
a) Investitionen in Erwartung der Erfüllung . . . . .	266
(1) Steigerung des Kooperationsgewinns durch Investitionen des Gläubigers in Erwartung der Erfüllung . . . . .	266
(2) Überinvestitionen als Folge einer Versicherung des Gläubigers gegen Nichterfüllungsschäden . . . . .	267
(3) Anreizeffekte der prozessualen Durchsetzung leistungsstörungsrechtlicher Sanktionen . . . . .	268
(4) Gläubigerinvestitionen und Nachverhandlungen . . . . .	269
b) Ex ante Maßnahmen zur Minimierung des Nichterfüllungsschadens . . . . .	269
c) Ex post Maßnahmen zur Minimierung des Nichterfüllungsschadens . . . . .	271
3. Risikopräferenz und Risikoallokation . . . . .	271
a) Optionale Versicherung bei heterogenen Risikopräferenzen . . . . .	271
b) Risikoallokation und Anreizwirkung. . . . .	272
III. Folgerungen für die Einstandspflicht für das Fehlverhalten von Erfüllungsgehilfen . . . . .	273
B. Ökonomik des Gewährleistungsrechts . . . . .	275
I. Investitionstheorie der Gewährleistung. . . . .	275
1. Gewährleistung als Versicherung . . . . .	276

2. Gewährleistung als Instrument der Verhaltenssteuerung. . . . .	277
II. Gewährleistung als Qualitätssignal . . . . .	278
III. Folgerungen für die Einstandspflicht für das Fehlverhalten von Erfüllungsgehilfen . . . . .	278
C. Ökonomik der Informationsverantwortlichkeit im Vertragsrecht . .	279
I. Informationsökonomik, Zielkonflikt der Informationspolitik und privatrechtliche Verteilung der Informationsverantwortung. .	280
1. Das Problem der Unterversorgung mit Information . . . . .	280
2. Ziele ökonomisch rationaler Informationspolitik . . . . .	282
3. Folgerungen für die privatrechtliche Verteilung der Informations- verantwortung. . . . .	283
II. Informationsverantwortlichkeit im Vertragsrecht. . . . .	284
1. Komparativer Kostenvorteil, Vertrauensprämie und Reichweite der Informationsverantwortlichkeit . . . . .	285
a) Informationskosten und Vertrauensprämie. . . . .	285
b) Korrelation von Vertrauensprämie und Reichweite der Informationsverantwortlichkeit? . . . . .	287
2. Informationsverantwortlichkeit und Anreize zur Beschaffung und Verwertung von Informationen . . . . .	287
a) Wertsenkende Informationen . . . . .	288
b) Werterhöhende Informationen. . . . .	290
(1) Keine Aufklärungspflicht bei produktiven Informationen . .	290
(2) Aufklärungspflicht des Erwerbers zur Sicherung der Informationsverwertung? . . . . .	290
(3) Aufklärungspflicht bei unproduktiven Informationen, insbesondere Vorauswissen . . . . .	291
c) Zufallsinformationen . . . . .	292
III. Folgerungen für die Einstandspflicht für das Fehlverhalten von Hilfspersonen . . . . .	294
D. Verantwortlichkeit für Gehilfen im Spiegel der Ökonomik und Konsequenzen für Fortgang der Untersuchung. . . . .	295
 Kapitel 5: Arbeitsteilung und positives Recht. . . . .	 297
<i>§1 Schutz des Leistungsinteresses</i> . . . . .	299
A. Herausforderung durch leistungsstörungenrechtliche Formenvielfalt . . . . .	300
I. Implizite und explizite Verhaltenszurechnung im Leistungs- störungenrecht. . . . .	300
II. Verantwortlichkeit für Gehilfenfehler und Grenzen des Erfüllungsanspruchs . . . . .	302

III. Konsequenzen und Fortgang der Untersuchung. . . . .	305
B. Einstandspflicht für Dritte im Rahmen des Erfüllungsanspruchs . .	306
I. Objektive Unmöglichkeit und Unmöglichkeit für den Schuldner .	307
1. Wegfall der Leistungspflicht bei objektiver und subjektiver Unmöglichkeit als Reaktion auf vorpositive Gegebenheiten . . . . .	307
a) Objektive Unmöglichkeit. . . . .	307
b) Unmöglichkeit für den Schuldner . . . . .	308
c) Folgerungen und Fortgang der Untersuchung . . . . .	311
2. Orientierung am Schuldinhalt als Einfallstor normativer Risikozuweisungen . . . . .	311
a) Der Versprechensinhalt als Determinante der Anwendung des § 275 Abs. 1 BGB . . . . .	311
b) Nachlieferungszwang beim Stückkauf und Unmöglichkeits- einwand. . . . .	313
3. Ökonomik des Einwands der Unmöglichkeit im Lichte arbeitsteiliger Leistungserbringung. . . . .	316
a) Präventionsanreize im Hinblick auf nachteilige Folgen nicht ordnungsgemäßer Erfüllung . . . . .	317
b) Präferenzgerechte Zuweisung des Risikos nicht ordnungs- gemäßer Erfüllung. . . . .	319
c) Kompatibilität der ökonomischen Sicht mit der Dogmatik des Unmöglichkeitseinwands . . . . .	321
II. Leistungserschwerenis. . . . .	323
1. Einrede wegen Überschreitens der Zumutbarkeitsschwelle, § 275 Abs. 2 BGB . . . . .	323
a) Grobes Missverhältnis zwischen Erfüllungsaufwand und Leistungsinteresse. . . . .	324
b) Leistungsinteresse. . . . .	329
c) Erfüllungsaufwand . . . . .	332
d) Vertretenmüssen als Determinante der Zumutbarkeitsschwelle	335
e) Anwendung des § 275 Abs. 2 BGB im Licht arbeitsteiliger Leistungserbringung . . . . .	338
2. Vertragstypische Grenzen der Leistungspflicht, §§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB . . . . .	339
a) Struktur der Regelung . . . . .	340
b) Schwelle absolut unverhältnismäßiger Kosten . . . . .	341
(1) Die Grenze der Nacherfüllungspflicht im nationalen Recht	342
(2) Totalverweigerung und Sekundärrecht . . . . .	345
c) Anwendung im Hinblick auf die arbeitsteilige Leistungs- erbringung . . . . .	348
III. Ergänzende Vertragsauslegung und Störung der Geschäftsgrundlage. . . . .	349
1. Ergänzende Vertragsauslegung . . . . .	349
2. Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	350

a) Anwendungsbereich der Geschäftsgrundlagenlehre. . . . .	351
b) Parallele Steigerung von Erfüllungsaufwand und Leistungsentzweck. . . . .	355
IV. Ökonomisch rationale Einstandspflicht für Dritte im Rahmen des Naturalerfüllungsanspruchs und Fortgang der Untersuchung	360
C. Einstandspflicht für Dritte im Rahmen des Schadens- ersatzanspruchs . . . . .	362
I. Struktur der vertraglichen Schadensersatzhaftung . . . . .	363
1. Einheitlicher Anspruch auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung . . . . .	363
2. Pflichtverletzung und Vertretenmüssen . . . . .	365
a) Unmöglichkeit und verwandte Tatbestände . . . . .	365
b) Nichterfüllung und Schlechtleistung . . . . .	368
3. Pflichtverletzung und Zurechnung als Determinanten der Analyse. . . . .	370
II. Haftung bei Ausschluss der Leistungspflicht, Nichterfüllung und nicht rechtzeitiger Erfüllung. . . . .	371
1. Eigene Verantwortlichkeit des Schuldners . . . . .	372
a) Regelverantwortlichkeit für eigenes Verschulden . . . . .	372
b) Überwachungs-, Vorsorge- und Abwendungspflichten. . . . .	376
c) Übernahme eines Beschaffungsrisikos . . . . .	379
2. Zurechnung des Verhaltens von Erfüllungsgehilfen. . . . .	383
a) Handeln eines Erfüllungsgehilfen. . . . .	384
b) Bedienen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit . . . . .	386
c) Tätigkeit im Pflichtenkreis des Schuldners . . . . .	393
d) In Erfüllung der Verbindlichkeit (nicht nur bei Gelegenheit) . . . . .	398
e) Verschulden des Erfüllungsgehilfen. . . . .	401
III. Haftung wegen nicht wie geschuldet erbrachter Leistung . . . . .	405
1. Eigene Verantwortlichkeit des Schuldners . . . . .	406
a) Überwachungs-, Vorsorge- und Abwendungspflichten. . . . .	406
b) Übernahme einer Garantie . . . . .	410
2. Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen . . . . .	412
a) Bedienen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit . . . . .	413
b) Tätigkeit im Pflichtenkreis des Schuldners . . . . .	413
IV. Mitverantwortlichkeit des Gläubigers und seiner Leute . . . . .	415
1. Bilaterale Verantwortlichkeit im Leistungsstörungen- und Schadensrecht . . . . .	416
a) Totalbefreiung des Schuldners . . . . .	416
b) Naturalerfüllung durch den Schuldner . . . . .	417
c) Schadensersatzhaftung des Schuldners . . . . .	419
2. Anspruchskürzung wegen eigenen oder zurechenbaren fremden Mitverschuldens. . . . .	423
a) Systematik und Zielrichtung der Mitverantwortlichkeit . . . . .	423
b) Unmittelbare Mitverantwortlichkeit des Gläubigers . . . . .	425

c) Zurechnung fremder Verantwortlichkeit . . . . .	426
D. Verantwortlichkeit des Verkäufers für Hersteller und Vorlieferanten als Illustration . . . . .	427
I. Reichweite des Sachproblems . . . . .	427
II. Pflicht zur Naturalerfüllung (Nacherfüllungsanspruch). . . . .	429
III. Schadensersatzhaftung. . . . .	430
1. Unmittelbare Verantwortlichkeit . . . . .	430
2. Verschuldenszurechnung. . . . .	431
 §2 Gewährleistung (vorvertraglicher) Informationsinteressen . . . . .	 436
A. Zuweisung von Informationsverantwortlichkeit durch unterschiedliche Rechtsinstitute . . . . .	437
B. Anfechtung . . . . .	438
I. Anreizwirkung der Nichtigkeitsfolge für die arbeitsteilige Wahrnehmung der Informationsverantwortung. . . . .	439
1. Anreizwirkung der Gewährung und Verweigerung von Lösungsrechten . . . . .	439
2. Anreizwirkung und ökonomisch rationale Informations- verantwortlichkeit bei Arbeitsteilung. . . . .	439
3. Weitergehende und alternative Risikozuweisung durch Schadensersatzansprüche. . . . .	440
II. Irrtumsanfechtung . . . . .	441
1. Eigenschaftsirrtum . . . . .	442
a) Das Verständnis des Eigenschaftsirrtums in der zivilrechtlichen Irrtumslehre . . . . .	443
b) Die Verkehrswesentlichkeit als normativer Schlüsselbegriff . . . . .	444
c) Materielle Kriterien der Risikozuweisung bei nicht geäußelter Eigenschaftserwartung . . . . .	445
d) Verkehrswesentlichkeit, Informationsverantwortung und Arbeitsteilung . . . . .	449
2. Schadensersatzhaftung des Anfechtungsberechtigten und Ausschluss der Kompensation . . . . .	451
a) Bedeutung der Haftung und des Ausschlusstatbestands nach § 122 BGB für die Informationsverantwortlichkeit . . . . .	452
b) Konkurrierende Haftung wegen Verschuldens bei Vertrags- verhandlungen . . . . .	455
3. Informationsverantwortung im Irrtumsrecht bei Arbeitsteilung . . . . .	457
III. Arglistanfechtung . . . . .	457
1. Die Zentralität der Informationspflichten für die erfassten Täuschungshandlungen. . . . .	458
a) Informationspflichtwidrigkeit der Fehlvorstellung als normative Verbindung von aktivem Tun und Unterlassen . . . . .	458

b) Arglistigerfordernis . . . . .	460
2. Verantwortlichkeit für Täuschungen durch Dritte . . . . .	461
a) Unbedingte Zurechnung von Täuschungen durch Personen im Verantwortungsbereich des Erklärungsempfängers . . . . .	461
b) Kenntnis und Kennenmüssen des Erklärungsempfängers . . . . .	464
C. Haftung für fahrlässige Informationspflichtverletzung. . . . .	464
I. Nebeneinander von Arglistanfechtung und Verantwortlichkeit für fahrlässige Informationspflichtverletzungen . . . . .	466
II. Zurechenbare Verletzung von Informationspflichten bei der arbeitsteiligen Vertragsanbahnung . . . . .	468
1. Einteilung und Begründung vorvertraglicher Informations- pflichten . . . . .	469
a) Einheit und Vielheit in der Dogmatik der Informations- pflichten . . . . .	469
b) Wahrheits-, Aufklärungs- und Informationsbeschaffungs- pflichten . . . . .	470
c) Pflichten zur Aufklärung über vorhandenes Wissen . . . . .	474
d) Pflichten zur Informationsbeschaffung . . . . .	480
(1) Einheitliches normatives Fundament . . . . .	480
(2) Informationsbeschaffung als Grundlage geschuldeter Aufklärung . . . . .	481
(3) Informationsbeschaffung und Wahrheitspflicht. . . . .	483
2. Eigene Verantwortlichkeit des Vertragsschließenden . . . . .	486
3. Zurechnung fremden Fehlverhaltens . . . . .	486
a) Zurechnungstragende Sonderverbindung. . . . .	487
b) Bedienen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit . . . . .	489
c) Tätigkeit im Pflichtenkreis des Erklärungsempfängers . . . . .	490
d) Verschuldenszurechnung . . . . .	492
III. Mitverantwortlichkeit des Irrenden . . . . .	493
D. Verbraucherrechtliche Widerrufsrechte. . . . .	494
I. Eingeschränkte Bedeutung der Arbeitsteilung im Rahmen des verbraucherrechtlichen Schutzes der Entscheidungsfreiheit . . . . .	495
1. Konsequenzen der situativen und vertragsgegenstandsbezogenen Legitimation von Widerrufsrechten. . . . .	495
2. Einfluss von Aufklärungs- und Informationspflichten auf das Widerrufsrecht . . . . .	498
3. Verbundene Geschäfte . . . . .	499
II. Differenzierte Risikozuweisung bei verbundenen Geschäften . . . . .	500
1. Finanzierungszweck des Darlehens. . . . .	501
2. Wirtschaftliche Einheit zwischen Bargeschäft und Darlehen . . . . .	502
a) Vermutungstatbestand des „sich Bedienens“ . . . . .	502
b) Grundtatbestand . . . . .	506
c) Sonderregelung für finanzierten Immobilienerwerb . . . . .	506

3. Widerrufsdurchgriff trotz Fehlen einer wirtschaftlichen Einheit . . .	508
E. Vertrieb von Immobilienanlagen („Schrottimmobilien“). . . . .	509
I. Verantwortung bei Verletzung von Informationspflichten. . . . .	510
1. Erfüllungsgehilfeneigenschaft Dritter im Strukturvertrieb . . . . .	511
2. Tätigkeit im Pflichtenkreis des Darlehensgebers. . . . .	512
a) Aufklärung über Darlehensrisiken . . . . .	512
b) Belehrung über das Widerrufsrecht . . . . .	514
II. Verantwortung als Folge von Widerrufs-, Einwendungs- und Rückforderungsdurchgriff. . . . .	515
 §3 <i>Sicherung des Integritätsinteresses</i> . . . . .	517
A. Schadensersatz als zentrale, vertragsrechtliche Sanktion der Verletzung des Integritätsinteresses . . . . .	518
B. Auswahl- und Überwachungspflichten des Schuldners. . . . .	520
C. Zurechnung des Verhaltens von Erfüllungsgehilfen . . . . .	522
I. Einschalten durch den Schuldner. . . . .	523
II. Zur Erfüllung einer Schuldnerverbindlichkeit . . . . .	524
 Kapitel 6: Arbeitsteilung und Verantwortlichkeit im europäischen Vertragsrecht. . . . .	527
 §1 <i>Gemeinschaftsprivatrecht</i> . . . . .	529
A. Wissenschaftliche Systematisierungen des geltenden Gemeinschaftsrechts . . . . .	529
B. Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf, Informationspflichten und Widerrufsrechte . . . . .	531
 §2 <i>Gemeinsamer Referenzrahmen</i> . . . . .	534
A. Schutz des Leistungsinteresses . . . . .	535
I. Grundsatz . . . . .	535
II. Erfüllungsanspruch. . . . .	536
III. Schadensersatz. . . . .	538
1. Die Erfüllung ausschließende Hinderungsgründe . . . . .	538
2. Leistungerschwernis. . . . .	540
B. Informationsverantwortung. . . . .	542
I. (Vorvertragliche) Aufklärungspflichten. . . . .	542
II. Informationserzwingende Widerrufsrechte . . . . .	543

C. Integritätsinteresse . . . . .	543
Kapitel 7: Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	545
§1 Grundlagen . . . . .	545
§2 Entwicklungsstränge der Verantwortlichkeit für Erfüllungs- gehilfen. . . . .	546
§3 Rechtfertigung der Einstandspflicht für Hilfspersonen in der Jurisprudenz . . . . .	547
§4 Ökonomik der Einstandspflicht für Hilfspersonen . . . . .	550
§5 Arbeitsteilung und positives Recht . . . . .	553
§6 Arbeitsteilung und Verantwortlichkeit im europäischen Vertragsrecht . . . . .	558
Literaturverzeichnis . . . . .	559
Sachregister . . . . .	619



## Abkürzungsverzeichnis

a.	articulus
a.A.	anderer Ansicht
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AbzG	Abzahlungsgesetz
A. C.	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Afr.	Africanus
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
Alex.	Alexander Severus
Alf.	Alfenus
Allg.	Allgemeine/r
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am. Econ. Ass'n Papers & Proc.	Papers and proceedings of the annual meeting of the American Economic Association
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Juris.	American Journal of Jurisprudence
Am. L. Rev.	American Law Review
Am. Soc. Rev.	American Sociological Review
Ant.	Antoninus
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
A. P.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
App.Cas.	Appeal Cases
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel/article
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
B. & S.	Best and Smith's Queens Bench Reports
BaföG	Berufsausbildungsförderungsgesetz
BB	Betriebs Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
Begr.	Begründer
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfs
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht

BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus
Cal. L. Rev.	California Law Review
cap.	Caput/capitulum
Cass. civ.	Cours de cassation, chambre civil
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
C.B.N.S.	Common Bench Reports, New Series
C. civ.	Code civil
C. C. C.	Revue Contrats-concurrence-consommation
Cels.	Celsus
CESL	Common European Sales Law
CFR	Common Frame of Reference
chap.	Chapitre
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (2d Series)
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Civ. 1 <sup>re</sup> , 2 <sup>e</sup> , 3 <sup>e</sup>	Chambres civil de la Cour de cassation
CLP	Current Legal Problems
CPR	Civil Procedure Rules
Cir.	Circuit
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Cl. & F.	Clarks & Finelly's House of Lords Cases
CLJ	Cambridge Law Journal
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
Coll.	Mosaicarum et Romanorum legume collatio
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Com.	Chambre commercial de la Cour de cassation
Const. Pol. Econ.	Constitutional Political Economy
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
C.P.	Common Pleas
Ct.App.	Court of Appeals
D.	Digesten/Dalloz recueil
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diocl.	Diocletianus
D.P.	Recueil périodique et critique Dalloz
disp.	disputatio
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke L.J.	Duke Law Journal
EBOR	European Business Organization Law Review
Econ.	Economic(s), Economy
Econ. Hist. Rev.	Economic History Review
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Emory L.J.	Emory Law Journal
endg.	endgültig
Eos	commentarii Societatis Philologiae Polonorum
ERA	Europäische Rechtsakademie
ERCL	European Review of Contract Law

ERPL	European Review of Private Law
Eur. J. Law & Econ.	European Journal of Law and Economics
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
Eur. L. Rev.	European Law Review
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Exch.	Court of Exchequer Chamber
f.	folgende
Fed. R. Civ. P.	Federal Rules of Civil Procedure
FernabsG	Fernabsatzgesetz
Fernabs-RL	Fernabsatz-Richtlinie
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
FinanzDLFernabs-RL	Finanzdienstleistungenfernabsatz-Richtlinie
ff.	fortfolgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Flor.	Florus
Fn.	Fussnote
Gai.	Gaius
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Gl.	Glosse
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
H. & N.	Hurlstone & Norman's Exchequer Reports
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
HaustürW-RL	Haustürwiderrufs-Richtlinie
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Hrsg.	Herausgeber
ibid.	ibidem
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.e.	id est
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
Index	Quaderni camerti di studi romanistici
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
Inst.	Institut(e, iones)
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
Israel L. Rev.	Israel Law Review
i.Ü.	im Übrigen
Iul.	Iulianus
Iura	Rivista internazionale di dritto romano e antico
JA	Juristische Ausbildung
J. Behav. Decision Making	Journal of Behavioral Decision Making
J. Bus.	The Journal of Business
J. Conflict Resol.	Journal of Conflict Resolution
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law

JCP	Juris-Classeur périodique
jdf.	jedenfalls
J. Econ. Behav. & Org.	Journal of Economic Behavior and Organization
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. & Mgmt Strat.	Journal of Economic and Management Strategy
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Econ. Theory	Journal of Economic Theory
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Fin. Mkts.	Journal of Financial Markets
JherJ	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
J. Indust. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. Int'l L. & Pol.	Journal of International Law and Politics
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Money, Credit & Banking	Journal of Money, Credit and Banking
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Pub. Econ.	Journal of Public Economics
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K. B.	Law Reports, King's Bench (1901–1952)
KOM	Kommissionsdokument
Lab.	Labeo
lib.	liber
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung, Lindenmaier-Möhring
LQR	Law Quarterly Review
L. R.	Law Reports
L. & Soc. Inquiry	Law and Social Inquiry
L. T.	Law Times Reports
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
M. & W.	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MLR	Modern Law Review
Mot.	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
MschKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.	nota
NBER	National Bureau of Economic Research
N. E.	North Eastern Reporter
Ner.	Nerva
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
N. W.	North Western Reporter

Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o. ä.	oder ähnlich
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
Okla. L. Rev.	Oklahoma Law Review
O. R.	Ontario Reports
Org. Behav. & Hum. Decision Proc.	Organizational Behavior and Human Decision Process
P.	Pacific Reporter
part.	partie
Paul.	Paulus
PECL	Principles of European Contract Law
Phil. & Pub. Aff.	Philosophy and Public Affairs
Phil. Q.	The Philosophical Quarterly
Phil. Rev.	Philosophical Review
Pomp.	Pomponius
pr.	principium
PrEisenbahnG	Preußisches Gesetz über Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. November 1838
PrGS	Gesetzessammlung für die königlich preußischen Staaten
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB
PrPostG	Preußisches Gesetz über das Postwesen vom 5. Juni 1852
q.	quaestio
QB	Law Reports, Queen's Bench (Third Series)
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division
Q.J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privat- recht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
RDC	Revue des contrats
Rdnr.	Randnummer
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil
Res. L. & Econ.	Research in Law and Economics
Rest.	Restatement
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
Rev. rech. jur.	Revue de la recherche juridique
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsratekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHaftpflG	Reichshaftpflichtgesetz
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RIDA	Revue international des droits de l'antiquité
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJ	Rechtshistorisches Journal
RRa	Reiserecht aktuell
Rs.	Rechtssache
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civile
S.	Siehe/Seite/Section
S. C. L. Rev.	South Carolina Law Review
S. Cal. Interdisc. L. J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S. E.	South Eastern Reporter

Sec.	Section
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
S. W.	South Western Reporter
S. W.2d	South Western Reporter, Second Series
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
SZVS	Schweizerische Zeitung für Volkswirtschaft und Statistik
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
TranspR	Transportrecht
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UCC	Uniform Commercial Code
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
Ulp.	Ulpianus
UPA	Uniform Partnership Act (1997)
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pa. J. Bus. & Emp. L.	University of Pennsylvania Journal of Business and Employment Law
U. S.	United States Reports
U. S. C.	United States Code
U. Toronto L. Rev.	University of Toronto Law Review
v.	vom/von/versus
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VerbrGK-RL	Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerbrKr-RL	Verbraucherkredit-Richtlinie
VerbrR-RL	Verbraucherrechte-Richtlinie
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VjSchr.	Vierteljahrschrift
WarnR	Warneys Jahrbuch der Entscheidungen
Wash.	Washington Reports
Wils. K. B.	Wilson's King's Bench and Common Pleas Reports
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WLR	Weekly Law Reports
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZgeschRWiss	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften



*Kapitel 1*  
Grundlagen

## § 1 Untersuchungsgegenstand und Erkenntnisinteresse

Die positiven Wohlfahrtseffekte der Arbeitsteilung und ihre organisatorischen Konsequenzen auf der Angebotsseite haben bereits früh die Aufmerksamkeit der Ökonomen auf sich gezogen.<sup>1</sup> Die hierarchische Koordination der Ressourcenallokation im Unternehmen hat eine ausdifferenzierte und juristisch im Wesentlichen rezipierte, theoretische Behandlung erfahren.<sup>2</sup> Demgegenüber erschließt

---

<sup>1</sup> Vorteile der Arbeitsteilung liegen vor allem in den Produktivitätsgewinnen durch die Verbesserung der Fertigkeiten spezialisierter Akteure (*learning by doing*), den realisierbaren Skaleneffekten (*economies of scale*) und der Ausnutzung komparativer Vorteile (*comparative advantages*). Paradigmatisch ist die Beschreibung der Nadelfabrikation durch *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, Campell/Skinner/Todd (Hrsg.), Glasgow Edition, Bd. 1, 1976, I.i. Rdnr. 3., S. 14 f. Prägend für das Verständnis des arbeitsteiligen Unternehmens unter Effizienzgesichtspunkten (Transaktionskostensparnis durch hierarchische Ressourcenallokation im Unternehmen) *Coase*, 4 *Economica* 386 (1937).

<sup>2</sup> Obwohl bereits *Adam Smith* den grundlegenden Konflikt skizzierte (*An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, Campell/Skinner/Todd (Hrsg.), Glasgow Edition, Bd. 2, 1976, V.1.e Rdnr. 18, S. 741), wird herkömmlich die erste tiefgreifende Beschreibung der für die modernen Publikumsgesellschaften kennzeichnenden Trennung von Anteilseignerschaft und Geschäftsleitung *Adolph Berle* und *Gardiner Means* (*The Modern Corporation and Private Property*, 1932) zugeschrieben; die Autoren sind dabei freilich gerade in ihrer allgemeinen Problemsicht nicht unerheblich von *Walther Rathenau* (*Von kommenden Dingen*, 1917, S. 141 ff.) beeinflusst, wie nicht zuletzt einige wörtliche Zitate aus dessen Werk belegen, vgl. *ibid.*, S. 352; sowie jetzt auch *K. W. Nörr*, ZHR 172 (2008) 133, 141.

Die heute wirkmächtige Methode, den aus der Trennung erwachsenden Konflikt zu analysieren (Agenturtheorie), geht zurück auf *Jensen/Meckling*, 3 *J. Fin. Econ.* 305 (1976), deren Grundgedanken aber bereits bei *Steinitzer* (*Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaft*, 1908, S. 55 ff.; dort auch zur Vorstellung des Unternehmens als Vertragsnexus, *ibid.* S. 48 f.) aufscheinen. Aus heutiger Sicht z. B. *Roe* in: Ménard/Shirley (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, 2008, S. 371, 372 ff. Umfassende Aufbereitung und Anwendung auf das deutsche Aktienrecht bei *A. Arnold*, *Die Steuerung des Vorstandshandelns*, 2007; als Grundlage, weiterführender rechtsvergleichender Untersuchungen dient die Agenturtheorie bei *Kraakman/Armour/Davies/Enriques/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law*, 2. Aufl., 2009.

Zu auf *Alchian/Densetz*, 62 *Am. Econ. Rev.* 772 (1972) zurückgehenden neueren Ansätzen, die den Charakter der Beiträge der einzelnen *stakeholder* zum Unternehmenserfolg als spezifische Investition (*specific investment*) betonen und auf diese Weise den durch die Agenturtheorie suggerierten, harten Interessengegensatz der Beteiligten zugunsten einer gemeinschaftlichen Sicht des Produktionsprozesses (*team production*) auflösen, *Blair/Stout*, 85 *Va. L. Rev.* 247 (1999); *Wallman*, 24 *J. Corp. L.* 807 (1999); zusammenfassend, *Blair/Stout*, *Specific Investment and Corporate Law*, 7 *EBOR* 473 (2006). Die Konzeption dient als Ausgangspunkt für erhellende rechtsvergleichende Überlegungen bei *Gelter*, 50 *Harv. Int'l L. J.* 129 (2009).

Wichtige Impulse erfuhr die ökonomische Theorie des Unternehmens durch neuere Überlegungen zum notwendig unvollständigen Charakter der auf den Verband als Nexus bezogenen

sich ein vergleichbar ausgereiftes, theoretisches Fundament für eine adäquate Verteilung der Risiken aus dem Gehilfeneinsatz im Verhältnis zur Marktgegenseite nicht auf den ersten Blick. Hierin zeigt sich ein gewisser „blinder Fleck“ der – im relevanten Kontext vor allem vom US-amerikanischen Vertragsrecht (*contract law*) ausgehenden – Rechtsökonomik,<sup>3</sup> die aufgrund der dogmatischen Struktur der leistungsstörungsrechtlichen Verantwortlichkeit im *common law* das Personalrisiko nicht als Sonderproblem behandelt. Auch wenn dieser Befund bereits für sich alleine Anlass für eine breit angelegte Untersuchung des Problemkreises sein könnte, lässt sich das verfolgte Anliegen gerade auch aus den originären Zielen traditioneller Rechtswissenschaft legitimieren und stellt nicht etwa eine rechtsökonomische *l'art pour l'art* Übung dar. Es geht darum, die normativen Grundlagen für eine sachgerechte Problembehandlung im Einzelfall sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* zu sichern.

Im Kern verfolgt die vorliegende Untersuchung drei, zum Teil miteinander verwobene Erkenntnisziele. Angestrebt ist zum einen eine verbesserte normative Fundierung der Rechtsfindung im geltenden deutschen Recht.<sup>4</sup> Zum anderen soll ein stringenter Auslegungs- und Bewertungsmaßstab für die gemeineuropäische Rechtsentwicklung gefunden und angelegt werden.<sup>5</sup> Schließlich geht es – als implizites Anliegen – auch darum, die Tragfähigkeit ökonomischer Argumentation im Privatrecht zu illustrieren, insbesondere für Konstellationen, in denen eine solche mit dem Erfahrungsschatz gewachsener Rechtsordnungen verknüpft wird.<sup>6</sup>

### A. Die Binnenperspektive des deutschen Rechts

Die tiefgreifende Umgestaltung bürgerlich-rechtlicher Kernmaterien durch die Schuldrechtsmodernisierung 2002 stellt für die deutsche Rechtswissenschaft eine Herausforderung dar. Ganz unabhängig von der Qualität der Reformgesetzgebung zwingt sie zu einer grundlegenden Neujustierung der Rechtsinstitute in den betroffenen Bereichen. Aus berufenem Munde wird nicht von ungefähr schon allein die Darstellung der Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des novelierten Leistungsstörungs- und Kaufrechts als „herkulische Aufgabe“ bezeich-

---

Verträge, der ein Bedürfnis nach Institutionen der nachträglichen Konfliktbewältigung hervorruft, v. a. in der Sicht auf das Unternehmen als Herrschaftsinstrument bei *Williamson*, 61 Am. Econ. Rev. 112 (1971); *Williamson*, Markets and Hierarchies, 1975; *Williamson*, 19 J. Econ. Lit. 1537 (1981) und als Einheit von Eigentumsrechten bei *Grossman/Hart*, 94 J. Pol. Econ. 691 (1986); *Hart/Moore*, J. Pol. Econ. 1119 (1986); *Hart*, Firms, Contracts and Financial Structure, 1995.

<sup>3</sup> Vgl. auch *infra* § 2 B III.

<sup>4</sup> *Infra* A.

<sup>5</sup> *Infra* B.

<sup>6</sup> *Infra* § 2.

net.<sup>7</sup> Es mag vor diesem Hintergrund auf den ersten Blick geradezu kleinmütig erscheinen, sich monographisch mit einem seit Inkrafttreten des BGB in seinen augenscheinlichen positivrechtlichen Grundlagen<sup>8</sup> unverändert gebliebenen Institut wie der Einstandspflicht für Hilfspersonen im Rahmen von Vertragsbeziehungen auseinandersetzen zu wollen. Zu diesem Eindruck passt der vor nicht allzu langer Zeit geäußerte Befund, dass „die Dogmatik des § 278 BGB in Bezug auf das Personalrisiko hinlänglich ausgereift und ausgereizt“ sei.<sup>9</sup>

Ein erster Anhaltspunkt dafür, dass sich die eingehende Beschäftigung mit der Verantwortlichkeit für Gehilfen in Vertragsbeziehungen doch lohnen könnte, ergibt sich aber schon aus der einfachen Überlegung, dass eine Zurechnungsnorm, die ganz entscheidend auf die aus der betroffenen Sonderverbindung resultierende Pflichtenlage rekurriert, selbstverständlich die Veränderungen des schuldrechtlichen Regelungskontexts widerspiegelt. Exemplarisch sei hierfür auf die im jüngeren Schrifttum vertretene Auffassung hingewiesen, die aus der in § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB nunmehr explizit festgeschriebenen Pflicht des Verkäufers zur sachmangelfreien Verschaffung auch beim Stückkauf weitreichende Konsequenzen hinsichtlich der Eigenschaft des Produktherstellers als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers zieht<sup>10</sup> und so eine Fragestellung unter Berufung auf die Gesetzesnovelle erneut aufwirft, die seit Jahrzehnten in ständiger Rechtsprechung<sup>11</sup> unter weitgehender Zustimmung der Literatur<sup>12</sup> gegenteilig entschieden wurde. Es kann also trotz des unverändert gebliebenen Wortlauts von § 278 BGB mitnichten davon

<sup>7</sup> *Canaris* in: E.Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung*, 2003, S. 5, 9.

<sup>8</sup> Ohne Rücksicht auf die dogmatische Ausgestaltung im Einzelnen sind *sedes materiae* des Sachproblems in erster Linie (vgl. aber noch *infra* Kapitel 5) die §§ 31, 278, 831 BGB. Dies gilt neben den organschaftlichen und vertragsrechtlichen Zurechnungstatbeständen auch für die deliktische Einstandspflicht. Diese ist über die Entlastungsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB zwar als Haftung für eigenes Verschulden konzipiert, regelt gleichwohl aber ein Zurechnungsproblem. Die rechtstechnische Ausgestaltung beruht darauf, dass die zur sachgerechten Bewältigung der Problematik heranzuziehenden Kriterien umstritten waren. Zur Entstehungsgeschichte hier nur *von Bodenhausen*, *Die Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen*, 2000, S. 41 ff.; *G.Wagner* in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003, S. 189, 300 ff. Auch noch *infra* Kapitel 3 § 1 C. I.

<sup>9</sup> *E.Schmidt*, *Festschrift für Heinrichs*, 1998, S. 511, 515.

<sup>10</sup> Insbesondere *Grundmann* in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 5. Aufl., 2007, § 278 Rdnr. 31. Eingehend *infra* Kapitel 5 § 1 D mit weiteren Nachweisen in Fn. 665.

<sup>11</sup> Seit RG v. 4. I. 1921 – III 259/20, RGZ 101, 152, 154 (dort obiter) z. B. BGH v. 15. 3. 1956 – II ZR 284/54, VersR 1956, 259, 260; BGH v. 22. 2. 1962 – VII ZR 205/60, VersR 1962, 480, 481; BGH v. 21. 6. 1967 – VIII ZR 26/65, BGHZ 48, 118, 121; BGH v. 25. 9. 1968 – VIII ZR 108/66, NJW 1968, 2238, 2239; BGH v. 9. 2. 1978 – VII ZR 84/77, NJW 1978, 1157.

<sup>12</sup> Exemplarisch hier nur *H.Westermann*, *JuS* 1961, 333, 341; *Diederichsen*, *Die Haftung des Warenherstellers*, 1967, S. 32 ff.; *U.Huber*, *AcP* 177 (1977) 281, 305; *Wolf* in: *Soergel*, *BGB*, Bd. 2, 12. Aufl., 1990, § 278 Rdnr. 34. Es darf freilich nicht verkannt werden, dass bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung vereinzelte Stimmen in der Literatur Kritik an der höchstgerichtlichen Judikatur und h. M. übten, vgl. insbesondere *Esser/E.Schmidt*, *Schuldrecht I/2*, 8. Aufl., 2000, § 27 I 2, S. 96 ff.; für den Werklieferungsvertrag wegen § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. und den besondere Sachkunde in Anspruch nehmenden Verkäufer – im Gegensatz zum bloßen „Verteiler“ – auch *Medicus*, *Bürgerliches Recht*, 18. Aufl., 1999, Rdnr. 805, 806.

gesprochen werden, die Schuldrechtsmodernisierung habe die Einstandspflicht für Gehilfen im Kontext von Vertragsbeziehungen nicht berührt.

Die aus dem Vorgesagten abzuleitende Agenda beschränkte sich unter Umständen jedoch darauf, die gesicherte Dogmatik in dem veränderten Kontext zu entfalten, mit anderen Worten, auf eine Überprüfung von Ergebnissen in Einzelfällen, die weitestgehend ohne grundlegende wissenschaftliche Aufbereitung bewältigt werden könnte. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, dass die Dinge so einfach nicht liegen. Zwar mag sich die Rechtspraxis mit der Handhabung der Gehilfenhaftung durch die Gerichte leidlich arrangiert haben. Entgegen der genannten Stimmen im Schrifttum fehlt den zur Bewältigung der unterschiedlichen Sachprobleme aufgerufenen Rechtsinstituten aber doch das normativ tragende Fundament. Eine hinreichend sichere Prognose von Einzelfallentscheidungen scheint in Konstellationen, die die Judikatur bis dato nicht beschäftigt hatten, nicht möglich.<sup>13</sup> Darüber hinaus lässt sich zeigen, dass bei der Rechtsanwendung die Implikationen einer hohen Differenzierung arbeitsteiliger Wirtschaftsprozesse nicht immer voll verarbeitet sind.<sup>14</sup>

### I. Kasuistische Unübersichtlichkeit und mangelnde Klarheit über die Haftungsgrundlagen

Nach einer vom Bundesgerichtshof geprägten Formulierung ist zur Bestimmung der Eigenschaft einer Person als Erfüllungsgehilfe auf „die rein tatsächlichen Vorgänge des gegebenen Falles“<sup>15</sup> abzustellen. In Anbetracht der auf dieser Grundlage entwickelten kasuistischen Judikatur zur Verantwortlichkeit für Gehilfen nach § 278 BGB<sup>16</sup> lässt sich zumindest daran zweifeln, ob die hehren Ziele des historischen Gesetzgebers auch heute noch als durch Rechtsprechung und Lehre erreicht angesehen werden können. Dieser versuchte nämlich durch die Schaffung des § 278 BGB eine Lösung für das Problem der Gehilfenhaftung zu entwickeln, die die „größten praktischen Unzuträglichkeiten“ beseitigen, die „Menge von Streitigkeiten“ reduzieren und die in „höchstem Maße“ beeinträchtigte Rechtssicherheit wahren würde.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> *Infra* I.

<sup>14</sup> *Infra* II.

<sup>15</sup> BGH v. 21. 4. 1954 – VI ZR 55/53, BGHZ 13, 111, 113; BGH v. 27. 3. 1968 – VIII ZR 10/66, BGHZ 50, 32, 35; BGH v. 9. 10. 1986 – I ZR 138/84, BGHZ 98, 330, 334; st. Rspr. zuletzt BGH v. 25. 10. 2006 – VIII ZR 102/06, NJW 2007, 428, 430.

<sup>16</sup> Symptomatisch die Kommentierungen in den die Praxis beherrschenden Handkommentaren, *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 71. Aufl., 2012, § 278 Rdnr. 28 ff., wo unter der Überschrift „Einzelfälle“ in alphabetischer Reihenfolge die entschiedenen Fälle ohne Rückkoppelung an ein dogmatisches Konzept referiert werden und die Bejahung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft mit „ja“, ihre Verneinung mit „nein“ gekennzeichnet wird; ähnlich die Rechtsprechungsübersichten bei *H. P. Westermann* in: Erman, BGB, Bd. I, 13. Aufl., 2011, § 278 Rdnr. 27 ff.; *Unberath* in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, Bd. I, 2. Aufl., 2007, § 278 Rdnr. 26 ff.

<sup>17</sup> Mot. II, S. 30 = Mugdan II, S. 16.

Die Dinge verkomplizieren sich weiterhin, wenn man bedenkt, dass die Zurechnung von Gehilfenverhalten in Vertragsbeziehungen zum Teil ausschließlich über die im Ausgangspunkt an abweichende Tatbestandsvoraussetzungen geknüpfte Organ- bzw. Repräsentantenverantwortlichkeit begründet wird.<sup>18</sup> Hierdurch wird indiziert, dass offensichtlich in Teilbereichen andere, i.e. weniger restriktive Zurechnungskriterien gerechtfertigt erscheinen, was letztlich auch von der Gegenauffassung<sup>19</sup> anerkannt wird, die erst nach erheblicher Korrektur des nach ihrer Sicht allein anzuwendenden § 278 BGB<sup>20</sup> zu der Feststellung gelangen kann, dass der Streit um die anzuwendende Zurechnungsnorm keine praktische Bedeutung habe.<sup>21</sup>

Darüber hinaus löst auch die „Überführung“ der Schutzpflichten<sup>22</sup> sowie der wuchernden (vor)vertraglichen Aufklärungspflichten<sup>23</sup> in den Anwendungsbe- reich vertragsrechtlicher Einstandspflichten im deutschen Recht einen nicht hin- reichend durchdrungenen Automatismus im Rahmen der Verantwortlichkeit für Gehilfenverhalten aus. Schließlich hat der Bundesgerichtshof im hier interes- sierenden Kontext jüngst noch weitgehend nebliges Neuland erschlossen. Neben der ursprünglich heftig umstrittenen, aber zwischenzeitlich etablierten Ein- standspflicht für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch

<sup>18</sup> Für verdrängende Anwendung der §§ 31, 89 BGB auch auf die Verantwortlichkeit in Son- derverbindungen z.B. *Reuter* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, § 31 Rdnr.30; *Grundmann* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, 5. Aufl., 2007, § 278 Rdnr. 10; *Hadding* in: Soergel, BGB, Bd. 1, 13. Aufl., 2000, § 31 Rdnr. 13; *M. Wolf* in: Soergel, BGB, Bd. 2, 12. Aufl., 1990, § 278 Rdnr. 20; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987, § 20 VII, S. 296; *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, S. 46 ff.; wohl auch BGH v. 8. 12. 1989 – V ZR 246/87, BGHZ 109, 327, 330.

<sup>19</sup> Für Beschränkung des § 31 BGB auf außervertragliche Haftung z.B. *Weick* in, Staudinger, BGB, §§ 21–79, Neubearbeitung 2005, § 31 Rdnr. 3; *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. I/2, 1983, § 11 III 5, S. 395 ff.; *Gernhuber*, Die Erfüllung, 2. Aufl., 1994, § 20 II 1, S. 438 ff.; *U. Huber*, Leistungs- störungen, Bd. I, 1999, § 27 II 6 c, S. 686; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rdnr. 1135 f.; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 274 ff.

<sup>20</sup> Auch diejenigen, die im vertraglichen Bereich ausschließlich § 278 BGB als Zurechnungs- tatbestand anwenden wollen, versagen den Verbänden die durch § 278 Satz 2 BGB eröffnete Freizeichnungsmöglichkeit selbst für vorsätzliches Handeln ihrer Organe, vgl. nur *Gernhuber*, Die Erfüllung, 2. Aufl., 1994, § 20 II 1, S. 439 f.; *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I, 1999, § 27 II 6 c, S. 686; siehe zu diesem Anliegen auch *Esser/E. Schmidt*, Schuldrecht I/2, 8. Aufl., 2000, § 27 III 1, S. 108.

<sup>21</sup> So z.B. *Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht I, 19. Aufl., 2010, Rdnr. 383; *U. Huber*, Leistungs- störungen, Bd. I, 1999, § 27 II 6 c, S. 686 f. Fn. 107 a. E. („in der Regel“).

<sup>22</sup> Grundlegend für das herrschende dogmatische Verständnis *Heinrich Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 26 ff.; *Canaris*, JZ 1965, 475, 477. Zum Ganzen auch *infra* § 2 A II 1 b).

<sup>23</sup> Indiz für deren rapide zunehmende praktische Bedeutung und rechtssystematisch unzu- reichende Erfassung sind nicht zuletzt die grundlegenden, monographischen Abhandlungen aus der jüngeren Zeit, z.B. *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 387 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 416 ff., 567 ff.; *R. Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, 2001, S. 97 ff.; *A. Pohlmann*, Die Haftung wegen Aufklärungspflichtverletzung, 2002, S. 130 ff.; *Rehm*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, 2003, S. 235 ff. Zur Problematik ausführlich *infra* § 2 A II 1 c) und Kapitel 4 § 3 C.

Hilfspersonen mit der Folge einer Rückabwicklung des Leistungsaustauschs nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB i. V. m. § 249 Abs. 1 BGB,<sup>24</sup> werden nunmehr zentrale Fragen der informationellen Gehilfenverantwortlichkeit in dogmatisch überraschender Einkleidung auch im Rahmen einer „kreativen“ Interpretation der Figur des verbundenen Geschäfts im Sinne der §§ 358, 359 BGB behandelt.<sup>25</sup> Hiermit wird nicht nur die Tradition der stark ergebnisgeleiteten Konstruktion der Gehilfenverantwortlichkeit im deutschen Recht fortgesetzt, sondern vor allem erneut das Bedürfnis verdeutlicht, die zentralen Wertungskriterien als Grundlage einer soliden Rechtsfindung aufzuzeigen. Letztere weisen – wie bereits die supranationale Überformung der betroffenen Rechtsbereiche indiziert<sup>26</sup> – über die nationale Rechtsordnung hinaus.

Aber auch im Hinblick auf die Leistungspflichten muss das Panorama weiter aufgezogen werden, wenn man bedenkt, dass Verantwortlichkeit für Leistungsstörungen aus der Sphäre Dritter auch im Rahmen der Pflicht zur Naturalerfüllung begründet wird. Solange nämlich die auf Dritte zurückgehende Leistungserschwernis den Schuldner nicht nach § 275 BGB bzw. den spezialgesetzlichen Tatbeständen der §§ 439 Abs. 3 S. 1, 635 Abs. 3 BGB von seiner Leistungspflicht befreit, sind ihm die verursachten Mehrkosten implizit zugewiesen.<sup>27</sup> Die hier untersuchte, vermeintlich fokussierte Fragestellung nach der Verantwortlichkeit für Hilfspersonen in Vertragsverhältnissen, kann daher die Grenzen der Leistungspflicht nicht außer Betracht lassen und importiert damit einige der strittigsten Fragen des modernisierten Schuldrechts in die Untersuchung.

Insgesamt zeigt die kurze Skizze der vielfältigen Unsicherheiten und Gemengelagen, die die Verantwortlichkeit für Gehilfenverhalten im deutschen Privatrecht umgeben, dass mit der hier ins Zentrum gerückten Fragestellung ein im Einzelnen ebenso wie in den Grundlagen nicht vollständig gesichertes Terrain betreten wird. Dieser Befund erweist sich als überaus misslich, weil sich, unabhängig von der Gewichtung der betroffenen Interessen im Einzelfall, jedenfalls konstatieren lässt, dass die Vorhersehbarkeit bestehender Haftungsrisiken ein zentrales und

<sup>24</sup> Vgl. BGH v. 31. 1. 1962 – VIII ZR 120/60, NJW 1962, 1196, 1197, 1198 (culpa in contrahendo iVm § 249 S. 1 BGB zugunsten des fahrlässig „Getäuschten“), seither st. Rspr. z. B. BGH v. 28. 2. 1968 – VIII ZR 210/65, NJW 1968, 986, 987; BGH v. 23. 4. 1969 – IV ZR 780/68, NJW 1969, 1625, 1626; vgl. auch bereits RG v. 29. 3. 1912 – VII 48/12, RGZ 79, 194, 197; RG v. 6. 2. 1914 – II 580/13, RGZ 84, 131, 133 (unerlaubte Handlung iVm § 249 S. 1 BGB auf Vertragsaufhebung auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist).

<sup>25</sup> Vgl. die zu § 9 VerbrKrG ergangenen, einen neuen Entwicklungsstrang einleitenden Entscheidungen BGH v. 14. 6. 2004 – II ZR 393/02, DStR 2004, 1346; BGH v. 14. 6. 2004 – II ZR 407/02, DStR 2004, 1352; BGH v. 14. 6. 2004 – II ZR 374/02, DStR 2004, 1353; BGH v. 14. 6. 2004 – II ZR 392/01, DStR 2004, 1354; BGH v. 14. 6. 2004 – II ZR 395/01, DStR 2004, 1356; BGH v. 14. 6. 2004 – II ZR 385/02, DStR 2004, 1358. Zum Problemkomplex noch eingehend *infra* Kapitel 5.

<sup>26</sup> Vgl. Artt. 3 Buchstabe n, 15 der Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EG Nr. L 133 vom 22. 5. 2008, S. 66.

<sup>27</sup> Eingehend zu diesen Zusammenhängen *infra* Kapitel 5 § 1 A.

berechtigtes Anliegen jeglichen planmäßigen Wirtschaftens und eine Grundbedingung für die angemessene Risikovorsorge darstellen. Eine mögliche Einstandspflichtigen vermeidende, in diesem Sinne optimierte Organisation arbeitsteiliger Wirtschaftsunternehmen ist ebenso wie die eigenverantwortliche Risikovorsorge der Marktgegenseite nur dann möglich, wenn sich die Verantwortungssphären verlässlich absichten lassen. Auf das in Rede stehende Problem der Einstandspflicht für Gehilfen bezogen, harrt eines der Grundanliegen wohlverständener positiver Rechtswissenschaft, einer Zurechnungsnorm wie § 278 BGB bzw. den anderen, die Verantwortlichkeit (implizit) regelnden Instituten eine feste, die Entscheidung des Einzelfalls vorhersehbar machende Struktur zu geben, nach wie vor seiner Verwirklichung.

## II. Haftung und Unternehmensorganisation

### 1. Die Herausforderung durch die Arbeitsteilung

Das nach dem Vorstehenden einzuziehende, normativ abgesicherte Gerüst muss selbstredend im Einklang mit den heutigen Realitäten ausdifferenzierter Wirtschaftsprozesse stehen. Mit anderen Worten, es muss unter Wahrung aller schutzwürdigen Interessen ein gerechtes und effizientes Haftungssystem innerhalb der arbeitsteiligen Wirtschaft konstituieren. Volle Zustimmung verdienen nach wie vor die Überlegungen *Franz Wieackers*, der aus Anlass des hundertjährigen Bestehens des Deutschen Juristentags ausführte:

„Die Rückwirkungen der Arbeitsteiligkeit haben vielleicht die schwierigsten, aber auch aufschlussreichsten Probleme der modernen Privatrechtsdogmatik heraufbeschworen. Vom klassischen System aus gesehen, müssen sie als schwere, beunruhigende Anomalien erscheinen. Es würde die schönste Bewährung der modernen Zivilrechtstheorie sein, diese Erscheinungen widerspruchsfrei und harmonisch sei es in das alte, sei es in ein offeneres System einzubauen.“<sup>28</sup>

Die nicht ganz selten anzutreffende Tendenz, die Aufgabe einer Einstandspflicht für Hilfspersonen darin zu sehen, die Arbeitsteilung quasi haftungsrechtlich rückgängig zu machen und die Beziehungen der Beteiligten auf ein archaisches Zwei-Personen-Modell zurückzuführen,<sup>29</sup> springt allerdings zu kurz und geht an der Sache letztlich vorbei. Dabei soll nicht gelegnet werden, dass als heuristi-

<sup>28</sup> *Wieacker*, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, 1960, S. 1, 17. Vgl. auch *Robe*, Netzverträge, 1998, S. 2.

<sup>29</sup> In diesem Sinne, all diejenigen, die davon ausgehen, die Möglichkeit des Gläubigers, Schadensersatz zu erlangen, dürfe durch die Arbeitsteilung nicht verschlechtert werden, z. B. *Below*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1965, C 3, 5 b (3), S. 76; *J. Schröder*, JR 1970, 41, 45; *Delmere*, Der Erfüllungsgehilfe in § 278 BGB, 1989, S. 64; *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, 2003, S. 410 (die von § 278 BGB erfassten Schuldnerpflichten seien haftungsrechtlich nicht deligierbar); *Schmidt-Kessel* in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB, 6. Aufl., 2011, § 278 Rdnr. 1; vgl. auch *Esser*, Schuldrecht I, 4. Aufl., 1970, § 39 I 3, S. 254.

sches Prinzip ein Vergleich mit der Haftungssituation bei integrierten Absatzsystemen durchaus erhellend sein kann. Die Verabsolutierung dieses Ansatzes wäre aber nur dann überzeugend, wenn die Herausbildung einer aus mehreren, rechtlich selbständigen Gliedern bestehenden Wertschöpfungskette in den allermeisten Fällen nicht auch im Interesse der Nachfrageseite erfolgen würde. In dieser Konstellation geht es nämlich um die angemessene Verteilung der originären Risiken der alle Beteiligten begünstigenden Arbeitsteilung, also den rechtlichen Umgang mit einer im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegenden Organisation von Produktions- und Absatzprozessen, deren Lasten nicht unbesehen einseitig verteilt werden dürfen. Insgesamt bedarf die normativ adäquate Bewältigung daher komplexerer Überlegungen zur wünschenswerten Risikoverteilung, die insbesondere die von der Haftungssanktion ausgehenden Organisationsanreize zu berücksichtigen hat.

## 2. Organisationsanreize durch Haftung

Der Einstandspflicht des Geschäftsherrn für seine Hilfspersonen kommt in einer hochdifferenzierten, arbeitsteiligen Volkswirtschaft unmittelbare Relevanz für die Organisation von Herstellungs- und Absatzsystemen in sämtlichen Bereichen des Warenhandels oder Dienstleistungsvertriebs zu. Die durch das Recht gezogene Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der Beteiligten und die daran anknüpfende Haftung für Fehler im eigenen Geschäftskreis ist entscheidend für die rechtspolitisch im Mittelpunkt stehende Frage, ob sich eine nach ökonomischen Bewertungsmaßstäben wünschenswerte, die legitime Haftungserwartung der Marktgegenseite berücksichtigende Betriebsorganisation im Rahmen der Vorgaben der positiven Legalordnung verwirklichen lässt. Sollen die juristischen Determinanten nicht Hemmschuh beim Aufbau einer im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegenden Organisation der Produktion und des Vertriebs von Waren und Dienstleistungen sein, darf dieser über den Einzelfall hinausweisende Aspekt sozialer Wohlfahrtssteigerung keinesfalls vernachlässigt werden.<sup>30</sup>

Die höchstrichterliche Spruchpraxis ist sich der skizzierten Zusammenhänge zwischen Anreizwirkung der Haftungssanktion und Organisation von Herstellungs- und Vertriebsabläufen durchaus bewusst,<sup>31</sup> macht freilich ihre entscheidungsleitenden, normativen Kriterien selten transparent. Exemplarisch für den häufig offen zu Tage tretenden sozialplanerischen Impetus der Rechtsanwendung im hier interessierenden Bereich ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1996, in der die Haftung einer Bausparkasse für Erklärungen von un-

---

<sup>30</sup> Ob die Vertragsrechtsordnung auf dieser gesamtgesellschaftlichen Ebene noch weitere, neben das Effizienzgebot tretende Maximen der Rechtspolitik verwirklichen muss und welche Bedeutung dem Gesichtspunkt im Rahmen der Norminterpretation zukommt, wird noch zu beleuchten sein. Siehe *infra* § 2 A II.

<sup>31</sup> Allgemein zu durch Haftungsrecht gesetzten Verhaltensanreizen und ihrer Legitimität auch *Wagner*, AcP 206 (2006) 352.

terbeauftragten Maklern eines selbständigen Kreditvermittlungsunternehmens festgestellt wird. Wörtlich heißt es in den Urteilsgründen:

„Es kann nicht gebilligt werden, dass sich die Beklagte der Verantwortung für die persönlichen Vertragsverhandlungen durch die Einschaltung einer selbständigen Vermittlungsfirma völlig entzieht. Sie musste auch damit rechnen, dass diese Vermittlungsfirma nicht nur eigene Mitarbeiter einsetzt, sondern auch andere Makler als Untervermittler tätig werden lässt. Auch deren Verhalten bei den Darlehensverhandlungen muss sich die Beklagte gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.“<sup>32</sup>

Der unabhängig von der tatsächlichen Vertriebsorganisation mit dem Haftungsrisiko belasteten Bank bleibt im Ergebnis kaum etwas anderes übrig, als die Zügel in ihren dezentralen Absatzstrukturen zu straffen, um den ihr zugewiesenen Verantwortungsbereich zu kontrollieren.<sup>33</sup> Im Ergebnis wird so über eine offene Wertung die für angemessen erachtete Risikoverteilung durchgesetzt, ohne dass sich das Gericht allzu sensibel gegenüber den positivrechtlichen Vorgaben zeigt. Bedauerlich ist darüber hinaus, dass auch die tragenden Wertungsgesichtspunkte dunkel bleiben, die nach Auffassung des Senats dafür verantwortlich zeichnen, dass die haftungsrechtlichen Konsequenzen des Rückzugs aus dem Vertriebsprozess „nicht gebilligt“ werden könnten.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 278 BGB deutet sich insgesamt das Nachzeichnen einer Entwicklung an, die an anderer Stelle bereits sehr viel expliziter und weiter fortgeschritten ist. Auch bei der seit langem im Rahmen der §§ 31, 89 BGB etablierten Haftung für Organisationsverschulden<sup>34</sup> bei privaten Personenvereinigungen<sup>35</sup> kommt der im genannten Urteil zu § 278 BGB anklingende Gedanke einer der Disposition der Parteien entzogenen Abgrenzung von Verantwortungsbereichen deutlich zum Ausdruck. Hier wie dort wird eine Einstandspflicht für bestimmte Personen unabhängig von der tatsächlichen Organisation des Schuldners nach Maßgabe der einschlägigen, an sich eine aktive Funktionseinsetzung voraussetzenden Zurechnungsvorschriften bejaht. Umgekehrt begegnet – bei zum Teil abweichender Terminologie – die Figur des Organisationsverschuldens auch im Rahmen der Eigenhaftung des Geschäftsherrn aus Son-

<sup>32</sup> BGH v. 24. 9. 1996 – XI ZR 318/95, ZIP 1996, 1950, 1951 („Colonia Bausparkasse“). Ähnlich die Konzeption des § 278 BGB bei *Esser/E.Schmidt*, SchuldR I/2, 8. Aufl., 2000, § 27 I 3 a, S. 98f., 101, wonach es darum gehe, dass bei einem „komplexen Leistungsprofil“ keine Vertragsansprüche „verlorengehen“ bzw. darum, dass „das in § 278 BGB der Schuldnerin zudiktierte Personalrisiko“ erfasst werde.

<sup>33</sup> Vgl. nur die an die Praxis adressierten Stellungnahmen zu dem Urteil, *Reif*, EWiR 1997, 13; *Thode*, WuB IV A § 278 BGB 1.97.

<sup>34</sup> Grundlegend RG v. 28. 11. 1913 – III 194/13, WarnR 1914 Nr. 35, S. 50, 51 ff.; RG v. 27. 11. 1916 – VI 275/16, RGZ 89, 136, 137; RG v. 12. 1. 1938 – VI 172/37, JW 1938, 1651.

<sup>35</sup> Spätestens seit der Entscheidung des BGH v. 24. 2. 2003 – II ZR 385/99, BGHZ 154, 88, 93 ff. (anders noch BGH v. 30. 6. 1966 – VII ZR 23/65, BGHZ 45, 311, 312 f.), die auch für die Praxis die umfassende (analoge) Anwendbarkeit des § 31 BGB auf sämtliche als Außengesellschaft auftretenden, privaten Personenvereinigungen sicherstellt, kann von einem allgemein verbandsrechtlichem Prinzip gesprochen werden.

derverbindung<sup>36</sup> und Delikt.<sup>37</sup> Sie hat dort aber *prima facie* eine abweichende Funktion. Der entscheidende Unterschied im dogmatischen Ausgangspunkt liegt nämlich darin, dass der haftungsbegründende Tatbestand einmal bereits durch die missbilligte Organisation als solche ausgelöst wird, das andere Mal noch das Fehlverhalten des qua Organisationsverschuldens zugeschriebenen Gehilfen hinzu kommen muss. Mit anderen Worten, das „Organisationsverschulden“ bleibt im Rahmen der §§ 31, 278 BGB an sich folgenlos, solange sich der normativ dem Verantwortungsbereich des Schuldners zugeordnete Dritte ordnungsgemäß verhält. Im tatsächlichen Ergebnis gilt dies freilich regelmäßig auch im Rahmen der §§ 280, 311a BGB bzw. der §§ 823 ff. BGB, da eine Haftung dort bei „pflichtgerechtem“<sup>38</sup> Gehilfenverhalten – mangels liquidierbaren Schadens – häufig scheitern wird: es fehlt am haftungsausfüllenden Tatbestand. Immerhin trägt der Geschäftsherr aber das Risiko von Schäden, die auch bei einer *lege artis* Ausführung der delegierten Aufgabe unvermeidbar sind. Es stellt sich die Frage, ob die dogmatisch abweichende Behandlung und die hierdurch induzierten Unterschiede im praktischen Ergebnis durch überzeugende Gründe in der Sache gerechtfertigt werden können. Die aus dem Anspruch der Konsistenz und Folgerichtigkeit juristischer Dogmatik abzuleitende Frage nach einheitlichen Grundgedanken der Haftungstatbestände drängt sich vor dem Hintergrund der durchaus vergleichbaren Sachverhalte geradezu auf. Insofern kann zumindest sektoral auch die These angezweifelt werden, dass die betroffenen Bestimmungen im Kern auf unterschiedlichen Haftungsprinzipien beruhen.<sup>39</sup> Deren Berechtigung kann schließlich jenseits pseudo-dogmatischer Glasperlenspielerei nur dann behauptet werden, wenn sie auf der Grundlage sachlich überzeugender Unterschiede in den jeweils erfassten Konstellationen zu abweichenden Ergebnissen der Rechtsanwendung führen.

<sup>36</sup> BGH v. 26. 6. 1980 – III ZR 128/78, NJW 1980, 2410, 2411 (*culpa in contrahendo*); BGH v. 18. 6. 1985 – VI ZR 234/83, NJW 1985, 2189, 2191 f. (positive Forderungsverletzung beim Dienstvertrag); Brandes, Die Haftung für Organisationspflichtverletzungen, 1994, S. 119 ff.; Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 321 ff.; Wolf in: Soergel, BGB, Bd. 2, 12. Aufl., 1990, § 276 Rdnr. 120; Ernst in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 5. Aufl., 2007, § 311a Rdnr. 63; Grundmann in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 5. Aufl., 2007, § 276 Rdnr. 80.

<sup>37</sup> Grundlegend RG v. 20. 11. 1902 – VI 268/02, RGZ 53, 53, 57 f. st. Rspr. Aus der Judikatur des BGH z. B. BGH v. 25. 10. 1951 – III ZR 95/50, BGHZ 4, 1, 2 f.; BGH v. 13. 6. 1960 – III ZR 54/59, VersR 1960, 909, 910; BGH v. 17. 10. 1967 – VI ZR 70/66, MDR 1968, 139, 140; BGH v. 7. 12. 2004 – VI ZR 212/03, BGHZ 161, 255, 263; von Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 247 ff.; Brandes, Die Haftung für Organisationspflichtverletzungen, 1994, S. 161 ff.; Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 314 ff.; Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 37 ff.; Kötz/G. Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl., 2010, Rdnr. 304 ff.

<sup>38</sup> Gemeint ist insoweit, dass das Verhalten des Gehilfen, gedacht als ein solches des Geschäftsherrn, den an diesen zu stellenden Sorgfaltsanforderungen entspricht. Dabei wird nicht verkannt, dass als Folge des Delegationsverbots an sich keinerlei Sorgfaltspflichten des Gehilfen bestehen – der Geschäftsherr haftet *per se*.

<sup>39</sup> Vgl. zunächst hier nur den Überblick bei H. Westermann, JuS 1961, 333, 334, 335, 338.

In der Summe zeigt sich eine Vielfalt letztlich unbewältigter Probleme, die Rückwirkungen auf die Funktion einer Steuerung der Unternehmensorganisation über die Einstandspflicht für Fehlverhalten von Gehilfen haben. Diese resultieren im deutschen Recht nicht zuletzt daraus, dass die Verantwortlichkeit über eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsinstitute verteilt wird, deren wertungsmäßige Grundlagen nicht durchgehend gesichert und hinreichend abgegrenzt erscheinen. Das Anliegen der vorliegenden Arbeit mit Blick auf das deutsche bürgerliche Recht liegt daher darin, die normativen Grundlagen der Verantwortlichkeit für Gehilfen herauszuarbeiten und ihre Umsetzung im Rahmen der positivrechtlichen Vorgaben aufzuzeigen.

*B. „Vom Beruf unserer Zeit ...“ – mal wieder?:  
Europäische Rechtsvereinheitlichung*

Die europäische Rechtsvereinheitlichung hat in den vergangenen Jahrzehnten die Kernbereiche des bürgerlichen Rechts erreicht und so über unterschiedliche Kanäle erheblichen Einfluss auf das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten genommen.

Angesprochen sind damit zum einen die supranationalen Harmonisierungsmaßnahmen des europäischen Sekundärrechts. Exemplarisch seien zwei jüngere Harmonisierungsakte genannt: Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>40</sup> wurde das Recht des quintessentiellen, marktwirtschaftlichen Austauschgeschäfts zwischen Verbrauchern und Unternehmen innerhalb des EWR angeglichen. Dabei reagierten die Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich auf die Herausforderungen, die mit dem Einbruch des Sekundärrechts in Zentralbereiche ihrer Vertragsrechtsordnung verbunden waren.<sup>41</sup> Immerhin blieb den nationalen Legislativen im Rahmen der Umsetzung der sekundärrechtlichen Vorgaben noch der Spielraum zu autonomer Gestaltung, den der Charakter der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als Akt der Mindestharmonisierung jedenfalls prinzipiell ließ.<sup>42</sup> Vor diesem Hintergrund stellt die perspektivisch breit intendierte,<sup>43</sup> für einzelne Teilbereiche bereits

<sup>40</sup> Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 vom 7.7. 1999, S. 12.

<sup>41</sup> Vgl. den Überblick über die Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten bei *Schulte-Nölke/Twigg-Flessner/Ebers* (Hrsg.), EC-Consumer Law Compendium, 2008, S. 407 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 VerbrGK-RL. Dass die Bestimmung den Mitgliedstaaten tatsächlich einen gewissen Manövierraum eröffnet, zeigen die weitreichenden Abweichungen vom Richtlinienmodell hierarchischer Rechtsbehelfe in der englischen Umsetzung, vgl. dazu *S. Arnold/Unberath*, ZEuP 2004, 366.

<sup>43</sup> Zur das gesamte Bürgerliche Recht betreffenden, zum Teil darüber hinausweisenden wissenschaftlichen Debatte die Beiträge zu den Tagungsbänden *Jud/Wendehorst* (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?, 2009; *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht. Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?, 2009. Daneben z. B. auch *S. Arnold*, RIW 2009, 679; *Artz*, GPR 2009, 171; *Kieninger*, RabelsZ 2009, 793.

uneingeschränkt prospektierte<sup>44</sup> und entgegen anders lautender Äußerungen der Brüsseler Exekutivspitze<sup>45</sup> dort nunmehr auch mit gewissen Abstrichen umgesetzte Vollharmonisierung in einer Richtlinie für Verbraucherrechte<sup>46</sup> einen qualitativen Strategiewechsel dar, der nochmals erhebliche Autonomieverluste für die nationalen Gesetzgeber mit sich bringt. Vergleichbar radikal greifen schließlich gegenwärtig bereits die Antidiskriminierungsrichtlinien<sup>47</sup> in den bürgerlichrechtlichen *status quo* der Mitgliedstaaten des EWR ein, indem sie Schranken privatautonomer Auswahl des Vertragspartners für bestimmte Transaktionen durch ein einheitliches, gemeineuropäisches Regime definieren. Die, freilich überschießende, Umsetzung der Richtlinien in Deutschland stellte für manche sogar den Anlass dar, die Privatautonomie als leitende Maxime des geltenden bürgerlichen Rechts als abgelöst anzusehen.<sup>48</sup>

Zum ändern sind aber auch die über das zwar immer ausgreifendere, letztlich aber nach wie vor sektoral-begrenzt ansetzende Richtlinienrecht weit hinausgreifenden, wissenschaftlichen Bemühungen um ein gesamteuropäisches Vertragsrecht in den Blick zu nehmen. Dies nicht zuletzt, weil die entsprechenden Aktivitäten seit längerem die Unterstützung der europäischen Institutionen genießen und daher auch ein politisch ernst zu nehmendes Projekt darstellen. Bereits im Jahr 1989 befürwortete das Europäische Parlament das Vorhaben, ein gemeineuropäisches Vertragsgesetzbuch zu schaffen.<sup>49</sup> Die Idee wurde zehn Jahre später

---

<sup>44</sup> Art. 4 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 8. 10. 2008, KOM (2008) 614, endg.

<sup>45</sup> Laut Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 17. 3. 2010 (abzurufen unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=EN&type=IM-PRESS&reference=20100317IPR70798>) stellte die Vollharmonisierung auch aus der Sicht der zuständigen Kommissarin zwischenzeitlich keine Option bei der Konsolidierung des Verbraucherrechts dar. Vgl. auch *Reding*, ZEuP 2011, 1.

<sup>46</sup> Art. 4 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 304/64 vom 22. 11. 2011, S. 64, 74.

<sup>47</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180 vom 19. 7. 2000, S. 22 ff.; Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303 vom 2. 12. 2000, S. 16 ff.; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 269 vom 5. 10. 2002, S. 15 ff.; Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG L 373 vom 21. 12. 2004, S. 37 ff.

<sup>48</sup> Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Vorwort der Herausgeber und des Verlags, S. VIII.

<sup>49</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten, ABl. EG C 158 vom 26. 5. 1989, S. 400; Entschließung des

vom Rat aufgegriffen,<sup>50</sup> nicht von ungefähr zu einem Zeitpunkt, in dem auch die sekundärrechtliche Harmonisierung mit der Verabschiedung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie eine neue Qualität erreichte.<sup>51</sup> Seither hat die Kommission die Initiative an sich gezogen<sup>52</sup> und zum Gegenstand eines Aktionsplans,<sup>53</sup> eines Grünbuchs<sup>54</sup> und jüngst eines, freilich thematisch wieder enger begrenzten Verordnungsvorschlags<sup>55</sup> gemacht. Sie hat sich ursprünglich – wie auch zuvor bereits

Europäischen Parlaments zur Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts der Mitgliedstaaten, ABl. EG C 205 vom 25. 7. 1994, S. 208; dazu z. B. *Tilmann*, ZEuP 1995, 534.

<sup>50</sup> Auf dem Rat von Tampere wurde das Bedürfnis nach „einer allgemeinen Studie über die Frage, ob zur Beseitigung von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren von zivilrechtlichen Verfahren, die zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten angeglichen werden müssen“ artikuliert, Vgl. Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere, SI (1999) 800, Punkt 39.

<sup>51</sup> Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie enthält trotz ihrer verbraucherrechtlichen Einkleidung in weiten Teilen Regelungen, die der Sache nach dispositives Kaufrecht darstellen und betrifft damit – anders als die reinen Verbraucherschutz-Richtlinien – zentrale Aspekte des allgemeinen Vertragsrechts der Mitgliedstaaten, vgl. z. B. *Grundmann*, AcP 202 (2002) 40, 57ff.; *Grundmann*, 14 Eur. Bus. L. Rev. 237, 248ff. (2003); *Tröger*, ZEuP 2003, 525.

<sup>52</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht, ABl. EG C 255, S. 1 und darauf antwortend Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, ABl. EG C 140 E vom 13. 6. 2002, S. 538. Dazu *von Bar*, ZEuP 2001, 799, *Leible*, EWS 2001, 471; *Schulte-Nölke*, JZ 2001, 917; *Staudenmayer*, EuZW 2001, 485; *A. Staudinger*, VuR 2001, 353; *Grundmann*, NJW 2002, 393.

<sup>53</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein kohärentes Vertragsrecht, Ein Aktionsplan, ABl. EG C 63 vom 15. 3. 2003, S. 1 ff. Dazu *von Bar/Swann*, 11 ERPL 595 (2003); *Kenny*, 28 Eur. L. Rev. 538 (2003); *Schmidt-Kessel*, RIW 2003, 481; *Staudenmayer*, EuZW 2003, 165; *Staudenmayer*, 11 ERPL 113 (2003); *M. Müller*, EuZW 2003, 683; *Pfeiffer*, EWS 2004, 98; *Basedow*, ZEuP 2004, 1; *Zypries*, ZEuP 2004, 225.

Zur weiteren Entwicklung v. a. Bericht der Kommission vom 23. September 2005 – Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands, KOM (2005) 456, endg.; Bericht der Kommission vom 25. Juli 2007 – Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM (2007) 447, endg.; vgl. auch Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. März 2006 zum Europäischen Vertragsrecht und zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands: weiteres Vorgehen, ABl. EG C 292 E vom 1. 12. 2006, S. 109; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2006 zum Europäischen Vertragsrecht, ABl. EG C 305 E vom 14. 12. 2006, S. 247; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. Dezember 2007 zum Europäischen Vertragsrecht, angenommene Texte, P6\_TA(2007)0615; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. September 2008 zum Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht, angenommene Texte, P6\_TA(2008)0397. Zur Entwicklung auch *Pfeiffer*, AcP 208 (2008) 227.

<sup>54</sup> Grünbuch der Kommission vom 1. Juli 2010, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348, endg. Die Konsultation endete am 31. Januar 2011. Zum Ganzen *Tonner*, EuZW 2010, 767; *Herresthal*, ZIP 2011, 1347; speziell zu den im Grünbuch genannten, sieben Optionen zur Einführung eines gesamt-europäischen Vertragsrechts, *Riesenhuber*, 7 ERCL 115 (2011); *Sefton-Green*, 7 ERCL 134 (2011); *Gutman*, 7 ERCL 151 (2011); *Gomez/Ganuza*, 7 ERCL 275 (2011); *Cartwright*, 7 ERCL 335 (2011).

<sup>55</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635 endg.; dazu *v. Westphalen*, ZIP 2011, 1985.

das Parlament – für ein die nationalen Vertragsrechte prinzipiell unberührt lassendes, optionales Modell ausgesprochen<sup>56</sup> und hält für das allgemeine Vertragsrecht ausweislich des Verordnungsvorschlags, aber noch ohne formales Bekenntnis zu einer der im Grünbuch genannten Optionen, an diesem Ansatz fest.<sup>57</sup> Sie befindet sich damit im Einklang mit den jüngsten Äußerungen des Parlaments im Stockholm-Programm.<sup>58</sup> Die wissenschaftlichen Reaktionen auf und Impulse für das politische Projekt waren seit jeher vielfältig. Die sichtbarsten Früchte trugen zweifellos die von unterschiedlichen Forschergruppen durchgeführten Bestandsaufnahmen und deren über Existierendes hinausgehende Entwürfe für ein gemeineuropäisches Vertragsrecht,<sup>59</sup> die zuletzt in einem Netzwerk kulminierten, dessen Agenda zum einen thematisch weit über das Vertragsrecht hinausgriff und zum anderen auch auf eine Synthese<sup>60</sup> der rechtsvergleichenden Destillate des europä-

<sup>56</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein kohärentes Vertragsrecht, Ein Aktionsplan, ABl. EG C 63 vom 15. 3. 2003, S. 1, 2, 17, 19ff., 25; Entschließung des Europäischen Parlaments zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, ABl. EG C 140 E vom 13. 6. 2002, S. 538, 541 f. Abwägung der Vor- und Nachteile eines solchen optionalen Kodex aus ökonomischer Sicht bei *Kerber/Grundmann*, 31 Eur. J. Law & Econ. 215 (2006); aus ökonomischer Sicht gegen Harmonisierung und für ein optionales Instrument bereits *R. van den Bergh*, Festschrift für Claus Ott, 2008, S. 327, insbes. S. 342.

<sup>57</sup> Zu der möglicherweise anderen Herangehensweise im Verbraucherschutz, *supra* Fn. 46f.

<sup>58</sup> Vgl. Nr. 99 der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. November 2009 zu der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im Dienste der Bürger – Stockholm-Programm, P7\_TA(2009)0090.

<sup>59</sup> Zu nennen sind insbesondere die Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler (*Gandolfi-Gruppe*), die Kommission für Europäisches Vertragsrecht (*Lando-Kommission*), das Common Core Projekt (*Mattei, Bussani*), die European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group; *Schulte-Nölke*) sowie die Study Group on a European Civil Code (*von Bar*). Überblick über die unterschiedlichen Ansätze der Forschergruppen bei *Wurmnest*, ZEuP 2003, 714; *Zimmermann*, EuZW 2009, 319, 319ff.; eingehend *Antoniolli/Fiorentini* in: Antoniolli/Fiorentini (Hrsg.), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference by the Common Core Evaluating Group, 2011, S. 1, 3ff. Vgl. auch *Ernst*, AcP 208 (2008) 248, 253f.

Mit dem Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs (vgl. Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler, Europäisches Vertragsgesetzbuch, Vorentwurf, 2002), den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (*O. Lando/Beale* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, 2000; Übersetzung: v. Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002; *O. Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, 2003; Übersetzung: von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, 2005) und dem Draft Common Frame of Reference (von Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law, 2008) liegen drei voll ausgearbeitete Normbestände, jedenfalls zum allgemeinen Vertragsrecht, vor. Der DCFR soll freilich innerhalb der sachlichen Überschneidungen eine Fortentwicklung der PECL darstellen, vgl. von Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law, 2008, S. 24ff. und sogleich Fn. 63; Vgl. aber auch die unterschiedliche Perspektiven beleuchtende, wenig Fortschritt bemerkende Kritik von *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529; *dies.*, 28 OJLS 659 (2008); *Honsell*, ZIP 2008, 621, 629f.; *Ernst*, AcP 208 (2008) 248. Zu den Vorarbeiten der Acquis Group, *Jansen/Zimmermann*, JZ 2007, 1113.

<sup>60</sup> Zu den unterschiedlichen Regelungsansätzen von PECL und Gemeinschaftsprivatrecht,

ischen Privatrechts mit dem *acquis communautaire* abzielte.<sup>61</sup> Die so geschaffenen Normbestände entstammen dabei keinesfalls einem Elfenbeinturm. Dies zeigt sich deutlich daran, dass sie bereits im Rahmen nationaler Gesetzgebungsverfahren als Autorität herangezogen wurden<sup>62</sup> und von der Europäischen Kommission als Grundlage des von ihr angestrebten gemeinsamen Referenzrahmens betrachtet werden.<sup>63</sup> Die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts wird daneben auch durch zahlreiche weitere Vereinigungen begleitet, die Foren für die organisierte Teilnahme am Diskurs schaffen und so den Sachverstand unterschiedlicher Kreise zu erschließen suchen.<sup>64</sup> Hinzu kommt schließlich eine Reihe von Zeitschriften, die ihren thematischen Fokus auf das gemeineuropäische Vertragsrecht richten<sup>65</sup> und so die Fülle der anderweitig publizierten Beiträge zur europäischen Vertragsrechtsentwicklung weiter mehren.

In der Gesamtschau zeigt sich, dass die gewachsene Bedeutung der Vereinheitlichung des Vertragsrechts durch die europäische Legislative dazu geführt hat, dass nicht nur die Beschäftigung mit dem *acquis communautaire*, sondern auch die Auseinandersetzung mit den konzeptionellen Grundfragen der Harmonisierung sowie ihre umfassende Vorbereitung und Einbettung in der Mitte der Privatrechtswissenschaft der Gegenwart angelangt ist. Vor diesem Hintergrund bedarf eine Untersuchung, die einen Problemkreis im Hinblick auf gemeineuropäische Strukturen untersucht, an sich keiner näheren Rechtfertigung. Umgekehrt ist freilich das ambitionierte Projekt, mehr oder weniger konkrete Regeln eines gemeineuropäischen Vertragsrechts als Ergebnis rationaler Rechtsgewinnung „von oben“ vorzulegen, durchaus nicht unumstritten. Eine Auseinandersetzung mit einigen gewichtigen Einwänden<sup>66</sup> dient daher ebenso der eigenen Positionie-

---

*Clive*, 9 ERA-Forum, Special Issue Contract Law 13, 20 (2009); *Castronovo*, 17 ERPL 559, 560f. (2009).

<sup>61</sup> Das *Joint Network on European Private Law – Network of Excellence (CoPECL)* wurde von der Kommission finanziert, vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 11. Oktober 2004 – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg.

<sup>62</sup> So werden z. B. die PECL im Regierungsentwurf zur deutschen Schuldrechtsmodernisierung wiederholt als Vorbild erwähnt, vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 96, 103, 129, 131, 164 f., 214.

<sup>63</sup> Vgl. Art. 2, Beschluss der Kommission vom 26. April 2010 zur Einsetzung einer Experten-Gruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts, ABl. EG L 105 vom 27. 4. 2010, S. 109. „Selbstauskunft“ über die Arbeitsmethode der Gruppe in deren Machbarkeitsstudie, A European contract law for consumers and businesses, herunterzuladen von [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>64</sup> Hierzu zählt beispielsweise die Society of European Contract Law (SECOLA), vgl. <http://www.secola.org>.

<sup>65</sup> Zu nennen sind hier insbesondere die Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), die Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR), sowie das Review of European Contract Law (ERCL).

<sup>66</sup> *Infra* I.

rung wie eine erste rechtsvergleichende Miniatur zu exemplarischen Problemlagen der Einstandspflicht für Erfüllungsgehilfen.<sup>67</sup>

### I. Skepsis gegenüber gewillkürter Harmonisierung und Vermessung der Möglichkeiten der Rechtsvergleichung

Auch wenn historische Parallelen zu dem Zeitalter der bürgerlich-nationalen Emanzipation letztlich nicht ohne Weiteres gezogen werden können,<sup>68</sup> erinnern doch zumindest der äußere Zuschnitt und der dogmatische Systemanspruch vieler wissenschaftlicher Vereinheitlichungsprojekte an die großen kontinentaleuropäischen Kodifikationsvorhaben des 19. und 20. Jahrhunderts. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass mancher Einwand, der sich gegen Zielsetzung und Methodik der angesprochenen nationalen Privatrechtskodizes richtet, auch gegen die Bemühungen um ein europäisches Privatrecht erhoben werden kann. Dies gilt umso mehr, als sich bedeutende skeptische Stimmen von ihrem historischen Kontext lösen lassen, ja sich sogar mit im Ausgangspunkt völlig divergenten Positionen treffen. Dem soll einleitend kurz nachgegangen werden, um so den Boden für eine knappe Skizze des eigenen methodischen Ansatzes zu bereiten.

Im deutschen Kodifikationsstreit des 19. Jahrhunderts beruhte die kritische Haltung der historischen Rechtsschule nicht auf einer generellen Ablehnung gegenüber dem Ideal eines einheitlichen deutschen bürgerlichen Rechts, sondern auf ihrer Vorstellung, wie ein solches verwirklicht werden könnte. Hintergrund war die Überzeugung, dass ein „von den mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkür“ hervorgebrachtes, in diesem Sinne „ungeschichtliches“<sup>69</sup> Gesetzbuch jedenfalls „unorganisches“ Recht darstellen müsse, weil es im Widerspruch zu seiner kulturellen Tradition dem Volk aufgezwungen werde.<sup>70</sup> Lediglich in Zeiten höchster kultureller Blüte, in denen sich die Kenntnis des Rechtsstoffes mit der erforderlichen Fähigkeit zu dessen sprachlicher und systematisch-logischer Darstellung paare, könne ein vortreffliches Gesetzbuch gelingen.<sup>71</sup> Insbesondere *Savigny* hielt die Durchdringung und Aufarbeitung ebendieses Rechtsstoffes in seiner gesamt-kulturellen Einbindung, die als empirisches Element neben die systematische Bearbeitung zu treten hatten, zur Zeit seiner gegen *Thibauts* Vorstellung einer einigenden, nationale Identität stiftenden Kodifikation gerich-

<sup>67</sup> *Infra* II.

<sup>68</sup> Vgl. aber z. B. *Kötz*, ZEuP 2002, 10; *Zimmermann*, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, 2006, S. 51; *Kanning*, 27 OJLS 193 (2007).

<sup>69</sup> Vgl. *Savigny*, ZgeschRw 1 (1815) 1, 6 = Vermischte Schriften, Bd. 1, 1850, S. 106, 113; vgl. auch die scharfen Abgrenzungen zur „unhistorischen Schule“ der Rechtswissenschaft in *Savigny*, ZgeschRw 1 (1815) 373 ff. = Vermischte Schriften, Bd. 5, 1850, S. 115 ff.; *Savigny*, ZgeschRw 3 (1817), 1 ff.

<sup>70</sup> *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 16 ff., *ibid.*, S. 25 f.

<sup>71</sup> *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 25 f.

teten Streitschrift für nicht hinreichend fortgeschritten.<sup>72</sup> Erst durch das Wirken einer im Sinne der historischen Schule erneuerten Rechtswissenschaft sollte Deutschland reif werden für eine große Kodifikation des bürgerlichen Rechts.

Auch wenn das Fundament für *Savignys* ablehnende Haltung, insbesondere die idealistische Geschichtsphilosophie *Herders*,<sup>73</sup> aus heutiger Sicht nicht mehr tragfähig ist, behält doch die fundamentale Skepsis gegenüber dem hohen Rationalitätsanspruch des kodifizierenden Gesetzgebers ihre Berechtigung. Nicht von ungefähr trifft sich der so verstandene Einwand einer schädlichen Unterbrechung der historischen Evolution des Rechts<sup>74</sup> mit den auch für die Neue Institutionenökonomik<sup>75</sup> grundlegenden Thesen *Hayeks*, die in einer Zeit formuliert wurden, in der der idealistische Glaube an unaufhaltsamen, *in grosso modo* linear verlaufenden gesellschaftlichen Fortschritt durch die menschlichen Katastrophen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts längst desavouiert war. In der Sicht *Hayeks* stellt eine Privatrechtskodifikation eine „konstruierte Institution“ dar,<sup>76</sup> die im Gegensatz zu „spontanen Institutionen“ das Produkt schöpferischer Gestaltung ist und ihre Legitimität nicht auf einen „evolutionären Rationalismus“ im Sinne einer Marktbewährung stützen kann.<sup>77</sup> Obwohl *Hayek* nicht mehr die idealistische Vorstellung einer auf ein Endziel gerichteten Evolution (des Rechts) unterhält, verneint auch er die höhere Rationalität des regulierenden Sozialplaners. Ganz ähnliche Implikationen für die Bewertung gewillkürter Rechtssetzung hat schließlich die Sicht, die Institutionen als „Gleichgewicht eines Spiels“ begreift,<sup>78</sup> d. h. als die in wiederholter Interaktion entwickelte, nach den Überzeugungen der Beteiligten optimale Methode zur Bewältigung der strategischen Herausforderung des Spiels.<sup>79</sup> Aus dieser Perspektive erscheinen die formellen (rechtlichen) und informellen (außerrechtlichen) Steuerungsmechanismen zur Bewältigung

<sup>72</sup> Das als ideale Verwirklichung der Programmatik der historischen Schule und damit als Vorbild betrachtete Werk *Savignys* (Recht des Besitzes, 1803) war zur Zeit der Veröffentlichung der berühmten Streitschrift wider die Thesen *Thibauts* gerade 11 Jahre publiziert. Dementsprechend waren ähnlich ausgereifte Studien noch nicht einmal für einen Bruchteil des zu bewältigenden Rechtsstoffs vorgelegt.

<sup>73</sup> Dazu nur *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 381 ff.

<sup>74</sup> Besonders klar in dieser Hinsicht auch die von einem Prozess permanenter Adaption des Rechts an die Bedürfnisse der Gesellschaft ausgehende Sicht *Rudolf von Jherings*, vgl. *Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1872; *Jhering*, Der Zweck im Recht, 1877–83. Dazu die Beiträge in *Behrends* (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, 1993.

<sup>75</sup> Begriff („New Institutional Economics“) von *Williamson*, Markets and Hierarchies, 1975, S. 1.

<sup>76</sup> Im hier zugrundeliegenden Verständnis ist eine Institution ein Normbestand einschließlich seiner Durchsetzungsinstrumente, der als Spielregel individuelles Verhalten steuert, vgl. nur die Nobelpreisrede von *Douglas C. North* (84 Am. Econ. Rev. 359 (1994)) und bereits – für den alten Institutionalismus – *Gustav von Schmoller* (Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 1900, S. 61). Zusammenfassend *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl., 2010, S. 7 f.

<sup>77</sup> Vgl. *Hayek*, Law, Legislation, and Liberty, Bd. 1, 1973, S. 33 ff.

<sup>78</sup> Grundlegend für das spieltheoretische Verständnis von Institutionen *Schotter*, The Economic Theory of Social Institutions, 1981.

<sup>79</sup> In diesem Sinne z. B. *Aoki*, Toward a Comparative Institutional Analysis, 2001, S. 10.

auftretender Konfliktlagen als Ergebnis einer potentiell unendlichen Wiederholung der menschlichen Interaktion, bei der sich ein bestimmtes institutionelles Arrangement als überlegen erweist (z. B. das für eine Rechtsordnung spezifische Zusammenspiel von Gewährleistungsrecht und marktförmigen Reputationsmechanismen zur Bewältigung von Schlechtleistungen in Austauschbeziehungen<sup>80</sup>).

Die im Vorstehenden aus unterschiedlichsten Perspektiven artikulierten Einwände gegen umfassende Vereinheitlichungsprojekte „von oben“ haben in erster Linie die Konsequenz, mit der vorliegenden Untersuchung im Hinblick auf das gemeineuropäische Privatrecht weniger die Entwicklung grundstürzend neuer Lösungen als vielmehr das Aufzeigen – kontingenter – institutioneller Interdependenzen anzustreben, die es bei der Schaffung einheitlichen europäischen Vertragsrechts im Auge zu behalten gilt. Auch die Übernahme einzelner nationaler Regelungen in den gesamteuropäischen Normbestand stellt letztlich eine sektorale „Rechtstransplantation“ dar, die potentiell sämtliche mit einer solchen einhergehenden Implikationen mit sich bringt:<sup>81</sup> Auch der institutionelle Kontext eines gemeineuropäischen Vertragsrechts unterschiede sich in aller Regel von dem entsprechenden Umfeld, aus dem die in den Kodex übernommene, nicht allen europäischen Rechtsordnungen gemeinsame Regelung entstammt.

Die eine Zuweisungen der Risiken der Arbeitsteilung bewirkenden, unterschiedlichen institutionellen Arrangements müssen daher möglichst in ihrer Gesamtheit daraufhin verglichen werden, welche Kriterien der Gefahrenverteilung sie zur Geltung bringen und zu welchen Lösungen diese konkret führen. Dabei ist nicht unbedingt davon auszugehen, dass sich mit einem einheitlichen makrodogmatischen Modell zu vereinbarende Lösungen nachweisen lassen, die nach Abklopfen des dogmatischen Stucks und unter Berücksichtigung außerrechtlicher Faktoren tatsächlich einen gemeinsamen Bauplan der unterschiedlichen Regime erkennen lassen.<sup>82</sup> Gerade wo eine geschichtsbewusste Rechtsvergleichung stabile Differenzen in den institutionellen Beständen der untersuchten

<sup>80</sup> Überblick zur exakt dieses Zusammenspiel nutzenden Signalwirkung der Gewährleistung bei Wehrt in DeGeest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Bd. 6, 2. Aufl., 2011, S. 256, 259 ff.; Gomez in: Grundmann/Bianca (Hrsg.), *EU-Kaufrechts-Richtlinie*, 2002, Einl. Rdnr. 74 ff.; Th. Eger, *Festschrift für Claus Ott*, 2002, S. 183, 192 f.; Parisi, 52 *Am. J. Comp. L.* 403, 409 ff. (2004); vgl. auch Tröger, *ZVglRWiss* 107 (2008) 383, 418 f.

<sup>81</sup> Vgl. aus der Literatur zu den *legal transplants* grundlegend und begriffsprägend A. Watson, *Legal Transplants*, 1974. Zu der im Umfeld der Bezeichnung zum Teil erbittert geführten Debatte um die umschriebene Rezeption fremden Rechts, z. B. Teubner, 61 *MLR* 11, 15 ff. (1998); Nelken in: Legrand/Munday (Hrsg.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, 2003, S. 437, 446 ff.; Kanda/Milhaupt, 51 *Am. J. Comp. Law* 887, 889 f. (2003); Kirchner in Nobel/Gets (Hrsg.), *New Frontiers of Law and Economics*, 2006, S. 201 ff.; Garoupa/Ogus, 35 *J. Legal Stud.* 339 (2006); Graziadei in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, S. 441; im deutschsprachigen Schrifttum z. B. Heiss, *ZVglRWiss* 100 (2001) 396, 403; Fleischer, *NZG* 2004, 1129 ff.; Deipenbrock, *ZVglRWiss* 107 (2008) 343; von Hein, *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, 2008, S. 57 ff.

<sup>82</sup> Zu den universalistischen Konzeptionen der Rechtsvergleichung, die davon ausgehen, dass sich hinter dogmatischen Unterschieden nationaler Regelungen einheitliche Problemlösungen aufzeigen lassen, noch *infra* § 2 B 2.

Rechtsordnungen nachweist, ist das Aufzeigen der in diesem Fall offensichtlich unterschiedlich kalibrierten Zurechnungskriterien von zentraler Bedeutung, um die Tragweite der für das europäische Privatrecht zu treffenden Auswahlentscheidungen zu erhellen.

Das in der Konsequenz zu formulierende Desiderat, zur Vorbereitung gemeineuropäischer Projekte eine tiefeschürfende Durchdringung gerade der Fundamente der nationalen Privatrechtsordnungen anzustreben, stellt auch ein Grundanliegen führender Vertreter der wissenschaftlichen Vereinheitlichungsdebatte dar, die aus einer dezidiert geistesgeschichtlichen Perspektive darum bemüht sind, den gemeinsamen ideellen Hintergrund der europäischen nationalen Rechtsordnungen unter dem „Geröll von zweihundert Jahren“ zu bergen.<sup>83</sup> Die hier präsentierte Untersuchung weicht allerdings insofern von den angesprochenen Analysen ab, als sie weniger auf das Aufdecken historischer Kontinuität setzt, sondern vielmehr versucht, eine Verankerung des Sachproblems in den überpositiven Modellen der Institutionenökonomik zu finden. Hintergrund ist die Überlegung, dass, auch wenn man der mit beeindruckenden Argumenten unterlegten These einer Entwicklung der nationalen Rechtsordnungen in Europa aus gemeinsamen historisch-ideellen Wurzeln folgt,<sup>84</sup> doch die selten gestellte und allenfalls implizit beantwortete Frage bleibt, welche der hinter den treibenden Kräften der Rechtsentwicklung stehenden Konzepte aus heutiger Sicht noch tragfähig sind.<sup>85</sup> Die Gründe, sich der Erkenntnisse und Methoden einer Nachbardisziplin zu bedienen, um das so formulierte Erkenntnisinteresse zu befriedigen, folgen letztlich aus den wohlverstandenen Grenzen der jeweiligen rechtswissenschaftlichen Disziplin. So wird angemerkt, dass Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte als solchen die normative Dimension abgehe.<sup>86</sup> Dem ist aus der hier vertretenen Sicht uneinge-

<sup>83</sup> Formulierung von *Zimmermann*, AcP 193 (1993) 121, 172; Vgl. auch *Zimmermann*, ZEuP 1993, 4, 9ff., v. a. 20f.

<sup>84</sup> Zur These fortwirkender, einheitlicher Ursprünge der europäischen Rechtskultur und dem Verständnis des gesamteuropäischen Gemeinrechts als intellektueller Einheit hier nur *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 26ff.; *Coing*, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, 1968; *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, 1985, S. 7ff.

<sup>85</sup> Exemplarisch *Zimmermann*, ZEuP 1993, 4, 9ff. wo überaus instruktiv die gemeineuropäischen Wurzeln des englischen Rechts herausarbeitet werden, aber eben ohne weitere Transmission aus den historischen Verbindungen zur römisch-kanonischen Tradition abgeleitet wird, dass diese Ursprünge auch als Fundament einer modernen europäischen Privatrechtsordnung dienen können.

<sup>86</sup> Zutreffend *Hill*, 9 OJLS 101, 103 (1989); *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 250; *Unberath/Czipka*, AcP 209 (2009) 37, 39. Zuvor – für die Rechtsvergleichung – bereits *Rabel*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht* 13 (1925) 279, 280; *Zweigert*, *RabelsZ* 15 (1949/50) 5, 14f.; *Zweigert*, *Festschrift für Clive Schmitthoff*, 1973, 403, 405. Damit ist aber auch umgekehrt nicht etwa gesagt, dass bei der normativen Auswahl zwischen unterschiedlichen, funktional äquivalenten Institutionen die Rechtsvergleichung keine Bedeutung hätte. Zu weit geht es aber, wenn der normative Institutionenvergleich ohne Rechtsvergleichung für unmöglich gehalten wird, so aber *Rheinstein*, 5 U. Chi. L. Rev. 615, 617 (1937–8). Zur Gegenauffassung, die insbesondere in der geschichtlichen Überlieferung eine gleichberechtigte Rechtserkenntnisquelle sieht, vgl. *infra* Kapitel 2 Fn. 7.

schränkt zuzustimmen. Selbst dort, wo der Rechtsvergleich übereinstimmende Normbestände ergibt, ist dieses Ergebnis für sich allein noch nicht auf das Bestehen von universellen, einer Natur der Sache gehorchenden Problemlösungen zurückzuführen.<sup>87</sup> Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte können also allenfalls eine – unter dem Vorbehalt der Vergleichbarkeit des gesamten institutionellen Umfeldes, d. h. der sozio-ökonomischen Verhältnisse stehende – Vermutung begründen, dass historisch robuste bzw. international verbreitete Problemlösungen tatsächlich einen sozial erstrebenswerten Optimalzustand darstellen. Immerhin ist auch jenseits universalistischer Vorstellungen denkbar, die „Produkte“ dogmengeschichtlicher Evolution zwar als Ergebnis menschlichen Handelns, aber in ihrer historisch überlieferten Gesamtheit nicht (mehr) als Ausdruck eines rationalen Entwurfs zu verstehen. In dieser Sicht können sie dann als „spontane Ordnungen“ im Sinne *Hayeks* bzw. als Gleichgewicht eines Spiels legitimiert sein.<sup>88</sup> Geht man freilich davon aus, dass unter realen Bedingungen der Rechtsentwicklungen ein Erreichen multipler institutioneller Gleichgewichte durchaus denkbar ist, so ist keineswegs sicher, dass die historisch stabilen Zurechnungsregime einzelner Rechtsordnungen auch tatsächlich optimale Sachlösungen im Sinne eines einheitlichen normativen Modells darstellen. Dies wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn die gewachsenen Privatrechtsordnungen zumindest im untersuchten Bereich tatsächlich identischen Zielsetzungen, wie beispielsweise dem ökonomischen Effizienzpostulat gehorchten und dieses übereinstimmend verwirklichten,<sup>89</sup> obwohl Abweichungen in den dogmatischen Strukturen und den mit dem Recht zusammenspielenden informellen Institutionen bestehen. Letztlich stellt eine solche Sicht nichts anderes dar als eine Variante universalistischen bzw. adaptionistischen Verständnisses der Rechtsvergleichung, da sie zu zeigen versucht, dass allgemeingültige Werte die unaufhaltsame, lineare Entwicklung des Rechts bestimmen, und zwar unabhängig davon, ob deren Legitimität *per se* akzeptiert

<sup>87</sup> Vgl. auch *Canaris*, 2. Festschrift für Karl Larenz, 1983, S. 27, 86, der die deutsche Dogmatik einer Haftung für Schutzpflichtverletzungen nach Vertragsgrundsätzen durch rechtsvergleichende Erkenntnisse nicht in Frage gestellt sieht, denn „daß die meisten oder auch alle ausländischen Rechtsordnungen die einschlägigen Probleme deliktsrechtlich lösen, kann doch wohl nicht im Ernst bedeuten, daß dies die allein „richtige“ Lösung ist“. Zu abweichenden Konzeptionen in der universalistischen Tradition der Rechtsvergleichung noch *infra* § 2 B I 2.

<sup>88</sup> Vgl. *supra* Fn. 78.

<sup>89</sup> In diesem Sinne für das *common law* grundlegend *R. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 1. Aufl., 1972, S. 6, 98ff., 153f.; ähnlich z. B. *Rubin*, 6 J. Legal Stud. 51 (1977); *Priest*, 6 J. Legal Stud. 65 (1977); für die deutsche Rechtsordnung *Ott* in: *Ott/H.-B. Schäfer* (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung*, 1989, S. 25, 33ff. Kritisch z. B. *Kornhauser*, 8 Hofstra L. Rev. 591 (1980); *Cooter/Kornhauser*, 9 J. Legal Stud. 139 (1980); *Hirsch*, 32 Fla. St. U.L. Rev. 425 (2005); modelltheoretische Behandlung unter Berücksichtigung individuellen, richterlichen Vorverständnisses bei *Gennaioli/Shleifer*, NBER Working Paper No. W11265 (April 2005), <http://www.nber.org/papers/W11265>; empirische Untersuchung mit der Konvergenzthese widersprechenden Ergebnissen bei *Niblett/R. Posner/Shleifer*, *The Evolution of a Legal Rule*, Working Paper (Februar 2008), <http://www.ssrn/abstract=1114941>. Monographisch von *Wangenheim*, *Die Evolution von Recht*, 1995; *Leder*, *Die sichtbare und die unsichtbare Hand in der Evolution des Rechts*, 1998, S. 95ff.

wird oder nicht. Eine bedeutende Implikation liegt dabei darin, dass jede „starke“ Evolutionshypothese den Analysten vor die Notwendigkeit stellt, das gegenwärtige institutionelle Arrangement als Ausdruck des postulierten Ziels oder (temporäre) Deviation von diesem qualifizieren zu müssen.<sup>90</sup> Eine solche Einordnung setzt aber ihrerseits einen jenseits des vorgefundenen institutionellen Bestandes begründbaren Referenzpunkt voraus, also die abstrakte Bestimmung des evolutorisch angestrebten Ziels, und kommt somit auch nicht ohne außerhalb des Rechtsstoffs angelegte, normative Theorie aus.

Lassen sich fundamentale Übereinstimmungen nicht zeigen, bedarf es erst recht eines jenseits des untersuchten Stoffes begründeten, normativen Referenzrahmens, um den komparativen Untersuchungen eine über das rein Deskriptive hinausweisende Bedeutung gerade für das Projekt der Schaffung eines gemeineuropäischen Vertragsrechts zu geben. Die Herausforderung liegt zunächst darin, beim Herausarbeiten der durch das jeweilige institutionelle Arrangement erzielten Sachlösungen, die hinter u. U. grundlegend verschiedenen dogmatischen Ansätzen stehenden, materiellen Zurechnungsgesichtspunkte bzw. ihr jeweiliges Zusammenspiel aufzuzeigen. Dabei sind die dogmatischen Überlagerungen so behutsam abzutragen, dass materielle Divergenzen markierende Eigenheiten der untersuchten Normkomplexe bewahrt bleiben. Sofern auf dieser Grundlage idiosynkratische Abweichungen nationaler Rechtsordnungen von einer rechtspolitisch plausiblen, normativen Referenz aufgezeigt werden können, kann es weniger darum gehen, durch Verabsolutierung des gewählten Bezugspunktes etwaige Defizite der vermessenen Normbestände zu kritisieren, um daraus robuste, rechtspolitische Konsequenzen für ein künftiges europäische Privatrecht abzuleiten. Dies wäre aus der Sicht ökonomischer Zielsetzungen jedenfalls dann verfehlt, wenn bereits die Modellbildung die Kontextabhängigkeit optimaler Lösungen indiziert.<sup>91</sup> Unterschiedliche Regulierungen der notwendig abstrahierenden und generalisierenden Gesetzgeber spiegelten dann nämlich nur die Einschätzung der Legislative wider, dass für die von ihnen regulierten Transaktionen bestimmte Bedingungen vorherrschten, die auf gesamteuropäischer Ebene so nicht präponderant sein müssen. Noch wichtiger ist allerdings, dass von ökonomischen Desideraten abweichende Zielsetzungen<sup>92</sup> und die Kosten ihrer Verwirklichung in

<sup>90</sup> Vgl. auch *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 774, wonach „[j]ede Abweichung von dem in Europa vorherrschenden Rechtszustand oder einer herrschenden Lehre ... spezifisch zu begründen“ sei, was immerhin impliziert, dass auf der Grundlage außerhalb des vorgefundenen Rechtsstoffs liegender Maßstäbe begründbare Abweichungen der genannten Art durchaus möglich sind, beispielsweise zur bisher durch Pfadabhängigkeiten verhinderten Optimierung von Anreizstrukturen.

<sup>91</sup> Vgl. z. B. *Mattei/Cafaggi* in: Newman (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Bd. 1, 1998, S. 346, 347f. Beispiel für die im spieltheoretischen Modell klar erkennbare Kontextabhängigkeit der Regulierung im Gewährleistungsrecht bei *Friebe/Tröger*, *Sequencing of Remedies in Sales Law*, GWP in Law and Economics, Vol. 2008, Art. 8, <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2008/iss1/art8>.

<sup>92</sup> Überblick über entsprechende, insbesondere redistributive Ziele verfolgende, vertragsthe-

Form der partiellen Preisgabe der Wohlfahrtspotentiale optimaler Ressourcenaallokation, von einem Gemeinwesen selbstredend bewusst in Kauf genommen werden können, sodass die Analyse das Bewusstsein für entsprechende, politische Entscheidungen schärft. So kann es aus dieser Perspektive von Interesse sein, nachzuweisen, wo allokativ suboptimale, in diesem Sinne wohlfahrtsmindernde Regelungen zur Verwirklichung anderer, auch für das gemeineuropäische Vertragsrecht potentiell relevanter Ziele in manchen Rechtsordnungen bewusst oder unbewusst hingenommen werden. In der Konsequenz ließe sich dann die politische Frage nach der gewünschten Kalibrierung konfligierender Ziele informierter beantworten.

## II. Rechtsvergleichende Miniatur

Zur Illustration der vorstehenden Ausführungen soll an dieser Stelle eine rechtsvergleichende Miniatur dienen, die Rückschlüsse auf die Herausforderung des Systemvergleichs der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen mit dem *common law* Rechtskreis erlaubt.

### 1. Leistungsversprechen

Bei der Einschaltung von Gehilfen in die Erfüllung von Leistungsversprechen<sup>93</sup> trifft die deutsche Lösung eines vom Vertretenmüssen abhängigen Schadensersatzes (§§ 280, 278 BGB) auf das *prima facie* grundlegend abweichende System der generellen Garantiehftung des Versprechenden im *common law*.<sup>94</sup> Betrachtet man die einschlägigen Institutionenbestände aber aus der Perspektive ihrer ökonomischen Funktion, die Risiken aus dem Eintritt nicht-antizipierter Leistungsstörungen zu verteilen,<sup>95</sup> sind die Unterschiede indessen geringer als es zunächst den Anschein hat.

---

oretische Konzepte z. B. bei *S. Smith*, *Contract Theory*, 2004, S. 54 ff.; vgl. auch *Lurger*, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, 2002, S. 406 ff.

<sup>93</sup> Gemeint ist hiermit die rechtlich anerkannte Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung oder zu einem Unterlassen, die zwar nicht notwendig mit einem rechtsförmigen Zwang zur Naturalerfüllung versehen ist, deren Verletzung aber jedenfalls eine Sanktion auslöst.

<sup>94</sup> Vgl. für England z. B. *Robinson v. Harman* (1848) 1 Exch. 850, 855; *Lock v. Furze* (1866) L.R. 1 C.P. 441, 450 f.; *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* (1880) 5 App.Cas. 25, 39; exemplarisch für das US-amerikanische Recht *The American Law Institute, Restatement of the Law Second, Contracts*, 1979, [im Folgenden: *Rest. 2d Contracts*], § 346. Zu der Frage, ob auch das *common law* trotz des unstreitigen praktischen Vorrangs des Schadensersatzes als Sanktion des Vertragsbruchs im Ausgangspunkt von einen (eingeschränkt durchsetzbaren) Erfüllungsanspruch als „Essenz“ des vertraglichen Versprechens ausgeht hier nur *Friedmann*, 111 LQR 628, 629 (1995); *Kimel*, *From Promise to Contract, Towards a Liberal Theory of Contract*, 2003, S. 90 ff.; *Unberath*, *Die Vertragsverletzung*, 2007, S. 225 ff.; *Weller*, JZ 2008, 764, 767 f.; kritisch *Dedek*, *Negative Haftung aus Vertrag*, 2007, S. 73 f.

<sup>95</sup> Eingehend *infra* § 2 A II 1 und v. a. Kapitel 4 § 2 B. I. 2 und Kapitel 4 § 3 A.

Zum einen, weil im deutschen Recht die Schadensersatzhaftung schon nicht der primäre, geschweige denn der einzige Rechtsbehelf des Gläubigers bei Verletzungen der Leistungspflicht ist. Vergegenwärtigt man sich nämlich, dass der deutsche Schuldner für jegliches Fehlverhalten seiner Gehilfen jedenfalls insoweit einzustehen hat, als er trotz der eingetretenen Störung der Vertragsabwicklung zur Erbringung der primären Leistung verpflichtet bleibt, kommt auch der deutschen Lösung im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Grenzen ein verschuldensunabhängiges Garantiemoment zu:<sup>96</sup> Z. B. werden auf Lieferung von Sachen gerichtete Stückschulden gemäß §§ 883 Abs. 1, 884 ZPO im Wege der Wegnahme beim Schuldner durch den Gerichtsvollzieher vollstreckt, d. h. der Schuldner hat die Konsequenzen eines Fehlverhaltens der von ihm in den Erfüllungsvorgang eingeschalteten Personen so lange uneingeschränkt zu tragen, wie die Verbindlichkeit in der beschriebenen Weise faktisch durchgesetzt werden kann. Zu beachten ist freilich, dass auch für die Bestimmung der Grenze der Naturalerfüllungspflicht nach § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB Elemente des Vertretenmüssens eine Rolle spielen.<sup>97</sup> Darüber hinaus kann sich der Verkäufer im praktischen Ergebnis eventuell notwendige Beschaffungsbemühungen auch dann sparen, wenn keine materiellrechtliche Schranke des Nacherfüllungsanspruchs eingreift. Er kann sich nämlich faktisch seiner Verpflichtung entledigen, indem er die zwangsweise Durchsetzung mit Hilfe des Gerichtsvollziehers ins Leere laufen lässt, wenn er nur bereit ist, die Kosten des erfolglosen Vollstreckungsversuchs sowie diejenigen einer Ersatzbeschaffung durch den Schuldner zu tragen.<sup>98</sup> Ganz ähnlich wird der zur Vornahme einer vertretbaren Handlung verpflichtende Leistungsanspruch gemäß § 887 ZPO vollstreckt, d. h. der auf einen unwilligen Schuldner treffende Gläubiger kann in der Zwangsvollstreckung letztlich nur die Kosten einer Ersatzvornahme durch Dritte, d. h. den Marktwert der geschuldeten Leistung, liquidieren. Betrachtet man die gefundenen Ergebnisse aus ökonomischer Perspektive, zeigt sich, dass das deutsche Schuld- im Zusammenspiel mit dem Vollstreckungsrecht der Reichweite der Leistungspflicht und der damit verbundenen Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten von Hilfspersonen ganz ähnliche Grenzen zieht, wie sie unter dem Gesichtspunkt des effizienten Vertragsbruchs für das *common law* diskutiert werden, wo der Gläubiger regelmäßig nur den Ersatz seines (erkennbaren) positiven Interesses verlangen kann.<sup>99</sup>

<sup>96</sup> Vgl. hierzu auch schon *Tröger*, *ZvglRWiss* 107 (2008) 383, 405.

<sup>97</sup> Vgl. dazu hier nur *BegrRegE*, *BT-Drucks.* 14/6040, S. 131; *Canaris*, *JZ* 2001, 499, 503; *Lobinger*, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, 2004, S. 63 f.

<sup>98</sup> Der Schuldner muss vor der Liquidation des letzteren Postens freilich einen neuen Titel auf Schadensersatz erwirken, vgl. § 893 ZPO. Die nach materiellem Recht zu beurteilende Begründetheit der Klage (vgl. nur *Stöber* in: *Zöller*, *Zivilprozessordnung*, 29. Aufl., 2012, § 893 Rdnr. 1; *Hartmann* in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, *Zivilprozessordnung*, 70. Aufl., 2012, § 893 Rdnr. 1) wird infolge der Erfüllungsverweigerung des Verkäufers regelmäßig zu bejahen sein, vgl. § 281 Abs. 2 BGB.

<sup>99</sup> Vgl. *infra* Kapitel 4 § 3 A. I. 1 und Kapitel 4 § 3 A. II. 2.

Zum anderen ist aber auch die im Ausgangspunkt strikte Garantiehaftung des *common law* durch das Gläubigerrecht insgesamt ausschließende Doktrinen (i.e. auch die Schadensersatzhaftung bei Nichterfüllung entfallen lassende Institute) wie *impossibility*, *impracticability* oder *frustration of purpose* stark eingeschränkt und teilweise dem Verschuldensprinzip angenähert.<sup>100</sup> Exemplarisch sei hierfür das US-amerikanische Restatement des Fallrechts zur Befreiung wegen Leistungsschwernissen (*discharge by supervening impracticability*) genannt, wo es heißt:

„Where, after a contract is made, a party’s performance is made impracticable *without his fault* by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.“<sup>101</sup>

Hier wird ein Einfallstor für die Garantiehaftung aufweichende Überlegungen jedenfalls einen Spalt breit in Richtung des Verschuldensprinzips geöffnet. Umgekehrt ist aber Letzteres wiederum gerade in Deutschland prominent mit Elementen der Garantiehaftung durchsetzt. So nimmt § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der „aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses“ zu entnehmenden „Übernahme ... eines Beschaffungsrisikos“ insbesondere die strenge Haftung bei Gattungsschulden nach § 279 BGB a. F. auf, macht darüber hinaus aber den Gedanken der Garantieübernahme qua vertraglichen Leistungsversprechens auch für sonstige Schuldverhältnisse fruchtbar. Ganz ähnlich, aber noch etwas komplizierter liegen die Dinge im Bereich des Gewährleistungsrechts: Das reine Äquivalenzinteresse erfährt über die entsprechenden Rechtsbehelfe<sup>102</sup> einen garantieartigen Schutz. Lediglich das positive Interesse wird nur unter Zugrundelegen des Verantwortungsprinzips kompensiert. Dieses ist wiederum in starker Annäherung an die Garantiehaftung des *common law* auch in Kontinentaleuropa kein reines Verschuldensprinzip mehr, jedenfalls dann nicht, wenn man wiederum dem Gesichtspunkt der Übernahme eines Beschaffungsrisikos bei der Auslegung des Vertrags erhebliches Gewicht beizumessen bereit ist.<sup>103</sup>

## 2. Sicherung des Integritätsinteresses

Ganz ähnlich scheinen jenseits der höchst unterschiedlichen dogmatischen Einkleidung, die der Schutz des Integritätsinteresses im Rahmen der Vertragsanbahnung und -durchführung erfährt, funktionell äquivalente Rechtsinstitute zu existieren.

<sup>100</sup> Zu den Befreiungstatbeständen auch noch, *infra* Kapitel 3 § 2 A. I.

<sup>101</sup> Rest. 2d Contracts, § 261 (Hervorhebung vom Autor)

<sup>102</sup> Paradigmatisch: Nacherfüllung, Minderung und Rücktritt wie sie in Art. 3 II der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG 1999 L 171 vom 7. 7. 1999, S. 12, 15) vorgesehen sind.

<sup>103</sup> Vgl. *Schlechtriem*, ZEuP 1993, 217, 229f.; *ders.*, Internationales UN-Kaufrecht, 4. Aufl., 2007 Rdnr. 288 ff.

tieren, die auf gemeinsame Leitgedanken im Sinne einer einheitlichen Metaebene hindeuten. Dabei ist aber nicht zu verkennen, dass die entscheidungsbestimmenden Wertungskriterien von den untersuchten Rechtsordnungen durchaus unterschiedlich akzentuiert werden.

Das deutsche Recht erreicht eine als adäquat empfundene Verantwortungsverteilung bekanntlich, indem die relevanten Verhaltenspflichten umfassend als sog. Schutzpflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB eingeordnet und damit dem vertragsrechtlichen Haftungsregime unterstellt werden.<sup>104</sup> In diesem besteht aufgrund der strikten Einstandspflicht für Gehilfenfehler nach § 278 BGB eine von eigenem Verschulden unabhängige Leutehaftung.<sup>105</sup> Die materiellen Determinanten der Gehilfenverantwortlichkeit werden dementsprechend zum einen über die Abgrenzung des Personenkreises, vor allem aber auch über die Bestimmung der relevanten Pflichtenlage eingeführt. Tendenziell verfährt die deutsche Praxis dabei eher großzügig.<sup>106</sup>

Demgegenüber entwickelt das *common law* das Regime des vertragsbegleitenden Integritätsschutzes im Wesentlichen auf deliktsrechtlicher Grundlage. Die einschlägigen Rechtsordnungen zeigen sich im Hinblick auf neben der versprochenen Leistung bestehende, nach Vertragsgrundsätzen zu behandelnde Pflichten nach wie vor sehr viel zurückhaltender als das hier partiell verhältnismäßig weit gehende deutsche Recht.<sup>107</sup> In der Folge hat das *common law* mit den spezifisch deliktsrechtlichen Beschränkungen der Haftung für Gehilfenfehler zu kämpfen. Beispielsweise folgt die Abgrenzung der Verantwortlichkeitssphäre des Geschäftsherrn der Unterscheidung von Gehilfen (*servant* bzw. *employee*) und selbständigem Unternehmer (*independent contractor*), die an die aus dem deutschen Recht bekannte Differenzierung zwischen Verrichtungsgehilfen und sonstigen Dritten erinnert. Exemplarisch sei wiederum das einschlägige U.S.-amerikanische Restatement wiedergegeben:

A servant is a person employed to perform services in the affairs of another and who with respect to the physical conduct in the performance of the service is subject to the other's control or right to control.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Zu der Kontroverse um die „Rechtsnatur“ der Schutzpflichten noch *infra* § 2 A II 1 b) (1).

<sup>105</sup> Zu den auch von dem Bedürfnis nach einer Ausschaltung gerade des § 831 BGB getragenen, vielfältigen Ausweitungen der Schutzpflichten, eingehend *Krebs*, Sonderverbindungen und außerdeliktische Schutzpflichten, 2000, S. 9 ff.

<sup>106</sup> Im Einzelnen *infra* Kapitel 5 § 2 C., § 3.

<sup>107</sup> Zu den *implied terms* des englischen Rechts, die prinzipiell die Funktion von auf § 241 Abs. 2 BGB gestützten Nebenpflichten erfüllen, *Zimmermann*, AcP 193 (1993) 121; *Schmidt-Kessel*, ZVglRWiss 96 (1997) 101; *Grobecker*, Implied Terms und Treu und Glauben, 1999; *Grobecker*, ZEuP 2000, 125.

<sup>108</sup> The American Law Institute, Restatement of the Law Second, Agency, 1957, [im Folgenden: Rest. 2d Agency], § 220(1). Vgl. auch Rest. 2d Agency, § 2(2). Ähnliche Umschreibung der maßgeblichen Abgrenzungskriterien im englischen Recht z. B. in Short v. J. & W. Henderson Ltd. (1946), 62 L. R. 427, 429.

Dabei darf freilich nicht übersehen werden, dass neben der Definition des relevanten Personenkreises<sup>109</sup> eine zweite Spur der Verantwortlichkeitsbegründung – nicht nur – für das *common law* konzeptionell in der Ausweitung der Eigenhaftung liegt, wie sie z. B. durch das Statuieren von Auswahl- und Überwachungspflichten im Rahmen des *negligence standards* der allgemeinen deliktischen Fahrlässigkeitshaftung<sup>110</sup> oder gar über die Annahme einer verschuldensunabhängigen Verantwortlichkeit erfolgen kann.<sup>111</sup>

Insgesamt zeigt sich also das dogmatische Korsett hier wie dort keinesfalls so straff geschnürt, dass eine an einheitlichen, problembezogenen Wertungskriterien orientierte Rechtsfindung ausgeschlossen wäre.

### 3. Folgerungen und Beschränkung des Untersuchungsgegenstands

#### a) Ermittlung überpositiver Zurechnungskriterien

Schon der kurze Überblick zeigt, dass bei ökonomisch informierter, funktionaler Betrachtung vielfältige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unterschiedliche Rechtsordnungen im untersuchten Bereich ähnliche Regelungsansätze zugrunde legen. Vor diesem Hintergrund ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass die rechtsförmige Einstandspflicht für Pflichtwidrigkeiten der Gehilfen selbst in dogmatisch durchaus unterschiedlich ansetzenden Rechtsordnungen auch vergleichbare Ergebnisse zeitigt und in der Konsequenz normativen Kriterien folgt, die sich auf einen gemeinsamen Nenner zurückführen lassen. Dies gilt umso mehr, als *grosso modo* die untersuchten Gütermärkte über vergleichbare informelle Institutionen verfügen dürften, deren Steuerungswirkung ergänzend zu den Anreizen der rechtlichen Sanktionsmechanismen tritt. In der Konsequenz stellen sich für alle Legalordnungen der marktorientierten Volkswirtschaften die Fragen nach der angemessenen, die Rahmenbedingungen berücksichtigenden bzw. informelle Sanktionsmechanismen aktivierenden, rechtlichen Reaktion auf das schädigende Verhalten einzelner Glieder der arbeitsteilig organisierten Produktions- oder Vertriebskette in einem identischen Kontext. Lässt sich unter diesen Bedingungen eine „materielle“ Einheitlichkeit der rechtsförmigen Einstands-

<sup>109</sup> Vgl. auch die in Rest. 2d Agency § 220(2) aufgeführten Kriterien. Illustrativ die berühmten Tankstellen-Fälle *Humble Oil & Refining Co. v. Martin*, 148 Tex. 175, 222 S.W.2d 995 (1949); *Hoover v. Sun Oil Co.*, 58 Del. 553, 212 A.2d 214 (1965). Zum englischen Recht *Atiyah, Vicarious Liability in the Law of Torts*, 1967, S. 31 ff.

<sup>110</sup> Seit *Brown v. Kendall*, 60 Mass. 292 (1850) ist die deliktische Haftung für fahrlässige Schadensverursachung in den U.S.A. etabliert. Für das englische Recht siehe *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 562.

<sup>111</sup> Beispiel ist *Spalding v. Waxler*, 205 N.E. 2d 890 (1965), wo der Beklagte die Bremsen seines Fahrzeugs regelmäßig warten ließ – weshalb die Annahme eines Fehlers der Werkstatt nahe liegt –, aber gleichwohl für die Unfallschäden haften musste, die er aufgrund eines Bremsversagens verursacht hatte. Das Gericht ging davon aus, dass bereits der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen widersprechende Zustand des Fahrzeugs die Annahme einer verschuldensunabhängigen, deliktsrechtlichen Haftung rechtfertigte.

pflicht für in die Erfüllung von Leistungspflichten eingeschaltete Gehilfen trotz der bestehenden, grundlegenden dogmatischen Abweichungen herausarbeiten, könnte der festzuhaltende Normgehalt als Ausdruck universeller Prinzipien oder momentanes Ergebnis eines nicht notwendig zum Ende gelangten, aber gleichförmig verlaufenden, evolutorischen Selektionsprozesses begriffen werden: Aufgrund der immensen Bedeutung der in Rede stehenden Problematik für den Güterverkehr erscheinen die als den jeweiligen Bedürfnissen der betroffenen Gesellschaften adäquat empfundenen nationalen Lösungen als in besonders hohem Maße durch praktische Erfahrungen konsolidiert.

Führt die Rechtsvergleichung demgegenüber zu dem Befund, dass keine materielle Einheitlichkeit im genannten Sinne besteht, sind unterschiedliche Resultate in der Sache, d. h. unterschiedlich weit reichende Einstandspflichten für das Fehlverhalten von Hilfspersonen, daraufhin zu untersuchen, ob die zu den Divergenzen führenden institutionellen Arrangements immerhin Ausdruck einer abweichenden Kalibrierung identischer Zurechnungsgesichtspunkte sind oder aber auf gänzlich eigenständigen Erwägungen beruhen. Es geht insoweit darum, unterschiedliche Resultate auf abweichende rechtspolitische Entscheidungen innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen zurückzuführen (z. B. mehr oder weniger weit reichender Erfüllungszwang; mehr oder weniger weit reichende Auswahl- und Überwachungspflichten). Hierdurch werden die Voraussetzungen geschaffen, um die Auswirkungen der Regelungen mit einem normativen Modell abzugleichen und vor diesem Hintergrund zu bewerten. Dabei kann und muss aus den genannten Gründen (Kontextabhängigkeit, Relativierung des Effizienzziels)<sup>112</sup> nicht notwendig eine absolute und homogene Handlungsanweisung an den Gesetzgeber angestrebt werden, da auch das Erhellen der regulatorischen Zusammenhänge einen relevanten Erkenntnisgewinn darstellt.

Die nach dem Vorstehenden erforderliche, tiefschürfende horizontale und vertikale Mikro-Rechtsvergleichung könnte bei einem Querschnittsthema wie dem hier untersuchten in einer Monographie kaum geleistet werden. Die Vielzahl der Institute des Vertragsrechts, die lediglich implizite Risikozuweisungen im Rahmen der arbeitsteiligen Produktions- und Absatzorganisation treffen,<sup>113</sup> verdeutlicht, dass letztlich nicht weniger zu bewerkstelligen wäre als eine Detailanalyse des Rechts der Leistungsstörung, der Willensmängel und des Verbraucherrechts, um die relevanten Aspekte der jeweiligen Regime freilegen zu können. Derartiges soll hier nicht versucht werden. Stattdessen zielen die nachfolgenden Ausführungen darauf ab, überpositive Kriterien der Risikozuweisung zu entwickeln und deren Tragfähigkeit in einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem deutschen bürgerlichen Recht zu belegen. Dabei erfolgt auch eine Positionierung innerhalb des historischen Kontextes und des gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Diskurses, wobei die Betrachtung insoweit auch hier nicht auf die deutsche Rechts-

<sup>112</sup> Vgl. *supra* I.

<sup>113</sup> Für das deutsche bürgerliche Recht *infra* Kapitel 5.

ordnung beschränkt bleibt.<sup>114</sup> Die gewonnenen Einsichten können als Grundlage mikro-rechtsvergleichender Untersuchungen dienen, aber auch die Interpretation und Fortentwicklung der im Entstehen begriffenen Kodifikationen des europäischen Privatrechts befruchten. Letzteres soll im Rahmen dieser Untersuchung immerhin angedeutet werden.<sup>115</sup>

*b) Materielle Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Verantwortlichkeit für Gehilfenverhalten?*

Eng verknüpft mit der komparativen Suche nach tragfähigen, materiellen Zurechnungskriterien ist eine Grundfrage der Einstandspflicht für Gehilfenverhalten, die zwar ihren sichtbaren Niederschlag vor allem auf dogmatisch-konstruktiver Ebene findet, die aber weitaus tiefer angesiedelt ist. Wie angedeutet, wirft die Einstandspflicht für Gehilfen für das *common law* mit seiner strengen Haftung für Vertragsverletzungen im Bereich vertraglicher Leistungsversprechen keinerlei dogmatisch konstruktive Probleme auf. Die Frage nach einer besonderen Begründung stellt sich explizit gar nicht, sie wird vielmehr implizit im Sinne einer weitreichenden Einstandspflicht beantwortet. Dasselbe gilt für die Einstandspflicht in den kontinentalen Rechtsordnungen, soweit sie immanent aus der fortbestehenden Verpflichtung zur Naturalerfüllung folgt.<sup>116</sup> Für die auf individuellem Verschulden basierende Schadensersatzhaftung der Leistungsstörungenrechte der kontinentalen Kodifikationen ist der dogmatische Ausgangspunkt jedoch anders, da sich das positive Recht insoweit auf eine rechtstechnische Bewältigung durch generalklauselartige Zurechnungsnormen verlassen muss.<sup>117</sup> Entsprechende dogmatische Konstruktionen finden sich wiederum auch im *common law*, soweit es um die *vicarious liability* wegen Verletzung der jenseits des Vertragsrechts angesiedelten Integritätspflichten geht.<sup>118</sup> Aus diesem Befund resultiert letztlich die grundlegende Frage, ob und inwieweit der dogmatische Ansatz einer Verselbständigung der Einstandspflicht für Gehilfen im Rahmen einer Zurechnungsnorm in der Sache gerechtfertigt ist. Denkbar scheint auch, dass es sich bei der Verantwortlichkeit für Gehilfenfehler um einen durch keine originären Problemlagen

<sup>114</sup> *Infra* Kapitel 3.

<sup>115</sup> *Infra* Kapitel 6.

<sup>116</sup> Vgl. *supra* 1 und eingehend *infra* Kapitel 5 § 1 A. II.

<sup>117</sup> Vgl. neben der deutschen Bestimmung des § 278 BGB, die schweizerische (§ 101 Obligationenrecht), österreichische (§ 1313a ABGB), griechische (Artt. 330, 334 ZGB), belgische (Cass. 24. Januar 1974, Pas. I 553 und Cass. 21. Juni 1979), italienische (Art. 1228 Codice Civile), niederländische (6:76 Burgerlijk Wetboek), dänische (Art. 3-19-2 des Danske Lov von 1683) und portugiesische (Art. 800(1) Código Civil) Regelung. Der französische *Code civil* kennt eine ausdrückliche Zurechnung des Gehilfenverschuldens im Vertragsrecht nur in Ausnahmefällen, vgl. Art. 1797 C. civ. (Werkunternehmer), Art. 1953 C. civ. (Gastwirte), Artt. 1733, 1735 C. civ. (Mieter), was freilich keinesfalls den Endpunkt der Rechtsentwicklung darstellt, vgl. bereits *Becqué*, RTD civ. 1914, 251, 252ff.; *Renaud*, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, 1923, S. 9. Zur heutigen Rechtslage in Frankreich *infra* Kapitel 3 § 2 B. I. 2.

<sup>118</sup> Vgl. *supra* 2.

gekennzeichneten, schlichten Unterfall der Verteilung des Risikos des Auftretens von Leistungsstörungen bzw. sonstigem schädigenden Verhalten handelt, wie die Problemlösung des *common law* im Bereich vertraglicher Leistungsversprechen suggeriert. Dies wäre nur anders, wenn sich zeigt, dass originäre Zurechnungserwägungen zu einer materiell eigenständigen Verteilung des Personalrisikos führen.

## § 2 Methodische Skizze

Ein in den letzten Jahrzehnten in vielfältigen Variationen wiederkehrendes Thema der Methodendiskussion in der deutschen Rechtswissenschaft kreist um das Potential der ökonomischen Analyse des Rechts als ergänzendes Element oder gar vollständiges Substitut für die tradierten Verfahren der Rechtsfindung.<sup>1</sup> Die vorliegende Untersuchung positioniert sich in diesem Streit auf der Seite der Befürworter einer behutsamen Modifizierung tradierter dogmatischer und komparativer Rechtswissenschaft auf der Grundlage ökonomischer Einsichten.<sup>2</sup> In Anbetracht des Diskussionsstandes erscheint es weniger dringlich, die für die eigene Sicht sprechenden Argumente *in abstracto* zu wiederholen, als vielmehr den Nachweis der Leistungsfähigkeit des gewählten Ansatzes im Rahmen der Analyse einer begrenzten privatrechtlichen Fragestellung *in concreto* vorzuführen.<sup>3</sup> Eine kurze methodische Verortung im Verhältnis zu den vorherrschenden Strö-

---

<sup>1</sup> Zu der Diskussion vgl. z. B. *Horn*, AcP 176 (1976) 307, 330 ff.; *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverhältnissen, 1979, S. 79, insbesondere Fn. 6; *Fezer*, JZ 1986, 817; *ders.*, JZ 1988, 223; *F. Bydliński*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S. 286 f.; *F. Kübler* in: H.-B. Schäfer/Ott (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, S. 293; *ders.*, Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 687; *R. Kobl* in: Breidenbach/Grundmann/Mülbert/Singer (Hrsg.), Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik, Privatautonomie zwischen Status und Kontrakt, Privatrecht und Europa, 1993, S. 29; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Grundmann/Mülbert/Singer (Hrsg.), Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik, Privatautonomie zwischen Status und Kontrakt, Privatrecht und Europa, 1993, S. 11, 24 ff.; *ders.*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995; *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114. Die Debatte trennt nicht immer hinreichend zwischen den verschiedenen Fragen, inwieweit einerseits die Untersuchung rechtlicher Fragestellungen mit dem Instrumentarium der mikroökonomischen Preistheorie Erkenntnispotentiale im Sinne realwissenschaftlicher Wirkungsanalyse birgt und ob andererseits das Kriterium allokativer Effizienz als (alleiniger) normativer Maßstab der Rechtsfindung herangezogen werden sollte. In letzter Hinsicht trifft sich die deutsche Kontroverse mit der frühen US-amerikanischen Auseinandersetzung, vgl. z. B. die Symposiums-Beiträge von *R. Posner* (8 Hofstra L. Rev. 487 (1980)), *Coleman* (8 Hofstra L. Rev. 509 (1980)) und *Tullock* (8 Hofstra L. Rev. 659 (1980)).

<sup>2</sup> Gleichsinnig z. B. *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 75; *Deckert*, AcP 197 (1997) 187, 192 ff.; *Grundmann*, RabelsZ 61 (1997) 423; *Ott*, Festschrift für Friedrich Kübler, 1997, S. 21, 38 ff.; *Schwintowski*, JZ 1998, 581, 588; *Fleischer*, Informationsasymmetrien im Vertragsrecht, 2001, S. 229; *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 334 ff.; *Kirchner* in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., 2010, § 5 Rdnr. 5.

<sup>3</sup> Ähnlich *Assmann/Kirchner/Schanze*, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. XIV; *Fleischer*, Informationsasymmetrien im Vertragsrecht, 2001, S. 149.

mungen in Rechtsdogmatik<sup>4</sup> und Rechtsvergleichung<sup>5</sup> erscheint aber dennoch als Orientierungshilfe für den Leser angezeigt.

*A. Rechtsdogmatik und Rechtsökonomik: Konsequentialismus, methodologischer Individualismus und juristische Hermeneutik*

Das Anliegen, die von einem geisteswissenschaftlichen Selbstverständnis ausgehende, dogmatische Rechtswissenschaft mit der sozialwissenschaftlichen Ökonomik zusammenzuführen, scheint auf den ersten Blick die Quadratur des Kreises zu versuchen. Nicht von ungefähr bedurfte es vor dem Aufstieg der ökonomischen Analyse zur vorherrschenden Methode der wissenschaftlichen Beschäftigung mit Recht in den USA der vollständigen Desavouierung dogmatischer Rechtswissenschaft durch den Rechtsrealismus. Dessen bleibendes Erbe liegt u. a. darin, dass die zunächst einflussreichen, der Pandektistik verwandten Bemühungen einer begrifflich orientierten Systematisierung des *common law*<sup>6</sup> stark an Bedeutung eingebüßt haben. Auch wenn im Rahmen des *American Law Institutes* noch immer an der Aufbereitung des Fallrechts in Form von *Restatements* gearbeitet wird,<sup>7</sup> sind weder die Hauptströmungen der US-amerikanischen Rechtswissenschaft noch die Rechtspraxis an einer dogmatischen Durchdringung des Rechts interessiert. In den USA wurde also zunächst ein Vakuum geschaffen, das u. a. von der Ökonomik gefüllt werden konnte, während die in ihrer Kritik an einer dogmatisch-interpretativ verstandenen Rechtswissenschaft dem Rechtsrealismus ähnliche Freirechtsschule in Deutschland nie eine vergleichbare, den Systemanspruch im breiten Bewusstsein diskreditierende Wirkung entfaltet hat.<sup>8</sup> Es lässt sich aber zeigen, dass auch ohne eine vollständige Verdrängung autonomer Rechtswissenschaft das Bedürfnis besteht, die Einsichten und Methoden deskriptiver Ökonomik für rechtliche Fragestellungen fruchtbar zu machen<sup>9</sup> sowie sich ihrer normativen Postulate für die Zwecke der hier anzustellenden Untersuchung zu bedienen.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> *Infra* A.

<sup>5</sup> *Infra* B.

<sup>6</sup> Exemplarisch dafür das Vorwort in *Langdell*, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1871, S. v ff.; dazu *Kronman*, *The Lost Lawyer*, 1993, S. 170 ff.

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Currie*, *JZ* 1996, 930, 933; *Schindler*, *ZEuP* 1998, 277.

<sup>8</sup> Ausführlich zu den Zusammenhängen, *Grechenig/Gelter*, 31 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 295, 309 ff. (2008); *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008) 514, 522 ff.

<sup>9</sup> *Infra* I.

<sup>10</sup> *Infra* II.

## I. Das Bedürfnis nach einem deskriptiven Verhaltensmodell und seine Erfüllung durch die Ökonomik

### 1. Folgenabschätzung als Aufgabe der Rechtswissenschaft

Das herrschende Methodenverständnis in Deutschland sieht die Aufgabe der Rechtswissenschaft („Jurisprudenz im engeren Sinn“) darin, den Zusammenklang von System und Telos im positiven Recht zu gewährleisten.<sup>11</sup> Die doppelt axiomatische Zielvorgabe<sup>12</sup> soll verwirklicht werden, indem durch dogmatische Analyse ein widerspruchsfreies System des geltenden Rechts entwickelt bzw. herausgearbeitet wird.<sup>13</sup> Außerrechtliche Einsichten finden notwendigerweise nur in dem engen Korsett der erkenntnisleitenden, originär juristischen Interpretationsmethoden Verwendung. Soweit die Sozialwissenschaften Antworten auf die rechtlich determinierten Fragestellungen suchen, werden regelmäßig nur ihre Ergebnisse im Rahmen der juristischen Analyse für relevant erachtet.<sup>14</sup> Geben die anderen Disziplinen keine, in diesem Sinne unmittelbar verwertbaren Auskünfte, wird ihnen nicht selten die Relevanz für die Jurisprudenz abgesprochen.<sup>15</sup> Während auf diesem Weg eine Verzahnung der normativen Geisteswissenschaften mit

<sup>11</sup> Vgl. nur die Beschreibungen des Gegenstands der Disziplin in den Standardwerken bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 189; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 11 ff.; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 8 ff. Vgl. auch *Ernst* in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3, 27 f.

<sup>12</sup> Die Entwicklung eines logisch stimmigen Systems der Rechtssätze wird für möglich und erstrebenswert erachtet, vgl. *Dedek*, JZ 2009, 540, 542.

<sup>13</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 11 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 437 ff.; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 1 ff.; *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rdnr. 167; für das europäische Privatrecht ausführlich *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Privatrechts, 2003, S. 5 ff., 52 ff.; *Grundmann* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., 2010, § 10 Rdnr. 1; vgl. auch *Zimmermann*, 3 ERPL 95, 110 (1995); zu den historischen Wurzeln des vorherrschenden Systemverständnisses *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. 1, 2001, S. 244 ff.

<sup>14</sup> Entsprechend werden der rechtswissenschaftlichen Analyse häufig Kapitel voran oder beiseite gestellt, in denen die Einsichten der anderen Disziplinen referiert werden, um diese dann im Rahmen der teleologischen Argumentation bzw. als „fünfte Auslegungsmethode“ heranzuziehen. Deutlich z.B. *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses, 2007, S. 138 ff. der die Ökonomik in dem als „Rechtspolitische Grundlagen“ überschriebenen, von der folgenden „Rechtssystematischen Umsetzung“ getrennten Teil referiert. Ähnliche Darstellungen ökonomischer Einsichten unter der Rubrik Grundlegung o. ä. z. B. bei *Kulms*, Schuldrechtliche Organisationsverträge in der Unternehmenskooperation, 2000, S. 55 ff.; *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 150 ff. *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, S. 191 ff.; *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 45 ff.; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahmen im Recht der GmbH, 2006, S. 31 ff.; *Haar*, Die Personengesellschaft im Konzern, 2006, S. 31 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994, § 76 III 4 h), S. 417 wo es heißt: „Insgesamt ist es m. E. aber bisher nicht gelungen, die maßgeblichen Kriterien mit den Mitteln der „ökonomischen Analyse“ wesentlich präziser zu formulieren als ohne deren Heranziehung, zumal der Mehraufwand an schwieriger Terminologie häufig außer Verhältnis zum Ertrag an

der Jurisprudenz gelingen kann,<sup>16</sup> bleibt mit einer derart begrenzten Öffnung der juristischen Hermeneutik in Bezug auf die deskriptiven Sozialwissenschaften ein ganzes Universum potentieller Erkenntnisquellen verschlossen. Sowohl Ob als auch Wie der Heranziehung sozialwissenschaftlicher Argumente laufen Gefahr, letztlich willkürlich zu erfolgen. Zugespitzt formuliert dient so verstandene „Interdisziplinarität“ nur der Bestätigung eigener Vorurteile. Vor diesem Hintergrund gewinnt auch der an sich harmlose Umstand Brisanz, dass zum Teil qua Definition alternative Methoden der Rechtsfindung aus der Jurisprudenz (im engeren Sinn) ausgeschlossen werden. Im Zusammenspiel mit der suggerierten Resorptionsfähigkeit der überkommenen Methodik wird nämlich nicht selten das Bedürfnis für entsprechende Ansätze gezeugnet.<sup>17</sup> Es wird insoweit jedoch vollständig ausgeblendet, dass die deskriptiven Sozialwissenschaften – und insbesondere der entsprechende Zweig der ökonomischen Analyse<sup>18</sup> – in erster Linie Wege zur Verwirklichung anderweitig definierter Ziele aufzeigen, indem sie menschliche Reaktionen auf (rechtliche) Verhaltensanreize beschreiben und prognostizierbar machen.

Die angesprochene, beschränkte Verwertbarkeit insbesondere sozialwissenschaftlicher Forschung im Korsett tradierter Methodik verwundert umso mehr, als auch in dieser Literatur die Bedeutung „gerechter“ Falllösungen innerhalb der eröffneten Auslegungsspielräume und damit letztlich die Orientierung der Rechtsfindung an den Folgen angewandter Rechtsnormen betont wird.<sup>19</sup> In diesem Sinne ist auch die überkommene Methodenlehre durchaus (eingeschränkt) konsequentialistisch;<sup>20</sup> für die zivilrechtliche Praxis gilt dies ohnehin in weit stär-

---

sachhaltigen Argumenten steht.“ Wie selbstverständlich wird davon ausgegangen, dass die Rechtswissenschaft die „maßgeblichen“ Kriterien definiere.

<sup>16</sup> Exemplarisch aus jüngster Zeit z.B. *Unberath* (Die Vertragsverletzung, 2007), dem es in beeindruckender Weise gelingt, eine Dogmatik des Leistungsstörungenrechts auf moralphilosophische (deontologische) Konzeptionen zu stützen.

<sup>17</sup> Deutlich *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 331, der die ökonomische Analyse des Haftungsrechts darauf reduziert, sie beinhalte nur die „Neuentdeckung längst bekannter ökonomischer Zwecke bestimmter Rechtsnormen und Rechtsinstitute“.

<sup>18</sup> Zur Unterscheidung von deskriptiver (positiver) und normativer ökonomischer Analyse hier nur *R. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl., 2011, S. 23 ff.; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 1 ff.

<sup>19</sup> Z.B. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 348 ff.; *Larenz/Carnaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 168 ff. unter Betonung, dass das Ziel nur „im Rahmen der geltenden Gesetze und anerkannten Rechtsprinzipien“ (ibid. S. 169) verfolgt werden dürfe. Zum Verhältnis von Folgenorientierung und tradierter Methodik der Rechtsanwendung und -fortbildung *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtswissenschaft*, 1995, S. 37 ff.

<sup>20</sup> Gerade in der Auseinandersetzung mit der ökonomischen Analyse des Rechts kommt die prinzipielle Folgenorientierung auch bei all denjenigen deutlich zum Ausdruck, die ein Primat der „Gerechtigkeit“ oder „ethischer Prinzipien“ etc. insbesondere im Verhältnis zum Effizienzziel der Wohlfahrtsökonomik postulieren, da sie eben auch deutlich eine Folgenorientierung der Normanwendung propagieren z.B. *Coing/Honsell* in *Staudinger*, *Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. §§ 1–14; *Verschollenheitsgesetz*, Neubearbeitung 2004, *Einl. Rdnr. 199*; *Sprau* in: