

Haftung für Erfüllungsgehilfen nach deutschem und chinesischem Recht

- eine rechtsvergleichende Sicht im Spiegel der Lehre
und Rechtsprechung

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

vorgelegt von

Jian Hu

Erstgutachter: Prof. Dr. *Reinhard Singer*
Zweitgutachter: Prof. em. Dr. *Thomas Raiser*

Tag der mündlichen Prüfung: 15.03.2019

Für meine Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität im Wintersemester 2018/2019 angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis September 2018 berücksichtigt.

Mein ganz besonderer Dank gilt vor allem meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Reinhard Singer*, der mir die akademische Freiheit bei Wahl und Ausarbeitung des Dissertationsthemas gewährt hat. Für seine fachliche Betreuung, vielseitige Unterstützung sowie sein Verständnis und Geduld bedanke ich mich herzlich. Großer Dank gebührt auch Herrn Prof. em. Dr. *Thomas Raiser* für die freundliche Übernahme und die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, insb. seine Kritik und konstruktiven Anmerkungen. Außerdem möchte ich Herrn PD Dr. *Kaspar Krolow* meinen Dank für sein Mitwirken in der Prüfungskommission aussprechen.

Mein großer Dank gilt meiner gesamten Familie, insbesondere meinen Eltern *Guixing Hu* (胡贵兴) und *Xiaoling Yu* (余小玲), die mich während der Promotion immer vorbehaltlos unterstützt haben. Nur mit ihrem Rückhalt kann ich die Arbeit fertigstellen. Weiter danke ich meinem Onkel, Herrn *Shengshui Yu* (余生水), für seine guten Anregungen zur Promotion in Deutschland und weitere Förderungen.

Zu größtem Dank verpflichtet bin ich aber meiner Frau, *Qing Lu* (鲁青), die mir während der langjährigen Doktorandenzeit in Deutschland immer zur Seite gestanden ist und ihre Liebe, unermüdliche Unterstützung, unendliche Geduld gegeben hat. Ihr Anteil an der Erstellung dieser Arbeit ist in Worte kaum zu fassen.

Berlin/Frankfurt, im Mai 2019

Jian Hu

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIV
------------------------------------	------------

1. Kapitel. Einleitung

§ 1 Ziel, Aufgabenstellung und Methode der Untersuchung	1
A. Ausgangspunkt	1
B. Die zu vergleichenden Rechtsvorschriften in beiden Rechtsordnungen.....	2
I. § 278 in der deutschen Rechtsordnung	3
II. Eine Fülle von rechtsvergleichenden Vorschriften in der chinesischen Rechtsordnung	3
1. Art. 121 CVG.....	3
2. Weitere allgemeinen Vorschriften	4
C. Problemaufriss	4
I. Rechtsgedanken und Voraussetzungen der Haftung für Erfüllungsgehilfen	4
II. Extrahieren der entsprechenden Regelungen und Bemühung um dogmatische Reinheit seitens der chinesischen Rechtsordnung	5
III. Zusammenwirken von unterschiedlichen Haftungsregimen in jeweiligen Rechtsordnungen	6
D. Methode der Untersuchung	6
I. Rechtsvergleichung	6
1. Praktische Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Gegenwart	6
2. Ziele der Rechtsvergleichung	7
3. Vergleichende Rechte	7
a) Deutsches Recht und chinesisches Recht	7
b) Andere Bezugskriterien	8
aa) Internationale Übereinkommen und Entwürfe (Vorschläge) von CISG, PECL, PICC, PETL	8
bb) Weitere Rechtsordnungen	9
II. Fokussierung auf die Rechtsprechungen beider Rechtsordnungen	9
E. Gang der Untersuchung	10

2. Kapitel. Länderberichte: Deutschland

§ 2 Grundgedanken des § 278	12
A. Rein ökonomische Erwägungen	13
I. Das Verhältnis der Gesetzgebung zu den gesellschaftlichen Gegebenheiten	13
II. § 278 als gesetzgeberische Reaktion auf damalige Verkehrsbedürfnisse.....	13
1. Historische Hintergründe der BGB-Kodifikation	13
2. Krise des durchgängigen Verschuldensprinzips	14
3. Einige kritische Überlegungen.....	15
III. Fazit	16
IV. Exkurs: Ökonomische Analyse.....	16
B. Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“ als leitendes Kernkonzept	17
I. Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“ im Allgemeinen.....	17
1. „Risikoverteilung“ im Vertragsrecht	18

2. „Risikovertelung“ im Deliktsrecht.....	18
II. „Risiko-Nutznießungsgedanke“ im § 278	19
III. Zweifel an dem „Risiko-Nutznießungsgedanken“	21
1. Streitstand im Schrifttum.....	21
2. Das Unvermögen des Konzepts in besonderen Konstellationen.....	22
IV. Eigene Stellungnahme	22
C. „Gefahreröffnung oder -erhöhung“ durch die Einbeziehung des Gehilfen?.....	23
I. Überblick über das Schrifttum.....	23
II. Kritische Bestandsaufnahme	23
a) Pflicht zur persönlichen Leistung vs. Einsatz des Gehilfen?	24
b) Exkurs: Anwendung des § 278 auf die Obliegenheiten.....	25
III. Zusammenfassung.....	25
D. Informationskosten als Abwägungselement.....	25
E. Solvenz (Zahlungsfähigkeit, Liquidität) des Handelnden.....	26
I. Vermeidung der unangemessenen Abwälzung des Insolvenzrisikos auf den Geschädigten als Rechtfertigung der Haftung für Gehilfen	26
II. Faktische Bezugskriterien	27
1. Vergleichspunkte aus § 831	27
2. Vergleichsmaßstab aus § 829.....	28
III. Kritische Reflexion	28
1. Pflicht zur Sicherung für ausreichende Zahlungsfähigkeit des Gehilfen?	28
2. Gibt es eine Verantwortlichkeit für Wohlstand?.....	29
3. Wertungswidersprüche in Einzelfällen	29
IV. Fazit	30
F. Zusammenfassung.....	30
§ 3 Historische Perspektive und Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung.....	32
A. Geschichtlicher Überblick auf § 278	32
I. Herkunft der Erfüllungsgehilfenhaftung.....	32
1. Römischrechtliche Wurzel?	32
2. Einspinnen in den Kokon von römischrechtlichen unterschiedlichen Regelungen	33
a) Adjektivische Klagen.....	33
b) Haftung der „nautae caupones stabularii“ für Gehilfen.....	34
c) „si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur“ im Werkvertrag	36
3. Fazit	37
II. Ursprüngliche gesetzgeberische Überlegungen bei der BGB-Kodifikation	37
1. Das „Versprechen“ als gesetzgeberischer Ausgangspunkt	38
2. „Garantieübernahme“ als gesetzgeberische Fiktion.....	39
3. Fazit	40
B. Die Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung	41
I. Verschuldensprinzip im deutschen Schuldrecht	41
1. Ursprung	41
2. Gegenwärtiger Stand.....	42
II. Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung.....	42
1. Erfolgshaftung	43

2. Risikohaftung.....	43
3. Garantiehaftung	43
4. Gefährdungshaftung.....	44
II. Eigene Stellungnahme.....	44
§ 4 Tatbestandliche Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung.....	45
A. Die Person des Erfüllungsgehilfen	45
I. Allgemeine Regel	45
1. Objektives Kriterium: Verwendungsverhältnis.....	46
2. Subjektives Kriterium: Wissen und Willen des Schuldners.....	46
a) Tragweite des Merkmales „Wissen und Willen“.....	47
b) Entbehrlichkeit der Weisungsbindung	48
II. Einzelfragen	48
1. Gehilfen des Erfüllungsgehilfen	48
2. „Maschinelle Gehilfen“ – eine überflüssige juristische Schöpfung.....	49
a) Streitstand im deutschen Schrifttum.....	49
b) Eine ausdrücklich kodifizierte Regelung als Ausweg?	50
c) Lösungswege in der deutschen Judikatur	51
aa) „Verkehrssampel-Fall“.....	51
bb) Der Fall des „unkontrollierbaren Fahrzeugs“.....	51
d) Eine Zukunftsperspektive: Selbstfahrende Kraftfahrzeuge	52
e) Eigene Stellungübernahme	52
3. Bestellung durch Gläubiger	53
B. Das Vorliegen eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses	54
I. Allgemeines.....	55
II. Die Lehre des Schuldverhältnisses.....	55
1. Eine einheitliche dogmatische Grundlage?.....	56
a) Der Vertrauensgedanke	56
b) Ergänzende Kriterien.....	57
2. Ziel: Einheitliches Verständnis des Begriffs der Sonderverbindung	57
III. Einzelfragen.....	58
1. Raumbezogene Beziehungen.....	58
a) Nachbarliche Gemeinschaftsverhältnisse	58
aa) Meinungsstände in der deutschen Rechtsprechung und Lehre	58
bb) Umformulierung der Fragestellung.....	59
b) Gemeinschaftsverhältnis unter den Wohnungseigentümern (WEer).....	60
c) Kreuzungsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis	61
d) Nachdenken über die gerichtliche Herangehensweise	62
aa) Irreführende Ausführung in der Rechtsprechung	62
bb) Einzigartiger Pfad zur Haftung des Auftraggebers für den selbständigen Unternehmer.....	62
e) Gesamtbetrachtung über einige Konstellationen	64
aa) Begriffsverständnis des Schuldverhältnisses (der Sonderverbindung)	64
bb) Vergleichende Überlegung: sachliche Nähe dreier Verhältnisse	66
f) Fazit	67

2. Öffentlich-rechtliche Sonderverbindungen	67
a) Allgemeine Voraussetzungen sinngemäßer Anwendung	67
b) Widersprüche in Einzelfällen	68
c) Im Rückgriff auf einheitliches Begriffsverständnis	69
d) Exkurs: öffentlich-rechtlichen <i>culpa in contrahendo</i>	70
C. Vielgestaltige Verbindlichkeiten des Schuldners	70
I. Differenzierung von allgemeinen Pflichten	71
II. Pflichtkategorien nach unterschiedlichen Abgrenzungskriterien	71
1. Pflicht zum positiven Tun und negativen Unterlassen	71
a) Pflichten zum positiven Tun	71
aa) Überblick	71
bb) Die spezifische Problematik im Fall eines einfachen Ausbleibens des Erfüllungsgehilfen und eines Arbeitskampfs	72
b) Unterlassungspflichten	74
2. Leistungs- und Neben- oder Schutzpflichten	75
a) Leistungspflichten	76
b) Neben- oder Schutzpflichten	77
aa) Allgemeines	77
bb) Exkurs: ein Schutzpflichten flankierender, klagbarer Erfüllungsanspruch?	78
3. Vorvertragliche, vertragliche und nachvertragliche Pflichten	80
a) Vorvertragliche Schutzpflichten iRd. Anvertrauenshaftung	81
b) Vorvertragliche Aufklärungs- und Informationspflichten	81
4. Obliegenheiten	82
III. Fazit	83
D. Der Maßstab „in Erfüllung der Verbindlichkeit“	83
I. Allgemeine Begründungsformel in der deutschen Judikatur	84
II. Behutsame Haltung zur „Projizierungstheorie“	84
III. Mannigfache Erscheinungsformen von weisungswidrigen Handlungen	85
1. Einfache Überschreitung des Aufgabenbereichs	85
a) Der „wohlgesinnte Geselle“-Fall	85
b) Der „Planierraupe-Fall“	86
c) Fazit	86
2. Vorsätzliche unerlaubte Handlungen	87
a) Verletzung durch Schlägerei	87
b) Unterschlagung eines Geldbetrages durch Bankangestellte	88
aa) Widersprüchliche Entscheidungen	88
bb) Objektive Maßstäbe: Sachnähe zum übertragenden Aufgabenbereich	89
c) Sexuelle Belästigung	91
aa) Eine diffizile Frage in verschiedenen Rechtsordnungen	91
bb) Keine einheitlichen Ergebnisse	92
3. Fazit	93
E. Das Verschulden des Erfüllungsgehilfen	93
I. Die Perspektive der Rechtsprechung	93
II. Fragen nach der Verschuldens- und Zurechnungsfähigkeit des Gehilfen	94

III. Entscheidender Sorgfaltsmaßstab	95
1. Verstärkung der Sorgfaltspflicht.....	95
2. Besondere Überlegung bei Haftungsmilderungen und -verschärfungen.....	96

3. Kapitel. Länderberichte: China

§ 5 Vorbemerkungen zum chinesischen Vertragsrecht	98
A. Die Fülle der einschlägigen Konstellationen zur Erfüllungsgehilfenhaftung.....	98
B. Garantie- oder Verschuldenshaftung im chinesischen Vertragsrecht als die Vorfrage.....	100
I. Allgemeine vertragliche Haftungsnorm: Art. 107 CVG	100
1. Regelungsinhalt	101
2. Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung	102
II. Vertragliche Garantiehaftung als die Ausgangsposition des historischen Gesetzgebers.....	104
1. Auseinandersetzung über das vertragsrechtliche Zurechnungsprinzip	104
a) Herrschende Meinung: verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung	104
b) Mindermeinung: Verschuldensprinzip	104
2. Stellungnahme: Garantiehaftung im Art. 107 CVG.....	105
a) Entwicklungsgeschichtliche Betrachtung von Haftungsgrundnormen bzw. dem Verantwortlichkeitsgrundsatz	105
aa) Abkehr vom Verschuldensprinzip bei Vorgängern des CVG?	105
bb) Regelungen in Entwürfe des CVG	106
b) Garantiehaftung aus rechtsvergleichender Untersuchung	107
aa) Anlehnung an das CISG	107
bb) PICC und PECL	108
cc) Kein großer Unterschied hinsichtlich des vertragsrechtlichen Verschuldenserfordernisses	108
dd) Exkurs: Eine problematische Ausdehnung der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung	109
3. Zwischenergebnis	110
C. Verschuldenshaftung an anderen Standorten.....	110
I. Culpa in contrahendo.....	111
1. Die Rechtsnatur der chinesischen <i>culpa in contrahendo</i>	111
2. Regelungsgehalt des Art. 42 f. CVG.....	113
3. Anwendbarkeit bei schuldhaft verursachter Nichtigkeit des Vertrags	114
4. Festhalten am Verschuldensprinzip bei culpa in contrahendo	114
II. Verletzung von Nebenpflichten.....	115
1. Haftungsprinzip bei Nebenpflichtverletzungen	116
a) Unterschiede der Leistungs- und Nebenpflichten.....	116
b) Eine rechtsvergleichende Betrachtung	117
2. „Hotelmord“-Fall	118
3. Affinität der Nebenpflicht zum Deliktsrecht.....	119
III. Gesetzlich verankerte Verschuldenshaftung	120
1. Sorgfaltspflicht des Mieters (Art. 222 CVG).....	120
2. Verwahrungspflicht des Verwahrers (Art. 374 CVG)	120
3. Versicherungsbezogene Pflichten	122

a) Versicherungsrechtliche Aufklärungs- und Informationspflichten des Versicherers ..	122
b) Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers	123
c) Pflichten des Versicherungsvermittlers und - Maklers	123
IV. Verschuldenshaftung für Verletzungen von verhaltensbezogenen Leistungspflichten.....	124
1. Geschäftsbesorgungsvertragliche Pflichten der Parteien (Art. 406 I CVG).....	124
2. Verletzung von behandlungsvertraglichen Pflichten	125
V. Fazit.....	127
D. Mitverschulden.....	127
E. Zusammenfassende Bewertung	128

§ 6 Positiv-rechtliche Normgruppe als Anknüpfungspunkt für die

Erfüllungsgehilfenhaftung.....	131
A. Die Rechtstradition der Haftung für Dritte nach altem chinesischem Recht.....	131
I. Anlehnung an den »Tang-Kodex« und seinen »Offiziellen Kommentar«.....	131
1. Analogiefähigkeit und -gebot der alten Tierhalterhaftung	132
2. Strafrechtliche „subsidiäre Haftung“ des Hausherrn	133
3. Die der chinesischen Kultur innewohnende strikte Haftung des Familienvaters	133
II. Zwischenergebnis.....	134
B. Der Forschungsstand in der chinesischen Literatur	135
I. Repräsentative Stellungnahmen im Schrifttum	135
1. LIANG, Huixing (梁慧星)	135
2. HAN, Shiyuan (韩世远).....	136
3. YI, Jun (易军)	137
4. XIE, Gen (解亘).....	137
5. ZHOU, Jianghong (周江洪).....	137
6. LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李伟平)	138
II. Zwischenergebnis.....	138
C. Allgemeine Regelungen über die Erfüllungsgehilfenhaftung.....	139
I. Normenbündel als gesetzlicher Strukturtypus	139
II. Art. 121 CVG: unvereinbarte Einbeziehung des Dritten.....	140
1. Die Gesetzgebungsgeschichte des Art. 121 CVG.....	140
a) Vorgänger des Art. 121 CVG	140
aa) Art. 33 des chinesischen Wirtschaftsvertragsgesetzes (1981)	141
bb) Art. 116 CAGZ.....	142
cc) Art. 19 Technikvertragsgesetz (CTVG).....	142
dd) Fazit.....	143
b) Normengenese des Art. 121 CVG	143
aa) Art. 139 des Expertenentwurfs	143
bb) Art. 87 des offiziellen Entwurfs	144
cc) Art. 124 in den Diskussionsentwürfen des CVG	144
dd) Fazit.....	144
c) Zusammenfassung	144
2. Verhältnis Art. 121 CVG zum Art. 107 CVG.....	145
3. Umfang des Dritten iSd. Art. 121 CVG.....	146

a) Der zu großzügige Anwendungsbereich aufgrund des unbegrenzten Personenkreises	146
aa) Ergebnisse nach einem wortgetreuen Verständnis	146
bb) Rechtsvergleichende Betrachtung	146
cc) Denkbare Auswege für „fehlerhafte“ Regelungen	147
b) Semantische Konnotation iSd. alltäglichen Sprachgebrauchs	148
c) Gibt es einen Widerspruch gegen den Wortsinn des „Dritten“ in weiteren Vorschriften des CVG?	149
d) Eigentlicher Personenkreis des Dritten iSd. Art. 121 CVG	150
aa) Zweck und Sinn der Regelung	150
bb) Die praktische Rechtsanwendung durch chinesische Gerichte	151
e) Fazit	152
4. Sachliche Tragweite „eines bei Dritten liegenden Grunds“	153
a) Verschuldenszurechnung als ein immanenter Regelungsgehalt des Art. 121 CVG	153
b) Das Extrahieren des Regelungsgehalts über die Erfüllungsgehilfenhaftung	153
5. Zusammenfassung	154
III. Art. 65 CVG: die vereinbarte Einschaltung eines Dritten	155
1. Affinität zu einigen kontinentaleuropäischen Regelungen?	155
a) § 267 I BGB	155
b) Art. 111 OR	156
2. Bedeutungsgehalt und Kategorien des „Dritten“ iSd. Art. 65 CVG	157
a) Freie Vertragsgestaltung	157
b) Der Regelungsinhalt über die Verschuldenszurechnung?	157
3. Kategorien des „Dritten“ iSd. Art. 65 CVG	158
a) Erfüllungsgehilfe	158
aa) Unselbständiger Erfüllungsgehilfe?	158
bb) Selbständiger Erfüllungsgehilfe („ <i>independent contractor</i> “)	159
b) Keine Substitution im Art. 65 CVG	160
4. Verhältnis zum Art. 121 S. 1 CVG	161
5. Fazit	162
IV. Ungeschriebene Regelung: Haftung für „ <i>die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen</i> “	162
1. Eine Gesetzeslücke?	162
2. Die Anknüpfung an die traditionelle Kultur	163
3. Der Individualismus in der westlichen Rechtskultur	163
a) Kein schwerwiegender Unterschied zwischen anglo-amerikanischem und kontinentaleuropäischem Rechtssystem	163
b) Individualismus als ein Charakter westlicher Rechtskultur: „Gegenüber-Verhältnis“	164
c) Individualismus als gesetzgeberischer Ausgangspunkt	165
4. Kollektivismus in der chinesischen Kultur	166
a) Kollektivismus im Bereich des Familienlebens	166
aa) Die tradierte kollektivistische Vorstellung	167
bb) Fremdartige haftungsrechtliche Ausgestaltung: Statushaftung	167
b) Kollektivismus im Bereich des Betriebs	169
aa) Betriebszugehörigkeit als Sicherheitsgefühl	169

bb) Verschuldensunabhängige Arbeitgeber- und Geschäftsherrenhaftung innerhalb des Betriebslebens	170
cc) Identifikation des Betriebsangehörigen mit der haftenden Betriebseinheit	171
dd) Entbehrlichkeit der Wissenszurechnungsfrage.....	172
c) Fazit.....	173
5. Avancieren des Begriffs „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ zum Sammelbegriff	173
a) Berührungspunkte des Familien- und Betriebsbereichs	173
b) Sammelbegriff „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“	174
V. Art. 43 CAGZ als gesetzliche Stütze für die Zurechnung innerhalb der Organisationseinheiten.....	175
1. Gesetzliche Formen juristischer Personen	176
2. Begriffliche Klärungen	177
a) Umfang der „betrieblichen Tätigkeiten“.....	177
aa) Mehrdeutigkeit des Begriffs	177
bb) Die inhaltliche Konsequenz	178
cc) Fazit.....	178
b) Der Wortteil „für ... zivilrechtlich verantwortlich“	179
3. Großzügiges Regelungsspektrum des Art. 43 CAGZ	179
a) Stellvertretungsrechtlicher Regelungsinhalt	179
aa) Organschaftliche Vertretung.....	179
bb) Allgemeines Stellvertretungsrecht eines „weiteren Angestellten“?	181
cc) Fazit.....	183
b) Deliktische Haftung juristischer Personen für Angestellte?	183
aa) Gegenmeinung.....	184
bb. Ursprüngliche Regelvermutung.....	184
cc) Verdrängen durch <i>lex specialis</i>	185
c) Vertragsrechtliche Zurechnung der Erfüllungsgeschäfte von „weiteren Angestellten“ an juristische Personen	186
d) Fazit: von der Tetralogie zur Dilogie	187
4. Entsprechende Anwendung des Art. 43 CAGZ auf andere Organisationen	187
a. Entsprechende Anwendungen auf andere juristische Personen	188
b. Entsprechende Anwendungen auf andere Organisationen.....	188
c. Fazit	189
5. Exkurs: Einen Blick über das alte Recht der ehemaligen DDR.....	189
6. Zusammenfassung	190
VI. Zwischenergebnis	191

§ 7 Tatbestandliche Voraussetzungen der chinesischen Erfüllungsgehilfenhaftung

.....	193
A. Sachlicher Anwendungsbereich: Schuldverhältnisse	193
I. Vertragliche Schuldverhältnisse im weiteren Sinne	193
1. Vorvertragliche Haftung.....	194
2. Nebenpflichten.....	195

II. Gesetzliche Schuldverhältnisse?	195
1. Beispiel vom Verlierer-Finder-Verhältnis	195
2. Zersplitterte Gesetzgebungen und Verweisungstechnik im chinesischen Recht.....	196
3. Normative Grundlage	197
4. Identischer Mechanismus: „Rechte-Pflichte-Konstruktion“	198
B. Kategorien und Personenkreis des „Dritten“	199
I. „Die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“	199
1. Konkretisierungsbedürftigkeit des höchst unübersichtlichen Begriffs	200
2. „Weitere Angestellte“ iSd. Art. 43 CAGZ als „die zur betrieblichen Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“	201
a) „Weitere Angestellte“ juristischer Personen.....	201
aa) Verzichtbarkeit des wirksamen Dienst- oder Arbeitsverhältnisses.....	201
bb) Arbeitnehmerüberlassung.....	202
b) „Angestellte“ der Organisationseinheiten, die als andere Rechtsformen inkorporiert werden	203
c) „Angestellte“ des Schuldners, der eine natürliche Person ist	203
3. „Die zur familiären Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“	205
a) Familiäre Verhältnisse im eigentlichen Sinne	205
b) „Quasi-familiäre“ Beziehungen.....	205
4. Der einheitliche Oberbegriff „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“	206
a) Rechtsvergleichende Anstöße.....	206
aa) Kongruenz mit dem schweizerischen alten Obligationenrecht	206
bb) Ein übereinstimmender Grundgedanke im englischen Recht und Einheitsrecht...	207
b) Aktualisieren zu einer wertungsneutralen Formulierung	207
c) Annäherung: Von der „Sphäre“ des Schuldners zur Anforderung „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“ iSd. § 278	208
5. Fazit	208
II. Der selbständige „Dritte“	209
1. Der großzügige Personenkreis des „Dritten“ iSd. Art. 65 und Art. 121 CVG	209
2. Ein Dritter, der aus dem Anwendungsbereich des Art. 65 und 121 CVG herausfallen muss	210
a) Ein Dritter, dessen Verhalten bzw. dessen Einwirkung als höhere Gewalt anzusehen ist	210
b) Ein Dritter, der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt.....	211
c) Ein Dritter, der (angeblich) in einer Lieferkette oder in ähnlichen Ketten steht.....	212
aa) Nichterfüllung oder Verzug des Schuldners	213
bb) Die durch einen Sachmangel der Kaufsache verursachte Schäden	216
3) Fazit: Ablehnung der zu wortgetreuen Rechtsanwendung des Art. 121 CVG.....	220
III. Gefälligkeitshilfe des Schuldners.....	220
IV. Zusammenfassung	221
C. Vorliegen eines Vertragsbruchs.....	221
I. Unangemessene Ausweitung des Pflichtengefüges und Überspannung des Personenkreises des Dritten.....	222
a) „Brandfälle“ in Mietverträgen	222

b) „Raststätte-Fall“ im Personenbeförderungsvertrag.....	222
c) „Einsperrungsfall“ im Frachtvertrag.....	223
II. Sachgemäße Ermittlung des Pflichtengefüges unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks einzelner Regelungen.....	224
III. Fazit	225
D. Die Frage nach dem Verschulden des Dritten.....	225
I. Zurechnung des fremden Verschuldens oder Verhaltens	225
II. Haftungsbeschränkende Vereinbarung.....	226
E. Wer ist der Ersatzberechtigte?	227
F. Handeln „in Erfüllung der Vertragspflichten“ als erforderliche Voraussetzung.....	227
I. Die hier in Betracht kommenden Konstellationen.....	228
II. Theoretische Begründungen in der chinesischen Rechtspraxis.....	228
1. Der Anhaltspunkt in positiv-rechtlichen Vorschriften.....	228
2. Die Theorien in der chinesischen Lehre und Rspr.	229
a) Die vorherrschende Theorie des „inneren Zusammenhangs“.....	229
aa) Die tatbestandliche Affinität der Begriffe „in Erfüllung der Verbindlichkeit“ und „in Ausführung der Verrichtung“	229
bb) Kasuistische Anwendung der Theorie des „inneren Zusammenhangs“	229
b) Andersartige Theorien.....	231
aa) Die Theorie der „Perspektive des Verletzten“	231
bb) Die Theorie „Wille des Gehilfen“	232
III. Rechtsvergleichende Perspektive: Taiwan-Recht	233
IV. Einzelfälle.....	233
1. Diebstähle	234
2. Strafbares Verhalten im Bankgeschäft.....	235
3. Kindesmisshandlung.....	236
V. Fazit: Eine allzu weitherzige Annahme von Zusammenhängen in der chinesischen Judikatur	236
G. Das Zwischenergebnis der Analyse haftungsbegründender Tatbestandsmerkmale	237

4. Kapitel. Rechtsvergleichende Auswertung

§ 8 Rechtsvergleichung in einem breiteren Spektrum.....	240
I. Das „Deutschland-Modell“	240
1. Das schweizerische Obligationenrecht	240
2. Das österreichische Recht	241
3. Das Taiwan-ZGB	242
II. Unterschiedliche Ausgestaltungen.....	243
1. Das französische Recht	243
2. Das japanische Recht	244
III. Fazit.....	244
§ 9 Erfüllungsgehilfe in der funktionellen Korrelation vertraglicher und deliktischer Haftung seitens des deutschen Rechts.....	245
A. Allgemeines: die dualistische Struktur des Schadensersatzrechts.....	245

B. Die gesetzliche Fessel des § 823 I BGB	246
I. Die gesetzgeberische Skepsis	246
II. Die deutsche „ <i>Vertragsüchtigkeit</i> “	246
1. Am Beispiel der Dritthaftung.....	246
a) Der Fall der Verwechslung von Blutproben	246
b) Die Dritthaftung aus der vertraglichen Grundlage	247
2. Rechtsvergleichende Betrachtung.....	248
III. Die Ablehnung der übertriebenen Kritik.....	249
1. Das Gesetzgeberische Grundkonzept: Bewegungsfreiheit des Einzelnen und Ausgleichsinteresse des Geschädigten.....	249
2. Unter Berücksichtigung der Charakteristik der „ <i>Jedermannsbeziehung</i> “	250
IV. Fazit	251
C. Unstimmige Verjährungsfristen im alten Recht	251
I. Verjährungsfrage im „ <i>Gemüseblattfall</i> “	251
II. Vitalität der gewöhnlichen Vorgehensweise	252
D. Insuffizienz der deutschen Geschäftsherrenhaftung iSd. § 831.....	252
I. Allgemeines	253
1. Der Regelungsinhalt	253
2. Eine der umstrittensten Regelungen des BGB	253
II. Erscheinungsformen der Insuffizienz.....	254
1. Exkulpation durch Nachweis sorgfältiger Auswahl, Anleitung und Überwachung.....	254
2. Exkulpation durch den dezentralisierten Entlastungsbeweis	255
III. Gescheiterte Novellierungsversuche	255
IV. Mühevolle Umgehungsmanöver der Rechtsprechung	257
1. Das konstatierte Bestreben im deliktsrechtlichen Rahmen	257
a) Der weit auszulegende Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters iSd. § 31 (Repräsentantenhaftung).....	257
b) Die Verkehrspflichten	257
c) Das Organisationsverschulden	258
2. Ausweichmanöver über das vertragsrechtliche Gebiet	259
a) Die vertraglichen Schutz- und Nebenpflichten.....	259
b) Das Rechtsinstitut „ <i>culpa in contrahendo</i> “	260
c) Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	261
aa) Praxisbezogene Betrachtung.....	261
bb) Das Verhältnis zum Deliktsrecht.....	261
3. Fazit	262
E. Zwischenergebnis	262

§ 10 Konkurrierendes Verhältnis zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung auf Seiten des chinesischen Rechts	264
I. Eine heterogene Theorie der Anspruchskonkurrenz in China	265
1. Gesetzliche Beschränkung des Wahlrechts des Klägers	265
2. Rechtsvergleichende Betrachtung.....	266
3. Kritische Stellungnahme zum chinesischen Modell	267

a) Die unangebrachte Vernachlässigung der Realität	267
b) Fehlinterpretation des Grundsatzes „Prozessökonomie“	267
c) Gezwungene Wendung zum Deliktsrecht.....	268
4. Fazit	268
II. Verjährungsfrage	268
1. Ältere Regelung	268
2. Kritische Bewertung	269
3. Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem vertraglichen und deliktischen Haftungsregime.....	269
III. Besonderheiten des chinesischen Deliktsrechts	270
1. Der deliktsrechtliche Schutz von Vermögensschäden	270
a) Dritthaftung des Anwalts in der chinesischen Gerichtspraxis	270
b) Keine allgemeine Ersatzhaftung für reine Vermögensschäden	271
c) Fazit	271
2. Unterschiedliche Haltung zum Schmerzensgeldanspruch in beiden Haftungsregimen	271
a) Schmerzensgeldanspruch bei Vertragsverletzungen?	272
aa) Grundsätzliche Ablehnung	272
bb) Ausnahmefälle.....	272
(1) Vorgehensweise in der Rechtsprechung	272
(2) Unpassende entsprechende Anwendung auf einen vertraglichen Schmerzensgeldanspruch für Hinterbliebene	273
cc) Schmerzensgeldanspruch bei Gefährdungshaftung	274
b) Hang zur deliktischen Anspruchsgrundlage	275
3. „Vicarious liability“ des Geschäftsherrn.....	275
a) Allgemeines	275
b) Ein verworrenes Regelungsmodell chinesischer Prägung	276
c) Auswirkung auf die Wahl der Anspruchsgrundlage	277
IV. Mangelhafte Überlagerung durch die Versicherungssysteme	277
1. Einwirkung des Versicherungsschutzes auf die Schadensersatzpflicht	278
2. Großzügige Annahme der Deliktshaftung wegen des fehlenden oder lückenhaften Versicherungsschutzes	279
3. Das „Kollektive von Schadensträgern“	279
4. Fazit	280
V. Exkurs: Die chinesische Regelungstechnik.....	281
1. Das hohe Abstraktionsniveau des BGB	281
2. Die chinesische Gesetzgebungstechnik.....	282
VI. Zwischenergebnis	283

5. Kapitel. Zusammenfassung

I. Übersicht.....	285
II. Länderberichte: Deutschland.....	285
1. Der wohl zumindest im Vordringen befindliche „Risiko-Nutznießungsgedanke“	285
2. Historischer Rückblick und Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung	285
3. Tatbestandliche Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung	286
a. Die Definition des Begriffs	286

b. Das einheitliche Verständnis des Begriffs „Schuldverhältnis“	286
c. Die Ausbreitung des Pflichtenpektrums	287
d. Der nur scheinbar allgemeingültige Maßstab „des inneren und sachlichen Zusammenhangs“	287
e. Die „Projizierung der Gehilfenhandlung auf den Schuldner“	287
III. Länderberichte: China	288
1. Praktische Bedeutung der Zurechnungsfrage	288
2. Das Normenbündel	288
3. Tatbestandliche Voraussetzungen der chinesischen Erfüllungsgehilfenhaftung	289
a. Der sachliche Anwendungsbereich	289
b. Konkretisierung der Kategorien des „Dritten“	289
c. Das zu verengende Begriff „Vertragsbruch“	290
d. Das Verschulden des Dritten	290
e. Die Theorienkonzeption im Hinblick auf den sog. „inneren und sachlichen Zusammenhang“	290
IV. Rechtsvergleichende Auswertung	291
1. Rechtsvergleichenden Beobachtung in größerem Umfang	291
2. Das „große Vertragsrecht“ in Deutschland	291
3. Das „große Deliktsrecht“ in China	292

Literaturverzeichnis

I. Deutschsprachige Literaturen	293
1. Kommentare	293
2. Monographien, Lehrbücher und Aufsätze	294
II. Englischsprachige Literaturen	307
III. Chinesischsprachige Literaturen	307

Anhang: Vorschriften

I. Das chinesische Recht	I
1. Das Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (CAGZ) und ihre Justizauslegung...I	
2. Das Vertragsgesetz (CVG)	I
3. Das ehemalige Wirtschaftsvertragsgesetz (CWVG)	II
4. Das ehemalige Außenwirtschaftsvertragsgesetz (CAWVG)	II
5. Das Deliktsgesetz (CDG)	II
II. Das schweizerische Recht	III
III. Das österreichische Recht	III

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht mit Ortsnamen
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
AL	Ad Legendum
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheide (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen in Zivilsachen des Bundesgerichtshofes
BK	BK Berner Kommentar (Bern)
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BSK	Basler Kommentar (Basel)
BT	besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederländisches Zivilgesetzbuch)

bzw.	beziehungsweise
CAGZ	Das Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der VRC („民法通则“, verabschiedet am 12.4.1986, in Kraft am 1.1.1987)
CAWVG	Außenwirtschaftsvertragsgesetz der VRC („涉外经济合同法“, verabschiedet am 21.3.1985, in Kraft am 1.7.1985, ungültig seit 1.10.1999)
C.c.	Der französische Code civil
CDG	Deliktsgesetz der VRC („侵权责任法“, verabschiedet am 26.12.2009, in Kraft am 1.7.2010)
CEheG	Ehegesetz der VRC („婚姻法“, altes Ehegesetz in 1.5.1950, neues EheGesetz verabschiedet am 10.9.1980, in Kraft am 1.1.1981)
CErbG	Erbgesetz der VRC („继承法“, verabschiedet am 10.4.1985, in Kraft am 1.10.1985)
CGesG	Gesellschaftsgesetz der VRC („公司法“, verabschiedet am 29.12.1993, zuletzt am 28.12.2013 geändert)
China-ZGB AT	Gesetz über den Allgemeinen Teil des Zivilgesetzbuches der VRC („民法总则“, verabschiedet am 15.3.2017, in Kraft am 1.10.2017)
<i>c.i.c.</i>	<i>culpa in contrahendo</i>
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
CPersGG	Gesetz über Personengesellschaft von VRC („合伙企业法“, verabschiedet am 23.2.1997, zuletzt am 27.8.2006 geändert)
CSG	Gesetz über Sachenrecht von VRC („物权法“, verabschiedet am 16.3.2007, in Kraft am 1.10.2007)
CTVG	Technikvertragsgesetz der VRC („技术合同法“, verabschiedet am 23.6.1986, in Kraft am 1.11.1987, ungültig seit 1.10.1999)
CVG	Vertragsgesetz der VRC („合同法“, verabschiedet am 15.3.1999, in Kraft am 1.10.1999)
CVersG	Versicherungsgesetz der VRC („保险法“, verabschiedet am 30.6.1995, zuletzt am 24.4.2015 geändert)
CWVG	Wirtschaftsvertragsgesetz der VRC („经济合同法“, verabschiedet am 13.12.1981, in Kraft am 1.7.1982, ungültig seit 1.10.1999)
CZpG	Zivilprozessgesetz der VRC („民事诉讼法“, verabschiedet am

	9.4.1991, zuletzt am 27.6.2017 geändert)
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference, 2009
ders., dies.	derselbe, dieselbe/-n
DJT	Deutscher Juristentag
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
EBKrG	Gesetz über Kreuzungen von Eisenbahnen und Straßen Eisenbahnkreuzungsgesetz (zuletzt am 31. August 2015 in BGBl. I S. 1474 geändert)
f., ff.	folgende/r
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOA	Geschäftsführung ohne Auftrag
grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
h.L.	herrschende Lehre
Hs.	Halbsatz
idR.	in der Regel
iSd.	im Sinne des
iVm.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
iwS.	im weiteren Sinne
iRd.	im Rahmen der
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter (Österreich)

Jh.	Jahrhundert
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
KG	Kommanditgesellschaft
KUKO	Kurzkomentar (Basel)
Lit.	Literatur
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
Mot.	Motive zum BGB
Mugdan	Mugdan, die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899/1900
MVG	Mittleres Volksgericht in der VR China („中级人民法院“)
mwN.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport
NPC/NVK	Nationaler Volkskongress der VRC („全国人民代表大会“)
NPCSC	Ständiger Ausschuss des Nationalen Volkskongresses („全国人民代表大会常务委员会“)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
OVGH	Oberster Volksgerichtshof der VR China („最高人民法院“)
OVG	Oberes Volksgericht in der VR China („高级人民法院“)
PartG	Partnergengesellschaft

PECL	Principles of European Contract Law / die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts
PETL	Principles of European Tort Law / die Grundregeln des Europäischen Deliktsrechts
PICC	Principles of International Commercial Contracts / die Grundregeln der internationalen Handelsverträge
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Satz/Seite
SchuldR	Schuldrecht
sog.	sogenannte(n)
StGB	Strafgesetzbuch
Taiwan-ZGB	Zivilgesetzbuch von der Region Taiwan
Taiwan-OGH	Oberster Gerichtshof von der Region Taiwan
UN	United Nation
usw.	Und so weiter
UVG	Unteres Volksgericht in der VR China („基层人民法院“)
u.U.	unter Umständen
v.	von, vom
vgl.	vergleiche
VRC	Volksrepublik China
WEer	Wohnungseigentümer
WEG	Wohnungseigentümergebiet
z.B.	zum Beispiel
ZChinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (früher: Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis)
ZVglRwiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Österreich)

1. Kapitel. Einleitung

§ 1 Ziel, Aufgabenstellung und Methode der Untersuchung

A. Ausgangspunkt

Das Schuldrecht, insb. das Vertragsrecht, regelt in jeder Rechtsordnung das Schuldverhältnis grds. im Grundmodell eines Rechtsverhältnisses zwischen zwei Parteien, nämlich dem Gläubiger und dem Schuldner¹ (§ 241 BGB²; Art. 84 CAGZ³, ähnlich auch Art. 68 OR). Die Regelungen über eine „*Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern*“⁴ (§§ 420 ff., Art. 86 f. CAGZ, § 888 ff. ABGB) verändern diese „zwei-Parteien-Gestalt“ auch nicht, da ihre Konstitution weiterhin auf dem Prinzip „*Relativität des Schuldverhältnisses*“⁵ aufgebaut ist. Nur Gläubiger und Schuldner (auch mehrere) sind damit grds. unmittelbar beteiligte Parteien eines Schuldverhältnisses, in dem eine Partei (Schuldner) gegenüber der anderen (Gläubiger) eine Leistung (§ 241 I 1) oder erforderliche Rücksichtnahme (§ 241 II, vor der Schuldrechtsmodernisierung hauptsächlich aus § 242) schuldet.⁶ Gleiches gilt, dass

¹ Palandt/Grüneberg (2016) Einf. v. § 328 Rn. 1; Jauernig/Mansel (2015) § 241 Rn. 5; *W-T Schneider*, S. 231 f.; *Esser/Schmidt*, SchuldR I/1, § 1 (S. 1). Diese Erscheinung lässt sich auch in den gesetzlichen Normen beobachten, z.B. § 241 I 1 „... ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern“. Selbiges gilt für schadensersatzrechtliche Vorschriften, z.B. § 249 „wer zum Schadensersatz verpflichtet ist...“, § 250 „Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen...“, § 251 „... hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger...“. Zur exemplarischen Darstellung der Zweierbeziehung im Deliktsrecht, vgl. *Roth*, Haftungseinheiten bei § 254 BGB, 1982, S. 1, der dort besonders mit §§ 823 II I, 824 I und II, § 827 I 2 das Zweipersonenverhältnis erheilt.

² Paragraphenbezeichnung (§) ohne Gesetzesangabe sind in der vorliegenden Arbeit solche des BGB.

³ Das CAGZ, die die vollständige Bezeichnung »Gesetz über Allgemeine Grundsätze des chinesischen Zivilrechts« von 1987 hat, ist eines der wichtigsten zivilrechtlichen Gesetze in China. Die englische Fassung ist abrufbar in der „Datenbank der chinesischen Gesetze und Verordnungen von NPC“ [中国人大] unter: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383941.htm. Und die deutsche Fassung unter: <http://chinas-recht.de/zivilrecht.htm>. Das CAGZ spielt in der Frühphase der „Reform und Öffnung“ Chinas trotz nur vieler Definitionsnormen, begrifflichen Regelungen und prinzipiellen Grundsätze ohne Zweifel eine kardinale Rolle. Die späteren Erlasse des chinesischen Vertragsgesetzes (Abk. CVG, von 1999), Gesetzes über Sachenrecht (CSG, von 2007), Deliktsgesetzes (CDG, von 2009) bilden mitsamt dem früher erlassenen Ehegesetz (CEheG, von 1980), Erbgesetz (CErbG, von 1985) und den AGZ (1987) das chinesische materielle Zivilrechtssystem. Die Kodifikation des chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuches steht seit 2014 wieder auf dem Plan, der zur Förderung der Rechtsstaatlichkeit Chinas dient. Bis jetzt wurde der Allgemeine Teil des China-ZGB am 15.3.2017 erlassen und trat am 1.10.2017 in Kraft.

Um die Abkürzungen von chinesischen Gesetzesnamen von deutschen Gesetzen oder Verordnungen (§) deutlicher zu differenzieren, werden die betroffene Abkürzungen im Folgenden meistens mit dem Buchstaben „C“ für „chinesisch“ verwandt.

⁴ Ausführlich vgl. nur *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, 1984. Daneben auch *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 1259 ff. in vereinfachter Weise.

⁵ Zum Prinzip „Relativität des Schuldverhältnisses“ und der „Rechtsstellung Dritter“ vgl. *Denck*, JuS 1981, 9 ff.; *Looschelders/Makowsky*, JA 2012, 721 ff.; *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 379 ff.; *Henke*, Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses, 1989. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 2 II (S. 12 ff.) bietet auch eine neue Betrachtungsweise zur „Relativität des Schuldverhältnisses“ in seiner einflussreichen Monografie an. Zur chinesischen Lit. vgl. *WANG, Liming* (王利明), in: *China Legal Science* (中国法学), 04/1996, 63 ff.; *LIU, Chengwei* (刘承魁), in: *Nanjing University Law Review* (南京大学法律评论), Frühling-Herbst Heft/2007, 91 ff.

⁶ § 241 I regelt den Inhalt des Schuldverhältnisses und § 241 II ergänzt nach der Schuldrechtsmodernisierung die Pflicht zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen. Vgl. *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I; *MüKoBGB/Bachmann* (2016) § 241 Rn. 1 f. Weitere Rechtsordnungen oder internationale Referenzrahmen, z.B. Art. 84 AGZ, § 199 I Taiwan-ZGB, § 859 ABGB und III.-1:102 Abs. 1 DCFR, beschreiben auch ausdrücklich einen ähnlichen Inhalt. Als vereinzelte Ausnahme sollte das deutsche Rechtsinstitut „Verträge zugunsten Dritter“ hier nicht vergessen werden, in denen der Dritte, der selbst kein Vertragsschließender ist, aus dem Vertrag einen eigenen Leistungsanspruch (Forderungsrecht) gegen den Schuldner (Versprechenden) erwerben kann. Vgl. *Palandt/Grüneberg* (2016) § 328 Rn. 5; *MüKoBGB/Gottwald* (2016) § 328 Rn. 3.

in der Regel⁷ nur der Vertragspartner gegen den anderen Teil den Ersatz der ihm eventuell wegen der Pflichtverletzung entstehenden Schäden verlangen kann.⁸ Verfehlt ist jedoch die Annahme, dass irgendeine Partei ihre Pflichten auf jeden Fall persönlich erfüllen müsse.⁹ Die Leistung kann auch durch einen Dritten bewirkt werden.¹⁰ Die Höchstpersönlichkeit ergibt sich grundsätzlich aus den Parteienvereinbarungen, gesetzlichen Regelungen oder dem Wesen des Schuldverhältnisses selbst.¹¹ Zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit kann der Schuldner grds. auch Hilfspersonen einbeziehen, wenn er sich zur höchstpersönlichen Leistung verpflichtet.¹²

Die Einbeziehung von dritten Personen,¹³ die üblicherweise über die erforderliche Fähigkeit, Fachkompetenz, Erfahrung oder Arbeitskraft zur Erfüllung der Verbindlichkeit oder Ausführung der Verrichtung verfügen, ist ein denkbarer Prototyp in einer arbeitsteiligen Welt. Der Dritte, dessen der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Pflichten bedient, wird in diesem Kontext auch als „Gehilfe“, genauer gesagt, „Erfüllungsgehilfe“,¹⁴ bezeichnet. Nach deutschem Recht ist der Erfüllungsgehilfe derjenige, der nach den rein tatsächlichen Vorgängen des gegebenen Falls mit dem Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.¹⁵

B. Die zu vergleichenden Rechtsvorschriften in beiden Rechtsordnungen

Die vorliegende rechtsvergleichende Arbeit ist mit „Haftung für Erfüllungsgehilfen nach deutschem und chinesischem Recht“ überschrieben. Es geht aber weder um eine

⁷ Selbst bei der sog. *Drittsschadensliquidation* ist der Gläubiger des Schadensersatzanspruchs noch der Vertragspartner. Vgl. *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 6. Zum Recht der Drittsschadensliquidation im österreichischen Recht, vgl. *Apathy*, JBl. 2009, 69-85.

⁸ Das Dogma vom Gläubigerinteresse wird z.B. durch den Wortlaut „verletzt der Schuldner ..., so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen“ iRd. § 280 I 1, durch die Formulierung „wer ..., ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“ iRd. § 823 I, veranschaulicht. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist ein auf Gewohnheitsrecht gestütztes besonderes Rechtsinstitut, das auch bestimmte vertragsfremde Personen, z.B. eine Tochter der Käuferin („Salatblattfall“ - BGHZ 66, 51 ff.), schützt und ihnen ggf. einen Ersatzanspruch aus dem Vertrag gewähren kann. Vgl. *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT, Rn. 867.

⁹ *Weller* hat nach einer recht ausführlichen Behandlung zuletzt ganz kurz gefasst, dass „die persönliche Leistung ... die Grundform oder der Prototyp der Leistung“ ist. Vgl. *ders.*, Persönliche Leistungen, S. 671.

¹⁰ Art. 68 OR beschreibt diese Regel mit „... nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt“ ausdrücklich. Im deutschen Recht ist § 267 eine diesbezügliche Regelung. „§ 613 S. 1 bildet dann eine gesetzliche Ausnahme, nach der der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste idR. in Person zu leisten hat.“

¹¹ *MüKoBGB/Krüger* (2016) § 267 Rn. 5 ff.; *Palandt/Grüneberg* (2016) § 267 Rn. 1; *NK-BGB/Schwab* (2016) § 267 Rn. 2.

¹² *Staudinger/Bittner* (2014) § 267 Rn. 1; *Erman/Artz* (2017) § 267 Rn. 2; *BeckOK BGB/Lorenz* (2014) § 267 Rn. 1; *MüKoBGB/Krüger* (2016) § 267 Rn. 4; *MüKoBGB/Busche* (2012) § 631 Rn. 72. Eine ähnliche Idee herrscht auch in anderen Rechtsordnungen, vgl. Art. 254 S. 1 CVG (Hilfstätigkeit beim Werkvertrag). Daneben bestätigt der „Taiwan-OGH“, Urteil (1976) – ZR 1974 (65 年度台上字第 1974 号) iRd. Werkvertrags diese Regel. Es ist damit unkorrekt, dass die Begehung der Pflichtverletzung oder die Verwirklichung von Deliktstatbeständen in jedem Fall vom Haftungskandidat (Ersatzpflichtigen) selbst bewirkt werden muss.

¹³ Im BGB kommen unterschiedliche Rechtsinstitute vor, die eine Haftung (ausnahmsweise) für das Verhalten des Dritten bestimmen. Dazu gehören neben §§ 278, 831 auch die Organhaftung (§§ 31, 89), die Amtshaftung (§ 839 iVm. Art. 34 GG) und bestimmte Rechtsinstrumente im HGB. Im weiteren Sinne können die Haftung aus §§ 31, 89, 839 usw. auch als Haftung für Gehilfen angesehen werden. Dazu vgl. *H. Westermann*, JuS 1961, 333 (333); *Vieweg*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2014) J Rn. 127; *Schreiber*, Jura 1987, 647 (653 ff.).

¹⁴ Über diese Bezeichnung vgl. *Kupisch*, JuS 1983, 817 ff. Zum dem verschiedenartigen Gehilfen („Verrichtungsgehilfe“) iSd. Deliktsrechts, vgl. *ders.*, JuS 1984, 250 ff.

¹⁵ Zu dieser weitverbreiteten Definition in der deutschen Rspr. und Lit., vgl. ausführlich unten Fn. 276 und 277.

rein rechtsgeschichtliche noch rechtstheoretische Untersuchung, sondern um eine Arbeit, die sich im Wesentlichen auf das geltende deutsche und chinesische Recht bezieht. Die untersuchten Rechtsvorschriften beider Rechtsordnungen sind deshalb vom Anfang an anzuführen. Unter Berücksichtigung der fortlaufenden Kodifikationsarbeit des chinesischen ZGB werden der Inhalt und die Bedeutung von Grundgedanken der deutschen Gehilfenhaftung ausführlich erörtert, da sie für die Begründung der Neuregelungen im künftigen China-ZGB Bezugskriterien liefern können.

I. § 278 in der deutschen Rechtsordnung

Die Haftung für Erfüllungsgehilfen ist in § 278 geregelt. Danach hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters¹⁶ und Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden.¹⁷ § 278 hat sich, insgesamt betrachtet, im Vergleich zu seiner Parallelvorschrift § 831¹⁸ seit der Kodifikation des BGB ohne massive Debatte und Beanstandung zu einem funktionsfähigen Rechtsinstrument entwickelt. § 278, der keine selbständige Anspruchsgrundlage¹⁹ ist, spielt in der deutschen Rechtspraxis immer eine sehr viel größere Rolle.

Die generelle Deutung von *Ranieri*, dass alle kontinentalen „Kodifikationen“ heute diese Regel (Haftung für Erfüllungsgehilfen) kennen,²⁰ verleitet m.E. allerdings zum falschen Schluss, dass alle kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen diese Regel kodifiziert hätten. Allenfalls könnte man sagen, dass es in solchen Rechtssystemen dieselben Ergebnisse sich ohne kodifizierte Regelungen mithilfe nationaler spezialisierter Rechtsinstitutionen erzielt werden, weil viele Rechtsordnungen keine dem § 278 entsprechende Regelung²¹ und den Unterschied zwischen vertraglicher und deliktische Gehilfenhaftung²² überhaupt nicht kennen.

II. Eine Fülle von rechtsvergleichenden Vorschriften in der chinesischen Rechtsordnung

Vorab ist einzuräumen, dass § 278 keine (weitgehend übereinstimmende) Parallele im chinesischen Recht kennt. In der vorliegenden Arbeit wird vielmehr ein Versuch gewagt, entsprechende Regelungen aus einer Fülle von geltenden Vorschriften zu entnehmen.

1. Art. 121 CVG

Von größtem Interesse ist Art. 121 S. 1 CVG,²³ wonach der Schuldner gegenüber

¹⁶ Die vorliegende Arbeit konzentriert sich im Rahmen des § 278 hauptsächlich auf die Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen.

¹⁷ *Paulus*, JuS 2017, 301 (301) deutet an, dass § 278 dem Schuldner nicht nur das Verschulden, sondern auch das Verhalten seines Erfüllungsgehilfen zurechnet.

¹⁸ *Seiler*, JZ 1967, 525 (527 f); *Weitnauer*, VersR 1970, 585 (593); *Honsell*, in: FS Schwenzler (2011), 779 (779).

¹⁹ *MüKoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 1; *Leßmann*, JA 1980, 193 (193); *Schreiber*, Jura 1987, 647 (647); *Kupisch*, JuS 1980, 250 (251); *Brox/Walker*, SchuldR AT, § 20 II 4, Rn. 39.

²⁰ *Ranieri*, S. 797.

²¹ Dazu gehören die französische, japanische, spanische Rechtsordnung. Ausführlich vgl. unten § 8 II, S. 243 ff.

²² *Honsell*, in: FS Schwenzler (2011), 779 (782). Auch das römische Recht und gemeine Recht (*ius commune*) kannten diesen Unterschied nicht, vgl. *Ranieri*, S. 796.

²³ Siehe im Anhang. Die englische Fassung des ganzen Vertragsgesetzes abrufbar unter:

seinem Gläubiger auch für solche Vertragsverletzungen haften muss, die auf einem bei einem Dritten liegenden Grund beruhen. Zu dem Umfang des „Dritten“ gehört nach der h.M.²⁴ und vereinzelter Rechtsprechung²⁵ zumindest der Erfüllungsgehilfe. Art. 121 S. 1 CVG kann gewiss als das erste Pendant zu § 278 angenommen werden.

2. Weitere allgemeinen Vorschriften

Darüber hinaus werden einige weitere Vorschriften herangezogen, bei denen es sich m.E. um die ausschnittsweisen Regelungen der Haftung für Erfüllungsgehilfen iSd. § 278 handelt. Sie decken einen Teilbereich des § 278 ab. An dieser Stelle genügt es schon, einfach auf Art. 65 CVG und Art. 43 CAGZ zu verweisen, ohne hier eine zu weitreichende Ausführung vorzunehmen.

C. Problemaufriss

I. Rechtsgedanken und Voraussetzungen der Haftung für Erfüllungsgehilfen

Einer der Schwerpunkte der vorliegenden Arbeit liegt in den Untersuchungen nach dem Rechtsgedanken des § 278. Das Ziel besteht freilich nicht im Rekonstruieren der dogmatischen Grundlage(-n) des § 278. Dahinter steht vielmehr die Erwägung, dass die (teilweise kritische²⁶) Betrachtung der deutschen Lehre den neuen Überlegungen zu der dogmatischen Unsauberkeit der rechtsvergleichend zu behandelnden Vorschriften, insb. Art. 121 CVG, wichtige Anstöße geben und zur kritischen Reflexion über die aktuelle akademische Diskussion in der chinesischen Rechtsordnung anregen kann. Denn die dogmatische Strenge und Schärfe und die tiefgreifenden Diskussionen seitens des deutschen Rechts werden von jeher gerühmt.

Des Weiteren scheint eine eingehende Beobachtung von Tatbestandsvoraussetzungen des § 278 für einen ausländischen Rechtsvergleicher berechtigt und geboten. Erst in den Einzelheiten der Tatbestände kann man die dogmatische Entwicklung des deutschen Zivilrechts feststellen. Um die Regelungsinhalte und die praktische Handhabung in der deutschen Gerichtspraxis richtig zu erkennen, werden die einzelnen Facetten dieser Vorschriften deshalb ausführlich aufgezeigt.

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm; deutsche Fassung, vgl. Scheil/Gargulla/Schröder/Riemenschneider, Vertragsgesetz der Volksrepublik China: Übersetzung und Einführung, 1999 oder online abrufbar unter: <http://www.chinas-recht.de/vertrag.htm>. Hinsichtlich des Zusammenhangs der Kodifikationsarbeit des CVG mit der deutschen Rechtswissenschaft, vgl. Kronke, in: FS Drobniig (1998), 579 ff., der als eingeladener Experte aus ausländischen Forschungseinrichtungen an vielen Sitzungen mit der Delegation des chinesischen zuständigen Ausschusses teilgenommen hat.

²⁴ Han, Shiyuan (韩世远), in: *Studies in Law and Business* (法商研究), 01/1999, 34 (40); Peng, Saihong (彭赛红), in: *Journal of Beijing Institute of Technology* (北京理工大学学报), 02/2006, 38 (40); Zhang, Ying (张影), in: *The Northern Forum* (北方论丛), 06/2002, 45 (45). Ablehnend WANG, Libing (王立兵), in: *Academic Exchange* (学术交流), 02/2011, 65 (65 f.), der den Erfüllungsgehilfen aus dem „Dritten“ iSd. Art. 121 ausschließt. Er spricht dagegen für Art. 65 CVG. Hou, Xue (侯雪), in: *Social Sciences Journal of Universities in Shanxi* (山西高等学校社会科学学报), 12/2004, 80 (80 ff.) hält ebenso Art. 65 CVG für eine einschlägige Vorschrift, die die Haftung für den Erfüllungsgehilfen direkt statuiert. Wohl auch CHI, Ying (迟颖), S. 177. Der letztgenannten Meinung ist aber nicht zuzustimmen. Art. 65 CVG bestimmt nur die Erfüllung durch Dritte. Die Autoren haben den Erfüllungsgehilfen mit dem mit Drittleistungswillen leistenden Dritten verwechselt.

²⁵ Am wichtigsten ist das vom chinesischen obersten Volksgerichtshof gefundene Urteil, vgl. OVGH, Urteil (2015) – ZR 731 [最高人民法院 (2015) 民申字第 731 号].

²⁶ Es ist eher offensichtlich, dass nicht jeder aufgestellte dogmatische Grundgedanke – wie unten noch gezeigt wird – apodiktisch scheint und sich zur Klarstellung des § 278 eignet.

Erforderlichenfalls soll die Untersuchung um ein paar besonders umstrittene Fragen – wie die Frage nach der Anwendbarkeit des § 278 auf gesetzliche Schuldverhältnisse²⁷ – kreisen.

II. Extrahieren der entsprechenden Regelungen und Bemühung um dogmatische Reinheit seitens der chinesischen Rechtsordnung

Lenken wir unseren Blick auf die chinesische Rechtsordnung, steht zuerst die Frage im Vordergrund, ob eine Regelung wie § 278, welche vor allem das durchgängige Verschuldensprinzip durchbricht,²⁸ für das chinesische Vertragsrecht notwendig²⁹ ist, dessen Schadensersatzhaftung von der h.L.³⁰ und Rechtsprechung³¹ schon seit langer Zeit immer als verschuldensunabhängig bezeichnet wurde.

Bejahendenfalls stellt sich anschließend die Kernfrage, ob und auf welcher gesetzlichen Grundlage der Schuldner für fremde Handlungen vertraglich haften muss. Hierzu muss man die vorgenannte Fülle von chinesischen geltenden Vorschriften ins Auge fassen. Wie oben erwähnt, lassen sich nicht alle Fälle von Erfüllungsgehilfen von Art. 121 CVG erfassen. Vor diesem Hintergrund sollen Versuche unternommen werden, die sonstigen ausschnittswisen Regelungsinhalte aus anderen Vorschriften zu extrahieren. Dann scheint die anschauliche Beschreibung gewiss richtig, dass es sich um ein Puzzlespiel handelt, in dem man aus dem chinesischen geltenden Recht einschlägige Vorschriften als Puzzleteile zu finden und dann systematisch zusammensetzen versucht.

In Bezug auf den zu konturlos formulierten Satzteil „*ein bei Dritten liegenden Grund*“ des Art. 121 CVG ist es außerdem erforderlich, die ihm immanente gesetzgeberische Zielsetzung (wieder)zuerkennen und seine dogmatische Reinheit zu

²⁷ Vgl. unten § 4 B II, S. 55 ff.

²⁸ Jauernig/Stadler (2015) § 276 Rn. 9; Erman/H. P. Westermann (2017) § 278 Rn. 1; Dreher, S. 6; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70 (71). Weil der Geschäftsherr nach dem gemeinen Recht noch nur für die *culpa in eligendo* verantwortlich war, vgl. Mattiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 7. Aufl., 1914, § 83 II, S. 208; Gschnitzer, SchuldR BT, § 48 B I, S. 185; Honsell, in: Liber Amicorum Juan Miquel (2006), 513 (516); Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 79 (S. 20 f.).

²⁹ Kötz hat in seinem jüngsten Aufsatz *ders.*, ZEuP 2017, 283 (288) deutlich darauf hingewiesen, dass eine derartige Regelung wie § 278 dort „*entbehrlich*“ sei, wo die Haftung wegen eines Vertragsbruchs „*streng*“ vorsieht.

³⁰ LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Civil and Commercial Law Review* (民商法论丛), Vol. 8 (1997), 1 (4); TIAN, Shaohua (田韶华), in: *Hebei Law Science* (河北法学) 02/2000, 44 (44); CHEN, Xiaojun/NING, Hongli (陈小君、宁红丽), in: *The Journal of Fujian Institute of Political Science & Law* (福建政法管理干部学院学报), 02/2000, 11 (11); DAI, Mengyong (戴孟勇), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究) Vol. 8 (2012), 29 (32 ff.). CUI, Jianyuan (崔建远) und HAN, Shiyuan (韩世远), die zuvor die strikte Vertragshaftung zurückgewiesen (vgl. CUI, in: *Civil and Commercial Law Review* [民商法论丛], Vol. 11 (1999), 190 [196 f.] und Han, Forschung nach Schadensersatz bei Vertragsbruch [违约损害赔偿研究], S. 58 ff.), haben danach angesichts des schon weitgehend anerkannten verschuldensunabhängigen Verantwortlichkeitsprinzips die strikte Vertragshaftung aufgenommen. Vgl. CUI, Jianyuan (崔建远)/HAN, Shiyuan (韩世远), Analyse auf Instrumente des Forderungsschutzes (债权保障法律制度研究), 2004, S. 256 f. YI, Jun (易军), der eine sog. verschuldensunabhängige vertragliche Schadensersatzhaftung auch kritisiert, hat nur einige Verbesserungsvorschläge gemacht. Vgl. *ders.*, in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), 3 (24 ff.).

³¹ OVGH, Urteil (2014) – ZB 793 [最高人民法院 (2014) 民申字第 793 号]; OVG Hubei, Urteil (2014) – II U 00024 [湖北省高级人民法院 (2014) 鄂民二终字第 00024 号]; OVG Xinjiang, Urteil (2012) – I ZB 344 [新疆维吾尔自治区高级人民法院 (2012) 新审一民提字第 344 号]; OVG Henan, Urteil (2014) – III U 47 [海南省高级人民法院 (2014) 琼民三终字第 47 号].

(wieder)zugewinnen. Die allzu wortgetreue Anwendung des Art. 121 CVG in der Praxis führt dazu, dass sich unterschiedliche Dogmen, die tatsächlich in verschiedenen Vorschriften hätten verankert werden müssen, zumindest scheinbar in einer Vorschrift vermengt haben. Stattdessen verwischt sich die ursprünglich innewohnende Dogmatik.

III. Zusammenwirken von unterschiedlichen Haftungsregimen in jeweiligen Rechtsordnungen

Ein Rechtsvergleicher muss sich außerdem das Zusammenwirken der deutschen vertrags- und deliktsrechtlichen Regelungen vor Augen halten. Widrigenfalls gelangt man sehr einfach zu einem eklektischen Verständnis des § 278 und gewinnt dann nur oberflächliche Erkenntnisse von der deutschen Zivilrechtsordnung. Es ist ja offenkundig, dass sich die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 278 besonders dort zeigt, wo der deliktsrechtliche Schutz nicht sonderlich erfolgsträchtig ist.

Eine Betrachtung über das Verhältnis zwischen beiden Haftungsregimen in den jeweiligen Rechtsordnungen erscheint somit als besonders dazu geeignet, die praktische Bedeutung und das rechtswissenschaftliche Interesse der zu vergleichenden Vorschriften zu erschließen.

D. Methode der Untersuchung

I. Rechtsvergleichung

1. Praktische Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Gegenwart

Während die Daseinsberechtigung der Rechtsvergleichung früher angezweifelt wurde und noch auf „*spürbare Skepsis*“³² stieß, ist es heutzutage vollkommen berechtigt, dass die Rechtsvergleichung europaweit und weltweit in der juristischen Fachwelt zu einem Aufschwung kommt und funktionsfähig ist.³³ Ihr Erfolg zeigt sich einerseits in der aufsteigenden Flut rechtsvergleichender Arbeiten und Studien. Andererseits erstreckt sich deren Einfluss auf die Tätigkeiten der Legislative und Judikative. Rechtsvergleichende Betrachtungsweisen und Methoden werden bewusst oder unbewusst von den Rechtsvergleichern allmählich als gewöhnliche und notwendige Untersuchungsgänge in den weiteren Gebieten juristischer Tätigkeit umgesetzt. Das kraftvolle Hilfsmittel hat und wird noch weitere nach sich ziehen. Zahlreiche internationale privatrechtliche Übereinkommen und rechtsvereinheitliche Regelwerke oder Versuche (auch „*soft laws*“), z.B. CISG, PECL,³⁴ PICC³⁵ etc., sind sächliche Ergebnisse der europaweiten und weltweiten Rechtsvergleichung. Die Zahl derartiger Beispiele lässt sich auch in Zukunft vermehren.

³² Zur ungerechtfertigten Behauptung von *Lord Bowen*, vgl. *Sandrock*, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, 1966, S. 8.

³³ *Zweigert/Kötz*, § 2 I. Zum Überblick der Entwicklung der Rechtsvergleichung vor dem 20. Jh., vgl. *Rösler*, JuS 1999, 1084 (1084 ff.); *Seiwerth*, Jura 2016, 596 (596).

³⁴ Deutsche Fassung von PECL, siehe *Drobnig/Zimmermann/Wicke*, ZEuP 2000, 675-701. Zum Überblick auf PECL vgl. *Lando*, in: FS Tilmann (2003), 963-975; *Schauer*, in: FS E. Kramer (2004), 627-645.

³⁵ Zur Leistungspflicht und dem Haftungsmaßstab in PECL und in den PICC vgl. *W. Ernst*, in: Basedow (Hrsg.), Vertragsrechtsvereinheitlichung (2000), 129-157.

2. Ziele der Rechtsvergleichung

Die Funktionen und Zwecke des Rechtsvergleichs sind vielfältig. Eine klarere Sicht auf die parallele Rechtsfigur in der eigenen Rechtsordnung ist eines der bemerkenswerten Ziele. Es bietet damit Möglichkeiten an, bestimmte Begriffe und Rechtsinstitute der nationalen Rechtsordnung durch den wissenschaftlichen Vergleich mit ausländischen Rechtssysteme besser zu verstehen und diesbezügliche Rechtsprobleme sachgerechter zu lösen.³⁶

Nicht zuletzt ist der Versuch, einen praktikablen Gesetzgebungsvorschlag mittels des wissenschaftlichen Rechtsvergleichs zu machen, wenn der nationalen Rechtsordnung eine brauchbare Regelung in der zu vergleichenden Rechtsordnung fehlt.³⁷ Bei den Gesetzgebungsvorschlägen ist die nationale Rechtswirklichkeit, z.B. der Umfang des Versicherungsschutzes, soziale Probleme, kulturelle Besonderheiten sowie moralische Anschauungen, immer zu berücksichtigen.

Einmal zurück zur vorliegenden Arbeit. Ihr Ziel ist es im Allgemeinen, unter Berücksichtigung von vielfältigen deutschen Rechtsprechungen und Lehren zu versuchen, die (zersplitterten) Vergleichspunkte im chinesischen geltenden Recht aufzufinden. Danach ist eine tatbestandliche Konkretisierung der gefundenen Vorschriften anhand der Erfahrungen aus dem deutschen Recht vorzunehmen.

3. Vergleichende Rechte

Dass das chinesische Privatrecht sich sehr stark an das deutsche Recht angelehnt hat, ist eine der wichtigsten Veranlassungen zur Auswahl beider Rechtsordnungen. Die begrenzten Sprachkenntnisse des Autors sind der zusätzliche Hauptgrund, weshalb sich diese rechtsvergleichende Arbeit hauptsächlich auf die nachfolgenden ausgewählten Rechtsordnungen beschränkt.

a) Deutsches Recht und chinesisches Recht

Wie oben gezeigt, bezieht die vorliegende Arbeit im Wesentlichen die Rechtsordnungen Deutschlands und Chinas in die Betrachtung ein. Genauer gesagt, seitens deutschen Rechts, § 278; seitens des chinesischen Rechts, vor allem Art. 65 und CVG, Art. 43 CAGZ. Auf § 831 und Art. 34 CDG³⁸ wird in gewisser Weise Bezug genommen, weil die Art und Weise der Wechselwirkungen der vertraglichen und deliktischen Haftung beider Rechtsordnungen in großem Umfang die

³⁶ Junker, JZ 1994, 921 f.

³⁷ Es ist immer wieder begreiflich, dass nicht jede einsetzbare Rechtsfigur einer anderen Rechtsordnung auch tauglich für die eigene Rechtsordnung sein muss.

³⁸ Unter dem „Deliktsgesetz“ (CDG) fällt neben den unerlaubten Handlungen auch die Gefährdungshaftung, die – wie in den deutschen Lehrbüchern – traditionell aber auch ins Deliktsrecht eingeordnet. Die deutsche Bezeichnung des Gesetzesnamens ist nicht einheitlich. Einige deutsche Juristen bezeichnen das chinesische Deliktsgesetz teilweise als das „Gesetz der VR China über die deliktische Haftung“ (Abk. als „GdH“ in *Binding*, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012; *Binding/Pißler/Xu* [Hrsg.], Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015), das chinesische „Haftpflichtgesetz“ (*Bollweg/Doukoff/Jansen*, ZChinR 2011, 91 [91], Fn. 2) oder Deliktshaftungsgesetz (Abk. als „ChinDHG“ in *Hein*, in FS Magnus [2014], 21 [22]). Englische Fassung des CDG ist unter http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2011-02/16/content_1620761.htm abrufbar oder vgl. *Koziol/Zhu, Yan* (朱岩), JETL 2010, 362-375; deutsche Fassung siehe *Liu/Pißler*, Gesetz der Volksrepublik China über die Haftung für die Verletzung von Rechten, ZChinR 2010, 41-55.

Erfüllungsgehilfenhaftung prägt.

Die Rechtslage in China ist in dem untersuchten Arbeitsbereich besonders kompliziert, da es einerseits viele Vorschriften (inklusive Gesetzesvorschrift und solche aus Justizauslegungen³⁹), andererseits umstrittene Regelungen zu den Sachproblemen gibt. Die Rechtszersplitterung ist, wie später zu zeigen ist, dazu auffällig. Ihre Schattenseite wird später zu erörtern sein.

Auffällig ist daneben das nahezu völlig vom BGB geprägte Taiwan-ZGB,⁴⁰ das besondere Bezugs- bzw. Referenzwerte dazu hat.

b) Andere Bezugskriterien

aa) Internationale Übereinkommen und Entwürfe (Vorschläge) von CISG, PECL, PICC, PETL

Weitere erdenkliche vergleichende Gegenstände sind internationale Übereinkommen und rechtsvereinheitliche Entwürfe oder Vorschläge, die in den letzten Jahrzehnten auf der europäischen und weltweiten Ebene entstanden sind.

Die Vereinheitlichung des Privatrechts griff europaweit und weltweit längst sowohl auf das Vertragsrecht als auch auf das Deliktsrecht über. Hinsichtlich des Vertragsrechts ist vor allem die „United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“ (CISG)⁴¹ aufzuführen. Das einflussreichste Übereinkommen wurde und wird nicht nur in Europa,⁴² sondern auch in China⁴³ diskutiert.

Darüber hinaus liefern die PECL, PICC, PETL ggf. auch Vergleichsmaßstäbe.

³⁹ Die Befugnis des Obersten Volksgerichtshofs Chinas (OVGH) zum Erlass von Justizauslegungen lässt sich auf den „Beschluss des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses über Verstärkung der Arbeit für Rechtsauslegung“ vom 10.6.1981 rekurrieren. Obwohl der Erlass von Justizauslegungen OVGH nach dem Prinzip der Gewaltenteilung nicht als Gesetzgebung bewertet werden kann, spielen solche Justizauslegungen als „*unechte*“ Gesetze oder „*gesetzesähnliche Regelungen*“ in der Judikatur eine sehr erhebliche Rolle, da sie für gesamte untergeordnete Volksgerichte verbindlich sind. Chinesische Richter zitieren die Regelung der Justizauslegungen OVGH unmittelbar in den Entscheidungen. Gewissermaßen können Justizauslegungen als eine besondere Rechtsquelle angesehen werden. Zustimmend auch LIANG, *Huixing* (梁慧星), AcP 194 (1994), 479 (482); jüngst XUE, *Jun* (薛军), in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 03/2017, 6 (9). Über die Rolle und Funktion der Justizauslegung des OVGH vgl. BU, *Yuanshi* (卜元石), § 4 II 2, S. 22; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 767 f.; von *Senger*, S. 180 ff. Die Rechtfertigung von Justizauslegungen als eine Rechtsquelle blendet an dieser Stelle daher aus, weil angesichts der Kompliziertheit und Wichtigkeit zumindest eine große Monographie dieser grundlegenden Frage gesondert gewidmet werden muss. Unter Berücksichtigung ihrer kasuistischen Bedeutung werden Justizauslegungen OVGH in der vorliegenden Arbeit als Rechtsquelle behandelt.

⁴⁰ WANG, *Tze-chien* (王泽鉴), AcP 186 (1986), 237 (238).

⁴¹ Deutsche Fassung siehe BGBl. 1989 II 588.

⁴² Zahlreiche deutsche Forschungsmaterialien, H. *Honsell* (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 2. Aufl., 2010; U. *Magnus*, Staudingers Kommentar - Wiener UN-Kaufrecht, 2013; *Schlechtriem/Schroeter*, UN-Kaufrecht, 6. Aufl., 2016; *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 2013; *Witz/Salger/Lorenz*, International Einheitliches Kaufrecht, 2016.

⁴³ Vgl. nur HAN, *Shiyuan* (韩世远), in: *Jinan Journal* (暨南学报), 02/2011, 7 ff. Der außergewöhnliche Einfluss von CISG auf das chinesische Vertragsgesetz wird dadurch erläutert, dass die chinesischen vertraglichen Haftungsregelungen im Wesentlichen dem CISG nachgebildet wurden. Ausführlich unten § 5 B II 2 b aa, S. 107 ff.

bb) Weitere Rechtsordnungen

Weitere Rechtsordnungen wie z. B. österreichisches (§§ 1313a,⁴⁴ 1315⁴⁵ ABGB),⁴⁶ schweizerisches (§§ 55, 101 OR),⁴⁷ französisches (Art. 1242 ab 01.10.2016, Art. 1384 a.F. C.c.)⁴⁸, japanisches Recht (§§ 415, 715 Japan-ZGB)⁴⁹ werden nur gelegentlich angeführt, um die jeweiligen Argumente oder Anhaltspunkte, z.B. die Modelle der Risikoverteilung, zu unterstützen. Solche Rechtsordnungen werden allerdings nur sporadisch angerissen, damit der Nachdruck auf das deutsche und chinesische Rechtssystem nicht verloren geht.

II. Fokussierung auf die Rechtsprechungen beider Rechtsordnungen

Genau genommen, kann kaum von einer selbständigen Untersuchungsmethode in juristischen Arbeiten die Rede sein. Denn die Gerichtsentscheidungen werden gewöhnlich nur für die Verdeutlichung und Begründung bestimmter Gesichtspunkte herangezogen. Doch wird an dieser Stelle noch darauf abgehoben, dass in der vorliegenden Arbeit zahlreiche typische Urteile als Beispiele für die effiziente Zusammenwirkung sowie ggf. ein aufgetretenes Spannungsverhältnis zwischen der Rechtsanwendungspraxis und der Lehre angeführt werden.

Des Weiteren können Urteile aus beiden Rechtsordnungen, denen wesentlich gleiche Sachverhalte zugrunde liegen, aufeinandertreffen. Daran kann man die unterschiedlichen Herangehensweisen und Erklärungsansätze beobachten. Die Rechtsvergleichung im Spiegel der Rechtsprechung kann dem Rechtsanwender die Möglichkeit eröffnen, Besonderheiten der jeweiligen Rechtsordnung zu entdecken. Ein alter sehr bekannter Fall – „*Linoleumrollenfall*“⁵⁰, ist ein instruktives Beispiel, mit dem man nicht nur die richterliche entwickelte Rechtsfigur „*culpa in contrahendo*“, sondern auch die Unzulänglichkeit des § 831 und den Anfang der Flucht ins

⁴⁴ § 1313a ABGB wurde erst in einer Rechtsnovelle ins ABGB eingefügt. Vgl. *Ranieri*, S. 803.

⁴⁵ Jüngster Aufsatz über § 1315 ABGB vgl. *Angyan*, JBl. 2016, 289-300, 361-366. Sein Vorgänger im ABGB von 1811 lautet: *Bedient sich der Geschäftsherr einer gefährlichen Person, haftet er für eigenes Verschulden. Bei Einsatz einer untüchtigen Person ist die Haftung des Geschäftsherrn vom Verschulden unabhängig.*

⁴⁶ Siehe Anhang: betreffende Vorschriften (Österreich).

⁴⁷ Siehe Anhang: betreffende Vorschriften (Schweiz).

⁴⁸ Nach Art. 9 „*Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016*“ tritt das neue Code civil am 1. Oktober 2016 in Kraft, dessen Schuldrecht hauptsächlich im Rahmen von Art. 1100 bis Art. 1386 umfassend reformiert wurde. Art. 1384 a.F. C.c. bleibt in Art. 1242 n.F. C.c. inhaltlich unverändert. Zur deutschen Übersetzung des Gesetzes Nr. 2015-177 vom 16.02.2016 (Ermächtigungsgesetz), ZEuP 2017, 195-215. Mehr Infos über die Reform der C.c. vgl. *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 6-67 und ZEuP 2017, 778-835; *Welzenbach/Morbach*, ZEuP 2017, 514-519; *Babusiaux/Witz*, JZ 2017, 496-507; *Deshayes/Barsan*, IWRZ 2017, 62-67; *Dubarry*, JBl. 2016, 549-563; *Bien/Florian/Borghetti/Jean-Sebastien* (Hrsg.): Die Reform des französischen Vertragsrechts: Ein Schritt zu mehr europäischen Konvergenz?, 2017.

Zur Haftung des Geschäftsherrn für seinen Verrichtungsgehilfen im älteren französischen Recht, vgl. *L.-J. Constantinesco*, in: FS Lange (1970), S. 415 ff. Eine Besonderheit des älteren französischen Rechts liegt aber darin, dass es die Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen nicht generell normiert. Vgl. unten § 8 II 1, S. 243.

⁴⁹ Englische Fassung des Japan-BGB abrufbar unter: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&ft=2&re=01&dn=1&yo=%E6%B0%91%E6%B3%95&x=30&y=7&ia=03&ky=&page=3&vm=03&id=2057&lvm=01> und deutsche Fassung siehe *Andreas Kaiser*: Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache, 2008.

⁵⁰ RGZ 78, 239 ff. Dazu ausführlich vgl. *Krüger*, Eine Linoleumrolle und die Folgen, in: FS Hagen (1999), 409 ff. Der jüngste Aufsatz von *Thiessen*, welcher dem sehr verehrten Professor *Canaris* zum 80. Geburtstag gewidmet wird, hat den Hintergrund des Streitfalls, insb. die Prozessakte des zuständigen VI. Zivilsenat des RG sehr ausführlich dargestellt. Vgl. *ders.*, in: FS Canaris (2017), 51 ff.

Vertragsrecht verdeutlichen kann. Das chinesische Gericht neigt in dieser Fallgestaltung demgegenüber dazu, seine Entscheidungen fast ausnahmslos auf eine deliktsrechtliche Grundlage zu stützen.

E. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit lässt sich hauptsächlich in Gestalt von Länderberichten durchführen. Nach den Darstellungen der jeweiligen Rechtsordnung ist eine rechtsvergleichende Aufbereitung geboten.

Nach der im ersten Kapitel dargelegten Einleitung (§ 1), in der die zu behandelnden Probleme, die Methoden und der Gang der Untersuchung skizziert wird, konzentriert sich das zweite Kapitel auf die deutsche Rechtsordnung. Die spezifische Frage nach den Grundgedanken des § 278 wird vor allem im zweiten Abschnitt (§ 2) diskutiert. Im dritten Abschnitt (§ 3) wird zuerst die Herkunft der Erfüllungsgehilfenhaftung erklärt, wobei mehrere römische Institute und ihr Zusammenhang zum § 278 vor Augen geführt werden. Was die Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung anbelangt, werden anschließend die differenzierenden Herangehensweisen in der deutschen Lit. geprüft. Der vierte Abschnitt (§ 4) bildet den Kerngegenstand des ersten Länderberichts, der die tatbestandlichen Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung auszuloten sucht. Der Grund für die detaillierte Betrachtung liegt einerseits darin, dass die praktische Rechtsanwendung des § 278 anhand der ausgewählten Fallgestaltungen geprüft und die Entwicklung bestimmter deutscher Rechtsfiguren im Rahmen des ausgedehnten Geltungsbereiches des § 278 beobachtet werden. Andererseits liefern sie dem chinesischen rechtsvergleichenden Beobachter Konkretisierungsmaßstäbe, die auf Seiten der chinesischen Rechtsordnung wegen der fehlenden Vorschrift bisher allerdings nicht sehr übersichtlich sind.

Im dritten Kapitel wird der Blick auf die chinesische Rechtsordnung geworfen. Bevor die gesetzliche Stütze für die Erfüllungsgehilfenhaftung im geltenden Recht gesucht wird, werden ein paar Vorbemerkungen vorangestellt, die m.E. geeignet sind, das Verständnis des chinesischen Vertragsrechts zu fördern (§ 5). Dieser Abschnitt konzentriert sich auf die Frage nach der Erforderlichkeit der dem § 278 BGB entsprechenden Regelung. Die sich anschließende Frage, auf welchen positiv-rechtlichen Grundlagen die Verschuldenszurechnung vorgenommen werden kann, wird in allen Einzelheiten beantwortet (§ 6). Dabei wird die chinesische kollektivistische Volkstümlichkeit ebenfalls in den Blick genommen. Danach werden die tatbestandlichen Voraussetzungen der Haftung für einen Dritten in Anlehnung an das Überprüfungsschema seitens des deutschen Rechts unter Berücksichtigung der durch die Gerichtspraxis herausgebildeten Ausprägungen annähernd geprüft und systematisiert (§ 7).

Anschließend wird eine rechtsvergleichende Betrachtung in größerem Maße, aber nur auf cursorische Weise vorgenommen, wobei unterschiedliche Vorgehensweisen in weiteren Rechtsordnungen untersucht werden (§ 8). Angesichts der ausgedehnten Anwendbarkeit des deutschen § 278 werden anschließend die dahinter verborgenen

Erwägungen zutage gefördert, wobei das deliktische Haftungsregime mit einbezogen wird (§ 9). Schließlich ist ein ganz kontrastreiches Bild auf Seiten der chinesischen Rechtsordnung zu umreißen (§ 10), in dem sich das Zusammenspiel des chinesischen Vertrag- und Deliktsrecht verdeutlichen lässt.

2. Kapitel. Länderberichte: Deutschland

§ 2 Grundgedanken des § 278

Ein Blick auf die dahinterstehenden Grundgedanken⁵¹ ist besonders geeignet, ein besseres Verständnis des Regelungszweckes und der Bedeutung der geltenden Regelung zu fördern.⁵² Das RG hat in einem Urteil von 1926, das das Urheber- bzw. Persönlichkeitsrecht betraf, das Verhältnis zwischen der Entstehungsgeschichte bestimmter Vorschriften und ihrer Auslegung mit den folgenden Sätzen anders dargestellt:

„Aber je rascher und stärker sich das Verkehrsleben wandelt, desto weniger taugt eine Begründung, die vor der Zeit solcher Wandlungen liegt, zum Behelfe der Gesetzesauslegung.“⁵³

Das vom RG für zwangsläufig gehaltene Nachlassen der Bedeutung des früher als richtig und zeitgemäß empfundenen gesetzgeberischen Konzepts mit fortschreitendem Alter einer Kodifikation gilt m.E. nur für einen kleineren Teil von Gesetzesvorschriften,⁵⁴ aber nicht für jede Regelung. Die Wandlung der gesellschaftlichen Gegebenheiten sollte man nicht überbetonen. Die historischen Begründungen der meisten Regelungen büßen an Bedeutung bis heute nichts ein und haben überzeitliche Gültigkeit erlangt. Bei § 278 ist dies der Fall.

Es ist zuzugestehen, dass die Rechtsgedanken des § 278 nach allem in den deutschen Aufsätzen⁵⁵, Monographien⁵⁶ oder Kommentarliteraturen⁵⁷ schon sehr häufig erörtert wurden. Ein näheres Zusehen erscheint für die mit dem deutschen Recht vertrauten Juristen sehr wahrscheinlich überflüssig. Diese Überlegung mindert jedoch nicht das Interesse an einer Übersicht über die Rechtsgründe in der vorliegenden Arbeit. Ein Versuch, eine sorgfältige Einsicht in seine Rechtsgründe zu nehmen, lohnt sich deshalb, weil ein Rechtsvergleicher nur auf diese Weise die konkrete Rechtsanwendung sowie die gegebenenfalls aufgetretenen abweichenden Urteile verstehen kann.

⁵¹ *Delmere* hat in seiner Dissertation die Gründe für § 278 in drei Stufen aufgegliedert: 1) normierte Haftung für Gehilfen (historische Vorbilder und vorhandene Regelungen); 2) praktische Verkehrsbedürfnisse; 3) Begründungen im juristischen Sinne. Vgl. *ders.*, S. 40. Diesem Argumentationsvorgang will ich mich in der vorliegenden Arbeit zwar nicht anschließen. Die getroffenen Einzelfragen werden hier vereinzelt behandelt.

⁵² *Leßmann* betonte ausdrücklich das Gewicht der Untersuchung nach Rechtsgründen, da unterschiedliche Instrumentarien sich in der Regel auf ganz verschiedenen Grundgedanken und Zurechnungsprinzipien berufen. Das angemessene Verständnis einer Vorschrift hängt oft von einer eingehenden Analyse von dahinterstehenden Rechtsgedanken ab. Vgl. *Leßmann*, JA 1980, 193 (199).

⁵³ RGZ 113, 413 (418).

⁵⁴ Bei § 831 ist dies wohl der Fall. Seine historischen Begründungen und die damit verbundene Unzugänglichkeit stoßen bis heute noch auf vehemente Kritik, vgl. *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203 (271) und *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (284), die in Ansehung von später höchstrichterlich entwickelten Regelungen die Notwendigkeit der Modifikation allerdings gewissermaßen verneinen, vgl. *Kötz*, a.a.O., 283 (284); *Wagner*, in *Röder*, Diskussionsbericht, ZHR 181 (2017), 302 (305).

⁵⁵ Zu den Darstellungen der Rechtsgründe oder Gesichtspunkte des § 278 vgl. *E. Lorenz*, in: FS 50 Jahre BGH, 329 (330 ff.); *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (503 ff.); *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70 (73 ff.).

⁵⁶ Statt vieler bereits *Delmere*, § 3; *Träger*, Kapitel 3 § 1.

⁵⁷ Vgl. nur *MükoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 3; *Staudinger/Caspers* (2014) § 278 Rn. 1 ff.

A. Rein ökonomische Erwägungen

Die wirtschaftlichen Existenzgrundlagen sowie die ökonomischen Gesellschaftsverhältnisse schlagen sich einerseits öfter in der zugrundeliegenden Konzeption von bestimmten Rechtsinstituten und darüber hinaus ggf. in der ganzen Rechtsordnung nieder. Andererseits müssen die Legislative, Judikative und Jurisprudenz die gesellschaftliche Gegebenheit ins Bewusstsein aufnehmen und darauf schnell genug und folgerichtig reagieren.⁵⁸ Dieses Phänomen spiegelt sich in der Entstehungsgeschichte des § 278 wider.

I. Das Verhältnis der Gesetzgebung zu den gesellschaftlichen Gegebenheiten

Darüber, dass die gesetzgeberische Konzeption dem dringenden Verkehrsbedürfnis unterlag, wurde nicht wenig gesprochen. Im Rahmen des römischen Rechts sprang z.B. die Haftung der *nautae, caupones und stabularii* in die Augen, die vor allem auf die notorische Unzuverlässigkeit dieser Berufe zurückzuführen war.⁵⁹ Es lässt sich nicht bestreiten, dass die Entstehung dieser älteren Haftungsnorm den damaligen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entsprach.

Windscheid hat einst deutlich geäußert, dass *das Bedürfnis des Verkehrs keine Rechtsquelle* sei.⁶⁰ *Larenz*⁶¹ bezweifelte ebenso, dass das sog. „*unabweisbare Bedürfnis des Rechtsverkehrs*“ als ein allgemeingültiger Grund für die richterliche Rechtsfortbildung hinsichtlich der Sicherungsübereignung benutzt werden kann. Ihre Behauptungen stehen allerdings der hier eingezogenen Überlegung nicht entgegen, da sie allein das Verhältnis zwischen der Legislative und Judikative ins Auge fassten und nur die Gesetzesbindung der Richter betonten.⁶² Sie verneinten die These, dass die Gesetzgebung oft durch das Verkehrsbedürfnis veranlasst sei,⁶³ nicht.

II. § 278 als gesetzgeberische Reaktion auf damalige Verkehrsbedürfnisse

1. Historische Hintergründe der BGB-Kodifikation

Unsere Gesellschaft war und ist durch die immer weiter verfeinerte Arbeitsteilung zutiefst geprägt.⁶⁴ Das erstrebte Ziel, den Schuldner an einer Exkulpation durch eine Delegation auf Gehilfen zu verhindern, kommt in §278 besonders deutlich zum Ausdruck.⁶⁵ Blicken wir nun auf 19. Jh., insb. die zweite Hälfte des 19. Jh., von dem das lange Vorbereitungsstadium des deutschen BGB völlig erfasst wurde. In dieser Epoche, also einem technisierten und industrialisierten Zeitalter,⁶⁶ fanden die

⁵⁸ *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1974), S. 56; nicht zuletzt auch *R. Schmidt*, in: FS Nipperdey (1965), 687 ff.

⁵⁹ *Kaser*, § 136 III 3 (S. 586) mwN.; *Seiler*, JZ 1967, 525 (526) mwN.; *Mayer-Maly*, § 29 VIII 3 (S. 135); *Delmere*, S. 42.

⁶⁰ *ders.*, AcP 63 (1880), 72 (81).

⁶¹ *ders.*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, S. 6.

⁶² Gleiche Worten „*Die Quelle der Entscheidung kann nur das juristische Denken sein*“ befand sich auch in *Windscheids* Rede am 22.9.1889 beim Festessen zum 50-jährigen Dienstjubiläum des Oberlandesgerichtspräsidenten Albrecht, DJZ 14 (1909), 954 (955).

⁶³ Auch MüKoBGB/*Habersack* (2017) § 807 Rn. 1.

⁶⁴ *Dreher*, S. 20.

⁶⁵ *Erman/H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 1. Auch *Sundermann*, AcP 191 (1991), 462 (463).

⁶⁶ *Köndgen*, Haftungsfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung, 1976, S. 21.

Übergänge von agrarischer zu industrieller Produktion, die Umwandlung der gesellschaftlichen Struktur, besonders die Arbeitsteilung infolge der Verbreitung der Industrialisierung statt. Die Weiterentwicklungen in der Industrie, der Technologie und des Handelsverkehrs trat auf die Bühne. In dieser Etappe herrschte auch die immer weiter verfeinerte Arbeitsteilung, was die Herstellung und den Absatz der Waren betraf.⁶⁷

Die menschliche Handarbeit⁶⁸ wurde durch die damals wesentlich von Dampfmaschinen hervorbrachte Maschinenkraft ersetzt. Dementsprechend traten mehr und mehr sog. „*schadensträchtiger Fälle*“ aus den Industrieanlagen auf.⁶⁹ Die BGB-Väter durften diese mit der rasant vorangehenden Industrialisierung verbundenen Ausweitung großbetrieblicher Produktion auch nicht vernachlässigen, da die Gesetzgebung des geltenden Rechts stets auf veränderte Bedingungen und auf gesellschaftliche, wirtschaftliche und technische Fortentwicklungen in angemessener Art und Weise reagieren und sie berücksichtigen muss.⁷⁰ Tatsächlich findet diese Grundvorstellung ihren Niederschlag noch heute in der deutschen Judikatur und Kasuistik.⁷¹

2. Krise des durchgängigen Verschuldensprinzips

Das Schullelement für die Haftung war nicht immerhin unerlässlich, wenn mehrere Durchbrechungen des Verschuldensprinzips später als Folge von Gefährdungshaftungen im deliktsrechtlichen Bereich in der zweiten Hälfte des 19. Jh. vorkamen.⁷² Die Stellung des Verschuldensprinzips als das „*Axiom eines jeden*

⁶⁷ H. Westermann, JuS 1961, 333 (333).

⁶⁸ Früher waren nachlässige Gesellen (Lehrlinge) noch mustergültige Schulbeispiele, mit denen die Haftung des Meisters für sein Fehlverhalten sowohl im Vertrags- als auch Deliktsrecht anschaulich illustriert wird. Ein Geselle wirft beispielsweise aus Unachtsamkeit die Vase um, vergiftet den Hund des Bestellers, begeht einen Diebstahl wegen wilder Gier. Vgl. Planck/Siber (1914) § 278, 1 b (S. 226); Schäfer, RabelsZ 1957, 409 (410 ff.); Dörner/Staudinger, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (2002), Rn. 98; Staudinger/Belling (2012) § 831 Rn. 125; Hedemann, § 3 V b (S. 18); Kupisch, JuS 1984, 250 (252); Oertmann-Kommentar (1899) § 278 3 c (S. 38); Hirsch, SchuldR AT, Rn. 432; Leonhard, § 228 (S. 452).

⁶⁹ HKK/Kannowski (2013) § 831 Rn. 5.

⁷⁰ Wieacker, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1974), S. 56; Honsell, in Staudinger/Eckpfeiler (2014) B Rn. 6. Neben §§ 278 sind noch zahlreiche Instrumentarien und Regelungen mit der Industrialisierung zu tun. Sie haben sich zum Teil erst nach der Kodifikation des BGB in der Rechtsprechung entwickelt und teilweise wurde später durch die Schuldrechtsmodernisierung oder den Erlass von einfachen Gesetzen im Gesetz verankert. Dazu gehören beispielsweise Verkehrspflichten, Organisationsverschulden und insb. Gefährdungshaftungen.

⁷¹ R. Schmidt, in: FS Nipperdey (1965), 687 ff. hat beispielsweise die Bedeutung der Entwicklung von Wirtschaft und Wirtschaftsrecht für das Privatrecht in der ersten Hälfte des 20. Jh. mit zahlreichen Beispielfällen skizziert. Er unterteilt die Entwicklung in 3 Phasen. Die 1. Phase wurde im Allgemeinen durch den sog. normativen Rechtspositivismus charakterisiert. Für diesen Entwicklungsabschnitt sind beispielsweise grammatische Gesetzesauslegung und die Präzisierung des „Treu und Glauben“-Prinzips repräsentativ. Der Schutz des Schwächeren, die Geschäftsgrundlage-Lehre, die positive Forderungsverletzung, culpa in contrahendo sind klassische Merkmale für den 2. Entwicklungsabschnitt. Die Einwirkung der wirtschaftlichen Entwicklung auf das Privatrecht in der 3. Phase wurde durch die fortschreitende Technisierung und die damit verbundene erhöhte Gefahr geprägt. Zu erinnern sind vor allem die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als geschütztes Rechtsgut und das Schmerzensgeld, die erweiterte Haftpflichtversicherung.

⁷² Zuerst kam das Königlich Preußische Eisenbahngesetz vom 2. November 1838 vor. Nach dem § 25 des Eisenbahngesetzes ist „*die Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn, an den auf derselben geförderten Personen und Gütern, oder auch an anderen Personen und deren Sachen, entsteht und sie kann sich von dieser Verpflichtung nur durch den Beweis befreien, dass der Schade entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten, oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist. Die gefährliche Natur der Unternehmung selbst ist als ein solcher, von dem Schadenersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten.*“ Über die Entstehung und Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jh. vgl. Bürge, in: FS Canaris I (2007), 59 ff.

*Rechtssystem*⁷³ wurde außerdem in kleinen Schritten angegriffen. Ein sehr wichtiger Fortschritt im vertraglichen Bereich war die Beweislastumkehr,⁷⁴ die wohl auf die *Gefahrbeherrschungstheorie* zurückgeht. Diese neuen Entwicklungen haben die Vorkämpfer der verschuldensunabhängigen Haftung für Gehilfen (insb. für Verrichtungsgehilfen) aufgemuntert und ihr auch theoretische Unterstützungen gewährt.

Nach einem zeitweiligen Schwanken wurde bezüglich der unbedingten Gehilfenhaftung im vertraglichen Bereich bei zwei deutschen Juristentagen der Jahre 1884 und 1886 erstaunlicherweise Einstimmigkeit erzielt. Der Meinung *Seilers* nach war vor allem vom „Zugeständnis“ an den „*Druck der praktischen Bedürfnisse*“⁷⁵ die Rede. *Oertmann*⁷⁶ hat in § 278 „*Duellestellen*“ zusammengefasst, worunter die „*praktische Erwägung*“ fällt. Der vermeintliche Meinungsstreit zwischen den Praktikern und Pandektisten kam dazu deshalb nicht vor. Die Pandektisten haben sogar aktiv versucht, sich einen Ausweg durch die begriffliche Auslegung der „*Obligation*“ zu suchen. Ein lückenloses und widerspruchsfreies System blieb aus der Perspektive der Begriffsjurisprudenz dadurch weiter unberührt.

Die gelungene Einhelligkeit spricht eher für die Folgerichtigkeit und den Vorrang des dringenden Verkehrsbedürfnisses. Leider beschränkt sich die Priorität des Bedürfnisses des Verkehrs ausschließlich auf den vertraglichen Bereich. In eine ganz andere Richtung entfaltete sich die (damalige) gesellschaftliche und wirtschaftliche Realität⁷⁷ im deliktischen Bereich.

3. Einige kritische Überlegungen

Beim Versuch, den Gedanken einer Haftungs- oder Zurechnungsnorm auf das Verkehrsbedürfnis abzustellen, besteht allerdings die Gefahr einer rechtspolitischen Schwankung, soweit man irgendeine (strenge oder günstigere) Haftungs- oder Zurechnungsnorm für erforderlich oder entbehrlich erachten würde. Die Schlüssigkeit der vorherigen Überlegungen würde später von wechselhaften Bedürfnissen bedroht. Eine früher als richtig und zweckmäßig erachtete Norm müsste damit sofort geändert werden, sofern sich die zugrundeliegenden Umstände inzwischen abwandeln. Unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit der „*wechselnden Richtung und der wachsenden Mannigfaltigkeit des Verkehrs*“⁷⁸ müsste der Gesetzgeber sich darauf

⁷³ HKK/Schermaier, vor § 276 Rn. 5; *Seiler*, JZ 1967, 525 (526). Nach schweizerischem Recht sei ein Verschulden des Ersatzpflichtigen für die Entstehung der Haftung im Allgemeinen erforderlich. Vgl. *Koller*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 28 (S. 7).

⁷⁴ *Hasse* machte schon früh deutlich, dass eine Beweislastverteilung zulasten des präsumtiven Geschädigten unbillig sei. Da er den Gehilfen nicht kennt. „*Dies würde durchaus unbillig sein, da der Letztere selten die Leute kennt; vielmehr muss man im Zweifel annehmen, dass der, welcher sich schlecht aufführte, auch schlecht gewählt worden. Der obligatus hat hier aber auch nichts Anderes zu beweisen, als dass der Mensch schon vorher zu ähnlichen Dingen von gleicher Wichtigkeit gebraucht worden, und seine Sache immer gut gemacht hat, was in der Regel leicht sein wird.*“ Vgl. *Hasse*, Die Culpa des römischen Rechts, 2. Aufl., 1838, S. 411 f.

⁷⁵ *Seiler*, JZ 1967, 525 (527).

⁷⁶ *Oertmann-Kommentar* (1899) § 278 1 (S. 38).

⁷⁷ Zur Wandlung der politischen Kräfte (Parteien) und der sozialen Schichten während der Bearbeitungszeit des BGB von 1873 bis 1896 siehe ausführlich vor allem *Staudinger/Honsell* (2013) Einl. 1 zum BGB, Rn. 1-25, oder verkürzend *ders.*, in *Staudinger/Eckpfeiler* (2014) B Rn. 1-12.

⁷⁸ *Puchta*, Pandekten, 12. Aufl., 1877, S. 333 f., zitiert nach *Stoffels*, S. 1.

vorbereiten, Regelungen zu novellieren.

Außerdem wird der pauschale Rekurs auf eine abstrakte Begründung „praktisches Verkehrsbedürfnis“ als wenig aussagekräftig gewürdigt.⁷⁹

III. Fazit

Trotz des soeben angerissenen Bedenkens ist es klar, dass eine unbedingte Haftung für Erfüllungsgehilfen sowohl bei den Praktikern als auch bei Rechtswissenschaftlern von vornherein viel Unterstützung fand.⁸⁰ Man sollte die Wandlungsfähigkeit von gesellschaftlichen Verkehrsbedürfnissen freilich nicht überschätzen. Obwohl die Abstellung auf praktisches Verkehrsbedürfnis eigene Schwächen hat, ist sie eher geeignet, das Verständnis der dem § 278 inhärenten „Richtigkeit“ zu fördern. *Schmidt-Kessel* scheut sich nicht zuzugestehen, dass die Regelung geradezu auf Verhinderung der Haftungsentlastung durch Arbeitsübertragung abzielt.⁸¹

Das Verkehrsbedürfnis sollte nicht nur als der Anlass eines Gesetzgebungsvorhabens verstanden werden, sondern für die Plausibilität der Haftung für fremdes Verhalten iSd. 278 verstärken. Verfehlt scheint es deshalb, dass das Verkehrsbedürfnis nur als „inhaltsleere Formel“ zu verstehen ist.

IV. Exkurs: Ökonomische Analyse

Hierzu muss man einen neuen Gesichtspunkt der ökonomischen Analyse⁸² heranziehen, die nun in den USA als eine sehr populäre Lehre vorkommt. Der Grund für eine hier vorangestellte und isolierte Erörterung über Rechtsökonomie liegt darin, dass sie inhaltlich der obigen Darstellung ökonomischer Erwägung in erheblichem Umfang ähnelt.

*Kötz*⁸³ hat hinsichtlich der „*vicarious liability*“ im Common Law die ökonomische Analyse als „*beste Begründung*“ für die strikte Haftung des Geschäftsherrn für Fremdverhalten angesehen. Diese Lehre bewertet den sog. „Beweggrund“ sehr hoch, mit dem der Geschäftsherr erforderliche und vernünftige Maßnahme weitestgehend zu treffen versucht, um potenzielle Schadensereignisse zu vermeiden oder wenigstens zu verringern. Nach *Kötz* sei die alleinige Haftung des Gehilfen nicht zweckmäßig, weil eine unerträgliche Haftung ihn nicht dazu bewegen würde, entsprechende Vorsorgemaßnahme zu ergreifen. Doch liege dieser Fall etwas anders bei seinem Geschäftsherrn. Nur er sei sowohl mit vollem Interesse angeregt als auch in der Lage, derartige vorsorgliche Maßnahmen zum Schutz vor schadenstiftenden Ereignissen zu treffen.⁸⁴

Die Überlegung ist m.E. übertragbar auf § 278. Der Schuldner hat ausreichende

⁷⁹ *Prölss*, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1039).

⁸⁰ *Seiler*, JZ 1967, 525 (527).

⁸¹ PKK/*Schmidt-Kessel* (2015) § 278 Rn. 1; *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 410.

⁸² Zum Entwicklungsstand der ökonomischen Rechtstheorie in Deutschland, wo sie lebhaft Widersprüche findet, vgl. jüngsten Aufsatz von *Wagner*, in: FS Canaris (2017), 281 ff., insb. S. 284 ff.

⁸³ *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (285).

⁸⁴ *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (286).

Anreize, zweckgemäße und zumutbare Vorbeugemaßnahmen zu ergreifen, sofern sie nach den Kalkulationen des Nutzen-Kosten-Verhältnisses noch nutzbringend wären. Die sog. abschreckende Wirkung der strikten Haftung scheint vielmehr für einen wirtschaftlich verständigen Schuldner ein komplementäres Element zum ökonomischen Beweggrund zu sein. Überdies ist nur er in der Lage, geeignete Maßnahmen gegen vorhersehbare eventuelle Schäden zu treffen.

B. Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“ als leitendes Kernkonzept

Wenn das soeben Gesagte teilweise noch als nicht vollständig zu bezeichnen ist, hat die deutsche Lehre dann anhand weiterer ergänzender Gesichtspunkte seine Überlegungen verfeinert. Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“⁸⁵ ist das Ergebnis davon.

I. Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“ im Allgemeinen

Der Gedanke der „*Risikoverteilung*“,⁸⁶ dem eine Vielzahl von deutschen geltenden Vorschriften⁸⁷ oder rechtlich entwickelten Regelungen⁸⁸ zugrunde liegen, ist in der Regel ein sehr wichtiger Ausgangspunkt für eine strenge Zurechnung oder striktere Haftung,⁸⁹ insb. für eine verschuldensunabhängige Haftung.

Sowohl die Judikatur als auch die Kasuistik als auch die Lehre haben sich um tragbare Ergebnisse bemüht, um das Risiko der allgemeinen Lebensverhältnisse nach rationalen Haftungsregelungen auf die dazugehörigen Beteiligten zu verteilen.⁹⁰ Der Gedanke „*Risikoverteilung*“ ist sozusagen allgegenwärtig. Im arbeitsrechtlichen Bereich begünstigt der Gedanke z.B. den Arbeitnehmer dadurch, dass sich die Arbeitnehmerhaftung in der Regel auf vorsätzlich und grob fahrlässig verursachte Schäden beschränkt, weil der Arbeitgeber die mit dem Betrieb verbundenen Betriebs- und Wirtschaftsrisiken tragen muss.⁹¹ Der Gedanke findet seinen Niederschlag auch in der Mitverschuldensregelung, mit der eine gerechte Verteilung des Lebensrisikos bzw. der Belastung für den Versicherungsschutz zwischen dem Schädiger und Geschädigten verwirklicht werden kann.⁹²

Im Folgenden konzentriert sich die Untersuchung aus Raumgründen auf die Frage

⁸⁵ Diese Bezeichnung wird von *Tröger* übernommen. In der Lit. wird zum Teil auch „*Interessensgedanke*“, „*Vorteil-Nachteil-Gedanke*“ (*Fitz*, S. 55), „*Nutzen-Risiko-Analyse*“ (*Wendelstein*, AcP 215 [2015], 70 [85]) genannt. Im Allgemeinen besteht dazwischen kein deutlicher Unterschied. Vgl. *Tröger*, S. 143. Im französischen Recht wurde die Theorie „*de risque-profit*“ teilweise vertreten. Vgl. *Baur*, Verrichtungsgehilfe, 180 (182 f.).

⁸⁶ Das Kompositum „*Risikoverteilung*“ hat sich freilich auf den Grundbegriff „*Risiko*“ bezogen, dessen Bedeutung oft mit denen des Worts „*Gefahr*“ inhaltlich gleichkommt. Dazu vgl. *Meder*, JZ 1993, 539 (543), Fn. 35.

⁸⁷ Zur vertragstypischen Risikoverteilung z.B. bei unentgeltlicher Besorgung (§ 670) vgl. BeckOK BGB/*Fischer* (2016) § 670 Rn. 20; BGH, NJW 1963, 251 (252).

⁸⁸ Nach *Kleindiek* wurde die Anerkennung einer Verkehrspflicht juristischer Person teilweise mit dem „*Risiko-Nutznießungsgedanke*“ begründet. Vgl. *ders.*, S. 478.

⁸⁹ Obwohl die Regelung der Beweislastumkehr iRd. § 831 selbstverständlich keine strikte Haftung im eigentlichen Sinne darstellt, kann diese gesetzgeberische Ausgestaltung im Vergleich zu allgemeinen Vorschriften (§§ 823 ff.) als striktere Haftung angenommen werden.

⁹⁰ MüKoBGB/*Wagner* (2017) Vorb. § 823 Rn. 59 ff. hat z.B. auf der Grundlage der ökonomischen Analyse die Risikoverteilung iRd. Deliktsrechts erklärt.

⁹¹ *Motsch*, JZ 1984, 211 (218). Auch *ErfK/Preis* (2018) § 310 Rn. 49.

⁹² *Looschelders*, *RabelsZ* 2000, 183 (189).

nach der Risikoverteilung im vertragsrechtlichen und deliktsrechtlichen Bereich.⁹³

1. „Risikoverteilung“ im Vertragsrecht

Angeht die Komplexität unserer Lebensverhältnisse ist die Unwissenheit von Laien allgegenwärtig. Verträge sind für die Vertragsparteien zuerst ein wichtiges Instrument, mit dem die mit der Unwissenheit verbundenen Risiken möglichst nach ihrem Belieben (zumindest ohne Rechts- und Sittenwidrigkeit) unter ihnen zu verteilen sind.⁹⁴ Mangels besonderer Parteivereinbarungen hängt die Sachlage der Risikoverteilung doch hauptsächlich von den (dispositiven) gesetzlichen Regelungen und ggf. der richterlichen Neuzuweisung in der konkreten Rechtsprechung ab. Im Rahmen des Vertragsrechts ist der Gedanke „Risikoverteilung“ bei der Leistungsstörung von besonderer Bedeutung.⁹⁵

Der Kerninhalt des Gedankens „Risikoverteilung“ wurde von *Motsch*⁹⁶ so prägnant in drei Prinzipien resümiert, nämlich: (1) *Abwendbarkeits-*, (2) *Absorptions-* und (3) *Veranlassungsprinzip*. Genauer kann es so formuliert werden: (1) Der Beherrscher der Gefahrenquelle trägt den daraus entstandenen Schaden, den er hätte abwenden können. (2) Der Inhaber des „*deep pocket*“⁹⁷ trägt den auf ein unabwendbares Ereignis zurückzuführenden Schaden, da er ihn durch die Versicherung, den Umsatz etc. weiter an Andere verteilen kann. (3) Der Veranlasser der Unternehmung trägt das Risiko, wenn alle Betroffenen gleich nahe an der Gefahrenquelle stehen. Durch die entsprechenden Regelungen ist die Leistungs- und Gegenleistungsgefahr z.B. jeweils zu gleichen Teilen dem Gläubiger und dem Schuldner aufzuerlegen.

Aus rein theoretischer Sicht sind die oben ausgeführten drei Einzelheiten, wie noch darzustellen sein wird, auch im § 278 enthalten.

2. „Risikoverteilung“ im Deliktsrecht

Im außervertraglichen Bereich gilt nichts Anderes. An dieser Stelle wird diese Risikoverteilung allerdings nur in begrenztem Umfang skizziert.

Der Gedanke „Risikoverteilung“ schlägt sich vor allem in der Gefährdungshaftung nieder.⁹⁸ Trotz der Gefährlichkeit erlaubt unsere Gesellschaft im Alltag bestimmte Verhaltensweisen oder Gefahrenquellen. Der Straßenverkehr, der Eisenbahnverkehr,

⁹³ *Meder*, JZ 1993, 539 (540).

⁹⁴ *MüKoBGB/Finkenauer* (2016) § 313 Rn. 61.

⁹⁵ Zu den allgemeinen Kriterien der rationalen Risikoverteilung im Vertragsrecht vgl. *I. Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörung in Austauschverträgen (1979) und *Motsch*, JZ 2001, 428 ff. Jüngst auch *Kötz*: Risikoverteilung im Vertragsrecht, JuS 2018, 1 ff. *Larenz* hielt die Risikozurechnung oder -verteilung für ein selbstständiges Prinzip der Schadenszurechnung, vgl. *ders.*, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 1965, 373 (374 ff.).

⁹⁶ *Motsch*, JZ 2001, 428 (428). Die drei Prinzipien werden auch in anderen Einzelfällen, z.B. die Schadensverteilung zwischen Arbeitgeber und -nehmer im arbeitsrechtlichen Bereich, angewandt.

⁹⁷ Dieser vereinzelte Punkt ähnelt funktional dem sogleich noch zu erwähnenden anderen Gesichtspunkt (vgl. unten § 2 E [S. 26]): Solvenz des eigentlichen Handelnden.

⁹⁸ Zur Entstehungsgeschichte, dem Rechtsgrund, der Entwicklung sowie Reform der Gefährdungshaftung, vgl. wesentlich nur *Ogorek*, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, 1975; *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozeuweisung, 1993. Daneben bieten viele Aufsätze einen Überblick darüber, vgl. v. *Caemmerer*, Reform der Gefährdungshaftung, 1971; *Canaris*, ÖJBL 1995, 2 ff.; *Deutsch*, VersR 1971, 1 ff.; *ders.*, NJW 1992, 73 ff.; *Honsell*, ZSR 1997 I, 297 ff.; *Hübner*, NJW 1982, 2041 ff.

das Inverkehrbringen von Produkten etc. bringen zwangsläufig spezifische Gefährlichkeit mit sich. Im Gegensatz zum allgemeinen Lebensrisiko⁹⁹ wirken solche hier erwähnte Gefahren als „positiver Risikozurechnungsgrund“ aus. Ihr Grundgedanke geht hauptsächlich auf die „Schadensabnahme vom Geschädigten durch Risikoüberwälzung“¹⁰⁰ zurück. Die Haftungsregelung hat meistens dogmatische Folgerichtigkeit und ist manchmal wesentlich nur von Wirtschafts- und Sozialinteressen geprägt. Die Gefährdungshaftung ist nach der gesetzgeberischen Absicht eine Auswirkung der verteilenden Gerechtigkeit, indem sie Risikosphären zuweist. Mit anderen Worten, die Gefährdungshaftung ist der Sieg des ethischen Gerechtigkeitsgefühls und Rechtsempfindens: *Wer die Vorteile aus der Gefahrenquelle erzielt, soll auch die Nachteile tragen*.¹⁰¹

Die obige Ausführung weist scheinbar keinen Bezug zum hier zu behandelnden Thema auf. In der Tat wird § 278 nach einem Teil der Lehre auch als „Gefährdungshaftung“ bezeichnet, die sich – wie im Folgenden (§ 2 C, S. 23 ff.) gezeigt wird – ebenso auf die dogmatische Grundlage „Gefahrschaffung und -erhöhung“ zurückführen lässt.

II. „Risiko-Nutznießungsgedanke“ im § 278

Im Anschluss wird die Anwendung der Theorie „Risikoverteilung“ im Rahmen des §278 spezifisch erörtert.

Entsprechend gilt der „Risiko-Nutznießungsgedanke“¹⁰² zuerst als einer der repräsentativsten Ansätze in der Literatur, um die unbeschränkte Haftung für Erfüllungsgehilfen zu begründen. Durch die Einbeziehung des Gehilfen erweitere der Schuldner/Geschäftsherr nicht nur seinen Beherrschungs- und Bewirkungsumfang, sondern auch die Gewinn- und Verdienstmöglichkeiten (durch den „Aktivitäts-¹⁰³ oder Aktionsradius“¹⁰⁴). Neben den Geschäftsrisiken und strategischen Risiken müsse er auch das *Personalrisiko* tragen. Es sei gerecht, dass der Schuldner gleichzeitig Interessen zu gewinnen und Risiken zu tragen hat (als „Personalfehlverhaltensrisiko“).¹⁰⁵ Dies steht auch mit der Rechtsparämie des

⁹⁹ Deutsch, VersR 1993, 1041 (1041 ff.) hat es als „negativen Zurechnungsgrund“ bezeichnet, weil der Geschädigte selbst als geeigneter Risikoträger das ihn treffende allgemeine Lebensrisiko tragen muss.

¹⁰⁰ Deutsch/Ahrens, Rn. 514.

¹⁰¹ Kötz/Wagner, Rn. 491.

¹⁰² Über den allgemeinen Inhalt des Gedankens, vgl. ältere Lit. Ubbelohde, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 7 (1860), 229 zitiert nach Tröger, S. 143. Leßmann, JA 1980, 193 (193) bezeichnet es als „Nutzen-Risiko-Prinzip“. Zusätzlich vgl. jüngstes Schrifttum auch Erman/H. P. Westermann (2017) § 278 Rn. 1; MüKoHGB/Jesser-Huß (2009) Art. 3 CMR Rn. 1.

¹⁰³ Honsell, in: FS Schwenzer (2011), 779 (781).

¹⁰⁴ Leßmann, a.a.O., S. 193; J. Huber, Die analoge Anwendung der vertraglichen Gehilfenhaftungsvorschrift, S. 82.

¹⁰⁵ Frühere Lit. siehe Oertmann-Kommentar (1899) § 278 1 (S. 38); Leonhard, § 228 (S. 452). Weitere Lit. vgl. Seichter in: jurisPK-BGB (2017) § 278 Rn. 1; Erman/H. P. Westermann (2017) § 278 Rn. 1; Jauernig/Stadler (2015) § 278 Rn. 2; MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 3; NK-BGB/Dauner-Lieb (2016) § 278 Rn. 1; Palandt/Grüneberg (2016) § 278 Rn. 1; Soergel/Pfeiffer (2014) § 278 Rn. 1; Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 1; v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd I, § 2 III 4 b (1), Rn. 180 (S. 190); v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, 49 (117); ders., in: FS Hauß (1978), 33 (40); Dreher, S. 20 f.; Honsell, in: FS Schwenzer (2011), 779 (781); Klees, MDR 2010, 305 (305); v. Gablenz, S. 146 ff.; Gies, in: FS Hubert Blank (2006), 177 (178); Kleindienst, JZ 1957, 457 (458); Köhler/Lorenz, PdW SchuldR AT, Fall 96, S. 123; Kreuzer, in: FS W. Lorenz (1991), 123 (128); Kupisch, JuS 1983, 817 (819); Larenz, MDR 1954, 515 (518); Leßmann, a.a.O., S. 193; S.

römischen Rechts, d.h. „*ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet*“,¹⁰⁶ in Übereinstimmung. Dieser Gedanke kommt auch in § 254 II 2 zum Ausdruck.¹⁰⁷

Außerdem liege die Einwirkungs- und Herrschaftsmöglichkeit auf den Gehilfen ausschließlich in seinen Händen.¹⁰⁸ Es führt dazu, dass der Schuldner das Risiko auf den Gläubiger abwälzen würde, wenn der Gläubiger nur gegen den Gehilfen den Schadensersatz auffordern könnte.¹⁰⁹ Der Schuldner sollte damit nicht durch die Übertragung seiner Pflichten von diesem Risiko befreit.¹¹⁰ Es wird zum Teil vertreten, dass § 278 der „Preis“ des Schuldners dafür sei, sich der Hilfspersonen überhaupt bedienen zu dürfen.¹¹¹ Mit anderen Worten „kauft“ der Schuldner um einen Preis „unbeschränkter Haftung für seinen Gehilfen“ eine „dispositiv-rechtliche“ Zulassung, an seiner Stelle einen Gehilfen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit heranzuziehen. *H. P. Westermann*¹¹² hielt den Gedanken „Risikoverteilung“ damit für „rechtspolitisch vertretbar“. Je öfter oder mehr der Schuldner Gehilfen zur Vertragserfüllung einschaltet, desto weniger er an der Vertragserfüllung persönlich beteiligt. Im schweizerischen Recht teilt Art. 101 OR denselben Gedanken: Wer den Vorteil hat, seine Pflichten und Rechte durch Hilfspersonen erfüllen bzw. ausüben zu dürfen, soll auch die Nachteile daraus tragen.¹¹³

Mit dem vorhergehenden „*Abwendbarkeitsprinzip*“ steht der Rückschluss allemal im Einklang: Der Schuldner ist im Vergleich zum Gläubiger eher in der Lage, den durch seinen Erfüllungsgehilfen ausgelösten Schaden abzuwenden. In Bezug auf das „*Absorptionsprinzip*“ hat der Schuldner mehr Möglichkeiten, das Risiko durch den Absatz, die Versicherung etc. anderen aufzuerlegen.

Lorenz, JuS 2007, 983 (984); *Rathjen*, BauR 2000, 170 (172); *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (502); *Schmidt*, in: FS Heinrichs (1998), 511, (520 f.); *H. Westermann*, JuS 1961, 333 (333); *Wolf*, ZIP 1998, 1657 (1659 f.). Der BGH argumentiert in seinen Entscheidungen mit dieser Begründung auch sehr oft, statt vieler vgl. z.B. BGHZ 131, 200 ff., Rn. 12; BGH, NJW 1996, 451 (452), Rn. 12. Daneben hat *Larenz*, JuS 1965, 373 (374) einen selbstständigen Zurechnungsgrundsatz „*Risikozurechnung*“ abgeschlossen, dessen Begründung und Analyse mit dem „*Risiko-Nutznießungsgedanke*“ sehr ähnlich formuliert wurde. Es ist allerdings nicht verwunderlich, dass dieser scheinbar allgemeingültige Gedanke außer Beifall auch Kritik auslöst. *Tröger*, S. 144 f. und *Harke*, SchuldR AT, Rn. 242 kritisieren beispielsweise diese Begründung, da sie „*zu pauschal*“ sei. *Köndgen*, in: FS W-H Roth (2015), 311 (332) hebt auch hervor, dass das sog. Personalrisiko nur bei der Einschaltung von schlechter qualifizierten Helfern denkbar sei. Derselbe Gedanke beherrscht auch das österreichische und schweizerische Recht. Zum österreichischen § 1313a ABGB vgl. unten Fn. 1292. Zum schweizerischen Art. 101 OR vgl. Fn. 1281; zum Art. 55 OR (deliktische Geschäftsherrenhaftung), vgl. BGE, 50 II 469 E. 2; *Fellmann/Müller/Werro*, Art. 58 OR 2020, in: Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer OR 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013, S. 182, Rn. 2.

¹⁰⁶ v. *Caemmerer*, ZfRV 1973, 241 (244); *Matusche-Beckmann*, Kap. 6 C) I 1 (S. 305). Die Übersetzung „wer aus einer Person Nutzen zieht, hat für deren Verhalten einzustehen“, siehe *Jansen*, S. 380 (Fn. 134).

¹⁰⁷ *Kleindienst*, JZ 1957, 457 (458).

¹⁰⁸ *M. Wolf*, JuS 1989, 899 (901); *Dreher*, S. 21. Kritisch *Pröls*, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1041).

¹⁰⁹ *Larenz*, SchuldR AT, § 20 VIII (S. 297).

¹¹⁰ *Erman/H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 1.

¹¹¹ *PWW/Schmidt-Kessel* (2017) § 278 Rn. 1. In diesem Sinne gleicht § 278 der Gefährdungshaftung sehr. Nach traditioneller Ansicht wird die Gefährdungshaftung auch als „*ein notwendiges Korrelat für die Zulassung technischer Risiken*“. Der Vgl. *Kötz/Wagner*, Rn. 498. *Larenz* hat eine ähnliche Betrachtungsweise zur Gefährdungshaftung, vgl. *Larenz*, JuS 1965, 373 (374).

¹¹² *H. Westermann*, JuS 1961, 333 (333).

¹¹³ BGE 114 Ib 67 S. 69; BGE 107 Ia 168 S. 168; BGE 94 I 248 S. 251.

III. Zweifel an dem „Risiko-Nutznießungsgedanken“

Trotz seiner universalen Überzeugungskraft¹¹⁴ in der Rechtsprechung und Lehre hat dieser Gedanke gleichermaßen Opponenten gefunden. *Meder*¹¹⁵ deutet unmittelbar darauf hin, dass der Risikobegriff selbst wegen der inhaltlichen Konturlosigkeit schwer begreiflich sei. *Klees*¹¹⁶ hob ausdrücklich darauf ab, dass die Selbstverständlichkeit dieses Gedankens zumindest vor der BGB-Kodifikation in Frage gestellt worden sei. *Dreher*¹¹⁷, *E. Lorenz*¹¹⁸ und *Prölss*¹¹⁹ zweifeln an der unerklärten Ungleichbehandlung von Erfüllungsgehilfenhaftung iSd. § 278 und Haftung für Verrichtungsgehilfen iSd. § 831. Im Gegensatz zum § 278 haftet der Geschäftsherr wortlautlich nur für eigene „*culpa in eligendo*“, auch wenn sein Verrichtungsgehilfe der Verrichtung „im wirtschaftlichen Interesse“ seines Geschäftsherrn nachgeht.

Besonders zweifelhaft ist die Rechtsfertigung der Anwendbarkeit des § 278 auf den Integritätsschutz mit dem Risiko-Nutznießungsgedanken.

1. Streitstand im Schrifttum

Während *E. Schmidt*¹²⁰ die Überzeugungskraft des Risiko-Nutznießungsgedankens mindestens auf der Leistungsebene für sinnvoll hält, machen *Tröger*¹²¹ und *Harke*¹²² deutlich, es sei aus mikroökonomischer Sicht zweifelhaft, allein aufgrund dieses Gedankens das Risiko dem Schuldner aufzubürden, da sich der Gläubiger als Vertragsgegner zumindest auch von der Einschaltung von Gehilfen Vorteile verschaffen könne. Die Vorteile des Einsatzes von Hilfspersonen liegen, was den Integritätsschutz betrifft, ausschließlich beim Gläubiger, dessen Integritätsinteresse durch sorgfältige Beachtung von Verhaltenspflichten ordentlich geschützt wird.¹²³

Wendelstein sieht die Abstellung auf „*Risiko-Nutznießungsgedanken*“ hinsichtlich des Integritätsschutzes als „*begriffsjuristischen Trick*“ an.¹²⁴ *Prölss*¹²⁵ zeigt die Schwäche des Risiko-Nutznießungsgedanken auf. Dieser Gedanke könne nicht erklären, wo der sog. Nutzen oder Vorteil wirklich liegt, soweit § 278 auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse und sogar unentgeltliche Tätigkeiten Anwendung findet.

¹¹⁴ Auch bei der anderen kategorialen Gehilfenhaftung, vgl. *HKK/Kannowski* (2013) § 831 Rn. 6.

¹¹⁵ *ders.*, JZ 1993, 539 (540).

¹¹⁶ *ders.*, MDR 2010, 305 (305).

¹¹⁷ *ders.*, S. 3.

¹¹⁸ *ders.*, in: FG 50 Jahre BGH, 329 (332).

¹¹⁹ *ders.*, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1040).

¹²⁰ *E. Schmidt* vertritt die Meinung, dass der Risiko-Nutznießungsgedanke sich für die weitere Verhaltenspflichtebene „*nicht aufrechterhalten*“ lässt. Die Haftung für Erfüllungsgehilfen sei doch darauf zurückzuführen, dass der Erfüllungsgehilfe aufgrund der Einziehung in die Sonderverbindung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger eine Einwirkungsmöglichkeit erlangt hätte. Vgl. *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (508, 522 f.).

¹²¹ *Tröger*, S. 144 f.

¹²² *Harke*, SchuldR AT, Rn. 242.

¹²³ *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70 (98); *E. Schmidt*, a.a.O., 502 (507).

¹²⁴ *Wendelstein*, a.a.O., 70 (99).

¹²⁵ *ders.*, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1040 f.).

2. Das Unvermögen des Konzepts in besonderen Konstellationen

Im Regelfall liegt die Bestellung des Gehilfen (ausschließlich) „im wirtschaftlichen Interesse des Schuldners“. Allerdings hat jede Regel ihre Ausnahme.

Im Einzelfall kann der Gläubiger ggf. selbst die Person des Gehilfen für den Schuldner bestimmen.¹²⁶ In diesem Fall mag die sog. Nutznießung des Schuldners wegen der größeren Einflussmöglichkeit des Gläubigers so schwach scheinen, während der Nutzen des Gläubigers umgekehrt deutlicher ist.¹²⁷ Das Einverständnis des Schuldners mit der Bestellung der Hilfsperson durch den Gläubiger ändert dieses Verhältnis auch nicht.

Abgesehen davon ist es ohne weiteres begreiflich, dass die Hinzuziehung des Gehilfen i.S.v. 278 in einer Vielzahl von Fällen auch zugunsten des Gläubigers oder zumindest zugunsten beider Seiten geschieht. Die Einbeziehung von Gehilfen geht nicht selten darauf zurück, dass dem Schuldner die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderliche Kompetenz oder Fähigkeit fehlt. In diesen Konstellationen hat er weitere Personen einzuschalten. Die Einschaltung des Gehilfen dient einerseits der internen Arbeitsteilung und -erleichterung¹²⁸ und geschieht andererseits hinsichtlich des Erfüllungsinteresses auch zugunsten des Gläubigers.¹²⁹ Durch die Einbeziehung des kompetenten Gehilfen wird gegenüber dem Gläubiger das mit dem Geschäft verbundene Risiko umgekehrt verringert. Das Erfüllungsinteresse des Gläubigers kann dadurch besser abgesichert werden.

IV. Eigene Stellungnahme

Den Rechtsgedanken „Risiko-Nutznießung“ hält man normalerweise für die stärkste Begründung, mit der man dem Schuldner eine verschuldensunabhängige Haftung für Gehilfen auferlegt oder die Beweislastumkehr rechtfertigt.

Es ist allerdings kein allgemeingültiges Prinzip, vermittels dessen man Risiken unter den Verkehrsteilnehmern vernünftig und gerecht verteilen kann. Die vorgelegten Zweifel sind keineswegs zufällig. Es ist ja zuzugestehen, dass der Versuch, allein mit einem einzigen Grundkonzept eine in der Praxis so weitverbreitet angewandte Vorschrift zu rechtfertigen, nicht sonderlich erfolgsträchtig zu sein scheint. Der „*Risiko-Nutznießungsgedanke*“ stellt m.E. nicht einen abgeschlossenen, sondern einen leitenden Gedanken dar, mit dem der Rechtsanwender im Regelfall seine Entscheidung ohne weiteres gestützt finden kann. Für Ausnahmefälle, wie den Integritätsschutz, bewirkt dieser leitende Gedanke aber eher wenig.

Als Ergebnis der vorhergehenden Überlegung ist festzuhalten, dass der „*Risiko-Nutznießungsgedanke*“ als der leitende Rechtsgedanke dem § 278 zugrunde liegt. An

¹²⁶ Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 19; Koller, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 204 ff. (S. 59 f.).

¹²⁷ Peters/Jacoby lehnen bei der Beauftragung des Drittunternehmers die Anwendbarkeit des § 278 damit ab, weil eine derartige Haftung dem Unternehmen „nicht mehr zuzumuten“ sei, das auf die Beauftragung des Drittunternehmers keinen Einfluss ausüben könne. Vgl. Staudinger/Peters/Jacoby (2014) Vorb. §§ 631 ff. Rn. 51.

¹²⁸ Borgmann/Jungk/Schwaiger/Jungk, Kap. VII Rn. 73.

¹²⁹ Koller, ZIP 1985, 1243 (1245); Prölss, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1041).

seiner Seite befinden sich flankierend weitere ergänzende Konzepte, die in der Regel im Fall der Begründungsnot für Ausnahmefälle besonderen Wert haben.

C. „Gefahreröffnung oder -erhöhung“ durch die Einbeziehung des Gehilfen?

I. Überblick über das Schrifttum

In Bezug auf die Risikoverteilung soll ein Nebenpunkt „Gefahreröffnung oder -erhöhung“ nicht ignoriert werden. Der Grund für eine separate Überlegung liegt aber hauptsächlich darin, dass dieser Erklärungsansatz schon im früheren Schrifttum wiederholt angeführt wird.¹³⁰ Seine historische Bedeutung kann man darin sehen.¹³¹

Manches deutete darauf hin, dass § 278 auf das Gefährdungsprinzip abgestellt wurde. *Siber*¹³² sah eine größere Gefahr bei der Erfüllung durch Erfüllungsgehilfen, da der Gläubiger keinen Einfluss auf die Auswahl des Erfüllungsgehilfen hat. Nach *Siber*¹³³ und *Rümelin*¹³⁴ sei die Haftung für Erfüllungsgehilfen eine Gefährdungshaftung.¹³⁵ Der Schuldner bediene sich des Gehilfen, wie er ihn als (gefährliches) „Werkzeug“¹³⁶ benutzt. Es wurde anfangs die Auffassung vertreten, dass der Geschäftsherr geradezu für die Gefahren zu haften hätte, die aus der Einschaltung von Hilfspersonen hervorgehen.¹³⁷

II. Kritische Bestandsaufnahme

Der Grund „Gefahreröffnung und -erhöhung“ ist m. E. zu weit hergeholt.¹³⁸ Es bleibt zuerst der Zweifel, ob die Degradierung von menschlichen Gehilfen zu einem substanziellen Werkzeug nach heutigem Erkenntnisstand noch angebracht ist.

Würde der Einsatz von Hilfspersonen eine Gefahr zulasten des Gläubigers darstellen, könnte eine logisch zwingende Konsequenz darin bestehen, dass die persönliche Leistung aus Sicht des Gläubigers zum Regelfall avancieren müsste. Dieser vorläufige Befund entspricht der empirisch geläufigen Vorstellung nicht, dass Menschen vorsichtige Seelen haben und bekannte Gefahren umgehen. Ebenso würde der Gesetzgeber eine naheliegende Gefahr zugunsten des bedrohten Gläubigers durch bestimmte Gestaltungsmittel abzuwenden versuchen. Es stellt sich dann die Frage, ob

¹³⁰ Diesem Erklärungsansatz hat sich ein Teil der gegenwärtigen Lehre angeschlossen, wonach das Risiko von Leistungsstörungen durch das Einschalten des Erfüllungsgehilfen in die Vertragsabwicklung regelmäßig erhöht werde. Vgl. beispielsweise *Dreher*, S. 20 f.; *Soergel/Pfeiffer* (2014) § 278 Rn. 1; *Picker*, JZ 1987, 1041 (1043).

¹³¹ Des Weiteren findet die Theorie „Gefahrerhöhung“ ihren Niederschlag auch bei der Billigkeitshaftung iSd. § 829, vgl. v. *Bar*, Verkehrspflichten, S. 143.

¹³² *Planck/Siber* (1914) § 278 Anm. 1. Vgl. auch *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2, § 27 I (S. 91).

¹³³ *Planck/Siber*, a.a.O., Anm. 1 mwN.

¹³⁴ *Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung, S. 47. *Prölss* hat in seiner Arbeit von Anbeginn den Gefahrerhöhungsgedanken von *Rümelin* wegen der Unbeliebtheit ausgeschlossen, vgl. *der.*, a.a.O., 1037 (1039), Fn. 1.

¹³⁵ In jüngerer Zeit hat sich *Harke*, SchuldR AT, Rn. 242 f. der Ansicht für Gefährdungshaftung auch angeschlossen.

¹³⁶ *Hademann*, § 3 II V b (S. 18). In der spanischen Lit. wird teilweise die gleiche Auffassung hinsichtlich der deliktischen Geschäftsherrenhaftung vertreten, dass die Hilfsperson nur „ein Werkzeug in seiner Hand“ oder „*longa manus del comitente*“ (der verlängerte Arm des Geschäftsherrn) ist, vgl. *Rodríguez y Rowinski*, S. 6 mwN. in Fn. 23. Ebenso im französischen Recht, vgl. *Baur*, Verrichtungsgelhilfe, 180 (183).

¹³⁷ *Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung, S. 88.

¹³⁸ Gleiches gilt auch für die Haftung für Verrichtungsgelhilfen, vgl. *Baur*, Verrichtungsgelhilfe, 180 (184): „Keine Sondergefährdung, keine Gefahrerhöhung“!

der Grundsatz „persönliche Leistung“ entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung gesetzlich im BGB verankert worden ist.¹³⁹

a) Pflicht zur persönlichen Leistung vs. Einsatz des Gehilfen?

Der Blick ist zunächst auf § 267 zu werfen. Es ist vor allem nötig, die Leistung mithilfe des Erfüllungsgehilfen iSd. § 278 von der Leistung durch Dritte iSd. § 267 abzugrenzen. Auf jeden Fall ist der Erfüllungsgehilfe nicht der „Dritte“ iSd. § 267.¹⁴⁰ Der „Dritte“ erbringt dem Gläubiger aus eigenem Anlass „eine eigene Leistung auf eine fremde Schuld“.¹⁴¹ Während der Dritte iSd. § 267 mit dem erkennbaren Willen leisten muss, um eine fremde Schuld zu tilgen,¹⁴² kommt es für Erfüllungsgehilfenschaft dementsprechend nicht auf den Fremdtilgungswillen an.¹⁴³ Die Erfüllungsgehilfenschaft hängt nur **vom Willen des Schuldners** ab, d.h., ob der Schuldner ihn in die Erfüllung eingeschaltet hat. Der eigene Wille des Gehilfen ist dagegen entbehrlich.¹⁴⁴

Weder § 267 noch § 278 gewährt dem Gläubiger – abgesehen von einer eventuell abweichenden Vereinbarung oder der Natur des Schuldverhältnisses – ein Verweigerungsrecht, die Leistung durch Dritte iSd. § 267 (bei nichtpersönlicher Leistungspflicht)¹⁴⁵ oder die Leistung mithilfe des Erfüllungsgehilfen iSd. § 278 abzulehnen. Beide Konstellationen sind ohne besondere Umstände (höchstpersönliche Leistungspflichten, Widerspruch des Schuldners) zulässig.¹⁴⁶ Selbst wenn sich der Schuldner zu einer höchstpersönlichen Leistung verpflichtet, steht auch der Folgerung nichts entgegen, dass der Schuldner sich zum Erbringen seiner Verbindlichkeit Hilfspersonen bedienen darf.¹⁴⁷

Die persönliche Leistung wird nach dem § 267 innewohnenden Rechtsgedanke in der Regel nicht vorgeschrieben.¹⁴⁸ Dem Gläubiger ist es normalerweise gleichgültig, von wem er die Leistung bekommt. Der im § 267 enthaltene Rechtsgedanke, dass der Gläubiger normalerweise nur am Erbringen des Leistungserfolgs interessiert ist,¹⁴⁹ spricht als ein plausibles Gegenargument gegen die Theorie „Gefahrerhöhung“ iSd. § 278. Im Vergleich zur Leistung durch Dritte iSd. § 267 bringt der Einsatz des Gehilfen iSd. § 278 nicht mehr Gefahren hervor, da der Gläubiger in dieser Konstellation im

¹³⁹ Meder, JZ 1993, 539 (540).

¹⁴⁰ Looschelders, SchuldR AT, Rn. 221; Staudinger/Bittner (2014) § 267 Rn 5; PWW/Zöchling-Jud (2017) § 267 Rn 3; Palandt/Grüneberg (2016) § 267 Rn. 2; NK-BGB/Schwab (2016) § 267 Rn. 5

¹⁴¹ Beuthien, JZ 1968, 323 (326); MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 9; NK-BGB/Schwab (2016) § 267 Rn. 4; Palandt/Grüneberg (2016) § 267 Rn. 2; Kerwer in: jurisPK-BGB (2017), § 267 Rn. 5.

¹⁴² v. Caemmerer, in: FS Dölle (1963), 135 (138); Looschelders, SchuldR AT, Rn. 223; Maier, AcP 152 (1952/1953), 97 (104); Thomä, JZ 1962, 623 (623); MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 11; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 154.

¹⁴³ BGH, MDR 2008, 1086 f., Rn. 28 ff.

¹⁴⁴ BGHZ 13, 111 (114).

¹⁴⁵ Looschelders, SchuldR AT, Rn. 224.

¹⁴⁶ MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 4.

¹⁴⁷ Staudinger/Bittner (2014) § 267 Rn. 1; Erman/Artz (2017) § 267 Rn. 2; BeckOK BGB/Lorenz (2014) § 267 Rn. 1; MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 4; HK-BGB/Schulze (2017) § 267 Rn. 1; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 153; Biermann/Ulsenheimer/Weißbauer, NJW 2001, 3366 (3367).

¹⁴⁸ MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 4; Erman/Artz (2017) § 267 Rn. 1.

¹⁴⁹ BeckOK BGB/Lorenz (2014) § 267 Rn. 1; Jauernig/Stadler (2015) § 267 Rn. 3; Krefße, VersR 2007, 452 (452); Rieble, NJW 2010, 816 (816).

Allgemeinen den leistenden Dritten vorher auch nicht kennt.

Einfach gesagt, aus der Perspektive des Gläubigers leitet sich eine offensichtliche Gefahrerhöhung vom Einsatz des Gehilfen schwerlich ab. Der Gläubiger lässt sich kaum durch den Kopf gehen, dass der Schuldner die sog. Gefahr durch das Einschalten von Gehilfen erhöht und ihm aufbürdet.

b) Exkurs: Anwendung des § 278 auf die Obliegenheiten

Die Hypothese „*Gefahreröffnung oder -erhöhung*“ erscheint m. E. besonders wenig überzeugend, wenn wir unsere Aufmerksamkeit auf die Anwendbarkeit des § 278 auf Obliegenheiten richten.

Es ist im Allgemeinen anerkannt, dass § 278 auch bei der Vollziehung von *Obliegenheiten* zur Anwendung kommt.¹⁵⁰ Trotz der begrenzten Anwendungsmöglichkeit des § 278 auf weitere Obliegenheiten¹⁵¹ ist es in bestimmten Fällen damit erlaubt, dass der Geschädigte hinsichtlich der Herbeiführung des Schadens, der Schadensabwendung und -minderung (§ 254 I, II) den Gehilfen einschalten kann.

Die Obliegenheit ist keine Pflicht gegenüber dem anderen, sondern die „*Pflicht gegen sich selbst*“.¹⁵² In Bezug auf die Obliegenheiten ist es schwerlich zu behaupten, dass die sog. potenzielle Gefahr sich durch den Einsatz des Gehilfen gegenüber der gegenüberstehenden Partei eröffnen oder erhöhen würde. Vielmehr trägt der Obliegenheitspflichtige selbst den möglichen Rechtsnachteil. Mit anderen Worten eröffnet er ihm selbst eine Gefahr.

III. Zusammenfassung

Entweder die im § 267 erhaltene Regelvermutung der Fremdtilgung als auch die Anwendbarkeit des § 278 auf die Obligationen lassen erkennen, dass beim Einsatz von Hilfspersonen im strengen Sinne nicht von „*Gefahreröffnung oder -erhöhung*“ die Rede sein kann. Als Schlussfolgerung des soeben angerissenen Zweifels an der Theorie „*Gefahreröffnung oder -erhöhung*“ ist deshalb festzuhalten, dass sie zur Rechtfertigung der verschuldensunabhängigen Haftung für Erfüllungsgehilfen eher wenig beitragen kann.

D. Informationskosten als Abwägungselement

Daneben kommt das Abwägungselement „*Informationskosten*“ mitunter als eine weitere Begründung in Betracht.

Die sog. Informationskosten ergeben sich zuerst daraus, dass der Gläubiger die Kosten für die Ermittlung der Person des Erfüllungsgehilfen zu tragen hätte, wenn der

¹⁵⁰ H. Westermann, JuS 1961, 333 (341); Jauernig/Stadler (2015) § 278 Rn. 10; MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 24; Erman/I. Ebert (2017) § 254 Rn. 71; Erman/H. P. Westermann (2017) § 278 Rn. 47.

¹⁵¹ MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 24; Seichter in: jurisPK-BGB (2014) § 278 Rn. 11.

¹⁵² Morell, AcP 214 (2014), 387 (388); Jauernig/Teichmann (2015) § 254 Rn. 3; Stöhr, ZfS 2010, 62 (62); MüKoBGB/Oetker (2016) § 254 Rn. 3; HK-BGB/Schulze (2017) § 254 Rn. 1.

Schuldner für seinen Erfüllungsgehilfen nicht haften müsste.¹⁵³ Der Gläubiger hat überwiegend keinen Einblick in die Interna des Schuldners oder ggf. sein Verhältnis zu einem selbständigen Gehilfen. Er stößt dann auf die Schwierigkeit, die Person des handelnden Bauarbeiters aus der Belegschaft des Geschäftsherrn zu kennen. Diese Erschwernis zu Lasten des Gläubigers ist so massiv, dass seine Ansprüche im Einzelfall schwerwiegend behindert werden. Des Weiteren könnte sich der Gläubiger in der Regel nur auf deliktsrechtliche Grundlagen (§§ 823 ff.) stützen, auch wenn die Person des Erfüllungsgehilfen aufwändig ermittelt würde. Übrigens gibt es noch das im Folgenden zu erwähnende Insolvenzrisiko des Gehilfen.

Für diesen Erklärungsansatz lassen sich einige bekannte Beispiele aufzeigen. Einen für den Bauplan zuständigen Architekten, den der Bauherr (Schuldner) zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit einschaltet, kann der Bauunternehmer (Gläubiger) beispielsweise nicht immer kennen, da der eingeschaltete Architekt ihm oft nicht bekannt ist. Ansonsten hätte der Gläubiger die fachliche Qualifikation und die ethische Zulässigkeit des Erfüllungsgehilfen nur allein wegen der Befürchtung zu überprüfen, dass der Gehilfe die Haupt- und Nebenleistungspflicht nicht vertragsgemäß erfüllen könnte oder sein Integritätsinteresse verletzen könnte. Er könnte den Schuldner nicht in Anspruch nehmen, wenn § 278 fehlen würde. Mit anderen Worten, § 278 beschwichtigt die Sorge des Gläubigers, dass er mindestens seinen bekannten Vertragspartner in Anspruch nehmen kann.

Insgesamt betrachtet, lässt sich der Abwägungsfaktor über Informationskosten in der Tat aus Praktikabilitätsgründen ableiten. Er steht somit in einem mehr oder minder engen Zusammenhang mit dem in diesem Abschnitt eingangs erwähnten Konzept der ökonomischen Erwägung.

E. Solvenz (Zahlungsfähigkeit, Liquidität) des Handelnden

I. Vermeidung der unangemessenen Abwälzung des Insolvenzrisikos auf den Geschädigten als Rechtfertigung der Haftung für Gehilfen

Es reicht anerkanntermaßen aus, dass die Verwirklichung des (primären und sekundären) Anspruchs nicht nur von den privatautonomen Vertragsgestaltungen abhängt oder den gesetzlichen Regelungen über verschiedene mögliche Rechtsbehelfe, mit denen der Gläubiger einerseits die vertragmäßige Leistung fordern (Erfüllungsanspruch) oder andererseits bei der vertragswidrigen Leistung entsprechende Rechte in Anspruch nehmen kann. Sowohl die Verwirklichung des Leistungsinteresses als auch die Befriedigung des Schadensersatzanspruchs sind jedenfalls von der Liquidität des Schuldners (oder des Haftungsträgers) abhängig.¹⁵⁴ Die finanzielle Vertrauenswürdigkeit des potenziellen Vertragspartners ist für jede Vertragspartei damit immer ein wichtiger Anhaltspunkt für die Auswahl des

¹⁵³ MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 3; *Erman/H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 1.

¹⁵⁴ MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 3; *Delmere*, S. 63; *HKK/Kannowski*, § 831 Rn. 3; MüKoBGB/*Wagner* (2017) § 831 Rn. 4; *Kötz/Wagner*, Rn. 324; *Esser/Weyers*, *SchuldR* II/2, § 58 I 3; *Schreiber*, *Jura* 1987, 647 (647); *Nipperdey*, Gutachten zum 34. Deutschen Juristentag 1927, 411. Im französischen Recht, das den Geschäftsherrn mit einer unbedingten Haftung belastet, ist auch dieser Hintergrund eingeführt worden. Vgl. v. *Caemmerer*, *ZfRV* 1973, 241 (244) mwN.

Vertragspartners.

Eine Person, der weniger Haftungsvermögen zur Verfügung steht, könnte im Fall des Schadensersatzes deshalb für den Gläubiger nur subsidiärer Anspruchsgegner sein, sofern der Gläubiger eine andere bessere Alternative hätte.

II. Faktische Bezugsriterien

1. Vergleichspunkte aus § 831

Wenn wir unseren Blick kurz auf den weisungsabhängigen Gehilfen iSd. § 831 lenken, entsteht der Eindruck, dass die Vergütung sehr oft in einem groben Missverhältnis zu dem von ihm verursachten Schäden steht.¹⁵⁵ Sein Unterhalt hängt wesentlich von der Erfüllung der Vergütungspflicht (als Hauptpflicht¹⁵⁶ gem. § 611 I) des Geschäftsherrn ab. Dies entspricht unserer allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Zahlungsfähigkeit des Gehilfen häufig geringer als die des Geschäftsherrn wäre.¹⁵⁷ Die Weiterentwicklung der modernen Technik und die verbreitete Anwendung von großen Apparaten bringen es außerdem mit größerer Wahrscheinlichkeit mit sich, dass der Gehilfe bei Bedienung solcher Maschinen schwerwiegendere Schäden bewirken kann.¹⁵⁸ Der Kranfahrer von großen Turmkränen ist beispielsweise nicht in der Lage, einen von ihm schuldhaft ausgelösten großen Schaden abzudecken. Darin kann man wohl die partielle Bedeutung der schadensersatzrechtlichen Reduktionsklausel § 255a des schließlich gescheiterten Referentenentwurfs von 1967¹⁵⁹ erkennen.

Die Möglichkeit, den entstandenen Schaden tragfähigen Schultern aufzubürden, wurde als einer der Gründe für die Kausalhaftung angenommen.¹⁶⁰ Hinsichtlich der Haftung für Verrichtungsgehilfen wird der „Billigkeitsgedanke“ von *Joseph Unger* dementsprechend angeführt. Der Geschäftsherr solle für das Fehlverhalten seines Verrichtungsgehilfen auch beim Gelingen des sog. Exkulpationsbeweises eintreten, „wenn und insoweit dies die Billigkeit nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den Vermögensverhältnissen der Beteiligten, erfordert.“¹⁶¹

¹⁵⁵ Die wirtschaftliche Abhängigkeit hat besondere Bedeutung in den Fällen, in denen Dienstverpflichtete nicht persönlich abhängig sind. Dazu vgl. *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch (2008), Arbeitsvertrag und verwandte Verträge, Rn 12.

¹⁵⁶ *Krause*, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2015, § 11 Rn. 1; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Bd. 1, 5. Aufl., 2012, § 7 Rn. 1.

¹⁵⁷ *Leßmann*, JA 1980, 193 (193); *MüKoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 3; *Schreiber*, Jura 1987, 647 (647); *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 304; *Matusche-Beckmann*, Kap. 2 A) III 1 (S. 33); *Esser/Weyers*, SchuldR II/2, § 58 I 3 (S. 215). Dieses Abwägungselement hat das Reichsgericht in RGZ 78, 239 (240 f.) schon deutlich benutzt, wonach der Verletzte also beim Gelingen des Entlastungsbeweises an den zumeist mittellosen Angestellten verwiesen würde. In der chinesischen Lit. wird teilweise die gleiche Auffassung vertreten, vgl. *SHAO, Jiandong* (邵建东), in: *Nanjing University Law Review* (南京大学法律评论), 01/1997, 162 (168).

¹⁵⁸ *H. Westermann*, JuS 1961, 333 (333); *Bechmann* (Hrsg.), Risiko und Gesellschaft: Grundlagen und Ergebnisse interdisziplinärer Risikoforschung, 2. Aufl., 1997. Jüngst insb. *Schluchter*, Globalisierung von Risiken und Verflüchtigung von Verantwortung - Zu einem Strukturproblem der wissenschaftlich-technischen Zivilisation, in: *Hahn* (Hrsg.), Risiko und Verantwortung in der modernen Gesellschaft, 2014, S. 31 ff.

¹⁵⁹ Der geplante § 255a Abs. 1 lautet: *Ist der Schaden im Hinblick auf die die Ersatzpflicht begründenden Umstände außergewöhnlich hoch, so kann das Gericht die Ersatzpflicht insoweit einschränken, als sie für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde.* Diskussion dazu vgl. *F. Bydlinki*, JBl. 1968, 330 ff.

¹⁶⁰ *Rümelin*, AcP 88 (1898), 285 (301).

¹⁶¹ *Unger*, Handeln auf eigene Gefahr, 3. Aufl., 1904, S. 140 zitiert nach *HKK/Kannowski* (2013) § 831 Rn. 6. Dieser Billigkeitsgedanke wird auch im französischen Recht (Art. 1242 ab 01.10.2016 C.c. [Art. 1384 a.F.]

2. Vergleichsmaßstab aus § 829

Ist das Vermögensverhältnis als einer der Abwägungsfaktoren hier in Betracht gezogen, muss man einen kurzen Blick auf andere Konstellationen werfen, die ebenfalls die Abwägung der Vermögenslage betrifft.

Zunächst ist § 829¹⁶² zu erwähnen. Das wirtschaftliche Verhältnis der Beteiligten wird insbesondere bei der Billigkeitshaftung in die Überlegungen einbezogen.¹⁶³ Dieser positivierten Vorschrift liegt die Erwägung zugrunde, dass Schäden in besonderen Fällen demjenigen, der „*sie leichter tragen kann*“,¹⁶⁴ aufgebürdet werden müssen. Somit hat sich gezeigt, dass der Abwägungsfaktor des wirtschaftlichen Verhältnisses dem deutschen Privatrecht von vornherein nicht fremd war.

III. Kritische Reflexion

Ob die Zahlungsfähigkeit des potenziellen Ersatzpflichtigen als eines der zentralen Erwägungselemente der Haftungszurechnung gilt, ist aber seit längerer Zeit umstritten.

1. Pflicht zur Sicherung für ausreichende Zahlungsfähigkeit des Gehilfen?

Hierbei ist eine gegenteilige Meinung anzuführen, wonach die ggf. schwächere Zahlungsfähigkeit des Handelnden kein überzeugender Grund für eine verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners sei.

Böhmer deutet entscheidend darauf hin, dass es unmöglich sei, dass jeder Unglücksmensch so glücklich sei, einem zahlungsfähigen Haftungskandidaten zu begegnen.¹⁶⁵ Es wäre für ihn eher bedauerlich, wenn sein Anspruch deswegen nicht verwirklicht werden kann. Allein ein nicht ausreichender Schutz sei kein überzeugender Grund für die Durchbrechung des Verschuldensprinzips. Allein der Umstand, dass der in Anspruch genommene Ersatzpflichtige in Insolvenz geraten ist und der Anspruch leer geht, rechtfertigt z.B. eine überspannende Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte nicht.¹⁶⁶ Darüber hinaus würde sich der Versicherungsschutz damit erübrigen, wenn der Geschädigte stets einfach einen liquidierungsfähigen Anspruchspartner finden könnte.

*Spindler*¹⁶⁷ und *Wagner*¹⁶⁸ haben hinsichtlich der Delegation von Verkehrspflichten eine ähnliche Auffassung ausgeführt. Ihre Überlegungen sind m.E. auch auf die Fälle des Erfüllungsgehilfen übertragbar. Der Schuldner sei ebenso nicht verpflichtet, die Zahlungsfähigkeit seines Erfüllungsgehilfen zu überprüfen und zu sichern. Würde das Konzept des § 278 (allein) auf die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse

festgestellt. Vgl. *Matusche-Beckmann*, Kap. 6 C) I (S. 304).

¹⁶² Darüber hinaus gilt dieselbe Abwägung auch für die Bemessung des Schmerzensgeldes, BGHZ 18, 149 ff., Rn. 24 ff.: Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei § 847 aF.

¹⁶³ BGHZ 127, 186 ff., Rn. 20.

¹⁶⁴ MüKoBGB/*Wagner* (2017) § 829 Rn. 2: „effiziente Risikoverteilung“. Auch BeckOGK/*Schneider*, 1.2.2018, § 829 Rn. 1.

¹⁶⁵ *Böhmer*, JR 1963, 134 (134).

¹⁶⁶ BGH, NJW 2013, 1002 f., Rn. 9.

¹⁶⁷ BeckOGK/*Spindler* (2016) § 823 Rn. 431.

¹⁶⁸ MüKoBGB/*Wagner* (2017) § 823 Rn. 473.

abgestellt, würde eine Sicherung des Schuldners für ein hinreichendes Haftungsvermögen des Gehilfen konstruiert.

2. Gibt es eine Verantwortlichkeit für Wohlstand?

In Bezug auf die Berücksichtigung der Vermögenslage muss man sich die ablehnenden Stimmen in anderen Bereichen vor Augen halten, wo die wirtschaftlichen Ungleichgewichte berücksichtigt werden.

Gernhuber hat die Folgewidrigkeit dieser Betrachtungsweise unterstrichen, dass unglücklicherweise „*der Wohlstand einem Mitverschulden gleichgestellt*“ werde.¹⁶⁹ *Müller-Erbach* hat kurz nach dem Inkrafttreten des BGB im Jahr 1910 die auf *Rümelin*¹⁷⁰ zurückgehende Behauptung, der Unternehmer habe eine bessere *Tragfähigkeit* als der Angestellte, „*den Schaden auf sich zu nehmen*“, bemängelt. Denn der Ausdruck „*Tragfähigkeit des Unternehmens*“ könne zu einem ungünstigen Missverständnis führen, dass der Unternehmer nur deshalb hafte, weil er wohlhabender als sein Angestellter sei. Außerdem stelle der allgemeine Rekurs auf die Vermögenslage die tatsächliche Ursache der Haftung in Frage und würde die Durchsichtigkeit von Haftungstatbeständen beeinträchtigen.¹⁷¹ Diese schadensträchtige Unklarheit gefährdet m.E. folglich die Rechtssicherheit.

Darüber hinaus bestätigt die Tatsache, dass es so viele erst mit mühevoller Auseinandersetzung gemachten Erklärungsversuche für § 829 gibt,¹⁷² den Eindruck, dass für die Abstellung auf das Vermögensverhältnis der Beteiligten eine einheitliche und überzeugende dogmatische Rechtfertigung tatsächlich sehr schwer auffindbar ist.

3. Wertungswidersprüche in Einzelfällen

In manchen Ausnahmefällen befindet sich ein als Erfüllungsgehilfe angestellter selbständiger Werkunternehmer im Vergleich zum Vertragsschuldner wohl in besseren Vermögensverhältnissen. In einer solchen Konstellation lässt sich schwer erklären, warum der wirtschaftlich schwächere Schuldner doch verantwortlich gemacht werden muss, wenn dessen Hilfe in Erfüllung der Verbindlichkeit Schäden schuldhaft verursacht.¹⁷³

Im Übrigen wirft die Abstellung auf die Zahlungsfähigkeit des Gehilfen freilich die Frage auf, warum der Gesetzgeber für den ebenso „schutzbedürftigen und -würdigen“ Geschädigten keinen durchgreifenden Schutz durch eine rigorose Regelung in § 831 – gerade wie die strikte Haftung iSd. § 278 – vorgesehen hat.

¹⁶⁹ Zur kritischen Aussage von *Gernhuber* vgl. *F. Bydlinki*, JBl. 1968, 330 (331). Siehe auch *Lorenz-Meyer*, S. 64, Fn. 35.

¹⁷⁰ *Rümelin*, AcP 88 (1898), 285 (301).

¹⁷¹ *Müller-Erbach*, AcP 106 (1910), 309 (339).

¹⁷² Eine Skizze zu den Erklärungsversuchen vgl. *Staudinger/Oechsler* (2014) § 829 Rn. 17 und *MüKoBGB/Wagner* (2017) § 829 Rn. 1 f.

¹⁷³ Viele Rechtsstreitigkeiten, in denen der Gläubiger direkt den Arbeitnehmer (Erfüllungsgehilfen) deliktsrechtlich in Anspruch nimmt, zeigen, dass der Anspruchsberechtigte in der Regel nur an der tatsächlichen Verwirklichungsmöglichkeit seines Schadensersatzanspruches, nicht aber an der Person des Ersatzpflichtigen interessiert ist. vgl. BGHZ 108, 305 ff.

IV. Fazit

Es ist trotzdem unverkennbar, dass die Befriedigung des Schadensersatzanspruches des Geschädigten von der Zahlungsfähigkeit des Haftungsträgers abhängt. Die Überlegung, dass der Geschädigte unter Rücksichtnahme der schlechteren Zahlungsfähigkeit des Gehilfen durch die Anordnung einer strikten Geschäftsherrenhaftung besser geschützt werden sollte, ist jedoch nicht ohne weiteres immer plausibel.

Die Solvenz des potenziellen Ersatzpflichtigen ist demnach kein ausschlaggebender Grund, mit dem man eine von den tradierten Haftungsprinzipien abweichende Haftung rechtfertigen kann.¹⁷⁴ Das deutsche Haftungsrecht ist, wie oft erwähnt, vom Verschuldensgrundsatz geprägt,¹⁷⁵ nach dem in der Regel nur vorsätzliche oder fahrlässige Vertragsverletzung oder deliktische Handlung den Ersatzpflichtigen verantwortlich macht. Jede Abweichung von diesem Grundsatz bedarf selbstverständlich rationaler Argumentation. Schlechte wirtschaftliche Verhältnisse des Gehilfen rechtfertigen kaum eine verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfe.

Es ist nicht die Aufgabe der Gesetzgebung, für den Geschädigten mit großem rechtsethischem und -theoretischen Aufwand einen vermögendere(n) Anspruchsgegner zu finden.¹⁷⁶ Es ist nicht die Ratio, sondern die objektive Konsequenz der Anwendung des § 278, dass der geschädigte Gläubiger demgemäß einen ggf. wohlhabenderen Ersatzpflichtigen in Anspruch nehmen kann.

F. Zusammenfassung

Die vorhergehende Diskussion ist um eine umfassende Klärung über dogmatische Begründungen des § 278 bemüht. Obwohl solche unterschiedlichen Erklärungsansätze wohl als Binsenwahrheit den deutschen Juristen eher vertrauten sind, empfiehlt es sich, in einer vergleichenden Untersuchung noch die dogmatische Grundlage der zu behandelnde Rechtsfigur anzuschauen. Nach einer tieferen Einsicht in die betroffene Lehre und Rechtsprechung könnte ein Rechtsvergleicher im Allgemeinen zu drei m.E. sehr wichtigen Ergebnisse gelangen.

(1) Die mit äußerster Anstrengung gemachten Erklärungsversuche zur Haftung für Erfüllungsgehilfen sind im deutschen Schrifttum leicht zu finden. Es ist allerdings ganz klar, dass eines der oben ausgeführten Konzepte allein die dem § 278 immanente Doktrin nicht ausreichend erklären kann (oben § 2 B IV, S. 22). Gegebenenfalls sind widersprüchliche Bewertungen (§ 2 E III 3, S. 29) oder die ggf. kritisierte Unvollständigkeit zu konstatieren. Angesichts der Vielschichtigkeit der unterschiedlichen Sachfragen und der sich beständig ausdehnenden Anwendung auf neue Lebensverhältnisse wäre ein pauschaler Rekurs auf eine einzige dogmatische

¹⁷⁴ NJW 2013, 1002 f., Rn. 9: Ablehnung einer überspannenden Anwendung des Rechtsinstituts des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritten.

¹⁷⁵ Siehe unter Fn. 254.

¹⁷⁶ Die Rechtsprechung (BGHZ 76, 279 ff., Rn. 19 mwN.) hat ebenso ganz deutlich darauf hingewiesen, der Schmerzensanspruch sei „unabhängig von der Frage, ob der Schuldner zu seiner Befriedigung überhaupt imstande ist“.

Begründung von vorherein unrealistisch.¹⁷⁷

(2) Trotz der im Einzelfall auftauchenden Unfruchtbarkeit (§ 2 B III, S. 21 ff.) kann der „Risiko-Nutznießungsgedanke“, wie weiter oben gezeigt, als das leitende Kernkonzept des § 278 angesehen werden (§ 2 B II, S. 19), das von weiteren Konzepten flankiert wird. Für die allermeisten Fälle scheint das Rekurrieren auf den „Risiko-Nutznießungsgedanken“ ergiebig und dogmatisch folgerichtig. Nur in der Begründungsnot wird gelegentlich auf andere Konzepte zurückgegriffen. Erwähnenswert ist ferner, dass nach einer näheren Betrachtung eine ablehnende Haltung zur Theorie „Gefahreröffnung oder -erhöhung“ eingenommen werden soll (§ 2 C II, S. 23 ff.). Ob die Vermögenslage des betroffenen Beteiligten auch in Betracht gezogen werden muss, ist nach dem soeben Gesagten also nur ein Randproblem, dessen Antwort allein die Ratio des § 278 kaum zutage fördern kann.

(3) Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass eine Kombination von verschiedenen Ansätzen trotz der schlüssigen Überlegenheit des „Risiko-Nutznießungsgedanken“ den Vorzug verdient. Die unterschiedlichen Erklärungsansätze stellen eine juristische Widerspiegelung der Schwierigkeit dar, eine in der Praxis verbreitet angewandte Regelung auf einen einzigen einheitlichen Rechtfertigungsgrund abzustellen. Obwohl solche rechtswissenschaftlichen Theoretisierungen in der Rechtsanwendungspraxis wohl eine relativ nebensächliche Rolle spielen, sind sie aber keinesfalls unfruchtbar. Gerade in solchen dogmatischen Auseinandersetzungen kann ein Rechtsvergleicher die kräftige und ständige Entwicklung der deutschen Zivilrechtsdogmatik feststellen, an der sich andere Rechtsordnungen¹⁷⁸ – wie das chinesische und japanische Recht – orientieren.

¹⁷⁷ Nicht nur § 278 stößt auf diese Schwierigkeit, dass einziger grundlegende Gedanke kaum ein allseits plausibel erscheinendes Erklärungsmittel für das zu behandelnde Rechtsinstitut oder -regel bieten kann. Im Hinblick auf ein der „zentralen Rechtsinstitute des deutschen Zivilrechts“ (BT-Drs. 14/6040, S. 162) *culpa in contrahendo*, erweist sich der durchgängige Vertrauensgedanke auch als unzureichend. Vgl. MüKoBGB/Emmerich (2016) § 311 Rn. 41 mwN. Kritisch zum Vertrauensgedanken auch Gernhuber, Schuldverhältnis, § 8 I 6 (S. 177 ff.); E. Wolf, SchuldR AT, § 9 J III d (S. 512).

¹⁷⁸ Zum vorbildhaften Einfluss des BGB auf das chinesische Zivilrecht, vgl. SUN, Xianzhong (孙宪忠), *RabelsZ* 2007, 644 (644 ff.); ders., in: *China Legal Science* (中国法学), 03/2006, 166 (172 f.); ders., in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 02/1997, 97 (97 ff.); SHAO, Jiandong (邵建东), *JZ* 1999, 80 ff.; MI, Jian (米健), *ZChinR* 2007, 132 ff.; Deipenbrock, *ZVglRWiss* 103 (2004), 374 (377 ff.). Auf das Taiwan-ZGB, vgl. WANG, Tze-chien (王泽鉴), *AcP* 166 (1966), 343 (343 ff.); ders., *AcP* 186 (1986), 237 (241 ff.); SUN, Xianzhong (孙宪忠), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/2006, 166 (167 f.). Zum Problem von Rezeptionsvorgänge des chinesischen Rechts, vgl. Nörr, in: FS Kitagawa (1992), 231 (232), insb. Fn. 2. Zum Einfluss des deutschen Zivilrechts auf das japanischen BGB, vgl. Wrška, *ZfRV* 2015, 175 (176 f.); Takashi Oka (岡孝), in: FS Schlechtriem (2003), 141 (141 ff.); Hiroyasu Nakata (中田裕康, übersetzt von ZHANG, Jiayu [张家瑜]) in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 03/2011, 165 (165 f.) und Steenstrup, *OE* 33 (1990), 37 ff. Keizo Yamamoto (山本敬三), in: FS Canaris (2017), 1221 (1222) spricht jüngst für eine gemischte Rezeption, die hauptsächlich französischen und deutsch geprägt ist. Zur mittelbaren Rezeption des BGB in Süd-Korea, vgl. Seung-hyun Seong (成升铉), *JIN, Keke* (金可可) übersetzt, in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 06/2010, 132 (132 ff.); Seokin Huang, in: FS Deutsch (2009), 1074 (1087).

§ 3 Historische Perspektive und Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung

A. Geschichtlicher Überblick auf § 278

I. Herkunft der Erfüllungsgehilfenhaftung

1. Römischrechtliche Wurzel?

Eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung der anstehenden Norm war und ist nun eine unentbehrliche Forschungsmethode, die uns auf das „Woher“ und „Wieso“ der Vorschriften und die Richtung der Normauslegung hinweist. Im kontinentaleuropäischen Rechtskreis gibt dazu eine jahrhundertealte Tradition, nach der die Juristen stets im älteren römischen Recht nach mehr oder weniger heuristischen Werten suchten. Die rechtshistorische Herkunft kann sehr wahrscheinlich eine Erleuchtung hervorbringen, um die Regelung präziser zu begreifen und zu verstehen.

Das klassische römische Recht hielt grundsätzlich an dem Verschuldensprinzip fest,¹⁷⁹ nach dem man mit dem Sorgfaltsmaßstab eines *diligens pater familias*¹⁸⁰ in der Regel nur für eigenes Verschulden haftete.¹⁸¹ Das alte Recht kannte somit nur wenige Ausnahmen. Hinsichtlich der Haftung für Gehilfen hat der Gedanke der *culpa in eligendo*¹⁸² die späteren Rechte (im deutschen Rechtskreis) stark geprägt.¹⁸³

Seiler machte in seinem einflussreichen Aufsatz zum § 831 im Jahr 1967 schon deutlich, dass sowohl § 278 als auch § 831 keine allgemeine römischrechtliche Wurzel hätten. Die frühere Annahme von *Esser*, dass die Haftung für fremdes Verschulden oder fremde Handlung dem römischen Recht folge, sei nur ein Missverständnis.¹⁸⁴ Die h.M.¹⁸⁵ lehnt diese Annahme von *Esser* ebenfalls ab.

¹⁷⁹ Die Lage wurde durch die Sprichwörter *Jherings* anschaulich erläutert: *nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld*. Vgl. v. *Jhering*, Das Schuldmoment, S. 40. Das Verschuldensprinzip beherrschte später auch die kontinentaleuropäische Privatrechtslehre, vgl. nur *HKK/Kannowski* (2013) § 831 Rn. 8; *Kaser*, § 118 II 4 (S. 505); *Seiler*, JZ 1967, 525 (526); *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, § 2 I 1 a (S. 10).

¹⁸⁰ *Paulus*, D 19, 1, 54, zitiert nach *Delmere*, S. 42; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 21. Daneben beherrscht der Maßstab der Fahrlässigkeit „*Bon père de famille*“ den französischen Code Civil („*les soins d'une personne raisonnable*“ iSd. Art. 1197, Art. 1301-1 Abs. I Hb. 1 ab 01.10.2016, „*les soins raisonnables*“ iSd. z.B. Art. 627 a.F., Art. 1137 a.F. und Art. 1374 a.F.) Vor der Gleichstellung der Geschlechter durch l'Assemblée nationale française im Januar 2014 (Art. 26 LOI n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes [1]) benutzten diese Vorschriften direkt den Begriff „*bon père de famille*“. Im Código Civil de España ist „*un buen padre de familia*“ (Art. 270, 497, 1094, 1104 II, 1788, 1867, 1903) bis heute noch der beherrschende Maßstab der Fahrlässigkeit.

¹⁸¹ *E. Lorenz*, in: FG 50 Jahre BGH, 329 (329).

¹⁸² Die generelle Haftung für *culpa in eligendo* habe sich erst im allgemeinen Recht entfaltet, siehe *Honsell*, Römisches Recht, § 51 II 1 (S. 145). Weitere Entwicklungen dieser veralteten Regelung in der kontinentaleuropäischen Privatrechtslehre vgl. nur *ders.*, *Culpa in eligendo*, in *Liber Amicorum Juan Miquel* (2006), 513-521; *ders.*, Die Haftung für Hilfspersonen, in: FS Schwenger (2011), 779-789. *Honsell* hielt außerdem die *culpa in eligendo* für ein „Auslaufmodell“, vgl. *ders.*, in: *Liber Amicorum Juan Miquel* (2006), 513 (516). *Armgarths* Meinung nach fand *culpa in eligendo* ausschließlich bei Vertragshaftung Anwendbarkeit, nämlich *culpa in eligendo* des Werkunternehmers bei bewilligter Substitution, vgl. *Armgarth* in: FS Rüßmann (2013), 17 (18).

¹⁸³ *Seiler*, JZ 1967, 525 (526); *Honsell*, a.a.O., 513 (516 f.); *Harke*, Römisches Recht, § 12 II, Rn. 20; *Delmere*, S. 42.

¹⁸⁴ *Seiler*, JZ 1967, 525 (526).

¹⁸⁵ *HKK/Schermaier*, §§ 276-278 Rn. 23; *Harke*, Römisches Recht, § 12 II, Rn. 20.

Kaser¹⁸⁶ hat ausdrücklich geklärt, dass die Römer die Haftung für Gehilfen „wenig durchgebildet“ haben. Nach Kaser und Seiler¹⁸⁷ war die Haftung für Fremde im römischen Recht zersplittert und deren grundlegende Abwägung kam in einzelne konkrete Regelungen zum Ausdruck. Die Ausnahme, dass der Gewalthaber durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung die Haftung für seinen Gewaltunterworfenen übernimmt,¹⁸⁸ wurde nicht zu einem allgemeinen Grundsatz avanciert.¹⁸⁹

2. Einspinnen in den Kokon von römischrechtlichen unterschiedlichen Regelungen

Seilers Schlussfolgerung, es gebe keine allgemeine Gehilfenhaftung im römischen Recht, steht allerdings nicht entgegen, dass sich der dem § 278 zugrundeliegende Gedanke schon vereinzelt in bestimmten römischrechtlichen Regelungen dokumentierte.¹⁹⁰

a) Adjektivische Klagen

Unter Berücksichtigung des nachteiligen Ergebnisses für den Gläubiger hat der Prätor die prätorische Rechtsschöpfung in der Form *actiones adiecticiae qualitatis* (zusätzliche oder hinzugegebene Klagen¹⁹¹) in verschiedener Art¹⁹² entwickelt. Sie führen dazu, dass sich der Gewalthaber (oder Unternehmer) neben dem Gewaltunterworfenen gegenüber dem Gläubiger verpflichtet.

Solche *actiones* wurden wesentlich als der Ursprung des Stellvertretungsrechts verstanden,¹⁹³ obwohl das römische Recht die Stellvertretung damals nicht kannte.¹⁹⁴ Sie sind eine Durchbrechung des Grundsatzes des *ius civile*, dass rechtsgeschäftliche Verpflichtungen nur den Handelnden selbst binden. Die adjektivischen Klagen haben die rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen zum Gegenstand, die durch wirtschaftliche Akte des Gewaltunterworfenen begründet werden. Sie haben deshalb nur das Verpflichtungsgeschäft betroffen, mit dem sich der Gewaltunterworfenen dem Gläubiger verpflichtet hat. Darunter fallen Verträge oder vertragsähnliche

¹⁸⁶ Kaser, § 118 III 6 (S. 513) mwN.

¹⁸⁷ Kaser, § 118 III 6 (S. 513); Seiler, JZ 1967, 525 (526).

¹⁸⁸ Delmere, S. 42.

¹⁸⁹ Hinsichtlich der von Hauskindern oder Sklaven eingegangenen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen sind nur sie selbst verpflichtet. Denn sie sind auch geschäftsfähig. Der *pater familias* trägt keine Verpflichtung. Mangels eigenes Vermögen des Gewaltunterworfenen gehen die Ansprüche des Gläubigers jedoch hoffnungslos leer. Dazu vgl. Honsell/Mayer-Maly/Selb, § 135 I (S. 376 f.); Kaser, § 141 I 1 (S. 605); Liebs, S. 121.

¹⁹⁰ Heidemann, § 19 IV a ist der Meinung, dass § 278 seine Herkunft im römischen Familienrecht, nämlich in *Noxalhaftung*, finden könne. Es ist aber wenig überzeugend.

¹⁹¹ Mayer-Maly, § 24 (S. 100).

¹⁹² Dazu gehören (1) *actio de peculia actio* (beschränkte Haftung als Sondergutsklage), (2) *actio de in rem verso* (beschränkte Haftung als Bereicherungsklage), (3) *actio tributoria* (Haftung bei nachteiliger Verteilung des Geschäftsvermögens zwischen dem Gläubiger und dem Gewalthaber), (4) *actio quod iussu* (adjektivische Haftung bei Ermächtigung [iussum]), (5) *actio exercitoria* und *actio institoria* (adjektivische Haftung des Schiffreeders für die vom Kapitän eingegangenen rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten und die Haftung des Unternehmers für die Geschäftsschulden des Ladenleiters oder Angestellten). Ausführlich vgl. Honsell/Mayer-Maly/Selb, § 136 (S. 378 ff.); Honsell, § 10 II (S. 36 f.); Kaser, § 141 (S. 605 ff.); Mayer-Maly, § 24 (S. 100 f.); Schwind, Römisches Recht I (1950), § 45 (S. 172 ff.). Liebs hat dagegen nur drei Gruppen, namentlich *actio de peculio*, *actio de in rem verso* und *actio quod iussu*, anerkannt. Vgl. Liebs, S. 121 ff.

¹⁹³ Kaser, § 62 IV 2 (S. 264) mwN.; Honsell, § 10 II (S. 36 f.); Mayer-Maly, § 24 (S. 100 f.).

¹⁹⁴ Kaser, § 141 I 1 (S. 605); Mayer-Maly, § 24 (S. 99) mwN.

Verhältnisse.¹⁹⁵

Darüber hinaus spiegeln alle adjektizischen Klagen m. E. auch den leitenden Risiko-Nutznießung-Gedanken des modernen § 278 BGB wieder. Die entscheidende Überlegung liegt darin, dass mangels der Vermögensfähigkeit alle Vorteile, die der Gewaltunterworfenen oder Sklave rechtsgeschäftlich erwerben, zum Ende dem Gewalthaber zufließen.¹⁹⁶ Mit anderen Worten, der Gewalthaber muss Nachteile tragen, wenn er davon Vorteile erzielen kann.

In den konkreten Formen kommen klare Ansatzpunkte zum Ausdruck: Die Überlassung von bestimmten Sondergütern an den Gewaltunterworfenen¹⁹⁷ (*actio de peculio*) und zwar die Ermächtigung mit dem *issum* (*actio quod iussu*) insinuieren den (stillschweigenden) Willen des Gewalthabers und lassen den Schluss konsequent zu, dass ihm sowohl die Vorteile der Heranziehung von Gewaltunterworfenen in die Tätigkeit¹⁹⁸ wie auch die mit (der Überlassung und Zustimmung) verbundenen Nachteile zufallen. Die *actio de in rem verso*, die dem Gewalthaber die Bereicherung entzieht, nähert sich offensichtlich dem Risiko-Nutznießungsgedanken, denn der Gewalthaber erhielt besonders bei Rechtsgeschäften seines Gewaltunterworfenen ungerechtfertigte Bereicherungen. In Bezug auf die *actio exercitoria* und *institoria*¹⁹⁹ lässt der Gewalthaber (Reeder oder Ladeninhaber) sich für die von einem Kapitän, Filialleiter oder Angestellten eingegangenen Verpflichtungen verklagen, gleichgültig ob sie Gewaltunterworfenen oder Gewaltfreier sind.²⁰⁰ Die Gleichstellung von Gewaltunterworfenen und Gewaltfreier ähnelt zumindest äußerlich der Gleichbehandlung von selbstständigen und unselbstständigen Gehilfen iSd. § 278.

Darüber hinaus ist ein nebensächliches Phänomen beachtenswert, dass nämlich das Entstehen solcher *actiones adiecticiae qualitatis* (adjektizische Klagen) in enger Wechselbeziehung mit der damaligen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung steht. *Kaser*²⁰¹ macht deutlich, dass die blühende Wirtschaftsentwicklung in der römischen Republik das Verkehrsbedürfnis verstärkte, Gewaltunterworfenen und Angestellte heranzuziehen. Die adjektizischen Klagen waren deshalb geradezu die ergänzenden prätorischen Lösungen, die wirtschaftliche Bedürfnisse befriedigen konnten.²⁰²

b) Haftung der „nautae caupones stabularii“ für Gehilfen

Ein weiterer Anhaltspunkt könnte die Haftung der *nautae caupones stabularii* (Reeder,

¹⁹⁵ *Kaser*, § 141 I (S. 605 f.).

¹⁹⁶ *Honsell*, § 10 II (S. 36 f.); *Kaser*, § 141 I 1 (S. 605); *Liebs*, S. 121.

¹⁹⁷ Ähnliche Vorgänge sind im Rahmen des gegenwärtigen Arbeitsrechts zu sehen. Dass im modernen Recht der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsverhältnisses den unselbstständigen Arbeitnehmern notwendige Betriebsmittel zur Verfügung stellt, ist der Überlassung des Sonderguts sehr ähnlich. Der in seiner Zustimmung oder Ermächtigung beinhaltete Wille des Arbeitgebers hat denselben Inhalt des *issum* (Ermächtigung zur Geschäftsführung durch den Gewaltunterworfenen).

¹⁹⁸ *Kaser*, § 141 I 1 (S. 605).

¹⁹⁹ *Delmere* hat die Grundidee der Gehilfenhaftung auch aus der *actio exercitoria* und *institoria* herausdestilliert, als eine Ausnahme zum klassischen römischen Haftungsmodell vgl. *Delmere*, S. 43.

²⁰⁰ *Kaser*, § 141 II 4 und 5 (S. 608); *Seiler*, JZ 1967, 525 (526).

²⁰¹ *Kaser*, § 141 I 1 (S. 605).

²⁰² Die weiter oben dargestellte Theorie ökonomischer Erwägung (vgl. § 2 A, S. 13 ff.) findet sich in dieser Behauptung annähernd wieder.

Herbergs- und Stallwirte) sein. Diese Haftungsform wird gezielt in der Literatur immer wieder erwähnt²⁰³, um § 278 zu illustrieren. Der Geschäftsherr hat danach für den Schaden an den eingebrachten Sachen zu haften. Der Schaden oder der Verlust kann auf eigenes Verhalten sowie Handlungen der Anderen zurückgehen, deren Hilfe der Geschäftsherr sich zur Beförderung, Beherbergung und Tierhinterlegung bedient. Diese Haftung findet ihren Niederschlag auch im modernen Recht, vor allem § 701 BGB, § 970 ABGB, Art. 487 ff. OR.

Die Haftung der *nautae caupones stabularii* wird in Allgemeinen als die Haftung *ex recepto*²⁰⁴ angesehen. Die Haftung der *nautae caupones stabularii* für seinen Gehilfen ist nach h.M.²⁰⁵ als eine prätorische Deliktsklage („*quasidelikt*“²⁰⁶) zu qualifizieren.²⁰⁷ Die Unzuverlässigkeit²⁰⁸ der *nautae, caupones* und *stabularii* und das damit erhöhte Gefahrenpotenzial indizieren tatsächlich das damalige Verkehrsbedürfnis.

Der Personenkreis, für dessen schadenstiftendes Verhalten der Geschäftsherr zu haften hatte, beschränkte sich nicht nur auf seinen Gehilfen. Es erstreckte sich vielmehr auf den Mitreisenden usw.,²⁰⁹ dem der Geschäftsherr keine Weisung geben konnte. Es ist damit deutlich, dass die Weisungsgebundenheit bei der Haftung der *nautae caupones stabularii* eine unbedeutende Rolle spielte.

Es muss außerdem besonders betont werden, dass diese Haftung teilweise auch als *custodia*-Haftung²¹⁰ angenommen wird, die als Garantiehafung verstanden wird. Durch die hinter ihr versteckte „*Garanzusage*“²¹¹ kommt zum Ausdruck, dass sich die Haftung der *nautae, caupones* und *stabularii* deutlich dem § 278 annähert, wo der Gesetzgeber auch die „*Übernahme einer Garantie*“²¹² aus dem Leistungsversprechen herauszieht.

Darüber hinaus ist die Besonderheit sehr wichtig, dass ein bestehendes

²⁰³ Seiler, JZ 1967, 525 (526); HKK/Schermeier (2007) §§ 276-278 Rn. 23; Honsell, § 33 (S. 104); Delmere, S. 42. Auch für § 831, vgl. HKK/Kannowski (2013) § 831 Rn. 8.

²⁰⁴ *Recepta* wurde als die „formlose Garantiezusage“ oder „Garantieübernahme“ für einen bestimmten Erfolg verstanden. Vgl. nur Kaser, § 136 III 3 (S. 585 f.). Schermaier ordnet das *receptum* ein Unterfall der *custodia*-Haftung ein, vgl. HKK/Schermeier (2007) §§ 276-278 Rn. 24.

²⁰⁵ Honsell, § 33 (S. 104) mwN., Kaser, § 136 III 3 (S. 586). Thomas hielt dagegen an *locatio conductio operis* fest. Vgl. Thomas, RIDA³ 7 (1960), 498 ff. zitiert nach Kaser, § 136 III 3 (S. 586).

²⁰⁶ Mayer-Maly, § 31 (S. 142); Honsell, § 33 (S. 104); Kaser, § 136 III 3 (S. 586).

²⁰⁷ Honsell, § 33 (S. 104) hat klar darauf abgehoben, dass sie nicht in die Delikten einzuordnen sein kann.

²⁰⁸ Zimmermann, in: FS Luig (2007), 271 (276); Kaser, § 136 III 3 (S. 586) mwN.; Seiler, JZ 1967, 525 (526) mwN.; Mayer-Maly, § 29 VIII 3 (S. 135); Delmere, S. 42; Koch, VersR 1966, 705 (706); Staudinger/Werner (2015) Vorb. zu §§ 701 ff., Rn. 4. Zimmermann, a.a.O., 271 (276) hat daraus einen Vertrauensgedanken abgelesen, weil die Gäste in diesem Zusammenhang „*der Zuverlässigkeit solcher Leute zu vertrauen und ihnen Sachen zur Bewachung zu überlassen*“ hatten.

²⁰⁹ Kaser, § 136 III 3 (S. 586).

²¹⁰ „*Jeder weitere Unterschied in der Haftung betrifft nicht die Culpa selbst, sondern die Art der Tätigkeit, zu der jemand durch ein obligatorisches Verhältnis verpflichtet ist. Dahin gehört namentlich die custodia, Sicherung der Sache gegen Abhandenkommen, wer custodia prästirt, prästirt nichts anderes als diligentiam, oder diligentiam in custodiendo*“, vgl. Puchta, Pandekten, § 266 (S. 409). In dem Buch Kasers ist die Herkunft dieser Haftung nicht immer konsequent dargestellt. Einerseits sei diese Haftung eine Haftung für *custodia* (Kaser, § 118 III 2 [S. 507]), wenn sie andererseits als die Haftung aus *locatio conductio* (Kaser, § 136 III 3 [S. 586]) angenommen werde. Zu vielfältigen Rechtsfolgen der *custodia*-Haftung, vgl. Sutschet, S. 297.

²¹¹ Kaser, § 136 III 3 (S. 585) mwN.

²¹² *Motive* II, S. 30 = *Mugdan* II, S. 16.

Schuldverhältnis (Schiffsbeförderungs-, Beherbergungsvertrag und Hinterlegungsvertrag von Tieren) oder die faktische Einbringung statt der (formlosen) Garantieerklärung als stillschweigende Übernahme²¹³ in erheblichem Maße der Interessenlage iSd. § 278 gleichen.

Als Ergebnis der kurz gefassten Darstellung ist festzuhalten, dass sich die Affinität beider Regelungen von der Reaktion auf das Verkehrsbedürfnis über die Entbehrlichkeit der Weisungsgebundenheit über die Garantieübernahme bis zum (üblicherweise) Vorliegen des Schuldverhältnisses erstreckt.

c) „si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur“ im Werkvertrag

Darüber hinaus befindet sich im römischen Recht eine dem § 278 ähnliche Regelung, nach der „*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque quorum opera uteretur, culpa accideri.*“²¹⁴ Für die Diskussion der Gehilfenhaftung ist die Erwähnung dieser alten Regelung unentbehrlich. *Oertmann*²¹⁵ hat in seinem Kommentar von 1899 schon deutlich gemacht, dass die Meinungsänderung zur Haftung für Gehilfen einerseits auf das *Gaiussche Digest* zurückzuführen ist. *Delmere, Mayer-Maly* und *Honsell*²¹⁶ nehmen dementsprechend diese Regelung als Vorläufer bzw. Ausgangspunkt des § 278 an. *Kaser*²¹⁷ vertritt auch die Meinung, dass der *conductor* dem *locator* gegenüber für das Verhalten seines Gehilfen „*in gleicher Weise haftet wie für sein eigenes*“. Sie wurde hauptsächlich als die Haftung für die *custodia* angenommen.²¹⁸

Jedoch war das *Gaiussche Digest* im 19. Jh. nicht unumstritten. Manche hielten sie für die Haftung, die auch das Verschulden des Schuldners (Werknehmers) voraussetzt, da hier das lateinische Wort „*eorumque*“ (und) und nicht „*eorumve*“ (oder)²¹⁹ verwandt wird. Nach dieser grammatischen Betrachtungsweise reiche nur das Verschulden des Gehilfen noch nicht aus. Die nachkommenden Gesetzgebungen haben diese Argumentation nicht übernommen. Nach Ansicht *K. Schmidt* war z.B. das ADHGB (1861)²²⁰ so weit gegangen, dass es ausdrücklich auf das eigene Verschulden des

²¹³ *Kaser*, § 136 III 3 (S. 585).

²¹⁴ D 19, 2, 25, 7 Gai 10 ed prov, zitiert nach *Honsell*, § 51 II 1 (S. 145). Der Satz lautet: Wer den Transport einer Säule übernommen hat, trägt die Gefahr, wenn diese während des Transportes in die Brüche geht; dies gilt auch dann, wenn dies nicht auf seinem Verschulden, sondern auf dem seiner Hilfspersonen beruhte. Vgl. auch *Harke*, Römisches Recht, § 12 II, Rn. 21; *Honsell*, in: FS Schwenzler (2011), 779 (780 f.); *Knütel*, ZRG (RA) 100 (1983), 340 (343); *Ranieri*, S. 797.

²¹⁵ *Oertmann-Kommentar* (1899) § 278 1 (S. 38).

²¹⁶ *Delmere*, S. 43; *Mayer-Maly*, § 28 II 3 (S. 120 f.); *Honsell*, § 51 II 1 (S. 145 f.). Weitere Verfechter dafür siehe *Knütel*, ZRG (RA) 100 (1983), 340 (344).

²¹⁷ *Kaser*, § 132 V 2 (S. 571).

²¹⁸ *Seiler*, JZ 1967, 525 (526).

²¹⁹ *K. Schmidt*, in: FS Raisch (1995), 189 (195). *Knütel*, ZRG (RA) 100 (1983), 340 (343) mwN. hat dagegen hier den Wortlaut „*qua*“ als irreführendes Wort hervorgehoben. Dazu bedarf es keiner weitergehenden Ausführung. Es kann unerheblich sein, welches Wort die Streitfrage hervorbringt. Die Auseinandersetzung spiegelt vor allem den Standpunkt des Verfechters des Verschuldensprinzips und des Anhängers der Theorie von einer unbedingten Einstandspflicht wider. Der Streit, ob das zusätzliche Verschulden des Unternehmers erforderlich ist, war zumindest immer eine heikle Frage. Der Verfasser des BGB hat endlich in der Kodifikation auf das Verschulden des Schuldners verzichtet.

²²⁰ Zum Einfluss des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch auf die Kodifikation des BGB, vgl. *Rießer*, Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1894.

Schuldners (Transporteurs) verzichtet hat.

Diese kurze Darstellung zeigt, dass die Römer eine (echte) verschuldensunabhängige Haftung für Gehilfen vor allem im werkvertraglichen Bereich gerechtfertigt lassen. Die Regelung „*si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur*“ steht im Einklang mit dem geltenden § 278. Die wichtigste Voraussetzung für „ein bestehendes Schuldverhältnis“ ist in diesem Fall ohne Zweifel erfüllt (Werkvertragsverhältnis).

3. Fazit

Durch die adjektivische Klagen, die nur als die Vorgänger des Stellvertretungsrechts angenommen werden,²²¹ hat der *pater familia* für das Verpflichtungsgeschäft seines Gewaltunterworfenen, doch nicht für das Delikt einzustehen. Der „*Risiko-Nutznießungsgedanke*“ kam in der *actio de in rem verso* und die *actio exercitoria* und *actio institoria* zum Ausdruck. Die *actio de peculia actio* und die *actio quod iussu* spiegeln die willentliche Veranlassung (Einschaltung) des Gewalthabers wider.

Der „*quasideliktischen*“ Einkleidung²²² der Haftung der *nautae caupones stabularii* steht nicht entgegen, dass sie viele Ähnlichkeiten mit dem heutigen § 278 aufweist, der hauptsächlich im vertraglichen Bereich Anwendung findet. Aus der Haftung der *nautae caupones stabularii* lassen sich außerdem viele Konzepte ablesen, die nach heutigem Erkenntnisstand gerade dem § 278 zugrunde liegen.

In Bezug auf die Haftung des Werkunternehmers für „*si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur*“ im Werkvertrag ist ihre dogmatische Affinität zum § 278 besonders augenfällig, da sie als Ausdruck der vertragsrechtlichen Natur aufgefasst wurden.

Der vorstehende historische Rückblick auf die römische Wurzel des § 278 zeigt somit, dass der *pater familias (dominus)*²²³ die Urform des Geschäftsherrn des modernen Rechts ist und er aus verschiedenen Gründen und Interessenabwägungen für fremdes Handeln (Verschulden) haftet. Die sog. Durchbrüche des Verschuldensmoments befanden sich schon in der römischen Epoche allermeist im rechtsgeschäftlichen Bereich.

II. Ursprüngliche gesetzgeberische Überlegungen bei der BGB-Kodifikation

Lenken wir nun unseren Blick auf die Historie der Bearbeitung des BGB. Er lässt wohl erste Schlüsse darüber zu, von welchem konkreten Ausgangspunkt die

²²¹ Vgl. oben Fn. 193. Die Gemeinsamkeit der Erfüllungsgehilfenhaftung und der Stellvertretung werden an dieser Stelle in einfacher Sprache skizziert. Ebenso wie die Erfüllungsgehilfenhaftung hat auch die Stellvertretung mit dem Bedarf zu tun, dass man in einer arbeitsteiligen Gesellschaft alle Angelegenheiten nicht selbst zu erledigen braucht oder ggf. nicht erledigen kann. Dazu vgl. *Leipold*, BGB AT, § 22 I 1 (S. 334); *Bork*, BGB AT, Rn. 1288; *HKK/Schmoeckel* §§ 164-181, Rn. 1 (S. 916); *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 881. §§ 164 sind ebenso Zurechnungsnormen, die die Willenserklärung oder ein pflichtwidriges Verhalten des Handelnden einem anderen zurechnen. Vgl. nur *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 882 ff.

²²² Vgl. oben Fn. 206.

²²³ Daneben war *pater familias*, der dem angelsächsischen Begriff „*reasonable man*“ entspricht, auch der entscheidende Sorgfältigkeitsmaßstab bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit. Die Außerachtlassung der Sorgfalt eines *diligens pater familias* wurde als fahrlässig bewertet. Dieser objektive Maßstab wurde später vom deutschen Recht übernommen. Über die Bedeutung des Maßstabs des *diligens pater familias* vgl. *Grueber*, Einführung in die Rechtswissenschaft (1922), S. 51; *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, § 2 I 1 a (S. 10).

BGB-Väter ausgegangen sind. Die zielende Motivation der BGB-Väter wird vor allem in den Gesetzesmaterialien²²⁴ vermutet. Dies hat für das Verständnis der gesetzgeberischen Überlegungen damit konstitutive Bedeutung insoweit, als wir einen grundsätzlichen Einblick in die Gesetzesmaterialien des § 278 nehmen.

Die *Motive* zum 1. Entwurf des BGB verweisen iRd. § 278 gezielt auf das „Versprechen“²²⁵, d.h. „wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem **Versprechen** auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist.“²²⁶ Das BGB charakterisiert die Haftung für Erfüllungsgehilfen iSd. § 278 deshalb ausdrücklich mit Hilfe des daraus abgeleiteten „Versprechens“.

1. Das „Versprechen“ als gesetzgeberischer Ausgangspunkt

Das „Versprechen“ ist freilich kein konkreter Gesetzesbegriff und lässt sich im Gesetzestext und in der Rechtspraxis sehr allgemein benutzen. Es wird an vielen Stellen des BGB und zwar ausschließlich in einem Sinne verwandt.²²⁷ Jedes Mal wird es im Zusammenhang mit dem Begriff „Leistungen“ gebraucht. Das „Versprechen“ hat hierbei denselben Bedeutungsgehalt, dass jemand dem Anderen gegenüber verbindlich erklärt oder zusichert, etwas Bestimmtes zu tun oder zu geben. Es erlaubt dem Versprechensempfänger, dass er ein entsprechendes Ergebnis oder Ereignis erwarten kann.²²⁸

Ein „Versprechen“ kann damit naturgemäß wesentlich im rechtsgeschäftlichen Bereich gefunden werden,²²⁹ wo der Vertrag als die wichtigste Erscheinungsform auftritt.²³⁰ Es fehlt dagegen auf dem deliktsrechtlichen Gebiet. Im vertraglichen

²²⁴ Die Bedeutung von Gesetzesmaterialien hat der BGH im Fall des „9-Jährigen mit einem Kickboard“ (BGHZ 161, 180 ff., Rn. 9) deutlich betont. Der in der Vorschrift zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers sollte mit Hilfe der weiteren Auslegungskriterien, vor allem mit den Gesetzesmaterialien, ermittelt werden.

²²⁵ Das „Versprechen“ sollte hier nicht als gesellschaftlicher Akt verstanden werden. Der Gesetzgeber hat sichtlich dem hier erwähnten Versprechensakt die Verbindlichkeit zugestanden. Der Schuldner muss sich gemäß § 278 den Versprechensbruch zurechnen lassen und zwar die dementsprechende Haftung tragen, wenn der Gehilfe im Rahmen des Pflichtenkreises schuldhaft handelt. Das Versprechen des Schuldners, dass der von ihm eingeschaltete Gehilfe das Geschäft oder den Auftrag auch sorgfältig abwickeln wird, wird in den Inhalt seines Schuldverhältnisses integriert. Das Versprechen ist als rechtliche Bindung und Verpflichtung zu qualifizieren.

²²⁶ *Motive* II, S. 30 = Mugdan II, S. 16. Ähnlichen Ausdruck kann man auch anderenorts (*Motive* II, S. 45 f.: hinsichtlich des subjektiven Unvermögens des Schuldners) sehen: „Im Falle der Begründung des Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist im Versprechen die Übernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit zu finden.“

²²⁷ Dazu gehören statt vieler z.B. das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§ 328 ff.), das Strafversprechen (§ 339 ff.), das Schenkungsversprechen (§ 518 ff.), die versprochenen Dienste (§ 611), die versprochene Behandlung (§ 630a I), das versprochene Werk (§ 631 I), das Schuldversprechen (§ 780).

²²⁸ Schon im Vorbereitungsstadium hat *Schloßmann*, *Der Vertrag*, 1876, S. 308 f. hinsichtlich der juristischen Bedeutung des Versprechens in ganz einfacher Sprache erklärt: „Wer uns sagt, dass er etwas, woran wir ein Interesse haben, thun werde, erregt, falls nicht besondere Gründe dagegen vorliegen, in uns die Erwartung auf die Bewährung der Zusage, weil die Erfahrung uns lehrt, dass das eigene Interesse die Menschen im großen Durchschnitt veranlasst, ihren Zusagen gemäss zu handeln, und weil wir dem Versprechenden vor allem Andern auch die beste Kenntnis seiner Fähigkeit, die versprochene Leistung zu beschaffen, zutrauen dürfen. So ist also das Festhalten am gegebenen Wort eine thatsächlich im Verkehr beobachtete *Maxime*“.

²²⁹ Im außervertraglichen Bereich wird das Versprechen zwar sehr oft angewandt. Im bloßen Gefälligkeitsverhältnis besteht ohne irgendeine vertragliche Verpflichtung aber nur moralische oder gesellschaftliche Bindung.

²³⁰ Der Vertrag gilt ohne Zweifel als Hauptmittel der privatautonomen Gestaltung, mit dem *Flume*, *Das*

Bereich wird besonderes Gewicht auf die übereinstimmenden Willenserklärungen²³¹ der Vertragsparteien gelegt, was in anderen (heute verbreiteten) Anwendungsbereichen des § 278 gerade nicht herausdestilliert werden kann. Die sachenrechtlichen Sonderverbindungen²³², z.B. EBV,²³³ spiegeln die Schutzbedürftigkeit des Eigentums sowie die Wertordnung jener Rechtsordnung wider und haben mit dem Willen oder der Selbstbestimmung des Eigentümers kaum etwas zu tun. Solche Sonderverbindungen sind in gewisser Maße der willensunabhängige Befehl des Gesetzes. Das Schuldrecht und Sachenrecht haben den Vorgang der Güterbewegung gezielt in zwei Stadien, nämlich Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, getrennt. Es ist nicht verwunderlich, dass die Rechtsgeschäfte im Sachenrecht trotz der Anwendbarkeit des 1. und 2. Buchs des BGB eine sehr geringe Rolle spielen.²³⁴

Aus dem Wortlaut „*Versprechen*“ wird ohne weiteres die Konsequenz gezogen, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 278 von Anfang an ausschließlich oder mindestens wesentlich von vertraglicher Verbindlichkeit ausgegangen ist. Obwohl sich der gegenwärtige Anwendungsbereich des § 278 durch richterliche Fortbildungen und die spätere Schuldrechtsmodernisierung in größerem Umfang erweiterte, kann die initiale Konzeption der BGB-Väter nicht zu weit deuten. Die „*Regelungsabsicht des Gesetzgebers oder seine eigene Normvorstellung*“ trägt nicht nur zur Gesetzesauslegung²³⁵ bei. Sie liefert dem Rechtsanwender auch einen fundamentalen Ansatzpunkt zum angemessenen Verständnis der Vorschriften.

2. „Garantieübernahme“ als gesetzgeberische Fiktion

Weiterhin hat der Gesetzgeber aus dem „*Versprechen*“ die „*Übernahme einer Garantie*“ hergeleitet. Im Fall des Einschaltens des Gehilfen „garantiert“ der Schuldner, dass der Erfüllungsgehilfe die zur Erfüllung der Verbindlichkeit erforderliche Qualifikation, wie berufliche Fähigkeit, Fachkenntnisse und sogar moralische Zuverlässigkeit hat.²³⁶

Sie ist aber von der Garantieübernahme iSd. heutigen § 276 I 1 zu unterscheiden. Die in § 276 I 1 gemeinte Garantie, die wegen ihrer Anknüpfung an die „zugesicherte Eigenschaft“ des früheren Rechts (§ 463 a.F.) sich wesentlich nach dem Vorhandensein einer Eigenschaft“ bzw. Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes richtet,²³⁷ kann ausdrücklich und stillschweigend übernommen werden. Für das Bestehen und die Tragweite einer Garantie spielt die Vertragsauslegung²³⁸ eine

Rechtsgeschäft, § 1 6 a (S. 7); *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 70 ff.; *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 2.

²³¹ *Köhler*, BGB AT, § 5 III 1, Rn. 5.

²³² *Palandt/Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 3.

²³³ BGHZ 16, 259 (262); KG Berlin, Urteil vom 23.11.1994 – 24 U 1428/94 - Rn. 43 (juris).

²³⁴ *Seiler*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2014) U, Rn. 4.

²³⁵ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 216 ff.

²³⁶ *Wohl v. Caemmerer*, in: *FS Hauß* (1978), 33 (36).

²³⁷ BT-Drs. 14/6040, S. 132; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 532; *PWW/Schmidt-Kessel* (2017) § 276 Rn. 31; *Erman/H. P. Westermann* (2017) § 276 Rn. 17; *Palandt/Grüneberg* (2016) § 276 Rn. 29; *MükoBGB/Grundmann* (2016) § 276 Rn. 174; *BeckOGK/Schaub* (2016) § 276 Rn. 131. Der mögliche Inhalt der Garantie wird iwS. verstanden, der sich auch auf andere Aspekte erstreckt, darunter den Eintritt bestimmter Ereignisse oder das Nichtvorhandensein von Mängeln. Vgl. *H. P. Westermann*, *JZ* 2001, 530 (535).

²³⁸ BGH 170, 86 ff. Rn. 21; OLG Stuttgart, Urteil vom 23.11.2010 – 12 U 109/10 – Rn. 48 (juris);

entscheidende Rolle. Eindeutige und konkrete Anhaltspunkte (zumindest die konkludente Abrede) für den Einstandswillen des Schuldners sind jedenfalls erforderlich.²³⁹ Mit anderen Worten, das Gesetz hat im Rahmen des § 276 für die Annahme der Garantieübernahme strikte und konkrete Anforderungen gestellt.²⁴⁰ Damit liegt keine Garantie vor, wenn keine eindeutige Abrede der Parteien vorliegt. Dies ist auf die fortbestehende Vorstellung zurückzuführen, dass eine verschuldensunabhängige Haftung für den Schuldner zu streng sei.

Die Übernahme einer Garantie iSd. § 278 richtete sich dagegen nur nach *dem ordnungsmäßigen Verhalten* derjenigen, „*deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist*“.²⁴¹ Diese Betrachtungsweise beeinflusste die nachkommenden deutschen Rechtswissenschaftler, die nachher grds. einverstanden sind, dass die Vorschrift (§ 278 BGB) eine Garantiehafung (oder „*Garantiepflicht*“)²⁴² des Schuldners für das Verhalten seiner Hilfspersonen begründet, die unabhängig von seinem (persönlichen) eigenen Verschulden (als „*Durchbrechung des Verschuldensprinzips*“²⁴³) ist.

Im Gegensatz zur Garantie iSd. § 276 war die Garantieübernahme im § 278 damit ein gesetzgeberisches Artefakt im Schuldrecht. Die sich im § 278 verbergende Garantie versteht sich zumindest scheinbar von selbst, ohne auf eine ausdrückliche Erklärung oder konkludenten Einstandswillen der Vertragsparteien zurückzugreifen. Der Gesetzgeber ging eher davon aus, dass im vertraglichen Bereich sich eine Garantie des Versprechenden im Hinblick auf die vertragsgemäße Erfüllung aus der Selbstbindung ergibt.

3. Fazit

Mit einem kurzen Überblick auf die Motive der BGB-Väter sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass § 278 in erheblichem Umfang als Ausdruck seiner vertragsrechtlichen Natur aufzufassen ist. Die Abstellung auf das Versprechen und die daraus hergeleitete Garantieübernahme mag für die Plausibilität der Behauptung sprechen, dass vom § 278 ursprünglich nur die Leistungspflichten erfasst seien.²⁴⁴ Erst durch die schöpferische Überarbeitung des vertraglichen Pflichtprogramms und die neue Systematisierung der Zivilrechtsdogmatik hat § 278 eine großzügige Ausdehnung des Anwendungsbereichs erfahren.

Palandt/*Grüneberg* (2016) § 276 Rn. 29; PWW/*Schmidt-Kessel* (2017) § 276 Rn. 31; NK-BGB/*Dauner-Lieb* (2016) § 276 Rn. 25; Erman/*H. P. Westermann* (2017) § 276 Rn. 23.

²³⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 131 f.; MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 276 Rn. 174; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 493; Palandt/*Grüneberg* (2016) § 276 Rn. 29.

²⁴⁰ BGH, NJW 2007, 1346 (1348); *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 534; Erman/*H. P. Westermann* (2017) § 276 Rn. 23; NK-BGB/*Dauner-Lieb* (2016) § 276 Rn. 23 ff.

²⁴¹ *Motive* II, S. 30 = *Mugdan* II, S. 16.

²⁴² Staudinger/*Caspers* (2014) § 278 Rn. 18; MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 3; *Jauernig/Stadler* (2015) § 278 Rn. 2; PWW/*Schmidt-Kessel* (2017) § 278 Rn. 10; BeckOGK/*Schaub* (2016) § 278 Rn. 3; v. *Caemmerer*, ZfRV 1973, 241 (255); *ders.*, in: FS *Hauß* (1978), 33 (34); *Neuner*, AcP 218 (2018) 1 (12); *Schlechtriem*, in Gutachten und Vorschläge, 3.1.1, S. 1617; *Tröger*, S. 141; *Larenz*, SchuldR I AT, § 20 VIII (S. 297); *Leßmann*, JA 1980, 193 (194); *Kupisch*, JuS 1983, 817 (820); *Schreiber*, Jura 1987, 647 (647). Die jeweiligen Gegebenheiten sollten aber in das Nachdenken im Einzelfall einbezogen werden. Vgl. *Dreher*, S. 12.

²⁴³ Vgl. weiter oben Fn. 28.

²⁴⁴ *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (506); *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 71 (74).

B. Die Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung

Auf die sich anschließende Frage, welche Rechtsnatur die Erfüllungsgehilfenhaftung iSd. § 278 hat, wird im Folgenden erst einzugehen sein, wenn man vorher seine Grundgedanken und historische Entwicklung beleuchtet hat.

Hinsichtlich der weitgehenden Einigkeit in der deutschen Lehre, dass § 278 – als eine Zurechnungsnorm²⁴⁵ – das Verschuldensprinzip iRd. allgemeinen Schuldrechts durchbreche,²⁴⁶ empfiehlt es sich insofern, zuerst einen kurzen Überblick auf das allgemeine Zurechnungsprinzip zu werfen.

I. Verschuldensprinzip im deutschen Schuldrecht

Im deutschen zivilrechtlichen Haftungssystem stehen sich auch zwei Systeme – verschuldensabhängige und -unabhängige Haftung - gegenüber.

1. Ursprung

Rudolf v. Jhering kündigte diesen Grundsatz in seinem Werk „*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*“ von 1867 an: „*Kein Uebel ohne Schuld*“.²⁴⁷ Dementsprechend wurde das Resultat in einem einfachen Satz erzielt: „*Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld*“.²⁴⁸ Bei den BGB-Vätern regte sich väterlicher Stolz auf die Verwirklichung des Verschuldensprinzips, das sie für ein „*höheres juristisches Axiom*“ hielten.²⁴⁹ Das allgemeine Rechtsbewusstsein hielt dagegen, dass nur der schuldige Handelnde für sein (schuldhaftes und ihm vorzuwerfendes) Verhalten einzustehen habe.²⁵⁰

Dahinter stand im Allgemeinen die Erwägung, dass die Verhaltensfreiheit des Individuums (als „des potenzieller Schädigers“) nicht übermäßig eingegrenzt werden soll.²⁵¹ Die Befürchtung einer beim kleinsten Anlass möglicherweise eintretenden

²⁴⁵ Leßmann, JA 1980, 193 (193); Schreiber, Jura 1987, 647 (647); Kupisch, JuS 1984, 250 (251); S. Lorenz, JuS 2007, 983 (983); Delmere, S. 2; Mennemeyer, S. 40; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70 (82); Palandt/Grüneberg (2016) § 278 Rn. 1; NK-BGB/Dauner-Lieb (2016) § 278 Rn. 1. Schäfer vertrat allerdings die entgegengesetzte Auffassung, dass § 278 eine „selbständige, haftungsbegründende Vorschrift“ sei. Bei der Diskussion über die Haftung des Mieters für den durch seinen Angestellten in einem Schuppen verursachten Brandschaden hat das Reichsgericht (RGZ 87, 276 [277]) § 278 auch als eine Haftungsnorm angewandt, ohne einschlägige Anspruchsnormen zu erwähnen. Weitere Befürworter der Haftungsnorm, vgl. Mennemeyer, S. 40 (Fn. 1).

Im schweizerischen Recht wird Art. 101 OR, die Parallelvorschrift zum § 278, dagegen als „haftungsbegründende Bestimmung“ verstanden. Vgl. Koller, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 35 (S. 9). Die unterschiedliche Einstufung beider Vorschriften geht sehr wahrscheinlich auf den verschiedenen Gesetzeswortlaut zurück. Art. 101 OR, insb. der Ausdruck „*dem andern den Schaden zu ersetzen*“, sieht alle Tatbestände sowie Rechtsfolgen wie Art. 97 OR vor, der als allgemeine Vorschrift zur Schadensersatzhaftung nur eine zusätzliche Voraussetzung, nämlich tatsächliches „Verschulden“ des Schuldners, fordert. § 278 weist mit der Formulierung „*ein Verschulden ..., in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden*“ ausschließlich auf das Vertretenmüssen hin. Die Erfüllungsgehilfenhaftung entsteht im deutschen Recht nur in Verbindung mit weiteren Regelungen, § 280 ff.

²⁴⁶ Vgl. weiter oben Fn. 28.

²⁴⁷ v. Jhering, Das Schuldmoment, S. 8. Daneben vgl. auch Burkhardt, Schuld, in Kick/Schmitt (Hrsg.): Schuld, S. 59, Fn. 9; Delmere, S. 39; Jansen, S. 364; J. M. Safferling, Vorsatz und Schuld, S. 28.

²⁴⁸ v. Jhering, Das Schuldmoment, S. 40.

²⁴⁹ Ausführlich vgl. HKK/Schermaier, vor § 276 Rn. 5. Auch v. Wyss, Die Haftung für fremde Culpa nach römischem Recht, 1867, S. 1: „*Axiom eines jeden Rechtssystems*“.

²⁵⁰ Leonhard, S. 424, zitiert nach HKK/Schermaier, vor § 276 Rn. 5. Vgl. auch Staudinger/Löwisch (2004) § 276 Rn. 5.

²⁵¹ Spickhoff/Deutsch § 276 Rn. 1.

Schadensersatzpflicht würde die Handlungsfreiheit des Beteiligten erheblich belasten.²⁵² Außerdem könnte sein Existenzminimum auf Grund eines einfach bestehenden Schadensersatzes erschöpfend verloren gehen. Das Verschuldensprinzip diene außerdem als ein Steuerinstrument, um das Verhältnis zwischen der Gewährleistung der Handlungsfreiheit der Einzelperson und dem Gläubigerschutz vor der Existenzgefährdung zu bewerten und zu bilanzieren.²⁵³

2. Gegenwärtiger Stand

Nach §§ 280 I 2, 823 I, 276 I, II folgt das BGB grundsätzlich dem »Verschuldensprinzip«,²⁵⁴ wonach für die Begründung der Schadensersatzhaftung, entweder für die vertragliche²⁵⁵ oder deliktische Haftung, regelmäßig die subjektive Vorwerfbarkeit (als „Vorsatz oder Fahrlässigkeit“) des Schuldners erforderlich ist. Ein „Regel-Ausnahme-Verhältnis“²⁵⁶ wird im heutigen § 276 I 1 – als die Zurechnungsregelung²⁵⁷ – klar zum Ausdruck gebracht.

Zugleich ist die Tendenz der Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs im deutschen Recht zu konstatieren,²⁵⁸ die tatsächlich zur Haftungserweiterung führt.

II. Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung

Zurück zum § 278. Welche Rechtsnatur die Erfüllungsgehilfenhaftung hat, ist im deutschen Schrifttum eine sehr umstrittene Frage. Insgesamt betrachtet, sind folgende Gesichtspunkte exemplarisch: Erfolgs-, Risiko-, Garantie- und Gefährdungshaftung.²⁵⁹

²⁵² v. Caemmerer, RabelsZ 1978, 5 (7).

²⁵³ Staudinger/Olzen (2015) Einleitung zum Schuldrecht, Rn. 30; Staudinger/Löwisch (2004) § 276 Rn. 7.

²⁵⁴ Erman/H. P. Westermann (2017) § 278 Rn. 1; HKK/Schermaier, vor § 276 Rn. 5; MüKoBGB/Ernst (2016) § Vor. § 323 Rn. 3; MüKoBGB/Grundmann (2016) § 276 Rn. 6; Palandt/Grüneberg (2016) § 276 Rn. 3; Staudinger/Caspers (2014) § 276 Rn. 3 ff.; Brox/Walker, SchuldR AT, § 20 Rn. 1; Canaris in: FS Wiegand (2005), 250 ff.; Delmere, S. 39; Dreher, S. 11; Eckert, SchuldR AT, Rn. 228; Emmerich, Leistungsstörungen, § 5 III 2; Esser/Schmidt, SchuldR I/2, § 25 II; Fikentscher/Heinemann, Rn. 330; U. Huber, Gutachten Leistungsstörungen, S. 717; Jakob, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 19 ff.; Jansen, S. 620; Larenz, SchuldR AT, § 20 I (S. 277); Looschelders, SchuldR AT, Rn. 470; Löwisch, AcP 165 (1965), 421 ff.; Stöber, Beschaffenheitsgarantien des Verkäufers, S. 31 ff.; Sutschet, S. 19. Zur Entscheidung des historischen Gesetzgebers für das Verschuldensprinzip statt vieler nur vgl. Benöhr, in: The Legal History Review 46 (1978), 1-31. Eine rechtsvergleichende Betrachtungsweise dazu vgl. v. Caemmerer, RabelsZ 42 (1978), 5-27. Zur Kombination und dem Zusammenwirken von der Verschuldens- und Garantiehaftung im Vertragsrecht aus jüngerer Zeit vgl. Grundmann, in: FS Schwark (2009), 21-40. Zum Festhalten an der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung des Verkäufers für Sachmängel beim Warenkauf vgl. Kirsten, S. 397 ff. Die zunehmende Kritik und deutlich sichtbare Befürwortung für die Abwendung vom Verschuldensprinzip vgl. vor allem die Dissertation von W-T Schneider, Abkehr vom Verschuldensprinzip?, 2007.

²⁵⁵ Medicus, in: Basedow (Hrsg.), Vertragsrechtsvereinheitlichung (2000), 179 (185). Die verschuldensabhängige Vertragshaftung auf Seiten des deutschen Rechts stellt einen wesentlichen Unterscheid zum chinesischen Vertragsrecht dar. Zum chinesischen vertraglichen Haftungsprinzip vgl. ausführlich unten § 5 B, S. 100.

²⁵⁶ HKK/Schermaier vor § 276 Rn. 4, §§ 276-278 Rn. 2; Staudinger/Löwisch (2004) § 276 Rn. 5; Grundmann, in: FS Schwark (2009), 21 (28); ders., in: Michigan Law Review (2009), 1583 (1589).

²⁵⁷ MüKoBGB/Grundmann (2016) § 276 Rn. 2. Das Reichsgericht (RGZ 106, 22 [25]) hielt einst § 276 a.F. als Anspruchsgrundlage. Nach der Rechtsprechung des RG sah § 276 a.F. nicht nur vor, „welche Umstände dem Schuldner ... zuzurechnen sind, sondern den Anspruch einer Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz für vorsätzlich oder fahrlässig begangene Verletzung von Vertragspflichten“.

²⁵⁸ Koziol, AcP 196 (1996), 593 (593) mwN., der auch das österreichische Recht berücksichtigt. Auch Magnus, Der Tatbestand der Pflichtverletzung, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 67 (74). Zur Parallele der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht vgl. Kramer, AcP 171 (1971), 422 ff.

²⁵⁹ Im schweizerischen Recht kann die Erfüllungsgehilfenhaftung iSd. Art. 101 OR auch als Kausalhaftung klassifiziert werden, vgl. Koller, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 41 (S. 11).

1. Erfolgshaftung

Zilken, Heinrich, Grüneberg und *Enneccerus/Lehmann*²⁶⁰ nehmen die Haftung des Schuldners für seinen Erfüllungsgehilfen iSd. § 278 als „eine Art von Erfolgshaftung“ an.

Umgekehrt zweifelt *Delmere* in gewissem Maße an einer reinen Erfolgshaftung. Seiner Auffassung nach werde das Verschuldensprinzip durch die Voraussetzung einer schuldhaften Handlung des Gehilfen auch im § 278 Rechnung getragen.²⁶¹ *Delmere* kann nicht gefolgt werden, da § 278 auf die Haftung des Schuldners zugeschnitten ist.²⁶² Der Kern der Vorschrift liegt der Sache nach gerade darin, dass das eigene Verschulden des ersatzpflichtigen Schuldners nicht berücksichtigt wird.

2. Risikohaftung

Nach Meinung *Honsells* ist die Haftung für fremdes Verschulden, hier § 278, in der Sache eine Risikohaftung.²⁶³ Diese Aussage entspricht vor allem dem § 278 zugrunde liegenden Konzept des „Risiko-Nutznießungsgedanken“. Danach gehe die Haftung für den Erfüllungsgehilfen darauf zurück, dass der Gesetzgeber unter verfeinerter Abwägung von beiderseitigen oder mehrseitigen Interessen des Gläubigers und Schuldners sowie des Erfüllungsgehilfen das Risiko auf den Schuldner abwälzen will.²⁶⁴

3. Garantiehafung

Im Schrifttum und Rechtsprechung wird die Haftung des Schuldners für seinen Erfüllungsgehilfen überwiegend als „Garantiehafung“²⁶⁵ (auch als gesetzliche „Einstandspflicht“²⁶⁶) angenommen. Dieses Klassifizieren greift zweifellos auf die gesetzgeberische Fiktion der Garantieübernahme²⁶⁷ zurück. Insofern scheint diese Einordnung nicht bedenklich zu sein, wenn man die Anwendbarkeit des § 278 ausschließlich auf den vertraglichen Bereich beschränkt.

Würde die Erfüllungsgehilfenhaftung so als Garantiehafung bezeichnet, ließe sich aber schwer erklären, wie sich eine Garantie aus bestimmten gesetzlichen

²⁶⁰ *Zilken*, S. 13; *Palandt/Heinrich* (1991) § 278 Rn. 1; *Enneccerus/Lehmann*, § 44 I 1, S. 193. Jüngst auch *Palandt/Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 1; *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70 (71).

²⁶¹ *Delmere*, S. 39. Dieser Meinung hielt *Larenz* entgegen, dass die Erforderlichkeit des Verschuldens des Gehilfen nicht für das Verschuldensprinzip spreche. § 278 sei vielmehr die Kombination des Vertrauensgedankens und der Risikoverteilung. Vgl. *Larenz*, JuS 1965, 373 (378). Zustimmend äußert sich auch der chinesische Kollege *Han, Shiyuan* (韩世远), in: *Studies in Law and Business* (法商研究), 01/1999, 34 (36).

²⁶² *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, § 27 I 2 a, S. 505.

²⁶³ *Honsell*, in: FS Schwenzer (2011), 779 (782).

²⁶⁴ Der Meinung *Kötz* nach haftet ein Schädiger hauptsächlich deshalb, weil er vermögend sei, weil er Vorsorgeaufwand abwälzen könne, weil er besser versichert sei oder sein könne. Aus dieser rechtspolitischen Abwägung wolle der Gesetzgeber mehr Risiko auf ihn legen. In diesem Sinne trete die Präventionsfunktion des Haftungsrechts zurück. Vgl. *Kötz*, in: FS Steindorff (1990), 643 (658 ff.).

²⁶⁵ *Staudinger/Caspers* (2014) § 278 Rn. 18; *MüKoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 3; *Jauernig/Stadler* (2015) § 278 Rn. 2; *Alpmann* in: *jurisPK-BGB* (2014) § 278 Rn. 1; *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385 (418); v. *Caemmerer*, in: FS Hauß (1978), 33 (40); *Kupisch*, JuS 1983, 817 (820); *Larenz*, SchuldR AT, § 20 VIII (S. 297); *Leßmann*, JA 1980, 193 (194); *Schreiber*, Jura 1987, 647 (647); BGH, Urteil vom 24. November 1995 – V ZR 40/94 – Rn. 12 (juris).

²⁶⁶ *Palandt/Grüneberg* (2016) § 276 Rn. 3; *Kupisch*, JuS 1984, 250 (251); *Soergel/Pfeiffer* (2014) § 278 Rn. 1.

²⁶⁷ *Motive* II, S. 30 = *Mugdan* II, S. 16. Ausführlich vgl. Oben § 3 A II 2 (S. 39 ff.).

Sonderverbindungen (z.B. vorvertragliche Schuldverhältnis) ablesen lassen kann, die zumindest äußerlich mit dem Willen des Beteiligten nichts zu tun hat.

4. Gefährdungshaftung

Wie weiter oben erläutert, hält ein Teil der Lehre, insb. das frühere Schrifttum den § 278 für die Grundlage der Gefährdungshaftung.²⁶⁸ Diese Einstufung ist nicht verwunderlich, sofern man sich die vorgelegte Untersuchung über die Theorie „Gefahreröffnung oder -erhöhung“ erneut vor Augen hält. In Ansehung der kritischen Bestandaufnahme,²⁶⁹ die an dieser Stelle nicht eigens wiederholt werden muss, scheint diese Einordnung nicht überzeugend zu sein.

II. Eigene Stellungnahme

Zusammenfassend kann als Ergebnis der lockeren Skizze festgehalten werden, dass sich diese Auseinandersetzung über die Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung vornehmlich auf die Meinungsverschiedenheiten über die Grundgedanken des § 278 zurückführen lässt. Obwohl die Debatte vorwiegend akademischer Natur ist, hat sie bis heute nicht an Bedeutung eingebüßt. Sie ist somit nicht nur eine terminologische Problematik.

Die Bezeichnung „Garantiehftung“ wird heute sehr allgemein angewandt, sofern der Schuldner eine verschuldensunabhängige Haftung trägt.²⁷⁰ Die „Garantiehftung“ wird häufig als Synonym für die „Haftung ohne Verschulden“ benutzt. Vor diesem Grund scheint das Klassifizieren der Erfüllungsgehilfenhaftung als „Garantiehftung“ nicht bedenklich. Bei näherem Hinsehen ist diese Einstufung aber unzeitgemäß, sofern man an die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf anderen kategorialen Schuldverhältnissen denkt. In gleicher Weise wird die Einordnung als Gefährdungshaftung abgelehnt. Denn sie provoziert unglücklicherweise das Missverständnis, dass die menschlichen Gehilfen dabei zur empfindungslosen Materie degradiert werden.

Die semantische Enge und die abwendbaren Missverständnisse wären ausgeräumt, wenn man die wertfreie Klassifikation aufgreifen würde. Es empfiehlt sich deshalb, die Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung iSd. § 278 im Rückgriff auf den Begriff Erfolgs- oder Risikohaftung zu erklären.

²⁶⁸ Planck/Siber (1914) § 278 Anm. 1 mwN.; Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung, S. 47. Harke, SchuldR AT, Rn. 242 f. hat der Ansicht für Gefährdungshaftung auch angeschlossen. Ablehnend Prölss, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1039), Fn. 1.

²⁶⁹ Vgl. oben § 2 C II (S. 23 ff.).

²⁷⁰ Z.B. die gesetzliche „Garantiehftung für Aus- und Einbaukosten gem. § 439 II“, vgl. Ayad, BB 2014, 1425 (1428); die „mietrechtliche Garantiehftung des Vermieters für Mängel der Mietsache“ (§ 536a I Var. 1 n.F., § 538 I Var. 1 a.F.), vgl. BGH, VersR 1989, 475 ff., Rn. 14; BGHZ 205, 301 ff., Rn. 34; die Garantiehftung für das subjektive anfängliche Unvermögen des Schenkers, vgl. BGHZ 144, 118 ff., Rn. 9; Scheckeinlösungszusage einer bezogenen Bank, vgl. BGHZ 77, 50 ff., Rn. 13 f.

§ 4 Tatbestandliche Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung

Die nachfolgend aufgeführte nähere Untersuchung der Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 278 ist deshalb lohnend, weil er als eine sehr wichtige Regelung, wie soeben gezeigt, in der deutschen Gerichtspraxis eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt. Auf die tatbestandlichen Voraussetzungen gilt es außerdem ausführlich zurückzukommen, da eine systematische Gegenüberstellung von Lösungen beider Rechtsordnungen, die wohl in ganz anderen Bahnen verlaufen, erforderlich ist.

§ 278 ist, wie oben oftmals betont, nur eine Zurechnungsnorm.²⁷¹ Für die Entstehung der Schadensersatzpflicht des Schuldners, der sich „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“ der Hilfsperson bedient, muss § 278 in Verbindung mit anderweitigen echten Haftungsnormen (wesentlich §§ 280 ff.) angewandt werden. § 278 besagt damit nicht, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet ist.²⁷² Vielmehr sieht er nur vor, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner das Verschulden einer fremden Person der dort betrachteten Art zu vertreten hat. Damit ist die Einstufung der „Zurechnungsvoraussetzung“²⁷³ zutreffender.

A. Die Person des Erfüllungsgehilfen

§ 278 sieht die (negative²⁷⁴) Zurechnung des Verhaltens fremder Person vor. Wer als „Erfüllungsgehilfe“ bezeichnet werden kann, ist als eine vorgelagerte Frage zu erklären.

I. Allgemeine Regel

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 278 ist der Erfüllungsgehilfe eine Person, deren der Schuldner „sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“.²⁷⁵ Die deutsche Rspr.²⁷⁶ und Lit.²⁷⁷ haben inzwischen die Begrifflichkeit des Erfüllungsgehilfen im Allgemeinen so formuliert: Erfüllungsgehilfe ist derjenige, der nach den rein tatsächlichen Vorgängen mit dem Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.

²⁷¹ Vgl. oben Fn. 245.

²⁷² Bei der näheren Erläuterung des Art. 101 OR hat A. Koller aber „Haftungsvoraussetzungen“ (*ders.*, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 109 [S. 30]) bezeichnet. Der maßgebliche Unterschied liegt darin, dass Art. 101 OR eine „haftungsbegründende Bestimmung“ des schweizerischen Schuldrechts ist (*ders.*, Rn. 35 ff. [S. 9]). Deutsche Juristen haben gelegentlich auch die Begriffe „Haftungsvoraussetzung“ oder „Voraussetzung der Haftung für Dritte nach § 278“ benutzt. Vgl. MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 7; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 505 ff.

²⁷³ MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 41.

²⁷⁴ Paradigmatisch für die andersartige, also positive Zurechnung wird die Stellvertretung erwähnt, durch die die Rechtsfolgen des rechtsgeschäftlichen Handelns einer fremden Person (eines Vertreters) dem Vertretenen zugerechnet werden können und müssen. § 164 wird deshalb auch als eine Zurechnungsnorm bezeichnet. Vgl. NK-BGB/*Stoffels* (2016) § 164 Rn. 1.

²⁷⁵ Das schweizerische OR hat einen Dritten als „Erfüllungsgehilfen“ bezeichnet, den der Schuldner „die Erfüllung einer Schuldpflicht ... aus einem Schuldverhältnis ... vornehmen lässt.“

²⁷⁶ BGHZ 13, 111 ff., Rn. 21; BGHZ 50, 32 ff., Rn. 15; BGHZ 62, 119 ff., Rn. 21; BGHZ 98, 330 ff., Rn. 32; BGH, NJW 2007, 428 ff., Rn. 22; BGH, NJW-RR 2011, 1350 ff., Rn. 24.

²⁷⁷ Palandt/*Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 7; Soergel/*Pfeiffer* (2014) § 278 Rn. 22; MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 20; MüKoBGB/*Schäfer* (2017) § 664 Rn. 6; HK-BGB/*Schulze* (2017) § 278 Rn. 4; *Hirsch*, SchuldR AT, Rn. 431; *S. Lorenz*, JuS 2007, 983 (983); *Schreiber*, Jura 1987, 647 (648); *Dreher*, S. 89; *U. Huber*, Leistungsstörung, Bd I, § 27 II 6.

Auf den ersten Blick scheint diese akkurate Formulierung im Vergleich zum wörtlichen Ausdruck des § 278 zumindest in Hinsicht der Klarheit und Konkretheit hilfreich. Diese von der h.M. angenommene Definition erfasst nahezu alle konkreten Tatbestände, auf die nachfolgend nacheinander genauer einzugehen ist. Trotz der Vermischung unterschiedlicher Merkmale stellt diese Definition allerdings keine Leerformel dar.²⁷⁸ Sie ist für den Unterschied zu anderen Gehilfen, also zum Verrichtungsgehilfen, insoweit von Bedeutung, als der Letztere ausschließlich in weisungsgebundener und abhängiger Stellung mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn tätig wird. Dagegen muss der Erfüllungsgehilfe dem Weisungsrecht des Schuldners nicht unterliegen.²⁷⁹ Bei selbständigen Unternehmern findet nur § 278, in der Regel nicht § 831²⁸⁰ Anwendung.

Theoretisch kann man die Erfüllungsgehilfenschaft aus objektiver und subjektiver Sicht beurteilen. Insgesamt ist anzunehmen, dass sich die Definition des Erfüllungsgehilfen durch die deutsche Judikatur immer weiter ausdehnt.²⁸¹

1. Objektives Kriterium: Verwendungsverhältnis

Die Erfüllungsgehilfenschaft wird zuerst unter Berücksichtigung von „rein tatsächlichen Vorgängen (Umständen)“ vermittelt, in dem das Verwendungsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gehilfen mitzudenken ist. Was unter dem Begriff „Verwendungsverhältnis“ zu verstehen ist, erhellen einige typischen Fallgestaltungen (Lieferant als Erfüllungsgehilfe?) aus deutschen Urteilen.

Ein Subunternehmer, den ein klagender Hauptunternehmer mit der Herstellung einer Sanitär- und Heizungsanlage einer Wohnanlage beauftragt hat, hat für das Fehlen einer Stopfbuchschraube an einem eingebauten Ventil nicht nach § 278 einzustehen.²⁸² Obwohl er von einem Lieferanten mangelhafte Ventile gekauft und willentlich ins Werk eingebaut hat, verwendet er den Lieferanten nicht als Erfüllungsgehilfen. Das Verwendungsverhältnis muss sich auf seine werkvertraglichen Pflichten beziehen. Im angesprochenen Fall erfüllt der Lieferant ausschließlich eigene kaufvertragliche Pflichten gegenüber dem Käufer (Subunternehmer).

2. Subjektives Kriterium: Wissen und Willen des Schuldners

Obwohl es völlig irrelevant ist, welches Rechtsverhältnis zwischen dem Gehilfen und dem Schuldner besteht,²⁸³ ob der Gehilfe weiß, dass er eine Verpflichtung des

²⁷⁸ Eine sog. unmittelbar einleuchtende Festlegung ist unpraktisch und unfruchtbar. Ein elastischer und besser ausfüllungsbedürftiger Begriff, der inzwischen durch Kasuistik mit breiten Pinselstrichen ausgemalt wurde, scheint angesichts der fortschreitenden Rechtswirklichkeit lohnend zu sein.

²⁷⁹ Palandt/*Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 7.

²⁸⁰ Zur Deliktshaftung für selbständige Unternehmer vgl. die jüngste rechtsvergleichende Untersuchung von *Kötz*, ZEuP 2017, 283-309.

²⁸¹ *Dreher*, S. 22.

²⁸² BGH, NJW 1978, 1157 ff., Rn. 11.

²⁸³ MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 43. Ein Privatpilot, der nicht aufgrund eines Anstellungsvertrages in dem Unternehmen tätig ist, kann auch ein Erfüllungsgehilfe des Luftfrachtführers sein, vgl. NJW-RR 1989, 723 ff., Rn. 15: Flugzeugabsturz.

Schuldners erfüllt,²⁸⁴ setzt die Erfüllungsgehilfenschaft „das Wissen und den Willen“ des Schuldners voraus.

Über diese punktuelle Einzelfrage, die im deutschen²⁸⁵ und schweizerischen²⁸⁶ Recht schon früh für selbstverständlich gehalten wurde, scheint mir eine einigermaßen genaue Betrachtung gerade deshalb lohnend zu sein, da sie für die nachfolgend aufgeführte vergleichende Untersuchung zum chinesischen Recht besonderen Wert hat (z.B. § 7 B III, S. 220 ff).

Diese dem Gesetzeswortlaut „*bedient*“ immanente Voraussetzung stellt ein subjektives Merkmal seitens des Schuldners dar,²⁸⁷ mit dem der Rechtsanwender mindestens Fälle ausschließen kann, in denen ein Dritter ohne Einbeziehungswillen des Schuldners die Erfüllung nur beeinflusst.

a) Tragweite des Merkmals „Wissen und Willen“

Das Erfordernis „Wissen und Willen“ des Schuldners kann teilweise zu der irrigen Annahme verleiten, dass der Schuldner in die Mitwirkung des Dritten deutlich einwilligen muss und ihm konkrete Anweisungen über die Erfüllungstätigkeit geben kann. D.h., der Schuldner teilt dem Dritten eindeutig mit, wie, wann, wo und welche Verpflichtungen der Letztere erfüllen soll. Eine so in die Einzelheiten gehende Weisung ist vorweg unpraktisch und kann nicht erwartet werden.²⁸⁸

Es ist insbesondere spürbar, wenn die Schutz- und Nebenpflichten in den Anwendungsbereich des § 278 mit einbezogen werden.²⁸⁹ Ihr Umfang und Inhalt kann sich nach h.M. nicht in allen Einzelheiten umreißen lassen, hängen im Allgemeinen vom Vertragszweck, der Verkehrssitte und den Umständen des Einzelfalls ab.²⁹⁰ Der Schuldner kann dem Dritten die Aufgabe kaum klarmachen, um die nur in Umrissen angedeutete Schutzpflicht zu erfüllen. Entscheidend ist vielmehr, dass er den Dritten *willentlich*²⁹¹ in die Erfüllung seiner Verbindlichkeit eingesetzt hat.

²⁸⁴ v. Caemmerer, in: FS Hauß (1978), 33 (38); Brox/Walker, SchuldR AT, § 20 II 2 b bb, Rn. 28 (S. 210); Medicus/Lorenz, SchuldR BT, Rn. 1345.

²⁸⁵ Delmere, S. 161 ff., insb. S. 193 f.; MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 43; Soergel/Pfeiffer (2014) § 278 Rn. 23; BGH, NJW 1978, 1157 ff., Rn. 10.

²⁸⁶ Koller, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 162 ff. (S. 45 ff.).

²⁸⁷ Gleiche Wortwahl sieht man auch im Art. 1313a ABGB. Art. 101 OR verwendet vielmehr den Ausdruck „... (*vornehmen*) lässt“, was ebenso das subjektive Erfordernis des Schuldners implizieren kann. Vgl. Koller, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 126 (S. 34 f.). Demgegenüber hat es in den vergleichenden Vorschriften in der chinesischen Rechtsordnung, insb. Art. 121 CVG, an einer derartigen Konnotation gefehlt. In Ermangelung eines solchen Anhaltspunkts erweitert sich die persönliche Reichweite des Dritten unangebracht auf diejenigen, deren Verhalten offenbar ohne „Wissen und Wollen“ des Schuldners die Vertragsabwicklung negativ beeinflusst. Vgl. unten § 7 B II 1, S. 209 ff.

²⁸⁸ Nach Kötzs Auffassung liegt der Grund für die Unvollständigkeit der Verträge aus ökonomischer Sicht im Wesentlichen darin, dass die Vertragsparteien in der Regel keinen genügenden Anlass haben, kostengebundene vollständige Vereinbarungen zu treffen. Vgl. ders., JuS 2018, 1 (1 f.).

²⁸⁹ Vgl. unten § 4 C II 2 b, S. 77. Aber ablehnend E. Wolf, SchuldR AT, § 1 C V b, S. 55.

²⁹⁰ Palandt/Grüneberg (2016) § 241 Rn. 7; Looschelders, SchuldR AT, Rn. 19; Staudinger/Olzen (2015) § 241 Rn. 418; HK-BGB/Schulze (2017) § 241 Rn. 5; HK-BGB/Schulze (2017) § 282 Rn. 3.

²⁹¹ Theoretisch kann sich die entsprechende subjektive Anforderung von Seiten der chinesischen Rechtsordnung aus einzigen positivierten Regelungen ableiten lassen. Art. 13 der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« (2004) hat z.B. im Fall der unentgeltlichen Ausführung der Verrichtung aus Gefälligkeit das „Wissen und Willen“ des Geschäftsherrn als geboten erachtet, vgl. unten. § 7 B III, S. 220 f.

Im sog. „Bügeln-Fall“²⁹² bezweifelte (nicht verneinte) der BGH zu Recht die Erfüllungsgehilfenschaft der in der Klinik wohnenden Ehefrau eines Klinikverwalters, da es nicht klar sei, ob die Klinik die Ehefrau mit dem Aufbügeln von Wäsche betraut hatte. Eine willentliche Einschaltung sei nicht außer Zweifel. In dem Falle, in dem der Mieter den Aufenthalt eines Dritten in einem Mietraum aus irgendwelchem Grund veranlasst hat, kommt es vor, dass er vergessen hat, von dem Dritten zu verlangen, den Mietraum sorgfältig zu behandeln und vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen. Das Fehlen einer solchen deutlichen Forderung verhindert auch die Haftung des Schuldners nicht, wenn sein Arbeiter eine gemietete Behelfsunterkunft absichtlich in Brand setzt.²⁹³ Wer ohne oder gegen den Willen des Vermieters das Sondereigentum unbefugt nutzt oder einbricht, ist kein Erfüllungsgehilfe.²⁹⁴ Holt der Handlungsgehilfe eines Warenhauses die von einem Kaufinteressenten bezeichnete Rolle hervor und schlagen die umgefallenen Rollen den Kaufinteressenten, haftet der Betriebsinhaber für fahrlässiges Verhalten dieses Gehilfen.²⁹⁵ Ob er dem Gehilfen die Vornahme von Sicherheitsmaßnahmen vorgeschrieben hat oder nicht, spielt ebenso wenig eine Rolle.

b) Entbehrlichkeit der Weisungsbindung

Einer der größten Unterschiede des Erfüllungsgehilfen iSd. § 278 zum Verrichtungsgehilfen iSd. § 831 liegt gerade darin, dass für die Erfüllungsgehilfenschaft eine Weisungsabhängigkeit überhaupt entbehrlich ist.

Nach h.M.²⁹⁶ steht sogar eine Monopolstellung der Hilfsperson der Erfüllungsgehilfenschaft nicht entgegen. Sendet der Vermieter die Abrechnung der Betriebskosten durch die Post, ist die eine Monopolstellung innehabende Deutsche Post hinsichtlich der Mitteilung der Abrechnung iSd. § 556 III 2 Erfüllungsgehilfe des Vermieters.²⁹⁷

II. Einzelfragen

1. Gehilfen des Erfüllungsgehilfen

Der Einbeziehungswille des Schuldners wird festgestellt, wenn er die Einwilligung ausdrücklich oder stillschweigend äußert. Manchmal wird ein solcher Wille durch Mittelspersonen weitergeleitet, die sich ihrerseits anderer Hilfspersonen bedienen.

²⁹² BGHZ 23, 319 ff., Rn. 15 ff.: Ein Augenkranker, der nach der Augenoperation im Krankenhaus lag, hat seine Sehkraft wegen eines durch den Brandrauch bewirkten Hustenanfalls völlig verloren. Der Brand ließ sich auf ein schuldhaftes Verhalten der Ehefrau des Klinikverwalters zurückführen, die am Sonntagabend im Bügelzimmer der Klinik nach dem Aufbügeln von Arbeitskleidungen ihres Mannes das Plätteisen auszuschalten vergessen hat.

²⁹³ BGH, Urteil vom 21. März 1956 – V ZR 224/54, LM Nr 1 zu § 827 BGB.

²⁹⁴ BeckOGK/*Falkner*, 1.11.2017, WEG § 14 Rn. 41.

²⁹⁵ RGZ 78, 239 ff.

²⁹⁶ Palandt/*Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 7; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht^[23], Rn. 803; a.A., *Fikentscher*, SchuldR^[9], Rn. 515. Zum schweizerischen Recht, vgl. auch *Koller*, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 242 (S. 71), der seine bejahende Stellungnahme wesentlich auf den „Risiko-Nutznießungsgedanke“ stützt. Das frühere Schrifttum Japans lehnte die Erfüllungsgehilfenschaft ab, wenn die Post, das Eisenbahnunternehmen eingezogen werden musste. vgl. *Wagatsuma Sakae* (我妻 栄), SchuldR AT, 1964, S. 107 und *Matsuzaka Saichi* (松坂 佐一), Erfüllungsgehilfe, S. 181, zitiert nach *Han, Shiyuan* (韩世远), in: *Studies in Law and Business* (法商研究), 01/1999, 34 (36).

²⁹⁷ BGH, NJW 2009, 2197 ff., Rn. 13.

Dafür ist der von Grundmann²⁹⁸ eingeführte schöpferische Begriff „Gehilfengehilfe“ sehr paradigmatisch.

Liegt die Erfüllungsgehilfenschaft der Hilfsperson vor, ist grundsätzlich ohne Weiteres anzunehmen, dass die Hilfsperson dieses Erfüllungsgehilfen auch Erfüllungsgehilfe des Schuldners ist.²⁹⁹ Die Einschaltung des (ersten) Erfüllungsgehilfen ist im Allgemeinen so zu verstehen, dass der Schuldner der weiteren Heranziehung von Hilfspersonen wenigstens stillschweigend zustimmt.³⁰⁰ Die fiktive Zustimmung lässt sich schon rechtfertigen, da der Schuldner damit rechnen muss, dass die übertragene Aufgabe nicht durch den vom ihm beauftragten Gehilfen persönlich oder durch seine eigenen Mitarbeiter erfüllt wird, sondern auch Anderen (Untervermittler³⁰¹) anvertraut werden kann.³⁰²

Das BGH-Urteil³⁰³ vom 24.5.1982 eignet sich zur paradigmatischen Veranschaulichung besonders gut: Das Verschulden des Ehemannes einer beauftragten Versicherungsvermittlungsagentin, dass er den unterschriebenen Versicherungsantrag des „zukünftigen Versicherungsnehmers“ an den Versicherer oder seine Frau weiterzuleiten vergessen hat, ist auch dem Versicherer zuzurechnen, wenn kein Verhältnis zwischen ihm und dem Ehemann der von ihm beauftragten Agentin besteht. Denn die Vermittlungsagentin hatte ihren Ehemann zur Erfüllung der dem Versicherer obliegenden vorvertraglichen Pflichten eingeschaltet. Gleiches gilt für das etwaige Verschulden von Angestellten eines öffentlich-rechtlich tätigen Notars, dessen sich der Verkäufer zur Erfüllung seiner kaufvertraglichen Verpflichtungen bedient.³⁰⁴

2. „Maschinelle Gehilfen“ – eine überflüssige juristische Schöpfung

a) Streitstand im deutschen Schrifttum

In der deutschen Literatur³⁰⁵ wird darüber gestritten, ob Maschinen auch als „Erfüllungsgehilfe“ iSd. § 278 angesehen werden können.

Abgesehen von Fällen, in denen der menschliche Gehilfe des Schuldners die Fehlleistung oder das Versagen von eingesetzten Maschinen durch menschliches Verhalten, z.B. unzutreffende Instruktion, defektive Programmierung, unordentliche Instandhaltung, verursacht hat und § 278 damit fraglos zur Anwendung kommt, gibt es allerdings Fallgruppen, in denen die Anwendbarkeit des § 278 in Zweifel gezogen wird. Dieser Gruppe ordnet Pfeiffer³⁰⁶ derartige Konstellationen zu, in denen technische Fehler „ohne menschliches Verschulden“ auftreten.

²⁹⁸ MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 44. Pfeiffer bezeichnet sie als „Untergehilfen“, siehe Soergel/Pfeiffer (2014) § 278 Rn. 28.

²⁹⁹ Staudinger/Staudinger (2016) BGB § 651f Rn. 31: Bejahung durch „zweimalige Anwendung von § 278“.

³⁰⁰ MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 44.

³⁰¹ BGH, NJW 2001, 358 ff., Rn. 20.

³⁰² Der in § 267 enthaltene allgemeine Grundsatz, dass auch ein Dritter in der Regel die Leistung bewirken kann, ist beim Fall eines „Gehilfengehilfen“ anzuwenden.

³⁰³ BGH, VersR 1983, 121 ff., Rn. 20.

³⁰⁴ BGHZ 62, 119 ff., Rn. 21.

³⁰⁵ Soergel/Pfeiffer (2014) § 278 Rn. 25; MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 46; Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 5; Palandt/Grüneberg (2016) § 278 Rn. 11; Wolf, JuS 1989, 899-902; Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 386.

³⁰⁶ Soergel/Pfeiffer (2014) § 278 Rn. 25.

*Wolf*³⁰⁷ spricht sich ganz klar für die analoge Anwendung des § 278 beim Automatenversagen aus. Dafür findet sich auch bei *Grundmann*³⁰⁸ und *Rathjen*³⁰⁹ Unterstützung, der eine bedingte Analogie zum § 278 hauptsächlich aus ökonomischer Abwägung und aus Gründen der Praktikabilität bejaht. Bei weiteren Fürsprechern wie *Pfeiffer*³¹⁰ und *Grüneberg*³¹¹ wurde allerdings keine ausreichende Klärung für die Analogie angeführt.

Unter den Opponenten halten *Medicus/Lorenz*³¹² eine analoge Anwendung des § 278 für „unnötig“, weil ein lediglich technisches Versagen ohne menschliches Verschulden kaum vorstellbar sei. Eine Beweislast zulasten des Schuldners und die Neigung zur großzügigen Feststellung des menschlichen Verschuldens genüge ferner, zugunsten des präsumtiven Geschädigten einen Schadensersatzanspruch zu begründen. *Köndgen*³¹³ hat die entsprechende Anwendung des § 278 auf den Einsatz von Maschinen als „Irrweg“ bezeichnet. *Caspers*³¹⁴ hält sie für „nicht sinnvoll“, da die Haftung aus eigenem (menschlichen) Verschulden des Schuldners sowie die Gefährdungshaftung bereits ausreiche. Nach *Lieser*³¹⁵ werde außerdem eine unpassende Gleichsetzung von Menschen und Maschinen Unbehagen hervorrufen. *H. P. Westermann*³¹⁶ lehnt die Erfüllungsgehilfenschaft von Geräten ab und verneint die Haftung des Schuldners bei unverschuldetem technischem Versagen. Jüngst haben *Horner/Kaulartz*³¹⁷ und *Günther/Böglmüller*³¹⁸ die Anwendbarkeit des § 278 ebenso abgelehnt, weil das Verschulden der Maschine mangels Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht zu sehen sei.

b) Eine ausdrücklich kodifizierte Regelung als Ausweg?

An dieser Stelle ist zuerst eine vorgeschlagene Regelung des Diskussionsentwurfs (2007)³¹⁹ der österreichischen ABGH-Novelle anzuführen. Im § 1305 III des Diskussionsentwurfs³²⁰ findet sich folgende Regelung: *Der Geschäftsherr haftet auch für das Versagen technischer Hilfsmittel, die er gleich einem Erfüllungsgehilfen einsetzt.* *Hofmanns*³²¹ hat damit darauf hingedeutet, dass sich die Frage nach einer

³⁰⁷ ders., JuS 1989, 899 (901 f.); Soergel/*Wolf* (1999) § 278 Rn. 25.

³⁰⁸ MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 46.

³⁰⁹ ders., BauR 2000, 170 (175).

³¹⁰ Soergel/*Pfeiffer* (2014) § 278 Rn. 25, der allerdings ausschließlich eine Haftung für „maschinen- und anlagenspezifische Risiken“ bejahen will, um der Ausuferung der Haftung vorzubeugen.

³¹¹ Palandt/*Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 11.

³¹² dies., SchuldR AT, Rn. 386. Gleiches vgl. Staudinger/*Caspers* (2014) § 278 Rn. 5.

³¹³ ders., in: FS W-H Roth (2015), 311 (333).

³¹⁴ Staudinger/*Caspers* (2014) § 278 Rn. 5.

³¹⁵ ders., JZ 1971, 759 (761).

³¹⁶ Erman/*P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 25.

³¹⁷ dies., CR 2016, 7 (7 f.).

³¹⁸ dies., BB 2017, 53 (55).

³¹⁹ Zur österreichischen Schadensersatzrechtsreform, vgl. *Schauer*, Stand der Schadensersatzrechtsreform in Österreich, in: Bachner/Cierpial/Lemanska/Liebscher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im polnischen, deutschen und österreichischen Privatrecht, 2010, 9-22; *Wagner*, JBl. 2008, 2-22.

³²⁰ Zur sog. „vorläufigen Endfassung“ (Diskussionsentwurf der beim BMJ eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadensersatzrecht, Stand: Juni 2007) siehe ZVR 2008/71, 168 ff. Die frühere Fassung (damals noch § 1305 II) siehe *Griss/Kathrein/Koziol* (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, 2006, S. 5.

³²¹ *Hofmann*, Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel, in: *Griss/Kathrein/Koziol* (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, 2006, 67 (67 f.), Rn. 5.

analogen Anwendung (des § 1313a) dann überhaupt erübrige, sofern diese bisher nur im Entwurf gebliebene Regelung in Zukunft Gesetz würde.

Darüber hinaus hat Art. 6:77 des niederländischen Zivilgesetzbuchs (Burgerlijk Wetboek)³²² hat eine sog. Gerätehaftung des Schuldners für die Ungeeignetheit seiner eingesetzten Hilfsequipments zur Erfüllung der Vertragspflichten ausdrücklich geregelt.³²³

c) Lösungswege in der deutschen Judikatur

Abgesehen von der einigermaßen harschen Meinung, dass der Schuldner auch für unverschuldetes technisches Versagen hafte, besteht regelmäßig keine große Gefahr divergierender Ergebnisse, wenn man entweder nach den Ansichten von Befürwortern oder von Opponenten entscheidet. Eine großzügige Haftung, die sich auf einen konturlosen Gedanken bezieht, scheint nur wenig überzeugend. In Ansehung der annähernden Ergebnisse ist die Ablehnung einer analogen Anwendung m.E. überzeugender.

Dafür lassen sich vor allem drei Gerichtsentscheidungen aufzeigen, die mit deliktsrechtlichen Fragen in Berührung kommen. Allerdings sind deren zugrundeliegende Abwägungskriterien im Kern übereinstimmend. Mit den Entscheidungen wird also darauf hingewiesen, dass sich entweder die Bejahung oder ggf. die Ablehnung der Haftung ohne analoge Anwendung des § 278 verwirklichen lässt.

aa) „Verkehrssampel-Fall“

Bei einem Verkehrsunfall, der aufgrund eines unerklärbaren Versagens einer Verkehrssignalampelanlage an einer Kreuzung in Nürnberg herbeigeführt wurde, wurde das Versagen der Anlage selbst nicht als eigenes Verschulden der beklagten Stadt angelastet. Die aufgestellte Verkehrssampel entspreche den damaligen neuesten Erkenntnissen der Technik. Mit der *„Möglichkeit und Durchführung einer Überwachung der Anlage, insbesondere auf das Funktionieren der Lichtzeichen“* wurde ein Schuldvorwurf und damit die Haftung verneint.³²⁴ Diese höchstrichterliche Entscheidung, die deliktsrechtlich behandelt wurde, belegt, dass das Gericht schon durch die Beurteilung des eigenen Verschuldens der Straßenverkehrsbehörde oder ihres zuständigen Beamten eine derartige Frage beantworten kann (hier: Verneinung der Haftung).

bb) Der Fall des „unkontrollierbaren Fahrzeugs“

Wegen der versagten Lenkung geriet der Personenwagen auf die Gegenfahrbahn und kollidierte mit dem entgegenkommenden Motorrad. Der Motorradfahrer und die Mitfahrerin sind schwer verletzt. Der BGH hat die Unterlassung der Wartung des

³²² Art. 6:77 WB: Where, in the performance of an obligation, a thing is used that appears to be unfit for that purpose, the non-performance which might result from this, is attributable to the debtor, unless this would be unreasonable in view of the content and necessary implication of the juridical act from which the obligation arises, the generally accepted principles (common opinion) and other circumstances of the situation.

³²³ *Pellegrino*, ZEuP 1997, 41 (43).

³²⁴ BGHZ 54, 332 ff.

Fahrzeugs als das grobe Fahrlässigkeit des Kfz-Führers zu qualifizieren ist, ohne dass es auf die Stellung des Fahrzeuges ankommt.³²⁵ Das Urteil belegt, dass sich die Unkenntnis von technischen Mängeln in der Regel auf das menschliche Verschulden zurückführen lassen kann.

d) Eine Zukunftsperspektive: Selbstfahrende Kraftfahrzeuge

Für die Beurteilung der diffizilen Frage, ob der Schuldner auch für unverschuldetes technisches Versagen haften soll, wird eine Konstellation, die zurzeit noch präsumtiv ist, doch auf absehbare Zeit bei uns eintreffen kann, hinzugefügt: Beförderung durch selbstfahrende Kraftfahrzeuge.

Die deliktische Haftung des Herstellers³²⁶ oder des Fahrzeughalters und -führers gegenüber einem geschädigten Dritten, der in keiner Vertragsbeziehung zu ihnen steht, bleibt hier unberücksichtigt.³²⁷ Unterstellt man dann, dass in Zukunft das öffentliche Verkehrsmittel hochautomatisiert ist und selbst fahren kann und ein Fahrgast beim Verkehrsunfall aufgrund eines unerklärten technischen Fehlers eines selbstfahrenden Busses (bzw. des Steuerungssystems) verletzt wird. Neben deliktischen Ansprüchen³²⁸, insb. Gefährdungshaftung³²⁹ des Verkehrsbetriebs (ggf. noch des überwachenden Fahrers, der nur im Notfall einen korrigierenden menschlichen Eingriff vornehmen soll) genießt der verletzte Fahrgast idR. auch einen vertraglichen Haftungsschutz gegen seinen Vertragspartner.³³⁰ Bei solchen Fällen ist kein stichhaltiger Grund ersichtlich, den Verkehrsbetrieb dadurch ohne Weiteres zu entlasten, dass er als eine Partei des Beförderungsvertrags ein selbstfahrendes Kraftfahrzeug einsetzt.

e) Eigene Stellungübernahme

Nach hier vertretener Ansicht ist (der Plan für) eine ausdrückliche Regelung sowie die analoge Anwendung an sich überflüssig. Die gewünschte Erfolgshaftung des Geschäftsherrn für technische Fehler kann in der Tat einer feinen Abwägung von

³²⁵ BGH, VersR 1966, 564.

³²⁶ Jüngste Aufsätze vgl. *Gomille*, JZ 2016, 76-82; *Hartmann*, PHi 2017, 2 ff. und 42 ff. Daneben spricht *Eidenmüller*, ZEuP 2017, 765 (772) ausdrücklich für eine strikte Haftung des Herstellers.

³²⁷ Allgemeine Diskussion im Internet, vgl. <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/diginomics/haftpflicht-bei-automatisierten-autos-15305040.html>, abrufbar am 2.12.2017. Vor kurzem erwecken ein paar tödliche Unfälle in den USA freilich Bedenken gegen die nicht ausgereifte Technologie des selbstfahrenden Autos, vgl. <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/tesla-uber-unfall-101.html>, abrufbar am 28.03.2018.

³²⁸ Das zukünftige Straßenverkehrsgesetz regelt nur das hoch- und vollautomatisierte Fahren, nicht das autonome Fahren. Nur beim autonomen Fahren haftet zuerst der Hersteller. D.h. der Fahrzeughalter oder -führer haftet verschuldensunabhängig bei aufgrund eines Systemversagens hervorgerufenen Verkehrsunfällen mit automatisierten Fahrzeugen. Zur Kritik über die nicht sachgerechte Haftungsverteilung siehe Stellungnahme von *Lüdemann* zu Drs. 18/11300, S. 2.

³²⁹ Nach dem Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes (Drs. 18/11300, 20.02.2017) will der deutsche Gesetzgeber besseren Schutz von potenziellen Unfallopfern dadurch realisieren, dass der künftige § 12 I StVG die Höchstbeträge für Unfälle aufgrund eines Systemversagens „pauschal um 100 Prozent“ (in Zukunft bei Personenschäden 10 Mio. Euro sowie bei Sachschäden 2 Mio. Euro) anheben wird. Vgl. Drs. 18/11300, S. 14 f.

³³⁰ Trotz der günstigen Modifikation §§ 253, 847 aF. durch das zweite Schadensrechtsänderungsgesetz haben die vertraglichen Ansprüche eher praktisch geringe Bedeutung, da eine einheitliche Verjährungsregelung durch die Schuldrechtsmodernisierung geschaffen wurde, die die herkömmliche Überlegenheit der Vertragshaftung tief aushebelt. Deliktische Haftungen genügen schon, dem Geschädigten ausreichenden Schutz zu gewähren. Vgl. nur *Filthaut*, Haftpflichtgesetz, § 12 Rn. 118. Im Gesetzesentwurf und bei der Debatte der unterschiedlichen Fraktionen in drei Lesungen hatte die vertragliche Haftungsfrage offensichtlich keine Klärung erfahren.

Interessenlagen und richtiger Risikoverteilung zwischen den Parteien entnehmen.

Lassen sich z.B. die Mängel von Beton auf technische Fehler eines genutzten Fahrmischers zurückführen, hat der Verkäufer/Hersteller von Beton seine Pflichtverletzung einzugestehen, ohne sich mit dem Vorwand zu entlasten, dass der fehlerhafte Fahrmischer nicht von ihm schuldhaft konstruiert oder hergestellt wurde. Dies ist damit zu begründen, dass der Verkäufer hier das Risiko aus den Produktionsausrüstungen als übliches Betriebsrisiko aus dem Mangel der unternehmerischen Organisation übernommen hat. In den vielfältigen Lebenssachverhalten ist die Tatsache, ob das schadenstiftende Ereignis auf „menschliche Handlung“ oder eine „genutzte Sache“ bezogen wird, nicht ohne Weiteres erklärbar. Die beweispflichtige Partei (§ 280 I 2) kann sich, anders als bei deliktischen Ansprüchen, damit kaum entlasten. Hinsichtlich von Risiken der Technisierung ist die der deliktischen Gefährdungshaftung zugrundeliegende Abwägung³³¹ einschlägig. Es wäre dann empfehlenswert, hier eine (vertragsrechtliche) Sachwalterhaftung im Rahmen des bestehenden Schuldverhältnisses zu schaffen. Keine unerträgliche Überforderung wird zu Lasten der aktiven Handlungsfreiheit³³² des Schuldners auferlegt.

Ein Lösungsansatz, der nur durch die Fiktion eines sog. „maschinellen Gehilfen“ oder die Gleichstellung von Menschen und Maschinen bestimmt würde, mutet uns als sehr weit hergeholt und allzu steif an³³³ und stellt nur eine überflüssige juristische Schöpfung dar. Eine Analogie zu § 278 scheint deshalb unnötig zu sein und vermag nicht zu überzeugen.

3. Bestellung durch Gläubiger

Gemäß der vorgenannten Definition spielt der Willen des Schuldners eine sehr wichtige Rolle. Ein Gehilfe kann trotzdem dem Schuldner auch durch den Gläubiger zur Verfügung gestellt worden sein, und das Einverständnis des Schuldners ist in diesem Fall zumindest erforderlich.³³⁴

Ein Pilot, der bei einem im Anschluss an eine Reparatur des Vergasers durchgeführten Prüfflug trotzdem vom Besteller, d.h. vom Flugzeugeigentümer herangezogen worden ist, ist Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers im Rahmen der Nachprüfung des Reparaturergebnisses.³³⁵

³³¹ R. Schmidt, in: FS Nipperdey (1965), 687 (692 f.) hat schon früh darauf hingewiesen, dass die Entwicklung der Gefährdungshaftung (bloß) als „haftungsrechtliche Konsequenz von technischem Fortschritt einerseits und Zusammenballung von Menschen auf engem Raum andererseits“ gehalten werden müsse. Die Versuche, für Deliktshaftungen eine Stütze auf einen allgemeinen Gedanken herauszuarbeiten, seien von vornherein unergiebig.

³³² Zur Bedeutung der Sicherung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit im deliktsrechtlichen Bereich, vgl. v. Caemmerer, RabalsZ 42 (1978), 6 (23 f.)

³³³ Auch Köndgen, in: FS W-H Roth (2015), 311 (332 f.). Allerdings erachtet Bundesverkehrsminister A. Dobrindt (CSU) hier eine rechtliche Gleichstellung von Mensch und Computer für geboten. In der 228. Sitzung (30. März 2017) hat er mit vollem Stolz verkündet: „Wir stellen damit den menschlichen Fahrer und den Computer als Fahrer rechtlich gleich. Das ist ein **großes Highlight**“. Vgl. Plenarprotokoll 18/228, 22914 und auch 22985. Sein Kollege Steffen Bilger (CDU/CSU) pflichtet dieser Gleichstellung bei, vgl. Plenarprotokoll 18/228, 22919.

³³⁴ Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 19.

³³⁵ OLG Hamm, NJW 1974, 1090 (1090).

In einem schweizerischen Bundesgerichtsurteil war der Hauptunternehmer mit der vom Besteller vorgeschriebenen Aktiengesellschaft als Unterakkordantin (also Subunternehmerin) zur Herstellung von Ganzmetallstoren einverstanden. Dann war er für den auf die Mängel an den Ganzmetallstoren zurückgehenden Schaden verantwortlich, obwohl er tatsächlich einen anderen Subunternehmer vorgeschlagen hat.³³⁶ Die Tatsache, dass der Hauptunternehmer die Person des eingeschalteten Subunternehmers nicht entscheiden kann, spricht in der Regel nicht gegen die Zurechnung nach Art. 101 OR.³³⁷ Gleiches gilt auch für das österreichische Recht.³³⁸

Die deutschen, schweizerischen und österreichischen Gerichtsentscheidungen können den Befund unterstützen, dass die Bestellung durch Gläubiger nicht notwendig gegen die Erfüllungsgehilfenschaft des von ihm vorgeschriebenen Gehilfen spricht. Ausschlaggebend dafür sind „das Wissen und der Wille“ des Schuldners, es sei denn, er hat ganz deutlich und beweisbar die Einschaltung verweigert gehabt.

B. Das Vorliegen eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses

Es lässt sich nicht bestreiten, dass die Anwendbarkeit des § 278 unbedingtes Vorliegen eines bestehenden Schuldverhältnisses (oder einer Sonderverbindung, bzw. eines Sonderrechtsverhältnisses³³⁹) voraussetzt.³⁴⁰ Nach einer umfassenden Betrachtung über die von § 278 betroffenen Urteile und die einschlägigen wissenschaftlichen Diskussionen kann man sich des Eindrucks kaum erwehren, dass die deutsche Rechtsprechung und Lehre gerade auf diesem scheinbar unbeträchtlichen Problemfeld großzügige Spielräume für schöpferische Rechtsgewinnung zugelassen und einen unterschiedlichen Weg über das Vertragsrecht beschritten hat, um allenfalls bei Sachverhalten mit Deliktsberührung befriedigende Ergebnisse³⁴¹ zu erzielen.

³³⁶ BGE 116 II 305 S. 308.

³³⁷ *Spiro*, § 37, S. 166. Es wäre erst anders, wenn der Unternehmer die erforderliche ausdrückliche Abmahnung iSd. Art. 369 OR herausgäbe.

³³⁸ *Burtscher*, ÖJZ 2014, 1056 (1058); OGH, 26.06.2014, 8Ob53/14y = ZVR 2014/187 S. 332.

³³⁹ Im deutschen Schrifttum werden, was schuldrechtliche Vorschriften wie §§ 241, 278 betrifft, die Begriffe „Schuldverhältnis“, „Sonderverhältnis“, „Sonderrechtsverhältnis“, „Sonderverbindung“ sowie „Sonderrechtsbeziehung“ regelmäßig als Synonyme verwendet. Das zeigt sich insb. deutlich in MüKoBGB/*Bachmann* (2016) § 241 Rn. 4: „Sonderverhältnis“ oder „Sonderverbindung“; MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 15: „Sonderrechtsverhältnis“; HK-BGB/*Schulze* (2017) § 278 Rn. 3: „rechtliche Sonderverbindung“. Die wohl auf *Canaris*, JZ 1965, 475 (476) zurückgehende Bezeichnung „Sonderverbindung“ (zustimmend auch NK-BGB/*Krebs* [2016] § 241 Rn. 24) kommt iRd. Diskussion über § 278 am häufigsten vor. *Medicus* hat zu Recht darauf abgehoben, dass der Umfang der Sonderverbindung eher weiter als der des Schuldverhältnisses zu verstehen sei. Vgl. *ders.*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 20. *J. Schmidt* hat z.B. den Begriff „Sonderverbindung“ einerseits als „ein Tatbestandsmerkmal in einer Rechtsnorm“ und andererseits „ein Beziehungsgeflecht“ begriffen. Das Schuldverhältnis stellt seiner Meinung nach – neben der Familie – nur eine Kategorie der Sonderverbindung dar. dazu vgl. *ders.*, in: GS Schultz (1987), 341 (341 ff.).

³⁴⁰ MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 15; HK-BGB/*Schulze* (2017) § 278 Rn. 3; juris-PK-BGB/*Alpmann* (2008) § 278 Rn. 3; *Jauernig/Stadler* (2015) § 278 Rn. 3; *Erman/H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 2; *Palandt/Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 1; *Fikentscher/Heinemann*, Rn. 656; *Leßmann*, JA 1980, 193 (194); *S. Lorenz*, JuS 2007, 983 (983); *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, Rn. 375; *Petersen*, Jura 2016, 1257 (1258); *H. Westermann*, JuS 1961, 333 (338); *Klees*, MDR 2010, 305 (306); *Schäfer*, RabelsZ 1957, 409 (413); *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (503); *Schreiber*, Jura 1987, 647 (647); *Wendelstein*, AcP 215 (2015), 70 (71). Zur Rechtsprechung, statt vieler vgl. nur BGHZ 1, 248 ff., Rn. 2 f. (Keine Zurechnung des Verschuldens des gesetzlichen Vertreters bei Deliktsansprüchen); BGHZ 131, 200 ff., Rn. 13 (Zurechnung der fehlerhaften Grundbucheinsicht der Gehilfen an den Notar in der öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung). Auch das österreichische ABGB, vgl. *Hofmann*, Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel, in: *Griss/Kathrein/Koziol* (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, 2006, 67 (67 f.), Rn. 3.

³⁴¹ Von der „Verlagerung von Tatbeständen des Deliktsrechts in das Vertragsrecht“ hat *Spickhoff*, in: FS *Canaris* (2017), 547 (550) eindeutig gesprochen. Ähnlicher Ausdruck „Deliktshaftung nach vertraglichen Grundsätzen“ bei

Aus der Perspektive eines ausländischen Beobachters könnte sogar – auch wenn nicht alleinig – von einem „Clou der deutschen Zivilrechtsdogmen“³⁴² gesprochen werden. Es berührt gerade einen der wichtigsten Kerntatbestände des deutschen Privatrechts, nämlich die Lehre vom Schuldverhältnis, was ggf. eine Scharnierfunktion zwischen verschiedenen Büchern des BGB hat und deren Anwendbarkeit sich nötigenfalls auf die Beziehungen öffentlich-rechtlicher Natur erstreckt.

I. Allgemeines

Dass § 278 zuerst bei vertraglichen Schuldverhältnissen Anwendung findet,³⁴³ erweckt selbstverständlich keine Bedenken. Deshalb wird zuerst darauf hingewiesen, dass sie in der folgenden Untersuchung keine zu weitreichenden Diskussionen erfahren soll.³⁴⁴ Die nachstehenden Überlegungen sind vielmehr überwiegend gesetzlichen Schuldverhältnissen³⁴⁵ und andersartigen vergleichbaren Beziehungen zu widmen, die aus rechtsvergleichender Perspektive gerade einen schwer begreiflichen Regelungsbereich deutscher Zivilrechtsordnung darstellen.

II. Die Lehre des Schuldverhältnisses

Die Bedeutsamkeit der Lehre des Schuldverhältnisses braucht in der vorliegenden Arbeit nicht eigens akzentuiert zu werden. Sie verdient freilich große Monographien. Eine allzu detaillierte Darstellung ist angesichts der Raumgründe und der Themenstellung deshalb hier überhaupt unpraktisch. Allerdings kann sie nicht bewusst übersehen werden, weil sie immerhin eine unausweichliche Kernfrage nach dem Vorliegen eines bestehenden Schuldverhältnisses berührt.

Bei einem wirksam gewordenen Vertrag ist die Existenz einer Sonderverbindung grundsätzlich ersichtlich, die sich ohne Weiteres auf privatautonome übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsseiten zurückführen lässt. Auch durch eine ergänzende Vertragsauslegung kann die Rechtslage, insb. das Pflichtprogramm, klargemacht werden. Doch schwieriger ist die Problematik bei solchen Beziehungen, die sich offenbar von rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen unterscheiden oder sogar sehr weit davon entfernt sind.³⁴⁶

Kreuzer, JZ 1976, 778 (778).

³⁴² Allein in der vor Kurzem erschienenen Festschrift, die einem der prominentesten Dogmatiker des deutschen Zivilrechts *Canaris* zum 80. Geburtstag gewidmet ist, sind viele großartige Aufsätze enthalten, die die Dogmatik im deutschen Schuldrecht betreffen. Repräsentativ dafür sind z.B. *Riehm*, Rechtsgrund – Pflicht – Anspruch, Zur Dogmatik des Schuldverhältnisses, in: FS *Canaris* (2017), 345 ff.; *Bachmann/Schirmer*, Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik. Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten, in: FS *Canaris* (2017), 371 ff.; *Looschelders*, Pflichtverletzung als Prüfstein der Privatrechtsdogmatik, in: FS *Canaris* (2017), 403 ff.; *Singer*, Die Dogmatik der Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, in: FS *Canaris* (2017), 425 ff.

³⁴³ *BeckOGK/Schaub*, 1.11.2017, § 278 Rn. 23; *NK-BGB/Dauner-Lieb* (2016) § 278 Rn. 2; *HK-BGB/Schulze* (2017) § 278 Rn. 3; *Soergel/Pfeiffer* (2014) § 278 Rn. 9.

³⁴⁴ Im Rahmen der von *Staudinger/Caspers* (2014) § 278 Rn. 71 ff. und *MüKoBGB/Grundmann* (2016) BGB § 278 Rn. 31 ff. sehr ausführlich dargestellten Einzelfällen lässt sich ein Großteil der Sachverhalte erkennen, die hauptsächlich verschiedenartige Vertragsverhältnisse zum Gegenstand haben.

³⁴⁵ Anwendbarkeit bei gesetzlichen Schuldverhältnissen vgl. nur *Jauernig/Stadler* (2015) § 278 Rn. 3; *Erman/H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 2; *Schreiber*, Jura 1987, 647 (647); *BGHZ* 93, 278 ff., Rn. 27: gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Konkursverwalter und dem einzelnen Beteiligten nach § 82 KO.

³⁴⁶ Beim gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen dem Insolvenzverwalter und den Verfahrensbeteiligten (§ 60 InsO) spielt der Parteilike eine eher geringe Rolle. vgl. *Nerlich/Römermann/Rein*, 32. EL April 2017, InsO § 60 Rn. 3.

1. Eine einheitliche dogmatische Grundlage?

Für derartige Beziehungen, deren Konturen gewissermaßen nicht scharf genug sowie sehr schwer zu umreißen sind, versuchten deutsche Juristen eine einheitliche dogmatische Grundlage zu finden, die solche Beziehungen am besten abdecken kann.

a) Der Vertrauensgedanke

Zuerst kommt das klassische Beispiel „*culpa in contrahendo*“ (*c.i.c.*) in Betracht. Eine besonders enge Beziehung unter den Kontrahenten in der Vertragsverhandlungsphase, die eine erhöhte Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des anderen Teils eröffnet, wird heute fraglos als Sonderverbindung bewertet. Sie beruht nach h.M. auf dem Vertrauensgedanken,³⁴⁷ nach dem eine Partei gerade aufgrund des Vertrauens seine zu schützenden Rechtsgüter den Gefahren und dem Einwirkungsbereich des Anderen aussetzt.³⁴⁸ Mit dem Vertrauensgedanken (also „Vertrauen in besonderem Maße“ iSd. § 311 III 2) könne außerdem noch ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Vertragsbeteiligten und einem Dritten, der selbst nicht Vertragspartei ist, gerechtfertigt werden.³⁴⁹ Ein derartiger Kontakt muss aber intensiv genug sein und über allgemeine Verkehrspflichten hinausgehen.³⁵⁰ Ein vertragsähnliches Verhältnis zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem interessierten Bieter lässt sich z.B. auf den Vertrauensgedanken zurückführen.³⁵¹

Tatsächlich war der Vertrauensgedanke schon sehr früh bekannt. Nach dem Verständnis von *Heinrich Stoll*³⁵² wiesen der sog. „Gedanke der Parteiengemeinsamkeit“ und der Vertrauensgedanke in erheblichem Umfang eine Gemeinsamkeit auf. *Ballerstedt*³⁵³ hat vorher bei der Behandlung der Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen im Fall des Vertragsabschlusses durch Stellvertreter dem Vertrauensgedanken ebenso eine hervorragende Bedeutung beigelegt.

Dieser wohl vom RG³⁵⁴ im Jahr 1928 erstmals aufgestellte, in der Gegenwart wesentlich von *Canaris*³⁵⁵ weiter entwickelte Vertrauensgedanke ist trotz sehr

³⁴⁷ *Canaris*, JZ 1965, 475 (476).

³⁴⁸ BGHZ 71, 386 ff., Rn. 14 ff.: Haftung der Gemeinde aus *culpa in contrahendo*.

³⁴⁹ *Singer*, in: FS *Canaris* (2017), 425 (443).

³⁵⁰ Die Zweifel von *Picker*, AcP 183 (1983), 369 (421 f.), *ders.*, JZ 1987, 1041 (1046) und *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 21, dass zwischen Autofahrern, die mit ihren Fahrzeugen auf einer Kreuzung kollidieren, auch etwas vergleichbares Vertrauen bestehe, ist deshalb nicht überzeugend. Zustimmung wohl auch *Peters*, AcP 205 (2005), 159 (161). *Singer* hat diesen Zweifel bestritten, das allgemeine Ordnungsvertrauen besitze keine „konstitutive Bedeutung“. Ausführlich vgl. *ders.*, a.a.O., 425 (446).

³⁵¹ BGHZ 139, 259 ff., Rn. 20 ff.: Haftung des Landes für die Aufhebung einer Ausschreibung ohne gesetzmäßige Gründe.

³⁵² Er hat schon früh im Jahr 1923 in seinem Habilitationsvortrag über Haftung für *culpa in contrahendo* den Vertrauensgedanken aufgestellt, vgl. *ders.*, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, in: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (1923), S. 532 ff., zit. nach *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 311. Er hat schon damals ein derartiges Vertrauensverhältnis gefunden, das sich vom Vertragsschluss bis zur letzten Leistungsbewirkung erstreckt und zwischen den Parteien eine sehr enge Rechtsgemeinschaft begründet. Im Übrigen vgl. auch sein frühes Werk, *ders.*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 26.

³⁵³ *Ballerstedt*, AcP 151 (1950-1951), 501 (506).

³⁵⁴ RGZ 120, 249 (251): Eigene Haftung des Vertreters für *culpa in contrahendo*, die eigentlich die mittelbare Vertretung traf.

³⁵⁵ Die überragenden Verdienste von *Canaris* zur Entwicklung der Vertrauenshaftung im deutschen modernen

großzügiger Zustimmung im modernen deutschen Zivilrecht auch auf Zweifel gestoßen.³⁵⁶ Der Vertrauensgedanke sei von vornherein nicht in der Lage, alle betroffenen Fallkonstellationen über einen Leisten zu schlagen.³⁵⁷

b) Ergänzende Kriterien

Lediglich im Fragenbereich der vorvertraglichen Schuldverhältnisse wurde in der Literatur teilweise unumwunden eingeräumt, dass der Vertrauensgedanke nicht so erfolgsträchtig sei, wie man sich herkömmlich vorgestellt habe.³⁵⁸ Einige Autoren versuchten somit, aus zahlreichen ähnlichen Fallgestaltungen etwa ergänzende Kriterien zu entnehmen, mit denen die Haftung im Einzelfall bei der Unzugänglichkeit des Vertrauensgedanken gerechtfertigt werden konnte. Der Gedanke des „geschäftlichen Interesses“ ist ein exemplarisches Beispiel.³⁵⁹ Darüber hinaus kommen noch weitere Erklärungsmodelle – wie die allgemeine Erklärungshaftung, der Verbraucherschutz, der Anlegerschutz sowie der Schutz von Schwächeren – hinsichtlich der Haftung für *c.i.c.* in Betracht.³⁶⁰

Neben der Haftung für *c.i.c.* gibt noch andersartige Beziehungen, die trotz der Unterschiede in mehr oder minder großem Umfang auch auf die Lehre des Schuldverhältnisses bezogen werden. Für die raumbezogenen Beziehungen, auf welche noch ausführlicher einzugehen (§ 4 B III 1, S. 58) ist, trägt der Vertrauensgedanke z.B. wenig dazu bei, die Existenz einer Sonderverbindung zwischen den räumlich naheliegenden Parteien zu begründen.

2. Ziel: Einheitliches Verständnis des Begriffs der Sonderverbindung

Die Schwierigkeit, etwa verifizierbare und zuverlässige Kriterien für die Annahme einer bestimmten Sonderverbindung zu finden, wäre deshalb ja erheblicher, wenn man mehrere verschiedengestaltige Beziehungen unter dem Oberbegriff der Sonderverbindung subsumieren versuchen würde.

Auch *Medicus*, der ein ergänzendes Kriterium des „geschäftlichen Interesses“ hinzuzufügen versuchte, erkannte schon vor 30 Jahren die „*dogmatische Verlegenheit*“³⁶¹ für die Begründung sämtlicher Sonderverbindungen an. Er hat vielmehr zugegeben, die Versuche, geeignete Kriterien herauszuarbeiten, solle der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als künftige Aufgabe überlassen bleiben.³⁶² In Wirklichkeit war und ist derartiges „Überlassen“ sowohl in der Vergangenheit als auch in der Gegenwart im deutschen Recht nicht selten festzustellen. Die Fragen von

Recht kann man – neben zahlreichen weiteren Aufsätzen – vornehmlich in seiner 552-seitigen, mit „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ überschriebenen Monografie von 1971 sehen.

³⁵⁶ *Picker*, a.a.O., 369 (419 ff.); *Medicus*, a.a.O., S. 20 ff.

³⁵⁷ BeckOK BGB/*Sutschet*, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 311 Rn. 37.

³⁵⁸ BeckOK BGB/*Sutschet*, a.a.O., Rn. 37; MüKoBGB/*Emmerich* (2016) § 311 Rn. 41. Ähnliches auch *Erman/Kindl* (2017) § 311 Rn. 15.

³⁵⁹ *Medicus*, a.a.O., S. 22 f. Allerdings hat *Medicus* selbst zugestanden, dass dieser Erklärungsansatz ebenso kein vollkommenes Kriterium sei, das alle Fallgruppen erfassen kann. Vgl. *Medicus*, a.a.O., S. 23.

³⁶⁰ MüKoBGB/*Emmerich* (2016) § 311 Rn. 40 f.; *Erman/Kindl* (2017) § 311 Rn. 15.

³⁶¹ *Medicus*, a.a.O., S. 23.

³⁶² *Medicus*, a.a.O., S. 19 und 24.

der Anspruchskonkurrenz,³⁶³ der Natur der *culpa in contrahendo*,³⁶⁴ systematischer Klassifikation von § 241 II,³⁶⁵ der Drittschadensliquidation,³⁶⁶ der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit,³⁶⁷ der Konstruktionsfrage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen³⁶⁸ sowie den Weiterfresserschäden³⁶⁹ sind der Fall. Es kann also nicht vom gesetzgeberischen Quietismus die Rede sein. Vielmehr werden sie als Ausdruck von gesetzgeberischer Weisheit zu unentschiedensten Zweifelsfragen besprochen.

Die vorliegende Arbeit ist damit nicht um die Rekonstruktion des Begriffs der Sonderverbindung bemüht. Seine Begrifflichkeit und Inhalt sind – in anschaulicher Weise – noch immer in Bewegung. Die nachkommende Darstellung versucht vielmehr, für ein einheitliches Verständnis des Begriffs „Schuldverhältnis“ zu appellieren. Sie stellt aber keine uneingeschränkte Untersuchung dar. Die Mannigfaltigkeit verschiedenartiger Schuldverhältnisse in der deutschen Rechtsprechung und Lehre zwingt zur Umgrenzung auf ein paar ausgewählte „Sonderverbindungen“, mit denen das großzügige Anwendungsspektrum des § 278 erhellt wird.

III. Einzelfragen

1. Raumbezogene Beziehungen

An dieser Stelle werden mehrere verschiedene Beziehungen, die ihrerseits aber gemeinsam auf räumliche Platzierung bezogen werden, demselben Diskussionsrahmen unterstellt werden. Der Grund für diese gemeinsame Betrachtung liegt im Wesentlichen darin, dass sie m.E. trotz der inhaltlichen und funktionalen Unterschiede die sachliche Nähe (raumbezogene Eigenschaft) haben und in der Regel iRd. § 278 diskutiert werden.

a) Nachbarliche Gemeinschaftsverhältnisse

Im deutschen Recht war und ist auch noch die Frage von großer Bedeutung, ob § 278 auch auf sog. in der Rspr. des RG entwickelte³⁷⁰ nachbarliche Gemeinschaftsverhältnisse anzuwenden ist.

aa) Meinungsstände in der deutschen Rechtsprechung und Lehre

Die Mehrheit in der deutschen Rechtsprechung³⁷¹ verneint grundsätzlich in diesem

³⁶³ MüKoBGB/Wagner (2017) Vorb. § 823 Rn. 78.

³⁶⁴ MüKoBGB/Emmerich (2016) § 311 Rn. 37; Mot. II S. 179.

³⁶⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 126.

³⁶⁶ Prot. I, S. 298; *Medicus*, a.a.O., S. 6.

³⁶⁷ *Rüßmann*, in: *Liber Amicorum Eike Schmidt* (2004), 279 (280); *Stoppel*, Jura 2003, 224-229.

³⁶⁸ *Mugdan I*, S. 609; MüKoBGB/Wagner (2017) § 823 Rn. 108; *Wagner*, ZGR 2016, 112 (126); *Schirmer*, Das Körperschaftsdelikt, S. 173 ff.

³⁶⁹ BT-Drs. 14/6040, S. 228 f.

³⁷⁰ RGZ 132, 51 (56). Später auch BGHZ 28, 110 ff., Rn. 4.

³⁷¹ RGZ 132, 51 ff. (Errichtung des Bürogebäudes durch eine selbständige Baufirma); BGH, NJW 1960, 335 (keine Haftung der Stadtgemeinde bei Grundstücksvertiefung durch einen selbständigen Unternehmer); BGH, VersR 2012, 1265 ff., Rn. 7 (Schadhaftes Wandabschlussblech, das durch einen Dachdecker eingesetzt wurde). Selbst wenn eine gemeinschaftliche Grenzmauer vorliegt, hat BGHZ 42, 63 ff., Rn. 8 die Anwendbarkeit des § 278 verneint. Im Urteil OLG Düsseldorf, NJW 1959, 580 f. lehnte das OLG trotzdem eine generelle Anwendung des §

Fall die Anwendbarkeit des § 278. Dieser Auffassung hat sich ein (wohl größerer) Teil des Schrifttums³⁷² auch angeschlossen. Die verneinende Haltung kann sich etwa so zusammenfassen lassen: Das sog. nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis sei „*nicht eng genug*“ wie ein Schuldverhältnis im eigentlichen Sinne, um eine Sonderverbindung mit dem Inhalt von gegenseitigen Rechten und Pflichten zwischen den Grundstückseigentümern zu begründen. Als die „*Schranke der Rechtsausübung*“ bestimme und konkretisiere es vielmehr allein das Grundstückseigentum.

Zugleich sind nicht vereinzelt auch bejahende Stimmen zu konstatieren.³⁷³ Das Kernargument liegt hauptsächlich darin, dass die nachbarschaftliche Beziehung als ein über allgemeine Verkehrssicherungspflichten hinausgehende Verhältnis deshalb eine dem Schuldverhältnis weitgehend vergleichbare Sonderverbindung bilden könne, weil gerade daraus sich bestimmte Pflichten zu Lasten des als Haftungskandidat in Betracht kommenden Eigentümers ergeben würden.

Das augenfällige uneinheitliche Bild in der Lehre spiegelt gerade das divergierende Verständnis des Kernbegriffs „Schuldverhältnis“ wider. Insgesamt betrachtet, hält sich die vorhergehende Auseinandersetzung im Wesentlichen mit der Frage auf, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beziehung als Sonderverbindung angenommen werden kann.

bb) Umformulierung der Fragestellung

An dieser Stelle wird eine neue Herangehensweise hervorgehoben. Es geht in solchen Fällen überwiegend um die Frage, ob und auf welcher rechtlichen Grundlage der Auftraggeber (Grundstückseigentümer) für Schäden aufzukommen hat, die durch schädigende Handlungen eines von ihm beauftragten selbständigen Unternehmers bei der Bau- oder Reparaturarbeit seinem Nachbarn herbeigeführt worden sind. Dies zeigen typische, hier leicht vereinfachte Sachverhalte, die den betroffenen Gerichtsentscheidungen zugrundeliegen. (1) Eine Eigentümerin beauftragte z. B. im Jahr 1928 eine selbständige Firma mit der Errichtung eines Gebäudes und viele

278 ab, bejahte die Anwendbarkeit des § 278 im Falle der Giebelmauer.

³⁷² Verneinung der Anwendbarkeit: MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 18: „*nicht eng genug*“, mit Ausnahme der durch Vereinbarung begründeten eine Sonderverbindung und Rechtsgemeinschaft; MüKoBGB/*Brückner* (2017) § 903 Rn. 40 und § 912 Rn. 16 (lediglich „*Schranke der Rechtsausübung*“); Palandt/*Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 3, *Heiseke*, MDR 1961, 461 (464) und Staudinger/*Caspers* (2014) § 278 Rn. 10 mit Ausnahme bei Giebelmauer; BeckOK BGB/*Lorenz*, 43. Ed. 1.2.2017, § 278 Rn. 5 mit Ausnahme bei einer gemeinsamen Kommunmauer; HK-BGB/*Schulze* (2017) § 278 Rn. 3 und Soergel/*Pfeiffer* (2014) § 278 Rn. 11: bloß die Konkretisierung oder Inhaltsbestimmung des Grundstückseigentums; *Wilhelm*, SachenR, 4. Aufl., 2010, 2. Teil C III 8, Rn. 804 (S. 343): bloße Floskel vom nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis; *Schultz*, MDR 1955, 260 (261); *Schlechtriem*, in: FS Gernhuber (1993), 407 ff.; *Böhmer*, MDR 1959, 261 (261 f.): Gefahrengemeinschaft als eine Fehlkonstruktion; *Scherer*, BB 1965, 253 (259 ff).

³⁷³ Bejahende Stimme für Anwendbarkeit des § 278: Erman/*H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 6; *Harry Westermann*, JZ 1963, 407 f.; Erman/*Böttcher* (2017) § 242 Rn. 16; *Westermann/Gursky/Eickmann*, SachenR, 8. Aufl., 2011, § 61 V 2, Rn. 44 (S. 559); *Baur/Stürner*, SachenR, 18. Aufl., 2009, § 5 II 2, Rn. 17 (S. 48); *Maier/Bornheim*, JA 1995, 978 (981 f.); *Paschke*, AcP 187 (1987), 60 (79 f.); Staudinger/*Olzen* (2015) § 241 Rn. 414 f. *Mühl*, NJW 1960, 1133 (1136) und MüKoBGB/*Säcker* (2013) § 912 Rn. 20 f. begründen mit den „*über allgemeine Verkehrssicherungspflichten hinausgehende nachbarrechtlichen Pflichten*“. BeckOK BGB/*Fritzsche*, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 903 Rn. 41 zielt sondern auf das Vermeiden von „*fragwürdigen Zurechnungskonstruktionen*“ ab. Außerdem hat NK-BGB/*Dauner-Lieb* (2016) § 278 Rn. 2 diese vertrackte Frage doch erwähnt und sie allerdings ohne irgendwelche Erörterung offengelassen.

Mauerrisse traten wegen ungenügender Absteifung bei der Ausschachtung in den Wänden des Bürohauses des Nachbars auf.³⁷⁴ (2) Der Eigentümer ließ im Jahr 1955 den Wiederaufbau auf seinem Trümmergrundstück durch einen selbständigen Gehilfen leiten und inzwischen entstanden Schäden bei seinem Nachbar.³⁷⁵ (3) Die Grundstückseigentümer ließen im Jahr 2011 den teilweisen Hausabriss und die Neueinrichtung ihrer Doppelhaushälfte durch die später in Insolvenz geratene GmbH vornehmen und setzte die Grenz wand der Doppelhaushälfte des Nachbars ohne erforderliche Schutzmaßnahmen Witterungseinflüssen aus.³⁷⁶

Darüber hinaus scheinen solche Urteile auf den ersten Blick ausschließlich mit § 278, insb. dem Verständnis des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, zu tun zu haben. In Wahrheit berühren sie noch ein Randproblem, nämlich die Frage, ob das deutsche Deliktsrecht, insb. §§ 823 I, 831³⁷⁷, dem geschädigten Nachbar einen angemessenen Schutz einräumen kann.

An dieser Stelle blendet eine eigene Interpretation zunächst einmal aus, bis wir eine Einsicht in weitere raumbezogenen Beziehungen genommen haben. Aufgrund der Sachnähe ist es geeignet sowie geboten, sich solche Beziehungen zusammen vor Augen zu führen.

b) Gemeinschaftsverhältnis unter den Wohnungseigentümern (WEer)

Als anderweitige raumbezogene Beziehung kommt das Gemeinschaftsverhältnis unter WEern in Betracht, das sich nach ständiger Rechtsprechung³⁷⁸ unter der Voraussetzung „das bestehende Schuldverhältnis“ iSd. § 278 rubrizieren lässt.³⁷⁹ Für diese gerichtliche Auffassung findet sich – ganz anders als bei nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnissen – in der deutschen Literatur nahezu nur Beifall.³⁸⁰

Die den betroffenen Gerichtsentscheidungen zugrundeliegenden, paradigmatischen Sachverhalte können gewissermaßen folgend verkürzt werden: Ein WEer beauftragt z.B. eine selbständige Fachfirma mit der Durchführung von Sanierungen des im Gemeinschaftseigentum aller WEer stehenden Daches. Später zeigen sich Feuchtigkeitsschäden am Sondereigentum eines benachbarten WEers, die von der

³⁷⁴ RGZ 132, 51 ff.

³⁷⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1959, 580 f., in dem das Gericht eine generelle Anwendung des § 278 ablehnte, während es die Anwendbarkeit für den Fall der Giebelmauer bejaht hat.

³⁷⁶ OLG Hamm, Urteil vom 03. Juli 2017 – I-5 U 104/16.

³⁷⁷ BGH, MDR 1977, 481 f., Rn. 8 (Verneinung der Zurechnung von Verschulden des Bauunternehmers und seiner Gehilfen bei Überbau).

³⁷⁸ BGHZ 141, 224 ff., Rn. 15 f. (Wasserschaden des benachbarten Beteiligten durch fehlerhafte Dachreparaturarbeiten der vom Beklagten beauftragten Fachfirma); BayObLGZ 1992, 146 ff., Rn. 16 (mangelhafte Abdichtung der Trennwand); BGH, NJW 2007, 292 ff., Rn. 8 (Schaden durch überflutetes Wasser aus der Waschmaschine); OLG Hamburg, ZMR 2008, 315 f., Rn. 28 (Durchfeuchtungen in den Gewerbeflächen des vermietenden Sondereigentümers); LG Hamburg, ZMR 2013, 466 ff., Rn. 49 (Haftung des Sondereigentümers für durch eine mit dem Dachausbau beauftragte Firma verursachte Schäden).

³⁷⁹ Etwas Anderes gilt, wenn der von der Gemeinschaft beauftragte Verwalter die Verwaltung schuldhaft unterlassen oder nicht richtig durchgeführt hat. Das Verschulden des Verwalters sei der Gemeinschaft nicht nach § 278 BGB zuzurechnen, vgl. KG Berlin, NJW-RR 1986, 1078 f. Rn. 9; LG Berlin, Urteil vom 02. April 2013 – 85 S 179/12 – Rn. 7 (juris): abgelehnte Beschlussanträge auf Sanierungsmaßnahme.

³⁸⁰ Beispielsweise in den Kommentarliteraturen vgl. MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 18; Erman/*H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 5; Staudinger/*Caspers* (2014) BGB § 278 Rn. 9; NK-BGB/*Dauner-Lieb* (2016) § 278 Rn. 2; BeckOK BGB/*Lorenz*, 43. Ed. 1.2.2017, BGB § 278 Rn. 4; Bärmann/*Merle*, WEG § 21 Rn. 57; *Reichel-Scherer* in: jurisPK-BGB (2017), § 21 WEG, Rn. 189.

ausführenden Firma schuldhaft herbeigeführt wurden.³⁸¹

Hier wird das erforderliche „*Näheverhältnis*“,³⁸² was nach der h.M. dem auf dem Gemeinschaftseigentum beruhenden Gemeinschaftsverhältnis zu entnehmen ist, im Allgemeinen anerkannt. Es sei entweder rechtsgeschäftlicher (§ 10 II 2 WEG) oder gesetzlicher³⁸³ Natur. Aus diesem Verhältnis würden sich sowohl die vielgestaltigen Pflichten des einzelnen WEers als auch die korrespondierenden Rechte von anderen WEer ergeben. Die jedem WEer obliegende Instandhaltungspflicht erstrecke sich über die erforderliche Beschlussfassung bis zu den tatsächlichen Maßnahmen.³⁸⁴ Die Verstöße gegen solche gegenseitigen Pflichten würden positive Forderungsverletzungen darstellen, für die der WEer (als Schuldner) u.U. verantwortlich sei.

Diese Formulierung provoziert, insb. aus der Perspektive eines rechtsvergleichenden Beobachters, den Zweifel, ob gerade aus dem vorab als gesetzliches Schuldverhältnis angesehenen Näheverhältnis die Pflichten und korrespondierenden Rechte der WEer erwachsen oder eigentlich andersherum die von vornherein objektiv bestehenden Pflichten und flankierenden Rechte des einzelnen WEer das Bestehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses rechtfertigen. Derartige Bedenken sind – wie das Folgende zeigt – andernorts zu konstatieren.³⁸⁵

c) Kreuzungsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis

Wendet man den Blick nun zu dem am 11.01.2007 ergangenen BGH-Urteil³⁸⁶, in dem ein sog. kreuzungsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis richterlich geschaffen worden ist, zeigt sich die vorgenannte Ungewissheit wiederum deutlich.

Der verkürzte Sachverhalt ist folgender: Die Gemeinde ließ die Spritzbetonarbeiten an einer Straßenbrücke durch einen selbständigen Unternehmer vornehmen und wegen mangelhafter Schutzmaßnahmen trat eine Verschmutzung des Gleisschotters und der Fahrdrähteinrichtungen der Bahnstrecke der DB ein. Der BGH bestätigte hier ein kreuzungsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, bei dem § 278 (sinngemäße³⁸⁷) Anwendung fand. Mit der gewählten Formulierung „*ein solches auf Dauer angelegtes, besonders enges Verhältnis*“³⁸⁸ betont der BGH den zeitlichen Bestand und den

³⁸¹ BGHZ 141, 224 ff., Rn. 15 f.

³⁸² BGH, NJW 2007, 292 ff. Rn. 8.

³⁸³ BGHZ 141, 224 ff., Rn. 15.

³⁸⁴ Bärmann/Merle, WEG § 21 Rn. 59. NJW-RR 2017, 844 f., Rn. 7: Sperrung der Wasserversorgung wegen Nichtzahlung des beschlossenen Haus- oder Wohngeldes durch einen einzelnen Sondereigentümer.

³⁸⁵ Allein aus dem Gesetzeswortlaut des § 241 II „*Das Schuldverhältnis kann ... jeden Teil ... verpflichten*“ kann sich ein vorläufiger Befund herleiten lassen, dass gerade aus einem bestehenden Schuldverhältnis entsprechende Pflichten erst erwachsen. Auch der Wortteil „*Pflicht aus dem Schuldverhältnis*“ iSd. 280 I 1 bestätigt diese These. Deshalb wird der Schadensersatzanspruch wegen Schutzpflichtverletzung auf das Bestehen eines Schuldverhältnisses abgestellt. Zustimmend *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 97.

³⁸⁶ BGH, NJW-RR 2007, 457 ff.

³⁸⁷ Der Sache nach liegt ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen der unterhaltspflichtigen Gemeinde und der geschädigten DB-AG vor, da die Gemeinde eigentlich eine hoheitliche Aufgabe zu erledigen versucht. Der Grund dafür, dass die Überlegung über die sinngemäße Anwendung des § 278 auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse (vgl. unten § 4 B III 2, S. 67 ff.) an dieser Stelle vorangestellt wird, liegt darin, dass das sog. kreuzungsrechtliche Gemeinschaftsverhältnis eher raumbezogener Natur ist. Sie weist in erheblichem Umfang eine Ähnlichkeit mit den eben geschilderten Verhältnissen auf.

³⁸⁸ BGH, NJW-RR 2007, 457 ff., Rn. 9.

erforderlichen Intensitätsgrad der Beziehung. Anschließend machte der BGH ganz klar, dass (gerade) aus diesem Verhältnis „*weitere wechselseitigen Rechte und Pflichten*“ folgten.

Allein aus dem Verb „*folgen*“ lässt sich zu Recht ableiten, dass das Schuldverhältnisses zuvor bestehen muss und die daraus erwachsenen Pflichten und korrespondierenden Rechte erst als Inhalt oder Wirkungsgehalt dieses Gemeinschaftsverhältnisses gesehen werden.³⁸⁹ Zur Begründung für das Vorliegen eines kreuzungsrechtliches Gemeinschaftsverhältnisses wird neben dem Rekurs auf §§ 3, 11 bis 13 sowie § 16 I 1 EBKrG (Beseitigungspflicht, Kostenerstattungspflicht des Kreuzungsbeteiligten) wird auch auf gegenseitige Pflichten zur Rücksichtnahme auf berechnigte Interessen deutlich hingewiesen. Diese Ausführung bestätigt den Eindruck, dass sich die Gerichtsargumentation zumindest auf den ersten Blick im Zirkelschluss bewegt.

d) Nachdenken über die gerichtliche Herangehensweise

aa) Irreführende Ausführung in der Rechtsprechung

Um die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 278 zu begründen, hat das OLG Hamm jüngst in seinem Urteil eingangs bereits angedeutet, dass „*im Verhältnis von Grundstücksnachbarn ... das für ein gesetzliches Schuldverhältnis typische Geflecht wechselseitiger Duldungs-, Mitwirkungs- und Leistungspflichten fehle*“.³⁹⁰ Diese Darstellungsweise mag zu der Annahme verleiten, dass erst die Existenz derartiger Pflichten andersherum das Bestehen der Sonderverbindung rechtfertigt. Was noch auffällig ist außerdem, dass diese routinemäßige Ausführung trotz redaktionell unbeträchtlicher Änderungen schon eine stereotype Formel in den Entscheidungen geworden ist, denen weitgehend vergleichbare Sachverhalte zugrunde liegen.

Diese stellt hinsichtlich der Annahme einer Sonderverbindung m.E. eine tautologische³⁹¹ Begründung dar, die die Überzeugungskraft der angesprochenen Entscheidungen unterminiert.

bb) Einzigartiger Pfad zur Haftung des Auftraggebers für den selbständigen Unternehmer

(1) Innovative Fortbildung oder überstrenge Zurückhaltung?

Wie soeben (§ 4 B III 1 a bb, S. 59) erwähnt, trifft ein Großteil der Sachverhalte, die den oben aufgezählten Entscheidungen unterliegen, eine bestimmte Personengruppe, nämlich den vom Eigentümer beauftragten selbständigen Unternehmer.³⁹² Somit

³⁸⁹ Ähnliche Aussagen sind in der Literatur sehr üblich, z.B., „*durch (rechtliche Sonderverbindung) Ansprüche begründet werden*“ (Jauernig/Mansel [2015] § 241 Rn. 1), „*als seine Hauptwirkung ergibt sich ... die Berechnigung, eine Leistung zu fordern*“ (HK-BGB/Schulze [2017] § 241 Rn. 1); „*aus dem sich als Rechtsfolge das Forderungsrecht ergibt*“ (MüKoBGB/Bachmann [2016] § 241 Rn. 3).

³⁹⁰ OLG Hamm, Urteil vom 03. Juli 2017 – I-5 U 104/16 – Rn. 31 (juris).

³⁹¹ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 2 I 6 (S. 12) kritisierte die Tautologie bei der Definition des Schuldverhältnisses und versuchte, nachvollziehbare Merkmale für das Schuldverhältnis zu bestimmen (*ders.*, § 2 II, S. 12 ff.).

³⁹² Gleichzeitig ist einzuräumen, dass sich die Sachverhalte angesichts der vielfältigen Konstellationen in der Lebenswirklichkeit nicht ausschließlich darauf beschränken. Nichtsdestoweniger sind die Unterschiede der

scheint die oben umformulierte Fragestellung, ob und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber für durch den von ihm beauftragten Unternehmer in Ausführung der Tätigkeiten schuldhaft verursachte Schäden eingestehen hat, zumindest nicht bedenklich.

Der Grund für ein divergierendes Verständnis des Begriffs „Schuldverhältnis“ in Einzelkonstellationen liegt m.E. in erheblichem Umfang – auch wenn nicht gänzlich – darin, dass der deliktische Schadensersatzanspruch des geschädigten Nachbarn gegen den auftraggebenden Grundstückseigentümer nicht selten wegen strengerer Anforderungen gescheitert wäre.³⁹³ Um in Einzelfällen zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen, hat das deutsche Gericht eine verschiedene Pfade über den ursprünglich vorwiegend auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare § 278 beschritten. Vor diesem Hintergrund bietet erst ein sehr weit ausgelegter Begriff „Schuldverhältnis“ oder „Sonderverbindung“ die Möglichkeit an, das praktische Anliegen zu verwirklichen.

Auf der anderen Seite hat sich das deutsche Gericht wahrscheinlich gescheut, einen zu großzügigen Eingang zu eröffnen, durch den der bis heute noch tradierte Grundsatz, der Auftraggeber habe ggf. nur bei *culpa in eligendo* für die durch den von ihm beauftragten Auftragnehmer herbeigeführten Schäden einzustehen,³⁹⁴ wohl tief erschüttert würde. Das Gericht will mit dieser eingeschränkten Anwendung des § 278 eine Hypertrophie der Schadenshaftung in den Fällen ausschließen, in denen der Eigentümer z.B. die Errichtung einer neuen Wohnanlage, die Reparatur von defekten Mauern oder des Daches, die Anlegung eines Gartenteiches auf seinem Grundstück, durch einen selbständigen Unternehmer vornehmen lässt. Auch im Schrifttum wird eine (sog. strenge) Haftung des Auftraggebers für einen fremden Unternehmer für nicht notwendig gehalten, da der selbständige Unternehmer idR. selbst deliktisch haftet.³⁹⁵

(2) Unangebrachtes Ausweichmanöver: Willensprinzip

Um die Haftung des auftraggebenden Eigentümers zu rechtfertigen, haben Gerichte in mancherlei Situationen sogar den Weg über das Recht der Willenserklärung (§ 166 BGB) beschritten.³⁹⁶ Der Richter hat m.E. nur eine Verlegenheitslösung gefunden, die der Sache nach den sachlichen Anwendungsbereich des § 166³⁹⁷ nicht unbedenklich erweitert.

Im anderen Fall versuchte das Gericht ein – hauptsächlich schlüssig getroffenes –

Gedankengänge nicht so gravierend. Bei der Ausführung durch eigene Personen hat der Eigentümer – neben dem deliktsrechtlichen § 831 – ebenso (ggf. analog) gem. § 278 dafür einzustehen.

³⁹³ Wohl auch *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (288).

³⁹⁴ Im Art. 10 der »*Justizauslegung des chinesischen OVGH zum Personenschadensersatz*« (2004), § 716 Japan-ZGB, § 109 Taiwan-ZGB ist dieser Grundsatz ausdrücklich verankert. Zum japanischen Recht vgl. *Eubel*, Die Haftung des Geschäftsherrn, S. 88. In Deutschland wird dies als „eine überall akzeptierte Grundregel“ auch anerkannt, vgl. *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (296 f.).

³⁹⁵ vgl. *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 19.

³⁹⁶ BGHZ 42, 63 ff.: Verschulden des ermächtigten bauleitenden Architekten. Kritisch zur entsprechenden Anwendung von § 166 vgl. *MüKoBGB/Säcker* (2013) § 912 Rn. 18.

³⁹⁷ Eine teilweise den § 278 berührende Problematik „Wissenszurechnung“ wird in der deutschen Rechtsprechung oft durch § 166 gelöst.

Übereinkommen der Nachbarn bloß aus der tatsächlichen gemeinsamen Benutzung von Giebeln zu entnehmen, um das Vorliegen einer derartigen Sonderverbindung zu legitimieren und schließlich die Anwendbarkeit des § 278 zu rechtfertigen.³⁹⁸

In einem jüngsten Urteil vom 09. Februar 2018 hat der BGH den Pfad über den verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 II 2 beschritten, um Schäden auf den auftraggebenden Grundstückeigentümer zu überwälzen, die sich auf einen durch ein von ihm beauftragtes, aber ohne Schweißerlaubnisschein arbeitendes Fachunternehmen verursachten Brand zurückführen lassen. Hierbei hat der BGH durch die Annahme eines Willens des Grundstückseigentümers ihn als den mittelbaren Handlungsstörer iSd. § 1004 I angesehen.³⁹⁹

Die Entscheidungen weisen trotz verschiedener Lösungswege zumindest äußerlich eine Gemeinsamkeit auf, nämlich die Tatsache, dass bei ihnen auf den Willen des Beteiligten zurückgegriffen wird. Sie stellen m.E. geradezu eine rechtliche Widerspiegelung des dringenden Mangels an geeigneter positiv-rechtlicher Stütze in der Judikatur dar. Deshalb hat das Gericht in diesem Fall zu versuchen, auf das Willensprinzip zurückzugreifen, um die Pflichtengefüge im Rückgriff auf den fingierten Parteiwillen zu intensivieren oder bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen. Die Fiktion eines mutmaßlichem Parteiwillens ist wenig konstruktiv, weil sie mangels erkennbarer Erklärungen keine besondere überzeugende Begründung erfahren hat⁴⁰⁰ und in der Verkehrssitte unglücklicherweise nicht berücksichtigt wird. Die Gefahr, dass die spätere Rechtsprechung das Ausweichmanöver nachempfinden und mit besonderer Großzügigkeit den gewünschten Parteiwillen abzulesen versucht, besteht damit. Im Übrigen wird die dogmatische Genauigkeit des Willensprinzips dadurch abgemildert. Hinsichtlich des Rekurses auf das Willensprinzip muss man also besonders behutsam und zurückhaltend sein.

e) Gesamtbetrachtung über einige Konstellationen

aa) Begriffsverständnis des Schuldverhältnisses (der Sonderverbindung)

Die unterschiedliche Haltung zum nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis und dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer sowie dem sog. kreuzungsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis vermochte wenig zu überzeugen, wenn man strikt vom konsistenten Verständnis des grundlegendsten Begriffs „Schuldverhältnis“ ausgehend das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis unbefangen betrachtet.

Der BGH hat zum einen schon wiederholt betont, dass das allgemeine schuldrechtliche Prinzip „Treu und Glauben“ (§ 242) auch auf nachbarliche

³⁹⁸ OLG Düsseldorf, NJW 1959, 580 (580 f.).

³⁹⁹ BGH, Urteil vom 09. Februar 2018 - V ZR 311/16, siehe Pressemitteilung des BGH Nr. 028/2018 v. 09.02.2018.

⁴⁰⁰ Allgemeine Diskussion über ausdrückliche und konkludente Willenserklärungen, siehe MüKoBGB/*Armbrüster* (2015) Vorb. § 116 Rn. 6 ff.

Beziehungen anzuwenden sei.⁴⁰¹ Zum anderen setzt die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach ständigen BGH-Entscheidungen⁴⁰² eine rechtliche Sonderverbindung voraus. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis ist als logische Konsequenz eine Form der bereits bestehenden rechtlichen Sonderverbindung.

Im Hinblick auf die mehrfach erwähnte Kernfrage, wo eine rechtliche Sonderverbindung der Art vorliegt, hat der BAG bei einer ähnlichen Frage einmal deutlich akzentuiert, dass neben vertraglichen Schuldverhältnissen auch gesetzliche Schuldverhältnisse Sonderverbindungen darstellen, die gerade „gesteigerte Verhaltenspflichten oder besondere Schutzpflichten“ zum Gegenstand haben.⁴⁰³ Mit großem Argumentationsaufwand kehrte das Gericht anscheinend zum Ausgangspunkt zurück, dass eine Beziehung, die gesteigerte Pflichten hat, erst eng genug ist, zur schuldrechtlichen Sonderverbindung zu avancieren.

Es ist allgemein anerkannt, dass jeder Grundstückseigentümer verpflichtet ist, Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen seines Nachbarn zu nehmen.⁴⁰⁴ Die erhöhte Rücksichtspflicht dieser Art weist m.E. im Kern keinen weitgehenden Unterschied mit anderweitigen Rücksichtspflichten iSd. § 241 II auf.⁴⁰⁵ Die Tatbestandsvoraussetzungen des Schuldverhältnisses oder der Sonderverbindung ist nach heutiger h.M.⁴⁰⁶ schon erfüllt, selbst wenn nur eine Rücksichtspflicht iSd. § 241 II und kein Forderungsrecht des Gläubigers vorliegt („Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“⁴⁰⁷).

Außerdem kann der Umstand, dass der Geschädigte oder von Schäden bedrohte

⁴⁰¹ BGHZ 28, 110 ff., Rn. 4; BGH, NJW 1991, 2826 ff., Rn. 17; jüngst BGH, NZM 2017, 855 ff., Rn. 15; BGH, NJW 2017, 3384 ff., Rn. 18. Dafür findet sich im Schrifttum Unterstützung, vgl. MüKoBGB/Brückner (2017) § 903 Rn. 38; BeckOK BGB/Fritzsche, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 903 Rn. 35. Zur ausführlichen Darstellung über den Grundsatz Treu und Glauben im Sachenrecht, vgl. Mühl, NJW 1956, 1657 ff.

⁴⁰² BGHZ 95, 274 ff. Rn. 34; BGH, FamRZ 1978, 335 ff., Rn. 18 (Auskunftsrecht des Konkursverwalters gegen die Ehefrau des Gemeinschuldners).

⁴⁰³ BAGE 65, 250 ff., Rn. 12.

⁴⁰⁴ BGH, NJW 1991, 2826 ff., Rn. 17.

⁴⁰⁵ Bei der Schuldrechtsmodernisierung wurde der Ausdruck „Rücksicht“ anstatt des ursprünglich geplanten Wortlauts „besondere Rücksicht“ in die Endfassung des § 241 II übernommen (BT-Drucks. 14/7052, S. 182). Diese bewusste Änderung des Wortteils sollte man nicht als eine gesetzgeberische „Verschlimmbesserung“ missverstehen. Daraus kann die gewünschte Lockerung der Anforderungen abgelesen werden. Die Rechtsprechung sollte die gesetzgeberische Absicht berücksichtigen und damit keine zu strengen Voraussetzungen festsetzen.

⁴⁰⁶ Riehm, in: FS Canaris (2017), 345 (347); MüKoBGB/Bachmann (2016) § 241 Rn. 3; Canaris, JZ 1965, 475 (477): „Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“. Wohl auch Staudinger/Schwarze (2014) BGB § 280, Rn. B 1; NK-BGB/Krebs (2016) § 241 Rn. 24 (Verhältnissen, die keine primären Leistungs- oder Unterlassungspflichten zum Inhalt haben). AA. BGHZ 21, 214 ff., Rn. 12, nach dem allein die ausschließlich als Nebenpflicht gehaltene Fürsorgepflicht der Gefängnisbehörde gegenüber dem Strafgefangenen kein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis begründen könne. Diese gerichtliche Auffassung ist – zumindest nach jetzigem Erkenntnisstand – aber weniger überzeugend. Heute wird sogar die Auffassung (teilweise zutreffend) vertreten, dass die früher als nicht einklagbar gehaltenen Schutzpflichten im Regelfall mit einem Erfüllungsanspruch flankiert werden müsse. Vgl. Bachmann/Schirmer, in: FS Canaris (2017), 371 (401). Zur traditionellen Auffassung zur Klagbarkeit von Nebenpflichten (Schutzpflichten), dass die Schutzpflichten (nur) im Ausnahmefall einen Anspruch begründen, vgl. Medicus, in: FS Canaris I (2007), 835 (839); BeckOK BGB/Sutschet, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 241 Rn. 43; NK-BGB/Krebs (2016) § 241 Rn. 48.

⁴⁰⁷ Larenz hat in seinem Lehrbuch „Schuldrecht AT“ (5. Aufl., 1962, S. 39) diese Bezeichnung erstmals verwendet. Vgl. Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. II, 2010, S. 291. Canaris, JZ 1965, 475 (477) hat diesen Terminus sofort übernommen.

Nachbar aus räumlichen Gründen keine zumutbare Möglichkeit hat,⁴⁰⁸ sich – auch durch Umzug – solcher Beschädigungen oder Gefahren aus dem benachbarten Grundstück zu entziehen. Dies rechtfertigt die Annahme einer sog. gesteigerten Rücksichtspflicht zulasten des Eigentümers. Die mit dem räumlichen unveränderlichen Stand verbundene Einwirkungsmöglichkeit aus dem benachbarten Grundstück ist sicherlich viel gravierender.⁴⁰⁹ Das vom 5. Zivilsenat des BGH verneinte „*typische Geflecht wechselseitiger Duldungs-, Mitwirkungs- und Leistungspflichten*“⁴¹⁰ liegt m.E. gerade vor, wenn man sich die jeweilige räumliche und zeitliche Dimension des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses und die erwähnte gesteigerte Rücksichtspflicht als immanenten Wirkungsgehalt vor Augen hält.⁴¹¹

In Bezug auf die erforderliche Konkretisierung des Rechtsverhältnisses⁴¹² wird darauf hingewiesen, dass das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis in Erscheinung des Zweipersonenverhältnisses auftritt. Weil in diesem Fall der Gläubiger und Schuldner immerhin die Grundstücksnachbarn sind, nicht irgendwelche Dritte. Es besteht damit keine Gefahr, die Haftung unbeschränkt zu erweitern. Vom Schutzbereich erfasst sind diejenigen, deren Person unter Bezugnahme auf die Kriterien aus der Rechtsfigur „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ vermittelt werden kann.

bb) Vergleichende Überlegung: sachliche Nähe dreier Verhältnisse

Alle drei oben aufgezählten Verhältnisse weisen zweifellos die augenfällige Gemeinsamkeit auf, dass sie ausnahmslos raumbezogen ist. Ihre sachliche Nähe ist einfach zu konstatieren. Allein die Behauptung, dass die Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn schon in den Sondervorschriften von §§ 905 ff. BGB hinreichende Regelungen erfahren habe,⁴¹³ rechtfertigt freilich nicht, dass das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis nicht als Verhältnis mit schuldrechtlichem Einschlag angesehen werden kann. Weil §§ 13 f. WEG trotz der abstrakten Allgemeinheit auch Rechte und Pflichten des WEers ausdrücklich Sonderregelungen vorsieht. Obwohl §§ 905 ff. BGB als Sonderregelungen wesentlich die „*Schranke der Rechtsausübung*“ darstellt, stellen die im § 14 WEG aufgezählten Pflichten auch die Begrenzungen der Rechte des Sondereigentümers dar.

⁴⁰⁸ *Bachmann/Schirmer* haben im Hinblick auf das von *Stürner*, JZ 1976, 384 (386) konstruierte Schulbeispiel angedeutet, der vom Dachsturz bedrohte Schüler müsse „nicht einfach zu Hause bleiben“, um sich von der Gefahr fernzuhalten. Ein Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten sei in diesem Fall erforderlich, da der Schüler ja keine weitere zumutbare Möglichkeit habe. vgl. *dies.*, in: FS Canaris (2017), 371 (376).

⁴⁰⁹ Eine der von *Böhmer*, MDR 1959, 261 (262) hervorgehobene Einwendungen gegen die Konstruktion der Gefahrengemeinschaft von Grundstücksnachbarn, dass nach dem gleichen Rechtsgedanken eine vergleichbare Verkehrsgemeinschaft zwischen den Verkehrsteilnehmer vorliegen würde und § 278 BGB im Verkehrsunfall anzuwenden sei, ist m.E. wenig aussagekräftig. Er hat die räumliche und zeitliche Besonderheit des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses ignoriert. Aber ist einzuräumen, dass diese irreführende Bezeichnung „Gefahrengemeinschaft“ nicht geeignet ist, den Kerninhalt der nachbarlichen Beziehung dogmatisch zu erklären. *Brox* hat vielmehr die Unveränderlichkeit der natürlichen Lage von benachbarten Grundstücken immer berücksichtigt, vgl. *der.*, JA 1984, 182 (182).

⁴¹⁰ BGH, VersR 2012, 1265 ff., Rn. 7.

⁴¹¹ Auch *Maier/Bornheim*, JA 1995, 978 (982): „weitere Rechte und Pflichten im schuldrechtlichen Sinne“.

⁴¹² MüKoBGB/*Grundmann* (2016) § 278 Rn. 18.

⁴¹³ MüKoBGB/*Brückner* (2017) § 903 Rn. 38.

Eine als entscheidender Grund mehrmalig zitierte Aussage, dass jedem Grundstückseigentümer prinzipiell das Recht zustehe, mit eigenem Eigentum nach Belieben zu verfahren (§ 903 S. 1 BGB),⁴¹⁴ rechtfertigt allein die divergierende rechtliche Beurteilung nicht, da nichts anderes für Wohnungseigentümer im Hinblick auf die in ihrem Sondereigentum stehende Gebäudeteile gilt.⁴¹⁵ § 13 I WEG ist eigentlich § 903 S. 1 BGB nachempfunden.⁴¹⁶

Im Hinblick auf diese restriktive Haltung gegen die Anwendbarkeit des § 278 auf nachbarliche Gemeinschaftsverhältnisse liegt m.E. ein Widerspruch zum allgemeinen Prinzip „Gleichheitssatz“⁴¹⁷ vor.

f) Fazit

Die gerichtlichen Bestrebungen nach befriedigenden Lösungen sind, wie bisher gezeigt, ersichtlich. Inzwischen ergibt sich daraus jedoch ein uneinheitliches Bild. Die eben skizzierte Inkonsequenz des Begriffsverständnisses in der Judikatur würde zum Auseinanderklaffen von Rechtsprechung und Lehre führen, was der Lehre vom Schuldverhältnis einen höchst heterogenen Teilbereich hinzufügt.

Um ein konsistentes Verständnis des dem Schuldrecht zugrundeliegenden und das ganze Zivilrecht durchdringenden Begriffs „Schuldverhältnis“ zu gewährleisten, ist das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis nach dem soeben Gesagten als eine schuldrechtsähnliche Beziehung (zumindest) mit erhöhten Rücksichtspflichten zwischen den Grundstücksnachbarn anzusehen. Als ein geeignetes Ventil, das zur Kontrolle der unerträglichen Ausuferung der Haftung für Pflichtverletzungen dient, kommt erst die Prüfung des Pflichtenkreises des Grundstückseigentümers in Betracht. Allein das tradierte Prinzip, der Auftraggeber hafte nur bei *culpa in eligendo*, rechtfertigt nicht die Verneinung des schuldrechtlichen Verhältnisses unten den Grundstückseigentümern.

2. Öffentlich-rechtliche Sonderverbindungen

a) Allgemeine Voraussetzungen sinngemäßer Anwendung

In Bezug auf die Frage, ob § 278 BGB auf öffentlich-rechtliche Sonderverbindungen anwendbar ist, hat der BGH in Anlehnung an die ständige Rspr. die maßgebende Leitlinie hervorgehoben, dass § 278 auch dort Anwendung findet, sofern sich eine solche Sonderverbindung als eine mit dem privatrechtlichen Schuldverhältnis weitgehend vergleichbare⁴¹⁸ Leistungs- oder Obhutsbeziehung erweisen kann.⁴¹⁹ Vor diesem Hintergrund stellt sich die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Beziehung der Sache nach als ein privatrechtsähnliches

⁴¹⁴ Statt vieler nur OLG Düsseldorf, NJW 1959, 580 (580); OLG Karlsruhe ZMR 2017, 660 ff. Rn. 52; MüKoBGB/Brückner (2017) § 903 Rn. 23.

⁴¹⁵ BGH, NJW 2014, 458 ff. Rn. 15; BGH, NJW 2011, 2717 f., Rn. 21.

⁴¹⁶ MüKoBGB/Commichau (2017) § 13 WEG Rn. 2.

⁴¹⁷ Als Richtschnur der Rechtsanwendung ist der Grundsatz „Gleichbehandlung“ zu beobachten. Eine überaus lakonische Erörterung über den Anspruch auf allgemeine Geltung, vgl. Häsemeyer, in: FS Schapp (2010), 241 (252 f.).

⁴¹⁸ Im § 62 II VwVfG wird die ergänzende Anwendung von Vorschriften des BGB gesetzlich angesiedelt.

⁴¹⁹ BGHZ 131, 200 ff. Rn. 13.

Schuldverhältnis bezeichnet werden kann. Mit welchen nachprüfbaren Kriterien wird diese Vergleichbarkeit festgestellt?

Nach der nahezu einstimmigen Auffassung stellt die öffentlich-rechtliche Sonderverbindung ein Schuldverhältnis der im § 278 BGB enthaltenen Art dar. Die bejahende Stimme in den Rechtsprechungen kann sich so zusammenfassen lassen: Der dem § 278 innewohnende Rechtsgedanke findet sinngemäße Anwendung auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, sofern sie eine mit einem schuldrechtlichen Verhältnis vergleichbare Sonderverbindung der geschädigten Einzelperson zum Träger hoheitlicher Gewalt bilden kann und sofern sich mangels positiv-rechtlicher Regelung das objektive Bedürfnis einer analogen Anwendung deutlich erkennen lässt.⁴²⁰ Faktisch haben die Gerichte in dieser Formulierung die allgemein anerkannten Erfordernisse der Gesetzesanalogie, nämlich das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke und die Vergleichbarkeit der Interessenslagen, einschließlich der Notwendigkeit der Analogie,⁴²¹ wiedergegeben. Die gleiche Haltung ist in der deutschen Literatur unverkennbar. *Schneider*⁴²² sieht beispielsweise das sog. verwaltungsrechtliche Anstaltsbenutzungsverhältnis auch als ein vertragsähnliches Sonderverhältnis an und hält die Zurechnung des Verschuldens des Anstaltspersonals an den Träger für erlaubt.

Sowohl das Gericht als auch die Lehre begründen die erforderliche Vergleichbarkeit der öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung mit dem privatrechtlichen Schuldverhältnis hauptsächlich darauf, dass beide Verhältnisse bestimmte Rechte (Forderung) und korrespondierende Pflichten (Schuld) enthalten. Hier stellt sich – wie oben bei raumbezogenen Beziehungen (§ 4 B III 1 d aa, S. 62 f.) – wieder die Frage, ob das Vorhandensein von Pflichten und entsprechender Rechte der Beteiligten gerade das Vorliegen einer vergleichbaren Sonderverbindung rechtfertigt oder andersherum. In den Gerichtsentscheidungen kommt anscheinend wieder ein Zirkelschluss vor.

b) Widersprüche in Einzelfällen

Insgesamt betrachtet, ist die sinngemäße Anwendung des § 278 auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse sachgerecht und verdienstvoll. An etwa bedenklichen Entscheidungen hat es allerdings nicht gefehlt.

Die Pflichtverletzung von Bediensteten einer Gefängnisbehörde gegenüber Strafgefangenen sei nach § 278 BGB nicht dem Staat zuzurechnen, weil die sog. Fürsorgepflicht der Behörde keinen eigentlichen Inhalt des Gewaltverhältnisses darstelle und demgemäß kein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zum

⁴²⁰ BGHZ 21, 214 ff., Rn. 10 (Keine Anwendung bei Fürsorgepflichtverletzungen einer Gefängnisbehörde); BGH, NJW-RR 2007, 457 ff., Rn. 9 (Bejahung der Affinität von öffentlich-rechtlichen Verhältnissen zu vertragsrechtlichen Verhältnissen); BGH, NJW 2006, 1121 ff., Rn. 17 (Keine Zurechnung des Fehlverhaltens der Pflegeeltern an den Träger der Jugendhilfe für schwerste Kopfverletzungen eines Pflegekindes); BGH, NJW 1996, 464 ff., Rn. 13 (Bejahung der Zurechnung des Verschuldens von Hilfspersonen bei der Grundbucheinsicht an den Notar).

⁴²¹ *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (949); *Danwerth*, ZfPW 2017, 230 (233); *Häublein*, WuM 2010, 391 (392 ff.). Ausführlichere Darstellung, *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 278 ff.

⁴²² *ders.*, NJW 1962, 705 (707 f.).

geschädigten Strafgefangenen vorliege.⁴²³ Gleiches gilt für den Fall, in dem ein Mitarbeiter eines Jugendamtes einen gefundenen pflegebedürftigen Säugling rechtmäßig an einer Notaufnahmefamilie übergeben und dort der Kopf des 2-Monate alten Kindes aufgrund Fehlverhaltens der Pflegemutter durch einen Stoß an ein Waschbecken sehr schwer verletzt wird.⁴²⁴

Die Begründungen für die Verneinung eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses lassen sich so verkürzt zusammenfassen: Ein sog. Fürsorgeverhältnis, auch wenn es die nicht als bloße Nebenpflichten gehaltenen Fürsorgepflichten zum Gegenstand hat, stelle weder zwischen der Gefängnisbehörde und dem Strafgefangenen noch zwischen dem Jugendamt und Kind eine schuldrechtsähnliche Beziehung dar.⁴²⁵ Diese Formel scheint wiederum wenig überzeugend, weil sie nur begrifflich mäandernde Argumentationen liefern.

c) Im Rückgriff auf einheitliches Begriffsverständnis

Die Realität, dass in ähnlichen Fallkonstellationen nicht immer „widerspruchsfreie“ Entscheidungen zu konstatieren sind,⁴²⁶ kann wohl darauf zurückgeführt werden, dass die sachliche Reichweite des Begriffsverständnisses „Schuldverhältnis“ durch die Rechtsprechung und Lehre wesentlich – auch wenn nicht überspannt – erweitert worden ist. Ein (zu) weit ausgelegter Begriff leistet – abgesehen von einem beträchtlichen Ermessenspielraum – Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit Vorschub.

An dieser Stelle muss die Wichtigkeit des einheitlichen Begriffsverständnisses nicht noch einmal erwähnt werden. In Bezug auf verlässliche Kriterien für die sachliche Vergleichbarkeit von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Schuldverhältnissen wird auf die oben schon ausführlich dargestellten Überlegungen verwiesen. Es wird hier nur verkürzt hervorgehoben: Ausschlaggebend für den Standard der Vergleichbarkeit des öffentlich-rechtlichen mit dem privatrechtlichen Schuldverhältnis – ungeachtet von der Frage nach einer bestehenden Regelungslücke – sind die Intensität, Dichte und Stärke der Beziehung zwischen den Beteiligten und ihre konkreten Bedeutungsgehalte. Im Hinblick auf die vorgenannten Beispiele scheint die Ablehnung der Vergleichbarkeit in beiden vorgenannten Entscheidungen⁴²⁷ nach hier vertretener Ansicht nicht unbedenklich.

⁴²³ BGHZ 21, 214 ff., Rn. 11. Der BGH hat sich die bedeutsame Tatsache vor Augen gehalten, dass der deliktische Anspruch aus § 839 BGB iVm. Art. 34 GG oder Art. 131 der ehemaligen Weimaren Reichsverfassung schon gem. § 852 aF. BGB verjährt ist.

⁴²⁴ BGHZ 166, 268 ff. Rn. 16 ff. Anzumerken ist, dass die Klägerinnen die Krankenkasse und die Pflegekasse sind. Das Ergebnis wäre ein anderes, wenn das schwer verletzte Kind nicht versichert wäre und der gesetzliche Vertreter in seinem Namen den Landkreis als Träger des Jugendamts in Anspruch nehmen würde. Obwohl diese absonderliche Hypothese angesichts der umfassenden Sozialversicherung in Deutschland überhaupt wirklichkeitsfremd ist, ist sie vielleicht dazu geeignet, einen Anlass zur kritischen Überlegung zu bieten, ob die Änderung eines bestimmten Elements im Einzelfall die Beurteilung drastisch beeinflussen könnte.

⁴²⁵ BGHZ 21, 214 ff., Rn. 11 und BGHZ 166, 268 ff. Rn. 18.

⁴²⁶ Beispielsweise BGHZ 61, 7 ff., Rn. 17: Bejahung einer öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht des Trägers für zwei in den Stall seines Schlachthofs eingebrachte und gestorbene Schlachtbullen.

⁴²⁷ Vgl. oben Fn. 425.

d) Exkurs: öffentlich-rechtlichen *culpa in contrahendo*

Hinsichtlich der seit langem immer wieder diskutierten Problematik, ob bei den Ansprüchen aus der sog. öffentlich-rechtlichen *culpa in contrahendo* ein Verwaltungsrechts- oder Zivilrechtsweg eröffnet werden soll, herrscht eine stark divergierende Haltung zwischen der deutschen Rechtsprechung und Lehre.⁴²⁸ Während der Zivilrechtsweg im Falle der öffentlich-rechtlichen *c.i.c.* zunehmend durch die Rechtsprechung befürwortet wird,⁴²⁹ vertritt ein Teil der Lehre⁴³⁰ demgegenüber die Auffassung, dass der Verwaltungsrechtsweg in diesem Fall den Vorzug haben soll.

Der gerichtliche Hang zum Zivilrechtsweg lässt sich hauptsächlich darauf zurückführen, dass das vorvertragliche Schuldverhältnis schon seit langem als eine eigenständige Kategorie in den gesetzlichen Schuldverhältnissen eingestuft wird.⁴³¹ Sein sachlicher Zusammenhang zu dem wohl später wirksam oder nichtig gewordenen öffentlich-rechtlichen Vertrag ist somit sehr stark geschwunden. Nach dem klaren Wortlaut „*die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen*“ im § 40 II 1 Hs. 1 VwGO ist der Zivilrechtsweg zu eröffnen.

Im Übrigen hat das Gericht für die Eröffnung des Zivilrechtswegs auf den Sachzusammenhang zwischen Ersatzansprüchen aus *c.i.c.* und Amtshaftungsansprüchen abgestellt.⁴³² Aus der Perspektive eines rechtsvergleichenden Beobachters ist die Bejahung dieses Sachzusammenhangs regelmäßig ohne Weiteres nachvollziehbar, denn Rechtsstreitigkeiten über vorvertragliche Pflichtverletzungen werden in vielen Rechtsordnungen oft nach deliktsrechtlichen Grundsätzen erledigt werden.⁴³³ Dort ist die Affinität der vorvertraglichen Pflicht zur allgemeinen Pflicht „*neminem laedere*“ allgemein anerkannt.

Neben der prozessualen Frage über die Wahl des Rechtsweges ist die ergänzende Anwendung von zivilrechtlichen Vorschriften auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag im § 62 S. 2 VwVfG gesetzlich vorgesehen. Darunter fällt freilich § 278 BGB.⁴³⁴

C. Vielgestaltige Verbindlichkeiten des Schuldners

Bevor die Kernfrage über den stets geforderten inneren sachlichen Zusammenhang weitgehend diskutiert wird, soll ein kurzer Blick auf die Pflichtkategorien aus Schuldverhältnissen geworfen werden, die sich im Folgenden nach verschiedenen Abgrenzungskriterien unterscheiden, da die Anwendung des § 278 unbedingte Voraussetzung, dass der Schuldner selbst bestimmte Pflichten treffen muss.⁴³⁵ Die

⁴²⁸ Schoch/Schneider/Bier/Ehlers/Schneider, 33. EL Juni 2017, VwGO § 40 Rn. 544 f.

⁴²⁹ BVerwG, NJW 2002, 2894 f. Zustimmung Erman/Kindl (2017) § 311 Rn. 15.

⁴³⁰ Kellner, DVBl 2002, 1648-1650; Dötsch, NJW 2003, 1430 (1432).

⁴³¹ BT-Drs. 14/6040, S. 162; Canaris, JZ 1965, 475 (476): gesetzliche Natur.

⁴³² BVerwG, NJW 2002, 2894 f. Rn. 9.

⁴³³ Beispielsweise das französische Recht, vgl. Kötz, EuroVertragsrecht, § 2 D (S. 50); a.A. Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, § 23 I (S. 335). Auch im spanischen und anglo-amerikanischen Recht, vgl. ZHANG, Jiayong (张嘉勇), in: *The Jurists* (法学家), 01/2014, 102 (114).

⁴³⁴ BeckOK VwVfG/Kämmerer, 38. Ed. 1.10.2017, VwVfG § 62 Rn. 31.

⁴³⁵ NJW 2013, 2015 ff., Rn. 18.: Pflicht der finanzierenden Bank, über Risiken der konkreten Kapitalanlage

Feststellung der Erfüllungsgehilfenschaft setzt deswegen eine genaue Analyse vom Inhalt und Reichweite der Schuldnerverpflichtung voraus.⁴³⁶ Die Frage ist insb. bei Schutzpflichten und Aufklärungs- oder Informationspflichten noch schwieriger, da deren Existenz, konkrete Inhalte, das räumliche und zeitliche Spektrum in der Regel erst unter Berücksichtigung von besonderen Umständen des Einzelfalls ermittelt werden können.

I. Differenzierung von allgemeinen Pflichten

Die Besonderheit des § 278 liegt darin, dass eine Sonderverbindung schon vor dem Schadenseintritt besteht, und nicht erst danach entsteht.⁴³⁷ Die sich daraus ergebenden Verbindlichkeiten im schuldrechtlichen Sinne unterscheiden sich von der sog. allgemeinen Pflicht „*neminem laedere*“⁴³⁸ dadurch, dass die Letztere ausschließlich von einer „Jedermannsbeziehung“⁴³⁹ herrührt. In Bezug auf schuldrechtliche Verbindlichkeiten § 241 reicht anerkanntermaßen an, dass der Personenkreis des potenziellen ersatzberechtigten Geschädigten durch die „Individualität und Vereinzelung“ der Sonderverbindung dort vom Ansatz her vermittelt oder beschränkt werden kann.⁴⁴⁰

II. Pflichtkategorien nach unterschiedlichen Abgrenzungskriterien

1. Pflicht zum positiven Tun und negativen Unterlassen

Dieses Unterscheidungskriterium lässt sich hauptsächlich auf den Norminhalt § 241 I zurückführen.⁴⁴¹

a) Pflichten zum positiven Tun

aa) Überblick

Zum übertragenen Aufgabenumfang des Gehilfen können die Pflicht zum rechtlichen Handeln sowie die Abgabe und der Empfang von Willenserklärungen gehören. Soweit der Verkäufer z.B. beim Abschluss eines Kaufvertrages bedeutsame Fragen des Käufers zutreffend zu beantworten hat, muss der von ihm eingeschaltete Gehilfe dieser kaufvertraglichen Verpflichtung nachkommen. Er hat z.B. für falsche Zusagen eines als sein Vertreter (ohne Vertretungsmacht) auftretenden Maklers dann nach § 278 einzustehen, wenn er später gem. § 177 den Vertrag genehmigt hat.⁴⁴²

aufzuklären.

⁴³⁶ S. Lorenz, JuS 2000, 983 (984).

⁴³⁷ Staudinger/Bernau (2018) § 831 Rn. 29; BGHZ 24, 188 ff. Rn. 11: Haftung aus Eisenbahnfrachtrecht und unerlaubter Handlung beim Reisegepäckdiebstahl.

⁴³⁸ Picker, AcP 183 (1983), 369 (463); Kupisch, JuS 1983, 817 (818); Vollmer, JZ 1977, 371 (371); MüKoGmbHG/Weller (2015) Einl. Rn. 402; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 73 I 1 c (S. 352); BGH, NJW-Spezial 2005, 215 f., Rn. 11. Dieses Prinzip habe seine Quelle im römischen Recht, vgl. Schiemann, JuS 1989, 345. Ausführlich zur „*neminem laedere*-Formel“, vgl. Picker, JZ 1987, 1041 (1048 f.).

⁴³⁹ S. Lorenz, JuS 2007, 983 (983); Picker, JZ 1987, 1041 (1042).

⁴⁴⁰ Picker, JZ 1987, 1041 (1056); Staudinger/Bernau (2018) § 831 Rn. 29.

⁴⁴¹ Wohl auch §§ 254 I (Mitwirkung durch positives Tun) und II 1 (Mitwirkung durch Unterlassen). Zur Abgrenzungsfrage von strafrechtlichen Geboten und Verboten vgl. Röhl, JA 1999, 895-901.

⁴⁴² OLG Hamm, Urteil vom 18. März 2002 – 22 U 156/01- Rn. 11 (juris): falsche Zusicherung des als Vertreter (ohne Vertretungsmacht) auftretenden Maklers beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrages, den der Verkäufer später gem. § 177 genehmigt hat.

Überdies lassen sich reine tatsächliche Tätigkeiten auch davon erfassen.⁴⁴³ Die Reparatur eines Wohnungsdaches durch Gesellen, die Auffüllung von Öltanks durch Umfüllpersonal eines Lieferanten,⁴⁴⁴ der sorgfältige Schutz von ihm zur Aufbewahrung anvertrauten Sachen fallen beispielsweise unter den Aufgabenbereich des Erfüllungsgehilfen. Der Schuldner (Werkunternehmer, Öl-Verkäufer, Verwahrer) hat in diesen Fällen damit zu rechnen, dass er sich bei Begehung eines Versehens durch den Gehilfen den Schaden zurechnen lassen muss.

bb) Die spezifische Problematik im Fall eines einfachen Ausbleibens des Erfüllungsgehilfen und eines Arbeitskampfs

(1) Ausbleiben des Erfüllungsgehilfen

Wie soeben gezeigt, ist eine der am häufigsten vorkommenden Erscheinungsformen des Fehlverhaltens von Erfüllungsgehilfen das schadenstiftende tätige Handeln. Wie ist die Rechtslage, wenn der Erfüllungsgehilfe überhaupt nichts getan hat? *Kaiser/Rieble*⁴⁴⁵ haben der Frage nach den Folgen des Ausbleibens des Erfüllungsgehilfen einen speziellen Aufsatz gewidmet. Die generelle Bejahung der Haftung für das Ausbleiben des Erfüllungsgehilfen wird nach ihrer Meinung auf die vorher angesprochenen traditionellen Grundgedanken des § 278 gestützt: nämlich die Gefahrerhöhung auf Gläubigerseite, den „Risiko-Nutznießungsgedanken“ und die Natur der Einschaltungshaftung.⁴⁴⁶

Unterstellt man, dass die rechtzeitige Übergabe der mangelfreien Kaufsache und die Eigentumsverschaffung jeweils wegen des Ausbleibens von betriebsinternen Arbeitnehmern und von betriebsexternen Lieferanten ausscheidet. *Kaiser/Rieble* zufolge beruht die Haftung für Nichterbringung der Leistung im ersten Fall auf §§ 280 ff. iVm. 278, während der Schuldner für das Ausbleiben seines Lieferanten lediglich nach §§ 280 ff.⁴⁴⁷ verantwortlich sei. Ihrer Auffassung wird grundsätzlich gefolgt.

An dieser Stelle wird nur auf einige Besonderheiten des Problembereichs hingewiesen.⁴⁴⁸ Angesichts der Tatsache, dass der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im deutschen Recht das Vertretenmüssen des Schuldners voraussetzt, kann es nicht dahingestellt bleiben, ob dem Schuldner oder seinem Gehilfen ein Verschulden zu Lasten fällt, sofern kein strikterer Haftungsmaßstab iSd. § 276 I 1 angenommen werden kann. Hat der einzelne Mitarbeiter bloß aus reiner Faulheit oder Missmut die ihm zustehende Aufgabe unterlassen, ist der Schuldner nach § 278 dafür verantwortlich, als ob er das vom Mitarbeiter begangene Versäumnis selber begangen hätte.⁴⁴⁹ Ist der Arbeitnehmer allerdings wegen plötzlich auftauchender Krankheit

⁴⁴³ *Hademann*, § 3 II V b (S. 18).

⁴⁴⁴ BGH, NJW 1970, 1457.

⁴⁴⁵ *dies.*, NJW 1990, 218 ff.

⁴⁴⁶ *Kaiser/Rieble*, a.a.O., 218 (220); a.A. *Esser*, JZ 1963, 489 (492).

⁴⁴⁷ Nach deutschen h.M. ist der Lieferant in der Regel kein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Deshalb kommt § 278 in dieser Konstellation nicht zur Anwendung. Jüngst BGH, BB 2017, 2945 ff., Rn. 24 mwN.

⁴⁴⁸ Aus rechtsvergleichender Perspektive ist diese Frage auf Seiten der chinesischen Lehre gestoßen. Die Schadensersatzhaftung für das unterbliebene Tätigwerden ist nahezu undifferenziert bejaht.

⁴⁴⁹ Dass der Schuldner, wenn er selbst die geschuldeten Pflichten nicht erfüllt hätte, dafür verantwortlich sein

beim Gläubiger des Arbeitgebers abwesend, ist der Arbeitgeber gegenüber seinem Vertragspartner in der Regel nicht zum Schadensersatz verpflichtet, da den Arbeitnehmer selbst kein Verschulden trifft.⁴⁵⁰ § 278 ist deshalb nicht anzuwenden. Unterlässt der Arbeitgeber allerdings zumutbare Reaktionsmaßnahmen (bspw. die Einteilung eines anderen Arbeitnehmers, die unverzügerte Mitteilung) zu ergreifen, haftet er für das eigene Verschulden (§ 276).

Insgesamt betrachtet, scheint diese Auffassung selbst nach jetzigem Erkenntnisstand nicht angreifbar zu sein. Hätte der Gehilfe das geschuldete Verhalten überhaupt unterlassen, wäre der Schuldner dann nach § 278 dafür verantwortlich.⁴⁵¹

(2) Ausbleiben im Fall des Arbeitskampfs

Dass die Vertragserfüllung ggf. durch den Arbeitsstreik der Belegschaft verhindert wird, wirft die umstrittene Frage auf, ob der Schuldner nach § 278 auch dafür haftet.⁴⁵² Im Schrifttum gibt es zwei unterschiedliche Herangehensweisen:⁴⁵³ (1) eine generelle Ablehnung des Rückgriffs auf § 278 und (2) differenzierte Handhabung von rechtmäßigem und gesetzwidrigem Streiken.

Esser und *Löwisch* lehnen im Fall des Arbeitskampfs generell die Berufung auf § 278 ab,⁴⁵⁴ weil die Nichtfortführung der Arbeit in diesem Fall nicht eine Handlung in Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners darstelle. *Richardi*, *Huber*, *Prölss* und *Staudinger* halten die Zurechnung nach § 278 für unzutreffend, ganz gleichgültig, ob der Streik rechtmäßig oder rechtswidrig ist.⁴⁵⁵ Unter den Befürwortern für eine differenzierte Handhabung besteht Einigkeit darüber, dass der Schuldner nur für einen gesetzwidrigen Streik einzustehen hat.⁴⁵⁶ Dagegen deutet manches darauf hin, dass

muss, steht zu Recht außer Streit. Die Fiktion dieser Art oder die instruktive Bezeichnung „Projizierung der Gehilfenhandlung auf den Schuldner“ ist – wie (vgl. unten § 4 E I, S. 93 f.) noch genauer darzustellen sein wird – iRd. § 278 sehr üblich.

⁴⁵⁰ Der primäre Erfüllungsanspruch des Gläubigers bleibt in der Regel weiter bestehen, soweit für ihn der Erfüllungserfolg der Natur nach dem Wert hat. In der Gerichtspraxis ist aber die Tendenz seit langem zu konstatieren, dass die Haftung des Schuldners oftmals auf sein eigenes Organisationsverschulden gestützt wird. Eine gehörige Organisation ist in der Regel so beschaffen, dass auch die Erkrankung des zuständigen Mitarbeiters die Vertragserfüllung nicht ohne Weiteres hindern kann. Hinsichtlich des Verschuldens des Gehilfen vgl. unten § 4 E II, S. 94.

⁴⁵¹ Ähnlich auch bei *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 533 Fn. 40: Gleichstellung unzutreffender Erklärung und des Unterlassens einer erforderlichen Erklärung; *Staudinger/Staudinger* (2016) § 651f Rn. 32; *Staudinger/Caspers* (2014) § 278 Rn. 32; *Prölss*, in: FS *Canaris I* (2007), 1037 (1043 f.).

⁴⁵² Aus rechtsvergleichender Perspektive ist darauf hinzuweisen, dass dieser Problembereich angesichts der enormen Unterschiede der gesellschaftlichen und politischen Gegebenheiten in China bisher eher keine große Bedeutung hat. Weil der Arbeitskampf wegen des Fehlens von starken Gewerkschaften eigentlich wenig zu sehen ist.

⁴⁵³ Überblick zum Meinungsstand zu den Fällen, in denen sich das Ausbleiben des Erfüllungserfolgs auf den Arbeitskampf zurückführen lässt, vgl. zuerst *Kreissl*, ZfA 1996, 503 (508 ff.). Auch *MüKoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 14 mwN.

⁴⁵⁴ *Esser*, JZ 1963, 489 (492); *Löwisch*, AcP 174 (1974), 202 (251); a.A. *Palandt/Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 8. Verfehlt ist aber die Annahme, dass *Löwisch* im Fall des Arbeitskampfs die Haftung des Unternehmers allgemein verneinen will. Er lehnt nur die Anwendbarkeit des § 278 unter Berufung darauf ab, dass die „effektive Bewirkung der Leistung“ durch Hilfspersonen gerade in diesem Fall nicht mehr ersichtlich sei. Auf andere Rechtsfiguren werde zweckmäßig zurückgegriffen.

⁴⁵⁵ *Richardi*, JuS 1984, 825 (827); *Huber*, JZ 1974, 433 (437); *Prölss*, in: FS *Canaris I* (2007), 1037 (1061); *Staudinger/Staudinger* (2016) BGB § 651f Rn. 32. Obwohl sich das Gehilfenverhalten iSd. § 278 nie auf das Tätigwerden beschränkt, bleibt § 278 doch unanwendbar, weil das arbeitskampfbedingte Ausbleiben von Arbeitnehmern keine Handlung in Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners darstellt.

⁴⁵⁶ *MüKoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 14; *Erman/H. P. Westermann* (2017) § 278 Rn. 36; *Kreissl*, ZfA 1996, 503 (534).

selbst ein rechtmäßiger Streik vom Anwendungsbereich des § 278 erfasst werden soll.⁴⁵⁷ Demnach sei der Schuldner auch dafür verantwortlich.

Auf diesen besonders vielschichtigen Fragenbereich ist in Anbetracht der Themenstellung an dieser Stelle nicht ins Detail einzugehen.⁴⁵⁸ Es ist vielmehr hervorzuheben, dass nach den hier geltenden Überlegungen die Zustimmung zur differenzierten Handhabung des rechtmäßigen und -widrigen Arbeitskampfs iRd. § 278 vorgebracht werden soll, die den unterschiedlichen Interesselagen in zwei Konstellationen am ehesten entspricht.

Der rechtmäßige Arbeitskampf als ein passendes Druckmittel der Gewerkschaft ist nicht als eine schuldhafte Handlung der Belegschaft oder des einzelnen Mitarbeiters zu qualifizieren. Die Anwendbarkeit des § 278 scheidet freilich aus. Ansonsten würde angesichts der Haftungsandrohung die Anreize zur Vornahme von unzulässigen beeinträchtigenden Maßnahmen gegen den rechtmäßigen Arbeitskampf generiert. Ein rechtswidriger Arbeitskampf, der kein Schutzinteresse genießt, erfährt dagegen verschiedene rechtliche Beurteilung, weil das Verschulden der ganzen Belegschaft eher offensichtlich ist. Die Zurechnung an den Schuldner entspricht außerdem dem § 278 innewohnen „*Risiko-Nutznießungsgedanken*“. M.a.W., muss der Schuldner das Risiko des rechtswidrigen Streiks tragen.⁴⁵⁹

Gleichzeitig ist zuzugestehen, dass sich der Gläubiger im Fall des Arbeitskampfs an andere Rechtsbehelfe wenden kann. In einem Fall, in dem die Schäden durch einen widerrechtlichen Bummelstreik der Flugleiter bei einem Reiseveranstalter entstanden sind, hat der BGH angesichts der Bejahung der Amtshaftung der Bundesrepublik Deutschland (Art 34 GG iVm § 839 BGB) zu Recht offengelassen, ob die Haftung auch aus dem Gesichtspunkt des § 278 für begründet erklärt werden kann.⁴⁶⁰ Dies spricht allerdings keinesfalls gegen die Anwendbarkeit des § 278.

Insbesondere im Rechtsgebiet des Reisevertrags kann man die großzügige Annahme der Schadensersatzhaftung des Reiseveranstalters im Fall des Streiks von eigenen Personen oder im Fall des Streiks bei den eingeschalteten Leistungsträger konstatieren.⁴⁶¹ Hierfür hat sich das deutsche Gericht zu Recht auf § 278 gestützt.

b) Unterlassungspflichten

Allein dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 241 I 2 folgend, kann eine Leistungspflicht auch in einem negativen Unterlassen bestehen.⁴⁶² Dafür sind die Pflicht zum Unterlassen des verbotenen Wettbewerbs, die Verschwiegenheitspflicht sowie die Duldungspflicht besonders paradigmatisch.

⁴⁵⁷ MüKoBGB/Hanau (1993)³ § 278 Rn. 13.

⁴⁵⁸ Der spezifische Gesichtspunkt „Kampfparität“, der die besondere Interesselage beim Arbeitsverdienst allerdings besondere Berücksichtigung, vgl. Kreissl, JZ 1995, 695 (698 ff.).

⁴⁵⁹ LG Frankfurt, Urteil vom 14. April 1980 – 2/24 S 258/79 – Rn. 62 (juris): keine „unbillige Risikoverteilung“.

⁴⁶⁰ BGHZ 69, 128 ff. Rn. 6: Haftung für widerrechtlich streikende Fluglotsen.

⁴⁶¹ Jüngst AG Hannover, RRA 2018, 21 ff., Rn. 29 f.: Bejahung der Anwendbarkeit des § 278. Auch früher AG Frankfurt, Urteil vom 28. August 1979 – 30 C 10205/79 (juris): Arbeitskampfes des Hotelpersonals am Urlaubsziel; LG Frankfurt, Urteil vom 14. April 1980 – 2/24 S 258/79 – Rn. 62 (juris).

⁴⁶² MüKoBGB/Bachmann (2016) § 241 Rn. 19.

Der Vorbehaltskäufer ist dann kein Erfüllungsgehilfe des Unterlassungsschuldners (Verkäufer eines Luftentfeuchters), da er nicht mit der Erfüllung der Unterlassungspflicht des Verkäufers beauftragt ist.⁴⁶³ Eine kommunale Touristen-Information, die in dem von ihr herausgegebenen Gastgeberverzeichnis den Namen des Unterlassungsschuldners mit einer nach Unterlassungsvereinbarungen nicht mehr benutzbaren Bezeichnung angegeben hat, kann ebenso nicht als Erfüllungsgehilfin handelt werden, da die Angabe des Namen des Restaurants ohne Wissen und Wollen des Schuldners erfolgte.⁴⁶⁴ Etwas anderes gilt für eine Werbeagentur, die die Modifikation eines unzulässigen Anzeigentextes des Unterlassungsschuldners schuldhaft versäumt und eine derartige Zeitschriftenanzeige wieder veröffentlicht hat.⁴⁶⁵

Im weiter oben genannten „Bügeln-Fall“⁴⁶⁶ hat der BGH hinsichtlich der Verletzung der Unterlassungspflichten den erforderlichen Zusammenhang auch bestätigt. Ebenso wie beim schadenstiftenden tätigen Handeln kommt § 278 erst zur Anwendung, wenn die Unterlassung in Wahrnehmung der dem Gehilfen übertragenen Aufgaben geschehen ist. Deutlich ist der BGH hier mit der Gefahr der Überspannung des Anwendungsbereiches des § 278 sehr behutsam umgegangen.⁴⁶⁷ Die sehr sorgsame Haltung ist begrüßenswert.

Nicht zuletzt ist diejenige Unterlassungspflicht der Art zu erwähnen, die als unselbständige Pflicht ausgestaltet ist und deren Zweck hauptsächlich dem Eintritt des Leistungserfolgs dient. Bei einer derartigen Pflicht geht es um die Unterlassung eines der Leistungsverwirklichung verhinderndes Verhaltens.⁴⁶⁸ Paradigmatisch dafür ist die Unterlassung einer schadenstiftenden Handlung wie Diebstahl.⁴⁶⁹ Auf diese die Hauptleistungspflicht flankierenden und unselbständigen Pflichten ist nachfolgend (§ 4 C II 2 b, S. 77 ff.) noch einzugehen.

2. Leistungs- und Neben- oder Schutzpflichten

Ebenso wie bei der vorstehenden Kategorie beruht das nachfolgend aufgestellte Unterscheidungskriterium auch auf einer positiv-rechtlichen Regelung, nämlich § 241 I und II BGB.⁴⁷⁰ Schon der Wortteil „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit“ insinuiert, dass irgendeine Verpflichtung unter § 278 subsumiert werden kann, deren Erfüllung sich der Schuldner eines Erfüllungsgehilfen (willentlich) bedient.

⁴⁶³ BGH, MDR 2017, 961 ff., Rn. 22: Rückruf von mit wettbewerbswidriger Werbung versehenen Produkten.

⁴⁶⁴ BGH, Urteil vom 09. November 2011 – I ZR 204/10 – Rn. 14 (juris).

⁴⁶⁵ BGH, GRUR 1985, 1065 ff., Rn. 11: Verbot des unzulässigen Anzeigentextes.

⁴⁶⁶ BGHZ 23, 319 ff., Rn. 15 ff.: Unterlassung durch Krankenhausbedienstete im Brandfall.

⁴⁶⁷ Im Urteil hat der BGH wiederholt eindeutig betont, dass nicht jede schadenstiftende Unterlassung des Gehilfen zur Haftung des Schuldners führen könne. Vielmehr sei der innere sachliche Zusammenhang der Unterlassung zum übertragenen Aufgabenbereich des Gehilfen erforderlich. Er hat deshalb die dem § 278 innewohnenden Grenzen nicht aus den Augen verloren.

⁴⁶⁸ Staudinger/Olzen (2015) § 241 Rn. 136.

⁴⁶⁹ BGH, VersR 1981, 732 ff. Rn. 11: Diebstahl von Goldmünzen durch Fahrer.

⁴⁷⁰ Vor der Einfügung des jetzigen § 241 II zum 1. 1. 2002 ins BGB werden die (hauptsächlich) integritätsschützenden Pflichten des Beteiligten aus dem Grundsatz Treue und Glauben iSd. § 242 hergeleitet. Vgl. HK-BGB/Schulze (2017) § 241 Rn. 1; MüKoBGB/Bachmann (2016) § 241 Rn. 46.

a) Leistungspflichten

Als erste denkbare Kategorie kommen die Leistungspflichten vor, die früher als einzige Rechtsfolge oder Inhalt des Schuldverhältnisses angesehen wurden.

Wie soeben erläutert, kann die Leistungspflicht ein positives Tun oder negatives Unterlassen zum Gegenstand haben. Ihre konkreten Inhalte sind vor allem unter Berücksichtigung von Parteivereinbarungen festzulegen. Überdies sind ergänzende Vertragsauslegungen und dispositive Gesetzesregelungen von beträchtlicher Bedeutung.⁴⁷¹ Angesichts der theoretisch unbegrenzten Möglichkeiten der privatautonomen Gestaltungen und der Vielschichtigkeit von Lebenssachverhalten kann man sie unter einem nicht gesetzlich klargestellten, aber weit angenommenen Rechtsbegriff „Leistungspflicht“ subsumieren.

Als (repräsentative) Hauptleistungspflichten kommen z.B. die Verkäuferpflicht zur Übergabe der mangelfreien Kaufsache und Eigentumsverschaffung iSd. § 433 I 1 und 2⁴⁷² sowie die korrespondierende Käuferpflicht zur Kaufpreiszahlung iSd. § 433 II,⁴⁷³ die Vermieterpflicht zur Übergabe der Mietsache und Gebrauchsgewährung iSd. § 535 I 1 und 2⁴⁷⁴ sowie die im Synallagma stehende Mieterpflicht zur Mietzahlung iSd. § 535 II,⁴⁷⁵ die Arbeitnehmerpflicht zur Leistung der versprochenen Dienste⁴⁷⁶ sowie die entsprechende Arbeitgeberpflicht zur Vergütungszahlung iSd. § 611 I,⁴⁷⁷ die Pflicht des Behandelnden zur Leistung der zugesagten Heilbehandlung⁴⁷⁸ sowie die Vergütungspflicht des Patienten iSd. § 630a I⁴⁷⁹ in Betracht. Sie sind schon im besonderen Schuldrecht gesetzlich angesiedelt. Darüber hinaus ergeben sich noch viele gesetzlich nicht geregelten Vertragstypen, die teilweise als atypische oder gemischte Verträge⁴⁸⁰ oder *Verträge sui generis*⁴⁸¹ benannt werden. Bei ihnen lassen sich beispielsweise die Pflicht des Leasinggebers zur Überlassung der Leasingsache⁴⁸² und die Pflicht des Leasingnehmers zur Zahlung der Leasingraten⁴⁸³ auch als Hauptpflichten von Vertragsbeteiligten bezeichnen. Als *essentialia negotii*

⁴⁷¹ MüKoBGB/Bachmann (2016) § 241 Rn. 17.

⁴⁷² NK-BGB/Büdenbender (2016) § 433 Rn. 23 f.; Jauernig/Berger (2015) § 433 Rn. 18 ff.; MüKoBGB/Westermann (2016) § 433 Rn. 42; Brox/Walker, SchuldR BT, § 2 I, Rn. 2.

⁴⁷³ NK-BGB/Büdenbender (2016) § 433 Rn. 44; Jauernig/Berger (2015) § 433 Rn. 26; MüKoBGB/Westermann (2016) § 433 Rn. 65; Brox/Walker, SchuldR BT, § 2 IV, Rn. 16. Obwohl eine klare Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenpflichten im CISG fremd zu sein scheint, werden Art. 30 und 53 CISG häufig als Hauptleistungspflichten in grenzüberschreitenden Kaufverträgen bezeichnet. Vgl. Staudinger/Magnus (2013) Art. 30 CISG, Rn. 20.

⁴⁷⁴ Erman/Lützenkirchen (2017) § 535 Rn. 28; Staudinger/Emmerich (2018) § 535 Rn. 14.

⁴⁷⁵ Erman/Lützenkirchen (2017) § 535 Rn. 103; Staudinger/Emmerich (2018) § 535 Rn. 84. Unter besonderen Voraussetzungen stelle die Mieterpflicht, die Mietsache nach der Beendigung des Mietschuldverhältnisses im vertragsgemäßen Zustand zurückzugeben, eine Hauptleistungspflicht iSd. § 326 a.F. dar. Vgl. BGH, NJWE-MietR 1996, 266. AA. Staudinger/Olzen (2015) § 241 Rn. 225: sondern als „Nebenleistungspflicht“.

⁴⁷⁶ Staudinger/Richardi/Fischinger (2016) § 611 Rn. 1037; Jauernig/Mansel (2015) § 611 Rn. 2; Erman/Edenfeld (2017) § 611 Rn. 282.

⁴⁷⁷ Staudinger/Richardi/Fischinger (2016) § 611 Rn. 1309; Jauernig/Mansel (2015) § 611 Rn. 29.

⁴⁷⁸ HK-BGB/Schreiber (2017), § 630a Rn. 7; Spickhoff, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 630a Rn. 36.

⁴⁷⁹ HK-BGB/Schreiber (2017), § 630a Rn. 9; Spickhoff, a.a.O., § 630a Rn. 47.

⁴⁸⁰ Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 2014, § 16, S. 811. MüKoBGB/Emmerich (2016) § 311 Rn. 25 ordnet das Leasing, das Factoring usw. weiter in „verkehrstypischen Verträgen“.

⁴⁸¹ Lieb, DB 1988, 946 ff., 2495 ff.

⁴⁸² Staudinger/Stoffels (2014) Leasing Rn. 80.

⁴⁸³ Staudinger/Stoffels (2014) Leasing Rn. 89.

weisen solche Hauptleistungspflichten die Gemeinsamkeit auf, dass sie die Merkmale sowie Kategorien des einzelnen Schuldverhältnisses bestimmen können.⁴⁸⁴

Zur anderen kategorialen Leistungspflicht gehören die Nebenleistungspflichten,⁴⁸⁵ die der ordnungsgemäßen Erbringung oder Erhaltung der Hauptleistung sowie der völligen Verwirklichung des angestrebten Zwecks des Schuldverhältnisses dienen (leistungssichernde Funktion).⁴⁸⁶ Sie können sich aus Parteienvereinbarungen, gesetzlichen Regelungen⁴⁸⁷ und dem allgemeinen Prinzip Treu und Glauben iSd. § 242⁴⁸⁸ ergeben. Die Pflicht des Elektrofachhändlers zur Beratung,⁴⁸⁹ die Pflicht des Verkäufers zur ordnungsgemäßen Verpackung⁴⁹⁰ und zur Lieferung von richtigen und vollständigen Bedienungsanleitungen,⁴⁹¹ die Pflicht des Arbeitnehmers, während einer mehrtägigen Dienstreise Trunkenheit zu vermeiden⁴⁹² sowie auch die im § 618 verankerte Arbeitgeberpflicht zu Schutzmaßnahmen⁴⁹³ sind einige typischen Nebenleistungspflichten.

b) Neben- oder Schutzpflichten

aa) Allgemeines

Neben den (Haupt- und Neben-)Leistungspflichten gibt es im komplexen Pflichtengefüge zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner noch vielfältige Nebenpflichten,⁴⁹⁴ die hier ggf. mit dem allgemein verwendeten Begriff

⁴⁸⁴ *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 11; *Brox/Walker*, SchuldR AT, § 2 II 1 a aa) (1), Rn. 6; *MüKoBGB/Bachmann* (2016) § 241 Rn. 29; *NK-BGB/Krebs* (2016) § 241 Rn. 17; *Witt*, NJW 2012, 3130 (3130). Diese Eigenschaft ist auch in der chinesischen Rechtsordnung anerkannt. Vgl. nur OVGH, Urteil (2012) – ZB 39 [最高人民法院(2012)民抗字第 39 号].

⁴⁸⁵ Aufgrund der unterschiedlichen Leistungsnähe hat *Emmerich* die Nebenleistungspflicht als eine Unterkategorie der Nebenpflicht erachtet, die sich als leistungsbezogen erweist. Zur anderen Art gehören sonstige Nebenpflichten, die auch als leistungsferne Nebenpflichten bezeichnet werden. vgl. *Emmerich*, Leistungsstörungen, § 22 II 1 Rn. 17 (S. 336 f.).

⁴⁸⁶ *Brox/Walker*, SchuldR AT, § 2 II 1 a aa) (2), Rn. 8; *Canaris*, JZ 1965, 475 (477); *Gerhardt*, JZ 1970, 535 (535); *Erman/Böttcher* (2017) § 242 Rn. 74; *Witt*, NJW 2012, 3130 (3130), Fn. 2. Diese in der deutschen Lehre herrschende Definition wurde in der chinesischen Rechtsprechung, wie im vorgenannten OVGH, Urteil (2012) – ZB 39 [最高人民法院(2012)民抗字第 39 号] fast wörtlich übernommen.

⁴⁸⁷ § 402 BGB (Auskunftspflicht des Zedenten); § 666 BGB (Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Beauftragten).

⁴⁸⁸ BGHZ 95, 285 ff. (Auskunftspflicht des Urheberrechtsverletzungen begehenden Pornofilme-Herstellers).

⁴⁸⁹ *Skauradszun*, NZM 2015, 273 (276).

⁴⁹⁰ *Brox/Walker*, SchuldR BT, § 2 III, Rn. 15.

⁴⁹¹ *Krebber*, AcP 201 (2001), 333 (371) setzt außerdem voraus, dass die Gebrauchsanweisung als Teil der Hauptsache angesehen werden könne oder eine besondere Parteivereinbarung vorliege.

⁴⁹² LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 03. Mai 2007 – 4 Sa 529/06 - Rn. 43 (juris).

⁴⁹³ *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I (S. 12) hat es als „gesetzliche Nebenleistungspflicht“ erachtet. Die h.M. hat sie vielmehr als Schutzpflicht bezeichnet.

⁴⁹⁴ Die Heftigkeit der terminologischen Auseinandersetzungen kann sich allein daraus erkennen lassen, dass deutsche Autoren inzwischen unterschiedliche Bezeichnungen benutzen. Für die Bezeichnung „Nebenpflicht“ sprechen sich *Canaris*, JZ 1965, 475 ff.; *Henckel*, AcP 174 (1974), 111; v. *Bar*, AcP 179 (1979), 467; *MüKoBGB/Bachmann* (2016) § 241 Rn. 46 ff. aus. Dazu kritisch *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I (S. 10 f.), der die Bezeichnung „Nebenpflicht“ deshalb ablehnt, weil sie von den Nebenleistungspflichten nicht genug zu unterscheiden sei. Für den Sammelnamen „Schutzpflichten“ vgl. *Heinrich Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936, S. 27 ff.; *Heinrich Stoll*, AcP 136 (1932), 257 (287); *Thiele*, JZ 1967, 649 (650); *Gerhardt*, JZ 1970, 535 (535); *MüKoBGB/Roth/Bachmann* (2012) § 241 Rn. 46 ff.; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 19; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, 6. Aufl., 2005, Rn. 163 ff.; *Medicus*, in: FS *Canaris I* (2007), S. 835; *Canaris*, JZ 1965, 475 ff.; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 451; *ders.*, in: FS *Larenz* (1983), 27 (85 ff.); *ders.*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 129 (172). Für „Begleitpflichten“, vgl. *Esser/Schmidt*, SchuldR I, § 5 II. Für „Rücksichtspflicht“ vgl. *Palandt/Grüneberg* (2015) § 241 Rn. 6; *Staudinger/Olzen* (2015) § 241 Rn. 155.

„Schutzpflichten“ gleichzustellen sind.⁴⁹⁵ Die Nebenpflicht wurde aus § 242 abgeleitet⁴⁹⁶ und findet jetzt im § 241 II ihre gesetzliche Stütze. Anders als die Leistungspflichten, die einen konkreten, absoluten und positiven Charakter aufweisen, erweisen sich die Nebenpflichten dagegen als abstrakt, relativ und negativ.⁴⁹⁷ Sie bestehen außerdem unabhängig vom Parteiwillen,⁴⁹⁸ der Wirksamkeit des geplanten Vertrags, der Existenz von Leistungspflichten.⁴⁹⁹

Bei den nachfolgend ausgewählten Beispielen, wie der Bestellerpflicht zur Mitwirkung, Aufklärung und Beratung,⁵⁰⁰ der Fürsorgepflicht des Vermieters,⁵⁰¹ wird üblicherweise von „Nebenpflichten“ gesprochen, die anders als Leistungspflichten *in toto* zum Schutz des schon vorhandenen Integritätsinteresses des Gläubigers dienen.⁵⁰²

Noch einmal zurück zum § 278. Der Leasinggeber ist danach für Schäden verantwortlich, die sein Lieferant wegen schuldhafter Verletzung von Aufklärungs- oder Hinweispflichten dem Leasingnehmer zufügt.⁵⁰³ Für die Gerichtspraxis ist die unterschiedliche Einsortierung in der Tat im Wesentlichen nur von akademischer Bedeutung,⁵⁰⁴ weil sich sowohl die allgemeinen Anspruchsgrundlagen iRd. § 280 ff. (mit dem einheitlichen Begriff „Pflichtverletzung“) ⁵⁰⁵ als auch die hier zu behandelnde Zurechnungsnorm § 278 in der Regel nicht auf die Einordnung von Pflichten beziehen.⁵⁰⁶ Ähnliches gilt für die Vertragsverletzung im CISG.⁵⁰⁷

bb) Exkurs: ein Schutzpflichten flankierender, klagbarer Erfüllungsanspruch?

In Bezug auf ihre Abgrenzung von den eben genannten Leistungspflichten, insb. von den Nebenleistungspflichten,⁵⁰⁸ wird die Klagbarkeit von Pflichten als eines der tauglichen Kriterien herangezogen.⁵⁰⁹ Die große Schwierigkeit, mannigfache

Für „Wohilverhaltenspflicht“ vgl. *Fikenscher/Heinemann*, SchuldR^[11], § 5 I 1 b, Rn. 21. Als „Verhaltenspflichten“ vgl. *Erman/H.P.Westermann* (2017) § 241 Rn. 10. Als „weitere Verhaltenspflichten“ vgl. *Gernbuber*, Das Schuldverhältnis, § 2 IV 2, S. 22; *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I (S. 10); *Palandt/Heinrichs* (2001) Einl. v § 241 Rn. 7; aber ablehnend *Motzer*, JZ 1983, 884 (886). Als „Sorgfaltspflicht“ vgl. *Schur*, Leistung und Sorgfalt, 2001; *Lorenz*, JZ 1960, 108 (111); *Stürner*, JZ 1976, 384 ff.; *Evan-von Krbek*, AcP 179 (1979), 85 ff. Dazu kritisch aber *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I (S. 10). Für „Obliegenheiten“ vgl. *Peters*, JZ 2006, 230 (233). Für „Schutz- und Obhutspflichten“ vgl. *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, Rn. 517; *Erman/H.P.Westermann* (2017) § 241 Rn. 10. Manche chinesischen Autoren deuten darauf hin, dass die Schutzpflichten vom Sammelbegriff „Nebenpflichten“ erfasst sind. Vgl. z.B. *DAO, Wen* (道文), in: *Legal Science* (法学), 10/1999, 23 (26).

⁴⁹⁵ Es ist zu betonen, dass der Ausdruck „Schutzpflicht“ idR. nur einen Teilbereich der Nebenpflichten trifft.

⁴⁹⁶ *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I (S. 9); *Canaris*, JZ 1965, 475 (477). Nach der Meinung *Medicus* können die reinen Schutzpflichten nicht aus § 242 abgeleitet werden, vgl. *ders.*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 17.

⁴⁹⁷ *Grigoleit*, in: FS *Canaris* I (2007), 275 (290 f.).

⁴⁹⁸ *Grigoleit*, a.a.O., 275 (281); *Canaris*, JZ 1965, 475 (476, 478 f. [Fn. 34]).

⁴⁹⁹ *Canaris*, JZ 1965, 475 (476).

⁵⁰⁰ *MüKoBGB/Busche* (2018) § 631 Rn. 107.

⁵⁰¹ *Schmidt-Futterer/Eisenschmid* (2017) § 535 Rn. 99. *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 16 (Fn. 28) hielt es (§ 536 aF., jetzige § 535 I 2 und II) dagegen als „(Haupt)leistungspflicht“ des Vermieters.

⁵⁰² *Medicus*, a.a.O., S. 17.

⁵⁰³ BGHZ 95, 170 ff., Rn. 25.

⁵⁰⁴ Hinsichtlich des Schadensersatzes und Rücktritts sind die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag gem. §§ 282 und 324 aber erforderlich. Vgl. *MüKoBGB/Ernst* (2016) § 282 Rn. 5 f. Die Klassifikation beeinflusst die Voraussetzungen der Fristsetzung und Abmahnung.

⁵⁰⁵ *Staudinger/Caspers* (2014) Vorb. zu §§ 275–278 Rn. 3.

⁵⁰⁶ *BeckOK BGB/Lorenz*, 43. Ed. 1.2.2017, BGB § 280 Rn. 13; *MüKoBGB/Bachmann* (2016) § 241 Rn. 57.

⁵⁰⁷ *Staudinger/Magnus* (2013) Art. 30 CISG, Rn. 20.

⁵⁰⁸ Ausführlich vgl. *Grigoleit*, a.a.O., 275 (278).

⁵⁰⁹ *Medicus*, in: FS *Canaris* I (2007), 835 (839) sah die Klagbarkeit bestimmter Pflicht demgegenüber als ein

Pflichten in die zutreffende Klasse einzugruppieren, wird trotz der unermüdlichen Versuche bis heute nicht völlig bewältigt. Entsprechend dem Themenschwerpunkt soll es aber hier genügen, ein Bild vom wissenschaftlichen Streitstand zu zeichnen.

Nach der bisher im deutschen Schrifttum ganz h.M.⁵¹⁰ korrespondieren die Schutzpflichten in der Regel nicht mit einem einklagbaren Erfüllungsanspruch, da die Durchsetzbarkeit von schützenden Pflichten nach allgemeinen Lebenserfahrungen überhaupt absurd⁵¹¹ und unpraktisch sei.⁵¹² Allerdings muss der Aussage von *Sutschet*⁵¹³, der schutzpflichtige Schuldner könne auf Kosten einer potenziellen Schadensersatzhaftung ganz nach seinem Belieben entscheiden, erforderliche Schutzmaßnahmen treffen oder nicht, eine Absage erteilt werden. Diese Grundvorstellung scheint zu radikal zu sein, weil das besondere Rechtsschutzbedürfnis des Anderen überhaupt missachtet würde.

Demgegenüber erkennt *Bachmann*⁵¹⁴ die Klagbarkeit an, sofern in Ansehung der besonderen Umstände des Einzelfalls etwa Sachgründe gibt, eine sog. selbständige Unterlassungsklage zu gewähren. Ähnliches vertreten *Gernhuber*,⁵¹⁵ *Stürner*⁵¹⁶ und *H. P. Westermann*.⁵¹⁷ Jüngst haben *Bachmann/Schirmer*⁵¹⁸ und *Herresthal*⁵¹⁹ ein umgekehrtes „*Regel-Ausnahme-Verhältnis*“ aufgestellt. In Wirklichkeit sind gesetzliche Regelungen, die den leistungsbegleitenden Schutzpflichten einen Erfüllungsanspruch ausdrücklich gewähren, eher nicht selten zu konstatieren. § 541, der die Unterlassungsklage bei vertragswidrigem Gebrauch durch den Mieter zum Gegenstand hat, trifft seinem Wesen und Zweck nach die Schutzpflichten des Mieters. Der Gesetzgeber hat dem Vermieter hier einen klagbaren Erfüllungsanspruch eingeräumt.⁵²⁰ Gleiches gilt für die im § 618 vorgenommenen Schutzpflichten des Arbeitgebers, aus dem auch ein Erfüllungsanspruch erwächst.⁵²¹

*Medicus*⁵²² hat einmal deutlich darauf hingewiesen, dass eine Sonderverbindung bestehe, wo eine Leistungspflicht iSd. § 241 a.F. vorliegt. Daraus lässt sich wohl die logische Konsequenz gewinnen, dass die Existenz einer solchen Sonderverbindung bejaht werden muss, soweit einzelne Nebenpflichten/Rücksichtspflichten ebenso wie Leistungspflichten einen durchsetzbaren Erfüllungsanspruch haben, ganz gleichgültig,

unzuverlässiges Kriterium an.

⁵¹⁰ *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 16; *Grigoleit*, a.a.O., 275 (277 f., 289 ff.); Palandt/*Grüneberg* (2016) § 241 Rn. 7, § 242 Rn. 25; Staudinger/*Feldmann/Löwisch* (2012) § 311 Rn. 98; BeckOK BGB/*Sutschet*, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 241 Rn. 91; HK-BGB/*Schulze* (2017) § 241 Rn. 4; *Motzer*, JZ 1983, 884 (886).

⁵¹¹ Staudinger/*Feldmann/Löwisch* (2012) § 311 Rn. 98.

⁵¹² *Medicus*, in: FS Canaris I (2007), 835 (839).

⁵¹³ BeckOK BGB/*Sutschet*, 43. Ed. 15.6.2017, BGB § 241 Rn. 91.

⁵¹⁴ MüKoBGB/*Bachmann* (2016) § 241 Rn 24: „ein schutzwürdiges besonderes Interesse“.

⁵¹⁵ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 2 IV 3, S. 25: „Rechtsschutzbedürfnis besteht“.

⁵¹⁶ *Stürner*, JZ 1976, 384 (391): „konstruktive Brücke zwischen der berechtigenden Rechtsordnung und ihrer verfahrensmäßigen Verwirklichung“.

⁵¹⁷ Erman/*Westermann* (2017) § 241 Rn. 8: „wegen drohender Zuwiderhandlungen geboten“.

⁵¹⁸ *dies.*, in: FS Canaris (2017), 371 (394).

⁵¹⁹ BeckOKG/*Herresthal*, 1.8.2017, § 311 Rn. 333.

⁵²⁰ Jauernig/*Teichmann* (2015) § 541 Rn. 1; NK-BGB/*Klein-Blenkers* (2016) § 541 Rn. 1; BeckOK BGB/*Ehlert*, 43. Ed. 1.8.2012, BGB § 541 Rn. 1; BeckOK MietR/*Bruns*, 10. Ed. 1.12.2017, § 541 Rn. 2; MüKoBGB/*Bieber* (2016) § 541 Rn. 1.

⁵²¹ MüKoBGB/*Henssler* (2016) § 618 Rn. 9

⁵²² *dies.*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 20.

ob daneben weitere (selbständige) vertragliche oder gesetzliche Leistungspflichten bestehen oder nicht. Dieser Gesichtspunkt entspricht auch der weiter oben genannten These, allein eine Nebenpflicht rechtfertige ggf. das Bestehen einer Sonderverbindung.⁵²³

3. Vorvertragliche, vertragliche und nachvertragliche Pflichten

Diese Einstufung von Verbindlichkeiten orientiert sich nach zeitlichen Gliederungen der Vertragsabwicklung. Der Grund für dieses Abgrenzungskriterium liegt darin, dass die Lehre der *culpa in culpa* in der deutschen Zivilrechtsdogmatik eine besondere Bedeutung für die praktische Bewältigung vieler Rechtsstreitigkeiten hat.⁵²⁴ Es ist deshalb lohnend, eine separate Betrachtung über diesen spezifischen Fragenbereich anzustellen.

Hinsichtlich der akademischen Herkunft ist freilich auf den juristischen Entdecker *Rudolf von Jhering*⁵²⁵ zu rekurrieren. Ihre systematische Stellung⁵²⁶ findet sich schon im § 11 Nr. 7 Hs. 2 des seit 1.1.2002 außer Kraft getretenen AGBG.⁵²⁷ Erst nach der Schuldrechtsmodernisierung wurde sie in § 311 II und III angesiedelt.⁵²⁸

Obwohl die Beziehung zwischen Kontrahenten in der Phase des Vertragsabschlusses als gesetzliches Schuldverhältnis⁵²⁹ zu bewerten ist und sich die Beziehung während der Vertragsabwicklung als vertragliches Schuldverhältnis kennzeichnen lässt, sollte das zeitliche Kontinuum des Vertragsabschlusses und der Vertragsabwicklung nicht bloß durch eine rechtstechnische Differenzierung der vor-, nach- und vertraglichen Etappe abgebrochen werden. An dieser Stelle ist es aber nicht geboten, die einzelnen Fallgruppen der Haftung für *c.i.c.* darzustellen. Vielmehr werden einige typische Fallgruppen herausgegriffen, um das hier zu behandelnde Thema zielführend zu verdeutlichen.

⁵²³ Zur Lehre von den unselbständigen Nebenpflichten hat *E. Wolf*, SchuldR AT, § 1 C V b 7 (S. 57) aber Kritik vorgebracht.

⁵²⁴ *Emmerich* hat sie als „dritte Säule“ des Leistungsstörungsrechts bezeichnet, vgl. *ders.*, Das Recht der Leistungsstörungen, § 6 I, Rn. 1 (S. 72). Die Haftung für *c.i.c.* stelle die dritte Art der selbständigen Haftung dar, vgl. *Nirk*, in: FS Möhring (1975), 71 (86).

⁵²⁵ *Rudolf v. Jhering*, JherJb. 4 (1861), 1 (7). *Dölle*, Juristische Entdeckungen, 1958, S. B7 ff., *Medicus*, in: FG Kaser (1986), 169 ff. und *Nirk*, in: FS Möhring (1975), 71 (73) haben diese Entdeckung für verdienstvoll erachtet. Jüngst auch *Jansen/Reimann*, ZEuP 2018, 89 (100). *Emmerich* stellt dieses Verdienst aber in kleinem Umfang in Frage, weil *Jhering* viele Fallgestaltungen, die heute anerkanntermaßen als *c.i.c.* behandelt werden, nicht ins Auge gefasst habe. Vgl. *Emmerich*, Leistungsstörungen, § 6 II, Rn. 4 f. und MüKoBGB/*ders.* (2016) § 311 Rn. 36. Zweifelnd gewiss auch *HKK/Harke* § 311 II, III Rn. 5 ff., weil grundlegende Konstellationen schon im Naturrecht erwähnt wurden. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 8 I 1 a (S. 173) begrüßt auch die Beträge des 112-seitigen Aufsatzes von *Jhering*, obwohl zwischen den heute behandelnden vielschichtigen Fragen von *c.i.c.* und den damals von *Jhering* diskutierten Fallgestaltungen nur eine Gemeinsamkeit gibt: „nur wenig mehr als den Namen gemein“.

⁵²⁶ Die dogmatische Rechtfertigung wird hier aus Raumgründen ausgeblendet. Dazu vgl. *HKK/Dorn* § 241 Rn. 95 ff.

⁵²⁷ Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) von 1794 enthielt im 1. Theil 5. Titel § 284 die sachnächste Regelung. Sie lautet: *Was wegen des bey Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch auf den Fall, wenn einer der Contrahenten bey Abschließung des Vertrags die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.*

⁵²⁸ Vor der Schuldrechtsreform regelte eine Fülle von BGB-Vorschriften wie §§ 179, 307 aF, 309 aF, 523 I, 524 I, 600, 694 mehrere besondere vorvertragliche Pflichten, vgl. *HK-BGB/Schulze* (2017) § 311 Rn. 12.

⁵²⁹ *S. Lorenz*, JuS 2015, 398 (399); *S. Lorenz*, JuS 2007, 983 (984).

a) Vorvertragliche Schutzpflichten iRd. Anvertrauenshaftung

Diese Bezeichnung „Anvertrauenshaftung“ geht wohl auf *Canaris* zurück.⁵³⁰ Es handelt sich hier um die Fälle, in denen der Kontrahent im Vertrauen auf gesicherte Räume seine Rechtsgüter dem anderen Teil anvertraut hat.⁵³¹ Funktional besteht darin eine weitgehende Überschneidung mit den deliktischen Verkehrssicherungs- oder Verkehrspflichten. Repräsentatives Beispiel dafür ist der „Linoleumrollen-Fall“⁵³² von 1911, in dem ein Mitarbeiter des Warenhauses beim Verlegen eines Linoleumteppichs wegen des Umfallens eines Teppichs einen Kaufinteressenten körperlich verletzt hat. Von „vorvertraglicher Schutzpflicht“ wird hier gesprochen. In diesem Fall waren der vertragsähnliche Charakter des den Kauf vorbereitenden Rechtsverhältnisses sowie die Anwendbarkeit des § 278 mit Recht bestätigt. Den „Linoleumrollen-Fall“ kann man als früher Vorläufer der jetzt zunehmend aufkommenden Flucht ins Vertragsrecht (nach heutiger Haftungsgrundlage: §§ 280 I, 311 II, 241 II iVm. § 278 S. 1) in der deutschen Rechtswissenschaft ansehen.

b) Vorvertragliche Aufklärungs- und Informationspflichten

Anschließend soll versucht werden, die Aufklärungs- und Informationspflichten kurz anzureißen. Hinsichtlich der dogmatischen Einordnung und Herkunft derartiger Pflichten wird hier nur auf Kommentarliteraturen verwiesen, wo darauf schon näher eingegangen wurde.⁵³³

Trotz der bemerkbaren Tendenz einer kontinuierlichen Ausdehnung dieses Pflichtprogramms entstehen grundsätzlich keine allgemeinen Aufklärungs- und Informationspflichten. Vielmehr muss sich der Rechtsanwender die besonderen Umstände des Einzelfalls vor Augen halten.⁵³⁴ Ein Reisebüro hat beispielsweise keine Beratungspflicht hinsichtlich Pass und Visum gegenüber dem Reisekunden. Für den Reiseveranstalter werden jedoch unterschiedliche Antworten gegeben.⁵³⁵ Der Verkäufer eines Gebrauchtwagens muss sich eine Unterlassung des Gebrauchtwagenhändlers zur Aufklärung über einen „fliegenden Zwischenhändler“ gem. § 278 anrechnen lassen.⁵³⁶ Umgekehrt ist ein Privatverkäufer in der Regel nicht verpflichtet, bei Verhandlungen ungefragt den Maler eines Gemäldes (von *Eugène Boudin*) mitzuteilen.⁵³⁷

Überdies ist an dieser Stelle noch erwähnenswert, dass das deutsche Recht solche Pflichten zu konstruieren, zu konkretisieren und zu systematisieren versucht und dabei eine massive Fülle geschaffen hat. Diese Pflichten stellen in anderen Rechtsordnungen eine wohl nur wenig bedeutende Kategorie dar. Das Entstehen einer Fülle von Pflichten dieser Art lässt sich wiederum hauptsächlich – auch wenn nicht

⁵³⁰ *ders.*, JZ 1968, 494 (504); *ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 539 f.

⁵³¹ *Canaris*, a.a.O., S. 540.

⁵³² RGZ 78, 239 ff. Ausführlich vgl. oben Fn. 50.

⁵³³ BeckOGK/*Herresthal*, 1.8.2017, § 311 Rn. 385 ff.; MüKoBGB/*Emmerich* (2016) § 311 Rn. 64 ff.

⁵³⁴ MüKoBGB/*Emmerich* (2016) § 311 Rn. 66.

⁵³⁵ BGH, NJW 2006, 2321 ff., Rn. 9.

⁵³⁶ BGH, NJW 2010, 858 ff., Rn. 14.

⁵³⁷ OLG Karlsruhe, Urteil vom 15. Oktober 2013 – 17 U 8/13 – Rn. 23 (juris).

vollständig – auf die augenfällige Schwäche des deutschen Deliktsrechts⁵³⁸ zurückführen.

4. Obliegenheiten

Des Weiteren sind die Obliegenheiten zu erwähnen, die sich von den Pflichten unterscheiden. Die Anwendbarkeit des § 278 auf die Obliegenheitsverletzung⁵³⁹ wird durch § 254 II 2 zum Ausdruck gebracht.

Es ist in der deutschen Lit. verbreitet anerkannt, dass § 254 II 2 als eigenständiger dritter Absatz⁵⁴⁰ des § 254 verstanden werden soll. *Petersen* bezeichnet dies als „Redaktionsversehen“.⁵⁴¹ Das damalige Bundesministerium der Justiz hat es im geplanten § 254 III 1 des „Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften“ (1967) unter Berücksichtigung anderer Vorschriften so formuliert: *Die Vorschriften der §§ 31, 278, 831, 839 gelten entsprechend.* Der Gesetzgeber hat diesen Vorschlag aber nicht aufgegriffen.

Die unterschiedlichen Verständnisse der Rechtsnatur § 254 II 2 führen zu der sehr umstrittenen und wichtigen Frage, ob die Zurechnung der Obliegenheitsverletzung des Gehilfen an den Anspruchsberechtigten noch ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzen muss. Die dem Standpunkt „Rechtsgrundverweisung“ folgenden Autoren⁵⁴² halten ein derartiges Schuldverhältnis für erforderlich, während die Befürworter für den Gesichtspunkt „Rechtsfolgenverweisung“ dagegen auf diese Voraussetzung verzichten wollen.⁵⁴³

Die dadurch gezogenen divergierenden Konsequenzen kommen insb. in dem Fall zum Ausdruck, in dem sich der Schaden des verletzten Kindes auch auf das mitwirkende Verschulden seiner Eltern zurückführen lässt.⁵⁴⁴ Die deutsche h.M. und Rechtsprechung stehen trotz der vereinzelt auftauchenden Kritik grundsätzlich in Übereinstimmung, dass sich in diesem Fall dem geschädigten Kind das Verschulden seiner Eltern nicht anspruchsmindernd zurechnen lassen kann.⁵⁴⁵

Der Grund für einen gesonderten Überblick auf diesen Fragenbereich liegt darin, dass in der deutschen und chinesischen Rechtsordnung divergierende Herangehensweisen und Rechtsfolgen zu sehen sind.⁵⁴⁶ Die deutsche vorherrschende Praxislösung und deren Begründung ist m.E. überzeugender. Ihre dogmatische Legitimation kann hier

⁵³⁸ MüKoBGB/*Emmerich* (2016) § 311 Rn. 35; *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385 (418 f.); BeckOGK/*Herresthal*, 1.8.2017, § 311 Rn. 185; BeckOGK/*Spindler*, 1.5.2017, § 823 Rn. 7 f.; *Picker*, JZ 1987, 1041 (1042).

⁵³⁹ HK-BGB/*Schulze* (2017) § 278 Rn. 9; *Jauernig/Stadler* (2015) § 278 Rn. 10.

⁵⁴⁰ RGRK/*Alff* (1974) § 254 Rn. 61; Palandt/*Grüneberg* (2016) § 254 Rn. 48; *Staudinger/Schiemann* (2017) § 254 Rn. 95; *Erman/I. Ebert* (2017) § 254 Rn. 71; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 1116; *Brox/Walker*, SchuldR AT, § 31 Rn. 46.

⁵⁴¹ *Petersen*, Jura 2017, 906 (907).

⁵⁴² Palandt/*Grüneberg* (2016) § 254 Rn. 48; MüKoBGB/*Oetker* (2016) § 254 Rn. 129; *Erman/I. Ebert* (2017) § 254 Rn. 72; *Denck*, JuS 1976, 429 (429); *S. Lorenz*, JuS 2007, 983 (984); *Jahnke*, S. 22.

⁵⁴³ *Kleindienst*, JZ 1957, 457 (462); *Finger*, JR 1972, 406 (413).

⁵⁴⁴ In anderweitigen Fällen ist eine bestehende Sonderverbindung nicht schwer zu bejahen. Insb. im Vertragsbereich kommt § 254 II 2 oft zur Anwendung.

⁵⁴⁵ BGHZ 103, 338 ff., Rn. 12: Sturz eines Kindes auf einem öffentlichen Kinderspielplatz.

⁵⁴⁶ Seitens chinesischer Rechtsordnung wurde der Anspruch des geschädigten Kindes deshalb gekürzt, weil seinen Aufsichtspflichten ein Mitverschulden traf. Insofern ist gewiss festzustellen, dass zwischen ihnen eine Haftungseinheit gerichtlich hergestellt wird.

dahingestellt bleiben.⁵⁴⁷ Es ist an dieser Stelle nur darauf hinzuweisen, dass das Insolvenzrisiko der Eltern auf keinen Fall auf einen geschädigten und schutzwürdigen Geschäftsunfähigen übergewälzt werden kann.⁵⁴⁸ Diese Abwägung ist insb. dort von praktischer Bedeutung, wo sich die Sozial- und Privatversicherung nicht wie in Deutschland entwickelt.

III. Fazit

Als Ergebnis der vorhergehenden Darstellung ist festzuhalten, dass der sachliche Anwendungsbereich des § 278 sehr weitverbreitet ist. Insb. durch die Herausarbeitung der unselbständigen Neben- oder Schutzpflichten,⁵⁴⁹ die in rechtsvergleichender Hinsicht ursprünglich im deliktsrechtlichen Bereich behandelt werden sollen, ist § 278 zu einer Kernvorschrift avanciert, die eine Scharnierfunktion zwischen dem allgemeinen Schuldrecht und dem Deliktsrecht innehat.⁵⁵⁰ Allerdings findet § 278 erst bei den zumindest über das deliktsrechtliche Gebot „*neminem laedere*“ hinausgehenden Verbindlichkeiten Anwendung. Aus zeitlicher Perspektive sind alle Verbindlichkeiten in den Anwendungsbereich des § 278 eingeschlossen, die sich auf das jeweilige Stadium der Abwicklung bezogen haben können.⁵⁵¹ In Bezug auf die Obliegenheiten, deren Verletzung dem Schuldner Rechtsnachteile bringt, ist der in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht zu folgen, dass sich das Kind das Mitverschulden seiner Eltern nicht zurechnen lassen muss.

D. Der Maßstab „in Erfüllung der Verbindlichkeit“

Insb. im Fragenbereich der Tatbestandsvoraussetzung „in Erfüllung der Verbindlichkeit“ weist § 278 eine partielle Affinität zum § 831 eigentlich deutlich auf, wo er auch einen sachnächsten Tatbestand „in Ausführung der Verrichtung“ fordert.⁵⁵² Insoweit ist etwa erforderlich, sich beide Normen gleichzeitig vor Augen zu halten. Die funktionale und inhaltliche Ähnlichkeit zwingt sogar dazu, ggf. auch §§ 31, 839 sowie Art. 34 S. 1 GG iVm. § 839 I 1 BGB⁵⁵³ gelegentlich als Bezugskriterien dafür heranzuziehen.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ Dazu vgl. MüKoBGB/Oetker (2016) § 254 Rn. 129; eine entgegenstehende dogmatische Klärung, vgl. Kleindienst, JZ 1957, 457 (459 ff.).

⁵⁴⁸ Ablehnend Kleindienst, JZ 1957, 457 (462), der trotz des Mitleids den gelegentlichen Leerlauf des Anspruchs des geschädigten Kindes im Fall der Mittellosigkeit seiner Eltern für akzeptierbar hielt.

⁵⁴⁹ W. Weimar, DRiZ 1958, 21 (22).

⁵⁵⁰ Zum Verhältnis zwischen der Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 278 und dem deutschen Deliktsrecht, vgl. ausführlich unten § 9, S. 245 ff.

⁵⁵¹ Schäfer, RabelsZ 1957, 409 (413).

⁵⁵² Der Sache nach sind die Voraussetzungen „*dans l'exercice de la fonction*“ im französischen Recht sowie „*in the course of employment*“ in Common Law mit dem deutschen Recht vergleichbar, vgl. Tröger, ZEuP 2015, 389 (401). Dieses Erfordernis ist außerdem auch im chinesischen und japanischen Recht allgemein anerkannt. Vgl. ZHOU, Youjun (周友军), Vorträge über deliktsrechtliche Themen (侵权责任法专题讲座), 2011, S. 676; Eubel, Die Haftung des Geschäftsherrn für den Gehilfen nach deutschem und japanischem Recht, S. 166.

⁵⁵³ Allein vom gesetzlichen Wortteil „*in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen*“ iSd. § 31 und „*die ihm ... obliegende Amtspflicht*“ iSd. § 839 I 1 her insinuiert beide Vorschriften eine Gemeinsamkeit, dass sie auch die Haftung für fremde ersatzpflichtig machende Handlungen betreffen und der Haftungskandidat vom schadenstiftenden Handelnden zu unterscheiden ist.

⁵⁵⁴ In der deutschen Judikatur sind nicht selten Entscheidungen zu finden, in denen §§ 31, 278, 831 wegen der weitgehenden Überschneidung des persönlichen Anwendungsbereiches gleichzeitig als einschlägige Grundlage (als Haftungs- oder Zurechnungsnorm) in Betracht gezogen werden, vgl. z.B. BGH, NJW-RR 2013, 1513 ff.

I. Allgemeine Begründungsformel in der deutschen Judikatur

Wirft man einen kurzen Blick auf die Gerichtsentscheidungen, die den Anwendungsbereich des § 278 berühren, ist die Formulierung der Art zu konstatieren, die Zurechnung des Verschuldens/Verhaltens eines Erfüllungsgehilfen setze einen inneren und sachlichen Zusammenhang mit dem ihm übertragenen Pflichtenkreis voraus.⁵⁵⁵

In der Tat ist diese Ausführung trotz kleiner wörtlicher Variationen als eine Begründungsformel nahezu textgleich in der deutschen Judikatur genutzt worden. Nichts anders gilt für die vom §§ 31⁵⁵⁶, 831⁵⁵⁷, Art. 34 S. 1 GG iVm. § 839 I 1 BGB⁵⁵⁸ erfassten Fälle, die zumindest äußerlich den Sammelbegriff „Haftung für Dritten“ berühren.

Diese Anforderung kann auch als ein die Zurechnung oder Haftung einschränkendes Kriterium bezeichnet werden, da der Schuldner/Geschäftsherr ansonsten für alle Schäden verantwortlich sein müsste. Eine ganz uneingeschränkte Risikosphäre, die dem Haftungskandidaten zur Last fällt, führe zu unerträglichen Ergebnissen, die den sozialen Gerechtigkeitsvorstellungen und Wertungsgesichtspunkten widersprechen.

II. Behutsame Haltung zur „Projizierungstheorie“

Im Rahmen des deutschen Rechts wird die Erfüllungsgehilfenhaftung iSd. § 278 dadurch beschränkt, dass der Schuldner ausschließlich für das schädigende Fehlverhalten des Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, das der Gehilfe „in Erfüllung“, aber nicht bei der Gelegenheit der Verbindlichkeit begeht.⁵⁵⁹

Es ist allgemein anerkannt, dass der Schuldner, wenn er das von seinem Gehilfen begangene schädigende Verhalten selbst vorgenommen hätte, auch dafür einzustehen hätte. Dies wird instruktiv als „*Projizierung der Gehilfenhandlung auf den Schuldner*“ bezeichnet.⁵⁶⁰

Wenn ein Gericht diese Formel aber ohne behutsame Abgrenzung verfolgt, würde die große Gefahr entstehen, dass der Schuldner ohne Weiteres für das schadenstiftende

⁵⁵⁵ BGH, Beschluss vom 26. August 2014 – VIII ZR 335/13 – Rn. 12 (juris); BGH, NJW-RR 2014, 622 ff., Rn. 23; BGH, NJW-RR 2005, 756 ff., Rn. 13 mwN.; OLG Köln, Urteil vom 12. Mai 2017 – 19 U 84/16 – Rn. 32 f. (juris). Schäfer, MDR 1969, 271 (271) hielt diese Ausführung aber für nicht subsumtionsfähig. Des Weiteren bezweifelte auch Waimar, JR 1982, 95 am Beispiel von Fällen des Diebstahls und E. Schmidt, AcP 170 (1970), 502 (509) am Beispiel von schädigenden Handlungen des Bewahrungsgehilfen dieses Beurteilungskriterium. Zurückhaltend auch MüKoBGB/Arnold (2015) § 31 Rn. 33; Wendelstein, AcP 215 (2015), 70 (103 f.).

⁵⁵⁶ BGHZ 98, 148 ff., Rn. 14: Abgabe von Bürgschaftserklärungen durch einen der Gesamtvertreter der Bank. Auch Staudinger/Weick (2005) § 31 Rn. 40. Bezweifelt aber MüKoBGB/Arnold (2015) § 31 Rn. 33.

⁵⁵⁷ BGHZ 11, 151 ff., Rn. 5: Aufsichtspflicht zur Verhinderung von planmäßigen Diebstählen auf der Baustelle.

⁵⁵⁸ BGHZ 108, 230 ff. Rn. 12: unsachgemäße Heilbehandlung von Soldaten durch Truppenärzte.

⁵⁵⁹ Es wird teilweise die andere Auffassung vertreten, dass der Schuldner dem Gläubiger gegenüber auch für den von Gehilfen lediglich „bei Gelegenheit der Erfüllung“ verursachten Schaden verantwortlich sein müsse. Vgl. W. Weimar, DRiZ 1958, 21 f.; wohl auch E. Schmidt, a.a.o., 502 (509). Anzumerken ist, dass die französische Rechtsprechung bezüglich der Haftung für die bei der Gelegenheit begangene Verletzung „*deutlich weitergeht*“ als die deutsche. Vgl. Rathjen, JR 1979, 232 (235).

⁵⁶⁰ Ausführlich siehe unten Fn. 608. Diese Fiktion wird wiederholt eingeführt, soweit man die Haftung für Gehilfen diskutiert, egal ob sie den Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen trifft, egal ob sie im Rahmen der deutschsprachigen oder anderen Rechtsordnungen behandelt wird. Zur sog. französischen Erfüllungsgehilfenhaftung vgl. Rinieri, S. 798 mwN.

Verhalten seines Gehilfen verantwortlich gemacht würde. Nach dieser Formel hätte ein Schuldner streng genommen dann auch z.B. für die durch sexuelle Missbräuche oder Gewalt des Gehilfen herbeigeführten Schäden einzustehen, weil er dann auch dafür verantwortlich wäre, so als ob er selbst solche Straftäten begangen hätte. Nichts Anderes gilt für die von Gehilfen begangenen Diebstähle.

Das vordergründige Verständnis der „Projizierungstheorie“ ist deshalb eher abträglich für die Ermittlung des sachlichen Anwendungsbereichs des § 278. Es empfiehlt sich damit, auf den sachlichen Zusammenhang der schadenstiftenden Handlung zum Aufgabenbereich des Gehilfen abzustellen.

III. Mannigfache Erscheinungsformen von weisungswidrigen Handlungen

Für die Fälle, in denen der Geselle des Unternehmers beim Streichen einer Wand des Bestellers auf einem kostbaren Sessel Schmutzflecke schuldhaft verursacht hat oder der Mitarbeiter einer Werkstatt eine defekte Bremse eines zur Reparatur überlassenen Kunden-Fahrzeuges nicht richtig repariert hat, besteht überhaupt kein Zweifel an dem sog. Zusammenhang zwischen der schadenstiftenden Tätigkeit und dem übertragenen Aufgabenbereich. Die besondere Schwierigkeit der Beurteilung tritt grundsätzlich erst auf, wenn der Gehilfe weisungswidrig handelt. Die nachfolgende Darstellung nimmt derartige Fallgestaltungen ins Visier.

1. Einfache Überschreitung des Aufgabenbereichs

Die Sachverhalte, die die Überschreitung des Aufgabenbereichs betreffen, sind unschwer bei der Hand. In Ansehung der überaus großen Menge von betreffenden Entscheidungen ist es hier deshalb angemessen, auf diesen Problemkreis nur am Beispiel nachfolgender ausgewählter Urteile einzugehen.

a) Der „wohlgesinnte Geselle“-Fall

Was unter dem Ausdruck „einfache Überschreitung des Aufgabenbereichs“ zu verstehen ist, lässt sich an einem sogleich zu erwähnenden Beispiel aufzeigen. Ein minderjähriger Geselle versuchte nach der Fertigstellung einer von seinem Ausbilder zugewiesenen Arbeit aus eigenem Antrieb, ein gefrorenes Wasserrohr des Bestellers mit einer eigenen Lötlampe abzutauen, und dabei ist ein Brand entstanden. Der BGH hat zu Recht den sachlichen Zusammenhang bejaht.⁵⁶¹ Neben dem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang würden auch die Nützlichkeit des Auftauens der Leitungen als Teil der Gesamtarbeit (Einbau neuer Pumpe anstelle der wegen eingefrorener Wasserleitungen geschädigten alten Pumpe) sowie der Gebrauch der mitgeschickten Lötlampe für derartige sachlichen Zusammenhang sprechen.

Ein von *W. Weimar*⁵⁶² aufgestelltes Beurteilungskriterium, die eigenmächtig begangene Handlung des Erfüllungsgehilfen müsse in einem inneren und sachlichen Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht des Schuldners stehen, ist im vorgenannten Fall ohne Weiteres zu sehen. Die sachliche Nähe der eigenmächtigen

⁵⁶¹ BGHZ 31, 358 ff, Rn. 19.

⁵⁶² *W. Weimar*, JR 1982, 95.

Tätigkeiten zur aufgetragenen Aufgabe soll nicht deshalb verneint werden, weil sie den vom Schuldner übertragenen Aufgabenbereich in weisungswidriger Weise überschritten hat.

Überdies ist gewiss richtig, unter Berücksichtigung der subjektiven Elemente des Gehilfen zu urteilen. Es ist hier offenkundig, dass der gutgesinnte Geselle ausschließlich mit der Absicht, den Erfolg der Gesamtarbeit zu fördern, weisungswidrig tätig geworden ist. In der Tat scheint ein beabsichtigtes Bestreben im Interesse seines Ausbilders hier sehr ersichtlich.

b) Der „Planierraupe-Fall“

Nichts Anderes gilt für den Verrichtungsgehilfen. Seine dogmatische Ähnlichkeit zur Erfüllungsgehilfenhaftung lässt sich mit dem „Planierraupe-Fall“ verdeutlichen. Ein Verrichtungsgehilfe, der scheinbar nur zur Planierungsarbeit eine Raupe bediente, zog mit seiner Raupe einen steckengebliebenen LKW aus einem mit Sand aufgefüllten Gelände heraus und das Schild der Raupe senkte sich dabei wegen defekter Hydraulik und verletzte einen anderen LKW-Fahrer. Der sachliche Zusammenhang wurde hier zutreffend bejaht.⁵⁶³

Die eben erwähnte Überlegungsfaktor vom angestrebten Interesse⁵⁶⁴ wurde hier ebenso berücksichtigt. Das OLG Nürnberg hob zu Recht darauf ab, dass das Flottmachen des steckengebliebenen LKWs auf dem gesperrten Gelände ausschließlich im Interesse des planierenden Unternehmers durchgeführt werden. Der Gebrauch der vorhandenen, aber nur zur Planierungsarbeit bestimmten Raupe brach diesen Zusammenhang nicht ab.

c) Fazit

Als erster Befund der bisherigen Beobachtung ist festzuhalten, dass zumindest in Bezug auf die Frage nach dem inneren und sachlichen Zusammenhang §§ 278 und 831 allgemeine Abwägungsfaktoren und -kriterien teilen (können).⁵⁶⁵

In Fällen, in denen der handelnde Gehilfe bloß die Weisung des Schuldners/Geschäftsherrn oder den ihm übertragenen Aufgabenbereich überschritten hat, ist das Kriterium der subjektiven Interessenverfolgung des Gehilfen⁵⁶⁶ für die Beurteilung des sachlichen Zusammenhangs relevant. Der innere Wille des Gehilfen ist in der Tat nicht so schwer zu ermitteln, wie es den Anschein hat. Ob der Gehilfe das Motiv hat, das Interesse des Schuldners zu verfolgen, ist dann aus dem Blickwinkel eines sachverständigen Dritten zu beurteilen, der dem

⁵⁶³ OLG Nürnberg, VersR 1965, 70. Das OLG Nürnberg hat sich neben der deliktischen Geschäftsherrenhaftung iSd. § 831 auch § 278 vor Augen gehalten. Beide Wege waren dem Kläger frei.

⁵⁶⁴ Schäfer, MDR 1969, 271 (272) sprach am Beispiel „Überschütten mit heißem Kaffee“ wohl ebenso dafür, das persönliche Motiv des Kellners und die Verfolgung des Interesses des Gastwirts zu unterscheiden.

⁵⁶⁵ Etwas Ähnliches ist eben im Fall von Amtspflichtverletzungen zu konstatieren. Dazu vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Mai 1973 - III ZR 178/70 – Rn. 12 (juris), in dem die „*eigentliche Zielsetzung*“ der tätigen Person auch in Betracht gezogen wird.

⁵⁶⁶ Das Kriterium „Interessenverfolgung“ (für den Schuldner) ist insb. in österreichischen Gerichtsentscheidungen am häufigsten zu sehen. Vgl. nur OGH vom 29. 11. 2007 - 1Ob127/07v, ZVR 2008/54 S. 128 mwN. Dafür spricht wohl auch Prölss, in: FS Canaris I (2007), 1037, (1048): „Zweckverfolgungshaftung“.

entsprechenden Verkehrskreis des handelnden Gehilfen angehört.

Eine strikt an der hier vertretenen Ansicht orientierte Überlegung steht deshalb dem verneinenden Urteil des OLG Hamburg entgegen, in dem der Kraftfahrer eines Güterfernverkehrsunternehmers bei der Entladung half und dadurch die Schädigung von geförderten Fräsmaschinen verursachte.⁵⁶⁷ Das Ergebnis scheint deshalb bedenklich, weil die Hilfsleistung des Fahrers zum einen ausschließlich dem Interesse des Unternehmers am Ausladen des Lastwagen diene und zum anderen entfernte die Handlung sich bei unbefangener Gesamtbetrachtung nicht weit von seiner vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht.

Gleichwohl ist zuzugestehen, dass das wohl als subjektiv betrachtete Kriterium kein einziges und abschließendes Kriterium darstellt. Hinzuzufügen sind weitere Erwägungsfaktoren, die in objektiver Hinsicht die Wahrnehmung und Bewertung der einzelnen Konstellation, insb. bei nachfolgend aufgeführten Fallgruppen, beeinflussen können.

2. Vorsätzliche unerlaubte Handlungen

Eine weitere praktisch wichtige Erscheinungsform dafür ist die vorsätzlich unerlaubte Handlung des Erfüllungsgehilfen. Eine getrennte Diskussion zielt im Allgemeinen darauf ab, einen Anlass zu einem neuen Blick auf diesen diffizilen Problembereich zu geben.

Am häufigsten kommt auch vor, dass der Gehilfe während seiner Arbeit einen Diebstahl begeht⁵⁶⁸ oder dass ein Hotelmitarbeiter das übergebene Fahrzeug des Kunden unbefugt fährt.⁵⁶⁹ Nach heutigem Erkenntnisstand ist es auch bei solchen Fallgestaltungen nicht mehr schwer, eine Haftung des Schuldners/Geschäftsherrn zu bejahen. Bei den nachfolgend ausgewählten Konstellationen ist die Beurteilung nicht so einfach.

a) Verletzung durch Schlägerei

Körperliche Auseinandersetzungen fallen in der Regel nicht unter den Aufgabenbereich des Erfüllungsgehilfen, denn kein Schuldner will dem Gehilfen eine absurde Arbeit der Art übertragen, den Anderen zu schlagen. Dies erhellt ein Urteil aus der österreichischen Rechtsprechung. Ein Kellner hat vor dem Lokal einen betrunkenen Gast verprügelt, als der Letztere unter Berücksichtigung einer vorher geschehenen verbalen Auseinandersetzung und des herausfordernden Verhalten des Kellners aus Angst das Gasthaus verließ, ohne die Rechnung zu bezahlen.⁵⁷⁰ Der Österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) verneinte dann den Zusammenhang. Denn das Ziel, die Rechnung zu kassieren, könne auch ohne solche gewalttätigen

⁵⁶⁷ OLG Hamburg, VersR 1974, 52.

⁵⁶⁸ BGHZ 24, 188 ff., Rn. 13: Gepäckdiebstähle vom Gepäckarbeiter; OLG Köln, Urteil vom 19. Juni 2007 – 3 U 172/06 – Rn. 16 (juris): Diebstahl am Relationsplatz. Zustimmend HK-BGB/Schulze (2017) § 278 Rn. 11 aufgrund „Gefahrerhöhungstheorie“. Weimar hat der Zurechnungsfrage beim Diebstahl-Fall einen Aufsatz gewidmet, vgl. W. Weimar, DRiZ 1958, 21 f. Seiner Meinung nach haftet der Schuldner auch für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen. Er appelliert an das weite Verständnis der „Verbindlichkeit“.

⁵⁶⁹ BGH, Urteil vom 07. Mai 1965 – I b ZR 108/63 – Rn. 20 (juris).

⁵⁷⁰ OGH vom 29. 11. 2007 - 1Ob127/07v, ZVR 2008/54 S. 128.

Handlungen erreicht werden kann.

Für die physische Gewalt unter Arbeitnehmern gilt nichts Anderes. Eine Haftung des Arbeitgebers für eine Pflichtverletzung nach § 278⁵⁷¹ ist in der Regel abzulehnen.⁵⁷² In Bezug auf den Schadensersatz für die Verletzung der eigenen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers wird nunmehr auf die unternehmerische Organisation abgestellt, sofern die Schlägerei keinen Versicherungsunfall iSd. § 7 I SVB VII darstellt. § 278 ist hier dagegen nicht relevant. Denn der sachliche Zusammenhang der Prügelei zum Arbeitsbereich des Arbeitnehmers ist nicht ersichtlich. Der dem § 278 innewohnende „*Risiko-Nutznießungsgedanke*“ ist im Fall der Schlägerei unter Arbeitskollegen nicht zu sehen.

Es gibt allerdings auch Ausnahmen. Hat sich der Türwächter einer Diskothek als Ordnungskraft mit Gästen geprügelt, um die Hausordnung zu bewahren, könnten §§ 278 und 831 Anwendung finden.⁵⁷³ Diese Beurteilung trägt der Erfahrung Rechnung, dass der Wächter nicht selten in eine vokale und sogar körperliche Auseinandersetzung mit betrunken und aufgeregten Gästen geraten kann. Des Weiteren scheint ein österreichisches Urteil⁵⁷⁴ diese besondere Handhabung zu unterstützen, in dem der Kellner eines Gasthauses einen betrunkenen Gast verprügelt hat, um ihn daraus zu entfernen. Die Besonderheit der Berufstätigkeit des Türwächters hat das Gericht in den vorgelegten Entscheidungen zu Recht berücksichtigt.

b) Unterschlagung eines Geldbetrages durch Bankangestellte

Bei der typischen Fallgruppe, in der der Bankangestellte einen übergebenen Geldbetrag des Kunden durch strafbaren Betrug unterschlagen hat,⁵⁷⁵ lassen sich dagegen widersprüchliche Entscheidungen erkennen.

aa) Widersprüchliche Entscheidungen

In einem Fall, in dem die Sachbearbeiterin einer Bank den Anlegern außergewöhnlich höhere Renditen zusicherte und die übergebenen Anlagebeträge anschließend

⁵⁷¹ Die sozialversicherungsrechtliche Regelung ist hier zu berücksichtigen. Eine Schlägerei unter Arbeitnehmern kann mitunter auch einen versicherten Arbeitsunfall iSd. § 7 SGB VII darstellen. Der Arbeitgeber und der an der Schlägerei teilnehmende Arbeitskollege (z.B. NZA 2005, 163 ff.: ein Stoß vor die Brust unter Lkw-Fahrern) genießen im Fall des Arbeitsunfalls das Haftungsprivileg jeweils nach § 104 I 1 und § 105 I 1 SGB VII. Stellt die Schlägerei keinen Arbeitsunfall dar, kommt erst das allgemeine Haftungsrecht in Betracht. Dann sind §§ 280 ff., 823 ff. anwendbar.

⁵⁷² Ein chinesisches Urteil von OVG Jiangsu, Urteil (2016) – W 2072 [江苏省高级人民法院(2016)苏民申 2072 号] kann einen vergleichbaren Sachverhalt liefern.

⁵⁷³ OLG Hamm, Urteil vom 01. Oktober 1998 – 27 U 43/98 – Rn. 23 und 28 (juris).

⁵⁷⁴ OGH vom 25. 04. 1978 - 5Ob555/78, SZ 51/55.

⁵⁷⁵ Das alte RGZ 160, 310 ff. vom 09. Mai 1939, in dem der untreue Bank-Geschäftsführer durch Fälschung der Unterschrift des vom Bankkunden bestimmten Treuhänders einen falschen Zahlungsauftrag vorgelegt hat und den von der Bank ausgezahlten Betrag veruntreute, befremdet mich sehr, da das Gericht sich mit der Frage aufhielt, ob der Geschäftsführer als Erfüllungsgehilfe des Kunden angesehen werden konnte und anschließend die Auszahlung gegen den Kunden gelten lassen musste. Das Ergebnis, dass die Bank durch die Auszahlung auf einen falschen Antrag nicht befreit worden sei, wird nach heutigem Erkenntnisstand für zutreffend gehalten. Die Begründung ist allerdings nicht unbedenklich. Um die Zurechnung der Untreue des Bank-Geschäftsführers an den Kunden zu verneinen, hat das RG inzwischen die Straftat unglücklicherweise undifferenziert aus dem Kreis der unselbständigen Unterlassungspflicht ausgeschlossen. Nach dem hier Gesagten ist eine derartige generelle Verneinung allzu radikal.

veruntreute, lehnte das OLG Frankfurt angesichts des eigenmächtigen Zuwiderhandelns des Verrichtungsgehilfen die Anwendbarkeit des § 831 ab.⁵⁷⁶ Außerdem blieb § 278 deshalb vom Gericht von vornherein unberücksichtigt, da nach seiner Meinung kein wirksamer Vermögensverwaltungs- oder Sparvertrag zwischen den von der Bankangestellten Getäuschten und der Bank bestanden habe. Die Angestellte habe seine als Sachbearbeiterin anvertraute berufliche Stellung in der Weise missbraucht, indem sie sich des Besprechungsraumes der Bank bedient und nur gelegentlich der Verrichtung die erforderlichen Unterlagen nachträglich gefälscht habe.

In der deutschen Rechtsprechung sind auch einige mit dem soeben angesprochenen Fall kontrastierende Entscheidungen, denen wesentlich gleiche Sachverhalte zugrunde liegen,⁵⁷⁷ zu finden. Das OLG Karlsruhe⁵⁷⁸ hat sich für Schadensersatzanspruch wegen *culpa in contrahendo* ausgesprochen, wobei § 278 Anwendung finden kann. Es ist bemerkenswert, dass der Richter hier eine vorvertragliche Nebenpflicht relativ großzügig⁵⁷⁹ angenommen hat. Nahezu mit exakt denselben Erwägungen hat der BGH vor etwa 40 Jahren unter dem Gesichtspunkt der *c.i.c.* die Haftung der Berliner Großbank in dem Fall bejaht, in dem der Leiter einer Bankfiliale fast in derselben Weise einen zur Anlage ausgehändigten Geldbetrag eines Kunden veruntreut hat.⁵⁸⁰ Ebenso wenig spielte es hier eine Rolle, ob ein Anlageberatungsverhältnis vorlag oder nicht. Das gleiche gilt auch, wenn ein Angestellter des klagenden Auftraggebers des Überweisungsauftrags den Namen des Empfängers bewusst falsch eingetragen und dafür eine eigene Kontonummer angegeben hat. Die Zurechnung des Mitverschuldens dieses untreuen Angestellten iSd. §§ 254 II 2, 278 ist zutreffend anerkannt.⁵⁸¹

In Ansehung der obigen Ausführungen wird darauf hingewiesen, dass die Unterschiede hinsichtlich der Beurteilung des sachlichen Zusammenhangs immer noch bestehen. Eine sachgerechte Differenzierung der „in Erfüllung der Verbindlichkeit“ vorgenommenen von der „bei Gelegenheit der Erfüllung“ begehenden Tätigkeit ist nicht einfach.

bb) Objektive Maßstäbe: Sachnähe zum übertragenden Aufgabenbereich

In den hier angesprochenen Konstellationen ist das vorgenannte Beurteilungskriterium der subjektiven Interessenverfolgung des Gehilfen (oben § 4 D III 1 c, S. 86 f.) wenig hilfreich, weil der Bankangestellte offensichtlich nicht im

⁵⁷⁶ OLG Frankfurt, WM 1997, 18 ff., Rn. 105 f. Darüber hinaus wurde die Haftung nach Anscheinsgrundsätzen eben verneint.

⁵⁷⁷ Der Sachverhalt ist folgender: Ein emeritierter Lehrer hat dem Kundenberater zweimal in den Geschäftsräumen der Bank Anlagegeld in bar übergeben, um ein Anlagegeschäft mit der Bank abzuschließen. Der Kundenberater hat aber den Geldbetrag unterschlagen.

⁵⁷⁸ OLG Karlsruhe, WM 2011, 1171 ff.

⁵⁷⁹ Die ganz besondere Großzügigkeit ist in den Urteilsspruch ohne Weiteres zu konstatieren. Es sei ganz gleichgültig, „ob der Zeuge L. den ihm vom Kläger übergebenen Geldbetrag an die Beklagte abgeliefert, davon Wertpapiere oder Fondsanteile geordert und beschafft hat und sich diese aushändigen ließ, ohne sie an den Kläger weiterzureichen, ob er diese Wertpapiere später unterschlagen oder zunächst in andere Wertpapiere getauscht und erst danach unterschlagen hat oder ob er den ihm als Mitarbeiter der Bank zur verzinslichen Anlage überlassenen Geldbetrag sogleich für sich vereinnahmt hat.“

⁵⁸⁰ BGH, NJW 1977, 2259 ff., Rn. 10.

⁵⁸¹ BGH, NJW 1991, 3208 ff., Rn. 23.

Interesse der Bank, sondern im eigenen Interesse tätig ist. Es besteht allerdings kein hinreichender Anlass, einen Zusammenhang zu dem Aufgabenbereich somit generell abzulehnen. Vielmehr greifen hier weitere Erwägungsfaktoren Platz.

Die genannten Fälle weisen die Gemeinsamkeit auf, dass der Bankangestellte den Betrug in dem Geschäftsraum sowie während der Geschäftszeit begangen hat. Der räumliche und zeitliche Zusammenhang ist damit ersichtlich. Außerdem ist nicht zu übersehen, dass das Täuschungsmanöver in ausreichender Nähe zum dem Täuschenden übertragenden Arbeitsbereich (Anlageberatung, Eröffnung des Depotkontos usw.) steht.⁵⁸² Die äußerliche Erscheinung der betrügerischen Tätigkeit des Bankangestellten ist aus der Sicht einer durchschnittlich veranlagten Person mit den gängigen Bankgeschäften verhaftet. Bei schadenstiftenden Handlungen dieser Art kann nicht von Außergewöhnlichkeit und Unvorhersehbarkeit gesprochen werden. Nur durch eine bankinterne vollständiger Ablauforganisation und ein verbessertes Kontrollverfahren können derartige Betrugsfälle trotz der denkbaren Kostenerhöhung zumindest unwahrscheinlicher gemacht werden.

Außerdem rücken die zuvor wiederholt erwähnten Rechtsgedanken des § 278⁵⁸³ hier in den Mittelpunkt, die hier im Interesse der Bündigkeit nur kurz dargestellt werden. Der Adressat des verbundenen Personalrisikos der unternehmerischen Organisation ist freilich derjenige, der den Vorteil der betrieblichen Arbeitsteilung genießt. Die ökonomische Rechtfertigung dieser Vorgehensweise liegt darin, dass dem Schuldner die Bedrohung einer derartigen Haftung Anreize zum Ergreifen von geeigneten Vorkehrungsmaßnahmen generieren kann. Widrigenfalls wäre es unsachgerecht, dieses Personalrisiko dem Kunden aufzuerlegen. Überdies haben nur die Finanzierungsinstitute die Möglichkeit, die Anständigkeit sowie den früheren Karrieregang seiner Angestellten oder des eingeschalteten selbständigen Vermittlers zu überprüfen und zu kontrollieren. Das große Insolvenzrisiko des untreuen Erfüllungsgehilfen darf nicht dem in der Regel wirtschaftlich schwachen Kunden aufgebürdet werden.

Streng genommen übte OLG Frankfurt⁵⁸⁴ m.E. damit (wohl zu große) Zurückhaltung. Eine Verneinung des sachlichen Zusammenhangs scheint in Anbetracht des von ihm entschiedenen Sachverhalts und anderen abweichenden Entscheidungen wenig aussagekräftig. Im Interesse der Entscheidungsharmonie hätte das OLG Frankfurt auch in diesem Fall den inneren und sachlichen Zusammenhang anerkennen müssen. Die Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* ist – wie die anderen Urteile gezeigt haben – ein Ausweg, um eine gerechte Risikoverteilung zu verwirklichen. Um einer eventuellen Ausuferung der Schadensersatzhaftung der Bank vorzubeugen und die

⁵⁸² Aus rechtsvergleichender Sicht neigt das chinesische Gericht eher zu, durch großzügige Annahme einer Anscheins- und Duldungsvollmacht oder eines Organisationsverschuldens in ähnlichen Sachverhalten eine vertragliche oder deliktische Haftung der Bank zu bestätigen. Anscheinshaftung: OVGH, Urteil (2011) – ZR 293 [最高人民法院 (2011) 民提字第 293 号]; Deliktische Haftung: OVGH, Urteil (2011) – ZR 320 [最高人民法院 (2011) 民提字第 320 号]; OVG Henan, Urteil (2002) – II U 71, II U 72, II U 73, II U 74 [河南省高级人民法院 (2002) 豫法民二终字第 071、072、073、074 号].

⁵⁸³ Oben § 2 B II (S. 19 ff.).

⁵⁸⁴ Vgl. oben Fn. 576.

Einzelfallgerechtigkeit zu erreichen, wäre es wohl geeigneter, auf § 254 zurückzugreifen. Wenn dem Kunden ein vernünftiger Verdacht käme, müsste er sich z.B. bei leicht fahrlässiger Unkenntnis – im Gegensatz zur „Alles-oder-Nichts-Regel“ – (nur) ein anspruchskürzendes Mitverschulden entgegenhalten lassen.

c) Sexuelle Belästigung

aa) Eine diffizile Frage in verschiedenen Rechtsordnungen

Der Grund für eine besondere Darstellung über Fallgestaltungen „sexuelle Belästigung“ liegt darin, dass diese verwerflichen Taten in den vergangenen Jahren zunehmend aufgedeckt werden und auf mehr juristisches Interesse gestoßen sind. Sie kommen besonders oft bei Kirchen⁵⁸⁵ oder in den von Jesuiten betriebenen Schulen⁵⁸⁶ auf. Der Fall von „The Institute of the Brothers of the Christian Schools“ in Großbritannien hat auch große Aufmerksamkeit erfahren.⁵⁸⁷

Des Weiteren haben sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz auch in der deutschen Gerichtspraxis immer mehr Aufmerksamkeit erfahren.⁵⁸⁸ In Bezug auf die Persönlichkeitsrechts- oder Gesundheitsverletzungen durch die sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz (Mobbing) hat das deutsche Gericht auf § 278 zurückgegriffen, um die Haftung des Arbeitgebers wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten zu rechtfertigen.⁵⁸⁹ Diese gerichtliche Handhabung ist vor allem angesichts der Wichtigkeit der freien persönlichen Entfaltung in der Arbeitswelt zu begrüßen. Andererseits scheint eine Generalisierung der Anwendung des § 278 auf alle Konstellationen der sexuellen Belästigungen oder Missbräuche allerdings zu voreilig.⁵⁹⁰

Es gibt freilich noch mannigfache Fälle, in denen z.B. der Fahrer eines Verkäufers bei der Lieferung von gekauften Möbeln die Schwester der Käuferin vergewaltigt hat⁵⁹¹ oder sich der Fahrer eines Taxiunternehmens an einer Passagierin vergangen hat⁵⁹² oder der mit der Betreuung eines Werbemanns auf dem Volksfest beauftragte Gehilfe

⁵⁸⁵ Z.B. Bericht „Gefängnis, Hölle oder Konzentrationslager“ von *Andreas Glas* vom 18. Juli 2017, vgl. <http://www.sueddeutsche.de/bayern/katholische-kirche-gefaengnis-hoelle-oder-konzentrationslager-1.3592913> (abgerufen am 8. August 2017).

⁵⁸⁶ Vgl. Bericht von *Claudia Keller* über Canisius-Kolleg Berlin vom 27. Januar 2014, vgl. <http://www.tagesspiegel.de/berlin/missbrauchsfaelle-am-canisius-kolleg-in-berlin-milde-straefe-fuer-einen-der-beiden-haupttaetler/9387128.html> (abgerufen am 8. August 2017).

⁵⁸⁷ *The Catholic Child Welfare Society and others (Appellants) v. Various Claimants (FC) and The Institute of the Brothers of the Christian Schools and others*, (2012) UKSC 56: (1), mit Anm. von *Tröger*, ZEuP 2015, 389-415.

⁵⁸⁸ Insb. *Wagner*, Zivilrechtliche Haftung für sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, in: *GS Heinze* (2005), 969–984.

⁵⁸⁹ BAGE 124, 295 ff. Rn. 79; BAGE 122, 304 ff., Rn. 80. Zustimmend in der Lit. auch *Däubler*, BB 1995, 1347 (1349).

⁵⁹⁰ Im Urteil BAGE 124, 295 ff. Rn. 79 wurde die Weisungsbefugnis des Chefarztes gegenüber dem ihm unterstellten, durch das Mobbing geschädigten Arzt besonders berücksichtigt. Genau auf diese Befugnis lässt sich der innere sachliche Zusammenhang der schädigenden Verhaltensweise mit der übertragenen arbeitsvertraglichen Schutzpflicht begründen.

⁵⁹¹ Ähnlicher Sachverhalt aus einer US-amerikanischen Rechtsprechung vgl. *Corene Antoinette LYON v. Michael CAREY et al.*, 533 F.2d 649. vom 3. Mai. 1976.

⁵⁹² Vgl. französische Rechtsprechung *Trib. Civ. de la Seine*, 28.5.1872, S. 1872.2.154 zitiert nach *Krüger*, Haftung des Dienstherrn für Gelegenheitsdelikte seiner Hilfspersonen nach deutschem und französischem Recht, S. 66.

an einem angelockten Kind schweren sexuellen Missbrauch begangen hat⁵⁹³ oder ein Masseur bei physiotherapeutischen Behandlungen die Patientin sexuell belästigt hat⁵⁹⁴ oder der Assistenzarzt eines Nervensanatoriums die an schweren psychischen Störungen leidende minderjährige Patienten im Sprechzimmer geküsst und später während einer gemeinsamen Ferienreise verführt hat,⁵⁹⁵ ein Rezeptionist die Ersatzschlüssel heimlich an sich genommen hat, mit denen er gegen 2:00 Uhr ins Hotelzimmer eintrat, um den weiblichen Gast zu vergewaltigen und gnadenlos zu töten.⁵⁹⁶

Nicht alle solchen Konstellationen, die sexuelle Belästigungen oder Übergriffe durch Hilfspersonen treffen, kann sich undifferenziert nach § 278 beurteilt. Vielmehr ist bei solchen Konstellationen ein uneinheitliches Bild zu konstatieren.

bb) Keine einheitlichen Ergebnisse

Hinsichtlich der Haftungsfrage können entweder die vertragliche oder deliktische Grundlage in solchen Fällen in Betracht kommen.⁵⁹⁷ Ob und mit welchen verlässlichen Kriterien man zu einheitlichen und angemessenen Ergebnissen gelangen kann, ist angesichts der Schwere der strafbaren Handlung⁵⁹⁸ und der weiten Entfernung von der dem Gehilfen erteilten Aufgabe in verschiedenen Rechtsordnungen eine echt verfängliche Frage, deren Antworten kaum in einer Formel erfasst werden können.

Es ist somit zuzugestehen, dass die oben beschriebenen Kriterien in diesen Fallgestaltungen eher wenig gewinnbringend scheinen. Das subjektive Kriterium schlägt deshalb fehl, weil eine Interessenverfolgung des Gehilfen überhaupt nicht vorliegt. Auch eine objektive Betrachtung der äußerlichen Erscheinung der Handlung erlaubt nicht ohne Weiteres eine Bestätigung eines sachlichen Zusammenhangs zwischen einem sexuellen Übergriff und dem übertragenen Aufgabenbereich.

Insofern ist gewiss geboten, diesen besonderen Fragenbereich Rechtsprechung und Lehre zu überlassen, die den jeweiligen Einzelsachverhalt erst anhand aller Umstände beurteilen können. Weder eine allgemeine Bejahung noch eine generelle Ablehnung scheint plausibel. Dass in dieser Konstellation auf § 278 oder § 831 zurückgegriffen wird, ist sozusagen von Anbeginn an wenig erfolgsträchtig.

⁵⁹³ OLG Hamm, NJW-RR 2010, 454 f.: Verneinung des Zusammenhangs.

⁵⁹⁴ OLG München, NJW-RR 2016, 472 ff.: Verneinung des Zusammenhangs.

⁵⁹⁵ Vgl. schweizerische Rechtsprechung BGE 92 II 15 S. 15 ff.: Bejahung des Zusammenhangs. Zustimmungde Haltung auch Staudinger/Caspers (2014) BGB § 278 Rn. 95.

⁵⁹⁶ Vgl. chinesische Rechtsprechung von UVG Xicheng (北京市西城区人民法院, CLIC.885058). Heck hat in seinem Lehrbuch „Grundriß des Schuldrechts“ (1929) einen ähnlichen Sachverhalt dargestellt, in dem ein Schlossergeselle mit einem heimlich erhaltenen Abdruck eines Ersatzschlüssels einen Einbruch verübt hat. Dort bejahte er den sog. adäquaten Kausalzusammenhang, vgl. ders., § 27 Zif. 7, S. 84 zitiert nach W. Weimar, DRiZ 1958, 21 (22).

⁵⁹⁷ In anderen Rechtsordnungen stützt sich der Geschädigte gewöhnlich auf das Deliktsrecht. Demgegenüber kann eine unerlaubte Handlung in der deutschen Rechtsordnung zugleich eine Vertragsverletzung, insb. Verletzung von vorvertraglichen und vertraglichen Nebenpflichten darstellen.

⁵⁹⁸ Der vorschnellen Schlussfolgerung, je größer der Gehilfe die ihm übertragenden Pflichten verletzt hätte, umso wahrscheinlicher müsste der sachliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit und dem Aufgabenbereich abgelehnt werden, wird – wie BGE 92 II 15 S. 20 zeigt – aber auf jeden Fall nicht gefolgt.

3. Fazit

Wie oben zeigt, sind die subjektive Interessenverfolgung für den Schuldner/Geschäftsherrn und die objektive Sachnähe der Tätigkeiten zum übertragenden Aufgabenbereich komplementär und stellen sich als verifizierbare Maßstäbe dar. Es ist deshalb davor zu warnen, dass der Richter seinen Blick zu sehr oder ausschließlich auf subjektive Elemente des Gehilfen richtet und die objektive Sachlage vernachlässigt. Durch eine Gesamtbetrachtung von Umständen des Einzelfalls, nämlich sowohl objektiver als auch subjektiver Einflussfaktoren, ist zu vermeiden, die Beurteilung einfach dem persönlichen Ermessen des Rechtsanwenders anheimzustellen. Beide Kriterien ausgenommen, bedarf es in Sonderfällen ergänzender, aber wohl abstrakter Gesichtspunkte, die in mehr oder minder eine in großem Umfang rechtspolitische Ausprägung⁵⁹⁹ aufweisen. Die einstweilen dadurch erhaltenen uneinheitlichen Entscheidungen sind gewiss der unausweichliche Preis für angemessene Ergebnisse.

E. Das Verschulden des Erfüllungsgehilfen

Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen setzt nach h.M.⁶⁰⁰ unter anderem noch das Verschulden der Hilfsperson voraus.⁶⁰¹ Nach einem Überblick über die Diskussion iRd. deutschen Lit. bezieht sich dieser Fragenbereich regelmäßig auf zwei Perspektiven: die Anlegung des Verschuldensmaßstabs und die Verschuldensfähigkeit des Gehilfen. v. Caemmerer⁶⁰² hat schon der Frage über das Verschulden des Erfüllungsgehilfen eine spezifische Untersuchung gewidmet, von der nachfolgend ausgegangen wird.

I. Die Perspektive der Rechtsprechung

Insgesamt betrachtet, finden sich beide mit der Frage in enger Verquickung, auf wen – den haftenden Schuldner oder den handelnden Erfüllungsgehilfen – es für die Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs abzustellen ist. Hier würden sich zwei BGH-Urteile besonders eignen, die Fragen nach der Zurechnungsfähigkeit und dem Sorgfaltsmaßstab zu erhellen.

In einem im Jahr 1984 entschiedenen „Internatsschule-Fall“, in dem das grob schulordnungswidrige Verhalten eines 14-jährigen Sohnes den Internatszweck erheblich beeinträchtigte, hat der BGH dem Schadensersatzanspruch der Schule auf vorzeitige Kündigung des Internatsvertrages nach §§ 628 iVm. 278 stattgegeben.⁶⁰³ Dass der BGH hier die Zurechnungsunfähigkeit des minderjährigen Sohnes überhaupt nicht berücksichtigte, hat großangelegte Kritik ausgelöst.⁶⁰⁴ Das oben schon

⁵⁹⁹ Auch Tröger, ZEuP 2015, 389 (414); ZHOU, Youjun (周友军), Vorträge über deliktsrechtliche Themen (侵权责任法专题讲座), 2011, S. 678.

⁶⁰⁰ Esser/Schmidt, SchuldR I/2, § 27 I 3 c, S. 97; BeckOK BGB/Lorenz, 43. Ed. 1.2.2017, § 278 Rn. 48; NK-BGB/Dauner-Lieb (2016) § 278 Rn. 9; BeckOGK/Schaub, 1.11.2017, § 278 Rn. 84.

⁶⁰¹ Ein Teil der Lehre geht vielmehr davon aus, dass es in § 278 nicht um die Zurechnung fremden Verschuldens, sondern um die Zurechnung eines Gehilfenverhaltens geht. Vgl. Kaiser/Rieble, NJW 1990, 218 (219).

⁶⁰² ders., in: FS Hauß (1978), 33 ff.

⁶⁰³ BGH, NJW 1984, 2093 ff.

⁶⁰⁴ Wienands, JA 1995, 854 (856).

ausführlich beschriebene höchstrichterliche Urteil vom 15.12.1959,⁶⁰⁵ in dem ein 16¾ Jahre alter und geistig sehr schwerfälliger Lehrling nach der Fertigstellung einer ihm vom Meister zugewiesenen Arbeit das Wasserrohr aus eigenem Antrieb aufzutauen versuchte und unglücklicherweise einen Brand verursachte, stellt ein weiteres paradigmatische Beispiel dar. Der BGH hat hier den Sorgfaltsmaßstab auf die Person des Meisters, aber nicht des minderjährigen Lehrlings abgestellt.

Beide Urteile wecken Assoziationen zu zwei in der deutschen Lehre schon früh entwickelten Theorien: (1) die Fiktion einer eigenen Verbindlichkeit des Erfüllungsgehilfen und (2) die Fiktion einer persönlichen Vornahme des schädigenden Verhaltens durch den Schuldner.

Bei der erstgenannten Fiktion fingiert das Gericht eine eigene Verpflichtung des Erfüllungsgehilfen gegenüber dem Gläubiger (des Schuldners). Dann haftete der Schuldner erst, wenn das Verhalten des Gehilfen das Verschuldensersfordernis erfüllt, als ob er für die Verletzung einer eigenen Verbindlichkeit haften müsse.⁶⁰⁶

Nach der zweiten Theorie ist eher ausschlaggebend, ob der Schuldner, wenn er das von seinem Gehilfen begangene schädigende Verhalten selbst vorgenommen hätte, auch dafür verantwortlich gewesen wäre.⁶⁰⁷ Bejahendenfalls würde der Schuldner erst nach § 278 haften. Eine besonders instruktive Beschreibung dafür ist die „Projizierung der Gehilfenhandlung auf den Schuldner“.⁶⁰⁸ Dabei wurde manchmal von „Verschulden im untechnischen Sinne“ gesprochen,⁶⁰⁹ weil das Verschulden desjenigen in Wirklichkeit nicht bestehe, der selbst keine Vertragspflichten gegenüber dem Gläubiger habe und freilich keine Pflichtverletzung begehen könne.⁶¹⁰

Bereits in dem davorliegenden Abschnitt (§ 4 D II, S. 84) wird die behutsame Haltung zur „Projizierungstheorie“ erwähnt, die an dieser Stelle nicht eigens wiederholt werden muss. Im Folgenden wird sich die Diskussion auf die Abstellung der Zurechnungsfähigkeit und den Fahrlässigkeitsmaßstab konzentrieren, die mit den vorgenannten unterschiedlichen Fiktionen zu tun haben.

II. Fragen nach der Verschuldens- und Zurechnungsfähigkeit des Gehilfen

Im Hinblick auf die Frage nach der Verschuldensfähigkeit geht ein Teil der deutschen Lehre davon aus, dass es auf die Person des handelnden Gehilfen ankommen solle.⁶¹¹ Dieser Gesichtspunkt betrifft die vorgenannte erste Fiktion einer eigenen Pflicht des Gehilfen. Käme ein verschuldensunfähiger Gehilfe seiner eigenen Verbindlichkeit

⁶⁰⁵ BGHZ 31, 358 ff., Rn. 20. Zustimmung MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 50.

⁶⁰⁶ Oertmann, 5. Aufl., 1928, BGB § 278 Anm. 4 b, zitiert nach v. Caemmerer, a.a.O., 33 (37 f.).

⁶⁰⁷ Esser/Schmidt, SchuldR I/2, § 27 I 3 c, S. 97; Brox/Walker, SchuldR AT, § 20 II 2 d, Rn. 33 (S. 212); Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 383; Schäfer, RabelsZ 1957, 409 (413). Auch die schweizerische Rechtsprechung teilt die gleiche Denkweise, vgl. BGE 92 II 15 S. 18 mwN. (geschlechtlicher Verkehr des behandelnden Arztes eines privaten Nervensanatoriums mit einer psychisch schwer kranken 17-jährigen Patientin).

⁶⁰⁸ Esser/Schmidt, a.a.O., S. 97; Wienands, a.a.O., 854 (855); Prölss, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1061).

⁶⁰⁹ v. Caemmerer, a.a.O., 33 (37). Ähnliches auch E. Schmidt, AcP 170 (1970), 502 (511); Brox/Walker, SchuldR AT, § 20 I, Rn. 32 (S. 201); Esser/Schmidt, a.a.O., S. 97.

⁶¹⁰ Kaiser/Rieble, NJW 1990, 218 (219); E. Schmidt, a.a.O., 502 (511).

⁶¹¹ BeckOK BGB/Lorenz, 43. Ed. 1.2.2017, § 278 Rn. 48; Jauernig/Stadler (2015) § 278 Rn. 13; NK-BGB/Dauner-Lieb (2016) § 278 Rn. 9; v. Caemmerer, a.a.O., 33 (39).

nicht oder nicht vertragsgemäß nach, wäre er selbst nicht dafür verantwortlich. Demnach würde der Schuldner nicht nach § 278 haften, weil in diesem Fall nicht vom Verschulden die Rede sein könne.

Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, dass schadenstiftende Handlungen einer verschuldensunfähigen Hilfsperson dem Schuldner auch nach § 278 zuzurechnen seien.⁶¹² Die dieser Ansicht folgenden Autoren gehen davon aus, dass die Verschuldensfähigkeit des Schuldners erst für das Vorliegen eines Verschuldens entscheidend sei. Demnach führt dies zum juristischen Addieren vom objektiven Verhalten des Gehilfen und der subjektiven Vorwerfbarkeit des Schuldners.

Die soeben angerissene Diskussion über die Zurechnungsfähigkeit ist vornehmlich nur von akademischer Bedeutung. Für das praktische Ergebnis spielt die differenzierte Abstellung eher eine geringe Rolle. Hätte der Schuldner einen zurechnungsunfähigen Gehilfen eingeschaltet, wäre er dann nach § 276 für eigenes Verschulden verantwortlich.⁶¹³ § 278 kommt nach hier vertretener Ansicht erst zur Anwendung, wenn der gewählte Gehilfe einen zurechnungsunfähigen Dritten zur Erfüllung der übertragenen Pflichten weiter herangezogen hat (also „Gehilfengehilfe“, vgl. oben § 4 A III 1, S. 48 f.).

III. Entscheidender Sorgfaltsmaßstab

1. Verstärkung der Sorgfaltspflicht

Hinsichtlich der Frage nach dem Sorgfaltsmaßstab ist auf den bereits weiter oben erwähnten „wohlgesinnter Geselle“-Fall⁶¹⁴ zurückzukommen. Der BGH hat dort klar ausgeführt, dass sich der Sorgfaltsmaßstab auf die Person des Schuldners richten muss.⁶¹⁵ Sonst würde sich der Schuldner durch Einschaltung desjenigen entlasten, dem wie im „wohlgesinnter Geselle“-Fall nur die relativ geringere Sachkunde und niedrigere Sorgfalt zur Verfügung stehen.

Nur im Ausnahmefall wird auf den Sorgfaltsmaßstab des Erfüllungsgehilfen⁶¹⁶ abgestellt. Hätte der von einem Wohnungsverkäufer eingeschaltete Anlageberater in seiner Werbung behauptet, besondere Fachkenntnisse zu besitzen, sei die Sorgfaltspflicht des Verkäufers entsprechend verstärkt worden.⁶¹⁷ Für den

⁶¹² MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 50; Kupisch, JuS 1983, 817 (821); Prölss, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1061 f.); Larenz, SchuldR AT, § 20 VIII (S. 303); Walker, AL 2015, 109 (116); Brox/Walker, SchuldR AT, § 20 Rn. 33. Wohl auch BeckOGK/Schaub, 1.11.2017, § 278 Rn. 87, der die Entlastung durch Hinzuziehen eines nicht verschuldensfähigen Dritten ablehnt.

⁶¹³ Jauernig/Stadler (2015) § 278 Rn. 13. Auch v. Caemmerer, a.a.O., 33 (39), der andererseits die Entlastungsmöglichkeit des Schuldners anerkennt. Die Konstellation von BeckOGK/Schaub, 1.11.2017, § 278 Rn. 87, dass sich der Schuldner durch Einbeziehung eines nicht verschuldensfähigen Dritten entlasten könne, ist in Ansehung der umgekehrten Beweislast iSd. § 280 I 2 kaum vorstellbar.

⁶¹⁴ BGHZ 31, 358 ff. Zum ausführlichen Sachverhalt vgl. § 4 D III 1 a, S. 85.

⁶¹⁵ Auch BGHZ 114, 263 ff., Rn. 23. Zustimmend Jauernig/Stadler (2015) § 278 Rn. 13; Palandt/Grüneberg (2016) § 278 Rn. 27; S. Lorenz, JuS 2007, 983 (984); Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 64; MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 50; BeckOGK/Schaub, 1.11.2017, § 278 Rn. 85; Prölss, in: FS Canaris I (2007), 1037 (1061).

⁶¹⁶ Palandt/Grüneberg (2016) § 278 Rn. 27; S. Lorenz, JuS 2007, 983 (984).

⁶¹⁷ BGHZ 114, 263 ff. Rn. 23. Für die Begründung wird auf den Schutzzweck des § 278, insb. den „Risiko-Nutznießungsgedanken“ zurückgegriffen, weil sich die Werbung gegenüber dem Verkäufer auch vorteilhaft auswirken kann.

antragstellenden Käufer, der einen Notar mit der Genehmigung anvertraut, gilt nichts anderes.⁶¹⁸ In ähnlichen Konstellationen ist dann der Sorgfaltsmaßstab „des besser qualifizierten Erfüllungsgehilfen“ maßgebend.

2. Besondere Überlegung bei Haftungsmilderungen und -verschärfungen

Die Bedeutung der richtigen Abstimmung des maßgebenden Sorgfaltsmaßstabs kommt insb. dort zum Ausdruck, wo dem Schuldner gesetzlich (z.B. §§ 521, 599, 690) oder vertraglich ein milderer Haftungsmaßstab auferlegt wird. Hat seine Hilfsperson die Schuldnerpflichten gegenüber dem Gläubiger verletzt, muss das Haftungsprivileg bei der Beurteilung der Haftung des Schuldners mitberücksichtigt werden.⁶¹⁹ Widrigenfalls würde ihre haftungsbeschränkende Funktion durch Hinzuziehung von Hilfspersonen drastisch ausgehöhlt.

In dem Fall, in dem ein Verletzter während einer reinen Gefälligkeitfahrt zum Feldberg im Taunus einen Unfall verursacht hat und der Unfall vom mit der Führung des Automobils betrauten Fahrer schuldhaft verursacht worden ist, kommt die Haftung des beklagten Fahrzeugeigentümers nach der entsprechenden Vorschrift iVm. § 278 erst bei grober Fahrlässigkeit des Fahrers in Betracht.⁶²⁰ Nichts anderes gilt für die haftungsverschärfende Regelung oder Vereinbarung. M.a.W., wird die Beurteilung des Verschuldens auf den verschärften Sorgfaltsmaßstab abgestellt. Im Hinblick auf die gesetzliche Haftungserweiterung iSd. § 287 ist das Verschulden des Erfüllungsgehilfen ohne Belang. Sonst würde das Ziel der Haftungsverschärfung unglücklicherweise ausgehebelt.

⁶¹⁸ BGHZ 123, 1 ff., Rn. 34.

⁶¹⁹ BeckOGK/Schaub, 1.11.2017, § 278 Rn. 85.

⁶²⁰ RGZ 65, 17 (20). Nach dem Maßstab der eigenen Haftung des Fahrers wird erst gefragt, wenn der Verletzte ihn auf deliktsrechtlicher Grundlage in Anspruch nimmt. Das wirft die vertrackte Frage auf, ob er sich dagegen unter Hinweis auf die Haftungsprivilegierung wehren kann. Hierzu spielt die gerichtlich entwickelte Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritten eine erhebliche Rolle.

3. Kapitel. Länderberichte: China

Es ist am Anfang dieses neuen Kapitels darauf hinzuweisen, dass die folgende Untersuchung vor allem zwei Ziele hat.

Zuerst setzt sie sich das Ziel, diesbezügliche Regelungen des geltenden chinesischen Rechts zu erforschen, die mehr oder weniger mit der Haftung des Schuldners für den Erfüllungsgehilfen zu tun haben. Eine sachgerechte Lösung kann vor allem nur dadurch gefunden werden, dass man sein Augenmerk auf die *lex lata*⁶²¹ richtet. Die sachgerechte Anwendung des geltenden Rechts genießt zweifellos den Vorrang. Angestrebt ist damit die Analyse von Anwendungsmöglichkeiten bzw. der Tragweite von zu behandelnden Vorschriften des geltenden chinesischen Rechts (§ 6). Eine kritische Analyse muss unter Berücksichtigung der Rechtspraxis lehren, welche evidente bzw. implizite Elemente bei der Anwendung betroffener Vorschriften beachtet werden müssen. Bevor auf die ausgewählten betreffenden Rechtsnormen genauer einzugehen ist, wird eine Vorbemerkung zum chinesischen Recht (§ 5) gemacht. Sie soll es ermöglichen zu verstehen, in welchem Kontext solche Vorschriften angewandt werden.

Das zweite Ziel orientiert sich danach auf die tatbestandliche Konkretisierung der jeweiligen Vorschriften (§ 7). *In concreto* ist zu erklären: Für wen haftet die etwaige vertragsbrüchige Partei? Wer ist also der „Dritte“ (vor allem iSd. Art. 65 und 121 CVG sowie Art. 43 CAGZ)? Wie weit ist das Pflichtenspektrum des Schuldners? In Anbetracht der Tatsache, dass sich der Personenkreis des „Dritten“ iRd. der zu behandelnden Vorschriften zu weit ausdehnt, muss man sich anschließend fragen, ob der ihr zugrundeliegende Rechtsgedanke und das gesetzgeberische Konzept eine solche ausgeweitete Anwendung erlaubt.

⁶²¹ Wie geplant, wird der Vorgang der Kodifikation des chinesischen ZGB in 2 Phasen unterteilt: Kodifikation des Allgemeinen Teils des ZGB und von weiteren vier Büchern. Am 15.3.2017 hat der chinesische Nationale Volkskongress schon den Allgemeinen Teil des ZGB mit einfacher Mehrheit nach Art. 24 des chinesischen Legislationsgesetzes (Jastimme: 2782; Neinstimme:30; Enthaltung: 21) verabschiedet. Die weiteren vier Bücher, die dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses plangemäß in 2018 übergeben und inzwischen von ihm überprüft werden, soll in 2020 in den Nationalen Volkskongress eingebracht werden. Vgl. *Liang, Huixing* (梁慧星), in: *Northern Legal Science* (北方法学), 01/2017, 37 (37). Kritik an dem Allgemeinen Teil des chinesischen ZGB, vgl. *Jin, Keke* (金可可), in: *Oreintal Law* (东方法学), 05/2016, 116 ff.; *Liu, Jingwei* (柳经纬), in: *Legal Science* (法学), 10/2016, 3 ff. Der Entwurf des Schuldrechts wird aber noch nicht veröffentlicht. Die Frage, ob der chinesische Gesetzgeber Art. 121 CVG wegfallen lässt, oder unverändert ins zukünftige ZGB übertragen wird oder ob er einen veränderten Gesetzestext kodifizieren möchte, ist bisher unbeantwortet.

§ 5 Vorbemerkungen zum chinesischen Vertragsrecht⁶²²

Der Blick ist nun auf das chinesische Recht geworfen.⁶²³ In diesem Abschnitt werden ein paar notwendige unvollkommene Vorbemerkungen zum geltenden Recht gemacht.

A. Die Fülle der einschlägigen Konstellationen zur Erfüllungsgehilfenhaftung

Die Behauptung, das chinesische Recht kenne keine Sonderregel⁶²⁴ über die Haftung für Erfüllungsgehilfen, ist wenigstens auf den ersten Blick zutreffend. Anders als das Taiwan-ZGB⁶²⁵ hat das CVG keine Vorschrift, die dem deutschen § 278 wörtlich ähnelt. Auf diesem Hintergrund kann eine (voreilige) Annahme aber nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass sich die in Deutschland mit der Erfüllungsgehilfenhaftung verbundenen Konstellationen nicht in China finden lassen.⁶²⁶ Die These, das chinesische Recht kenne keinen Erfüllungsgehilfen, ist m.E. damit von vornherein unzutreffend. Terminologisch tauchte der Begriff „Erfüllungsgehilfe“ (履行辅助人) – wenn auch nicht sehr oft und nicht im gleichen Sinne – manchmal in der chinesischen Rspr.⁶²⁷ und Lit.⁶²⁸ auf.

In einer arbeitsteiligen Gesellschaft bezeichnet der Ausdruck „Erfüllungsgehilfe“ zuerst nur die praktische Position von Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner dem Gläubiger gegenüber geschuldeter Verbindlichkeit bedient. Das Wort „Erfüllungsgehilfe“ beschreibt vor allem lediglich einen alltäglichen Lebenssachverhalt in einer modernen arbeitsteiligen Gesellschaft. Den Rechtsbegriffsinhalt bzw. den rechtlichen Sinn des Wortlauts „Erfüllungsgehilfe“ erkennt eine Rechtsordnung erst danach, wenn ein betreffender Sachverhalt, bei dem der „Gehilfe“ im Verantwortlichkeitsbereich des Schuldners Leistungsstörungen herbeiführt, tatsächlich vorliegt. Das Recht bringt dann vielfältige Lebenssachverhalte normativ hervor.⁶²⁹ Folgende Fälle, in denen der Schuldner sich

⁶²² Zu erinnern ist hier, dass das chinesische Vertragsrecht nicht nur das Vertragsgesetz, sondern auch das CAGZ, weitere Sondergesetze wie das Versicherungsgesetz sowie viele Justizauslegungen erfasst.

⁶²³ Das Taiwan-ZGB, dessen fünf Teile nach und nach vom 10.10.1929 bis zum 5.5.1931 in Kraft traten und sämtlich ab 1.10.1949 im chinesischen Festland außer Kraft gesetzt wurde, blendet hier von vornherein aus. Zur Entwicklungsgeschichte des geltenden Taiwan-ZGB, vgl. ausführlich *SHAO, Jiandong* (邵建东), JZ 1999, 80 (80 f.).

⁶²⁴ *CHI, Ying* (迟颖) hat in ihrer Dissertation (S. 177) angedeutet, dass Art. 65, 121 CVG und Art. 116 CAGZ dem § 278 BGB entspreche. Dieser Gleichstellung kann nicht gefolgt werden. Art. 116 CAGZ statuiert nur die Haftung des Schuldners, der diese wegen eines von obrigkeitlicher Stelle hinzutretenden Leistungshindernisses nicht vertragskonform erfüllen kann. Eine irgendwie geartete Behörde ist kein Erfüllungsgehilfe, da sie nur ihr öffentliches Amt ausübt. Art. 65 CVG trifft nur die Fälle, in denen der Gläubiger und der Schuldner sich über die Erfüllung durch Dritte einigen, vgl. unten § 6 C III, S. 155 ff.

⁶²⁵ Art. 224 Taiwan-ZGB stellt bloß eine Kopie von § 278 dar. Ausführlich vgl. unten § 8 I 3, S. 242.

⁶²⁶ Gleiches gilt für das Thema der Wissenszurechnung iSd. § 166. Die Stagnation und Sterilität der wissenschaftlichen Diskussion über das Problemfeld „Wissenszurechnung“ im französischen, englischen und US-amerikanischen Recht weisen nirgends darauf hin, dass sich dort keine diesbezüglichen Fälle „ereignen würden“. Vgl. *Wagner*, ZEuP 2017, 203 (205).

⁶²⁷ OVGH, Urteil (2015) – ZB 731 [最高人民法院 (2015) 民申字第 731 号]; OVGH, Urteil (2013) – IV ZR 1 [最高人民法院 (2013) 民四终字第 1 号]; OVGH, Urteil (2015) – ZB 961 [最高人民法院 (2015) 民申字第 961 号]; OVG Chongqing, Urteil (2016) – W 1284 [重庆市高级人民法院 (2016) 渝民申 1284 号]; OVG Tianjin, Urteil (2014) – IV U 72-74 [天津市高级人民法院 (2014) 津高民四终字第 72-74 号].

⁶²⁸ *XIE, Gen* (解亘), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 143 ff.; *ders.*, in: *Modern Law Science* (现代法学), 06/2014, 27 ff.; *ZHOU, Jianghong* (周江洪), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 153 (155 ff.). Jüngst auch *LIANG, Huixing* (梁慧星), in: *Research on Rule of Law* (法治研究), 01/2017, 3 (3).

⁶²⁹ *Brecher*, in: FS Lange (1970), 123 (126).

zur Erfüllung seiner (zunächst vertraglichen) Verbindlichkeit eines Dritten bedient, ist uns *exempli causa* in sehr unterschiedlichen Lebenssituationen des chinesischen wirtschaftlichen Alltags nicht fremd. Bei solchen Fällen ergibt sich eine merkwürdige Gemeinsamkeit mit den nach § 278 behandelten klassischen Konstellationen: Nicht der Schuldner selbst, sondern ein Dritter hat das schadenstiftende Ereignis herbeigeführt.

(1) Der Verkäufer, der dem Käufer die Installation der gekauften Klimaanlage schuldet, schließt seinerseits einen Werkvertrag mit einem selbstständigen Installateur ab und beauftragt ihn mit der Installationsarbeit.⁶³⁰ Während der Installation zerstört der Installateur versehentlich das Fensterglas des Käufers. Der Verkäufer wurde daraufhin vom Käufer verklagt.

(2) Der Automieter übergibt seiner Freundin aus Liebe den Mietwagen. Das Auto stößt wegen Fahrlässigkeit der leichtsinnigen Fahrerin mit einem anderen zusammen. Das Mietwagenunternehmen nimmt nun den Automieter in Anspruch.⁶³¹

(3) Der Wohnungsmieter lebt mit seinem Sohn in der Mietwohnung. Die Wohnung wird jedoch durch einen von einem Kleinkind verursachten Brand zerstört.⁶³² Der Vermieter verlangt vom Mieter Schadensersatz.

(4) Ein Wohnungsvermieter lässt durch einen Arbeiter, der durch einen Verkäufer von Gasdurchlauferhitzern beauftragt worden ist, ein solches Gerät einrichten. Der Arbeiter dichtet jedoch das Auspuffrohr mangelhaft ab. Die volljährige Tochter des Mieters, die in den Winterferien bei ihren Eltern wohnt, kommt durch Vergiftung durch das entströmende Gas in der Dusche ums Leben.⁶³³

(5) Der Supermarkt beauftragt eine Reinigungsfirma mit Reinigungsarbeiten in den Filialen. Eine dieser Arbeiten überträgt die Firma ihrer Mitarbeiterin A, an deren Zuverlässigkeit erfahrungsgemäß kein Zweifel besteht. Ein Kunde stolpert über das von A absichtslos auf dem Boden liegende Netzkabel eines Staubsaugers und erleidet einen schweren Armbruch. Der Kunde verklagt den Supermarkt auf Schadensersatz.⁶³⁴

Die Verletzung vertraglicher (Leistungs- oder Neben-⁶³⁵) Pflichten ist in den obigen

⁶³⁰ UVG Shanghai Baoshan, Urteil (2007) - I C 614 [上海市宝山区人民法院 (2007) 宝民一 (民) 初字第 614 号]. Einer Entscheidung des französischen Kassationshofs, die deliktsrechtlich behandelt worden ist, liegt ein sehr ähnlicher Sachverhalt zugrunde, vgl. *Cass. Crim.* 22.3.1988, J.C.P.IV 202 = Rev. trim. civ 1988, 774, zitiert nach *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (295).

⁶³¹ UVG Guangxi Luchuan, Urteil (2013) - C 1933 [广西壮族自治区陆川县人民法院 (2013) 陆民初字第 1933 号].

⁶³² Shanghai-No. 2-MVG, Urteil (2011) - I S 857 [上海市第二中级人民法院 (2011) 沪二中民一 (民) 终字第 857 号].

⁶³³ MVG Jiaxing, Urteil (2015) - S 641 [嘉兴市中级人民法院 (2015) 浙嘉民终字第 641 号]. Der zugrundeliegende Sachverhalt nähert sich dem frühen RGZ 102, 231 ff. an, in dem das Reichsgericht den selbstständigen Handwerker als Erfüllungsgehilfen des Vermieters angenommen hat.

⁶³⁴ OVG Liaoning, Urteil (2015) - I W 403 [辽宁省高级人民法院 (2015) 辽审一民申字第 403 号].

⁶³⁵ Eine Besonderheit liegt beim schweizerischen Recht darin, dass bei der Verletzung einer Schutzpflicht Art. 101 OR bloß „*sinngemäße*“ oder „*analoge*“ Anwendung findet. Vgl. *Koller*, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, S. 40 und 76. Würde die Schutzpflicht als klagbare Verbindlichkeit angesehen, wäre eine unmittelbare Anwendung des Art. 101 OR erst möglich. Eben *ders.*, S.40 (Fn. 119).

Konstellationen grundsätzlich nicht schwer festzustellen. Das eigene Verschulden des Haftungskandidaten (Schuldners) ist allerdings nicht so leicht ersichtlich. Außerdem geht es um die Frage, ob und inwieweit der Haftungskandidat für Schäden verantwortlich ist, die ein Dritter schuldhaft verursacht hat.⁶³⁶ Es stellt sich anschließend die Kernfrage, mit welchen konkreten Regelungen das chinesische Gericht derartige Sachverhalte entscheidet.

B. Garantie- oder Verschuldenshaftung im chinesischen Vertragsrecht als die Vorfrage

*Kötz*⁶³⁷ hat in einem vor Kurzem erschienenen Aufsatz darauf abgehoben, dass eine dem § 278 entsprechende Vorschrift dort nicht notwendig sei, wo – beispielsweise im Common Law – eine strenge Haftung wegen der Vertragsverletzung statuiert werde.⁶³⁸ Insoweit sind auch die Auffassungen von *Caspers* und *Schaub* sehr ähnlich,⁶³⁹ weil § 278 das Verschuldensprinzip durchbreche und der Schuldner da ohnehin haften müsse. Wenn dieser Befund zutrifft, würde die vorliegende Untersuchung in gewissem Umfang an praktischer Bedeutung einbüßen. Vor der ausführlichen Diskussion über die Haftung von Erfüllungsgehilfen ist die mitentscheidende Vorfrage unausweichlich, ob das chinesische Recht trotz der breiten Bejahung für eine vertragsrechtliche Garantiehaftung⁶⁴⁰ die Abkehr vom Verschuldensprinzip vollständig durchführt.

I. Allgemeine vertragliche Haftungsnorm: Art. 107 CVG

Vorweg ist zu erwähnen, dass das CVG eine allgemeine Haftungsnorm hat, wie der geltende § 280 BGB. Allerdings fehlt es an einer dem § 280 I 2 entsprechenden Vorschrift, welche das Vorliegen des Vertretenmüssens ausdrücklich fordert. Dieses Fehlen hat – wie unten gezeigt wird – einen Streit um das Zurechnungsmodell der Vertragshaftung⁶⁴¹ hervorgerufen.⁶⁴²

⁶³⁶ Die Möglichkeit der geschädigten Partei, ihrem Vertragspartner gegenüber deliktische Ansprüche geltend zu machen, wird hierzu nicht im Einzelnen geprüft.

⁶³⁷ *ders.*, ZEuP 2017, 283 (288).

⁶³⁸ Ähnlich sagt *Rathjen*, BauR 2000, 170 (171).

⁶³⁹ *Staudinger/Caspers* (2014) § 278 Rn. 60; *BeckOGK/Schaub*, 1.11.2017, § 278 Rn. 85.

⁶⁴⁰ Vgl. weiter oben Fn. 30 und 31.

⁶⁴¹ Die Bezeichnung „Vertragshaftung“ ist in deutschem Recht vergleichsweise weniger benutzt. Das „Leistungsstörungenrecht“ oder das „Recht der Leistungsstörungen“ wird hingegen mehr gesprochen. Vgl. *Dauner-Lieb*, Das Leistungsstörungenrecht im Überblick, in *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht, 2002; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2005; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT (2015), 5. Teil Die Leistungsstörungen. Vgl. auch *Brieskorn*, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, 2010, Einl. II C, S. 27 (Fn. 37). *Esser/Schmidt* hat unter Berücksichtigung der Haftung bei nichtigen oder anfechtbaren Verträgen von der Kennzeichnung „Obligationshaftung“ statt „Vertragshaftung“ Gebrauch gemacht. Vgl. *Esser/Schmidt*, SchuldR I/1, § 8, Rn. 1 (S. 128).

Der Terminus „Vertragshaftung“ oder „Haftung wegen Vertragsbruchs“ wird demgegenüber im Kontext des chinesischen Rechts breit angewandt. Diese Besonderheit ist wohl darauf zurückzuführen, dass in chinesischem Recht ein selbständiges Vertragsgesetz gibt, das ausschließlich bereichsspezifische Regelungen des Vertragsrechts, aber nicht des Schuldrechts, vorsieht. Vgl. *HUANG, Xin* (黄欣), in: *China Legal Science* (中国法学), 02/1984, 42 ff.; *LI, Xuebin* (李学斌), in: *Journal of SWUPL* (西南政法大学学报), 04/1999, 51 ff.; *WANG, Liming* (王利明), in: *Legal Science* (法学), 05/2002, 45 ff.; *YI, Jun* (易军), in: *Science of Law* (法律科学), 03/2004, 51 ff.; *ZHU, Guangxin* (朱广新), in: *Tribune of Political Science and Law* (政法论坛), 04/2008, 76 ff.

⁶⁴² Es wird die Auffassung vertreten, dass allein aus dem Fehlen des ausdrücklichen Wortlauts „schuldhaft“ sich nicht herleiten lässt, der Gesetzgeber habe für die vertragliche Haftung auf das Verschuldensprinzip verzichtet. vgl. unten Fn. 663.

1. Regelungsinhalt

Die vertragliche Haftung (wissenschaftliche Überschrift der Norm: Vertragsbruch oder „*Breach of contract*“) hat im 7. Kapitel des CVG in den Art. 107-122 relativ ausführliche Regelungen erfahren.

Art. 107 CVG stellt die allgemeine und zentrale Haftungsnorm vor.⁶⁴³ Etwas anders als das deutsche Leistungsstörungenrecht, welches die Formen der Leistungsstörungen wesentlich in Unmöglichkeit, Verzug sowie allgemeine Pflichtverletzungen⁶⁴⁴ unterteilt, differenziert Art. 107 CVG nur zwei verschiedenartige Fälle: „Nichterfüllung“ und „nicht vereinbarungsgemäße (vertrags- oder ordnungsgemäße) Erfüllung“.⁶⁴⁵ Beide Erscheinungsformen lassen sich unter dem einheitlichen, allgemein formulierten Oberbegriff „Vertragsbruch“ fassen, welcher gewiss mit den im deutschen Recht oder internationalen Rechtswerken oder Rechtsvereinheitlichungsvorschlägen gebrauchten Terminologien wie Leistungsstörung, Pflichtverletzung,⁶⁴⁶ Nichterfüllung,⁶⁴⁷ verwandt ist.

Zum Fall „Nichterfüllung“ gehören neben den klassischen Formen der Unmöglichkeit, die sich auf subjektive oder objektive Hindernisse bezieht und anfänglich oder nachträglich vorkommt, noch die sog. grundlose ausdrückliche oder konkludente Verweigerung der Erfüllung durch den Schuldner, welche unmittelbar in Art. 108 CVG⁶⁴⁸ gesondert vorgesehen ist. Der Fall „nicht vereinbarungsgemäßer

⁶⁴³ Art. 107 CVG bestimmt: *Erfüllt eine Partei eine ihrer Vertragspflichten nicht oder nicht vereinbarungsgemäß, hat sie wegen der Vertragsverletzung ihre Pflichten weiter zu erfüllen, Abhilfemaßnahmen zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen.*

⁶⁴⁴ Diese umfangreiche Kategorie wurde erst nach dem Inkrafttreten des BGB wesentlich durch Lehre und Rechtsprechung hinzugefügt und hat später eine nachhaltige Konkretisierung erfahren.

⁶⁴⁵ Art. 107 CVG gilt für alle gegenseitigen oder nicht gegenseitigen Verträge, für alle Leistungs- oder Nebenpflichten. Seine Gliederung ähnelt (nur) in der Struktur dem § 323 BGB, d.h. dass dem Gläubiger bei „Nichterfüllung“ oder „nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung“ nach erfolglosem Ablauf der angemessenen Frist eine Befugnis zum Rücktritt vom ganzen Vertrag gewährt werden kann. Ebenso wie die japanische Lehre, die nach dem Vorbild des deutschen Rechts drei Arten der Leistungsstörungen allmählich differenziert, hat die chinesische Rechtswissenschaft inzwischen Unmöglichkeit, Verzug, unvollkommene Erfüllung, Verweigerung der Erfüllung, Gläubigerverzug als wesentliche Formen der Leistungsstörungen anerkannt. Vgl. *CUI, Jianyuan* (崔建远) (Hrsg.), *Vertragsrecht*, S. 286 ff.

⁶⁴⁶ Über die terminologische Auseinandersetzung über „Pflichtverletzung“ oder „Nichterfüllung“ bei der deutschen Schuldrechtsmodernisierung vgl. jüngst *Looschelders*, in: *FS Canaris* (2017), 403 ff.; früher *U. Huber*, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 29 (35 ff.) und *U. Magnus*, *Der Tatbestand der Pflichtverletzung*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, 65 (65 ff.). Die Lehre ist grundsätzlich einig, dass das Schadensersatzrecht des CISG im Gegensatz zum neuen deutschen Schuldrecht vom Konzept „Nichterfüllung“ aus. Vgl. *U. Huber*, *Leistungsstörungen*, Bd. I, § 1 I 2 (S. 5) m.w.N.; *Schlechtriem*, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, 1981, S. 66, 95; *Karollus*, *UN-Kaufrecht*, 1991, S. 90 f., 132 f., 176; v. *Caemmerer/Schlechtriem/Stoll*, Art. 79 CISG Rn. 12; v. *Caemmerer/Schlechtriem/Huber*, Art. 45 CISG Rn. 10 f.

⁶⁴⁷ In rechtsvergleichender Umschau ist die Terminologie „Nichterfüllung“ („Non-performance“, „*inexécution*“) relativ beliebter. Art. 1147 a.F. C.c verwendete das Wort „*inexécution*“, was von der amtlichen Überschrift (*L'inexécution du contrat*) vor section 5 (genauer Art. 1217 ff. n.F. C.c) übernommen worden ist. Außerdem haben sich Art. 45 I, 61 I, 79 CISG; Art. 7.1.1, 7.4.1 PICC; Art. 1:301 (4), 4:119, 8:103, 8:105, 9:501 (1) ff. PECL; Art. III.-3:701 (1), III.-1.102 (3) DCFR; Art. 87, 159 (1) GEK/CESL (KOM[2011] 635 end.) auch für diese Begriffswahl entschieden.

⁶⁴⁸ In Anlehnung an das anglo-amerikanische Rechtssystem und Art. 72 CISG regelt Art. 108 CVG die sog. antizipierte Vertragsverletzung, die dem Gläubiger ermöglicht, vor der Fälligkeit von Leistungspflichten Schadensersatz zu verlangen. Eine rechtsvergleichende Diskussion über die Rechtsfigur der antizipierten Vertragsverletzung nach deutschem und englischem Recht, siehe dazu ausführlich *Weidt*, *Antizipierter Vertragsbruch*, 2008. Der Streitstand seitens des chinesischen Rechts, vgl. *WANG, Liming* (王利明), in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 06/2016, S. 5 ff.

Erfüllung“ mag weit auszulegen sein, um alle möglichen Formen der Leistungsstörung zu erfassen. Theoretisch kann der Sonderfall „Nichterfüllung“ deshalb auch als eine Kategorie der „nicht vereinbarungsgemäßen Erfüllung“ iW.S. verstanden werden.

Wenn wir uns zu sehr auf den Wortlaut „vereinbarungsgemäß“ konzentrieren, so können wir uns der Vorstellung nicht erwehren, dass Art. 107 CVG dem Normtext nach nur die durch Parteivereinbarung begründeten Pflichten erfassen könnte. Das erscheint auf den ersten Blick plausibel, wenn die Vorschrift allzu wörtlich verstanden wird. Für die Beurteilung der Frage, ob Art. 107 CVG auch die gesetzlich angeordneten Pflichten⁶⁴⁹ betrifft, kommt es darauf an, dass von solchen Pflichten wegen ihrer grundsätzlichen Dispositivität ggf. durch „zulässige“ Parteivereinbarungen⁶⁵⁰ abgewichen werden kann. Ohne abweichende Verabredung sind diese Pflichten, die durch Gesetz verankert sind, schon von vornherein ein Teil des Vertrags. Das Wort „vereinbarungsgemäß“ ist damit als „vertragsgemäß“⁶⁵¹ zu verstehen.

Ebenso wenig spielt damit eine Rolle, welche konkrete Verpflichtung der Schuldner verletzt. Art. 107 findet sowohl bei der Verletzung von Leistungs- als auch Nebenpflichten⁶⁵² Anwendung. Die „nicht vereinbarungsgemäße“ Erfüllung als Sammelbegriff kann damit sämtliche Verletzungen aller Pflichten erfassen. Vor diesem Hintergrund erhält das chinesische Vertragsgesetz im Art. 107 CVG – ungeachtet der besonderen Regelungen – eine sog. lückenlose Haftungsnorm.⁶⁵³

2. Rechtsbehelfe wegen Vertragsverletzung

Die Besonderheit des Art. 107 CVG liegt darin, dass er nicht nur die Rechtsfolgen der „Nicht- und nicht vertragsgemäßen“ Erfüllung, sondern auch konkrete Rechtsbehelfe für Vertragsverletzung regelt. Art. 107 CVG führt drei hauptsächliche Rechtsbehelfe auf: (1) Anspruch auf Erfüllung „in Natur“ (*specific performance*);⁶⁵⁴ (2) Ergreifen

⁶⁴⁹ Art. 42 Nr. 3, 43, 60 II, 90 CVG, die Mitteilungs-, Mitwirkungs- und Schweigepflichten im vorvertraglichen, vertraglichen und nachvertraglichen Stadium vorsehen, sind einschlägige Beispiele. Ob eine nicht ordnungsgemäß erfüllte Pflicht unmittelbar aus der Parteivereinbarung oder aus dem Gesetz folgt, ist gleichgültig. Unter dem Begriff „Gesetz“ sind nur formelle Gesetze und damit keine Verordnungen vom Staatsrat und seinen Ministerien zu verstehen, vgl. OVGH, Urteil (2015) – II ZR 251 [最高人民法院 (2015) 民二终字第 251 号].

⁶⁵⁰ Im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung und -ausschluss wird hierzulande beispielsweise nur kurz vermerkt, dass sich die strenge Begrenzung der Abdingbarkeit dadurch erweist, dass die Ersatzpflicht wegen Verletzung von Personen und vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung von Sachschäden nicht ausgeschlossen werden darf (Art. 53 CVG, einigermaßen ähnlich wie Art. 100 I OR: nichtiger Ausschluss der „Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit“). Im AGB-Recht (wesentlich Art. 40 CVG) ist die Beschränkung im größeren Umfang strikter.

⁶⁵¹ Das Verständnis ist im großen Teil mit dem Normtext „nach dem Vertrag ... nicht“ in Art. 45 I CISG, „erfüllt ... nicht dem Inhalt der Schuld entsprechend“ in § 415 Japan-ZGB sowie „... nicht gehörig bewirkt“ in Art. 97 I OR vergleichbar.

⁶⁵² HAN, Shiyuan (韩世远), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 06/2005, 89 (95 f.). Theoretisch hätte der chinesische Richter die Haftung aus Verletzungen der vertraglichen Nebenpflichten auf Art. 60 II iVm. Art. 107 CVG zu unterstützen, wenn man Art. 60 II CVG nur als eine mit § 241 II BGB vergleichbare Vorschrift, also keine eigenständige Anspruchsgrundlage, ansehen würde. Zur Besonderheit der Wortwahl des chinesischen Recht vgl. unten § 10 VI, S. 281 ff. Außerdem erkennt die chinesische Lehre das Rücktrittsrecht des Gläubigers bei Nebenpflichtverletzung an. Vgl. HAN, Shiyuan (韩世远), in: *Jinan Journal* (暨南学报), 02/2011, 7 (9).

⁶⁵³ Gleiches gilt auch für den Begriff „Vertragsverletzung“ iRd. (D)CFR, vgl. Magnus, ZEuP 2007, 260 (264).

⁶⁵⁴ Die von Thomas Riehm 2011 fertiggestellte und 2015 publizierte Habilitationsschrift „Der Grundsatz der Naturalerfüllung“ ist aus rechtsvergleichender Sicht sehr lesenswert. Insb. § 8 der Schrift stellt einen Überblick auf

von Abhilfemaßnahmen; (3) Schadensersatz.⁶⁵⁵ Er weist hinsichtlich solcher Formen von Rechtsbehelfen bei der Nichterfüllung eine augenfällige Anlehnung an Art. 45 I CISG auf.

Diese Regelung enthält im Hinblick auf den Anspruch auf Naturalerfüllung eine wichtige Verquickung des anglo-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Rechtskreises. Einerseits wird der in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen im Vordergrund stehende Naturalerfüllungsanspruch (z.B. § 241 I 1 BGB) entsprechend den Gedanken des anglo-amerikanischen Rechtskreises⁶⁵⁶ (wie Art. 45 I a iVm. 46 CISG) als einer der Rechtsbehelfe ausgestaltet. Andererseits hat der chinesische Gesetzgeber im Art. 107 CVG – anders als das anglo-amerikanische Recht⁶⁵⁷ – sich nicht für einen Grundsatz der Geldkondemnation entschieden, sondern dem Gläubiger die Wahl eingeräumt, Naturalerfüllung oder Schadensersatz zu verlangen, da die bloße Nebeneinanderstellung von drei unterschiedlichen Rechtsbehelfen keinen Vorgang einer bestimmten Kategorie impliziert.

Überdies wird die Durchsetzbarkeit des Naturalerfüllungsanspruchs durch Art. 110 CVG beschränkt.⁶⁵⁸ Der allgemeine Erfüllungsanspruch in Natur kommt dann in Betracht, wenn der Schuldner noch nicht erfüllt hat. Ansonsten würde der Anspruch auf das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen übermäßig verdrängt. Zeigt sich ein Mangel beispielsweise nach der Ablieferung, ist der Anspruch auf Abhilfemaßnahmen deshalb einschlägig.

Außerdem ist es iRd. chinesischen Rechtswissenschaft noch umstritten, welche Maßnahmen in die Kategorie der sog. Abhilfemaßnahmen einzuordnen sind. Dazu können Art. 46 II (Ersatzlieferung) und III CISG (Nachbesserung) wichtige Anstöße geben.⁶⁵⁹ Von den iwS. zu verstehenden Abhilfemaßnahmen sind die Reparatur, Neuherstellung, Ersatzlieferung oder Austausch erfasst.⁶⁶⁰ Dieser Anspruch kommt beispielsweise (erst) im Falle der Lieferung einer nicht vertragsgemäßen Kaufsache,⁶⁶¹ der Gebrauchsüberlassung einer nicht abredegemäßen Mietsache, der

den Grundsatz der Naturalerfüllung im CISG dar. vgl. *ders.*, S. 449 ff.

⁶⁵⁵ Man sollte Art. 107 CVG nicht als eine abschließende Regelung missverstehen, weil der chinesische Gesetzgeber hier bewusst „etc.“ verwendet. Dadurch wird dem Richter die Möglichkeit vorbehalten, anhand der Umstände des Einzelfalls andersartige Formen zu ergreifen. Außerdem ist das Nebeneinander von Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch im Art. 97 CVG ausdrücklich vorgesehen. Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz stellt eine augenfällige Gemeinsamkeit von unterschiedlichen Rechtsordnungen und Rechtsvereinheitlichungsversuchen dar. § 325 BGB, Art. 97, 112 CVG, Art. 45 II, 61 II CISG, Art. 8:102, 9:305 I PECL, Art. 7.3.5 II PICC, Art. III.-3:509 III DFCR teilen dieselbe Konzeption.

⁶⁵⁶ MüKoBGB/Huber (2016) Art. 46 CISG Rn. 3.

⁶⁵⁷ Vgl. *Riehm*, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, S. 15 ff; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* (2013), CISG Art. 28 Rn. 2.

⁶⁵⁸ Der Naturalerfüllungsanspruch auf Nichtgeldschuld ist in folgenden Fällen ausgeschlossen: Bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit (Art. 110 Nr. 1 CVG); bei Vertragsgegenständen, für die eine Zwangsvollstreckung nicht geeignet ist, und bei unzumutbaren hohen Erfüllungskosten (Nr. 2); im Falle, dass der Gläubiger in angemessener Frist seinen Erfüllungsanspruch nicht geltend macht (Nr. 3).

⁶⁵⁹ Wohl auch Art. 9:102 I PICC, nach dem die Ersatzlieferung und die Nachbesserung von der „Abhilfe“ erfasst werden kann, vgl. *Schauer*, in: FS E. Kramer (2004), 627 (634).

⁶⁶⁰ Chinesische Juristen sehen die Reparatur, Neuherstellung, Ersatzlieferung oder den Austausch iRd. als die konkreten Erscheinungsformen des „specific performance“, vgl. *HAN, Shiyuan* (韩世远), in: *Jinan Journal* (暨南学报), 02/2011, 7 (10); *ders.*, Vertragsrecht AT, 2008, S. 546; *LIU, Kaixiang* (刘凯湘), Vertragsrecht, 2006, S. 238.

⁶⁶¹ MüKoBGB/Huber (2016) Art. 46 CISG Rn. 6 ff.

Herstellung vertragswidriger Werke in Betracht. Der Anspruch auf *specific performance* kommt theoretisch erst im Fall der Nichterfüllung zur Anwendung.

II. Vertragliche Garantiehaftung als die Ausgangsposition des historischen Gesetzgebers

1. Auseinandersetzung über das vertragsrechtliche Zurechnungsprinzip

Der Erlass des CVG zählt zu einem der wichtigsten Ereignisse der chinesischen Gesetzgebung in den 1990er Jahren. Mit der Frage, welchem Verantwortlichkeitsprinzip das chinesische Vertragsgesetz folgen soll, haben sich chinesische Juristen bereits bei der Kodifikation intensiv beschäftigt. Ohne in der vorliegenden Arbeit ins Detail zu gehen, wird hier nur eine skizzierte Darstellung der gesetzgeberischen Entscheidung für eine verschuldensunabhängige vertragliche Schadensersatzhaftung gewidmet.

a) Herrschende Meinung: verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung

Ein kurzer Blick ist auf den Vorgänger des Art. 107 CVG – Art. 111 iVm. 106 I CAGZ – zu werfen, dessen zugrundeliegendes Zurechnungsprinzip schon durchgreifend diskutiert worden ist. Angesichts ihrer inhaltlichen Gleichheit ist die Beurteilung von Art. 111 iVm. 106 I CAGZ auch auf Art. 107 CVG übertragbar. Die h.M. erachtet eine vertragliche Garantiehaftung für geboten.⁶⁶²

b) Mindermeinung: Verschuldensprinzip

CUI, Jianyuan (崔建远)⁶⁶³ hat auf eine entgegengesetzte Richtung hingewiesen: Allein die Behauptung, dass der Wortteil „*schuldhaft*“ schon im Art. 106 I CAGZ⁶⁶⁴ fehlt, erlaube für sich allerdings nicht die Folgerung, dass das CAGZ das Verschuldensprinzip aufgegeben habe. Zur Begründung zitiert er viele Aussagen aus den erst nach dem Inkrafttreten von CAGZ veröffentlichten Lehrbüchern von einigen Zivilrechtlern, die persönlich an dem Gesetzgebungsprozess von CAGZ teilgenommen haben. Anschließend hat er die ungeeignete Ausdehnung von Wertungen und Abwägungskriterien kritisiert, die (ausschließlich) der verschuldensunabhängigen Haftung beim internationalen Warenkauf zugrunde liegen. Solche strengen Kriterien würden nicht mit allen Vertragstypen im Einklang stehen. Außerdem hat er an den Beispielen des deutschen BGB, des niederländischen Burgerlijk Wetboek und des französischen Code civil darauf hinweisen, dass eine

⁶⁶² Ausführlich vgl. *LIANG, Huixing* (梁慧星), in: *Civil and Commercial Law Review* (民商法论丛), Vol. 8 (1997), 1 (3 ff.). *LIANG*, der selbst an beiden Redaktionsarbeiten von CAGZ und CVG teilgenommen hat, ist einer der einflussreichsten Juristen in der chinesischen Rechtswissenschaft. Mangels Gesetzgebungsmaterialien dienen seine Aufsätze oft als die einzige maßgebliche Quelle, aus der man die gesetzgeberischen Konzeptionen und die Hintergründe für die Entscheidungen ermitteln kann. Gleiches gilt für das deutsche Recht, vgl. *Larenz, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 218: „*Erkenntnisquellen ...der ... beteiligten Personen*“. Diese Behauptung von *LIANG* wurde wiederholt zitiert, soweit man das Zurechnungsprinzip der vertraglichen Haftung diskutiert hat. Zustimmung auch *XU, Jie* (徐杰), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/1999, 21 (21 f.).

⁶⁶³ *ders.*, in: *Civil and Commercial Law Review* (民商法论丛), Vol. 11 (1999), 190 [196 f.]; *ders.*, (Hrsg.), *Vertragsrecht*, S. 296. Kritische Haltung vgl. auch *HAN, Shiyuan* (韩世远), *Forschung nach Schadensersatz bei Vertragsbruch* (违约损害赔偿研究), S. 58 ff.

⁶⁶⁴ Art. 106 I CAGZ Verletzen die Bürger (als natürliche Personen zu verstehen) oder juristische Personen den Vertrag oder erfüllt weitere Pflichten nicht, sind sie dafür zivilrechtliche verantwortlich.

angebliche Entwicklungstendenz zur verschuldensunabhängigen Vertragshaftung eher wenig aussagekräftig sei. Schließlich warnte er vor, dass eine radikale Garantiehaftung die Funktion der Steuerung von vertragstreuem Verhalten schwächen könne.

2. Stellungnahme: Garantiehaftung im Art. 107 CVG

Im Ausgangspunkt ist es ohne Umschweife zuzugeben, dass die vorliegende Arbeit eine verschuldensunabhängige Vertragshaftung im Art. 107 CVG befürwortet. Ob diese Haltung zutrifft, ist im Folgenden zu erörtern.

a) Entwicklungsgeschichtliche Betrachtung von Haftungsgrundnormen bzw. dem Verantwortlichkeitsgrundsatz

Bevor das CVG am 1. Oktober 1999 in Kraft trat, gab es damals vier Gesetze, d.h. drei außer Kraft gesetzten speziellen Vertragsgesetze,⁶⁶⁵ die separat auf unterschiedliche Bereiche Anwendung fanden, und das bisher praktizierte „Gesetz über allgemeine Grundsätze des chinesischen Zivilrechts« (CAGZ).⁶⁶⁶ Ohne an dieser Stelle auf alle (Kern-)Probleme aus den vorhergehenden vier Gesetzen ins Detail zu gehen, genügt es angesichts des hier zu behandelnden Themenbereiches schon, bloß die vertragsrechtlichen Haftungsnormen bzw. speziellen Zurechnungsnormen im Folgenden zu behandeln.

aa) Abkehr vom Verschuldensprinzip bei Vorgängern des CVG?

Während Art. 29 I (ehemaliger Art. 32 I vor der Modifikation am 2.9.1993) des chinesischen Wirtschaftsvertragsgesetzes (CWVG)⁶⁶⁷ mit dem klaren Wortlaut „schuldhaft“ noch eine vertragliche Verschuldenshaftung festlegt, fehlt dieser Ausdruck im Art. 18 des chinesischen Außenwirtschaftsvertragsgesetzes (CAWVG).⁶⁶⁸ Mit dieser augenfälligen Streichung des Worts „schuldhaft“ wird ein

⁶⁶⁵ Zur unangenehmen Rechtslage der Sonderperiode, in der drei Vertragsgesetze nebeneinander existierten, vgl. nur LIANG, *Huixing* (梁慧星), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/1995, 9 (10 ff.).

⁶⁶⁶ Weitere zivilrechtlichen Bestimmungen, die von der chinesischen Regierung als Verordnungen beschlossen wurden und idR. nur für spezielle Felder gelten, müssen angesichts der überaus großen Anzahl und geringerer Relevanz außer Betracht bleiben. Ein Überblick darüber vgl. LIANG, *Huixing* (梁慧星), AcP 194 (1994), 479 (481).

⁶⁶⁷ Es wurde am 13.12.1981 verabschiedet und galt vom 01.07.1982 bis zum 30.09.1999. Zum Wirtschaftsvertragsgesetz vgl. *Joschek*, Wirtschaftsvertragsgesetz der VR China von 1981 mit einer Einführung, JbOstR 1983, 171 ff.; *Münzel*, Zum Wirtschaftsvertragsgesetz der VR China vom 13.12.1981, WGO 1981, 151 ff. Das Gesetz betraf nur sog. Wirtschaftsverträge, die zwischen juristischen Personen (Art. 2 CWVG), zwischen gewerblichen Einzelpersonen/Familiengruppen und juristischen Personen (entsprechende Anwendung nach Art. 54 CWVG); zwischen Mitgliedern der Landgenossenschaft und juristischen Personen (Art. 54 CWVG) abgeschlossen werden. Für die Anerkennung als gewerbliche Einzelperson/Familiengruppe ist beispielsweise die Eintragung ins Handelsregister notwendig (Art. 2 I der „Verordnung über gewerbliche Einzelpersonen“ [2011]). Der allzu eng beschränkte Anwendungsbereich des Wirtschaftsvertragsgesetzes schloss chinesische Bürger aus, die kein Handelsgewerbe betreiben. Zu den früheren Lit. über Rechtsstellung und Merkmale von „weiteren Wirtschaftseinheiten“ vgl. JIAO, *Shaolin* (焦少林), in: *Modern Law Science* (现代法学), 03/1995, 48 ff.; zu den „gewerblichen Einzelpersonen/Familiengruppen“ und „dörflichen gewerblichen Landpächtern“, vgl. WANG, *Shengming* (王胜明), in: *China Legal Science* (中国法学), 04/1986, 37 ff.; SUN, *Yaming* (孙亚明), in: *Law Science Magazine* (法学杂志), 12/1988, 8 ff.

⁶⁶⁸ LIANG, *Huixing* (梁慧星), in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 06/1999, 13 (18). Allgemeines zum CAWVG, vgl. *Hug*, IPRax 1985, 242 f.

Wandel in Bezug auf das Zurechnungsprinzip begründet.⁶⁶⁹ Dass Art. 111⁶⁷⁰ CAGZ vom Art. 18 CAWVG im Wesentlichen nicht abweicht, bestätigte dann den Eindruck, dass der chinesische historische Gesetzgeber auf das im CAWVG niedergelegte verschuldensunabhängige Haftungsprinzip nicht verzichten wollte.⁶⁷¹ Außerdem konnte man wenig später wiederum beobachten, dass Art. 17 I⁶⁷² des am 23.6.1987 verabschiedeten chinesischen Technologie-Vertragsgesetzes (CTVG)⁶⁷³ im Grunde dem Art. 111 CAGZ nahezu wörtlich getreu nachgebildet wurde. Dem gleichen Argument zufolge wurde hier auch eine verschuldensunabhängige Vertragshaftung anerkannt.

Der vorhergehende Überblick hat zwei Ergebnisse gebracht: (1) In einer kleinen Zeitspanne von weniger als 6 Jahren (13.12.1981 bis zum 23.6.1987) hat das chinesische Vertragsrecht eine ersichtliche Gesetzgebungskonjunktur⁶⁷⁴ erfahren. (2) Das entscheidende Stichwort „*schuldhaft*“ ist seit dem Erlass des CWVG verschwunden.

bb) Regelungen in Entwürfe des CVG

Die Gesetzgebungsgeschichte des CVG spricht auch für die Schlussfolgerung. Die Gesetzgebung des CVG ging von einem Expertenentwurf von 1995 aus.⁶⁷⁵ Art. 138 S. 2 des vorherigen Expertenentwurfs des CVG sah noch vor, dass „... *dies nicht gilt, wenn der Vertragsverletzende nachweisen kann, dass bei der Vertragsverletzung ihn kein Verschulden trifft*“. Dieser Satzteil hat die negative Formulierung und gleiche Funktion wie der heutige § 280 I 2.⁶⁷⁶ Demgemäß würde das Verschulden des Schadensersatzpflichtigen vermutet und gleichzeitig eine Beweisumkehr begründet. Diese Formulierung stieß sofort auf Kritik, da die Kritiker in Ansehung von internationalen Regelwerken eine verschuldensunabhängige Haftung vorzogen. Im dritten Gesetzesentwurf wurde Art. 138 S. 2 des genannten Expertenentwurfs ausgelöscht.⁶⁷⁷ Die späteren Entwürfe haben trotz der sporadisch auftretenden Bemänglung⁶⁷⁸ an diesem geänderten Artikel festgehalten.

⁶⁶⁹ DAL, Mengyong (戴孟勇), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), 29 (33).

⁶⁷⁰ Art. 111 CAGZ: *Erfüllt die eine Vertragspartei Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vertragsvereinbarungen, kann die andere Partei Weitererfüllung, Ergreifen von Maßnahmen zur Abhilfe sowie Schadensersatz verlangen.*

⁶⁷¹ AA, MI, Jian (米健), in: *Tribune of Political Science and Law* (政法论坛), 04/1986, 20 (22), der das Verschuldensprinzip als grundsätzliches vertragliches Haftungsprinzip im CAGZ erachtete.

⁶⁷² Art. 17 Abs. 1 Technologie-Vertragsgesetz (galt vom 1.11.1987 bis 30.9.1999): *Erfüllt die eine Vertragspartei die Technologievertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vertragsvereinbarungen, nämlich eine Partei verletzt den Vertrag, kann die andere Partei Weitererfüllung, Ergreifen von Maßnahmen zur Abhilfe sowie Schadensersatz verlangen.*

⁶⁷³ Dazu vgl. Tetz, *Das neue Technologie-Vertragsgesetz in VR China*, RIW/AWD 1988, 851 ff.

⁶⁷⁴ Diese Gesetzgebungsphase zeichnete sich durch das Befriedigen des eindringlichen Bedürfnisses nach normativen Grundlagen für den alltäglichen Geschäftsverkehr aus. Die Normen von solchen genannten Gesetzen wiesen damit gewissermaßen eine Ähnlichkeit auf: kompendiös aber unvollständig.

⁶⁷⁵ LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Legal Science* (法学), 02/1997, 47 (47); *ders.*, in: *Chinese Lawyer* (中国律师), 01/1998, 65 (65).

⁶⁷⁶ Zur Funktion des § 280 I 2 vgl. Staudinger/R. *Schwarze* (2014) § 280 Rn. D 6; *Looschelders*, *SchuldR AT*, Rn. 520. § 619a gilt aber als eine Ausnahme zum § 280 I 2, dazu vgl. *MüKoBGB/Henssler* (2016) § 619a Rn. 3.

⁶⁷⁷ LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Civil and commercial Law Review* (民商法论丛), Vol. 8 (1997), 1 (1 f.); DAL, Mengyong (戴孟勇), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究) Vol. 8 (2012), 29 (32 f.).

⁶⁷⁸ Zu den Gegenargumenten, vgl. CUI, Jianyuan (崔建远), in: *Journal of Tsinghua University* (清华大学学报)

Die Streichung dieses Satzteils gibt deshalb einen klaren Fingerzeig dafür, dass der chinesische Gesetzgeber eine irgendwie geartete Implikation für das Verschuldensprinzip bewusst abgelehnt hat.

b) Garantiehaftung aus rechtsvergleichender Untersuchung

aa) Anlehnung an das CISG

Die Entscheidung des chinesischen historischen Gesetzgebers für die Abkehr vom Verschuldensprinzip kann auch dadurch ermittelt werden, dass man einen kurzen Blick auf die internationalen Regelwerke (hauptsächlich CISG, PECL, PICC) wirft, die damals auf die CAGZ-Redaktionsarbeit einen großen Einfluss nahmen. Eine chronologische Betrachtung der vorgenannten Gesetzgebungsarbeiten ist hier sehr tauglich, um das Verständnis für diesen fundamentalen Kurswechsel zu fördern.

Das CISG wurde am 11.04.1980 verabschiedet und China hat erst am 30.09.1981 diesen völkerrechtlichen Vertrag unterzeichnet. Kurz nach der Signierung hat das chinesische gesetzgebende Organ NPC am 13.12.1981 das Wirtschaftsvertragsgesetz beschlossen, dessen allgemeiner Haftungsnorm noch das Verschuldensprinzip zugrunde lag. Es ist selbstverständlich nicht zu erwarten, dass in einer so kurzen Zeitspanne von weniger als zweieinhalb Monaten eine Abkehr von dem in der chinesischen Rechtswirklichkeit schon seit langem akzeptierten Verschuldensprinzip⁶⁷⁹ ohne Weiteres realisiert wurde.

Fünf Jahre später hat die chinesische Regierung am 11.12.1986 das CISG ratifiziert. Zwischenzeitlich wurden das chinesische Außenwirtschaftsvertragsgesetz (verabschiedet am 21.3.1985) und das CAGZ (am 12.4.1986) nacheinander verabschiedet, wobei der Gesetzeswortlaut „*schuldhaft*“ in ihren allgemeinen Normen über vertragliche Schadensersatzhaftung verschwand.⁶⁸⁰ Dieser enge zeitliche Zusammenhang spricht für die Plausibilität der These, dass sich der chinesische historische Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft nach einer langjährigen und gründlichen Diskussion endlich für das Nachbilden der in Art. 45 I lit. b CISG verankerten Garantiehaftung⁶⁸¹ entschieden haben. Im Vergleich zum deutschen, französischen⁶⁸² und japanischen⁶⁸³ Recht, die ohne Zweifel dem Verschuldensprinzip folgen und bei den Redaktionsarbeiten an den chinesischen Gesetzen auch ins Auge gefasst wurden, hatte das CISG damals zweifellos den Vorrang, weil ihm von den chinesischen Juristen hinsichtlich der zeitlichen Nähe eine

02/2000, 35 ff; *Yi, Jun* (易军), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), 3 (6 ff.).

⁶⁷⁹ *LIANG, Huixing* (梁慧星), in: *Study & Exploration*, 01/1982, 58 (59). *LIANG*, der trotzdem später für eine Garantiehaftung sprach, hat aufgrund seiner rechtsvergleichenden Untersuchung von §§ 276, 280, 285 a.F. BGB sowie § 222 des sowjetischen Zivilgesetzbuches eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung damals noch für selbstverständlich gehalten.

⁶⁸⁰ Die Auseinandersetzung, ob schon allein aus dem „Verschwinden“ oder der sog. „Streichung“ des Wortlauts „schuldhaft“ eine Garantiehaftung abgeleitet werden kann, wurde sehr heftig geführt.

⁶⁸¹ *MüKoBGB/Huber* (2016) CISG Art. 45 Rn. 14; *D. Baetge* in: *jurisPK-BGB* (2017) Art. 79 CISG, Rn. 20.

⁶⁸² Das französische Recht geht vom Verschuldensprinzip aus. Vgl. *Grundmann*, in: *FS Schwark* (2009), 21 (28).

⁶⁸³ Der japanische vertragliche Schadensersatzanspruch setzt das Vertretenmüssen des Schuldners voraus. vgl. *Förster*, *RIW* 2013, 44 (46); *Eubel*, *Die Haftung des Geschäftsherrn*, S. 79.

erhebliche praktische Bedeutung beigemessen wurde.⁶⁸⁴ Überdies spielte der starke Wille der chinesischen Regierung, an der Weltwirtschaft teilzunehmen und die nationalen Rechtsgrundlagen dementsprechend anzufassen, eine sehr wichtige Rolle.

bb) PICC und PECL

Auf den Einfluss der PICC und PECL auf das chinesische CVG soll entsprechend dem Themenschwerpunkt an dieser Stelle nicht im Einzelnen eingegangen werden. Es lässt sich allerdings nie bestreiten, dass der chinesische Gesetzgeber beide Regelwerke ins Auge gefasst hat.⁶⁸⁵ Die PECL⁶⁸⁶ und PICC⁶⁸⁷ haben eine Garantiehafung gewählt. Diese Anlehnung an die PICC und PECL bestätigt den Befund, dass das strikte Haftungsprinzip später auch im chinesischen Recht angesiedelt ist.

Anders als das CISG, das ausschließlich die grenzüberschreitenden Käufe von Waren ins Visier nimmt, sind sowohl das Erfüllungs- als auch Integritätsinteresse in den Schutzzumfang beider Rechtswerke eingeschlossen.⁶⁸⁸ Diese Ausgestaltung wird angesichts der unterschiedlichen Interessenlagen in verschiedenen Vertragstypen veranlasst. Es wundert damit nicht, dass die sog. Garantiehafung⁶⁸⁹ oder -prinzip⁶⁹⁰ in beiden Regelwerken abgeschwächt wurde. Weil der Rechtsanwender kaum in der Lage wäre, bei vielschichtigen Sachfragen allein mit einem einzigen Haftungskriterium immer plausible Ergebnisse zu gelangen.

cc) Kein großer Unterschied hinsichtlich des vertragsrechtlichen Verschuldenserfordernisses

Bedenken gegen eine stereotype Behauptung, dass zwischen Common Law und dem kontinentaleuropäischen Recht ein fundamental abweichender Unterschied der Voraussetzungen der vertraglichen Schadensersatzhaftung gerade im Verschuldenserfordernis liege, sind nicht selten.⁶⁹¹ Die vorgenannten drei internationalen Rechtswerke sind im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis grundsätzlich dem Common Law gefolgt.⁶⁹²

Auch wer grundsätzlich die wesentliche Differenz beider Rechtsordnungen für selbstverständlich gehalten hat, erkennt regelmäßig auch die Annäherung an, die

⁶⁸⁴ Über den entscheidenden Einfluss des CISG auf das CVG, vgl. nur HAN, *Shiyuan* (韩世远), CVG und CISG, in: *Jinan Journal* (暨南学报), 02/2011, 7 (7 ff.).

⁶⁸⁵ LIANG Huixing (梁慧星), in: *Legal Science* (法学), 02/1996, 13 (15).

⁶⁸⁶ Article 8:101 PECL lautet: (1) *Wenn eine Partei eine ihr nach dem Vertrag obliegende Verpflichtung nicht erfüllt und die Nichterfüllung nicht gemäß Artikel 8:108 entschuldigt ist, kann die benachteiligte Partei von jedem der in Kapitel 9 vorgesehenen Rechtsbehelfe Gebrauch machen.* Zustimmung vgl. Lando, in: FS Tilmann (2003), 963 (972); Schauer, in: FS E. Kramer (2004), 627 (644).

⁶⁸⁷ Artikel 7.4.1 UNIDROIT PICC bestimmt: *Jede Nichterfüllung gewährt der benachteiligten Partei einen Anspruch auf Schadenersatz, und zwar entweder ausschließlich oder zusammen mit anderen Rechtsbehelfen, außer wenn die Nichterfüllung nach diesen Grundregeln entschuldigt ist.* Zustimmung vgl. Art. 7.4.1 UNIDROIT Principles 2010, S. 265, Koziol, in: Basedow (Hrsg.), *Vertragsrechtsvereinheitlichung* (2000), 195 (196); W. Ernst, in: Basedow (Hrsg.), *Vertragsrechtsvereinheitlichung* (2000), 129 (137 f.).

⁶⁸⁸ Magnus, ZEuP 2007, 260 (265).

⁶⁸⁹ Schauer, a.a.O., 627 (644).

⁶⁹⁰ Koziol, a.a.O., 195 (196).

⁶⁹¹ Schwenger, in: *Schlechtriem* (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, 37 (49).

⁶⁹² Schwenger, a.a.O., 37 (49).

hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses stattgefunden hat. In Bezug auf das Garantieprinzip sprach *Koziol* von „*einem etwa abgeschwächten Garantieprinzip*“. ⁶⁹³ *Ehmann* bezeichnet es als „*Mischformen*“. ⁶⁹⁴ Im Hinblick auf das Verschuldenserfordernis wurde die Auffassung vertreten, dass die Diskrepanz nicht so gravierend ist, wie man es sich vorgestellt hat. ⁶⁹⁵ Auch diejenigen, die im Common Law System juristisch ausgebildet sind, erkennen in der Regel an, dass die Voraussetzung des Verschuldens auch iRd. substanziellen Sachfrage über die Beurteilung des Vertragsbruchs (Pflichtverletzung) berücksichtigt wird. ⁶⁹⁶

dd) Exkurs: Eine problematische Ausdehnung der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung

Dennoch hat diese zielstrebige Anlehnung an das CISG auch zu der etwaigen Fehlvorstellung angeführt, dass alle vertraglichen Schadensersatzansprüche nicht mehr vom Verschulden der vertragsverletzenden Partei abhängig sein sollten. Eine sehr wichtige Tatsache, dass das CISG nur Kaufverträge – genauer gesagt, nur grenzüberschreitende Käufe von Waren – betrifft, ⁶⁹⁷ hat der chinesische Gesetzgeber nur wenig berücksichtigt. Das zeigt besonders deutlich, dass Art. 157 f. CVG unter Anlehnung an die CISG-Regelung der Mangelrüge durch Käufer (Art. 38 f. CISG ⁶⁹⁸) eine allgemeine Obliegenheit zur Untersuchung und Mangelrüge anordnet, ohne dass die Besonderheit der internationalen Warentransaktion genügend in Betracht gezogen wurde.

Hier ist eine prägnante Behauptung von *Savigny* zu erwähnen, jede „*Rechtsregel, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts.*“ ⁶⁹⁹ Die Besonderheit des Kaufvertrags, einschließlich der Entgeltlichkeit, des Synallagma, insb. der Pflicht, die Kaufsache zu übergeben, das Eigentum an der Kaufsache mangelfrei zu verschaffen, hat freilich kaufrechtliche Regelungen ausgeprägt. Die besondere Gesamtanschauung des Kaufvertrags steht der voreiligen Übernahme eines sektorspezifischen (kaufrechtlich) Haftungsprinzips in das Recht für andere Vertragstypen ⁷⁰⁰ entgegen. Ein pauschaler Rekurs auf eine formelhafte Behauptung, dass das Verschuldensprinzip in Bezug auf vertraglichen

⁶⁹³ *ders.*, in: Basedow (Hrsg.), *Vertragsrechtsvereinheitlichung* (2000), 195 (197); *ders.*, *AcP* 196 (1996), 593 (606).

⁶⁹⁴ *ders.*, in: *FS Canaris I* (2007), 165 (166).

⁶⁹⁵ *Schlechtriem*, *ZEuP* 1993, 217 (230): „*nicht allzu sehr unterscheiden*“; *Pellegrino*, *ZEuP* 1997, 41 (56): „*sich einander annähern*“; *BT-Drs.*, 14/6040; S. 131: „*nicht weit voneinander entfernt*“; *Koziol*, in: Basedow (Hrsg.), *Vertragsrechtsvereinheitlichung* (2000), 195 (197).

⁶⁹⁶ *Treitel*, *Remedies for Breach of Contract*, S. 7. Wohl auch *Pellegrino*, a.a.O., 41 (48): „*im Common Law ein Element der Vertragshaftung*“.

⁶⁹⁷ *Magnus*, *Der Tatbestand der Pflichtverletzung*, in: *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), 67 (68); Zustimmend auch *CUI, Jianyuan* (崔建远), in: *Civil and Commercial Law Review* [民商法论丛], Vol. 11 (1999), 190 (193 f.). Zur Ablehnung der Verallgemeinerung der CISG-Garantiehaftung vgl. *Unberath*, *Vertragsverletzung*, § 12 I 2 b, S. 336 ff. Auch *Pellegrino*, *ZEuP* 1997, 41 (48) hielt eine verschuldensunabhängige Einstandshaftung des Verkäufers für „*eher rechtfertigen*“. Außerdem hat *Rabel*, *Das Recht des Warenkaufs*, Bd. I, S. 378 darauf hingewiesen, dass das englische Recht „*zugleich für das kaufmännische Leben den Vorzug außerordentlich rascher Abwicklung*“ habe.

⁶⁹⁸ Allgemeines zu Art. 38 f. CISG, vgl. *Kramer*, in: *FS Koppenssteiner* (2001), 617 ff.

⁶⁹⁹ *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 1. Berlin, 1840, S. 9.

⁷⁰⁰ Das CAGZ sieht keine Bestimmung zum Umgang mit Vertragstypen vor. Im CAGZ sind nur 156 kursorische Paragrafen enthalten. Erst im CVG werden 15 besondere Vertragstypen gesetzlich geregelt.

Schadensersatzanspruch sowohl im CAGZ als auch später im CVG ausgeklammert würde, erweist sich als sehr bedenklich zur Begründung des Resultates, dass eine sog. Garantief Haftung durch alle verschiedenen Vertragskategorien durchgedrungen wäre. Eine schlimmste Situation ist zu konstatieren, dass chinesische Richter ihre Entscheidung manchmal nur mit einer formelhaften Äußerung begründen, dass „die chinesische Vertragshaftung von subjektiver Vorwerfbarkeit, namentlich vom Verschulden des Schuldners unabhängig sei“.⁷⁰¹ Es besteht damit die Gefahr, dass die Besonderheit der schuldnerischen Pflichtenstellung ohne genaue Überprüfung ignoriert wird.

3. Zwischenergebnis

Der Mindermeinung, der von vornherein wenig Resonanz in der chinesischen Rechtspraxis beschieden ist (§ 5 B II 1 b, S. 104), kann hier nicht gefolgt werden. Es ist freilich zutreffend, dass allein das Fehlen des Wortlauts „schuldhaft“ oder eines gleichbedeutenden Wortes in einer Haftungsnorm die logisch zwingende Konsequenz einer verschuldensunabhängigen Haftung nicht rechtfertigen kann. Der chinesische historische Gesetzgeber hat die Abkehr vom Verschuldensprinzip schon dadurch klar zum Ausdruck gebracht, dass er in den nach Inkrafttreten des Wirtschaftsvertragsgesetzes erlassenen Gesetzen auf den vormalig als unentbehrlichen gehalten Tatbestandsmerkmal „schuldhaft“ bewusst verzichtet hat. Die bewusste Streichung unterstützt die hier vertretene Auffassung (§ 5 B II 2 a, S. 105).

Diese These bestätigen außerdem die zeitlichen Zusammenhänge zwischen der Entstehungsgeschichte des CAGZ und CVG (§ 5 B II 2 b, S. 107). Der Versuch, das Verschuldensprinzip ins Vertragsgesetz durch Art. 138 S. 2 des Expertenentwurfs zurückzubringen, ist gescheitert (§ 5 B II 2 a bb, S. 106). Der chinesische Gesetzgeber wollte die Rechtsdurchsetzung für die vertragstreue Partei erleichtern und durch eine lockere Tatbestandsverwirklichung das Verhalten der vertragsbrüchigen Partei sanktionieren.

Dass das CVG hinsichtlich des Haftungsmaßstabs der Vertragshaftung im Wesentlichen dem CISG, also dem anglo-amerikanischen Recht nachgebildet wurde, zwingt allerdings nicht dazu, dass das Verschuldenselement im chinesischen Vertragsrecht und in der gerichtlichen Rechtsanwendung nicht mehr praktisch relevant ist. Die folgenden Betrachtungen sind der Aufgabe gewidmet, einige typische – d.h. noch vom Verschuldensprinzip beherrschten - Rechtsinstitute zu untersuchen, um ein gegenüber einem stereotypen Eindruck differenzierteres Bild aufzuzeigen.

C. Verschuldenshaftung an anderen Standorten

Selbst wenn Art. 107 CVG als allgemeine Haftungsnorm eine Garantief Haftung angeordnet hat, lässt es nicht eine solche radikale Schlussfolgerung zu, dass die Verschuldenshaftung⁷⁰² *in toto* aus dem chinesischen Vertragsrecht ausgeschlossen

⁷⁰¹ OVGH, Urteil (2014) – ZB 793 [最高人民法院 (2014) 民申字第 793 号].

⁷⁰² Die zunehmende Kritik über das Verschuldensprinzip im deutschen Recht vgl. allein die Zusammenfassung von *W-T Schneider*, S. 479 ff. *Kramer*, AcP 171 (1971), 422 (428) hat trotz der Anerkennung des „*Funktionswandels*“ des Verschuldensprinzips die Abkehr vom Verschuldensgedanken bezweifelt.

worden sei.

Außerdem ist besonders an den Unterschied zwischen dem chinesischen Recht und dem Common Law zu erinnern. Das dem Common Law immanente „Regel-Ausnahme-Verhältnis“, nach dem der Schuldner prinzipiell für jede Vertragswidrigkeit haften muss und nur im Ausnahmefall freigestellt wird,⁷⁰³ entspricht nicht ohne Weiteres dem chinesischen Recht, weil unser Rechtssystem von vornherein vom kontinentaleuropäischen, insb. deutschen System sehr stark geprägt ist. Eine vereinfachende Darstellung, dass die Haftungsregelung des CVG der dem Common Law sehr nahe komme und die Zurechnungsregelung damit entbehrlich sei, verliert vom Ansatz her ihre Plausibilität, soweit der deutsche Einschlag des CVG ins Auge gefasst wird.

Viele Regelungen, die sowohl im allgemeinen Teil als auch im besonderen Teil des CVG als auch in Sondergesetzen angesiedelt werden, mögen für die systematische und dogmatische Bedeutung des Verschuldensprinzips im chinesischen Vertragsrecht sprechen. Neben *Culpa in contrahendo* und Nebenpflichtverletzung, die zwei Hauptfälle der chinesischen Verschuldenshaftung darstellen, lassen sich weitere Belege dafür finden.

I. Culpa in contrahendo

Das von *Rudolf von Jhering*⁷⁰⁴ entdeckte und später durch die deutsche Lehre und Rechtsprechung entwickelte⁷⁰⁵ Rechtsinstitut *culpa in contrahendo* hat sich vor der deutschen Schuldrechtsreform⁷⁰⁶ schon im CVG als eine positiv-rechtliche Regelung niedergeschlagen.⁷⁰⁷

1. Die Rechtsnatur der chinesischen *culpa in contrahendo*

Das Rechtsinstitut *culpa in contrahendo*⁷⁰⁸ ist ein paradigmatisches Resultat der

⁷⁰³ U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, § 2 II 2 (S. 31).

⁷⁰⁴ *Rudolf v. Jhering*, JherJb. 4 (1861), 1 (7). Ausführlich vgl. oben Fn. 525.

⁷⁰⁵ Die Fortentwicklung des Rechtsinstituts von *c.i.c.* kommt nicht als ein abgeschlossener Prozess vor. Vgl. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 8 I 1 a (S. 173); *Thiele*, JZ 1967, 649 (649). Auch *Emmerich*, Jura 1987, 567: „Ein übergreifender, sämtliche Fälle der *c.i.c.* gleichermaßen umfassender Erklärungssatz ist nicht in Sicht.“

⁷⁰⁶ Erst durch die Schuldrechtsmodernisierung wurde die vorvertragliche Haftung – abgesehen von ihrer langen Geschichte und praktischen Bedeutung im § 311 II gesetzlich verankert. Vgl. *MüKoBGB/Emmerich* (2016) § 311 Rn. 35.

⁷⁰⁷ Die juristischen Überlegungen über *culpa in contrahendo* vor dem Erlass des Vertragsgesetzes von 1999 vgl. *YIN, Luxian* (尹鲁先), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 01/1990, 67 ff.; *CUI, Jianyuan* (崔建远), in: *Jilin University Journal Social Sciences Edition* (吉林大学社会科学学报), 03/1992, 23 ff.; *XUN, Hua* (荀华)/*CHEN, Kuanshan* (陈宽山), in: *Legal Science* (法学), 07/1992, 47 f.; *KE, Xin* (可欣), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 04/1995, 4 ff. *HAN, Shiyuan* (韩世远), in: *Tsinghua China Law Review* (清华大学学报), 02/2014, 157 (158) sah das Hinführen der *c.i.c.* ins chinesische Recht als das wichtige Ergebnis der Theorierezeption an.

⁷⁰⁸ Die Rechtsstreitigkeit, die sich in Deutschland in der Regel unter der Haftungsfrage *c.i.c.* versteht, ist in anderen Rechtsordnungen oft unterschiedlich bewältigt worden. Das französische, italienische, japanische Recht und auch das anglo-amerikanische Recht sehen die Haftung aus *c.i.c.* als außervertragliche Haftung an und sie haben solche Rechtsfragen oft mittels deliktsrechtlicher Regelungen behandelt. Zum französischen Recht, vgl. *Kötz*, EuroVertragsrecht, § 2 D (S. 56); a.A. *Hans Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr, § 23 I (S. 335); zur h.M. im italienischen Recht *Zaccaria*, ZEuP 2014, 626 (627), der auch einen jüngsten Kurswandel zur Vertragshaftung vorstellt; zum japanischen Recht *Okino Masami* (冲野 真己), Vertrag und Delikt – Verjährung, in: *Review of Civil Law* (民法研究), 01/2016, 63 (63); *Förster*, RIW 2013, 44 (44); zum Common Law vgl. *Kötz*, a.a.O., § 2 D (S. 50); *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990, S. 11; zum chinesischen Recht vgl. *ZHANG, Jiayong* (张家勇), in: *The Jurists* (法学家), 01/2014, 102 (114).

Anlehnung der chinesischen Rechtsordnung an das deutsche Recht. Außerdem ist es ein besonders instruktives Beispiel dafür, dass China trotz des Ausmaßes der rechtswissenschaftlichen Entwicklungsrückständigkeit aufgrund rechtsvergleichender Arbeit durch besonnene Einfügung von bestimmten Rechtsinstituten sowie Theorierezeption diese Lücke schnellstmöglich schließen kann (iSd. wirtschaftswissenschaftlichen Begriffs als „*advantage of backwardness*“). Eine erfolgsträchtige Rechtsrezeption setzt aber unbedingt voraus, dass der chinesische Rechtsvergleichler „*nicht blindlings in die Schätze anderer Ländern greifen*“⁷⁰⁹ muss.

Wie die deutsche Lehre⁷¹⁰ hat die chinesische Lit. ebenso um die Frage nach der Rechtsnatur der *c.i.c.* gekreist. Inzwischen haben die chinesischen Juristen ihren Blick aber zu sehr auf deutsche Lehren gerichtet und keine eigene neue Theorie entwickelt. Die chinesischen Lehren beschränken sich damit – wie die deutsche Lehre⁷¹¹ – im Wesentlichen auf drei Erklärungsansätze:⁷¹² (1) deliktische Haftung;⁷¹³ (2) eine von der Delikts- und Vertragshaftung differenzierte dritte Haftung;⁷¹⁴ (3) Haftung nach vertragsähnlichen Grundsätzen.⁷¹⁵

Neben der Vertiefung der Erkenntnis dieses deutschen Rechtsinstituts hat der Streit um die rechtliche Einordnung für die chinesische praktische Gerichtspraxis eher sehr geringe Bedeutung. Dass die Gesetznormen über diese Haftung schon ausdrücklich im chinesischen Vertragsrecht verankert sind, steht der Annahme entgegen, dass die

⁷⁰⁹ Zweigert/Puttfarcken, in: FS Zajtay (1982), 569 (571).

⁷¹⁰ Früher wurden die Theorien eines „*stillschweigend abgeschlossenen Vertrags*“ (Siber, JherJb 70 [1921], 258 ff.) oder „*der Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft*“ (Stoll, LZ 1923, 543 f.) oder „*Verpflichtung durch geschäftsähnliche Handlungen*“ (Stoll, JW 1933, 36) vertreten. Die genannten veralteten Meinungen werden bei Gernhuber, Schuldverhältnis, § 8 I 4 (S. 175) mwN. skizziert. Jhering begründete vorvertragliche Schutzpflichten teilweise auch mit verringerten rechtsgeschäftlichen Verhältnissen. Vgl. NK-BGB/Krebs (2016) § 241 Rn. 26. Das RG hat seine diesbezüglichen Entscheidungen auf eine Verknüpfung von Vertragsverhandlungen und künftigen Verträgen (sog. „Vorwirkung des späteren Vertrags“) gestützt. Vgl. MüKoBGB/Emmerich (2016) § 311 Rn. 38 mwN.; ders., Leistungsstörungen, § 6 II, Rn. 6 mwN. Diese Verschmelzung wurde allmählich aufgegeben. Heute ist die *c.i.c.* in der deutschen Lehre im Allgemeinen als ein selbständiges, nicht abgeschlossenes Haftungsregime zu werten. Jansen, AcP 216 (2016), 112 (115) hält z.B. die *c.i.c.* als ein ergänzendes Haftungsinstitut zum Deliktsrecht und unterstellt beide dem Haftungsrecht. Nach Fikentscher/Heinemann, § 19 II, Rn. 89 wird *c.i.c.* als eine „*gesetzliche Haftung nach vertragsähnlichen Grundsätzen*“ angesehen.

⁷¹¹ Die veraltete Theorie der vertraglichen Haftung oder der Verschmelzung von Vertragsverhandlungen und künftigen Verträgen, die sich auch in der deutschen Lehre nicht lange halten konnte, ist in der chinesischen Rechtswissenschaft nahezu keine Resonanz beschieden. Sie wurde idR. als nur eine Etappe der historischen Entwicklung sehr kurz skizziert. Dazu vgl. RAN, Keping (冉克平), in: Hebei Law Science (河北法学), 02/2010, 115 (116); WANG, Kanggai (王慷溉), in: Journal of Heilongjiang Administrative Cadre Institute of Politics and Law (黑龙江省政法管理干部学院学报), 01/2014, 80 (80).

⁷¹² Die von WANG, Yanhui (王艳慧) erhobene sog. „Theorie des vorvertraglichen gegenseitigen Restriktionsverhältnisses“ ist m.E. im Wesentlichen nicht instruktiv. Sie hat nur die allgemein anerkannte Rücksichtnahmepflicht des Kontrahenten ins Restriktionsverhältnis zwischen den Vertragsschließenden umgewandelt. Diese Auffassung ist bisher in der chinesischen Lehre keineswegs auf besonderes Interesse gestoßen ist. Vgl. dies., in: Western Law Review (西部法学评论), 04/2014, 116 (123 ff.).

⁷¹³ YU, Fei (于飞), in: Tribune of Political Science and Law (政法论坛), 05/2014, 92 (92 ff.). Diese Auffassung verästelt sich manchmal in zwei verschiedene Stränge. Manches deutet darauf hin, dass die Haftung aus *c.i.c.* nur eine allgemeine deliktsrechtliche Haftung darstellt, vgl. LI, Zhongyuan (李中原), in: Legal Science (法学), 07/2008, 132 (143). Einige Autoren sprechen demgegenüber für eine besondere Deliktshaftung, vgl. RAN, Keping (冉克平), a.a.O., 115 (120).

⁷¹⁴ LU, Chen (卢湛) DU, Jinglin (杜景林), in: Journal of Gansu Political Science and Law Institute (甘肃政法学院学报), 01/2007, 81 (83 f.); WANG, Kanggai (王慷溉), a.a.O., 80 (80).

⁷¹⁵ JIAO, Fumin (焦富民), in: Tribune of Political Science and Law (法学论坛), 06/2002, 44 (49). Unter Berücksichtigung der nachkommenden Überlegungen ist dieser Ausgangspunkt überzeugender.

c.i.c. als Haftung deliktsrechtlicher Natur aufgefasst wurde.⁷¹⁶ Die in der deutschen Lehre allgemein anerkannte zweite Theorie⁷¹⁷ scheint wenig überzeugend, weil das chinesische Recht – abgesehen von den deliktsrechtlichen, bereicherungsrechtlichen und GoA-Verhältnissen – kaum andere Kategorien von gesetzlichen Schuldverhältnissen kennt. Eine umfassende rechtswissenschaftliche Diskussion über die gesetzlichen Schuldverhältnisse hat sich in China bislang nicht entwickelt. Viele sog. gesetzlichen Schuldverhältnisse/Sonderverbindungen aus der deutschen Rechtsprechung und Lehre wie kreuzungsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis,⁷¹⁸ Gemeinschaftsverhältnis zwischen Wohnungseigentümern⁷¹⁹ sowie öffentlich-rechtliche Verhältnisse sind den allermeisten chinesischen Richtern und Juristen sehr fremd.⁷²⁰ Dem chinesischen Recht liegt die Dichotomie von Vertrag und Delikt immer noch grundsätzlich zugrunde.⁷²¹

2. Regelungsgehalt des Art. 42 f. CVG

Während Art. 42 CVG nach chinesischer h.L.⁷²² und Rechtsprechung als die allgemeine Rechtsregel von *c.i.c.* angesehen wird, sind Art. 61 CAGZ und Art. 58 f. CVG als Spezialfrage der *c.i.c.* bei nichtigen oder angefochtenen Verträgen qualifiziert.

Nach Art. 42 CVG wird dem Vertragschließenden vorgeworfen, der ohne echten Willen zum Vertragsabschluss nur zum Schein in die Verhandlung geht (Nr. 1) oder dem Verhandlungspartner die für die Entschließung erheblichen Tatsachen verheimlicht oder unwahre Informationen liefert (Nr. 2). Durch den pauschalen Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben übernimmt Art. 42 Nr. 3 CVG mit einem auffangtatbestandlichen Charakter dann jene Funktion, andere mannigfache Fallgestaltungen zu erfassen. Dazu gehören die Fälle, in denen der zur Antragstellung Verpflichtete eines genehmigungspflichtigen Anteilsübertragungsvertrags diese Pflicht unterlässt, wodurch der Vertrag nicht wirksam ist,⁷²³ oder der Hypothekenschuldner trotz der Wirksamkeit des Hypothekenvertrags die Einschreibung ins Hypothekenbuch beim eintragungsbefürhtigen Hypothekengegenstand bleiben lässt.⁷²⁴ Außerdem hat Art. 43 CVG, der inhaltlich mit Art. 2.1.16 PICC verwandt zu sein scheint, die Verletzung der Pflicht zur Vertraulichkeit als eine spezielle Erscheinungsform der *c.i.c.* gesondert geregelt.⁷²⁵

⁷¹⁶ AA. SUN, Weifei (孙维飞), in: *The Jurists* (法学家), 02/2018, 179 (182).

⁷¹⁷ Medicus, in: FS Keller (1989), 205 (207).

⁷¹⁸ BGH, NJW-RR 2007, 457 ff.

⁷¹⁹ Staudinger/Kreuzer (2018), § 10 WEG Rn. 2.

⁷²⁰ Durch die Strukturierung von unterschiedlichen gesetzlichen Schuldverhältnissen/Sonderverbindungen hat das deutsche Recht die Unzugänglichkeit des Deliktsrechts verringert und gewissermaßen beseitigt. Für ein vorvertragliches Schuldverhältnis iSd. *culpa in contrahendo*, vgl. Medicus, in: FS Keller (1989), 205 (209).

⁷²¹ In der deutschen Rechtsordnung ist dagegen die Nivellierung der Gegensätzlichkeit der vertraglichen und deliktischen Haftung zu konstatieren. vgl. Brüggemeier, VersR 1983, 501 (504).

⁷²² CHI, Ying (迟颖), S. 161; dies, ZChinR 2008, 226 (226).

⁷²³ OVGH, Urteil (2016) – ZB 3524 [最高人民法院 (2016) 最高法民申 3524 号].

⁷²⁴ OVGH, Urteil (2013) – ZB 67 [最高人民法院 (2013) 民抗字第 67 号]. In dem vom OVGH kommenden Fall wurde die Wirksamkeit eines Hypothekenvertrags wegen gesetzliches Verbots iSd. Art. 41 des Sicherheitsleistungsgesetzes untersagt.

⁷²⁵ Im Hinblick auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass Art. 43 CVG nur eine Fallgestaltung von Art. 42 Nr. 3 CVG bilde und in Zukunft in den Art. 42 eingefügt werden solle.

Art. 43 CVG hält die Haftung desjenigen fest, der die bei der Vertragsverhandlung erlangten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verrät oder unlauter ausnutzt. Sie wird im Allgemeinen als eine Kategorie der *c.i.c.* angesehen.⁷²⁶

3. Anwendbarkeit bei schuldhaft verursachter Nichtigkeit des Vertrags

Während Art. 58 CVG in seinem Inhalt dem Art. 61 I CAGZ ähnelt, sind Art. 59 CVG und Art. 61 II CAGZ im Wesentlichen gleich. M.a.W. Art. 61 CAGZ lässt sich später ohne wesentliche Änderung in Art. 58 f. CVG zerlegen. Art. 58 S. 2 CVG statuiert seinem Wortlaut nach („die schuldhafte Partei“) ausdrücklich eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung.

In der chinesischen Lit. wird teilweise die Auffassung vertreten, dass Art. 61 CAGZ nicht die Haftung für *c.i.c.* regelt, sondern ein selbständiges Rechtsinstitut in Bezug auf nichtige oder angefochtene Verträge darstellt.⁷²⁷

Demgegenüber vertritt die Rechtsprechung eine andere Auffassung, was durch folgende Beispiele verdeutlicht wird. Das Finanzamt der Landesregierung, das dem Gläubiger eine Bürgschaft gesetzwidrig gibt, hat – unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Gläubigers zu 1/3 – gemäß Art. 61 I CAGZ für den Schaden aufzukommen, den es wegen der Nichtigkeit eines Bürgschaftsvertrags dem Gläubiger zufügt. Da eine Bürgschaft durch öffentlich-rechtliche juristische Personen aufgrund des gesetzlichen Verbots⁷²⁸ nichtig ist.⁷²⁹ Diese Schadensersatzhaftung wird vom OVGH deutlich als eine Haftung für *culpa in contrahendo* angesehen.

Es liegt nahe, dass sowohl Art. 58 S. 2 CVG als auch sein Vorgänger Art. 61 I 2 CAGZ eine Fallgruppe der Haftung für *c.i.c.*, nämlich für die schuldhaft verursachte Nichtigkeit des Vertrags, statuieren.

4. Festhalten am Verschuldensprinzip bei *culpa in contrahendo*

Die Haftung für *culpa in contrahendo* – einfach wie die Bezeichnung schon besagt – setzt in der Regel⁷³⁰ voraus, dass dem Ersatzpflichtigen ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen zur Last fällt.⁷³¹ Die Rechtsprechung hat das subjektive

Vgl. JIAO, Fumin (焦富民), in: *Journal of Gansu Political Science and Law Institute* (甘肃政法学院学报), 04/2003, 27 (29 f.).

⁷²⁶ OVGH, Urteil (2008) – II ZR 8 [最高人民法院 (2008) 民二终字第 8 号]. Trotz einer Bestätigung des Qualitätsstandards nach einer Probezeit wird der Vorschlag des Käufers für eine Preisherabsetzung nicht als eine böswillige Verhandlungsweise angesehen. Aus Sicht des deutschen Rechts ist der Verrat von während der Vertragsverhandlung erhaltenen Geheimnissen auch ein Unterfall der *c.i.c.*, vgl. Canaris, in: FS Larenz (1983), 27 (90).

⁷²⁷ YANG, Lixing (杨立新), Review über das Zivil- und Handelsrecht, Bd. 1, S. 281.

⁷²⁸ Nach Art. 106 II der »Justizauslegung des OVGH über einige Fragen bei der Anwendung des CAGZ« (2.4.1988) darf ein staatliches Organ keine Bürgschaft leisten. Diese Regelung wurde nachher in Art. 8 des Sicherheitsleistungsgesetzes (1.10.1995) festgelegt. Art. 106 II der »Justizauslegung« galt deshalb, weil im angesprochenen Fall der Bürgschaftsvertrag im Jahr 1993 abgeschlossen worden war.

⁷²⁹ OVGH, Urteil (2011) – IV ZR 40 [最高人民法院 (2011) 民四终字第 40 号].

⁷³⁰ Einige Autoren äußern sich allerdings anders und zwar in dem Sinne, dass die Haftung für *culpa in contrahendo* im Allgemeinen nur bei vorsätzlicher Verletzung entsteht. Sie haben sich darauf gestützt, dass in einer nicht ganz entwickelten Marktwirtschaft wie China strengere Haftungsvoraussetzungen für *c.i.c.* eine großzügigere Vertragsfreiheit und freieren Wettbewerb gewährleisten könnten. Vgl. ZHU, Guangxin (朱广新), SchulDR AT², S. 173 ff.

⁷³¹ HAN, Shiyuan (韩世远), in: *Tsinghua China Law Review*, 02/2014, 157 (165); ZHANG, Jiayong (张家勇), in:

Tatbestandselement – das Verschulden des Ersatzpflichtigen – für die Entstehung der Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen auch als erforderlich erachtet.⁷³² Außerdem bestätigen Art. 61 I 2 CAGZ und Art. 58 S. 2 CVG diese Auffassung.

Der vorher skizzierte Streitfall warf freilich die Frage auf, ob eine Zurechnung des Verschuldens des die Verhandlungen für den Ersatzpflichtigen (Finanzamt) Führenden hier erforderlich ist. Dafür ist dem Gesetzeswortlaut von Art. 42 f. CVG nichts zu entnehmen. Es kann nach hier vertretener Ansicht auf Art. 43 CAGZ zurückgegriffen werden, auf den nachfolgend noch einzugehen ist (§ 6 C V, S. 175 ff.).

II. Verletzung von Nebenpflichten

Eine weitere Besonderheit des chinesischen Vertragsrechts liegt darin, dass es die deutsche Theorie von Nebenpflichten übernommen⁷³³ und die Haftung für Nebenpflichtverletzungen⁷³⁴ in Art. 60 II CVG positiv-rechtlich statuiert hat.⁷³⁵ Dies ist damit – geradeso wie *c.i.c.* – ein weiteres Beispiel für die Anlehnung an das deutsche Recht. Abgesehen von Verletzungen der sog. vorvertraglichen⁷³⁶ und nachvertraglichen (Neben-)Pflichten, die in China regelmäßig unter dem Stichwort „*culpa in contrahendo*“ („缔约过失责任“) iSd. Art. 42 f. CVG und „*culpa post contractum finitum*“ („后合同义务“) iSd. Art. 92 CVG berücksichtigt werden,⁷³⁷

The Jurists (法学家), 01/2014, 102 (118 f.); *WU*, Yiping (吴一平), in: *Journal of Central South University* (中南大学学报[社会科学版]), 02/2012, 74 (76); *LU*, Chen (卢谦)/*DU*, Jinglin (杜景林), a.a.O., 81 (83 und 86); *LI*, Jing (李静), in: *Journal of SWUPL* (西南政法大学学报), 02/2004, 122 (127); *LI*, Xiangqian (李向前), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 07/2002, 127 (127); *YU*, Yongjun (于勇军), in: *Shandong Justice* (山东审判), 06/2002, 23 (24); *XU*, Mingyue (许明月)/*Lin*, Quanling (林全玲), in: *Hebei Law Science* (河北法学), 10/2005, 36 (38).

⁷³² OVG Liaoning, Urteil (2015) – I W 00876 [辽宁省高级人民法院(2015)辽审一民申字第 00876 号]; OVG Chongqing, Urteil (2014) – W 00015 [重庆市高级人民法院(2014)渝高法民抗字第 00015 号].

⁷³³ Für die Rechtfertigung der Schutzpflichten (des Beförderers) führt das chinesische Schrifttum teilweise unterschiedliche Begründungsansätze an: der „Risiko-Nutznießungsgedanke“ und die bessere Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Vgl. *HU*, Kangsheng (胡康生) (Hrsg.): Erläuterung zum CVG, S. 462; *WANG*, Liming (王利明): Vertragsgesetz, Bd. III, S. 529.

⁷³⁴ Der vorher in der deutschen Lit. sehr vehemente Streit um die Terminologie von Nebenpflichten wird hier ausgeblendet. Zum Überblick über den Streit statt vieler Hinweise nur vgl. *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I (S. 10 f.). *R. Stürner* hat hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs von Treue- und Sorgfaltspflichten drei Arten differenziert behandelt, vgl. *R. Stürner*, JZ 1976, 384 (385 ff.). Eine in der chinesischen Lit. allgemein akzeptierte Bezeichnung „*Nebenpflicht*“ (附随义务), die weiter zu verstehen ist, wird im Folgenden verwendet.

⁷³⁵ *DAO*, Wen (道文), in: *Legal Science* (法学), 10/1999, 23 (23).

⁷³⁶ In Deutschland werden die Pflichten aus Vertragsanbahnungen als „ein Sonderfall der isolierten Schutzpflichten“ (BT-Drs. 14/6040, S. 125) verstanden.

⁷³⁷ Anders als das deutsche Gericht, welches seine Entscheidung hinsichtlich der vorvertraglichen Schutzpflichtverletzung auf §§ 280 I, 311 II, 241 II (MüKoBGB/*Bachmann* [2016] § 241 Rn. 50) stützt, wendet die chinesische Rechtsprechung allein die Regelung der *c.i.c.* (namentlich Art. 42 f. oder 58 CVG) an und lässt Art. 60 CVG beiseite, denn Art. 42 CVG erhält keine mit dem deutschen Gesetzestext „Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2“ iSd. § 311 II vergleichbare Formulierung und Art. 42 III CVG deutet hier das Prinzip von Treu und Glauben als seine Grundlage gesondert an. Eine Kombination von Art. 42 und 60 CVG oder ein Verweis auf Art. 60 CVG wären deshalb entbehrlich. Außerdem hat das CVG die nachvertragliche Nebenpflicht separat in Art. 92 CVG geregelt. Es liegt nahe, dass sich die *c.i.c.*, Nebenpflichten und nachvertragliche Pflichten im CVG jeweils als ein „selbständiges“ Rechtsinstitut erweisen. Damit wird die Auffassung vertreten, dass die dem Art. 60 II CVG immanenten Nebenpflichten nur als die vertraglichen Nebenpflichten i.e.S. zu verstehen sind. Vgl. *DAO*, Wen (道文), a.a.O., 23 (24). Die chinesische Rechtsprechung sieht dagegen die „*Nebenpflicht*“ als einen Sammelbegriff an, welcher alle solchen Pflichten im vorvertraglichen, vertraglichen, nachvertraglichen Stadium erfasst. Vgl. OVGH, Urteil (2012) – ZR 253 [最高人民法院(2012)民监字第 253 号]. Zu erwähnen ist allerdings, dass Art. 42, 60 II, 92 CVG sich auf denselben Grundsatz von Treu und Glauben zurückführen lassen. Zustimmend *CUI*, Wenxing (崔文星), in: *Journal of SWUPL* (西南政法大学学报), 01/2000, 42 ff.

wird die Nebenpflichtverletzung im vertraglichen Stadium üblicherweise im Art. 60 CVG behandelt.

1. Haftungsprinzip bei Nebenpflichtverletzungen

Während im deutschen Recht für die Frage nach dem Zurechnungsprinzip bei Nebenpflichtverletzung eine einheitliche Konzeption – also das Verschuldensprinzip – ohne Weiteres auffindbar ist, bietet das chinesische Recht ein andersartiges Bild.

Nach Art. 60 CVG hat jede Partei ihre Vertragspflichten vertragskonform und vollständig erfüllen (Abs. 1). Sie hat nach dem Prinzip von *Treu und Glauben* mit Rücksicht auf die *Vertragsnatur und den Vertragszweck* sowie die *Verkehrssitte* die Informations-, Mitwirkungs- und Verschwiegenheitspflicht *etc.* zu erfüllen (Abs. 2).⁷³⁸ Art. 60 II CVG ist seinem Sinn und Zweck nach im Wesentlichen mit § 242 BGB vergleichbar. Gleichzeitig hat es die Rücksichtnahmepflicht iSd. § 241 II BGB⁷³⁹ durch (nicht abschließende) Aufzählungen einiger der praktisch wichtigsten Pflichten konkretisiert. Die chinesische Gerichtspraxis und Lehre räumt dem Satzeinschub „*etc.*“ eine herausragende Bedeutung ein, weil er dem Richter eine wesentlich größere Gestaltungsfreiheit gibt, um die vielschichtigen Sachfragen befriedigend zu bewältigen.

a) Unterschiede der Leistungs- und Nebenpflichten

Für die Zurechnungsfrage bei Nebenpflichtverletzungen ist allerdings dem Wortlaut des Art. 60 II CVG – wie § 242 BGB⁷⁴⁰ – nichts zu entnehmen. Während sich der deutsche Rechtsanwender direkt auf die allgemeinen Haftungs- oder Zurechnungsregelungen, namentlich auf §§ 280 ff. oder 276 ff. BGB, beziehen kann, muss der chinesische Kollege sich an die allgemeine Regelung des Art. 107 CVG wenden. Wie gesagt, Art. 107 CVG hat nach chinesischer h.M. und Rechtsprechung eine Garantiehaftung statuiert. Eine Entscheidung, dass die Haftung für Nebenpflichtverletzungen rückhaltlos auch als verschuldensunabhängige Haftung einer Sache verstanden wird, vermag nicht zu überzeugen.

Im chinesischen Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Gläubiger zuerst die Nebenpflichtverletzung zu beweisen habe und der Schuldner den Exkulpationsbeweis erbringen könne. Die sog. Exkulpationsmöglichkeit beschränke sich allerdings nur auf „höhere Gewalt“ iSd. Art. 117 CVG.⁷⁴¹ Nach dieser Auffassung wird freilich eine unbeschränkte Garantiehaftung dargestellt. Der entgegengesetzten Auffassung von einigen Autoren, dass für die Haftung wegen Nebenpflichtverletzung am Verschuldensprinzip festzuhalten sei,⁷⁴² soll – wie unten

⁷³⁸ XIE, Fuxing (谢福星)/LAI, Meilan (赖美兰) vs. Sonnenstadt Schwimmbad GmbH (太阳城游泳池有限公司), in: *Sammlung des OVGH* (最高人民法院公报), Vol. 86, 06/2003: Vernachlässigung der Aufsichtspflicht des Schwimmbadbetreibers.

⁷³⁹ Die durch § 241 II besonders unterstrichene Pflicht zur Rücksichtnahme „auf die Rechte, Rechtsgüter und Interesse des anderen Teils“ ist ein dem § 242 immanentes Gebot. Vgl. ErfK/Preis (2017) § 611 Rn. 707.

⁷⁴⁰ MüKoBGB/Schubert (2016) § 242 Rn. 2.

⁷⁴¹ HAN, Shiyuan (韩世远), Vertragsrecht AT, S. 504.

⁷⁴² YE, Wenping (叶温平), in: *Journal of Hubei University of Police* (湖北警官学院学报), 04/2006, 41 (42); LUO, Yuzhang (罗玉章)/LU, Ou (陆瓿), in: *Lawyer World* (律师世界), 05/2003, 12 (12); FU, Jianguo (付建

erläutert – gefolgt werden. Eine allzu vereinfachte Begründung, dass das CVG ein zweispuriges Haftungsprinzip regelt und das Verschuldensprinzip für Nebenpflichtverletzungen unbedingt gelten sollte,⁷⁴³ ist für die Erklärung jedoch eher unergiebig.

Zuerst muss man die Lehre von den Vertragsverletzungen ins Auge fassen. Das traditionelle Kriterium, dass allein das objektive Defizit zwischen der geschuldeten und der (nicht oder fehlerhaft) erbrachten Leistung schon eine Vertragsverletzung darstellt,⁷⁴⁴ trägt hier zu der Haftungsfrage bei der Nebenpflichtverletzung sehr wenig bei. Denn dieser Maßstab ist hauptsächlich auf Leistungspflichten zugeschnitten. Unter der Erfüllung der (Haupt- und Neben-)Leistungspflicht versteht man in der Regel, dass der Leistungserfolg dem Gläubiger gegenüber erbracht werden soll und der Vertragszweck sich fehlerfrei verwirklicht. Das Interesse des Gläubigers besteht gerade darin, dass der erwünschte Leistungserfolg eintritt, und weniger darin, wie der Schuldner die geschuldete Leistung erbringt. Für die Verletzung von Leistungspflichten genügt es in der Regel schon, dass die erbrachte Leistung „*hinter dem Pflichtenprogramm*“ zurückbleibt,⁷⁴⁵ welches üblicherweise vom Ansatz her durch Gesetze, Vereinbarungen und ggf. Vertragsauslegungen bestimmt wird.⁷⁴⁶ Solange man an die Besonderheit der Nebenpflicht denkt, dass sie nicht konturenscharf normiert ist und keinen klaren Inhalt hat und seine Konkretisierung⁷⁴⁷ wesentlich im Einzelfall von der Vertragsnatur und dem Vertragszweck, von der Intensivität der Vertragsbeziehung abhängt,⁷⁴⁸ wird der immanente Unterschied zwischen den Leistungs- und Nebenpflichten ersichtlich.

b) Eine rechtsvergleichende Betrachtung

Die Nebenpflicht ist ihrer Natur nach im Kern eine Verhaltenspflicht,⁷⁴⁹ die den

国)/WANG, Xihui (王希慧), in: *Journal of Law Application* (法律适用), 05/2015, 63 (66); Song, Jianli (宋建立), in: *The peoples's Judicature - application of law* [人民司法(应用)], 03/2009, 72 (76); FANG, Longhua (方龙华)/WU, Genfa (吴根发), in: *Journal of Law Application* (法律适用), 10/2001, 30 (32). Deutsche Lit. vgl. Larenz, SchuldR AT, § 2 I (S. 12).

⁷⁴³ LUO, Yuzhang (罗玉章)/LU, Ou (陆瓯), a.a.O., 12 (12).

⁷⁴⁴ Vgl. NK-BGB/Krebs (2016) § 241 Rn. 27.

⁷⁴⁵ NK-BGB/Dauner-Lieb (2016) § 280 Rn. 27.

⁷⁴⁶ Larenz, SchuldR AT, § 2 I (S. 11).

⁷⁴⁷ Die Kritik an der Konkretisierungsbedürftigkeit von Nebenpflichten iSd. § 241 II von HKK/Dorn § 241 Rn. 109 ff. und Dauner-Lieb, JZ 2001, 8 (16) ist etwas spitzfindig. Ein umfassender Schutz von Rechtsgütern wird nicht selten erst durch einen plastischen, abstrakten Begriff erreicht und erkauft ihre Kürze mit der Unbestimmtheit und Undurchsichtigkeit. Dann übernimmt die Rechtsprechung die besondere Aufgabe, mit der der Gesetzgeber sie ggf. betrauen muss.

⁷⁴⁸ Die Auffassung von LIU, Li (刘力), der auf der Grundlage vieler chinesischer Gerichtsentscheidungen einige brauchbare Kriterien aufstellt, ist äußerst instruktiv. Vgl. *ders.*, in: *Legal Science* (法学), 11/2005, 71 (74 ff.). Die Antwort der Frage, ob die Verschwiegenheitspflicht des Vertreters die Informationen von Kunden des Vertretenen betrifft, hängt z.B. davon ab, ob solche Informationen einigermaßen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse angesehen werden können, denn eine konkretisierungsbedürftige Verschwiegenheitspflicht sollte keineswegs eine uferlose Haftung auslösen. Vgl. OVGH, Urteil (2012) – ZR 253[最高人民法院 (2012) 民监字第 253 号]. Zur deutschen Lit. vgl. Larenz, SchuldR AT, § 2 I (S. 9, 11 f.); NK-BGB/Krebs (2016) § 241 Rn. 22 und 45.

⁷⁴⁹ Schon in der allgemein verwendeten Terminologie kann diese Natur gesehen werden. Erman/H.P. Westermann (2017) § 241 Rn. 10 bezeichnet sie unmittelbar als „*Verhaltenspflicht*“. Fikentscher/Heinemann, § 5 I 1 b (S. 18), Rn. 21 nennt sie als „*Wohlverhaltenspflicht*“. Von „*weiteren Verhaltenspflichten*“ ist auch häufig die Rede, vgl. Gernbuber, Das Schuldverhältnis, § 2 IV 2, S. 22; Larenz, SchuldR AT, § 2 I (S. 10). Ablehnend aber Motzer, JZ 1983, 884 (886).

Pflichten zur Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolgs gegenübersteht.⁷⁵⁰ Sie ähnelt inhaltlich der französischen Lehre „*obligation de sécurité*“, die ihrerseits wesentlich als *obligation de moyens* in Erscheinung tritt.⁷⁵¹ Bei der Ermittlung der Pflichtverletzung (oder des Vertragsbruch) hat der Richter das subjektive Schuldenelement nicht aus den Augen zu verlieren („faute“ als Kombination von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen).⁷⁵² Gleiches gilt für das Common Law, in dem das Verschuldenserfordernis schon bei der Entscheidung der Vertrags- oder Pflichtverletzung („*termine whether there is a breach*“) berücksichtigt wird.⁷⁵³

Würde das unerwünschte schädigende Ereignis auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eintreten, müsste der Schuldner – soweit keine strengere Haftung vorliegt – sich freilich nicht vor einer unannehmbaren Schadensersatzpflicht fürchten.⁷⁵⁴ Mit dem Ziel, eine willkürliche Abwälzung auf den Schuldner und eine konturenlose Haftung zu vermeiden, hat der Richter den Inhalt der Nebenpflicht behutsam zu konstruieren.

2. „Hotelmord“-Fall

Dies soll am Beispiel des im chinesischen Schrifttum mehrfach diskutierten⁷⁵⁵ Urteils von Shanghai-Nr. 1-MVG⁷⁵⁶ genauer demonstriert werden. Eine junge Frau, Gast eines Vier-Sterne-Hotels, wurde gegen 16:40 Uhr am 23.8.1998 im Hotelzimmer von fremden Dritten getötet und die mitgebrachten Wertsachen wurden geraubt. Ihre trauernden Eltern machten gegen den Hotelbetreiber Schadensersatzanspruch geltend. Die deliktische Haftung des Betreibers wurde zuerst mangels adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der fehlenden Eingangskontrolle und dem Schaden des Hotelgasts verneint. Der Hotelbetreiber habe nach der Auffassung des Mittleren Volksgerichts aber für die Verletzung von Pflichten aus dem zwischen dem Opfer und dem Hotel abgeschlossenen Beherbergungsvertrag einzustehen.

Diese Entscheidung muss als eine entscheidende Ursprungsentscheidung für Haftung aus Nebenpflichtverletzung angesehen werden. Die Begründungen des Shanghai-Nr. 1-MVG kann sich hauptsächlich, wie folgt, zusammenfassen lassen:

„Neben der Gebrauchsüberlassung des reservierten Zimmers und dem Service, was zumindest den Kosten entsprechen muss, hat der Hotelbetreiber aus dem Beherbergungsvertrag auch gefahrlose Vorrichtungen und sichere Innenräumlichkeiten anzubieten. Der Hotelbetreiber muss das optimale Sorgfaltsniveau einhalten und die zweckmäßigen, praktischen Sicherheits- und Vorbeugungsmaßnahmen treffen, um die Gäste in der Räumlichkeit des Hotels vor widerrechtlichen Schädigungen durch fremde Dritte zu schützen. Das

⁷⁵⁰ Stürmer, JZ 1976, 384 (384 ff.) verwendet verschiedentlich die Präposition „neben“ (der Leistungspflicht).

⁷⁵¹ Kreße, ZEuP 2014, 504 (521).

⁷⁵² BeckOGK/Riehm, 1.12.2017, § 280 Rn. 13.

⁷⁵³ Treitel, (Fn. 696), S. 7.

⁷⁵⁴ Eine instruktivere Darstellung siehe Larenz, SchuldR AT, § 2 I (S. 13 f.).

⁷⁵⁵ LIU, Yanhao (刘言浩), in: *Legal Science* (法学), 03/2001, 78 ff.; LIU, Yanhao (刘言浩), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 03/2001, 146 ff.; LIU, Li (刘力), a.a.O., 71 (74); FU, Jianguo (付建国)/WANG, Xihui (王希慧), a.a.O., 63 (66 f.).

⁷⁵⁶ Shanghai-Nr. 1-MVG, Urteil (2000) – I S 2309 [上海市第一中级人民法院(2000)沪一中民终字第 2309 号].

genannte Sorgfaltsniveau ist unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Einzelfallumstände wie die Hotelklassifikation, Preise und Werbeaussage, zu ermitteln. Ohne eine irgendwie geartete Anfrage oder Sperrung durch die Hotelmitarbeiter konnte der Täter innerhalb von 2 Stunden sieben Mal mit dem Hotelaufzug nach Belieben auf und ab, hin und her gehen. Das stellte zweifellos eine Vertragsverletzung dar.“⁷⁵⁷

Der Großteil der Gerichts begründungen hat an Boden gewonnen. Zu erinnern ist besonders daran, dass die Verkehrspflicht damals noch nicht gesetzlich geregelt war. Das chinesische Gericht hatte früher dazu nur einen kleinen „Vorrat an Lösungen“. Insoweit hat der chinesische Richter einen nagelneuen Weg beschritten, indem er die Vertragspflicht der Vertragsparteien erweiterte, um zu einer praktischen (und teilweise angemessenen)⁷⁵⁸ Lösung zu kommen.

Dieses bis heute noch als bahnbrechend angesehene Urteil hat andererseits eine fatale Schwäche, indem das Shanghai-Nr. 1-MVG hier die Nebenpflicht als beherbergungsvertragliche Primärleistungspflicht eingeordnet und unglücklicherweise an der Garantiehaftung iSd. Art. 107 festgehalten hat. Diese Fehlleistung muss korrigiert werden. Die Tatsache, dass die Pflicht, geeignete Sicherheitsmaßnahme zu treffen, im angesprochenen Fall nicht von vornherein konturenscharf fixiert, sondern erst unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände nachträglich bestimmt wird, spricht für eine Nebenpflicht.⁷⁵⁹ Die genannte Pflicht trägt hier nur ein Gewand der sog. Leistungspflicht. Sie ist in Wahrheit eine Schutz- oder Nebenpflicht.⁷⁶⁰ Die ausführliche Beurteilung der Frage nach der erforderlichen Sorgfalt(-sniveau) des Hotelbetreibers weist schon hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen der Haftung für die (Neben-)Pflichtverletzung einen stark verschuldensabhängigen Einschlag auf.

3. Affinität der Nebenpflicht zum Deliktsrecht

Zur Begründung für eine verschuldensabhängige Haftung für Nebenpflichtverletzungen muss außerdem die Überlegung eingeführt werden, dass die Nebenpflicht, insb. die Schutzpflicht ieS., – trotz ihres außerdeltischen Charakterzugs – und das deliktsrechtliche Gebot „*neminem laedere*“ die gemeinsame Zielsetzung und Funktion haben: Schutz des Integritätsinteresses des anderen.⁷⁶¹

Die Verletzung einer Nebenpflicht stellt damit nicht selten zugleich eine unerlaubte

⁷⁵⁷ Die genannte Begründung des Shanghai-No.1-Mittelvolksgerichts ist der Sache nach mit den rechtspolitischen Argumentationen für Verkehrspflichten einigermaßen vergleichbar. Das Gericht hat hier die Verhältnismäßigkeit von Kosten für Abwehrmaßnahmen und den Preis für die Unterkunft berücksichtigt. Die Begründung und die Reichweite einer Schutzpflicht wurden im Rahmen der Diskussion der wirtschaftlichen Zumutbarkeit insgesamt gerechtfertigt.

⁷⁵⁸ Das Mittel-Volkgericht hat der Klage nur in Höhe von 80 000 RMB (etwa 10 000 Euro) stattgegeben. Es verneinte aber die Schmerzensgeldansprüche der Eltern deshalb, weil die Entscheidung nur auf eine vertragsrechtliche Rechtslage gestützt wurde. Das Unbehagen der unterschiedlichen Handhabung von vertraglicher und deliktischer Haftung bleibt bis heute und ist schon seit langem auf vehemente Kritik gestoßen. Vgl. unten § 10 III 2, S. 271 ff.

⁷⁵⁹ MüKoBGB/Bachmann (2016) § 241 Rn. 56.

⁷⁶⁰ Zahlreiche Bemerkungen zu diesem Urteil stimmen dieser Einordnung zu. Vgl. oben Fn. 755.

⁷⁶¹ MüKoBGB/Bachmann (2016) § 241 Rn. 54. Spickhoff, in: FS Canaris (2013), 547 (550) hat sie als „*verkapptes Deliktsrecht*“ bezeichnet. Auch Stürner, JZ 1976, 384 (385): „*nicht grundsätzlich anders behandeln als die rechtsähnlichen deliktischen Verhaltenspflichten*“. Die Homogenität der vertraglichen und deliktischen Schadensersatzhaftung betont insb. Picker, AcP 183 (1983), 369 (479 ff.) mithilfe des Gebots „*neminem laedere*“.

Handlung dar. In der Regel liegt der chinesischen Deliktshaftung das Verschuldensprinzip zugrunde (Art. 6 CDG). Wäre die Haftung aus einer Nebenpflichtverletzung als verschuldensunabhängig zu werten, würde ein Wertungswiderspruch auftauchen, weil bei der Beurteilung desselben zugrundeliegenden Sachverhaltes dann zwei divergierende Zurechnungskriterien trotz der deutlichen Rechtsähnlichkeit herangezogen werden müssten. Außerdem wäre eine zu übertriebene Aushöhlung des chinesischen Deliktsrechts denkbar, falls der Schädiger und der Geschädigte in einem Vertragsverhältnis stehen. Als Ergebnis der obigen Darstellung ist somit festzuhalten, dass die Haftung für Nebenpflichtverletzungen die subjektive Vorwerfbarkeit des Schuldners voraussetzt.

III. Gesetzlich verankerte Verschuldenshaftung

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit werden ein paar Fälle *par excellence* präsentiert, in denen die chinesische Legislative oder die Judikatur bestimmte Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung *expressis verbis* als verschuldensabhängige Haftung ansehen.

1. Sorgfaltspflicht des Mieters (Art. 222 CVG)

Art. 222 CVG regelt eine mietvertragsrechtliche Schadenersatzhaftung, wenn die Mietsache wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten⁷⁶² verloren oder untergegangen ist. In der chinesischen Lit. besteht überwiegend Einigkeit darüber, dass Art. 222 CVG eine vereinzelt positivierte Vorschrift über die Schutzpflicht im chinesischen Vertragsgesetz darstellt, deren Verletzung zur Verschuldenshaftung führt.⁷⁶³ Diese Auffassung ist zu folgen. Es wäre ja unvorstellbar, die Sorgfaltspflichtverletzung ohne Weiteres ermitteln zu können, ohne auf den Maßstab der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ zurückzugreifen. Aufgrund des Umstands, dass einem Mieter die Beweislast aufzuerlegen ist,⁷⁶⁴ wird allerdings die Exkulpationsmöglichkeit des Mieters eher geringer.

2. Verwahrungspflicht des Verwahrers (Art. 374 CVG)

Das chinesische CVG unterscheidet zwei Arten von Verwahrung: den allgemeinen Verwahrungsvertrag und den gewerbsmäßigen Lagervertrag. Anders als das deutsche Recht⁷⁶⁵ fasst Art. 367 CVG den Verwahrungsvertrag ohne abweichende Parteivereinbarung als *Realvertrag* auf, während der Lagervertrag als *Konsensualvertrag* (Art. 382 CVG) einzustufen ist. Unter Berücksichtigung der Natur des Verwahrungsvertrags wird eine sorgfältige Aufbewahrung der ihm anvertrauten Sache geradezu als die primäre Leistungspflicht des Verwahrers angesehen.⁷⁶⁶

⁷⁶² Die Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache ist allerdings davon nicht abgedeckt, weil sie in einer eigenen Vorschrift - Art. 219 CVG - geregelt ist.

⁷⁶³ XIE, Gen (解亘), in: *Modern Law Science* (现代法学), 06/2014, 27 (29); CUI, Jianyuan (崔建远), in: *Journal of Tsinghua University* (清华大学学报), 02/2000, 34 (34).

⁷⁶⁴ OVGH, Urteil (2015) – ZB 1413 [最高人民法院 (2015) 民申字第 1413 号].

⁷⁶⁵ Nachdem der Verwahrungsvertrag frühzeitig in Deutschland noch als „Realvertrag“ qualifiziert wurde, wird die Verwahrung schon seit langer Zeit als „Konsensualkontrakt“ anerkannt. Zum Meinungsstreit vgl. nur die skizzierte Darstellung in MüKoBGB/Henssler (2017) § 688 Rn. 4.

⁷⁶⁶ In der deutschen Lehre wird diese Auffassung häufig vertreten. Vgl. MüKoBGB/Henssler (2017) § 688 Rn. 43.

Art. 374 CVG hat den Gesetzeswortlaut „*unsorgfältig*“ verwendet. Der Verwahrer hat demnach dem Hinterleger gegenüber für den Schaden aufzukommen, der auf die bzw. den durch *unsorgfältige* Verwahrung verursachte Schädigung oder Untergang der hinterlegten Sache zurückzuführen ist. Bei der unentgeltlichen Verwahrung haftet der Verwahrer nicht, soweit er beweisen kann, dass ihn keine grobe Fahrlässigkeit trifft (Art. 374 CVG). Dass Art. 377 CVG eine Rückgabepflicht des Verwahrers⁷⁶⁷ ausdrücklich statuiert, steht dem Rückschluss nicht entgegen, dass der Gesetzgeber zumindest hier am Verschuldensprinzip festhalten wollte. Eine derartige Rückgabepflicht ist nicht als eine verabsolutierte Verpflichtung zu verstehen. Vielmehr ist sie bloß der immanente Inhalt der Pflicht zur sorgfältigen Verwahrung, welche der allgemeinen Lehre der Leistungsunmöglichkeit unterstellt werden muss. Gleiches gilt für den Lagerhalter (Art. 393 I CVG⁷⁶⁸).⁷⁶⁹

Die Rechtsprechung hat die Haftung des Verwahrers auch als verschuldensabhängig angesehen. In einem Vertrag, in dem Platz und Bewachung angeboten werden,⁷⁷⁰ hat der Parkplatzbetreiber für das Verschulden einzustehen, wenn sein Mitarbeiter das Wegfahren des geparkten Fahrzeugs durch einen Unbekannten zugelassen hat, ohne den gültigen Parkschein anzufordern.⁷⁷¹ Der chinesische OVGH hat in einem jüngsten Urteil versucht, den Anwendungsbereich des Art. 107 und Art. 374 CVG zu differenzieren. Art. 107 CVG finde als die allgemeine Haftungsnorm in allen Vertragstypen Anwendung, soweit keine Sonderregelungen im CVG oder den weiteren Sondergesetzen dazu vorliegt.⁷⁷² Der OVGH verneint die Anwendbarkeit des Art. 374 CVG aus dem Grunde, dass der Vertrag wegen seiner Besonderheit nicht als Verwahrungsvertrag klassifiziert sei. Anschließend hafte der „Verwahrer“ nach Art. 107 CVG, der eine verschuldensunabhängige Haftung regelt. Aus dieser höchstrichterlichen Lösung⁷⁷³ kann der Rückschluss abgeleitet werden, dass der

Larenz will eine derartige Pflicht als eine erfolgsbezogene Pflicht ansehen. Im Ergebnis ändert es die Haftung wegen der Pflichtverletzung, allerdings sei an dem Verschuldensprinzip festzuhalten. Vgl. *Larenz*, SchuldR AT, § 2 I (S. 13), Fn. 11.

⁷⁶⁷ Eine Sonderbestimmung über die Rückgabepflicht ist nach der Auffassung des deutschen historischen Gesetzgebers eher überflüssig, da eine derartige Pflicht sich von selbst versteht. Vgl. Prot. II, S. 391.

⁷⁶⁸ Art. 393 I CVG: Der Lagerhalter hat für den Schaden einzustehen, der während der Aufbewahrungsfrist auf die durch *unsorgfältige* Verwahrung verursachte Schädigung oder Untergang der hinterlegten Güter zurückzuführen ist.

⁷⁶⁹ Die vom Lagerhalter in Verwahrung genommene Baumwolle wurde infolge eines durch einen Blitzschlag verursachten Brandes völlig zerstört. Den Einwand des Lagerhalters, der Untergang aller Baumwolle sei auf „*Force Majeure*“ zurückzuführen, hat das chinesische OVGH abgelehnt, weil der Lagerhalter, der seit langer Zeit gewerbsmäßig die Lagerung und Verwahrung von Gütern, insb. unter Berücksichtigung der Entzündbarkeit von Baumwolle, erforderliche und zumutbare Schutzmaßnahmen wie die Einrichtung eines Blitzableiters zu treffen habe. Die Unterlassung solcher Maßnahmen stelle eine *unsorgfältige* Verwahrung dar. Vgl. OVGH, Urteil (2016) – ZR 347 [最高人民法院 (2016) 最高法民终 347 号].

⁷⁷⁰ Die deutsche herrschende Lehre sieht auch in diesem Fall einen Verwahrungsvertrag vor, vgl. nur MikoBGB/*Henssler* (2017) § 688 Rn. 53 mwN.

⁷⁷¹ OVG Yunnan, Urteil (2015) – W 550 [云南省高级人民法院 (2015) 云高民申字第 550 号].

⁷⁷² OVGH, Urteil (2013) – ZB 138 [最高人民法院 (2013) 民申字第 138 号].

⁷⁷³ Selbst wenn sich die Zurückweisung der Revision des Beklagten im Ergebnis als fehlerfrei herausstellt, scheint die Begründung des OVGH m.E. höchst problematisch. Die Bezeichnung dieses Vertrags lautet „Vertrag über Beaufsichtigung der Pfandsache (hier 97198.8 Tonnen Mais)“. Dieser Vertrag, der trotzdem vom OVGH als Vertrag *sui generis* angesehen wurde, und der Verwahrungsvertrag sind im Wesentlichen gleich. Gemäß Art. 124 CVG sind die im allgemeinen Teil des Vertragsgesetzes erhaltenen Regeln für Verträge *sui generis* anwendbar und die im CVG oder in weiteren Sondergesetzen niedergelegten problemnächsten Regelungen können entsprechende Anwendung finden. Im angesprochenen Fall ist Art. 374 CVG durchschlagender, weil ein „Vertrag über Beaufsichtigung der Pfandsache“ einen typengemischten Vertrag darstellt, dessen Schwerpunkt in der

OVGH im Art. 374 CVG (nur) eine Verschuldenshaftung gesehen hat.

3. Versicherungsbezogene Pflichten

Allein aus dem Unterschied zwischen den Gesetzesnamen (dem chinesischen Versicherungsgesetz und dem deutschen Versicherungsvertragsgesetz) kann man ableiten, dass beide Gesetze unterschiedengestaltige Regelungen enthalten können. Während das deutsche VVG hauptsächlich die Rechte und Pflichten von verschiedenen Vertragsparteien regelt, enthält das chinesische Versicherungsgesetz (CVersG) eine Mischung aus vertraglichen (2. und 5. Kapitel des CVersG), gesellschaftsrechtlichen (3. Kapitel) und verwaltungsrechtlichen (4., 6., 7. Kapitel) Regelungen. Hier ist nur die Behandlung von Regelungen mit versicherungsvertraglichem Einschlag zielführend.

a) Versicherungsrechtliche Aufklärungs- und Informationspflichten des Versicherers

Der chinesische Gesetzgeber hat dem Versicherer nur eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Verwendung des AGB (Art. 17 CVersG) auferlegt.⁷⁷⁴ Die den §§ 6 f. VVG entsprechenden detaillierten Regelungen fehlen allerdings.⁷⁷⁵ Hinsichtlich des Restbestands der Aufklärungs- und Informationspflichten⁷⁷⁶ wird dieses Gesetzesdefizit durch den Zurückgriff auf allgemeine Regelungen (Art. 42 CVG) ausgeglichen. Wie oben gezeigt, die Haftung für Verletzungen der versicherungsrechtlichen Aufklärungs- und Informationspflichten als eine Fallgruppe der Haftung für *c.i.c.* muss als Verschuldenshaftung dargestellt wird

Der chinesische Versicherer kann das Versicherungsgeschäft nur in der Rechtsform von GmbH oder AG (Art. 6 CVersG) durchführen, die selbst aber handlungsunfähig ist. Die ihm obliegenden Aufklärungs- und Informationspflichten müssen deshalb durch handlungsfähige natürliche Person erfüllt werden. Zu diesem Personenkreis gehören sowohl einzelne in der Gesellschaft agierende Arbeitnehmer als auch betriebsexterne Personen (vor allem selbständige Versicherungsvertreter [Art. 117 I CVersG]).⁷⁷⁷ Solche Personen sind im Hinblick auf die Erfüllung von Aufklärungs- und Informationspflichten als Erfüllungshelfer des Versicherers zu werten.

Aufbewahrungspflicht – neben den Überwachungs-, Auskunftspflichten – liegt, wenn die Verwahrung der hinterlegten Pfandsache deutlich im Vordergrund des Vertrags steht. Im Interesse der Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist die Anwendbarkeit des Art. 107 CVG ausgeschlossen, der anders als Art. 374 CVG eine Garantiehafung statuiert. Der (zutreffende) Rekurs auf Art. 374 CVG, der als eine verschuldensabhängige Haftung aufgefasst wird, führt nicht zur Entlastung des Beklagten, da er nach dem Sachverhalt den Beweis fehlender Fahrlässigkeit nicht führen kann. Diese Denkweise kann man auch in der deutschen Rechtsprechung sehen, die einen typengemischten Vertrag betrifft. Vgl. BGH, NJW-RR 2017, 622 ff., Rn. 10 ff. (Vertrag über den „Vollberitt“ eines jungen Pferdes).

⁷⁷⁴ Die allgemeinen Regelungen von AGB-Recht aus dem Vertragsgesetz (Art. 39 ff. CVG) sind neben Art. 17 CVersG anwendbar.

⁷⁷⁵ OVG Xinjiang, Urteil (2015) – I ZR 54 [新疆维吾尔自治区高级人民法院 (2015) 新审一民提字第 54 号].

⁷⁷⁶ Die Erfüllung der dem Versicherer obliegenden Aufklärungspflicht kann gegenüber dem Vertreter des Versicherungsnehmers durchgeführt werden. vgl. MVG Taizhou, Urteil (2015) – S 38 [浙江省台州市中级人民法院 (2015) 浙台商终字第 38 号]: die die Vertragsverhandlungen führende Ehefrau als Vertreter des Versicherungsnehmers (Ehemann).

⁷⁷⁷ Art. 117 I CVersG: *Versicherungstreter ist Organisationen oder natürliche Personen, die im Auftrag des Versicherers im Rahmen der eingeräumten Befugnisse die Versicherungstätigkeiten gegen Provision ausüben.*

b) Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers

Art. 16 CVersG, welcher dem deutschen § 19 VVG im Wesentlichen gleicht, hat dem Versicherungsnehmer eine weitreichende vorvertragliche Anzeigepflicht aufgelegt. Diese umfassende Anzeigepflicht wird andererseits durch einen abgeschwächten Sorgfaltsmaßstab zugunsten des Versicherungsnehmers ausgeglichen. Nur bei vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verletzungen kommt dann die Haftung des Versicherungsnehmers in Betracht.

Diese Pflicht kann teilweise durch den von ihm beauftragten Versicherungsmakler vorgenommen werden (Art. 118 CVersG). Kommt der Versicherungsmakler beispielsweise dieser Anzeigepflicht nicht oder nicht vertragsgemäß nach, muss sich der Versicherungsnehmer das Unterlassen des Versicherungsmaklers zurechnen lassen. Auf die Frage, auf welche positiv-rechtliche Grundlage sich die Zurechnung stützt, wird im Folgenden noch zurückzukommen sein.

c) Pflichten des Versicherungsvermittlers und -Maklers

Art. 117 I und 118 CVersG enthält jeweils eine Legaldefinition für den Versicherungsvermittler und den -makler. Während der Erstere idR in einem Vertretungsvertrag gegenüber dem Versicherer steht (Art. 117 I CVersG), hat der Letztere mit dem Versicherungsnehmer einen Maklervertrag abgeschlossen (Art. 118 CVersG).

Für den Versicherungsvertreter ordnet das CVersG kein besonderes Zurechnungsprinzip an. Dann kommt die allgemeine Regelung im CVG in Betracht. Der Vertretungsvertrag zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsvermittler stellt einen Unterfall des Geschäftsbesorgungsvertrag iSd. Art. 396 ff. CVG dar. Somit ist die Haftung des Versicherungsvermittlers gegenüber dem Versicherer nach dem vorgenannten Art. 406 CVG verschuldensabhängig ausgestaltet.

Dagegen hat Art. 128 CVersG eine „Schadensersatzhaftung“ des Versicherungsmaklers für den Schaden des Versicherungsnehmers und Versicherten geregelt⁷⁷⁸, den er ihr schuldhaft verursacht hat. Die Frage, ob eine derartige Schadensersatzhaftung iSd. Art. 128 CVersG als vertragliche Haftung oder eine eigenständige gesetzliche Haftung zu verstehen ist, hat der chinesische Gesetzgeber leider nicht beantwortet. Abgesehen von der Frage nach der Rechtsnatur des Art. 128 CVersG ist der Grund dafür nicht ersichtlich, dass sich der Versicherungsmakler vertraglich strenger verpflichten muss. Ohne abweichende Vereinbarungen muss die Vertragshaftung des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherungsnehmer ebenso als verschuldensabhängig angesehen werden. Es ist überdies zu erwähnen, dass nur ein als Einrichtung inkorporierter Versicherungsmakler das Maklergeschäft übernehmen kann. Ein Fehler bzw. ein Verschulden eines eingeschalteten Mitarbeiters ist nach Art. 43 CAGZ dem Makler zuzurechnen, worauf nachfolgend noch

⁷⁷⁸ Das im §§ 328 ff. statuierte Rechtsinstitut „Vertrag zugunsten Dritter“ ist in China nicht verbreitet anerkannt. Die Frage, ob nur eine vertragsähnliche Beziehung oder eine gesetzliche Sonderverbindung zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherten vorliegt, ist dem Art. 128 CVersG nicht zu entnehmen.

einzugehen ist.⁷⁷⁹

IV. Verschuldenshaftung für Verletzungen von verhaltensbezogenen Leistungspflichten

Es ist regelmäßig gängig, die Vertragspflichten als erfolgs- oder verhaltensbezogen einzuordnen.⁷⁸⁰ Ein Teil der chinesischen Lehre⁷⁸¹ und Rechtsprechung⁷⁸² hat dieses Differenzierungskriterium auch übernommen. Bei einer Verletzung der verhaltensbezogenen Leistungspflicht ist allgemein anerkannt, dass dafür in der Regel ein verschuldensabhängiges Haftungsregime gilt.

1. Geschäftsbesorgungsvertragliche Pflichten der Parteien (Art. 406 I CVG)

Im Gegensatz zum engen Korsett des deutschen Rechts bezüglich des Geschäftsbesorgungsvertrags⁷⁸³ hat das chinesische Recht über den Geschäftsbesorgungsvertrag eine sehr großzügige Anwendbarkeit. Seine Großzügigkeit wird den deutschen Juristen sehr fremd, weil das chinesische Recht bezüglich des Geschäftsbesorgungsvertrags gewissermaßen eine Reihe von Vertragstypen umfasst, die in der deutschen Rechtsordnung in unterschiedliche Vertragskategorien eingeordnet werden. Ein gesondert geregeltes Auftragsrecht kennt das CVG dagegen nicht.⁷⁸⁴

Zum chinesischen Geschäftsbesorgungsvertrag gehören der Anwaltsvertrag,⁷⁸⁵ der Vertretungsvertrag (über den Verkauf von Wohnungseigentum,⁷⁸⁶ über den Abschluss eines Lagervertrags mit einem Lagerhalter,⁷⁸⁷ über den Abschluss eines Importvertrages mit einem Exporteur⁷⁸⁸), der Vertrag über die Gewährung eines von einem Beauftragten zur Verfügung gestellten Geldbetrags an einen von ihm bestimmten Dritten (mittelbare Stellvertretung),⁷⁸⁹ der Vertrag über den Kauf von

⁷⁷⁹ Also. „die zur Sphäre des Versicherungsmaklers gehörigen Personen“, dazu vgl. unten § 7 B I 2, S. 201 ff.

⁷⁸⁰ Die zuerst im französischen Recht entwickelte Differenzierung von *obligation de résultat* und *obligation de moyens* stößt bei deutschen Juristen auch auf Gegenliebe. Vgl. z.B. Grundmann, in: FS Schwark (2009), 21 (28), Rn. 24 sowie Brieskorn, S. 137.

⁷⁸¹ XI, Weiming (郗伟明), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 06/2015, 79 (84 f.); YE, Mingyi (叶名怡), in: *The Jurists* (法学家), 03/2015, 124 (126).

⁷⁸² OVG Chongqing, Urteil (2015) – W 02234 [重庆市高级人民法院 (2015) 渝高法民申字第 02234 号]; Keine Haftung des Hausverwalters bei Fahrzeugbeschädigung durch Dritten; MVG Guangzhou, Urteil (2016) – I S 7524 [广州市中级人民法院 (2016) 粤 01 民终 7524 号]; Behandlungspflicht als verhaltensbezogene Pflicht.

⁷⁸³ Karner, in: FS Koziol (2010), 695 (700).

⁷⁸⁴ Art. 406 I 2 CVG statuiert bloß eine Haftungsprivilegierung zugunsten des Beauftragten, der das Geschäft unentgeltlich besorgt.

⁷⁸⁵ OVG Zhejiang, Urteil (2015) – W 2548 [浙江省高级人民法院 (2015) 浙民申字第 2548 号]; OVG Shandong, Urteil (2014) – U 234 [山东省高级人民法院 (2014) 鲁商终字第 234 号]; OVG Henan, Urteil (2010) – ZR 00052 [河南省高级人民法院 (2010) 豫法民提字第 00052 号]; MVG Zhanjiang, Urteil (2014) – I S 801 [湛江市中级人民法院 (2014) 湛中法民一终字第 801 号].

⁷⁸⁶ OVGH, Urteil (2015) – I ZR 226 [最高人民法院 (2015) 民一终字第 226 号]; OVGH, Urteil (2017) – ZB 124 [最高人民法院 (2017) 最高法民申 124 号]; OVGH, Urteil (2013) – ZB 1891 [最高人民法院 (2013) 民申字第 1891 号].

⁷⁸⁷ OVGH, Urteil (2017) – ZB 1050 [最高人民法院 (2017) 最高法民申 1050 号]; vertragliche Überwachungs- und Kontrollpflicht des Vertreters.

⁷⁸⁸ OVGH, Urteil (2015) – ZB 1470 [最高人民法院 (2015) 民申字第 1470 号].

⁷⁸⁹ OVGH, Urteil (2016) – ZR 303 [最高人民法院 (2016) 最高法民再 303 号]; unsorgfältige Überprüfung von zu Hypotheken abgegebenen Unterlagen.

Geschäftsanteilen eines Dritten,⁷⁹⁰ der Vertrag (mit dem Beauftragten) über die Beaufsichtigung eines von einem Pfandschuldner verpfändeten Pfandgegenstandes (beim Höchstbetragspfandrecht an beweglichen Sachen).⁷⁹¹

Die oben aufgezählten Verträge weisen im Wesentlichen ein gemeinsames Merkmal auf: Der Beauftragte verpflichtet sich, bestimmte Dienstleistungen (Vertragsabschluss im fremden oder eigenen Namen, gerichtliche Vertretung, sorgfältige Beaufsichtigung etc.) gegen Entgelt zu erbringen. Sie betreffen alle verhaltensbezogenen Pflichten. Durch Art. 406 I 1 CVG wird dem Geschäftsbesorger eine Haftung auferlegt, wenn er dem Geschäftsherrn den Schaden kausal und schuldhaft zugefügt hat. Es ist eine der wichtigsten Vorschriften, die eine vertragliche Verschuldenshaftung gesetzlich vorsehen. Angesichts des sehr breiten Spektrums dieses Vertragstyps fällt diese gesetzlich verschuldensabhängig gefasste Vertragshaftung in der Gerichtspraxis ins Gewicht.

2. Verletzung von behandlungsvertraglichen Pflichten

Mangels der den §§ 630a ff.⁷⁹² und Artikel 7:446 ff. BW entsprechenden Regelungen wird der Behandlungsvertrag trotz seiner besonderen Wichtigkeit in China bisher nur als „Vertrag *sui generis*“ angesehen.⁷⁹³ Die chinesische h.M. sieht ihn aber als einen Vertrag mit dem (entgeltlichen) geschäftsbesorgungsvertraglichen Einschlag (Art. 396 ff. CVG) an.⁷⁹⁴ Die Gerichtsentscheidungen, die den Begriff „Behandlungsvertrag“ verwenden, sind allerdings sehr leicht bei der Hand.⁷⁹⁵ Das Festhalten am Verschuldensprinzip ist nach der chinesischen h.M.⁷⁹⁶ und Rspr.⁷⁹⁷ beim Behandlungsvertrag selbstverständlich.

Den der deutschen Rechtsprechung zugrundeliegenden Sorgfaltsstandard⁷⁹⁸ kann man in der chinesischen Kasuistik allgegenwärtig sehen. Im Rahmen des

⁷⁹⁰ OVGH, Urteil (2012) – II ZR 13 [最高人民法院 (2012) 民二终字第 13 号].

⁷⁹¹ OVGH, Urteil (2015) – II ZR 354 [最高人民法院 (2015) 民二终字第 354 号]; OVGH, Urteil (2009) – ZR 40 [最高人民法院 (2009) 民提字第 40 号].

⁷⁹² Einen dienstvertraglichen Einschlag weist der Behandlungsvertrag dadurch auf, dass der deutsche Gesetzgeber ihn als 2. Untertitel nach dem Dienstvertragsrecht eingeordnet hat. Vor der Einfügung ins BGB war der Behandlungsvertrag schon als Dienstvertrag qualifiziert. Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 13; *Luig*, in: Vertragsschuldverhältnis, S. 225.

⁷⁹³ *YI, Jun* (易军), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), 3 (25); *NING, Hongli* (宁红丽), in: *Cross-Strait Law Review* (月旦民商法杂志), 06/2007, 111 (125); Institut für angewandte Rechtswissenschaften vom chinesischen OVGH (Hrsg.), *Ausgewählte Gerichtsentscheidungen*, 02/2001, S. 128. Die Kodifikation des chinesischen Zivilgesetzbuches wird abschnittsweise durchgeführt. Am 15.03.2017 hat der Nationale Volkskongress den Allgemeinen Teil des chinesischen Zivilgesetzbuches verabschiedet. Als nächste Schritte werden weitere Bücher des ZGB, darunter das Vertrags- und Deliktsrecht fallen, nacheinander verabschiedet. Ob der Behandlungsvertrag als eine selbständige Vertragsart gesondert geregelt wird, ist bis heute mangels konkreter Entwürfe nicht klar.

⁷⁹⁴ *HAN, Shiyuan* (韩世远), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 06/2005, 89 (91 f.). Diese systematische Einordnung lässt sich hauptsächlich auf das Fehlen der dienstvertraglichen Regelungen zurückführen. Das chinesische Recht des Geschäftsbesorgungsvertrags stellt damit hinsichtlich der inhaltlichen Affinität die sach nächsten Regelungen dar, auf die im Fall des Behandlungsvertrags zurückgegriffen werden kann.

⁷⁹⁵ OVGH, Urteil (2015) – ZB 1485 [最高人民法院 (2015) 民申字第 1485 号].

⁷⁹⁶ *YI, Jun* (易军), a.a.O., 3 (25). *XI, Weiming* (郗伟明), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 06/2015, 79 (94).

⁷⁹⁷ OVG Shanxi, Urteil (2015) – ZR 533 [山西省高级人民法院 (2015) 晋民申字第 533 号].

⁷⁹⁸ BGH, Beschluss vom 09. Juni 2009 – VI ZR 138/08 – Rn. 3 (juris). Zur deutschen Lit. auch *MüKoBGB/Wagner* (2016) § 630a Rn. 99; *Erman/Rehborn/Gescher* (2017) § 630a Rn. 34; *Alexander*, JA 2015, 321 (323); *Spickhoff*, MedR 2015, 845 (849).

Behandlungsvertrags berücksichtigen chinesische Gerichte die Tatsache, dass die Medizin ein Gefilde der Lebenswissenschaft darstellt, wo zahlreiche Fragen bislang noch nicht geklärt und viele Krankheiten nicht geheilt werden können. Die sehr hohe Kompliziertheit der Anatomie des Menschen, das begrenzte Niveau der heutigen medizinischen Erkenntnisse und die mit der Behandlung verbundenen, schwer absehbaren Risiken stehen in der Regel⁷⁹⁹ einer Garantie entgegen, mit der der Arzt dem Patienten einen Erfolg versprechen würde. Der Arzt schuldet damit dem Patienten nur solche Behandlungen, die den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechen. Selbst ein sehr erfahrener Richter muss sich ggf. in Rechtsstreitigkeiten über die Zweckmäßigkeit von betreffenden Heilmethoden und durch therapeutische Maßnahmen bedingte Schäden an die medizinischen Fachleute (Gutachter) wenden.⁸⁰⁰ Wenn das Krankenhaus (regelmäßig in der Form juristischer Person) als der Vertragspartner des Behandlungsvertrags auftritt, stellt sich freilich die Frage, wie das Verschulden des Durchführenden dem Krankenhaus zugerechnet werden kann.⁸⁰¹

Darüber hinaus sind die dem Art. 54 CDG immanenten Wertungen und Abwägungskriterien⁸⁰² der chinesischen Lehre nach auch auf die behandlungsvertragliche Haftung übertragbar, wenn der verletzte Patient seine Klage auf den Behandlungsvertrag stützen will.⁸⁰³ Die einem Operator bei der orthopädisch-chirurgischen Operation obliegenden vertraglichen und deliktischen Sorgfaltsmaßstäbe sind prinzipiell gleich.⁸⁰⁴ Diese Haltung entspricht auch der rechtlichen Einordnung in der chinesischen Judikatur, nach der der Behandlungsvertrag als Dienstvertrag einzustufen ist.⁸⁰⁵ Sie versteht sich von selbst und ist in der chinesischen Lit. keineswegs auf Widerspruch gestoßen.⁸⁰⁶

Die Zweispurigkeit des Arzthaftungsrechts⁸⁰⁷ lässt sich auch in der chinesischen Kasuistik beobachten. Ein Überblick kann den Eindruck erwecken, dass die Klage in der Regel auf vertragsrechtliche Regelungen gestützt wurde, wenn schadensbegründende Ereignisse hauptsächlich auf die Verletzung von Informationspflichten, das Fehlen der Einwilligung⁸⁰⁸, eine falsche Dokumentation⁸⁰⁹

⁷⁹⁹ Auch im deutschen Recht, vgl. MüKoBGB/Wagner (2016) Vor § 630a Rn. 26; Ulsenheimer, MedR 2015, 757.

⁸⁰⁰ MVG Nanning, Urteil (2015) – I S 1626 [Nanning市中级人民法院 (2015) 南市民一终字第 1626 号]; OVG Shanxi, Urteil (2015) – ZR 533 [山西省高级人民法院 (2015) 晋民申字第 533 号]. Ausführlicher vgl. CHENG, Xiao (程啸), Deliktsrecht, S. 438 ff.

⁸⁰¹ Seitens des deutschen Rechts, vgl. MüKoBGB/Wagner (2016) § 630a Rn. 65; Bender, VersR 2013, 962 (963).

⁸⁰² Chongqing-No. 2-MVG, Urteil (2014) – S 00856 [重庆市第一中级人民法院 (2014) 渝一中法民终字第 00856 号].

⁸⁰³ Die chinesische Anspruchskonkurrenzlehre und die Gerichtspraxis zwingen einen verletzten Patienten, seinen Klagegrund entweder auf den Behandlungsvertrag oder auf die deliktsrechtlichen Vorschriften wie Art. 54 ff. zu stützen. Wenn der Kläger die Grundlage in der Klageschrift nicht klar vorstellt, hat der Richter dem Kläger vor der mündlichen Verhandlung das Bestimmungsrecht kurz zu erklären und die Ausübung des Rechts anzufordern. Außerdem wird dem Kläger die Möglichkeit eingeräumt, seinen Klagegrund nach seiner Wahl, aber vor der mündlichen Verhandlung zu ändern.

⁸⁰⁴ Der vom BGH, NJW 1989, 767 Rn. 13 vertretene Ansicht ist sehr aussagekräftig.

⁸⁰⁵ MVG LüLiang, Urteil (2016) – XI S 170 [吕梁市中级人民法院 (2016) 晋 11 民终 170 号]. Die deutsche h.M. sieht ihn auch als Dienstvertrag an, vgl. Neelmeier, NJW 2015, 374 ff.

⁸⁰⁶ Yi, Jun (易军), a.a.O., 3 (25).

⁸⁰⁷ Zu dieser Parallelität im deutschen Recht, vgl. nur MüKoBGB/Wagner (2016) Vor § 630a, Rn. 23 ff.

⁸⁰⁸ CHEN, Guoqing (陈国青)/ZHENG, Xuefeng (郑雪峰) v. Jiangsu Provinz Krankenhaus, in: Sammlung des OVGH (最高人民法院公报) Vol. 08/2004: Ohne Einwilligung des Ehepaars hat der Arzt eines Krankenhauses willkürlich auf die vereinbarte Methode der intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) verzichtet und eine

zurückzuführen sind. Verletzt die medizinische Behandlung das Integritätsinteresse, wird die deliktische Haftung in der Regel bevorzugt.⁸¹⁰ Lässt der Arzt z.B. eine Gaze in der Bauchhöhle des Patienten zurück, kann der Träger des Krankenhauses vom Vorwurf des Verschuldens nicht exkulpiert werden.⁸¹¹

V. Fazit

Sowohl solche aus dem deutschen Recht übernommenen Rechtsinstitute wie die Haftung für die *c.i.c.* und die Nebenpflichtverletzung als auch besondere Regelungen für die positiv-rechtlich niedergelegten oder für die in der Rechtspraxis praktizierten unbenannten Vertragstypen haben – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – am Verschuldensprinzip festgehalten. Die einschlägigen Regelungen finden sich auch in Sondergesetzen. Ein sog. zweispuriger Zurechnungsgrundsatz im chinesischen Vertragsrecht sollte klar zum Ausdruck gebracht werden. Von hier aus ergibt sich die in der vorliegenden Arbeit behandelte Kernfrage, auf welcher rechtlichen Grundlage und wie weit dem Schuldner das Verschulden des Dritten im genannten Falle der verschuldensabhängigen Haftung zuzurechnen ist.

Rechtsvergleichend wird noch darauf hingewiesen, dass selbst im anglo-amerikanischen Recht, wo nach unumstößlicher und einhelliger Auffassung die strikte Vertragshaftung überwiegend im Vordergrund steht, die Haftung (allein) für *due care* oder *reasonable care* in der Lit. und Rspr. nicht selten anerkannt wird.⁸¹²

D. Mitverschulden

Im Weiteren muss man sich das haftungsmindernde Mitverschulden vor Augen halten.

Der Versuch zur Statuierung einer gesetzlichen Regelung über die Mitverantwortlichkeit wie nach § 254 ist im chinesischen geltenden Vertragsgesetz leider gescheitert.⁸¹³ Von den Scheiterungsgründen⁸¹⁴ wird man abermals betroffen

andere Methode, nämlich die klassische In-vitro-Fertilisation (IVF), vorgenommen. Die Vorinstanz leitete die Zustimmungsbefähigung aus dem vorgenannten Art. 60 CVG ab. Das Krankenhaus trug die vertragliche Haftung für die unbefugte Änderung der vereinbarten Methode der künstlichen Befruchtung durch den behandelnden Arzt. Der Schmerzensgeldanspruch des Ehepaars wurde allerdings abgewiesen. Das Nanjing-MVG bestätigte die vorinstanzliche Entscheidung.

⁸⁰⁹ MVG Dalian, Urteil (2017) – II S 1588 [大连市中级人民法院 (2017) 辽 02 民终 1588 号]: Anspruch auf die Korrektur des Patientennamens.

⁸¹⁰ Ausnahmsweise auch mit vertragsrechtlicher Anspruchsgrundlage, vgl. Tianjin-No. 1-MVG, Urteil (2013) – S33 [天津市第一中级人民法院 (2013) 一中民少终字第 33 号]: Blindheit des frühgeborenen Babys.

⁸¹¹ OVG Gansu, Urteil (2016) – W 51 [甘肃省高级人民法院 (2016) 甘民申 51 号]; Chongqing-No.5-MVG, Urteil (2014) – S 03420 [重庆市第五中级人民法院 (2014) 渝五中法民终字第 03420 号]; OVG Yunnan, Urteil (2013) – W 676 [云南省高级人民法院 (2013) 云高民申字第 676 号]; MVG Jilin, Urteil (2013) – I S 848 [吉林市中级人民法院 (2013) 吉中民一终字第 848 号]; MVG Shijiazhuang, Urteil (2013) – II S 02315 [石家庄市中级人民法院 (2013) 石民二终字第 02315 号]; MVG Zhoukou, Urteil (2014) – S 2092 [周口市中级人民法院 (2014) 周民终字第 2092 号]. Zu einem ähnlichen Sachverhalt in deutschen Gerichtsentscheidungen vgl. BGHZ 4, 138 ff. Rn. 10 (Zurücklassen einer Klemme in einer Operationswunde).

⁸¹² Schmidt-Kessel, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 293 ff.; Treitel, Law of Contract, S. 739 ff.

⁸¹³ Das Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (CAGZ) befasst sich im Art. 131 CAGZ mit einer deliktsrechtlichen Regelung über Mitverantwortlichkeit. Das später kodifizierte Deliktsgesetz hat den Regelungsinhalt des Art. 131 CAGZ im Art. 26 CDG wörtlich übernommen. Art. 58 S. 2 CVG, der das Mitverschulden beider Parteien berücksichtigt, ist aber auf die Haftung wegen Nichtigkeit oder Anfechtung des Vertrages zugeschnitten.

⁸¹⁴ Einige leitende Beamte des Ausschusses für das Recht des NPC und OVGH lehnten den Ausdruck des

und befremdet. Art. 120 CVG ist damit nur auf den Fall des sog. beiderseitigen Vertragsbruches zugeschnitten. Das Fehlen einer positiv-rechtlich niedergelegten Regelung für Mitverantwortlichkeit ist eher bedauerlich. Die große praktische Bedeutung einer solchen entsprechenden Regelung hat die chinesische Rechtsprechung ihrerseits sofort wahrgenommen. Der Richter hat sich bis heute noch an das abstrakte und konkretisierungsbedürftige Prinzip „*Treu und Glauben*“ zu halten.⁸¹⁵ Ist die Entstehung des Schadens auch auf das mitwirkende Verschulden der vertragstreuen Partei zurückzugehen, ist sie für den Schaden mitverantwortlich und die Schadensersatzhaftung der vertragsbrüchigen Partei wird je nach dem Verantwortungsmaß herabgesetzt. Insoweit ist Folgendes richtig: Das Rechtsinstitut des Mitverschuldens wird als richterliches Gewohnheitsrecht angesehen.

Der chinesische OVGH hat jüngst eine »*Justizauslegung zum Kaufvertrag*« (2012) erlassen, deren Art. 30 auf die Mitverantwortlichkeit der vertragstreuen Kaufvertragspartei zugeschnitten ist. Die Anspruchskürzung unter dem Gesichtspunkt eines Mitverschuldens wird damit (nur) *gesetz(esähn)lich* anerkannt. Die chinesische Rechtsprechung hat danach eine entsprechende Anwendung dieser Regelung auf andere Vertragstypen anerkannt.⁸¹⁶ Diese Verlegenheitslösung entspricht zwar dem Gebot, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln. Anders als bei den die Vertragstypen charakterisierenden unterschiedlichen Hauptleistungspflichten ist die Pflicht der geschädigten Partei, die mitwirkende Schadenshandlung zu unterlassen und das eigene Interesse im Rahmen des Zumutbaren zu schützen, in jedem Vertragstyp wesentlich gleich.

Angesichts der praktischen Bedeutung des Rechtsinstituts des anspruchsvernichtenden oder -mindernden Mitverschuldens ist die Frage nach der Zurechnung des fremden Verschuldens unausbleiblich, soweit der vom Gläubiger eingeschaltete Dritte bei der Entstehung eines Schadens mitgewirkt oder die Schadensabwendung unterlassen hat. Bei der Abwägung der beiderseitigen Verantwortlichkeitsgrade hat hinsichtlich der Ermittlung des Verschuldens eine § 278 entsprechende Vorschrift dann eine erhebliche Bedeutung erlangen können und müssen.

E. Zusammenfassende Bewertung

Aus den vorstehenden Darstellungen über die Gesetzgebungsgeschichte der vertraglichen Haftungsnorm können die deutschen Juristen einen ersten und vorläufigen Befund herausarbeiten: Das chinesische Vertragsrecht ist, insgesamt

„Mitverschuldens“ ab und unterstützten ausschließlich den Begriff „beiderseitiger Vertragsbruch“. Vgl. LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 01/2000, 92 (95).

⁸¹⁵ Z.B. OVGH, Urteil (2016) – ZR 231 [最高人民法院 (2016) 最高法民再 231 号]. Die dogmatischen Grundlagen der Regelung über Mitverantwortlichkeit rekurrieren in vielen Rechtsordnungen auch auf Billigkeitserwägungen oder das Prinzip „Treu und Glauben“. Zum japanischen Recht, Shoji Kawakami (河上 正二), in: *Review of Civil Law* (民法研究), Vol. 1 2016, 36 (38). Ein Teil der deutschen Lehre und Rechtsprechung stützt sich auch auf das Prinzip „Treu und Glauben“, vgl. BGHZ 119, 268 (Rn. 12); BGH WM 2017, 280 (Rn. 41); Erman/I. Ebert (2017) § 254 Rn. 1. Ausführliche Erörterung vgl. Looschelders, Mitverantwortlichkeit, § 9, S. 145 ff, der aber an der Berufung auf den Grundsatz „Treu und Glauben“ zweifelt.

⁸¹⁶ OVGH, Urteil (2016) – ZR 231 [最高人民法院 (2016) 最高法民再 231 号].

betrachtet, gleichzeitig deutsch sowie vom CISG geprägt. Was die vertragliche Schadensersatzhaftung, insb. das Zurechnungsprinzip anlangt, geht der chinesische historische Gesetzgeber grundsätzlich von der in den internationalen Regelwerken, insb. dem CISG, vorherrschenden Garantiehaftung aus.⁸¹⁷ Diese Ausgestaltung ist selbst nach heutiger Erkenntnis in einem erheblichen Umfang nicht zu kritisieren.

Das CVG bildet somit ein dem deutschen Recht⁸¹⁸ entgegenstehendes „Regel-Ausnahme-Verhältnis“,⁸¹⁹ welches in erheblichem Umfang mit dem Common Law⁸²⁰ verwandt ist.⁸²¹ Diese (hier für nur partiell erachtete) Affinität des chinesischen Vertragsrechts zum anglo-amerikanischen Recht vereitelt allerdings die Rechtsvergleichung zwischen dem chinesischen und dem deutschen Recht nicht.⁸²² Der These, dass der im deutschen Recht zur „Durchbrechung des Verschuldensprinzips“⁸²³ dienende § 278 gar keinen Vergleichsmaßstab liefern könne, kann nicht gefolgt werden. Es lässt sich nach heutigem Meinungsstand eben nicht mehr bestreiten, dass selbst die oft beschworenen Unterschiede zwischen anglo-amerikanischem und kontinentaleuropäischem Rechtssystem in Bezug auf den Maßstab der Vertragshaftung nicht so gravierend sind, wie gedacht.⁸²⁴

Während die Garantiehaftung dann das allgemeine vertragliche Haftungsregime darstellt, wird eine Vielzahl von verschuldensabhängig konzipierten Vertragshaftungen als Sonderregime anderenorts im CVG oder in den sonstigen Spezialgesetzen angeordnet. Dazu gehören insbesondere – aber nicht ausschließlich – *culpa in contrahendo*,⁸²⁵ die Haftung für Nebenpflichtverletzungen⁸²⁶ und eine Reihe von gesetzlich angesiedelten Verschuldenshaftungen (z.B. Art. 189, 222, 303, 265, 370 CVG)⁸²⁷ umfasst. Solche Regelungen oder Rechtsinstitute weisen grundsätzlich Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Recht auf, weil sich die chinesische Rechtsordnung in erheblichem Umfang an dieses angelehnt hat. Außerdem zwingen die im CVG oder in den Sondergesetzen vielfach angeordneten Sorgfalts- und Schutzpflichten dazu, dass die Garantiehaftung zurückzutreten hat, weil „eine mildere Haftung bestimmt oder aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist.“ Das zeigt sich besonders deutlich in den Verträgen, die mannigfache Verhaltenspflichten zum Gegenstand haben.⁸²⁸ Insb.

⁸¹⁷ Vgl. Oben § 5 B II 3, S. 110.

⁸¹⁸ HKK/Schermaier vor § 276 Rn. 4, §§ 276-278 Rn. 2; Staudinger/Löwisch (2004) § 276 Rn. 5; Grundmann, in: FS Schwark (2009), 21 (28); ders., in: Michigan Law Review (2009), 1583 (1589).

⁸¹⁹ KONG, Xiangjun (孔祥俊): SchuldR, S. 407.

⁸²⁰ U. Huber, Leistungsstörungen, Bd. I, § 2 II 2 (S. 31).

⁸²¹ Die Ähnlichkeit zwischen dem Haftungsmaßstab des CISG und dem des Common Law ist unbestreitbar. Vgl. Unberath, Vertragsverletzung, § 12 I 2 b, S. 336.

⁸²² Zur Tendenz der Annäherung des anglo-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Rechtskreises, vgl. Markesinis, The Clifford Chance Millenium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law, 2000; Gordley, Common law and civil law: eine überholte Unterscheidung, ZEuP 1993, 498-518; Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, ZEuP 1993, 4; Kötz, Abschied von der Rechtskreislehre, ZEuP 1998, 493-505; Kessler, Metamorphosen im Amerikanischen Vertragsrecht, JZ 1988, 109-116.

⁸²³ Vgl. weiter oben Fn. 28.

⁸²⁴ Unberath, a.a.O., § 12 I 2 a, S. 334.

⁸²⁵ Oben § 5 C I, S. 111 ff.

⁸²⁶ Oben § 5 C II, S. 115 ff.

⁸²⁷ Oben § 5 C III, S. 120 ff.

⁸²⁸ Oben § 5 C IV, S. 124 ff.

beim Rechtsinstitut des Mitverschuldens stellt sich die weitere Frage, ob und auf welcher positiv-rechtlichen Grundlage sich die Zurechnung des fremden Verschuldens vornehmen lassen kann.

§ 6 Positiv-rechtliche Normgruppe als Anknüpfungspunkt für die Erfüllungsgehilfenhaftung

Vorweg soll an dieser Stelle betont werden, dass sich diese Arbeit hauptsächlich nicht auf *de lege ferenda* richtet, welches unter Berücksichtigung der fortdauernden Kodifikationsarbeit des chinesischen ZGB ganz überwiegende Aufmerksamkeit erregt. Das Ziel, dem Gesetzgeber Gesetzgebungsvorschläge zu unterbreiten, erscheint m.E. nicht praktikabel, wenn *de lege lata* einfach beiseitegeschoben würde. Es wird nur ein Versuch unternommen, das zu behandelnde Thema vor allem iRd. chinesischen geltenden Recht aufzugreifen, um aus den positivierten Regelungen und konkreten Lösungen in der Kasuistik die maßgebenden Grundsätze herauszuarbeiten. Eine Herangehensweise, die ohne jede Bezugnahme auf das geltende Gesetz und die Judikatur arbeitet, ist abzulehnen.

Die deutschsprachigen Verfasser, deren Untersuchungen der Erfüllungsgehilfenhaftung als solcher gewidmet werden, können sich ohne Unentschlossenheit direkt auf die positiv-rechtliche Grundlage (§ 278 BGB, Art. 101 OR, § 1313a ABGB) fokussieren und sich nach einer bündigen Vorbemerkung über die Entstehungsgeschichte und Zielsetzung der entsprechenden Vorschriften sofort auf die Kernfrage nach den Haftungsvoraussetzungen und der kasuistischen Entwicklung konzentrieren. Dementgegen müssen sich die chinesischen Juristen von Anbeginn bemühen, aus einem relativ komplizierten Regelungskomplex die einschlägigen bzw. relevanten Regelungen herauszufinden. Insoweit ist in gewissem Sinne richtig: Die Wichtigkeit des vorliegenden Abschnitts besteht überwiegend darin, dass es um die konkrete Rechtsanwendung von aufzufindenden positiv-rechtlichen Normen geht.

A. Die Rechtstradition der Haftung für Dritte nach altem chinesischem Recht

Sofern die Diskussion über die Haftung für Gehilfen eröffnet wird, verflechten sich die Haftungen für Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen immer mehr.⁸²⁹ *Seiler*⁸³⁰ hat das Vorhandensein sog. allgemeiner Grundsätze über Gehilfenhaftung im römischen Recht verneint und einen Blick auf die übrigen Regelungen geworfen, die sich auf differente Konzepte zurückführen ließen. Ein Rechtsvergleicher aus China wird sich auch mit der Frage aufhalten müssen, ob mindestens eine mit solchen älteren Konzepten vergleichbare Regelung in der alten chinesischen Rechtstradition auffindbar ist.

I. Anlehnung an den »Tang-Kodex« und seinen »Offiziellen Kommentar«

Der Versuch, diesbezügliche Begründungen nach traditionellem chinesischem Recht herauszufinden, stößt allerdings schon von Anfang an auf große Schwierigkeiten. Er geht einerseits darauf zurück, dass das alte chinesische Recht in erheblichem Umfang nur auf das Strafrecht Gewicht legte.⁸³¹ Vereinzelt zivilrechtliche Regelungen, die

⁸²⁹ Vgl. nur *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (288); *MüKoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 7; *MüKoBGB/Wagner* (2017) § 831 Rn. 2; *NK-BGB/Katzenmeier* (2016) § 831 Rn. 5.

⁸³⁰ *Seiler*, JZ 1967, 525 (526).

⁸³¹ Auch *Zweigert/Kötz*, § 20 II (S. 284 f.).

vor allem nur sporadisch in verwaltungs- und strafrechtliche Regelungen eingebettet wurden, fielen dagegen nicht ins Gewicht. Das liegt andererseits an fehlenden schriftlichen Materialien. Die meisten wurden bei Dynastiewechseln vernichtet oder verloren und sie sind sehr wenig überliefert. Es ist deshalb bedauerlich, dass die chinesische Rechtstradition aufgrund mangelnder Materialien nicht gleich zureichend erforscht wurde wie das römische Recht in Europa.

Glücklicherweise ist der im Jahr 651 erlassene »Tang-Kodex« (永徽律)⁸³² – vollständig – überliefert. Alle 502 Paragraphen des »Tang-Kodex« wurden außerdem durch den zwei Jahre später veröffentlichten »Offiziellen Kommentar« (唐律疏议)⁸³³ nacheinander ausführlich interpretiert, was dem Rechtsanwender als zugänglicher Maßstab dienen kann.⁸³⁴

1. Analogiefähigkeit und -gebot der alten Tierhalterhaftung

Der »Offizielle Kommentar zum Tang-Kodex« enthält eine Regelung, in der die Haftung eines Tiereigentümers für den durch sein Haustier zugefügten Schaden festgehalten ist. Art. 204 aus dem 15. Abschnitt (mit der Bezeichnung „Tierställe und Magazine“ [厩库]) des »Offiziellen Kommentars« sah vor: „Erschlägt oder verletzt der Sacheigentümer bei der Schädigung seiner Sache durch ein zur Behörde oder Einzelperson gehörendes Tier das schadenstiftende Tier, wird er so bestraft, dass seine Strafe nach der Strafe wegen einer vorsätzlichen Tierbeschädigung (Art. 203) um drei Stufen (d.h. 90 Hiebe mit dem Stock statt Freiheitsstrafe von eineinhalb Jahre) herunterzubringen ist. Der Täter (d.h. Sacheigentümer)⁸³⁵ und der Eigentümer des Haustiers haben gegeneinander die dadurch entstehende Wertminderung zu ersetzen.“⁸³⁶ Diese Vorschrift hat auf den ersten Blick nichts mit der Haftung für Gehilfen zu tun. Auf den zweiten Blick kommen erst Details zum Ausdruck. Zu

⁸³² Es ist wichtig zu betonen, dass der »Tang-Kodex« und zwar sein »Offizieller Kommentar« als rechtsgültiges Gesetz zumindest im überwiegenden Großteil ein Strafgesetz ist, in dem Zivilsachen nur gelegentlich berücksichtigt wurden. Vgl. WANG, Limin (王立民), in: *Chinese Criminology Review* (犯罪研究), 03/2012, 2; Weggel, S. 47 ff. „Den straf- und verwaltungsrechtlichen Charakter“ von chinesischen alten Gesetzen betonen auch Zweigert/Kötz, a.a.O., S. 284 f. und Kaufmann, in: FS W. Lorenz (1991), 635 (643 und 647). Außerdem hat Kaufmann, a.a.O., 635 (647) die Humanisierung des Strafrechts iSd. »Tang-Kodex« in der Zeit als außergewöhnlich betrachtet, in denen die westliche Welt noch nicht daran gedacht hat. Der gewiss gemischte Charakterzug von zivilrechtlichem und strafrechtlichem Spektrum des älteren Rechts lässt sich auch im *lex Aquilia* erkennen (Kleindiek, S. 41). Der »Tang-Kodex« und sein »Offizieller Kommentar« weisen auch an einigen Stellen den Charakter des Zivilrechts bzw. der Zivilklage auf, für den Art. 204 in 15. Abschnitt ein gutes Beispiel bildet. Ausführlich vgl. unten Fn. 836.

⁸³³ Seine auf hohem Niveau stehende Gesetzestechnik hat auch in der deutschen Lit. großen Beifall ausgelöst, vgl. Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, S. 739.

⁸³⁴ Auch im 39. Abschnitt des von WANG, Pu (王溥) im Jahr 961 herausgegebenen »Gesammelten Regelungswerke der Tang-Dynastie« (唐会要) hatten die Geschichte bzw. der Zweck dieses »Offiziellen Kommentars« eine ausführliche Klärung erfahren.

⁸³⁵ Dass dem Nutztier wie Pferden, Ochsen usw. als dem wichtigsten Arbeitsvieh in einer landwirtschaftlichen Hauswirtschaft, ein prioritärer Stellwert zugemessen wurde (Art. 15), schließt ungeachtet der Haftungsmilderung (Art. 204) eine gerechtfertigte Notwehr seitens des Sacheigentümers aus.

⁸³⁶ Der damalige Kommentator hat ein illustratives Beispiel angegeben: Erschlägt der Eigentümer der Sache (Marktwert in Höhe von 2 Rollen hochwertiger Seidenstoffe) unmittelbar bei der Schädigung seiner Sache das fremde Hausrind (Marktwert 5 Rollen gleichwertiger Seidenstoffe) und beträgt der Rest des toten Rinds einen Wert von 3 Rollen, liegt ein Schaden beim Tiereigentümer in Höhe von 2 Rollen hochwertiger Seidenstoffe vor. Der Tiereigentümer hat dem Sacheigentümer 2 Rollen hochwertige Seidenstoffe zu ersetzen. Gleiches gilt für den Sacheigentümer. Derjenige, dem vorläufig die Bestimmungsmacht über das Tier zusteht, ist dem Eigentümer gleichzustellen und er hat deshalb entsprechende Risiken zu tragen. Dies ist für den Entleiher des Tiers der Fall.

erinnern ist, dass der »*Offizielle Kommentar zum Tang-Kodex*« erstmalig die Analogien⁸³⁷ in dem chinesischen Gesetzestext schriftlich fixiert hat.

Die „Sacheigenschaft“ des Knechts⁸³⁸ in der Tang-Dynastie verstand sich eigentlich von selbst und ist im »*Tang-Kodex*« vielfach bestätigt geworden. Der damalige Tang-Gesetzgeber hat beispielsweise zuerst in Art. 47 Abs. 5 klargemacht, dass Knechte und nachrangige Bürger mit einem Haustier (einer Sache) gleichzustellen seien („奴婢贱人，律比畜产“). Art. 248 (17. Abschnitt „schwere Straftaten“) betont danach nochmals, dass der Knecht zum Inventar des Herrn gehöre („奴婢同资财“). Nach dem im »*Offiziellen Kommentar zum Tang-Kodex*« fest verankerten Analogie-Gebot war also der Herr für den vom Knecht verursachten Schaden zivilrechtlich verantwortlich wie ein Tiereigentümer.

2. Strafrechtliche „subsidiäre Haftung“ des Hausherrn

Eine weitere klare Regelung wurde im »*Offiziellen Kommentar zum Tang-Kodex*« anderenorts (Art. 47 Abs. 3) angefügt. Der Herr eines privaten Soldaten und Knechts habe anstelle eines solchen Gewaltunterworfenen unberechtigt erworbene Güter (Beute, Schmiergeld usw.) zu übergeben oder einen den Gütern gleichwertigen Geldbetrag zu leisten oder eine zur Begnadigung einer verhängten Strafe gesetzlich vorgesehene Geldsumme zu zahlen,⁸³⁹ wenn der handelnde Knecht in Zahlungsunfähigkeit geraten ist. Unter Berücksichtigung eines sehr geringfügigen Vermögens des Knechts war eine derartige strafrechtliche „subsidiäre Haftung“ des Geschäftsherrn durchaus vorstellbar. Die Pflicht von den handelnden Straftätern, derartige Güter zurückzugeben oder Geldbuße zu leisten, setzt allerdings voraus, dass das Gesetz diese Strafe *expressis verbis* vorsieht. Bei schwerwiegenden Straftaten, z.B. bei Landesverrat, Komplott zum Sturz des kaiserlichen Regimes, Totschlag von Eltern, ist die Begnadigung keineswegs möglich. In Ansehung anderer Strafarten, nämlich Todes-, Körper-, Freiheitsstrafen, Verschiffung und Verbringung von Sträflingen trägt der Geschäftsherr nicht die (strafrechtliche) Verantwortung für seinen Gewaltunterworfenen.

3. Die der chinesischen Kultur innewohnende strikte Haftung des Familienvaters

Im Hinblick auf eine zivilrechtliche Haftung eines Familienvaters für seine Kinder wurde diese dort regelmäßig bejaht, wo nach der herrschenden Volkstümlichkeit eine

⁸³⁷ Nach der heutigen strafrechtlichen Lehre ist eine Analogie wegen des Verstoßes gegen den Gesetzlichkeitsgrundsatz („*nulla poena sine lege*“ in Art. 3 chinesisches StGB, § 1 deutsches StGB) im Strafrecht zu Lasten des Täters jedenfalls verboten. Vgl. *Kühl* in *Lackner/Kühl* (2014) StGB § 1 Rn. 1; *BeckOK GG/Radtke/Hagemeyer*, 31. Ed. 1.3.2015, GG Art. 103 Rn. 18. Diese Regelung war jedoch damals rechtstechnisch eher eine schöpferische Erfindung, mit der die Beamten Rechtsstreitigkeiten trotz fehlender konkreter Regelungen entscheiden konnten“. Die Schlüsse „*argumentum a minori ad maius*“ und „*argumentum a maiori ad minus*“ waren daneben in Art. 50 ausdrücklich vorgesehen. Vgl. *JIANG, Tao* (姜涛), in: *The Jurists* (法学家), 03/2014, 104 ff.; *CHEN, Rui* (陈锐), in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 01/2012, 116 ff. (132 ff.). *Kaufmann* ließ sich durch die favorisierte Analogiefähigkeit des klassischen chinesischen Rechts nicht im Geringsten beeindruckt. Vgl. *Kaufmann*, a.a.O., 635 (642). Wohl auch *Weggel*, S. 52 und 143.

⁸³⁸ Die soziale und rechtliche Stellung des Knechts ist einigermaßen mit der Stelle des römischen Sklaven vergleichbar.

⁸³⁹ Gewissermaßen ist diese Strafe mit der altrömischen Regelung über die Hingabe eines Lösegeldes vergleichbar, die den Ursprung des Schadensersatzrechts darstellt. Dazu vgl. *Edlbacher*, in: *FS Wilburg* (1965), 81 (82).

unumstößliche Bindungswirkung des Hausvaters gegenüber Kindern unumstritten anerkannt und ganz üblich war. Die chinesische Kultur bzw. Rechtstradition ist der Fall.

Das Ziel, diesbezügliche Streitfälle, in denen der Familienvater für Delikte seines Kindes haftete, aus den übriggebliebenen älteren Archiven ausfindig zu machen, ist zum einen deshalb kaum zu erreichen, weil zivilrechtliche Streitigkeiten im alten China selten vor Gericht gebracht wurden, sondern meistens im Rahmen bestimmter Lebensgemeinschaften nach örtlichen Gewohnheiten, Bräuchen, Maßregeln des Sippenverbands usw. geschlichtet wurden.⁸⁴⁰ Zum anderen fehlten dazu geschriebene Vorschriften, die eine derartige Haftung des Familienvaters für seine Kinder betrafen. Vor diesem Hintergrund ist es besonders schwer, ausreichende Entscheidungsmaterialien vorzubringen, aus denen eine einigermaßen mit der altrömischen *Noxalhaftung* gleichzustellende Haftungsregel herauszuarbeiten wäre.

Es lässt sich dem aber nichts entgegengehalten, dass dem Hausherrn der durch sein Kind zugefügte Schaden ganz zur Last fiel. Der Grund ist, dass es einer tiefverwurzelten Billigkeits- oder Richtigkeitsentscheidung, die sich aus den maßgebenden Werten des Konfuzianismus und dem chinesischen Lebensalltag ergibt, zu entsprechen scheint. Den Vater trifft die Schuld dafür, dass Kinder sich allein ernähren, aber nicht gut erziehen lassen (养不教, 父之过). Diese altehrwürdige Volkswisheit wurde später in dem wichtigsten Lehrgedicht »Drei-Zeichen-Klassiker« (三字经) verankert, das im 13. Jahrhundert von WANG, Yinglin (王应麟) kompiliert wurde. Sie war in früherer Zeit weitgehend anerkannt und auch in der chinesischen Rechtswirklichkeit zur Durchführung gelangt.⁸⁴¹ Einer der – in der chinesischen tausendjährigen Geschichte verankerten – »drei Grundsätze« (三纲) bildet auch ein Beispiel für die alte hierarchische Ordnung, nach der die Kinder dem Familienvater gehorchen mussten.

II. Zwischenergebnis

Sowohl in der chinesischen Judikatur als auch in dem Schrifttum lassen sich sehr wenige historisch überlebte Streitfälle oder Lehrstücke erkennen, in denen unmittelbar und eindeutig auf die Haftung für Gehilfen hingewiesen wurde.

⁸⁴⁰ Ausführlich vgl. nur Zweigert/Kötz, a.a.O., S. 285.

⁸⁴¹ Noch in der heutigen chinesischen Rechtspraxis kann man dieser engen Eltern-Kinder-Beziehung sehr häufig begegnen. Einerseits hatte sich der chinesische Gesetzgeber – mit einer haftungsmindernden Wirkung – von vornherein für eine unbedingte Haftung des Aufsichtspflichtigen (Art. 133 I 1 CAGZ, später auch Art. 32 I 1 CDG; zur Rechtsprechung vgl. OVG Liaoning, Urteil [2013] – II ZR 6 [辽宁省高级人民法院 (2013) 辽审二民抗字第 6 号]) entschieden. Das Verschulden von Eltern wird andererseits dem geschädigten Kind direkt zugerechnet (OVG Guangxi, Urteil [2014] – ZR 801 [广西壮族自治区高级人民法院 (2014) 桂民申字第 801 号]; OVG Ningxia, Urteil [2013] – U 93 [宁夏回族自治区高级人民法院 (2013) 宁民终字第 93 号]). Die Frage, ob und welches Schuldverhältnis zwischen einem geschädigten Kind und dem Schädiger vorliegt, macht für die Zurechnung des Mitverschuldens keinen Unterschied. Die Verselbständigung der Persönlichkeit und Rechtsstellung des Kindes ist im Rahmen rechtswissenschaftlicher Untersuchungen über das Mitverschulden des Geschädigten nur auf geringes Interesse gestoßen. Die im deutschen Recht sehr spannende Gretchenfrage über das gestörte Gesamtschuldverhältnis ist in China auf sehr geringes Interesse gestoßen. Diese Besonderheit spiegelt sich auch in nahezu jeder ostasiatischen Rechtswirklichkeit wider. Hinsichtlich der Frage des Mitverschuldens von Eltern in Taiwan-Region und Japan, vgl. jeweils WANG, Tze-chien (王泽鉴), AcP 186 (1986), 237 (246) und Shoji Kawakami (河上 正二), Mitverschulden nach japanischem Recht, in: *Review of Civil Law* (民法研究), 01/2016, 36 (40).

Der bevorstehende Rückblick auf den »Tang-Kodex« zeigt allerdings schon, dass vergleichbare Rechtsgedanken und Haftungsregelungen auch in der chinesischen Rechtstradition und Rechtskultur ausfindig gemacht werden können. Solche schon im deutschen Recht verbreiteten akzeptierten Rechtsgedanken, die auf mehrere römische-rechtlichen Regelungen zu rekurrieren sind (oben § 3 A I 2, S. 33 ff.), können – wie vorgehend gezeigt – ebenso aus konkreten zivilrechtlichen Regelungen des »Tang-Kodex« extrahiert werden. Der Unterschied liegt etwa darin, dass deutsche Juristen sich auf die Analyse nationaler und historischer Quellen und den Aufbau eines eigenen dogmatischen Systems konzentrieren, während sich die chinesischen Kollegen bis heute meist mit internationalen Erfahrungen beschäftigen.

B. Der Forschungsstand in der chinesischen Literatur

Es gibt – wie oben wiederholt ausgeführt – keine gleiche Regelung im chinesischen Vertragsgesetz und in den Sondergesetzen wie dem deutschen § 278.⁸⁴² Während nahezu jedes deutsche Lehrbuch des Schuldrechts eine ausführliche Darstellung über Erfüllungsgehilfenhaftung enthält, widmen sich chinesische Kollegen eher selten einer eingehenden Behandlung dieses Gegenstands. Ein kurzgefasster Überblick über die eher geringfügige Diskussion in der chinesischen Lit. ist trotzdem gerechtfertigt, weil die Erkenntnisse über die gegenwärtig vorhandenen Untersuchungsergebnisse für eine Rechtsvergleichung nicht entbehrlich sind.

Bei der Diskussion, ob das chinesische geltende Recht eine der gesetzlichen Vorschrift immanente Haftungs- oder Zurechnungsregelung über Erfüllungsgehilfen erfasst, richten unsere chinesischen Kollegen ihren Blick meistens auf das Vertragsgesetz. Art. 121 CVG ist dabei die am häufigsten zitierte Vorschrift. Der Erfüllungsgehilfe könne im Allgemeinen unter dem Wortlaut „Dritter“ iSd. Art. 121 CVG verstanden werden.⁸⁴³ Dieser Betrachtungswinkel kann nicht als falsch angesehen werden, scheint m.E. aber eher rudimentär zu sein.

I. Repräsentative Stellungnahmen im Schrifttum

1. LIANG, Huixing (梁慧星)

LIANG (梁慧星) hat an einer Stelle ganz deutlich darauf hingewiesen, dass (nur) derjenige, die „mit dem Vertragsschuldner in einem bestimmten (rechtlichen) Verhältnis stehe“, unter den „Dritten“ iSd. Art. 121 CVG“ falle. Er hat eigene Leute des Schuldners, selbständige Dritte wie den Lieferanten von Rohstoffen oder Einzelteilen, Geschäftspartner sowie die obrigkeitliche Stelle namentlich

⁸⁴² Parallelvorschriften zum § 278 in anderen Rechtsordnungen, wie Art. 101 OR, § 1313a ABGB, Art. 6:76 niederländisches Burgerlijk Wetboek (deutsche Fassung, vgl. *Westerdijk/Nieper* (Hrsg.), Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6, München 1995; englische Fassung unter <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> abrufbar), Art. 224 Taiwan-ZGB (englische Fassung, unter <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=B0000001> abrufbar).

⁸⁴³ LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Research on Rule of Law* (法治研究), 01/2017, 3 (3); HAN, Shiyuan (韩世远), *Vertragsrecht AT*, S. 600; ders., in: *Studies in Law and Business* (法商研究), 01/1999, 34 (40); YI, Jun (易军), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), 3 (27). Ablehnend XIE, Gen (解亘), in: *Modern Law Science* (现代法学), 06/2014, 27 (33 f.).

aufgeführt.⁸⁴⁴

In seinem jüngsten Aufsatz hat er wiederholt angedeutet, dass ein Lieferant von Baustoffen und ein Bauunternehmer oder „Erfüllungsgehilfe“ zum „Dritten“ iSd. Art. 121 CVG gehören.⁸⁴⁵ Der Erfüllungsgehilfe stellt danach eine (eigenständige) Personengruppe des „Dritten“ iSd. Art. 121 CVG dar. Aus dieser neuen, nicht abschließenden Aufzählung lässt sich erkennen, dass sich LIANG (梁慧星) damit seiner ehemaligen Behauptung ohne tatsächliche Änderung angeschlossen hat. Damit schließt er denjenigen aus, der überhaupt mit dem Schuldner in keinem Verhältnis steht. Nach diesem Verständnis ergibt sich keine sog. uferlose Haftung des Schuldners für Dritte.

Aus dem Nebeneinanderstellen des Erfüllungsgehilfen mit dem sog. Lieferanten von Baustoffen und dem Bauunternehmer lässt sich aber herleiten, dass solche Personen nicht als Erfüllungsgehilfen des Schuldners gesehen werden können. Diese These entspricht grundsätzlich der in der deutschen Lit. und Rspr. herrschenden Auffassung.⁸⁴⁶

Die Schwäche der genannten Darstellung besteht allerdings darin, dass der vage Begriff „Erfüllungsgehilfe“ wie bisher keine hinreichende Klärung erfährt. Die Aufstellung „Erfüllungsgehilfe“ bedarf jedenfalls eines verlässlichen und einheitlichen Beurteilungskriteriums. Eine sehr generelle Deutung „bestimmte Verhältnisse“ als das einzige Beurteilungskriterium⁸⁴⁷ scheint unfruchtbar zu sein. Diese sehr konturlose Formulierung kann zu der Annahme verleiten, dass irgendein Verhältnis wie eine familienrechtliche oder arbeitsrechtliche Beziehung oder eine bloße Bekanntschaft, wie ein Gefälligkeitsverhältnis, freundschaftliches Verhältnis schon genügt. Dies kann auch zur Überspannung des Personenbereiches zu führen.

2. HAN, Shiyuan (韩世远)

HAN (韩世远) hat aus dem „Dritten“ iSd. Art. 121 CVG zwei Kategorien entnommen: Erfüllungsgehilfe und die obrigkeitliche oder zuständige Stelle. Dieses Ergebnis ergibt sich offenbar durch einen Rückblick auf die Vorgängernormen⁸⁴⁸ des Art. 121 CVG. Er hat außerdem auf die Gefahr einer uferlosen Haftung für fremdes Verhalten ausdrücklich hingewiesen, die der diffuse Wortlaut des Art. 121 CVG mit sich bringt. Dem soll hier im Wesentlichen zugestimmt werden. Allerdings ist auch hervorzuheben, dass allein Art. 121 CVG eine vollkommene gesetzliche Stütze für die chinesische Erfüllungsgehilfenhaftung nicht bieten kann. Vielmehr handelt sich um nur die ausschnittsweise Regelung der Erfüllungsgehilfenhaftung und muss in

⁸⁴⁴ LIANG, Huixing (梁慧星), Erläuterung von Prof. Liang über das Vertragsrecht, 1998, S. 150, zitiert nach ZHOU, Jianghong (周江洪), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 153 (156). Wohl auch GENG, Zhuo (耿卓), in: *Journal of Guizhou Police Officer Vocational College* (贵州警官职业学院学报), 03/2009, 64 (65).

⁸⁴⁵ LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Research on Rule of Law* (法治研究), 01/2017, 3 (10).

⁸⁴⁶ Vgl. unten Fn. 885 und 886.

⁸⁴⁷ Dass LIANG, Huixing den unpräzisen Ausdruck „bestimmte Verhältnisse“ hinzugenommen hat, lässt schon erkennen, dass er wenigsten dadurch den Personenkreis eingrenzen möchte, um die Hypertrophie der Haftung zu vermeiden. Die Unbestimmtheit macht das erwünschte Kriterium jedoch zur Leerformel, welche für die Konkretisierung der Person des Dritten eher wenig bewirken kann.

⁸⁴⁸ Ausführlich vgl. unten § 6 C II 1 a aa, S. 141 ff.

bestimmten Konstellationen auf andere Vorschriften zurückgegriffen werden.⁸⁴⁹

3. *YI, Jun* (易军)

YI, Jun (易军) hat dagegen einen neuen Pfad über das Rechtsinstitut „höhere Gewalt“ beschritten. Nach seiner Auffassung kann sich der Schuldner erst entlasten, wenn sein Erfüllungsgehilfe die ihm übertragende Aufgabe aufgrund höherer Gewalt nicht oder nicht vertragsgemäß bewältigt hat.⁸⁵⁰ Er berücksichtigt offenbar das strikte Haftungsprinzip des chinesischen Vertragsgesetzes, nach dem sich der Schuldner sich nur unter Hinweis auf höhere Gewalt gegen die Schadensersatzhaftung wehren kann.

Dieser Gedankengang scheint m.E. nicht lückenlos. Da eine Erfüllungsgehilfenhaftung auch an einen mangelnden sachlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit und dem übertragenden Aufgabenbereich scheitern kann. Ein pauschaler Rekurs auf das Rechtsinstitut „höhere Gewalt“ trägt m.E. wenig dazu bei. Darüber hinaus hat sich *YI, Jun* (易军) nirgends hinsichtlich der Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung geäußert.

4. *XIE, Gen* (解亘)

In Bezug auf die Haftung für Erfüllungsgehilfen hat *XIE, Gen* (解亘) deutlich erklärt, dass die Haftungen für Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen dieselben Rechtsgründe teilen. Dazu führte er die gleiche Auffassung von japanischen Juristen an, um seinen eigenen Gesichtspunkt zu unterstützen. Er begründet die Haftung für Erfüllungsgehilfen in einer befremdenden Weise: Die Haftung des Schuldners für Verhaltensfehler seines Erfüllungsgehilfen sei selbstverständlich, da der Geschäftsherr auch für widerrechtliches Verhalten seines Verrichtungsgehilfen haften müsse.⁸⁵¹ Diese rotierende Beweisführung erscheint m.E. wenig überzeugend, weil das Bedürfnis der Begründung nur auf deliktisches Recht geschoben und die Besonderheit der Haftung für Erfüllungsgehilfen ziemlich vernachlässigt wird.

Ausgehend von der Gleichstellung des Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen hat er sich für die ersatzlose Streichung des Art. 121 CVG ausgesprochen,⁸⁵² auf den viele chinesische Autoren das dem § 278 vergleichbare Rechtsinstitut der Erfüllungsgehilfenhaftung zu stützen versuchen. Dieser radikalen Haltung wird hier nicht gefolgt. Art. 121 CVG stellt – wie unten (§ 6 C II, S. 140 ff.) dargestellt wird – gerade eine der wichtigsten Grundlagen der chinesischen Erfüllungsgehilfenhaftung dar.

5. *ZHOU, Jianghong* (周江洪)

ZHOU, Jianghong (周江洪) hat den Erfüllungsgehilfen auch bei der Diskussion über Art. 121 CVG erwähnt. Nach seinen Typenzuordnungskriterien bildet derjenige, der gegenüber dem Schuldner in einer Lieferkette oder einer ähnlichen Kette steht, eine

⁸⁴⁹ Vgl. unten § 6 C III, S. 155 ff. und § 6 C V, S. 175 ff.

⁸⁵⁰ *YI, Jun* (易军), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), 3 (27).

⁸⁵¹ *XIE, Gen* (解亘), in: *Modern Law Science* (现代法学), 06/2014, 27 (30).

⁸⁵² *XIE, Gen* (解亘), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 143 (152).

selbständige Kategorie. Danach sei der Zweitkäufer nicht der Erfüllungsgehilfe des Erstkäufers, wenn der Letztere wegen eines Zahlungsverzugs des Zweitkäufers seiner eigenen Zahlungspflicht nicht abredgemäß nachkommen kann. Beispiele sind auch der Hersteller/Lieferant im Verhältnis zum Verkäufer, der Hauptvermieter im Verhältnis zum Hauptmieter, der Untermieter im Verhältnis zum Hauptmieter. Überdies sei ein Angestellter des Schuldners auch kein Erfüllungsgehilfe.⁸⁵³

Er hat ebenso offengelassen, welche besondere Konnotation der Begriff „Erfüllungsgehilfe“ im Vergleich zu anderen Personengruppen hat. Nach dem Überblick über die Rechtsprechungen hat er darauf hingewiesen, dass die befürchtete Ausuferung der Vertragsbruchhaftung für einen Dritten nicht so schlimm sei, wie gedacht.⁸⁵⁴ Darüber hinaus erteilt ZHOU, Jianghong (周江洪) dem Vorschlag für die ersatzlose Streichung des Art. 121 CVG eine Absage, weil das Prinzip „Relativität des Schuldverhältnisses“ seine positiv-rechtliche Grundlage verlieren würde.⁸⁵⁵

6. LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李伟平)

LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李伟平) halten die chinesische Vertragshaftung für fremdes Verhalten iSd. Art. 121 CVG zulasten des Schuldners für zu strikt. Um einen sachgerechten Schadensausgleich zu erlangen, spricht er sich vielmehr für einen direkten Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegen einen Dritten aus.⁸⁵⁶ Der Auffassung kann nicht gefolgt werden. Art. 121 CVG beschränkt oder schließt den direkten deliktischen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten nicht aus.⁸⁵⁷ Soweit deliktische Voraussetzungen vorliegen, kann der Gläubiger den Dritten freilich in Anspruch nehmen. Von einer sog. Unterdrückung der deliktischen Haftung aus dem Art. 121 CVG kann nicht gesprochen werden.

Andererseits haben sie zutreffend darauf hingewiesen, dass sowohl das anglo-amerikanische als auch das kontinentaleuropäische Rechtssystem in bestimmten Fällen den fremden Handlungen haftungsbefreiende Wirkung einräumen.⁸⁵⁸ Es liegt somit nahe, dass die Verfasser eine behutsamere Differenzierung des fremden Verhaltens iSd. Art. 121 CVG anregen möchten. Die herausragende Bedeutung ihrer Forschungen besteht außerdem darin, dass sie zwischen einem „Dritten“ iSd. Art. 121 CVG und dem sog. „Dritten“ in anderen Rechtsinstituten (*force majeure*, Störung der Geschäftsgrundlage, Gefahrtragung) sorgfältig unterscheiden.

II. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis der bisherigen Darstellung ist festzuhalten, dass Art. 121 CVG regelmäßig den Ausgangspunkt der zu behandelnden Themen im größten Teil der

⁸⁵³ ZHOU, Jianghong (周江洪), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 153 (160).

⁸⁵⁴ ZHOU, Jianghong (周江洪), a.a.O., 153 (161).

⁸⁵⁵ ZHOU, Jianghong (周江洪), a.a.O., 153 (163).

⁸⁵⁶ LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李伟平), in: *Journal of Shandong University (Philosophy and Social Sciences)* (山东大学学报[哲学社会科学版]), 05/2017, 24 (25).

⁸⁵⁷ Vgl. unten § 6 C II 4 a, S. 153 f. Unter der „Lockerung“ von Haftungsvoraussetzungen ist nach *dies.*, a.a.O., 24 (26) nur die deliktische Haftung des Dritten gemeint.

⁸⁵⁸ LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李伟平), a.a.O., 24 (26).

chinesischen Lit. darstellt. Es ist allerdings eher bedauerlich, dass sich keine Untersuchung gründlich auf die Erforderlichkeit und die praktische Bedeutung einer dem § 278 sach nächsten Regelung konzentriert. Andererseits haben ihre tatbestandlichen Voraussetzungen in der vorgenannten Lit. keine ausreichende Klärung erfahren. Sie wurde vielmehr oft nur als ein Randproblem bei der Diskussion über die praktische Rechtsanwendung von Art. 121 CVG erwähnt.

Darüber hinaus ist eine weitgehende Einigkeit zu konstatieren, dass der Anwendungsbereich des geltenden Art. 121 CVG nicht scharf begrenzt und die Gefahr einer uferlosen Haftung für fremdes Verhalten zulasten des Schuldners besteht. Es ist zu begrüßen, dass sich die meisten chinesischen Autoren bemüht haben, auf unterschiedliche Weise die Unschärfe des Art. 121 CVG zu beseitigen und dessen Inhalt und Grenzen zu ermitteln. Nach hier vertretener Ansicht empfiehlt es sich, den Blick auch auf andere positiv-rechtlichen Regelungen zu werfen.

C. Allgemeine Regelungen über die Erfüllungsgehilfenhaftung

I. Normenbündel als gesetzlicher Strukturtypus

Wer als ein Rechtsvergleichender etwaige Missstände eigener Rechtsordnung konstatiert, neigt manchmal zu der Auffassung, dass die Regelungen fremder Rechtsordnungen, die als verdienstvolles Hilfsmittel zu befriedigenden Lösungen beitragen könnten, als *de lege ferenda* des nationalen Rechts vorzuschlagen sind. Angesichts des heute erreichten Entwicklungsstands der favorisierten Rechtsvergleichung ist diese Neigung dort nicht zu sehr zu monieren, wo die eigene Rechtswissenschaft bzw. Rechtsprechung noch in einer Anfangsphase⁸⁵⁹ begriffen ist. Die unter dieser Anziehungskraft juristisch Ausgebildeten, insb. die chinesischen Juristen,⁸⁶⁰ versuchen freilich „in den Schätzen anderer Länder“⁸⁶¹ pragmatische Lösungen zu finden.

Allerdings hat v. Jhering⁸⁶² seit Langem zutreffend darauf hingewiesen, „niemand wird von der Ferne holen, was er daheim eben so gut oder besser hat, aber nur ein Narr wird Chinarinde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf einem Krautacker gewachsen ist.“ Im Hinblick auf das hier zu behandelnde Thema stellt sich die Frage, ob diese „Chinarinde“ schon auf unserem eigenen Krautacker gewachsen ist, die sich nur wegen der Unübersichtlichkeit des gesamten (Rechts-)Feldes oder der Zersplitterung der (Rechts-)Konstruktionen in dem

⁸⁵⁹ Die Tatsache, dass die Zeitspanne der Evolution des chinesischen modernen Rechts nur weniger als 40 Jahre beträgt, mag mehr oder minder die systematischen Unvollständigkeiten des geltenden Rechts, die fehlende Fähigkeit der Rechtsprechung zur richterlichen Rechtsschöpfung sowie die Rückständigkeit der eigenen unterentwickelten Privatrechtsdogmatik zutage fördern. Im Vergleich zum japanischen Recht, wo sich eine eigene Privatrechtsdogmatik schon seit langem beträchtlich entwickelt und das Zusammenwirken von der Rechtsprechung und Rechtsdogmatik prominent ist, befindet das chinesische Recht nur im Anfangsstadium. Zur Privatrechtsdogmatik im japanischen Recht, vgl. Keizo Yamamoto (山本 敬三), in: FS Canaris (2017), 1221 ff.; zur jüngsten Diskussion über Rechtsdogmatik in China, vgl. Bu, Yuanshi (卜元石), JZ 2016, 382 ff.

⁸⁶⁰ Bu, Yuanshi (卜元石), ZVglRwiss 108 (2009), 308 (331), insb. S. 308.

⁸⁶¹ Zweigert/Puttfarcken, in: FS Zajtay (1982), 569 (571).

⁸⁶² ders., Geist des römischen Rechts, 1. Theil, 2. Aufl., 1866, S. 8 f. Diese Maxime wurde und ist vielfach – entweder vorbehaltlich oder bedenkenlos – zitiert, vgl. Zweigert/Kötz, § 2 II, S. 16; Kötz, in: FS Heldrich (2005), 771 (775). Auch ZHU, Xiaozhe (朱晓喆), in: ECUPJL Journal (华东政法大学学报), 02/2015, 149 (149).

unübersehbaren Unkraut verbirgt. Demgemäß soll zuerst versucht werden, aus den chinesischen positivierten Vorschriften die angängige gesetzliche Grundlage zu entnehmen und systematisch darzustellen, statt die bestehenden Rechtsnormen einfach beiseite zu schieben und direkt „von der Ferne zu holen“.

Von vornherein wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass aus dem chinesischen geltenden Recht sich ein bunter Strauß von Rechtsnormen ergibt, mit denen man die mit § 278 verbundenen Haftungsfragen des Schuldners für fremdes Verhalten bewältigen kann. Ohne diese vorgeschobene Entschleierung könnten sich auch die in einer anderen Rechtsordnung gut Ausgebildeten in einem gesetzgeberisch konstruierten „ungeheuerlichen Normenwald“ verirren.

II. Art. 121 CVG: unvereinbarte Einbeziehung des Dritten

Wie oben gezeigt, ist Art. 121 CVG die Kernvorschrift, die in der chinesischen Lit. am häufigsten als eine dem § 278 entsprechende Regelung angesehen wird, oder die Norm, die zumindest die ausschnittsweise Regelung über die Haftung für Erfüllungsgehilfen erfasst. Sein erster Satz lautet: „Lässt sich die Vertragsverletzung einer Partei auf einem bei Dritten liegenden Grund beruhen, trägt sie gegenüber der anderen Partei die Haftung aus Vertragsverletzung.“

1. Die Gesetzgebungsgeschichte des Art. 121 CVG

Sucht man nach dem Anlass für das gesetzgeberische Konzept einer viel kritisierten Regelung, sollte man zuerst ihre Vorgänger, vor deren Hintergrund der Gesetzgeber diese sog. neue Vorschrift kodifiziert, in Erwägung ziehen.⁸⁶³ Sie steht regelmäßig in einem engen historischen Zusammenhang mit solchen Vorgängern, die grundsätzlich die Inhaltsgestaltung der zu behandelnden Regelung implizieren können. Durch eine Gegenüberstellung lässt sich der gesetzgeberische Wille ersichtlicher zum Ausdruck bringen. Überdies ist eine chronologische Betrachtung geeignet, die Spuren des Art. 121 CVG bei der CVG-Kodifizierung zurückzuverfolgen.

a) Vorgänger des Art. 121 CVG

Die sehr verwickelten Gesetzgebungsvorgänge des chinesischen Zivil- bzw. Vertragsrechts sind den deutschen Juristen ganz unvorstellbar und fremd. Wie oben bereits erwähnt, gibt es vor dem Erlass des einheitlichen Vertragsgesetzes (also CVG von 1999) vier Gesetze,⁸⁶⁴ die zumindest auf einen eigenständigen Regelungsbereich des Vertragsrechts bezogen werden.

⁸⁶³ Der Frage nach dem „Woher?“ einer zu behandelnden Vorschrift/Regelung hat *Karsten Schmidt* immer erhebliche Bedeutung beigemessen. Vgl. *ders.*, in: FS Raisch (1995), 189 (191).

⁸⁶⁴ Von 1981 bis 1987 sind vier wichtige Gesetze, die das Kerngebiet des chinesischen Vertragsrechts betrafen, erlassen worden, nämlich das chinesische Wirtschaftsvertragsgesetz (CWVG, 1981), das Außenwirtschaftsvertragsgesetz (CAWVG, 1985), das Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (CAGZ, 1986) und das Technikvertragsgesetz (CTVG, 1987). Zum Überblick über Gesetzgebungsvorgänge vor dem Erlass des einheitlichen Vertragsgesetzes, vgl. *Münzel/ZHENG, Xiaoqing*, Chinas neues Vertragsrecht - ein Überblick, RIW 1999, 641 (641 f.); *Qi, Chunyi*, 3. Kap., III 1 (S. 73).

Allein aus den Gesetzesnamen kann man einfach schließen, dass der damalige Gesetzgeber aufgrund der Notwendigkeit, die Reform- und Öffnungspolitik gesetzlich zu sichern und rechtlich durchzusetzen, so schnell reagierte. Vgl. *REN, Jianxin* (任建新)/*ZHUANG, Huichen* (庄惠辰), in: *China Legal Science* (中国法学), 01/1984, 113 ff.; *GU, Ming* (顾明), in: *Law Science Magazine* (法学杂志), 03/1982, 7 ff.

aa) Art. 33 des chinesischen Wirtschaftsvertragsgesetzes (1981)

(1) Regelungsinhalt

Zunächst ist Art. 33 CWVG (1981) zu erwähnen. Die Vorschrift lautet folgendermaßen: „*Lässt sich die Nichterfüllung oder die unvollständige Erfüllung des Wirtschaftsvertrags auf das **Verschulden** der obrigkeitlichen oder zuständigen Verwaltungsbehörde zurückführen, haftet die obrigkeitliche oder zuständige Verwaltungsbehörde für den Vertragsbruch. Nachdem die (untergeordnete) vertragsbrüchige Partei die vereinbarte Vertragsstrafe oder den Schadensersatz an die andere Vertragspartei geleistet hat, besorgt die haftende Behörde den Ausgleich des Verlustes der den Schaden ersetzenden Partei.*“⁸⁶⁵ Das sog. „Umgehen mit dem Ausgleich“ bedeutet, dass die verantwortliche Behörde entsprechende Angelegenheiten (nämlich den Ausgleich von Betriebsverlusten oder weitere Kapitaleinlagen im inneren Verhältnis) zu besorgen hat.⁸⁶⁶

Zu erinnern ist insb., dass Art. 32 I CWVG⁸⁶⁷ zweifellos (noch) eine verschuldensabhängige Vertragshaftung vorsah. Art. 33 CWVG funktionierte damit im Ergebnis als eine *Zurechnungsnorm*, nach der die vertragsbrüchige Partei nach dem eigentlichen Sinn des Wortes zuerst für das Verschulden der Behörde einzustehen hat.

(2) Kritische Bestandsaufnahme

Art. 33 CWVG spiegelte offenbar den ehemaligen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zustand in China wider. Seit langer Zeit, insb. in den 70- und 80er-Jahren des letzten Jahrhunderts mischte sich die obrigkeitliche Behörde öfter in den Gewerbebetrieb, insb. der öffentlichen Unternehmen, ein.⁸⁶⁸ Solche Behörden spielten öfter die Rolle als *pater familia* und waren der haftenden Partei zum Ausgleich des entstehenden Verlusts verpflichtet.

Eine solche obrigkeitliche Stelle, die selbst nicht die Vertragspartei war, wurde wörtlich streng genommen in die vertragliche Verantwortung für Nichterfüllung oder nicht vertragsgemäße Erfüllung des untergeordneten vertragsbrüchigen Unternehmens

⁸⁶⁵ Kritisch zum damaligen Art. 33 CWVG vgl. CUI, Jianyuan (崔建远), Untersuchung zur Vertragshaftung, 1992, S. 123. Auch in den damaligen Regierungsverordnungen hat es an dem Art. 33 CWVG entsprechenden Vorschriften nicht gefehlt. Während Art. 37 der „*Verordnung des Staatrats über Kaufverträge von Industrie- und Bergwerksprodukten*“ (23.1.1984) in fast wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 33 CWVG stand, hat Art. 14 der „*Verordnung des Staatrats über Kaufverträge von Landwirtschaftsprodukten*“ (23.1.1984) ihn trotz der geringen redaktionellen Überarbeitung inhaltlich unverändert übernommen.

⁸⁶⁶ Vgl. LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Study & Exploration (学习与探索)*, 01/1982, 58 (62). Diese Regelung spiegelt das Verhältnis des untergeordneten Unternehmens zur vorgesetzten Behörde in der Vergangenheit wider. Die Weisungsgebundenheit und wirtschaftliche Abhängigkeit von der Behörde war eine kennzeichnende Charakterisierung des volkswirtschaftlichen Umfelds. Das selbständige Geschäftsführungsrecht des Unternehmens wurde von der zuständigen Behörde schwerwiegend eingegrenzt. Die Behörde konnte die Erfüllung des wirksamen Vertrags aufhalten oder verhindern.

⁸⁶⁷ Art. 32 CWVG: *Lässt sich die Nichterfüllung oder die unvollständige Erfüllung des Wirtschaftsvertrags auf das **Verschulden** einer der Parteien zurückführen, haftet sie für den Vertragsbruch; liegt eine beiderseits zu vertretende Vertragsverletzung vor, haften beide Parteien nach den konkreten Umständen des Einzelfalls je nach dem Maß der jeweiligen Verantwortlichkeit.*

⁸⁶⁸ HAN, Shiyuan (韩世远), in: *Studies in Law and Business (法商研究)*, 01/1999, 34 (40); ZHOU, Jianghong (周江洪), in: *Tsinghua Law Review (清华法学)*, 05/2012, 153 (154).

genommen, soweit solche Vertragsverletzungen auf ihr Verschulden zurückzuführen waren. Das widerspricht offenbar dem Grundsatz der „Relativität des Vertragsverhältnisses“. ⁸⁶⁹ Der Gesetzestext „*die obrigkeitliche oder zuständige Verwaltungsbehörde trägt die Vertragshaftung*“ war die fatale Schwäche der Vorschrift.

In dem Kokon des Art. 33 CWVG, der einen starken Einschlag der planwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung hatte, war außerdem unglücklicherweise ein ausdrücklicher Anhaltspunkt für die Einmischung in die unternehmerische Tätigkeit enthalten. Als die einzige Sanktionskonstruktion hatte die angeordnete Pflicht (Haftung) der Behörde zum Ausgleich des Verlusts nur geringfügige präventive Wirkung gegen willkürliche Einmischung. Es war deshalb eine heterogene Regelung und mit den modernen Rechtsordnungen und der entwickelten Marktwirtschaft nicht mehr vereinbar. Unter Berücksichtigung der allzu großzügigen negativen Auswirkung ist Art. 33 CWVG in der Novellierung des CWVG am 2.9.1993 ersatzlos weggefallen. ⁸⁷⁰

bb) Art. 116 CAGZ

Als eine andere einschlägige Regelung wird Art. 116 CAGZ (1986) genannt, welche mit redaktionellen Korrekturen dem Art. 33 CWVG nachgebildet wurde. Im theoretischen Sinne behält Art. 116 CAGZ bis heute seine Gültigkeit. ⁸⁷¹

Nach ihm hat die vertragsbrüchige Vertragspartei die andere nach Maßgabe des Vertrages für den dadurch entstehenden Verlust zu entschädigen oder weitere Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, soweit sie *wegen eines bei der obrigkeitlichen Behörde liegenden Grundes* die Vertragspflichten nicht erfüllen kann. Die Behörde hat danach (nur) den Ausgleich des Verlusts der haftenden Partei zu besorgen. Der irreführende Ausdruck iRd. Art. 33 CWVG, dass die obrigkeitliche oder zuständige Verwaltungsbehörde selbst die Vertragshaftung trage, wurde vom Gesetzverfasser hierbei glücklicherweise gestrichen. ⁸⁷²

Eine weitere kleine redaktionelle Veränderung zeigt sich darin, dass der Gesetzgeber „*das Verschulden*“ der obrigkeitlichen Stelle zur Formulierung „*wegen eines bei der obrigkeitlichen Verwaltungsbehörde liegenden Grundes*“ umgeschrieben hat. Diese Änderung stellt die historische Vorbelastung des heutigen Art. 121 CVG dar.

cc) Art. 19 Technikvertragsgesetz (CTVG)

Art. 116 CAGZ ist vom Art. 19 des ca. ein Jahr später erlassenen Technikvertragsgesetzes (CTVG) unverändert übernommen worden. Im Hinblick darauf, dass beide Vorschriften mit denselben Erwägungen und dem exakt gleichen

⁸⁶⁹ Zu diesem Grundsatz vgl. WANG, Liming (王利明), in: *China Legal Science* (中国法学), 04/1996, 63 (68).

⁸⁷⁰ HAN, Shiyuan (韩世远), in: *Studies in Law and Business* (法商研究), 01/1999, 34 (38); ZHOU, Jianghong (周江洪), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 153 (156).

⁸⁷¹ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass willkürliche Einmischungen der Behörden bis heute gelegentlich vorkommen können, ist diese spezifische Regelung weiterhin praktisch relevant.

⁸⁷² Nr. 21 „Beschluss des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses (NPCSC) zur Reform des Wirtschaftsvertragsgesetzes“ (2.9.1993). Dieser Beschluss hat wegen des Außerkrafttretens des Wirtschaftsvertragsgesetzes am 1.10.1999 keine Gültigkeit mehr.

Gesetzestext kodifiziert worden sind, braucht Art. 19 CTVG an dieser Stelle nicht eigens wieder besprochen werden.

dd) Fazit

Die besagten Regelungen, die eher chinesischer Prägung waren, nahmen ausschließlich solche Fälle ins Visier, in denen der Vertragsbruch auf einen bei der obrigkeitlichen Behörde liegenden Grund (d.h. die staatliche Einmischung ins Marktgeschehen⁸⁷³) zurückzuführen ist. Sie sind von hoheitlichen Maßnahmen oder staatlichen Handlungen schwer zu unterscheiden, die als Unterfall der „*Force majeure*“ in der Regel die Haftung des Schuldners verhindern können.

Der Gesetzgeber hatte mit Art. 33 CWVG, Art. 116 CAGZ sowie Art. 19 CTVG allein eine Kombinationslösung für die Vertragsverletzung wegen eines von außen hinzutretenden Leistungshindernisses⁸⁷⁴ anbieten wollen: zuerst die vertragliche Schadensersatzhaftung der vertragsbrüchigen Partei und nachfolgend ein regressähnlicher Anspruch des ersatzpflichtigen Schuldners gegen die verantwortliche Behörde. Aus solchen Regelungen, die auch ursprüngliche Vorlagen zum Art. 121 CVG waren, lässt sich zumindest herleiten, dass der historische Gesetzgeber hier erkennbar nur die äußeren Einflüsse oder Leistungshindernisse berücksichtigen wollte.

b) Normengnese des Art. 121 CVG

Im Gesetzgebungsverfahren des einheitlichen Vertragsgesetzes (CVG) war der Text des Art. 121 CVG redaktionell sehr schwankend.

aa) Art. 139 des Expertenentwurfs

Nach Art. 139 des Expertenentwurfs haftet jeder Vertragsteil gegenüber dem anderen für die auf das *Verschulden* des Dritten zurückgeführte Vertragsverletzung, der mit dem haftenden Teil *in einem Rechtsverhältnis steht*.

Die doppelte Zielsetzung – sowohl die Erweiterung als auch die Abgrenzung des Personenkreises – wäre dadurch gelungen, dass der Personenkreis sich einerseits von „*obligatorischer Stelle*“ zum „*Dritten*“ erweitert und sich andererseits auf den mit dem Schuldner in jeglichem Rechtsverhältnis stehenden Dritten beschränkt.

Die ursprüngliche Intention, dass die Abgrenzung des Personenkreises anhand der Voraussetzung „*mit dem haftenden Teil in einem Rechtsverhältnis steht*“ erfolgt, ist auf heftige Kritik gestoßen, da diese Beschränkung sich als zu eng erwiesen habe.⁸⁷⁵

⁸⁷³ Eine abstrakte Verwaltungshandlung (z.B. Verbot der Neueröffnung einer Melody Karaoke-Bar in der Nähe von Wohngebieten, Schulen, Krankenhäusern im Mietvertrag) ist in der Regel als höhere Gewalt zu behandeln (上海市第二中级人民法院 (2007) 沪二中民二(民) 终字第 2850 号). Über staatliche Handlungen im chinesischen Vertragsgesetz vgl. YANG, Juan (杨娟), in: FS Schwenzler (2011), 1809 (1816 f.); aus rechtsvergleichender Sicht Weick, ZEuP 2014, 281 (304).

⁸⁷⁴ Es ist anders als der im Art. 8:108 I PECL verankerte „*außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund*“ zu verstehen, welcher teilweise (Briesskorn, S. 155) auch als „eine von außen kommende Verhinderung“ bezeichnet wird. Die vorliegende Arbeit unterscheidet nur die Herkunft der Verhinderung, also ob sie als ein interner oder externer Risikofaktor behandelt wird.

⁸⁷⁵ Vgl. LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Legal Science* (法学), 02/1997, 47 (51).

Der Ausdruck „Rechtsverhältnis“ erweckt freilich Bedenken, ob ggf. ein wirksames Vertragsverhältnis zwischen der haftenden Partei und dem Dritten vorliegen muss, ob das bloße Gefälligkeitsverhältnis seiner Natur nach aus dem Anwendungsbereich fällt. An Zweifeln, ob neben dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses noch weitere Beschränkungen erforderlich seien, hat es andererseits nie gefehlt.⁸⁷⁶

bb) Art. 87 des offiziellen Entwurfs

Im Entwurf, der später vom „Ausschuss für Recht des NPCSC“ im Mai 1997 zur Einholung von Ansichten der Öffentlichkeit vorgelegt wurde, blieb die Formulierung „das Verschulden des Dritten“ unverändert.

Der Ausdruck „*mit dem haftenden Teil in einem Rechtsverhältnis steht*“ wurde dagegen als unfruchtbar gestrichen. Dahinter stand die Erwägung, dass mit diesem Ausdruck eine vorgenannte überstrenge Beschränkung des Personenkreises zum Ausdruck gebracht werde. Diese redaktionelle Änderung musste nach heutigem Erkenntnisstand gleichzeitig Beifall und Kritik auslösen. Durch die Löschung eines als zu eng gefassten Gesetzestexts hätte einerseits eine offene Gesetzeslücke⁸⁷⁷ vermieden werden können. Das ersatzlose Wegfallen einer als zu eng umrissenen Voraussetzung führt andererseits sehr wahrscheinlich dazu, dass irgendein bekannter Dritter in den Personenkreis fallen könnte. Hinter dieser unbesonnenen Lösung verbirgt sich die latente Gefahr einer Hypertrophie der vertraglichen Schadensersatzhaftung, auf welche gleich noch einzugehen ist.⁸⁷⁸

cc) Art. 124 in den Diskussionsentwürfen des CVG

Die einzige augenfälligste Veränderung des Art. 124 der späteren CVG-Diskussionsentwürfe lag darin, dass die Ausdruckweise „*das Verschulden des Dritten*“ durch den später zu weit zu verstehenden Sprachgebrauch „*ein beim Dritten liegender Grund*“ ersetzt wurde. Dahinter stand die Erwägung, dass der Wortlaut „*Verschulden des Dritten*“ mit der verschuldensunabhängig erfassten allgemeinen Haftungsnorm nicht vereinbar ist.⁸⁷⁹ Der Wortlaut „*ein beim Dritten liegender Grund*“ des heutigen Art. 121 CVG stand seitdem fest.

dd) Fazit

Mit der vorgelegten Untersuchung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der historische Gesetzgeber der Erforderlichkeit der Begrenzung des Personenkreises der Dritten ursprünglich bewusst war. Die gezielte Beschränkung wurde schließlich ohne schlüssige Begründung gestrichen. Der Bedeutungsgehalt des Art. 121 CVG hat sich durch später auftretende redaktionelle Änderungen verwischt.

c) Zusammenfassung

Eine kurze Skizze von den Vorgängernormen zeigt, dass diese Normen (Art. 33

⁸⁷⁶ Gemeint ist vor allem die Voraussetzung „bei der Ausführung der Verrichtung“

⁸⁷⁷ Zur Unterscheidung der offenen und verdeckten Gesetzeslücke vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 265.

⁸⁷⁸ Vgl. unten § 6 C II 3 a, S. 146.

⁸⁷⁹ *ZHOU, Jianghong* (周江洪), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 153 (154).

CWVG, Art. 116 CAGZ und Art. 19 CTVG) allein die Vertragsverletzung wegen externer Leistungshindernisse ins Visier nahmen. Eine sog. Vertragshaftung der obrigkeitlichen Behörde, die nicht selbst Vertragspartei war und sich vor dem planwirtschaftlichen Hintergrund in die Vertragserfüllung des Schuldners einmischte, war eine gesetzgeberische Fehlleistung und wurde redaktionell korrigiert.

Das Konzept des historischen Gesetzgebers, dass das Gläubigerinteresse durch (Über-)Dehnung des Haftungsbereiches bis hin zu einer undifferenzierten Bejahung der Haftung für alle Dritten besser geschützt werden sollte, kann sich aus der Normengenese erkennen lassen. Darüber hinaus lässt sich eine mit dem allgemeinen Haftungsmaß (Garantiehafte) kompatible Formulierung durch die beabsichtigte Umformulierung von „*das Verschulden des Dritten*“ in „*ein beim Dritten liegender Grund*“ erzielen. Hinsichtlich der Zurechnung des fremden Verschuldens hätte Art. 139 des Expertenentwurfs als die sachnächste Vorschrift dienen können. Nach den intensiven redaktionellen Veränderungen ist eine beträchtliche Entfernung von dem § 278 zu konstatieren. Ohne eine irgendwie geartete subsumtionsfähige Formulierung „*mit dem haftenden Teil in einem Rechtsverhältnis steht*“ kommt es für die praktische Rechtsanwendung jetzt hauptsächlich darauf an, wer als der „Dritte“ in Frage kommt, bzw. wie der Begriff zu verstehen ist.

Es liegt somit nahe, dass Art. 121 CVG aus heutigem Erkenntnisstand als eine missglückte und umstrittene Vorschrift angesehen werden muss.

2. Verhältnis Art. 121 CVG zum Art. 107 CVG

Daneben ist die Frage unumgänglich, in welchem Verhältnis Art. 121 CVG zur allgemeinen Haftungsnorm Art. 107 CVG steht.

Hierfür ist wieder das deutsche Recht heranzuziehen. § 278 – als eine Zurechnungsnorm – muss zusammen mit einer anderen entsprechenden Anspruchsgrundlage, z.B. §§ 280 ff. angewandt werden. Art. 121 CVG sollte dagegen im strengen Sinne seines Wortlautes eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellen, da er konkrete tatbestandliche Voraussetzungen der Haftung gesondert geregelt hat. Schon der Wortteil „*trägt ... die Haftung*“ insinuiert diesen Charakterzug. Art. 42 f. CVG, in dem die *culpa in contrahendo* angesiedelt ist und der funktional dem § 311 BGB sehr ähnlich ist, stellt auch eine Anspruchsgrundlage dar. Der entscheidende Grund für diese Besonderheit liegt hauptsächlich darin, dass im chinesischen Recht eine andere Gesetzgebungstechnik vorherrscht. Auf die Besonderheit der chinesischen Gesetzgebungstechnik ist andernorts ausführlich einzugehen.⁸⁸⁰

Es ist hier nötig, sich die von XIE, Gen (解亘) vertretene Auffassung vor Augen zu führen, dass Art. 107 CVG, der immer als die Generalklausel der chinesischen Vertragshaftung angesehen wird, die ganze Tragweite des Art. 121 CVG abdecke.⁸⁸¹ Diese radikale Haltung verdient keine Gefolgschaft. Art. 121 hat m.E. eine

⁸⁸⁰ Vgl. unten § 10 V, S. 281 ff.

⁸⁸¹ ders., in: *Modern Law Science* (现代法学), 06/2014, 27 (37).

Doppelrolle: Anspruchsgrundlage und Zurechnungsnorm.⁸⁸² Die deutschen Kollegen sind wahrscheinlich von dieser seltsamen Kombination befremdet. Theoretisch hätte Art. 121 CVG nur als eine Zurechnungsnorm kodifiziert werden müssen. Dass Art. 121 und 107 CVG aber ein einander überschneidendes Geltungsfeld darstellen, hat die nicht voll entwickelte Gesetzgebungstechnik in China verschuldet. Allerdings darf der unbeachtete Regelungsinhalt über die Zurechnungswirkung nicht heruntergespielt werden.

3. Umfang des Dritten iSd. Art. 121 CVG

a) Der zu großzügige Anwendungsbereich aufgrund des unbegrenzten Personenkreises

aa) Ergebnisse nach einem wortgetreuen Verständnis

Anders als der „Dritte“ i.S.v. Art. 79 II CISG, der auch als „Erfüllungsübernehmer“⁸⁸³ oder „Unterauftragnehmer“ bezeichnet wird, scheint das potenzielle Spektrum des „Dritten“ iSd. Art. 121 S. 1 CVG extrem groß zu sein. Ein Warenhersteller (Vorlieferant) wäre in den Fällen der „Dritte“, in denen ein Verkäufer eine vom Hersteller gelieferte mangelhafte Sache an seinen Käufer weiterveräußert. Der ahnungslose Verkäufer müsste dann die dadurch entstandenen Schäden des Käufers auch ersetzen. Auch derjenige, der einen Peking-Oper-Schauspieler fahrlässig körperlich verletzt, wäre ein „Dritter“ iSd. Art. 121 CVG, wenn der (schuldlose) Schauspieler wegen der Körperverletzung in der Aufführung nicht auftreten kann. Der verletzte Schauspieler könnte – allzu wörtlich genommen – nach Art. 121 CVG gegenüber seinem Gläubiger schadensersatzpflichtig sein.⁸⁸⁴

Ein zu wortgetreues Verständnis des Dritten iSd. Art. 121 CVG bewirkt damit ein Ergebnis, nach dem jedermann, der entweder in einer Rechtsbeziehung oder in keinem Rechtsverhältnis zu dem Schuldner steht, in diesen Personenbereich fallen kann, soweit er die Vertragsverletzung verursacht oder bewirkt hat. Dies läuft dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl zuwider. Es scheint erforderlich, den Umfang des Art. 121 CVG deutlicher zu erklären.

bb) Rechtsvergleichende Betrachtung

Die Sachverhalte der beiden Beispiele kommen in Deutschland nicht selten vor. Nach der ganz überwiegenden h.M.⁸⁸⁵ und Rechtsprechung⁸⁸⁶ wird der Hersteller oder

⁸⁸² Zum Regelungsgehalt über die Verschuldenszurechnung, vgl. unten § 6 C II 4 a, S. 153 f.

⁸⁸³ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer (2013) Art. 79 Rn. 34.

⁸⁸⁴ Im chinesischen Schrifttum wird die Meinung weiterhin vertreten, dass der Schauspieler im Fall der Krankheit die Haftung wegen der Vertragsverletzung tragen muss, vgl. WANG, Liming (王利明), Vertragsrecht (Bd. 4), S. 243. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Die Vertragshaftung des Spielers ist in der Regel zu verneinen, wenn er den Verlust der Leistungsfähigkeit nicht vorsätzlich verursacht hat. Der verletzte Schauspieler hat jedoch gegenüber dem Auftraggeber eine Informationspflicht. Versäumt der Schauspieler diese Informationspflicht, hat er wohl den dadurch entstehenden Schaden zu ersetzen. Ähnliche Fälle siehe Shanghai-Nr. 2-MVG, Urteil am 12.11.2014, I S 2144 ([2014]沪二中民一[民]终字第 2144 号), bei dem der Darstellervertrag die Informations- und Mitwirkungspflicht der Schauspielerin bei einer Krankheit bestimmt. Unter Berücksichtigung der besonderen Wichtigkeit der Zusammenarbeit und des gegenseitigen Vertrauensverhältnisses hält das Gericht die mehrtägige Abwesenheit für eine „wesentliche Vertragsverletzung“.

⁸⁸⁵ Kupisch, JuS 1983, 817 (822); S. Lorenz, JuS 2007, 983 (984); Leßmann, JA 1980, 193 (195); TWT/Hirse, § 278 Rn. 13; U. Huber, in: FS Ulmer (2003), 1165 (1187); Rathjen, MDR 1979, 446 (446); Palandt/Grüneberg

Lieferant trotz nicht unbeträchtlicher Kritik⁸⁸⁷ im ersten Beispiel grds.⁸⁸⁸ nicht als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers qualifiziert. Der Schuldner haftet deshalb nicht für das Verschulden des Herstellers. Dem Käufer (wenn nicht Verbraucher) stehen wohl nur die verschuldensunabhängigen Rechtsbehelfe aus § 437 Nr. 1 und 2 iVm. §§ 439, 323 ff., 441 (Nacherfüllung,⁸⁸⁹ Rücktritt,⁸⁹⁰ Minderung⁸⁹¹) zu. Der Schadensersatzanspruch des Käufers ist dagegen grds. ausgeschlossen.⁸⁹² Im zweiten Beispiel ist der geschädigte Schuldner nach § 275 I⁸⁹³ von der Leistungspflicht befreit und gem. §§ 283 S. 1, 280 I seinem Gläubiger mangels Verschuldens nicht ersatzpflichtig.⁸⁹⁴

cc) Denkbare Auswege für „fehlerhafte“ Regelungen

Diese m.E. zu abstrakt formulierte Vorschrift Art. 121 CVG, insb. der eher Verwirrung stiftende Gesetzeswortlaut „Dritte“, führt wegen der dogmatischen Unsauberkeit oft zu grober Unklarheit in der Rechtsanwendung.⁸⁹⁵ Des Weiteren könnte sich der Schuldner überfordert fühlen, wenn der Gläubiger gegen ihn mithilfe des Art. 121 CVG – als eine „scharfe Waffe“⁸⁹⁶ – in dem Fall Schadensersatz verlangen würde, in dem die Vertragsverletzung auf einem bei einem Dritten liegenden Grund beruht.

Die Behauptung, Art. 121 CVG sei angesichts seines irreführenden Ausdrucks unmittelbar zu streichen,⁸⁹⁷ wäre jedoch vorschnell. In Wirklichkeit können derartige missglückte Regelungen in jeder Rechtsordnung nicht insgesamt ausgeschlossen werden.⁸⁹⁸ Als denkbare Auswege für eine zu großzügig gefasste Regelung kann zu deren Konkretisierung auf die semantische Konnotation des bestimmten Wortlauts

(2016) § 278 Rn. 13; Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 99.

⁸⁸⁶ BGHZ 200, 337 ff., Rn. 31; BGHZ 177, 224 ff. Rn. 29; BGH, NJW 1984, 1955 f., Rn. 10.

⁸⁸⁷ Kritik an der verneinenden Auffassung, vgl. Schroeter, JZ 2010, 495 (497 ff.); Peters, ZGS 2010, 24 (27); Weller, NJW 2012, 2312 (2315).

⁸⁸⁸ Der Ausnahmefall ist z.B. denkbar, wenn der Lieferant auf Anweisung des Verkäufers mit dem Abnehmer in unmittelbare Verbindung steht. Eine direkte Lieferung an den Endkäufer ist der Fall.

⁸⁸⁹ Looschelders, SchuldR BT, Rn. 85; BeckOGK/Rast (2016) 639 Rn. 189; BeckOGK/Höpfner (2017) § 439 Rn. 1; HK-BGB/Scheuch/Ebert (2017) § 635 Rn. 3

⁸⁹⁰ Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, § 15 Rn. 1; Grundmann, AcP 204 (2004), 569 (574); Canaris, JZ 2001, 499 (509); Ehmann/Sutschet, JZ 2004, 62 (62); Medicus/Lorenz, SchuldR AT, Rn. 593; MüKoBGB/Gaier (2016) § 346 Rn. 10; MüKoBGB/Grundmann (2016) § 276 Rn. 48.

⁸⁹¹ Schwarze, a.a.O., Rn. 1, 9; Ehmann/Sutschet, a.a.O., (62).

⁸⁹² BGHZ 200, 337 ff. (Rn. 29).

⁸⁹³ Die Frage, ob der Ausschluss der Leistungspflicht des verletzten/erkrankten Schuldners unter § 275 I oder III fällt, ist nach Dauner-Lieb unwesentlich, da § 275 III zumindest dem Schuldner helfen kann, vgl. NK-BGB/Dauner-Lieb (2016) § 275 Rn. 36 mwN. Zu einer differenzierten Behandlung nach § 275 I und III, vgl. MüKoBGB/Ernst (2016) § 275 Rn. 40. Der BAG hat in einem Fall, in dem er das gestörte Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung durch eine feststehende Leistungsunfähigkeit bestätigt, diese Konstellation wohl in den § 275 I eingeordnet, vgl. BAG, Urteil vom 21.05.1992 - 2 AZR 399/91 – Rn. 36 (juris); Canaris, JZ 2001, 499 (504).

⁸⁹⁴ Vgl. Palandt/Grüneberg (2016) § 275 Rn. 30; Grundmann, AcP 204 (2004), 569 (583), Fn. 42. Im Common Law liegt ebenso kein Vertragsbruch vor, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig oder krank wird. Vgl. Treitel, The Law of contract, S. 734.

⁸⁹⁵ XIE, Gen (解亘), in: Tsinghua Law Review (清华法学), 05/2012, 143 (146 ff.).

⁸⁹⁶ Murad Ferid hat im Jahr 1932 in Bezug auf die weitergehende Deliktshaftung des französischen Recht von „einer schärferen Waffe“ gesprochen. Vgl. ders., Das Verhältnis des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Anspruch aus Vertragsverletzung im französischen und im englischen Recht, Diss. München, 1932, S. 4, zitiert nach Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 66 (Fn. 10).

⁸⁹⁷ Befürworter der Streichung des Art. 121 CVG: XIE, Gen (解亘), in: Chinese Journal of Law (法学研究), 02/2011, 70 (82) mit der Bewertung „nicht nur überflüssig, vielmehr sehr abträglich“; ders., in: Tsinghua Law Review (清华法学), 05/2012, 143 (152); ders., in: Modern Law Science (现代法学), 06/2014, 27 (37).

⁸⁹⁸ § 831 BGB ist der Fall. Zur heftigen Kritik über ihn vgl. unten § 9 D I 2, S. 253 f.

oder auf den Zweck abgestellt werden. Darüber hinaus kommt die teleologische Reduktion in Betracht.⁸⁹⁹

b) Semantische Konnotation iSd. alltäglichen Sprachgebrauchs

Um den vertragsrechtlichen Bedeutungsgehalt des „Dritten“ zu vermitteln, muss man auf den chinesischen alltäglichen und gesetzlichen Sprachgebrauch abstellen.⁹⁰⁰ Für die Bedeutung der Sprache lässt sich hier eine kurze Darstellung von *Wilhelm v. Humboldt* heranziehen: „Die Sprache ist aber durchaus kein bloßes Verständigungsmittel, sondern der Abdruck des Geistes und der Weltansicht der Redenden ...“⁹⁰¹

In der chinesischen Alltagssprache wurde und wird das Wort „der Dritte“ primär im Sinne von derjenigen Person verstanden, die außerhalb eines Zwei-Personen-Verhältnisses oder einer Gruppenbeziehung steht. Paradigmatisch für ein „Zwei-Personen-Verhältnis“ ist das Familien- oder Vertragsverhältnis genannt. Die Ehebrecher/-innen werden in China umgangssprachlich als „Dritte“ („第三者“) bezeichnet, wobei es sich um eine von dem Ehepaar zu unterscheidende, weitere natürliche Person handelt. Diese Person könnte z.B. ein Mitarbeiter eines Geschäftsinhabers⁹⁰² oder eine Freundin der Ehefrau sein. Als Gruppenbeziehung wird der Personenkreis bezeichnet, innerhalb dessen sich die Mitglieder auf Grund verschiedener Anlässe oder Beweggründe⁹⁰³ als eine Einheit identifizieren. Zwei der praktisch wichtigsten Erscheinungsformen der Einheit sind die Familie und das Unternehmen.

Nach diesem allgemeinen Verständnis ist derjenige kein „Dritter“, der selbst schon in die Einheit inkorporiert ist. Familienangehörige⁹⁰⁴ und Mitarbeiter⁹⁰⁵ des Schuldners

⁸⁹⁹ Befürworter dafür wie *CUI, Jianyuan* (崔建远) (Hrsg.), *Vertragsrecht*, S. 599.

⁹⁰⁰ Zur Frage, ob die Sprache das nationale Recht gestalten kann, vgl. *Großfeld*, in: FS Lukes (1989), 655 (661); *ders.*, *Sprache, Recht, Demokratie*, NJW 1985, 1977-1986; *ders.*, in: FS Henrich (2000), 211 (213).

⁹⁰¹ *Wilhelm v. Humboldt*, *Über den Dualis* (1827), *Gesammelte Schriften* (Berlin, 1893 ff.) vi. 23, zitiert nach *Weir*, ZEuP 1995, 368 (369).

⁹⁰² Im deutschen Recht vgl. OLG Köln, DAVorm 1985, 80-82.

⁹⁰³ Paradigmatisch dafür ist die Familie, deren Angehörige aufgrund der engen Verwandtschaft und des gemeinsamen Haushalts zusammen eine Einheit bilden. Zu erwähnen ist, dass die Tragweite der „Familie“ in der chinesischen Volkstümlichkeit idR. weiter ist als die im Kontext der europäischen Kultur. Die Großeltern, Enkelkinder, Schwiegereltern oder Schwiegersöhne/Töchter und sogar weitere entfernte Verwandte sind ggf. zeitweilig als Familienmitglieder zu behandeln. Die Familie ist damit regelmäßig als „Großfamilie“ zu verstehen. Zur Besonderheit der alten chinesischen Familienordnung sowie des Familienrechts vgl. *Weggel*, S. 183. Außerdem erzeugen die Betriebszugehörigkeit bzw. Unternehmenszugehörigkeit auch eine in sich geschlossene Einheit, in der die Individualität eines einzelnen Angehörigen zumindest äußerlich von der Gemeinschaft absorbiert wird.

⁹⁰⁴ Die Tochter der Käuferin bei dem berühmten Gemüseblattfall (BGHZ 66, 51 ff.) wurde demgegenüber als Dritte in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen.

⁹⁰⁵ Aus deutscher Sicht wird der Arbeitnehmer oder Angestellte sehr oft als „Dritter“ gesehen. Von dem Begriff „Dritter“ iSd. § 31 sind sowohl (innerbetriebliche) Mitglieder als auch ein anderes Vereinsorgan erfasst. Vgl. *MüKoBGB/Arnold* (2015) § 31 Rn. 42; *Staudinger/Weick* (2005) § 31 Rn. 11. Durch die Figur des „Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ steht dem Mitarbeiter einer der Vertragsparteien als „Drittem“ die vereinbarte Haftungsprivilegierung oder -freizeichnung zwischen den Parteien zu. Vgl. BGHZ 130, 223 ff., Rn. 18 (Verjährungsverkürzung der ADSp auf den beauftragten Frachtführer); BGH NJW 1962, 388 (389); Brennen eines in Aufbewahrung genommenen Wagens durch den alten und nachlässigen Angestellten eines Wachdienstes. Gleichwohl lässt sich ein unterschiedlicher Inhalt ggf. daran erkennen, dass nicht jede andere Person als „Dritter“ nach bestimmten Vorschriften zu sehen ist. Beispielsweise §§ 540 (Familienangehörige wie Ehegatte, (Stief-)Kinder, Schwiegermutter des Mieters), 664 I 1 (Arbeitnehmer des Beauftragten), 691 S. 1 (Angestellter des Wachdienstes), vgl. *MüKoBGB/Bieber* (2016) § 540 Rn. 5; *MüKoBGB/Schäfer* (2017) § 664 Rn. 6;

werden deshalb sehr selten als „Dritte“ iSd. Art. 121 CVG bezeichnet.⁹⁰⁶ Diese Besonderheit findet also ihren Niederschlag auch in anderen gesetzlichen Vorschriften.

c) Gibt es einen Widerspruch gegen den Wortsinn des „Dritten“ in weiteren Vorschriften des CVG?

Wenn man das Gesetz als einen synthetischen Organismus ansieht, muss die Auslegung bestimmter Begriffe iRd. gesamten Gesetzes (bzw. des Bedeutungszusammenhangs) vorgenommen werden.⁹⁰⁷ Im Interesse der Vermeidung von Widersprüchen ist es grundsätzlich geboten, dass der gleiche Begriff in demselben Gesetz denselben Inhalt und dieselbe Grenze haben soll. Auf die Frage, ob der Begriff „Dritter“ iSd. Art. 121 CVG anders zu verstehen ist als der an anderen Stellen des CVG, ist jetzt einzugehen.

Allein in den CVG-Vorschriften findet sich der Wortlaut „Dritter“ (第三人) schon 65-mal wieder, wobei er manchmal in einer einzelnen Vorschrift wiederholt verwendet wird. Über den Personenkreis oder die Definition des Begriffs „Dritter“ spricht das CVG sich nirgends aus. Ein umfassender Überblick auf den gesamten Sprachgebrauch im gesamten CVG ist geeignet, das Verständnis des Wortes „Dritter“ zu fördern und das Vorstellungsbild des historischen Gesetzgebers festzustellen. Solche Regelungen, in denen durchweg von einem „Dritten“ die Rede ist, lassen sich im Allgemeinen folgendermaßen zusammenfassen:

- Unwirksamkeit eines Vertrages, dessen Parteien sich einander arglistig verschwören, um fremde Interessen zu schädigen; Herausgabe an Dritte (Art. 52 Nr. 2 Alt. 3 und 59 CVG);
- Vertragserfüllung an Dritte und durch Dritte (Art. 64 f. CVG);
- Abtretung der Forderung an Dritte; Schuldübernahme durch Dritte; Vertragsübernahme durch Dritte (Art. 79, 84, 88 CVG);
- Keine Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person (Konfusion), wenn fremde Interesse betroffen sind (Art. 106 CVG);
- Vertragsverletzung wegen eines bei einem Dritten liegenden Grunds (Art. 121 CVG)
- Rechtsmängel der Kaufsache (Recht des Dritten, Art. 150-152 CVG);
- Weitervermietung an einen Dritten (Art. 224 CVG);
- Rechtsmangel der Mietsache (Rechtsanspruch des Dritten, Art. 228 CVG);
- die durch Gebrauch der Leasingsache verursachte Personen- oder Sachschäden des Dritten (Art. 246 CVG);
- Übertragung von (wesentlichen oder subsidiären) Werkleistungen an einen Dritten (Art. 253 f. CVG);

Erman/Berger (2017) § 664 Rn. 2.

⁹⁰⁶ Aus deutscher Sicht, vgl. BGH, NJW 2013, 2507 ff., Rn. 7, nach dem ein Dritter iSd. § 540 grundsätzlich jede Person sei, die selbst nicht Partei des Mietvertrags ist. Gleichwohl erkannte es der BGH unmittelbar an, dass der Sinn und Zweck der Regelung den Personenkreis des Dritten beeinflussen könne.

⁹⁰⁷ Keizo Yamamoto (山本 敬三), in: FS Canaris (2017), 1221 (1225). Auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 213 ff.

- Übertragung der geschuldeten Bauleistung an einen Dritten (Art. 272 II CVG);
- unbefugter Transfer der Forschungsergebnisse an einen Dritten durch den Schuldner des Forschungs- und Entwicklungsvertrages (Art. 341 CVG);
- Weitergeben des Patents durch den Lizenznehmer an einen Dritten (Art. 346 CVG) und Haftung bei unerlaubtem Weitergeben (Art. 351 CVG);
- Hinterlegung bei einem Dritten; Gebrauchsüberlassung an einen Dritten; Rückforderungsrecht des Dritten (Art. 371 bis 373 CVG);
- Übertragung der Geschäftsbesorgung an einen Dritten (Art. 400 und 402 f. CVG);
- Doppelbeauftragung an einen Dritten (Art. 408 CVG);
- Vertragsabschluss des Kommissionärs mit einem Dritten (Art. 421 CVG).

Aus allen oben erwähnten Regelungen kann man freilich den ersten Eindruck bekommen, dass der „Dritte“ jede natürliche oder juristische Person sein kann. Eine Vereinbarung über die Leistung durch oder an eine bestimmte Person ist in das Belieben beider Parteien zu stellen (Art. 64 f. CVG). In Anbetracht der Abtretung der Forderung an einen Dritten, der Schuldübernahme durch einen Dritten oder der Vertragsübernahme durch einen Dritten ist es eben gleichgültig, ob ein selbständiger oder weisungsabhängiger Dritter auftritt (Art. 79, 84, 88 CVG). Die Überzeugungskraft der oben erzielten Schlussfolgerung, dass derjenige, der zu einer bestimmten Einheit wie Familie oder Unternehmen gehört, kein Dritter iSd. Art. 121 CVG sei, wird dann scheinbar erschüttert.

Der Teufel steckt aber häufig im Detail. Einerseits steckt hinter dem unpräzisen Wort „Dritter“ nur eine grobe Vorstellung. Dass derselbe Wortlaut einen unterschiedlichen Begriffsinhalt und mit unterschiedlicher Tragweite unter verschiedenen Umständen haben kann, ist keineswegs zufällig. Andererseits bilden solche Vorschriften, die auch den Ausdruck „Dritter“ enthalten, mit dem Art. 121 CVG keinen zusammengehörigen Regelungskomplex. Das sog. übereinstimmende Verständnis ist hier nicht unerlässlich. Nur wenn man sich den eigentümlichen Zweck und Sinn des Art. 121 CVG und seine praktische Rechtsanwendung vor Augen hält, wird die eigentliche Wortbedeutung iRd. Art. 121 CVG zum Ausdruck kommen. Im Folgenden wird auf die Frage einzugehen sein, ob eigene Personen⁹⁰⁸ des Schuldners als „Dritte“ angesehen werden könnten.

d) Eigentlicher Personenkreis des Dritten iSd. Art. 121 CVG

aa) Zweck und Sinn der Regelung

Wegen der Ermangelung von Gesetzgebungsmaterialien lässt sich der vorgesehene Zweck des historischen Gesetzgebers schwer erkennen. Der Sinn und Zweck des Art.

⁹⁰⁸ Der hier verwendete Begriff „eigene Personen“ entstammt den deutschen handelsrechtlichen Regelungen wie §§ 428, 462 HGB. Im Vergleich zu dieser Bezeichnung würde sich die später angeführte Formulierung „*die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“, wie noch zu erläutern sein wird (§ 7 B I, S. 199), besonders eignen, die entsprechende Personengruppe im chinesischen Kontext zu umreißen. Der Begriff „eigene Personen“ erfasst schließlich nur betriebszugehörige Personen. Die Formulierung „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ ist einerseits mit dem Begriff „eigene Personen“ verwandt, aber andererseits weiter gefasst. Bevor wir diese Formulierung genauer prüfen, wird der in der deutschen Lit. schon oft verwendete Ausdruck vorläufig gebraucht.

121 CVG ist deshalb nur anhand der erkennbaren Entstehungsgeschichte zu ermitteln.

Wie oben gezeigt (§ 6 C 1 a, S. 140), waren die Vorgängernormen, wie Art. 33 CWVG, Art. 116 CAGZ bzw. Art. 19 CTVG, vor allem um eine Vermeidung eines von außen hinzutretenden Leistungshindernisses, insb. der amtlichen Einmischung in den Gewerbebetrieb, bemüht. Dieses Ziel entsprach freilich den Anforderungen der noch im Entstehen begriffenen Marktwirtschaft, soweit man sich die in den 1980er und 1990er Jahren angestrebte Wirtschaftsreform vor Augen hält. Charakteristisch für diese Zeit ist die Ablösung von der fehlgeschlagenen Planwirtschaft. Auf die Freiheit von amtlicher Einmischung legte der Gesetzgeber – wenn auch nicht vollständig – großen Wert, um die Übel der Planwirtschaft zu bekämpfen. Art. 121 CVG stellt damit vor allem ein Instrumentarium gegen die staatlichen Eingriffe in die Vertragserfüllung dar.

Andererseits hat die Normengenese des Art. 121 CVG zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber neben der amtlichen Einmischung⁹⁰⁹ weitere externe hinderliche Umstände nicht aus den Augen verloren. Durch eine bewusste Erweiterung des Anwendungsbereiches reicht das Spektrum somit von der amtlichen Einmischung bis hin zu weiteren fremden Handlungen. Die Bindung an den Vertrag oder die sog. „Vertragstreue“ sollte nicht nur durch den fadenscheinigen Vorwand gefährdet werden, dass die vertragsgemäße Leistungserbringung durch mangelnde Koordination seitens eines Dritten oder eine von außen kommende Wirkung verhindert wird.

Die Behauptung, dass der historische Gesetzgeber auch an interne Risiken wie z.B. auf Faulheit oder Missmut des Personals zurückführende Nichtleistung dachte, kann man weder aus den Vorgängern noch aus den verschiedenartigen Fassungen der Entwürfe noch aus dem geltenden Art. 121 CVG herleiten.

bb) Die praktische Rechtsanwendung durch chinesische Gerichte

Ob der bisherig erlangte Befund zutrifft, dass Art. 121 CVG nur selbständige, außenstehende Dritte ins Visier nimmt, soll anhand mehrerer Urteile erörtert werden.⁹¹⁰

Ein Schiffbauunternehmer sei gegenüber seinem Auftraggeber zum Ersatz eines Schadens verpflichtet, der aufgrund mangelhafter Schiffslackierung durch die Mitarbeiter seines Lackverkäufers (als Dritte) verursacht worden ist.⁹¹¹ Die beklagte GmbH, die als Schuldner eines Rahmenvertrags zur Veranlassung des Anteilsverkaufs ihrer Gesellschafter (Dritte) verpflichtet sei, hafte, wenn die Gesellschafter die

⁹⁰⁹ OVGH, Urteil (2016) – ZB 1298 [最高人民法院 (2016) 最高法民申 1298 号]: Haftung des Verkäufers auch bei der Vereitelung der Übergabe und Eigentumsverschaffung des Wohnhauses durch die lokale Regierung. Ebenso OVGH, Urteil (2016) – ZB 2047 [最高人民法院 (2016) 最高法民申 2047 号].

⁹¹⁰ Vorab wird aber darauf hingewiesen, dass nicht jeder Rückgriff auf Art. 121 CVG in den im Folgenden ausgewählten Entscheidungen als zutreffend oder dogmatisch richtig angesehen werden kann. Sie erklären vielmehr lediglich, wie der Höchstrichter den Begriff „Dritter“ iSd. Art. 121 CVG versteht. Einige aufgeführten Rechtsprechungen müssen m.E. nicht mit Art. 121 CVG, sondern mit Spezialregelungen im CVG bewältigt werden.

⁹¹¹ OVG Shandong, Urteil (2015) – IV U 100 [山东省高级人民法院 (2015) 鲁民四终字第 100 号].

vereinbarten Geschäftsanteile an einen anderen Konkurrenten verkauft.⁹¹² Der Hauptunternehmer habe nach Art. 121 CVG dem Bauherrn für den Schaden einzustehen, den der beauftragte selbständige Subunternehmer (Dritter) durch die vertragswidrige Bauarbeit und zwar den Werkmangel zugefügt hat.⁹¹³ Die Darlehensgeberin könne nur seine Vertragspartnerin in Anspruch nehmen, wenn die Letztere das Darlehen an einen Dritten weiter überlassen hat.⁹¹⁴ Ein Verpächter hafte gegenüber dem Pächter für einen durch destruktive Arbeit und Unzufriedenheit der Arbeitnehmer des verpachteten Unternehmens verursachten Schaden, weil seine Muttergesellschaft als Konzern ausschließlich die Arbeitslöhne aller anderen Angestellten der Tochtergesellschaften erhöht habe, ohne Arbeitnehmer des verpachteten Unternehmens zu berücksichtigen.⁹¹⁵ Ein Verwahrer habe dem Hinterleger die hinterlegten Stahlprodukte auch dann zurückzugeben, wenn das Gericht (Dritter) die Stahlprodukte in einem Vollstreckungsverfahren in Beschlag genommen hat.⁹¹⁶

Derartige Gerichtsentscheidungen, in denen auf Art. 121 CVG zurückgegriffen wird, sind mit der generellen Bezeichnung „Haftung für Dritten“⁹¹⁷ leicht bei der Hand. Sie insinuieren eine nicht zu vernachlässigende Gemeinsamkeit, dass der OVGH fast ausnahmslos⁹¹⁸ nur den selbständigen Dritten ins Auge gefasst hat. In solchen Fallkonstellationen ist die Selbständigkeit der als „Dritte“ gefassten natürlichen oder juristischen Person jeweils leicht zu konstatieren. Dieser Überblick hat den vorgenannten Befund bestätigt, dass die sog. Haftung für eigene Personen nicht unter Art. 121 CVG fällt. Dies belegt außerdem, dass auch diese Gerichte diejenigen, die in der Unternehmung des Schuldners agieren oder seiner Weisung unterworfen sind oder mit ihm etwa in einem familienrechtlichen oder gesellschaftlichen Zusammenhang stehen, nicht unter dem „Dritten“ rubrizieren wollten.

e) Fazit

Es ist unverkennbar, dass der semantisch unbegrenzte Wortlaut „Dritter“ hauptsächlich den zu großzügigen Anwendungsbereich des Art. 121 CVG verschuldet hat. Nach dem eigentlichen Wortsinn im chinesischen alltäglichen Sprachgebrauch gehört derjenige, der außerhalb der bestimmten als ein Ganzes

⁹¹² OVGH, Urteil (2015) – ZB 3656 [最高人民法院 (2015) 民申字第 3656 号].

⁹¹³ OVGH, Urteil (2013) – ZB 2252 [最高人民法院 (2013) 民申字第 2252 号].

⁹¹⁴ OVGH, Urteil (2014) – ZB 2041 [最高人民法院 (2014) 民申字第 2041 号].

⁹¹⁵ OVGH, Urteil (2012) – I ZR 67 [最高人民法院 (2012) 民一终字第 67 号].

⁹¹⁶ OVGH, Urteil (2016) – ZB 124 [最高人民法院 (2016) 最高法民申 124 号]. Dass die Behördlichen auch als „Dritte“ zu bewerten sind, ist in der chinesischen Lit. auch unproblematisch, vgl. ZHOU, *Jianghong* (周江洪), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 153 (160).

⁹¹⁷ Aus den angesprochenen Fällen lässt sich ohne Weiteres erkennen, dass die hier so genannte „Haftung für Dritte“ wenig oder sogar kaum etwas mit der Zurechnung des fremden Verschuldens oder der fremden Handlungen zu tun hat. Das erklärt gerade, dass Art. 121 CVG mangels konkreter Beschränkungen ein sehr breites Spektrum hat. Es zwingt aber nicht zu der Annahme, dass er gar kein Segment des Regelungsinhalts des § 278 erhält. Das Gegenteil ist der Fall. Es wirft allein die Frage auf, mit welchen zuverlässigen Kriterien die erwünschten Inhalte aus dem gefächerten Spektrum des Art. 121 CVG entnommen werden können.

⁹¹⁸ Es ist an dieser Stelle einzuräumen, dass ein Überblick über alle betroffenen Urteilsprüche eher unrealistisch ist. Der Verfasser hat deshalb auf eine derartige „impossible mission“ verzichtet. Allein aufgrund der umfassenden, aber nicht uneingeschränkten Recherche über die auf Art 121 CVG zurückgreifenden Entscheidungen ist eine Ausnahme noch nicht zu sehen.

angesehenen abgeschlossen Einheit steht, zu den „Dritten“. Dies hat mit der chinesischen volkstümlichen Grundvorstellung vom Kollektivismus zu tun, auf welche im Folgenden noch einzugehen ist (§ 6 C IV 4, S. 166). Als Ergebnis der bisherigen Darstellung ist somit festzuhalten, dass eigene Personen des Schuldners nicht als „Dritte“ iSd. Art. 121 CVG angesehen werden dürfen.

4. Sachliche Tragweite „eines bei Dritten liegenden Grund“

Die Fixierung auf einen konturlosen Wortteil führt dazu, dass unterschiedliche dogmatische Vorstellungen im Art. 121 CVG in einer unglücklichen Art und Weise verflochten worden sind. Die sog. dogmatische Sauberkeit oder Reinheit wird stark beeinträchtigt, da ein Teil der scheinbar dem Art. 121 CVG innewohnenden Dogmen, die tatsächlich schon in anderen Vorschriften zum Ausdruck kommen, undifferenziert in den Kokon des Art. 121 CVG hineingepasst wird. Dies schlägt sich vor allem in den soeben angerissenen OVGH-Urteilen nieder. Mannigfache Konstellationen, die teilweise die Spezialfragen der Unmöglichkeit der Leistung, der Erfüllungsgehilfenhaftung oder das Rechtsinstitut der höheren Gewalt treffen, wurden von den Gerichten über Art. 121 CVG als Entscheidungsnorm beurteilt. Die Entschlackung der dogmatischen Unsauberkeit ist unerlässlich.

a) Verschuldenszurechnung als ein immanenter Regelungsgehalt des Art. 121 CVG

Der historische Gesetzgeber sagt nirgends, was unter einem „bei Dritten liegendem Grund“ genau zu verstehen ist. Der Wortsinn des „Grund“ wurde somit vom Ansatz her nicht in einem bestimmten Sinne festgelegt.

Wie oben schon erwähnt, hat Art. 139 des Expertenentwurfs die auf das Verschulden des Dritten zurückgeführte Vertragsverletzung ins Visier genommen.⁹¹⁹ Durch eine redaktionelle Veränderung des Ausdrucks „*Verschulden des Dritten*“ zu „*einem bei Dritten liegenden Grund*“ hat sich der Gesetzgeber offenbar um die Erweiterung der Verantwortungssphäre des Schuldners bemüht. Eine logisch zwingende Konsequenz lässt sich daraus gewinnen, dass der ursprünglich an sich erhaltene Regelungsinhalt der Zurechnung des fremden Verschuldens nicht aus einem ausgedehnten Wortlaut ausgeschlossen werden kann. Die Tragweite des Wortlauts „Grund“ deckt deshalb das Verschulden des Dritten ab.

Angesichts der soeben erzielten Schlussfolgerung, dass Art. 121 CVG ausschließlich auf den selbständigen Dritten zugeschnitten ist, kann sich die Zurechnungsmöglichkeit natürlich nur auf denselben Personenkreis richten. Was die Zurechnung des Verschuldens eigener Personen anlangt, wird auf eine andere positiviert Grundlage (Art. 43 CAGZ) zurückgegriffen.⁹²⁰

b) Das Extrahieren des Regelungsgehalts über die Erfüllungsgehilfenhaftung

In der folgenden Darstellung werden zahlreiche chinesische Urteile aufgeführt, deren

⁹¹⁹ Oben § 6 C II 1 b aa, S. 143 f.

⁹²⁰ Vgl. unten § 6 V, S. 175 ff.

zugrundeliegende Sachverhalte sich den Sachlagen, die im deutschen Recht über § 278 beurteilt werden (können), sehr annähern.

Ein Schiffbauunternehmer haftet gegenüber einem Auftraggeber für den Lackverkäufer, dessen Arbeitnehmer die Aufbereitung der erforderlichen Schiffsfarbe unpassend leitet und den Schutzanstrich des Schiffsrumpfs ungenügend überwacht.⁹²¹ Ein Vermieter hat den Brandschaden eines Mieters zu ersetzen, der wegen der unaufmerksamen Arbeit eines von dem Hausverwaltungsunternehmen beauftragten Elektroinstallateurs verursacht wird, weil er dadurch die ihm obliegende Pflicht zur sorgfältigen Hausverwaltung verletzt hat.⁹²² Nimmt ein Arbeiter eines von einem Vermieter beauftragten Installationsunternehmens zur Einrichtung einer Löschwasseranlage die Schweißarbeiten auf dem Dach vor und verursachen die angefallenen Schweißfunken einen Brand, hat der Vermieter gegenüber dem Mieter den durch den Brand zugefügten Schaden zu ersetzen.⁹²³ Unterschlägt ein selbständiger Versicherungsvermittler vorsätzlich die ihm übergebene Versicherungsprämie, ist der Versicherer gegenüber dem potenziellen „Versicherungsnehmer“ auch beim Nichtzustandekommen des Versicherungsvertrages nach *culpa in contrahendo* verantwortlich.⁹²⁴

Die angesprochenen Fälle, die entweder das Erfüllungs- oder Integritätsinteresse, entweder den materiellen oder immateriellen Schaden, entweder eine vorvertragliche Phase oder die Erfüllungsphase treffen, können alle unter Art. 121 CVG fallen. So wie im deutschen Recht eine Sonderverbindung vorliegen muss, ist hier überall ein vertragliches oder vertragsähnliches Verhältnis zwischen der ersatzberechtigten und -pflichtigen Partei ohne Weiteres zu erkennen. Der Unterschied liegt nur darin, dass der chinesische Richter hier den Dritten nicht ausdrücklich als Erfüllungsgehilfen bezeichnet hat. Die Haftung des Schuldners erfährt in derartigen Fallgestaltungen im Ergebnis aber keine gegenüber dem deutschen Recht divergierende rechtliche Beurteilung.

5. Zusammenfassung

Sowohl die erst mittels der Forschung nach den Vorgängern und der Normgenese des Art. 121 CVG sich zeigende gesetzgeberische Zielsetzung als auch die anhand einer Vielzahl von Gerichtsentscheidungen ermittelte richterliche Haltung zum Art. 121 CVG untermauern die erste These, dass der Gesetzgeber im Art. 121 CVG nur die selbständigen Dritten vor Augen hatte.⁹²⁵ Auf die konkrete Begrenzung des Personenkreises ist nachfolgend einzugehen (§ 7 B II, S. 209).

⁹²¹ OVG Shandong, Urteil (2015) – IV U 100 [山东省高级人民法院 (2015) 鲁民四终字第 100 号].

⁹²² OVGH, Urteil (2012) – II ZR 88 [最高人民法院 (2012) 民二终字第 88 号]. Obwohl der OVGH seine Entscheidung auf das Deliktsgesetz stützt, hat er gleichzeitig die Verletzung der mietvertraglichen Pflicht bejaht und nur nach der Wahl des Klägers (als Versicherer mit einem abgetretenen Anspruch des Mieters) auf deliktsrechtliche Regelungen zurückgegriffen.

⁹²³ MVG Guangzhou, Urteil (2009) – I S 4313 [广州市中级人民法院 (2009) 穗中法民一终字第 4313 号].

⁹²⁴ UVG Gulang, Urteil (2015) – C 736 [甘肃省威武市古浪县人民法院 (2015) 古民初字第 736 号].

⁹²⁵ Vgl. oben § 6 C II 3, S. 146 ff. AA. LIANG, *Huixing* (梁慧星), Erläuterung über das Vertragsrecht, S. 150 zitiert nach ZHOU, *Jianghong* (周江洪), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, 153 (156).

Als zweiter Befund könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass die Verschuldenszurechnung als ein unauffälliger Teilbereich des Regelungskomplexes dem Art. 121 CVG innewohnt. In Wirklichkeit stellte Art. 139 des Expertenentwurfs eine der Zurechnung des fremden Verschuldens sachnächste Vorschrift dar. Wäre diese Fassung endlich Gesetz geworden, erübrigte sich überhaupt die mühevollte Forschung nach sog. positiv-rechtlichen Grundlagen. Insoweit ist es gewiss zutreffend: Die endliche Fassung des geltenden Art. 121 CVG ist eine gesetzgeberisch misslungene Vorschrift. Nichtsdestoweniger kann man doch wenigstens davon sprechen, dass Art. 121 CVG – wenn schon nicht vollkommen – ein Segment des völligen Regelungsspektrums über die vertragliche Haftung für Dritte enthält. Nach allem kann der breite semantische Rahmen der Formulierung „*ein beim Dritten liegender Grund*“ die sog. Zurechnung des fremden Verschuldens bzw. der fremden Handlung abdecken. Insoweit ist zu sagen: Auch die sog. Erfüllungsgehilfenhaftung findet im Art. 121 CVG ihre (partielle) Stütze.

III. Art. 65 CVG: die vereinbarte Einschaltung eines Dritten

Vereinzelt wird die Auffassung in der chinesischen Lit. vertreten, dass die sog. Haftung für einen Erfüllungsgehilfen oder eine dieser entsprechend bzw. gleiche gesetzgeberische Konzeption zumindest in Art. 65 CVG enthalten sei.⁹²⁶ Art. 65 CVG lautet folgendermaßen: *Vereinbaren die Vertragsparteien, die Vertragserfüllung durch Dritte vornehmen zu lassen, haftet der Schuldner dem Gläubiger gegenüber für die Vertragsverletzung, wenn der Dritte nicht oder nicht vertragsgemäß erfüllt.*

1. Affinität zu einigen kontinentaleuropäischen Regelungen?

a) § 267 I BGB

Der erste Halbsatz des Art. 65 CVG ist auf den ersten Blick quasi mit § 267 I BGB verwandt, dem die deutsche Lehre aber keine große Bedeutung einräumt.⁹²⁷ Art. 65 CVG ist im Vergleich mit § 267 I jedoch sehr eng gefasst, denn der Erstere setzt jedenfalls eine Einwilligung der Vertragspartei voraus, welche in den Konstellationen des Letzteren dagegen gar keine Rolle spielt. § 267 I weist außerdem den wichtigsten dogmatischen Unterschied gegenüber Art. 65 CVG dadurch auf, dass er vor allem den Fremdtilgungswillen des Dritten anfordert.⁹²⁸ Überdies ist Art. 65 CVG *in toto* eine vertragliche Haftungsnorm, wonach der Schuldner für die Nicht- oder nicht vertragskonforme Erfüllung des Dritten haftet, während § 267 I hauptsächlich eine Erfüllungswirkung anordnet.

Auf Seiten des chinesischen Rechts kann die Pflicht zur persönlichen Leistung kaum einer allgemeinen vertragsgesetzlichen Vorschrift entnommen werden. Sie ergibt sich vielmehr aus punktuellen Spezialnormen (Art. 253 f., 371 I, 400 CVG), aus

⁹²⁶ WANG, Libing (王立兵), in: *Academic Exchange* (学术交流), 02/2011, 65 (65 f.); Hou, Xue (侯雪), in: *Social Sciences Journal of Universities in Shanxi* (山西高等学校社会科学学报), 12/2004, 80 (80 ff.). Wohl auch CHI, Ying (迟颖), S. 177.

⁹²⁷ MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 2 mwN.

⁹²⁸ MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 11, Staudinger/Bittner (2014) § 267 Rn. 6; Palandt/Grüneberg (2016) § 267 Rn. 3; Seibert, JZ 1981, 380 (383).

Parteivereinbarungen (Art. 65 CVG) oder aus dem intendierten Vertragszweck (Art. 62 Nr. 5 CVG).⁹²⁹ Selbst die Tatsache, dass es sich bei der Vertragspflicht des Schuldners eigentlich um eine höchstpersönliche Leistung handelt, verhindert die Einschaltung von Hilfspersonen nicht.⁹³⁰ Dem Schuldner steht grundsätzlich die Möglichkeit zu, Hilfspersonen hinzuzuziehen.

b) Art. 111 OR

Art. 65 CVG gleicht scheinbar auch dem Art. 111 OR, wonach der Vertragsschuldner dem Gläubiger gegenüber für die versprochene Leistung eines Dritten einzustehen hat. Die amtliche Überschrift des geltenden Art. 111 OR als „*Vertrag zu Lasten eines Dritten*“ ist nach der schweizerischen h.M.⁹³¹ irreführend und findet lebhaften Widerspruch.⁹³² Sowohl Art. 65 CVG als auch Art. 111 OR räumen dem Gläubiger (Versprechensempfänger) keine eigenen Rechte gegenüber dem Dritten ein.

Während Art. 111 OR vor allem einen selbständigen Garantievertrag (Garantieversprechen) zwischen den Vertragsparteien anordnet, der „*jegliches Verhalten*“ des Dritten zum Gegenstand haben kann,⁹³³ betrifft Art. 65 CVG dagegen bloß die Erfüllungsgeschäfte des willentlich eingeschalteten Dritten. Was unter „*Vertragserfüllung durch Dritte*“ iSd. Art. 65 CVG zu verstehen sein kann, ist im Allgemeinen auf den Vertragsinhalt abzustellen. Ein Garantievertrag, was sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut „*verspricht*“ iSd. Art. 111 OR ohne Weiteres herleiten lassen kann, ist hingegen dem Regelungsinhalt des Art. 65 CVG nicht zu entnehmen.

Ferner schließt Art. 111 OR den Anspruch auf Erfüllung gegen den Schuldner aus und gewährt dem Gläubiger nur „*Ersatz des hieraus entstandenen Schadens*“.⁹³⁴ Erfüllt der Dritte iSd. Art. 65 CVG nicht oder nicht vertragsgemäß, liegt in der Regel ein Vertragsbruch vor, welcher die Rechtsbehelfe gemäß Art. 107 CVG auslöst. Dem Gläubiger steht damit das Recht zu, den allgemeinen Erfüllungsanspruch in Natur gegen den Schuldner geltend zu machen.⁹³⁵

An dieser Stelle ist der vorgeschlagene Art. 85 II OR 2020 noch kurz zu erwähnen, wonach der Schuldner auch befreit wird, wenn ein Dritter gegen den Willen des Schuldners leistet und der Gläubiger die Leistung annimmt. Vom ihm ist Art. 65 CVG ist ganz unterschiedlich, weil die vereinbarte Erfüllung durch Dritte iSd. Art. 65 CVG nie „*gegen den Willen des Schuldners*“ verstößt. Trotz der gleichen Bezeichnung „*Erfüllung durch Dritte*“ haben sie einen divergierenden Bedeutungsgehalt.

⁹²⁹ Auf Seiten des deutschen Rechts, vgl. MüKoBGB/Krüger (2016) § 267 Rn. 4. In den Einheitsrechten hat Art. 7:106 PECL einen ähnlichen Inhalt geregelt, nach dem der Gläubiger in der Regel die Leistung durch einen Dritten nicht zurückweisen kann, sofern der Vertrag die persönliche Leistung nicht erfordert.

⁹³⁰ MüKoBGB/Krüger a.a.O., Rn. 4. Ausführlich oben Fn. 147.

⁹³¹ Christian, Die Fusion von Bürgschaft und Garantie, 2010, S. 76; KUKO OR-Lardi/Vanotti (2014) Art. 111 OR Rn. 1; BSK OR I-Pestalozzi (2015) Art. 111 OR Rn. 1; BK/Weber (2002) Art. 111 OR Rn. 4.

⁹³² Art. 111 OR wird nach dem von einigen schweizerischen Juristen vorgeschlagenen Reformplan „OR 2020“ als „*Einstehen für einen Dritten*“ geändert. Vgl. Heiss/Ernst, Art. 14 OR 2020, in: Huguenin/Hilty (Hrsg.), Schweizer OR 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013, S. 52.

⁹³³ BSK OR I-Pestalozzi (2015) Art. 111 OR Rn. 4.

⁹³⁴ BSK OR I-Pestalozzi (2015) Art. 111 OR Rn. 14.

⁹³⁵ Vgl. weiter oben § 5 B I 2, S. 102 f.

2. Bedeutungsgehalt und Kategorien des „Dritten“ iSd. Art. 65 CVG

a) Freie Vertragsgestaltung

Einerseits bestätigt Art. 65 CVG (lediglich) die Freiheit der Vertragsparteien zur Vertragsgestaltung. Beide können nach Belieben vereinbaren, von wem der Gläubiger den im Vertrag bestimmten Leistungserfolg erhält.⁹³⁶ Abgesehen von den höchstpersönlich zu erfüllenden Verpflichtungen, bei denen die Erfüllung durch Dritte von vornherein ausgeschlossen werden muss, räumt das CVG den Parteien die Freiheit der Vertragsgestaltung ein. Es steht den Vertragsparteien damit frei, die Art und Weise der Vertragserfüllung in einer privatautonomen Vereinbarung vorzuformen oder nachträglich zu modifizieren. Dieser Grundsatz versteht sich von selbst, soweit man den Grundsatz der Privatautonomie als das dem CVG zugrundeliegende Prinzip (Art. 4 CVG) ansieht.⁹³⁷ Dem ersten Halbsatz des Art. 65 CVG kommt deshalb nur eine klarstellende Funktion zu.

Im Einzelfall wird auf Wunsch des Gläubigers vereinbart, einen bestimmten Dritten zum Erbringen einer teilweisen oder ganzen Leistung einzubeziehen. Anders als bei dem oben genau betrachteten Art. 111 OR liegt allerdings hierbei kein Garantievertrag zwischen beiden vor. Es handelt sich nur um eine privatautonome Abrede über die Art und Weise der Vertragserfüllung.

Auch anders als § 267 BGB, Art. 7:106 II PECL ordnet Art. 65 CVG keine Erfüllungswirkung an, sondern nur die Risikoverteilung bei Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten zulasten des Schuldners. Die Rechtswirkung, dass das vertragliche Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner erlischt, lässt sich ohne Weiteres aus Art. 91 Nr. 1 CVG (Erlöschen durch Erfüllung) ableiten.

b) Der Regelungsinhalt über die Verschuldenszurechnung?

Ob sich der Regelungsinhalt über die Zurechnung des Verschuldens des Dritten auch aus dem Art. 65 CVG ablesen lassen kann, ist schwer zu beantworten. Dabei scheint die Abstellung auf den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut unergiebig, denn kein Wort bietet sich als Anknüpfungspunkt zum fremden Verschulden an. In diesem Fall muss man den Blick auf das sachgerechte Verständnis des Begriffs „*Vertragsverletzung*“ lenken.

Wie oben schon erwähnt,⁹³⁸ vollzieht sich die rechtliche Beurteilung des Verschuldenselements dort, wo das Vertragsrecht mit einer Garantiehafung versehen ist, unauffällig im Rahmen der Feststellung der Vertragsverletzung.⁹³⁹ Das zeigt sich insb. bei der Verletzung der verhaltensbezogenen Vertragspflichten. Im ausführlich angesprochenen „Hotelmord“-Fall (§ 5 C II 2, S. 118 ff.) hat das Shanghai-Nr.

⁹³⁶ Die Erlaubnis, die Erfüllung der Vertragspflichten auch durch einen Dritten bewirken zu können, ist auch im internationalen Einheitsrecht zu sehen. Siehe Art. 79 CISG und Art. 7:106 PECL.

⁹³⁷ Anders als das deutsche BGB, das die Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich regelt, hat das chinesische Vertragsgesetz – in Anlehnung an Art. 1134 C.c. und Art. 19 I OR – das allgemeingültige Prinzip Vertragsfreiheit im Art. 4 CVG verankert. Vgl. *Bushe*, in: Staudinger/Eckpfeiler (2014) F Rn. 4.

⁹³⁸ Vgl. oben § 5 B II 2 b cc, S. 108 f.

⁹³⁹ *Treitel*, Remedies for Breach of Contract, S. 7.

1-MVG die Bezeichnung „Verschulden“ nicht verwendet. Bei genauerer Betrachtung hat das entscheidende Gericht aber die Nachlässigkeit von den Hotelmitarbeitern nicht aus den Augen verloren. Das erforderliche Sorgfaltsniveau wurde außerdem unter Berücksichtigung des Preis-Leistungs-Verhältnisses und der Brutalität der Tat deutlich erhöht.

Zurück zum Art. 65 CVG: Bei der Beurteilung, ob der durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen eingeschaltete Dritte nicht oder nicht vertragsgemäß erfüllt, muss auf die Qualifikation der dem Schuldner obliegenden Pflicht abgestellt werden, die in der Regel durch Auslegung des jeweiligen Schuldverhältnisses gefunden werden kann. Würde die Vertragsverletzung nach der Natur der verletzten Pflicht – wenn er diese Pflicht selbst erfüllt hätte – das Verschulden des Schuldners voraussetzen, müsste das Verschulden des leistungserbringenden Dritte auch festgestellt werden, wenn er an der Stelle des Schuldners die Leistung erbringt. Sonst kommt eine Haftung des Schuldners gemäß Art. 65 CVG überhaupt nicht in Betracht. Es liegt nahe, dass der Schuldner im Ergebnis für das Verschulden des von ihm und dem Gläubiger willentlich eingezogenen Dritten nach Art. 65 CVG haftet.

3. Kategorien des „Dritten“ iSd. Art. 65 CVG

Die Besonderheit des Art. 65 CVG liegt gerade darin, dass er überdies noch eine haftungsrechtliche Regelung anordnet. Er erlegt dem Schuldner eine vertragliche Verantwortung für die Nichterfüllung oder nicht vertragsgemäße Erfüllung durch einen Dritten auf. Er stellt – genauso wie Art. 42 f., 121 CVG – eine selbständige Anspruchsgrundlage dar, da die Haftungstatbestände hierzulande ausführlich beschrieben werden.⁹⁴⁰ Auf die allgemeine Haftungsvorschrift (Art. 107 CVG) wird erst zurückgegriffen, wenn nach den konkreten Rechtsbehelfen gefragt wird. Der Begriff „Dritter“ iSd. Art. 65 CVG soll auf den ersten Blick zumindest zwei Kategorien abdecken.⁹⁴¹

a) Erfüllungsgehilfe

Welche praktische Bedeutung Art. 65 CVG für die hier zu behandelnde Kernfrage über Erfüllungsgehilfenhaftung hat, erhellen die im Folgenden aufgeführten Untersuchungen.

aa) Unselbständiger Erfüllungsgehilfe?

Gemäß Art. 65 CVG ist der Bauunternehmer für das schadenstiftende Handeln oder die vertragswidrige Unterlassung des Dritten verantwortlich, den er mit Zustimmung des Bauherrn zur Errichtung eines Gebäudes eingeschaltet hat. Diese Konstellation, die im deutschen Recht regelmäßig auf § 278 bezogen wird, kann auf den ersten Blick den Eindruck erwecken, dass Art. 65 CVG auch eine allgemeine Regelung über die Haftung für Erfüllungsgehilfen enthält. Es wird im Folgenden am Beispiel bestimmter geläufiger Konstellationen demonstriert.

⁹⁴⁰ Zur Besonderheit der chinesischen Gesetzgebungstechnik, vgl. unten § 10 V, S. 281 ff.

⁹⁴¹ Zum Verhältnis zwischen Art. 65 CVG und Art. 121 CVG, vgl. unten § 6 C III 4, S. 161 f.

Eine juristische Person als Werkunternehmer schuldet dem Besteller die Montage von Toren eines neu eingerichteten Gebäudes, die in Wirklichkeit durch ihre eigenen Bauarbeiter fehlerhaft durchgeführt wurde. Später zeigten sich Mängel an den Toren und dafür verlangte der Besteller Schadensersatz. In dieser Konstellation trägt Art. 65 CVG für die Haftungsfrage überhaupt nichts aus, denn die fehlerhaft handelnden Bauarbeitnehmer werden nicht als Dritte iSd. Art. 65 CVG bezeichnet. Es fehlt an der erforderlichen Vereinbarung iSd. Art. 65 CVG. Es lässt sich freilich nicht bestreiten, dass die Vertragspflicht einer „an sich“ nicht handlungsfähigen juristischen Person, ein mangelfreies Werk herzustellen und zu übergeben, schlechthin durch handlungsfähige natürliche Personen erfüllt werden muss. Die Vertragsparteien gehen in der Regel unausgesprochen davon aus, dass die Montage der Toren zumindest durch eigene Bauarbeiter der juristischen Person durchgeführt werden kann.⁹⁴² Eine genauere Vereinbarung könnte sich in diesem Fall grundsätzlich erübrigen.

Wohnt der Mieter mit seinen Familienangehörigen in einer Mietwohnung und kommt es aufgrund eines unangemessenen Mietgebrauchs seines Angehörigen zu einem Wohnungsbrand, ist Art. 65 CVG wegen seiner eng gefassten Haftungsvoraussetzungen und der chinesischen volkstümlichen Grundvorstellung⁹⁴³ nicht anwendbar, denn eine Vereinbarung über die Aufnahme von Familienangehörigen ist an sich überflüssig und liegt in der chinesischen Rechtswirklichkeit im Allgemeinen selten vor. Sie werden als zur Sphäre des Mieters gehörige Personen angesehen.⁹⁴⁴ Die Haftungsfrage bestimmt sich damit hauptsächlich nach dem Mietrecht (vor allem Art. 222 CVG)⁹⁴⁵ oder nach dem Deliktsrecht.⁹⁴⁶ Hinsichtlich der These, dass Art. 65 CVG die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen (betriebsinterne Personen oder Familienangehörigen) nicht ins Visier nimmt, gelten dieselbe Erwägungen wie beim Art. 121 CVG (vgl. § 6 C II 3 e, S. 152).

bb) Selbständiger Erfüllungsgehilfe („*independent contractor*“)

Es bleibt freilich noch die Frage, ob Art. 65 CVG zumindest einen Teil des mit § 278 vergleichbaren Regelungsgehalts enthält, wenn ein vom Schuldner wirtschaftlich und funktionell unabhängiger Dritter mit der Zustimmung des Gläubigers zur Erfüllung herangezogen wird.

Vereinbaren der Verkäufer und der Käufer beispielsweise, dass die vom Verkäufer übernommene Montagearbeit einer gekauften Einbauküche von einem selbständigen und erfahrenen Montageunternehmen (sowie seinen Möbelmonteuren) ausgeführt wird, ist dieses Unternehmen freilich als „Dritter“ iSd. Art. 65 CVG anzusehen. Bleibt

⁹⁴² Gleiche Interessenlage im Art. 79 II CISG, vgl. BeckOGK/Bach Art. 79 CISG Rn. 12.

⁹⁴³ Vgl. unten § 6 C IV 4, S. 166 ff.

⁹⁴⁴ Zu diesem Begriff vgl. unten § 7 B I, S. 199 ff.

⁹⁴⁵ MVG Shangqiu, Urteil (2014) – III S 1072 [商丘市中级人民法院 (2014) 商民三终字第 1072 号]: Brand in einem Geschäftsraum, der durch 5 fremde Minderjährige beim Spiel mit dem Feuer verursacht wurde. Diese Entscheidung ist m.E. unzutreffend, weil das Gericht die Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung der Mietsache verabsolutiert hat.

⁹⁴⁶ UVG Yuhuan, Urteil (2015) – C 1310 [玉环县人民法院 (2015) 台玉民初字第 1310 号]: Wohnungsbrand durch das Kind eines Mieters.

die Arbeit des Montageunternehmens aus oder zeigt sich ein Mangel nach dem Einbau, haftet der Verkäufer dem Käufer gegenüber nach Art. 65 CVG „für die Vertragsverletzung“. Das Montageunternehmen ist nach dem deutschen Verständnis zweifelsohne der Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Fehlt eine solche relativ klare Vereinbarung, kommt es für die Beurteilung auf die Vertragsauslegung an, die wiederum von allen konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt. Im Ausnahmefall kann die Einschaltung des Dritten als stillschweigend vereinbart gelten. Liegt allerdings eine derartige erforderliche Vereinbarung überhaupt nicht vor, fällt diese Konstellation freilich aus dem Geltungsbereich des Art. 65 CVG heraus. Art. 121 CVG, welcher mit Art. 65 CVG insofern verzahnt ist, gelangt dann zur Anwendung, sofern der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Vertragspflicht eines selbständigen Dritten bedient.

Im Falle einer kleinen Variation der vorgenannten alltäglichen Konstellation, dass der Monteur des beauftragten Unternehmens bei der Arbeit das Integritätsinteresse des Käufers verletzt (z.B. Zerstörung der Wandleuchte, Diebstahl), bleibt Art. 65 CVG in der chinesischen Judikatur relativ unergiebig, weil die Haftungsfrage über solche schadenstiftenden Handlungen im Wesentlichen durch das großzügige Deliktsrecht bewältigt wird.⁹⁴⁷

b) Keine Substitution im Art. 65 CVG

Im Art. 65 CVG hat der Gesetzgeber nicht genug explizit darauf hingewiesen, inwieweit der Schuldner sich zur Erfüllung seiner geschuldeten Vertragspflichten eines Dritten bedienen kann. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der „Dritte“ iSd. Art. 65 CVG auch den Substituten erfasst, wenn der Dritte mit der Erfüllung der gesamten Vertragspflichten beauftragt wird. Abgesehen von den Spezialnormen im besonderen Teil des CVG (Art. 272 II 3 CVG: Verbot der vollständigen Übertragung der übernommenen Bauarbeit auf Dritte) und anderen spezialgesetzlichen Regelungen, bleibt es den Vertragsparteien überlassen, die Erfüllung eines Teils oder sämtlicher Vertragspflichten durch einen Dritten zu vereinbaren. Derjenige, dem der Schuldner die gesamte Ausführung seiner geschuldeten Vertragspflichten überträgt, kann (sehr wahrscheinlich)⁹⁴⁸ der Substitut sein.

Würde der Substitut⁹⁴⁹ aber zu der Kategorie des „Dritten“ iSd. Art. 65 CVG gehören,

⁹⁴⁷ Ob der Schuldner für solche rechtswidrigen Handlungen des herangezogenen Dritten haften muss, kann m.E. auch im Rahmen von vertragsrechtlichen Regelungen beantwortet werden. Der Wortlaut „die Erfüllung der Vertragspflichten durch Dritte vereinbaren“ schließt nicht aus, dass auch die Nebenpflichten unter „Erfüllung der Vertragspflichten“ subsumiert werden könne, soweit der Schuldner sich nach dem Inhalt des zwischen ihm und dem Gläubiger stehenden Vertrags zur Einhaltung derartiger Nebenpflichten verpflichtet. Nach der chinesischen Lit. und Rspr. gehören die Nebenpflichten offenbar zum Pflichtengefüge des Vertrages. Das Deliktsrecht ist allerdings vorzugswürdiger, weil das Gericht in derartigen Konstellationen durch großzügige Annahme einer Auswahl- und Überwachungspflicht des Schuldners die Klage gestatten wird. Die Besonderheit, dass der Schmerzensgeldanspruch im Rahmen vertraglicher Anspruchsgrundlagen grundsätzlich abgewiesen wird, führt insb. zur Unbeliebtheit vertragsrechtlicher Rechtsfolgen.

⁹⁴⁸ Die Unklarheit des Inhalts der Substitution erschwert die Abgrenzung zwischen dem Substitut und dem Erfüllungsgehilfen. Nach der bislang in der deutschen und österreichischen Lit. ganz vorherrschenden Auffassung reicht nicht nur die gesamte Übertragung, sondern auch eine Übertragung des wesentlichen Teils der geschuldeten Pflichten schon aus, die Substitution zu qualifizieren. vgl. MüKoBGB/Schäfer (2017) § 664 Rn. 6; Gschnitzer, SchuldR BT, § 48 B II 3, S. 187.

⁹⁴⁹ Diese Bezeichnung „Substituent“ wurde von Metzler verwendet, vgl. ders., AcP 159 (1960), 143 (145).

könnte man sich des Zweifels nicht erwehren, auf welche Begründung sich ein ganz von der h.M. in anderen kontinentaleuropäischen Rechtssysteme zu unterscheidender Haftungsmaßstab zurückführen lassen kann. Eine rechtsvergleichende Beobachtung zeigt schon, dass die meisten Rechtsordnungen in diesem Fall dem Schuldner (Substituent) nur eine Haftung für *culpa in eligendo* (Übertragungsverschulden) auferlegen wollen.⁹⁵⁰ Wäre das Rechtsinstitut „Substitution“ vom Art. 65 CVG erfasst, würde offenbar eine zu strenge Haftung des Schuldners bestimmt, die absolut nicht von *culpa in eligendo* abhängig ist. Eine derartige Regelung wie Art. 65 CVG, die dem Schuldner (sog. Substituenten) das tradierte Haftungsprivileg⁹⁵¹ absprechen will, bedarf überzeugender Begründungen, um sie mit anderen Spezialvorschriften dogmatisch vereinbar zu machen. An solchen Begründungen hat es leider wieder gefehlt. Die „Substitution“ kann deshalb nicht vom Art. 65 CVG betroffen sein.

Außerdem ist noch zu erwähnen, dass Art. 65 CVG gar keine Vertragszession regelt. Die Übertragung der vertraglichen Rechte unterfällt Art. 65 CVG nicht. Anders als das deutsche Recht, welches keine Spezialnormen für die (vertragliche) Übertragung der gesamten Rechtsstellung einer Partei enthält,⁹⁵² wird die Vertragszession schon im Art. 88 CVG ganz klar umgeschrieben. Überdies ist die Übertragung der gesamten oder teilweisen Vertragspflichten des Schuldners separat im Art. 84 CVG statuiert. In den Konstellationen des Art. 65 CVG steht der Dritte nicht an Stelle des Schuldners.

4. Verhältnis zum Art. 121 S. 1 CVG

Unter Berücksichtigung der ganz besonders großzügigen Anwendungsmöglichkeit des Art. 121 S. 1 CVG, wie soeben erläutert, stellt sich aus der systematischen Sicht die Frage, ob Art. 121 S. 1 CVG den Anwendungsbereich des Art. 65 CVG überwuchert.

Der Vertragsbruch, welcher sich auf einen „*beim Dritten liegenden Grund*“ iSd. 121 CVG zurückführen lässt, umfasst freilich die Nichterfüllung und nicht vertragsmäßige Erfüllung des Dritten. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der eingeschaltete Dritte, dessen Verhalten den Vertragsbruch zulasten des Schuldners zur Folge gehabt hat, mit oder ohne Zustimmung des Gläubigers einbezogen wurde. Art. 121 S. 1 CVG sollte aus semantischen Gründen damit auch solche Fälle abdecken, in denen die Einschaltung des Dritten von den Vertragsparteien vereinbart worden ist. Art. 65 CVG wäre dann völlig obsolet, wenn Art. 121 S. 1 CVG ohne jeweilige Beschränkung angewandt würde.

Eine derartige derogatorische Wirkung des Art. 121 S. 1 CVG zulasten des Art. 65 CVG beruht m.E. freilich auf eine gesetzgeberische Fehlleistung. Um den „*Tod*“ des positivierten Art. 65 CVG zu vermeiden, ist der Anwendungsbereich des allzu großzügig angenommenen Art. 121 S. 1 CVG zu beschränken. Beide Regelungen sind aus systematischer Sicht alternativ anzuwenden. Liegt eine Vereinbarung über die

⁹⁵⁰ Zum deutschen Recht, vgl. *Koller*, ZIP 1985, 1243 (1248); *Staudinger/Martinek/Omlor* (2017) BGB § 664 Rn. 12; *MüKoBGB/Schäfer* (2017) § 664 Rn. 15; zum österreichischen Recht vgl. *Gschnitzer*, a.a.O., § 48 B II 3, S. 187.

⁹⁵¹ Zum Zweck des Haftungsprivilegs zugunsten des Schuldners vgl. *Koller*, a.a.O., 1243 (1246).

⁹⁵² *Brox/Walker*, SchuldR AT, § 35 I 1 a, Rn. 1; *Metzler*, a.a.O., 143 (146); BGHZ 95, 88 ff., Rn. 52 (Vermieterwechsel durch Vertragsübernahme).

Erfüllung durch einen Dritten vor, kommt nur Art. 65 CVG als *lex specialis* in Betracht. Fehlt es aber an einer solchen Abrede, findet Art. 121 S. 1 CVG Anwendung. Die Parteivereinbarung gilt deshalb als das entscheidende Unterscheidungskriterium.

5. Fazit

Aus einer streng am Gesetzeswortlaut des Art. 65 CVG orientierten Auslegung lässt sich ersehen, dass sich ein aufgrund einer übereinstimmenden Willenserklärung eingeschalteter selbständiger Dritter von seinem Geltungsbereich erfassen lässt.⁹⁵³ Die Übereinstimmungserklärung kann wie jede Willenserklärung anderer Art ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Im Fall einer gestatteten Einschaltung des Dritten kommt Art. 65 CVG nicht in Betracht.

Überdies fallen eigene Leute des Schuldners richtigerweise nicht unter Art. 65 CVG, da dieselbe Erwägung iRd. Art. 121 CVG hierfür auch gilt, wonach eigene Leute des Schuldners unter Berücksichtigung des einem tief verwurzelten kollektiven Bewusstsein entsprechenden Gesetzessprachgebrauchs und der systematischen Überlegung anderer Vorschriften aus dem Regelungsbereich des Art. 65 CVG herausfallen. Seine Tragweite beschränkt sich damit auf den zur Erfüllung eigener Vertragspflichten einbezogenen selbständigen Dritten („*independent contractor*“). Vor diesem Hintergrund ist gewiss zutreffend: Art. 65 und 121 CVG bieten einerseits gemeinsam den Rechtsgrund der Haftung für fremdes Verschulden/ fremde Handlungen an. Beide haben andererseits einen eigenen Geltungsbereich.

IV. Ungeschriebene Regelung: Haftung für „*die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“

Eine gesamte Betrachtung der deutschen Kasuistik, die § 278 betrifft, lässt grundsätzlich den Eindruck zu, dass sich der Personenkreis des Erfüllungsgehilfen in selbstständige Unternehmer und unselbständige Gehilfen untergliedern lässt. Die vorhergehende Untersuchung hat belegt, dass hinsichtlich der Haftung für selbstständige Unternehmer auf Art. 65 und 121 CVG zurückgegriffen wird. Auf die letztere Personengruppe ist nachfolgend einzugehen.

1. Eine Gesetzeslücke?

In der chinesischen Judikatur, die die Erfüllung der Vertragspflicht durch eigene Personen betraf, wurde sehr selten um die Frage gerungen, ob der Schuldner für ihr Fehlverhalten verantwortlich ist oder ob ihm ihr Verhalten zugerechnet werden muss. Diese Haftung versteht sich zumindest äußerlich von selbst.

Die logisch zutreffende Konsequenz seitens der deutschen Kasuistik, dass der Mieter hinsichtlich der ihm obliegenden Obhuts- und Sorgfaltspflichten für die durch seine Familienangehörigen, Gäste, Angestellten verursachten Schäden haftet,⁹⁵⁴ ist dem chinesischen Recht vom Ansatz her nicht fremd. Es stellt sich aber die Frage, auf welcher positiv-rechtlich niedergelegten Regelung das chinesische Gericht zu einer

⁹⁵³ XIE, Gen (解亘), in: *Modern Law Science* (现代法学), 06/2014, 27 (30).

⁹⁵⁴ Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 102.

vergleichbaren Lösung gelangen kann. Liegt hier eine Gesetzeslücke vor, die dringlich ausgefüllt werden muss?

2. Die Anknüpfung an die traditionelle Kultur

Wer seinen Blick zu sehr auf die chinesischen gesetzten Rechte richtet, neigt eher dazu, etwa ungeschriebene Regeln zu übersehen, nach denen der Richter auch urteilen kann. Solche latenten Regelungen sind oft in dem Kokon der traditionellen Kultur⁹⁵⁵ unbemerkt eingesponnen.

Großfeld erachtete eine „kulturelle Immersion“ bei der Rechtsvergleichung für geboten, auch wenn sie für jeden Rechtsvergleicher sehr schwierig zu sein schien.⁹⁵⁶ Für die Frage, welche „Geister und Weltansicht“⁹⁵⁷ Chinesen mit dem allgemeinen Sprachgebrauch „Dritter“ verbinden, muss ein ausländischer Beobachter sich vor allem die in der chinesischen Geschichte und traditionellen Kultur angesiedelten Wertungsgesichtspunkte vor Augen halten. An dieser Stelle sind die gebräuchlichen Bezeichnungen *Individualismus* und *Kollektivismus*⁹⁵⁸ hinzuzufügen, welche eine nicht zu unterschätzende Rolle im chinesischen Rechtsverständnis spielen.

3. Der Individualismus in der westlichen Rechtskultur

An dieser Stelle bleibt die sog. egoistische Gesinnung der Individuen⁹⁵⁹ außer Betracht, welche allenfalls nur als persönliche Eigenschaft angesehen wird.⁹⁶⁰ Erst der mit dem Individualismus verbundene komplementäre Punkt, also die Selbständigkeit der Einzelperson, hat hier das entscheidende Gewicht.

a) Kein schwerwiegender Unterschied zwischen anglo-amerikanischem und kontinentaleuropäischem Rechtssystem

Kötz hat beim Vergleich zwischen dem/der anglo-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Rechtssystem und -tradition angedeutet, dass die anglo-amerikanische Rechtsordnung dem Individualismus größere Bedeutung beimesse als dies in Europa geschieht.⁹⁶¹ Diese Neigung beeinflusse mittelbar den Stil der Vertragsentwürfe. Die Vertragsparteien sowie ihre Rechtsanwälte aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis seien etwa „selbstsicher“,⁹⁶² durch die präzise und detailliert gefassten Vertragsinhalte potenzielle Vertragsstreitigkeiten möglichst zu vermeiden.

⁹⁵⁵ Zum Einfluss der chinesischen traditionellen Kultur auf das gegenwärtige Rechtssystem, vgl. *MI, Jian* (米健), *ZfRv* 1989, 24 ff.

⁹⁵⁶ *Großfeld*, in: FS Henrich (2000), 211 (216).

⁹⁵⁷ Zur Darstellung von *Wilhelm v. Humboldt*, vgl. oben Fn. 901.

⁹⁵⁸ Das Begriffspaar ist hier nicht unter der philosophischen Perspektive zu verstehen. Die Begriffe beschreiben vielmehr charakteristische gesellschaftliche Vorstellungen, von denen der Gesetzgeber bei der Redaktionsarbeit bzw. der Begriffswahl ausgegangen ist.

⁹⁵⁹ Zu individualistischen Kulturen jüngst *Pfundmair*, *NZFam* 2017, 511 (511 f.)

⁹⁶⁰ Es lässt sich allerdings keine logisch zwingende Ansicht gewinnen, dass Personen, die in einer von individualistischen Wertvorstellungen dominierten Gesellschaft leben, eine egoistische Gesinnung haben müssen. Allein auf Grund empirischer Beobachtungen ist die Nächstenliebe, Toleranz und Bereitschaft zur Teamarbeit dort auch sehr weit verbreitet.

⁹⁶¹ *Kötz*, in: FS Heldrich (2005), 771 (775 f.).

⁹⁶² *Kötz*, a.a.O., 771 (776).

Diese Behauptung verneint selbstverständlich nicht das Dasein und die Bedeutung des Individualismus in Kontinentaleuropa. Sowohl die anglo-amerikanische⁹⁶³ als auch die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen sind durch den Individualismus/Personalismus geprägte Rechtsordnungen,⁹⁶⁴ in denen der humanistische Geist und der Wert von Individuen im Zeitalter der Renaissance⁹⁶⁵ und der Aufklärung allmählich stärkere Bedeutung gewannen.⁹⁶⁶ Eine solche individualistische Geisteshaltung fand nach der französischen Revolution weiter in mehreren nationalen Kodifikationen ihren Niederschlag.⁹⁶⁷

b) Individualismus als ein Charakter westlicher Rechtskultur: „Gegenüber-Verhältnis“

Äußerst instruktiv ist *Wieackers* Ausführung über die europäische Rechtskultur. Er bemühte sich mit großem Erfolg, die Voraussetzungen darzustellen und das Gesamtbild europäischer Rechtskultur umzureißen. Vor dem Legalismus und Intellektualismus hat er zunächst den Personalismus als erste Konstante der europäischen Rechtskultur aufgestellt, die mit den genannten zwei weiteren Elementen zusammen eine einheitliche Rechtskultur begründeten. *Wieacker* sah den Personalismus als vitales Erbe an, dessen Wurzel mit den westlichen religiösen Grundanschauungen zu tun hat. Das Verhältnis zwischen der Einzelperson und der persönlichen Gottheit (als „ich“ und „DU“)⁹⁶⁸ lasse sich im realen Gesellschaftsleben wiederfinden: die zwischenmenschliche Beziehung im „Gegenüber“ oder umgangssprachlich „eine Person zu einer anderen“.⁹⁶⁹ Das Grundverständnis, dass jede Einzelperson als Subjekt und Ziel der Rechtsvorstellung rechtlich unabhängig zu jener anderen steht, fand seinen Ausdruck in den meisten westlichen Rechtssystemen. Das von *Wieacker* umgerissene „Menschenbild“ ist dadurch charakterisiert, dass es einen deutlichen Bezug zur Selbstbestimmung und Eigenverantwortung aufweist. *Fuchs*⁹⁷⁰ konstatierte eben klar, dass das Konzept des Individualismus das Kernstück des BGB darstelle und sein System vom Individuum ausgehe. *Edlbacher*⁹⁷¹ hat die „individualistische Ausprägung“ als das Musterbild der nationalen Gesetzgebungen

⁹⁶³ Es gibt zwischen dem britischen und US-amerikanischen Recht keinen ins Gewicht fallenden Unterschied. Beide dürfen in der Regel weitgehend übereinstimmen. Zu einigen Unterschieden zwischen britischem und US-amerikanischem Recht, insb. des Stils der richterlichen Entscheidungen, vgl. *Atiyah*, in: Sw. L. J. 37 (1983), 545 ff.

⁹⁶⁴ Die Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsordnungen vgl. *Wieacker*, Voraussetzungen europäischer Rechtskultur, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. I, 2015, S. 363 f., der „nicht nur wegen der übereinstimmenden Lebensform, sondern auch zufolge der Gemeinsamkeit der entscheidenden religiösen, ideologischen, philosophischen und wissenschaftstheoretischen Grundlagen“ betonte. Zur Annäherung beider Rechtssysteme vgl. auch *Gordley*, Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung, ZEuP 1993, 498 ff.

⁹⁶⁵ Auch *Sturm*, der einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Individualismus und der Renaissance deutlich verneint hat, erkannte das Verdienst der Renaissance an. *Sturm*, in: FS Bosch (1976), 1015 (1022).

⁹⁶⁶ In Bezug auf den individualistischen Einschlag in der amerikanischen Rechtsordnung ist grundsätzlich anerkannt, dass dieselben Vorstellungen während der Besiedlung in der Kolonialisierungszeit auf den amerikanischen Kontinent transportiert wurden.

⁹⁶⁷ *Micklitz*, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. I, 2015, S. 350.

⁹⁶⁸ Auch in der griechischen Antike kann man dies in der Vermenschlichung von Göttern sehen. Vgl. *Sturm*, in: FS Bosch (1976), 1015 (1023).

⁹⁶⁹ *Wieacker*, Voraussetzungen europäischer Rechtskultur, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. I, 2015, S. 374.

⁹⁷⁰ *ders.*, Zivilrecht und Sozialrecht, 1992, S. 15.

⁹⁷¹ *ders.*, in: FS Wilburg (1965), 81 (82).

westlicher Rechtsordnungen bezeichnet.

c) Individualismus als gesetzgeberischer Ausgangspunkt

Die Bedeutung des einzelnen Menschen wurzelte nicht nur tief in den Köpfen der deutschen Bevölkerung, sondern kam in den gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck und es beeinflusst die Wahrnehmung und Bewertung des Rechtsverhältnisses. Indirekt zeigt sich dies deutlich in Savignys⁹⁷² Feststellung: *Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen **neben einander bestehen**, sich **gegenseitig fördernd**, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieser nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyn Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht.*

Schon seit der Abschaffung der Sklaverei und der feudalistischen Leibeigenschaft haben viele Rechtsordnungen nacheinander die Gleichheit sowie das „Gegenüber“ der Person bzw. des Menschen zu Seinesgleichen als gebotene Wertungsordnung verfassungsrechtlich bzw. zivilrechtlich angeordnet. Es lässt sich nicht bestreiten, dass jede Rechtsperson, ursprünglich vor allem natürliche Person, in der deutschen Rechtsordnung als „rechtlich selbständige Person“ zu betrachten ist. Die rechtliche Selbständigkeit des Minderjährigen, dem das Recht wegen seiner altersbedingten Schwäche aber besonderen Schutz gewährt, versteht sich im deutschen Recht ebenso von selbst. Im heutigen freien Arbeitsmarkt muss jeder Dienstpflichtige bzw. Arbeitnehmer, dessen Selbständigkeit lange vorher völlig übersehen wurde, unbezweifelbar auch als ein selbständiges Subjekt anzusehen sein. Selbst die persönliche Weisungsgebundenheit, wirtschaftliche Abhängigkeit sowie besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers stehen dieser gesetzlich verankerten und hoch angerechneten Selbständigkeit nicht entgegen. Nach dem deutschen Verständnis besteht *„(einerseits) die Aufgabe der Rechtsordnung eben darin, die Herrschaftskreise der in der Welt einander gegenüberstehenden Menschen voneinander abzugrenzen“*.⁹⁷³

Diese Vorstellung findet ihren Niederschlag z.B. im Eltern-Kind-Verhältnis sowie in den dieses betreffenden Rechtsanwendungen. Das Kind kann erst der Vertragspartner des Behandlungsvertrags werden, wenn der begleitende Elternteil einen Vertrag **im Namen des Kindes** abschließt.⁹⁷⁴ Die selbständige Persönlichkeit kann sich gerade in dieser Einzelheit zeigen. Die Vertretung durch Eltern versteht sich somit

⁹⁷² ders., System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, § 52, S. 331 f.

⁹⁷³ Auer, Der Privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, § 1 I, S. 20 mwN.

⁹⁷⁴ BeckOK BGB/Katzenmeier, 43. Ed. 1.11.2016, BGB § 630a Rn. 88; MüKoBGB/Wagner (2016) § 630a Rn. 19. Im Gegensatz hierzu wird das Kind in der chinesischen Praxis öfter als Vertragspartner angesehen, ohne dass die Eltern in seinem Namen auftreten. Während die elterliche Sorge nach dem deutschen heutigen Verständnis (hauptsächlich) einen Pflichtcharakter hat (MüKoBGB/Huber [2017] § 1626 Rn. 3), erweist sie sich auf der Grundlage chinesischer Vorstellungen grundsätzlich als „rechtscharakteristisch“. Das engmaschige Netz von elterlichem Sorgerecht erfasst fast alle denkbaren Konstellationen. Das Erfordernis des sog. Offenkundigkeitsprinzips tritt bei den genannten Fällen (Behandlungsvertrag) zurück.

keineswegs von selbst. Umgekehrt darf die eigene Schuld des Kindes nicht ohne Weiteres den Eltern auferlegt werden.⁹⁷⁵ Denn es selbst ist zumindest im rechtlichen Sinne der Schuldner. Das Verschulden des gesetzlichen Vertreters ist beim fehlenden Schuldverhältnis dem ersatzberechtigten Minderjährigen nicht zuzurechnen.⁹⁷⁶ Diese rechtliche Vorstellung, dass auch das Kind und seine Eltern voneinander abzugrenzen ist, ist ein Eckpfeiler des ganzen Rechts geworden.

Gerade unter Berücksichtigung der Grundvorstellung, dass jede Person selbständig „gegenüber“ steht, und der dominierenden Annahme „keine Haftung ohne eigenes Verschulden“⁹⁷⁷ muss der Gesetzgeber eine bahnbrechende Regelung „Zurechnung fremden Verschuldens“ gesetzlich verankern. Die historische Konzeptionierung der Erfüllungsgelthaftung iSd. § 278 gilt als Musterbeispiel.

4. Kollektivismus in der chinesischen Kultur

*Fuchs*⁹⁷⁸ hat die von *Fritz v. Hippel*⁹⁷⁹ behauptete „Abkehr vom Gruppen- und Zusammengehörigkeitsgedanken“ im BGB ebenso bemerkt. Umgekehrt findet dieser Gruppen- und Zusammengehörigkeitsgedanke immer noch im chinesischen Zivilrecht und in der praktischen Rechtsanwendung seinen Niederschlag. Die chinesische Rechtskultur und viele konkrete Rechtsinstitutionen waren und sind immer noch viel stärker vom Kollektivismus geprägt.

Es ist aber zunächst zu betonen, dass der heutige Bedeutungsgehalt des Kollektivismus im Laufe der Zeit verändert worden und noch immer in Bewegung ist. Der Begriff „Kollektivismus“ bedeutet hier freilich auch nicht die willkürliche Vernachlässigung der Interessen des Individuums. In der folgenden Untersuchung soll die kollektivistische Volkstümlichkeit hauptsächlich an Beispielen vieler geltender Regelungen/Entscheidungen aus dem Familien- und Betriebsleben näher demonstriert werden.

a) Kollektivismus im Bereich des Familienlebens

Wie wichtig die Familie im gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben ist, erhellt schon die Tatsache, dass das alte Ehegesetz unmittelbar nach der Gründung der neuen Regime, d.h. schon früh am 1.5.1950, erlassen wurde. Das CAGZ, das immer noch als das grundlegende und vereinfachte Zivilgesetz bewertet wird, wurde erst 1986 verabschiedet. Die These, dass die Familie in der chinesischen Kultur als eine Einheit behandelt wird,⁹⁸⁰ soll hier am Beispiel einiger konkreter

⁹⁷⁵ Der gerichtlich anerkannte Anspruch des Geschädigten geht dann ins Leere, wenn das nach § 828 II und III verantwortliche Kind über kein eigenes Vermögen verfügt. Die Haftung des Aufsichtspflichtigen (§ 832) ist eine andere Frage. In China läuft dieser Anspruch kaum leer laufen, soweit der Aufsichtspflichtige genügend Vermögen besitzt. (Art. 32 II 2 CDG: subsidiäre Haftung des Aufsichtspflichtigen bei ungenügendem Vermögen des Kindes).

⁹⁷⁶ BGHZ 1, 248 ff.: mitursächliches Verschulden des Vaters eines 8-jährigen Kindes; BGHZ 103, 338 ff. (Verkehrssicherungspflichten auf einem öffentlichen Kinderspielplatz und unvorsichtiger Vater).

⁹⁷⁷ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 119.

⁹⁷⁸ *ders.*, Zivilrecht und Sozialrecht, 1992, S. 15.

⁹⁷⁹ *ders.*, Zum Aufbau und Sinneswandel unseres Privatrechts, 1957, S. 46.

⁹⁸⁰ Es ist selbstverständlich nicht zu verneinen, dass die Familie in Deutschland auch als eine soziale Einheit verstanden wird. Gleichwohl ist zu betonen, dass die volkstümliche Vorstellung darüber etwas anders scheint, wenn man von persönlichen Beziehungen von Mitgliedern einer Familie redet. Außerdem hat die Familie im chinesischen Kontext eine breitere Extensität und eine stärkere Intensität.

Rechtsinstitutionen demonstriert werden, die allerdings deutlich in krassm Gegensatz zu den positivierten oder richterlich weitgehend anerkannten deutschen Regelungen stehen. Vorab wird darauf hingewiesen, dass sich der Kollektivismus im Bereich des Familienbereichs in engem Zusammenhang mit dem persönlichen und familiären Status befindet.

aa) Die tradierte kollektivistische Vorstellung

Die altchinesische Sozialordnung – sowohl auf der staatlichen, der sippschaftlichen als auch der häuslichen Ebene – baute sich hauptsächlich auf einem feudal-patriarchalischen System.⁹⁸¹ Der Kaiser, Sippenälteste und Hausvater übten ihre Herrschaft gegenüber den Untertanen, Clanmitgliedern und Familienangehörigen aus.⁹⁸² Diese hierarchische Ordnung, die gleichzeitig das Gesellschafts- und Familienleben prägte, hatte früher sehr unannehmbare Folgen, vor allem divergierende Ungleichheit und die Vernachlässigung der Persönlichkeit bestimmter Gruppen. Diese kontraproduktiven Auswirkungen sind erst nach der durchgreifenden und schonungslosen Revolution und dem gründlichen Wandel der gesellschaftlichen Struktur und des Wertesystems allmählich beseitigt worden.⁹⁸³ Diese jahrtausendlang nachhaltige Denk- und Vorgehensweise modellierte aber die chinesische Volkstümlichkeit, was sich bis heute noch in der modernen Gesellschaft widerspiegelt. Hier wird diese Volkstümlichkeit als „Kollektivismus“⁹⁸⁴ bezeichnet, die gewissermaßen als die anschauliche Formulierung „Zusammenschließen“ zu verstehen ist. Sie stellt somit – anders als ein „Gegenüber-Verhältnis“ – ein „Miteinander-Verhältnis“ dar. Dieses zusammenschließende „Miteinander-Verhältnis“ hat in einigen Haftungsmodellen seinen Niederschlag, die gewiss als „Statutshaftung“ bezeichnet werden können.

bb) Fremdartige haftungsrechtliche Ausgestaltung: Statushaftung

(1) Verschuldensunabhängige Haftung des Aufsichtspflichtigen

Zunächst ist eine im Art. 32 I 1 CDG⁹⁸⁵ verankerte verschuldensunabhängige

⁹⁸¹ Zur traditionellen chinesischen Gesellschaftsstruktur und seiner Reflexion in der alten Rechtskultur und –institutionen, vgl. *Weggel*, S. 216 ff.

⁹⁸² *Zweigert/Kötz*, § 20 II, S. 282.

⁹⁸³ Vor diesem Hintergrund ist das von *Zweigert/Kötz* illustrierte Bild der altchinesischen Rechtsordnung für die chinesische neue Generation, teilweise auch für die juristisch Ausgebildeten befremdlich. Das sog. außergerichtliche Schlichtverfahren innerhalb der Sippschaft (*Zweigert/Kötz*, § 20 II, S. 285) scheint heute eher selten vorzukommen. Durch die Urbanisierung und den demografischen Wandel hat sich die Rolle der Sippschaft erheblich verkleinert. Sie hat damit nur eine kulturelle Funktion, weil jene ehemalige forensische Funktion des Clans vom Gericht übernommen wurde. Den sog. Sippenältesten steht überhaupt keine Autorität mehr zu. Die lockere Verbindung innerhalb einer Sippschaft ist deshalb schwer wahrzunehmen und in der Regel nur symbolträchtig.

⁹⁸⁴ Vom „*Autoritarismus*“ kann heute nicht mehr gesprochen werden. Der Begriff ist auf jeden Fall nicht geeignet, diese ethischen Überzeugungen und innersten Vorstellungen zu demonstrieren. Die radikale Gehorsamkeit gegenüber dem Vorgesetzten oder dem stärkeren Partner gehört der Vergangenheit an. Die Bedeutung des Schutzes des Schwächeren ist in der chinesischen Sozial- und Rechtsordnung nicht mehr etwas Neues. Die Rechtsstellung der Frauen, Kinder oder untergeordneten Mitarbeiter hat trotz einer wahrnehmbaren Unvollkommenheit einen fundamentalen Wandel erlebt, der dementsprechend zu einem umfassenden gesellschaftlichen Strukturwandel führte.

⁹⁸⁵ Art. 32 I 1 CDG Fügt eine geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Person dem Anderen Schaden zu, ist ihr Aufsichtspflichtiger dafür deliktisch verantwortlich.

Haftung des Aufsichtspflichtigen, vor allem der Eltern,⁹⁸⁶ zu erwähnen. Die in der deutschen Lit. für sachdienlich erachtet Maxime, dass die Eltern nicht für das Verschulden ihrer Kinder, sondern nur für eigenes Verschulden haften,⁹⁸⁷ findet sich in China nicht.

Das chinesische Regelungsmodell einer strikten Haftung der Eltern steht in deutlichem Kontrast zu dem deutschen § 832 BGB und auch zu Art. 6:101 PETL und Art. VI.-3:104 DCFR, die dagegen nur eine Haftung des Aufsichtspflichtigen für ein vermutetes Verschulden anordnen.⁹⁸⁸ Die sog. chinesische altertümliche *Noxalhaftung* hat damit bis heute „überlebt“. Sie wird außerdem keinesfalls als ein historisches Relikt der alten Rechtskultur angesehen. Der Grund dafür, dass rechtspolitische Bedenken gegen eine derartige strikte Haftung eher selten zu sehen sind,⁹⁸⁹ liegt – abgesehen von Praktikabilitätsgründen⁹⁹⁰ – hauptsächlich darin, dass sie den einheimischen praktizierten Grundanschauungen entsprechen. In einer kollektivistisch geprägten chinesischen Gesellschaft ist die Anschauung unverkennbar, dass eine derartige strikte Haftung der Eltern geradezu ein Gegenstück des elterlichen Sorgerechts ist. Sie findet ihre Stütze im traditionell allgemein anerkannten Sinnspruch, den Vater treffe die Schuld, wenn er das Kind nur ernährt, aber nicht gut erzieht (养不教, 父之过).⁹⁹¹

Dieser der deliktsrechtlichen Haftung der Eltern immanente Rechtsgedanke greift auch im vertraglichen Bereich Platz. Wie schon erwähnt, wird die Haftung für Verletzungen der mietvertraglichen Obhutspflicht in China eben verschuldensabhängig aufgefasst. Hätte ein Kind in einer Mietwohnung einen Brand schuldhaft verursacht, würde das Gericht den mietvertraglichen Klageanspruch für gerechtfertigt erklären, ohne sich mit der Zurechnungsfrage aufzuhalten. Angesichts dieser praktizierten inneren Grundvollstellung würde sich die Frage erübrigen. Schon die auf eine enge familiäre Bindung beruhende Beurteilung würde die Haftung zulassen.

(2) Haftung für weitere im gleichen Haushalt lebende Familienangehörige

Für andere Familienangehörige wie die Frau oder Eltern des Mieters, die auf seine Veranlassung auch in der Mietwohnung in einem Haushalt zusammenleben, kann nichts anderes gelten.⁹⁹² Im Fall der Geschäftsraummiete ist der Mieter für die von

⁹⁸⁶ Zum Personenkreis Vgl. Art. 16 I CAGZ und Art. 27 I China-ZGB AT. Die Verschuldenshaftung des Anstaltsträgers von Kindergärten, Schulen oder anderen Erziehungseinrichtungen gegenüber Dritten wird gesondert in Art. 7 I »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« angeordnet.

⁹⁸⁷ Die Haftung des Aufsichtspflichtigen ist nach deutschem Recht nur eine Haftung für eigenes Verschulden. Vgl. Jauernig/Teichmann (2015) § 832 Rn. 1; MüKoBGB/Wagner (2017) § 832 Rn. 1; Schreiber, JR 2014, 99 (99).

⁹⁸⁸ MüKoBGB/Wagner (2017) § 832 Rn. 6.

⁹⁸⁹ JIN, Keke (金可可)/HU, Jianming (胡坚明), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 05/2012, 103 (106 ff.) hat Art. 32 CDG rechtspolitisch kritisiert. Um die Rechtsdurchsetzung für den Geschädigten zu erleichtern, sei die freie Entfaltung der Persönlichkeit des schutzbedürftigen Minderjährigen sowie die Freiheit der Eltern unbillig vernachlässigt worden. Als Ausgleich für die Überspannung der Aufsichtspflicht ist eine Abkürzung des Schadensersatzanspruchs nach Art. 32 I 2 CDG möglich, wenn der Schadensersatzpflichtige seiner Aufsichtspflicht gehörig nachgekommen ist. Dem Gericht steht damit ein recht großer Ermessensspielraum zu.

⁹⁹⁰ MA, Lingxia (马菱霞), in: *Journal of Hubei University of Police* (湖北警官学院学报), 09/2013, 46 (47).

⁹⁹¹ Ausführlich vgl. § 6 A I 3, S. 133.

⁹⁹² In China gibt es ggf. noch eine m.E. völlig verfehlte Vorgehensweise, dass die Frau selbst als die Gesamtschuldnerin, also eine Partei des Mietvertrags, angesehen wird, weil der Ehemann im Rahmen der

seinen mitarbeitenden Familienangehörigen verursachten Schäden auch verantwortlich. Ob der Mieter ihr die Mitwirkung der mietvertraglichen Obhutspflichten überträgt, ist nicht praktisch relevant. Der Schuldner haftet damit nicht nur für das fremde Verschulden, sondern das fremde Verhalten derjenigen, die mit ihm in der Familieneinheit im gleichen Haushalt leben. Hinausgehend über die deutsche §§ 428, 462 HGB, wo schon eine weiter gefasste Haftung des Frachtführers und Spediteurs für eigene Leute angeordnet wird, fehlt sogar die haftungseinschränkende Voraussetzung „in Ausübung ihrer Verrichtungen“ im chinesischen Recht.

Dieses Denkschema ist scheinbar sehr einfach und direkt, da eine Haftung damit ohne großen Argumentationsaufwand bejaht wird. Dies wirkt sich sehr vorteilhaft für den Gläubiger aus. Es stellt aber nur als ein grobes Instrument dar, mit dem die verschiedenartigen Handlungen der Familienangehörigen ohne eine sorgfältige Differenzierung gleichbehandelt werden. Es liegt damit nahe, dass dem Schuldner eine „Statushaftung“ für Familienangehörigen auferlegt wird, die hauptsächlich auf seinen familiären Status abgestellt wird. Die rechtliche Selbständigkeit des Individuums wird dagegen vernachlässigt.

b) Kollektivismus im Bereich des Betriebs

aa) Betriebszugehörigkeit als Sicherheitsgefühl

Die in der chinesischen Bürgerschaft vorherrschende Vorstellung vom „Kollektivismus“ soll nun im zweiten ausgewählten Gebiet, also im Arbeitsalltag und Betriebsleben, demonstriert werden. Der ursprünglich im Bereich des Familienlebens entstehende und sich dort auswirkende Kollektivismus, findet diesmal dort seinen Niederschlag, wo das Individualleben in erheblichem Umfang vom Korporationsleben beeinflusst wird.

*Großfeld*⁹⁹³ hat einmal die Bevölkerungsdichte und Sprache als häufig ungenügend berücksichtigte Elemente in die rechtsvergleichende Forschung eingeführt. Diese muss m.E. besonders bei der Beobachtung der chinesischen Rechtsordnung in Betrachtung gezogen werden. Die oft hautnahe Berührung der Menschen zueinander in China bedeutet nicht nur, dass deliktische Handlungen (z.B. Gedränge, Verkehrsunfälle, Diebstahl) empirisch einfacher und häufiger vorkommen können. Die hohe Bevölkerungsdichte prägt überdies die Mentalität und beeinflusst die Denk- und Verhaltensweisen. Sowohl in den Ballungsgebieten, wie den Metropolen und den Industrieparks, wo insb. die arbeitsintensiven Branchen angesiedelt sind, als auch in den dicht bevölkerten Wohnhochhäusern haben Chinesen aufeinander mehr Rücksicht zu nehmen und möglicher auftretende Kollisionen zu dulden.

Unter Chinesen lässt sich außerdem eine deutlich sichtbare Neigung erkennen, sich in eine Gruppe, Organisation, Korporation einzugliedern. Diese Zugehörigkeit ist so wichtig, dass sie in der Regel das subjektive Sicherheitsgefühl des einzelnen

„Schlüsselgewalt“ für die Familie einen Mietvertrag abgeschlossen habe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

⁹⁹³ *Großfeld*, in: FS Lukes (1989), 655 (661)

Mitgliedes verbessert.⁹⁹⁴ Sie spiegelt sich erkenntlich in den betriebsinternen Organisations- und Verwaltungsmodellen wider. Das in der Industrialisierung der westlichen Welt entwickelte Produktionsmodell Fabrik sowie die künstlich erschaffenen Rechtsformen GmbH und AG wurden beim Übergang von der agrarischen zur industriellen Gesellschaft in China übernommen. China hat aber im Zuge der Industrialisierung und Modernisierung seine traditionelle Volkstümlichkeit nicht verworfen. Inzwischen wurde die Betriebszugehörigkeit als das zweitwichtigste Gemeinschaftsgefühl oder mit der Mitgliedschaft verbundene Solidaritätsgefühl, d.h. nur nach der Familienzugehörigkeit.⁹⁹⁵ Das chinesische Unternehmen nimmt sogar die Aufgabe wahr, eine „*sittliche Lenkung*“⁹⁹⁶ unter den Angehörigen zu fördern.

Auch noch heutzutage kann man im modernen China das Massenphänomen beobachten, dass Fabrikarbeiter, Restaurantkellner/-innen, Angestellte eines großen Kaufhauses/Friseursalons sowie ältere Menschen unter der Leitung eines Geschäftsinhabers, Abteilungsleiters oder selbstständig ausgewählten Übungsleiters organisatorisch zusammen tanzen oder Gymnastik machen und dabei den Slogan, den Motivationspruch oder das angestrebte Betriebsziel gemeinsam laut aussprechen. Diese ritualisierte Form der gemeinschaftlichen Bewegungsübung oder des betriebsinternen Verhaltensmusters, was für Ausländer sehr befremdlich erscheint, hat wenig mit der staatlichen Macht zu tun. Auch der Inhaber eines kleinen Privatbetriebs will dadurch ein kollektivistisches Bewusstsein unter der ganzen Belegschaft erschaffen und stärken. Das endogene Gefühl des einzelnen Arbeitnehmers, dass der gesamte Betrieb wie eine Familieneinheit läuft oder die Kollegen wie Geschwister miteinander auskommen sollen,⁹⁹⁷ ist aus der Perspektive des Inhabers oder der Führungskraft hilfreich und produktiv. Dies zeigt sich offenbar in den häufig bemerkten Slogans, dass *das Unternehmen meine Familie sei, deren Entwicklung von jedem Einzelnen abhängt*, oder, dass *jeder (Angestellte und Arbeiter) für den Aufstieg und Niedergang des Betriebs verantwortlich sei*. Der Geschäftsherr nimmt damit eine mit dem Familienvater vergleichbare Rolle ein, dem nach dem alten und modernen Recht eine strikte Haftung auferlegt wird.

bb) Verschuldensunabhängige Arbeitgeber- und Geschäftsherrenhaftung innerhalb des Betriebslebens

Im Innenverhältnisses haftet der Arbeitgeber nach Art. 11 I 1 der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*«⁹⁹⁸ (2004) gegenüber dem Arbeitnehmer

⁹⁹⁴ Es ist allerdings bemerkenswert, dass die sog. Betriebszugehörigkeit nicht mit der Loyalität des Mitarbeiters gleichgesetzt werden kann. Die Personalstruktur der Firma oder Fabrik ist in der Regel instabil und wechselhaft. Dafür wird ein entscheidender Grund gesehen, dass beim tiefgreifenden industriellen Strukturwandel oder Umgestaltung, insb. dem raschen Aufstieg und Niedergang von bestimmten Geschäften in den aufstrebenden Industriezweigen sich eine wechselnde Belegschaft insb. des Kleinbetriebs als zwangsläufige Begleiterscheinung erwiesen hat. Als anderer Grund für diese Schwankungen der Personalstruktur ist ein schwacher Kündigungsschutz zu nennen.

⁹⁹⁵ Auf Seite des deutschen Rechts ist die Betriebszugehörigkeit hauptsächlich bei betriebsverfassungsrechtlichen Fragen von großer Bedeutung, vgl. *Richardi*, in: FS Floretta (1983), 595 ff.

⁹⁹⁶ *ZHENG, Yongliu (郑永流)*, in: FS Horn (2006), 633 (634).

⁹⁹⁷ Gleichwohl ist zuzugestehen, dass sich die Intensität, Dauerhaftigkeit und der Einflussumfang dieser Vorstellung im Laufe der Zeit, insb. stark abgeschwächt hat.

⁹⁹⁸ Deutsche Fassung siehe *M. Göbel*, Erläuterungen des Obersten Volksgerichts zum Schadensersatz für Körperschäden, ZChinR 2004, 287-296 (abrufbar unter:

verschuldensunabhängig für alle in Ausführung einer Verrichtung erlittenen Personenschaden.⁹⁹⁹ Obwohl Art. 35 S. 2 CDG mit einem ganz klaren Gesetzestext von dieser strengen Arbeitgeberhaftung abweicht und nur eine erleichterte Haftung¹⁰⁰⁰ statuiert, neigen die chinesischen Gerichte, auch der Oberste Volksgerichtshof,¹⁰⁰¹ dazu, den Art. 35 S. 2 CDG *contra legem*¹⁰⁰² zu übergehen und ihre Entscheidungen weiter auf Art. 11 I 1 der »Justizauslegung« zu stützen.¹⁰⁰³

Im Hinblick auf das zu behandelnde Thema ist die verschuldensunabhängige Geschäftsherrenhaftung im Außenverhältnis besonders erwähnenswert. Sowohl Art. 9 der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« (2004) als auch Art. 34 f. CDG, wo in gleicher Weise eine deliktische verschuldensunabhängige Geschäftsherrenhaftung festgesetzt werden, sind – ganz anders als bei der schon langanhaltenden Kontroverse über den Haftungsmaßstab im § 831 – in der chinesischen Lit. kaum auf Widerspruch gestoßen. An einer zustimmenden Haltung, dass eine strenge Geschäftsherrenhaftung dem heutigen Erkenntnisstand in der Lehre und Gerichtspraxis im 21. Jahrhundert und den rechtsvergleichenden Ergebnissen entspreche, hat es keineswegs gefehlt.

Sowohl in der strikten Haftung des Arbeitgebers im Innenverhältnis als auch in der *vicarious liability* des Geschäftsherrn im Außenverhältnis schlägt sich der betriebliche Kollektivismus nieder. In Bezug auf ihre Natur und ihr Wesen (als organisatorische Einheit oder Personenverband) steht die Betriebseinheit oder Unternehmung in erheblichem Umfang der Familieneinheit gleich. Die Betriebseinheit, ganz gleichgültig, in welcher Rechtsform sie auftritt, spielt eine mit der Familie vergleichbare Rolle und wird als ein Zuordnungssubjekt gesehen.

cc) Identifikation des Betriebsangehörigen mit der haftenden Betriebseinheit

Als ein weiterer Nachweis mag die forensische Sprache der chinesischen Gerichtsentscheidungen dienen, da sie den betriebsinternen Kollektivismus gut illustriert.

In den Entscheidungen sind solche Formulierungen, wie „*das Verhalten des*

<http://www.zchir.de/index.php/zchir/article/viewFile/1610/1630>).

⁹⁹⁹ OVGH, Urteil (2014) – ZB 1406 [最高人民法院 (2014) 民申字第 1406 号]; OVGH, Urteil (2011) – ZB 354 [最高人民法院 (2011) 民再申字第 354 号]; OVG Zhejiang, Urteil (2016) – III U 204 [浙江省高级人民法院 (2006) 浙民三终字第 204 号]; OVG Sichuan, Urteil (2013) – ZB 2108 [四川省高级人民法院 (2013) 川民申字第 2108 号].

¹⁰⁰⁰ Nach dem wortgetreuen Verständnis des Art. 35 S. 2 CDG haftet der Geschäftsherr nur für die ihm zur Last fallende Quote. M.a.W., dem in Ausführung der Verrichtung geschädigten Gehilfen steht nur ein nach dem Maß seiner eigenen Verantwortlichkeit/Verschuldensgrad verringerter Schadensersatzanspruch zu.

¹⁰⁰¹ OVGH, Urteil (2014) – ZB 1406 [最高人民法院 (2014) 民申字第 1406 号].

¹⁰⁰² In der Entscheidung von OVGH, Urteil (2011) – ZB 354 [最高人民法院 (2011) 民再申字第 354 号]] versuchte der OVGH den Art. 35 S. 2 CDG so auszulegen, dass er nur das anspruchverkürzende Mitverschulden des Dienstpflichtigen klar bestimme. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, weil sie mit dem eindeutigen Wortlaut des Art. 35 S. 2 CDG nicht vereinbar ist.

¹⁰⁰³ Innerhalb der chinesischen Judikatur offenbaren sich allerdings oft Widersprüche. Einige Obere Volksgerichte (z.B. OVG Jiangsu, Urteil (2015) – II W 01220 [江苏省高级人民法院 (2015) 苏审二民申字第 01220 号]; OVG Shanxi, Urteil (2016) – W 538 [山西省高级人民法院(2016)晋民申 538 号]) haben aus dem Art. 35 S. 2 CDG ein verschuldensabhängiges Haftungskriterium für die Arbeitgeberhaftung entnommen und die Anwendbarkeit des Art. 11 I 1 der »Justizauslegung« stark eingeschränkt.

Bezirkskrankenhauses erfülle vier Tatbestandsmerkmale der Haftung für Ehrverletzung“,¹⁰⁰⁴ oder „die Behinderung (des Klägers) sei durch das Verschulden des Gesundheitszentrums verursacht“,¹⁰⁰⁵ oder „die (fehlerhafte) Heilungshandlung der Uniklinik sei schuldhaft“¹⁰⁰⁶ oder „das Verhalten der (beklagten) GmbH stelle die Vertragsverletzung dar und sie habe ... die Vertragshaftung zu tragen“¹⁰⁰⁷ geläufig. Es liegt nahe, dass die Selbständigkeit des Betriebsangehörigen von der Betriebszugehörigkeit bzw. Unternehmenszugehörigkeit absorbiert zu werden scheint.

Eine derartige Vermenschlichung der Organisation ist sehr leicht bei der Hand. Der Unterschied zwischen dem Verhalten/Verschulden des willensfähigen, verhaltensfähigen Mitarbeiters und dem einer „an sich“ handlungsunfähigen Organisation¹⁰⁰⁸ ist für die von dieser tiefgründigen Volkstümlichkeit beseelten chinesischen Richter überhaupt kein Thema. Die Identifikation des Betriebsangehörigen mit der haftenden Einheit (Geschäftsherr) scheint sich von selbst zu verstehen.

Die Kernfrage bezüglich der Zurechnung des Verhaltens/Verschuldens des angestellten Arbeitnehmers an die juristische Person hat deshalb praktisch geringe Bedeutung.

dd) Entbehrlichkeit der Wissenszurechnungsfrage

Die Frage nach der Wissenszurechnung hat in der deutschen Lit. hinreichende Diskussion erfahren. Das ganze Doppelheft (2017, 02-03) der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) ist dem spezifischen Fragenbereich gewidmet.

Wagner hat das Recht der Wissenszurechnung als eine „deutsche Frage“ bezeichnet.¹⁰⁰⁹ Abgesehen von anderen Rechtsordnungen¹⁰¹⁰ ist diese Frage zumindest im chinesischen Recht eher unnötig. Wie oben gezeigt, hat das chinesische Recht das inkorporierte Unternehmen „vermenschlicht“, dessen Angehörige ihm durchaus gleichsetzt werden. Das Unternehmen weiß, was seine Angehörigen wissen.¹⁰¹¹ Insgesamt betrachtet, steht die vorher skizzierte Gleichsetzung – zumindest bei handlungsunfähigen Betriebseinheiten – damit der römischen Maxime „*qui facit per alium facit per se*“ (Wer durch einen anderen handelt, tut es dann

¹⁰⁰⁴ OVG Guangxi, Urteil (2015) – ZR 125 [广西壮族自治区高级人民法院(2015)桂民提字第125号]; ähnliche Sachverhalte und Entscheidungsergebnis: OVG Jiangsu, Urteil (2014) – ZR 0052 [江苏省高级人民法院 (2014) 苏民再提字第0052号].

¹⁰⁰⁵ Chongqin-No.4-MVG, Urteil (2014) – S 00280 [重庆市第四中级人民法院(2014)渝四中法民终字第00280号].

¹⁰⁰⁶ OVG Ningxia, Urteil (2015) – ZB 2 [宁夏回族自治区高级人民法院 (2015) 宁民再终字第2号].

¹⁰⁰⁷ OVGH, Urteil (2007) – I ZB 62 [最高人民法院 (2007) 民一终字第62号].

¹⁰⁰⁸ Die Anerkennung der Handlungs- und Wissensunfähigkeit juristischer Personen lässt sich auf die auf Savigny zurückgehende Vertretertheorie. Vgl. Buck, Wissen und juristische Person, § 10 III 1 b (S. 215).

¹⁰⁰⁹ ders., ZHR 2017, 203 (203).

¹⁰¹⁰ Zur rechtsvergleichenden Betrachtung vgl. Wagner, a.a.O., 203 (205 f., 209 ff.).

¹⁰¹¹ Schon die Ausführung, „das klagende Unternehmen dürfe auf die Wahrheit der Organstellung des für den Beklagten die Vertragsverhandlungen Führenden vertrauen, ... sei im subjektiven Sinn gutgläubig“, zeigt, dass das vermenschlichte Unternehmen hier als ein empfindungsfähiges Subjekt angesehen wird. Wenn sein Verhandlungsgehilfe sowie andere Mitarbeiter die Tatsachen nicht kennen, ist das Unternehmen gutgläubig. vgl. OVGH, Urteil (2016) – ZB 230 [最高人民法院 (2016) 最高法民申230号].

selbst)¹⁰¹² sehr nah.

c) Fazit

Die oben dargestellte kollektivistische Volkstümlichkeit in der chinesischen Gesellschafts- und Rechtsordnung kann allenfalls als abstrakte Volkskultur begriffen werden, die nur wenig bemerkbar in die moderne Rechtsanwendung durchgedrungen ist. Dieses kollektivistische Milieu kann man allenthalben empfinden, aber kaum mit klaren Worten fassen.

Insb. im Familienbereich und Bereich des Betriebs kann man diese kollektivistische Natur konstatieren. Dort wird eine strikte Deliktshaftung regelmäßig für selbstverständlich gehalten, ohne dass es auf starken Widerspruch gestoßen ist. Die dahinterstehende kollektivistische Vorstellung gilt auch für den vertraglichen Bereich. In den Haftungsbereichen, in denen der Maßstab gesetzlich als verschuldensabhängig aufgefasst wird, nimmt dieser unsichtbare kollektivistische Gedanke eine mit der Zurechnung vergleichbare Rolle ein.

Gleichwohl ist zuzugestehen, dass die Zurechnungsfrage damit nicht vollkommen erledigt werden kann. Derartige hintergründige Vorgehensweisen erschüttern außerdem die Plausibilität der Gerichtsentscheidungen und unterminieren die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung. Es stellt sich die Aufgabe des Gesetzgebers, die Volkstümlichkeit zu systematisieren und institutionalisieren und die impliziten Inhalte der Hintergrundkultur in der modernen Rechtssetzung zu wiederzugeben.¹⁰¹³

5. Avancieren des Begriffs „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ zum Sammelbegriff

a) Berührungspunkte des Familien- und Betriebsbereichs

Anknüpfungspunkte des Familien- und Betriebsbereichs werden teilweise in der deutschen Rechtsordnung angesprochen. *Gierke*¹⁰¹⁴ hat deutlich darauf hingewiesen, dass sich die geschichtliche Wurzel aller Haftung für fremdes Verschulden auf die einstmalige Einheit des häuslichen Zusammenschlusses zurückführen lasse. Er versuchte damals mit dieser dem familiären Zusammenleben zugrundeliegenden Grundvorstellung die Schadensersatzhaftung der gewerblichen Genossenschaft für fremdes Verschulden zu rechtfertigen.

Darüber hinaus sind Berührungspunkte auch im deutschen modernen Recht zu sehen.¹⁰¹⁵ Es ist zuerst geeignet, den heutigen § 855 BGB hinzuzufügen, welcher uns einen etwaigen Vergleichsmaßstab liefern kann. Er geht um einen Besitzdiener, der

¹⁰¹² *Fikentscher/Heinemann*, § 111 I 1 b, Rn. 1664; *Spiro*, § 8, S. 62; *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (522), Fn. 75.

¹⁰¹³ Zur institutionellen Verkörperung der lebensweltlichen Kultur, vgl. *Gutmann*, *Recht als Kultur?*, S. 23 ff.

¹⁰¹⁴ *ders.*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, S. 803.

¹⁰¹⁵ Im schweizerischen Recht hatte Art. 115 des alten Obligationenrechts von 1881, der den Vorgänger der Erfüllungsgehilfenhaftung iSd. geltenden Art. 101 OR darstellt, die Zurechnungsfrage vom „*Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienmitglieder*“ und innerhalb der juristischen Person ausdrücklich statuiert. Die Regelung bietet auch eine juristische Widerspiegelung an, dass die Zurechnungsfrage in hohem Maß mit dem Familien- und Betriebsleben verbunden ist. Dazu vgl. unten § 7 B I 4 a aa, S. 206 ff.

die tatsächliche Gewalt für einen anderen ausübt. Im Rahmen des § 855 BGB lassen sich bei dem deutschen Gesetzgeber zwei exemplarische Anhaltspunkte finden: im *Haushalt* und im *Erwerbsgeschäft*.¹⁰¹⁶ Darüber hinaus findet sich ein ähnlicher Gesetzeswortlaut im § 14 Nr. 2 Alt. 1 WEG. Nach ihm ist der Wohnungseigentümer verpflichtet, für die Erfüllung der Instandhaltungspflicht und der Pflicht zum schonenden Gebrauch durch „die seinem *Hausstand* oder *Geschäftsbetrieb* angehörende Person“¹⁰¹⁷ zu sorgen.¹⁰¹⁸ Sie ist eine gesetzlich verankerte Treuepflicht aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer, deren Verletzung auch nach § 280 BGB iVm. § 14 Nr. 2 Alt. 1 WEG zu beurteilen ist.¹⁰¹⁹ Diese Vorschrift ist neben § 278 BGB anzuwenden,¹⁰²⁰ deren Personenkreis eher weiter als § 14 Nr. 2 Alt. 1 WEG ist.

Gleichwohl sind die in den eben genannten deutschen Vorschriften immanenten Kategorien mit vorgenannten Beispiele aus der chinesischen kollektivistischen Volkstümlichkeit nicht deckungsgleich, weisen aber – in einem großen Umfang – eine deutliche Gemeinsamkeit auf: häuslichen oder betrieblichen Zusammenschluss. Die Besonderheit der chinesischen Herangehensweise liegt vielmehr darin, dass das chinesische Gericht die für häusliche oder betriebliche Einheit charakteristische Identifizierung von Individuen mit dem Zusammenschluss verallgemeinert und in den betroffenen Sachverhalten ein scheinbar allgemeingültiges Prinzip entwickelt.

b) Sammelbegriff „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“

Das gesetzgeberische „*Hinterherhinken*“, die Haftung für eigene Personen zu statuieren, wird – wie soeben erläutert – durch die eben geschilderte kollektivistische Volkstümlichkeit in gewisser Weise komplettiert.

In der vorhergehenden Untersuchung wird einmal der Ausdruck „eigene Person“ verwendet. Angesicht der Tatsache, dass er iRd. des deutschen Handelsrechts eine besondere Konnotation hat, ist hier ein anderer Sammelbegriff, nämlich „*die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“ heranzuziehen, um die semantische Verwechslung zu vermeiden. Der Begriff eignet sich m.E. besonders gut, den Kreis der von Familien- und Betriebseinheit erfassten Personen umzureißen. Die hier angeführte Bezeichnung „*die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“¹⁰²¹ sollte allerdings nicht eine Leerformel darstellen. Vielmehr bedarf sie konturenscharfer Konkretisierung. An dieser Stelle blendet aber diese Abhandlung

¹⁰¹⁶ Zum Kreis der zum Haushalt oder Erwerbsgeschäft des Besitzherrn gehörigen Personen sind z.B. die Raumpfleger, Köche, Gartenmeister, Babysitter, Fahrer sowie Mitarbeiter, leitende Angestellte aus dem Erwerbsgeschäft zu zählen. Vgl. MüKoBGB/*Joost* (2017) § 855 Rn. 8 f.

¹⁰¹⁷ Über den Personenkreis vgl. BeckOGK/*Falkner*, 1.11.2017, WEG § 14 Rn. 39 und *Bärman/Suilmann*, WEG § 14 Rn. 43, die den Lebensgefährten, Familienangehörige, Haushaltshilfen sowie Angestellte und Mitarbeiter darin einordnet.

¹⁰¹⁸ Die deutsche h.M. sieht hier eine selbständige Verpflichtung des WEers. *Schmid*, MDR 1987, 894 (894); *Bärman/Suilmann*, a.a.O., Rn. 44.

¹⁰¹⁹ OLG Saarbrücken, NJW 2008, 80 (81): psychische Beeinträchtigungen durch den Lebensgefährten des Sondereigentümers.

¹⁰²⁰ *Staudinger/Kreuzer* (2018) WEG § 14 Rn. 99; OLG Saarbrücken, NJW 2008, 80 (81); *Schmid*, MDR 1987, 894 (894).

¹⁰²¹ Diese Bezeichnung ist nichts Neues. Sie wurde von *Ulrich Magnus*, Drittmitverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht zur Auslegung des § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB, 1974, S. 96 ff. schon gebraucht.

vorerst aus, auf die anderenorts noch ganz genau einzugehen ist.¹⁰²²

V. Art. 43 CAGZ als gesetzliche Stütze für die Zurechnung innerhalb der Organisationseinheiten

In Ansehung der regional unterschiedlichen Sitten sowie der Unbeständigkeit der gesellschaftlichen Vorstellung beeinträchtigt ihre inhärente Schwäche die Erkennbarkeit des Kreises der „zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“. Ein konturloser und wertungsoffener Begriff sowie eine undurchsichtige Grundvollstellung oder lokale Gewohnheit verwischen die Grenze des Personenkreises und beeinträchtigen anschließend die Berechenbarkeit von Gerichtsentscheidungen sowie das Vertrauen des Rechtsunterworfenen. Deshalb ist eine behutsamere Rechtsgewinnung besonders erforderlich. Es wäre immerhin vorrangig, Entscheidungen bestmöglich auf einen positivierten Gesetzestext zu stützen.

In Bezug auf die zweite Kategorie, nämlich den Kollektivismus im Betriebsbereich, besteht eine noch praktizierte Vorschrift im chinesischen geltenden Recht, also Art. 43 CAGZ, die m.E. als „eine unentdeckte Perle auf dem Meeresgrund“ bezeichnet werden kann. Demnach ist „ein in der Rechtsform juristischer Person betriebenes Unternehmen für betriebliche Tätigkeiten, die sein (einziger) organschaftlicher Vertreter¹⁰²³ und weitere Angestellten ausübt, zivilrechtlich verantwortlich.“¹⁰²⁴

Diese Vorschrift ist bedauerlicherweise seit langem kein Gegenstand gesonderter Betrachtung gewesen. Wie eine auf dem Meeresgrund liegende Perle strahlt Art. 43 CAGZ wegen der semantischen Unübersichtlichkeit nur ein Schimmerlicht aus, dem die Praxis allerdings keine angebrachte Bedeutung beigemessen hat. Er betrifft das Betriebsleben, vor allem die wirtschaftlichen Tätigkeiten von juristischen Personen. Im Folgenden wird ein Versuch unternommen, einzelne Partikel seines – nur scheinbar – weitreichenden Regelungsspektrums zu erklären.

¹⁰²² Vgl. unten § 7 B I, S. 199 ff.

¹⁰²³ Diese Bezeichnung ist keine perfekte Übersetzung, doch zumindest eine sehr geeignete Übersetzung. Es wäre wenigstens geboten, auf eine wortgetreue Übersetzung als „gesetzlicher Vertreter“ zu verzichten, weil diesem Begriff das deutsche Stellvertretungsrecht bereits eine besondere Bedeutung eingeräumt hat. Der (einzige) „organschaftliche Vertreter“ ist ein vom Art. 38 CAGZ und Gesellschaftsgesetz (Art. 13, 25 Nr. 6, 82 Nr. 7 CGesG) zwingend vorgeschriebenes Organ einer chinesischen juristischen Person. Den „organschaftlichen Vertreter“, dessen Person bei der Anmeldung und jeweiligem Wechsel registriert werden muss und der grundsätzlich die juristische Person nach außen vertritt, kann man mehr oder weniger mit dem Geschäftsführer iSd. deutschen GmbHG (§ 6) gleichstellen. Der Geschäftsführer, der in der Regel die GmbH gerichtlich und außergerichtlich vertritt, hat nach deutschem Recht „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ genauso wie ein Vereinsvorstand (§ 26 I 2 Hs. 2 BGB). Vgl. *Larenz*, BGB AT, § 10 B I 2 a (Rn. 69). Die Besonderheit des chinesischen Rechts liegt vielmehr darin, dass der organschaftliche Vertreter ausschließlich eine einzelne natürliche Person sein muss. In einer chinesischen GmbH oder AG kann nur ihr (einzeln) Vorsitzender oder geschäftsführendes Mitglied des Vorstands oder ihr Manager (§ 13 S. 1 CGesG) als der organschaftliche Vertreter registriert sein. Bei anderen Arten juristischer Personen wird der designierte Leiter/-in oder die Einzelperson als der organschaftliche Vertreter registriert.

¹⁰²⁴ Der schon bei der Redaktionsarbeit des BGB eingebrachte Antrag, die „sonstigen Angestellten“ in den gegenwärtigen § 31 einzuziehen, hat sich auf den ersten Blick im chinesischen Recht verwirklicht. Vgl. *MüKoBGB/Arnold* (2015) § 31 Rn. 4.

1. Gesetzliche Formen juristischer Personen

Das CAGZ unterscheidet juristische Personen in drei Kategorien:¹⁰²⁵ (1) das in der Rechtsform einer juristischen Person betriebene Unternehmen,¹⁰²⁶ dessen Zweck in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb besteht (Art. 41 ff. CAGZ);¹⁰²⁷ (2) rechtsfähige Körperschaften, die als Träger von Hoheitsgewalt mit hoheitlichen Aufgaben gesetzlich oder ordnungsgemäß betraut worden sind;¹⁰²⁸ rechtsfähige Institutionseinheiten, die bestimmte Allgemeininteressen dienende Aufgaben nicht wirtschaftlicher Art übernehmen;¹⁰²⁹ andere soziale Organisationen, die nicht auf Gewinn ausgerichtet sind (Art. 50 CAGZ);¹⁰³⁰ (3) verbundenes Unternehmen (Art. 51 CAGZ).

Ein einheitliches Haftungs- oder Zurechnungsprinzip hat der chinesische Gesetzgeber für alle erwähnten drei Arten von Organisationseinheiten aber nicht fest verankert. Dieses Fehlen hat – wie sich unten noch zeigen wird – bislang eine Rechtszersplitterung mit sich gebracht. Allein der erste Typ (namentlich „das in der Rechtsform juristischer Person betriebene Unternehmen“) hat im CAGZ vergleichsweise eine konkrete Regelung erfahren.¹⁰³¹ Ausführliche Regelungen, die

¹⁰²⁵ In dem China-ZGB AT werden juristische Personen in drei Kategorien aufgeteilt: „*gewinnorientierte juristische Person*“, „*nicht gewinnorientierte juristische Person*“ und „*besondere juristische Person*“. Nicht nur diese hier zu skizzierende Einstufung juristischer Personen, sondern auch die Gliederung nichtrechtsfähiger Organisationen mag für deutsche Kollegen stellenweise fremd und schwer zu verstehen sein. Um das Verständnis zu fördern, wäre es geeigneter, im Folgenden manchmal diejenigen Bezeichnungen/Begriffe wie GmbH, AG, OHG, KG zu verwenden, die auch im deutschen Recht festgelegt sind.

¹⁰²⁶ Paradigmatisch dafür sind die Rechtsformen GmbH und AG. Im Folgenden wird diese Art ohne besondere Erläuterung als „juristische Person“ abgekürzt. *BU, Yuanshi* (卜元石) bezeichnet sie als „juristische Unternehmensperson“, vgl. *dies.*, § 10 II 2 b aa, S. 88.

¹⁰²⁷ Die Privatunternehmen, volkseigene oder kollektive Unternehmen, chinesisch-ausländisch Equity Joint-Ventures oder Contractual Joint-Ventures, die wesentlich in der Form einer GmbH oder AG am Rechtsverkehr teilnehmen, sind Basisformen dieser Art. Theoretisch können sie (nur) mit den Gesellschaftsformen von GmbH und AG gleichgestellt werden. Nach der Meinung von *ZHU, Qingyu* (朱庆育), *BGB AT*, S. 421 ähnelt diese Art in Struktur und Form dem (deutschen) wirtschaftlichen Verein. Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden. Der Kreis wirtschaftlicher Vereine nach deutschem Recht soll auch rechtsfähige Vereine abdecken, die aber nicht juristische Person sind. Der Umfang des wirtschaftlichen Vereins ist damit weiter gefasst.

¹⁰²⁸ Mit den Körperschaften des öffentlichen Rechts in Deutschland ist diese Kategorie einigermaßen vergleichbar. Anzumerken ist allerdings, dass die Staatsorgane und weitere Gebietskörperschaften einen sehr wichtigen Unterfall dieser Kategorie bilden. Im Hinblick auf die Haftung von derartigen juristischen Personen sind vor allem Art. 121 CAGZ und das „Gesetz über staatliche Entschädigung“ („*国家赔偿法*“, verabschiedet am 12.5.1994, zuletzt am 26.10.2012 geändert) einschlägig. Der im Folgenden noch zu erörternden dritten Gruppe ist aber eine Vielzahl der Körperschaften des öffentlichen Rechts nach deutschem Recht zuzuordnen, vgl. unten Fn. 1029. Hinsichtlich der Haftung für privatrechtliches Handeln des Vorstehers und weiterer Mitarbeiter findet Art. 43 CAGZ entsprechende Anwendung.

¹⁰²⁹ Das Spezialgesetz »*Gesetz über das Chinesische Rote Kreuz*« (verabschiedet am 31.10.1993, zuletzt am 24.02.2017 geändert) ist ein Idealbeispiel. Viele chinesische Universitäten, Gymnasien, Grundschulen, Krankenhäuser, Rundfunkanstalten, Forschungseinrichtungen (z.B. die Chinesische Akademie der Sozialwissenschaften), Archive, die staatliche oder kollektive Einrichtungen sind, bilden exemplarische Beispiele dieser Art. Nach dem gemeinsamen Pressebericht von dem Ausschuss für Recht NPC, der Personalabteilung CPC und dem Regierungsministerium für Arbeit und Soziales vom 15. Mai 2015 gab es damals 11.1 Mio. Institutionseinheiten in China.

¹⁰³⁰ Insgesamt betrachtet, sind diese Differenzierungskriterien mit denen im ehemaligen DDR-ZGB vorgeschriebenen Kategorien sehr verwandt. § 11 III DDR-ZGB (vom 19. Juni 1975) sah vor, dass die ZGB-Bestimmungen über (1) *Betriebe* gelte auch für (2) *staatliche Organe und rechtlich selbstständige staatliche Einrichtungen*, (3) *gesellschaftliche Organisationen und ihre selbstständigen Einrichtungen* sowie (4) *andere rechtlich selbstständige Organisationen und Vereinigungen*.

¹⁰³¹ Das Recht über diesen „Prototyp“ (GmbH- und AG) wird hauptsächlich im chinesischen Gesellschaftsgesetz (am 29.12.1993 verabschiedet, zuletzt am 28.12.2013 geändert) detailliert geregelt. Gleiches gilt auch für das deutsche Recht juristischer Personen (GmbHG, AktG), vgl. *Bork*, *BGB AT*, § 5 A, S. 80 (Fn. 1).

andere Arten treffen, befinden sich vielmehr in den Spezialgesetzen, welche in beachtlichem Umfang nur Verwaltungsvorschriften, aber keine Haftungsregelung enthalten.¹⁰³² Die Frage, ob ein Versäumnis des chinesischen historischen Gesetzgebers vorliegt, für andere Arten juristischer Personen entsprechende Regelungen im CAGZ vorzusehen, kann allerdings dabei dahingestellt bleiben. Das chinesische Gericht hat – ungeachtet der schon unter Sonderregelungen fallenden Staatshaftung¹⁰³³ – inzwischen mehrere (entweder nachvollziehbare oder bedenkliche) Auswege gefunden. Eine entsprechende Anwendung des Art. 43 CAGZ oder Auslegungen der Art. 106 I und II CAGZ sind denkbare Erklärungsmodelle, auf die es später ausführlich zurückgekommen wird.¹⁰³⁴

2. Begriffliche Klärungen

Bevor diesen Fragen eine ausführliche Behandlung gewidmet wird, müssen einige skizzierte Bemerkungen zur Struktur des Art. 43 CAGZ vorweg gemacht werden. Er unterscheidet hier offensichtlich zwei typische willensfähige und handlungsfähige Personengruppen, also den „(einzig) organschaftlichen Vertreter“ und „weitere Angestellte“.¹⁰³⁵ Gewissermaßen wird aus rechtsvergleichender Perspektive von einer groben Kombination der §§ 31, 278, 831 gesprochen.¹⁰³⁶

Im Hinblick auf die chinesische Gerichtspraxis wird der Regelungsgehalt des Art. 43 CAGZ in viele Facetten differenziert. Diese Vielseitigkeit entstand deshalb, weil das CAGZ den abschattierten Bedeutungsgehalt „betrieblicher Tätigkeiten“¹⁰³⁷ und des Wortteils „für ... zivilrechtlich verantwortlich“ nicht ausspricht.

a) Umfang der „betrieblichen Tätigkeiten“

aa) Mehrdeutigkeit des Begriffs

Art. 43 CAGZ verwendet nicht die Worte „Rechtsgeschäft“, „Willenserklärung“ oder „Verschulden“, sondern den Begriff „betriebliche Tätigkeiten“.¹⁰³⁸ Die Konkretisierung dieses mehrdeutigen Begriffs und die Festlegung der Tragweite eines vom chinesischen Gesetzgeber wohl bewusst¹⁰³⁹ gewählten umgangssprachlichen

¹⁰³² Vgl. nur »Übergangsregelung für die Registrierung öffentlich-rechtlicher Institutionseinheiten« (verabschiedet am 25. Oktober 1998, zuletzt am 27. Juni 2004 geändert), »Verordnung zur Eintragung und Verwaltung gesellschaftlicher Organisationen« (verabschiedet am 25. Oktober 1998, zuletzt am 6. Februar 2016 geändert) und »Gesetz über das Chinesische Rote Kreuz« (Fn. 1029).

¹⁰³³ Oben Fn. 1028.

¹⁰³⁴ Siehe unten § 6 C V 4, S. 187.

¹⁰³⁵ Der Begriff „weiterer Angestellter“ iSd. Art. 43 erfasst einen Geschäftsführer, der kein organschaftlicher Vertreter juristischer Personen ist, und einen Projektleiter. Vgl. OVGH, Urteil (2012) – ZB 108 [最高人民法院 (2012) 民申字第 108 号].

¹⁰³⁶ Genauer gesagt, Art. 43 CAGZ beinhaltet nur einen ausschnittweisen Regelungsinhalt der genannten drei deutschen Vorschriften.

¹⁰³⁷ Im Rahmen des deutschen Zivil- und Arbeitsrechts ist Beurteilung der „betrieblichen Tätigkeit“ auch eine der brennendsten Fragen, vgl. Pallasch, Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung für betriebliche Tätigkeiten, RdA 2013, 338-350.

¹⁰³⁸ Den gleichen Begriff verwendet auch Art. 34 II 2 CAGZ, nach dem alle Gesellschafter der GbR für die durch den von ihnen beauftragten geschäftsführenden Gesellschafter und andere (angestellte) Personen vorgenommenen „betrieblichen Tätigkeiten“ zivilrechtlich verantwortlich sind.

¹⁰³⁹ Für das Bewusstsein des historischen Gesetzgebers sprechen folgende Argumente: (1) Angesichts der Tatsache, dass es China damals im Jahr 1986 auf dem gesamten privatrechtlichen Gebiet – abgesehen von dem wenig früher nur in einem Spezialbereich geltenden Wirtschaftsvertragsgesetz (CWVG, 1981) und dem

Ausdrucks „*betriebliche Tätigkeiten*“ wurden sowohl der Rechtsprechung als auch der Lehre überlassen.

bb) Die inhaltliche Konsequenz

Um das Begriffsverständnis zu fördern, ist es an dieser Stelle dazu geeignet, sich weitere Vorschriften aus demselben Gesetz vor Augen zu führen, die gerade den gleichen Gesetzeswortlaut „*betriebliche Tätigkeiten*“ verwenden. Der systematische enge Zusammenhang erfordert in der Regel die inhaltliche Konsequenz desselben Begriffs in demselben Gesetz.

Art. 34 CAGZ, in dem es um das GbR-Recht geht, wird in den Blick genommen. Die Vornahme der betrieblichen Tätigkeiten¹⁰⁴⁰ steht demgemäß den GbR-Gesellschaftern gemeinschaftlich zu und jeder Gesellschafter hat die Geschäftsführungsbefugnis und das Kontrollrecht (Abs. 1). Die Gesellschafter können den geschäftsführenden Gesellschafter auswählen. Alle Gesellschafter sind gemeinschaftlich für die vom geschäftsführenden Gesellschafter und anderen Personen vorgenommenen betrieblichen Tätigkeiten zivilrechtlich verantwortlich (Abs. 2). Der Begriff „*betriebliche Tätigkeiten*“ iSd. Art. 34 CAGZ beschränkt sich freilich nicht auf Rechtsgeschäfte, sondern erstreckt sich auch auf tatsächliche Handlungen. Dieser Befund lässt sich durch einen genauen Überblick über den Umfang „Geschäftsführung“ iSd. § 709 BGB erhärten,¹⁰⁴¹ welcher inhaltlich dem Art. 34 CAGZ sehr ähnelt.

cc) Fazit

Als „*betriebliche Tätigkeit*“ iSd. Art. 43 CAGZ ist deshalb jede von dem Angestellten im Rahmen des ihm zugewiesenen Geschäftskreises für die juristische Person vorgenommene Tätigkeit zu verstehen. Sie umfasst alle Handlungen tatsächlicher und rechtsgeschäftlicher¹⁰⁴² Natur. Der Umfang sog. betrieblicher Tätigkeiten ist damit

Außenwirtschaftsvertragsgesetz (CAWVG, 1985) – eines grundlegenden Zivilgesetzes oder eines irgendwie gearteten Regelwerks so schwerwiegend ermangelte, war es vorzugswürdiger, einen nicht begrifflich fixierbaren Ausdruck zu verwenden, unter dem mehr vielfältige Lebenssachverhalte dann in möglichst weitgehendem Umfang subsumiert werden konnten. Unter Berücksichtigung der kargen und schmalen Regelungen wurde dem chinesischen Richter die Möglichkeit (zutreffend) gewährt, Rechtsstreitigkeiten wenigstens auf einer positivrechtlichen, aber nicht eindeutig definierten Grundlage zu bewältigen. (2) Dass andere Rechtsbegriffe, nämlich „*Rechtsgeschäft*“ (z.B. Art. 54), „*Willenserklärung*“ (Art. 55 Nr. 2), „*Schaden*“ (Art. 121 ff.) oder „*Verschulden*“ (Art. 106 II, III) schon im CAGZ anderenorts vielfach verwendet wurden, ließ erkennen, dass solche Begriffe trotz ihrer Schwerverständlichkeit schon bei der Kodifikation dem chinesischen Gesetzgeber durchaus bewusst waren. Vielmehr hatte er sie im Art. 43 CAGZ eher nicht gewollt. Die Abstraktheit des Begriffs „*betriebliche Tätigkeiten*“ musste deshalb geradezu als erwünscht angesehen werden. Die einst beherrschende Neigung des chinesischen Gesetzgebers, die Rechtsnormen *grobgliederig*, sondern *nicht feingliederig* zu bestimmen (宜粗不宜细), war sehr offensichtlich. Dazu vgl. den jüngsten Aufsatz von XIE, Hongfei (谢鸿飞), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 28 (48).

Gleichzeitig ist aber einzuräumen, dass sich das CAGZ trotz seiner praktisch sehr großen Bedeutung die beschleunigte Gesetzgebungsarbeit und die großzügige Anwendbarkeit in erheblichem Umfang mit seiner Unübersichtlichkeit und partiellen Systemwidrigkeit erkaufte hat.

¹⁰⁴⁰ Anders als die deutsche GbR, deren Begründung sich grundsätzlich auf die Förderung irgendeines gemeinsamen Zwecks richten kann, weisen die chinesischen GbR – strikt nach dem Wortlaut des Art. 30 CAGZ – hauptsächlich ein besonderes Wesensmerkmal auf: das eines gewerblichen Unternehmens. Darin liegt der entscheidende Grund, warum im GbR-Recht ebenso das Wort „*betriebliche Tätigkeiten*“ Art. 43 CAGZ gebraucht wird.

¹⁰⁴¹ MüKoBGB/Schäfer (2017) § 709 Rn. 7: „Handlungen tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur“.

¹⁰⁴² Z.B. der Abschluss des Darlehensvertrags: OVGH, Urteil (2015) – ZB 2568 [最高人民法院 (2015) 民申字

weit zu fassen.

b) Der Wortteil „für ... zivilrechtlich verantwortlich“

Die Formulierung „für ... zivilrechtlich verantwortlich“ wird schon allein im CAGZ vielerorts gebraucht. Der Bedeutungsgehalt der vagen Formulierung „für ... zivilrechtlich verantwortlich“ iSd. Art. 43 CAGZ muss unter Berücksichtigung seiner Zusammenwirkung mit anderen Regelungen verdeutlicht werden. Allerdings ist eine detaillierte Ausführung wenig zielführend.

Art. 63 II 2 (Stellvertretungsrecht)¹⁰⁴³, Art. 66 I 1 (Genehmigung des Vertretenen bei Vertretung ohne Vertretungsmacht) und Art. 106 I und II CAGZ (jeweils über die vertragliche und deliktische Haftung),¹⁰⁴⁴ die ebenso den Wortlaut „für ... zivilrechtlich verantwortlich“ verwenden, können systematische Vergleichsmaßstäbe liefern, so dass die unterschiedlichen Inhalte über die Zurechnung der Rechtswirkung der Stellvertretung, die vertragliche Verantwortlichkeit sowie deliktische Haftung in dieser weiter gefassten Formulierung gleichzeitig eingeschlossen werden können.

3. Großzügiges Regelungsspektrum des Art. 43 CAGZ

Mit dem großangelegten Bedeutungsspektrum entwickelte sich Art. 43 CAGZ zu einer mehrdeutigen Vorschrift, welche einen außergewöhnlichen Regelungskomplex bildet. Er erstreckt sich von einer stellvertretungsrechtlichen Regelung über eine vertragliche bis zu einer deliktischen Dimension.

a) Stellvertretungsrechtlicher Regelungsinhalt

Zuerst kommt die stellvertretungsrechtliche Dimension in Betracht, innerhalb derer sie in die organschaftliche Vertretung und die allgemeine Vertretung untergliedert wird. Diese Differenzierung lässt sich hauptsächlich auf die generelle Gleichstellung vom organschaftlichen Vertreter und sonstigen Angestellten zurückführen.

aa) Organschaftliche Vertretung

(1) Persönlicher Anwendungsbereich: juristische Personen

Art. 43 CAGZ – gewissermaßen als hinsichtlich der organschaftlichen Vertretung¹⁰⁴⁵

第 2568 号]; OVGH, Urteil (2014) – ZB 1090 [最高人民法院 (2014) 民申字第 1090 号]: Abschluss des Werkvertrags mit einem Subunternehmer; OVGH, Urteil (2012) – ZB 108 [最高人民法院 (2012) 民申字第 108 号].

¹⁰⁴³ Eine wortgetreue Übersetzung lautet, dass der Vertretene für die Vertretungsgeschäfte seines Vertreters zivilrechtlich verantwortlich ist. Art. 63 II 2 CVG ist inhaltlich mit § 164 I 1 BGB (... *wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen*) vergleichbar.

¹⁰⁴⁴ Art. 106 I und II CAGZ, auf die sich die Judikatur heute kaum zurückführen lässt, waren die wichtigsten anwendungsfähigen Generalklauseln. Abs. 1 sieht vor: Bürger und juristische Personen sind dafür *zivilrechtlich verantwortlich*, wenn sie vertragswidrig handeln oder weitere Pflichten nicht erfüllen. Abs. 2 ordnet an, dass Bürger und juristische Personen dafür *zivilrechtlich verantwortlich* sind, wenn sie staatliches oder kollektives Vermögen, das Vermögen und die persönlichen Rechtsgüter schuldhaft schädigen/verletzen.

¹⁰⁴⁵ Die Rechtsnatur der organschaftlichen Vertretung war im deutschen Recht sehr Streitig. Kritisch zur Bezeichnung „organschaftlicher Stellvertretung“ auch *Beuthien*, NJW 1999, 1142 ff.; *ders.*, NJW 2005, 855 (857). Der Gleichstellung der gesetzlichen und organschaftlichen Vertretung wird zum Teil zugestimmt, vgl. Beck *PersGes-HB/Stengel* (2014) § 3 Rn. 240. Gegen eine derartige Gleichstellung sprechen allerdings *Hüffer*, AktG § 78 Rn. 3 und *Beuthien*, in: FS Canaris II (2007), 41 (48). Mangels einer dem § 26 I 2 Hs. 2 BGB entsprechenden Regelung ist die Affinität zwischen organschaftlicher und gesetzlicher Vertretung im Rahmen des geltenden

iSd. § 31 sachnächste Regelung – soll vor allem solche Fälle abdecken, in denen der organschaftliche Vertreter im Namen einer juristischen Person Rechtsgeschäfte nach außen vornimmt. Der m.E. als nebulös erachtete Ausdruck „*ist ... zivilrechtlich verantwortlich*“ provoziert wohl das Missverständnis, dass Art. 43 CAGZ nur eine deliktische Haftung der Gesellschaft für das außervertragliche Verhalten ihres organschaftlichen Vertreters (und Angestellten) anordnet. Dass die rechtsgeschäftliche Handlung eben von Art. 43 CAGZ erfasst wird, soll an zwei Rechtsprechungsbeispielen gezeigt werden.

Der organschaftliche Vertreter eines beklagten Dekorationsunternehmens wies unbefugt im Namen der Gesellschaft den Kläger an, eine übernommene Dekorationsarbeit beim Auftraggeber vorzunehmen. Das Gericht stützt seine Entscheidung auf Art. 43 CAGZ und bestätigt das Bestehen eines Dienstvertrags zwischen dem Unternehmen und dem Kläger. Nach der Vollendung hat das Unternehmen als echte Vertragspartei dem Dienstpflichtigen die verbleibende Vergütung zu zahlen.¹⁰⁴⁶ Gelangt der vom organschaftlichen Vertreter beauftragte Rechtsanwalt im Namen der Gesellschaft mit dem Verfahrensgegner zu einem gerichtlichen Vergleich, ist die Gesellschaft an diesen Vergleich gebunden. Hinsichtlich der Befugnis des Anwalts zum gerichtlichen Vergleich hat das Gericht anerkannt, dass ein Anwaltsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Anwalt nach Art. 43 CAGZ wirksam zustande gekommen ist.¹⁰⁴⁷

Im deutschen Recht wird die organschaftliche Vertretung nach §§ 164 ff. BGB entschieden.¹⁰⁴⁸ Es fehlt allerdings an einer mit § 26 I 2 Hs. 2 BGB vergleichbaren Regel im chinesischen Recht, die dem Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters verleiht. Auf die organschaftliche Vertretung ist damit das chinesische allgemeine Stellvertretungsrecht (Art. 63 ff. CAGZ) nicht anwendbar. Außerdem fehlt noch eine dem § 35 GmbHG, § 78 I 1 AktG entsprechende Sonderregelung im chinesischen Gesellschaftsgesetz, die jeweils den Geschäftsführern der GmbH und den Vorständen der AG eine Vertretungsmacht einräumt. Art. 43 CAGZ gilt damit als die einzige Regelung für die organschaftliche Vertretung in einem („in der Rechtsform einer juristischen Person betriebenen“) Unternehmen.

(2) Entsprechende Anwendbarkeit auf Personengesellschaften?

In Bezug auf die organschaftliche Vertretung gilt Art. 43 CAGZ – anders als in anderen Dimensionen¹⁰⁴⁹ – allerdings nicht entsprechend für Personengesellschaften.

Durch Vertretung durch die persönlich haftenden Gesellschafter beteiligen sich die

chinesischen Rechts aber nicht ersichtlich. Die Annäherung beider Kategorien wird erst im neuen China-ZGB AT konstatiert. Der Wortlaut des Art. 61 I und II China-ZGB AT (organschaftlicher Vertreter) ist dem Art. 162 China-ZGB AT (allgemeiner Stellvertreter) in erheblichem Umfang gleich. Ob diese Änderung die Eigenständigkeit der organschaftlichen Vertretung bedeutet, mag an dieser Stelle dahinstehen.

¹⁰⁴⁶ MVG Wenshan, Urteil (2016) – S 178 [云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院 (2016) 云 26 民终 178 号].

¹⁰⁴⁷ MVG Dongguan, Urteil (2013) – ZB 13 [东莞市中级人民法院 (2013) 东中法审监民提字第 13 号].

¹⁰⁴⁸ *Medicus/Petersen*, BGB AT, § 66 IV 1 a, Rn. 1134; *MükoBGB/Schubert* (2015) § 164 Rn. 12.

¹⁰⁴⁹ Zur entsprechenden Anwendungsmöglichkeit des Art. 43 CAGZ auf andere Rechtsformen vgl. unten § 6 C V 4, S. 187 ff.

Personengesellschaften am Rechtsverkehr. Bei einer OHG hat jeder Gesellschafter die gleiche Geschäftsführungsbefugnis und jeder kann die Gesellschaft nach außen vertreten (Art. 26 I CPersG). Durch den Gesellschaftsvertrag oder die Einstimmigkeit aller Gesellschafter kann einem einzelnen oder mehreren Gesellschaftern das Einzel- oder Gesamtvertretungsrecht eingeräumt werden (Art. 26 II CPersG). Innerhalb einer KG steht nur den Komplementären die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zu (Art. 67 S. 1 und 68 I CPersG). Die Kommanditisten haben nur das Stimm- und Wahlrecht sowie das Aufsichtsrecht (Art. 68 II CPersG) und das Recht auf Gewinnaufteilung (Art. 69 CPersG). Solche spezialgesetzlichen Regelungen schließen damit eine entsprechende Anwendung des Art. 43 CAGZ auf Personengesellschaften aus.

bb) Allgemeines Stellvertretungsrecht eines „weiteren Angestellten“?

(1) Immanenter Regelungsinhalt nach wörtlichem Verständnis

Neben dem (einzigen) organschaftlichen Vertreter betrifft Art. 43 CAGZ noch *weitere Angestellte*,¹⁰⁵⁰ die keine Organstellung innerhalb der juristischen Person haben. Ob das Recht der allgemeinen Stellvertretung durch einen Angestellten auch im Art. 43 CAGZ angesiedelt ist, wird unter besonderer Berücksichtigung von Art. 63 ff. CAGZ erörtert.

Eine generelle Deutung, dass der weit zu verstehende Wortlaut „*betriebliche Tätigkeiten*“ iSd. 43 CAGZ alle betrieblich veranlassten Arbeitstätigkeiten erfasse, erweist sich im strengen Sinne des Wortes als nicht unzutreffend.¹⁰⁵¹ Die Durchführung der *betrieblichen Tätigkeiten* durch Angestellte/Arbeitnehmer erfasst selbstverständlich die Vornahme von Rechtsgeschäften (die Abgabe und den Empfang von Willenserklärungen),¹⁰⁵² die gewöhnlich in die dem Arbeitnehmer zugewiesene Befugnis fallen. Dann würde eine willkürliche Stellvertretung vorliegen, die sich auf eine abstrakte Vollmacht bezieht. Von der Wirksamkeit des Grundverhältnisses (Dienst-/Arbeitsvertrag) hängt die Wirksamkeit der Vollmacht nicht ab.¹⁰⁵³

In der chinesischen Lit. wird damit die Auffassung vertreten, dass das rechtsgeschäftliche Handeln des Angestellten, wie der Vertragsschluss, auch von

¹⁰⁵⁰ Es ist aber dogmatisch bedenklich, die Zurechnung der betrieblich veranlassten Handlungen von Mitarbeitern neben den des organschaftlichen Vertreters hier zu regeln. Diesem schwerwiegenden Mangel wird erst durch die klaren Regelungen Art. 61 II und 62 I des am 15. März 2017 verabschiedeten China-ZGB AT abgeholfen. Art. 61 II regelt die „organschaftliche Vertretung“: Die Rechtswirkung der zivilrechtlichen Tätigkeit (= Rechtsgeschäfts), die vom organschaftlichen Vertreter im Namen einer juristischen Person vorgenommen wird, betrifft die juristische Person. Gemäß § 62 I ist die juristische Person für den Schaden zivilrechtlich verantwortlich, den ihr organschaftlicher Vertreter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung einem anderen zufügt. § 31, der eine „*Besonderheit des deutschen Rechtskreises*“ (vgl. MüKoBGB/*Arnold* (2015) § 31 Rn. 1) darstellt, wird – ungeachtet des engeren Personenkreises – in Zukunft ins chinesische Recht hinzugefügt.

¹⁰⁵¹ Vgl. oben § 6 C V 2 a, S. 177.

¹⁰⁵² Art. 170 I des neuen China-ZGB, der offenbar einen Teil des umfangreichen Regelungsspektrums des Art. 43 CAGZ übernimmt, hat die stellvertretungsrechtliche Wirkung auf die Handlungen von Mitarbeitern juristischer Personen diesmal ausdrücklich geregelt. Diese gesonderte Regelung ist m.E. aber überflüssig, weil sie – wie unten gezeigt wird – schon vom allgemeinen Stellvertretungsrecht erfasst wird.

¹⁰⁵³ OVG Chongqin (2015) – U 00072 [重庆市高级人民法院 (2015) 渝高法民终字第 00072 号]. Kritisch zur Abstraktion der Vertretungsmacht, vgl. *YIN, Qiushi* (殷秋实), in: *Modern Law Science* (现代法学), 01/2016, 86 ff.

„betrieblichen Tätigkeiten“ erfasst werden kann.¹⁰⁵⁴

(2) Überblick auf die forensische Rechtsanwendung

Diese Auffassung findet ihren Niederschlag bisweilen in chinesischen höchstrichterlichen Urteilen.

Schließt z.B. ein Bankangestellter, der eine Straftat begeht, im Namen der Bank einen Vertrag über ein Diskontgeschäft mit einem anderen Finanzinstitut ab und tilgt die Bank nach der Fälligkeit die in dem Wechsel verbriefte Verbindlichkeit aber nicht, werden Vertragsverletzungstatbestände verwirklicht. Wieder auf Art. 43 CAGZ hat der chinesische OVGH seine Entscheidung für das Zustandekommen des Vertrages gestützt.¹⁰⁵⁵

Der Abteilungsleiter einer Bank, der nie als der organschaftliche Vertreter gesehen werden kann, schließt im Namen der Bank als Darlehensnehmer einen Darlehensvertrag ab und unterschlägt den großen Teil einer gesamten Darlehenssumme von 13.4 Millionen RMB. Der Oberste Volksgerichtshof verneint die vertragliche Verbindlichkeit der Bank, weil der Abteilungsleiter als ein Bankangestellter überhaupt keine „betriebliche Tätigkeit“ iSd. Art. 43 CAGZ ausübe.¹⁰⁵⁶ Die (unzutreffende) Begründung¹⁰⁵⁷ und insb. der Rückgriff auf Art. 43 CAGZ lässt ohne Weiteres einen logisch zwingenden Rückschluss zu, dass der OVGH im Art. 43 CAGZ auch eine Regelung über die allgemeine Stellvertretung gesehen hat.

(3) Verdrängen durch das allgemeine Stellvertretungsrecht im CAGZ

Für die Stellvertretungsrecht hat es an anderenorts positivierten Regelungen im CAGZ nicht gefehlt. Gemäß Art. 63 I CAGZ können juristische Personen durch Stellvertreter nach außen Rechtsgeschäfte vornehmen. Daraus ergibt sich die Frage, ob das allgemeine Stellvertretungsrecht iSv. Art. 63 ff. CAGZ den Anwendungsbereich des Art. 43 CAGZ hinsichtlich der Stellvertretung durch einen Angestellten verdrängt (oder verdrängen sollte).

Die soeben genannten OVGH-Entscheidungen, in denen das Gericht seine Urteile auf Art. 43 CAGZ stützte, vermögen aber nicht zu überzeugen, wenn man insb. Art. 63 ff. CAGZ ins Auge fasst. Während Art. 43 CAGZ an alle betrieblichen Tätigkeiten juristischer Personen anknüpft, sind Art. 63 ff. CAGZ auf das Stellvertretungsrecht zugeschnitten. Die Ablehnung der Ausdehnung der Anwendbarkeit des Art. 43 CAGZ auf das allgemeine Stellvertretungsrecht wird, wie folgt, gerechtfertigt.

¹⁰⁵⁴ GENG, Lin (耿林)/CUI, Jianyuan (崔建远), in: *Journal of Law Application* (法律适用), 05/2016, 56 (60).

¹⁰⁵⁵ OVGH, Urteil (2012) – ZR 36 [最高人民法院 (2012) 民提字第 36 号].

¹⁰⁵⁶ OVGH, Urteil (2016) – ZR 3057 [最高人民法院 (2016) 最高法民申 3057 号].

¹⁰⁵⁷ Das Ergebnis der Entscheidung und die Begründung sind völlig fehlerhaft. Der Einwand der beklagten Bank, die Aufnahme eines Darlehens durch eine Handelsbank widerspreche dem im Art. 3 Handelsbankgesetz vorgesehenen Umfang des Geschäftsbetriebs, ist eigentlich nicht praktisch relevant. Die Einschränkungen des Umfangs durch Satzung oder Gesetze kann dem Dritten nicht entgegengehalten werden und steht der Wirkung des Vertrags in der Regel nicht entgegen. In einer anderen OVGH-Entscheidung, die einen ähnlichen Sachverhalt und eine ähnliche Haftungsfrage betrifft, wurden die Ansprüche des Darlehensgebers zugelassen. Vgl. OVGH, Urteil (2013) – ZR 21 [最高人民法院 (2013) 民提字第 21 号].

Einerseits enthält Art. 43 CAGZ nur einen überaus kursorischen Inhalt, welcher das Regelungsbedürfnis wegen der Kompliziertheit der stellvertretungsrechtlichen Streitigkeiten kaum befriedigen kann. Art. 63 ff. CAGZ erweisen sich dementsgegenüber als ein gewiss konturenscharfer Regelungskomplex, wobei auch die Vertretung ohne Vertretungsmacht (Art. 66 I 1 und 2 CAGZ), die Anscheins- und Duldungsvollmacht (Art. 66 I 3 CAGZ) sowie die Untervollmacht (Art. 68 CAGZ) konkrete Regelungen erfahren.

Wäre die rechtsgeschäftliche Vertretung im Falle einer juristischen Person von Art. 43 CAGZ erfasst, würde sich der Bestand von Art. 63 ff. CAGZ, also das allgemeine Vertretungsrecht, in sehr erheblichem Umfang verringern, da juristische Personen als eine sehr große Gruppe der Teilnehmer des modernen Rechtsverkehrs nicht als Normadressat des allgemeinen Vertretungsrechts von Art. 63 ff. CAGZ angesehen würden. Der Grundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“ würde sonst ausgehebelt.

Darüber hinaus kodifizierte China kein Handelsgesetzbuch.¹⁰⁵⁸ Die in §§ 48 ff., 54 f. und 56 HGB¹⁰⁵⁹ angesiedelten speziellen Regelungen über die handelsrechtlichen Vertretungsformen existieren im chinesischen Recht überhaupt nicht. Alle Regelungen, die bürgerlich-rechtliche oder sog. handelsrechtliche Vertretungsformen¹⁰⁶⁰ betreffen, sind ausschließlich im allgemeinen Vertretungsrecht vorgesehen. Die den §§ 54 f. HGB und § 56 HGB immanente Funktion, den kaufmännischen Handelsverkehr zu schützen, wird gewissermaßen durch eine großzügige Annahme einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht in der chinesischen Gerichtspraxis verwirklicht, die wesentlich auf Art. 63 ff. CAGZ zurückzuführen ist. Art. 43 CAGZ bietet dagegen bei solchen Fallkonstellationen nichts an.

cc) Fazit

Dass Art. 43 CAGZ theoretisch auch die Stellvertretung juristischer Personen durch einen Angestellten abdecken könnte, würde durch eine wortorientierte Gesetzesauslegung bejaht. Der ihm immanente Regelungsinhalt über eine derartige Stellvertretung wird allerdings durch das allgemeine Stellvertretungsrecht iSd. Art. 63 ff. CAGZ verdrängt. Sie stellen für die Stellvertretung durch Angestellte juristischer Personen vorrangige Spezialregelungen dar. Die Begründung, der Höchstrichter stütze sich ggf. auf Art. 43 CAGZ, erweist sich als wenig aussagekräftig.

b) Deliktische Haftung juristischer Personen für Angestellte?

Neben dem vorgenannten stellvertretungsrechtlichen Regelungsinhalt ordnet Art. 43 CAGZ m.E. auch die deliktische Verantwortlichkeit juristischer Personen an. Demgemäß ist die juristische Person für den Schaden zivilrechtlich verantwortlich,

¹⁰⁵⁸ Trotz der sporadisch gemachten Vorschläge über die Kodifizierung des Handelsrechts hat der chinesische Gesetzgeber solche Kodifikationsvorschläge (zumindest bisher) abgelehnt. Vgl. *JIANG, Ping* (江平), in: *Journal of Zhejiang Gongshang University* (浙江工商大学学报), 03/2017, 5 ff.

¹⁰⁵⁹ Zur geringen praktischen Bedeutung von §§ 54 ff. und 56 HGB vgl. *Oetker/Schubert* (2017) HGB § 54 Rn. 1 mwN.

¹⁰⁶⁰ Zum Nebeneinander der bürgerlich-rechtlichen und handelsrechtlichen Regelungskomplexe im deutschen Recht vgl. *EBJS/Weber* (2014) HGB § 54 Rn. 1; *Canaris*, *Handelsrecht*, § 13 Rn. 1 ff.; *Wagner* in *Röhrich/v. Westphalen/Haas* (Hrsg.) HGB Vorb. § 48 Rn. 2.

den ihr (einziger) organschaftlicher Vertreter¹⁰⁶¹ oder weitere Angestellte durch ein in Ausführung betrieblicher Tätigkeiten begangenes, zum Schadensersatz verpflichtendes Handeln herbeiführt.¹⁰⁶² Die folgende Überlegung wird sich ausschließlich auf die deliktische Haftung juristischer Personen für einen „weiteren Angestellten“ konzentrieren.

aa) Gegenmeinung

Es wird teilweise die entgegengesetzte Auffassung vertreten, dass nur „*rechtmäßige Tätigkeiten und Arbeiten*“ als „*betriebliche Tätigkeiten*“ iSd. Art. 43 CAGZ angesehen werden dürfen. Rechtswidriges Deliktsverhalten des organschaftlichen Vertreters und weiterer Angestellter sei dagegen nicht als „*betriebliche Tätigkeit*“ einzustufen.¹⁰⁶³

Diese Ansicht ähnelt inhaltlich der sehr früh im Rechtsgebiet der deutschen Beamtenhaftung herrschenden Lehre des „*Mandatskontraktes*“, nach der nur rechtmäßiges Handeln eines Amtsträgers dem Staat zuzurechnen sei.¹⁰⁶⁴ Das von einem Beamten *contra mandatum*¹⁰⁶⁵ für den Staat oder sonstige Träger hoheitlicher Gewalt vorgenommene Verhalten verpflichtete allein den handelnden Amtsträger selbst. Der Ansicht von *SHAO, Jiandong* kann aber nicht gefolgt werden, weil ihr sowohl die chinesische Rechtsprechung¹⁰⁶⁶ als auch das Ergebnis der grammatischen Auslegung des Gesetzeswortlautes zuwiderlaufen.

bb. Ursprüngliche Regelvermutung

(1) Semantische und historische Analyse

Die soeben wiederholt erwähnten Ausdrücke „*betriebliche Tätigkeit*“ und „*für ... zivilrechtlich verantwortlich*“ haben – wie die vorhergehende Untersuchung zeigt – die Möglichkeit eröffnet, den Regelungsinhalt über die deliktsrechtliche Haftung einer juristischen Person in ihren weiteren semantischen Rahmen einzufügen. Dies entspricht dem durch eine grammatische Auslegung des Gesetzeswortlautes hergestellten Ergebnis, auf das nicht im Einzelnen eingegangen werden braucht.

Wenden wir unseren Blick kurz dem historischen Hintergrund zu. In der historischen Epoche, in der das grundlegende CAGZ kodifiziert wurde, war ein normatives

¹⁰⁶¹ Es wird entsprechend dem Themenschwerpunkt der vorliegenden Arbeit nur stichwortartig darauf hingewiesen, dass die deliktische Haftung juristischer Personen für den (einzigen) organschaftlichen Vertreter – strikt am Wortlaut – scheinbar vom Art. 43 CAGZ erfasst wäre. In Wirklichkeit sollte in diesem Fall auf Art. 34 CDG, früher auf Art. 8 der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*« zurückgegriffen werden, wo eine allgemeine Regelung über die Geschäftsherrenhaftung vorgesehen ist.

¹⁰⁶² *WEN, Xueguo* (文学国), in: *Science of Law* (法律科学), 01/1997, 55 (59), der außerdem eine strenge Delikts haftung juristischer Personen für geboten erachtete. Dieser radikalen Haltung, die offenbar der gesetzlichen Regelung des Art. 106 II CAGZ entgegensteht, kann nicht gefolgt werden. Auch *WEI, Zhenying* (魏振瀛)/*WANG, Xiaoneng* (王小能): in: *China Legal Science* (中国法学), 05/1986, 18 (24 f.).

¹⁰⁶³ *SHAO, Jiandong* (邵建东), in: *Nanjing University Law Review* (南京大学法律评论), 01/1997, 162 (163).

¹⁰⁶⁴ MüKoBGB/Papier/Shirvani (2017) § 839 Rn. 5.

¹⁰⁶⁵ *Papier*, JZ 1975, 585 (586).

¹⁰⁶⁶ *NI, Peilu* (倪培璐)/*WANG, Ying* (王颖) vs. *das Chinesische Internationale Handelszentrum* (中国国际贸易中心), in: *Sammlung des OVGH* (最高人民法院公报), Vol. 33, 01/1993: Haftung für die Verletzung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte, wenn die Wächter eines Supermarkts aus begründungslosem Verdacht eines Diebstahls zwei Kundinnen (Körper und Handtaschen) gefilzt haben.

Gesetzesdefizit überaus bemerkenswert.¹⁰⁶⁷ Unterschiedliche Rechtsinstitute, die wohl jeweils auf verschiedene rechtspolitische Zielsetzungen zurückgeführt werden müssen, wurden manchmal in einer einzigen schmalen Vorschrift zusammengefasst, ohne die dogmatische Unterschiedlichkeit und zugrundeliegende Wertung genau zu berücksichtigen.

(2) Richterliche Gesichtspunkte

Art. 58 der »Justizauslegung des OVGH zum CAGZ« (1988), der offensichtlich an die gerichtliche Rechtsanwendung des Art. 43 CAGZ adressiert ist,¹⁰⁶⁸ rechtfertigt diesen Befund ein Jahr später nach dem Inkrafttreten des CAGZ. Demnach hat die juristische Person für den „ökonomischen Verlust“ (oder „Wirtschaftsschädigung“) einzustehen, den ihr (organschaftlicher Vertreter und) weitere Angestellte in Ausführung der betrieblichen Tätigkeiten einem anderen zugefügt hat. Was unter diesen Begriffen zu verstehen ist, wird anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt. Darin eingeschlossen ist der aus der Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache herrührende „Verlust“.¹⁰⁶⁹ Die Fälle, in denen der Angestellte in Ausführung der betrieblichen Tätigkeiten einen Dritten deliktisch verletzt, lassen sich vom Art. 43 CAGZ erfassen.

Ein kurzer Blick auf eine chinesische Gerichtsentscheidung bestätigt auch diesen Befund. Im Falle, dass die Wächter eines Kaufhauses aus dem angeblichen Verdacht eines Diebstahls bei zwei Kundinnen Leibesvisitationen vornehmen (Körper und Handtaschen), sei der Kaufhausbetreiber nach Art. 43 CAGZ für die durch die unberechtigte Leibesvisitation entstandenen immateriellen Schäden beider Kundinnen verantwortlich.¹⁰⁷⁰

cc) Verdrängen durch *lex specialis*

Das »Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts« (CAGZ) ist nach dreißigjähriger Geltung bis heute inhaltlich unverändert geblieben und gilt auch nach dem Inkrafttreten des neuen China-ZGB AT am 1.10.2017 weiter.¹⁰⁷¹ Die Anwendbarkeit sowie das Anwendungsgebiet vieler CAGZ-Vorschriften werden allerdings durch zahlreiche neue Gesetze oder Erlässe sowie von Justizauslegungen in erheblichem Umfang verdrängt oder sogar ersetzt. Dass nur in Ermangelung speziell normierter Regelungen in den neuen Regelwerken auf CAGZ zurückgegriffen wird,

¹⁰⁶⁷ Ausführlich zum normativen Gesetzesdefizit vgl. auch Fn. 1039.

¹⁰⁶⁸ OVGH, Urteil (2015) – ZB 1354 [最高人民法院 (2015) 民申字第 1354 号]: Aneignung des hinterlegten Kautionsgelds im Vergabeverfahren durch Mitarbeiter einer Zweigniederlassung.

¹⁰⁶⁹ Der umgangssprachliche Wortlaut „ökonomischer Verlust“ (Wirtschaftsschädigung) spricht offensichtlich für die deliktshaftungsrechtliche Regelvermutung des Art. 43 CAGZ. Hier kann man diese gesetzliche Formulierung zu dem Ausdruck „die zum Ersatz/Ausgleich des ökonomischen Verlustes verpflichtenden betrieblichen Tätigkeiten (verantwortlich)“ umgestalten, welcher in erheblichem Umfang mit dem gesetzlichen Sprachgebrauch „... zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ iSd. § 31 BGB vergleichbar ist. Die sehr breite Tragweite des § 31 erfasst deliktische Handlungen des Organwalters, vgl. nur MüKoBGB/Arnold (2015) § 31 Rn. 30.

¹⁰⁷⁰ NI, Peilu (倪培璐)/WANG, Ying (王颖) vs. das Chinesische Internationale Handelszentrum (中国国际贸易中心), in: *Sammlung des OVGH* (最高人民法院公报), Vol. 33, 01/1993. Diese Streitigkeit ist vor dem Erlass der nachfolgend aufgeführten »Justizauslegung« geschehen.

¹⁰⁷¹ Dahinter steht wohl die Überlegung, dass die sofortige Außerkraftsetzung des CAGZ zwangsläufig zum unmittelbaren Außerkrafttreten aller Justizauslegungen des OVGH führen würde, die sich ihrerseits auf CAGZ beziehen.

ist in der Praxis und Lehre allgemein anerkannt.

Hinsichtlich des deliktsrechtlichen Regelungsinhalts des Art. 43 CAGZ wird Art. 8 I der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« (2004)¹⁰⁷² herangezogen. Er lautet: Juristische Personen oder weitere Organisationen sind gemäß Art. 121 CAGZ für den (Personen-)Schaden zivilrechtlich verantwortlich, den der Geschäftsführer, der Vorsteher oder weitere Mitarbeiter in Ausführung der ihnen zugewiesenen Verrichtung einem anderen zugefügt hat. Ist der Schaden infolge einer Handlung der vorstehend genannten Personen verursacht worden, die aber mit der ihnen zustehenden Verrichtung in keinem Zusammenhang steht, ist die handelnde Person selbst zum Schadensersatz verpflichtet.

Zum Schein hat Art. 8 I »Justizauslegung« im Bereich der Deliktshaftung juristischer Personen wegen Personenschäden die Funktion ergänzt, die nahezu 20 Jahre lang dem Art. 43 CAGZ in demselben Bereich zukam. In Wahrheit hat er dadurch einen großzügigen Anwendungsbereich des Art. 43 CAGZ in recht erheblichem Maße ausgehöhlt. Später hat Art. 34 I des im Jahre 2009 verabschiedeten Deliktgesetzes¹⁰⁷³ die deliktische Haftung verschiedenartiger juristischer Organisationen (mit der abstrakten Bezeichnung „Organisationseinheiten, die abhängige Beschäftigte anstellen“) geregelt.¹⁰⁷⁴

Seitdem haben sich das Spektrum und die Tragweite des Art. 43 CAGZ weiter verringert. Sein verbleibender Anwendungsbereich beschränkte sich damit auf die vorher detailliert diskutierte organschaftliche Vertretung und die Zurechnung der außerdeliktsischen Handlungen von Angestellten juristischer Personen, auf welche nachfolgend noch im Einzelnen einzugehen ist.

c) Vertragsrechtliche Zurechnung der Erfüllungsgeschäfte von „weiteren Angestellten“ an juristische Personen

Auf die Frage, ob Art. 43 CAGZ auch die vertragsrechtliche Zurechnung der Handlungen von Angestellten erfasst, ist erst nach sorgfältiger Behandlung der vorgenannten Randprobleme einzugehen. Allerdings ist wiederum zu betonen, dass solche Probleme als entscheidende Fragestellungen des zu behandelnden Themenbereiches unausweichlich sind.

Durch die vorgelegte Untersuchung über das Recht der organschaftlichen Vertretung, das allgemeine Stellvertretungsrecht und deliktischer Verantwortlichkeit juristischer Personen kommen die vielseitigen Facetten des Art. 43 CAGZ deutlich zum Ausdruck, die später allmählich durch Spezialregelungen ersetzt wurden. Einen verbleibenden

¹⁰⁷² Zwei Besonderheiten des Art. 8 I dieser »Justizauslegung« sind an dieser Stelle zu skizzieren. Einerseits blieb die Mixtur des deutschen § 31 und 831 hier noch verschont. Juristische Personen und weitere Organisationen als Haftungsadressaten haben für den durch den organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person, die geschäftsführende Person der Organisation und ihre Angestellten herbeigeführten Schaden aufzukommen. Andererseits wurde die Gleichstellung juristischer Personen und weiterer Organisationen, die nicht als juristische Personen am Rechtsverkehr teilnehmen, im Hinblick auf die deliktische Verantwortung gesetzesähnlich anerkannt.

¹⁰⁷³ Ausführlich siehe Anhang I 5.

¹⁰⁷⁴ Die Verkehrspflichten juristischer Personen werden vielmehr in Art. 37 CDG, früher Art. 6 der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« separat vorgeschrieben.

Anwendungsbereich des Art. 43 CAGZ stellt die Zurechnung der Handlungen von Angestellten an juristische Person dar, die in der chinesischen Lit. kaum Aufmerksamkeit erfährt.¹⁰⁷⁵ Dieses wissenschaftliche Schweigen lässt sich hauptsächlich auf die vorerwähnte Identifikation des Betriebsangehörigen mit der haftenden Betriebseinheit zurückführen.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist diese als selbstverständlich angesehene Denkweise, der die tradierte kollektivistische Volkstümlichkeit zugrunde liegt, zu kritisieren. Ein genereller Rekurs auf das tiefverwurzelte Gefühl kommt als eine Verlegenheitslösung oder ein Schleichweg erst in Betracht, wenn das positivisierte Recht keine Stütze liefern kann. Widrigenfalls ist der Rückgriff auf gesetzliche Regelungen geboten.

In der chinesischen Rechtsprechung lassen sich gelegentlich Fälle bemerken, in denen hinsichtlich der vertraglichen Haftung auf Art. 43 CAGZ zurückgegriffen wird. Setzt ein Taxifahrer eine Mitfahrerin, die an Epilepsie leidet und bei der es während der Fahrt plötzlich zu einer unwillkürlichen Befindensstörung kommt, an den Straßenrand aus und verlässt sie ohne Meldung beim Notdienst, hat das Taxiunternehmen wegen Verletzung der Pflichten aus dem Beförderungsvertrag die dadurch erlittenen immateriellen Schäden zu ersetzen.¹⁰⁷⁶ Das Gericht hat hier sein Urteil zutreffend auf Art. 43 CAGZ gestützt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob Art. 43 CAGZ die Zurechnung einer in Ausführung der zustehenden Verrichtung vorgenommenen Handlung oder des Verschuldens eines „weiteren Angestellten“ an juristische Personen betrifft, weil beide Zurechnungswirkungen von dem Ausdruck „für ... zivilrechtlich verantwortlich“ („承担民事责任“) abgeleitet werden können.

d) Fazit: von der Tetralogie zur Dilogie

In Bezug auf die unterschiedlichen Regelungsinhalte, die ursprünglich dem Art. 43 CAGZ hätten innewohnen können, kann man von einer Tetralogie gesprochen. Durch die Erlässe neuer Gesetze und »Justizauslegungen« und konkurrierender Spezialnormen wurde sein großzügiges Regelungsspektrum verdrängt, dessen verbleibender Geltungsbereich dann nur eine Dilogie dargestellt: nämlich die organschaftliche Vertretung und die vertragsrechtliche Zurechnung.

4. Entsprechende Anwendung des Art. 43 CAGZ auf andere Organisationen

Allein aus der systematischen Stellung des Art. 43 CAGZ im Kap. 3 Abschn. 2 des CAGZ und seinem ganz klarem Gesetzeswortlaut lässt sich bereits zutreffend erkennen, dass er als ein spezifischer Regelungskomplex ausschließlich auf das „in der Rechtsform juristischer Person betriebene Unternehmen“ zugeschnitten ist. Diese

¹⁰⁷⁵ Zustimmung *WEI, Zhenying* (魏振瀛)/*WANG, Xiaoneng* (王小能): in: *China Legal Science* (中国法学), 05/1986, 18 (24), die den Regelungsgehalt der Verschuldenszurechnung (an juristische Person) auch im Art. 43 CAGZ sehen.

¹⁰⁷⁶ *ZHU, Hang* (朱杭) v. *Changkuo Taxi Company* (北京市长阔出租汽车公司) und *Fu, Jianqi* (付建启), in: *Sammlung des OVGH* (最高人民法院公报), vol. 03/2002 (CLI.C.67028).

m.E. ganz missglückte Lokalisation warf sofort nach dem Inkrafttreten viele Fragen auf: Auf welche gesetzliche Grundlage kann eine Haftung andersartiger juristischer Personen für den gleichen Personenkreis (organschaftliche Vertreter und Angestellte) gestützt werden? Findet Art. 43 CAGZ auf andere Organisationen, die keine juristische Personen sind, entsprechende Anwendung? Gibt es eine Analogiefähigkeit?

a. Entsprechende Anwendungen auf andere juristische Personen

Sowohl für die stellvertretungsrechtliche Wirkung als auch für die Haftung des inkorporierten Unternehmens bzw. der Organisation für „*die zu ihrer Sphäre gehörigen Personen*“ ist ein strenger Unterschied der Rechtsformen eher von geringem Interesse. Eine strenge Unterscheidung der drei Kategorien juristischer Personen ist allein akademischer Natur.

Für die Zurechnung von Handlungen von „*zu ihrer Sphäre gehörigen Personen*“ an juristische Personen macht es in der forensischen Rechtsanwendung überhaupt keinen Unterschied, ob deren Unternehmungsziel auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb oder bestimmten Allgemeininteressen dienende Aufgaben gerichtet ist. Dass die geschuldeten Pflichten der „an sich“ nicht handlungsfähigen juristischen Person immerhin durch das einzelne in ihr agierende, handlungsfähige und schuldfähige Individuum erfüllt wird, versteht sich von selbst.¹⁰⁷⁷

An dieser Stelle ist § 89 BGB zu erwähnen, der die Verantwortlichkeit des Fiskus, der Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts an die der privatrechtlichen Organisation angleicht.¹⁰⁷⁸ Auf Seiten des chinesischen Rechts findet sich eine umgekehrte Entsprechung.¹⁰⁷⁹ D.h. in Art. 43 CAGZ, der als zivilrechtlicher Natur aufgefasst wurde, findet eine sachgemäße Anwendung auf andere juristische Personen statt, die aus rechtsvergleichender Perspektive öffentlich-rechtlicher Art sind.¹⁰⁸⁰

b. Entsprechende Anwendungen auf andere Organisationen

Was „*andere Organisationen*“ (其他组织) anbelangt, ist eine fein verästelte Differenzierung hinsichtlich der Zurechnung von Handlung „*der zu ihrer Sphäre gehörigen Personen*“ ebenso unnütz.

Für den Umfang der „*anderen Organisationen*“ findet sich die gesetzliche Definition in Art. 54 der »Justizauslegung des OVGH zum Zivilprozessgesetz«: „*andere Organisationen*“ sind die gesetzmäßig begründeten Organisationen, die eigene Organe und Vermögen haben und keine juristische Personen sind. Dazu gehören vor

¹⁰⁷⁷ Für Behandlungsverträge mit juristischen Personen gilt nichts anders, vgl. MüKoBGB/Wagner (2016) § 630a Rn. 65.

¹⁰⁷⁸ MüKoBGB/Arnold (2015) § 89 Rn. 1.

¹⁰⁷⁹ Wegen der Bedingtheiten der chinesischen Gesetzgebung wurde vor allem die deliktische Haftung der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen im Art. 121 CAGZ (1986) separat geregelt. Erst Art. 8 I der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« (2004) hat eine allgemeine deliktische Haftung juristischer Personen ausdrücklich vorgeschrieben. Die Ausdruckweise „gemäß Art. 121 CAGZ“ des Art. 8 I der »Justizauslegung« kann man nur so verstehen, dass sich beide zu unterschiedlichen Zeiten erlassenen Haftungs Vorschriften auf eine einheitliche Konzeption zurückführen lassen.

¹⁰⁸⁰ Zur konkreten Klassifikation, vgl. § 6 C V 1, S. 176.

allem die Einzelpersonengesellschaft (Art. 54 Nr. 1 der »Justizauslegung«), Personengesellschaften wie OHG, KG (Art. 54 Nr. 2 der »Justizauslegung«). Kurz gesagt, sind die Organisationen dieser Art die „*nicht in der Rechtsform juristischer Person inkorporierten Organisationen*“. Innerhalb solcher Organisationen weisen sich jedoch keine gravierenden Unterschiede auf.¹⁰⁸¹

Hinsichtlich der Zurechnungsfrage ist eine differenzierte Behandlung von juristischen Personen und solchen Organisationen nicht nur unnötig, sondern auch dogmatisch widersprüchlich. Nach dem chinesischen Verständnis sind „*andere Organisationen*“ neben den natürlichen Personen und juristischen Personen eine dritte Kategorie von den Rechtssubjekten, die selbständige Träger eigener Rechte und Pflichten sind (§ 2 I CVG)¹⁰⁸². Ihre Annäherung an juristische Personen ist trotz der unterschiedlichen Haftungsmodelle von Gesellschaftern bzw. Mitgliedern allgemein anerkannt.¹⁰⁸³ In der deutschen Lit. wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Aufteilung in juristische Person und Gesamthand nicht mehr zeitgemäß sei.¹⁰⁸⁴ Die Zurechnungsfrage, ob und inwieweit sich juristische Personen das Fehlverhalten „*der zu ihrer Sphäre gehörigen Personen*“ zurechnen lassen müssen, findet sich auch in den anderen privatrechtlichen Organisationen wieder.

Außerdem zeigt sich die Gleichstellung juristischer Person und sog. „*anderer Organisationen*“ schon früh deutlich in Art. 8 I 1 der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*« (2004), nach dem juristische Personen oder „*andere Organisationen*“ für die durch ihren organschaftlichen Vertreter, Geschäftsleiter oder Mitarbeiter zugefügten (Personen-)Schäden deliktsrechtlich aufzukommen haben. Eine überzeugende Begründung dafür, dass im Rahmen der Erfüllung vertraglicher Pflichten die Gleichstellung beider Rechtsformen vernachlässigt wird, ist nicht ersichtlich. Das Gleichbehandlungsgebot findet jetzt auch im Art. 108 China-ZGB AT seinen Ausdruck.

c. Fazit

Als Ergebnis der bisherigen Überlegungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass sowohl auf andere Arten juristischer Personen als auch auf die „*nicht in der Rechtsform juristischer Person inkorporierten Organisationen*“ Art. 34 CAGZ auch anwendbar ist.

5. Exkurs: Einen Blick über das alte Recht der ehemaligen DDR

Es ist zuzugestehen, dass das CAGZ zumindest damals noch vom historischen Relikt

¹⁰⁸¹ Seitens des deutschen Recht ordnet § 105 III HGB die subsidiäre Geltung der §§ 705 bis 740 (GbR-Recht) für die Handelsgesellschaften an, da sie der Sache nach ein augenfälliges Verwandtschaftsverhältnis aufweisen und der Formwechsel unter ihnen denkbar ist. Vgl. MüKoBGB/Schäfer (2017) Vor § 705 Rn. 17.

¹⁰⁸² Ursprünglich hat das CAGZ unzutreffend nur die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen natürlichen Personen, zwischen juristischen Personen und zwischen ihnen zum Gegenstand. Diese gesetzgeberische Fehlleistung wurde zuerst durch das chinesische Zivilprozessgesetz (Art. 3 CZpG) korrigiert. Nunmehr hat Art. 2 des neuen China-ZGB AT die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen natürlichen Personen, zwischen juristischen Personen und anderen Organisationen und zwischen ihnen in den Blick zu genommen.

¹⁰⁸³ LIANG, *Shangshang* (梁上上), in: *Modern Law Science* (现代法学), 01/2016, 74 (83).

¹⁰⁸⁴ *Raiser*, AcP 194 (1994), 495 (499 ff.); *ders.*, in: FS Zöllner (1998), 469 (474 ff.).

der planwirtschaftlichen Gedanken beeinflusst wurde.¹⁰⁸⁵ Ein Blick auf das alte Recht der ehemaligen DDR, in der planwirtschaftlich-sozialistischen Ideen vorherrschten, könnte wohl das Verständnis des chinesischen Rechts fördern.

§ 13 I des »Gesetzes über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft« (Vertragsgesetz) vom 25. März 1982 (GBl. I S. 293)¹⁰⁸⁶ der ehemaligen DDR mit der amtlichen Überschrift „*Handlungen der Mitarbeiter*“ bestimmte Folgendes: *Handlungen, die Mitarbeiter der Wirtschaftseinheiten bei dem Abschluß und der Erfüllung der Wirtschaftsverträge vornehmen, wirken unmittelbar für und gegen die Wirtschaftseinheiten.*¹⁰⁸⁷ Genau genommen ordnet diese Regelung ausschließlich eine stellvertretungsrechtliche Rechtsfolge an. § 13 I des Vertragsgesetzes stellte im Wesentlichen eine Replikation des § 53 des DDR-ZGB dar, der die allgemeinen stellvertretungsrechtlichen Rechtswirkungen regelte.

Hinsichtlich der Vertragsverhältnisse zwischen Bürgern und Betrieben sowie Bürgern untereinander kam das ZGB zur Anwendung. Im Hinblick auf das hier zu behandelnde Thema sah § 82 II ZGB der ehemaligen DDR¹⁰⁸⁸ deutlich vor, *ein (Vertrags-)Partner, der einem Dritten die Erfüllung seiner Pflichten überträgt, sei für dessen Verhalten wie für eigenes verantwortlich.* Er nahm offenbar eine mit dem geltenden § 278 BGB vergleichbare Rolle im DDR-ZGB ein.

Es liegt nahe, dass Art. 43 CAGZ – streng genommen – fundamental von entsprechenden Regelungen des alten DDR-Zivilrechts abweicht. Insb. ist er nicht mit dem § 82 II DDR-ZGB zu vergleichen.

6. Zusammenfassung

Art. 43 CAGZ stellt eine Mixtur mehrerer (deutscher) zivilrechtlicher Regelungen dar. Sein sehr weitgehendes Spektrum reichte von der organschaftlichen Vertretung und der allgemeinen Vertretung über die deliktische Haftung juristischer Personen für organschaftliche Vertreter und weitere Angestellte bis hin zur Vertragshaftung für fehlerhafte Erfüllungshandlungen beider vorgenannten Personengruppen. Er ist damit nicht nur eine Norm, die bloß Handlungen rechtsgeschäftlicher Natur (Vertragsabschluss durch Organwalter und Angestellten) betrifft,¹⁰⁸⁹ sondern auch eine Zurechnungsnorm, die sowohl vertragsrechtlich als auch deliktische Fälle abdeckt.

Das großzügige Regelungsspektrum des Art. 43 CAGZ wurde jedoch allmählich

¹⁰⁸⁵ Jin, Liqi (金立琪), in: *Legal Science* (法学), 03/1986, 44 (44).

¹⁰⁸⁶ Gleichwohl ist zu betonen, dass das DDR-Vertragsgesetz ausschließlich auf die wechselseitigen (Vertrags-)Beziehungen zwischen sozialistischen Betrieben (§ 1) zugeschnitten war.

¹⁰⁸⁷ Sein Vorgänger war § 5 des „Gesetzes über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft“ (Vertragsgesetz) vom 11. Dezember 1957 mit der Überschrift „Verantwortlichkeit des Betriebes für Handlungen seiner Mitarbeiter“. „*Die Handlungen aller Mitarbeiter des sozialistischen Betriebes bei der Vorbereitung der Vertragsabschlüsse, dem Abschluß der Verträge, der Vertragserfüllung begründen bei Verletzung vorvertraglicher und vertraglicher Pflichten die Verantwortlichkeit des Betriebes*“. Diese Vorschrift war dagegen eine haftungsrechtliche Regelung, die die Haftung der Wirtschaftseinheiten für die Verletzungen von Vertragspflichten in verschiedenen Abwicklungsstadien vorgesehen hat.

¹⁰⁸⁸ ZGB vom 19. Juni 1975 (GBl. I DDR S. 465).

¹⁰⁸⁹ Vgl. oben § 6 C V 3 a, S. 179 ff.

durch Neuregelungen (inklusive Justizauslegungen) verdrängt und er ist damit heute unter bestimmten Aspekten nicht mehr praktisch relevant.¹⁰⁹⁰ Obwohl sein verbleibender Restbestand klein ist, wird der Anwendungsbereich nicht völlig überwuchert. Der zurzeit geltende und weiter praktizierbare Regelungsgehalt, der die Zurechnung der Handlung von Angestellten (als „*die zu ihrer Sphäre gehörigen Personen*“) an juristische Personen zum Gegenstand hat, stellt eine dynamische Materie des CAGZ dar, die die chinesischen Juristen und Rechtspraktiker weiter ins Auge fassen sollten.¹⁰⁹¹

VI. Zwischenergebnis

Auf die Versuche, im chinesischen geltenden Recht die inhaltlich dem § 278 BGB entsprechende Vorschriften abzufinden, liegt der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Sie lassen sich hier erst mit großem Argumentationsaufwand verwirklicht. Als hauptsächlicher Befund der bisherigen Überlegungen ist demnach zu bestätigen, dass erst ein Normenbündel – aus §§ 65, 121 CVG und Art. 43 CAGZ – eine funktionell-inhaltliche Parallele zum § 278 darstellt. In diesem Puzzlespiel werden die ausschnittswisen Regelungen der deutschen Erfüllungsgehilfenhaftung als Puzzleteile jeweils aus den vorgenannten Vorschriften extrahiert. Jede Regelung – auch wenn sie ggf. sonstige rechtspolitische Anliegen und Regelungsgehalte erhalten – gelten damit nur für einen Teilbereich des großzügigen Anwendungsbereiches des § 278.

Konkret gesagt, findet Art. 121 CVG als die sachnächste Regelung zuerst in Fällen Anwendung, in denen (nur) ein selbständiger Dritter zur Erfüllung der Vertragspflichten einbezogen wird, der die Vertragsverletzung herbeigeführt hat. Die Begrenzung des persönlichen Bereichs des Dritten hat einerseits mit der semantischen Bedeutung iSd. alltäglichen Sprachgebrauchs und der volkstümlichen Vorstellungen zu tun. Diese bestätigt sich andererseits auch bei der Prüfung seiner forensischen Rechtsanwendung. Der Geltungsbereich des Art. 65 CVG beschränkt sich dagegen – im Wege einer restriktiven grammatischen und systematischen Analyse – auf die spezifischen Fallgestaltungen, bei denen die Einschaltung des selbständigen Dritten zumindest durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien vorgenommen wird. Sonst würde sein Anwendungsbereich völlig von der allgemeinen Regelung des Art. 121 CVG ausgehöhlt.

Besonders erwähnenswert ist die Zurechnungsfrage über die Handlungen eigener Personen. Hierfür spielt die tradierte kollektivistische Volkstümlichkeit im Familien- und Betriebsbereich eine bedeutende Rolle, wonach der Schuldner (als Zurechnungssubjekt) für die Handlungen der Familienangehörigen und weisungsabhängigen Betriebsangehörigen einzustehen hat. Anstatt dieser undurchdringlichen und inkonsistenten Volkstümlichkeit wird in der vorliegenden Arbeit der Begriff „*die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“ bevorzugt, der insb. im Art. 43 CAGZ zum Ausdruck kommt. Andererseits wurde das zu

¹⁰⁹⁰ Oben § 6 C V 3 a bb (3), S. 182 f. und 3 b cc, S. 185 f.

¹⁰⁹¹ Oben § 6 C V 3 c, S. 186 f.

großzügiges Regelungsspektrum des Art. 43 CAGZ durch Neuregelungen und Justizauslegungen zutreffend verringert.

Die vorgenannten Vorschriften bieten gesetzliche Stützen an, mit denen der chinesische Richter die Zurechnungsfrage durch die verfeinerte Konkretisierung bestimmter Tatbestandvoraussetzungen beantworten kann. Auf die Konkretisierungsarbeit ist im folgenden Abschnitt einzugehen.

§ 7 Tatbestandliche Voraussetzungen der chinesischen Erfüllungsgehilfenhaftung

Die vorstehende Auseinandersetzung mit den positiv-rechtlichen Grundlagen der vertraglichen Haftung für dritte Personen scheint trotz nennenswerter Mühe lohnend zu sein, da der chinesische Richter nunmehr seine Entscheidungen über einschlägige Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen auf positivierte Normen stützen kann. Im Vergleich zur „Verbindung an das (ungeschriebene) Recht“ findet der Hang zur „Verbindung an das Gesetz“¹⁰⁹² bei den chinesischen Richtern mehr Gegenliebe. Weil die positivierten Rechtssätze in der Regel die richterliche Rechtsfindung einfacher machen, deren (formelle) Richtigkeit relativ höher sein könnte. Andererseits mangelt es den chinesischen Richtern an der gleichen Fähigkeit zur „schöpferischen Rechtsfindung“ wie deutsche Richter sowie dem Willen dazu.¹⁰⁹³ Deshalb stellt sich die Aufgabe der Rechtswissenschaft, in mancherlei Situation – wie oben gezeigt – die „gesetzten Rechte“ aus dem undurchsichtigen Normenwald den Richtern darzubieten.

Die folgenden Untersuchungen sind der sich anschließenden Frage gewidmet, wie die gefundenen normativen Grundlagen anzuwenden sind. Anders als die Diskussion iRd. deutschen Erfüllungsgehilfenhaftung werden hier die vorgenannten allgemeinen Vorschriften und zwar mehrere Sonderregelungen im besonderen Teil des CVG sowie spezialgesetzliche Normen nicht über einen Leisten geschlagen, sondern unter Berücksichtigung der jeweiligen tatbestandsmäßigen Abgrenzung bzw. des Anwendungsbereichs differenziert behandelt. Darüber hinaus hält sich die nachfolgend aufgeführte Diskussion nicht mehr mit den Grundgedanken oder der Rechtfertigung der vertraglichen Haftung für Dritte auf, dem die vorgelegte Darstellung über das deutsche Recht schon Rechnung getragen hat.

A. Sachlicher Anwendungsbereich: Schuldverhältnisse

I. Vertragliche Schuldverhältnisse im weiteren Sinne

Anders als das deutsche Recht, wo vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse zweifellos in den Anwendungsbereich des § 278 BGB fallen, lassen die getrennten Gesetzgebungen unterschiedlicher Spezialgesetze des chinesischen bürgerlichen Rechts (CAGZ, CVG, CDG, CSG, CEheG, CERbG) erkennen, dass sich die Anwendbarkeit der vorher aufgestellten normativen Grundlagen (Art. 43 CAGZ, Art. 65 und 121 CVG) auf den ersten Blick auf Vertragsverhältnisse beschränkt.

Das Vertragsverhältnis ist hier ein weit zu verstehender Begriff. Ob der Vertrag endlich wirksam oder nichtig ist, spricht nicht gegen das Bestehen des Schuldverhältnisses. Das vorvertragliche Schuldverhältnis ist beispielsweise im Art. 42 CVG angesiedelt. Teilt ein Angestellter einer juristischen Person beim Vertragsschluss absichtlich falsche oder irreführende Informationen mit, hat der

¹⁰⁹² Zur Bestimmung von „Gesetz“ und „Recht“, vgl. *Hilbert*, An welche Normen ist der Richter gebunden?, JZ 2013, 130 (131 f.).

¹⁰⁹³ Für den Obersten Volksgerichtshof ist das Gegenteil der Fall. Die von ihm „erlassenen“ ungezählten Justizauslegungen spielen die Rolle des „Richterrechts“, was den Gerichten der unteren Instanzen gesetzesähnliche Regelungen bietet.

Arbeitgeber gemäß Art. 42 Nr. 2 Alt. 2 CVG iVm. Art. 43 CAGZ für den dadurch entstehenden Schaden der anderen Partei einzustehen. Gibt ein selbständiger Auftragnehmer die bei der Vertragsbehandlung mit Anderen erworbenen Betriebsgeheimnisse preis, ist der Auftraggeber nach Art. 43 S. 2 iVm. Art. 121 CVG auch für seinen die Verhandlungen führende Auftragnehmer verantwortlich, wenn der Vertrag am Ende nicht zustande kommt. Im Falle, in dem ein mit der Zustimmung des Käufers eingeschalteter selbständiger Installateur eine unsachgemäße Betriebsanleitung gab und der Käufer infolge der fehlerhaften Anleitung verletzt wird, haftet der Verkäufer gemäß Art. 65 iVm. Art. 60 CVG. An dieser Stelle werden nur einige exemplarische und dogmatisch umstrittene Einzelfragen am Beispiel von Gerichtsentscheidungen erklärt.

1. Vorvertragliche Haftung

Das vorvertragliche Schuldverhältnis wird hier vorangestellt. Dies nicht deshalb, weil es hinsichtlich der dogmatischen Einordnung als vertragliches Schuldverhältnis angesehen werden muss, sondern weil es systematisch im chinesischen Vertragsgesetz angesiedelt ist und seine sachnächste Affinität zu den vertraglichen Schuldverhältnissen unverkennbar ist.

Für die vorvertragliche Haftung für Dritte lässt sich zuerst ein klassisches Gerichtsurteil aufzeigen. Im Auftrag eines beklagten öffentlichen Auftraggebers (Städtisches Amt für Gesundheitswesen und Familienplanung) ist die beauftragte Vergabestelle (ein Privatunternehmen) verpflichtet, den Einkauf eines Doppler-Ultraschalls auszuschreiben. Trotz des ausdrücklichen Verbots des Auftraggebers, den Auftrag wegen des Täuschungsverdachts zu erteilen, teilte die Vergabestelle dem klagenden Bieter die Auftragsvergabe schriftlich mit. Nach dem Erwerb des erforderlichen Gerätes vom Lieferanten hat der Auftraggeber allerdings den Vertragsabschluss abgelehnt und die Ausschreibungsaufhebung verkündet. Gegen den Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der Verletzung der vorvertraglichen Pflichten wehrte sich der Auftraggeber unter dem Hinweis darauf, dass die beauftragte Vergabestelle den Auftrag willkürlich erteilt hat. Sein Einwand griff nicht durch. Zur Unterstützung der Entscheidung erweist sich m.E. allein der Zurückgriff auf Art. 42 Nr. 3 CVG¹⁰⁹⁴ (*c.i.c.* wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben) als unzureichend. Die Tatsache, dass das chinesische Rechtsinstitut *culpa in contrahendo* auch ein Verschulden des Haftungsadressaten voraussetzt,¹⁰⁹⁵ macht hier die Frage nach der Zurechnung des Verschuldens der beauftragten Vergabestelle an den ersatzpflichtigen Auftraggeber unentbehrlich. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre Art. 43 Nr. 3 CVG iVm. Art. 121 CVG geeignet, die Grundlage der Haftung durchgreifend zu klären sowie das Differenzieren zwischen dem Handelnden und dem Haftenden klar zum Ausdruck zu bringen. Da erst die Vergabestelle (als „*independant contractor*“) sowie deren handelnde Mitarbeiter die vorvertragliche

¹⁰⁹⁴ MVG Zhangjiajie, Urteil (2015) – II ZB 11 [张家界市中级人民法院 (2015) 张中民二再终字第 11 号].

¹⁰⁹⁵ Über den Haftungsmaßstab der *c.i.c.*, vgl. oben § 5 C I 4, S. 114 f. Das Verschuldensprinzip wurde hinsichtlich der Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen jüngst vom höchstrichterlichen Urteil (OVGH, Urteil (2017) – ZR 436 [最高人民法院 (2017) 最高法民终 436 号]) erneut ausdrücklich bestätigt.

Pflicht des Landes zur Benachrichtigung und Mitteilung nicht richtig erfüllt haben.

2. Nebenpflichten

Für die Vertragshaftung für Nebenpflichtverletzungen lässt sich das vorgenannte Beispiel aufzeigen. Die Tatsache, dass der Taxifahrer die MitfahrerIn, die an Epilepsie gelitten hat und bei der Fahrt plötzlich bewusstlos war, an den Straßenrand ausgesetzt hat, ist als eine Verletzung der dem Beförderer obliegenden Nebenpflichten zu qualifizieren.¹⁰⁹⁶ Beim Beförderungsvertrag trifft den Taxiunternehmer nicht nur die Beförderungspflicht, sondern auch umfassende Rücksichtspflichten.¹⁰⁹⁷ Vor allem muss auf den Körper und die Gesundheit des Fahrgasts achtgegeben werden. Das Taxiunternehmen ist nach Art. 107 CVG iVm. Art. 60 CVG, Art. 43 CAGZ schadensersatzpflichtig.¹⁰⁹⁸

II. Gesetzliche Schuldverhältnisse?

Die großzügige Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereiches des § 278 BGB zeigt sich zunächst in seiner Anwendbarkeit auf gesetzliche Schuldverhältnisse. Es stellt sich unausweichlich die Frage, ob hinsichtlich dieses Problemkreises etwa Sondervorschriften von Seiten des chinesischen Rechts eine mit § 278 vergleichbare Rolle einnehmen können. Wird auf die analoge Anwendung von vorstehend dargelegten Vorschriften auf gesetzliche Schuldverhältnisse zurückgegriffen, wenn sie keine direkte Anwendung finden. Auf die Frage wird hier am Beispiel praktisch sehr relevanter Schuldverhältnisse näher eingegangen.

1. Beispiel vom Verlierer-Finder-Verhältnis

Der Schluss, dass solche Regelungen (Art. 43 CAGZ, Art. 65 und 121 CVG) auf die Vertragsverhältnisse¹⁰⁹⁹ zugeschnitten sind, versteht sich von selbst, steht jedoch einer Analogie auf andere Fallkonstellationen nicht entgegen, denen überhaupt ein vertraglicher Einschlag fehlt. Im Hinblick auf das Thema der vorliegenden Arbeit wird sie hier *pars pro toto* nur am Beispiel eines von *WU, Xiangxiang* (吴香香) konstruierten Schulfalls „Verlierer-Finder-Verhältnis“,¹¹⁰⁰ dessen Lösungen nach dem deutschen Gutachtenstil erarbeitet werden, eingehend verdeutlicht.

Der Sachverhalt ist folgender: Der Finder hat eine gefundene Geldtasche bei einer von einem Dritten eingerichteten Einzelpersonengesellschaft gegen Vorkasse des Finderlohns abgegeben, deren Geschäftsgewinn sich hauptsächlich auf den (höheren) Finderlohn des Verlierers richtet. Infolge einer harschen Ablehnung der Lohnzahlung

¹⁰⁹⁶ Vgl. oben Fn. 1076.

¹⁰⁹⁷ Zur nachvertraglichen Nebenpflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung im Taxi vergessener Gegenstände vgl. LG Tübingen, NJW-RR 1989, 1053 f., Rn. 4.

¹⁰⁹⁸ Während Art. 107 CVG als die Haftungsnorm und Art. 60 CVG als die gesetzliche Quelle der vertraglichen Nebenpflichten zur Anwendung kommen, übernimmt Art. 43 CAGZ in Bezug auf die Zurechnung der Handlung des Taxifahrers die Funktion, die dem § 278 BGB im deutschen Recht zukommt.

¹⁰⁹⁹ Der Anwendbarkeit auf vorvertragliche Haftung für Dritte ist unter systematischen Gesichtspunkten – wie oben gezeigt – kein Zweifel entgegenzuhalten.

¹¹⁰⁰ *dies.*, in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), 171 ff. Der Gesetzeswortlaut „Verlierer“, von dem jeder Empfangsberechtigte erfasst sein sollte, ist weit zu verstehen. Es hängt nicht vom Eigentum ab. Ansonsten bestünde hier eine große Schutzlücke für denjenigen, der kein Eigentümer ist.

durch den Verlierer bei der Abholung hat der Dritte die Geldtasche vorsätzlich beschädigt.¹¹⁰¹ Hinsichtlich der Frage, ob der Verlierer auch den Finder in Anspruch nehmen kann, hat *WU, Xiangxiang* (吴香香) ihren Blick ausschließlich auf das Deliktsrecht, insb. die Geschäftsherrenhaftung iSd. Art. 35 S. 1 CDG, gerichtet, weil kein Vertragsverhältnis zwischen dem Finder und dem Verlierer bestehe. Zum Ende werden alle potenziellen Ansprüche gegen den Finder nach ausführlichen Prüfungen verneint, da der deliktisch handelnde Dritte kein Verrichtungsgehilfe des Finders sei.¹¹⁰² Es bleibt ihm nur die einzige Möglichkeit, von dem (wohl zahlungsunfähigen) Dritten Schadensersatz zu verlangen.

Dieses Fallbeispiel regt zu einer Infragestellung des vorgenannten Schlusses an, dass solche Regelungen nur bei Vertragsverhältnissen Anwendung finden. Einerseits stellt sich zuerst die Frage, ob das chinesische Recht neben den klassischen gesetzlichen Schuldverhältnissen¹¹⁰³ noch weitere Schuldverhältnisse dieser Art anerkennt. Bejahendenfalls ergibt sich die anschließende Frage, ob auf solche Schuldverhältnisse nach den Regelungen über vertragliche Haftung für Dritte analoge Anwendung finden könnten.

2. Zersplitterte Gesetzgebungen und Verweisungstechnik im chinesischen Recht

Die Tatsache, dass das CVG und CSG zwei separate Gesetze in der chinesischen Rechtsordnung sind, steht der Übertragung der im CVG verankerten Vorschriften auf die vom CSG geregelten Verhältnisse nicht entgegen.¹¹⁰⁴ Nur aus den historischen Bedingtheiten der chinesischen Gesetzgebung¹¹⁰⁵ lässt sich eine radikale Zerspaltung der zivilrechtlichen Regelungen nicht ableiten, die in einem einheitlichen Gesetzbuch hätten kodifiziert werden können und müssen,

Rechtsvergleichend liefert Art. 99 III OR einen interessanten Vergleichsmaßstab, nach dem „die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung“ finden.¹¹⁰⁶ An einer

¹¹⁰¹ *WU, Xiangxiang* (吴香香), a.a.O., 171 (171 f.). Im Falle, dass die „eigene Person“ des Finders (hier: ein Angestellter der Kinogesellschaft mbH) ohne sorgfältige Abfrage das gefundene iPhone 6 des Besuchers an den „angeblichen“ Eigentümer zurückgegeben hat, gab das Nanjing-Mittelvolksgericht (bloß) aufgrund der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht – angesichts eines Mitverschuldens der Kläger zu einem Anteil von 30% – der Klage zu 70% (2100 RMB) statt. Vgl. MVG Nanjing, Urteil (2016) – I S 8854 [南京市中级人民法院 (2016) 苏 01 民终 8854 号]. Das Urteil ist allerdings nicht unbedenklich, weil das Gericht das Haftungsprivileg überhaupt nicht diskutiert hat. Ein Grund für die unterlassene Erörterung liegt m.E. darin, dass der Richter sich zu sehr auf die deliktsgesetzliche Norm konzentriert und die Haftungsprivilegierung, die aber im »Gesetz über Sachenrecht« (CSG) angesiedelt ist, aus den Augen verloren hat. Dafür werden die zersplitterten Gesetzgebungen, wie im Folgenden darzustellen sein wird, als die tiefere Ursache gehalten.

¹¹⁰² *WU, Xiangxiang* (吴香香), a.a.O., 171 (187 f.).

¹¹⁰³ Namentlich die Verhältnisse aus der ungerechtfertigten Bereicherung iSd. Art. 92 CAGZ, aus GoA iSd. Art. 93 CAGZ und aus unerlaubten Handlungen (Art. 6 ff. CDG).

¹¹⁰⁴ Zur Anwendbarkeit der schuldrechtlichen Regelungen auf sachenrechtliche Schuldverhältnisse, vgl. HK-BGB/*Schulze* (2017) Vorb. §§ 241-853 Rn. 11; MüKoBGB/*Ernst* (2016) Einl. zum 2. Buch, Rn. 4.

¹¹⁰⁵ Die damals festgestellte Gesetzgebungsstrategie, dass die Regelungen eines (einheitlichen) Zivilgesetzbuches in den sog. Spezialgesetzen (CAGZ, CVG, CDG, CSG, CEheG, CErbG) getrennt verabschiedet werden, war Kompromiss zwischen dem dringenden Bedürfnis nach positivrechtlichen Grundlagen und den umfassenden und heftigen Auseinandersetzungen über punktuelle Einzelfragen sowie systematische Hauptfragen. Zu dieser Gesetzgebungsperiode, vgl. *LIANG, Huixing* (梁慧星), in: *Wuhan Geschichte und Archiv* (武汉文史资料), 01/2015, 4 (5).

¹¹⁰⁶ Zur Gesetzgebungsgeschichte des geltenden Art. 99 III OR, insb. zu dem damals geplanten umfassenden Verweis iSd. Art. 1121 III des Entwurfs von 1905, vgl. BK/*Weber* (2000) Art. 99 Rn. 151.

generellen Verweisungsvorschrift dieser Art hat es dem CSG gefehlt, obwohl auf bestimmte Rechtsfragen zugeschnittene Verweisungen (Art. 105, Art. 106 III, 114 S. 1, Art. 134, Art. 222 II CSG) nicht selten zu konstatieren sind. Derartige Verweisungsvorschriften wären eine ideale Lösung, die eine Scharnierfunktion zwischen dem CSG und dem CVG oder anderen Gesetze untereinander übernehmen könnten. Unter Berücksichtigung des Entwicklungsstands der Rechtsdogmatik¹¹⁰⁷ in der chinesischen Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis wären derartige großzügige Verweisungsregelungen für die chinesische Rechtsordnung aber unrealistisch und sogar gefährlich.¹¹⁰⁸ Diese Ambivalenz könnte nur durch die Entwicklung der eigenen Rechtsdogmatik und Rechtsausbildung¹¹⁰⁹ beseitigt werden. Deshalb verdienen die Versuche, die Analogiefähigkeit der Einzelvorschriften sorgfältig zu überprüfen, m.E. eindeutig den Vorzug.

3. Normative Grundlage

Art. 84 I 1 CAGZ hat als Definitionsvorschrift den Begriff „Schuld“¹¹¹⁰ definiert. Die Schuld sei das Verhältnis zwischen den Parteien, welches bestimmte aufgrund von Vertragsvereinbarungen oder gesetzlichen Regelungen entstehenden Rechte und Pflichten zum Gegenstand hat. Der Gläubiger ist derjenige, dem das Recht zusteht, während der Schuldner derjenige ist, den eine Pflicht trifft (S. 2). Abs. 2 übernimmt die Funktion, die der Vorschrift des § 241 I 1 BGB seitens des deutschen Rechts zukommt. Art. 84 II CAGZ bestimmt, der Gläubiger sei berechtigt, von dem Schuldner zu fordern, seine Pflicht entsprechend Vertragsvereinbarungen oder gesetzlichen Regelungen zu erfüllen. Trotz einer geringen Abweichung der gebrauchten Ausdrucksweise stimmt er hinsichtlich des Regelungsinhalts und der Funktion mit § 241 I 1 nahezu überein.

Gleichwohl hat das CAGZ hier bedauerlicherweise nur das Vertragsverhältnis, die Verhältnisse aus der ungerechtfertigten Bereicherung iSd. Art. 92 CAGZ und aus GoA iSd. Art. 93 CAGZ ins Visier genommen.¹¹¹¹ Sogar die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen werden nur als Rechtsfolge deliktischer Handlungen im 6. Kapitel mit der amtlichen Überschrift „Zivilrechtliche Haftungen“ angesiedelt (Art. 117 ff. CAGZ). Hinsichtlich der Definition des Schuldverhältnisses im CAGZ hatte der historische Gesetzgeber andere gesetzliche Schuldverhältnisse – wie das sachenrechtliche Verhältnis zwischen dem Finder und dem Verlierer – unzutreffend

¹¹⁰⁷ Bu, Yuanshi (卜元石), JZ 2016, 382 (383 ff.) hat z.B. auf die Rückständigkeit der chinesischen Rechtsdogmatik ganz ausdrücklich hingewiesen.

¹¹⁰⁸ Die Verweisungstechnik stellt m.E. hohe Anforderungen sowohl an den Normgeber als auch an den Rechtsanwender dar. Der Gesetzgeber kann sich einerseits die wörtliche Wiederholung der in Bezug genommenen Normen ersparen, die wohl die anstrebenswerte Rechtsästhetik beeinträchtigen kann. Das setzt aber einen guten Gesamtüberblick und fachliche Fähigkeiten des Gesetzgebers voraus. Andererseits ist sie gewissermaßen nicht anwenderfreundlich, weil die „Ganzheit und Anschaulichkeit“ der Normen schwer gewährt werden kann. Die richtige Rechtsanwendung erfordert damit mehr Bemühungen. Zu Nachteilen der „Rechtsverweisung“ vgl. Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, S. 222.

¹¹⁰⁹ Jüngste Darstellung über chinesische Rechtsausbildung vgl. von Senger, ZSR 2016, 403 ff.

¹¹¹⁰ Der Gesetzeswortlaut sollte ins Deutsche wortgetreu nur mit „Schuld“ („债“) übersetzt werden. Unter Berücksichtigung der Definition besteht hier jedoch zwischen dem Wort „Schuld“ und „Schuldverhältnis“ kein beachtlicher Unterschied. Über zwei Begriffspaare „Pflicht und Anspruch“ und „Schuld und Haftung“ im deutschen Recht, vgl. Riehm, in: FS Canaris (2017), 345 (349).

¹¹¹¹ JIANG, Ping (江平), in: *Tribune of Political Science and Law* (政法论坛), 03/1986, 1 (5).

aus den Augen verloren.¹¹¹² Vor diesem Hintergrund hat es auf die Natur dieser sachenrechtlichen Konstruktion zurückzugreifen.

4. Identischer Mechanismus: „Rechte-Pflichte-Konstruktion“

Während Art. 111 S. 2 des »Gesetzes über Sachenrecht« (CSG) dem Finder ein Haftungsprivileg (entsprechend § 968 BGB) einräumt, ordnet das CSG ausdrücklich die Pflichten des Finders zur Rückgabe (Art. 109 S. 1 CSG)¹¹¹³ und zur sorgfältigen Verwahrung der Fundsache (Art. 111 S. 1 CSG) an. Art. 109 S. 2 CSG räumt dem Finder die Wahl ein, den Verlierer selbst zu suchen und eine Anzeige zu erstatten oder die Sache an die zuständige Behörde abzugeben. Seine sorgfältige Verwahrungspflicht erlischt erst nach der Abgabe an die zuständige Behörde (Art. 111 S. 1 Alt. 1 CSG). Sofort nach dem Erlangen der tatsächlichen Sachherrschaft über die Fundsache ist der Finder aufgrund gesetzlicher Regelung verpflichtet, dem Verlierer die Sache zurückzugeben. Der Rückgabepflicht des Finders (Art. 111 S. 2 CSG)¹¹¹⁴ steht ein korrespondierendes Forderungsrecht des Verlierers gegenüber.¹¹¹⁵ Die gesetzlich verankerte Leistungspflicht des Finders und das dem Verlierer zustehende Forderungsrecht bilden – flankiert mit der Aufbewahrungspflicht – den „dogmatischen Kern des Schuldverhältnisses“.¹¹¹⁶

Nach Art. 60 I CVG hat jede Partei „abredegemäß“ ihre Pflichten vollkommen zu erfüllen. Der Ausdruck der „vollkommenen Erfüllung“ könnte als „gesetzlicher Befehl“ der vollständigen Leistungsbewirkung gesehen werden. Das Gesetz hat hier den komplementären Anspruch des Gläubigers (nur) nicht ausdrücklich angesprochen, aber nicht schlechterdings vernachlässigt. Der gegenüberstehende Anspruch ist einem solchen gesetzlichen Befehl inhärent. Die gesetzgeberische Zurückhaltung ist nicht als gesetzgeberische Fehlleistung zu sehen. Sowohl im Gebiet des Vertragsrechts als auch in anderen Rechtsbereichen hat die Zusammenwirkung solcher Elemente hinsichtlich des „dürfen, sollen, können“¹¹¹⁷ – abgesehen von dem unterschiedlichen Pflichtenspektrum – keinen divergierenden Inhalt, soweit dem Normadressat bestimmte Pflicht auferlegt und dem gegenüberstehenden Partner ein dementsprechender Anspruch gewährt wird.

Anders als der allgemeine Grundsatz „*neminem laedere*“ wird dem Finder ein

¹¹¹² Diese gesetzgeberische Fehlleistung wird durch Art. 118 II China-ZGB AT korrigiert. Er schreibt – wie wortgetreu übersetzt – vor, dass die Forderung das sich aus einem Vertrag, unerlaubter Handlung, GoA, ungerechtfertigter Bereicherung oder anderen gesetzlichen Regelungen ergebende Recht des Berechtigten (Gläubigers) ist, von bestimmten Pflichtigen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Die sachenrechtlichen Ansprüche des Verlierers sowie andere gesetzlichen Ansprüche werden danach mit den vertraglichen, deliktischen, bereicherungsrechtlichen Ansprüchen und den Ansprüchen aus GoA gleichgestellt.

¹¹¹³ Es ist anders als das deutsche Recht, nach dem die Rückgabepflicht nur als das komplementäre Element der Herausgabeansprüche des Empfangsberechtigten aus anderen Grundlagen zu verstehen ist. Vgl. MüKoBGB/Oechsler (2017) § 965 Rn. 14.

¹¹¹⁴ Anders als § 968 BGB stellt Art. 111 S. 2 CSG einerseits den Haftungsmaßstab zugunsten des Finders dar. Andererseits ist er selbst eine Haftungsnorm. Das ist die Besonderheit des chinesischen Regelungsstils, auf welche später noch genauer einzugehen ist (unten § 10 V 2, S. 282).

¹¹¹⁵ Trotz der schon verbreitet anerkannten Affinität des Begriffes Forderungsrecht (Forderung) zum Wort Anspruch werden aber in der deutschen Lehre gelegentlich subtile Differenzen zwischen beiden Begriffen diskutiert. Vgl. MüKoBGB/Bachmann (2016) § 241 Rn. 6.

¹¹¹⁶ Riehm, a.a.O., 345 (347).

¹¹¹⁷ Riehm, a.a.O., 345 ff., insb. S. 364 zur Zusammenwirkung von drei Elementen.

gesteigertes Pflichtenprogramm (hauptsächlich Rückgabe- und Verwahrungspflicht) auferlegt. Zwischen bestimmten Personen, also hier ihm und dem Verlierer, entsteht nach dem Gesetz ein gleicher Mechanismus „Rechte-Pflichte-Konstruktion“,¹¹¹⁸ was keinen Unterschied zum Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien macht. Der Finder hat ebenfalls „gesetzesgemäß“ seine Pflichten vollkommen zu erfüllen (Art. 60 I CVG). Ob diese „Rechte-Pflichte-Konstruktion“ durch einen übereinstimmenden Willen der Parteien oder aus die Regelungsabsicht des Gesetzgebers konstruiert wird, ist ohne Belang. Es entspricht außerdem dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Im angesprochenen Fallbeispiel kann kaum vom eigenen Verschulden des Finders bei der Auswahl und Überwachung des unabhängigen Dritten die Rede sein. Der Finder ist allerdings Art. 111 S. 2 CSG iVm. Art. 121 CVG analog für den selbständigen Dritten verantwortlich, dem er die sorgfältige Verwahrungspflicht gegen Entgelt überträgt.¹¹¹⁹ Das Haftungsprivileg iSd. Art. 111 S. 2 CSG scheidet aus, weil der Dritte die Geldtasche vorsätzlich beschädigt.¹¹²⁰

B. Kategorien und Personenkreis des „Dritten“

Der Begriff „Dritte“ iSd. der Bezeichnung „vertragliche Haftung für Dritte“¹¹²¹ ist in der folgenden Untersuchung im weiteren Sinne zu verstehen. Darunter fallen sowohl „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ (z.B. Art. 43 CAGZ) als auch der selbständige „Dritte“ iSd. Art. 65 und 121 CVG („*independant contractor*“). Es geht damit um alle Fälle, in denen eine vom Haftungsadressaten/-kandidaten (dem Schuldner) verschiedene Person durch eine zum Ersatz verpflichtende Handlung dem Gläubiger Schaden angerichtet oder schädigende Ereignisse verursacht hat.

I. „Die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“

Wie wiederholt betont, vom Begriff „Dritte“ iSd. Art. 65 und 121 CVG sind „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ unter Berücksichtigung der chinesischen volkstümlichen Vorstellung und der Rechtswirklichkeit in der Kasuistik nicht erfasst. Der Begriff „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ wird trotz seiner

¹¹¹⁸ Von Seiten des deutschen Recht sind die Begriffe „Schuldverhältnis“ und „Sonderverbindung“ in der Regel bedeutungsgleich und werden in der Lit. oft synonym verwendet. Nach *Huber* in: Staudinger/Eckpfeiler (2014) D Rn. 1 und *Busche* in: Staudinger/Eckpfeiler (2014) F Rn. 12 sei ein Schuldverhältnis eine rechtliche Sonderverbindung, die Rechte und Pflichten begründet. In ähnlicher Weise definierte *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, § 2 I 6 (S. 12) die Schuldverhältnisse als Rechtsverhältnisse, „die relative Rechte und Pflichten ... begründen“. Die sog. „Rechte-Pflichte-Konstruktion“ ist damit in erheblichem Umfang die Konzentration allerlei Schuldverhältnisse, ganz gleichgültig, aus welchen Entstehungsgründe (durch Rechtsgeschäfte oder kraft Gesetzes) sie entstehen.

Überdies wurde und wird das Begriffspaar in den deutschen Monographien vielfach diskutiert. *Frost* versuchte die Mindesttatbestände der Sonderverbindung herauszuarbeiten. Sie betonte anstelle der durch „Nebeneinander“ charakterisierten abwehrbereiten Isolation das „Miteinander“, die enge innere Interessenverknüpfung und die positive Zuordnung. Vgl. *Frost*, „Vorvertragliche und „vertragliche“ Schutzpflichten, S. 55 ff., insb. S. 65.

¹¹¹⁹ Auf das Verhältnis zum Anspruch des Verlierers aus der Eigentümerstellung (Art. 34 CSG) wird hier nicht eingegangen.

¹¹²⁰ Gleiches Ergebnis im deutschen Recht, vgl. LG Frankfurt, NJW 1956, 873 f. (Haftung für ein im Speisewagen verloren gegangenes Zigarettentui und Feuerzeug).

¹¹²¹ Der hier gebrauchte Begriff „Dritter“ ist iwS. zu verstehen. Er darf nicht mit dem Gesetzeswortlaut „Dritter“ iSd. Art. 65 CVG und Art. 121 CVG identifiziert werden. Wie oben detailliert erläutert, hat diese Vokabel nach langjähriger Geltung im Rahmen beider Bestimmungen einen eigenen Bedeutungsgehalt.

unscharfen Kontur an dieser Stelle zu einer selbständigen Kategorie avanciert.¹¹²²

1. Konkretisierungsbedürftigkeit des höchst unübersichtlichen Begriffs

Wie vorher erläutert, betrifft dieser Begriff grundsätzlich zwei Kategorien, nämlich die Personen aus dem Bereich des Familienlebens und des Betriebs.¹¹²³ Rechtsvergleichend weist der Begriff „*die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“ eine augenfällige Ähnlichkeit mit der französischen Formulierung „*personnes dont on doit répondre*“ („Personen, für die er verantwortlich ist“) iSd. § 1384 I a.F. C.c.¹¹²⁴ § 1384 I a.F. C.c. beschränkt sich vielmehr auf die deliktsrechtliche Geltung, ist äußerst abstrakt und bedarf anhand der Umstände des Einzelfalls Konkretisierung.¹¹²⁵ Seitens des französischen Rechts wurde nach der Lit. sowie Rspr. die Verallgemeinerung einer (deliktischen) Haftung für Dritte abgelehnt, um sie nicht in den unendlichen Umfang ausufern zu lassen. Als „*Einleitungsformel*“¹¹²⁶ komme die sog. deliktische Haftung für Dritte iSd. § 1384 I a.F. C.c. erst in Verbindung mit Art. 4-6 in Betracht. Das chinesische Recht sollte sich diese Zurückhaltung des französischen Rechts zunutze machen, um die gleiche Gefahr einer uferlosen Haftung für Dritte zulasten des Schuldners zu vermeiden.

Unter Berücksichtigung der erheblichen Unschärfe der Formulierung sind handhabbare Konkretisierungskriterien empfehlenswert, mit denen man sie von denjenigen abgrenzen kann, die mit der Vertragserfüllung überhaupt nichts zu tun haben. Diese Behauptung ist auf einen ersten Blick ganz logisch, aber in der Rechtswirklichkeit eher schwer durchführbar. Im Hinblick auf die erste Kategorie (den Familienbereich) liegt die Unübersichtlichkeit gerade darin, dass es bei der Frage, wer zu diesen Personen gehört, in der Regel auf die Stärke der Verwandtschaft oder die Intensität der sog. familiären Beziehung ankommt, welche ihrerseits in die lokale unterschiedliche Grundanschauung wurzeln und gewiss vom persönlichen Sentiment abhängig ist.

Die Verflechtung von einem Tatbestand, der einer Objektivierung bedarf, und dem inneren Gefühl, was der Subjektivität unterliegt, unterminiert die Praktikabilität sowie die Transparenz des Begriffs. Etwas emotionsfreie oder wertungsneutrale Kriterien sind geeigneter, diese unglückliche Verknüpfung abzubinden. Art. 43 CAGZ aus dem lokalen Rechtssystem stellt – wenngleich selbst natürlich nicht vollkommen – ein nachahmenswertes Vorbild dar.

¹¹²² In der vorliegenden Arbeit werden Versuche unternommen, die zersplittert geregelten einzelnen Partikel der Vertragshaftung für sowohl „*die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“ als auch für den „*independent contractor*“ zu einer auf einheitliche Dogmatik und Voraussetzungen zurückführenden Haftung zu vereinigen.

¹¹²³ Der Begriff „Betrieb“ beschränkt sich nicht auf juristische Personen iSd. Art. 43 CAGZ oder andere Rechtsformen wie etwa OHG oder KG, PartG iSd. chinesischen Personengesellschaftsgesetzes (PersGG), auf die Art. 43 CAGZ analoge Anwendung finden kann. Darüber hinaus fallen natürliche Personen, die sich unternehmerisch betätigen und sich der fremden Arbeitskraft institutionell bedienen, auch unter ihn. Einigermassen ist er dem großzügigen Unternehmensbegriff gleichzustellen. Zur Analogiefähigkeit des Art. 43 CAGZ vgl. oben § 6 C V 4, S. 187 ff.

¹¹²⁴ § 1384 I a.F. C.c.: *Man haftet nicht nur für Schäden, die er durch eigene Handlungen verursacht, sondern auch für Schäden, die durch Verhalten der Personen, für die er verantwortlich ist, oder durch Sachen, die er unter seiner Aufsicht hat, verursacht werden.*

¹¹²⁵ Zum französischen Recht vgl. Ferrand, ZEuP 1993, 132 (137).

¹¹²⁶ Ferrand, a.a.O., 132 (135).

2. „*Weitere Angestellte*“ iSd. Art. 43 CAGZ als „*die zur betrieblichen Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“

Das Adjektiv „*weitere*“ hat an sich gar keine maßgebliche Bedeutung und bringt nur die besondere Rechtsstellung des gegenüberstehenden „*organschaftlichen Vertreters*“ zum Ausdruck. Der Gesetzeswortlaut „*weitere Angestellte*“ kann gewiss den Ausdrücken „*eigene Personen*“¹¹²⁷ und „*seine Leute*“¹¹²⁸ im deutschen Recht gleichgestellt werden, die in zahlreicher deutscher Lit. sehr oft in ähnlicher Weise angewandt werden.¹¹²⁹ Im Hinblick auf das Interesse an einer einheitlichen Terminologie sind „*weitere Angestellte*“, die für den Schuldner eine „*betriebliche Tätigkeit*“ ausüben, als ein Teil der Personengruppe des Erfüllungsgehilfen – also eigene Hilfspersonen – zu sehen.

a) „*Weitere Angestellte*“ juristischer Personen

Dem Wortlaut des Gesetzes folgend fällt unter den Begriff „*weitere Angestellte*“ scheinbar nur der *Angestellte* im eigentlichen Sinn, d.h. der in einem (wirksamen) Arbeits-/Dienstverhältnis zum Schuldner steht. Eine generelle Deutung der Art ist aber nicht unbedenklich. Dieser Begriff ist vielmehr weit zu verstehen.

Gewissermaßen kann der Begriff „*weitere Angestellte*“ im Kontext eines Vertragsverhältnisses mit dem Wortlaut „*Arbeitnehmer/Dienstpflichtiger*“ iSd. chinesischen deliktischen Rechts (Art. 34 f. CDG, früher auch Art. 8 f. der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*« [2004]) gleichgestellt werden. Auf dem Hintergrund von überaus großen Gerichtsentscheidungen und wissenschaftlichen Diskussionen wird auf die nach langjähriger forensischer Rechtsanwendung entwickelten Kriterien über „*Arbeitnehmer oder Dienstpflichtige*“ iRd. chinesischen deliktischen Geschäftsherrenhaftung zurückgegriffen. Für die Frage nach der Erfüllungsgehilfeneigenschaft von eigenen Personen stimmt es mit dem Verrichtungsgehilfen im Kern überein.

aa) Verzichtbarkeit des wirksamen Dienst- oder Arbeitsverhältnisses

Das wirksame Dienst- oder Arbeitsverhältnis ist in der Regel eine hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung für die Anerkennung der Angestellteneigenschaft.

Die persönliche Reichweite beschränkt sich nicht auf diejenigen Personen, die in den in chinesischen Unternehmen sehr üblichen Namenslisten von Arbeitnehmern (Art. 7 S. 2 des Arbeitsvertragsgesetzes [CAVG]) genannt werden.¹¹³⁰ Für die Beurteilung

¹¹²⁷ Schmidt-Kessel, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 178.

¹¹²⁸ Diese Ausdrucksweise ist im deutschen HGB, genauer gesagt, im Transportrecht, sehr geläufig. §§ 428, 436 f., 462, 501, 508 f. 540, 547 HGB sind der Fall. Es ist allerdings zu betonen, dass der Personenkreis „*seiner Leute*“ trotz der engen Verwandtschaft weiter als der des „*Erfüllungsgehilfen*“ iSd. § 278 BGB ist, vgl. MüKoHGB/Herber (2014) HGB § 428 Rn. 2. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereiches gilt § 428 z.B. aber nur für spezialgesetzlich geregelte Pflichten (§§ 408 ff., 425, 413 II, 422, 445 III HGB), während § 278 BGB für alle vertraglichen Pflichten gilt. Vgl. Baumbach/Hopt/Merkt (2016) HGB § 428 Rn. 1 und 5.

¹¹²⁹ Die Betriebszugehörigkeit stellt aber kein maßgebliches Kriterium dar. Im Falle der Arbeitnehmerüberlassung, wie noch darzustellen sein wird, ist der Arbeitnehmer trotz mangelnder Betriebszugehörigkeit auch als „*weiterer Angestellter*“ des Schuldners (Entleihers) zu sehen.

¹¹³⁰ OVGH, Urteil (2014) – ZB 627 [最高人民法院 (2014) 民申字第 627 号], der mit klaren Worten bestätigt, dass das Fehlen des Namens auf der Namensliste die Bestätigung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht

der Frage, ob jemand als „Angestellter“ des Schuldners angesehen werden kann, kommt es außerdem nicht auf den Abschluss eines unterschriebenen¹¹³¹ Dienst- oder Arbeitsvertrags¹¹³² sowie seine Wirksamkeit an. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob der Angestellte wegen einer geistig-psychischen Störung in der Lage ist, die ihm übertragenen Tätigkeiten weisungsgemäß auszuführen.¹¹³³ Umgekehrt haftet der Geschäftsherr selbstverständlich nicht für die mit ihm im Arbeitsverhältnis stehende Person, wenn die Letztere vorübergehend nach Anweisung eines fremden Dritten ihre Verrichtung ausgeführt und inzwischen dem anderen Schaden zugefügt hat.¹¹³⁴

Es liegt deshalb nahe, einen einheitlichen Oberbegriff – also Hilfspersonen – zu bilden, in den die Personengruppen aus beiden Rechtsgebieten (Art. 43 CAGZ, Art. 34 f. CDG) enthalten sind. Aus rechtvergleichender Perspektive kommt er – vorübergehend abgesehen vom *independent contractor* – im Ergebnis der ausschnittsweisen Tragweite des deutschen Gehilfenbegriffs iSd. § 831 BGB sehr nahe. In diesem Puzzle müssen außerdem die anderen einzelnen Stücke aus den chinesischen geltenden Vorschriften herausgefunden und mit etwas dogmatischem „Klebstoff“ vereinigt werden.

bb) Arbeitnehmerüberlassung

Auch die zunehmende Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung für den modernen Arbeitsmarkt hat der chinesische Gesetzgeber erkannt. Im Art. 34 II des Deliktsgesetzes wird die Haftungsfrage bei der Sonderkonstellation der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich geregelt. Nach ihm ist der Entleiher deliktsrechtlich verantwortlich, wenn der Leiharbeiter während der Überlassungsdauer in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung einem Dritten den Schaden zufügt; dem Verleiher, den ein Verschulden dafür trifft, wird seinem Verschuldensanteil entsprechend eine subsidiäre Haftung auferlegt.¹¹³⁵ Diese positivierte Regelung liefert faktische Bezugskriterien, wenn man seinen Blick auf die Vertragshaftung des Entleihers gegenüber seinem Gläubiger lenkt.¹¹³⁶

Unterstellt man beispielsweise, dass ein Arzt an der Notrufzentrale überlassen wird und vor Ort allgemeine medizinische Dienstleistungen gegenüber den Patienten erbringt, ist er hinsichtlich der notrufvertraglichen Pflicht zur sorgfältigen Behandlung Erfüllungsgehilfe der Notrufzentrale. Er ist allerdings nicht Erfüllungsgehilfe des Krankenhauses, das als Verleiher (Arbeitgeber) auftritt und in das der Patient plangemäß hätte geliefert werden müssen.¹¹³⁷ In dem angesprochenen Fall hat der

hindert.

¹¹³¹ Das gesetzliche Formerfordernis des Arbeitsvertrags ist im Art. 10 I CAVG ausdrücklich vorgeschrieben.

¹¹³² MVG Bingzhou, Urteil (2014) – I S 271 [滨州市中级人民法院 (2014) 滨中民一终字第 271 号].

¹¹³³ MVG Jinhua, Urteil (2014) – S 489 [金华市中级人民法院 (2014) 浙金民终字第 489 号].

¹¹³⁴ OVG Jilin, Urteil (2017) – ZB 1368 [吉林省高级人民法院 (2017) 吉民申 1368 号].

¹¹³⁵ Eine sog. subsidiäre Haftung entsteht, wenn den Verleiher ein Verschulden bei der Bestellung, regelmäßigen Überprüfung der erforderlichen Fachkenntnisse oder qualifizierten Zeugnisse trifft.

¹¹³⁶ In Ansehung des Prinzips „Relativität des Schuldverhältnisses“ ist eine Vertragshaftung des Verleihers gegenüber dem Gläubiger des Entleihers nicht denkbar. Als einzige Möglichkeit wird nur auf die Konstruktion der subsidiären Haftung des Verleihers iSd. Art. 34 II CDG zurückgegriffen, sofern ihm ein eigenes Verschulden zu Last fällt.

¹¹³⁷ UVG Qiaoxi, Urteil (2014) – C 00272 [石家庄市桥西区人民法院 (2014) 西民初字第 00272 号]. Da noch

Fahrer und die begleitenden Pfleger ohne irgendwelche zumutbare Kontrolle den wütenden Täter in den Ambulanzwagen einsteigen gelassen habe und der Täter hat mit einem mitgebrachten Dolch den Patienten brutal ermordet. In Bezug auf vertragliche Haftung sollte sowohl die Vertragsverletzung als auch das Verschulden der Notrufzentrale¹¹³⁸ ohne Weiteres als begründet erachtet werden. Einerseits ist die Notrufzentrale ohne Zweifel verpflichtet, den Patienten in einem geschlossenen Ambulanzwagen (auch nur) mit zumutbaren Schutzmaßnahmen vor möglichen Gefahren zu schützen (hier: Verhinderung von Schädigungen durch Dritte). Der Täter hat nach dem Losfahren den Wagen gestoppt und ist aber erst mit der Zustimmung des Fahrers und weiterer Pfleger eingestiegen. Die fehlende Kontrolle impliziert das Verschulden der Personen, denen sich die Notrufzentrale zur Erfüllung der notrufvertraglichen Schutzpflichten iSd. Art. 60 I CVG, der werkvertraglichen Pflicht zum Transport und der dienstvertraglichen Pflicht zu medizinischen Dienstleistungen bedient.

Kurz gesagt, die Vertragshaftung des Schuldners (Entleihers) teilt in Bezug auf die Arbeitnehmerüberlassung die dem Art. 34 II CDG immanente zivilrechtliche Dogmatik, dass der Geschäftsherr (Entleiher) neben dem Interessengewinn gleichzeitig die Personalrisiken zu tragen hat.¹¹³⁹

b) „Angestellte“ der Organisationseinheiten, die als andere Rechtsformen inkorporiert werden

Angeichts der Tatsache, dass eine recht ausführliche Behandlung der Rechtfertigung der Analogie des Art. 43 CAGZ auf andere Rechtsformen wie OHG, KG schon weiter oben¹¹⁴⁰ stattfand, erübrigt sich an dieser Stelle eine Wiederholung. Hier ist nur zu betonen, dass der chinesischen Rechtsprechung die rechtswissenschaftliche Analogie auf keinen Fall fremd ist, da die Analogiefähigkeit einzelner Rechtsnormen nicht selten in der chinesischen Kasuistik diskutiert wurde.¹¹⁴¹

c) „Angestellte“ des Schuldners, der eine natürliche Person ist

Auf dem Hintergrund des engen Anwendungsbereiches des scheinbar ausschließlich auf „*das in der Rechtsform juristischer Person betriebene Unternehmen*“ zugeschnittenen Art. 43 CAGZ kann eine andere Personengruppe, der sich eine natürliche Person (Schuldner) zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verbindlichkeit bedient, scheinbar kaum von der Tragweite erfasst werden.¹¹⁴² Es wird auf die analoge Anwendung des Art. 43 CAGZ zurückgegriffen. Hinsichtlich der

kein bestehendes behandlungsvertragliches Schuldverhältnis, freilich keine Vertragspflichten zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten vorliegt.

¹¹³⁸ Über den Haftungsmaßstab bei der Schutzpflichtverletzung vgl. oben § 5 C II, S. 115 ff.; bei den medizinischen Handlungen vgl. oben § 5 C IV 2, S. 125 ff.

¹¹³⁹ Ausführliche Diskussion vgl. oben § 2 B I, S. 17 ff.

¹¹⁴⁰ Vgl. oben § 6 C V 4 b, S. 169 ff.

¹¹⁴¹ OVG Hubei, Urteil (2012) – III U 89 [湖北省高级人民法院 (2012) 鄂民三终字第 89 号]: Ablehnung der Analogie der ausschließlich auf notarielle Testamente zugeschnittenen Normen auf andere beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfte; OVGH, Urteil (2013) – II ZR 29 [最高人民法院 (2013) 民二终字第 29 号]: Bejahung der Analogie des gutgläubigen Erwerbs der Sache (Art. 106 CSG) mit dem gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen.

¹¹⁴² Zur Analogiefähigkeit des Art. 43 CAGZ auf andere Rechtsformen vgl. oben § 6 C V 4, S. 187 ff.

Angestellteneigenschaft macht die Bestellung bei juristischen Personen oder natürlichen Personen grundsätzlich keinen Unterschied.¹¹⁴³ Dafür werden die deliktsrechtlichen Regelungen wieder als Argument herangezogen.

Die deliktische Haftung natürlicher Personen für Hilfspersonen wurde zuerst im Art. 9 der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*« (2004) und später im Art. 35 CDG (2009) gesondert – gegenüber der Haftung der Organisationseinheiten iSd. Art. 34 CDG – verankert. Es bleibt die Frage, ob und bejahendenfalls auf welcher normativen Grundlage die natürliche Person für das Fehlverhalten ihres Angestellten vertraglich haften muss. Für die Vorfrage „ja/nein“ besteht gar keine Schwierigkeit. Eher misslich ist es, eine Parallelvorschrift zum Art. 35 CDG aus dem geltenden Vertragsgesetz ausfindig zu machen. Dazu sind zwei Lösungsvorschläge denkbar: die analoge Anwendung des Art. 43 CAGZ oder des Art. 35 CDG. Beide Vorschläge sind grundsätzlich nicht angreifbar. Da sie auf exakt derselben Erwägung beruhen, dass der Schuldner/Geschäftsherr gleichzeitig das Interesse und das Risiko aus der Einschaltung von Hilfspersonen auf sich nehmen muss. Nach rechtsvergleichender Untersuchung ist das Zurückgreifen auf das Deliktsrecht im englischen Recht zu sehen. Die Gerichte haben manchmal in Anlehnung an deliktsrechtliche Regelungen Konstellationen hervorgehoben, in denen der Schuldner wegen des schuldhaften Fehlverhaltens eigener Personen den Vertragsbruch begeht.¹¹⁴⁴

Eine analoge Anwendung des Art. 43 CAGZ wäre m.E. hier aber vorzugswürdiger. Die ohne überzeugende Begründung vorgenommenen Unterschiede zwischen den Arbeitgebern in der Form von Organisationseinheiten wie GmbH, AG, OHG, KG (Art. 34 CDG) und einer natürlichen Person (Art. 35 CDG) stellen überhaupt eine künstliche Rechtszersplitterung dar. Eigentlich ist kein erheblicher Unterschied zwischen den separat vorgeschriebenen Rechtsfolgen für Geschäftsherrenhaftung nach außen zu konstatieren. Im Interesse der Bündigkeit und dogmatischer Stimmigkeit sollte diese unnötige Differenzierung im zukünftigen China-ZGB am besten beseitigt werden. Die Vorzugswürdigkeit des Art. 43 CAGZ liegt zum einen darin, dass sein Wortlaut „Angestellte“ das Kernmerkmal „Angestellteneigenschaft“ der Dienstpflichtigen bei natürlichen Personen teilen kann. Zum anderen wird die rechtliche Anforderung nach Gleichbehandlung juristischer und natürlicher Personen dadurch weitergehend berücksichtigt. Darüber hinaus wird die Vertragshaftung des Schuldners, der eine natürliche Person ist, auch durch den im Art. 43 CAGZ verankerten Tatbestand „betriebliche Tätigkeit“ sachgerecht reguliert. Kurz gesagt, hier liegt hinsichtlich der „vergleichbaren Interessenlage“ eine größere Ähnlichkeit mit Art. 43 CAGZ vor.

In Ansehung der Haftung für eigene Mitarbeiter ist die Gleichstellung von juristischen und natürlichen Personen auch in der chinesischen Lit. allgemein anerkannt. Als die repräsentativste Begründung kommt der andernorts bereits dargelegte „*Risiko-Nutznießungsgedanke*“ häufig vor. Der Sache nach weist die Haftung juristischer und natürlicher Person für eigene Personen die Gemeinsamkeit auf, dass

¹¹⁴³ Über die Unterschiede vgl. Die Abteilung „Zivilrecht“ im „Ausschuss des NPCSC für Recht“ (Hrsg.), S. 138.

¹¹⁴⁴ *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 177, ausführlicher S. 406.

sie in fremdem Interesse für ihren Geschäftsherrn tätig werde.¹¹⁴⁵

3. „Die zur familiären Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“

Wendet man seinen Blick zum vagen Begriff „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ im Familienleben, wird man von dem soeben Gesagten etwas konstruktivere Bezugskriterien entnehmen können.

a) Familiäre Verhältnisse im eigentlichen Sinne

In gleicher Weise stellt die Verwandtschaftsbeziehung – wie das formale Arbeits-/Dienstverhältnis – keinen zuverlässigen Schlüsselpunkt dar, mit dem man die Haftung für Dritte rechtfertigen kann. Die Stärke oder Intensität des persönlichen oder verwandtschaftlichen Verhältnisses hat für die Beurteilung geringe Bedeutung. Vielmehr wird gleichermaßen auf den inneren Zusammenhang zwischen dem schadenstiftenden Verhalten dieser Personen und der Erfüllung der Vertragspflicht zurückgegriffen. Der Mieter hat deshalb für den Brandschaden einzustehen, weil ein bei ihm übernachtender Gast durch einen nicht vollständig erloschenen Zigarettenstummel schuldhaft einen Brand verursacht hat. Es kann der minderjährige Sohn¹¹⁴⁶ oder ein entfernter Verwandte des Mieters sein, soweit sie mit Zustimmung des Mieters mit der Mietwohnung in Berührung kommen.¹¹⁴⁷ Der sog. Schlüsselpunkt liegt dagegen nicht im Verwandtenverhältnis.

Hinsichtlich der Pflicht des Mieters zur sorgfältigen Behandlung der Mietsache (Art. 219 CVG) und zur behutsamen Aufbewahrung (Art. 222 CVG) werden solche Personen als „zur Sphäre des Schuldners gehörige Personen“ bewertet, für die der Schuldner verantwortlich ist.

b) „Quasi-familiäre“ Beziehungen

Zur „familiären Sphäre des Schuldners“ gehören auch diejenigen, die auf seine Veranlassung eine Möglichkeit haben, auf Rechtsgüter des Gläubigers einzuwirken, wobei es nicht darauf ankommt, ob eine gesetzlich anerkannte Verwandtschaftsbeziehung im eigentlichen Sinne vorliegt. Maßgeblich ist vielmehr die wirkliche Lage, dass solche Personen durch das quasi-familiäre Zusammenleben eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit erhalten. Dafür lässt sich ein chinesisches Gerichtsurteil aufzeigen.

Ein ungetreuer Ehemann mietete eine Wohnung, in der er mit seiner Geliebten zusammen wohnt. Die Geliebte hat eines Tages nach einem heftigen Streit den Mieter ermordet und sich mit einer Erdgas-Explosion in der Mietwohnung umbracht. Der Vermieter macht geltend, dass die Erbengemeinschaft im Rahmen des gesamten Nachlassvermögens für Verbindlichkeiten des Erblassers (Renovierungskosten:

¹¹⁴⁵ WEN, *Xueguo* (文学国), in: *Science of Law* (法律科学), 01/1997, 55 (59).

¹¹⁴⁶ UVG Fumin, Urteil (2005) – C 155 [云南省富民县人民法院 (2005) 富民初字第 155 号].

¹¹⁴⁷ Die allgemeine Aussage, dass das Interesse des Vermieters in derartigen Fallkonstellationen auch durch das Deliktsgesetz, insb. die Konstruktion einer umfassenden Verkehrspflicht des Mieters, hinreichend geschützt werden kann, steht der Anerkennung der vertraglichen Lösungsvariante des Vermieters nicht entgegen. Die chinesische Rechtsordnung gewährt ihm das Wahlrecht, seine Klage entweder auf das Vertragsrecht oder auf das Deliktsrecht oder auf andere gesetzliche Grundlagen nach eigenem Wunsch zu stützen (Art. 122 CVG).

30,983 RMB) geradestehen muss.¹¹⁴⁸ Das Gericht hat der Klage nur mit einem einsilbigen Wort zugestimmt, da der Mieter für die schuldhafte Verletzung der ihm obliegenden sorgfältigen Aufbewahrungspflicht vertraglich haften müsse. Während die Entscheidung im Ergebnis zutreffend ist, scheint die Begründung nicht unbedenklich, weil sie die Kernfrage nicht berührt hat, warum in einem solchem Fall dem Mieter die vorsätzliche Handlung seiner mitwohnenden Geliebten zuzurechnen ist.

4. Der einheitliche Oberbegriff „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“

Die folgende Diskussion ist der schwierigsten sowie wichtigsten Aufgabe gewidmet, etwa allgemeine und verifizierbare Kriterien herauszufiltern, mit denen man das gesamte Bild aller „zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ zeichnen kann.

Der Umstand, dass das chinesische geltende Recht zumindest eine ausschnittsweise Regelung der vertraglichen Haftung des Schuldners für eigene Personen im Art. 43 CAGZ positiv-rechtlich geregelt hat, stellt einen guten Anlass dar, von ihm her die gesetzgeberische Zielsetzung sowie dogmatische Grundlage von Fällen zu erkennen, in denen sich der Schuldner dritten Personen zur Erfüllung seiner Vertragspflichten bedient.

a) Rechtsvergleichende Anstöße

aa) Kongruenz mit dem schweizerischen alten Obligationenrecht

In einer rechtsvergleichenden und historischen Umschau tritt eine mit der vorgenannten chinesischen Volkstümlichkeit gewissermaßen vergleichbarer Regelung unerwartet auf, die als die Regelungsgenese des Art. 101 OR angesehen wurde.

§ 1007 des Privatrechtlichen Gesetzbuches von *Johann Caspar Bluntschli* für den Kanton Zürich von 1853/1855 bestimmte: *der Schuldner (haftet) ... in der Regel dem Gläubiger gegenüber auch für den Schaden, den seine Familienangehörigen, Angestellten oder Dienstboten verschuldet haben.*¹¹⁴⁹ In der ursprünglichen Fassung des Obligationenrechts von 1881 sah Art. 115 I etwas Ähnliches vor: *Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienmitglieder, seiner Angestellten oder Arbeiter. Ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen.*¹¹⁵⁰ Dieser schon in den heutigen Art. 101 OR aktualisierten Vorschrift entsprechen in einem großen Maße die vorgenannten chinesischen volkstümlichen Vorstellungen, die sich trotzdem hinter dem alltäglichen Gesellschaftsleben unbemerkt verbergen, sich jedoch in der chinesischen Spruchpraxis widerspiegeln.

Die in der vorliegenden Arbeit erst nach mühevoller Untersuchung hervorgehobene

¹¹⁴⁸ MVG Suqian, Urteil (2014) – S 0174 [宿迁市中级人民法院 (2014) 宿中民终字第 0174 号].

¹¹⁴⁹ *Knütel*, ZRG (RA) 100 (1983), 340 (342).

¹¹⁵⁰ Die Entstehungsgeschichte des ehemaligen Art. 115 OR ist von *Ranieri*, S. 803, Fn. 441 relativ ausführlich vorgestellt worden.

Personengruppe und die im Art. 115 I OR von 1881 herausgestellte Personengruppe bilden eine eindeutige Abbildung. Im Satz 1 geht es zuerst um die *Familienmitglieder*, die im chinesischen Recht zur familiären Sphäre des Schuldners gehören. Anschließend handelt es sich um *Angestellte oder Arbeiter* des Schuldners, der aber keine juristische Person ist. Sie sind mit der Personengruppe (Schuldner, der eine natürliche Person ist) deckungsgleich, die im chinesischen Recht der analogen Anwendung des Art. 43 CAGZ unterliegt.¹¹⁵¹ Letztlich stimmt der auf *juristische Personen* zugeschnittene Art. 43 CAGZ, dessen Analogiefähigkeit auf andere Rechtsformen sich nach genauer Untersuchung als begründet erweist,¹¹⁵² mit Art. 115 I 2 OR von 1881 im Kern weitgehend überein. Diese überraschende Kongruenz gibt einen guten Anlass, die Kriterien der eigenen Rechtsordnung zu überprüfen und die nachvollziehbaren Maßstäbe fremder Rechtsordnungen hinzuzuführen.

bb) Ein übereinstimmender Grundgedanke im englischen Recht und Einheitsrecht

Hinsichtlich der (vertraglichen) Haftung für eigene Personen hat das englische Recht in Kürze unumwunden geantwortet. „*There are undoubtedly instances in which actual fault or privity on the part of the shipowner must be shown if he is to be liable, and liability for the acts of servants or agents can of course be excluded by contract. In the ordinary way, however, English law treats a party, his servants and agents as one.*“¹¹⁵³ Dasselbe Rechtsphänomen, dass das Gericht die Handlungen „*der zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen*“ mit dem ersatzpflichtigen Schuldner identifizieren mag, ist – wie oben gezeigt¹¹⁵⁴ – auch in der chinesischen Judikatur zu konstatieren. Ähnliches teilt das UN-Kaufrecht, nach dessen Art. 79 I CISG der Schuldner für die Handlungen der eigenen Leute stets einzustehen hat.¹¹⁵⁵

Die Behauptung, dass verschiedene Rechtsordnungen in vielen grundsätzlichen Problemfeldern trotz unterschiedlicher Grundlagen und Herangehensweisen sehr nahe kommen können, lässt sich auch durch die hier festgestellte Affinität zwischen dem chinesischen und schweizerischen sowie dem englischen Recht erhärten.

b) Aktualisieren zu einer wertungsneutralen Formulierung

An den Personen iSd. Art. 115 I OR von 1881 kann man eine Gemeinsamkeit ohne Weiteres extrahieren: Unterwürfigkeit und Untertänigkeit. In einer zunehmend durch Freiheit, Demokratie und Gleichheit geprägten modernen Rechtsordnung entspricht solche abwertende Nebendeutung offenbar nicht mehr den Anforderungen der verfassungsrechtlich geschützten Gleichheit und der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Unter Berücksichtigung der tiefgreifenden Veränderungen in der Gesellschaft erwies sich auch die Enumeration „*Familienmitglieder, Angestellte und Arbeiter*“ als eine viel zu starre und enge Formulierung. Diese fatale Schwäche des

¹¹⁵¹ Vgl. oben § 7 B I 2 c, S. 203 f.

¹¹⁵² Vgl. oben § 7 B I 2 b, S. 203.

¹¹⁵³ *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller B.V. (The Super Servant Two) (C.A.)* [1990] 1 Lloyd's Rep. 1 [7 f.], zitiert nach *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 178.

¹¹⁵⁴ Vgl. § 6 C IV 4 b cc, S. 171 f.

¹¹⁵⁵ *Schlechtriem/Schroeter*, UN-Kaufrecht, Rn. 665.

alten Art. 115 I OR von 1881 zwang dazu, die antiquierte Regel zu einer „wertungsneutralen“ Regelung wie in Art. 101 OR zu aktualisieren. Die aktuelle Fassung des Art. 101 OR hat anstatt der diffamierenden Formulierung „*der seiner Autorität untergeordneten ...*“ deshalb die wertfreieren Ausdrücke „*die Erfüllung einer Schuldpflicht ... durch eine Hilfsperson... vornehmen lässt*“ verwendet. Der Wortteil „*Hausgenossen oder Arbeitnehmer*“ lässt sich nun nur als klassische Beispiele hervorheben. Der Personenkreis der Hilfspersonen beschränkt sich freilich nicht auf die *Hausgenossen oder Arbeitnehmer* des Schuldners.

c) Annäherung: Von der „Sphäre“ des Schuldners zur Anforderung „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“ iSd. § 278

Während von der Vertragshaftung des Schuldners gesprochen wird,¹¹⁵⁶ ist die Verknüpfung der Handlung der „zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ mit dem Vertrag nicht entbehrlich. Sowohl aus der deutschen Formulierung „zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient“ als auch aus dem schweizerischem jetzigen Gesetzeswortlaut „*die Erfüllung einer Schuldpflicht ... durch eine Hilfsperson*“ lässt sich die Schlussfolgerung zutreffend ableiten, dass die deutschen und schweizerischen Gesetzgeber ihren Blick hauptsächlich auf die Erfüllung der Verbindlichkeit/Schuldpflicht gerichtet haben. Die innere Beziehung des Dritten zum Schuldner ist dagegen ganz unbedeutend geworden. Der Tatbestand „Erfüllung der Verbindlichkeit“ stellt dann einen praktisch nutzbringenden Anknüpfungspunkt dar, mit dem sich das Subjektive des vagen Worts „Sphäre“ überwinden lässt. Die Beurteilung ist deshalb gegen das persönliche Gutdünken immun. Derjenige, ganz gleichgültig, ob er den Hausgenossen oder zur Belegschaft zu zählen ist, kann erst als eine „zur Sphäre des Schuldners gehörige Person“ angesehen werden, wenn er mit Wissen und Willen des Schuldners zur Erfüllung seiner vertraglichen Verbindlichkeit eingeschaltet worden ist. Das Wollen des Schuldners erfordert nicht eine ins Einzelne gehende Weisung oder Anleitung an eine solche Person. Vielmehr soll es genügen, dass der Schuldner die Personen mit dem in den Schutzbereich des Vertrags fallenden Interesse in Berührung bringt und das Gläubigerinteresse ihrer Einwirkungsmöglichkeit ausgesetzt. In welches Pflichtengefüge des Vertrags die verletzte Pflicht eingeordnet werden kann, ist für die Beurteilung ebenfalls nicht maßgeblich.

Überdies ist zu erwähnen, dass der Personenkreis der „zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ im Vergleich zum „Einflussbereich des Schuldners“ iSd. Art. 79 I CISG. viel zu eng ist.¹¹⁵⁷ Der Letztere deckt offensichtlich noch einen Teil der sogleich zu behandelnden Personengruppe – d.h. den selbständigen Dritten – ab.

5. Fazit

Um sich vom subjektiven Ermessen bezüglich familiärer Verhältnisse fernzuhalten, müssen eher feinempfundene Beurteilungskriterien herangezogen werden. Für die

¹¹⁵⁶ Zur Möglichkeit der analogen Anwendung auf gesetzliche Schuldverhältnisse, vgl. oben § 7 A II, S. 195 ff.

¹¹⁵⁷ Zur sehr weit zu verstehenden Risikosphäre des Schuldners vgl. MüKoBGB/Huber (2016) CISG Art. 79 Rn. 7.

schwierige Abgrenzungsfrage, ob jemand zur Sphäre des Schuldners gehört, liefern die Vorgänger des schweizerischen Art. 101 OR wesentliche Vergleichsmaßstäbe. Durch die Aktualisierung zu einer „wertungsneutralen“ Formulierung werden der groben Haftungsregelung sachgerechte Einschränkungen auferlegt. Dazu bietet der geltende Art. 43 CAGZ mit dem sehr weit zu verstehenden Wortteil „betriebliche Tätigkeiten“ den gesetzlichen Anknüpfungspunkt an, aus dem die tatbestandliche Voraussetzung entnommen werden kann, dass die Handlungen „weiterer Angestellter“ im sachlichen Zusammenhang mit den betrieblich veranlassten Tätigkeiten stehen müssen. Überdies ist die dem Art. 43 CAGZ zugrundeliegende Erwägung mit Bezug auf andersartige Rechtsformen und natürliche Personen übertragbar, die sich eines Dritten zur Erfüllung ihrer (vertraglichen und gesetzlichen) Pflichten bedienen.

„Die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ sind somit diejenigen, die der Schuldner willentlich zum Zweck der Pflichterfüllung hinzuzieht (Leistungspflichten) oder denen auf seine Veranlassung die Möglichkeit zur Einwirkung auf anvertraute Rechtsgüter des Gläubigers (hauptsächlich die Neben- oder Schutzpflicht iSd. Art. 60 CVG) gegeben wurde.

II. Der selbständige „Dritte“

1. Der großzügige Personenkreis des „Dritten“ iSd. Art. 65 und Art. 121 CVG

Es fehlt noch ein anderes „Puzzlestück“ bezüglich der Haftung für selbständige Dritten, darunter der „*independent contractor*“ als eine praktisch wichtigste Personengruppe, die unstreitig einzusortieren ist.

Wie weiter oben ausführlich erläutert,¹¹⁵⁸ wird von dem Begriff „Dritter“ iSd. Art. 65 und Art. 121 CVG nur der selbständige Dritte erfasst. Der augenfälligste Unterschied beider Vorschriften liegt darin, dass Art. 65 CVG zusätzlich die Zustimmung des Gläubigers voraussetzt.¹¹⁵⁹ Art. 65 CVG bestätigt hauptsächlich den Grundsatz, dass der Schuldner nicht einfach durch die Aufgabenübertragung auf einen selbständigen Dritten entlastet wird. Um zu vermeiden, die Totenglocke für den Art. 65 CVG hören zu müssen, kommt er in den Fällen weiter zur Anwendung, in denen der Einschaltung eines selbständigen Dritten vom Gläubiger zugestimmt oder dieser angefordert wurde. Die Frage, ob der selbständige Dritte durch vertragliche Vereinbarungen, aus andersartigem konkreten Anlass¹¹⁶⁰ oder aus reiner Gefälligkeit eingeschaltet wurde, beeinflusst die Haftungsfrage nicht.

Die Großzügigkeit des Begriffs „Dritter“ iSd. Art. 65 und 121 CVG hat bereits oben eine relativ ausführliche Diskussion erfahren. Ein derartiger ungenauer Begriff verleiht den Richtern einerseits einen erheblichen Ermessensspielraum. Andererseits

¹¹⁵⁸ Vgl. jeweils § 6 C III 3 a, S. 158 ff. und § 6 C II 3, S. 146 ff.

¹¹⁵⁹ Seiner deklaratorischen Wirkung, dass der Schuldner sich mit Zustimmung des Gläubigers zur Erfüllung seiner Vertragspflichten eines Dritten bedienen kann, wird angesichts der breit anerkannten Selbstverständlichkeit der Hinzuziehung von Hilfspersonen eigentlich keine große Bedeutung beigemessen.

¹¹⁶⁰ Die Muttergesellschaft (Schuldner) hat bspw. die Erfüllung der ihr obliegenden Vertragspflichten durch eine rechtlich selbständige, aber strukturell untergeordnete Tochtergesellschaft zugelassen, ohne mit ihr einen einschlägigen Vertrag abzuschließen.

haben die chinesischen Gerichte diese Norm allzu wortgetreu angewandt. Ein zu formales Verständnis des Gesetzwortlautes „Dritter“ verwischt dann die ihm immanente dogmatische Konzeption und gesetzgeberische Zielsetzung. Der von der chinesischen Gerichtspraxis angenommene Personenkreis des „Dritten“ erstreckt sich deshalb sehr weit auf diejenigen, die keinen direkten Bezug zur Vertragserfüllung haben und nach der hier vertretenen Auffassung vielmehr von anderen gesetzlichen Vorschriften erfasst sein sollen. Um einer uferlosen Ausdehnung des Kreises Einhalt zu gebieten, stellt sich der chinesischen Lehre und Rspr. die dringende Aufgabe, solche Personen aus dem breiten semantischen Rahmen auszuschließen.

Angesichts der Tatsache, dass dem Art. 65 CVG unter Berücksichtigung des Vorhandenseins des Art. 121 CVG eher eine geringe praktische Bedeutung zukommt, konzentriert sich die folgende Untersuchung deshalb auf Art. 121 CVG.

2. Ein Dritter, der aus dem Anwendungsbereich des Art. 65 und 121 CVG herausfallen muss

In folgender Untersuchung wird damit ein Versuch (unter Anwendung des „Minus-Rechnens“) gewagt, einen solchen Dritten aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 121 CVG auszunehmen. Er weist *in toto* das gemeinsame Merkmal auf, dass er nicht willentlich von dem Schuldner zur Vertragserfüllung eingeschaltet wurde, sondern in irgendeiner andersartigen Weise die Vertragsabwicklung hindernd beeinflussen kann.

a) Ein Dritter, dessen Verhalten bzw. dessen Einwirkung als höhere Gewalt anzusehen ist

Zum ersten Punkt kommt derjenige in Betracht, dessen Verhalten in den allermeisten Rechtsordnungen unter Berücksichtigung seiner Unvorhersehbarkeit, Außergewöhnlichkeit und Unabwendbarkeit als höhere Gewalt angesehen werden muss.¹¹⁶¹ Ein Arbeitsstreik bei einem Dritten (nicht dem Reiseveranstalter) kann bspw. eine *force majeure* darstellen, die die Vertragshaftung des Schuldners verhindern kann.¹¹⁶²

In der chinesischen Lit. wird beispielsweise die Auffassung vertreten, dass die Bahn auch den Personenschaden zu ersetzen habe, wenn ein Zug-Passagier durch einen von außen geworfenen Stein verletzt wird.¹¹⁶³ Art. 121 CVG gilt als einschlägige Regelung. In diesem Fall kann der außerstehende Unbekannte nach der hier vertretenen Auffassung allerdings nicht als Dritter iSd. Art. 121 CVG bezeichnet werden.¹¹⁶⁴ Das Verhalten des unbekanntes Steinewerfers stellt hier nur höhere

¹¹⁶¹ Zur Definition höherer Gewalt vgl. BT-Drs. 8/108, S. 9; BT-Drs. 8/2343, S. 12; BT-Drucks. 8/786, S. 21; BGHZ 100, 185 ff., Rn. 12; BGH, 16. Mai 2017 - X ZR 142/15 – Rn. 10 f. (juris). Auf Seite des chinesischen Rechts jüngst LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李永平), in: *Journal of Shandong University (Philosophy and Social Sciences)* (山东大学学报[哲学社会科学版]), 05/2017, 24 (25).

¹¹⁶² MüKoBGB/Tonner (2017) § 651j Rn. 8.

¹¹⁶³ Der „Ausschuss des NPCSC für Recht“ (全国人大常委会法工委民法室) (Hrsg.): Erläuterungen über das CDG (中华人民共和国合同法释义), 2013, S. 503.

¹¹⁶⁴ Ohne Anführung von weiteren konkreten Kriterien geht WANG, Liming (王利明): Vertragsgesetz, Bd. III, S. 529 beispielsweise davon aus, dass die Vermeidung des Angriffs durch Dritten in den Rahmen von Schutzpflicht

Gewalt iSd. Art. 117 II CVG dar, die zur Entlastung der Bahn führen kann. Bloß die während der Beförderungsperiode eingetretene Körperverletzung stellt keinen Vertragsbruch dar, da man sich haftungsbefreiende Tatbestände vor Augen halten muss.

Mit einem konstruierten Fallbeispiel, in dem der Lastwagen eines Frachtführers beim Durchfahren des Erdbebengebiets *Wenchuan* (汶川) im Jahr 2008 von der lokalen Regierung für einen dringlichen Rettungszweck enteignet werde,¹¹⁶⁵ versucht ZHU, Wei (朱巍) ebenso auf die sachgerechte Grenze der Haftung für Dritte iSd. Art. 121 CVG hinzuweisen. In Wirklichkeit soll der enteignende Eingriff der Regierung in diesem Fall als höhere Gewalt angesehen werden,¹¹⁶⁶ die die vertragliche Haftung des Frachtführers gegenüber seinem Auftraggeber verhindern kann.¹¹⁶⁷ Der Rekurs auf Art. 121 CVG erweist sich als dogmatisch ungeeignet.

Als das Ergebnis der vorgelegten Untersuchung ist festzuhalten, dass man denjenigen, dessen Verhalten als höhere Gewalt iSd. Art. 117 II CVG bewertet werden kann, nicht im Sinne des „Dritten“ von Art. 121 CVG zu begreifen hat.

b) Ein Dritter, der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt

In der chinesischen Kasuistik lassen sich oft Fälle finden, in denen die vollständige Erfüllung der Vertragspflichten in mehr oder minder großem Umfang von der Mitwirkung der Behörden¹¹⁶⁸ abhängt.¹¹⁶⁹ Abgesehen vom sachenrechtlichen Erfordernis der Eintragung bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken (Art. 9 I CSG)¹¹⁷⁰ gibt es noch viele genehmigungsbedürftige Geschäfte, für deren Wirksamkeit oder reibungslose Abwicklung mitwirkende Handlungen der zuständigen

des Beförderers fällt.

¹¹⁶⁵ ZHU, Wei (朱巍), in: *Political Science and Law* (政治与法律), 08/2008, 15 (18).

¹¹⁶⁶ Winnefeld in: Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 5. Auflage 2015, Rn. 2037. Nach der verwaltungsrechtlichen ständige Rspr. kann auch eine rechts- oder treuwidrige Handlung des Amtsträgers höhere Gewalt begründen, vgl. BVerwG, NVwZ 2014, 658 ff., Rn. 13 mwN.

¹¹⁶⁷ Auch vgl. OVG Jiangxi, Urteil (2015) – I G 3 [江西省高级人民法院 (2015) 赣民一初字第 3 号], wobei das verkaufte Grundstück von der Regierung enteignet wurde.

¹¹⁶⁸ Von vornherein wird hier auf den Unterschied zwischen mitwirkenden Handlungen und staatlichen Eingriffen hingewiesen. Hinsichtlich der dogmatischen Einordnung sind die Letzteren, wie soeben erläutert, in höhere Gewalt iSd. Art. 117 II CVG einzustufen.

¹¹⁶⁹ Nicht jedes fehlerhafte behördliche Handeln kann ohne Weiteres in höhere Gewalt eingeordnet werden. In einem jüngsten deutschen Fall, in dem der Reisepass eines Reisenden von der Bundesdruckerei (wohl fälschlicherweise) als abhandengekommen gemeldet wurde, stellte das behördliche Handeln dann keine höhere Gewalt dar. Vgl. BGH, NJW 2017, 2677 ff., Rn. 14.

¹¹⁷⁰ Chongqing-No.4-MVG, Urteil (2015) – S 00659 [重庆市第四中级人民法院 (2015) 渝四中法民终字第 00659 号]: Verspätete Eintragung ins Grundbuch wegen der Verzögerung durch das Grundbuchamt. Das Mittlere Gericht verneint hier die Haftung des Verkäufers deshalb, weil die Parteien genau eine haftungsausschließende Vereinbarung über Verzögerungen durch das Grundbuchamt getroffen hatten. Ohne eine derartige Abrede wäre die Haftung auch denkbar, wenn der pflichtige Verkäufer den Antrag rechtzeitig gestellt und alle erforderlichen Unterlagen vollständig abgegeben hätte. Denn er hat neben der Vornahme aller notwendigen Handlungen die *obligation de résultat* (Herstellung des Übereignungserfolgs) geschuldet. AA. LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李永平), in: *Journal of Shandong University (Philosophy and Social Sciences)* (山东大学学报[哲学社会科学版]), 05/2017, 24 (29), die die behördliche Verzögerung für höhere Gewalt iSd. Art. 117 II CVG halten. Nach der deutschen Lehre hat der Verkäufer in diesem Fall aber nichts zu vertreten, weil nur *obligation de moyens* geschuldet sei. Vgl. Palandt/Grüneberg (2016) § 280 Rn. 12; BGHZ 174, 61 ff., Rn. 35 ff. (Keine Garantiehafung des Verkäufers der Eigentumswohnung).

Behörde erforderlich sind.¹¹⁷¹

Verpflichtete sich z.B. der Verkäufer des Geschäftsanteilskaufvertrags neben der Übertragung der Gesellschaftsanteile noch zur Übertragung des Gebrauchsrechts an staatseigenem Land an das Zielunternehmen und lehnte die zuständige Behörde die Übertragung des Gebrauchsrechts und die Eintragung ab, so stellte das einen Vertragsbruch dar, für den der zur Eigentumsverschaffung verpflichtete Verkäufer haftet. Nach der Gerichtsansicht sei die Behörde ein Dritter iSd. Art. 121 CVG und hafte der Verkäufer scheinbar für die behördliche Absage.¹¹⁷² Obwohl sich das Urteil im Ergebnis als angemessen erwiesen hat, kann der höchstrichterlichen Herangehensweise nicht gefolgt werden.

Der zur Antragstellung Verpflichtete ist in der Regel auch verantwortlich, wenn die zuständige Behörde das ihr anvertraute öffentliche Amt rechts- oder treuwidrig ausübt, es sei denn, dass solche behördlichen Handlungen unter höhere Gewalt einzustufen sind oder etwas Abweichendes im Vertrag vereinbart wurde. Die Absage durch die Behörde stellt im angesprochenen Fall keine höhere Gewalt iSd. Art. 117 II CVG dar,¹¹⁷³ weil sie erfahrungsgemäß nicht unvorhersehbar ist und sie im Verhältnis zum Käufer in die Risikosphäre des Pflichtigen fällt. Das Risiko fehlender oder fehlerhafter behördlicher Handlungen ist im Allgemeinen dem Verpflichteten aufzuerlegen. Die allgemeine vertragliche Haftungsnorm, nämlich Art. 107 CVG, soll genügen, die Haftung des Verkäufers zu rechtfertigen. Mit dem allgemeinen Rekurs auf Art. 121 CVG würde die sachgerechte Risikoverteilung in derartigen Konstellationen wenig erhellt. Was schlimmer ist, dass dies die dem Art. 121 CVG inhärente dogmatische Grundlage unterminieren kann.

Insgesamt betrachtet, wird die Behörde nicht zur Vertragserfüllung eingeschaltet. Ihre Mitwirkung ist vielmehr die äußerliche Erscheinungsform der öffentlichen Regulierung, was den Schuldner hier deshalb haftbar macht, weil die fehlerhaften behördlichen Handlungen gerade in seine Risikosphäre fallen, nicht weil er in solchen Konstellationen Vorteile von Arbeitsteilung genießen kann.

c) Ein Dritter, der (angeblich) in einer Lieferkette oder in ähnlichen Ketten steht

Praktisch wird die Frage hier höchst relevant, ob der Schuldner auch für denjenigen, der im Verhältnis zu ihm in einer Lieferkette oder in ähnlichen Ketten steht, gegenüber seinem Gläubiger haftet. Ein Grund für die nähere Betrachtung dieses Fragenbereichs liegt einerseits darin, dass die Verneinung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des (Vor-)Lieferanten auf Seiten des deutschen Rechts

¹¹⁷¹ Z.B. OVGH, Urteil (2014) – ZB 1931 [最高人民法院 (2014) 民申字第 1931 号]: Pachtvertrag über das Bergbaurecht; OVGH, Urteil (2015) – I Z 318 [最高人民法院 (2015) 民一终字第 318 号]: Kaufvertrag über Immobilien, die zum staatlichen und genossenschaftlichen Eigentum gehören; OVGH, Urteil (2014) – II Z 212 [最高人民法院 (2014) 民二终字第 212 号]: Kaufvertrag über Geschäftsanteile des chinesisch-ausländischen vertraglichen Joint Ventures.

¹¹⁷² OVGH, Urteil (2010) – II Z 54-1 [最高人民法院 (2010) 民二终字第 54-1 号].

¹¹⁷³ Die in der Fn. 1166 aufgestellte Auffassung von BVerwG, NVwZ 2014, 658 ff. sollte man nicht in dem Sinne missverstehen, dass jedes hoheitliche Handeln ohne Weiteres höhere Gewalt darstellen kann. Die behördliche Absage wirkt sich trotz der negativen Wirkung in diesem Fall nicht als staatlicher Eingriff aus. Vielmehr ist sie lediglich ein Risiko, das dem zur Eigentumsverschaffung verpflichteten Verkäufer aufzuerlegen ist.

wieder vor Augen geführt wird. Den weiteren wichtigeren Grund sieht man andererseits darin, dass diese Frage seitens der chinesischen Lehre und Rspr. oft iRd. Art. 121 CVG behandelt wird, welcher als eine der Kernvorschriften in der vorliegenden Arbeit genau untersucht wird.

Paradigmatische Beispiele sind die Fälle, in denen ein Verkäufer wegen der gescheiterten Mitwirkung seines Lieferanten die Kaufsache nicht oder terminwidrig an seinen Vertragspartner geliefert hat oder sich nach der Ablieferung ein vom Lieferanten hervorgerufener Mangel zeigte und der Käufer dadurch einen Schaden erlitten hat oder sich eine Mietsache trotz der Fälligkeit der versprochenen Gebrauchsüberlassung weiter in der Hand des früheren Mieters befindet.

aa) Nichterfüllung oder Verzug des Schuldners

1) Nicht-Geldschuld

Hinsichtlich der Haftung für die Nichterfüllung oder den Verzug stimmen die Rechtsergebnisse in verschiedenen Rechtsordnungen trotz der unterschiedlichen Herangehensweisen grundsätzlich miteinander überein.

Neben der regelmäßig erforderlichen Mahnung (§ 286 I 1) setzt die deutsche Verzugshaftung scheinbar noch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand (§ 286 IV) voraus. Abgesehen von der Beweislastumkehr¹¹⁷⁴ und der Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs, durch die der Sache nach dem Schuldner regelmäßig mehr Vertragsrisiken zur Last auferlegt werden, wird außerdem öfter auf die „*stillschweigende Gewährübernahme*“ zurückgegriffen, um die Haftung zu rechtfertigen.¹¹⁷⁵ Bei der Gattungsschuld habe der Verkäufer das Beschaffungsrisiko übernommen (§ 276 I 1),¹¹⁷⁶ soweit die Parteien nichts Abweichendes vereinbart hatten. Vor diesem Hintergrund ist die Möglichkeit, dass sich der Verkäufer von der Verzugshaftung entlastet, in Wahrheit sehr gering. Im Common Law ist der Verkäufer auch dafür verantwortlich, wenn sich der Verzug auf das unerwartete Ausbleiben der Lieferung durch seinen Lieferanten zurückführen lässt.¹¹⁷⁷ In der Taiwan-Rechtsprechung ist das OGH zum gleichen Ergebnis gelangt.¹¹⁷⁸ Die Ratio der Haftung liegt einfach darin, dass die Verzögerung, auch das Ausbleiben der Lieferung, was sich auf die gescheiterte Mitwirkung des eigenen Lieferanten zurückführen lässt, ausschließlich in den Risikos- oder Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁴ MüKoBGB/*Ernst* (2016) § 286 Rn. 118; *Staudinger/Löwisch/Feldmann* (2014) § 286 Rn. 179.

¹¹⁷⁵ *Palandt/Grüneberg* (2016) § 278 Rn. 13; OLG Frankfurt, BB 1977, 13 f. (Bejahung der Haftung des Verkäufers für die rechtzeitige Lieferung seines Lieferanten).

¹¹⁷⁶ *Kötz*, EuroVertragsrecht, S. 366, 371; MüKoBGB/*Ernst* (2016) § 286 Rn. 106. Ausführlicher über die Einstandspflicht des Gattungsschuldners, vgl. *Canaris*, in: FS *Wiegand* (2005), 179 ff. Aus der rechtsvergleichenden Perspektive auch im Common Law, vgl. *Pellegrino*, ZEuP 1997, 41 (47); *Treitel*, Remedies for Breach of Contract, S. 18.

¹¹⁷⁷ *El Rio Oils (Canada) Ltd. v. Pacific Coast Asphalt Co. Inc.* 213 P.2d 1 (1950) zitiert nach *Treitel*, a.a.O., S. 16. Auch *Treitel*, Law of Contract, S. 737 (“prevented from making delivery because he was let down by his supplier”); *Schmidt-Kessel*, a.a.O., S. 217 f.

¹¹⁷⁸ „Taiwan-OGH“ (2015) Revision Nr. 565 (104 年度台上字第 565 号).

¹¹⁷⁹ *Schmidt-Kessel*, a.a.O., S. 222.

Die chinesische Rechtsprechung weist in diesen Konstellationen keinen Ausnahmecharakter auf. Die vertragliche Schadensersatzhaftung dafür wird für selbstverständlich gehalten. Obwohl diese Lösung nach heutigem Erkenntnisstand bzw. rechtsvergleichenden Ergebnissen nicht angreifbar ist, mag das Anwenden des Art. 121 CVG nach der hier vertretenen Ansicht doch nicht unbedenklich sein. Den Lieferanten, der seinerseits die Kaufsache nicht oder nicht termingemäß an den Verkäufer liefert, und den früheren Mieter, der aus rechtmäßigen oder rechtswidrigen Gründen die Mietsache weiter in Besitz genommen hat und die Übergabe an den neuen Mieter verhindert hat, kann man nicht als „Dritte“ iSd. Art. 121 CVG bezeichnen. Die Rechtfertigung für die Verneinung seiner Anwendbarkeit liegt gerade darin, dass die gemäß Art. 121 CVG geforderte Nutznießung hier fehlt und dass auf den allgemeinen Rechtsgedanken der Risikoverteilung zurückgegriffen werden soll.¹¹⁸⁰ Als Anspruchsgrundlage wird vielmehr die allgemeine Haftungsnorm Art. 107 CVG zitiert, hinter der sich der Gedanke der „Risikoverteilung“ verbirgt.

2) Geldschuld des Schuldners

In Bezug auf die Geldschuld wird eine chinesische Gerichtsentscheidung beigelegt, um die Besonderheit der sog. Zahlungskette in der chinesischen Judikatur zu demonstrieren. Sie stellt außerdem eine Widerspiegelung davon dar, wie verworren das Verständnis des Art. 121 CVG in der Gerichtspraxis ist.

Der wegen Nichterfüllung der Zahlungspflicht in Anspruch genommene Käufer von Stahlprodukten wehrte sich unter Berufung darauf, dass ihm sein Auftraggeber seinerseits die fällige Vergütung der Werkleistung nicht geleistet habe. Den Einwand¹¹⁸¹ des beklagten Käufers hat das Gericht abgewiesen, weil er gemäß Art. 121 CVG auch für die Vertragsverletzung, die sich auf den „*beim Dritten* (seinem Auftraggeber) *liegenden Grund*“ zurückführen lasse, verantwortlich sei.¹¹⁸² Diese Rechtsprechung belegt wieder, dass Art. 121 CVG eine zu weit ausgedehnte Anwendung findet, soweit ein Dritter in irgendeinem Verhältnis zum Schuldner steht und irgendwelche Auswirkungen auf die Vertragsabwicklung ausübt. Gleichwohl ist zuzugestehen, dass sowohl das Entscheidungsergebnis als auch die Rechtsanwendung des Art. 121 CVG zumindest in Anbetracht einer wortgetreuen Gesetzesauslegung nicht zu bemäkeln sind.

Die augenfälligste Problematik liegt aber darin, dass die zu wörtliche Anwendung zu einer unerfreulichen Zersplitterung führen kann. Unterstellt man, dass das Ausbleiben der Zahlung lediglich von einer eigenen finanziellen Klemme des Käufers herrührt, hätte sich der Richter dann an eine andere gesetzliche Grundlage (Art. 107 CVG als

¹¹⁸⁰ In der chinesischen Lit. wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Verkäufer durch den Kaufvertrag eine Garantie übernommen hat, die versprochene Kaufsache termingemäß an den Käufer zu liefern. Eine zu großzügige Annahme einer Garantie ist allerdings abzulehnen, weil sie regelmäßig nur eine richterliche Fiktion darstellt und dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien widersprechen kann.

¹¹⁸¹ Für den Einwand des zahlungspflichtigen Käufers spielen die Umstände regelmäßig keine Rolle, die ausschließlich nur zwischen den Beteiligten des anderweitigen Werkvertrags bestehen. Es entspricht dem alten Sprichwort „*exceptio ex iure tertii non datur*“ (keine Einwendung und Einrede aus fremdem Recht kann dem Anspruch entgegengehalten werden). Es entspricht damit den Anforderungen des Relativitätsgrundsatzes. Vgl. MüKoBGB/*Ernst* (2016) Einl. zum 2. Buch, Rn. 21.

¹¹⁸² MVG Chenzhou, Urteil (2017) – X S 513 [郴州市中级人民法院 (2017) 湘 10 民终 513 号].

allgemeine Haftungsnorm) zu wenden. Eine kodifizierte Regelung (wie hier Art. 121 CVG) sollte ja die Rechtsfragen ergiebig lösen, statt zusätzlich (wertlose) Fragen zu stellen.¹¹⁸³ Dass die im Wesentlichen gleichen Sachverhalte unter unterschiedlichen Vorschriften (Art. 107 oder 121 CVG) subsumiert werden müssen, scheint trotz der gleichen Ergebnisse eher schwer begreiflich.¹¹⁸⁴ Eine einheitliche bzw. subsumtionsfähige Regelung wäre dann empfehlenswerter.

Von Seiten des deutschen Rechts werden derartige Rechtsstreitigkeiten nach dem allgemeinen Grundsatz „*Geld muss man zu haben*“¹¹⁸⁵ behandelt, der dem Geldschuldner eine uneingeschränkte Einstandspflicht auferlegt. Die Haftung für Geldschuld wird als eine unbeschränkte Vermögenshaftung¹¹⁸⁶ ausgestaltet, welche entweder aus dem im Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht verankerten Prinzip¹¹⁸⁷ oder aus sonstigem Inhalt des Schuldverhältnisses¹¹⁸⁸ (genauer: „*Übernahme eines Beschaffungsrisikos*“¹¹⁸⁹) hergeleitet wird. § 275 I findet hier auch keine Anwendung.¹¹⁹⁰ Hinsichtlich des Vertretenmüssens des Geldschuldners iSd. § 286 IV kommt es nicht auf den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit an, weil hier eine strengere Haftung (Geldmittel zu beschaffen) vorliegt.¹¹⁹¹ Für die Geldschuld hat der Schuldner schlechthin einzustehen, ganz gleichgültig, ob ein Dritter einen positiven oder negativen Einfluss auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Schuldners nimmt.

Zweifellos ist der die Vergütungszahlung verzögernde Auftraggeber in der angesprochenen chinesischen Rechtsprechung kein Erfüllungsgehilfe des Käufers. Der Sache nach haftet der ersatzpflichtige Käufer nicht für Dritte (seinen Auftraggeber), sondern für sich selbst, da er das Risiko zur Beschaffung des für die Kaufpreiszahlung erforderlichen Geldmittels übernimmt und das Scheitern in jedem Fall zu vertreten hat, ohne sein subjektives Verschulden zu berücksichtigen. Kurz gesagt, der sog. Auftraggeber des Käufers (ein Dritter) spielt bei Geldschuld überhaupt keine Rolle.

Kurz gesagt, bezieht sich die sog. Vertragsverletzung (Nichtzahlung des Kaufpreises an seinen Verkäufer) nicht wirklich auf „einen bei einem Dritten vorliegenden Grund“. Um die vorher skizzierte Zersplitterung zu beseitigen, macht man sich damit die deutsche Lösung („Geld muss man haben“) zunutze, der eine einheitliche

¹¹⁸³ *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889 (898).

¹¹⁸⁴ Das Gebot, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln, ist allerdings noch nicht verletzt, obwohl das Gericht seine Gerichtsurteile auf verschiedene positivierte Regelungen stützt.

¹¹⁸⁵ Statt vieler nur *Medicus*, „Geld muss man haben“: Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), 489 ff.; *Honsell*, Vier Rechtsfragen des Geldes, in: FS Canaris I (2007), 461 (464 ff.).

¹¹⁸⁶ In *Mugdan II*, S. 25 wurde klar darauf hingewiesen, dass eine umgekehrte Regelung „unhaltbare Konsequenzen“ zur Folge hätte.

¹¹⁸⁷ *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 500; *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT, Rn. 392.

¹¹⁸⁸ BT-Drs. 14/6040, S. 132; BGHZ 204, 134 ff. (Rn. 18): Mietzahlungsverzug wegen der verspäteten Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle.

¹¹⁸⁹ BT-Drs. 14/7052, S. 184: „*Natur der Schuld und Geldschuld*“.

¹¹⁹⁰ *Medicus*, a.a.O., 489; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 424; HK-BGB/*Schulze* (2017) § 275 Rn. 8; Palandt/*Grüneberg* (2016) § 276 Rn. 3 und 28; BGHZ 107, 92 (102). AA. *Kähler*, AcP 206 (2006), 805. Nach § 279 aF. vgl. BGHZ 143, 373 (379).

¹¹⁹¹ Rechtsvergleichende Untersuchungen, vgl. *Kötz*, EuroVertragsrecht, § 14 II 1 (S. 359); *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, § 7, S. 215; *Pellegrino*, ZEuP 1997, 41 (47); *Treitel*, Remedies for Breach of Contract, S. 17; *ders.*, Law of Contract, S. 733 („*not incapacitated ... obliged to pay money, merely because he is insolvent*“); *ders.*, in: Liber amicorum for Wilberforce (1987), S. 185.

dogmatische bzw. gesetzliche Grundlage (Art. 107 CVG) zugrunde liegt.

bb) Die durch einen Sachmangel der Kaufsache verursachte Schäden

Der Verkäufer ist verpflichtet, die den vertraglich vereinbarten Qualitätsstandards entsprechende Kaufsache¹¹⁹² zu übergeben (Art. 153 S. 1 CVG). Maßgeblich für die Bestätigung des Sachmangels sind vor allem die Vereinbarungen der Parteien. Nach der im Art. 154 CVG angeordneten Verweisung stellen Art. 61 f. CVG¹¹⁹³ eine Reihe qualitätsbezogene Regelungen zur Verfügung, mit denen die vereinbarten Qualitätsstandards ermittelt werden können.

Hinsichtlich der Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei der Lieferung sachmangelhafter Ware, deren Mangel aber vom Hersteller oder Lieferanten hervorgerufen worden sind, steht das chinesische Vertragsgesetz in einem deutlichen Kontrast zum deutschen Recht.¹¹⁹⁴ Die chinesische Lit. und Rspr. sind sich weder mit großem rechtstheoretischen Aufwand noch mit rechtspolitischen Widersprüchen einig, dass der Verkäufer für die durch Mängel der Kaufsache verursachten Schäden verantwortlich ist. Der Umstand, dass die Sachmängel schon vor oder nach der Lieferung an den Verkäufer vorliegen, ist ohne Belang. Art. 121 CVG kommt in diesen Fällen als eine allgemeingültige Vorschrift zur Anwendung. Zweifel bei der Beantwortung der Frage, ob der Käufer durch Art. 121 CVG ungerechtfertigt privilegiert oder umgekehrt der Verkäufer unerträglich überfordert wird, lassen sich eher selten erkennen. Die weitere Frage, auf welche dogmatische Argumentation oder welche historische Konzeptionierung ein derartiges Ergebnis beruht, wird ebenso kaum angesprochen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Rekurs auf Art. 121 CVG überflüssig. Die folgende Diskussion wird dann der Aufgabe gewidmet, die eigentliche dogmatische Grundlage für eine derartige Haftung herauszuarbeiten.

1) Keine Haftung des Verkäufers wegen der Verletzung der allgemeinen Untersuchungsobliegenheit/-Pflicht

Ein mit großem Argumentationsaufwand vorgenommener Versuch der deutschen Lit., dem Verkäufer eine allgemeine Untersuchungspflicht aufzuerlegen, ist nach einer genauen dogmatischen Diskussion gescheitert,¹¹⁹⁵ weil eine derartige Pflicht kaum vom Gesetz geleitet werden kann.

¹¹⁹² Die vertraglich vereinbarten Qualitätsstandards sind im weiteren Sinne zu verstehen. Davon sind die Qualitätsabweichung (Abweichung von Beschaffenheitsvereinbarungen, Untauglichkeit für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung und für die gewöhnliche Verwendung, § 434 I), der Montagefehler und die fehlerhafte Montageanleitung (§ 434 II) sowie die Aliud- und Minus-Lieferung (§ 434 III) iSd. deutschen Rechts eben erfasst. Der Rechtsmangel ist im Art. 150 f. CVG separat geregelt. Für die Haftung für den Vertragsbruch wird auf die allgemeinen Regelungen des CVG-AT, vor allem Art. 111 CVG, zurückgegriffen. Insgesamt betrachtet, ist der Qualitätsmangel seiner Natur nach funktionell mit dem deutschen Begriff „Sachmangel“ iSd. § 434 BGB zu vergleichen.

¹¹⁹³ Abgesehen von der Ungenauigkeit der Vorschriften übernimmt Art. 61 f., CVG, insb. Art. 62 Nr. 1 CVG hinsichtlich der Feststellung von Qualitätsstandards der Kaufsache eine ähnliche Funktion, die Sec. 13 ff. SGA 1979 innerhalb des „Sale of Goods“ zukommt. Hinsichtlich des Verbrauchsgüterkaufs findet sec. 10 ff. des „Consumer Rights Act 2015“ Anwendung.

¹¹⁹⁴ Insb. beim Fall von „Ein- und Ausbaurkosten“, vgl. jüngst *Thon*, JuS 2017, 1150 ff. und *Picht*, JZ 2017, 807 ff.

¹¹⁹⁵ *Schroeter*, JZ 2010, 495 (496 f.); *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 142; *Finkenauer*, WM 2003, 665 (666 ff.). Die andersartigen Versuche, das Herstellerfehlverhalten dem Verkäufer zuzurechnen, siehe *Schroeter*, a.a.O., 495 (496 f.); *Weller*, NJW 2012, 2312 (2315); *Witt*, NJW 2014, 2156 (2157); *MüKoBGB/Grundmann* (2016) § 278 Rn. 31.

In krassem Gegensatz dazu schreibt das CVG eine generelle Obliegenheit zur Untersuchung und Mangelrüge für alle Käufer¹¹⁹⁶ (Art. 157 f. CVG) vor. Die Haftung des Verkäufers (also dem Erstkäufer) für Sachmängel (gegenüber dem Zweitkäufer) darf sich allerdings nicht auf eine derartige Untersuchungsobliegenheit zurückführen lassen. Die Verletzung einer Obliegenheit sollte dem Käufer lediglich Rechtsnachteile im Verhältnis zu seinem Vertragspartner (Verkäufer) bringen.¹¹⁹⁷ Daraus lässt sich keine gegenüber dem künftigen Zeitkäufer (Abnehmer) geschuldete Untersuchungspflicht herleiten,¹¹⁹⁸ deren Verletzung im Verhältnis zu ihm später eine Pflicht zum Schadensersatz auslösen kann. Eine Erhöhung der Obliegenheit von geringerer Intensität zur Pflicht mit einem „Befehl an den Schuldner“¹¹⁹⁹ bedarf einer besonders überzeugenden Begründung,¹²⁰⁰ die aber nicht ersichtlich ist.

Überdies kann jeder Käufer der Adressat der sog. Untersuchungsobliegenheit sein, unabhängig davon, ob er früher einen Weiterverkauf der gekauften Sache intendiert hat oder sie in Zukunft noch spontan verkaufen möchte. Ein normaler privater Käufer würde empirisch dieser vorgeblichen „Untersuchungspflicht“ wenig, insb. im Falle komplizierter Maschinen nicht nachkommen. Eine derartige schwer oder kaum verwirklichbare „Pflicht“ würde zu einem unerträglichen Ergebnis zulasten des Verkäufers führen.

2) Verkäuferhaftung als kaufvertragliche Garantiehafung iSd. Art. 107 CVG

Der Versuch, den Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Art. 121 CVG zu stützen, erübrigt sich, wenn man nach der hier vertretenen Auffassung einheitlich auf das Prinzip der Garantiehafung iSd. Art. 107 CVG verweist.

Hinsichtlich der Rechtsbehelfe des Käufers bei Qualitätsmängel der Kaufsache stellt Art. 155 CVG als eine spezifische Verweisungsnorm eine Verweisung auf Art. 111 CVG dar. Nach Art. 111 CVG kann er gegen den Verkäufer – je nach dem Wesen der (Kauf-)Sache und dem Maß des Verlusts (Schadens) – die Haftung für den Vertragsbruch, also in zumutbarer Weise die Ansprüche auf die Reparatur, den Austausch, die Neuherstellung, das Zurückschicken der Ware, die Minderung des Preises oder der Vergütung geltend machen (Art. 111 CVG). Bei näherem Hinsehen enthält Art. 111 CVG ausschließlich präzise Ausführungen der Abhilfemaßnahmen iSd. Art. 107 CVG, die gewissermaßen mit solchen Nacherfüllungsmaßnahmen iSd. § 439 BGB vergleichbar sind. Überdies hat Art. 112 CVG anschließend klargemacht, dass die Vornahme von Abhilfemaßnahmen die Schadensersatzhaftung nicht verhindert. Insgesamt ist anzunehmen, dass Art. 111 f. CVG in Wirklichkeit die Konkretisierung oder die zusätzliche Ergänzung der allgemeinen Haftungsnorm Art.

¹¹⁹⁶ Im deutschen Recht besteht die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit lediglich im beiderseitigen Handelskauf (§ 377 HGB). Es wird teilweise vertreten, dass diese Obliegenheit auch auf Nichtkaufleute auferlegt werden sollte. Zu diesem Vorschlag und der Kritik vgl. MüKoHGB/*Grunewald* (2013) § 377 HGB Rn. 10. Jüngste Literatur zum § 377 HGB vgl. *Lieder/Hohmann*, Jura 2017, 1136 ff.

¹¹⁹⁷ MVG Jining, Urteil (2015) – S 587 [济宁市中级人民法院 (2015) 济商终字第 587 号]: Bestätigung der Mangelfreiheit von Fahrzeugzubehören durch Unterzeichnung der Abnahmeerklärung. Im deutschen Recht, vgl. *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 26.

¹¹⁹⁸ Seitens des deutschen Rechts auch *Schroeter*, a.a.O., 495 (496 f.).

¹¹⁹⁹ *Riehm*, in: FS Canaris (2017), 345 (352).

¹²⁰⁰ *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 26, der sie nur in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls für erlaubt hält.

107 CVG ausmachen. Deshalb hat sich der Käufer im Fall der Qualitätsmängel der Kaufsache tatsächlich auf Art. 107 CVG zu stützen, wonach der Schuldner verschuldensunabhängig für Schäden aus der mit einem Qualitätsmangel behafteten Kaufsache haftet.¹²⁰¹ Auf die allgemeine Haftungsregelung (Art. 107 CVG) zurückzugreifen wäre außerdem ein überzeugenderes Erklärungsmodell, mit dessen Hilfe man ohne mühevollen Auseinandersetzung über die Haftungsprinzipien zum gleichen Ziel kommen kann. Sofern eine Vertragspflicht der Art nicht erfüllt wird und keine Entlastungsmöglichkeiten wie höhere Gewalt iSd. Art 117 CVG vorliegen, steht dem Gläubiger der Schadensersatzanspruch zu.

Außerdem ist es die Verkäuferpflicht, vertragsgemäß die mangelfreie Kaufsache zu übergeben (Art. 153 S. 1 CVG), in der Natur als eine Erfolgspflicht (oder „*obligation de résultat*“) aufzufassen, deren Verletzung zur Schadensersatzhaftung führt.¹²⁰² Die Fallkonstellationen, in denen der Verkäufer wegen fehlerhafter Mitwirkung nicht oder terminwidrig oder mangelhafte Dinge an den Käufer liefert oder der Käufer wegen der ausbleibenden Zahlung durch seinen Auftraggeber die fällige Zahlungspflicht nicht erfüllt, stellt in jedem Fall einen Vertragsbruch (Vertragsverletzung) dar. Sie setzt neben dem objektiven Vertragsbruch keine Zurechenbarkeit voraus. Ob der Sachmangel während des Herstellungsprozesses beim Hersteller oder während des Transports durch den Frachtführer oder im eigenen Vorrat beim Verkäufer entsteht, ist ohne Belang.

Das Gericht kann nicht alle Fälle, in denen irgendein Dritter auf die Erfüllung der Vertragspflicht irgendeinen Einfluss nehmen kann, über einen Kamm, also Art. 121 CVG, scheren. Der Rekurs auf Art. 121 CVG ist deshalb nicht nur an sich überflüssig, sondern auch der Sache abträglich. Das Gericht hätte im Falle von Sachmängeln der Beurteilung der Schadensersatzhaftung des Verkäufers teilweise Art. 121 CVG, teilweise dagegen Art. 107 CVG zugrunde zu legen. Dies könnte wieder zu einer systematisch zersplitterten Rechtsanwendung führen. Durch die starrsinnige Auslegung des Art. 121 CVG schwimmt seine dogmatische Grundlage, die andererseits eine haftungsbegrenzende Funktion enthält.

3) Exkurs: Vertragliche Garantiehafung als historischer Zufall ohne historische Wurzel

Der chinesische Gesetzgeber hat in der zivilrechtlichen Gesetzgebungsgeschichte seinen Blick zu sehr auf das CISG gerichtet. Eine gesetzgeberische Entscheidung für die Garantiehafung, die unter dem Einfluss des anglo-amerikanischen Rechtssystems in CISG und anderen einheitlichen Rechtswerken verankert wurde, war sehr offensichtlich. Was die Rechtfertigung oder Begründung einer derartigen Garantiehafung anbelangt, hat der chinesische Gesetzgeber sie einfach für selbstverständlich erachtet.¹²⁰³ Die mit Unterstützung von *LIANG, Huixing* (梁慧星)

¹²⁰¹ Die weitere Frage nach den Begründungen der Garantiehafung erweist sich hier als überflüssig, da sie weiter oben ausführlich dargestellt wird. Vgl. oben § 5 B II 2, S. 105 ff.

¹²⁰² Rechtsvergleichende Perspektive auch *Pellegrino*, ZEuP 1997, 41 (48).

¹²⁰³ Nach *LIANG, Huixing* (梁慧星), in: *Chinese Lawyer* (中国律师), 01/1998, 65 (67) lasse sich „*die Vertragshafung eigentlich aus dem Versprechen des Schuldners (oder der Vereinbarung der Vertragsparteien)*“

星)¹²⁰⁴ aufgenommene Garantiehaftung stellt m.E., insb. unter Berücksichtigung des zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Gesetzgebungsverfahren des CAGZ und der Ratifikation des CISG von China,¹²⁰⁵ einen gesetzgebungsgeschichtlichen Zufall dar.

In Anbetracht der juristischen Theorien oder Dogmen ergab sich im damaligen China ein unfruchtbares rechtswissenschaftliches Gebiet, auf dem sich keine eigenen nationalen, zumindest keine entscheidenden Rechtstheorien und -dogmen entwickelten. Viele chinesischen modernen Zivilgesetze waren bloß Erzeugnisse von großzügigen Rechtsrezeptionen. Ein radikaler Wechsel von der vorherigen Vorliebe für bestimmte (Haftungs-)Prinzipien zu einem anderen neuen Maßstab¹²⁰⁶ erwies sich damals¹²⁰⁷ als sehr wahrscheinlich und akzeptabel.¹²⁰⁸ Eine bestimmte Theorie oder Regelung fremder Rechtsordnungen wies eine Funktion von „*plug-and-play*“ auf, sofern sie grundsätzlich der chinesischen Volkstümlichkeit entsprachen und vor allem aktuelle Problematiken lösen konnten.¹²⁰⁹ Die Vorbelastung, dass jede Gesetzgebung – z.B. die deutsche Rechtsordnung – eine Projektion einer nationalen Rechtstheorie darstellte, bestand seitens China in der Regel nicht. Auch einen „*juristischen Nationalismus*“¹²¹⁰ kannte der chinesische Gesetzgeber überhaupt nicht. Hinsichtlich dieser Besonderheit weist das chinesische Recht wesentliche Unterschiede zum deutschen Recht auf, das immer die traditionellen Auffassungen und historischen Entwicklungslinien in Betracht zieht. Kurz gesagt, der chinesische historische Gesetzgeber nahm eine sehr offene Haltung zu fremden rechtswissenschaftlichen „*Vorzügen*“ ein.

Insoweit die Garantiehaftung gesetzlich verankert wurde, schien die Frage nach der Rechtfertigung eines solchen Haftungsprinzips sehr einfach, weil die Begründungen oder Erklärungsversuche fremder Rechtsordnungen, hier vor allem aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, in die chinesische Rechtswissenschaft „importiert“ wurden. Um zielwidrige weitreichende Ausführungen zu ersparen, genügt es hier nur auf die dort¹²¹¹ vorherrschenden Rechtfertigungen zu verweisen, die nach zwanzigjähriger Geltung scheinbar als eigene Theorie verwendet werden.

herleiten, was ihr schon hinreichende Rechtfertigung und Überzeugungskraft liefern kann. Eine irgendwelche andersartige Begründung erübrige sich damit.“

¹²⁰⁴ LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Civil and commercial Law Review* (民商法论丛), Vol. 8 (1997), 1 (3 ff.).

¹²⁰⁵ Vgl. weiter oben § 5 B II 2 b aa, S. 107 ff.

¹²⁰⁶ Vgl. oben § 5 B II 2 a aa, S. 105 f.

¹²⁰⁷ LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Legal Science* (法学), 02/1996, 13 (15) hat den Streit zwischen den Befürwortern des anglo-amerikanischen und des kontinentaleuropäischen Rechtssystems skizziert.

¹²⁰⁸ Früher hat LIANG, Huixing (梁慧星), in: *Study & Exploration* (学习与探索), 01/1982, 58 (59) sich noch dafür ausgesprochen, dass „*das Verschulden des Schuldners für die Nichterfüllung – also der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit – eine Voraussetzung der Vertragshaftung sei*“.

¹²⁰⁹ Diese pragmatische Einstellung darf man in den von LIANG, Huixing (梁慧星) aufgestellten vier Begründungen (§ 5 B II 1 a, S. 104) ohne Weiteres sehen, die – insgesamt betrachtet – keine akademischen oder historischen Untersuchungen darstellen. Dem sog. Konstruieren von Gerechtigkeitsgründen oder der dogmatischen Rechtfertigung wurde keine herausragende Bedeutung beigemessen.

¹²¹⁰ Zweigert/Kötz, Vorwort zur 3. Aufl., S. V. Ebenso hat Seiler, JZ 1967, 525 (529) im Hinblick auf die Gesetzgebungsarbeit des § 831 auf die Einflüsse des „*nationalen Gedankens*“ oder des sog. „*deutschen Rechtsbewusstseins*“ hingewiesen.

¹²¹¹ Zu den Gründen der strikten Haftung im englischen Recht vgl. Schmidt-Kessel, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 289; Treitel, Law of Contract, S. 738.

3) Fazit: Ablehnung der zu wortgetreuen Rechtsanwendung des Art. 121 CVG

Die vorgelegte Untersuchung hat festgestellt, dass sich der Personenkreis des Dritten in der chinesischen praktischen Rechtswendung ausgedehnt hat. Dies führt unglücklicherweise zu einzelnen überschneidenden Anwendungsbereichen (z.B. *force majeure* iSd. Art. 117 CVG) und bringt eine systematisch zersplitterte Rechtsanwendung mit sich. Ein Versuch wurde soeben gewagt, bestimmte Personengruppen aus dem semantischen Rahmen des (selbständigen) „Dritten“ iSd. Art. 65 und 121 CVG auszuschließen.

Durch derartiges „Minus-Rechnen“ wird die dogmatische Sauberkeit oder Reinheit beider Rechtsnormen gewahrt. Obwohl ihr verbleibender Anwendungsbereich deutlich kleiner wird, haben sie allerdings nicht an praktischer Bedeutung eingebüßt. Im Rahmen des hier zu behandelnden Fragenbereiches kommt ihnen besondere Bedeutung zu.

III. Gefälligkeitshilfe des Schuldners

Für die Frage nach der Stellung als Erfüllungsgehilfe sind die deutsche Lit.¹²¹² und Rspr.¹²¹³ einig, es sei unbeachtlich, in welchem Verhältnis die Hilfsperson zum Schuldner steht. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieses Innenverhältnis entgeltlich oder unentgeltlich ist. Das chinesische Recht sagt darüber nichts. Zu dem Ergebnis, dass der Schuldner auch für eine Gefälligkeitshilfe des Dritten haften kann, gelangt man aber durch eine systematische Betrachtung.

Nach Art. 13 S. 1 der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*« hat der Geschäftsherr für den Schaden aufzukommen, den eine aus bloßer Gefälligkeit gegenüber ihm helfend handelnde Person in Ausführung der Verrichtung dem anderen zufügt. Der Geschäftsherr kann sich aber auf eine vorangegangene ausdrückliche Ablehnung der Gefälligkeit berufen, um sich davon zu entlasten (Art. 13 S. 2 der »*Justizauslegung*«). Diese Regelung scheint der Definition des Erfüllungsgehilfen im deutschen Recht zu entsprechen, wonach der Erfüllungsgehilfe derjenige sei, der mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung seiner geschuldeten Verbindlichkeit tätig wird.¹²¹⁴ Das Wissen und der Wille stellen das entscheidende Kriterium dar. Die Entgeltlichkeit der Tätigkeit des Dritten ist dagegen ohne Belang.

In Anbetracht der vertraglichen Haftung für aus Gefälligkeit helfende Dritte hat sich die Rechtslage im Rahmen des Vertragsverhältnisses kaum verändert, sofern er mit Wissen und Willen des Schuldners tatsächlich zur Erfüllung der Vertragspflichten eingeschaltet wird. Besonders deutlich zeigen dies die Fallkonstellationen, die – wie soeben erläutert – im Bereich des Familienlebens oft auftreten. Der Beweggrund, der den Dritten zur Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Vertragspflichten veranlasst hat, erlangt keine praktische Bedeutung.

¹²¹² BeckOK BGB/Lorenz, 43. Ed. 1.2.2017, BGB § 278 Rn. 11.

¹²¹³ BGHZ 50, 32 ff., Rn. 15.

¹²¹⁴ Oben Fn. 276 und 277.

IV. Zusammenfassung

Nach mühevoller Untersuchung ist zuerst festzustellen, dass das chinesische geltende Recht die vertragliche Haftung für einen Dritten je nach dem „Status“ des Dritten zersplittert positiv-rechtlich geregelt hat.¹²¹⁵ Bei der Personengruppe wird deshalb zwischen „den zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ iSd. Art. 43 CAGZ und „dem selbständigen Dritten“ iSd. Art. 65 und 121 CVG unterschieden. Dieses uneinheitliche Bild bringt die Bedingtheiten der damaligen Gesetzgebungspraxis zutage, die von der Lehre für abgesonderte Kodifikationen der Spezialgesetze über bestimmte Rechtsgebiete beherrscht wurde. Diese als sehr unglücklich empfundene Rechtswirklichkeit muss man trotz der Unannehmlichkeit hinnehmen und sie soweit wie möglich durch dogmatische Legitimationen abmildern. Diese Aufgabe stellt sich damit der chinesischen Lit. und Rspr. Um die persönliche Grenze zu fixieren, wird ein einheitliches und verifizierbares Kriterium hinzugefügt: Bedienung zur Vertragserfüllung. Die redaktionellen Veränderungen des Art. 101 OR weisen bereits den wichtigsten Anknüpfungspunkt der Erfüllungsgehilfenhaftung zum Familien- und Betriebsleben auf, was teilweise im Art. 43 CAGZ seinen Niederschlag findet. Art. 65 und 121 CVG bieten dagegen die anderen gesetzlichen Stützen, in denen man den Teilbereich der Regelungen über die Haftung für den (selbständigen) Erfüllungsgehilfen sehen kann.

Die vorgelegte rechtsvergleichende Untersuchung gibt andererseits einen guten Anlass, die chinesische Rechtsordnung genauer zu überprüfen. Es stellt sich freilich die Frage, ob diese umständliche Differenzierung nach statusbezogenen Personengruppen aufgegeben werden sollte und ob in Anlehnung an das deutsche/schweizerische Modell eine einheitliche und bündige Regelung – mit etwa redaktionell teilweisen Veränderungen – konstruiert werden sollte. Ein Formulierungsvorschlag wäre: ¹*Lässt sich der Vertragsbruch auf dem Verhalten der Person beruhen, denen sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Pflicht bedient, trägt er gegenüber der anderen Partei die Haftung aus Vertragsverletzung.* ²*Der Streit zwischen dem Haftenden und dem Dritten wird auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder nach ihrer Vereinbarung ausgetragen.* Mit einer derartigen wertneutralen und tatbestandlich genügend deutlichen Formulierung würde die bestehende Gesetzeszersplitterung beseitigt.

C. Vorliegen eines Vertragsbruchs

Es versteht sich von selbst, dass der Schuldner erst vertraglich haftet, wenn er den Vertragsbruch begeht. Der Begriff „Vertragsbruch“ ist auf einen ersten Blick mit dem nach der Schuldrechtsmodernisierung als einheitlicher Grundtatbestand im deutschen Schuldrecht verankerten Zentralbegriff „Pflichtverletzung“ verwandt, weil beide sich nur auf den objektiven Zustand – objektives Zurückbleiben hinter oder objektive Abweichung von dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses¹²¹⁶ – beziehen.

¹²¹⁵ Ähnliche Differenzierung zwischen *servants, agents, independant contractors* im englischen Recht, vgl. *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, § 10, S. 404.

¹²¹⁶ Auf Seite des deutschen Rechts vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 134 f.; *Däubler*, NJW 2001, 3729 (3731); *Looschelders*, in: FS Canaris (2017), 403 (405), insb. Fn. 18; *Lorenz*, JuS 2007, 213 (213 f.).

Gemäß Art. 107 CVG stellt allein die Nichterfüllung und nicht vertragsgemäße Erfüllung den Vertragsbruch dar, der bei fehlenden Entlastungsgründen ohne Weiteres Schadensersatzpflicht auslöst.

Die Frage, ob ein Vertragsbruch begangen wurde, ist aber mit der Vorfrage verbunden, welche Pflicht der Schuldner hat oder welches Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses besteht. Je größer sich das Pflichtenspektrum entfaltet, umso wahrscheinlicher haftet der Schuldner für die objektive Abweichung. Die „Nichterfüllung“ einer dem Schuldner nicht obliegenden Pflicht kann konsequentermaßen nicht sanktioniert werden. Im Folgenden wird die Problematik am Beispiel einiger mit dem zu behandelnden Thema verbundener Gerichtsentscheidungen näher verdeutlicht.

I. Unangemessene Ausweitung des Pflichtengefüges und Überspannung des Personenkreises des Dritten

a) „Brandfälle“ in Mietverträgen

Es lässt sich bspw. die Tendenz bemerken, dass chinesische Gerichte die Gebrauchserhaltungs- (Art. 219 CVG) oder Aufbewahrungspflicht (Art. 222 CVG) des Mieters verabsolutieren, um das Interesse des Vermieters soweit wie möglich – m.E. als unverdiente Vergünstigung – zu wahren. Im Falle, dass eine Mietwohnung von einem fremden Brandstifter¹²¹⁷ bzw. fünf verspielten Kindern des Dritten¹²¹⁸ in Brand gesetzt wurde oder dass während einer Zwangsräumung und des Abrisses von fremden Dritten¹²¹⁹ Zerstörungen angerichtet wurden, haben die Gerichte Art. 121 CVG als Beleg (oder einen der Belege) für die Vertragshaftung des Mieters zitiert.¹²²⁰

Die vorhergehenden Entscheidungsergebnisse konzentrierten sich m.E. zu sehr auf die objektive Unmöglichkeit der Rückgabe der Mietsache (Vertragsbruch) und berücksichtigten das subjektive Element des Haftungskandidaten (Vertretenmüssen) nicht. Der Mieter ist eigentlich nur verpflichtet, die Mietsache sorgfältig zu gebrauchen (Art. 219 CVG) und aufzubewahren (Art. 222 CVG). Die allzu weitherzige Anerkennung des Vertragsbruchs in den angesprochenen Entscheidungen wurde *contra legem* vorgenommen. Da sie der gesetzgeberischen Zielsetzung widersprechen, dass das Sorgfalts- und Aktivitätsniveau des Mieters durch hier generierte Anreize gesteuert wird. Überdies hat das Gericht durch den pauschalen Rekurs auf Art. 121 CVG einen heterogenen Erwägungsgrund (d.h. Verschärfung der Mieterpflichten) in ihn eingebunden.

b) „Raststätte-Fall“ im Personenbeförderungsvertrag

In einer anderen Entscheidung wurde der Klage einer Passagierin gegen ein Fernbusunternehmen (nicht unbedenklich) rechtgegeben. Sie aß während der

¹²¹⁷ MVG Yantai, Urteil (2014) – IV S 527 [烟台市中级人民法院 (2014) 烟民四终字第 527 号]: Brandstiftung durch denjenigen, der dem Mieter feindlich gesinnt ist und sich dazu eines Anderen bedient.

¹²¹⁸ MVG Shangqiu, Urteil (2014) – III S 1072 [商丘市中级人民法院 (2014) 商民三终字第 1072 号].

¹²¹⁹ MVG Puyang, Urteil (2015) – S 28 [濮阳市中级人民法院 (2015) 濮中法民再终字第 28 号].

¹²²⁰ Darüber hinaus stellen sie noch die kasuistische Widerspiegelung der Mängel des allzu großzügig erfassten Art. 121 CVG dar.

Pausenzeiten in einem Restaurant an einer Autobahnraststätte und wurde durch eine durch den Kellner beim Hinzufügen von Brennsprit in den Feuertopf verursachte Explosion schwer verletzt.¹²²¹ Das Gericht hat hier wiederum Art. 121 CVG iVm. Art. 302 I CVG als Argumente herangezogen, da der Personenbeförderer für die während der Beförderungsperiode eingetretenen Personenschäden der Passagiere verantwortlich sei. Es spiele keine Rolle, welche Person die Verletzung der Vertragspflichten verursache.

Hier hat der Richter m.E. ein konturloses Pflichtenprogramm zulasten des Beförderers aus den Art. 302 I CVG starr abgelesen. Allein aus dem Wortlaut „während der Beförderungsperiode“ lässt sich schwer ableiten, dass der Beförderer jedes Risiko – auch das allgemeine Lebensrisiko des Passagiers – durch den Beförderungsvertrag übernimmt. Darüber hinaus will ihm der Gesetzgeber aus wirtschaftlicher Überlegung der Entwicklung des Verkehrswesens kein grenzenloses Transportrisiko auferlegen. Insbesondere die Tatsache, dass das Fernbusunternehmen den selbständigen Restaurantinhaber sowie dessen Kellner nicht mit einer mit der Beförderung im engen Zusammenhang stehenden Aufgabe beauftragt hat, steht der Annahme der Haftung des Fernbusunternehmens entgegen. Der Passagier kann entweder mit (bewirtungs-)vertraglichem oder deliktischem Haftungsgrund den Restaurantinhaber in Anspruch nehmen. Im Ausnahmefall, in dem der Inhaber insolvent wäre, wäre das für den verletzten Passagier bedauerlich. Das überspannte Auffächern des Pflichtenspektrums führt – wenngleich eine bestmögliche Befriedigung des Verletzten¹²²² gewahrt ist – zu der befürchteten Ausdehnung der Haftung, was für die Rechtssicherheit schädlich ist. Außerdem verwischen sich die dogmatische Grundlage und die konkreten Grenzen des Art. 121 CVG in den angesprochenen Fällen.

c) „Einsperrungsfall“ im Frachtvertrag

Mit dem folgenden „Einsperrungsfall“ werden sowohl die Ausdehnung des Pflichtprogramms als auch die Unklarheit und das Missverständnis des Art. 121 CVG wieder verdeutlicht.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Für einige Zeit (vom 1.1.2006 bis 31.12.2006) beauftragte der beklagte Absender (als Verkäufer) V den Frachtführer F gegen 1,000 RMB pro Fahrt für den Transport von Porenbeton an den von ihm bestimmten Käufer (K). Während dieser Zeit (8.10.2006) wurde das

¹²²¹ MVG Xiangxi, Urteil (2004) – I S 134 [湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院 (2004) 州民一终字第 134 号].

¹²²² Nach der Beobachtung und dem Vergleich der deutschen und chinesischen Rechtspraxis kommt der Verfasser zu dem Schluss, dass bei der Schadensverteilung in der modernen Gesellschaft mehr auf den Versicherungsschutz – kumulativer Schutz durch privat- und Sozialversicherung – zurückgegriffen werden sollte wie im deutschen Recht. Die vor 35 Jahre von *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385 (402 ff.) dargestellte Auswirkung des Versicherungsschutzes auf die Haftung verliert bis heute nicht an Bedeutung. Vielmehr ist der Aufsatz noch sehr instruktiv und lesenswert. Weitere einschlägige Lit. auch *Deutsch*, RabelsZ 44 (1980), 487-509; *Fuchs*, AcP 191 (1991), 318-345. Neuere Lit. über das Verhältnis zwischen dem Versicherungsschutz und der gesellschaftlichen Schadensverteilung vgl. *Fasterling*, ZEuP 2000, 229-253; *Armbrüster*, NJW 2009, 187-193; *Buschbell*, NJW 2011, 3605-3611; *Makowsky*, Der Einfluss des Versicherungsschutzes auf die außervertragliche Haftung: Ein Plädoyer für die Ablösung des Trennungsprinzips durch das Prioritätsprinzip, Diss. Düsseldorf, 2012; *Korch*, Effiziente Risikosteuerung durch die Kfz-Versicherung – Eine verhaltensökonomische Untersuchung, ZVersWiss 105 (2016), 121-129.

Fahrzeug des F nach einem Transport an K infolge einer nachhaltigen Kontroverse zwischen K und lokalen Bewohnern von den verärgerten Anwohnern 61 Tage lang auf der Baustelle des K eingesperrt. Die langfristige Einsperrung führte bei F zu Verlusten, für den F von seinem Vertragspartner V 183,000 RMB Schadensersatz verlangen wollte. Das Gericht hat ihm unter Berufung auf Art. 121 CVG eine völlige Entschädigung zugesprochen.¹²²³

Interessant ist außerdem, dass V seinerseits für die nach rechtskräftigem Urteil an F gezahlte Geldsumme den K in Anspruch nahm. K wehrte sich unter Hinweis darauf, dass nicht er, sondern die Anwohner das Fahrzeug des F auf seiner Baustelle aufgehalten hätten.¹²²⁴ Der Einwand des K griff nicht durch. Er musste dem V „den Schaden wegen der Vertragsverletzung auch dann ersetzen, wenn Dritte das Fahrzeug des F auf seinem Gelände eingesperrt hatten“. Der Richter hat wiederum Art. 121 CVG als einschlägige Rechtsgrundlage¹²²⁵ eingeführt. Nach nicht unbedenklicher Auffassung des Gerichts habe der Käufer (also der Empfänger) die ihm obliegende Nebenpflicht zur Absicherung der Ein- und Ausfahrt verletzt.

Die letztere Entscheidung ist auf den ersten Blick gewiss mit der deutschen Drittschadensliquidation verwandt. Da der Absender (Verkäufer) zumindest äußerlich den eigenen vertraglichen Ersatzanspruch für den Schaden geltend macht, der von vornherein nur dem Dritten (Frachtführer) entstanden ist. Es wäre außerdem möglich, die deutsche Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten zu konstruieren, wenn der Dritte (Frachtführer) direkt den mit ihm in keinem Vertragsverhältnis stehenden Empfänger in Anspruch nimmt. Die Lösung durch die Drittschadensliquidation scheidet, weil der Absender nur den eigenen Schaden – „Belastung mit einer Verbindlichkeit gegenüber eigenem Vertragspartner“ – geltend gemacht hat. Es liegt keine Schadensverlagerung vor. Die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten scheint nicht denkbar, da sie nach zutreffender Ansicht nicht vom chinesischen Recht rezeptiert wurde und deren Rezeption zumindest nicht erforderlich war.

II. Sachgemäße Ermittlung des Pflichtengefüges unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks einzelner Regelungen

In den vorher skizzierten Entscheidungen kann m.E. kaum vom Vertragsbruch des Schuldners (Mieter oder Beförderers) gesprochen werden. Angesichts des haftungsrechtlichen Schutzes zugunsten des Geschädigten haben die Gerichte gelegentlich Vertragsbrüche allzu großzügig angenommen. Der Rechtsanwender muss sich den Sinn und Zweck einzelner Regelungen immer vor Augen halten. Die sog. teleologische Auslegung ist m.E. geboten, wenn man den gesamten Pflichtenkanon des Schuldners ermitteln will.

¹²²³ UVG Fangshan, Urteil (2007) – C 890 [北京市房山区人民法院 (2007) 房民初字第 890 号]. Das Bezirksgericht (Eingangsstanz) hat der Klage des Frachtführers gegen den Absender mit keinem einzigen Wort stattgegeben. Aus der Beobachterperspektive ist es völlig unklar, welche Vertragspflicht der Absender verletzt hat.

¹²²⁴ Beijing-No.2-MVG, Urteil (2009) – S 08921 [北京市第二中级人民法院 (2009) 二中民终字第 08921 号].

¹²²⁵ Die Rechtsgrundlage muss von der Anspruchsgrundlage unterschieden werden. Hier sollte Art. 107 CVG, der einen Überblick über die Rechtsbehelfe der vertragstreuen Partei bei Vertragsverletzung der anderen Partei ausdrücklich klarstellt, als die richtige Anspruchsgrundlage angeführt werden.

Im Art. 222 CVG beabsichtigt der Gesetzgeber durch die Anerkennung des Verschuldensprinzips – als gesetzlich verankerte Abweichung von der strikten Haftung iSd. Art. 107 CVG – eine Steuerung des Sorgfaltsniveaus des Mieters zu verwirklichen, nicht alle von außen auftretenden Risiken einfach dem Mieter aufzubürden. Ansonsten würde der gesetzliche Anreiz, Mietsachen in sorgfältige Obhut zu nehmen, relativ unterminiert. Desgleichen stellt Art. 302 I CVG bereits ein ausreichendes Ventil dar, (nur) das verkehrsbedingte Transportrisiko (Personenschäden) demjenigen aufzuerlegen, der das Lenkrad (auch mittelbar) in die Hand nimmt. Das Ergebnis, dass die Pflicht zur sicheren Personenbeförderung sich durch richterliche Spruchpraxis auf die Pausenzeit ausdehnt, bürdet dem Beförderer eine wesensfremde Gefahr ohne überzeugende Begründung auf und stellt m.E. ein Richterrecht *contra legem* dar.

Lässt ein Mieter bei langer Abwesenheit die Haustür seiner Mietwohnung unsorgfältig offen oder unterlässt er es, bei bemerkbarer Gefahr der Brandstiftung oder bei Spielen mit Feuer durch verspielte Kinder die ihm zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, haftet er für eigenes Verschulden (Art. 222 CVG). Gleiches gilt für den Fall, in dem ein Fernbus während der Beförderung mit einem anderen Fahrzeug kollidiert ist und die Insassen dadurch verletzt werden, da die Autokollision einen engen zeitlichen und kausalen Zusammenhang mit der Beförderung aufweist und zweifellos unter den beabsichtigten Schutzbereich des Art. 302 I CVG fällt. Darüber hinaus können außerordentliche Umstände, z.B. dass das Fernbusunternehmen mit einem bestimmten Restaurantinhaber an der Raststätte langjährige Geschäftsbeziehungen unterhält und von ihm regelmäßig eine bestimmte Geldsumme (Schmiergeld) erhält, die bewertende Rechtslage ändern und sogar die Haftung des Fernbusunternehmens im angesprochenen Fall rechtfertigen. Durch eine solche heimliche Geschäftsgestaltung hätte das Unternehmen die Lenk- und Ruhezeit zu einem „quasivertraglichen Konsumangebot“ für Insassen unbeobachtet aufgewertet.

III. Fazit

Die vorher ausgewählten Urteile, deren Begründungen einen Bezug zum Art. 121 CVG aufweisen, belegen klar, dass die chinesischen Gerichte dazu neigen, Vertragsbrüche des Schuldners mit ganz besonderer Großzügigkeit anzuerkennen, ohne das Pflichtengefüge des Einzelvertrags sachgemäß zu ermitteln. Um einer unerträglichen Ausuferung des Pflichtenprogramms vorzubeugen, muss sich der Rechtsanwender aber den Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm vor Augen halten. Insoweit ist gewiss zu empfehlen, das allgemeine Abgrenzungskriterium von der Erfolgs- und Verhaltenspflicht hinzuzufügen.¹²²⁶

D. Die Frage nach dem Verschulden des Dritten

I. Zurechnung des fremden Verschuldens oder Verhaltens

Obwohl das chinesische Vertragsgesetz – wie gezeigt – grundsätzlich von einer verschuldensunabhängigen Vertragshaftung ausgeht, sind nicht selten Fälle zu

¹²²⁶ Vgl. *Pellegrino*, ZEuP 1997, 41 (51).

konstatieren, in denen die Vertragshaftung als verschuldensabhängig kodifiziert wird. In den letzteren Fallgruppen erweist sich die Voraussetzung „Verschulden des Dritten“ als unentbehrlich.

Die vertragliche Krankenhaushaftung ist z.B. erst anerkannt, wenn der für das Krankenhaus handelnde externe Arzt schuldhaft einen mit den ärztlichen Behandlungsregeln oder medizinischen Erkenntnissen nicht vereinbaren Behandlungsfehler begangen hat.¹²²⁷ In der jüngst am 13.12.2017 öffentlich bekanntgemachten spezifischen »Justizauslegung des OVGH zu Rechtsstreitigkeiten im medizinischen Bereich« hat der OVGH im Art. 20 ausdrücklich geregelt: *Das medizinische Institut haftet, wenn es sich zur Behandlung des Patienten eines externen medizinischen Fachangestellten bedient und er dem Patienten den Schaden schuldhaft zufügt.* Das hier verankerte Verschuldensprinzip gilt zweifellos auch für die Vertrags- und Deliktshaftung des medizinischen Instituts, wenn Art. 20 dieser »Justizauslegung« als Spezialregelung zu sehen ist. Diese jüngste Regelung kompensiert außerdem die Lücken und Defizite der chinesischen geltenden deliktsgesetzlichen Geschäftsherrenhaftung. Da Art. 34 I und Art. 35 CDG – streng genommen – ein Anstellungsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dienstpflichtigen voraussetzt. Hier liegt offenbar eine Zurechnung des Verschuldens des „externen medizinischen Fachangestellten“ an das Krankenhaus vor. Ob sich das Begehren des klagenden Patienten auf eine vertragliche oder deliktische Anspruchsgrundlage beziehen lässt, macht für die Zurechnungsfrage keinen Unterschied.

Blicken wir auf die mietvertragliche Obhutspflicht des Mieters. Ein Mieter (und in diesem Falle der Vater) haftet ebenso vertraglich für seinen volljährigen Sohn, der in der ihm überlassenen Mietwohnung im Bett geraucht und einen Brandschaden verursacht hat.¹²²⁸ Da das Verschuldenserfordernis iSd. Art. 222 CVG in Ansehung der groben Fahrlässigkeit des Sohns hier erfüllt ist. Gleiches gilt für einen Verwahrer, dessen Mitarbeiter den Untergang einer hinterlegten Sache schuldhaft (Art. 374 CVG) herbeigeführt hat.

Die Abwägungskriterien iRd. deutschen Rechts, die schon weiter oben ausführlich dargestellt werden,¹²²⁹ brauchen hier keine Wiederholung zu erfahren. Sofern sich das Verschuldenserfordernis gesetzlich oder aus dem Vertragsinhalt ergibt, ist das Verschulden des Gehilfen in gleicher Weise dem haftenden Schuldner zuzurechnen.

II. Haftungsbeschränkende Vereinbarung

In Bezug auf die rechtsgeschäftliche Haftungsbeschränkung ist ein auffallender Unterschied zwischen dem chinesischen und dem deutschen Recht zu konstatieren.

¹²²⁷ OVG Zhejiang, Urteil (2010) – ZB 93 [浙江省高级人民法院 (2010) 浙民再字第 93 号]: Die Verwendung von einem fehlerhaften *Fixateur interne* der Wirbelsäule durch einen angesehenen Operateur eines anderen Krankenhauses. Auch MVG Qinhuangdao, Urteil (2016) – III S 3243 [秦皇岛市中级人民法院 (2016) 冀 03 民终 3243 号].

¹²²⁸ Der gleiche Sachverhalt, vgl. UVG Fumin, Urteil (2005) – C 155 [云南省富民县人民法院 (2005) 富民初字第 155 号].

¹²²⁹ Vgl. oben § 4 E, S. 93 ff.

Art. 53 CVG regelt ausdrücklich, dass bei Personenschaden (Nr. 1) und bei vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführtem Sachschaden (Nr. 2) ein vertraglicher Haftungsausschluss unwirksam ist. Eine § 278 II BGB entsprechende Regelung kennt das CVG deshalb überhaupt nicht. Die haftungsbeschränkende oder -ausschließende Vereinbarung, dass der Schuldner für die durch seine Hilfsperson vorsätzlich verursachten Schäden gegenüber dem Gläubiger nicht oder nur in Höhe der beschränkenden Haftsumme aufzukommen hat, ist nach Art. 53 Nr. 2 unwirksam.¹²³⁰

E. Wer ist der Ersatzberechtigte?

Wer der Ersatzberechtigte ist, dessen Forderung wegen des Fehlverhaltens eines Dritten nicht befriedigt werden kann, stellt keine schwierige Frage dar. Die Antwort lässt sich aus dem klaren Wortlaut des Art. 65 („Gläubiger“) und 121 CVG („gegenüber der anderen Partei“) entnehmen: Er ist der Gläubiger der Schuldpflicht. Die im deutschen Recht oft in den Schutzbereich des Vertrags einbezogene Person, die selbst keine Vertragspartei ist, kommt nach dem chinesischen Recht nicht in Betracht.¹²³¹ Solche Nichtgläubiger werden im Allgemeinen durch das Deliktsrecht auch genügend geschützt, wenn die Verletzung ihres Integritätsinteresses vordergründig mit dem vorvertraglichen oder Erfüllungsstadium zu tun hat.

Die Defizite des deutschen Deliktsrechts¹²³² ergeben sich zumindest scheinbar im chinesischen Deliktsrecht nicht.¹²³³ Es besteht deshalb wenig Dringlichkeit, durch die Erweiterung des vertraglichen Pflichtengefüges die deliktsrechtliche Lücke zu schließen.

F. Handeln „in Erfüllung der Vertragspflichten“ als erforderliche Voraussetzung

Die (haftungseinschränkende¹²³⁴) Bedeutung des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen der schadenstiftenden Handlung des Dritten und der dem Gläubiger zugefügten Schädigung wurde schon in der vorstehenden Diskussion (nur) in einer kurzen Skizze erwähnt. Die folgenden genauen Überlegungen sind der Frage nach diesem sachlichen Zusammenhang gewidmet, der einerseits die Haftung des Schuldners entscheidend bestätigt, wobei andererseits andersherum auch die Haftung im chinesischen Kontext ausgeschlossen werden kann.

¹²³⁰ Shanghai-No.1-MVG, Urteil (2014) – VI S 223 [上海市第一中级人民法院 (2014) 沪一中民六 (商) 终字第 223 号].

¹²³¹ ZHANG, Jiayong (张家勇), in: *Science of Law* (法律科学), 01/2016, 81 ff.

¹²³² Spickhoff, in: FS Canaris (2017), 547 (561 f., 563); Brüggemeier, AcP 182 (1982), 385 (428); Deutsch, in: FS Michaeli (1971), 26 (30).

¹²³³ Die systaltische und dogmatische Zersplitterung ist eine andere Frage. Zur kritischen Darstellung und Bewertung des chinesischen Deliktsgesetzes vgl. Bu, Yuanshi (卜元石), Kodifikation des chinesischen Delikthaftungsrechts - Übersicht und kritische Fragen, ZfRV 2010, 218-231; Bollweg/Doukoff/Jansen, Das neue chinesische Haftpflichtgesetz, ZChinR 2011, 91-104.

¹²³⁴ MüKoBGB/Grundmann (2016) § 278 Rn. 47.

I. Die hier in Betracht kommenden Konstellationen

Die Regelfälle, in denen der Dritte in einem ihm übertragenen Aufgabenbereich charakteristischerweise ein arbeitsbedingtes oder betriebsrelevantes Fehlverhalten begeht, verlangen weder vonseiten der Rechtsprechung noch der Lehre besondere Hervorhebung. Die Rechtspraktiker stehen in solchen Fällen regelmäßig nicht vor großen Schwierigkeiten, die Fragen über den sachlichen Zusammenhang sowie die Begründung der Haftung kurzerhand zu erledigen. Vergisst der Operateur z.B. eine OP-Schere oder eine Gaze in dem Bauch eines Patienten, kann sich der Träger des Krankenhauses auf keinen Fall – entweder aus Gründen der Vertragsverletzung oder des schuldhaften Delikts – entlasten.¹²³⁵ Ist der Mitarbeiter einer Autowerkstatt bei einer routinemäßigen Probefahrt nach der Reparatur mit dem Auto schuldhaft gegen einen Baum gefahren, hat der Werkstattbetreiber zweifellos für den dadurch entstehenden Schaden des Kunden aufzukommen.

Eine praktisch schwierige Frage entsteht allerdings, wenn der Dritte klaren Weisungen des Schuldners vorsätzlich zuwiderhandelt oder den Aufgabenbereich vorsätzlich überschreitet. Hauptsächlich auf die Frage, ob die weisungswidrige oder sogar strafbare Handlung des Dritten den Schuldner/Geschäftsherrn haftbar macht, wird dann weiter unten näher eingegangen.

II. Theoretische Begründungen in der chinesischen Rechtspraxis

Zuerst wird an dieser Stelle darauf abgehoben, dass sich die folgende Überlegung nicht auf die vertragliche Haftung beschränkt, sondern ggf. sich auf die deliktische Haftung erstreckt, da angesichts der tatbestandlichen Affinität des Begriffs „in Erfüllung der Verbindlichkeit“ und „in Ausführung der Verrichtung“ sowie vieler Querverbindungen beider Rechtsnormen einheitliche und verifizierbare Beurteilungskriterien für geboten erachtet werden.¹²³⁶

1. Der Anhaltspunkt in positiv-rechtlichen Vorschriften

In dem vorausgehenden Unterabschnitt wurde insb. darauf hingewiesen, dass der Wortlaut „*betriebliche Tätigkeit*“ iSd. Art. 43 CAGZ als Anhaltspunkt eine verborgene Voraussetzung – den inneren Zusammenhang zwischen dem (schadenstiftenden) Verhalten und der Erfüllung der Schuldnerpflichten – beinhaltet.¹²³⁷ M.a.W., der Schuldner haftet in der Regel nur für die betrieblich veranlassten Handlungen, die im sachlichen Zusammenhang mit dem ihm zugewiesenen Aufgabenbereich stehen müssen.

Dieser (anspruchsausschließende) Tatbestand fehlt allerdings in Art. 65 CVG und Art.

¹²³⁵ Eine Reihe von Urteilen in der chinesischen Rechtsprechung vgl. oben Fn. 811.

¹²³⁶ Auf Seite des deutschen Rechts sind die rechtsprechenden Bemühungen um die einheitlichen Zurechnungskriterien bei §§ 31, 278, 831 BGB zu finden. Vgl. MüKoBGB/Wagner (2017) § 831 Rn. 25. Das gilt auch für das schweizerische Recht, das ein einheitliche Kriterium des funktionellen Zusammenhangs für Art. 55 OR (Verrichtungsgehilfe) und Art. 101 OR (Erfüllungsgehilfe) festgestellt hat. vgl. nur Honsell, in: FS Schwenger (2011), 779 (788).

¹²³⁷ Shanghai-No.1-MVG, Urteil (2014) – VI S 223 [上海市第一中级人民法院 (2014) 沪一中民六 (商) 终字第 223 号].

121 CVG. In Anbetracht der Notwendigkeit einer einheitlichen dogmatischen Grundlage muss diese offenbar nur im Art. 43 CAGZ innewohnende Grundvorstellung auf sie übertragbar sein. Ansonsten käme es zu ungerechter Privilegierung bestimmter Rechtssubjekte iSd. 43 CAGZ, da sie sich unter Hinweis auf den fehlenden Zusammenhang der fremden Handlung zur übertragenden Aufgabe wehren könnten. Überdies wäre die Gefahr der Ausuferung der Haftung iRd. Art. 65 und 121 CVG mangels nachvollziehbarer Kriterien schwer zu kontrollieren.

2. Die Theorien in der chinesischen Lehre und Rspr.

a) Die vorherrschende Theorie des „inneren Zusammenhangs“

aa) Die tatbestandliche Affinität der Begriffe „in Erfüllung der Verbindlichkeit“ und „in Ausführung der Verrichtung“

In Anlehnung an die früher in der chinesischen Lit. vorherrschende Auffassung¹²³⁸ hat der OVGH den Versuch unternommen, den Tatbestand „in Ausführung der Verrichtung“ gesetzesähnlich zu definieren. Er hofft mit der Definition, Missverständnisse, insb. willkürliche und ggf. widersprüchliche Entscheidungen soweit wie möglich zu vermeiden. Im Art. 9 II der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*« (2004) wurde sie so umschrieben: Der Satzteil „*In Ausführung der Verrichtung*“ iSd. Art. 9 I heißt, dass der Mitarbeiter im Rahmen der Beauftragung und Anweisung des Geschäftsherrn die betriebliche Tätigkeit oder weitere Dienstleistungen vorgenommenen hat. Erweist sich die Erscheinungsform der Handlung trotz der Überschreitung der Grenzen des Auftrags als Bewältigung der ihm übertragenden Aufgabe oder steht die Handlung mit der Arbeitsbewältigung in einem inneren Zusammenhang, ist sie als Handlung „in Ausführung der Verrichtung“ zu bewerten. Damit wurde das entscheidende Kriterium aufgestellt, d.h. die Theorie des „inneren Zusammenhangs“, die aufgrund der tatbestandlichen Affinität auch auf den vertraglichen Bereich übertragbar ist.

bb) Kasuistische Anwendung der Theorie des „inneren Zusammenhangs“

Ein Gerichtsurteil, in dem die Klägerin trotzdem ihre Ansprüche auf eine deliktsrechtliche Grundlage (Art. 121 CAGZ, Art. 8 f. der »*Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz*« [2004]) stützt, ist hier besonders lohnend anzuführen, um die Affinität der Beurteilungskriterien über den inneren Zusammenhang jeweils im vertragsrechtlichen und deliktsrechtlichen Bereich zu demonstrieren. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Mitarbeiterin eines Wertpapier-Handelsunternehmens verschaffte sich unter Ausnutzung der Unerfahrenheit der Klägerin (Ehefrau des gestorbenen Kontoinhabers) durch irreführende Angaben das Kennwort des Aktienhandel-Kontos und überwies alle Erlöse des Aktienverkaufs nach und nach auf ihr eigenes Konto und die Konten ihres Ehemanns. Erwähnenswert ist, dass nach dem strengen Sinne des Urteilstextes der OVGH die Geschäftsherrenhaftung sogar im Falle einer unerlaubten Handlung des

¹²³⁸ FANG, Shaokun (房绍坤), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 04/1992, 34 (39). Wohl auch ders.,/YU, Xin (于新), in: *Journal of Yantai University* (烟台大学学报), 01/1997, 55 (58).

Gehilfen „bei Gelegenheit der Verrichtung“ anerkennen wollte. „*Als Mitarbeiterin des Wertpapier-Handelsunternehmens mache die Täterin sich ihre Stellung im Betrieb zunutze und habe erst durch das ihr zur Verfügung stehende Tradingsystem des Unternehmens das Delikt begangen. Ihre Stellung erhöhe die Potenzialität und die Gefahr des Delikts.*“¹²³⁹

Der OVGH hat sich glücklicherweise der Theorie „*innerer Zusammenhang*“ angeschlossen und sie für nachvollziehbar und maßgeblich erachtet. „*Handlungen der Art, die das Unternehmen hätte vorhersehen und gegen die bestimmten Vorbeugungsmaßnahmen hätten ergriffen werden müssen, lassen sich wegen defektiver Betriebsorganisation und lückenhafter Überwachung nicht vermeiden. Die unerlaubte Handlung der Mitarbeiterin beinhaltet mit dem ihr übertragenen Aufgabenkreis einen inneren Zusammenhang.*“¹²⁴⁰ Nach der Auffassung des OVGH hat die Täterin ihre Arbeitsstellung dazu missbraucht, die beabsichtigte Straftat zu begehen. Ohne diese Beschäftigung hätte sie überhaupt keine Möglichkeit, die Vertrauensstellung gegenüber der Kundin aufzubauen und die Verkaufserlöse zu veruntreuen. Sowohl das Wissen des Kennworts als auch der Verkauf von Aktien wie die Veruntreuung der Erlöse stehen ausnahmslos mit dem ihr übertragenen Aufgabenbereich in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang.¹²⁴¹

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass angesichts des letzten prägnanten Satzes der ausgewählten Begründung („*wegen defektiver Betriebsorganisation und lückenhafter Überwachung*“) das eigene Organisationsverschulden des Handelsunternehmens zumindest äußerlich vom OVGH auch in Betracht gezogen wurde, was auf Seiten des deutschen Rechts im Rahmen des § 823 I BGB diskutiert wird.¹²⁴² Es kann aber nicht von einer sog. Kombinationslösung¹²⁴³ oder Doppelbegründung die Rede sein. Das Gericht hat hier m.E. in Wahrheit die immanente dogmatische Begrenzung, insb. die tatbestandlichen Unterschiede beider Haftungsregelungen nicht deutlich erkannt. Abgesehen von der peniblen

¹²³⁹ OVGH, Urteil (2011) – ZB 320 [最高人民法院 (2011) 民提字第 320 号].

¹²⁴⁰ OVGH, Urteil (2011) – ZB 320 [最高人民法院 (2011) 民提字第 320 号].

¹²⁴¹ Ein ähnlicher Sachverhalt findet sich auf Seiten des deutschen Rechts, vgl. BGH, VersR 2012, 722 ff. (Haftung einer Vertriebsorganisation für die strafbare Veruntreuung eines durch Verkauf einer Fondsanlage erzielten Erlöses durch ihren Handelsvertreter).

¹²⁴² Theoretisch kann das sog. Organisationsverschulden im Kontext des chinesischen Rechts ebenfalls nur in der allgemeinen Haftungsregelung – Art. 6 I CDG – verankert werden. Art. 37 CDG stellt eine Spezialnorm über Verkehrspflichten dar, die im strengen Sinne des Gesetzeswortlauts auf bestimmte Rechtssubjekte wie Hotels, Kaufhäuser, Banken, Haltestellen/Bahnhöfe, Freizeitbeschäftigung usw. zugeschnitten ist.

¹²⁴³ Die Anspruchsgrundlage der Klägerin sei nach der Auffassung des OVGH in Wahrheit Art. 8 der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« (2004), der die deliktische Haftung juristischer Personen oder anderer Einheiten für Angestellte betrifft. Art. 9 II der »Justizauslegung«, der nur auf Dienstverhältnisse zwischen natürlichen Personen zugeschnitten ist, wurde ausschließlich als Definitionsvorschrift zum Begriff „in Ausführung der Verrichtung“ zitiert. Hinsichtlich des eigenen Organisationsverschuldens ist Art. 6 I CDG einschlägig. Die tiefe Ursache für das unbegreifliche Phänomen, dass sich die chinesischen Gerichte nach dem Inkrafttreten des neuen höherrangigen Deliktsgesetzes (2010) teilweise weiterhin an die gesetzesähnlichen Justizauslegungen wenden, liegt m.E. darin, dass die Gerichte den von dem eigenen Gerichtssystem erlassenen Auslegungen zu viel selbständige Bedeutung beimessen und den Vorrang von höherrangigen Gesetzesnormen unzutreffend vernachlässigt haben. Im angesprochenen Fall wären anstatt des Art. 8 der »Justizauslegung« erst Art. 34 I CDG iVm. Art. 9 II der »Justizauslegung« einschlägig. Was die vertragliche Haftung des Wertpapier-Handelsunternehmens anlangt, so kommt – nach der hier vertretenen Auffassung – Art. 43 CAGZ iVm. Art. 9 II der »Justizauslegung« analog in Betracht.

Differenzierung ist insgesamt anzunehmen, dass das Ergebnis sowie die Begründung dieses Urteils Beifall finden können.

Hat ein Werkstatt-Mitarbeiter am chinesischen Nationalfeiertag ein zur Reparatur überlassenes Auto eigenmächtig benutzt und ist mit einem Motorrad kollidiert, ist die deliktische Geschäftsherrenhaftung gegenüber dem Motorradfahrer zu verneinen, da die Schwarzfahrt nicht in Ausführung der Verrichtung erfolgte.¹²⁴⁴ Ob der Inhaber gegenüber dem Auftraggeber für die Schädigung des Autos haftet, ist ein anderes Thema. In der chinesischen Rechtspraxis wird die Haftung in der Regel bejaht. Im soeben erläuterten Fall hört die sorgfältige Obhutspflicht des Werkstattbetreibers gegenüber dem Auftraggeber¹²⁴⁵ nicht am Feiertag auf. Hat der Inhaber das Auto dem Mitarbeiter anvertraut, ist dieser freilich zur Erfüllung dieser vertraglichen Obhutspflicht eingeschaltet worden. Übernimmt er aber pflichtwidrig eine Schwarzfahrt und schädigt das Auto, ist der Inhaber für die Verletzung der werkvertraglichen Obhutspflicht verantwortlich.¹²⁴⁶ Die Anspruchsgrundlagen sind nach der hier vertretenen Auffassung Art. 107 CVG iVm. Art. 60 I CVG, analog Art. 43 CAGZ.¹²⁴⁷

b) Andersartige Theorien

aa) Die Theorie der „Perspektive des Verletzten“

Bedauerlich haben die chinesischen Gerichte nicht immer konsistente Lösungen entwickelt. In der Rechtsprechung kann man Urteile finden, die von der Theorie des „*inneren Zusammenhangs*“ erheblich abweichen.

Im Fall, dass der Arbeitnehmer morgens seine Freundin zu ihrem Arbeitsplatz mit dem Auto bringt, dessen Halter der Arbeitgeber ist und aus dessen Autobeschriftung sich der Unternehmensname einfach erkennen lässt, ist er unglücklicherweise mit einer Elektromofa-Fahrerin kollidiert. Das Gericht betonte, dass der Arbeitnehmer auf seinem Weg zur Arbeit war und die gelegentliche Mitfahrt seiner Freundin die Erscheinungsform nichts ändere. Es hat in diesem Fall eine sog. Theorie „*Perspektive des Verletzten*“ hervorgehoben, nach der die Frage, ob der Gehilfe in Ausführung der Verrichtung durch unerlaubte Handlung einem anderen Schaden zufügt, aus der Perspektive des Verletzten beantwortet werden kann.¹²⁴⁸ Diesem kann aber nicht

¹²⁴⁴ MVG Yulin, Urteil (2013) – III S 228 [玉林市中级人民法院 (2013) 玉中民三终字第 228 号]. Das Gericht hat aber die deliktische Haftung des Werkstattbetreibers für begründet gehalten, weil er die allgemeine Pflicht zur sachgerechten innerbetrieblichen Organisation oder Kontrolle gegenüber sonstigen Person schuldhaft verletzt. Gewissermaßen kommt diese Pflicht der Verkehrspflicht sehr nahe. Auf Seite des deutschen Recht bezeichnet man sie – wie *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 71 – „*die drittschutzbezogene deliktische Dimension der professionellen Leistungserbringung in einer Markt-/Vertragsbeziehung*“.

¹²⁴⁵ Der Auftraggeber kann beispielsweise eine vom Fahrzeugeigentümer unterschiedliche Person – z.B. der Ehemann der Eigentümerin eines Oldtimers – sein. Nur gegen ihn, aber nicht gegen die eigentliche Eigentümerin, steht dem Werkstattbetreiber das Unternehmerpfandrecht iSd. § 647 BGB und das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 I BGB zu. Vgl. deutsche Rechtsprechung OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 1442 ff.

¹²⁴⁶ Fast gleicher Sachverhalt in der Rechtsprechung MVG Nanning, Urteil (2016) – I S 647 [南宁市中级人民法院 (2016) 桂 01 民终 647 号]. Das Gericht hat da allerdings den vertraglichen Anspruch gegen die Werkstatt deshalb abgelehnt, weil der Autoeigentümer schon mit dem anderen Unfallbeteiligten einen Vergleich geschlossen hatte. Das Urteil erscheint eher nicht nachvollziehbar.

¹²⁴⁷ Da die Werkstatt in diesem Fall keine juristische Person ist.

¹²⁴⁸ OVG Jiangsu, Urteil (2014) – II ZB 0701 [江苏省高级人民法院 (2014) 苏审二民申字第 0701 号].

gefolgt werden. Das sog. „*berechtigte Vertrauen*“ der verletzten Klägerin, was nach der Gerichtsansicht durch die äußerliche Autobeschriftung erweckt werden könne, besteht überhaupt nicht.¹²⁴⁹ Diese Betrachtungsweise hat zu viel auf das „äußere Erscheinungsbild“ abgestellt. Umgekehrt könnte es freilich sehr zweifelhaft sein, dass die Geschäftsherrenhaftung deshalb verneint würde, nur weil der Gehilfe nach der Anweisung das Gut erst mit privatem Auto transportiert.¹²⁵⁰ Das Fehlen des sog. „äußeren Erscheinungsbilds“ dürfte in diesem Fall nicht zur Verneinung der Haftung führen. Die Theorie „*Perspektive des Verletzten*“ scheint deshalb wenig aussagekräftig.

Erfreulicherweise hat das Gericht zumindest nebenbei einen m.E. für entscheidend gehaltenen Punkt, also das eigene Organisationsverschulden, beigefügt. Dem Unternehmen selbst falle ein deutliches Verschulden zu Last, weil es die ihm zugehörigen und unter seiner Obhut stehenden Autos nicht ordnungsgemäß überwachen und sachgerechte Kontrollmaßnahmen gegen das Schwarzfahren unterlassen habe. Darüber hinaus scheute sich das Gericht nicht in klaren Worten darauf hinzuweisen, dass die Zahlungsunfähigkeit des deliktisch handelnden Fahrers unter Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit des schuldlosen Verletzten hier auch in Interessenabwägung gezogen worden sei.

bb) Die Theorie „Wille des Gehilfen“

Bei dieser Frage nach dem Zusammenhang wird in der chinesischen Rechtsprechung ggf. (hauptsächlich) auf den Willen des Handelnden abgestellt.¹²⁵¹

Im Fall, dass der Fahrer eines Frachtführers einem ständigen Geschäftspartner seines Arbeitgebers auf dem Weg zum Lieferort entgegenkommen ist und ihn nur aus Gefälligkeit mitgenommen hat, hafte der Arbeitgeber für den durch Unfall verursachten Tod des mitfahrenden Geschäftspartners (neben dem des Fahrers selbst). Hier versucht das Gericht die Haftung mit der vermuteten inneren Motivation des handelnden Fahrers zu begründen, dass er den Geschäftspartner erst unter Rücksichtnahme auf die frühere gute Geschäftsbeziehung und die Möglichkeit von zukünftigen Geschäften freundlicherweise habe mitfahren lassen.¹²⁵² Kein persönliches Anliegen des Fahrers sei zu konstatieren. Er habe vielmehr ausschließlich im Interesse des Geschäftsherrn die Gefälligkeitsfahrt¹²⁵³ angeboten.¹²⁵⁴

¹²⁴⁹ Im Englischen Recht ist eine Konstellation zu finden, in der der Mitarbeiter weisungswidrig mit seinem privaten Auto auf einer Dienstreise mit einem Dritten kollidiert ist. Das englische Gericht hat die Klage als berechtigt anerkannt. Vgl. *Lockhart v. Canadian Pacific Ry. Co.* [1941] SCR 278.

¹²⁵⁰ Nach einem englischen Urteil, dass der Mitarbeiter zur Weiterleitung der Information nicht mit dem betrauten Lastwagen des Geschäftsherrn, sondern mit dem Auto seines Vaters gefahren hatte und unterwegs einen Unfall verursacht hatte, gehöre das Fahren auch zum übertragenden Aufgabenbereich des Gehilfen, wenn es nicht in der angewiesenen Weise geschehen war. Vgl. *McKean v. Raynor Brothers Ltd.* (Nottingham) (1942) 2 All E.R. 650.

¹²⁵¹ In der Taiwan-Region wurde einmal eine ähnliche Auffassung vertreten. Vgl. *HU, Changqing* (胡长清), *SchuldR AT* (中国民法债编总论), 1964, S. 171.

¹²⁵² OVG Sichuan, Urteil (2013) – ZB 1159 [四川省高级人民法院 (2013) 川民申字第 1159 号].

¹²⁵³ Bedauerlicherweise hat sich das Gericht den haftungsbeschränkenden Maßstab bei der Gefälligkeitsfahrt nicht vor Augen gehalten.

¹²⁵⁴ In einem sehr frühen Urteil hatte das englische Gericht den Willen des weisungswidrig handelnden Kutschers in Betracht gezogen. Der Kutscher habe im Interesse seines Masters (Gewinn von Kunden und Mehrung seines

Spielt der innere, in überzeugender Weise kaum verifizierte Wille des Gehilfen die entscheidende Rolle, hätte der Richter in Wahrheit einen zu großen Spielraum, in dem er nach Belieben einer bestimmten Seite den Zusammenhang bestätigen oder verneinen kann. Im angesprochenen Fall entfernt sich die Gefälligkeitsfahrt von der ihm zugedachten, aktuellen Aufgabe (Beförderung von Gütern) zu weit und fällt erfahrungsgemäß nicht unter die gewöhnliche Abwicklung der Güterbeförderung. Allein der vom Gericht angenommene Wille des Fahrers, die Geschäftsbeziehung zu pflegen und mehr künftige Aufträge zu bekommen, rechtfertigt m.E. den unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der übertragenen Aufgabe nicht.

III. Rechtsvergleichende Perspektive: Taiwan-Recht

Eine rechtvergleichende Überprüfung der in anderen Rechtsordnungen entwickelten Kriterien regt einen genauen Überblick auf lokale Lösungen an und kann zu neuem Erkenntnisgewinn führen. In der vorangehenden Diskussion wurde die Lösung des deutschen Rechts verdeutlicht,¹²⁵⁵ die deshalb in folgender Überlegung keine Wiederholung erfahren muss.

Nimmt man das Taiwan-Recht in den Blick, herrscht dort ebenso die Theorie des „inneren Zusammenhangs“.¹²⁵⁶ Die Lehre hat die Vorhersehbarkeit der schädigenden Handlung¹²⁵⁷ und die Möglichkeit der Verteilung der Vorbeugungskosten als Bezugskriterien mit einbezogen. Diese ökonomische Betrachtung entspricht auch der Entwicklungstendenz der Rechtsökonomie. Dies soll hier durch ein Gerichtsurteil erhellt werden. Ein Bankkunde hat ein Sparbuch sowie den Stempel einem Mitarbeiter des Wertpapier-Handelsunternehmens übergeben und ihn nach seinen Anweisungen bestimmte Wertpapier kaufen und verkaufen lassen. Der Mitarbeiter richtete sich allerdings nicht nach den Anweisungen und veruntreute den Geldbetrag. Der „Taiwan-OGH“ hat den Klageanspruch aus dem Bankvertrag (neben der deliktischen Anspruchsgrundlage) zutreffend für gerechtfertigt erklärt.¹²⁵⁸

Aus dieser rechtsvergleichenden Perspektive folgt, dass die Theorie „innerer Zusammenhang“ als objektiver Maßstab allgemein übernommen worden ist.

IV. Einzelfälle

Im Folgenden ist gewissermaßen noch ein Pendant zur vorhergehenden Diskussion seitens des deutschen Rechts darzustellen,¹²⁵⁹ die sich – wie hier – ebenso auf bestimmte Konstellationen richtet.

Vermögens) die Kutsche eines Konkurrenten auf die andere Fahrbahn verdrängt. Vgl. *Limpus v. London General Omnibus Co.* (1862) 1 H&C 625, zitiert nach *Heinrich O.C. Wilckens*, Die Haftung für Gelegenheitsdelikte des Gehilfen im Englischen und Deutschen Recht – Zugleich ein Beitrag zu der Reform des § 831 BGB, Diss. Freiburg, 1977, S. 5.

¹²⁵⁵ Vgl. oben § 4 D, S. 83 ff.

¹²⁵⁶ *WANG, Tze-chien* (王泽鉴), Deliktsrecht, Bd. II, 2006, S. 131.

¹²⁵⁷ Seitens des deutschen Rechts auch *Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung, S. 88 f.

¹²⁵⁸ „Taiwan-OGH“ (2014) Revision Nr. 434 (103 年度台上字第 434 号). Im Urteil „Taiwan-OGH“ (2009) Revision Nr. 763 (98 年度台上字第 763 号) hat das Gericht dagegen unter Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalls (Kennenmüssen des Klägers; das Vertrauen aufgrund des Kommilitonen-Verhältnisses zu dem Bankangestellten) die Berechtigung der Klage verneint.

¹²⁵⁹ Vgl. oben § 4 D III 2, S. 87 ff.

1. Diebstähle

Nach Art. 394 I CVG haftet ein Lagerhalter für den Schaden, der durch Beschädigung oder Untergang eines eingelagerten Gutes während der Lagerung entsteht, die sich kausal auf unsorgfältige Aufbewahrung des Lagerhalters zurückführen lässt. Offenbar hat der chinesische Gesetzgeber hier nur eine sorgfaltsabhängige Haftung geregelt.

Eines der beim Lagergeschäft geläufigsten Ereignisse ist der Diebstahl durch eigene Mitarbeiter. Art. 394 I CVG berührt die Frage allerdings nicht, inwieweit und auf welcher Grundlage der Lagerhalter für Fehlverhalten des Mitarbeiters haften muss. Für die Fragen, ob der Diebstahl des Mitarbeiters als die „in Erfüllung der Aufbewahrungspflicht“ ergangene Handlung gesehen werden kann und ob ein kausaler Zusammenhang dazwischen feststellbar ist, wird nach dem bisher Gesagten auf Art. 43 CAGZ zurückgegriffen, weil eine solche Handlung unter dem weit zu verstehenden Begriff „betriebliche Tätigkeiten“ subsumiert werden kann, die sich nicht auf rechtmäßige Tätigkeiten beschränken.¹²⁶⁰

Ein Sicherheitsunternehmen hat gegenüber einem Kunden (als eine pharmazeutische Fabrik) für den Schaden aufzukommen, der durch Diebstähle von zwei überlassenen Sicherheitsdienstmitarbeitern im Komplott mit anderen Personen entstanden ist.¹²⁶¹ Das Gericht hat die Vertragshaftung des Sicherheitsunternehmens mit der allgemeinen Haftungsregelung Art. 107 CVG begründet. Nach der gerichtlichen Auffassung liege zuerst ein Vertrag über Wach- und Sicherheitsdienste vor.¹²⁶² Die rechtliche Natur des Vertrags¹²⁶³ und dessen Haftungsprinzip wurden allerdings nicht genau diskutiert. Lediglich die besondere Schwere der Schuld von Mitarbeitern wurde knapp erwähnt, die nach der Ansicht des Berufungsgerichts das in erster Instanz noch festgestellte (leichte) Mitverschulden des Klägers weit überwiegt. Der Schadensersatzanspruch sei deshalb nicht zu kürzen. Was den Haftungsmaßstab des Sicherheitsunternehmens anbelangt, so kann man nur eine sorgfaltsabhängige Haftung hinnehmen, weil es nur dazu verpflichtet ist, den versprochenen Sicherheitsdienst mit der bei ordentlichen Angehörigen des Sicherheitsgewerbes durchschnittlichen Sorgfalt zu leisten. Ein höheres Sorgfaltsniveau oder irgendeine Garantie sei aus dem Vertragsinhalt nicht zu entnehmen. Somit liegt hier eine Konstellation vor, in der der Schuldner aus dem Schuldverhältnis nur verschuldensabhängig haftet. Die Haftung des Sicherheitsunternehmens sollte sich auf Art. 107 CVG iVm. Art. 43 CAGZ stützen

¹²⁶⁰ Die deutsche Praxis hat gemäß der handelsrechtlichen Regelung die Haftung des Lagerhalters im Falle des Diebstahls durch einen eigenen Mitarbeiter immer bejaht. Die Frage nach der Erfüllungsgehilfenhaftung hat praktisch geringe Bedeutung. Vgl. Oetker/Paschke (2017) HGB § 475 Rn. 6.

¹²⁶¹ MVG Shenzhen, Urteil (2016) – III S 4377 [深圳市中级人民法院 (2016) 粤 03 民终 4377 号].

¹²⁶² In Wirklichkeit scheint die gerichtliche Feststellung des Vertragstyps nicht unbedenklich. Er weist m.E. zumindest scheinbar den arbeitnehmerüberlassungsvertraglichen Einschlag auf, da 6 Mitarbeiter nach den Vertragsvereinbarungen ins Unternehmen „eingegliedert“ sind und langfristig den Weisungen des Klägers unterliegen. Der Kläger ist vertraglich berechtigt, die Stellung, den Aufgabebereich, die Arbeitszeit zu bestimmen und zu dokumentieren sowie nach dem Leistungsverhalten zu bewerten. Im Hinblick auf das zu behandelnde Thema ist es hier allerdings geeigneter, auf weitreichende Ausführungen zu verzichten und die gerichtliche Auffassung für richtig zu erachten.

¹²⁶³ Der dienstvertragliche Einschlag des Vertrags über den Wach- und Sicherheitsdienst ist in der Regel nicht umstritten, da das Sicherheitsunternehmen nur versprochen hat, Sicherheitsdienstleistungen sorgfältig zu erbringen. Im angesprochenen Fall stellen die Ein- und Auslasskontrolle vor dem Eingang und regelmäßige Patrouille in der Umgebung der Fertigungsstätte die Hauptaufgaben von Sicherheitsmitarbeitern dar.

lassen.

In einem anderen Urteil, dem der fast gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, hat der klagende Versicherer den ihm abgetretenen Anspruch des Versicherungsnehmers (Mastbau GmbH) gegen das Sicherheitsunternehmen aufgrund des Deliktsrechts geltend gemacht. Das Gericht hat die deliktische Haftung des Unternehmens für Diebstähle von Stahlblechen durch zwei Sicherheitsdienstmitarbeiter anerkannt.¹²⁶⁴

Mit den dargestellten Urteilen kommt besonders klar zum Ausdruck, dass die Weisungswidrigkeit oder Strafbarkeit von Gehilfenverhalten, sowohl die vertragliche als auch die deliktische Haftung des Schuldners/Geschäftsherrn nicht verhindern. Die Sicherheitsmitarbeiter haben die Diebstähle nämlich in Ausführung der von ihrem Arbeitgeber übertragenden Arbeit (Wach- und Sicherheitsdienste) begangen.

2. Strafbares Verhalten im Bankgeschäft

In der chinesischen Rechtspraxis sind die überaus großen Entscheidungsmaterialien sehr augenfällig, die strafbares Verhalten im Finanzbereich (z.B. im Bankgeschäft) zum Gegenstand haben. Außerdem sind genaue Überlegungen zu derartigen Fallkonstellationen deshalb von großer Bedeutung, weil der OVGH schon 1998 eine spezifische Justizauslegung¹²⁶⁵ erlassen hat. Die vollständige Darstellung aller relevanten Fälle wäre an dieser Stelle aber unverhältnismäßig schwierig. Es ist zielführender, nur mit einer Reihe repräsentativer Fälle die hier zu behandelnde Thematik zu illustrieren.

In einem Fall, in dem ein Bankmitarbeiter der Mittäterin die vom Kontoinhaber (GmbH) bei der Bank hinterlegte Stempelprobe übergab, mit der die Mittäterin den gefälschten Firmenstempel vergleichen konnte und mit der er ihr zu rechtswidrigen Überweisungen von Bankeinlagen auf ihr eigenes Konto (mit einem gefälschten Stempel) verhalf,¹²⁶⁶ hat der Oberste Volksgerichtshof (OVGH) der Klage des Kontoinhabers auf die Rückzahlung des Guthabens – unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Kontoinhabers zu einem Anteil von 40%¹²⁶⁷ – in Höhe von 11,120,000 RMB nebst Zinsen stattgegeben. Außerdem hat der OVGH nur die allgemeine Regelung aus Art. 107 CVG, nicht Art. 121 CVG als Beleg für seine Entscheidung zitiert. Das bestätigt abermals die von dieser Arbeit vertretene Auffassung, dass der Begriff „Dritter“ iSd. Art. 121 CVG eigene Personen des Schuldners nicht erfasst.

Hat der Abteilungsleiter einer Bankfiliale mit einem vom Kontoinhaber übergebenen

¹²⁶⁴ Shanghai-No.1- MVG, Urteil (2014) – IV S 223 [上海市第一中级人民法院 (2014) 沪一中民六 (商) 终字第 223 号].

¹²⁶⁵ »Justizauslegung über einige die Wirtschaftsstraftaten betroffenen Problematiken bei den Entscheidungen von wirtschaftsbezogenen Rechtsstreitigkeiten« (最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定) [法释 (1998) 7 号].

¹²⁶⁶ OVGH, Urteil (2016) – ZB 231 [最高人民法院 (2016) 最高法民再 231 号].

¹²⁶⁷ Das Mitverschulden des Kontoinhabers liegt hauptsächlich darin, dass sein eigener Angestellter sich auch mit der Täterin verschworen hat und ihr die bei der Bank hinterlegte Stempelprobe übergeben hat, mit der die Täterin einen Stempel fälschen konnte. Hinsichtlich des Mitverschuldens des Klägers kommt ebenfalls die Frage vor, ob und auf welche gesetzliche Grundlage sich der Kläger das strafbare Verhalten einer eigenen Person zurechnen lassen muss. Nach der hier vertretenen Ansicht ist Art. 43 CAGZ ohne Weiteres einschlägig.

Sparbuch bzw. einer Bankkarte und dem Passwort durch Abheben von Bargeld oder Banküberweisung an sein eigenes Konto die Bankeinlage des Kunden veruntreut, ist die bankvertragliche Haftung nicht zu verneinen.¹²⁶⁸ Das Gericht hat in diesem Fall insb. den örtlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen dem ihm übertragenen Aufgabenbereich und der Straftat betont. Der Abteilungsleiter hat während der Öffnungszeiten in dem Dienstzimmer der Bank die Bankkarte und das Passwort durch täuschende Angaben erhalten und anschließend das Geld unterschlagen.

3. Kindesmisshandlung

Im November 2017 wurde in China ein aufsehenerregender Skandal in einer Einrichtung eines führenden privaten Kita-Betreibers aufgedeckt. Es handelte sich um mutmaßliche Nadelstiche bei einigen Kindern und das vermutlich durch die Kinderpfleger einer der Kindertagesstätten erzwungene Schlucken von Beruhigungsmitteln.¹²⁶⁹ Die rechtswidrigen Misshandlungen durch die Kinderpfleger erweisen sich freilich als weisungswidrige Handlung, soweit die angemessene und sorgfältige Pflege von Kindern als erwartungsgemäße Anweisung des Vorgesetzten oder Zielsetzung des Unternehmens angesehen wird.

Was die deliktische Haftung anlangt, ist der im deutschen Recht manchmal erwähnte dezentralisierte Entlastungsbeweis überhaupt kein Thema in der chinesischen Rechtsordnung. Hinsichtlich der vertraglichen Haftung ist die Verletzung der schulvertraglichen Obhutspflicht nicht zuletzt offensichtlich. Ob die Pfleger den dienstvertraglichen Pflichten und den erforderlichen Weisungen nachkommen, ist hier für die Vertragshaftung des Betreibers ohne Belang, da die Kindermisshandlungen innerhalb des den Pflegern überlassenen Aufgabenbereiches geschehen sind. Nach den inakzeptablen Entschuldigungen der handelnden Pflegerinnen seien solche „Ordnungsmaßnahmen“ nur zum Einhalten der Ruheordnung während der Pausenzeiten vorgenommen worden. Der Betreiber ist entweder vertraglich oder deliktisch verantwortlich, weil die Kindesmisshandlungen sowohl eine Vertragsverletzung als auch eine unerlaubte Handlung darstellen.¹²⁷⁰

V. Fazit: Eine allzu weitherzige Annahme von Zusammenhängen in der chinesischen Judikatur

Obwohl die chinesische Theorie des „inneren Zusammenhangs“ keinen gravierenden Unterschied zu der im deutschen Recht vorherrschenden Lehre des „unmittelbaren sachlichen Zusammenhangs“¹²⁷¹ aufweist, bieten beide Rechtsordnungen hinsichtlich der Annahme des Zusammenhangs allerdings ein uneinheitliches Bild. Insb. hat der

¹²⁶⁸ »Bericht der Shanghai-Gerichte über die die Banken betreffenden Rechtsstreitigkeiten im Jahr 2012« (2012 年度上海法院涉银行纠纷案件审判情况通报).

¹²⁶⁹

<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/agenda/china-systematische-misshandlungen-in-kindergaerten-15307518.htm> l (Stand: 27.11.2017, 10:36).

¹²⁷⁰ Die tiefe Ursache für das bestürzende Verhältnis „entweder ... oder“ und „sowohl ... als auch“ liegt – wie unten darzustellen sein wird (ausführlich vgl. unten § 10 I, S. 265 ff.) – darin, dass der Kläger seine Klage nur auf eine der Rechtsgrundlagen stützen kann. Obwohl die Tatbestandsvoraussetzungen sowohl der Vertrags- als auch der Deliktshaftung erfüllt sind, steht ihm gem. Art. 30 der »Ersten Justizauslegung zum Vertragsgesetz« vom 1.12.1999 nur ein Wahlrecht zu, auf welche Haftungsgrundlage er seine Klage stützen will.

¹²⁷¹ Staudinger/Caspers (2014) § 278 Rn. 52.

teilweise Rückgriff auf die hier als unangemessen empfundene Theorie der „Perspektive des Verletzten“ und des „Willens der Gehilfen“ die Unergründlichkeit der Rechtsprechungspraxis verschuldet.

Die besondere Großzügigkeit der chinesischen Gerichte, einen Zusammenhang zwischen der weisungswidrigen Tätigkeit und der schädigenden Handlung anzunehmen, zeigt sich besonders deutlich in einem Gerichtsurteil, dessen Entscheidung sich auf eine deliktische Anspruchsgrundlage stützt. Ist ein Gehilfe nach der Anweisung seines Geschäftsherrn¹²⁷² zur Reparatur von Landwirtschaftsgeräten mit dem Dienstwagen in einem bestimmten Ort gefahren und hat unterwegs gegen ein geringes Entgelt einen Bekannten mitgenommen, hat der Geschäftsherr den bei dem Mitfahrer durch einen Unfall verursachten Schaden einzustehen.¹²⁷³

Das Urteil verdient keine Gefolgschaft. Schon allein die offenkundige Tatsache, dass der Fahrer den Mitfahrer gegen den Willen seines Geschäftsherrn ausschließlich im eigenen Interesse entgeltlich genommen hat, steht der Annahme des sachlichen Zusammenhangs entgegen. Ein objektiv zu beurteilender Zusammenhang besteht außerdem nicht, wenn sich die schädigende Handlung so weit vom beauftragenden Aufgabenbereich entfernt, dass sie überhaupt nicht von der gewöhnlichen Abwicklung des Vertrags erfasst werden kann.¹²⁷⁴

G. Das Zwischenergebnis der Analyse haftungsbegründender Tatbestandsmerkmale

Vorab ist am Anfang dieser zusammenfassenden Darstellung zuzugestehen, dass die soeben vorgenommene Diskussion über tatbestandliche Voraussetzungen hauptsächlich eine haftungsbegrenzende Funktion erfüllt.¹²⁷⁵ Der Grund für diese Ausführungsweise liegt darin, dass mangels verifizierbarer Haftungskriterien die großzügige Annahme der Haftung für Dritten zu einem großen Unbehagen an der Rechtsanwendung führt.

Die Feststellung der Kategorien des „Dritten“ hat gezeigt, dass zwei Personengruppen, nämlich „die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ und der selbständige Dritte, voneinander zu unterscheiden sind. Diese unangenehme Differenzierung, die in Wirklichkeit ohne dogmatische Erforderlichkeit vorgenommen wurde, lässt sich überwiegend auf die zersplitterte Gesetzgebung und uneinheitliche legislatorische Konzeptionierung zurückführen. Nach genauer Überprüfung, insb. nach dem „Minus-Rechnen“,¹²⁷⁶ werden diejenigen, die tatsächlich von anderen Regelungen erfasst sind oder mit der Vertragserfüllung überhaupt nichts zu tun haben, aus dem Personenkreis des selbständigen „Dritten“ iSd. Art. 65 und 121 CVG ausgeschlossen. Dadurch wird die dogmatische Reinheit der betroffenen Vorschriften gewährleistet.

¹²⁷² Die Anerkennung des sog. Dienstverhältnisses zwischen dem Handelnden und dem Unternehmen ist m.E. nicht unbedenklich. Überzeugender wäre, dass zwischen ihnen nur ein werkvertragliches Schuldverhältnis besteht.

¹²⁷³ OVG Anhui, Urteil (2013) – ZR 00048 [安徽省高级人民法院 (2013) 皖民提字第 00048 号].

¹²⁷⁴ Z.B. OLG München, MDR 2015, 1182 ff., Rn. 12: Sexuelle Belästigung durch einen Masseur.

¹²⁷⁵ Seitens des deutschen Rechts wird die haftungsbegrenzende Funktion unterschiedlicher Tatbestandsvoraussetzungen eben anerkannt, vgl. E. Lorenz in: FG 50 Jahre BGH, 329 (340).

¹²⁷⁶ Vgl. oben § 7 B II 2, S. 210 ff.

Eine einheitliche und wertneutrale Definition wird in Anlehnung an das deutsche, insb. das schweizerische Recht (unter Betrachtung der Vorgänger des Art. 101 OR) vorgeschlagen.¹²⁷⁷

Was das Vorliegen eines Vertragsbruchs anbelangt, hat man davon auszugehen, dass die Verletzung der Vertragspflichten vom Sinn und Zweck der jeweiligen einschlägigen Regelung und dem Inhalt des Vertrags ermittelt werden muss. Die unangemessene Ausdehnung des Pflichtengefüges kann die Charakteristiken einzelner Vertragspflichten verwischen. Die verschuldensabhängige Mieterpflicht zur sorgfältigen Gebrauchserhaltung und Aufbewahrung bildet z.B. eine juristische Widerspiegelung eines Dauerschuldverhältnisses. Der ihr immanente Verhaltens- und Sorgfaltsanreiz sollte nicht durch die Überspannung des Personenkreises des „Dritten“, d.h. eine unvorhersehbare Haftung des Schuldners für Dritten, stark unterminiert werden.

In Bezug auf andere tatbestandliche Voraussetzungen liefert die vorangegangene Untersuchung des chinesischen Rechts keine besonders instruktiven Gesichtspunkte. Eine einzige schöpferische Leistung der vorliegenden Arbeit liegt aber in der Erkenntnis, dass sich das Anwendungsspektrum der Regelungen über die (vertragliche) Erfüllungsgehilfenhaftung am Beispiel des Verlierer-Finder-Verhältnisses – in Anlehnung an die deutsche Lehre – auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse erstrecken kann.¹²⁷⁸

¹²⁷⁷ Vgl. oben § 7 B IV, S. 221 ff.

¹²⁷⁸ Vgl. oben § 7 A II, S. 195 ff.

4. Kapitel. Rechtsvergleichende Auswertung

Eine ganz unbefangene Betrachtung der vorstehenden Länderberichte von beiden Rechtsordnungen erlaubt den Befund, dass es – streng genommen – eher schwer von einer Rechtsvergleichung im eigentlichen Sinne die Rede sein kann. Die chinesische Rechtsprechung und Lehre können dem deutschen Recht bisher eher wenige gewinnbringende Erfahrungen liefern. Die vorhergehende Untersuchung der tatbestandlichen Voraussetzungen seitens China wurde hauptsächlich in Anlehnung an das deutsche Recht vorgenommen, das uns eine Reihe von wichtigen theoretischen Stützen bietet. Es kann deshalb von einer (partiellen) „*Theorienrezeption*“ im 21. Jahrhundert gesprochen werden, bei der ein chinesischer Rechtsvergleichender unter Berücksichtigung von geltenden Regelungen der eigenen Rechtsordnung bestimmte Theorien der deutschen Rechtswissenschaft „*rezipieren*“ versucht. Es ist damit wenig verwunderlich, dass sich die folgenden rechtsvergleichenden Auswertungen hauptsächlich auf die Deutung von wesentlichen Eigenarten der jeweiligen Rechtsordnung richten, um die praktischen Besonderheiten der Rechtsanwendung der jeweiligen betroffenen Regelungen zu zeigen.

Bevor man sich auf die Besonderheiten der deutschen und chinesischen Rechtsordnung konzentriert, empfiehlt es sich noch, einen kurzen Blick auf die mit § 278 vergleichbaren Vorschriften oder die funktional entsprechenden Rechtsinstitute oder praktischen Handhabungsweisen in anderen Rechtsordnungen zu werfen.

§ 8 Rechtsvergleichung in einem breiteren Spektrum

Die Haftung des Schuldners für seinen Erfüllungsgehilfen gilt als ein sehr generelles Problem, dem jede Rechtsordnung in ihrer Rechtspraxis begegnen kann. Ein genauer Überblick über die – entweder ähnlichen oder andersartigen – Lösungen in anderen Ländern scheint dem Rechtsvergleicher, der theoretische Unterstützung oder Falllösungen für einen bestimmten gleichen Fragenbereich sucht, besonders lohnend zu sein.

Während die Zivilgesetzbücher aus dem deutschsprachigen Rechtsgebiet alle ohne Ausnahme die Haftung des Schuldners für den Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB, Art. 101 OR, § 1313a ABGB)¹²⁷⁹ ausdrücklich vorsehen, gibt es jedoch noch viele kontinentaleuropäische Rechtsordnungen, in denen eine solchen Regelungen entsprechende Vorschrift fehlt.

I. Das „Deutschland-Modell“

1. Das schweizerische Obligationenrecht

Erfüllungsgehilfe ist im schweizerischen OR diejenige Person, durch die der Schuldner „die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, vornehmen lässt“. Im Art. 101 OR nennt der schweizerische Gesetzgeber außerdem die „Hausgenossen oder Arbeitnehmer“ als praktisch wichtigste Beispiele, die – wie oben schon dargestellt¹²⁸⁰ – auf Seiten des chinesischen Rechts mittels der kollektivistischen Volkstümlichkeit regelmäßig in den Beherrschungs- und Haftungsbereich des Schuldners eingeschlossen werden.

Der schweizerische Art. 101 OR und der deutsche § 278 BGB weisen eine Menge Gemeinsamkeiten auf. Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“, der auch dem Art. 101 OR zu Grunde liegt, hat die Herrschaft in der schweizerischen Theorie und Praxis.¹²⁸¹ Die Definitionen des Erfüllungsgehilfen in beiden Rechtsordnungen finden näher zueinander.¹²⁸² Der Schuldner kann seiner Hilfsperson die geschuldete Leistungstätigkeit auch ganz oder nur zum Teil übertragen.¹²⁸³ Eine wichtige Voraussetzung „Einwilligung des Schuldners“¹²⁸⁴ verbirgt sich hinter dem Wortlaut „vornehmen lässt“. In welcher Weise der Schuldner seine Hilfsperson einschaltet, ist für die Bestimmung der Gehilfenschaft unerheblich.¹²⁸⁵ Erfüllungsgehilfe ist damit nicht nur, wer dem Einfluss des Schuldners oder seines Vertreters untersteht,¹²⁸⁶ sondern auch diejenigen, die zu ihm in keinem ständigen Rechtsverhältnis stehen. Die Einschaltung des Erfüllungsgehilfen ist damit kein Rechtsgeschäft.¹²⁸⁷ Für den

¹²⁷⁹ Das niederländische Burgerlijk Wetboek enthält in Art. 6:76 BW auch eine derartige Vorschrift: *Nimmt der Schuldner die Hilfe anderer Personen bei der Ausführung einer Verpflichtung in Anspruch, haftet er für ihr Verhalten in ähnlicher Weise wie sein eigenes Verhalten.*

¹²⁸⁰ Vgl. oben § 6 C IV 4, S. 166 ff.

¹²⁸¹ Koller, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 28 (S. 7).

¹²⁸² Kostkiewicz, in: OR Kommentar (2016) Art. 101 OR, Rn. 3.

¹²⁸³ Koller, a.a.O., Rn. 125 (S. 34).

¹²⁸⁴ BGE 99 II 46 (48): mit Wissen und Willen des Schuldners (Vermieters); Koller, a.a.O., Rn. 163 (S. 45).

¹²⁸⁵ Koller, a.a.O., Rn. 163 (S. 45).

¹²⁸⁶ BGE 107 Ia 168 (168).

¹²⁸⁷ Koller, a.a.O., Rn. 168 (S. 47)

sachlichen Anwendungsbereich kommt es ebenso nicht darauf an, ob das Schuldverhältnis auf Vertrag oder auf Gesetz beruht.¹²⁸⁸ Was den Wortteil „in Ausübung ihrer Verrichtung“ iSd. Art. 101 OR anbelangt, setzt das schweizerische Recht das sog. Zusammenhangserfordernis zumindest scheinbar niedrig an, weil ein sachlicher Zusammenhang nicht verlangt wird.¹²⁸⁹ In der Tat gelten – bei unbefangener Betrachtung – ähnliche Erwägungskriterien für die Beurteilung.

Insgesamt betrachtet, zeigt sich ihre Ähnlichkeit damit nicht nur in der wörtlichen Verwandtschaft, sondern auch in den diesen Bestimmungen zugrundeliegenden Grundgedanken und ihren tatbestandlichen Affinitäten.¹²⁹⁰

2. Das österreichische Recht

§ 1313a ABGB wurde erst im Jahr 1916 durch die 3. Teilnovelle ins österreichische ABGB eingefügt.¹²⁹¹ Er ist damit im Kern dem § 278 BGB nachgebildet. Im Vergleich zu dem Umstand, dass sich vielfältige Erklärungsansätze iRd. deutschen § 278 entwickelt haben, herrscht dagegen im österreichischen Recht der Grundgedanke vor, dass der Schuldner gleichzeitig das mit der Erweiterung seines Aktivitätsradius durch die Heranziehung von Hilfskräften verbundene Risiko tragen muss (also das „Personalrisiko“).¹²⁹² Anders ausgedrückt: Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“ gilt – wie im schweizerischen Recht – hier beinahe als sakrosanktes Prinzip.

In Bezug auf die Definition des Erfüllungsgehilfen¹²⁹³ und die haftungsbegründenden Tatbestände¹²⁹⁴ erfährt § 1313a ABGB keine wesentlich abweichende Beurteilung, die an dieser Stelle nicht im Einzelnen geprüft zu werden braucht. Nennenswert ist allerdings das sachliche Anwendungsspektrum des § 1313a ABGB. So wie sich § 278 BGB auf vertragliche Schutz- und Nebenpflichten erstreckt, findet § 1313a BGB neben dem Fall der Verletzung von Hauptleistungspflichten, auch bei der Verletzung von Neben-, Schutz- und Sorgfaltspflichten Anwendung.¹²⁹⁵ Außerdem stößt das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch im österreichischen Recht auf Gegenliebe.¹²⁹⁶

¹²⁸⁸ Kostkiewicz, a.a.O., Rn. 5.

¹²⁸⁹ BK/Weber (2000) Art. 101 Rn. 118. Zu den Haftungskriterien vgl. auch Kostkiewicz, a.a.O., Rn. 2.

¹²⁹⁰ Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, Kap. 6 B I 1, S. 286.

¹²⁹¹ Ostheim, JBl. 1969, 535 (537).

¹²⁹² Vgl. Karner in: KBB³ § 1313a Rn. 1; Hofmann, Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel, in: Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, 2006, 67 (67 f.), Rn. 2; J. Huber, Die analoge Anwendung der vertraglichen Gehilfenhaftungsvorschrift, S. 82; Burtscher, ÖJZ 2014, 1056 (1057).

¹²⁹³ RIS-Justiz RS0028729 hat z.B. die Definition des Erfüllungsgehilfen in der österreichischen Gerichtspraxis zusammengefasst, die in den einschlägigen Entscheidungen wiederholt zitiert wird. Demnach sei Erfüllungsgehilfe, „wer mit Willen des Schuldners zur Erfüllung der diesem obliegenden Verpflichtungen herangezogen werde“. Sie ist im Wesentlichen mit der Definition iRd. deutschen § 278 sehr verwandt.

¹²⁹⁴ Trotz der unterschiedlichen Bezeichnung weist der Ausdruck „das Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners“ eine große Ähnlichkeit mit der Voraussetzung „in Erfüllung einer Verbindlichkeit“ iSd. deutschen Rechts auf. Der enge und sachliche Zusammenhang zwischen der schadensträchtigen Handlung des Gehilfen und dem Pflichtenkreis des Schuldners spielt ebenso eine entscheidende Rolle für die Haftungsbegründung. Zu diesem Haftungstatbestand vgl. z.B. OGH, Urteil vom 28. April 2015 - 8Ob8/15g.

¹²⁹⁵ RIS-Justiz RS0028435.

¹²⁹⁶ OGH, Urteil vom 26. Juni 2014 - 8Ob53/14y: Vertrag zwischen Flughafenbetreiber und Fluglinie, der allerdings keine Schutzwirkungen zugunsten des Fluggasts der Fluglinie hat, weil dem Fluggast gegenüber seinem Vertragspartner (Fluggesellschaft) bereits ein deckungsgleicher Schadenersatzanspruch zusteht.

Ein ausländischer Rechtsvergleicher kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Affinität der österreichischen zur deutschen Rechtsordnung – zumindest im Fragenbereich der Haftung für Erfüllungsgehilfen – durch die geographische Nähe, rechtshistorische Verwandtschaft sowie sprachliche Identität in erheblichem Umfang begünstigt wird.

3. Das Taiwan-ZGB

Der deutsche § 278 BGB wurde nahezu textgleich in den Art. 224 Taiwan-ZGB übernommen. Außerdem wurde der „Risiko-Nutznießungsgedenken“ schon bei der Kodifikation als der Grundgedanke der Vorschrift zitiert.¹²⁹⁷ Der Schuldner habe den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit seines Vertreters und Erfüllungsgehilfen im gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden, weil er seinen Wirkungsumfang und seine Gewinn- und Verdienstmöglichkeiten durch Einschalten des Vertreters und Gehilfen erweitere. Um das Interesse des Gläubigers und die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten, habe der Schuldner für den Schadensersatz einzustehen. Diese Formulierung lässt sich ständig in den Gerichtsentscheidungen sehen.¹²⁹⁸

Bei einer Gesamtbetrachtung ist anzunehmen, dass es im Hinblick auf die Haftung für Erfüllungsgehilfen wegen der besonderen Affinität des Art. 224 Taiwan-ZGB zum § 278 BGB grundsätzlich keine Besonderheiten gibt. Als die einzige erwähnenswerte Eigentümlichkeit stellt sich die Frage nach der Zurechnung des Mitverschuldens Dritter dar. Ein Mitfahrer muss sich z.B. das Verhalten des Fahrers zurechnen lassen, wenn der Letztere (neben dem entgegenkommenden Fahrer) einen Verkehrsunfall schuldhaft mitverursacht.¹²⁹⁹ Dieses Prinzip gilt auch für während einer Gefälligkeitfahrt eingetretene Unfälle.¹³⁰⁰ Einem geschädigten Mitfahrer ist das Verschulden seines Kommilitonen zuzurechnen, wenn der Letztere ihn z.B. nach einer Geburtstagsparty am frühen Morgen nach Hause fährt und dessen Motorrad mit dem Fahrzeug eines Dritten kollidiert.¹³⁰¹ Die Urteilsbegründung liegt grundsätzlich darin, dass der Mitfahrer durch die Beförderung des Dritten seinen Aktivitätsradius erweitern kann und sich die damit verbundenen Risiken anrechnen lassen muss.¹³⁰² Was die rechtliche Grundlage dafür anbelangt, wird früher auf die analoge Anwendung des § 224 iVm. § 217 I a.F. zurückgegriffen. Bei der Schuldrechtsmodernisierung von 1999 wurde § 217 III n.F. in das Taiwan-ZGB eingefügt, nach dem § 271 I und II im Fall des Mitverschuldens des Vertreters und

¹²⁹⁷ Chen, *Zhongwu* (陈忠五) (Hrsg.), *Bürgerliches Recht* (新学林分科六法: 民法), S. B-322.

¹²⁹⁸ „Taiwan-OGH“, Urteil (2014) - ZR 803 (103年度台上字第803号); „Taiwan-OGH“, Urteil (2011) - ZR 1852 (100年度台上字第1852号).

¹²⁹⁹ Vgl. „Taiwan-OGH“, Urteil (1985) – ZR 1170 (74年度台上字第1170号); „Taiwan-OGH“, Urteil (1985) – ZR 2306 (74年度台上字第2306号); „Taiwan-OGH“, Urteil (1991) – ZR 2859 (80年度台上字第2859号). Das Mitverschulden des Taxifahrers ist dagegen dem Taxigast nicht zuzurechnen. Vgl. „Taiwan-OGH“, Urteil (2006) – ZR 279 (95年度台上字第279号).

¹³⁰⁰ „Taiwan-OGH“, Urteil (1994) – ZR 1701 (83年度台上字第1701号). Hier wird die schwierige Frage über die sog. gestörte Gesamtschuld bei Haftungsprivilegien wegen eines Gefälligkeitsverhältnisses im Hinblick auf die Themenstellung der Arbeit ausgeblendet.

¹³⁰¹ „Taiwan-OGH“, Urteil (1994) – ZR 1267 (83年度台上字第1267号).

¹³⁰² „Taiwan-OGH“, Urteil (1985) – ZR 1170 (74年度台上字第1170号).

Erfüllungsgehilfen entsprechende Anwendung gefunden haben.

II. Unterschiedliche Ausgestaltungen

1. Das französische Recht

Zwischen dem deutschen und französischen Zivilrecht¹³⁰³ bestehen zahlreiche Unterschiede, die wohl für ein grundlegendes Element in jeder Rechtsordnung gehalten werden.¹³⁰⁴

Im französische Code civil (C.c) hat zuerst an einer Parallelvorschrift zum § 278 gefehlt.¹³⁰⁵ Das Fehlen an einer Parallelregelung hat – abgesehen von der Schwierigkeit einer richtigen dogmatischen Einordnung – die französischen Richter bei der Entscheidung über die Zurechnung des fremden Verschuldens aber nicht erschwert. Im Ergebnis hat der Schuldner für das Verschulden (*faute*) seines Erfüllungsgehilfen einzustehen.¹³⁰⁶ Ein denkbarer Ausweg war Art. 1384 a.F. C.c,¹³⁰⁷ welcher anders als § 831 BGB keine Exkulpationsmöglichkeit zugunsten des Geschäftsherrn vorsieht.¹³⁰⁸

Dieser mit großem rechtstheoretischen Aufwand begründeten Verweisung auf Art. 1384 a.F. C.c. wurde später von der neuen französischen Rechtslehre und Judikatur die Geltung abgesprochen. Sie griffen allmählich auf den aus den unterschiedlichen Einzelregelungen des Code civil extrahierten allgemeinen Haftungsgrundsatz zurück, wonach der Schuldner in der Regel für das Fehlverhalten seines Erfüllungsgehilfen verantwortlich sein muss.¹³⁰⁹ M.a.W. hat das französische Recht aus den unterschiedlichen Einzelbestimmungen ein allgemeines maßgebendes Prinzip herausgearbeitet, nach dem sich der Schuldner im Ergebnis das Fehlverhalten seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss.

¹³⁰³ Zum Überblick auf das französische Recht, vgl. *Sonnenberger/Classen* (Hrsg.), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2012; *Hübner/V. Constantinesco*, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2001.

¹³⁰⁴ Anders als im BGB besteht z.B. das Abstraktionsprinzip im französischen Recht nicht (*Hübner/V. Constantinesco*, a.a.O., S. 188). Die Rechtsproblematik von *culpa in contrahendo*, die im deutschen Recht von großer Bedeutung ist, wird in der französischen Rechtsprechung in der Regel durch das Deliktsrecht (*responsabilité extracontractuelle*) gelöst (*Hübner/V. Constantinesco*, a.a.O., S. 160; *S. Lorenz*, ZEuP 1994, 218 [242 f.]; *Hidding/Hornung*, ZfRV 2017, 273 [274]). Diese wird nunmehr ohne erhebliche Inhaltsänderung an Art. 1112 n.F. C.c. angesiedelt. Anders als „*Théorie de l'imprévision*“ iRd. verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurde die Störung der Geschäftsgrundlage vorher im französischen Zivilrecht unter Berücksichtigung des Art. 1134 I a.F. C.c. (*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*) nicht allgemein zuerkannt (*Hübner/V. Constantinesco*, a.a.O., S. 178), während das deutsche Recht sie bei der Schuldrechtsmodernisierung in § 313 BGB vorgesehen hat. Einige Ausnahmen wurden nur durch Art. 1184 a.F. C.c. zugelassen. Das Code civil hat erst im Art. 1195 n.F. C.c. den Wegfall der Geschäftsgrundlage eingeführt. Daneben ist die französische Generalklausel Art. 1382 a.F. C.c. (Art. 1240 n.F. C.c.) dem deutschen Recht fremd, das drei kleine Generalklauseln in §§ 823 I, II, 826 regelt und den Schutz von reinen Vermögensschäden im Allgemeinen ablehnt.

¹³⁰⁵ *Sonnenberger/Classen* (Hrsg.), a.a.O., S. 195; *Hübner/V. Constantinesco*, a.a.O., S. 180; *Rodríguez y Rowinski*, S. 131; *Ranieri*, S. 798; *W-T Schneider*, S. 235 ff.; *Briesskorn*, S. 163; *Koller*, a.a.O., Rn. 87 (S. 22).

¹³⁰⁶ *Ranieri*, S. 798 mwN.; *Briesskorn*, S. 165.

¹³⁰⁷ *Sonnenberger/Classen* (Hrsg.), a.a.O., S. 195; *Hübner/V. Constantinesco*, a.a.O., S. 180; *L-J. Constantinesco*, in: FS Lange (1970), 145 ff.; *Koller*, a.a.O., Rn. 87 (S. 22); *Ranieri*, S. 798. Art. 1384 a.F. C.c. bleibt in Art. 1242 C.c. n.F. inhaltlich unverändert.

¹³⁰⁸ *Sonnenberger/Classen* (Hrsg.), a.a.O., S. 208; *Hübner/V. Constantinesco*, a.a.O., S. 203.

¹³⁰⁹ *Koller*, a.a.O., Rn. 87 (S. 22) mwN.

2. Das japanische Recht

Das japanische Rechtssystem, also „ein hochentwickeltes, westlichen Vorbildern nachgeformtes Rechtssystem“,¹³¹⁰ ist ein weiteres Beispiel, mit dem hier in groben Umrissen aufgezeigt werden kann, wie man sich bei ähnlichen Haftungsfragen um eine zufriedene Lösung bemüht.

Eigentlich enthält das Japan-ZGB keine Parallelvorschrift zum § 278.¹³¹¹ Gemäß § 415 S. 2 Japan-ZGB trifft die Schadensersatzpflicht den Schuldner, wenn eine „nicht dem Inhalt der Schuld entsprechende“ Leistung auf „von ihm zu vertretenden Umständen“ („due to reasons attributable to the obligor“) beruht. Nach der japanischen Rechtsprechung sei der Wortlaut „Umstände“ weit auszulegen. Darunter fallen neben dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit des Schuldners auch „die nach Treu und Glauben dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit gleichzustellende Umstände“.¹³¹² Den wichtigsten Fall des Letzteren bildet das Verschulden des Erfüllungsgehilfen.¹³¹³ Über § 415 S. 2 Japan-ZGB wird deshalb eine der deutschen vergleichbare Lösung erlaubt.¹³¹⁴

III. Fazit

Der in einem erheblicheren Umfang vorgenommene rechtsvergleichende Überblick verdeutlicht, dass einzelne Rechtsordnungen entweder das dem deutschen Recht entsprechende oder das davon abweichende Modell übernommen haben, um die Zurechnungsfrage oder die Frage der Haftung für einen Dritten zu erledigen. Während in den deutschsprachigen Rechtsordnungen und dem beachtlich an das deutsche Recht angelehnten Taiwan-ZGB die gesetzliche Stütze dafür einfach auffindbar ist, fehlen im französischen und japanischen Recht sowie dem spanischen *Código civil*¹³¹⁵ Regelungen dieser Art. Trotz der augenfälligen Inkongruenz gelangen solche Rechtsordnungen sie in der Regel zu denselben Ergebnissen, aber unter unterschiedlichem rechtstheoretischen Aufwand und mit verschiedenen Begründungen.

Für die Frage nach der rechtlichen (nicht unbedingt der gesetzlichen) Grundlage für die Zurechnung einer fremden Handlung gilt nicht das einfache Antwortschema „ja/nein“. Vielmehr empfiehlt es sich, den Blick immer auf die durch Lehre und Rechtsprechung der jeweiligen Rechtsordnung entwickelten unterschiedlichen Vorgehensweisen zu werfen.

¹³¹⁰ Zweigert/Kötz, § 20 I (S. 281).

¹³¹¹ Eubel, Die Haftung des Geschäftsherrn, S. 78 und 146; Hiroyasu Nakata (中田 裕康, übersetzt von ZHANG, Jiayu [张家瑜]) in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 03/2011, 165 (170) mwN.

¹³¹² Keizo Yamamoto (山本 敬三), in: FS Canaris (2017), 1221 (1224) mwN.

¹³¹³ Keizo Yamamoto (山本 敬三), in: Baum/Bälz (Hrsg.), Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 504 Rn. 196. Dieses zutreffende Ergebnis wird als eine große Erregungschafft der Theorienrezeption in Japan bezeichnet.

¹³¹⁴ Eine sehr ausführliche Erläuterung zur Rechtsfortbildung der Haftung für Erfüllungsgehilfen im japanischen Recht, vgl. Hidetake Akamatsu (赤松 秀岳): Bezugnahmen auf das deutsche BGB in der japanischen Rechtsprechung? – Eine Fallstudie, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter – zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914), 2000, S. 651-676.

¹³¹⁵ Rodríguez y Rowinski, S. 130 mwN.

§ 9 Erfüllungsgehilfe in der funktionellen Korrelation vertraglicher und deliktischer Haftung seitens des deutschen Rechts

Die „Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 278“ seitens des deutschen Rechts wurde in dem vorhergehenden Länderbericht wiederholt erwähnt. Dieses Phänomen stellt eine Miniatur einer greifbaren „*Hypertrophie des Vertragsrechts*“¹³¹⁶ dar.¹³¹⁷ In umgekehrter Ordnung könnte man auch davon sprechen, dass gerade der elastische § 278 (iVm. mit anderen konkreten Rechtsinstituten wie die *c.i.c.*, Schutzpflichten, Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) diesen Ausdehnungsvorgang in hohem Maße gefördert hat.¹³¹⁸ Darin kann man ohne Weiteres eine korrelierende Wechselbeziehung des Vertrags- und Deliktsrechts konstatieren.

A. Allgemeines: die dualistische Struktur des Schadensersatzrechts

Für die Charakteristik der deutschen Haftungsausgestaltungen werden die Bezeichnungen „*Dualismus*“¹³¹⁹ und „*Zweispurigkeit*“¹³²⁰ hervorgehoben, die bis heute als das tradierte klassische Axiom oft erwähnt werden.¹³²¹ *Esser/Schmidt*¹³²² haben sogar einmal von „*tertium non datur*“ („ein Drittes gibt es nicht“) gesprochen.

Inzwischen wurde eine neue Lehre vorgestellt, nach der die Haftung für Schutzpflichtverletzungen¹³²³ bzw. die Vertrauenshaftung¹³²⁴ als „*dritte Spur*“ zwischen Vertrag und Delikt angesehen werden solle.¹³²⁵ Die klassische Zweiteilung vertraglicher und deliktischer Haftung sei unter Berücksichtigung der Neuentwicklungen in der Lehre und Rechtsprechung nicht mehr zeitgemäß. Die Hinzufügung der neuen selbständigen Kategorie ist im heutigen deutschen Schrifttum allgemein akzeptiert. Im österreichischen Recht wird die Haftung für Rat und Auskunft iSd. § 1300 ABGB beispielsweise auch als „*Zwischenbereich zwischen Delikt und Vertrag*“ bezeichnet.¹³²⁶

Allerdings ist nicht zu leugnen, dass das deutsche Schuldrecht eher von der Gegenüberstellung des vertraglichen und deliktischen Rechts als Ausgangskonzept ausgeht. Die Dichotomie von „Vertrag und Delikt“ hat die geschichtliche Entwicklung der deutschen Zivilrechtsdogmatik geprägt. Sowohl die Entdeckung der *c.i.c.* als auch

¹³¹⁶ *Kreuzer*, JZ 1976, 778 (778); *Picker*, JZ 1987, 1041 (1042). *Meder*, JZ 1993, 539 (541) spricht dagegen von einer „*Hypertrophie nicht nur der vertraglichen, sondern auch der deliktischen Schadenshaftung*“.

¹³¹⁷ *Picker*, AcP 183 (1983), 369 (393): „*Musterbeispiel für diese Hypertrophie*“.

¹³¹⁸ *Mertens*, AcP 178 (1978), 227 (236).

¹³¹⁹ *Wiegand*, Sachwalterhaftung, S. 168; *Lammel*, Zur Auskunftshaftung, AcP 179 (1979), 337 (338). Auch *E. Schmidt*, Nachwort zu: Jhering, culpa in contrahendo und Staub, die positive Vertragsverletzung, S. 131 m. Fn. 1.

¹³²⁰ *Thiele*, JZ 1967, 649; *Esser/Schmidt*, SchuldR I/1, § 4 (S. 54). Sie ist allerdings von der auf *Esser*, JZ 1953, 129 ff. zurückgehenden Lehre von der „*Zweispurigkeit des Haftungsrechts*“ zu unterscheiden.

¹³²¹ kritisch *Picker*, JZ 1987, 1041 (1055), der sich für die Ersetzung der Differenzierung von vertraglicher und deliktischer Haftung ausspricht. Auch im österreichischen ABGB, vgl. *Karner* in KBB³ § 1295 Rz. 1.

¹³²² *Esser/Schmidt*, a.a.O., § 4 (S. 54).

¹³²³ *Canaris*, in: FS Larenz (1983), 27 (84 ff., und 102). *Nirk*, in: FS Möhring (1975), 71 (86) sah die Haftung für Verletzungen vorvertraglicher Pflichten als „*eine dritte Art der selbständigen Haftung*“ an.

¹³²⁴ *Canaris*, a.a.O., 27 (93). Gleiches im österreichischen ABGB, vgl. *Karner* in KBB³ § 1295 Rz. 1.

¹³²⁵ Der Beurteilung, ob die Schutzpflichten als gesetzliche Pflichten oder als „*dritte Spur*“ zu qualifizieren, hat *Medicus*, in: FS Canaris I (2007), 835 (838) dagegen keine sachliche Bedeutung eingeräumt. Bei chinesischen Juristen findet das Konzept vom „*dritten Spur*“ auch große Gegenliebe. Vgl. *Xie, Hongfei* (谢鸿飞), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 06/2014, 5 (24).

¹³²⁶ *Karner*, in: FS Koziol (2010), 695 (701 sowie 719).

die Vermannigfaltigung der vertraglichen Neben- und Schutzpflichten sowie die Konstituierung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter haben sich mehr oder weniger auf die funktionelle Korrelation vertrags- und deliktsrechtlicher Regelungen bezogen.

B. Die gesetzliche Fessel des § 823 I BGB

I. Die gesetzgeberische Skepsis

Bei der Frage, welche Rechte und Rechtsgüter im Rahmen des deutschen Deliktsrechts vom § 823 I geschützt werden, zeigt sich eine große Zurückhaltung des historischen Gesetzgebers. In der Grundstruktur des § 823 I ist seine besondere Behutsamkeit zu sehen. Eine gleiche autoritative Stellung des Richters wie in der französischen Gerichtspraxis wurde nach der deutschen gesetzgeberischen Vorstellung bewusst abgelehnt.¹³²⁷ Durch die konkrete Aufzählung der enumerierten Rechtsgüter und Rechte („*Enumerationsprinzip*“) wurde der deliktsrechtliche Schutzzumfang ganz klar und restriktiv umgerissen. Der Gesetzesverfasser hat dem Richter mit diesem Gestaltungsmittel eine gesetzliche „*Fessel*“ angelegt, die sich später als ein zweischneidiges Schwert erwies.

II. Die deutsche „*Vertragssüchtigkeit*“

1. Am Beispiel der Dritthaftung

Dass reine Vermögensschäden nach der deutschen h.M. nicht unter dem engen Schutzspektrum des § 823 I fallen,¹³²⁸ hatte – abgesehen von der Erfüllung der Sondertatbestände wie § 823 II, 824, 826 und 839a – ggf. zur Konsequenz, dass die Einzelfallgerechtigkeit erst durch die Hinwendung zum Vertragsrecht erzielt werden konnte.¹³²⁹

a) Der Fall der Verwechslung von Blutproben

Dies zeigt sich insbesondere im Fall der Dritthaftung.¹³³⁰ Die Klage eines unehelichen Kindes auf Zahlung von Unterhaltsrente gegen den angeblichen Vater wurde in einem Zivilprozess deshalb abgelehnt, weil der vom Gericht eingeschaltete Sachverständige (also das hygienische Institut) aufgrund eines versehentlichen Verwechselns der Blutproben durch seinen Angestellten ein verneinendes Ergebnis herausgab.¹³³¹ Ein Schadensersatzanspruch dieses einen Vermögensschaden erleidenden Kindes gegen das Institut wurde abgelehnt, weil – neben der fehlenden Überwachungspflicht des Institutsträgers – eines der in § 823 I aufgezählten

¹³²⁷ Prot. II, S. 571 = Mugdan II, S. 1075. Zustimmung *Canaris*, a.a.O., 27 (36): „*rechtspolitisch beifallswürdig*“.

¹³²⁸ Staudinger/*Hager* (2017) Vorb. zu §§ 823 ff., A 2; *Leyens*, JuS 2018, 217 (218); *Pinger/Behme*, DS 2009, 54 (55). MüKoBGB/*Wagner* (2017) § 823 Rn. 370 spricht deutlich für diese differenzierte Behandlung zwischen den absoluten Rechten und den reinen Vermögensschäden. Allgemeines zum Ersatz von reinen Vermögensschäden, vgl. *Deutsch*, in: FS Henckel (1995), 79 ff.

¹³²⁹ *Mertens*, AcP 178 (1978), 227 (235).

¹³³⁰ Diese Frage bezüglich der Dritthaftung verdient selbstverständlich tiefergehende Diskussionen in einem eigenen Beitrag. An dieser Stelle wird sie bloß als Beispiel herangezogen, um das Phänomen plastisch zu umreißen.

¹³³¹ BGH, Urteil vom 07. Juni 1951 - III ZR 85/50 = LM (1) § 831 (Fc) BGB.

Rechtsgüter des Kindes vom Angestellten des Instituts nicht verletzt worden sei.¹³³² D.h., der Institutsträger würde auch nicht haften, wenn er selbst die Verwechslung der Blutproben schuldhaft begangen hätte.

Dass die Klage des Kindes im vorgenannten Urteil letztlich abgelehnt wurde, erschien unter Berücksichtigung des damaligen Erkenntnisstands nicht schwer begreiflich. Nach der heutigen Rechtswirklichkeit wäre dieses Ergebnis allerdings nicht unbedenklich. Da § 839a,¹³³³ der im Jahr 2002 durch Art. 2 Nr. 5 des »Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften« (BGBl I 2674) hinzugefügt wurde, eine Haftungseinschränkung zugunsten des gerichtlichen Sachverständigen angeordnet hat. Der Institutsträger wäre nach dem heutigen § 839a verantwortlich, da das Verwechseln der Blutproben als eine grob fahrlässige Handlung des Angestellten angesehen werden könnte.

b) Die Dritthaftung aus der vertraglichen Grundlage

Auf der anderen Seite sind reine Vermögensschäden im Rahmen des Vertragsrechts – streng genommen iRd. eines Schuldverhältnisses (Sonderverbindung) – ersatzfähig.¹³³⁴ Sofern eine Sonderverbindung zwischen ihnen, die die Anwendbarkeit des § 278 voraussetzt, als begründet angesehen würde, wäre die Unzugänglichkeit des deutschen Deliktsrecht in erheblichem Umfang beseitigt.

Das deutsche Gericht hat dementsprechend ein vertragsrechtliches Neuland betreten, auf dem ein potentieller Geschädigter, der selbst aber kein Vertragspartner ist, besser geschützt werden kann. Sowohl die Fiktion eines stillschweigend abgeschlossenen Vertrags (wesentlich ein Auskunfts- und Beratungsvertrag) zwischen dem Haftungskandidaten und dem potenziellen Geschädigten¹³³⁵ als auch die Konstruktion eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter¹³³⁶ können als denkbare Lösungsansätze für die Rechtsprechung in Betracht kommen. Demnach finde freilich § 278 zugunsten des Geschädigten Anwendung. Zugleich hat sich das Spektrum der Dritthaftung in atemberaubendem Tempo ausgedehnt. Dafür lassen sich einige Gerichtsurteile aufzeigen.

Ein Gericht hat sich beispielsweise für die vertragliche Haftung der Bank gegenüber dem Vertragspartner des Bankkunden wegen der Vorlage einer unrichtigen Bankbescheinigung ausgesprochen, weil mit der Ausstellung dieser falschen Bescheinigung ein Auskunftsvertrag zwischen ihnen zustande kam.¹³³⁷ Die

¹³³² Der BGH hat in diesem Urteil nur die deliktische Geschäftsherrenhaftung iSd § 831 gegenüber dem Kind ausführlich diskutiert und sie schließlich zurückgewiesen. Die vertragliche oder vertragsähnliche Beziehung zwischen ihnen wurde dagegen mit wenigen Worten unmittelbar verneint.

¹³³³ Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen iSd. § 839a beruht nicht auf der vertraglichen Grundlage und verdrängt die Anwendbarkeit der §§ 823 ff. vgl. Erman/Mayen (2017) § 839a Rn. 4; BGHZ 166, 313 ff., Rn. 5.

¹³³⁴ Koziol, ZEuP 1995, 359 (363); Deutsch, in: FS Henckel (1995), 79 (86 f.); Picker, JZ 1987, 1041 (1041); Faust, AcP 210 (2010), 555 (556); MüKoBGB/Wagner (2017) § 823 Rn. 396; BGHZ 175, 276 ff. Rn. 14. Zum österreichischen Recht, vgl. Koziol, JBl. 2004, 275 f.

¹³³⁵ Philippsen, Zur Dritthaftung des privat beauftragten Gutachters für fahrlässig verursachte Vermögensschäden, 1998, S. 186; Zugehör, NJW 2000, 1601 (1602, insb. 1605 f.). Auch im österreichischen Recht, vgl. P. Bydlinski, in: FS Hadding (2004), 759 (769) mwN.

¹³³⁶ Pinger/Behme, DS 2009, 54 (55 ff.); dies., JuS 2008, 675 (675 ff.).

¹³³⁷ Der Lösungsansatz über einen konkludenten Auskunftsvertrag wird schon vom Ansatz her in Frage gestellt, weil ein derartiger Rechtsbindungswille der Partei kaum entnommen werden kann. vgl. jüngst Maier-Reimer, NJW

schuldhafte Handlung der Kreditsachbearbeiterin der beklagten Bank wurde gem. § 278 der haftenden Bank zugerechnet.¹³³⁸ Als der andere infrage-kommende Ausweg spielt das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter herkömmlicherweise eine wichtige Rolle. In einem anderen Fall bekamen Kinder vom BGH einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen einen Anwalt zugesprochen, der den Vater der Kinder auf die Formbedürftigkeit einer Scheidungsvereinbarung nicht deutlich hingewiesen hatte.¹³³⁹ Die Kinder, denen ihr Vater bestimmte Vermögenswerte zuwenden wollte, wurden in den Schutzbereich des zwischen ihrem Vater und dem Rechtsanwalt geschlossenen Anwaltsvertrag einbezogen. Dadurch kann es dahingestellt bleiben, ob die Forderung deliktsrechtlich ersatzfähig ist.

Die sog. „*Vertragssüchtigkeit*“¹³⁴⁰ kommt in solchen Lösungsversuchen der Rechtsprechung, die auf einer vertraglichen Grundlage beruhen und sich überaus vorteilhaft für den Geschädigten auswirken, damit besonders deutlich zum Ausdruck.

2. Rechtsvergleichende Betrachtung

Diese sog. „*Vertragssüchtigkeit*“ tritt vergleichsweise dort weniger in Erscheinung, wo sich das Deliktsrecht einen relativ breiteren Schutzzumfang verschafft.

Das schweizerische OR hat beispielsweise die haftungsbegrenzende Strukturierung „Rechtsgutverletzung“ nicht übernommen. Vom Art. 41 OR erfasst ist jeder widerrechtliche Schaden. Die im deutschen Recht allgemein anerkannte Figur „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ ist in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre ohne Resonanz geblieben.¹³⁴¹ Desgleichen hat das japanische Deliktsrecht das soeben genannte Enumerationsprinzip seitens des deutschen Rechts nicht aufgegriffen. In theoretischer Hinsicht steht dem japanischen Richter die Möglichkeit zur Verfügung, durch ein weiteres Verständnis des Wortteils des § 709 Japan-ZGB (n.F.) „*Rechte eines anderen*“ den Schutzzumfang zu erweitern.¹³⁴² Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) ist vom § 709 Japan-ZGB erfasst worden, ohne mit hohem Begründungsaufwand auf die verfassungsrechtliche Grundlage zurückzugreifen.¹³⁴³ Um uferlose Haftung zu vermeiden, versuchen solche Rechtsordnungen andererseits mit der Voraussetzung „Widerrechtlichkeit“ die Tragweite der jeweiligen Norm zu begrenzen.¹³⁴⁴

Allerdings muss man den Ausnahmecharakter des § 1295 I ABGB erwähnen, der aufgrund des Wortteils „*den Ersatz des Schadens*“ herkömmlicherweise als

2014, 2613 (2615); *Leyens*, JuS 2018, 217 (219 und 222).

¹³³⁸ BGH, NJW-RR 1998, 1343 f., Rn. 13 ff.

¹³³⁹ BGH, NJW 1977, 2073 f.

¹³⁴⁰ *Picker*, JZ 1987, 1041 (1042).

¹³⁴¹ Vgl. *Rieder*, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, HanseLR 2006, 82 (89); *Schroeter*, in: FS Schwenger (2011), 1565 (1573); *Tarman*, S. 87 ff.

¹³⁴² Vgl. *Eubel*, Die Haftung des Geschäftsherrn, S. 69. Der japanische Gesetzgeber hat später im revidierten § 709 Japan-ZGB n.F. den „Rechten“ die „*rechtlich geschützten Interessen eines anderen*“ ausdrücklich hinzugefügt. Seither sind auch das Vermögensinteresse sowie andere Interessen deutlich in die allgemeine Vorschrift § 709 Japan-ZGB eingeschlossen. § 709 Japan-ZGB n.F. lautet: Wer vorsätzlich oder fahrlässig Rechte und rechtlich geschützte Interessen eines anderen verletzt, ist zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

¹³⁴³ Die Hinwendung zum Grundsatz (Art. 2 I iVm. Art. 1 I GG) stellt eine Besonderheit des deutschen Rechts dar. Vgl. das Ursprungsurteil BGHZ 13, 334 ff. Rn. 20 („*Leserbrief*“).

¹³⁴⁴ *Faust*, AcP 210 (2010), 555 (556); *Eubel*, a.a.O., S. 69 ff.

Generalnorm bezeichnet wird.¹³⁴⁵ Hier lässt sich eine sehr behutsame Vorgehensweise der österreichischen Rechtsprechung im Umgang mit der deliktsrechtlichen Haftungsbegründung erkennen. Um die unerträgliche Ausuferung der Haftung zu vermeiden, hat das Gericht mit der Voraussetzung „Widerrechtlichkeit“ eine dem deutschen Recht entsprechende Enumerationsmethode entwickelt.¹³⁴⁶ Bei den österreichischen Juristen stieß die deutsche Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einerseits auf Gegenliebe, weil dem Dritten im Fall des fehlenden Schuldverhältnisses ein Schutzinstrument bereitgestellt werden kann.¹³⁴⁷ Andererseits hat die österreichische Rechtsprechung eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht zugunsten eines Dritten aus dem Gesetz entnommen,¹³⁴⁸ um das vorgenannte Rechtinstitut zu ergänzen. Insoweit ist etwa richtig: Im österreichischen Recht ist eine Eingrenzung des deliktischen Schutzzumfangs zu beobachten, während das deutsche Recht in eine entgegengesetzte Richtung geht.

Durch eine rechtsvergleichende Betrachtung lässt sich der Eindruck erhärten, dass die Rechtsordnungen je nach ihren gewählten unterschiedlichen Ausgangspunkten verschiedene Wege beschritten haben, um eine eigene historische Vorbelastung (einen zu engen oder großzügigen semantischen Rahmen) zu bekämpfen.

III. Die Ablehnung der übertriebenen Kritik

Blicken wir zurück auf das deutsche Recht. Obwohl sich die soeben angerissene „*Vertragssüchtigkeit*“ einigermaßen auf das gesetzliche „*Korsett*“ iSd. § 823 I zurückführen lässt, soll die sog. Angreifbarkeit dieser Entscheidung des damaligen Gesetzesverfassers nicht übertrieben werden.

1. Das Gesetzgeberische Grundkonzept: Bewegungsfreiheit des Einzelnen und Ausgleichsinteresse des Geschädigten

Nach dem traditionellen Grundsatz „*casum sentit dominus*“ ist der Träger des Rechtsguts selbst die durch zufällige Ereignisse herbeigeführten Schäden zu tragen.¹³⁴⁹ Eine willkürliche Abwälzung des eigenen „allgemeinen Lebensrisikos“ ist verboten. Diese konzeptionelle Vorstellung zeigt sich nicht nur im Verschuldensprinzip,¹³⁵⁰ sondern auch in der restriktiven Haltung gegenüber haftungsrechtlichen Generalklauseln. Es bedarf der Erfüllung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzung der Deliktshaftung für Schäden Dritter, zu der vor allem die Verletzung der geschützten Rechtsgüter gehört.

¹³⁴⁵ Koziol, ZEuP 1995, 359 (359 f.).

¹³⁴⁶ Koziol, a.a.O., 359 (360 f.).

¹³⁴⁷ P. Bydlinski, in: FS Hadding (2004), 759 (775 f). Allgemeines zum Rechtinstitut im österreichischen Recht, vgl. Karner in KBB³ § 1295 Rz. 19.

¹³⁴⁸ OGH, Urteil vom 20.12.2017 - 7Ob38/17i, S. 14.

¹³⁴⁹ Meder, JZ 1993, 539 (541); Deutsch, RabelsZ 44 (1980), 487 (487); Edlbacher, in: FS Wilburg (1965), 81 (83); Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 75 I 2 a (S. 351).

¹³⁵⁰ Zur Funktion des Verschuldensprinzips, die Freiheit des Einzelnen zu gewähren, vgl. Deutsch, AcP 202 (2002), 889 (892). Die Bedeutung des Verschuldensprinzips zum Erlangen dieses Ziels, vgl. Prot. II, S. 569 und 585; Fuchs/Pauker, Kap. 1 A I, S. 2; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 75 I 2 a (S. 351). Gleiche Abwägungen auf Seiten des chinesischen Rechts, vgl. GE, Yunsong (葛云松), in: China Legal Science (中国法学), 03/2010, 37 (37); ZHANG, Xinbao (张新宝), in: China Legal Science (中国法学), 04/2009, 176 ff.

Das BGB wurde im Wesentlichen schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts überarbeitet, in der die liberal-individualistische Weltanschauung herrschte. Das liberale Grundanliegen bzw. die wirtschaftsliberale Grundkonzeption bzw. die Freiheitsethik hat die Kodifikation des BGB stark geprägt.¹³⁵¹ Der wirtschaftliche Liberalismus steht gewissermaßen der unerträglichen Überdehnung des Rechtsgüterschutzes entgegen.¹³⁵² Die Gesetzgebungsgeschichte belegt, dass der damalige Gesetzgeber sich offenbar die Notwendigkeit einer angemessenen Balance zwischen der Gewährleistung der im Art. 2 I GG angesiedelten Handlungsfreiheit des Einzelnen und dem Ausgleich des ersatzfähigen Schadens vor Augen hielt.¹³⁵³ Allerdings schien dem Gesetzgeber das Gesetzgebungsmodell einer großen Generalklausel in der Hinsicht dieser konzeptionellen Vorstellung nicht zielführend. Umgekehrt würde das Ziel leer laufen, wenn das Gericht anhand einer derartigen Generalklausel dem Verkehrsteilnehmer eine Haftung überraschend auferlegen könnte. Man könnte insoweit davon sprechen, dass diese gesetzgeberische Zielsetzung anhand der eng gefassten (drei kleinen) Generalklauseln erfolgt ist.¹³⁵⁴

2. Unter Berücksichtigung der Charakteristik der „Jedermannsbeziehung“

Außerdem folgt aus § 823 I, der auf dem Grundsatz „*neminem laedere*“¹³⁵⁵ beruht, eine allgemeine Pflicht gegenüber Anderen, unerlaubte Handlungen zu unterlassen. Es handelt sich um ein sog. „*Jedermann-Verhältnis*“.¹³⁵⁶

Unter Berücksichtigung des unbestimmbaren Personenkreises könnte jede unangebrachte Ausdehnung des Umfangs des ersatzfähigen Rechtsguts zur Ausuferung der Haftungspflichten führen. Es könnte sich außerdem gewissermaßen daraus der Grund ergeben, warum § 278, der eine strikte Zurechnung regelt, das Vorliegen eines bestehenden (vertraglichen oder gesetzlichen) Schuldverhältnisses voraussetzt.¹³⁵⁷ Die Berechenbarkeit des beschränkten Personenkreises kann die Befürchtung vor der unkalkulierbaren Haftung in erheblichem Umfang vermindern. Der Zweifel, ob damals eine überstrenge Zurückhaltung ausgeübt wurde, kann somit

¹³⁵¹ Höpfner, AcP 212 (2012), 853 (856); Grundmann, AcP 204 (2004), 570 (570).

¹³⁵² Die gleiche Konzeption lag dem § 134 BGB zu Grunde, der ausgehend von den Interessen des wirtschaftlichen Liberalismus die Auswirkungen des Verbotsgesetzes auf das Rechtsgeschäft „möglichst zurückdrängen“ wollte. Vgl. Beater, AcP 197 (1997), 505 (509).

¹³⁵³ § 704 des ersten Entwurfs, der mit dem Wortteil „*einen Schaden zugefügt*“ eine große Generalklausel regeln wollte, wurde vom Gesetzgeber allerdings abgelehnt. Wäre er in § 823 Gesetz geworden, hätte die deutsche Rechtspraxis stark vom gegenwärtigen Zustand divergiert. Dazu vgl. Deutsch, in: FS Henckel (1995), 79 (82).

¹³⁵⁴ Zu den Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Regeltypen vgl. HKK/Schiemann (2013) §§ 823-830, Rn. 11.

¹³⁵⁵ Vgl. oben Fn. 438. Dieser naturrechtliche Grundsatz hat insb. den französische Art. 1382 a.F. C.c. (Art. 1240 n.F. C.c.) geprägt. Vgl. Erman/Wilhelmi (2017) § 823 Rn. 1.

¹³⁵⁶ Vgl. oben Fn. 439.

¹³⁵⁷ Der Käufer stürzte beim Verlassen des Kaufhauses auf der unbeleuchteten Treppe, da die Tochter des Verkäufers vergessen hatte, eine Lampe wieder an den Ein- und Ausgang zu bringen. Das RG hat in diesem Fall (RGZ 74, 124 f.) vom 14. Juni 1910 deutlich darauf hingewiesen: *Allein die Verletzung dieser allgemeinen Pflicht (, für die Sicherheit der Personen, denen er Einlass gewährt, zu sorgen) begründet im Falle der schuldhaften Schadenszufügung nur einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, nicht auch aus Vertrag. Eine vertragliche Haftung tritt nur dann und nur insoweit ein, als Vertragsbeziehungen vorhanden sind, die sich gerade auf die Benutzung eines Raumes erstrecken.* Aus diesem Urteil wird klar, dass das RG einst die nachvertragliche Schutzpflicht zugunsten des Käufers abgelehnt hat. Nach heutigem Erkenntnisstand ist das Urteil nicht unbedenklich, da sich die vertragliche Schutzpflicht auf das nachvertragliche Stadium erstreckt. Vgl. auch E. Schmidt, AcP 170 (1970), 502 (504).

dahingestellt werden. Denn an der Behutsamkeit der BGB-Väter ist nicht zu viel zu kritisieren, wenn man die damaligen rechtswissenschaftlichen Gegebenheiten berücksichtigt.

Überdies hat die Entwicklungsgeschichte der deutschen Zivilrechtsdogmatik bereits deutlich belegt, dass die Bedingtheiten des alten Rechts durch die schöpferischen Rechtsfindungen (z.B. Verkehrspflichten, das Organisationsverschulden sowie das Wenden an die Vertragsprinzipien) in hohem Maß verringert oder beseitigt worden sind.

IV. Fazit

Als Ergebnis der vorgelegten Untersuchung ist somit festzuhalten, dass die gesetzliche Fessel des § 823 I den Geltungsbereich des deutschen Deliktsrecht eingeschränkt hat. Allerdings ist die übertriebene Kritik an der gesetzgeberischen Entscheidung an sich überflüssig, da die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung die Aufgabe übernommen haben, diese Fesseln durch feinempfundene Aufarbeitungen zu sprengen. Die sog. „*Vertragssüchtigkeit*“ erweist sich bloß als eine bewertungsneutrale Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung und fördert in objektiver Hinsicht die Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 278.

C. Unstimmige Verjährungsfristen im alten Recht

Obwohl die Unstimmigkeiten des Verjährungsrechts durch die Schuldrechtsmodernisierung beseitigt wurden, haben ihre Einflüsse als historisches Relikt aus der ärgerlichen Diskrepanz der Verjährungsfristen überlebt.

I. Verjährungsfrage im „*Gemüseblattfall*“

Dies soll an dieser Stelle mit dem berühmten „*Gemüseblattfall*“¹³⁵⁸ verdeutlicht werden. Das Urteil stellt m.E. ein Beispiel *par excellence* dar, weil es überraschend so viele verschiedenartigen Rechtsfiguren (*culpa in contrahendo*, Schutzpflichten, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) und Abwägungselemente (Verjährung) beinhaltet. Der Sachverhalt ist ziemlich einfach: Ein zu der Zeit 14 Jahre altes, seine Mutter beim Einkauf begleitendes Mädchen rutschte in der Kassenzone eines Selbstbedienungsladens auf einem Salatblatt aus und erlitt einen Gelenkbluterguss am rechten Knie.

Weil man sich hier zu sehr auf die schlüssigen Begründungen für die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages konzentrierte, wurde eine unauffällige Einzelheit aus den Augen verloren. Obwohl der Unfall schon am 2. November 1963 geschah, wurde die Klage erst am 5. März 1970 erhoben. In der Vorinstanz wurde die Klage unter dem Gesichtspunkt der Verjährung abgelehnt.

§ 195 a.F. BGB sah eine 30-jährige Verjährungsfrist vor, während der Schadensersatzanspruch aus einer unerlaubten Handlung gem. § 852 a.F. schon nach drei Jahren verjährte.¹³⁵⁹ Nach einer feinen Begründung hat das Gericht das die

¹³⁵⁸ BGHZ 66, 51 ff.

¹³⁵⁹ Für die Folgerichtigkeit der kurzen Verjährungsfrist iRd. Deliktsrechts spricht insb. *Honsell*, in: FS Magnus

Mutter begleitende Mädchen, das selbst aber nicht Vertragsbeteiligte war, in den Schutzzumfang des noch nicht zustande kommenden Vertrags einbezogen. Statt § 852 a.F. kam dann § 195 a.F. BGB zur Anwendung. Insoweit ist zutreffend: Der Vertragsgläubiger – im Vergleich zum Gläubiger des deliktischen Schadensersatzanspruchs – genoss eine gesetzliche Privilegierung.¹³⁶⁰ Mit dem vertraglichen Drittschutz hat die deutsche Rechtsprechung inzwischen einen neuen Pfad über Vertragsgrundsätze beschritten, um das Ärgernis der ungebührlichen Differenzierung¹³⁶¹ ggf. umzugehen.

II. Vitalität der gewöhnlichen Vorgehensweise

Das Verjährungsrecht stellt bis heute noch ein kompliziertes Problemfeld dar, auf das hier nicht erschöpfend eingegangen werden kann. An dieser Stelle ist seine damals gegebene Auswirkung auf den Ausdehnungsvorgang des deutschen Vertragsrechts hervorzuheben, in dem § 278 immer einen breiteren Anwendungsbereich erlangt hat.

Wenngleich diese lästige Unstimmigkeit beider Haftungsregime schon durch die weitgehende Vereinheitlichung des Verjährungsrechts im Jahr 2002 beseitigt wurde, finden solche besonderen Ausgestaltungen heutzutage noch Anwendung. Dies ist nicht schwer zu begreifen. Wenn der Rechtsanwender seit sehr langer Zeit bestimmte weitverbreitete (inzwischen neugestaltete) Rechtsfiguren häufig verwendet hat und dadurch befriedigende Lösungen erhalten kann, neigt er freilich dazu, bei gleichen Sachverhalten unbedenklich weiter auf sie zurückzugreifen. Dass die ursprünglich vorhandenen Hindernisse trotzdem nicht mehr existieren, steht der Weiteranwendung nicht entgegen. In diesem Sinne kann von einer „Gewohnheit“ gesprochen werden, die auch in der heutigen Rechtswirklichkeit nicht geändert wird.

D. Insuffizienz der deutschen Geschäftsherrenhaftung iSd. § 831

Als der wichtigste Grund für die Verbreiterung des Anwendungsbereichs des § 278, insb. die ausgedehnte Anwendbarkeit auf gesetzliche Schuldverhältnisse, ist die Insuffizienz seiner Parallelvorschrift § 831 hervorzuheben. *Schäfer*¹³⁶² scheut sich nicht von einer „Ausdehnung des § 278 wegen des § 831“ zu sprechen. *Schlechtriem*¹³⁶³ hielt die Korrekturversuche der unbilligen Lösung des § 831 eben für ein „wichtiges Motiv“ der Ausdehnung. Die augenfällige Insuffizienz der deliktischen Geschäftsherrenhaftung hat grundsätzlich die jahrhundertlang auf starke Kritik stoßende Exkulpationsmöglichkeit des § 831 I 2 verschuldet.

Unter Berücksichtigung seiner sachlichen Affinität und besonderen Anstoßfunktion zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 278 gibt es zu § 831 an dieser Stelle eine offenbar vergleichsweise detailliertere Diskussion.

(2014), 37 ff.

¹³⁶⁰ *Kupisch* hat in seinem illustrativen Beispiel ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Geschädigter, der eine Vertragsbeziehung zum Schuldner hat, „rechtlich deutlich besser“ da steht als jeder andere Geschädigte, der seinerseits in keinem Schuldverhältnis zum Haftungskandidaten steht. Vgl. *ders.*, JuS 1983, 817 (817).

¹³⁶¹ Heftige Kritik an der Schuldrechtsmodernisierung vgl. *Hoche*, in: FS Lange (1970), 241 (247 ff.); *Rabe*, NJW 1992, 2395 (2398).

¹³⁶² *ders.*, RabelsZ 1957, 409 (413).

¹³⁶³ *ders.*, VersR 1973, 581 (583).

I. Allgemeines

1. Der Regelungsinhalt

Nach § 831 I 1 hat der Geschäftsherr den Schaden, den der Gehilfe in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt, zu ersetzen.¹³⁶⁴ Aus der rechtsvergleichenden Perspektive stellt sich das Haftungskonzept des § 831 als eine seltsame Regelung heraus,¹³⁶⁵ weil er (einst) dem Geschäftsherrn eine großartige Exkulpationsmöglichkeit zugelassen hat (§ 831 I 2). M.a.W., die deutsche Geschäftsherrenhaftung setzte ein eigenes (vermutetes) Verschulden¹³⁶⁶ des Geschäftsherrn voraus. Darüber hinaus muss ein Delikt des Verrichtungsgehilfen vorliegen, dessen Widerrechtlichkeit bei der Beurteilung nicht entbehrlich ist. *Wagner* hat § 831 damit als „*einen zusammengesetzten Haftungstatbestand*“,¹³⁶⁷ d.h. als ein Zusammenschmelzen des Geschäftsherrn- und Gehilfendelikts, bezeichnet.

2. Eine der umstrittensten Regelungen des BGB

Es gibt kaum eine andere Vorschrift wie § 831, die seit der Entstehung des BGB bis heute wegen der fragwürdigen Entlastungsmöglichkeiten des Geschäftsherrn so oft auf heftige Kritik gestoßen ist.¹³⁶⁸

Nach *Hauß* führte § 831 zu „*einem ständigen Ärgernis der Praxis*“. ¹³⁶⁹ *Zweigert/Kötz*¹³⁷⁰ haben hervorgehoben, dass § 831 eine „*rechtspolitisch durchaus fragwürdige Regel*“ darstelle. *Juenger*¹³⁷¹ sprach vom „*missglückten § 831*“. *Armgardt*¹³⁷² bezeichnete ihn als „*eine schiefgegangene juristische Transplantation*“. *Zimmermann*¹³⁷³ hielt ihn für eine „*unfortunate rule*“. *Matusche-Beckmann*¹³⁷⁴ hat darauf hingewiesen, dass § 831 „*nicht mehr zeitgemäß*“ sei. Im jüngeren Schrifttum haben *Bachmann/Schirmer*¹³⁷⁵ ihn mit der harschen Formulierung „*berüchtigt*“ heftig kritisiert.

Auf Seiten des schweizerischen Rechts fand Art. 55 OR, der eine § 831 weitgehend

¹³⁶⁴ Um mit § 278 in Parallele zu vergleichen, wird die Geschäftsherrenhaftung iSd. § 831 in der vorliegenden Arbeit teilweise als die „Haftung für Verrichtungsgehilfen“ bezeichnet, obwohl § 831 nur die Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden regelt (*Medicus/Lorenz*, SchuldR BT, Rn. 1344). Eine ähnliche Bezeichnung wurde auch im Randtitel des § 831 und im Schrifttum (z.B. *Schmitz*, Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer, 1994) angewandt.

¹³⁶⁵ Zur rechtsvergleichenden Arbeit in Bezug auf § 831 vgl. vor allem *Honsell*, Culpa in eligendo, in: Liber Amicorum Juan Miquel (2006), 513-521; *ders.*, Die Haftung für Hilfspersonen, in: FS Schwenger (2011), 779-789.

¹³⁶⁶ Palandt/*Sprau* (2016) § 831 Rn. 1; *Jauernig/Teichmann* (2015) § 831 Rn. 1; *v. Bar*, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II, S. 1706; *Esser/Weyers*, SchuldR II/2, § 58 I 1 (S. 209 f.); *Jakob*, VersR 1969, 1061 (1062); *Leßmann*, JA 1980, 193 (198); *Looschelders*, SchuldR BT, Rn. 1320 und 1324; *Medicus/Lorenz*, SchuldR BT, Rn. 1346; *Mohnhaupt-Wolf*, S. 157; *Spickhoff*, JuS 2016, 865 (867); *Stoll*, JZ 1958, 137 (137). Die Rechtsprechung hat sich dieser Auffassung angeschlossen, vgl. RGZ 59, 60 (66); BGHZ 24, 21-30; BGH, NJW 1996, 3205.

¹³⁶⁷ MüKoBGB/*Wagner* (2017) § 831 Rn. 29.

¹³⁶⁸ *Helm*, AcP 166 (1966), 389 (389 f.); *Riemann*, S. 76; *S. Lorenz*, JuS 2007, 983 (985).

¹³⁶⁹ *ders.*, in: Verhandlung des 43. DJT (1960), Bd. II Teil C S. 43 zitiert nach *Kübler*, JZ 1968, 542 (543). Diese klassische Beschreibung wurde in den betroffenen Lit. wiederholt erwähnt, vgl. *Kübler*, JZ 1968, 542 (543); *Matusche-Beckmann*, Kap. 2 A III 1 (S. 32); *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 311.

¹³⁷⁰ *dies.*, § 41 II, S. 637.

¹³⁷¹ *ders.*, Zum Wandel des Internationalen Privatrechts, 1974, S. 13.

¹³⁷² *ders.*, in: FS Rüßmann (2013), 17 (17).

¹³⁷³ *ders.*, The Law of Obligations, S. 13.

¹³⁷⁴ *ders.*, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 2.

¹³⁷⁵ *dies.*, in: FS Canaris (2017), 371 (377).

vergleichbare Regelung darstellt, ebenso lebhaften Widerspruch. Er wird teilweise für „eine seit langem kritisierte *Crux*“ gehalten.¹³⁷⁶

II. Erscheinungsformen der Insuffizienz

1. Exkulpation durch Nachweis sorgfältiger Auswahl, Anleitung und Überwachung

Obwohl die Tendenz, dass die Sorgfaltspflichten des Geschäftsherrn bei der Auswahl, Anleitung und Überwachung¹³⁷⁷ des Verrichtungsgehilfen durch weitere Auslegungen solcher Begriffe in der Rechtsprechung bereits stark verschärft wurden,¹³⁷⁸ so offenkundig besteht aber immer noch die Exkulpationsmöglichkeit zugunsten des Geschäftsherrn. Angesichts der praktisch überaus großen Sachverhaltsgestaltungen lässt sich nur eine Entscheidung für diese Entlastungsmöglichkeit aufzeigen.

Bei einem tragischen Verkehrsunfall am 10. Juni 1951, in dem ein Omnibus und ein Personenzug zusammenstießen und 15 Insassen des Busses ums Leben gekommen sind, übernahm ein angetrunkener Busfahrer das Steuer und übersah an einem Bahnübergang den Zug.¹³⁷⁹ Der BGH hat den Rentenanspruch von Eltern eines der Todesopfer verneint, weil kein zumutbarer Anlass für das beklagte Omnibusunternehmen dafür bestand, dass es die Nichteignung des Fahrer für den Beruf erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Obwohl der BGH hinsichtlich der besonderen Gefahr des Verkehrsbetriebs eine fortdauernde und ordnungsgemäße Überwachungspflicht des Verkehrsunternehmens angenommen hat, hat sich der sog. strikte Entlastungsbeweis dennoch durchgesetzt.

Durch einen Brand einer Zugmaschine, dessen Ursache sich auf eine falsche Kabelverlegung durch einen Mitarbeiter einer Fachwerkstatt zurückführen ließ, die die Umbauarbeiten an der Turbokupplung einer Zugmaschine übernommen hatte, erlitt der Auftraggeber einen Totalschaden. Den Schadensersatzanspruch der Klägerin, die als Versicherer das übergegangene Recht des Auftraggebers (Versicherungsnehmer) geltend machte, hat das OLG Koblenz aus dem folgenden Gesichtspunkt für unbegründet erklärt: Es gebe keine Veranlassung für einen Auswahlfehler, weil der jahrzehntelang als Landmaschinenmechaniker und Elektroarbeiter tätige Mitarbeiter der Werkstatt die ihm übertragenen Umbauarbeiten seit langem immer fehlerfrei erledigt habe.¹³⁸⁰

Mit beinahe gleichen Gründen hat das OLG Düsseldorf die deliktische Haftung eines Betriebsinhabers verneint, dessen Gabelstaplerfahrer beim Entladen von Mehl mit dem Gabelstapler den Kraftfahrer eines Transportunternehmens umgestoßen hat. Die

¹³⁷⁶ H. Honsell, in: FS Schlechtriem (2003), 743 (746).

¹³⁷⁷ Die sog. Überwachungspflicht des Geschäftsherrn ist – streng genommen – dem Wortlaut des § 831 nicht zu entnehmen. Durch die zeitliche Ausdehnung der Auswahlpflicht haben die Gerichte inzwischen eine eigenständige Überwachungspflicht herausgebildet, die in der heutigen Praxis weit verbreitet benutzt wird. Dazu vgl. MüKoBGB/Wagner (2017) § 831 Rn. 36.

¹³⁷⁸ Erman/Wilhelmi (2017) § 831 Rn. 3.

¹³⁷⁹ BGH, Urteil vom 14. Mai 1957 - VI ZR 101/56, BeckRS 1957, 31371099.

¹³⁸⁰ OLG Koblenz, NJW-RR 2011, 1049 ff., Rn. 32.

Weigerung des Auswahlverschuldens iSd. § 831 ließ sich darauf zurückführen, dass der Fahrer nach erfolgreicher Prüfung den Staplerschein erlangt hatte.¹³⁸¹

Andererseits sind vorinstanzlichen Entscheidungen dieser Art leicht zu finden, die den sog. Auswahl- oder Überwachungsfehler des Haftungskandidaten im Vorprozess verneint haben und später aber im Berufungs- oder Revisionsverfahren von dem höheren Gericht zurückgewiesen werden.¹³⁸² Es ist unmöglich, derartige Urteile hier erschöpfend aufzuführen. Sie scheinen aber zu belegen, dass sich divergierende Entscheidungen des eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn in dem Instanzenzug offenbaren. In Bezug auf subjektive Tatbestandsmerkmale wäre es kaum möglich, ein sog. konstantes Beurteilungskriterium zu erzielen. Trotz der strengeren Anforderungen und der Beweislastumkehr steht dem Geschäftsherrn die Exkulpationsmöglichkeit bis heute immer noch zu, sofern sich § 831 an das Verschuldensprinzip hält.

2. Exkulpation durch den dezentralisierten Entlastungsbeweis

Obendrein kam der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis¹³⁸³ in Betracht,¹³⁸⁴ der vergleichsweise die größte Attacke erfahren hat.

Für die Ungeeignetheit dieses Entlastungsbeweises lässt sich ein charakteristisches Urteil aufzeigen. Der Verwalter eines Hofguts ließ den Transport von Benzin durch einen auf dem Gut tätigen Minderjährigen durchführen, der unterwegs einen Passanten mit einem Halbblutpferd erheblich verletzte. Der Eigentümer des Hofguts exkulperte sich, weil er als der Inhaber eines größeren Betriebes den Verwalter sorgfältig ausgewählt und überwacht habe.¹³⁸⁵

Durch dieses unbefriedigende Kriterium beschränkte sich die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn daraufhin eng auf die Auswahl und Überwachung von leitenden „Zwischenpersonen“. Somit kam es zu einer ungerechtfertigten Privilegierung von Großbetrieben, innerhalb derer erfahrungsgemäß mehrfache Hierarchiestufen sowie mehrstufige Delegationen der Auswahl-, Anleitung- und Überwachungspflicht bestanden. Glücklicherweise hat die Praxis unter Berücksichtigung der großangelegten Kritik¹³⁸⁶ im Schrifttum diese unbegründete Bevorzugung von Großunternehmen dadurch beseitigt, dass ein innerbetrieblicher Organisationsmangel in weitherziger Weise angenommen wird.¹³⁸⁷

III. Gescheiterte Novellierungsversuche

Hinsichtlich der teilweise auftretenden unangebrachten Ergebnisse erweist sich die

¹³⁸¹ OLG Düsseldorf, VersR 2002, 585 ff., Rn. 79 ff.

¹³⁸² BGH, NJW-RR 1996, 867 f., Rn. 15 f. (Verletzung der Kontrollpflicht hinsichtlich der Durchführung von Gefahrguttransporten); BGH, NJW 2003, 288 ff., Rn. 17 (unvorsichtige Schaltwärter); OLG Köln, VersR 2005, 851 ff. (Vorfahrtverletzung durch den LKW-Kraftfahrer).

¹³⁸³ Er wurde teilweise ein „dezentraler Entlastungsbeweis“ genannt. Vgl. *Medicus*, in: FS Deutsch (1999), 291 (301), Fn. 29.

¹³⁸⁴ Im schweizerischen Recht existierte dagegen von vornherein der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis nicht, vgl. *Baums*, in FS Lukes (1989), 623 (629) mwN.

¹³⁸⁵ BGHZ 4, 1 ff.

¹³⁸⁶ Vgl. allein *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 79 III 3 b.

¹³⁸⁷ *Erman/Wilhelmi* (2017) § 831 Rn. 21

vehemente Kritik an § 831 als nicht bedenklich. Als Reaktion auf die Kritik sind Novellierungsversuche vorgenommen worden.

Die vorgeschlagene Anpassung des § 831 an den § 278 gehört seit langer Zeit zum wesentlichen Reformprogramm rechtspolitischer Forderungen.¹³⁸⁸ Bereits in der Zeit des Nationalsozialismus hat *Löning* im Rahmen der „Neugestaltung des deutschen Rechtslebens“ durch die ehemalige „Akademie für Deutsches Recht“ eine Neuregelung des § 831 mit konkretem Regelungsinhalt vorgeschlagen,¹³⁸⁹ deren Text, insb. Abs. 2 sich m.E. als allzu redundant erwies. Nach dem »Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften« (1967) lautet der geplante § 831 folgend: „*Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zugefügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*“ Danach sollte der Abs. 1 S. 2 des geltenden § 831 vorbehaltlos gestrichen werden. Allerdings ist diese novellierte Fassung nicht in § 831 Gesetz geworden. Überdies war die Reformbestrebung von 1981, § 831 nach den Vorschlägen im „*Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*“ zu novellieren, ebenso ein Fiasko.¹³⁹⁰

Die „*Zählebigkeit*“ dieser von Anfang an sehr umstrittenen Vorschrift kann sowohl die Befürworter¹³⁹¹ als auch die Gegner (oder Skeptiker)¹³⁹² der Reformvorschläge zum § 831 nur wundern, da sie mehrfache Reformen (auch vielen Reformversuchen) in Bezug auf eine Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften und sogar eine umfangreiche und grundlegende Schuldrechtsmodernisierung unerwartet gut überstanden hat.

Anschließend stellt sich eine Reihe von Fragen. Kann das Festhalten des deutschen Gesetzgebers am Verschuldensprinzip als ein Relikt von „*nationalem Gedankengut*“¹³⁹³ angesehen werden? Ist dieser sog. „*Quietismus/Attentismus*“¹³⁹⁴ als Ausdruck einer konservativen Haltung oder Bedachtsamkeit des deutschen Gesetzgebers zu verstehen?

¹³⁸⁸ *Diederichsen*, AcP 182 (1982), 101 (124); *Schlechtriem*, in: *Gutachten und Vorschläge*, 3.1.1, S. 1616 f.

¹³⁸⁹ *George A. Löning*, Die Haftung für Verrichtungsgehilfen im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen, in: *Schubert* (Hrsg.), *Akademie für Deutsches Recht*, Bd. III/5 (1993), S. 634 (660 f.).

¹³⁹⁰ *Schlechtriem*, in: *Gutachten und Vorschläge*, Bd. II, 1591 (1616 f.); v. *Bar*, in: *Gutachten und Vorschläge*, Bd. II, 1681 (1776 f.).

¹³⁹¹ *Zilken*, Notwendigkeit einer Reform des § 831, 1940; *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 (1987 ff.); v. *Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 115 ff.; *ders.*, ZfRV 1973, 241 (241 ff.); *Honsell*, in: *Liber Amicorum Juan Miquel* (2006), 513 (521); *ders.*, in: *FS Schwenzler* (2011), 779 (789); *Weitnauer*, VersR 1970, 585 (593 ff.); *MüKoBGB/Wagner* (2013) § 831 Rn. 3 ff.; *Zander*, S. 82; *Landwehr*, AcP 164 (1964), 482 (516) hielt die Neuregelung des § 831 für „*eine wirklich allen Anforderungen gerecht werdende Lösung*“. Wohl auch *Seiler*, JZ 1967, 525 ff., der die vermeintliche Wurzel berichtigt und die umstrittene Entstehungsgeschichte des § 831 ausführlich geschildert hat. *Riemann* hat schon im Jahr 1977 in seiner Dissertation mit Sicherheit vorausgesagt, dass § 831 „*sicherlich in absehbarer Zeit einer neuen Vorschrift weichen müssen*“. Vgl. *Riemann*, S. 76. Nach nahezu 40 Jahren bleibt § 831 doch ohne eine geringste Modifikation. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 79 III 6 (S. 484) hält sie für eine Korrektur der Entlastungsmöglichkeit, aber nur für größere Unternehmen.

¹³⁹² *Böhmer*, JR 1963, 134 (134 f.); *Helm*, AcP (166) 1966, 389 (408); *Esser/Weyers*, SchuldR II/2, § 58 I 3 (S. 215 f.); *Diederichsen*, ZRP 1968, 60 (60 f.); *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502 (520 ff.); *Leßmann*, JA 1980, 193 (199 f.); *ders.*, JA 1988, 585 (588).

¹³⁹³ Der historische Gesetzgeber hat sich bewusst für eine vom französischen Modell abweichende Regelung entschieden. Vgl. *Seiler*, JZ 1967, 525 (529).

¹³⁹⁴ *Honsell*, in: *FS Schwenzler* (2011), 779 (780).

IV. Mühevollere Umgehungsmanöver der Rechtsprechung

Der gesetzgeberische Quietismus lässt sich m.E. darauf zurückführen, dass die Rechtsprechung bereits in der praktischen Rechtsanwendung – wie oben erwähnt – verschiedene Auswege betreten hat. Der sog. Novellierungsbedarf des § 831 milderte sich stark ab, sofern man sich die inzwischen gefundenen „Schleichwege“¹³⁹⁵ vor Augen hält. Hier scheint eine ins Einzelne gehenden Ausführung nicht zielführend und es soll genügen, solche Umgehungsstrategien in einer lockeren Skizze zu beschreiben. Während ein Teil der Umgehungsmanöver nichts mit dem ausgedehnten Anwendungsbereich des § 278 zu tun hat, stehen sonstige Versuche in einem engen Zusammenhang mit § 278.

1. Das konstatierte Bestreben im deliktsrechtlichen Rahmen

Ohne hier die einzelnen Umfangsstrategien annähernd nachzuzeichnen, werden bestimmte symptomatische Auswege skizziert. Weitere Rechtsinstitute wie Gefährdungshaftung, Produkthaftung und Produzentenhaftung, die auf einzelnen Rechtsgebieten den § 831 auch verdrängen können, werden an dieser Stelle nicht mit eingerechnet.

a) Der weit auszulegende Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters iSd. § 31 (Repräsentantenhaftung)

Die Erweiterung des Personenkreises verfassungsmäßig berufener Vertreter iSd. § 31 kommt z.B. zunächst in den Sinn. Diese künstliche Ausdehnung ließ sich – nach *Kupischs* Formulierung – „unter dem Druck der rechtspolitischen Insuffizienz des § 831“ ausmachen.¹³⁹⁶ Der Filialleiter einer Auskunft¹³⁹⁷ oder einer Großbank¹³⁹⁸ und der Chefarzt eines Krankenhauses¹³⁹⁹ sind beispielsweise vom § 31 erfasst, ohne ihre Stelle satzungsmäßig zu verankern. Die Organhaftung, die juristische Personen sowie – durch analoge Anwendbarkeit des § 31¹⁴⁰⁰ – weitere Organisationen für ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter einnehmen, kann deshalb die Entlastungsmöglichkeit juristischer Personen verschwinden lassen.

b) Die Verkehrspflichten

Als eine weitere Überwindungsstrategie kommt die eigene Verkehrs(-sicherungs)pflcht des Geschäftsherrn in Betracht.¹⁴⁰¹ Die enge Verquickung zwischen dem § 831 und der Verkehrspflicht zeigt sich zunächst daran, dass die deliktische Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn iSd. § 831 aus der funktional-strukturellen Perspektive eigentlich eine gesetzlich verankerte Verkehrspflicht darstellt.¹⁴⁰² *v. Bar* bezeichnet § 831 damit als „geronnene

¹³⁹⁵ *Seiler*, JZ 1967, 525 (526).

¹³⁹⁶ *ders.*, JuS 1984, 250 (256). Auch *Schaub*, in: FS Medicus (2009), 423 (425).

¹³⁹⁷ BGHZ 49, 19 ff. Rn. 11.

¹³⁹⁸ BGH, NJW-RR 1990, 484 ff.: Täuschung des Darlehensgebers über die Zahlungsfähigkeit des Darlehensnehmers (Bankkunden).

¹³⁹⁹ BGHZ 77, 74 ff., Rn. 9; OLG München, NJW 1977, 2123 f. Rn. 83.

¹⁴⁰⁰ Zur analogen Anwendbarkeit vgl. ausführlich MüKoBGB/*Arnold* (2015) § 31 Rn. 11 ff.

¹⁴⁰¹ *Schaub*, a.a.O., 423 (425); *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 246. Zustimmend auch *Schiemann*, in: FS Medicus (2009), 447 (453).

¹⁴⁰² *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 79 III 1 (S. 475); *Esser/Weyers*, SchuldR II/2, § 58 I 1 (S. 209);

Verkehrspflicht“.¹⁴⁰³ Nach der Meinung *Jakobs* würde diese Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn im § 823 I durchgehend bestehen, auch wenn § 831 vorbehaltlos weggefallen würde.¹⁴⁰⁴ Durch die Ausweitung der Handlungsgebote trifft den Geschäftsherren mit höherer Wahrscheinlichkeit ein eigenes Verschulden, was unter Berücksichtigung weiterer Tatbestände zur Deliktshaftung iSd. § 823 I 1 führen kann.¹⁴⁰⁵ Die Konstruktion der Verkehrspflicht hat insb. die durch §§ 278 und 831 vorgegebene Differenzierung dadurch eingegeben, dass der Haftungskandidat im Einzelfall auch gem. § 823 I 1 für die vom selbständigen Unternehmer verursachten Schäden verantwortlich sein muss.

Ein Bauherr, der einer sehr zuverlässigen Baufirma mit dem Ausbau einer Moselstaustufe beauftragt hat, muss zumutbare Schutzvorkehrungen ergreifen, um die beachtliche Verschmutzung von anliegenden Gebäuden zu verhindern.¹⁴⁰⁶ Die sog. Entlastungsmöglichkeit des Bauherrn durch Delegation an den selbständigen Unternehmer wurde stark abgeschwächt. Außerdem ist das axiomatische Verschuldensprinzip in dem deutschen Deliktsrecht nicht erschüttert worden.¹⁴⁰⁷

c) Das Organisationsverschulden

Anschließend ist das Organisationsverschulden zu erwähnen, was mehr oder minder ein sich mit den Verkehrspflichten überschneidendes Feld darstellt. In rein theoretischer Hinsicht wird das Organisationsverschulden als ein Unterfall der in § 823 I 1 angesiedelten Verkehrspflichten angesehen.¹⁴⁰⁸ Unter Berücksichtigung der Besonderheit der Betriebsorganisation hat sich der Begriff „Organisationsverschulden“ inzwischen zu einem eigenständigen Sammelbegriff im Fragenbereich der Haftung von Unternehmen entwickelt,¹⁴⁰⁹ was hier gesonderte Erwähnung verdienen mag.¹⁴¹⁰

Demnach trifft das Unternehmen oder dessen Träger eine allgemeine Pflicht, die innerbetrieblichen Abläufe in ordentlicher Art und Weise zu organisieren, so dass potenzielle Schädigungen oder Lebensbedrohungen Dritter soweit wie möglich vermieden werden. Allerdings wird diese Organisationspflicht nicht verabsolutiert.¹⁴¹¹ Die Haftung für Pflichtverletzungen liegt dem Verschuldensprinzip weiter zu Grunde.

Die Einführung und Entwicklung des Haftungsgrunds „Organisationsverschulden“ hat den ursprünglich sehr weit angenommenen Entlastungsbeweis iRd. § 831 in

Medicus/Lorenz, SchuldR BT, Rn. 1247; 1349; *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 540; *v. Bar*, a.a.O., § 1 III 3 c (S. 23); *Medicus*, in: FS Lorenz (1991) 155 (158); *Schaub*, in: FS Medicus (2009), 423 (424); *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385 (418), Fn. 123; *Jakobs*, VersR 1969, 1061 (1065); *Staudinger/Belling* (2012) § 831 Rn. 2 ff.; *Staudinger/Bernau* (2018) § 831 Rn. 20; *Soergel/Krause* (2005) § 831 Rn. 3; *MüKoBGB/Wagner* (2017) § 831 Rn. 11; *Erman/G. Schiemann* (2014) § 831 Rn. 2; *Erman/Wilhelmi* (2017) § 831 Rn. 2.

¹⁴⁰³ *v. Bar*, a.a.O., § 9 (S. 241).

¹⁴⁰⁴ *Jakobs*, VersR 1969, 1061 (1062).

¹⁴⁰⁵ *v. Bar*, a.a.O., § 9 (S. 241).

¹⁴⁰⁶ BGH, DAR 1966, 47 f.

¹⁴⁰⁷ *v. Bar*, a.a.O., § 9 (S. 241).

¹⁴⁰⁸ *Harnos*, BKR 2012, 185 (189).

¹⁴⁰⁹ *Deutsch* hat das Organisationsverschulden als ein „*eigenständiger Haftungsgrund*“ bezeichnet, vgl. *ders.*, NJW 2000, 1745 ff.

¹⁴¹⁰ Ausgezeichnete Monographien zum Thema „Organisationsverschulden oder -pflichten“, vgl. nur *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001.

¹⁴¹¹ *MüKoBGB/Wagner* (2017) § 823 Rn. 97.

weitgehendem Umfang unterdrückt. Wenn die Anästhesieabteilung an einer Universitätsklinik beispielsweise personell unterbesetzt war und sich der personelle Engpass offenbar erkennen ließ, war ein schwerer Hirnschaden eines Patienten als Folge des Organisationsverschuldens der Klinik anzusehen.¹⁴¹² Ob der Krankenhausträger den Vorgesetzten sorgfältig ausgewählt und richtig angeleitet hat, ist für die Haftungsfrage entbehrlich. Der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis tritt völlig zurück.¹⁴¹³

2. Ausweichmanöver über das vertragsrechtliche Gebiet

Das Bemühen des deutschen Gerichts zeigt sich außerdem insb. daran, dass der Richter mit großem rechtstheoretischen Aufwand durch die Ausdehnung der Vertragshaftung ein Korrektiv des rechtspolitisch umstrittenen § 831 BGB hergestellt hat, die folglich die Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 278 bewirkt.

a) Die vertraglichen Schutz- und Nebenpflichten

Die Affinität der vertraglichen Schutzpflichten zu den deliktischen Sorgfaltspflichten ist allgemein bekannt¹⁴¹⁴ und kann hier nicht erschöpfend nachgezeichnet werden. Durch das Aufstellen vertraglicher Schutzpflichten ist der eng beschränkte Schutzzumfang des § 823 I 1 auf Verletzungen subjektiver Rechte in weitgehendem Umfang gelockert worden.

Das Bedürfnis, den ursprünglich weitgehend angenommen Entlastungsbeweis des § 831 I 2 zu vermeiden, wurde grundsätzlich, wie *Wagner*¹⁴¹⁵ zu Recht ausgeführt hat, in gewissem Maße dadurch befriedigt, dass die Schutzpflichten zugunsten des § 278 ins vertragliche Pflichtprogramm eingeführt wurden.

Ein Frachtführer hat den durch Diebstahl seines Mitarbeiters herbeigeführten Schaden zu ersetzen, den der Mitarbeiter während der Verladevorgänge in der Lagerhalle der Spediteurin (als Auftraggeberin) begangenen hat. Das OLG Köln hat hinsichtlich der laufenden Geschäftsbeziehung beider Parteien und des damit verbundenen besonderen Vertrauens in den Frachtführer und dessen Mitarbeiter daraus die Schutzpflicht entnommen. Das Bestehen eines transportvertraglichen Schuldverhältnisses und die daraus erwachsene Schutzpflicht ermöglichte eine einfache Rechtsanwendung des § 278, ohne auf den höchst angreifbaren § 831 zurückzugreifen.¹⁴¹⁶ Die Bejahung der Verletzung der transportvertraglichen Schutzpflicht machte die mühevoll Auseinandersetzung mit dem Entlastungsbeweis iRd. § 831 überflüssig.

Gleiches gilt für den Fall, in dem eine Verletzung eines für den „Vollberitt“ übergebenen Pferdes beim Freilauf in der Reithalle des beklagten Betreibers aufgetreten ist. Das Begehren der Eigentümerin des Pferdes ließ sich auf die Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten stützen, die sich aus dem

¹⁴¹² BGHZ 95, 63 ff. Rn. 18 ff.

¹⁴¹³ In der Tat finden die Vertrags- und Deliktshaftung des Krankenhausträgers nun sehr näher zueinander. Vgl. BeckOGK/*Spindler*, 1.5.2017, BGB § 823 Rn. 921.

¹⁴¹⁴ Vgl. oben § 4 C II 2 b, S. 77 ff.

¹⁴¹⁵ MüKoBGB/*Wagner* (2017) § 823 Rn. 396.

¹⁴¹⁶ OLG Köln, VersR 2008, 419 ff., Rn. 13 ff.

Vertrag über den „Vollberitt“ eines Pferdes ergaben.¹⁴¹⁷ In diesem Fall ist es für die Haftung des Betreibers – wenn schon nicht von keinem Unterschied – wenigstens unbedeutend geworden, ob der Beklagte die Betreuung des Pferdes allein einer unerfahrenen Praktikantin anvertraut hatte und ob er diese beauftragte Praktikantin ordentlich ausgewählt und überwacht hat. § 278 hat hier abermals die rechtspolitische Insuffizienz des § 831 umwölkt.

b) Das Rechtsinstitut „*culpa in contrahendo*“

Das Rechtsinstitut *c.i.c.* wird in jedem deutschen Lehrbuch des Schuldrechts aufbereitet. Seine Geschichte und die dogmatischen Grundgedanken müssen deshalb an dieser Stelle nicht wiederholt werden.¹⁴¹⁸ Hier ist lediglich die Übernahme des vertragsrechtlichen Haftungsprinzips ins Deliktsrecht¹⁴¹⁹ am Beispiel einiger deutscher Entscheidungen bewusst zu machen.

Der berühmte „*Linoleumrollenfall*“¹⁴²⁰ aus dem Jahr 1911 kommt zunächst in Erinnerung. Die potenzielle Käuferin eines Linoleumteppichs wurde dadurch verletzt, dass die hoch gelegten Rollen bei der Suche des gewünschten Teppichs durch einen Mitarbeiter umfielen und die Käuferin (und ihr Kind) trafen. Das RG hat ausdrücklich ausgeführt, die Käuferin dürfe „*nicht schlechter gestellt sein*“, als wenn der Verkäufer die Arbeit selbst ausführt hätte und dasselbe schädigende Ereignis eingetreten wäre. Der neue Weg über das Vertragsrecht führt nach heutiger Erkenntnis demgegenüber dazu, dass der Geschädigte, der mit dem Schädiger in irgendeinem Schuldverhältnis steht, deutlich besser gestellt wird, als derjenige, der in keiner solchen Sonderverbindung zum Schädiger steht.¹⁴²¹

Neben dem weisungsgebundenen Gehilfen wird außerdem der selbständige Gehilfe in die Einwirkungs- und Verantwortungssphäre des Schuldners eingezogen. Ein Supermarktbetreiber kann sich nicht darauf berufen, dass er bereits einen selbständigen Fachunternehmer mit den Räumarbeiten beauftragt hat und deshalb nicht für den auf dem Kundenparkplatz geschehenen Sturz eines potenziellen Kunden verantwortlich sei.¹⁴²² Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Supermarktbetreiber den Entlastungsbeweis des § 831 I 2 führen kann oder nicht.¹⁴²³

Durch die Erweiterung der zeitlichen Dimension der sog. Rücksichtspflichten (nach der Schuldrechtsmodernisierung iRd. § 241 II) stellt diese Rechtsfigur dem Richter ein anderes griffiges Instrument – wie soeben zeigt – zur Verfügung, um den rechtspolitisch skeptischen § 831 in plausibler und nachvollziehbarer Weise zu umgehen.

¹⁴¹⁷ BGH, NJW-RR 2017, 622 ff., Rn. 15.

¹⁴¹⁸ Ausführlicher vgl. oben § 4 C II 3 S. 80 ff.

¹⁴¹⁹ Hager, ZEuP 2008, 506 (511) spricht dagegen von der „*Hineinziehung deliktischer Tatbestände in das Vertragsrecht*“. Trotz der unterschiedlichen Formulierung weisen beide aus inhaltlicher Sicht keinen Unterschied auf.

¹⁴²⁰ RGZ 78, 239-241.

¹⁴²¹ Kupisch, JuS 1983, 817 (817).

¹⁴²² OLG Saarbrücken, NJW-RR 2012, 152 ff., Rn. 71.

¹⁴²³ OLG Saarbrücken, a.a.O., Rn. 81.

c) Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Das Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter stellt m.E. ein weiteres Beispiel *par excellence* für die „*Vertragssüchtigkeit*“ der deutschen Jurisprudenz dar. Durch die Einfügung dieser Rechtsfigur erstreckt sich das vertragsrechtliche Haftungsprinzip genauso auf einen Teilbereich des Deliktsrechts.

aa) Praxisbezogene Betrachtung

Als ein besonders instruktives Beispiel kommt der Fall des sog. „*misslungenen Testaments*“ in Betracht. Einer Tochter, die wegen schuldhafter Säumnis des Rechtsanwalts ihres Vaters, ein wirksames Testament zu errichten, einen Vermögensschaden erlitten hat, stand ein vertraglicher Schadensersatzanspruch aus dem zwischen ihrem Vater und dem Anwalt zustande kommenden Anwaltsvertrag auch zu, wenn sie selbst nicht als unmittelbar beteiligte Person des Vertrags angesehen werden konnte.¹⁴²⁴ Dann würde der fadenscheinige Einwand des Anwalts, sein sorgfältig ausgewählter und überwachter Assistent habe wegen einer Nachlässigkeit den bereitgestellten Anwaltsbrief nicht an den Mandanten (den Vater) geschickt, vom Gericht unberücksichtigt bleiben. Denn § 278 kam hier statt § 831 in Betracht.

Die Arbeitnehmer eines Werkunternehmers, die selbst keine Vertragspartei sind, fallen nach der deutschen ständigen Rspr. z.B. ebenso in den Schutzbereich der werkvertraglichen Schutzpflicht des Bestellers, wenn sie bei Ausführung der ihnen übertragenen Arbeiten geschädigt werden.¹⁴²⁵

Überdies ist ein Zusammenspiel mit anderen Gesichtspunkten zu bemerken. Wie ein kurzer Blick auf den exemplarischen „*Gemüseblattfall*“,¹⁴²⁶ der in dem auf diese Rechtsfigur bezogenen Schrifttum unbedingt wiederholt erwähnt werden soll, zeigt, hat der BGH den Weg geebnet, indem er in einer einfachen Fallkonstellation die Kombination von Gesichtspunkten der vertraglichen Schutz- und Obhutspflicht, der *c.i.c.*, des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf clevere Weise dargestellt hat. § 278 kam demgemäß sogleich zur Anwendung. Dieses Urteil kann m.E. nicht nur als eine Verlegenheitslösung angesehen werden. Darin ist vielmehr schöpferische Rechtsfindung zu erkennen.

bb) Das Verhältnis zum Deliktsrecht

So wie die zwei vorgenannten Ausweichmanöver eine Scharnierfunktion zwischen dem vertraglichen und deliktischen Haftungsregime erfüllen können, hat der pragmatische Lösungsweg über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Unzulänglichkeit des § 831 abermals in erheblichem Maße überwunden und den Eindruck der sog. *Vertragssüchtigkeit* erhärtet. Wie *Medicus/Lorenz*¹⁴²⁷ bereits angedeutet hat, wäre die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten

¹⁴²⁴ BGH, NJW 1965, 1955 ff., Rn. 16 ff.

¹⁴²⁵ BGH, VersR 2018, 437 ff., Rn. 23.

¹⁴²⁶ BGHZ 66, 51-59: Sturz der begleitenden Tochter der Käuferin wegen eines in der Kassenzone des Supermarkts liegenden Gemüseabfalls.

¹⁴²⁷ *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT (2012), Rn. 821.

Dritter – zumindest im Fall von Körper- und Eigentumsschäden – wenig praktisch relevant, wenn die Unzulänglichkeit des deutschen Deliktsrecht aus dem § 831 beseitigt würde.

Durch eine rechtsvergleichende Betrachtung darf man außerdem in den soeben erwähnten Konstellationen die besonders kontrastreiche Neigung der deutschen und chinesischen Rechtsordnung sehen, auf welche nachfolgend noch einzugehen ist.¹⁴²⁸

3. Fazit

Die vorhergehende Untersuchung ist um ein Umreißen der Umgehungsstrategien, genauer gesagt, um eine Darstellung der Bemühungen der deutschen Lit. und Rspr., bemüht. Sie haben einerseits die Grundstruktur des deliktischen Haftungsrechts nicht wenig verändert¹⁴²⁹ und andererseits die funktionierende Differenzierung der vertraglichen und deliktischen Haftungsregime in manchen Regelungsbereichen abgeschwächt. Grundsätzlich, so hat der vorgelegte Überblick gezeigt, hat das deutsche Vertragsrecht in bestimmten Problemfeldern, insb. bei Verletzungen der schon vorhandenen Rechtsgüter, die – entsprechend der ursprünglichen Vorstellung des historischen Gesetzesverfassers – dem Deliktsrecht zugedachte Aufgabe übernommen.¹⁴³⁰

Überdies lehrt die vorstehende Übersicht, dass das Bedürfnis, bestimmte deliktsrechtlichen Tatbestandsmerkmale aufzulockern¹⁴³¹ allmählich unsichtbar geworden ist. Das kann außerdem auch erklären, weshalb der sehr unglücklich empfundene § 831 trotz zahlreicher Korrekturvorschläge¹⁴³² und einiger Rechtsreformen, insb. der sog. „großen Lösung“¹⁴³³ von 2002, bis heute überdauert hat.¹⁴³⁴

Allerdings würde es sich als Übertreibung herausstellen, dass sich die Erfindung und Entwicklung der vorerwähnten Rechtsinstitute lediglich auf die Insuffizienz des § 831 zurückführen lassen. Konsequenterweise, darauf hat *Thiele* zu Recht hingewiesen,¹⁴³⁵ würden solche Rechtsfiguren dann keine Anwendung finden, sofern § 831 eine erwartungsgemäße und angemessene Revision erfahren hätte.

E. Zwischenergebnis

Die schon bei der Kodifikation befürchtete Unzulänglichkeit des deutschen

¹⁴²⁸ Zum chinesischen Recht vgl. unten § 10 III 3, S. 275 ff.

¹⁴²⁹ Das deutsche Deliktsrecht hat in seiner fast 120-jährigen Geltung keine fundamentale Revision erfahren. Deswegen ist seine Grundstruktur bis zum heutigen Tag geblieben. Vgl. MüKoBGB/*Wagner* (2017) Vorb. § 823 Rn. 101.

¹⁴³⁰ MüKoBGB/*Emmerich* (2016) § 311 Rn. 40; *Hans Stoll*, in: FS Flume I (1978), 741 (752); *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 19.

¹⁴³¹ Der Vorschlag, eine deliktsrechtliche Generalklausel einzufügen, ist im deutschen Recht einmal vorgekommen. *H. C. Nipperdey* hat z.B. in der Zeit des Nationalsozialismus das geltende Modell „drei kleine Generalklauseln“ als „nicht mehr haltbar“ angesehen. Zu seinen Begründungen vgl. *ders.*, Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlung, in: Schubert (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht, Bd. III/5 (1993), 634 (635 ff.).

¹⁴³² Zu der Befürwortung der Korrekturvorschläge des § 831 vgl. oben Fn. 1391.

¹⁴³³ *Däubler-Gmelin*, NJW 2001, 2281 ff.

¹⁴³⁴ *Kötz*, ZEuP 2017, 283 (284); *Wagner*, in *Röder*, Diskussionsbericht, ZHR 181 (2017), 302 (305).

¹⁴³⁵ *Thiele*, JZ 1967, 649 (649).

Deliktsrechts ist nach dem Inkrafttreten des BGB nicht selten wiedergekehrt. Die in der allgemeinen Haftungsnorm § 823 I 1 gesetzlich verankerte Fessel hat zunächst zur Konsequenz, dass die Rechtsprechung mit bemerkenswerter Mühe diese Beschränkung aufzulockern versucht hat. Die Entwicklung der Dritthaftung kann hier als ein paradigmatisches Beispiel dafür herangezogen. Allerdings darf die damalige Entscheidung für dieses bis heute geltende Modell „drei kleine Generalklauseln“ nicht übermäßig bemäkelt werden, weil die Furcht vor dem sich aus der Generalklausel ergebenden Ausufern der Deliktshaftung sowie der damit verbundenen Beschränkung der Handlungsfreiheit zumindest nach dem damaligen Erkenntnisstand begründet war. Bei unbefangener Betrachtung ist dieses Modell auch nach der heutigen Rechtswirklichkeit nicht als unzeitgemäß zu bezeichnen.

Außerdem führte die ehemalige uneinheitliche Verjährungsfrist in dem Vertrags- und Deliktsrecht dazu, dass der Kläger bzw. das Gericht u.U. dazu neigten, ihre Klage bzw. Entscheidung auf vertragliche Grundlage zu stützen. Da der Richter herkömmlicherweise bestimmte griffige Lösungsansätze gewohnt war, war kaum zu erwarten, dass er auf solche dankbaren „Auswege“ verzichten würde, die auch nach der Vereinheitlichung der Verjährungsfrist kein offensichtliches Übel aufweisen.

Darüber hinaus sticht die Insuffizienz der deliktischen Geschäftsherrenhaftung iSd. § 831 nicht zuletzt hervor. Eines der anzustrebenden Ziele der Ausdehnung der Erfüllungsgehilfenhaftung iSd. § 278 richtet sich darauf, den schwachen deliktsrechtlichen Schutz iSd. § 831 in Einzelfällen zu ergänzen.¹⁴³⁶ Angesichts der Weiterentwicklung des deutschen Deliktsrechts sowie „einer Fülle dogmatischer Pirouetten und konstruktiver Brücken“¹⁴³⁷ (oder „Flucht ins Vertragsrecht“¹⁴³⁸) war die ehemalige Reformeuphorie damit allmählich gewichen.

Die vorgelegte Untersuchung hat uns – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die funktionellen Korrelationen vertraglicher und deliktischer Haftung seitens des deutschen Rechts erschlossen. Um eine Abschweifung ins Uferlose zu vermeiden, beschränkt sie sich wesentlich auf solche Erscheinungsformen, die sich in erheblichem Maße auf den Themenschwerpunkt der hier behandelten Thematik „Haftung für Erfüllungsgehilfen“ beziehen. Es lässt sich so zusammenfassen, dass die ausgedehnte Anwendung des § 278 begünstigt wird durch die beschränkten Schutzmöglichkeiten des deutschen Deliktsrechts, insb. des § 831 BGB. Aus der Perspektive eines ausländischen Beobachters stellt dies eine gute Illustration der Entwicklung der deutschen Zivilrechtsdogmen dar.

¹⁴³⁶ Ausführlich vgl. v. Caemmerer, *Wandlung des Deliktsrechts*, 49 (56 ff.). Daneben vgl. auch *Deutsch*, in: FS Michaelis (1971), 26 (30); *Zander*, S. 14 ff.; *Zilken*, S. 55 ff.; mit einem guten Überblick darüber.

¹⁴³⁷ *Wagner*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 189 (298 ff.).

¹⁴³⁸ *Brügemeier*, *Haftungsrecht* (2006), § 3 A III 4, S. 135 f.

§ 10 Konkurrierendes Verhältnis zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung auf Seiten des chinesischen Rechts

Eine Gesamtbetrachtung der deutschen Zivilrechtsordnung lässt einen allgemeinen Eindruck zu, der hier stichwortartig als „großes Vertragsrecht, kleines Deliktsrecht“¹⁴³⁹ bezeichnet werden kann. In der chinesischen Rechtsordnung ist m.E. ein umgekehrtes Bild zu konstatieren.¹⁴⁴⁰ Zumindest in der Rechtsprechung, die Personenschäden und reine Vermögensschäden betrifft, kommt ein umgekehrt proportionales Verhältnis besonders klar zum Ausdruck.

Die vorher genannten Rechtsinstitute, die seitens des deutschen Rechts als konstruktive Auswege und vertragsrechtliche Notlösungen erfunden und in der Gerichtspraxis weit verbreitet benutzt werden, sind in der chinesischen Lit. auf großes dogmatisches Interesse gestoßen. Die wissenschaftliche Diskussion über deren rechtliche Einordnung, den Inhalt und ihre Grenze von Schutzpflichten,¹⁴⁴¹ die Funktion und das Kodifikationsbedürfnis des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter¹⁴⁴² und die *c.i.c.*¹⁴⁴³ ist leicht bei der Hand. Allerdings sind den Vorschlägen der Rechtswissenschaft – ungeachtet der *c.i.c.* – vonseiten der chinesischen Rechtsprechung eher geringe Resonanz beschieden. Demgemäß wird den inhaltlich und funktional dem § 278 BGB entsprechenden Vorschriften – nach hier vertretener Ansicht d.h. Art. 65 und 121 CVG sowie Art. 43 CAGZ – freilich geringere Bedeutung eingeräumt. Für diese chinesische Charakteristik lässt sich eine Reihe von besonderen Gestaltungsmitteln aus der geltenden Regelung und Rechtsanwendungspraxis aufzeigen.

¹⁴³⁹ Kreuzer, JZ 1976, 778 (778) hat es als „*Hypertrophie des Vertragsrechts*“ bezeichnet. Picker, JZ 1987, 1041 (1042) gab neben der Bezeichnung „*Hypertrophie der vertraglichen Schadenshaftung*“ sehr schöpferisch eine plastische Schilderung von „*einer Art Vertragsüchtigkeit*“. Meder, JZ 1993, 539 (540 f.) hat trotz der Behauptung von „*Hypertrophie ... der vertraglichen, ... der deliktischen Schadenshaftung*“ auch die Tendenz der großzügigeren Vertragslösung bemerkt. In der Tat möchte Meder dort die Haftungserweiterung hervorheben, die sich im deliktsrechtlichen Bereich vornehmlich durch die Objektivierung des Verschuldens, die Anlegung von höheren Sorgfaltsmaßstäben, den Aufbau von Gefährdungshaftungen und mannigfachen Verkehrspflichten sowie das Herausfinden des Organisationsverschuldens usw. verwirklicht. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von vertraglichen Grundsätzen ist eine unumstrittene Tatsache.

¹⁴⁴⁰ Auch WANG, Liming (王利明), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/2011, 107 (122). ZHANG, Jiayong (张家勇), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 06/2012, 58 (69) spricht vielmehr von „*großzügigem Vertrags- und Deliktsrecht*“, was m.E. mit der soeben erwähnten Feststellung von Meder, a.a.O., 539 (541) im Kern völlig übereinstimmt.

¹⁴⁴¹ Hierzu gibt es eine größere Anzahl von neueren Aufsätzen, die sich mit Schutzpflichten, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und *culpa in contrahendo* beschäftigen. Zur Schutzpflicht, vgl. ZHANG, Jiayong (张家勇), a.a.O., 58 ff.; CHI, Ying (迟颖), ZChinR 2008, S. 226 ff.; dies., in: *Political Science and Law* (政治与法律), 07/2011, 128 ff.; YE, Wenping (叶温平), in: *Science of Law* (法律科学), 06/2008, 54 ff.; ders., in: *Private Law Review* (私法研究), 01/2009, 81 ff.; XI, Weiming (郝伟明), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 06/2015, 79 ff.; QIU, Xuemei (邱雪梅), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 05/2007, 110 ff.; LIU, Yanhao (刘言浩), in: *Legal Science* (法学), 03/2001, 78 ff.; ders., in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 03/2001, 146 ff.

¹⁴⁴² ZHANG, Jiayong (张家勇), in: *Science of Law* (法律科学), 03/2016, 81 ff.; SHEN, Li (申黎)/YIN, Zhijun (尹志君), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 04/2002, 59 ff.

¹⁴⁴³ CHI, Ying (迟颖), S. 161 ff.; dies., ZChinR 2008, 226 ff.; RAN, Keping (冉克平), in: *Hebei Law Science* (河北法学) 02/2010, 115 ff.

I. Eine heterogene Theorie der Anspruchskonkurrenz in China

1. Gesetzliche Beschränkung des Wahlrechts des Klägers

Wenden wir unseren Blick nunmehr dem chinesischen Recht zu. Schon das Vorhandensein des Art. 122 CVG belegt, dass dem chinesischen Gesetzgeber die Konkurrenzfrage der Vertrags- und Deliktshaftung schon von Anfang an bekannt war. Art. 122 CVG lautet: *Wird die Person oder das Vermögen jener Vertragsseite aufgrund der Vertragsverletzung der anderen Seite geschädigt, ist der Geschädigte berechtigt zu wählen, gegen die andere nach diesem (Vertrags-)Gesetz die Haftung wegen Vertragsverletzung oder gemäß anderen Gesetze die Deliktshaftung geltend zu machen.* Es lässt sich außerdem nicht bestreiten, dass Art. 122 CVG (ausschließlich) auf das Zusammenfallen vertraglicher und deliktischer Schadensersatzansprüche zugeschnitten ist.

Der Ausdruck „*berechtigt zu wählen*“ erweckt den Eindruck, dass sich der Geschädigte bei der sog. Anspruchskonkurrenz nur auf eine bestimmte Haftungsordnung berufen kann, weil das Wort „wählen“ in der Regel nur als „*sich unter zwei oder mehreren Möglichkeiten für jmdn., etw. entscheiden*“¹⁴⁴⁴ zu verstehen ist. Die vertragstreue Partei hat demnach die „*Option*“, ihren Anspruch auf Ersatz des durch Vertragsverletzung herbeigeführten Körper- und Sachschadens nach Belieben entweder auf das vertragliche oder deliktische Recht zu stützen. Die chinesische h.M.¹⁴⁴⁵ sah damit Art. 122 als den „Ankerpunkt“ an, in dem die Theorie der „*Anspruchskonkurrenz*“ angesiedelt ist.

Die vereinzelt vertretene Mindermeinung, dass der Geschädigte seinen Schadensersatzanspruch ggf. gleichzeitig auf beide Haftungsregime stützen könne, hat nach dem Inkrafttreten des CVG nur zwei Monate lang gehalten, bis der chinesische oberste Volksgerichtshof (OVGH) durch eine „*gesetzesähnliche*“ Bestimmung seine Haltung klar gemacht hat. Art. 30 S. 1 der »*Ersten Justizauslegung des OVGH zum Vertragsgesetz*« (1.12.1999) sieht klar vor: *Eine Änderung des Klagegrundes ist bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des ersten Rechtsgangs auch zulässig, wenn der Gläubiger schon bei der Klageerhebung (Einreichung der Klageschrift) die Entscheidung (über die berufene Haftungsordnung) gemäß Art. 122 getroffen hat.*¹⁴⁴⁶

Dementsprechend hat die klagende Partei das Gericht immer deutlich darauf hinzuweisen, auf welcher Haftungsordnung ihre Klage beruht.¹⁴⁴⁷ Nach der Wahl einer bestimmten Anspruchsgrundlage ist sie grundsätzlich an die einmal getroffene Wahl gebunden. Ihr Abänderungsrecht (wie *ius variandi*¹⁴⁴⁸), welches

¹⁴⁴⁴ Vgl. „*Wählen*“ in Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, 3. Aufl., Bd. 10, S. 4406.

¹⁴⁴⁵ ZHU, Xiaozhe (朱晓喆), in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 05/2015, 1125 (1142); HU, Kangsheng (胡康生) (Hrsg.), *Erläuterungen über das CVG* (中华人民共和国合同法释义), S. 190 f.

¹⁴⁴⁶ Paradigmatisch für die Anwendung dieser Vorschrift ist ein OVGH-Urteil zu nennen, vgl. OVGH, Urteil (2011) – ZR 74 [最高人民法院 (2011) 民提字第 74 号].

¹⁴⁴⁷ OVGH, Urteil (2015) – ZB 2876 [最高人民法院 (2015) 民申字第 2876 号]; OVGH, Urteil (2014) – III ZR 12 [最高人民法院 (2014) 民三终字第 12 号].

¹⁴⁴⁸ Zum Unterschied zwischen der sog. elektiven Konkurrenz und der Anspruchskonkurrenz vgl. *Samhat*, D II 3 c (S. 260 ff.).

selbstverständlich eine Änderung von Haftungsvoraussetzungen und Rechtsfolge mit sich bringt, ist nach der Rechtshängigkeit, aber nur vor der (ersten) mündlichen Verhandlung möglich.¹⁴⁴⁹ M.a.W., sie hat auf die ihr nach der anderen Haftungsordnung zustehenden Ansprüche zu verzichten.

2. Rechtsvergleichende Betrachtung

Diese Regelung steht in ganz krassem Gegensatz zum deutschen Recht, nach dem ein Kläger mehrere inhaltlich gleiche Ansprüche auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen stützen kann.¹⁴⁵⁰ Dieser Gegensatz erscheint damit schwer verständlich, wenn man an die von der chinesischen Lit. favorisierte Anlehnung an das deutsche Recht denkt.

Für das deutsche Modell lässt sich ein deutsches Gerichtsurteil aufzeigen. Der Käufer beauftragte dem Fuhrunternehmen, die gekauften Eisenblechen vom Verkäufer zum eigenen Gelände zu befördern. Ohne ausdrückliche Vereinbarung über einen entgeltlichen Personenbeförderungsvertrag ging er mit dem vom Fuhrunternehmen bestellten Fahrer zusammen und war er aber bei einem von dem Fahrer schuldhaft verursachten Sturz auf die Straßenseite schwer verletzt.¹⁴⁵¹ Der BGH hat die Vertrags- und Deliktshaftung des Fuhrunternehmers bejaht und sich auf § 278 (iVm. konkreter Anspruchsgrundlage) und § 831 gestützt. Auf Seiten der chinesischen Rechtsordnung neigt man angesichts des potenziellen Schmerzensgeldanspruchs dagegen dazu, sich bei gleichem Sachverhalt am deliktischen Haftungsprinzip zu orientieren.

Darüber hinaus weicht das chinesische Modell fundamental von dem französischen *cumul*-Verbot oder *non-cumul* ab.¹⁴⁵² Demnach kann sich ein Kläger nur auf die vertragliche Anspruchsgrundlage stützen, wenn die Vertragsverletzung ein Delikt darstellt.¹⁴⁵³ Damit hat sich gezeigt, dass das französische Recht der vertraglichen Haftung den Vorzug gegeben hat. Die Beliebtheit der vertraglichen Haftung wird im Wesentlichen darauf zurückgeführt, dass das französische Deliktsrecht allzu lockere Gesetzestexten, vor allem die Generalklausel enthält. Ohne *cumul*-Verbot würde eine große Aushöhlung des Vertragsrechts auftreten, weil die Verletzung vertraglicher Pflichten – im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen – offenbar einfacher ein Delikt darstellen könnte.¹⁴⁵⁴

¹⁴⁴⁹ Bis zu einem gewissen Grade weist dieses chinesische Gestaltungsmodell Ähnlichkeit zum Wahlrecht des Klägers bei Konkurrenz mehreren zuständigen Gerichten iSd. § 35 ZPO auf. Der Kläger ist nach der Gerichtsstandswahl (§ 253 I ZPO: durch die Klageerhebung) daran gebunden. Dazu vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 21. Oktober 2011 - 31 SA 72/11, Rn. 20 f. (juris.).

¹⁴⁵⁰ Zur deutschen Theorie der Anspruchskonkurrenz vgl. *Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertraglichen Haftung, S. 28; *Samhat*, D II 3 (S. 260); *Mansel/M. Stürner*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB AT–EGBGB, 3. Auflage 2016, Rn. 72.

¹⁴⁵¹ BGH, NJW 1953, 584 (585).

¹⁴⁵² MüKoBGB/*Wagner* (2017) Vorb. § 823 Rn. 78; *Kreße*, ZEuP 2014, 504 (527); *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 6 (13).

¹⁴⁵³ *Schlechtriem*, a.a.O., S. 64.

¹⁴⁵⁴ Ausführlich zu den Gründen, vgl. *Schlechtriem*, a.a.O., S. 68 ff.

3. Kritische Stellungnahme zum chinesischen Modell

a) Die unangebrachte Vernachlässigung der Realität

Die höchstgerichtliche Bestimmung, dass dem Kläger die Freiheit zur Wahl der anwendbaren Anspruchsgrundlage zusteht, wird auf den ersten Blick schon dadurch gerechtfertigt, dass (nur) er selbst am besten weiß und selbst die Entscheidung treffen sollte, auf welcher rechtlichen Grundlage sein Interesse bestmöglich durchgesetzt werden kann.

In der chinesischen Rechtswirklichkeit stehen diese scheinbar unumstößlichen Postulate deshalb vor großen Schwierigkeiten, weil der fachfremde Kläger vor dieser bedeutenden und vertrackten Frage einfach ins Schwanken gerät. Selbst die gerichtliche Vertretung durch Andere hat nur eine geringe Auswirkung. Der wesentliche Grund liegt darin, dass im chinesischen gerichtlichen Verfahren gar kein Anwaltszwang besteht (Art. 58 CZpG). In unzähligen Rechtsstreitigkeiten lassen sich die Kläger unter Berücksichtigung der Prozesskosten nur durch rechtsunkundige Vormünder oder weitere Laien vertreten, die die Klägerinteressen hinsichtlich der entscheidenden Frage der Anspruchs konkurrenz kaum wahren können.¹⁴⁵⁵

Durch dieses nur scheinbar verdienstvolle Selbstbestimmungsrecht erlegt der juristisch ausgebildete Richter die Belastung der mühevollen Auseinandersetzung mit den Anspruchsgrundlagen den fachfremden Parteien auf. Eine derartige gerichtliche Privatautonomie der Parteien scheint m.E. im Ergebnis kontraproduktiv zu sein. Die sog. parteiautonome Gestaltung verwandelt sich in ein Glücksspiel „All-In“, in dem der Kläger nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung die gewählte Rechtsgrundlage nicht nachträglich verändern kann (Art. 30 S. 1 der »Erste Justizauslegung zum CVG«). Es muss m.E. von einer furchtbaren Überforderung des Klägers gesprochen werden.

b) Fehlinterpretation des Grundsatzes „Prozessökonomie“

Auf der anderen Seite erübrigt sich deshalb die Furcht vor einer sog. doppelten Prozessführung, in der der Kläger aufgrund desselben Sachverhalts gegenüber demselben Beklagten auf unterschiedlichen Grundlagen mehrere inhaltsgleiche Ansprüche geltend macht, weil das Gericht bereits bei der Prozessführung die verschiedenen Anspruchsgrundlagen eine nach der anderen genau überprüft hat. Würde die Klage des Klägers gründlich zurückgewiesen, wäre eine neue Klageerhebung, die sich schon auf eine andere Grundlage stützt, überhaupt nicht erlaubt.

Im Gewand der Prozessökonomie kann diese Gestaltung kaum rechtfertigt werden, denn sie hat im theoretischen Sinne ausschließlich die Belastung der Gerichte herabgesetzt. Für die rechtssuchende Partei wird das sog. gezwungene „Optionsrecht“ zu einem ungerechtfertigten Hindernis gegen die Durchsetzung von

¹⁴⁵⁵ Kritisch auch DUAN, Wenbo (段文波), in: *Modern Law Science* (现代法学), 05/2010, 158 (162 f.); Xie, Hongfei (谢鸿飞), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 06/2014, 5 (6 ff.).

Schadensersatzansprüchen. Das angestrebte Ziel, den Zivilprozess auf ökonomische Weise zu führen, würde durch diese Gestaltung ebenso nicht realisiert. Tatsächlich kann lediglich von einer „Optionsobliegenheit“ des Klägers gesprochen werden.

c) Gezwungene Wendung zum Deliktsrecht

An dieser Stelle soll darüber hinaus kurz erwähnt werden, dass diese Ausgestaltung in Verbindung mit anderen Regelungen die prozessuale Aktivität der Prozessbeteiligten steuern kann. Wie sich noch zeigen wird, hat die klagende Partei u.U. angesichts der Verwirklichungsmöglichkeit des Schmerzensgeldanspruchs die deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage zu wählen.

4. Fazit

Ohne überzeugende Begründung beschränkt die chinesische Ausgestaltung gleichzeitig in der prozess- und materiellrechtlichen Dimension die Rechtslage des Klägers sehr tiefgreifend. Obwohl die Belastung der Gerichte dadurch in weitgehendem Umfang verringert wird, ist der Preis dafür die unerträgliche Einschränkung der Rechtsausübung in dem prozessrechtlichen Bereich. Es führt außerdem dazu, dass die klagende Partei zu deliktsrechtlichen Regelungen neigt. Die pragmatische Herangehensweise seitens des deutschen Rechts verdient m.E. durchaus Gefolgschaft.

II. Verjährungsfrage

Das Verjährungsrecht¹⁴⁵⁶ ist ein weiteres Element, das sich auf das Verhältnis zwischen der vertraglichen und deliktischen Haftung stark auswirken kann.¹⁴⁵⁷ Es ist vor allem deutlich darzulegen, dass das chinesische Recht bei der Verjährungsfrist nicht zwischen vertraglichem und deliktischem Anspruch unterscheidet.

1. Ältere Regelung

Nach Art. 135 CAGZ beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist 2 Jahre, sofern das Gesetz keine Sonderregelung vorsieht. Diese Frist beginnt, wenn der Gläubiger die Rechtsverletzung (anspruchsbegründende Umstände) kennt oder hätte kennen müssen (Art. 137 S. 1 CAGZ). Der Anspruch ist allerdings ausgeschlossen, wenn seit dem Geschehen der Rechtsverletzung 20 Jahre verstrichen sind (Art. 137 S. 2 CAGZ). Dem Volksgericht wird die Befugnis eingeräumt, die Verjährungsfrist zu verlängern, soweit besondere Umstände vorliegen (Art. 137 S. 3 CAGZ). Hinsichtlich der chinesischen Verjährungsregelung ist die vertragliche Haftung außerdem keineswegs privilegiert.

Die größte Besonderheit der chinesischen Verjährungsregelung liegt aber darin, dass

¹⁴⁵⁶ Im Gesetz des Allgemeinen Teils des China-ZGB, der am 15.3.2017 verabschiedet und am 1.10.2017 in Kraft getreten ist, ist das chinesische Verjährungsrecht umfangreich geändert worden. Die neue regelmäßige Verjährung beträgt drei Jahre (Art. 188 I 1 China-ZGB AT), genauso wie im § 195 BGB. Mit dem Art. 191 des China-ZGB AT wird der Schutz von minderjährigen Opfern sexuellen Missbrauchs dadurch verstärkt, dass die Verjährungsfrist seines Anspruches erst mit der Vollendung des 18. Lebensjahres beginnt.

¹⁴⁵⁷ Die alten Verjährungsregeln des BGB, die eine Vielzahl unterschiedlich langer Verjährungsfristen vorsahen, waren ein für das alte Schuldrecht durchaus repräsentatives Beispiel. Vgl. oben § 8 C, S. 251.

sie eine kürzere Frist von 1 Jahr in vier Spezialfällen bestimmt (Art. 136 CAGZ). Dazu gehören folgende Ansprüche: (1) Schadensersatzansprüche, die auf Körperverletzung beruhen; (2) Ansprüche aus dem Verkauf mangelhafter Sache, ohne dass der Verkäufer den Mangel mitteilt; (3) Ansprüche aus Verzögerung oder Verweigerung der Mietzahlung; (4) Ansprüche wegen Verlust oder Zerstörung einer hinterlegten Sache.

2. Kritische Bewertung

Art. 136 CAGZ spielt – insgesamt betrachtet – eine ähnliche Rolle wie § 196 a.F. BGB,¹⁴⁵⁸ der für die „Geschäfte des täglichen Verkehrs“ eine kurze Frist von 2 Jahren anordnet und wie § 477 a.F. und der geltende § 477 I Nr. 3, nach denen mangelbezogene Rechte des Käufers nach kurzer Zeit verjähren. Art. 136 Nr. 2 CVG entspricht damit § 477 I Nr. 3, während Art. 136 Nr. 3 CVG dem Geltungsbereich des § 196 Nr. 6 a.F. ähnelt.

Obwohl Art. 136 Nr. 2 - 4 noch begreiflich sind, stieß und stößt Art. 136 Nr. 1 CAGZ, der die erstaunlichste und unverständlichste Abweichung darstellt, auf scharfe Kritik, weil er dem Schutz des Lebens, des Körpers, der Gesundheit sowie der sexuellen Selbstbestimmung¹⁴⁵⁹ zuwiderläuft und ihre besondere Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit in unakzeptablem Ausmaß schwächt.¹⁴⁶⁰ Aus rechtsvergleichender Perspektive weist diese Vorschrift einen großen Unterschied gegenüber § 197 I 1 BGB auf, da sie eine von der Regelverjährungsfrist abweichende 30-jährige Verjährungsfrist zur Stärkung der Rechte von Opfern einer Schwertattacke statuiert.¹⁴⁶¹ Ein deutliches Beschleunigungsinteresse,¹⁴⁶² mit dem der Gesetzgeber im Rahmen des Verjährungsrechts in bestimmten Fälle eine kürzere Verjährungsfrist (§§ 196 a.F.,¹⁴⁶³ 438 I Nr. 3) zu rechtfertigen versucht, liegt aber im Falle der Ansprüche aus Körperverletzungen iSd. Art. 136 Nr. 1 CAGZ jedenfalls nicht vor.

Glücklicherweise wurde diese Vorschrift über eine kurze Verjährungsfrist seit dem Inkrafttreten des neuen China-ZGB AT am 1.10.2017 endlich aufgegeben.

3. Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem vertraglichen und deliktischen Haftungsregime

Obwohl das chinesische Deliktsrecht keine längere Verjährungsfrist kannte, bestand zumindest keine uneinheitliche Verjährungsfrist im Rahmen beider Haftungsregime wie im ehemaligen deutschen Recht.

¹⁴⁵⁸ Sie dient im Allgemeinen dazu, eine unzumutbare Beweisnot der beweisbelasteten Partei zu verhindern und eine baldige Begleichung von Geschäften des täglichen Verkehrs zu sichern. Vgl. RGRK/*Johannsen* (1982) § 196 a.F. Rn. 1. Allgemeines zur Vermeidung von Beweisnöten durch das Verjährungsrecht, vgl. MüKoBGB/*Grothe* (2015) Vorb. § 194 Rn. 6

¹⁴⁵⁹ Die Körperverletzung war und ist in der Rechtspraxis leider sehr weit zu verstehen. Die Tötung des Menschen, der Eingriff in die körperliche Integrität, Gesundheitsverletzung werden unter ein Dach der Körperverletzung gebracht. Vgl. OVGH, Urteil (2015) – ZB 3225 [最高人民法院 (2015) 民申字第 3225 号]. Für den materiellen Schaden wegen sexuellen Missbrauchs gilt nichts anderes.

¹⁴⁶⁰ OVGH, Urteil (2015) – ZB 3225 [最高人民法院 (2015) 民申字第 3225 号].

¹⁴⁶¹ MüKoBGB/*Grothe* (2015) § 197 Rn. 6.

¹⁴⁶² *Heck*, SchuldR, S. 268.

¹⁴⁶³ Über die kurze Verjährungsfrist für die „Geschäfte des täglichen Verkehrs“ vgl. nur RGRK/*Johannsen* (1982) § 196 Rn. 1.

Art. 136 Nr. 1 CAGZ galt für alle Schadensersatzansprüche aus Personenschäden, ohne konkrete Haftungsgrundlagen zu unterscheiden. Die Ansprüche des Geschädigten, die sich auf Schäden aus Personenverletzungen bezogen, wurden über einen Leisten geschlagen. Wenn sich ein Kläger, der iRd. Vertragsverhältnisses einen Personenschaden erlitt, entweder auf Vertrags- oder Deliktsrecht als Anspruchsgrundlage stützte, trat die Verjährung aller seiner Ansprüche mit Ablauf eines Jahres ein. Der Umstand, dass die vertragliche Ersatzforderung durch das Verjährungsrecht – sowohl im deutschen¹⁴⁶⁴ alten und schweizerischen¹⁴⁶⁵ geltenden Recht – privilegiert war (ist), bestand in der chinesischen Rechtsordnung zu keiner Zeit. Es ergibt sich deshalb kein Anlass, den Kläger zu einem bestimmten Haftungsregime zu bewegen.

Kurz gesagt hatte das chinesische Recht trotz des unangebrachten Art. 136 Nr. 1 CAGZ kein uneinheitliches Verjährungsrecht wie das deutsche Recht, das den Gläubiger durch die vertragliche Ersatzforderung privilegierte.

III. Besonderheiten des chinesischen Deliktsrechts

1. Der deliktsrechtliche Schutz von Vermögensschäden

Die Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden wurde iRd. der vorhergehenden Darstellung des deutschen Rechts schon diskutiert.¹⁴⁶⁶ An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass sich nach chinesischer h.M. und Rechtsprechung reine Vermögensschäden unter den Begriff „*Verletzung von Vermögen und Person*“ iSd. Art. 106 CAGZ sowie „*zivilrechtliche Rechte und Interessen*“ iSd. Art. 2 I CDG rubrizieren lassen, die immer als die deliktsrechtliche Generalklausel angesehen werden.¹⁴⁶⁷ Dies kann hier am Beispiel der Gerichtsentscheidungen demonstriert werden, die ebenso den Fall des „misslungenen Testaments“¹⁴⁶⁸ betreffen.

a) Dritthaftung des Anwalts in der chinesischen Gerichtspraxis

Hinsichtlich der Frage, ob ein potenzieller Erbe gegen einen von einem Erblasser beauftragten Rechtsanwalt einen Schadensersatzanspruch hat, wenn sich ein von dem Anwalt beglaubigtes Testament wegen eines Formmangels als unwirksam erweist, wird in der chinesischen Gerichtspraxis auf die deliktsrechtliche Grundlage zurückgegriffen. Das chinesische Gericht hat sich in einem früheren Urteil ausdrücklich für die Deliktshaftung des Rechtsanwalts ausgesprochen und seine Entscheidung auf Art. 106 II CAGZ gestützt, der zweifellos als die deliktsrechtliche Generalklausel angesehen werden muss.¹⁴⁶⁹ Nach dem Inkrafttreten des chinesischen

¹⁴⁶⁴ Picker, JZ 1987, 1041 (1041).

¹⁴⁶⁵ Gauch, ZSR 116 (1997), 315 (316). Art. 60 OR statuiert eine kürzere Verjährungsfrist für den Anspruch auf Schadensersatz oder Genugtuung, während Art. 127 OR eine Regelverjährungsfrist von 10 Jahren bestimmt.

¹⁴⁶⁶ Vgl. oben § 8 B II 1, S. 246.

¹⁴⁶⁷ WANG, Shengming (王胜明) (Hrsg.), Erläuterung zum CDG, S. 10; WANG, Liming (王利明), in: *The Jurists* (法学家), 03/2009, 19 (30). AA. vgl. GE, Yunsong (葛云松), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/2010, 37 (42); ders., in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 05/2009, 689 (702).

¹⁴⁶⁸ Vgl. oben § 8 D IV 2 c aa, S. 261.

¹⁴⁶⁹ WANG, Baofu (王保富) v. Sanxin Anwaltskanzlei (三信律所), in: *Sammlung des OVGH* (最高人民法院公报), vol. 10/2005, S. 473-477.

Deliktsgesetzes am 1.7.2010 hat das Gericht den Schadensersatzanspruch des potenziellen Erben in einer ähnlichen Fallkonstellation aus der deliktsrechtlichen Grundlage (Art. 6 I CDG) für begründet erklärt.¹⁴⁷⁰ Für das Urteil von Beijing-No. 1-MVG gilt nichts anderes.¹⁴⁷¹ Die deutsche Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist in Bezug auf diese Fallkonstellation in der chinesischen Gerichtspraxis ohne Resonanz geblieben.¹⁴⁷²

b) Keine allgemeine Ersatzhaftung für reine Vermögensschäden

Allerdings ist hervorzuheben, dass trotz der scheinbar alles umfassenden Generalklausel keine allgemeine deliktische Ersatzhaftung für reine Vermögensschäden vorliegt. Die Möglichkeit der Ausuferung der Haftung hat die chinesische Rechtsprechung durch hoch angesetzte Haftungsvoraussetzungen abgeschwächt.

Im Fall einer Unterbrechung der Stromzufuhr¹⁴⁷³ hat ein chinesisches Gericht z.B. den deliktischen Schadensersatzanspruch eines Krankenhauses gegen das ausführende Bauunternehmen abgelehnt, weil der Gewinnausfall des Krankenhauses nicht im Zusammenhang mit einer Personen- oder Eigentumsverletzung aufgetreten war.¹⁴⁷⁴

c) Fazit

Die soeben angerissenen Entscheidungen haben gezeigt, dass es die gesetzliche Fessel des § 823 I BGB im chinesischen Deliktsrecht wenigstens scheinbar nicht gibt. Das chinesische Gericht kann in solchen Fallgestaltungen auf die deliktischen Anspruchsgrundlagen zurückgreifen, bei denen das deutsche Recht oft nach vertraglichen Anspruchsgründen sucht. Folglich kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass die inhaltlich und funktional dem § 278 BGB entsprechenden Vorschriften, die weiter oben im Rahmen des geltenden Rechts herausgefunden wurden, freilich keinen gleichgroßen Anwendungsumfang haben.

2. Unterschiedliche Haltung zum Schmerzensgeldanspruch in beiden Haftungsregimen

Der Umstand, dass sich das chinesische Deliktsrecht in der Rechtspraxis zum sog. „großen Deliktsrecht“ entwickelt hat, stellt sich in engem Zusammenhang mit der unterschiedlichen Haltung zum Schmerzensgeldanspruch in beiden Haftungsregimen.

¹⁴⁷⁰ Shanghai-No. 2-MVG, Urteil (2015) – I S 1263 [上海市第二中级人民法院 (2015) 沪二中民一 (民) 终字第 1263 号].

¹⁴⁷¹ Beijing-No. 1-MVG, Urteil (2013) – S 1941 [北京市第一中级人民法院 (2013) 一中民终字第 1941 号].

¹⁴⁷² Für die Rezeption dieser Rechtsfigur, vgl. SHEN, Li (申黎)/YIN, Zhijun (尹志君), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 04/2002, 59 ff. Ablehnend vgl. ZHANG, Jiayong (张家勇), in: *Science of Law* (法律科学), 03/2016, 81 ff.

¹⁴⁷³ Seitens der deutschen Rechtsprechung: Bejahung in BGHZ 41, 123 ff. (Eier in einem elektrischen Brutapparat) und Verneinung in BGHZ 29, 65 ff. (keine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb).

¹⁴⁷⁴ Chongqing-No. 4-MVG, Urteil (2006) – I S 9 [重庆市第四中级人民法院 (2006) 渝四中法民一终字第 9 号].

a) Schmerzensgeldanspruch bei Vertragsverletzungen?

aa) Grundsätzliche Ablehnung

Ob die vertragliche Haftung auch den Ersatz immaterieller Schäden¹⁴⁷⁵ erfasst, ist in der chinesischen Rechtsanwendungspraxis bisher grundsätzlich nicht mehr umstritten. Trotz heftiger Kritik¹⁴⁷⁶ aus der Rechtswissenschaft lehnt die chinesische Rechtsprechung¹⁴⁷⁷ (bzw. ein Teil der Lehre¹⁴⁷⁸) grundsätzlich den Ersatz immaterieller Schäden ab, wenn der Kläger seinen Schadensersatzanspruch auf eine vertragsrechtliche Grundlage stützt.¹⁴⁷⁹

Das chinesische geltende Vertragsgesetz hat bisher den Schmerzensgeldanspruch der geschädigten Partei im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ausgeschlossen und nahezu ausschließlich im Rahmen des Deliktsrechts gewährt. Nach Art. 113 CVG, der den Umfang des Schadensersatzes für Vertragsverletzungen regelt, stellt nur eine wörtliche Wiederholung des Art. 74 CISG dar. Die Schadensersatzsumme, einschließlich des entgangenen Gewinns, soll demgemäß dem infolge des Vertragsbruchs entstandenen Verlust entsprechen. In fast wörtlicher Übereinstimmung wird die Grenze der Schadensersatzsumme iSd. Art. 74 S. 2 CISG¹⁴⁸⁰ ebenso übernommen.

bb) Ausnahmefälle

(1) Vorgehensweise in der Rechtsprechung

Das chinesische Gericht hat nur in Ausnahmefällen einen neuen Weg über den Schmerzensgeldanspruch wegen Vertragsverletzung beschritten: entsprechende Anwendung der »Justizauslegung des OVGH über immateriellen Schadensersatz« (2001).¹⁴⁸¹ Nur in einigen Sonderfällen, in denen besondere Erinnerungsstücke wie Asche oder Bildnis eines Verstorbenen, Hochzeitsphotos- oder Videos oder die körperliche Integrität bei einer Schönheitsoperation betroffen sind, ist der Ersatz immaterieller Schäden ausnahmsweise anerkannt.

Eine Beerdigungsanstalt¹⁴⁸² oder der Verwalter eines Friedhofs¹⁴⁸³, der durch eine

¹⁴⁷⁵ Das Recht auf Schmerzensgeld wird vor allem durch die Justizauslegung anerkannt. Die Art. 3 Nr. 3 der »Justizauslegung des OVGH über den Schadensersatz für die auf See geschehene Körperverletzung oder Tötung« (1991) hat zuerst ein dem Schmerzensgeldanspruch entsprechendes Recht des Geschädigten auf Genugtuungsgeld anerkannt. Dazu vgl. ZHANG, Xinbao (张新宝), in: *Jinan Journal* (暨南学报), 02/2008, 2 (2).

¹⁴⁷⁶ HAN, Shiyuan (韩世远), in: *Legal Science* (法学), 06/1998, 27 (30); ders., in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 06/2005, 89 (101 f.); Cui, Jianyuan (崔建远), in: *Law Science Magazine* (法学杂志), 08/2012, 22 ff.; ders., in: *Journal of Henan Administrative Institute of Politics and Law* (河南省政法管理干部学院学报), 01/2008, 48 ff.; Xie, Hongfei (谢鸿飞), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 06/2014, 5 (26).

¹⁴⁷⁷ OVG Sichuan, Urteil (2015) – ZB 356 [四川省高级人民法院 (2015) 川民提字第 356 号]; OVG Zhejiang, Urteil (2008) – I U 200 [浙江省高级人民法院 (2008) 浙民一终字第 200 号].

¹⁴⁷⁸ WANG, Liming (王利明), in: *Legal Science* (法学), 05/2002, 45 (51 f.).

¹⁴⁷⁹ Dies entspricht der vorherigen Rechtslage im deutschen Recht, dass der Schmerzensgeldanspruch bei der Verletzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Pflichten verneint wurde. Vgl. Kupisch, JuS 1984, 250 (252).

¹⁴⁸⁰ Art. 74 S. 2 CISG: „Dieser Schadensersatz darf jedoch den Verlust nicht übersteigen, den die vertragsbrüchige Partei bei Vertragsabschluss als mögliche Folge der Vertragsverletzung vorausgesehen hat oder unter Berücksichtigung der Umstände, die sie kannte oder kennen musste, hätte voraussehen müssen.“

¹⁴⁸¹ OVG Shanxi, Urteil (2007) – ZB 8 [陕西省高级人民法院 (2007) 陕民再字第 8 号].

¹⁴⁸² MVG Huaihua, Urteil (2012) – II S 42 [怀化市中级人民法院 (2012) 怀中民二终字第 42 号].

unerklärte Ursache eine von Angehörigen des Toten übergebene Graburne verloren hat, verletzt damit die Verwahrungspflicht aus dem Verwahrungsvertrag und hat deshalb die dadurch entstandenen immateriellen Schäden der Angehörigen zu ersetzen. Ein beauftragtes Fotostudio, dem der Auftraggeber hinsichtlich der Vergrößerung eines einzigen alten Bildes seiner verstorbenen Eltern übergab, hat dem untröstlichen Auftraggeber wegen Abhandenkommen des Bildes Schmerzensgeld zu leisten.¹⁴⁸⁴ Verliert ein Hochzeitsfotograf oder -planer versehentlich Hochzeitsfotos¹⁴⁸⁵ oder ein Hochzeitsvideo¹⁴⁸⁶ hat dem Brautpaar immaterielle Schäden zu ersetzen, da ihm die Möglichkeit entgeht, sich an wichtige und denkwürdige Momente in seinem ganzen Leben mittels wertvoller Fotos oder Videos zu erinnern. Ist ein Kosmetikinstitut mit der versprochenen Entfernung dunkler Flecken im Gesicht eines Kunden gescheitert, steht dem Kunden der Ersatz immaterieller Schäden zu.¹⁴⁸⁷

Der Ersatz immaterieller Schäden findet in den vorgenannten Fallkonstellationen dennoch keine völlige Anerkennung. Manche Gerichte haben immateriellen Schadensersatz ferner mit dem pauschalen Rekurs verneint, dass gerade im Rahmen von vertraglicher Rechtsbehelfe ein Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden keineswegs entstehe. In einer gleichen Konstellation wurde der vertragliche Anspruch eines Brautpaars auf Schmerzensgeld gegen den Hochzeitsplaner abgelehnt.¹⁴⁸⁸

(2) Unpassende entsprechende Anwendung auf einen vertraglichen Schmerzensgeldanspruch für Hinterbliebene

Ein Gericht ist allerdings teilweise zu weit gegangen. Es hat unzutreffend eine entsprechende Anwendung der vorgenannten »Justizauslegung« auf einen sog. vertragsrechtlichen Schmerzensgeldanspruch für Hinterbliebene bejaht. Im Fall, in dem ein Fahrgast in einem durch den Fahrer schuldhaft verursachten Verkehrsunfall getötet wurde, bekamen seine hinterbliebenen Eltern vom Gericht einen Schmerzensgeldanspruch gegen das Fernbusunternehmen zugesprochen, wenn sich die Eltern auf eine beförderungsvertragliche Anspruchsgrundlage gestützt haben.¹⁴⁸⁹ Das Gericht hat ausdrücklich auf die entsprechende Anwendung der »Justizauslegung

¹⁴⁸³ UVG Qingpu, Urteil (2013) – I C 136 [上海市青浦区人民法院 (2013) 青民一 (民) 初字第 136 号].

¹⁴⁸⁴ WANG Qingyun (王青云) vs. Meiyangda Fotografie GmbH (美洋达摄影有限公司), in: *Sammlung der Gerichtsentscheidungen* (人民法院案例选), Vol. 26 (1996).

¹⁴⁸⁵ XIAO, Qing (肖青) und LIU, Huawei (刘华伟) vs. Xuguang Fotoservice (国营旭光彩色扩印服务部), in: *Sammlung der Gerichtsentscheidungen* (人民法院案例选), Vol. 11 (1994).

¹⁴⁸⁶ OVG Henan, Urteil (2012) – II ZB 01595 [河南省高级人民法院 (2012) 豫法立二民申字第 01595 号]; MVG Zhengzhou, Urteil (2011) – IV S 1695 [郑州市中级人民法院 (2011) 郑民四终字第 1695 号]; MVG Mianyang, Urteil (2015) – S 1970 [绵阳市中级人民法院 (2015) 绵民终字第 1970 号]; MVG Fushun, Urteil (2015) – S 00712 [抚顺市中级人民法院 (2015) 抚中民终字第 00712 号]; UVG Haizhu, Urteil, (2014) – II S 906 [广州市海珠区人民法院 (2014) 穗海法民二初字第 906 号].

¹⁴⁸⁷ MA, Litao (马立涛) vs. Mengzhen Kosmetikstudio (鞍山市铁东区服务公司梦真美容院), in: *Sammlung der Gerichtsentscheidungen* (人民法院案例选), Vol. 7 (1994), S. 89 f.

¹⁴⁸⁸ Beijing-No. 3- MVG, Urteil (2015) – S 00803 [北京市第三中级人民法院 (2015) 三中民终字第 00803 号]. In diesem Urteil hat das Beijing-No. 3- MVG vor allem die Pflichtverletzung des Fotostudios verneint und deutete ausdrücklich an, dass der Kläger nur aufgrund deliktischer Ansprüche den immateriellen Schadensersatz geltend machen könne. Keine gesetzliche Grundlage spreche für Schmerzensgeldanspruch iRd. Vertragshaftung. Dass der Kläger in seiner Klageschrift die vertraglichen Rechtsbehelfe aus dem Vertrag über Hochzeitsplanung gewählt habe, schließe damit den Ersatz immaterieller Schäden aus.

¹⁴⁸⁹ OVG Shanxi, Urteil (2007) – ZB 8 [陕西省高级人民法院 (2007) 陕民再字第 8 号].

des OVGH über immateriellen Schadensersatz« zurückgegriffen. Diese Vorgehensweise ist nicht nur unnützlich, sondern auch abträglich. Aus rechtsvergleichender Perspektive hat es einen sog. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Hinterbliebenen geschaffen, der – wie soeben erläutert – in der chinesischen Rechtsordnung keine praktische Relevanz hat. Für den Anspruch der Eltern des Unfallopfers auf Schmerzensgeld braucht es nur auf die deliktische Regelung zurückzugreifen.

Während der Anspruch auf Hinterbliebenenschmerzensgeld erst nach langjährigen Auseinandersetzungen jüngst am 17.7.2017 zu dem geschlossenen Kreis des deutschen Deliktsrechts hinzugefügt wird,¹⁴⁹⁰ ist der Schmerzensgeldanspruch der hinterbliebenen Familienangehörigen schon durch Art. 1 Nr. 1 Alt. 1 iVm. Art. 7 der »Justizauslegung des OVGH über immateriellen Schadensersatz« (10.3.2001) gesetzesähnlich verankert. In Todesfällen ist das Schmerzensgeld für die Hinterbliebenen eines Opfers neben dem Ersatz der Beerdigungskosten (Art. 119 Hs. 2 CAGZ, Art. 16 S. 3 CDG) und dem Ausgleich für den Unterhaltsausfall (Art. 119 Hs. 2 CAGZ) eine sehr wichtige Entschädigung.¹⁴⁹¹

Der Umstand, dass dem Hinterbliebenen schon ein ausreichendes Instrument in Bezug auf den Schmerzensgeldanspruch zusteht, macht den Grund für die Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht ersichtlich, die außerdem an der zumutbaren Beschränkungskriterien – wie im deutschen Recht¹⁴⁹² – fehlt.

cc) Schmerzensgeldanspruch bei Gefährdungshaftung

Im Gegenteil zum alten deutschen Recht,¹⁴⁹³ hat das chinesische Recht den Anspruch auf Schmerzensgeld von vornherein auch für Gefährdungshaftung gestattet.¹⁴⁹⁴

Art. 1 I der »Justizauslegung des OVGH über immateriellen Schadensersatz« (2001) unterscheidet nicht die Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung. Aus der Verletzung des Lebens, der Gesundheit, des Körpers (Art. 1 I Nr. 1), des Namensrechts, des Rechts auf ein eigenes Bild, des Rechts auf die persönliche Ehre, des Rechts auf Auszeichnung (Art. 1 I Nr. 2), des Rechts auf Menschenwürde und Freiheit (Art. 1 I Nr. 3) sowie des Rechts auf Privatsphäre oder weitere Persönlichkeitsrechte (Art. 1 II) kann eine Ersatzhaftung für immaterielle Schäden erwachsen, soweit der Schaden nicht unbeachtlich ist (Art. 8 I).

¹⁴⁹⁰ BT-Drs. 18-11397. Dazu jüngste Aufsätze vgl. *Röthel*, Jura 2018, 235 (237 f); *Wagner*, NJW 2017, 2641 ff.

¹⁴⁹¹ Die Summe des Hinterbliebenenschmerzensgelds kann ggf. in Höhe von 300,000 RMB (ungefähr 38,500 Euro) liegen. Vgl. OVGH, Urteil (2016) – ZB 313 [最高人民法院 (2016) 最高法民再 313 号]. Allerdings kann der Betrag des Hinterbliebenenschmerzensgelds regelmäßig nicht so hoch sein. Die Summe beträgt in der Regel 10,000-50,000 RMB (etwa 1500-6500 Euro).

¹⁴⁹² Zum Kreis des begünstigten Dritten, vgl. vor allem *Larenz*, SchuldR I, § 17 II. Auch *MüKoBGB/Gottwald* (2016) § 328 Rn. 179 ff.; *Zugehör*, NJW 2008, 1105 f. Zu den Grundfällen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, vgl. *Assmann*, JuS 1986, 885 ff.

¹⁴⁹³ Zum Ausfall des Schmerzensgelds bei der Gefährdungshaftung vgl. *Deutsch*, ZRP 2001, 351 (351 ff). *v. Caemmerer* hat auch darauf hingewiesen, dass unter Berücksichtigung des fehlenden Schmerzensgeldanspruchs bei Gefährdungshaftung der Kläger seine Klage früher nicht selten auf Verschuldenshaftung zu stützen versucht hat. vgl. *ders.*, Wandlung des Deliktsrechts, S. 117.

¹⁴⁹⁴ Vgl. nur OVG Guangxi, Urteil (2015) – ZB 134 [广西壮族自治区高级人民法院 (2015) 桂民提字第 134 号]; OVG Sichuan, Urteil (2014) – ZB 2263 [四川省高级人民法院 (2014) 川民申字第 2263 号].

Für die Fälle, in denen eine der Vertragsparteien durch vertragswidriges Verhalten des Partners oder dessen Hilfspersonen eine Körper- oder Gesundheitsverletzung erlitten hat, ist die Vertragshaftung deshalb von geringer praktischer Bedeutung.¹⁴⁹⁵ Sofern die Vertragsverletzung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, wird in der Regel die Deliktshaftung favorisiert. Es kann grundsätzlich dahingestellt bleiben, ob die jeweilige unerlaubte Handlung zur Verschuldens- oder Gefährdungshaftung führt.

b) Hang zur deliktischen Anspruchsgrundlage

Entsprechend dem Themenschwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist hier lediglich hervorzuheben, dass der Ausfall des Schmerzensgelds bei der Vertragsverletzung nur ein Auslaufmodell darstellt. Diese bisher noch geltende Vorgehensweise beeinflusst nicht nur die Durchsetzungsmöglichkeit im Interesse des Geschädigten, sondern auch die prozessstrategische Strategie des Beteiligten. Unter Berücksichtigung der vorerwähnten heterogenen Theorie der Anspruchskonkurrenz reicht bereits dieses Modell aus, um den Kläger zur Wahl der deliktischen Grundlagen zu bewegen.

Das deutsche Recht hat uns ein Muster hergestellt.¹⁴⁹⁶ § 253 II 2 stellt eine gesetzliche Stütze dar, um einen einheitlichen Schmerzensgeldanspruch zu schaffen. Die Tatsache, dass die vertragliche Schutzpflicht schon seit langem von der chinesischen Rspr. und Lehre anerkannt und in Art. 60 CVG verankert ist, spricht auch für eine Gleichstellung der Vertrags- und Deliktshaftung in Bezug auf das Schmerzensgeld.

3. „Vicarious liability“ des Geschäftsherrn

Wie die obige Untersuchung zeigt, hat die Insuffizienz des § 831 seitens des deutschen Rechts die Hypertrophie der vertraglichen Schadenshaftung sowie die Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 278 verschuldet. So wird die unausweichliche Frage aufgeworfen, ob die chinesische Geschäftsherrenhaftung¹⁴⁹⁷ gleiche Vorgänge veranlassen kann.

a) Allgemeines

Das »Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts« (CAGZ) von 1987 sprach nirgends aus, ob und wie der Geschäftsherr für eine schadensträchtige Handlung seines Verrichtungsgehilfen haftet. YANG, Lixin (杨立新)¹⁴⁹⁸ hat kurz nach dem Erlass des CAGZ auf diese Gesetzeslücke hingewiesen. Erst in der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« (2004) wurde eine derartige Haftung zum

¹⁴⁹⁵ Ob das neue chinesische ZGB diese schon früh auf breite und heftige Kritik stoßende Gesetzeslage verändert, ist aber noch unklar. Wie §§ 253, 847 a.F. muss der chinesische Gesetzgeber diese große Angelegenheit zum Anlass nehmen, diesen unglücklichen Fehler zu korrigieren.

¹⁴⁹⁶ Einst fuhr diese unsachgemäße Differenzierung auch im deutschen Recht zu nicht sachgerechten Ergebnissen. Vgl. z.B. RGZ 65, 17 (21): Verkehrsunfall bei unentgeltlicher Mitfahrt.

¹⁴⁹⁷ Brüggemeier mag die chinesische Geschäftsherrenhaftung als »Mitarbeiterhaftung« bezeichnen. Vgl. *der.*, Phi 2010/11, 92 (95).

¹⁴⁹⁸ *ders.*, in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 03/1987, 11 (12). Er hatte die Haftung des Geschäftsherrn aus verschuldensvermutenden Tatbeständen auf Art. 106 II als allgemeine Regelung gestützt. Aus Billigkeitsgründen bejahte er zusätzlich eine Billigkeitshaftung aus Art. 132 CAGZ, wenn der Geschäftsherr ggf. den Nachweis fehlendes Verschuldens erfolgreich geführt hätte. Für eine Haftung des Geschäftsherrn wegen vermuteten Verschuldens auch WEI, Sen (魏森), in: *Science of Law* (法律科学), 01/1995, 82 (83).

ersten Mal gesetzlich statuiert. Von da ab ist die Rechtslage in Bezug auf die deliktische Geschäftsherrenhaftung – anders als die vertragliche Haftung für Erfüllungsgehilfen – im chinesischen Recht übersichtlich geworden. Art. 9 der »Justizauslegung« hat entsprechend der weltweiten Tendenz¹⁴⁹⁹ deutlich geregelt, dass die Haftung nicht vom eigenen Verschulden des Geschäftsherrn abhängig ist. Im Jahre 2009 hat das chinesische Deliktsgesetz die entsprechende Regelung ohne beträchtliche Änderung übernommen. In der chinesischen Lit. wird in Übereinstimmung mit dem anglo-amerikanischen Recht von „*vicarious liability*“¹⁵⁰⁰ gesprochen.

b) Ein verworrenes Regelungsmodell chinesischer Prägung

Das chinesische Deliktsgesetz differenziert den betreffenden Regelungskomplex (nur) in zweifacher Hinsicht: (1) Art. 34 I CDG betreffend die Haftung des nur in der Form Organisation auftauchenden Verwendenden (z.B. GmbH, AG, KG, OHG) und (2) Art. 35 S. 1 CDG betreffend die Haftung der natürlichen Person, die einen anderen zu einer Verrichtung bestellt. Die Differenzierung nach unterschiedlichen Rechtsformen ist m.E. an sich überflüssig, weil sie überhaupt keine differenten Haftungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen regeln. Vor diesem Grund bildet § 831 das Muster.

Erwähnenswert ist ferner der legislatorische Enthusiasmus, der m.E. zum Pluralismus von normativen Grundlagen führt. Dass der chinesische Gesetzgeber sowie der OVGH sich zu sehr auf die neuen Gesetzgebungen und auf Erlässe von Justizauslegungen konzentrieren und sich aber zu wenig um die Beseitigung der nicht anwenderfreundlichen Überschneidung und des ggf. auftauchenden dogmatischen Kollidierens von Regelungen kümmert, hat unglücklicherweise die Konsequenz, dass der Richter seine Urteile bisweilen auf Art. 34 f. CDG, gelegentlich dagegen auf Art. 8 f. der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« stützt, die einerseits den gleichen Fragenbereich der Geschäftsherrenhaftung treffen und andererseits die inkongruente Rechtsfolge über die Eigenhaftung des Verrichtungsgehilfen regeln. Diese Gesetzgebungskonjunktur¹⁵⁰¹ hat gleichzeitig Unübersichtlichkeit und ein Labyrinth der Rechtsanwendung mit sich gebracht. Hier wird ganz klar geltend gemacht, dass Art. 8 f. der »Justizauslegung« entsprechend dem Grundsatz „*lex posterior derogat legi priori*“ und „*lex superior derogat legi inferiori*“ hinter den Art. 34 f. CDG zurücktreten müssen.

¹⁴⁹⁹ Kötz, ZEuP 2017, 283 (284).

¹⁵⁰⁰ WEI, Sen (魏森), a.a.O., 82 (82 ff.); YANG, Lixin (杨立新), a.a.O., 11 (11); WANG, Liming (王利明), Deliktsrecht (侵权责任法), Bd. II (2011), S. 13; CHENG, Xiao (程啸), Deliktsrecht, S. 292 f.; *Legislative Affairs Commission at the Standing Committee of the PRC National People's Congress* (Hrsg.), Erläuterung, Begründung und relevante Bestimmung des chinesischen Deliktsgesetzes (2010), S. 135; ZHENG, Xiaojian (郑晓剑), in: *Journal of Comparative Law* (比较法研究), 02/2014, 146 (147). Im deutschen Schrifttum wird es teilweise als „*Transmissionshaftung*“ bezeichnet, vgl. Becker, Das Recht der unerlaubten Handlungen, S. 20.

¹⁵⁰¹ Allein nach dem Inkrafttreten des CVG in 1999 wurden das Sachenrecht (2007), das Deliktsgesetz (2009) und zahlreiche Justizauslegungen erlassen. Dazu gehören beispielsweise im vertragsrechtlichen Bereich die Justizauslegung zum Vertragsgesetz (1999 und 2009), Kaufvertrag (2012), Kaufvertrag über Wohnungseigentum (2003), Mietvertrag (2009), Arbeitsvertrag (2001, 2006, 2010, 2013), Bauvertrag (2005), Leasingvertrag (alt in 1996 und neu in 2014), Reiserecht (2010), Technologievertrag (2005), Hausverwaltung (2009), Terminkontrakt (2011).

Ein Blick auf einige chinesischen Urteile, in denen die Richter ihre Entscheidungen vorzugsweise auf Regelungen der vorgenannten »Justizauslegung« gestützt haben, zeigt diese verworrene Lage. Ein Taxiunternehmen hat den Unfallschaden eines geschädigten Mofafahrers gemäß Art. 9¹⁵⁰² der »Justizauslegung des OVGH zum Personenschadensersatz« zu ersetzen, den sein Taxifahrer durch verkehrswidrige Fahrweise verursacht hat.¹⁵⁰³ Ein Kleinbus-Eigentümer (natürliche Person) ist für den Schaden nach Art. 9 der »Justizauslegung« verantwortlich, den der Busfahrer einem Radfahrer grob fahrlässig zufügt.¹⁵⁰⁴

c) Auswirkung auf die Wahl der Anspruchsgrundlage

Angesichts des großzügigen Schutzspektrums des Deliktsrechts, der heterogenen Theorie der Anspruchskonkurrenz und des Ausfalls des Schmerzensgelds bei der Vertragsverletzung steht dem Kläger nur wenige Möglichkeiten offen, seine Klage auf eine vertragliche Grundlage zu stützen.

Die Tatsache, dass es die oft gerügte Insuffizienz der deutschen Geschäftsherrenhaftung im chinesischen Deliktsrecht offenbar nicht gibt, macht natürlich den Anreiz zum Rückgriff auf die vertragsrechtlichen Institute in den allermeisten Fällen vergleichsweise geringer, in denen die tatbestandlichen Voraussetzungen beider Haftungsregime erfüllt sind. Die Frage der Vertragshaftung für Erfüllungsgehilfen wird somit in der Regel nur dort aktuell, wo die deliktische Geschäftsherrenhaftung aus verschiedenen Gründen ausscheidet, soweit die Tatbestände der Vertrags- und Deliktshaftung erfüllt sind.

Die Besinnung auf diesen besonders kontrastreichen Hintergrund zwischen der deutschen und chinesischen Rechtsordnung lehrt schon, dass unterschiedliche Ausgestaltungen der einzelnen Ordnungsfiguren die Interaktion zwischen vertraglicher und deliktischer Haftungsordnung erheblich prägen kann. Kurz gesagt, hat die den Garantiecharakter aufweisende vertragliche Gehilfenhaftung weitgehend an praktischer Bedeutung eingebüßt.

IV. Mangelhafte Überlagerung durch die Versicherungssysteme

Bei der Rechtsvergleichung besteht gelegentlich die Gefahr, sich ausschließlich auf die Einzelheiten der tatbestandlichen Voraussetzungen eines bestimmten Rechtsinstituts in der fremden Rechtsordnung zu konzentrieren,¹⁵⁰⁵ ohne dass – neben der Wertanschauung, Kultur oder Tradition – die wirtschaftlichen Gegebenheiten eigener Rechtsordnung ausreichend beachtet werden. Eigentlich muss der rechtsvergleichende Beobachter immer die mannigfachen gesellschaftlichen Umstände berücksichtigen, die die ausschlaggebenden Züge der Haftungsnorm und

¹⁵⁰² Der Richter vom Beijing-No. 1-MVG hat für seine Entscheidung Art. 9 der »Justizauslegung« zu Unrecht herangezogen. In Ansehung der Tatsache, dass das ersatzpflichtige Taxiunternehmen eine juristische Person ist, kam Art. 8 1 als Sonderregelung zur Anwendung.

¹⁵⁰³ Beijing-No. 1-MVG, Urteil (2016) – S 6455 [北京市第一中级人民法院 (2016) 京 01 民终 6455 号].

¹⁵⁰⁴ Beijing-No. 3-MVG, Urteil (2016) – S 13063 [北京市第三中级人民法院 (2016) 京 03 民终 13063 号].

¹⁵⁰⁵ Die Formulierung »blindlings in die Schätze anderer Länder zu greifen« ist dafür recht anschaulich, vgl. Zweigert/Puttfarcken, in: FS Zajtay (1982), 569 (571).

deren praktische Rechtsanwendung prägen.¹⁵⁰⁶ Die Bewertung des Rechtssystems oder der Rechtsinstitute stößt damit öfter auf objektive Schwierigkeiten, die die Rechtswissenschaft allein kaum überwinden kann.

Folgend wird ein weiterer unauffälliger Punkt in die Beurteilung der Haftungsfrage hineingetragen, nämlich die umfassende Überlagerung durch die Versicherungssysteme.¹⁵⁰⁷

1. Einwirkung des Versicherungsschutzes auf die Schadensersatzpflicht

Theoretisch ist die Haftungsbegründung von der Versicherung unabhängig. Allerdings kann das Existieren des Versicherungsschutzes – sowohl des angeblichen Schädigers als auch des Geschädigten – die Beurteilung der haftungsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen unauffällig beeinflussen.¹⁵⁰⁸

Mit der Errichtung und Vervollständigung des Versicherungssystems wurde die Schadensverteilung nicht mehr lediglich auf den Geschädigten oder den handelnden Verursacher beschränkt. Der Versicherer der gesetzlichen oder privaten Versicherung, der nicht an dem Schadensereignis beteiligt ist, muss unter bestimmten Voraussetzungen den auftretenden Schaden abnehmen. Die Interessenkollision (die gegenläufige Interessenslage) zwischen dem Geschädigten oder dem Verursacher wird damit in erheblichem Maße abgeschwächt, soweit der Geschädigte einen ausreichenden Schadensausgleich durch eine versicherungsrechtliche Kompensation erhalten kann.¹⁵⁰⁹ Bei der Beurteilung der abgetretenen Ansprüche des Versicherers gegen den Schädiger wird der Ausfall der Hoffnung des bedauernswerten Geschädigten vom Gericht nicht berücksichtigt. Das Gericht kann sich bei der Haftungsprüfung zumindest neutral verhalten, ohne dass aufgrund der Notwendigkeit des Schadensausgleichs bestimmte Haftungstatbestände mit erheblichem Argumentationsaufwand aufgelockert oder verengt werden.

In einem deutschen Fall, in dem der bei der Klägerin versicherte Motorradfahrer am frühen Morgen auf den in der Nacht niedergebrochen, auf der Straße liegenden Mast einer Telefonleitung gestoßen und schwer verletzt worden ist, hat der BGH die Haftung der beklagten Bundespost nach § 831 verneint.¹⁵¹⁰ Abgesehen von der Richtigkeit macht das Entscheidungsergebnis zumindest für den schwer verletzten Motorradfahrer keinen Unterschied, da seine Heilbehandlungskosten und unfallbedingte Erwerbsminderung durch den klagenden Versicherer ausglich wurden. Trotz des möglichen wirtschaftlichen Verlusts kam es bei dem Versicherer sowie dessen Gesellschafter und Arbeiter zu keiner emotionalen Erschütterung, auch

¹⁵⁰⁶ Piek, ZEuP 2013, 60 (79 ff.) betonte z.B. die Wichtigkeit „des vollständigen Betrachtens des Gesamtkontextes“.

¹⁵⁰⁷ Zur Bedeutung des Versicherungsschutzes seitens des deutschen Rechts, vgl. nur Staudinger/Hager (2017) Vorb. zu §§ 823 ff., Rn. 7 ff.

¹⁵⁰⁸ Zur allgemeinen Diskussion über die Auswirkungen des Versicherungsschutzes auf die Haftung, vgl. Armbrüster, NJW 2009, 187 ff.

¹⁵⁰⁹ Die sehr komplizierte Frage, wie sich die Schadensverteilung durch das Deliktsrecht und den Versicherungsschutz zusammenwirkend verwirklicht, wird an dieser Stelle aus Raumgründen nicht vertieft werden. Dazu vgl. den Lehrreichen Aufsatz von Brüggemeier, AcP 182 (1982), 385 (402 ff.).

¹⁵¹⁰ BGHZ 12, 94 ff.

wenn seine Klage zum Ende abgewiesen wurde.

2. Großzügige Annahme der Deliktshaftung wegen des fehlenden oder lückenhaften Versicherungsschutzes

Bereits in der davorliegenden Untersuchung wird die großzügige Annahme der Deliktshaftung angedeutet. Hier wird die Interaktion zwischen dem Haftungsrecht und dem Versicherungsschutz umgerissen.

Läge der vorgenannte Sachverhalt einem chinesischen Richter vor, hätte die Bejahung einer Deliktshaftung der Telefonfirma zumindest eine gewisse Logik. Unter Berücksichtigung des unvollkommenen Versicherungsschutzes des verletzten Fahrers¹⁵¹¹ sollte er in eine existenzgefährdende Lage versetzt werden, wenn die Schadensersatzhaftung verneint würde. Eigentlich kommt es für den Richter in diesem Fall zu einer großen Herausforderung, wie er die Balance zwischen der rechtswissenschaftlichen Richtigkeit und der Wirklichkeitsnähe des Urteils halten kann.

So ist das insoweit gewiss richtig: Die Rechtssicherheit wird zweifach verringert. Zunächst wird sie auf legislatorischer Ebene durch die unscharf formulierten Regelungen oder die nicht konturenscharf abgegrenzten Begriffe – wie oben bei Art. 121 CVG und Art. 43 CAGZ gezeigt¹⁵¹² – unterminiert. Anschließend werden die gesetzlichen Regelungen oder bestimmte Tatbestände auf judikatorischer Ebene durch das Gericht in mehr oder minder großem Umfang großzügig oder restriktiv ausgelegt, weil der Richter gelegentlich aus Praktikabilitätsgründen die rechtlich irrelevanten Elementen in der Einzelfallentscheidung berücksichtigen muss. Die Unterwürfigkeit der Rechtsprechung gegenüber der Realität ist möglicherweise ein hoher Preis für die angestrebte Verwirklichung des Schadensausgleiches.

3. Das „Kollektive von Schadensträgern“

An dieser Stelle ist außerdem kurz darauf hinzuweisen, dass das chinesische Gericht – insb. in den deliktsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten – sehr gerne „Kollektive von Schadensträgern“¹⁵¹³ strukturiert, indem so viele Haftungskandidaten wie möglich einbezogen werden.

Der Schaden des Geschädigten wird – nach meiner Beobachtung – nicht selten

¹⁵¹¹ Die unvollkommene Sozialversicherung und die geringe Wertschätzung der privaten Versicherung, insb. auf chinesischen Dörfern und in ländlichen Gegenden, kann dazu führen, dass sich der Geschädigte im Fall eines schweren Unfalls (Verkehrs-, Baustellen-, Brandunfälle, medizinische Fehlbehandlungen usw.) ausgehend vom eigenen Existenzbedürfnis vor dem Gericht emotional aufgeregt verhält und diesem bis zu einem gewissen Grade einen (ungebührlichen) Druck aufzuerlegen versucht. WANG, Liming (王利明), in: *The Jurists* (法学家), 02/2010, 85 (88) hat z.B. in Bezug auf die kollektive Verantwortung von Wohnungseigentümern in einem Hochhaus für geworfene Gegenstände (Art. 87 CDG) auf die Auswirkungen eines fehlenden Versicherungssystems deutlich hingewiesen.

¹⁵¹² Vgl. jeweils oben § 6 C II 3 (S. 146 ff.) und § 6 C V 3 (S. 179 ff.).

¹⁵¹³ Der maßgebliche Grund für die Verwendung dieser speziellen Bezeichnung liegt hauptsächlich darin, dass sie sich im Kern von dem uns allen vertrauten deliktischen Gesamtschuldverhältnis unterscheidet. Die sog. Haftungskandidaten (Schädiger) und ggf. auch der Geschädigte sind in der Regel nach dem Maß der jeweiligen Verantwortlichkeit belastet, um den Schaden zwischen ihnen zu verteilen. Beim deliktischen Gesamtschuldverhältnis kann der Geschädigte – ggf. unter Berücksichtigung des eigenen Mitverschuldens – gegen irgendeinen Schädiger den Schadensersatz in vollem Umfang verlangen.

dadurch ausgeglichen, dass sowohl das Verschulden von sog. (mehreren potenziellen) Schädigern als auch das Mitverschulden des Geschädigten in den Gerichtsentscheidungen mit ganz besonderer Großzügigkeit angenommen werden.¹⁵¹⁴ Gewissermaßen erkaufte das Gericht die Verwirklichung der Funktion des Haftungsrechts, den Schaden des unglücklichen Geschädigten auszugleichen,¹⁵¹⁵ bislang oft mit Ungenauigkeit der Urteilsbegründung und Unberechenbarkeit der Gerichtsentscheidungen. Nicht selten lässt sich dabei ein lockerer Umgang mit Gesetzestexten erkennen.

Ein entscheidender Grund dafür ist, dass in China – abgesehen von der gesetzlichen Kfz-Haftpflichtversicherung – die Sach- und Vermögensversicherungen sowie Haftpflichtversicherungen bei Einzelpersonen oder kleinen Unternehmen, insb. in den dörflichen Gegenden, bislang noch wenig anzutreffen sind. Bei folgenschweren Schäden besteht sowohl dem ersatzpflichtigen Schädiger als auch dem unglücklichen Geschädigten die große Gefahr, dass der Schädiger allein die große Summe nicht leisten kann. Andererseits stehen die Richter oft unter dem Druck vom Geschädigten sowie seinen Familienangehörigen, die für sich selbst „*ums Recht kämpfen*“ wollen, also die Verwirklichungsmöglichkeit des Schadensersatzanspruches.¹⁵¹⁶ Sich heftig gegen das Urteil zu wehren, ist seitens der (mehreren) Haftungskandidaten gewiss weniger anzutreffen. Das erklärt somit, warum solche richterlich koordinierte „*Kollektive von Schadensträgern*“ in der Rechtspraxis keineswegs selten sind.¹⁵¹⁷

Hier ist eine ins Einzelne gehende Darstellung in Ansehung der behandelten Fragenbereiche der vorliegenden Arbeit aber nicht zielführend und nicht notwendig. Es ist lediglich anzudeuten, dass die chinesische Herangehensweise sowohl für die Einzelfallgerechtigkeit als auch für die Forderung nach Rechtssicherheit wenig austragen kann. Da das Gericht den Haftungskandidaten und dem Geschädigten eine Verantwortlichkeitsquote willkürlich nachträglich aufzubürden versucht. Das zeigt sich besonders deutlich in dem Urteil,¹⁵¹⁸ bei dem einem Geschädigten, der einen schweren Beinbruch erlitten hatte, überraschenderweise ein Mitverschulden auferlegt werde, nur weil er „*als erwachsene Person und erfahrener Bauarbeiter die Gefährlichkeit der Bautätigkeiten kenne und entsprechendes Sich-Schützen unterlassen und erforderliches Sorgfaltsniveau nicht eingehalten habe*“.

4. Fazit

Die vorstehende Skizze vom Versicherungsschutz hat uns unter rechtsvergleichenden Gesichtspunkten das Verständnis eines „*großen Deliktsrechts*“ seitens der chinesischen Rechtsordnung erschlossen. Eine große Abschweifung liegt m.E. aber

¹⁵¹⁴ MVG Shenzhen, Urteil [2016] – III S 16288 [深圳市中级人民法院(2016)粤03民终16277号]: Stromschlag bei der Werkleistung.

¹⁵¹⁵ CHENG, Xiao (程啸), in: *Law Science Magazine (法学杂志)*, 03/2009, 11 (13 f.). Seitens des deutschen Rechts, vgl. nur MüKoBGB/Wagner (2017) Vorb. § 823 Rn. 43 f.

¹⁵¹⁶ Umgekehrt wird der Schadenausgleich in Deutschland regelmäßig nur unter finanzkräftigen Versicherungsunternehmen vorgenommen, die in den Gerichtsprozessen gar keine Gemütsbewegung zeigen.

¹⁵¹⁷ Etwas Ähnliches wie die fingierte „*Verlustgemeinschaft*“ iSd. § 829, vgl. Staudinger/Oechsler (2014) § 829 Rn. 15.

¹⁵¹⁸ MVG Shaoguan, Urteil [2016] – II S 216 [韶关市中级人民法院 (2016) 粤02民终216号]

nicht vor, weil diese Übersicht gut geeignet ist, die derzeit in China überwiegende Neigung zu klären, dass eine gesamtschuldnerische Deliktshaftung durch großzügige Annahme eines Verschuldens von (mehreren) Haftungskandidaten bzw. eines Mitverschuldens des Geschädigten oder dessen gesetzlichen Vertreters bejaht wird. Demgemäß spielen die vertragliche Haftung bzw. die entsprechenden Zurechnungsnormen in Bezug auf die Verletzung des Integritätsinteresses und reine Vermögensschäden eine vergleichsweise unmaßgebliche Rolle.

V. Exkurs: Die chinesische Regelungstechnik

Was die Besonderheiten des chinesischen Zivilrechts anbelangt, soll hier ein nebensächliches Thema in einer lockeren Skizze vorgeführt werden. Wie schon weiter oben gezeigt, sind die in dieser Arbeit als das Pendant zu § 278 BGB herausgefundenen Regelungen, nämlich Art. 43 CAGZ, Art. 65 und 121 CVG wenigsten scheinbar als eigenständige Anspruchsgrundlagen, aber schwer als Zurechnungsnormen anzusehen. Der ausschlaggebende Grund dafür liegt wohl in der rückständigen Regelungstechnik seitens des chinesischen Rechts.

1. Das hohe Abstraktionsniveau des BGB

Der Abstraktionsgrad des BGB genießt weltweit ein hohes Ansehen.¹⁵¹⁹ Der Begründer der PECL-Kommission *Lando*¹⁵²⁰ gab zu, dass „das Abstraktionsniveau (des PECL) ... bei weitem nicht so »himmelhoch« wie dasjenige des BGB“ sei. *Kaufmann*¹⁵²¹ hat den „hohen Grad von Abstraktheit und deshalb auch Exaktheit“ besonders hervorgehoben.

Die These, dass politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Veränderungen in der Regel der Lebenskraft des geschriebenen Gesetzes gegenüberstehen, ist – insgesamt betrachtet – nicht unangebracht. Deutsche Juristen haben schon früh auch „das Auseinanderfallen von kodifizierten und lebendem Recht“¹⁵²² wahrgenommen und der berühmteste Pandektist *Puchta* betonte auch die „wachsende Mannigfaltigkeit des Verkehrs“,¹⁵²³ die die Anpassungsfähigkeit des festgesetzten Gesetzestexts erforderlich mache. Um diese immanente Schwäche des kodifizierten Rechtssystems sowie die Rechtszersplitterung zu vermeiden, neigte der deutsche historische Gesetzgeber, einen generalisierenden Gesetzesstil aufzugreifen, mit dem sich der Rechtspraktiker in erforderlicher Weise – z.B. im Falle von fehlenden Vorschriften – an allgemeine Regelungen wenden kann.¹⁵²⁴ Diese Konzeption ist freilich bei vielen

¹⁵¹⁹ *Honsell*, in: FG für 50 Jahre BGB, Bd. II, 927 (927). Etwas kritisch aber PWW/*Schmidt-Kessel/Kramme* (2017) Vor §§ 241 ff. Rn. 8 f., weil die Unübersichtlichkeit und die schlechte Lesbarkeit manchmal die Rechtsanwendung erschwert.

¹⁵²⁰ *ders.*, in: FS Tilmann (2003), S. 963 (965 f.).

¹⁵²¹ *ders.*, in: FS W. Lorenz (1991), 635 (642).

¹⁵²² *Peter Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, zitiert nach *Stoffels*, S. 1.

¹⁵²³ *Stoffels*, S. 75.

¹⁵²⁴ Einerseits sind derartige Generalklauseln im BGB ohne Weiteres zu sehen. §§ 157, 242 („*Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*“), 286 („*gegen die guten Sitten*“) sind der Fall. *Hedemann* hat bereits in 1933 dazu eine ausführliche Behandlung gewidmet. Vgl. *ders.*, Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933. Andererseits hat der deutsche Gesetzgeber aber die haftungsrechtlichen Generalklauseln abgelehnt und die Regelstruktur von „Drei Einzelatbestände“ übernommen.

Autoren auf vehemente Kritik gestoßen. *Säcker*¹⁵²⁵ hielt aber ein großartiges Plädoyer für den geltenden Regelungsstil des BGB und lehnte mit großer Entschlossenheit die Kritik an sog. Unübersichtlichkeit und angeblich schwerverständlicher Begrifflichkeit ab. Die kräftige Entwicklung der deutschen Zivilrechtswissenschaft und das große Ansehen der deutschen Judikatur bestätigen den Eindruck, dass das BGB trotz „*eines in tote Buchstaben gegossenen Artefaktes*“ lebendig war und ist.¹⁵²⁶

Wie bereits gezeigt, gilt § 278 als eine Zurechnungsnorm.¹⁵²⁷ Die sog. tatbestandlichen Voraussetzungen, die im vierten Abschnitt dieser Arbeit weitreichende Untersuchungen erfahren haben, berühren ausschließlich die Zurechnungsfrage, aber nicht die Haftungsfrage. §§ 280 ff. sind erst die einschlägigen Vorschriften, die ihrerseits die haftungsbegründenden Tatbestände regeln. Die Auswirkung des § 278 zeigt sich – aus anderer Sicht – in der Entlastungsmöglichkeit des Schuldners (§ 280 I 2).¹⁵²⁸

2. Die chinesische Gesetzgebungstechnik

Die Gesetzgebung sei ein Spiegelbild des Zustandes, in dem sich die Wissenschaft befinde.¹⁵²⁹ Dieser Befund kommt in der chinesischen Gesetzgebung besonders klar zum Ausdruck.

Die Abstraktionshöhe des deutschen BGB kann in den chinesischen Zivilgesetzen und zivilgesetzähnlichen Justizauslegungen kaum erwartet werden. Die Bestrebung, Regelungen in einer sog. dogmatischen Reinheit zu schaffen, wird deshalb besonders erschwert, weil der chinesische Gesetzgeber anerkanntermaßen nicht über so eine außerordentliche Abstraktionsfähigkeit verfügt wie der deutsche.¹⁵³⁰

Der chinesische Gesetzgeber hat den wichtigsten Kern der deutschen Gesetzgebungstechnik – „*vor die Klammer zu ziehen*“¹⁵³¹ – bedauerlicherweise nicht gut gemeistert. Trotz der inhaltlichen und systematischen Affinität vieler chinesischen zivilrechtlichen Regelungen zu deutschen entsprechenden Vorschriften hat der chinesische Gesetzgeber in solche Normen üblicherweise eine derartige Formulierung wie „*trägt die Schadensersatzhaftung*“, oder „*hat ... für den Schaden einzustehen*“¹⁵³²

¹⁵²⁵ MüKoBGB/*Säcker* (2015) Einl. Rn. 32.

¹⁵²⁶ *Honsell* lobte die erstaunliche Lebenskraft des BGB, die durch dynamische Rechtsanwendung des BGH sowie unteren Gerichte erobert wurde. Vgl. *Honsell*, a.a.O., 927 (927).

¹⁵²⁷ Vgl. oben Fn. 245.

¹⁵²⁸ *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht, S. 404.

¹⁵²⁹ *Wolf*, Die Überarbeitung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 80 (90); *Motsch*, JZ 1984, 211 (219).

¹⁵³⁰ *BU*, *Yuanshi* (卜元石), ZVglRWiss 108 (2009), 308 (330 f.) hat die Problematik der chinesischen Rechtsrezeption sehr gut verständlich erläutert.

¹⁵³¹ *Medicus*, in: FS Keller (1989), 205 (207); *ders./Petersen*, BGB AT, § 5 I, Rn. 31; *Zweigert/Kötz*, § 11 II, S. 145; MüKoBGB/*Säcker* (2015) Einl. Rn. 27; MüKoBGB/*Wagner* (2016) Vorb. § 630a Rn. 9; *PWW/Schmidt-Kessel/Kramme* (2017) Vor §§ 241 ff. Rn. 9. Eine kurze Darstellung über die Sprache und den Regelungsstil des BGB, vgl. *Leenen*, BGB AT, § 1 III 2 b (3), Rn. 26.

¹⁵³² Allein im CVG sind solche Artikel wie Art. 42 f. (Schadensersatzhaftung aus *c.i.c.*); 58 S. 2 (im Falle der Anfechtung oder Nichtigkeit des Vertrags); 64 f. (bei Leistung an einen Dritten oder durch Dritte); 68 II (Haftung des Vorleistungspflichtigen bei unbegründeter Verweigerung); 108 (bei vorweggenommener oder antizipierter Vertragsverletzung); 111 S. 1 (des Verkäufers bei Qualitätsabweichung); 179-181 (des Stromnetzbetreibers); 183 (des Netzbetreibers); 189 und 191 II (des Schenkers); 218 und 222 (des Mieters bei nicht vertragsmäßigem Gebrauch und nicht schonender Aufbewahrung); 262 (des Werkunternehmers bei Qualitätsabweichung des

eingefügt. Die in der vorliegenden Arbeit ausgewählten Vorschriften wie Art. 43 CAGZ, Art. 65 und 121 CVG sind gerade auch in dieser Form abgefasst worden. Dies führt dann dazu, dass eine irgendwie geartete Regelung in der Regel als selbständige Anspruchsgrundlage verstanden und gerichtlich verwendet wird. Deshalb wurde die Funktion der sog. allgemeinen Haftungsnorm des Art. 107 CVG in größerem Umfang ausgehöhlt.

VI. Zwischenergebnis

Die vorhergehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass in zahlreichen Sachverhalten, bei denen es um Verletzungen von namentlich aufgeführten, deliktsrechtlich geschützten Rechtsgütern iSd. Art. 2 II CDG geht, die in der chinesischen Rechtsprechung sehr großzügig angenommene Deliktshaftung regelmäßig dazu ausreicht, den Geschädigten befriedigend zu schützen. Dieser weitestgehende Schutz lässt sich im Wesentlichen auf die generalklauselartig ausgestalteten Art. 106 II CAGZ und Art. 2 I CDG zurückführen. Darüber hinaus leisten die heterogene Theorie der Anspruchskonkurrenz (das „*Optionsobliegenheit*-Modell“) und die allgemeine Ablehnung des Schmerzensgelds bei Vertragsverletzungen in erheblichem Maße dem Hang zum Deliktsrecht Vorschub. Im Weiteren hat das bisher noch mangelhafte Versicherungssystem auch die großzügige Annahme der Deliktshaftung verursacht. Der oben verwendete Begriff „*Kollektive von Schadensträgern*“ ist sehr geeignet, das Phänomen umzureißen, dass der Schaden nicht selten von mehreren betroffenen Schädigern sowie dem Geschädigten selbst getragen wird.

Die Lückenhaftigkeit einer derartigen Gerichtspraxis zeigt sich allerdings besonders deutlich, wenn man sich die Fälle vor Augen hält, in denen der Kläger sich in Bezug auf die Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die vertragliche Anspruchsgrundlage stützt. Nach hier vertretener Auffassung empfiehlt es sich, vom vorgenannten „*Optionsobliegenheit*-Modell“ und der generellen Ablehnung des Schmerzensgelds bei Vertragsverletzungen abzukommen.

Aus dem Phänomen des „*großen Deliktsrechts*“ lässt sich allerdings nicht herleiten, dass die in dem vorangehenden 6. Abschnitt (insb. § 6 C, S. 139 ff.) mit mühevoller Auseinandersetzung herausgearbeiteten Normen, die nach den hier geltenden Überlegungen ein dem § 278 inhaltlich und funktional vergleichbares Normenbündel bilden, an Relevanz verlieren. Das Gegenteil ist der Fall. Ihnen steht eine große praktische Bedeutung zu, wenn man seinen Blick von den Fällen, die auf die Anspruchskonkurrenz bezogen sind, zu den andersartigen Fallgestaltungen wendet,

Erfolgs); 265 (des Werkunternehmens bei unsorgfältiger Aufbewahrung des vom Besteller gelieferten Stoffes); 281 (des Bauunternehmers für Verzugsschaden); 282 (des Bauunternehmers für Baumängel); 283 ff. (des Bestellers für Verletzung der Mitwirkungspflichten); 302 (des Personenverkehrsunternehmers für Personen- und Sachschäden); 304 II (des Absenders für Verletzung von Informationspflichten); 311 (des Frachters für Frachtgutschäden); 333 ff. (des Auftraggebers und Unternehmers im Technologie-Vertrag mit werkvertraglichem Einschlag); 371 II (des Verwahrers für unbefugte Hinterlegung bei Dritten); 374 (des Verwahrers für unsorgfältige Verwahrung); 394 (des Lagerhalters für Verlust oder Beschädigung des eingelagerten Gutes); 425 (des Vermittlers für Verletzung von Informationspflichten).

die mit den Rechtsgüterverletzungen nichts zu tun haben. Mit den großen Bemühungen, hier die Besonderheiten des Verhältnisses des chinesischen vertraglichen und deliktischen Haftungsregimes in rechtsvergleichender Darstellung umzureißen, soll den deutschen Kollegen zwar gezeigt werden, dass solche Normen keinen vergleichbar großen Anwendungsbereich wie § 278 BGB haben, aber das bedeutet nicht, dass sie sich überhaupt erübrigen.

5. Kapitel. Zusammenfassung

I. Übersicht

Eines der Anliegen der Untersuchung ist die Gesetzgebung des China-ZGB, dessen erster Teil (Allgemeiner Teil) bereits am 15.3.2017 verabschiedet wurde. Die legislatorische Arbeit des Rechts der Schuldverhältnisse führt weiter. Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf eine im Vordringen befindliche Regelung: die Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen.

Dass § 278 BGB im »Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts« (CAGZ), Vertragsgesetz (CVG) sowie in den vielfältigen Justizauslegungen des Obersten Volksgerichtshofs (OVGH) keine wörtliche Wiederholung gefunden hat, veranlasst zum Nachdenken, wie und auf welcher gesetzlichen Grundlage chinesische Gerichte den Fällen begegnen, die im deutschen Recht mit dem Stichwort „Erfüllungsgehilfe“ verbunden sind. Eine tiefere Einsicht in die chinesische Gerichtspraxis und in die betreffenden Literaturen lehrt, dass die einschlägigen Fallgestaltungen im Wesentlichen anhand des Art. 121 CVG behandelt werden. Es stellt sich anschließend die Frage, ob er im Bereich des chinesischen Vertragsrechts die Funktion übernimmt, die dem § 278 BGB im deutschen Schuldrecht zukommt. Im Falle einer Verneinung ist weiterhin zu fragen, ob andere Vorschriften im geltenden Recht auffindbar sind, die die verbleibende Lücke schließen können.

II. Länderberichte: Deutschland

1. Der wohl zumindest im Vordringen befindliche „Risiko-Nutznießungsgedanke“

Obwohl sich kein aufgestellter Grundgedanke – wie schon oben im zweiten Abschnitt (§ 2) gezeigt – als allgemeingültig erweist, ist die in der deutschen Lit. und Rspr. feststellbare Bemühung, § 278 auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückzuführen, ohne Zweifel verdienstvoll. Diese rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung gilt als exemplarisches Beispiel dafür, wie die deutsche Jurisprudenz mit äußerster Mühe alle Einzelheiten einer konkreten Regelung oder eines Problembereiches auszuloten versucht hat. Die Herrschaft des „Risiko-Nutznießungsgedanken“ in der Theorie und Gerichtspraxis kann trotz seiner Unvollkommenheit ernsthaft nicht bestritten werden. Falls erforderlich, lässt er sich durch weitere Erklärungsmodelle erhärten, die nach den hier geltenden Überlegungen im Wesentlichen aus Praktikabilitätsgründen (insb. die Liquidität des Haftungskandidaten) aufgestellt werden.

2. Historischer Rückblick und Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung

Aus geschichtlicher Perspektive ist § 278, wenn nicht von einem römischen Ursprung gesprochen werden kann, in zahlreichen römischen materiellrechtlichen und prozessrechtlichen Regelungen dokumentiert. Obwohl die Erörterung vornehmlich akademischer Natur ist, kann sie noch bis heute das Verständnis des Regelungsgehalts fördern. Sowohl die alten adjektivischen Klagen als auch die Haftung der „*nautae*

caupones stabularii“ sowie *„si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur“* im Werkvertrag eignen sich besonders dazu, den Fragenkreis der Verschuldenszurechnung zu erschließen. Bei unbefangener Betrachtung der Rechtsnatur der Erfüllungsgehilfenhaftung wird die „Garantiehafung“ nach hier vertretener Auffassung favorisiert, während die Einordnung in die „Gefährdungshaftung“ zu verneinen ist.

3. Tatbestandliche Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung

Um nachzuvollziehen, was unter den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 278 zu verstehen ist, muss man zwischen Zurechnungs- und Haftungsvoraussetzungen unterscheiden. Dass § 278 ausschließlich eine Zurechnungsnorm darstellt, ist für die Haftungsfrage auf die Maßgabe der jeweiligen Anspruchsgrundlage (z.B. §§ 280 ff.) abzustellen.

a. Die Definition des Begriffs

Im deutschen Recht hat sich eine allgemein akzeptierte Definition des Begriffs „Erfüllungsgehilfe“ entwickelt, die in den einschlägigen Lit. und Rspr. omnipräsent ist. Nichtsdestoweniger ist die Beurteilung der Gehilfenschaft doch anhand der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dass der Gehilfe zumindest mit dem Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung der Verbindlichkeit tätig werden muss, liefert der chinesischen Rechtsordnung einen besonders lohnenden Vergleichsmaßstab, mit dem der Personenkreis des Dritten iSd. Art. 121 CVG zumindest im Rahmen des Zumutbaren voraussehbar und kalkulierbar wird. In Bezug auf die Erörterung von punktuellen Einzelfragen wird der vereinzelt aufgestellte Begriff „maschinelles Gehilfe“ als eine überflüssige juristische Schöpfung angesehen. Beim Versagen einer Maschine kommt § 278 – angesichts seines Begriffsgehalts und Regelungsgegenstands – nicht zur Anwendung. Außerdem ist die Bestellung des Gehilfen durch den Gläubiger für die Zurechnungsmöglichkeit ohne Belang, da es für die Beurteilung der Gehilfenschaft hauptsächlich auf das objektive Risiko-Nutzen-Verhältnis (Risiko-Nutznießungsgedanke), nicht auf das Bestellungsverhalten ankommt.

b. Das einheitliche Verständnis des Begriffs „Schuldverhältnis“

Einer der Kernpunkte der Arbeit liegt in der Beurteilung eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses. Aus der Perspektive eines ausländischen Beobachters wird gerade die Lehre des Schuldverhältnisses als der Clou der deutschen Zivilrechtsdogmen bezeichnet. Für den Streit um die dogmatische Grundlage der neuen Lehre des Schuldverhältnisses liefert diese Arbeit zugegebenermaßen keine bahnbrechende Theorie. Allerdings wird die Uneinheitlichkeit des Verständnisses des Begriffs „Schuldverhältnis“ (oder „Sonderverbindung“) am Beispiel einiger deutscher Gerichtsentscheidungen verdeutlicht, die sog. raumbezogene Beziehungen betreffen. Ein nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis sollte keine andere rechtliche Beurteilung erfahren als ein Gemeinschaftsverhältnis z.B. unter Wohnungseigentümern und ein durch Rechtsprechung konstruiertes

kreuzungsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Darüber hinaus stellt sich die Anwendung des § 278 auf öffentlich-rechtliche Sonderverbindungen als eine Besonderheit des deutschen Rechts dar.

c. Die Ausbreitung des Pflichtspektrums

Anschließend wurden die Verbindlichkeiten des Schuldners nach unterschiedlichen Kategorien in Umrissen geprüft. Unter Berücksichtigung des Kontrasts beider Rechtsordnungen haben die Neben- oder Schutzpflichten sowie die vor- und nachvertraglichen Pflichten, denen die deutsche Jurisprudenz besondere akademische und praktische Bedeutung einräumt, eine vergleichsweise detailliertere Auseinandersetzung erfahren. Nach den hier geltenden Überlegungen hat die zeitliche und sachliche Ausbreitung des Pflichtspektrums, die sich je nach den in den Einzelfällen erheblich oder unerheblich variierenden Umständen durch die Rechtsprechung auftrat, die Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 278 begünstigt.

d. Der nur scheinbar allgemeingültige Maßstab „des inneren und sachlichen Zusammenhangs“

In Bezug auf die Voraussetzung „*in Erfüllung der Verbindlichkeit*“ hat sich in der deutschen Lit. und Rspr. eine allgemeine Begründungsformel entwickelt, dass ein innerer und sachlicher Zusammenhang zwischen der schadenstiftenden Handlung des Gehilfen und der ihm übertragenen Pflicht bestehen muss. Diese Formulierung lässt sich darüber hinaus in den vom §§ 31, 831, Art. 34 S. 1 GG iVm. § 839 I 1 BGB erfassten Fällen, die zumindest äußerlich den Sammelbegriff „Haftung für den Dritten“ berühren, erkennen. Deswegen sind ein einheitliches Verständnis sowie vergleichende Untersuchungen erforderlich.

Angesichts der Vielgestaltigkeit der potenziellen Sachverhalte ist gleichwohl einzugestehen, dass diese Formel keinen allgemeingültigen Maßstab darstellt, vermittels dessen man alle Zurechnungsfragen über einen Leisten schlagen kann. Der Blick in die deutsche Rechtsprechung und eine ziemlich abstrakte Rechtsvergleichung lehren schon, dass die Aufgabe, diese Formel zu konkretisieren, Rechtsprechung und Lehre überlassen bleiben sollte. Dass sich stellenweise ein uneinheitliches Bild in der Rechtsprechungspraxis zur Vertragshaftung des Schuldners für vorsätzlich begangene unerlaubte Handlungen des Gehilfen erkennen lässt, ist möglicherweise der unausweichliche Preis.

e. Die „Projizierung der Gehilfenhandlung auf den Schuldner“

Schließlich wird nach dem Verschulden des Gehilfen gefragt. Im Hinblick auf die Frage nach der Verschuldens- und Zurechnungsfähigkeit des Gehilfen wird nach der h.M. – bzw. nach der Bewertung der deutschen Rechtsprechung – die Zustimmung vorgebracht, dass auf die Verschuldens- und Zurechnungsfähigkeit des Gehilfen abzustellen ist. Was die Frage nach dem Sorgfaltsmaßstab anbelangt, so orientiert sich die Beurteilung an der Person des Schuldners. Ausnahmsweise ist auch denkbar, dass erst der erhöhte Sorgfaltsmaßstab, der an das Verhalten des Erfüllungsgehilfen

anzulegen ist, die entscheidende Rolle spielt, wenn er gerade wegen seiner speziellen Sach- und Fachkunde vom Schuldner eingeschaltet wird. Diese pragmatische Denkweise entspricht dem „Risiko-Nutznießungsgedanken“. Darüber hinaus sollte die Haftungsmilderung zugunsten des Schuldners nicht durch die Hinzuziehung von Hilfspersonen ausgehöhlt werden.

III. Länderberichte: China

1. Praktische Bedeutung der Zurechnungsfrage

Der zweispurige Zurechnungsgrundsatz im chinesischen Vertragsrecht ist durch eine recht ausführliche Behandlung festgestellt worden. Während die gegenwärtige Herrschaft der vertraglichen Garantiefhaftung anhand des zeitlichen Zusammenhangs der Gesetzgebung des CVG zum CISG und der semantischen Nähe des Art. 107 CVG zur CISG-Haftungsnorm (Art. 45 I b CISG, auch Art. 8:101 Nr. 1 PECL) allgemein anerkannt wird, ist die Verschuldenshaftung dem CVG nicht wesensfremd. Darüber hinaus sind sowohl die Haftung für Verletzung von vertraglichen Schutz- und Nebenpflichten als auch die Rechtsfigur *c.i.c.*, die dem deutschen Recht entstammen und deren Bejahung das Verschulden des Haftenden voraussetzt, im CVG Gesetz geworden. Überdies ist die Zurechnungsfrage im Fall des Mitverschuldens des Gläubigers nach den hier geltenden Überlegungen nicht belanglos.

2. Das Normenbündel

Art. 121 CVG stellt sich als die Kernvorschrift dar. Sein zu weit gefasster Wortlaut führt in der chinesischen Rechtsprechung zur Ausuferung der Vertragsbruchhaftung und zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung. Aus näherer Betrachtung der Gesetzgebungsgeschichte des Art. 121 CVG, insb. seiner Vorgänger und der Normengenese in den CVG-Entwürfen ergibt sich jedoch, dass unter den Begriff „Dritter“ iSd. Art. 121 CVG nur derjenige fällt, der ein eigenständiger Dritter ist. Dieser Befund wird durch die Bewertung von Gerichtsentscheidungen bestätigt. Außerdem trifft der sehr weit zu verstehende Ausdruck *„ein beim Dritten liegender Grund“* die Zurechnung des Verschuldens eines (selbständigen) Dritten.

Der an sich überflüssige Art. 65 CVG ist dagegen lediglich auf die Fälle anwendbar, in denen die Einschaltung des Dritten erst durch die Vereinbarung der Vertragsparteien vorgenommen wird. Der Grund für das Vorbehalten beschränkter Anwendungsmöglichkeit liegt vielmehr in der Absicht, das Hören der Totenglocke für den Art. 65 CVG zu vermeiden. Die für Art. 121 CVG geltende Überlegung trifft außerdem auch für Art. 65 CVG zu. Deshalb fällt nur ein eigenständiger Dritter unter den Begriff „Dritter“ iSd. Art. 65 CVG.

Was die Personengruppe des unselbständigen Dritten anbelangt, geht die vorliegende Arbeit davon aus, dass sich der Grundgedanke der Haftung des Schuldners für solche Personen unbemerkt hinter der chinesischen kollektivistischen Volkstümlichkeit verbirgt. Die tiefverwurzelte Grundanschauung zeigt sich zunächst im Familien- und Betriebsbereich. Mit nennenswerter Mühe wird dieses Gedankengut hier zu einem Sammelbegriff *„die zur Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“* avanciert.

Diese Grundvorstellung ist – nach hier vertretener Auffassung – in Art. 43 CAGZ enthalten, der einerseits für den vorgenannten Sammelbegriff die gesetzliche Stütze bilden kann und andererseits Anhaltspunkte für die Konkretisierung der tatbestandlichen Voraussetzungen liefern soll. Der großzügig gefasste Wortteil „für ... zivilrechtlich verantwortlich“ soll den Fall der Verschuldenszurechnung abdecken, d.h., erforderlichenfalls ist der juristischen Person das Verschulden ihrer „weiteren Angestellten“ zuzurechnen. Erwähnenswert ist ferner, dass der ursprünglich sehr weitgehend angenommene Anwendungsbereich des Art. 43 CAGZ durch die später erlassenen Gesetze überwuchert wird.

Insgesamt ist anzunehmen, dass das chinesische Recht eine § 278 inhaltlich und funktional vergleichbare Regelung enthält. Der Unterschied liegt vor allem darin, dass sich der komplette Regelungsinhalt fragmentarisch in mehrere Vorschriften zersplittert und es sich damit um ein Normenbündel handelt. Um die Rechtsanwendung der zersplitterten Regelungen zu vereinheitlichen und zu systematisieren, ist es nötig, eine detaillierte Auseinandersetzung über tatbestandliche Voraussetzungen vorzunehmen.

3. Tatbestandliche Voraussetzungen der chinesischen Erfüllungsgehilfenhaftung

Die Prüfung von tatbestandlichen Voraussetzungen wurde hauptsächlich in Anlehnung an das deutsche Recht vorgenommen und orientiert sich anhand der Gerichtsentscheidungen eigener Rechtsordnung an angemessenen Lösungen.

a. Der sachliche Anwendungsbereich

Die Anwendbarkeit auf Vertragsverhältnisse versteht sich eigentlich von selbst. In Ansehung der positiv-rechtlich niedergelegten vor- und nachvertraglichen Verhältnisse (Art. 42 f. und 92 CVG) ist die Anwendbarkeit des oben herausgearbeiteten Normenbündels auf solche Verhältnisse ebenfalls unproblematisch. Am Beispiel des gesetzlich verankerten Verlierer-Finder-Verhältnisses wird hier eine analoge Anwendung auf gesetzliche Schuldverhältnisse für begründet und geboten erachtet. Weil sie angesichts des identischen Mechanismus „Rechte-Pflichte-Konstruktion“ im Ergebnis mit den vertraglichen Schuldverhältnissen übereinstimmen.

b. Konkretisierung der Kategorien des „Dritten“

Zu der ersten Kategorie „der zur betrieblichen Sphäre des Schuldners gehörigen Personen“ sind zunächst „weitere Angestellte“ iSd. Art. 43 CAGZ zu zählen. Unter Bedachtnahme der gesetzgeberischen Fehlleistung, dass Art. 43 CAGZ unzutreffend auf das „in der Rechtsform juristischer Person betriebene Unternehmen“ zugeschnitten ist, wird hier zuerst die sinngemäße Anwendung des Art. 43 CAGZ auf andere juristische Personen vorgeschlagen. Es macht darüber hinaus für diejenigen keinen sachlichen Unterschied, der anderweitige Rechtsformen wie KG, OHG, PartG oder natürliche Person zur Erfüllung seiner Vertragspflichten einen Dritten einschaltet. Erwähnenswert ist außerdem die Kongruenz mit dem schweizerischen alten Obligationenrecht, nämlich § 1007 des Privatrechtlichen

Gesetzbuches für den Kanton Zürich von 1853/1855 und Art. 115 I a.F. OR von 1881, die die Vorgänger des geltenden Art. 101 OR darstellen.

In Bezug auf den selbständigen „Dritten“ iSd. Art. 65 und Art. 121 CVG steht die Vermeidung einer uferlosen Haftung des Schuldners sowie des Verdrängens anderer Regelungen im Vordergrund. Der Dritte, dessen Verhalten bzw. dessen Einwirkung als höhere Gewalt anzusehen ist oder der in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt oder der (angeblich) in einer Lieferkette oder in ähnlichen Ketten steht, lässt sich z.B. nicht undifferenziert unter den Begriff „Dritter“ iSd. Art. 65 und 121 CVG rubrizieren. Vielmehr kommen in solchen Fällen andere einschlägige Regelungen (z.B. Art. 117 CVG, Art. 107 CVG) zur Anwendung.

c. Das zu verengende Begriff „Vertragsbruch“

An den Beispielen dreier ausgewählter Gerichtsentscheidungen ist die unangemessene Ausweitung des vertraglichen Pflichtengefüges und die verbundene Überspannung des Personenkreises des Dritten iSd. Art. 121 CVG zu reflektieren. Es ist eher unangebracht, die Vertragspflicht ungeachtet der Besonderheiten der vertragstypischen Pflichten unterschiedlicher Verträge als eine verschuldensunabhängig ausgestaltete Pflicht anzusehen. Die den Mieter gegenüber dem Vermieter treffende Obhutspflicht ist ein solcher Fall.

Angesichts dieser relativ großzügigen Annahme eines Vertragsbruchs ist hervorzuheben, dass das chinesische Gericht das Pflichtengefüge des Schuldners unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks einzelner Regelungen und des Vertragsinhalts des Einzelfalls sachgemäß ermitteln muss. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass sich die u.U. schwer zu differenzierenden Grenze der Erfolgs- und Verhaltenspflicht in erheblichem Umfang verwischt.

d. Das Verschulden des Dritten

Was das Verschulden des Dritten anbelangt, ist die Beurteilung auf den durch die chinesische Lehre und Rechtsprechung zusammen herausgearbeiteten Maßstab abzustellen, weil eine § 276 II BGB entsprechende Regelung trotz der ständig wiederkehrenden Ausdrücke „Vorsatz“, „grobe Fahrlässigkeit“ und „Verschulden“ fehlt. Aus rechtsvergleichender Perspektive besteht allerdings kein sachlicher Unterschied zwischen der hier geltenden Definition und dem § 276 II.

Ist eine Haftungsbeschränkung oder -verschärfung zugunsten oder zulasten des Schuldners vereinbart, gilt sie auch für die Zurechnungsfrage. Es ist bemerkenswert, dass bei Personenschaden (Nr. 1) und bei vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführtem Sachschaden (Nr. 2) ein vertraglicher Haftungsausschluss unwirksam ist (Art. 53 CVG).

e. Die Theorienkonzeption im Hinblick auf den sog. „inneren und sachlichen Zusammenhang“

Die Theorienkonzeption zeigt sich daran, dass das chinesische Deliktsrecht schon früh im Hinblick auf die deliktische Geschäftsherrenhaftung die in Deutschland

vorherrschende Lehre übernommen und in der Praxis wiederholt angewendet hat. Nach hier vertretener Auffassung ist dieser Grundsatz auf die vertragliche Zurechnungsfrage übertragbar. Die Theorie der „Perspektive des Verletzten“ und die Theorie „Wille des Gehilfen“ sind dagegen abzulehnen.

Für die Einzelfragen der Haftung für vorsätzlich begangene Handlungen wird hier davon ausgegangen, dass entsprechend dem eben genannten Grundsatz ein innerer und sachlicher Zusammenhang mit Großzügigkeit angenommen werden sollte.

IV. Rechtsvergleichende Auswertung

1. Rechtsvergleichenden Beobachtung in größerem Umfang

Aus einer rechtsvergleichenden Beobachtung in größerem Umfang gelangt man zunächst zu dem Ergebnis, dass – vom deutschsprachigem Rechtskreis abgesehen – nicht jede Rechtsordnung eine § 278 vergleichbare Regelung haben muss. Allerdings soll und kann das chinesische Recht eine derartige Regelung enthalten. Einerseits wird dies wesentlich von der starken Anlehnung an das deutsche Recht bestimmt. Andererseits ist der entsprechende Regelungsinhalt – anders als in solchen Rechtsordnungen – in den geltenden kodifizierten Normen nicht schwer auffindbar und kann systematisch dargestellt werden.

2. Das „große Vertragsrecht“ in Deutschland

Ganz besonders beachtenswert ist das ausgedehnte Anwendungsspektrum des § 278 BGB in der deutschen Rechtsordnung, was sich kaum im chinesischen Recht erkennen lässt. Dieses Ermessen spricht allerdings nicht notwendig gegen den vorhandenen Bedarf nach derartigen Regelungen und die Möglichkeit der Entnahme des einschlägigen Regelungsinhalts.

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 278 lässt sich vielmehr auf das eng gefasste Deliktsrecht und die teilweise damit verbundene Weiterentwicklung der Lehre des Schuldverhältnisses zurückführen. Neben der sog. „gesetzlichen Fessel“ des § 823 I BGB, die insb. die Möglichkeit des deliktsrechtlichen Schutzes von Vermögensschäden weitgehend verdrängt, hat das alte uneinheitliche Verjährungsrecht vor der Schuldrechtsmodernisierung dem deutschen Hang zur Haftung nach Vertragsgrundsätzen Vorschub geleistet. Besonders erwähnenswert ist ferner noch die Insuffizienz der deutschen Geschäftsherrenhaftung iSd. § 831, die die Lehre, die Rechtsprechung (auch andere Rechtspraktiker wie Rechtsanwälte) – wenn auch nicht vollständig – in erheblichem Umfang zur Hinwendung zum Vertragsrecht veranlasst hat. Es ist nicht einfach, diese inzwischen entstandene Neigung zur Anwendung von Vertragsprinzipien zu überwinden, auch wenn das heutige Deliktsrecht bisher in bestimmten Fällen einige neue und griffige Instrumente bereitstellt. Außerdem sind überzeugende Gründe dafür, die einstweilen mit großem rechtsdogmatischen Aufwand legitimierten Rechtsfiguren einfach beiseite zu schieben, nach gegenwärtigem Erkenntnisstand nicht ersichtlich.

3. Das „große Deliktsrecht“ in China

Die chinesische Rechtsordnung bietet ein ganz andersartiges Bild. Die höchst angreifbare Vorgehensweise, dass dem Kläger eine sog. „Optionsobliegenheit“ auferlegt wird, sich bei Zusammentreffen vertraglicher und deliktischer Haftung entweder auf die vertragliche oder deliktische Grundlage stützen zu müssen, reicht offenbar aus, den Kläger zum Rückgriff auf das Deliktsrecht zu bewegen, weil der Schmerzensgeldanspruch bei Vertragsverletzungen grundsätzlich abgelehnt wird. Im Weiteren ist der deliktsrechtliche Schutz von Vermögensschäden unter Berücksichtigung von großzügig und offen erfassten Rechtsgütern (Abkehr von „*numerus clausus*“) denkbar und durchsetzbar. Eben weil das chinesische Recht dem Geschäftsherrn schon eine „*vicarious liability*“ für schadenstiftende Handlungen des Verrichtungsgehilfen auferlegt, ist der Anreiz zur Ausdehnung des Vertragsrechts selbstverständlich geringer geworden.

Die gesellschaftliche Gegebenheit, dass die Sozial- und Privatversicherung in China bislang noch sehr unvollkommen ist, bewirkt das Ergebnis, dass chinesische Gerichte nicht selten durch die Lockerung bestimmter deliktischen Haftungsvoraussetzungen, insb. durch die relativ großzügige Annahme des Verschuldens des Haftenden die Funktion des Schadensausgleichs zu verwirklichen versuchen. Der Preis solcher u.U. wesentlich aus Praktikabilitätsgründen getroffenen Gerichtsentscheidungen ist die Unschärfe der Begrifflichkeit und die fehlende Rechtssicherheit.

Insgesamt ist als Ergebnis der rechtsvergleichenden Auswertung Folgendes hervorzuheben: Die rechtsvergleichende Untersuchung muss auf den geltenden Regelungen und den gesellschaftlichen Gegebenheiten als Basis der jeweiligen Rechtsordnung beruhen. Angesichts der mangelnden Theoretisierung und Systematisierung hat die chinesische Jurisprudenz hierauf eine Kehrtwendung von der kodifizierungsorientierten zur anwendungsorientierten Untersuchung zu machen, weil die Epoche der Gesetzgebung nach der Kodifikation des China-ZGB bald vorbei sein wird.

Literaturverzeichnis

I. Deutschsprachige Literaturen

1. Kommentare

1. *Bärmann*, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 13. Aufl., 2015. (zit.: *Bärmann/Bearbeiter*)
2. *Jauernig, O.*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, 15. Aufl., 2014. (zit.: *Jauernig/Bearbeiter*)
3. *juris* Praxiskommentar BGB, 8. Aufl., 2017. (zit.: *jurisPK-BGB/Bearbeiter*)
4. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zit.: *MüKoBGB/Bearbeiter*)
 - Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, Allg. PersR, AGG, 7. Aufl., 2015.
 - Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 7. Aufl., 2016.
 - Band 3: §§ 433-534 BGB, Finanzierungsleasing, CISG, 7. Aufl., 2016.
 - Band 4: §§ 535-630 BGB, 7. Aufl., 2016.
 - Band 5/1: §§ 631-651 BGB, 7. Aufl., 2018.
 - Band 5/2: §§ 651a-704 BGB, 7. Aufl., 2017.
 - Band 6: §§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftG, 7. Aufl., 2017.
 - Band 7: §§ 854-1296 BGB, WEG, ErbbauRG, 7. Aufl., 2017.
5. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (zit.: *MüKoHGB/Bearbeiter*)
 - Band 5: §§ 343-406 HGB, CISG, 3. Aufl., 2013.
 - Band 7: §§ 407-619 HGB, CMR, CIM, MÜ, CMNI, 3. Aufl., 2014.
6. *Nomos* Kommentar BGB (zit.: *NK-BGB/Bearbeiter*)
 - Band 1: Allgemeiner Teil | EGBGB, 3. Aufl., 2016.
 - Band 2/1: §§ 241-610, 3. Aufl., 2016.
 - Band 2/2: §§ 611–853, 3. Aufl., 2016.
7. *Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser*: OR Kommentar, 3. Aufl., 2016. (zit.: *Bearbeiter*, in: OR Kommentar)
8. *Schulze, Reiner*: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Auflage 2017. (zit.: *HK-BGB/Bearbeiter*)
9. *Soergel* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zit.: *Soergel/Bearbeiter*)
 - Band 3/2: Schuldrecht 1/2, §§ 243-304, 13. Aufl., 2014.
10. *Staudingers* Kommentar zum Bürgerlich Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zit.: *Staudinger/Bearbeiter*)
 - Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin 2014.
 - Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Leasing (Leasingrecht), 2014.
 - Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 631-651 (Werkvertragsrecht), 2014.
 - *Eckpfeiler des Zivilrechts 2014/2015*, 2014.
11. *Schlechtriem/Schwenzer*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 6. Aufl., 2013. (*Schlechtriem/Schwenzer/Bearbeiter*)
12. *Schmidt-Futterer*, Mietrecht, 13. Auflage 2017. (zit.:

2. Monographien, Lehrbücher und Aufsätze

1. *Angyan, Johannes*: Juristische Personen als Besorgungsgehilfen (1. und 2. Teil), JBl. 2016, S. 289 ff., S. 361 ff.
2. *Apathy, Peter*: Drittschadensliquidation, JBl. 2009, S. 69 ff.
3. *Armgardt, Matthias*: Gesetzesbindung und Normumgehung in dogmatischem Gewande am Beispiel des § 831 BGB, in: Festschrift für Helmut Rübmann (2013), 17 ff. (zit.: *Armgardt*, in: FS Rübmann)
4. *Bachmann, Gregor/Schirmer, Jan-Erik*: Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris (2017), S. 371 ff. (zit.: *Bachmann/Schirmer*, in: FS Canaris)
5. *v. Bar, Christian*: Verkehrspflichten: Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 1980. (zit.: *v. Bar*, Verkehrspflichten)
6. *ders.*: Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen?, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, S. 1706 ff. (zit.: *v. Bar*, in: Gutachten und Vorschläge)
7. *Baur, Fritz*: Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für „Verrichtungsgehilfen“, in *Grunsky/Stürner/Walter/Wolf* (Hrsg.), Beiträge zum materiellen Recht und Verfahrensrecht, 1986, S. 180 ff. (zit.: *Baur*, Verrichtungsgehilfe)
8. *Benöhr*: Die Entscheidung des BGB für das Verschuldensprinzip, in: *The Legal History Review* 46 (1978), S. 1 ff.
9. *Beuthien, Volker*: Gibt es im Gesellschaftsrecht eine gesetzliche Stellvertretung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. II, (2007), S. 41 ff. (zit.: *Beuthien*, in: FS Canaris II)
10. *ders.*: Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung?, *NJW* 1999, S. 1142 ff.
11. *ders.*: Zur Grundlagenungewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts, *NJW* 2005, S. 855 ff.
12. *Bork, Reinhard*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., 2016. (zit.: *Bork*, BGB AT)
13. *Brecher, Fritz*: Funktionsaufteilung als Zivilrechtsproblem, in: Festschrift für Heinrich Lange (1970), S. 123 ff. (zit.: *Brecher*, in: FS Lange).
14. *Brieskorn, Konstanze*: Vertragshaftung und Responsabilité contractuelle – Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa, 2010 (zit. *Brieskorn*)
15. *Brox, Hans*: Zur Lösung nachbarlicher Interessenkollisionen, *JA* 1984, S. 182 ff.
16. *ders./Wolf-Dietrich, Walker*: Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl., 2016 (zit.: *Brox/Walker*, BGB AT)
17. *dies.*: Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl., 2016 (zit.: *Brox/Walker*, SchuldR AT)
18. *dies.*: Besonderes Schuldrecht, 40. Aufl., 2016 (zit.: *Brox/Walker*, SchuldR BT)
19. *Brüggemeier, Gert*: Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, *AcP* 182 (1982), S. 385 ff.

20. *ders.*: Die vertragsrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte und der deliktrechtliche Eigentumsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB, *VersR* 1983, S. 501 ff.
21. *ders.*: Haftungsrecht – Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006. (zit.: *Brüggemeier*, Haftungsrecht)
22. *ders.*: Neues Gesetz über das Deliktsrecht, *Phi* (Haftpflicht international Recht & Versicherung), Nr. 3/2010, S. 92 ff.
23. *BU, Yuanshi* (卜元石): Der gutgläubige Erwerb im chinesischen Sachenrecht – ein Beispiel für die Rechtsrezeption in China, *ZVglRWiss* 108 (2009), S. 307 ff.
24. *dies.*: Kodifikation des chinesischen Delikthaftungsrechts – Übersicht und kritische Fragen, *ZfRV* 2010, S. 218 ff.
25. *dies.*: Rechtsdogmatik - vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft, *JZ* 2016, S. 382 ff.
26. *dies.*: Einführung in das Recht Chinas, 2. Aufl., 2017. (zit.: *BU, Yuanshi*)
27. *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, 1981.(zit.: *Bearbeiter* in: Gutachten und Vorschläge)
28. *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.): Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, 1967. (zit.: Referentenentwurf)
29. *Burkhardt, Björn*: Schuld - rechtliche Perspektiven: Rechtstheoretische und parktisch-empirische Überlegungen, in: *Hermes Andreas Kick/Wolfram Schmitt* (Hrsg.): Schuld, 2011. (zit.: *Burkhardt*, Schuld)
30. *Bydlinski, Franz*: Zur „Reduktionsklausel“ des deutschen Referentenentwurfes für eine Novellierung des Schadensersatzrechts, *JBl*. 1968, S. 330 ff.
31. *Bydlinski, Peter*: Die „Beraterhaftung“ der Banken im österreichischen Recht, in: *FS Walther Hadding* (2004), 759 ff. (zit.: *P. Bydlinski*, in: *FS Hadding*)
32. *v. Caemmerer, Ernst*: Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, in: *FS Hans Dölle* (1963), S. 135 ff. (zit.: *v. Caemmerer*, in: *FS Dölle*)
33. *ders.*: Wandlungen des Deliktsrechts, in: *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, 1964, S. 49 ff. (zit.: *v. Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts)
34. *ders.*: Reformprobleme der Haftung für Hilfspersonen, *ZfRV* 14 (1973), S. 241 ff.
35. *ders.*: Verschulden von Erfüllungsgehilfen, in: *Festschrift für Fritz Hauß* (1978), S. 33 ff. (zit.: *v. Caemmerer*, in: *FS Hauß*).
36. *ders.*: das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 42 (1978), S. 5 ff.
37. *Canaris, Claus-Wilhelm*: Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, *JZ* 1965, S. 475 ff.
38. *ders.*: Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten, in: *Festschrift für Karl Larenz* (1983), S. 27 ff. (zit.: *Canaris*, in: *FS Larenz*)
39. *ders.*: Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und die Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB, in: *FS Wolfgang Wiegand* (2005), S. 179 ff. (zit.: *Canaris*, in: *FS Wiegand*)
40. *ders.*: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971.
41. *ders.*: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, *JZ* 2001, S. 499 ff.

42. *CHI, Ying* (迟颖): Verschulden bei Vertragsverletzungen im chinesischen Recht, Diss. Passau, 2004. (zit.: *CHI, Ying*)
43. *dies.*: Einordnung der c.i.c. in das chinesische Zivilhaftungssystem, *ZChinR* 2008, S. 226 ff.
44. *Constantinesco, Léontin-Jean*: Grundfragen der Haftung für Verrichtungsgehilfen im französischen Recht, in: FS Heinrich Lange (1970), S. 415 ff. (zit.: *Constantinesco* in: FS Lange)
45. *Delmere, Johannes*: Der Erfüllungsgehilfe in § 278 BGB – Ein Beitrag zum Grund und zu den Voraussetzungen der Haftung für Hilfspersonen im Rahmen von Schuldverhältnissen, Diss. Bochum 1989. (zit.: *Delmere*).
46. *ders.*: Die Relativität im Privatrecht, *JuS* 1981, S. 9 ff.
47. *Deutsch, Erwin*: Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, *AcP* 202 (2002), S. 889 ff.
48. *Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen*: Deliktsrecht, 6. Aufl., 2014. (zit.: *Deutsch/Ahrens*)
49. *Diederichsen, Uwe*: Zum Entlastungsbeweis für Verrichtungsgehilfen, *ZRP* 1968, S. 60 f.
50. *Dreher, Paul*: Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 278 BGB, Diss. 1986. (zit.: *Dreher*)
51. *Dubarry, Julien*: Akademische Entwürfe zu einer Reform des französischen Schadenersatzrechts, *JBl* 2016, S. 549 ff.
52. *Edlbacher, Oskar*: Wandel und Krise des Haftungsgrundes des Verschuldens, in: Festschrift für Walter Wilburg (1965), S. 81 ff. (zit.: *Edlbacher*, in: FS Wilburg)
53. *Ehmann, Horst/Sutschet, Holger*: Schadensersatz wegen kaufrechtlicher Schlechtleistungen - Verschuldens- und - oder Garantiehaftung?, *JZ* 2004, S. 62 ff.
54. *Emmerich, Volker*: Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., 2005. (zit.: v. *Emmerich*, Leistungsstörungen)
55. *Esser, Josef/Schmidt, Eike*: Schuldrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 8. Aufl., 1995. (zit.: *Esser/Schmidt*, SchuldR I/1)
56. *dies.*: Schuldrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl., 2000. (zit.: *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2)
57. *Esser, Josef/Weyers, Hans-Léo*: Schuldrecht, Bd. 2: Besonderer Teil, Teilbd. 2, 8. Aufl., 2000. (zit.: *Esser/Weyer*, SchuldR II/2)
58. *Eubel, Paul*: Die Haftung des Geschäftsherrn für den Gehilfen nach deutschem und japanischem Recht, 1981. (zit.: *Eubel*, Die Haftung des Geschäftsherrn)
59. *Faust, Florian*: Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, *AcP* 210 (2010), S. 555 ff.
60. *Ferrand, Frédérique*: Deliktische Haftung für Dritte in Frankreich, *ZEuP* 1993, S. 132 ff.
61. *Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*: Schuldrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Aufl., 2017. (zit.: *Fikentscher/Heinemann*)
62. *Fitz, Hanns*: Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse, 1985. (zit.: *Fitz*)

63. *Förster, Christian*: Haftung für vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung im japanischen Recht, RIW 2013, S. 44 ff.
64. *Fuchs, Maximilian/Pauker, Werner*: Delikts- und Schadensersatzrecht, 8. Aufl., 2012. (zit.: *Fuchs/Pauker*)
65. *von Gablenz, Carl-Heinrich*: Die Haftung der Banken bei Einschaltung Dritter, 1983. (zit.: v. *Gablenz*)
66. *Gernhuber, Joachim*: Das Schuldverhältnis, 1989. (zit.: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis)
67. *Gies, Richard*: Die Haftung des Mieters für Drittpersonen, in: Festschrift für Hubert Blank (2006), S. 177 ff. (zit.: *Gies*, in: FS Blank)
68. *Gomille, Christian*: Herstellerhaftung für automatisierte Fahrzeuge, JZ 2016, S. 76 ff.
69. *Gordley, James*: Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung, ZEuP 1993, S. 498 ff
70. *Grigoleit, Hans Christoph*: Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I (2007), S. 275 ff. (zit.: *Grigoleit*, in: FS Canaris I)
71. *Großfeld, Bernhard*: Grundfragen der Rechtsvergleichung, in: Festschrift für Rudolf Lukes (1989), S. 657 ff. (zit.: *Großfeld*, in: FS Lukes)
72. *ders.*: Neue Rechtsvergleichung in: Festschrift für Dieter Henrich (2000), S. 211 (zit.: *Großfeld*, in: FS Henrich)
73. *Grundmann, Stefan*: Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag: System und Perspektiven, AcP 204 (2004), S. 569 ff.
74. *ders.*: Das Verschuldensprinzip im Vertragsrecht zwischen Ethik und Markt, in: Festschrift für Eberhard Schwark (2009), S. 21 ff. (zit.: *Grundmann*, in: FS Schwark)
75. *ders./Renner, Moritz*: Vertrag und Dritter - System der Wechselwirkungen zwischen Marktregulierung und Vertragsrechtsdogmatik, JZ 2013, S. 379 ff.
76. *Gutmann, Thomas*: Recht als Kultur? – Über die Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument, 2015. (zit.: *Gutmann*, Recht als Kultur?)
77. *Hademann, Justus Wilhelm*: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Auflage, Berlin 1949. (zit.: *Hademann*)
78. *Harke, Jan Dirk*: Allgemeines Schuldrecht, 2010. (zit.: *Harke*, SchuldR AT)
79. *ders.*: Römisches Recht, 2008. (zit.: *Harke*, Römisches Recht)
80. *Häsemeyer, Ludwig*: Die Rückbindung zivilrechtlicher Normen an die Zivilrechtsdogmatik, in: Festschrift für Jan Schapp (2010), S. 241 ff. (zit.: *Häsemeyer*, in: FS Schapp)
81. *Heidemann, Justus Wilhelm*: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1949. (zit.: *Heidemann*)
82. *Helm, Johann Georg*: Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen, AcP 166 (1966), S. 389 ff.
83. *Hirsch, Christoph*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2015 (zit.: *Hirsch*, SchuldR AT)
84. *Hofmann, Kurt*: Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel, in:

- Griss/Kathrein/Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, S. 67 ff. (zit.: *K. Hofmann*, Haftung für Dritte)
85. *Honsell, Heinrich*: Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht, in: Festschrift für Peter Schlechtriem (2003), S. 743 ff. (zit.: *Honsell*, in: FS Schlechtriem)
 86. *ders./Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter*: Römisches Recht, Aufgrund des Werkes von Paul Jors, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger, 4. Aufl., 1987. (zit.: *Honsell/Mayer-Maly/Selb*)
 87. *ders.*: Culpa in eligendo, in Liber Amicorum Juan Miquel (2006), S. 513 ff. (zit.: *Honsell*, in: Liber Amicorum Juan Miquel)
 88. *ders.*: Die Haftung für Hilfspersonen, in: Festschrift für Ingeborg Schwenzer (2011), S. 779 ff. (zit.: *Honsell*, in: FS Schwenzer)
 89. *ders.*: Vier Rechtsfragen des Geldes, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I (2007), S. 461 ff. (zit.: *Honsell*, in: FS Canaris I)
 90. *ders.*: Römisches Recht, 8. Aufl., 2015. (zit.: *Honsell*, Römisches Recht)
 91. *Huber, Joachim*: Die analoge Anwendung der vertraglichen Gehilfenhaftungsvorschrift bei Delegation der Verkehrspflichten in Deutschland, der Schweiz und Österreich – zugleich ein Beitrag zur Entwicklung und zum Stand der deliktischen Gehilfenhaftung in diesen Ländern, Diss. Bayreuth, 1997. (zit.: *J. Huber*, Die analoge Anwendung der vertraglichen Gehilfenhaftungsvorschrift)
 92. *Huber, Ulrich*: Leistungsstörungen, Bd. I, 1999. (zit.: *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. I)
 93. *ders.*: Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer nach neuem Kaufrecht, in: Festschrift für Peter Ulmer (2003), S. 1165 ff. (zit.: *U. Huber* in: FS Ulmer)
 94. *Hübner, Ulrich*: Zur Reform von Deliktsrecht und Gefährdungshaftung, NJW 1982, S. 2041 ff.
 95. *ders./Constantinesco, Vlad*: Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2001 (zit.: *Hübner/V. Constantinesco*)
 96. *Hug, Sabine*: chinesisches Außenwirtschaftsvertragsrecht, IPRax 1985, S. 242 f.
 97. *Jakobs, Horst Heinrich*: Über die Notwendigkeit einer Reform der Geschäftsherrenhaftung, VersR 1969, S. 1061 ff.
 98. *Jahnke, Jürgen*: Eltern haften für ihre Kinder? – Kinder verantworten ihre Eltern ... und mehr! (Elterliches Fehlverhalten und andere Haftungsgrenzen bei Verletzung von Kindern), in: *Looschelders/Michael* (Hrsg.), 6. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum: Kinder im Straßenverkehr, 2017, S. 5 ff. (zit.: *Jahnke*)
 99. *Jansen, Nils*: Die Struktur des Haftungsrechts, 2003. (zit.: *Jansen*)
 100. *ders.*, Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse, AcP 216 (2016), S. 112 ff.
 101. *ders./Reimann, Mathias*: Begriff und Zweck in der Jurisprudenz – Ein Geburtstagsblatt für Rudolf von Jhering, ZEuP 2018, S. 89 ff.
 102. *v. Jhering, Rudolf*: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zu Perfection gelangten Verträgen, in: JherJb. 4 (1861), S. 1 ff.

103. *ders.*: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867. (zit.: v. *Jhering*, Das Schuldmoment)
104. *ders.*: Geist des römischen Rechts, 1. Theil, 2. Aufl., 1866.
105. *Junker, Abbo*: Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, JZ 1994, S. 921 ff.
106. *Kaiser, Dagmar/Rieble, Volker*: Haftet der Schuldner für das Ausbleiben seines Erfüllungsgehilfen?, NJW 1990, S. 218 ff.
107. *Karpen, Hans-Ulrich*: Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970. (zit.: *Karpen*)
108. *Kaser, Max*: Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl., 1971. (zit.: *Kaser*)
109. *Kaufmann, Arthur*: Vergleichende Rechtsphilosophie – am Beispiel der klassischen chinesischen und der klassischen abendländischen Rechtskulture, in: Festschrift für Werner Lorenz (1991), S. 635 ff. (zit.: *Kaufmann*, in: FS W. Lorenz)
110. *Keizo Yamamoto*: Privatrechtsdogmatik im japanischen Recht – Entwicklung der Diskussion über die Zivilrechtmethodik in Japan, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris (2017), S. 1221 ff. (zit.: *Keizo Yamamoto* [山本 敬三], in: FS Canaris)
111. *Kirsten, Stefan*: Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf?, Diss. Regensburg, 2008. (zit.: *Kirsten*)
112. *Klees, Andreas*: Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, MDR 2010, S. 305 ff.
113. *Kleindiek, Detlef*: Deliktshaftung und juristische Person, 1997. (zit.: *Kleindiek*)
114. *Kleindienst, Bernhard*: Zur Bedeutung des § 278 bei mitwirkendem Verschulden, JZ 1957, S. 457 ff.
115. *Knütel, Rolf*: Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Band 100 (1983), S. 340 ff. (zit.: *Küntel*, ZRG (RA))
116. *Koller, Alfred*: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Freiburg, 1980 (zit.: *Koller*, Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR)
117. *Koller, Ingo*: Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979. (zit.: *I. Koller*)
118. *ders.*: Das Haftungsprivileg des Geschäftsbesorgers gem. § 664 Abs. 1 Satz 2, 675 BGB, ZIP 1985, S. 1243 ff.
119. *Köndgen, Johannes*: § 278 – (k)ein universales Haftungsmodell für arbeitsteilige Vertragserfüllung?, FS Wulf-Henning Roth (2015), S. 311 ff. (zit.: *Köndgen*, in: FS W-H Roth)
120. *Kötz, Hein*: Ziele des Haftungsrechts, in: Festschrift für Ernst Steindorff (1990), S. 643 ff. (zit.: *Kötz*, in: FS Steindorff)
121. *ders.*: Der Einfluss des Common Law auf die internationale Vertragspraxis, in: Festschrift für Andreas Heldrich (2005), S. 771 ff. (zit.: *Kötz*, in: FS Heldrich)
122. *ders.*: Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., 2015. (zit.: *Kötz*, EuroVertragsrecht)
123. *ders./Wagner, Gerhard*: Deliktsrecht, 13. Aufl., 2016. (zit.: *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht)
124. *ders.*: Deliktshaftung für selbständige Unternehmer, ZEuP 2017, S. 283 ff.

125. *ders.*: Risikoverteilung im Vertragsrecht, JuS 2018, 1 ff.
126. *Koziol, Helmut*: Generalnorm und Einzeltatbestände als Systeme der Verschuldenshaftung: Unterschiede und Angleichungsmöglichkeiten, ZEuP 1995, 359 ff.
127. *ders.*: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Schadensrecht, in Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 195 ff. (zit.: *Koziol*, in: Basedow [Hrsg.]
128. *ders.*: Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl. 2004, S. 273 ff.
129. *Kramer, Ernst A.*: Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht, AcP 171 (1971), S. 422 ff.
130. *Kreissl, Stephan*: Haftung für Erfüllungsgehilfen im Arbeitskampf - ein Beitrag zur Dogmatik des § 278 BGB, ZfA 1996, 503 ff.
131. *ders.*: Zur Haftung des Unternehmens im Arbeitskampf, JZ 1995, S. 695 ff.
132. *ders.*: Haftung für Erfüllungsgehilfen im Arbeitskampf - ein Beitrag zur Dogmatik des § 278 BGB, ZfA 1996, S. 503 ff.
133. *Kreße, Bernhard*: Die mangelhafte oder schadenstiftende Leistung durch Dritte, VersR 2007, S. 452 ff.
134. *ders.*: Schadensersatzansprüche mittelbar Geschädigter nach deutschem und französischem Zivilrecht, ZEuP 2014, S. 504 ff.
135. *Kreuzer, Karl F.*: Anmerkung zum Urteil des BGB v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, JZ 1976, S. 776 ff.
136. *ders.*: Prinzip des deutschen außervertraglichen Haftungsrechts, in: FS Werner Lorenz (1991), S. 123 ff.
137. *Kronke, Herbert*: Der Gesetzgeber als Rechtsvergleicher – Aspekte der chinesischen Vertragsrechtsreform, in: FS Ulrich Drobnig (1998), S. 579 ff. (zit.: *Kronke*, in: FS Drobnig)
138. *Krüger, Christof*: Haftung des Dienstherrn für Gelegenheitsdelikte seiner Hilfspersonen nach deutschem und französischem Recht, 1980 (zit.: *Krüger*, Haftung des Dienstherrn)
139. *Kübler, Friedrich*: Der Referententwurf für ein neues Schadensersatzrecht und die zivilrechtliche Haftung der Presse, JZ 1968, S. 542 ff.
140. *Kupisch, Berthold*: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB), JuS 1983, S. 817 ff.
141. *ders.*: Die Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831), JuS 1984, S. 250 ff.
142. *Lando, Ole*: Die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts und das deutsche Recht - ein Strukturvergleich, in: Festschrift für Winfried Tilmann (2003), S. 963 ff. (zit.: *Lando*, in: FS Tilmann)
143. *Larenz, Karl*: Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen, 1965. (zit.: *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen)
144. *ders.*: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987. (zit.: *Larenz*, SchuldR AT)
145. *ders.*: Culpa in Contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und „Sozialer Kontakt“, MDR 1954, S. 515 ff.
146. *ders.*: Die Prinzipien der Schadenszurechnung – Ihr Zusammenspiel im modernen

- Schuldrecht, JuS 1965, S. 373 ff.
147. *ders.*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., (verkürzte Studienausgabe der 6. Aufl.), 1992.
 148. *ders./Canaris, Claus-Wilhelm*: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Teilbd. 2: Besonderer Teil 2, 13. Aufl., 1994 (zit.: *Larenz/Canaris, SchuldR II/2*)
 149. *Leonhard, Franz*: Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. I, 1929. (zit.: *Leonhard*)
 150. *Leßmann, Herbert*: Haftung für schädigendes Drittverhalten, JA 1980, S. 193 ff.
 151. *LIANG, Huixing (梁慧星)*: Das chinesische Zivilrecht: Sein gegenwärtiger Zustand und der Erlaß eines Zivilgesetzbuches, AcP 194 (1994), S. 479 ff.
 152. *Liebs, Detlef*: Römisches Recht, 6. Aufl., 2004. (zit.: *Liebs*)
 153. *Looschelders, Dirk*: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999. (zit.: *Looschelders, Mitverantwortlichkeit*)
 154. *ders.*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 2016 (zit.: *Looschelders, SchuldR AT*)
 155. *ders.*: Schuldrecht Besonderer Teil, 11. Aufl., 2016 (zit.: *Looschelders, SchuldR BT*)
 156. *ders.*: Die Haftung des Versicherungsnehmers für seinen Repräsentanten – eine gelungene Rechtsfortbildung?, VersR 1999, S. 666 ff.
 157. *ders.*: Buchbesprechung: Deliktsrecht in Europa. Systematische Einführungen, Gesetzestexte, Übersetzungen, Hrsg. von Christian v. Bar, RabelsZ 2000, S. 183 ff.
 158. *ders./Makowsky, Mark*: Relativität der Schuldverhältnisse und Rechtsstellung Dritter, JA 2012, S. 721 ff.
 159. *Looschelders*, Pflichtverletzung als Prüfstein der Privatrechtsdogmatik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris (2017), S. 403 ff.
 160. *Lorenz, Egon*: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, München 2000, S. 329 ff. (zit.: *E. Lorenz*, in: FG 50 Jahre BGH)
 161. *Lorenz-Meyer, Ulrich*: Haftungsstruktur und Minderung der Schadensersatzpflicht durch richterliches Ermessen, 1971 (zit.: *Lorenz-Meyer*)
 162. *Maier, Frank/Bornheim, Helmerich*: Das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis – ein gesetzliches Schuldverhältnis?, JA 1995, S. 978 ff.
 163. *Mayer-Maly, Theo*: Römisches Privatrecht, 1991. (zit.: *Mayer-Maly*)
 164. *Meder, Stephan*: Risiko als Kriterium der Schadensverteilung, JZ 1993, S. 539 ff.;
 165. *Medicus, Dieter*: Probleme um das Schuldverhältnis, Vortrag gehalten vor deutscher Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 20. Mai 1987. (zit.: *Medicus, Probleme um das Schuldverhältnis*)
 166. *ders.*: „Geld muss man haben“: Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), S. 489 ff.;
 167. *ders.*: Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt, in: Festschrift für Max Keller (1989), S. 205 ff. (zit.: *Medicus*, in: FS Keller).
 168. *ders.*: Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris (2007), S. 835 ff. (zit.: *Medicus* in: FS

Canaris)

169. *ders./Petersen, Jens*: Bürgerliches Recht, 25. Aufl., 2015. (zit.: *Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht*)
170. *ders./Petersen, Jens*: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016 (Zit.: *Medicus/Petersen, BGB AT*)
171. *ders./Lorenz, Stephan*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl., 2015 (zit.: *Medicus/Lorenz, SchuldR AT*)
172. *ders.*: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 17. Aufl., 2014. (zit.: *Medicus/Lorenz, SchuldR BT*)
173. *Melzler, Ewald*: Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft, AcP 159 (1960), S. 143 ff.
174. *Mennemeyer, Siegfried*: Haftung des Schuldners für Gelegenheitsdelikte seiner Erfüllungsgehilfen, 1983 (zit.: *Mennemeyer*)
175. *Mertens, Hans-Joachim*: Deliktsrecht und Sonderprivatrecht - Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978), S. 227 ff.
176. *MI, Jian (米健)*: Die chinesische traditionelle Kultur und das gegenwärtige Rechtssystem, ZfRV 1989, S. 24 ff.
177. *ders.*: Deutsches Recht in China seit der Politik der Reform und Öffnung, ZChinR 2007, S. 132 ff.
178. *Michaelis, Karl*: Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts, 1943 (zit.: *K. Michaelis*)
179. *Micklitz, Hans-W.*: in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. I, 2015, S. 350 ff.
180. *Mohnhaupt-Wolf, Uta*: Deliktsrecht und Rechtspolitik, Diss. Frankfurt 2003.
181. *Motsch, Richard*: Risikoverteilung im allgemeinen Leistungsstörungenrecht, JZ 2001, S. 428 ff.
182. *Motive*, Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, *Band II*. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888.
183. *Motzer, Stefan*: Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit, JZ 1983, S. 884 ff.
184. *Müller-Erbach, Rudolf*: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910), S. 309 ff.
185. *Münzel, Frank/ZHENG, Xiaoqing*, Chinas neues Vertragsrecht - ein Überblick, RIW 1999, S. 641 ff.
186. *Nirk, Rudolf*: Culpa in contrahendo – eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung - Quo vadis?, in: Festschrift für Philipp Möhring (1975), S. 71 ff. (zit.: *Nirk*, in: FS Möhring)
187. *Oertker, Hartmut/Maultzsch, Felix*: Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 2013. (zit.: *Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse*)
188. *Ostheim, Rolf*: Weisungsdelegation als Haftungsgrund, JBl. 1969, S. 535 ff.
189. *Papier, Hans-Jürgen*: Staatshaftung kraft „Überlieferung“?, JZ 1975, S. 585 ff.
190. *Pellegrino, Mario*: Subjektive oder objektive Vertragshaftung? – Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht,

- ZEuP 1997, S. 41 ff.
191. *Peters, Frank*: Die Erfüllungsgehilfen des Verkäufers neu hergestellter Sachen, ZGS 2010, S. 24 ff.
 192. *Pfundmair, Michaela*: Kulturpsychologie und der Umgang mit anderen Kulturen in der familienrechtlichen Praxis, NZFam 2017, S. 511 ff.
 193. *Picker, Eduard*: Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), S. 369 ff.
 194. *ders.*: Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme, JZ 1987, S. 1041 ff.
 195. *Pinger, Winfried/Behme, Caspar*: Die Haftung Sachverständiger für fehlerhafte Wertgutachten, DS 2009, S. 54 ff.
 196. *Prölss*: Haftung für fremdes Verhalten ohne eigene Tatbestandsverwirklichung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I (2007), S. 1037 ff. (zit.: *Prölss*, in: FS Canaris I)
 197. *Ranieri, Filippo*: Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Aufl., 2009. (zit.: *Ranieri*)
 198. *Rathjen, Peter*: Zweifelsfragen bei der Haftung für den Erfüllungsgehilfen – zur Einschaltung des Vorlieferanten bei der Erfüllung, MDR 1979, S. 446 ff.
 199. *ders.*: Zur Haftung für Gelegenheitsdelikte der Erfüllungsgehilfen, JR 1979, S. 232 ff.
 200. *ders.*: Probleme der Haftung für den Erfüllungsgehilfen, BauR 2000, S. 170 ff.
 201. *Rieble, Volker*: Mietzahlungsverzögerung durch Sozialbehörde, NJW 2010, S. 816 ff.
 202. *Rieder, Cyrill*: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, HanseLR 2006, S. 82 ff.
 203. *Riemann, Hans*: Der personale Geltungsbereich der Haftung für Verrichtungsgehilfen und der Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Arbeit, 1977.
 204. *Rodríguez y Rowinski, Miguel Félix*: Die Haftung für Hilfspersonen im spanischen Recht, Diss. Köln, 2001. (zit.: *Rodríguez y Rowinski*)
 205. *Rümelin, Gustav Friedrich Eugen*: Culpahaftung und Causalhaftung, AcP 88 (1898), S. 285 ff.
 206. *v. Rümelin, Max Friedrich Gustav*: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896. (zit.: *Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung)
 207. *Schäfer, Klaus-Dieter*: Haftung für fremdbezogenes Handeln, MDR 1969, S. 271 ff.
 208. *Schäfer, Siegfried*: Zur Haftung für „Gelegenheitsdelikte“ der Gehilfen, RabelsZ 1957, S. 409 ff.
 209. *Schaub, Renate*: Erweiterte Haftung für Verhalten anderer - Entwicklungstendenzen im allgemeinen und besonderen Deliktsrecht, in: FS Medicus 2009, S. 423 ff. (zit.: *Schaub*, in: FS Medicus)

210. *Schauer, Martin*: Grundprinzipien des Leistungsstörungenrechts im ABGB, UN-Kaufrecht und in den PECL, in: Festschrift für Ernst A. Kramer (2004), S. 627 ff. (zit.: *Schauer*, in: FS E. Kramer)
211. *Schiemann, Gottfried*, Die Entwicklung der Verkehrspflichten im Zwanzigsten Jahrhundert, in: Festschrift für Dieter Medicus (2009), S. 447 ff. (zit.: *Schiemann*, in: FS Medicus)
212. *Schirmer, Jan-Erik*: Das Körperschaftsdelikt, Diss. 2015. (zit.: *Schirmer*)
213. *Schlechtriem, Peter*: Vertragsordnung und außervertragliche Haftung- eine rechtvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt im französischen, amerikanischen und deutschen Recht, 1972. (Zit.: *Schlechtriem*, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung)
214. *ders.*: Nachbarrechtliche Ausgleichsansprüche und Schadenersatzhaftung, in: Festschrift für Joachim Gernhuber (1993), S. 407 ff. (zit.: *Schlechtriem*, in: FS Gernhuber)
215. *ders.*: Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP 1993, S. 217 ff.
216. *ders./Schroeter, Ulrich G.*: Internationales UN-Kaufrecht, 6. Aufl., 2016 (zit.: *Schlechtriem/Schroeter*, UN-Kaufrecht)
217. *ders.*: Empfiehlt es sich, das Verhältnis von vertraglicher und außervertraglicher Haftung durch den Gesetzgeber neu zu ordnen, die Bereiche beider Haftungsarten neu abzugrenzen und ihre Ausgestaltung aneinander anzugleichen?, in: BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, 1981, S. 1591 ff. (zit.: *Schlechtriem*, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. II)
218. *Schmid, Michael J.*: Die Haftung des Wohnungseigentümers für das Verhalten Dritter, MDR 1987, S. 894 ff.
219. *Schmidt, Eike*: Schlechtleistung und Händlerrisiko, in: Festschrift für Helmut Heinrichs, (1998), S. 511 ff. (zit.: *E. Schmidt*, in: FS Heinrichs)
220. *ders.*: Zur Dogmatik des § 278 BGB – zugleich einige kritische Bemerkungen zur geplanten Reform des § 831 BGB, AcP 170 (1970), S. 502 ff.
221. *Schmidt, Jürgen*: „Sonderverbindungen“ – eine Problemskizze, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz (1987), S. 341 ff. (zit.: *J. Schmidt*, in: GS Schultz)
222. *Schmidt, Karsten*: Gehilfenhaftung - Leutehaftung - Unternehmenshaftung - Handelsrechtsgeschichte als Aufruf zu modernem und rechtsschöpferischem Umgang mit Zivilrechtsproblemen, in: Festschrift für Peter Raisch (1995), S. 189 ff. (zit.: *K. Schmidt* in: FS Raisch)
223. *Schmidt, Reimer*: Entwicklung des Wirtschaftsrechts und klassisches Privatrecht, in: FS Hans Carl Nipperdey (1965), S. 687 ff. (zit.: *R. Schmidt*, in: FS Nipperdey)
224. *Schmidt-Kessel, Martin*: Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht: limits of frustration, 2003. (zit.: *Schmidt-Kessel*, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht)
225. *Schneider, Hans*: Zur Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Anstalten, NJW 1962, S. 705 ff.
226. *Schneider, Winfried-Thomas*: Abkehr vom Verschuldensprinzip?: Eine

- rechtvergleichende Untersuchung zur Vertragshaftung (BGB, Code civil und Einheitsrecht), 2007. (zit.: *W-T Schneider*)
227. *Schreiber, Klaus*: Die Haftung für Hilfspersonen, Jura 1987, S. 647 ff.
228. *Schroeter, Ulrich G.*: Untersuchungspflichten und Vertretenmüssen des Handlers bei der Lieferung mangelhafter Ware, JZ 2010, S. 495 ff.
229. *Schroeter, Ulrich G.*: Die Dritthaftung staatlich anerkannter Gutachter im deutschen und schweizerischen Recht, in: FS Ingeborg Schwenzer (2011), S. 1565 ff. (zit.: *Schroeter*, in: FS Schwenzer)
230. *Schur, Wolfgang*: Leistung und Sorgfalt, 2001. (zit.: *Schur*)
231. *Schwenzer, Ingeborg*: Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNIDROIT Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: *Schlechtriem* (Hrsg.), Wandlungen des Schuldrechts, S. 37 ff. (*Schwenzer*, in: *Schlechtriem* [Hrsg.], Wandlungen des Schuldrechts)
232. *Seiler, Hans Hermann*: Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht, JZ 1967, S. 525 ff.
233. *Seiwerth, Stephan*: Einführung in die Methodik des Rechtsvergleichs, Jura 2016, S. 596 ff.
234. *von Senger, Harro*: Einführung in das chinesische Recht, 1994. (zit.: *von Senger*)
235. *von Senger, Harro*: Von zwei Rechtsfakultäten 1975 bis zu über 600 Rechtsfakultäten 2015: Rechtsausbildung in der Volksrepublik China, ZSR 2016, S. 403 ff.
236. *SHAO, Jiandong* (邵建东), Die Rezeption des deutschen Zivilrechts im alten China, JZ 1999, S. 80 ff.
237. *Sonnenberger, Hans Jürgen*: Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2. 2016, ZEuP 2017, S. 6 ff.
238. *ders./Classen, Claus Dieter* (Hrsg.), Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., 2012. (zit.: *Sonnenberger/Classen* [Hrsg.])
239. *Spiro, Karl*: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, 1984. (zit.: *Spiro*)
240. *Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001. (zit.: *Stoffels*)
241. *Stoll, Hans*: Das Handeln auf eigene Gefahr – eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1961. (zit.: *H. Stoll*, Das Handeln auf eigene Gefahr)
242. *Stoll, Heinrich*: Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), S. 257 ff.
243. *ders.*: Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936. (zit.: *H. Stoll*, Leistungsstörungen)
244. *Sturm, Fritz*: Traditionalismus und Individualismus im klassischen römischen Recht, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch (1976), S. 1055 ff. (zit.: *Sturm*, in: FS Bosch)
245. *Sundermann, Werner*: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen by Karl Spiro, AcP 191 (1991), S. 462 ff.
246. *Sutschet, Holger*, Garantiefhaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, 2006. (zit.: *Sutschet*)

247. *Tarman, Zeynep Derya*: Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Konstanz, 2007 (zit.: *Tarman*)
248. *Tetz, Stefanie*: Das neue Technologie-Vertragsgesetz in VR China, RIW/AWD 1988, S. 851 ff.
249. *Thiele, Wolfgang*: Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung - Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts, JZ 1967, S. 649 ff.
250. *Tröger, Tobias*: Arbeitsteilung und Vertrag, 2012. (zit.: *Tröger*)
251. *ders.*: Das funktionale Verständnis deliktischer Verantwortlichkeit für Dritte und seine Grenzen, ZEuP 2015, S. 389 ff.
252. *Unberath, Hannes*: Die Vertragsverletzung, 2007. (zit.: *Unberath, Vertragsverletzung*)
253. *Vollmer, Lothar*: Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten – Ein Problem der Haftungszurechnung und -kanalisierung, JZ 1977, S. 371 ff.
254. *WANG, Tze-chien (王泽鉴)*: Entwicklungslinien und Reform des chinesisch-taiwanesischen Schuldrechts, AcP 186 (1986), S. 237 ff.
255. *ders.*: Die Aufnahme des europäischen Rechts in China, AcP 166 (1966), S. 343 ff.
256. *Weggel, Oskar*: Chinesische Rechtsgeschichte, 1980. (zit.: *Weggel*)
257. *Weimar, Wilhelm*: Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?, DRiZ 1958, S. 21 f.
258. *ders.*: Haftet der Schuldner für Gelegenheitshandlungen seines Erfüllungsgehilfen?, JR 1982, S. 95.
259. *Weitnauer, Hermann*: Aktuelle Fragen des Haftungsrechts, VersR 1970, S. 585 ff.
260. *Weller, Matthias*: Die Verantwortlichkeit des Händlers für Herstellungsfehler, NJW 2012, S. 2312 ff.
261. *Wendelstein, Christoph*, Zur Schadenshaftung für „Erfüllungs“-Gehilfen bei Verletzung des Integritätsinteresses, AcP 215 (2015), S. 70 ff.
262. *Westermann, Harry*: Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, S. 333 ff.
263. *Wieacker, Franz*: Voraussetzungen europäischer Rechtskultur, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Bd. I, 2015, S. 374 ff.
264. *Wienands, Hans-Gerd*: Haftungsfragen beim echten Vertrag zugunsten Dritter – zugleich ein Beitrag zu § 278 BGB, JA 1995, S. 854 ff.
265. *Witt, Carl-Heinz*: Aktive Wahrnehmung der Interessen des anderen Teils als Schuldnerpflicht, NJW 2012, S. 3130 ff.
266. *Wolf, Ernst*: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil, 1978. (zit.: *E. Wolf, SchuldR AT*)
267. *Wolf, Manfred*: Schuldnerhaftung bei Automatenversagen, JuS 1989, S. 899 ff.
268. *Wolf, Martin*: Die Haftung des Werkunternehmers für Lieferantenverschulden, ZIP 1998, S.1657 ff.
269. *Zander, Heinz*: Die Haftung für Verrichtungsgehilfen, 1966. (zit.: *Zander*)
270. *Zilken, Franz*: Notwendigkeit einer Reform des § 831 BGB (Haftung für den Verrichtungsgehilfen), Diss. Köln 1940. (zit.: *Zilken*)

271. *Zugehör, Horst*: Berufliche „Dritthaftung“ - insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare - in der deutschen Rechtsprechung, NJW 2000, S. 1601 ff.
272. *Zweigert, Konrad/Puttfarcken, Hans-Jürgen*: Allgemeines und Besonderes zur Kodifikation, in: Festschrift für Imre Zajtay (1982), S. 569 ff. (zit.: *Zweigert/Puttfarcken*, in: FS Zajtay)
273. *ders./Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996. (zit.: *Zweigert/Kötz*)

II. Englischsprachige Literaturen

1. *Atiyah, Patrick S.*: Lawyers and Rules - Some Anglo-American Comparisons, Southwestern Law Journal 37 (1983), S. 545 ff.
2. *Koziol, Helmut/Zhu, Yan* (朱岩), Tort Liability Law of the People's Republic of China, in: Journal of European Tort Law (JETL) 2010, S. 362 ff.
3. *Sophia Juan Yang*: Force Majeure und Hardship in Chinese Contract Law - The Latest Development in Theory and Practice, in: Festschrift für Ingeborg Schwenzer (2011), S. 1809 ff. (zit.: *YANG, Juan* [杨娟], in: FS Schwenzer)
4. *Treitel, Guenter Heinz*: Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account, 1988. (zit.: *Treitel*, Remedies for Breach of Contract)
5. *ders.*: The Law of Contract, 8. Ed., 1991. (zit.: *Treitel*, Law of Contract)
6. *ders.*: Fault in the Common Law of Contract, in: Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Richard Orme Wilberforce (1987), S. 185 ff. (zit.: *Treitel*, in: Liber Amicorum for Wilberforce)
7. *Zimmermann, Reinhard*: The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996.

III. Chinesischsprachige Literaturen

1. Die Abteilung „Zivilrecht“ des „Ausschusses des NPCSC für Recht“ (全国人大常委会法工委民法室) (Hrsg.): Erläuterungen, Gesetzgebungskonzeptionen und betreffende Regelungen über CDG (中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定), 2010. (zit.: Abteilung „Zivilrecht“ im „Ausschuss des NPCSC für Recht“ [Hrsg.])
2. *CHEN, Rui* (陈锐): »Offizieller Kommentar zum Tang-Kodex« in systematischer Hinsicht (从系统论的观点看《唐律疏议》), in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 01/2012, S. 116 ff.
3. *CHEN, Xiaojun* (陈小君)/*NING, Hongli* (宁红丽): Strikte Haftung im Vertragsgesetz (论合同法的严格责任), in: *The Journal of Fujian Institute of Political Science & Law* (福建政法管理干部学院学报), 02/2000, S. 11 ff.
4. *CHENG, Xiao* (程啸): Die Ausgleichs- und Abschreckungsfunktion des Deliktsrechts (试论侵权行为法之补偿功能与威慑功能), in: *Law Science Magazine* (法学杂志), 03/2009, S. 11 ff.
5. *ders.*: Deliktsrecht (侵权责任法), 2011.
6. *CUI, Jianyuan* (崔建远), Untersuchung zur Vertragshaftung (合同责任研究), 1992.

7. *ders.*: Culpa in contrahendo (缔约上过失责任论), in: *Jilin University Journal Social Sciences Edition* (吉林大学社会科学学报), 03/1992, S. 23 ff.
8. *ders.*: Strikte Haftung? Verschuldenshaftung? – Haftungsprinzip im chinesischen Vertragsgesetz aus legislativer Perspektive (严格责任? 过错责任? ——中国合同法归责原则的立法论), in: *Civil and Commercial Law Review* [民商法论丛], Vol. 11 (1999), S. 190 ff.
9. *ders.*: Rechtsvergleichende Untersuchung der Vertragshaftung zwischen Festland und Taiwan (海峡两岸合同责任制度的比较研究), in: *Journal of Tsinghua University* (清华大学学报), 02/2000, S. 34 ff.
10. *ders.*: Schmerzensgeldanspruch bei Vertragsverletzung (论违约的精神损害赔偿), in: *Journal of Henan Administrative Institute of Politics and Law* (河南省政法管理干部学院学报), 01/2008, S. 48 ff.
11. *ders.*, (Hrsg.), *Vertragsrecht* (合同法), 3. Aufl., 2011. (zit.: *CUI, Jianyuan* [崔建远] (Hrsg.), *Vertragsrecht*)
12. *ders.*: Schmerzensgeld ist nicht ausschließlich auf das Deliktsrecht zugeschnitten (精神损害赔偿绝非侵权法所独有), in: *Law Science Magazine* (法学杂志), 08/2012, S. 22 ff.
13. *CUI, Wenxing* (崔文星): Abgrenzung von Nebenpflichten (对附随义务的界定), in: *Journal of SWUPL* (西南政法大学学报), 01/2000, S. 42 ff.
14. *DAI, Mengyong* (戴孟勇): Das vertragliche Haftungsprinzip aus auslegender Perspektive (违约责任归责原则的解释论), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), S. 29 ff.
15. *DAO, Wen* (道文): Nebenpflichten im Vertragsgesetz (试析合同法上的附随义务), in: *Legal Science* (法学), 10/1999, S. 23 ff.
16. *FANG, Longhua* (方龙华)/*WU, Genfa* (吴根发): Nebenpflicht zur Verschwiegenheit im Vertragsgesetz (论合同法上的保密附随义务), in: *Journal of Law Application* (法律适用), 10/2001, S. 30 ff.
17. *FANG, Shaokun* (房绍坤)/*YU, Xin* (于新), Schadensersatzhaftung des Geschäftsherrn gegenüber dem Verrichtungsgehilfen (论雇主对雇员的赔偿责任), in: *Journal of Yantai University (Philosophy and Social Science Edition)* [烟台大学学报 (哲学社会科学版)], 01/1997, S. 55 ff.
18. *FANG, Shaokun* (房绍坤), Zivilrechtliche Haftung des Geschäftsherrn (论雇佣人的民事责任), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 04/1992, S. 34 ff.
19. *FU, Jianguo* (付建国)/*WANG, Xihui* (王希慧), Nebenpflichten des Reiseveranstalters im Reisevertrag (旅游服务合同中旅游经营者的附随义务初探), in: *Journal of Law Application* (法律适用), 05/2015, S. 63 ff.
20. *GENG, Zhuo* (耿卓): Verständnis und Anwendung des „Dritten“ iSd. Art. 121 CVG (合同法第 121 条中“第三人”的理解与适用), in: *Journal of Guizhou Police Officer Vocational College* (贵州警官职业学院学报), 03/2009, S. 64 ff.
21. *GE, Yunsong* (葛云松): Die vom CDG geschützten Rechtsgüter (《侵权责任法》保护的民事权益), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/2010, S. 37 ff.
22. *ders.*: Der Ersatz von reinen Vermögensschäden und die deliktsrechtliche Generalklausel (纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款), in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 05/2009, S. 689 ff.

23. *GU, Ming* (顾明), : Das Wirtschaftsvertragsgesetz als ein kraftvolles Instrument zur Gewährleistung der Durchsetzung staatlicher Planungen (经济合同法是保障国家计划执行的有力工具), in: *Law Science Magazine* (法学杂志), 03/1982, S. 7 ff.
24. *HAN, Shiyuan* (韩世远): Fremdes Verschulden und Vertragshaftung (他人过错与合同责任), in: *Studies in Law and Business* (法商研究), 01/1999, S. 34 ff.
25. *ders.*: Untersuchungen über die *culpa in contrahendo* im chinesischen Vertragsgesetz (我国合同法中的缔约上过失问题研究), in: *The Jurists* (法学家), 03/2004, S. 122 ff.
26. *ders.*: Unvollständige Leistungen und die Rechtsbehelfe im Behandlungsvertrag (医疗服务合同的不完全履行及其救济), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 06/2005, S. 89 ff.
27. *ders.*: Vertragsrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2011. (zit.: *HAN, Shiyuan* [韩世远], Vertragsrecht AT)
28. *ders.*: Chinesisches Vertragsgesetz und CISG (中国合同法与 CISG), in: *Jinan Journal* (暨南学报), 02/2011, S. 7 ff.
29. *ders.*: Immaterielle Schäden und die Vertragshaftung (非财产上损害与合同责任), in: *Legal Science* (法学), 06/1998, S. 27 ff.
30. *HOU, Xue* (侯雪): Einige Bemerkungen zum Verständnis des “Erfüllungsgehilfen” (对于履行辅助人理解之几点探讨), in: *Social Sciences Journal of Universities in Shanxi* (山西高等学校社会科学学报), 12/2004, S. 80 ff.
31. *HU, Kangsheng* (胡康生) (Hrsg.): Erläuterungen zum chinesischen Vertragsgesetz (中华人民共和国合同法释义), 1999.
32. *JIANG, Ping* (江平), Analysen über das CAGZ (《中华人民共和国民事诉讼法通则》剖析), in: *Tribune of Political Science and Law* (政法论坛), 03/1986, S. 1 ff.
33. *ders.*: Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des China-ZGB (《民法总则》评议), in: *Journal of Zhejiang Gongshang University* (浙江工商大学学报), 03/2017, S. 5 ff.
34. *JIANG, Tao* (姜涛): Die Strafzumessungsregeln des »Tang-Kodexes« und ihre historischen Beiträge (《唐律》中的量刑制度及其历史贡献), in: *The Jurists* (法学家), 03/2014, S. 104 ff.
35. *JIAO, Fumin* (焦富民): Entwicklung und Verbesserung des chinesischen Rechtsinstituts *culpa in contrahendo* (论我国缔约过失责任制度的发展与完善), in: *Tribune of Political Science and Law* (法学论坛), 06/2002, S. 44 ff.
36. *ders.*: Neues Nachdenken über das Institut *culpa in contrahendo* (对缔约过失责任制度的新思考), in: *Journal of Gansu Political Science and Law Institute* (甘肃政法学院学报), 04/2003, S. 27 ff.
37. *JIAO, Shaolin* (焦少林): Analyse der rechtlichen Merkmale “weiteren Wirtschaftseinheiten” und ihre Rechtsstellung als Rechtssubjekte (析其他经济组织的法律特征和民事主体地位), in: *Modern Law Science* (现代法学), 03/1995, S. 48 ff.
38. *JIN, Keke* (金可可)/*HU, Jianming* (胡坚明): Kritische Überlegungen der Deliktshaftung des nicht voll Geschäftsfähigen (不完全行为能力人侵权责任构

- 成之检讨), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 05/2012, S. 103 ff.
39. JIN, Liqi (金立琪): Einige Fragen in der Diskussion über den Entwurf des CAGZ (关于《民法通则(草案)》讨论的几个问题), in: *Legal Science* (法学), 03/1986, S. 44 f.
 40. KE, Xin (可欣): Culpa in contrahendo (论缔约上过失责任), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 04/1995, S. 4 ff.
 41. KONG, Xiangjun (孔祥俊): Lehrbuch des Vertragsrechts (合同法教程), 1999. (zit.: KONG, Xiangjun [孔祥俊]: VertragsR)
 42. LI, Jing (李静): Der Schutz des Vertrauensinteresses durch das Rechtsinstitut der „culpa in contrahendo“ (论缔约过失责任制度下信赖利益的保护), in: *Journal of SWUPL* (西南政法大学学报), 02/2004, S. 122 ff.
 43. LI, Xiangqian (李向前): Die Struktur und Rechtsanwendung der „culpa in contrahendo“ (缔约过失责任的构成及适用), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 07/2002, S. 127 ff.
 44. LI, Yongjun (李永军)/LI, Weiping (李永平), Die auf einem bei einem Dritten liegenden Grund beruhende Vertragsverletzung und die Haftungstragung, zugleich Theoretische Untersuchungen des Art. 121 CVG (因第三人原因造成的违约与责任承担——兼论《合同法》第 121 条的理论解构), in: *Journal of Shandong University (Philosophy and Social Sciences)* (山东大学学报[哲学社会科学版]), 05/2017, S. 24 ff.
 45. LI, Zhongyuan (李中原), Skepsis an der Eigenständigkeit des Instituts der „culpa in contrahendo“ (缔约过失责任之独立性质疑), in: *Legal Science* (法学), 07/2008, S. 132 ff.
 46. LIANG, Huixing (梁慧星), Vertragshaftung (论合同责任), in: *Study & Exploration* (学习与探索), 01/1982, S. 58 ff.
 47. ders.: Von der „Trilogie“ zum einheitlichen Vertragsgesetz (从“三足鼎立”走向统一的合同法), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/1995, S. 9 ff.
 48. ders.: Streitpunkte in der Ausarbeitungsphase des chinesischen Vertragsgesetzes (中国合同法起草过程中的争论点), in: *Legal Science* (法学), 02/1996, S. 13 ff.
 49. ders.: Die dritte Fassung des Entwurfs des chinesischen einheitlichen Vertragsgesetzes (关于中国统一合同法草案第三稿), in: *Legal Science* (法学), 02/1997, S. 47 ff.
 50. ders.: Von der Verschuldenshaftung zur strikten Haftung – Zum Art. 76 I der Meinsungseinholungsfassung des Vertragsgesetzesentwurfs (从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第 76 条第 1 款), in: *Civil and commercial Law Review* (民商法论丛), Vol. 8 (1997), S. 1 ff.
 51. ders.: Die Ausarbeitung und Begründung des chinesischen einheitlichen Vertragsgesetzes (中国统一合同法的起草与论证), in: *Chinese Lawyer* (中国律师), 01/1998, S. 65 ff.
 52. ders.: Die Erfolge und Defizite des Vertragsgesetzes (Erster Teil) “(合同法的成功与不足[上])” in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 06/1999, S. 13 ff.
 53. ders.: Die Erfolge und Defizite des Vertragsgesetzes (Zweiter Teil) “(合同法的成功与不足[下])” in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 01/2000, S. 92 ff.
 54. ders.: Erlebnisse aus der dritten Kodifikationsarbeit des chinesischen

- Zivilgesetzbuches (新中国第三次民法起草亲历记), in: *Wuhan Geschichte und Archiv* (武汉文史资料), 01/2015, S. 4 ff.
55. *ders.*: Erklärung der Ersten Justizauslegung des OVGH zum Sachengesetz (物权法司法解释(一))解读, in: *Research on Rule of Law* (法治研究), 01/2017, S. 3 ff.
 56. *LIANG, Shangshang* (梁上上): Kein Restrukturierungsbedarf des chinesischen Begriffs juristischer Person (中国的法人概念无需重构), in: *Modern Law Science* (现代法学), 01/2016, S. 74 ff.
 57. *LIU, Kaixiang* (刘凯湘), *Vertragsrecht* (合同法), 2006.
 58. *LIU, Li* (刘力): Drei Fragen über Nebenpflichten – die Gerichtspraxis als Mittelpunkt sowie die kritische Stellungnahme zur Lehre (附随义务三题——以审判实践为中心兼及对理论之检讨), in: *Legal Science* (法学), 11/2005, S. 71 ff.
 59. *LIU, Yanhao* (刘言浩): Diskussion über Schutzpflichten des Hotelinhabers gegenüber seinen Gästen (论宾馆对住客的保护义务), in: *Legal Science* (法学), 03/2001, S. 78 ff.
 60. *LIU, Yanhao* (刘言浩): Schutzpflichten des Hotelinhabers gegenüber seinen Gästen (宾馆对住客的保护义务), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 03/2001, S. 146 ff.
 61. *LU, Chen* (卢谔)/*DU, Jinglin* (杜景林): Grundprobleme und systematische Konstruktion der culpa in contrahendo (论缔约过失的基本问题及体系建构), in: *Journal of Gansu Political Science and Law Institute* (甘肃政法学院学报), 02/2007, S. 81 ff.
 62. *LUO, Yuzhang* (罗玉章)/*LU, Ou* (陆瓯): Analyse des Zurechnungsprinzips bei Nebenpflichten (浅析附随义务负担的归责原则), in: *Lawyer World* (律师世界), 05/2003, S. 12 ff.
 63. *MA, Lingxia* (马菱霞): Erklärungen der Haftung des Aufsichtspflichtigen – aus Perspektive des Art. 32 CDG (监护人责任制度之解读——以《侵权责任法》第32条为视角), in: *Journal of Hubei University of Police* (湖北警官学院学报), 09/2013, S. 46 ff.
 64. *MI, Jian* (米健), Zivilrechtliche Haftungen im CAGZ (试析《民法通则》中的民事责任), in: *Tribune of Political Science and Law* (政法论坛), 04/1986, S. 20 ff.
 65. *PENG, Saihong* (彭赛红): Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen (论债务人之履行辅助人责任), in: *Journal of Beijing Institute of Technology* (北京理工大学学报), 02/2006, S. 38 ff.
 66. *QIU, Xuemei* (邱雪梅): Schutzpflichten im Zivilrecht: Nachdenken über die Zweispurigkeit des zivilrechtlichen Haftungssystems (试论民法中的保护义务——‘两分法’民事责任体系之反思), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 05/2007, S. 110 ff.
 67. *RAN, Keping* (冉克平): Eine erneute Analyse der Rechtsnatur der culpa in contrahendo, im Blickpunkt der Entwicklung in der deutschen Lehre und Rechtsprechung (缔约过失责任性质新论——以德国学说与判例的变迁为视角), in: *Hebei Law Science* (河北法学), 02/2010, S. 115 ff.
 68. *REN, Jianxin* (任建新)/*ZHUANG, Huichen* (庄惠辰): Einige Fragen zur

- Gesetzgebung des chinesischen Außenwirtschaftsvertragsgesetzes (我国涉外经济贸易合同立法的几个问题), in: *China Legal Science* (中国法学), 01/1984, S. 113 ff.
69. *Seung-hyun Seong* (成升铉): Die Rezeption und Entwicklung der Theorie der Leistungsstörungen im südkoreanischen Zivilrecht – in rechtshistorischer-rechtsvergleichender Perspektive (给付障碍在韩国民法中的理论继受与发展——自历史与比较法的视野), in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 06/2010, S. 132 ff. (*JIN, Keke* [金可可] übersetzt)
 70. *SHAO, Jiandong* (邵建东), Die Geschäftsherrenhaftung (论雇主责任), in: *Nanjing University Law Review* (南京大学法律评论), 01/1997, S. 162 ff.
 71. *SHEN, Li* (申黎)/*YIN, Zhijun* (尹志君): Die Notwendigkeit der Theorienkonzeption des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ (试论引进“附保护第三人作用之契约”理论的必要性), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 04/2002, S. 59 ff.
 72. *SONG, Jianli* (宋建立): Nebenpflichten und ihre Haftung im Sparvertrag (储蓄存款合同中的附随义务及责任), in: *The peoples's Judicature - application of law* [人民司法(应用)], 03/2009, S. 72 ff.
 73. *SUN, Weifei* (孙维飞): Bemerkungen der *culpa in contrahendo* iSd. 42 CVG (合同法第 42 条缔约过失责任评注), in: *The Jurists* (法学家), 02/2018, S. 179 ff.
 74. *SUN, Yaming* (孙亚明), Diskutable Rechtsprobleme des pachtvertraglichen Verantwortungssystems (实行承包经营责任制值得探讨的法律问题), in: *Law Science Magazine* (法学杂志), 12/1988, S. 8 ff.
 75. *TIAN, Shaohua* (田韶华): Das strikte Haftungsprinzip im chinesischen Vertragsgesetz (论我国合同法上的严格责任原则), in: *Hebei Law Science* (河北法学), 02/2000, S. 44 ff.
 76. *WANG, Kanggai* (王慷溉): Die Eigenständigkeit der Haftung für culpa in contrahendo (刍议缔约过失责任的独立性), in: *Journal of Heilongjiang Administrative Cadre Institute of Politics and Law* (黑龙江省政法管理干部学院学报), 01/2014, S. 80 ff.
 77. *WANG, Lei* (王磊): Erklärungen des Art. 121 CVG unter dem Gesichtspunkt der Vertragskonstruktion (合同构成视角下的《合同法》第 121 条解读), in: *Journal of Changchun Education Institute* (长春教育学院学报), 22/2013, S. 18 ff.
 78. *WANG, Libing* (王立兵): Untersuchung über Vertragsverletzung durch Dritte unter der Perspektive „Zusammenhang-Theorie“: Art. 121 CVG als Kernregelung (关系论视阈下第三人违约问题研究——以《合同法》第 121 条为中心), in: *Academic Exchange* (学术交流), 02/2011, S. 65 ff.
 79. *WANG, Limin* (王立民): »Offizieller Kommentar zum Tang-Kodex« und Kriminologie (《唐律疏议》与犯罪学), in: *Chineses Criminology Review* (犯罪研究), 03/2012, S. 2 ff.
 80. *WANG, Liming* (王利明): Die Relativität von Verträgen (论合同的相对性), in: *China Legal Science* (中国法学), 04/1996, S. 63 ff.
 81. *ders.*: Abgrenzungskriterien der vertraglichen und deliktischen Haftung (违约责任和侵权责任的区分标准), in: *Legal Science* (法学), 05/2002, S. 45 ff.
 82. *ders.*: Schutzzumfang der Generalklausel des chinesischen Deliktsgesetzes (侵权

- 责任法一般条款的保护范围), in: *The Jurists* (法学家), 03/2009, S. 19 ff.
83. *ders.*: Die chinesischen Besonderheiten des Deliktsgesetzes (侵权责任法的中国特色), in: *The Jurists* (法学家), 02/2010, S. 85 ff.
 84. *ders.*: Vertragsrecht (合同法研究), Bd. 3, 2012.
 85. *ders.*: Vertragsrecht (合同法研究), Bd. 4, 2013.
 86. *ders.*: Antizipierte Vertragsverletzung und Unsicherheitseinrede (预期违约与不安抗辩权), in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 06/2016, S. 5 ff.
 87. *WANG, Shengming* (王胜明): gewerbliche Einzelpersonen/Familiengruppen und dörflichen gewerblichen Landpächter (试论个体工商户、农村承包经营户), in: *China Legal Science* (中国法学), 04/1986, S. 37 ff.
 88. *ders.*, (Hrsg.): Erläuterung zum CDG (中华人民共和国侵权责任法解读), 2010.
 89. *WANG, Yanhui* (王艳慧): Rechtsgrundlagen der culpa in contrahendo – die Aufstellung der Theorie des vorvertraglichen gegenseitigen Restriktionsverhältnisses (缔约过失责任的法理基础——缔约制约关系说的提出), in: *Western Law Review* (西部法学评论), 04/2014, S. 116 ff.
 90. *WEI, Sen* (魏森): Die „Vicarious liability“ des Geschäftsherrn (试论雇主转承责任), in: *Science of Law* (法律科学), 01/1995, S. 82 ff.
 91. *WEI, Zhenying* (魏振瀛): Vertragsgesetz als ein ausgezeichnetes Werk der zivilrechtlichen Gesetzgebung (合同法是民事立法中的一部佳作), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/1999, S. 18 ff.
 92. *WEI, Zhenying* (魏振瀛)/*WANG, Xiaoneng* (王小能): Das Verschulden als ein zivilrechtlicher Haftungstatbestand (论构成民事责任条件中的过错), in: *China Legal Science* (中国法学), 05/1986, S. 18 ff.
 93. *WEN, Xueguo* (文学国): Dienstvertrag (论雇佣合同), in: *Science of Law* (法律科学), 01/1997, S. 55 ff.
 94. *WU, Xiangxiang* (吴香香): Methoden der Suche nach Anspruchsgrundlagen - im Beispiel von „Fundbüro“-Fall (请求权基础探寻方法——以“失物招领社”案为例), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), S. 171 ff.
 95. *WU, Yiping* (吴一平): Tatbestandsvoraussetzungen der Haftung für culpa in contrahendo (论缔约过失责任之构成要件), in: *Journal of Central South University* (中南大学学报[社会科学版]), 02/2012, S. 74 ff.
 96. *XI, Weiming* (郗伟明): Der Schutzbereich der vertraglichen Schutzpflichten (论合同保护义务的应然范围), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 06/2015, S. 79 ff.
 97. *XIE, Gen* (解亘): Rekonstruktion der Theorie der Vertragsbindung in China (我国合同拘束力理论的重构), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 02/2011, S. 70 ff.
 98. *ders.*: Diskussion über den Fortbestand oder Wegfall des Art. 121 CVG (论合同法第 121 条的存废), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, S. 143 ff.
 99. *ders.*: Noch einmal: Fortbestand oder Wegfall des Art. 121 CVG – unter Blickwinkel der Haftung für Erfüllungsgehilfen (再论合同法第 121 条的存废——以履行辅助人责任论为视角), in: *Modern Law Science* (现代法学), 06/2014, S. 27 ff.

100. XIE, Hongfei (谢鸿飞): Rekonstruktion der Konkurrenztheorie über Ansprüche aus Vertrag und Delikt (违约责任与侵权责任竞合理论的再构成), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 06/2014, S. 5 ff.
101. ders.: Die Funktionen und die Ausdehnung des äußeren Systems des Zivilgesetzbuches (民法典的外部体系效益及其扩张), in: *Global Law Review* (环球法律评论), 02/2018, S. 28 ff.
102. XU, Jie (徐杰), Haftung wegen Vertragsverletzung im Vertragsgesetz (合同法中的违约责任制度), in: *China Legal Science* (中国法学), 03/1999, S. 21 ff.
103. XU, Mingyue (许明月)/Lin, Quanling (林全玲): Asymmetrische Informationen, Nebenpflichten und *culpa in contrahendo* (信息不对称、附随义务与缔约过失责任), in: *Hebei Law Science* (河北法学), 10/2005, S. 36 ff.
104. XUN, Hua (荀华)/CHEN, Kuanshan (陈宽山): Gesetzgebungsnovelle des Rechtsinstituts *culpa in contrahendo* (缔约上过失责任制度的立法完善), in: *Legal Science* (法学), 07/1992, S. 47 ff.
105. YANG, Lixin (杨立新): Die „vicarious liability“ des Geschäftsherrn (试论雇用人的转承赔偿责任), in: *Contemporary Law Review* (当代法学), 03/1987, S. 11 ff.
106. YE, Mingyi (叶名怡), Reflektierte Beobachtungen der Vorteilhaftigkeit der Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und Delikt (违约与侵权竞合实益之反思), in: *The Jurists* (法学家), 03/2015, S. 124 ff.
107. YE, Wenping (叶温平): Haftungsprinzip und Rechtsfolgen bei Verletzungen vertraglicher Nebenpflichten (论合同附随义务违反的归责原则与法律后果), in: *Journal of Hubei University of Police* (湖北警官学院学报), 04/2006, S. 41 ff.
108. ders.: Schutzpflichten im Zivilrecht: mit Fokus auf die konkrete Rechtsanwendung (民法中的保护义务——以其具体适用为中心), in: *Science of Law* (法律科学), 06/2008, S. 54 ff.
109. ders.: Die Geschichte und Bedeutung von Schutzpflichten (保护义务的历史及其意义), in: *Private Law Review* (私法研究), 01/2009, S. 81 ff.
110. YI, Jun (易军): Sorgfältige Betrachtungen über das Haftungsprinzip der chinesischen vertraglichen Schadensersatzhaftung (慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则), in: *Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht* (中德私法研究), Vol. 8 (2012), S. 3 ff.
111. YIN, Luxian (尹鲁先): Untersuchungen der *culpa in contrahendo* (缔约上过失责任初探), in: *Chinese Journal of Law* (法学研究), 01/1990, S. 67 ff.
112. YIN, Qiushi (殷秋实): Das Verhältnis zwischen der Vollmacht und dem Grundgeschäft (论代理权授予与基础行为的联系), in: *Modern Law Science* (现代法学), 01/2016, S. 86 ff.
113. YU, Fei (于飞): Neuerkennung der Rechtsnatur der *culpa in contrahendo* im chinesischen Vertragsrecht (我国《合同法》上缔约过失责任性质的再认识), in: *Journal of CUPL* (中国政法大学学报), 05/2014, S. 92 ff.
114. YU, Yongjun (于勇军): Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen und ihr Anwendungsbereich (浅议缔约过失责任及其适用范围), in: *Shandong Justice* (山东审判), 06/2002, S. 23 ff.
115. ZHANG, Jiayong (张家勇): Systematische Einordnung der vertraglichen Schutzpflichten (合同保护义务的体系定位), in: *Global Law Review* (环球法律

- 评论), 06/2012, S. 58 ff.
116. *ders.*: Die Wahl von Lösungswegen zum vertraglichen Drittschutz (论合同保护第三人的路径选择), in: *Science of Law* (法律科学), 01/2016, S. 81 ff.
 117. ZHANG, *Xinbao* (张新宝): Interessenabwägungen bei der CDG-Gesetzgebung (侵权责任立法的利益衡量), in: *China Legal Science* (中国法学), 04/2009, S. 176 ff.
 118. *ders.*: Von Justizauslegungen zu Entwürfen des Deliktgesetzes: die Errichtung und Vervollständigung des Instituts des Schmerzensgelds (从司法解释到侵权责任法草案: 精神损害赔偿制度的建立与完善), in: *Jinan Journal* (暨南学报), 02/2008, S. 2 ff.
 119. ZHANG, *Ying* (张影): Die auf einen bei Dritten liegenden Grund zurückführende Vertragsverletzung und die Haftung (第三人原因违约及其责任承担), in: *The Northern Forum* (北方论丛), 06/2002, S. 45 ff.
 120. ZHOU, *Jianghong* (周江洪): Verständnis und Anwendung des Art. 121 CVG (《合同法》第 121 条的理解与适用), in: *Tsinghua Law Review* (清华法学), 05/2012, S. 153 ff.
 121. ZHU, *Guangxin* (朱广新): Durchforschung des vertragsrechtlichen Haftungsprinzips (违约责任的归责原则探究), in: *Tribune of Political Science and Law* (政法论坛), 04/2008, S. 76 ff.
 122. ZHU, *Qingyu* (朱庆育), BGB AT (民法总则), 1. Aufl., 2013.
 123. ZHU, *Xiaozhe* (朱晓喆): Standpunkt und Aufgabe der zivilrechtlichen Rechtsvergleichung und der Urteilsanalyse (比较民法与判例研究的立场和使命), in: *ECUPL Journal* (华东政法大学学报), 02/2015, S. 149 ff.
 124. *ders.*: Gewährleistung, schlechte Leistung und Anspruchskonkurrenz – Schadensersatz wegen Verletzung des Integritätsinteresses im allgemeinen Leistungsstörungenrecht (瑕疵担保、加害给付与请求权竞合——债法总则给付障碍中的固有利益损害赔偿), in: *Peking University Law Journal* (中外法学), 05/2015, S. 1125 ff.

Anhang: Vorschriften

I. Das chinesische Recht

1. Das Gesetz über Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (CAGZ) und ihre Justizauslegung

- Art. 43 CAGZ
Das in der Rechtsform juristischer Person betriebene Unternehmen ist für die betriebliche Tätigkeit (den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb), die sein organschaftlicher Vertreter und weitere Angestellte ausüben, zivilrechtlich verantwortlich.
- Art. 58 »Justizauslegung des OVGH zum CAGZ«
Fügt die betriebliche Tätigkeit (den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb), die der organschaftliche Vertreter und weitere Angestellte des in der Rechtsform juristischer Person betriebenen Unternehmens in seinem Namen ausüben, einem anderen einen wirtschaftlichen Schaden zu, trägt das Unternehmen die dadurch entstehende zivilrechtliche Haftung.
- Art. 111 CAGZ
Erfüllt die eine Vertragspartei Vertragspflichten nicht oder nicht vertragsgemäß, kann die andere Partei die Weitererfüllung oder das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen sowie Schadensersatz verlangen.
- Art. 116 CAGZ
Erfüllt eine Partei ihre Vertragspflichten wegen eines bei der zuständigen Behörde liegenden Grundes nicht, ist sie der anderen Partei vertragsgemäß zum Schadensersatz oder zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen verpflichtet; die Behörde erstattet der ersatzpflichtigen Partei danach den dadurch entstehenden Schaden.
- Art. 121 CAGZ
Verletzt die rechtsfähige Körperschaft, der als Träger von Hoheitsgewalt hoheitliche Aufgaben gesetzlich anvertraut werden, oder ihr Amtswalter, in Ausführung der Verrichtung Rechtsgüter von Bürgen und juristischen Personen, sind jene zivilrechtlich verantwortlich.

2. Das Vertragsgesetz (CVG)

- Art. 60 Vollkommene Erfüllung und das Prinzip von Treu und Glauben
(1) Jede Vertragspartei hat ihre Verbindlichkeiten vertragsgemäß vollkommen zu erfüllen.
(2) Jede Vertragspartei hat die Informations-, Mitwirkungs- und Schweigepflicht und weitere Pflichten so zu erfüllen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf das Vertragswesen, den Vertragszweck und die Verkehrssitte es erfordern.
- Art. 65 Erfüllung durch Dritte
Vereinbaren die Vertragsparteien, dass die Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber durch einen Dritten zu erfüllen ist, haftet der Schuldner dem Gläubiger aus Vertragsverletzung, wenn der Dritte nicht oder nicht vereinbarungsgemäß erfüllt.

- Art. 107 CVG Grundsätzliche Formen der Haftung wegen Vertragsverletzung
Erfüllt eine Partei eine ihrer Vertragspflichten nicht oder nicht vereinbarungsgemäß, hat sie wegen der Vertragsverletzung ihre Pflichten weiter zu erfüllen, Abhilfemaßnahmen zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen.
- Art. 121 CVG Vertragsverletzung wegen eines beim Dritten liegenden Grundes
¹Beruhet die Vertragsverletzung einer Partei auf einem bei einem Dritten liegenden Grund, trägt sie gegenüber der anderen Partei die Haftung aus Vertragsverletzung. ²Der Streit zwischen ihr und dem Dritten wird auf der Grundlage gesetzlicher Vorschriften oder nach ihrer Vereinbarung ausgetragen.

3. Das ehemalige Wirtschaftsvertragsgesetz (CWVG)

- Art. 29 I CWVG
Erfüllt eine Vertragspartei ihre Wirtschaftsvertragspflichten schuldhaft nicht oder nicht völlig, haftet die schuldhaft handelnde Partei für die Vertragsverletzung; haben beide Parteien die Vertragsverletzung zu vertreten, haften sie unter Berücksichtigung der konkreten Umstände je nach eigenem Anteil.

4. Das ehemalige Außenwirtschaftsvertragsgesetz (CAWVG)

- Art. 18 CAWVG
¹Erfüllt eine Partei ihre Vertragspflichten nicht oder nicht vereinbarungsgemäß, kann die andere Partei Schadensersatz oder Ergreifen anderer zumutbarer Maßnahmen zur Abhilfe verlangen. ²Sind die hierdurch entstandenen Schäden von den zumutbaren Maßnahmen zur Abhilfe nicht ausgeglichen, kann die andere Partei den Schadensersatz weiter verlangen.

5. Das Deliktsgesetz (CDG)

- Art. 34 CDG Haftung des Unternehmens, des Verleihers, des Entleihers
(1) Schädigt ein Arbeitnehmer eines Unternehmens bei der Arbeit einen anderen, trägt das Unternehmen die dadurch entstehende Deliktshaftung.
(2) Fügt ein Leiharbeiter während der Zeit des Leiharbeitsverhältnisses einem Anderen Schaden zu, haftet das entleihende Unternehmen; liegt ein Verschulden des Verleihers vor, haftet dieser subsidiär.
- Art. 35 CDG
¹Besteht das Arbeitsverhältnis zwischen den Einzelpersonen, haftet die dienstberechtigte Person für den Schaden, den die dienstverpflichtete Person bei der Arbeit einem Dritten zufügt. ²Ist die dienstverpflichtete Person bei der Arbeit verletzt worden, trägt jede Seite nach eigenem Verschulden die entsprechende Haftung.
- Art. 37 I CDG
Den Betreiber von dem Publikum geöffneten Räumlichkeiten, wie Hotels, Kaufhäuser, Banken, Bahnhöfe, Freizeiteinrichtungen etc. und den Organisator von Massenveranstaltungen trifft eine deliktsrechtliche Verantwortlichkeit, wenn der Betreiber einem anderen wegen einer Verkehrspflichtverletzung Schaden zufügt.

II. Das schweizerische Recht

- Art. 55 OR Haftung des Geschäftsherrn
 - (1) Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.
 - (2) Der Geschäftsherr kann auf denjenigen, der den Schaden gestiftet hat, insoweit Rückgriff nehmen, als dieser selbst schadenersatzpflichtig ist.
- Art. 101 OR Haftung für Hilfspersonen
 - (1) Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.
 - (2) Diese Haftung kann durch eine zum voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.
 - (3) Steht aber der Verzichtende im Dienst des andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden.
- Art. 111 OR Vertrag zu Lasten eines Dritten
 - Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet.

III. Das österreichische Recht

- § 1313a ABGB
 - Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.
- § 1315 ABGB
 - Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.