

LIBER AMICORUM
JUAN MIQUEL

ESTUDIOS ROMANÍSTICOS
CON MOTIVO DE SU EMERITAZGO

Edició a cura de

José L. Linares
Tomàs de Montagut
Encarnació Ricart
Victoria Sansón

CULPA IN ELIGENDO

Heinrich Honsell
Zürich

I. Einleitung

Die Haftung für culpa in eligendo im deutschen, schweizerischen und österreichischen Deliktsrecht wurde seit ihrer gesetzlichen Einführung zu Beginn des letzten Jahrhunderts¹ als problematisch und nicht sachgerecht empfunden. Es liegt daher nahe, ihre Wurzeln zu untersuchen, die bis ins römische Recht zurückreichen. Das weckt vielleicht das Interesse unseres Jubilars. Ihm widme ich diesen Beitrag in Dankbarkeit für jahrzehntelange Freundschaft.

II. Rechtsvergleichung

Die deutschsprachigen Rechte unterscheiden eine deliktische und eine vertragliche Gehilfenhaftung. Während die vertragliche Gehilfenhaftung eine Haftung für Verschulden des Gehilfen wie für eigenes vorsieht (§§ 278 BGB, 1313a ABGB, Art. 101 OR), ist die deliktische Haftung auf die culpa in eligendo (inspiciendo, custodiendo, instruendo) beschränkt (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB, §§ 1314, 1315 ABGB, Art. 55 OR).

1. Im BGB von 1900 im Schweizer Obligationenrecht von 1912 und im österreichischen ABGB von 1811 durch die sog. Dritte Teilnovelle von 1916, mit der etliche BGB-Neuerungen ins ABGB übernommen wurden.

Die anderen europäischen Länder hingegen kennen weder die Differenzierung zwischen vertraglicher und deliktischer Gehilfenhaftung, noch die Beschränkung der Letzteren auf die Fälle der culpa in eligendo.

In Frankreich bestimmt art. 1384 al. 1 code civil: «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde». Art. 1384 al. 5 präzisiert hierzu für die Geschäftsherrenhaftung: «Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés».² Die Geschäftsherrenhaftung ist nur formal eine Verschuldenshaftung, denn die faute des Geschäftsherrn wird unwiderleglich vermutet, was jedenfalls im Ergebnis auf eine Gefährdungshaftung hinausläuft.³ Art. 2049 it. Codice civile kennt ebenfalls eine unbeschränkte Haftung des Geschäftsherrn.⁴ Wie in Frankreich ist die Verschuldensvermutung nicht widerlegbar. Die h.L. interpretiert sie als Risikohaftung.⁵ Eine vergleichbare Regel findet sich in Art. 922 des griechischen ZGB.⁶ Schliesslich enthält auch Art. 1903 des spanischen Código civil eine entsprechende Vorschrift: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». Art. 1903 Abs. 4 Código civil betrifft die Haftung für Gehilfen: «Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». Die Haftung entfällt allerdings nach Abs. 6, wenn der Geschäftsherr die Sorgfalt eines bonus pater familias beachtet hat: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon

2. «Die Dienstherrn und Geschäftsherren haften für den Schaden, der von ihren Dienstboten und Verrichtungsgehilfen in Wahrnehmung derjenigen Aufgaben verursacht worden ist, zu deren Erfüllung sie diese beschäftigen».

3. Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht II (2. Aufl. 1986), 2 O 221, 222.

4. «I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti». Übersetzung: «Dienstherrn und Geschäftsherren haften für Schäden, die durch eine unerlaubte Handlung ihrer Hausbediensteten und Angestellten bei der Ausführung der ihnen übertragenen Obliegenheiten entstanden sind».

5. Busnelli, Deliktsrecht in Europa, Länderbericht Italien (1993) 24 f.; Renner, Die deliktische Haftung der Hilfspersonen in Europa (2002), 173; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), 639.

6. Renner, 173; Vrellis, Deliktsrecht in Europa, Länderbericht Griechenland (1993), 18 f.

toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». In praxi ist auch in Spanien entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung eine Entlastung nur möglich, wenn die Hilfsperson kein Verschulden trifft, sodass auch hier im Ergebnis eine Risikohaftung besteht.⁷ Eine noch strengere Risikohaftung kennt schliesslich das holländische Recht. Dort haftet man nicht nur für Untergebene, sondern sogar für selbständige Unternehmer.⁸ Der Geschäftsherr haftet nach Art. 6: 170 Abs. 1 NBW (Nieuw Burgerlijk Wetboek) für Untergebene und gemäss Art. 6: 171 NBW für selbständige und Unternehmer, wenn diese einem Dritten gegenüber haften und die schädigende Tätigkeit für den Betrieb des Auftraggebers erfolgte. Die Einbeziehung selbständiger Unternehmer ist singulär und geht über die Regelung in den anderen Ländern weit hinaus. Die deutschsprachigen Länder kennen diese nur bei der vertraglichen Haftung, dort können auch selbständige Unternehmer Erfüllungsgehilfen sein,⁹ so haftet z.B. wer eine Bringschuld kontrahiert hat auch für die Post oder den Paketservice, dessen er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient.

Schliesslich findet sich auch in England eine Haftung für vicarious liability, die nicht zwischen vertraglicher und deliktischer Gehilfenhaftung unterscheidet,¹⁰ und die auch keine Exkulpationsmöglichkeit kennt. Es ist die rule «respondeat superior».¹¹

Der Entwurf¹² eines europäischen Haftpflichtrechts der European Group on Tort Law (der sog. Tilburg-Gruppe) folgt den romanischen Rechten, unter Ablehnung einer Haftung für hinzugezogene selbständige Unternehmer. Die culpa in eligendo ist nicht mehr vorgesehen.

«Art. 6: 102 liability for auxiliaries

I: A person is liable for damage caused by auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct (Art. 4:102).

7. v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* Bd. I (1996), Rn. 181; Renner, 173.

8. Nieuwenhuis/Stolker/Valk-Lankhorst, *Burgerlijk Wetboek, Tekst & Commentaar* (3. Aufl. 1998), Art. 6:170 Nr. 1; Hondius/Van Dam, *Deliktsrecht in Europa, Länderbericht Niederlande* (1993), 11 f.; Renner, 171.

9. Vgl. etwa Palandt/Heinrichs § 278 BGB Rn 14; Honsell/Wiegand Komm. OR Art. 101 Rn 10; Rummel/Reischauer § 1313a ABGB R n9.

10. Dutzi, *Haftung für Hilfspersonen im englischen Vertrags- und Deliktsrecht* (2001) 1, 132.

11. Vgl. Zimmermann, *The Law of obligations* (1990) 11243 f.; Zweigert/Kötz aaO.

12. Vom 3.5.2003, abrufbar unter <http://civil.udg.es/tort/principles/text.htm>

II: An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.»

Dieser kurze rechtsvergleichende Befund zeigt, dass die culpa in eligendo ein Auslaufmodell ist. Es ist deshalb erstaunlich, dass der schweizerische Reformentwurf eines Haftpflichtrechts dieses Modell nicht nur fortschreibt, sondern unter Aufgabe des Unterschieds zwischen Delikts- und Vertragshaftung sogar auf die Vertragshaftung erstrecken will.¹³

III. Die Herkunft der Culpa in eligendo aus dem römisch-gemeinen Recht

Eine Haftung für Verschulden der Gehilfen findet sich im römischen Recht u.a. in der berühmten Digestenstelle Gai. Dig. 19, 2, 25, 7:¹⁴ 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 acciderit.

Wer den Transport einer Säule übernommen hat, trägt die Gefahr, wenn diese während des Transports zu Bruch geht. Dies gilt auch dann, wenn dies nicht auf seinem Verschulden, sondern auf dem seiner Hilfspersonen beruhte.

Die Gehilfenhaftung war in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts eine der umstrittensten Fragen.¹⁵ Streitig war allerdings nur, ob für das *Vertragsrecht* eine Haftungsbeschränkung auf culpa in eligendo zu bejahen sei. Für das *Deliktsrecht* wurde eine Gehilfenhaftung jedenfalls zunächst gar nicht erwogen. Für das Vertragsrecht hat sich durchgesetzt, dass man für fremdes Verschulden wie für eigenes haftet, ohne Exkulpationsmöglichkeit. Wir finden diese Haftung noch heute in § 278 BGB, § 1313a ABGB und in Art. 101 OR. Demgegenüber haben die romanischen Länder — wie bereits gezeigt — eine Verschuldenshaftung eingeführt, die zwischen Vertrag und Delikt nicht differenzierte und bald zu einer de facto-Gefährdungshaftung ausgebaut wurde.

13. Dazu unten V.

14. Auf das römische Recht kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden; ausführlich dazu Knütel SavZ Rom. Abt. 100, 340 ff. mit Lit.

15. Windscheid/Kipp Pandekten II (9. Aufl. 1906) 401 Anm. 4 sprechen von einer «in neuerer Zeit berühmt gewordenen Streitfrage».

Eine culpa in eligendo wird im römischen Recht nur für die Substitution erwähnt. Insbesondere im Bereich des Werkvertragsrechtes haftete der Werkunternehmer für Verschulden des Gehilfen im gleichen Umfang wie für eigenes, für den Substituten hingegen wohl nur insoweit, als ihm aus der Tatsache der Übertragung oder aus den Umständen ein Vorwurf gemacht werden konnte. Das Letztere war namentlich dann der Fall, wenn er eine Person ausgewählt hatte, die der gestellten Aufgabe nicht gewachsen war.¹⁶

In den Digesten finden sich mehrere Stellen, die diese Unterscheidung belegen, z.B.

Paul. Dig. 3, 5, 20 (21), 3:¹⁷ Mandatu tuo negotia mea Licius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia eius fecit, tu mihi praestes.

Die Stelle behandelt die negotiorum gestio; für Mandat oder Werkvertrag galt wohl nichts anderes. Es ist ohne weiteres einleuchtend, dass die Beschränkung auf die Klagenzession gegen den unsorgfältigen Substituten durch eine Haftung für culpa in eligendo erweitert wird.

IV. Die Gehilfenhaftung des BGB

Die Verfasser des deutschen BGB vermochten sich mit der weitgehenden Haftung des Code civil nicht anzufreunden. In der zweiten Kommission heisst es dazu:

«Man habe aus der Beratung nicht die Überzeugung gewonnen, dass ein wirkliches Bedürfnis vorhanden sei, die Haftpflicht des Geschäftsherrn über die in den §§ 711, 712 gezogenen Grenzen zu erweitern. Mit Unrecht berufe sich die Minderheit zur Verteidigung ihrer Anträge auf die ausländischen Gesetzgebungen und Gewohnheiten; dem deutschen Rechtsbewusstsein, auf das es allein ankomme, liege der Rechtssatz, welchen der Code civil aufstelle, ganz fern. Durch die Erteilung des Auftrags zu einer Verrichtung werden noch keine Beziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten hergestellt, der von dem Beauftragten beschädigt werde; denn der Auftrag gehe nur auf Ausführung des Erlaubten. Eine Verantwortlichkeit

16. Ulp D. 19, 2, 13, 1.

17. Dazu etwa Knütel aaO. 345 ff.

des Auftraggebers rechtfertige sich nur dann, wenn ihm in der Art und Weise der Erteilung oder Ausführung des Auftrags ein schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden könne. In diesem Sinne seien die Vorschriften des Entwurfs und des Antrags 1 zu verstehen. Die Anknüpfung an den Vertretungsgedanken erscheine auch abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten der Feststellung des Vertretungsverhältnisses bedenklich, weil dadurch Unklarheit in die Terminologie des Entwurfs hineingetragen werde. Nicht nur die angeführten Bestimmungen der Spezialgesetze und die Beschlüsse der Kommission zu den §§ 626, 627 des Entw., sondern auch die Vorschrift des Entw. II § 30 haben ihren Grund in Besonderheiten, aus denen sich ein allgemeiner Rechtssatz nicht herleiten lasse. Ebenso wenig sei für die Erweiterung der Verantwortlichkeit des Unternehmers die unbestimmte Abgrenzung auf Erwerbsgeschäfte innerlich begründet und praktisch verwertbar. Die Anträge enthalten allerdings insoweit ein berechtigtes Element, als sie auf dem Gedanken beruhen, dass derjenige, der die Vorteile eines Unternehmens genieße, auch für die Schäden aufzukommen habe, die für Dritte daraus entstehen. Aber im Rahmen des B.G.B. lasse sich dieser Gedanke nicht ausgestalten, das könne nur auf dem Wege der Spezialgesetzgebung geschehen, die allein imstande sei, allen in Betracht kommenden Rücksichten, insbesondere auch den technischen Verhältnissen, Rechnung zu tragen und im Wege des Versicherungszwanges die der Landwirtschaft und Industrie erwachsenden Lasten entsprechend zu verteilen».

Die Haftung für fremdes Verschulden (ohne eigenes) ist in der Sache eine Risikohaftung, die nach der Meinung der Verfasser des BGB nur in einem Spezialgesetz ausserhalb des BGB hätte kodifiziert werden können, quasi um das sakrosankte Verschuldensprinzip nicht zu tangieren. Diese Grundvorstellung lebt noch heute nach in dem nicht auszurottenden Satz: Gefährdungshaftungstatbestände seien als Ausnahmegesetze nicht analogiefähig.¹⁸ Auch der innere Grund einer solchen Haftung wird mit dem sog. Interesseprinzip¹⁹ (*cuius commodum eius periculum*)²⁰ oder auch mit dem Sphärengedanken zutreffend umschrieben.

18. Vgl. dazu Honsell, Reform der Gefährdungshaftung ZSR 1997 II 297 ff.

19. Vgl. nur v. Caemmerer, Reform der Gefährdungshaftung (1971) 1, 15; Larenz JuS 1965, 374, 375; Larenz/Canaris Schuldrecht Bes. Teil (13. Aufl. 1994) 476.

20. In Paul. Dig. 50, 17, 10 findet sich die ebenso gültige umgekehrte Version: *secundum naturam est comoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*.

Anerkannt wurde freilich eine so weit gehende Haftung im Bereich des Vertragsrechts, wenn jemand selbst eine Leistung versprochen und sich zur Erbringung einer Hilfsperson bedient hatte. Hier hielt man es für gerechtfertigt, den Schuldner für fremdes Verschulden in gleicher Weise haften zu lassen wie für eigenes. Was immer der Schuldner versprochen hatte, sollte sorgfältig ausgeführt werden. Diese Frage war in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts ausserordentlich umstritten. Die Meinung, die schliesslich in § 278 BGB Gesetz geworden ist, hat sich durchgesetzt.²¹ Die Gegenmeinung berief sich auf die Quellen des römischen Rechts und unterschied zwischen erlaubter und unerlaubter Substitution. Bei unerlaubter Substitution war eine Haftung für fremdes Verschulden wie für eigenes angebracht. Hingegen haftete man bei erlaubter Substitution - von der Anspruchsabtretung abgesehen - nur für culpa in eligendo, inspiciendo usw.

Die sachgerechte Unterscheidung zwischen Substitution und Beizug von Erfüllungsgehilfen findet sich noch heute in Art. 399 OR und § 664 Abs. 1 S. 2 und 3.²² War die Substitution befugt, so haftet der Beauftragte nur für culpa in eligendo und instruendo; war sie unbefugt, so unterscheidet sich die Substitution nicht von der Haftung für Erfüllungsgehilfen. Die Unterscheidung zwischen Beizug eines Erfüllungsgehilfen und Substitution wird freilich nicht danach getroffen, ob es sich um einen weisungsgebundenen Arbeiter handelt oder um einen selbständigen Unternehmer, sondern —weniger einleuchtend— danach, ob nur ein Teil der Leistung übertragen wird oder die ganze Ausführung.

Die Einschränkung der deliktischen Gehilfenhaftung auf die culpa in eligendo (usw.) ist geprägt von der Prämisse der Privatautonomie: Keine Haftung ohne Verschulden.²³ Nur im Bereich des Vertrages hat man hiervon —gewissermassen unter dem Aspekt der Garantie— eine Ausnahme gemacht.

Gleichwohl ist die culpa in eligendo bei der deliktischen Gehilfenhaftung verfehlt. Sie ist lediglich im Bereich des Vertragsrechts angebracht, wo man aus dem Vertrag eine Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl eines Dritten herleiten kann, wenn dessen Hinzuziehung erlaubt ist. Eine allgemeine deliktische

21. Vgl. vor allem die Gutachten und Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentages (1885) I 46 ff., II 80 ff.

22. Vgl. auch § 691 S. 2 und 3 BGB für die Hinterlegung.

23. «Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld» Dieser Satz sei so selbstverständlich, wie der Satz des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff in der Luft, Jhering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867), 40.

Verkehrspflicht auf sorgfältige Auswahl Dritter gibt es dagegen nicht. Nach Inkrafttreten des BGB hat sich auch bald gezeigt, dass die Einschränkung des § 831 S. 2 BGB ganz unpraktisch ist. Zahllos sind die Wege, auf denen versucht worden ist, diese Vorschrift zu umgehen. Zu nennen ist nur das Ausweichen in das Vertragsrecht über die Vehikel der culpa in contrahendo und des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte.²⁴ Hierher gehört auch die Entwicklung einer Organisationshaftung durch die Judikatur in den Produkthaftungsfällen,²⁵ welche die Basis für eine deliktische Produzentenhaftung geschaffen hat. Schliesslich hat auch die Praxis der Versicherungsbedingungen im Bereich der Betriebshaftung von der Exkulpationsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. So blieb das Gelehrtenrecht der Pandektistik weithin toter Buchstabe. Wenn wir auch nicht verkennen, dass die deutsche Pandektistik in Europa den grössten Beitrag für eine gegenwartsnahe Weiterentwicklung der unübertroffenen römischen Privatrechtsdogmatik geleistet hat, so zeigt unsere Untersuchung einmal mehr, dass sie nicht immer das Richtige getroffen hat.

V. Reform

Alle die genannten Umgehungs Konstruktionen würden entbehrlich, wenn man die culpa in eligendo des § 831 S. 2 BGB durch die Haftung für fremdes Verschulden des § 278 BGB ersetzen würde. Obgleich es *comunis opinio* ist, dass die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 S. 2 BGB verfehlt ist,²⁶ hat man sich doch mit den Behelfen der Rechtsprechung eingerichtet und der Ruf nach einer Reform ist weitgehend verstummt. Auch der Gesetzgeber konnte sich bislang nicht zu diesem Schritt entschliessen. Referentenentwürfe des Bundesjustizmi-

24. Auch die Ausdehnung der vertraglichen Verhaltenspflichten bewirkt eine weitreichende Erfassung durch die Vertragshaftung, denn die Zurechnungsnorm des Art. 101 Abs. 1 OR ist auch bei Verletzung vertraglicher Verhaltens- bzw. Schutzpflichten anwendbar.

25. Vgl. etwa den Hühnerpestfall, BGHZ 59, 91 oder den Limonadenflaschenfall, BGHZ 104, 323, in Deutschland, wonach der Produzent beweisen muss, dass der Produktfehler nicht in seinem Produktionsbereich entstanden sei kann. Entsprechend in der Schweiz der Schachtrahmenfall, BGE 110 II 456, 462 ff. E. 3 und der Klappstuhlfall, JdT 1986 I 571 f.. Zum Entlastungsbeweis der zweckmässigen Organisation des Betriebs schon BGE 90 II 86, 90 E. 3c.

26. Aus der Diskussion vgl. etwa v. Caemmerer, *Ges. Schriften* I (1968) 452 ff., 460 ff.; v. Bar, *Verkehrspflichten* (1980) 246 ff.; Seiler JZ 1967, 525 ff.; Helm AcP 166 (1966) 389 ff.; Kupisch JuS 1984 250 ff.; zuletzt Baums FS Lukes (1989) 623 ff.

nisteriums zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften aus den Jahren 1958²⁷ und 1967, die § 831 S. 2 BGB beseitigen und die deliktische Haftung der vertraglichen des § 278 BGB angleichen wollten, sind in der Schublade verschwunden.

Erstaunlicherweise hat sich der Schweizer Entwurf zu einer Revision des Haftpflichtrechts gerade umgekehrt für die Verallgemeinerung des verfehlten Prinzips von Art. 55 OR entschieden, das künftig auch für das Vertragsrecht gelten soll.²⁸ Es ist nicht ersichtlich, weshalb die allgemein anerkannte Regelung von Art. 101 OR geändert werden sollte.²⁹ Art. 55 OR ist eine seit langem kritisierte crux, welche die Rechtsprechung zu zahlreichen Umgehungsmanövern und zu einer Flucht in konstruiertes und fiktives Vertragsrecht veranlasst hat. Man versteht nicht, weshalb die verfehlte Regelung nicht aufgegeben, sondern sogar auf das Vertragsrecht erstreckt werden soll. Wer andere für sich arbeiten lässt, sollte für Schäden, die dabei entstehen, ohne Entlastungsmöglichkeit und unabhängig davon haften, ob ein Vertrag mit dem Geschädigten besteht oder nicht. Dies allerdings nur bei Verschulden der Hilfsperson. Alle Reformbestrebungen sollten sich also an dem Haftungsmodell der romanischen Länder orientieren.

27. Abgedruckt in Karlsruher Forum 1962, 42 ff.

28. Vgl. näher Honsell, Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht FS Schlechtriem (2003) 743 ff.

29. Ablehnend auch Gauch ZSR NF 116 (1997) 315, 329; vgl. ferner Koziol ZBJV 134 (1998) 517, 523.