

CARSTEN KÖNIG

Unternehmenshaftung

Jus Privatum

272

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 272



Carsten König

Unternehmenshaftung

Dogmatische Rekonstruktion der
deliktischen Schadensersatzhaftung
von Unternehmensträgern

Mohr Siebeck

Carsten König, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2009 Erstes Staatsexamen; 2012 Promotion (Freie Universität Berlin); 2014 Zweites Staatsexamen; 2016 LL.M. (Harvard Law School); 2022 Habilitation (Köln); seit 2017 Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft der Universität zu Köln; 2022/23 Lehrstuhlvertretungen in Köln, Frankfurt am Main und Würzburg.
orcid.org/0000-0002-7499-3047

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 515839637.

ISBN 978-3-16-161862-8 / eISBN 978-3-16-161863-5
DOI 10.1628/978-3-16-161863-5

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

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

Printed in Germany.

Vorwort

Bei der nachfolgenden Untersuchung handelt es sich um eine leicht überarbeitete Fassung meiner Habilitationsschrift, die im Sommersemester 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln angenommen wurde. Das ursprüngliche Manuskript habe ich im Januar 2022 fertiggestellt. Rechtsprechung und Literatur wurden für die Druckfassung berücksichtigt, soweit sie im Dezember 2022 veröffentlicht waren.

Ein besonders herzlicher Dank gilt Torsten Körber, der mein Habilitationsvorhaben in vielerlei Hinsicht gefördert hat. Er hat mir die Freiheit gelassen, die ein solches Großprojekt erfordert, und stand mir dennoch stets mit Rat und Tat zur Seite. Barbara Grunewald danke ich herzlich für die anregenden Gespräche und die Erstellung des Zweitgutachtens. Auch den anderen Mitgliedern der Fakultät danke ich für ihre große Diskussionsbereitschaft und die wertvollen Denkanstöße. Ein besonderer Dank gilt ferner meinem Doktorvater Franz Jürgen Säcker, der mich darin bestärkt hat, eine akademische Laufbahn einzuschlagen, und der mir seither ein wichtiger Gesprächspartner geblieben ist.

Zahlreiche persönliche Gespräche mit Kolleginnen und Kollegen haben die Entstehung der Arbeit gefördert. Ein besonderer Dank gilt Kristin Boosfeld, Konrad Duden, David Kästle-Lamparter, Alexander Scheuch und Mareike Schmidt, denen ich viele meiner Ideen in roher Form präsentieren durfte. Bedanken möchte ich mich außerdem bei meinen Kölner Kolleginnen und Kollegen, insbesondere den anderen Habilitandinnen und Habilitanden und dem gesamten Team vom „Lehrstuhl Körber“.

Die Veröffentlichung dieser Arbeit wurde durch eine großzügige Publikationsbeihilfe der Deutschen Forschungsgemeinschaft gefördert. Es freut mich besonders, dass dadurch eine Veröffentlichung unter Open-Access-Bedingungen möglich wurde, die hoffentlich eine breite Rezeption meiner Überlegungen ermöglicht. Der Gutachterin oder dem Gutachter und den Mitgliedern des Fachkollegiums danke ich daher herzlich für ihre positiven Voten. Ferner danke ich dem Team des Mohr Siebeck Verlags für die gute Zusammenarbeit.

Ein letzter, aber besonders wichtiger und herzlicher Dank gilt meiner Familie, auf deren Unterstützung ich immer zählen konnte und die mich in einzigartiger Weise ermutigt und bestärkt hat.

Ich freue mich sehr auf den fachlichen Austausch zu den hier präsentierten Thesen und bin dankbar für Anregungen und Kritik. Manchen mögen meine

Überlegungen zu weit gehen, anderen nicht weit genug. Wenn der Diskurs über das Unternehmenshaftungsrecht dadurch neue Impulse erhält, ist ein wesentliches Ziel dieses Buches erreicht.

Köln, im Juni 2023

Carsten König

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| | |
| Einleitung | 1 |
| | |
| Teil 1: Bestandsaufnahme | 29 |
| § 1 <i>Stand der Diskussion</i> | 30 |
| § 2 <i>Rechtsökonomik</i> | 102 |
| | |
| Teil 2: Theorie der Unternehmenshaftung | 149 |
| § 3 <i>Dogmatische Rekonstruktion</i> | 151 |
| | |
| Teil 3: Direkte Unternehmenshaftung – Grundlagen | 227 |
| § 4 <i>Pflichtenstellung</i> | 229 |
| § 5 <i>Individualrisiken (Zurechnung)</i> | 288 |
| § 6 <i>Organisationsrisiken</i> | 356 |
| | |
| Teil 4: Direkte Unternehmenshaftung – Konkretisierung | 427 |
| § 7 <i>Unternehmens-Gefährdungshaftung</i> | 429 |
| § 8 <i>Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung</i> | 495 |
| § 9 <i>Unternehmens-Vorsatzhaftung</i> | 581 |
| | |
| Teil 5: Indirekte Unternehmenshaftung | 677 |
| § 10 <i>Grundlagen und Konkretisierung</i> | 678 |
| | |
| Zusammenfassung | 737 |
| | |
| Anhang | 751 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 757 |
| Sachverzeichnis | 793 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| | |
| Einleitung | 1 |
| A. Problemüberblick | 1 |
| I. Ausgangslage | 3 |
| 1. Verfehlte Grundkonzeption | 3 |
| 2. Korrekturen durch die Rechtsprechung | 6 |
| 3. Fortbestehende Probleme | 8 |
| II. Bekannte Lösungsansätze | 11 |
| 1. Strikte Geschäftsherrnhaftung | 11 |
| 2. Strikte Unternehmenshaftung | 13 |
| 3. Zweifel | 14 |
| III. Alternativen | 17 |
| 1. Organisationshaftung? | 17 |
| 2. Europäische Trends | 20 |
| B. Untersuchungsgegenstand und Methode | 22 |
| C. Gang der Untersuchung | 25 |
| | |
| Teil 1: Bestandsaufnahme | 29 |
| § 1 <i>Stand der Diskussion</i> | 30 |
| A. Vier Arten der Unternehmenshaftung | 30 |
| I. Einzelunternehmer | 31 |
| 1. Gefährdungshaftung | 32 |
| 2. Eigendeliktshaftung | 33 |
| 3. Geschäftsherrnhaftung | 34 |
| 4. Verbundhaftung | 35 |
| II. Gesellschaften | 37 |
| 1. Gefährdungshaftung | 38 |
| 2. Repräsentantenhaftung | 39 |
| 3. Geschäftsherrnhaftung | 42 |

| | |
|--|-----|
| 4. Verbundhaftung | 43 |
| III. Fazit | 45 |
| B. Ungelöste Probleme | 47 |
| I. Keine strikte Geschäftsherrnhaftung | 47 |
| 1. Rechtsökonomische Kritik | 48 |
| a) Schadensprävention | 48 |
| b) Risikotragung | 51 |
| c) Administrative Kosten | 52 |
| 2. Rechtsvergleichung | 53 |
| 3. Ausweichtendenzen | 53 |
| II. Unklares Gehilfendelikt | 55 |
| III. Dezentralisierter Entlastungsbeweis | 62 |
| 1. Problembeschreibung | 62 |
| 2. Lösung der Rechtsprechung | 64 |
| 3. Bewertung | 67 |
| IV. Repräsentantenhaftung | 70 |
| 1. Dogmatische Herleitung | 71 |
| 2. Kritik | 74 |
| 3. Privilegierung Einzelunternehmer | 77 |
| V. Körperschaftliches Organisationsverschulden | 80 |
| VI. Verbundhaftung | 83 |
| 1. Unternehmenspflichten | 84 |
| 2. Verletzung | 86 |
| a) Repräsentanten | 86 |
| b) Gehilfen | 89 |
| 3. Organisationshaftung? | 92 |
| VII. Vorsatzhaftung | 94 |
| VIII. Organ- und Mitarbeiterhaftung | 96 |
| C. Fazit und Ausblick | 98 |
| § 2 <i>Rechtsökonomik</i> | 102 |
| A. Internalisierung durch Haftung | 102 |
| I. Ökonomischer Grundsatz | 103 |
| II. Rechtliche Grenzen | 105 |
| B. Unternehmenshaftung | 107 |
| I. Ökonomische Ziele | 108 |
| 1. Schadensvermeidung | 108 |
| a) Sorgfaltsniveau | 109 |
| b) Aktivitätsniveau | 113 |
| 2. Risikotragung | 114 |
| 3. Administrative Kosten | 115 |
| II. Unternehmenskosten | 116 |

| | |
|--|---------|
| C. Unternehmensdelikte | 117 |
| I. Einpersonendelikte | 119 |
| 1. Individualrisiken | 120 |
| 2. Internalisierung | 121 |
| a) § 31 BGB | 122 |
| b) § 831 BGB | 123 |
| II. Verbunddelikte | 127 |
| 1. Individualrisiken | 128 |
| 2. Organisationsrisiken | 132 |
| a) Personalrisiken | 134 |
| b) Prozessrisiken | 136 |
| c) Technikrisiken | 137 |
| d) Produktrisiken | 138 |
| 3. Internalisierung | 141 |
| a) § 31 BGB | 141 |
| b) § 831 BGB | 142 |
| D. Fazit und Ausblick | 145 |
| Teil 2: Theorie der Unternehmenshaftung | 149 |
| § 3 Dogmatische Rekonstruktion | 151 |
| A. Haftungsmodelle | 153 |
| I. Indirekte Unternehmenshaftung | 154 |
| 1. Haftung für fremdes Delikt | 155 |
| 2. Haftung, keine Zurechnung | 158 |
| 3. Schuldbeitritt, keine Schuldübernahme | 158 |
| II. Direkte Unternehmenshaftung | 161 |
| 1. Haftung für eigenes Delikt? | 162 |
| 2. Zurechnungsproblematik | 166 |
| 3. Keine Doppelhaftung | 169 |
| III. Ergebnis (Übersicht) | 169 |
| B. Kritik der indirekten Unternehmenshaftung | 170 |
| I. Englisches Recht | 171 |
| 1. Voraussetzungen | 172 |
| a) Geschäftsherrnverhältnis | 172 |
| b) Gehilfendelikt | 174 |
| aa) Pflichtenstellung/Adressat | 175 |
| bb) Haftungsbeschränkungen | 178 |
| c) Scope of employment | 179 |
| 2. Rechtsfolgen | 181 |
| a) Doppelhaftung | 181 |
| b) Exkurs: Punitive damages | 183 |

| | |
|--|---------|
| 3. Fazit | 184 |
| II. Amtshaftung | 185 |
| 1. Voraussetzungen | 187 |
| a) Ausübung eines öffentlichen Amtes | 188 |
| b) Amtspflichtverletzung | 189 |
| c) Verschulden | 192 |
| aa) Individuelles Verschulden | 193 |
| bb) Entindividualisierung? | 194 |
| cc) Organisationsverschulden? | 196 |
| d) Haftungsbeschränkungen | 198 |
| 2. Rechtsfolgen | 200 |
| a) Keine Naturalrestitution | 201 |
| b) Doppelhaftung? | 202 |
| 3. Fazit | 203 |
| III. Ergebnisse | 203 |
| C. Bedeutung der direkten Unternehmenshaftung | 204 |
| I. Deutsches Deliktsrecht | 205 |
| 1. Geltender Rahmen | 206 |
| 2. Reformversuche | 207 |
| II. Europäische Trends | 208 |
| 1. Schweiz | 208 |
| 2. Österreich | 211 |
| 3. Frankreich | 213 |
| 4. PETL | 214 |
| 5. DCFR | 216 |
| III. Funktionen | 218 |
| 1. Haftungsdifferenzierung | 218 |
| 2. Aggregation | 220 |
| 3. Organisationsrisiken | 221 |
| 4. Beweisfragen | 222 |
| D. Fazit und Ausblick | 223 |
| Teil 3: Direkte Unternehmenshaftung – Grundlagen | 227 |
| § 4 Pflichtenstellung | 229 |
| A. Deliktische Pflichten | 230 |
| I. Funktion, Bedeutung | 231 |
| 1. Verschuldenshaftung | 231 |
| 2. Gefährdungshaftung | 234 |
| II. Pflichtenadressat | 235 |
| B. Unternehmenspflichten | 238 |
| I. BGB-Deliktsrecht | 239 |

| | |
|--|-----|
| 1. § 823 Abs. 1 BGB | 240 |
| a) Fallgruppen | 240 |
| b) Sicherungspflichten | 244 |
| aa) Gefahrschaffung | 246 |
| bb) Gefahrbeherrschung | 248 |
| cc) Vertrauensschutz | 249 |
| dd) Kosten-Nutzen-Prinzip | 251 |
| c) Fürsorgepflichten | 252 |
| 2. § 823 Abs. 2 BGB | 254 |
| a) Strafrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht | 255 |
| b) Sonstige | 257 |
| 3. § 826 BGB | 258 |
| II. Sonderdeliktsrecht | 262 |
| 1. Produkthaftung | 263 |
| 2. Kartellrecht | 265 |
| 3. Lauterkeitsrecht | 267 |
| 4. Kapitalmarktrecht | 268 |
| 5. Datenschutzrecht | 270 |
| III. Gefährdungshaftung | 271 |
| C. Organ- und Mitarbeiterpflichten | 271 |
| I. § 823 Abs. 1 BGB | 272 |
| II. § 823 Abs. 2 BGB | 278 |
| III. § 826 BGB | 282 |
| D. Fazit und Ausblick | 285 |
| § 5 Individualrisiken (Zurechnung) | 288 |
| A. Zurechnung | 290 |
| I. Zurechnungsbedürfnis | 291 |
| II. Zurechnungsgegenstände | 293 |
| III. Zurechnungsträger | 294 |
| B. Organtheorie | 296 |
| I. Grundlagen | 296 |
| II. Zurechnungsträger | 300 |
| III. Kritik | 302 |
| C. Zurechnungsnormbezogene Zurechnung | 303 |
| I. § 31 BGB (analog) | 304 |
| 1. Grundlagen | 305 |
| 2. Kritik | 307 |
| II. § 831 BGB | 309 |
| 1. Grundlagen | 310 |
| 2. Entlastung? | 313 |
| 3. Kritik | 314 |

| | | |
|------|---|-----|
| III. | § 278 BGB | 315 |
| 1. | Grundlagen | 316 |
| 2. | Kritik | 318 |
| IV. | Fazit | 321 |
| D. | Haftungsnormbezogene Zurechnung | 323 |
| I. | Inspirationen | 324 |
| 1. | Englisches Recht | 324 |
| 2. | Wissenszurechnung | 329 |
| II. | Sonderdeliktsrecht | 334 |
| 1. | Datenschutzrecht | 335 |
| 2. | Produkthaftungsrecht | 337 |
| 3. | Kartellrecht | 338 |
| 4. | Kapitalmarktrecht | 342 |
| 5. | Lauterkeitsrecht | 346 |
| III. | BGB-Deliktsrecht | 347 |
| 1. | Fahrlässigkeitshaftung | 349 |
| 2. | Vorsatzhaftung | 351 |
| E. | Fazit und Ausblick | 354 |
| | § 6 Organisationsrisiken | 356 |
| A. | Garantiehftung | 357 |
| I. | Modelle | 358 |
| 1. | Nicht delegierbare Pflichten | 358 |
| a) | Rechtsprechung | 359 |
| b) | Literatur | 362 |
| 2. | Verhaltenslose Zustandszurechnung | 364 |
| II. | Vergleich | 366 |
| III. | Bewertung | 370 |
| B. | Quasi-strikte Haftung | 374 |
| I. | Beweislastumkehr | 376 |
| 1. | Produzentenhaftung | 376 |
| 2. | Umwelthaftung | 379 |
| 3. | Krankenhausträgerhaftung | 380 |
| II. | Sekundäre Darlegungslast | 381 |
| 1. | Dieselfälle | 381 |
| 2. | Folgen | 384 |
| III. | Dauerzustände | 386 |
| IV. | Unbekannter Gehilfe/Repräsentant | 386 |
| V. | Bewertung | 389 |
| C. | Organisationshaftung | 391 |
| I. | Vorüberlegungen | 392 |
| 1. | Rechtspolitischer Trend | 392 |

| | |
|---|-----|
| 2. Haftungsnormbezogener Ansatz | 396 |
| II. Deliktsfähigkeit | 399 |
| III. Handlungsfähigkeit | 401 |
| 1. Allgemeines | 402 |
| 2. Gefährdungshaftung | 405 |
| 3. Störerhaftung | 406 |
| a) Eigentumsstörungen | 406 |
| aa) Rechtsprechung | 408 |
| bb) Literatur | 411 |
| b) Gewerblicher Rechtsschutz | 416 |
| 4. Fazit | 418 |
| IV. Verschuldensfähigkeit | 420 |
| V. Ergebnisse | 421 |
| D. Präventionsverluste? | 422 |
| E. Fazit und Ausblick | 424 |
| | |
| Teil 4: Direkte Unternehmenshaftung – Konkretisierung | 427 |
| § 7 Unternehmens-Gefährdungshaftung | 429 |
| A. Vorüberlegungen | 430 |
| I. Funktionen der Gefährdungshaftung | 433 |
| 1. Verteilungsgerechtigkeit | 433 |
| 2. Prävention | 436 |
| a) Theorie | 436 |
| b) Praxis | 439 |
| II. Prinzip der strikten Unternehmenshaftung? | 441 |
| 1. Gefährdungshaftung ≠ Unternehmenshaftung | 441 |
| 2. Unternehmenshaftung ≠ Gefährdungshaftung | 444 |
| III. Fazit | 446 |
| B. Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung | 447 |
| I. Modell der Unternehmenshaftung | 447 |
| 1. Gesellschaften als Halter und Betreiber | 449 |
| 2. Verfügungsgewalt | 450 |
| a) Zurechnung? | 451 |
| b) Unternehmen | 453 |
| 3. Gebrauch auf eigene Rechnung | 456 |
| II. Verhaltens- und Verschuldenszurechnung? | 457 |
| 1. Haftungsbegründung | 458 |
| a) Rückblick | 458 |
| b) Gegenwart | 461 |
| c) Ausblick | 462 |
| 2. Höhere Gewalt | 463 |

| | |
|--|-----|
| 3. Haftungsquoten | 464 |
| a) Grundsätze | 465 |
| b) Erklärungen | 467 |
| c) Bewertung | 469 |
| III. Fazit | 470 |
| C. Handlungshaftung | 471 |
| I. Vorbemerkung | 473 |
| 1. Kritik an der Handlungshaftung | 473 |
| 2. Bewertung | 475 |
| II. Modell der Unternehmenshaftung | 477 |
| 1. Handlungen? | 478 |
| a) (Wirtschaftliche) Aktivitäten | 478 |
| b) Objektive Finalität | 481 |
| 2. Unternehmen | 482 |
| III. Verhaltens- und Verschuldenszurechnung? | 483 |
| 1. Haftungsbegründung | 483 |
| a) Streitthemen | 483 |
| b) Bewertung | 485 |
| aa) Direkte Haftung | 485 |
| bb) Indirekte Haftung | 487 |
| 2. Haftungsquoten | 488 |
| IV. Fazit | 488 |
| D. Haftungskanalisisierung | 489 |
| I. Rechtliche Kanalisierung | 489 |
| II. Wirtschaftliche Kanalisierung | 490 |
| III. Bewertung | 491 |
| E. Ergebnisse | 493 |
| § 8 Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung | 495 |
| A. Vorüberlegungen zur Fahrlässigkeit | 497 |
| I. Grundlagen | 497 |
| II. Pflichtverletzung | 499 |
| 1. Objektiver Maßstab | 500 |
| a) Rechtfertigung | 500 |
| b) Typisierung | 503 |
| 2. Maßnahmenbezogene Prüfung | 504 |
| 3. Konkretisierung der erforderlichen Sorgfalt | 506 |
| a) Rechtsnormen, Regelwerke | 507 |
| b) Vergleichsperson | 508 |
| c) Interessenabwägung | 509 |
| d) Kosten-Nutzen-Analyse | 510 |
| aa) Theorie | 510 |

| | |
|--|-----|
| bb) Praxis | 513 |
| III. Zwischenfazit | 516 |
| IV. Fahrlässigkeitsschuld | 517 |
| 1. Verantwortlichkeit | 518 |
| 2. Innere Sorgfalt | 519 |
| a) Problembeschreibung | 520 |
| b) Erkennbarkeit der Gefahr | 524 |
| c) Vermeidbarkeit des Schadens | 529 |
| 3. Verbotsirrtum | 530 |
| 4. Vorwerfbarkeit | 533 |
| a) Fahrlässigkeitsvorwurf | 534 |
| b) Verschuldensvorwurf | 535 |
| 5. Entschuldigungsgründe | 537 |
| V. Fazit | 538 |
| B. Echte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung | 540 |
| I. Unternehmenspflichten | 542 |
| II. Typisierung | 543 |
| III. Pflichtverletzung | 546 |
| 1. Maßnahme | 547 |
| a) Auswahl | 548 |
| aa) Theorie | 548 |
| bb) Praxis | 550 |
| b) Möglichkeit | 552 |
| c) (Quasi-)Kausalität | 553 |
| 2. Nutzen | 554 |
| a) pX ohne Maßnahme | 555 |
| b) pX mit Maßnahme | 557 |
| 3. Kosten | 558 |
| a) Vorbereitungskosten | 559 |
| aa) Theorie | 559 |
| bb) Praxis | 562 |
| b) Sorgfaltskosten | 566 |
| aa) Theorie | 567 |
| bb) Praxis | 570 |
| 4. Zumutbarkeit? | 571 |
| IV. Fazit | 572 |
| C. Unechte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung | 573 |
| I. Bedarf? | 574 |
| II. Entlastung? | 576 |
| III. Fazit | 578 |
| D. Ergebnisse | 578 |

| | |
|--|-----|
| § 9 Unternehmens-Vorsatzhaftung | 581 |
| A. Vorüberlegungen zum Vorsatz | 583 |
| I. Subjektiver Vorsatz | 584 |
| 1. Tatbestandsebene | 584 |
| 2. Beweisebene | 588 |
| II. Kritik | 591 |
| 1. Verfehlt Rationalitätsprämisse | 592 |
| 2. Beweisprobleme | 593 |
| 3. Manipulierbarkeit | 596 |
| 4. Zweckverfehlung? | 598 |
| 5. Fazit | 599 |
| III. Zweck des Vorsatzes | 600 |
| 1. Strafrecht | 600 |
| 2. Zivilrecht | 603 |
| a) Strafe? Schuld? | 603 |
| b) Freiheitsschutz | 605 |
| c) Vermeidung von Überabschreckung | 605 |
| d) Senkung von Informationskosten | 609 |
| 3. Fazit | 611 |
| IV. Objektiver Vorsatz | 612 |
| 1. Objektivieren – aber wie? | 614 |
| a) Verzicht auf das Wollenselement? | 615 |
| b) Außenperspektive | 618 |
| 2. Konkretisierung | 620 |
| a) Umstandskennntnis | 620 |
| b) Bewusstsein | 621 |
| c) Kennenmüssen | 622 |
| d) Wollenselement | 624 |
| aa) Maßstab | 624 |
| bb) Kriterien | 626 |
| 3. Mögliche Einwände | 629 |
| a) Gesetzesverletzung? | 629 |
| b) Zu eng? | 630 |
| c) Zu weit? | 631 |
| d) Unklarer Maßstab? | 632 |
| V. Fazit | 632 |
| B. Echte Unternehmens-Vorsatzhaftung | 634 |
| I. Unternehmenspflichten | 636 |
| II. Objektiver Unternehmensvorsatz | 637 |
| 1. Objektiver Maßstab | 638 |
| 2. Umstandskennntnis | 640 |
| 3. Wollenselement | 642 |

| | |
|--|-----|
| III. Unternehmensvorsatz kraft Wissenszurechnung | 645 |
| 1. Rechtsprechung | 647 |
| a) § 463 S. 2 BGB a. F. | 647 |
| b) § 826 BGB | 651 |
| 2. Teleologische Bewertung | 655 |
| 3. Dogmatische Reinterpretation | 660 |
| 4. Ergebnis | 663 |
| IV. Fazit | 665 |
| C. Unechte Unternehmens-Vorsatzhaftung | 667 |
| I. Haftungsnormbezogene Zurechnung | 668 |
| II. Entlastung? | 669 |
| III. Fazit | 672 |
| D. Ergebnisse | 673 |
| | |
| Teil 5: Indirekte Unternehmenshaftung | 677 |
| | |
| § 10 Grundlagen und Konkretisierung | 678 |
| | |
| A. Grundlagen | 679 |
| I. Haftung für fremdes Delikt | 679 |
| II. Keine Zurechnung | 682 |
| III. Keine Schuldübernahme | 684 |
| B. Verbandshaftung (§ 31 BGB) | 687 |
| I. Repräsentantenhaftung? | 687 |
| II. Körperschaftliches Organisationsverschulden? | 690 |
| III. Anknüpfungstat | 693 |
| 1. Unerlaubte Handlung | 694 |
| 2. Gefährdungshaftung | 694 |
| IV. Rechtsfolgen | 697 |
| 1. Haftung des Verbands | 698 |
| 2. Haftung des Organwalters | 698 |
| V. Analogie Einzelunternehmer? | 699 |
| VI. Fazit | 701 |
| C. Geschäftsherrnhaftung (§ 831 BGB) | 702 |
| I. Haftungsadressat, Pflichtenstellung | 703 |
| II. Gehilfendelikt | 705 |
| 1. Vorsatzhaftung | 706 |
| 2. Fahrlässigkeitshaftung | 708 |
| a) Verkehrspflichthaftung | 710 |
| b) Unmittelbare Rechtsverletzungen | 714 |
| 3. Persönliche Pflicht | 717 |
| 4. Individualisierung | 719 |
| 5. Deliktsfähigkeit | 719 |

| | |
|---|---------|
| III. Entlastungsbeweis | 720 |
| 1. Unternehmensbezogene Entlastung | 722 |
| a) Theorie | 723 |
| b) Praxis | 726 |
| 2. Kein dezentralisierter Entlastungsbeweis | 728 |
| 3. Rechtspolitische Bewertung | 729 |
| IV. Rechtsfolgen | 729 |
| 1. Haftung des Geschäftsherrn | 730 |
| 2. Haftung des Gehilfen | 731 |
| V. Fazit | 733 |
| D. Ergebnisse | 734 |
| Zusammenfassung | 737 |
| Anhang | 751 |
| A. Deutsche Reformentwürfe | 751 |
| I. Akademie für Deutsches Recht | 751 |
| Beschlüsse 1. Lesung (Mai 1941) | 751 |
| Beschlüsse 2. Lesung (Januar 1943) | 752 |
| II. Referentenentwurf 1967 | 752 |
| III. Gutachten 1981 | 753 |
| B. Ausländische Reformentwürfe | 753 |
| I. Schweiz | 753 |
| Vorentwurf von <i>Widmer/Wessner</i> (2000) | 753 |
| Obligationenrecht 2020 (2013) | 754 |
| II. Österreich | 754 |
| Diskussionsentwurf (Juni 2007) | 754 |
| III. Frankreich | 755 |
| Entwurf des Justizministeriums (März 2017) | 755 |
| C. Einheitsrecht | 755 |
| I. Principles of European Tort Law (PETL) | 755 |
| II. Draft Common Frame of Reference (DCFR) | 756 |
| Literaturverzeichnis | 757 |
| Sachverzeichnis | 793 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------|---|
| AbR | Archiv für bürgerliches Recht |
| ADHGB | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch |
| ALR | Allgemeines Landrecht |
| ASM | Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019 |
| BFM | Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017 |
| BH | Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017 |
| BHHJ | Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022 |
| BK | Berner Kommentar |
| BK-GG | Bonner Kommentar zum Grundgesetz |
| BKL | Bürgers/Körber/Lieder, Aktiengesetz, 5. Aufl. 2021 |
| BLP | Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2019 |
| BM | Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 2022 |
| BWKVM | Boldt/Weller/Kühne/Von Mäßenhausen, Bundesberggesetz, 2. Aufl. 2016 |
| CC | Code Civil |
| CHK | Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016 |
| DCFR | Draft Common Frame of Reference |
| DHS | Dürig/Herzog/Scholz, GG, 99. Erglfg. 2022 |
| EBJS | Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020 |
| EE | Eisenbahnrechtliche Entscheidungen (Entscheidungssammlung) |
| FK | Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht |
| FBO | Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl. 2016 |
| FPK | Filthaut/Piontek/Kayser, Haftpflichtgesetz, 10. Aufl. 2019 |
| GZ | Greger/Zwickel, Haftung im Straßenverkehr, 6. Aufl. 2021 |
| HAVE | Haftung und Versicherung (Zeitschrift) |
| HH | Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl. 2021 |
| HKD | Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 46. Aufl. 2021 |
| HKK | Historisch-kritischer Kommentar zum BGB |
| HMS | Habersack/Mülbert/Schlitt, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl. 2019 |
| IM | Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020 |
| KB | Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020 |
| KBF | Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023 |
| KF | Karlsruher Forum |

| | |
|---------|---|
| KFG | Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3.5.1909 (RGBl. 1909 S. 437) |
| KMH | Kügel/Müller/Hofmann, Arzneimittelgesetz, 3. Aufl. 2022 |
| KOV | Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017 |
| LH | Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 20. Aufl. 2020 |
| LK-StGB | Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 13. Aufl. 2020ff. |
| LKH | Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023 |
| LKL | Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021 |
| LMRKM | Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020 |
| LR | Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 96. Erglfg. September 2021 |
| MHLS | Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017 |
| MKS | v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018 |
| MR | Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020 |
| Mot. | Motive zum 1. Entwurf des BGB |
| MVR | Meyer/Veil/Rönnau, Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2018 |
| NSH | Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022 |
| OS | Ohly/Sosnitza, UWG, 8. Aufl. 2023 |
| OSK | Otto/Schwarze/Krause, Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl. 2014 |
| PETL | Principles of European Tort Law |
| PP | Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021 |
| PrEG | Preußisches Eisenbahngesetz v. 3.11.1838, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, 1838, S. 505–516 |
| Prot. | Protokolle der 2. BGB-Kommission |
| PrOT | Preußisches Obertribunal |
| PSG | Piens/Schulte/Graf Vitzthum, Bundesberggesetz, 3. Aufl. 2020 |
| RGRK | Reichsgerichtsrätekommentar |
| RHPflG | Reichshaftpflichtgesetz |
| RSD | Reichert/Schimke/Dauernheim, Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018 |
| RTV | Verhandlungen des Deutschen Reichstages, Stenographische Berichte und Anlagen |
| SchSch | Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019 |
| SHG | Sachschadenshaftpflichtgesetz v. 29.4.1940 (RGBl. 1940 S. 691) |
| SP | Salje/Peter, UmweltHG, 2. Aufl. 2005 |
| StrietA | Archiv für Rechtsfälle, hg. v. Striethorst (Entscheidungssammlung) |
| SZ | Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020 |
| SZDK | Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, 57. Erglfg. 2022 |
| UHL | Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl. 2013–16 |
| VAE | Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen (Entscheidungssammlung) |
| VOR | Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht |
| VRS | Verkehrsrechts-Sammlung (Entscheidungssammlung) |
| Warn | Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Entscheidungssammlung) |

Einleitung

A. Problemüberblick

Der dogmatische Stand des deutschen Unternehmenshaftungsrechts entspricht nicht seiner praktischen Bedeutung.¹ In jüngerer Zeit haben dies vor allem die „Dieselfälle“ nochmals deutlich vor Augen geführt. Die Herausforderungen fangen bereits damit an, dass „das Unternehmen“ – verstanden als wirtschaftlich tätige Organisation² – selbst nicht haften kann, weil es nach ganz h.M. nicht rechtsfähig und somit auch nicht vermögensfähig ist.³ Wer kein Vermögen haben kann, kommt sinnvollerweise nicht als Adressat einer Schadensersatzpflicht, also als Haftungsadressat, in Betracht. Rechts-, vermögens- und haftungsfähig ist nur der sog. Unternehmensträger, dem das Unternehmen – genauer: das Unternehmensvermögen – gehört. Allerdings gibt es nach bisherigem Verständnis nur wenige Haftungstatbestände, die meisten im Bereich der Gefährdungshaftung, die sich unmittelbar auf Unternehmensträger und Unternehmen anwenden lassen. Die Tatbestände der Verschuldenshaftung und damit auch das BGB-Deliktsrecht sind hingegen individualistisch konzipiert und knüpfen im Grundsatz an das Verhalten einzelner Menschen an. Ist der Unternehmensträger kein Einzelunternehmer, sondern eine Personen- oder Kapitalgesellschaft, kann er einen solchen Tatbestand also selbst nicht verwirklichen. Stattdessen ist auf die Unternehmensangehörigen abzustellen, also diejenigen natürlichen Personen, die ihre Arbeitskraft in das Unternehmen einbringen. Aus Sicht des Deliktsrechts zerfällt also z.B. das Unternehmen „Volkswagen AG“ in die Aktiengesellschaft als Unternehmensträger und über 100.000 potenzielle Deliktstäter, deren deliktisches Verhalten sowohl ihre persönliche Haftung als auch eine Haftung der Aktiengesellschaft begründen kann.⁴

¹ Für kritische Bestandsaufnahmen aus jüngerer Zeit s. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 106 ff.; Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 58 ff.; Brüggemeier, AcP 219 (2019), 771, 783–792, 808–811; Brüggemeier, HAVE 2013, 87 ff.; Wantzen, Unternehmenshaftung, 2007, 1–42, 247–290 und passim.

² Ausführlicher zu Unternehmensbegriffen unten → bei Fn. 91.

³ A.A. insb. Raiser, FG Zivilrechtslehrer, 1999, 489, 502 ff.; Raiser, Unternehmen, 1969, 166 ff. Für die h. M. vgl. K. Schmidt, HandelsR, ⁶2014, § 3 Rn. 39–43 m. w. N.

⁴ Vgl. Volkswagen AG, Geschäftsbericht 2021, S. 135.

Im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB haben sich die Gerichte im Laufe der Jahrzehnte darum bemüht, die Begründung der Unternehmens(träger)haftung in gewissem Umfang vom individuellen Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger zu lösen. Wichtige Meilensteine waren die Anerkennung eigener deliktischer Pflichten des Unternehmensträgers, auch wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, die Rechtsprechung zum sog. Organisationsverschulden und unternehmensspezifische Beweisregeln wie die Beweislastumkehr zu Lasten des Herstellers bei der Produzentenhaftung. In anderen Bereichen hält der BGH strikt an der individualistischen Konzeption des BGB-Deliktsrechts fest. Besonders deutlich zeigt sich dies an der jüngeren Rechtsprechung zu § 826 BGB. In der Fondsprospekt-Entscheidung aus dem Jahr 2016 hat der BGH betont, die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i. V. m. § 31 BGB setze voraus, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter i. S. des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB persönlich verwirklicht habe.⁵ Die (Vorsatz-)Haftung der juristischen Person als Unternehmensträgerin mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung zu begründen, lehnte der BGH unter Hinweis auf den „personalen Charakter“ der Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB ausdrücklich ab. In den Dieselfällen hat der BGH diese Rechtsprechung bestätigt⁶ und es liegt auf der Hand, dass sein Konzept angesichts der Tatsache, dass bis heute unklar ist, wer genau in welcher Weise an den Abgasmanipulationen beteiligt war, zum Problem hätte werden können. Allerdings bestätigte der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung betreffend die Volkswagen AG den Ansatz zahlreicher Instanzgerichte, wegen des unzureichenden Prozessvortrags des Unternehmens davon auszugehen, dieses habe eine sekundäre Darlegungslast verletzt und die Behauptungen des Klägers zur Beteiligung des Vorstands müssten deshalb nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gelten.⁷

Demgegenüber soll in dieser Arbeit untersucht werden, ob die Unternehmenshaftung, verstanden als deliktische Schadensersatzhaftung von Unternehmensträgern, nicht doch auch schon auf der Ebene des materiellen Rechts stärker unternehmensbezogen begründet werden kann. Damit ist gemeint, für die Prüfung der jeweiligen Haftungsvoraussetzungen nicht auf einzelne Unternehmensangehörige, sondern auf das Unternehmen als Organisation abzustellen. Das mag angesichts der individualistischen Konzeption des BGB-Deliktsrechts vom Ansatz her überraschen. Wie sich jedoch erweisen wird, lassen sich bereits in der heutigen Dogmatik des Unternehmenshaftungsrechts nicht wenige Anknüpfungspunkte identifizieren, die in diese Richtung weisen. Vor allem aber lässt sich zeigen, dass ein unternehmensbezogener Ansatz der Haftungsbe-

⁵ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2017, 250, 251 ff., Rn. 13, 23, 26 f.

⁶ Besonders deutlich BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23.

⁷ BGHZ 225, 316, 330 ff. = NJW 2020, 1962, 1966 ff., Rn. 34–42.

gründung den Zwecken des Haftungsrechts und einzelner Haftungsnormen oft besser entspricht als ein rein individualistisches Konzept. Um dies nachzuweisen, wird im Folgenden insbesondere auch auf Erkenntnisse der Rechtsökonomik zurückgegriffen. Außerdem sind einige der später entwickelten Vorschläge zur Restrukturierung des Unternehmenshaftungsrechts durch rechtsvergleichende Beobachtungen inspiriert. Die Methodik unterscheidet sich also z. B. von der grundlegenden Arbeit *Kleindieks*,⁸ der seine Untersuchung über die Deliktshaftung juristischer Personen vor allem historisch-dogmatisch angelegt hat. Der Fokus liegt aber auch hier auf dem deutschen Deliktsrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung; rein rechtspolitische Diskussionen, etwa über die Abschaffung der Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB oder einen Ausbau der verschuldensunabhängigen Unternehmenshaftung sind nur als Hintergrund der rechtsdogmatischen Überlegungen relevant. Der Ansatz der hiesigen Untersuchung ist später⁹ noch näher zu erläutern. Zunächst soll das inhaltliche Problem noch etwas weiter entfaltet werden.

I. Ausgangslage

Ein Großteil der Schwierigkeiten der Unternehmenshaftung geht auf Entscheidungen zurück, die bereits der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber getroffen hat. Die Rechtsprechung hat das Unternehmenshaftungsrecht aber im Laufe der Jahrzehnte erheblich weiterentwickelt, wobei es ihr auch darum ging, einige Mängel der ursprünglichen Konzeption zu beheben oder zumindest abzumildern. Dadurch konnten gewisse Verbesserungen erreicht werden, andere Probleme blieben jedoch bestehen. Das ist im Folgenden zu konkretisieren.

1. Verfehlte Grundkonzeption

Das Deliktsrecht der §§ 823 ff. BGB enthält keine speziellen Vorschriften über die Haftung von Unternehmen bzw. Unternehmensträgern. Stattdessen ging der BGB-Gesetzgeber davon aus, dass Unternehmensinhaber und ihr Personal grundsätzlich nach denselben Vorschriften haften würden wie Privatpersonen. Den Besonderheiten sozialer und wirtschaftlicher Organisationen, in denen mehrere Menschen gemeinsam auf die Erreichung bestimmter Zwecke hinwirken, konnte man damit kaum gerecht werden. Sobald der Unternehmensinhaber andere Personen in die unternehmerischen Prozesse einschaltet, stellt sich die Frage, ob er nicht nur für eigenes, sondern auch für fremdes (Fehl-)Verhalten einzustehen hat. Die Antwort des BGB-Gesetzgebers war § 831 BGB, der jedoch die Arbeitsteilung innerhalb von Unternehmen genauso regelt wie die Be-

⁸ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997.

⁹ → B, C.

auftragung von Gehilfen durch Privatpersonen: Der Geschäftsherr haftet grundsätzlich nur, wenn er bei der Auswahl oder Überwachung des Gehilfen nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat, wenn ihm also ein eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden anzulasten ist. Damit übernahm man den Ansatz, der schon im gemeinen Recht und im preußischen Landrecht gegolten hatte.¹⁰ Für juristische Personen und sonstige Körperschaften als Unternehmensträger kam § 31 BGB hinzu, der – das war Ende des 19. Jahrhunderts durchaus innovativ¹¹ – Verbände strikt für Delikte ihrer Organwalter einstehen lässt. Mit der verschuldensabhängigen Ausgestaltung der Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB wollte man hingegen auch für den Bereich der Arbeitsteilung am Verschuldensprinzip festhalten. Es lag jedoch von Anfang an auf der Hand, dass dieser Ansatz gerade auf Großunternehmen nicht richtig passen konnte, weil hier der Unternehmensinhaber praktisch nicht in der Lage ist, alle Gehilfen persönlich auszuwählen und zu überwachen.¹²

Alternativen hätte es gegeben: Bereits seit 1804 galt der Code civil und zwar nicht nur in Frankreich, sondern als rheinisches Recht auch in deutschen Ländern, zur Zeit der Entstehung des BGB immerhin noch in den linksrheinischen Gebieten und der gesamten Rheinprovinz. Art. 1384 CC (seit 1. Oktober 2016: Art. 1242 CC) regelte schon damals eine strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior*, also ohne Rücksicht auf ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn. Für dieses Modell hatte sich auch der 18. Deutsche Juristentag 1886 ausgesprochen und auch in den Beratungen über das BGB waren gleich mehrfach entsprechende Anträge gestellt worden, freilich ohne Erfolg.¹³ Und noch zwei weitere Konzepte lagen fertig auf dem Tisch: Das Reichshaftpflichtgesetz (RHPfG) von 1871 enthielt in § 1 bereits das Grundgerüst der heute in § 1 HPfG geregelten Gefährdungshaftung der Eisenbahnunternehmer sowie in § 2 die heute in § 3 HPfG geregelte strikte Repräsentantenhaftung der Betreiber bestimmter gefährlicher Betriebe. Während die Gefährdungshaftung weitgehend entindividualisiert ist, weil sie schlicht an den Betrieb der Eisenbahn anknüpft und kein Verschulden voraussetzt, ähnelt die Repräsentantenhaftung der Regelung des § 31 BGB, mit dem zentralen Unterschied, dass sie nicht nur für Körperschaften gilt, sondern für sämtliche Inhaber entsprechender Betriebe. Strikte Vertreter- und Gehilfenhaftungen hatte man auch schon für das ADHGB von 1861 erwogen, jedoch letztlich nicht umgesetzt.¹⁴ Auch

¹⁰ Vgl. ALR I 6 §§ 50–53; Mot. II, S. 736 = Mugdan II, S. 411.

¹¹ Dies kommt in zahlreichen frühen Monografien zum Ausdruck, vgl. z.B. *Billmann*, Haftung, 1906; *K. Saenger*, § 31 BGB, 1903; *Hafter*, Delikts- und Straffähigkeit, 1903; *Krüger*, Haftung, 1901; *Reineke*, Haftung, 1900; *Klingmüller*, Haftung, 1900; *Rhomberg*, Verschulden, 1899; *Hartwig*, Haftung, 1899; *Bamberg*, Deliktsfähigkeit, 1898.

¹² Ausf. → § 1 B III.

¹³ DJT (Hrsg.), Verh. 18. DJT, Bd. 2, 1887, S. 105f.; MünchKommBGB/Wagner, § 831 Rn. 1; *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, 941, 943f., 947f.

¹⁴ Dazu ausf. *K. Schmidt*, FS Raisch, 1995, 189, 206f. und passim.

diese Modelle wurden im Rahmen der Beratungen über das BGB durchaus als Alternativen für die Ausgestaltung der Unternehmenshaftung diskutiert. In den abschließenden Verhandlungen im Reichstag war sogar beantragt worden, einen deutlich erweiterten Gefährdungshaftungstatbestand nach dem Vorbild des § 1 RHPfG und eine auf alle Unternehmer ausgeweitete Repräsentantenhaftung nach dem Vorbild des § 2 RHPfG in das BGB aufzunehmen.¹⁵ Dies wurde jedoch mit großer Mehrheit abgelehnt.

Obwohl also mit der strikten Geschäftsherrnhaftung, der Gefährdungshaftung und der Repräsentantenhaftung gleich drei weitere Ansätze zur Begründung der Unternehmenshaftung zur Verfügung standen, entschied der Gesetzgeber, im BGB nur die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung des § 831 umzusetzen. Eine strikte Geschäftsherrnhaftung wie nach Art. 1384 CC a. F. hielt man für zu weitgehend.¹⁶ Mehr als die Anwendung einer ordentlichen Sorgfalt könne vom Auftraggeber nicht verlangt werden.¹⁷ Die weitergehende Haftung nach § 2 RHPfG eigne sich nicht für den bürgerlichen Verkehr; wo es erforderlich sei, müsse es der Spezialgesetzgebung überlassen bleiben, Ausnahmen vom Prinzip der verschuldensabhängigen Haftung vorzusehen. Die 2. Kommission hielt immerhin den Gedanken für „berechtigt“, „daß derjenige, der die Vortheile eines Unternehmens genieße, auch für die Schäden, welche für Dritte daraus entstünden, aufzukommen habe“, meinte jedoch, im BGB lasse er sich nicht ausgestalten.¹⁸ Vielmehr könne dies nur auf dem Wege der Spezialgesetzgebung geschehen, weil man nur so auch den „technischen Fragen“ Rechnung tragen und die Lasten der Haftung über einen Versicherungszwang verteilen könne. Ohne Regelung des Versicherungswesens lasse sich die Tragweite einer strikteren Haftung nicht übersehen und „manche der Schonung bedürftigen industrielle Zweige“ sowie „die kleine Landwirtschaft“ könnten gefährdet werden. Die erst in den Verhandlungen im Reichstag beantragte Ausweitung der Gefährdungshaftung hielt man für nicht ausreichend vorbereitet.¹⁹ Also blieb es bei der im größten Teil des Kaiserreiches bereits geltenden verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung, obwohl es dazu schon in den Motiven zum RHPfG 1871 heißt, es liege auf der Hand, dass eine so eng begrenzte Haftung „bei industriellen Unternehmungen“ den Geschädigten „nur in sehr seltenen Fällen Aussicht auf Schadloshaltung gewährt“.²⁰

¹⁵ Antrag, Begründung und Beratungsprotokoll abgedruckt bei *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, 947 ff.

¹⁶ Mot. II, S. 736 = Mugdan II, S. 411.

¹⁷ Hierzu und zum Folgenden Prot. RJA, S. 545 f. = *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, S. 941. Vgl. auch noch Prot., S. 2784 = Mugdan II, S. 1094.

¹⁸ Hierzu und zum Folgenden Prot., S. 2785 = Mugdan II, S. 1094 f.

¹⁹ Vgl. Beratungsprotokoll bei *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, 948.

²⁰ RTV, Bd. 21, 1871, S. 69.

2. Korrekturen durch die Rechtsprechung

Die heutige Dogmatik des Unternehmenshaftungsrechts hat mit der ursprünglichen Konzeption des BGB-Gesetzgebers nicht mehr viel zu tun. Zwar sind alle wesentlichen Vorschriften unverändert geblieben, insbesondere die beiden Zentralnormen § 31 und § 831 BGB. Die Gerichte sind aber schon kurz nach Inkrafttreten des BGB dazu übergegangen, die Unternehmenshaftung mit verschiedenen methodischen Ansätzen aus dem engen Korsett der §§ 31, 831 BGB zu befreien. Die Einzelheiten sind, soweit für die Fragestellung dieser Arbeit relevant, später²¹ noch ausführlicher darzustellen. Hier soll die Entwicklung nur ganz grob skizziert werden: Als besonders folgenreich hat sich erwiesen, dass das Reichsgericht von Anfang an davon ausging, dass Unternehmens- und andere Organisationsträger, selbst wenn sie z. B. als juristische Personen im natürlichen Sinne nicht handlungsfähig sind, unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet sein können. Das macht es z. B. möglich, eine Aktiengesellschaft als Unternehmensträgerin direkt aus dieser Vorschrift haften zu lassen, wenn eine Verkehrssicherungspflicht verletzt wird, die sie als Eigentümerin eines Grundstücks oder als Betreiberin einer gefährlichen Anlage trifft. Für Merkmale wie das Verschulden, die sich nicht sinnvoll auf juristische Personen beziehen lassen, stellen die Gerichte im Grundsatz auf die verfassungsmäßig berufenen Vertreter i. S. des § 31 BGB ab. Diese Art der direkten Unternehmenshaftung wurde im Laufe der Jahrzehnte immer weiter entwickelt und ist heute in ihrer praktischen Bedeutung kaum zu überschätzen. Hier hat man z. B. auch eine weit über die Auswahl- und Überwachungspflichten des § 831 BGB hinausreichende Pflicht zur „allgemeinen Oberaufsicht“ verortet²² und heute haften Unternehmensträger nach § 823 Abs. 1 BGB insbesondere auch für das sog. Organisationsverschulden. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass derjenige, der die Organisationsgewalt über ein betriebliches Unternehmen innehat, für die Gefahrensicherung in seinem Organisationsbereich sorgen muss. Verletzt er schuldhaft diese Pflicht, so ist er für die dadurch entstehenden Schäden nach § 823 Abs. 1 BGB verantwortlich.²³

Etliche dogmatische Innovationen der Rechtsprechung zielen mehr oder weniger deutlich darauf ab, den Anwendungsbereich der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung zu verkleinern und dem Unternehmensinhaber die Möglichkeit zu nehmen, sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten. Dahinter steht die heute weit verbreitete Überzeugung, die Entlastungsmöglichkeit sei rechtspolitisch verfehlt.²⁴ Als einfaches, aber effektives Instrument hat es sich erwiesen, die Anforderungen an die Entlastung so sehr in die Höhe zu

²¹ → § 1 A, B.

²² Grundlegend RGZ 87, 1, 4 (1915); RGZ 78, 107, 109 (1911).

²³ Vgl. einstweilen nur BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

²⁴ Dazu ausf. → § 1 B I.

schrauben, dass sie sich realistischerweise kaum erfüllen lassen.²⁵ Außerdem hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 31 BGB zulasten des § 831 BGB immer weiter ausgedehnt, indem sie zunächst den Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ extensiv ausgelegt und später dann § 31 BGB analog auf alle Personen angewendet hat, „denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren“ (sog. Repräsentantenhaftung).²⁶ Konzeptionell in eine ähnliche Richtung geht die Rechtsprechung zum sog. körperschaftlichen Organisationsmangel, wonach eine juristische Person nach § 31 BGB auch haften kann, wenn sie für einen besonders wichtigen Aufgabenbereich keinen verfassungsmäßigen Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB benennt, für den sie strikt haften würde.²⁷

Als wirksames Mittel zur Umgehung des als defizitär empfundenen deliktischen Unternehmenshaftungsrechts hat sich außerdem die Ausweitung der vertraglichen Haftung erwiesen. Das Vertragsrecht hat gegenüber dem Deliktsrecht nicht nur den Vorteil, dass nach §§ 280 ff., 249 ff. BGB ohne prinzipielle Beschränkungen auch für reine Vermögensschäden gehaftet wird, sondern es sieht in § 278 BGB auch eine strikte Haftung für Versäumnisse von Erfüllungsgehilfen vor. Schon das Reichsgericht nutzte dies, um Unternehmensträger ohne Entlastungsmöglichkeit für die Verletzung vertraglicher Schutzpflichten durch Gehilfen eintreten zu lassen, die andernfalls als deliktische Verkehrs-pflichtverletzungen unter § 831 BGB gefallen wären. Dabei ging es früh davon aus, dass sich Schutzpflichten und eine Haftung nach §§ 280, 278 BGB auch aus vorvertraglichen Schuldverhältnissen ergeben können.²⁸ Außerdem schuf es den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und erstreckte den vertraglichen Schutz so z. B. auch auf Familienmitglieder eines Mieters,²⁹ die somit ebenfalls von der weitergehenden Haftung profitieren konnten. Der BGH kombinierte später beides im berühmten Gemüseblatt-Fall und weitete den Anwendungsbereich der vertraglichen Haftung und der Gehilfenhaftung nach § 278 BGB nochmals dadurch aus, dass er ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten annahm.³⁰

Zwei weitere wichtige Instrumente sind noch kurz zu erwähnen: Zum einen hat die Rechtsprechung einige Bereiche der Unternehmenshaftung zumindest in praktischer Hinsicht weitgehend dadurch entindividualisiert, dass sie die Beweislast in Bezug auf individualistische Merkmale wie das Verschulden umge-

²⁵ Besonders weitgehend BGH NJW 1973, 1602, 1603 f.; NJW 1968, 247, 248 f.

²⁶ Z. B. BGHZ 196, 340, 343 = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12. Ausf. → § 1 B IV.

²⁷ Z. B. BGH NJW 1980, 2810, 2811. Ausf. → § 1 B V.

²⁸ Grundlegend RGZ 78, 239 ff. (1911).

²⁹ RGZ 127, 218, 222 f. (1930); RGZ 91, 21, 24 (1917).

³⁰ BGHZ 66, 51, 55 ff. = NJW 1976, 712 f.

kehrt hat. Paradebeispiel ist die auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte Produzentenhaftung, bei der, obwohl es sich weiter um eine Verschuldenshaftung handelt, in der Regel nicht mehr auf einzelne Unternehmensangehörige abgestellt wird, sondern schlicht auf „das Herstellerunternehmen“.³¹ Es bleibt abzuwarten, ob die bereits erwähnte Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast in den Dieselfällen einen ähnlichen Effekt für die Vorsatzhaftung z. B. nach § 826 BGB haben wird. Zum anderen spielt auch die arbeitsrechtliche Figur des innerbetrieblichen Schadensausgleichs für das heutige Unternehmenshaftungsrecht eine nicht unbedeutende Rolle. Das ergibt sich daraus, dass der Verrichtungsgehilfe, für den der Unternehmensträger nach § 831 BGB einzustehen hat, oft auch persönlich haftet, und zwar auch, wenn sich der Unternehmer nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann. Weil es jedoch der Unternehmensträger ist, der das Betriebsrisiko tragen soll, und weil es aus sozialpolitischen Gründen verfehlt sein kann, dem Arbeitnehmer das gesamte Haftungsrisiko aufzubürden, gehen die Arbeits- und die Zivilgerichte davon aus, dass der Verrichtungsgehilfe als Arbeitnehmer ggf. einen Freistellungs- oder Regressanspruch gegen den Arbeitgeber hat, was insbesondere in Betracht kommt, wenn ihn kein grobes Verschulden trifft.³² Daraus ergeben sich Wechselwirkungen für die Praxis der Unternehmenshaftung, weil der Umstand, dass der Unternehmensträger den Schaden im Ergebnis doch noch tragen muss, dazu führen kann, dass er gar nicht erst versucht, sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten.³³ Dadurch mag auch die Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich zumindest in praktischer Hinsicht zu einer gewissen Entindividualisierung der Unternehmenshaftung beigetragen haben.

3. Fortbestehende Probleme

Durch die genannten Weiterentwicklungen, die teils auf einer methodengerechten Auslegung des Gesetzes beruhen und kaum über die ursprüngliche Konzeption des BGB-Gesetzgebers hinausgehen (so z. B. die unmittelbare Verpflichtung des Unternehmensträgers, die u. a. durch § 831, § 833 S. 2 und §§ 836–838 BGB nahegelegt wird), teils jedoch auch auf kühne Rechtsfortbildungen gestützt sind (so z. B. die Repräsentantenhaftung, die der BGB-Gesetzgeber erkennbar nicht wollte³⁴), haben die Gerichte verhindert, dass sich die Unternehmenshaftung des BGB als dysfunktional erwiesen hat. Dadurch sind freilich nicht alle Probleme gelöst. Das fängt schon damit an, dass einige Ansätze der Rechtsprechung in der Literatur auf ein kritisches Echo gestoßen sind. Das gilt neben der Repräsentantenhaftung z. B. auch für den körperschaftlichen Or-

³¹ Vgl. etwa BGHZ 181, 253 ff. = NJW 2009, 2952 ff.

³² Z. B. BGHZ 157, 9, 16 f. = NJW 2004, 951, 953; BAG NZA 1994, 1083, 1084 ff.

³³ Vgl. *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 28.

³⁴ Dazu ausf. unten → § 1 B IV 2, 3.

ganisationsmangel, die hohen Anforderungen an die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB und die partielle Verdrängung des Deliktsrechts durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vertragsrechts.³⁵ Außerdem sind die Probleme des Unternehmenshaftungsrechts durch die diversen dogmatischen Wandlungen zwar abgemildert, aber nicht gelöst worden. § 831 BGB kommt heute seltener zur Anwendung als es der ursprünglichen Konzeption des BGB entspräche, aber die Norm bleibt praktisch bedeutsam, z. B. bei Vorsatzdelikten oder wenn Geschäftsherr ein Einzelunternehmer ist. Außerdem ist es nicht gelungen, die Probleme der Entlastung in Großunternehmen befriedigend zu lösen. Die Rechtsprechung hat hierfür zunächst den sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis zugelassen, der der verschuldensabhängigen Ausgestaltung des § 831 BGB Rechnung trägt, aber zu Recht kritisiert wird, weil er zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Privilegierung von Großunternehmen führt.³⁶ Der BGH hat sich später distanzierend geäußert, aber nicht erläutert, wie die Entlastung stattdessen erfolgen soll, wenn der Gehilfe nicht direkt von der Unternehmensleitung ausgewählt und überwacht wurde.

Vor allem aber sehen sich die Gerichte weiterhin gezwungen, auch für den Bereich der Unternehmenshaftung im Grundsatz an der individualistischen Konzeption des BGB-Deliktsrechts festzuhalten.³⁷ Die Haftung gemäß §§ 31, 831 BGB knüpft im Regelfall daran an, dass ein einzelner Organwalter oder Verrichtungsgehilfe in Ausführung der ihm übertragenen Aufgaben ein Delikt begeht. Selbst wenn die Haftung mit der Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers begründet wird, z. B. einer grundstücksbezogenen Verkehrssicherungspflicht, ist nach h. M. immer eine Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens erforderlich, die sich nach bisherigem Verständnis wiederum nur auf §§ 31, 831 BGB stützen lässt. Bei Gesellschaften als Unternehmensträgern stellt der BGH insbesondere auf die verfassungsmäßigen Vertreter i. S. des § 31 BGB ab und fragt z. B. danach, ob diese hätten erkennen müssen, was zur Erfüllung der Pflicht des Unternehmensträgers erforderlich war und ob ihnen als Verschulden angelastet werden kann, dass sie die Pflichtverletzung nicht vermieden haben.³⁸ Auch das „Organisationsverschulden“ ist keineswegs ein Verschulden des Unternehmens als Organisation, sondern ein individuelles Verschulden des Unternehmensinhabers oder eines Organwalters beim Organisieren der unternehmerischen Angelegenheiten. Die Rechtsprechung verzichtet zwar oft darauf, die konkret verantwortlichen Personen zu identifizieren und stellt mitunter einfach auf „die“ verfassungsmäßigen Vertreter oder „die“ Geschäftsleitung ab; erkennbar ist aber jedenfalls, dass sie für die

³⁵ Dazu im Einzelnen unten → § 1 B I 3, IV, V.

³⁶ Dazu ausf. → § 1 B III.

³⁷ Vgl. zum Individualismus des Deliktsrechts auch Öry, Kollektivität, 2020, 19 ff.

³⁸ Vgl. nur BGH NJW 1984, 801, 802; VersR 1976, 149, 151.

Begründung der Haftung wegen Verletzung eigener Pflichten der Gesellschaft eine Verschuldenszurechnung für erforderlich hält.

Am deutlichsten zeigen sich die Probleme des individualistischen Ansatzes heute bei der Unternehmenshaftung für Vorsatzdelikte, wie der eingangs bereits erwähnte Fondsprospekt-Fall und die Dieselfälle anschaulich belegen. Im Fondsprospekt-Fall war die Haftung einer Aktiengesellschaft als Initiatorin eines Immobilienfonds und Mitherausgeberin des Fondsprospekts zu beurteilen. Es stand fest, dass Mitarbeiter der Gesellschaft Kenntnis davon hatten, dass für das Fondsgrundstück ein Altlastenverdacht bestand, was im Fondsprospekt jedoch nicht erwähnt wurde. Das Kammergericht ließ ausdrücklich offen, ob das Vorstandsmitglied, das intern für die Prospektherausgabe verantwortlich war und den Prospekt unterzeichnet hatte, von dem Altlastenverdacht wusste und begründete die Haftung der Aktiengesellschaft stattdessen mit den Grundsätzen der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung.³⁹ Der BGH wies diesen Ansatz deutlich zurück und verwies demgegenüber auf den „personalen Charakter“ der Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB.⁴⁰ Außerdem fehle es, selbst wenn zur Begründung des Wissenselements des Schädigungsvorsatzes eine Wissenszusammenrechnung zulässig wäre (was offen blieb), jedenfalls am Wollenselement. Denn die zumindest billigende Inkaufnahme der Schädigung eines anderen setze „damit korrespondierende Kenntnisse derselben natürlichen Person voraus“. Es könne daher nicht auf die Feststellung verzichtet werden, ob das zuständige Vorstandsmitglied persönlich die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung gemäß § 826 BGB verwirklicht habe. Dass der Altlastenverdacht „im Unternehmen“ bekannt war, reichte dem BGH für die Haftung des Unternehmensträgers also nicht aus. In den Dieselfällen wurden ähnlich unbefriedigende Ergebnisse dadurch verhindert, dass die Gerichte den beklagten Autoherstellern eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Kenntnisse ihrer verfassungsmäßigen Vertreter auferlegten und dass die Unternehmen den daraus folgenden Erklärungsobliegenheiten bei weitem nicht gerecht wurden.

Noch individualistischer als das Deliktsrecht ist das deutsche Strafrecht, weil schon das Grundgesetz verlangt, dass Strafe immer an Schuld i. S. einer persönlichen Vorwerfbarkeit geknüpft wird („keine Strafe ohne Schuld“, sog. Schuldprinzip).⁴¹ Daraus wird verbreitet geschlossen, nur Menschen könnten nach deutschem Recht Straftaten begehen, eine Bestrafung juristischer Personen und rechtsfähiger Personengesellschaften sei hingegen nicht möglich.⁴² Diese Überzeugung großer Teile der Strafrechtswissenschaft steht auch der Einführung

³⁹ KG BeckRS 2016, 17728, Rn. 48 ff.

⁴⁰ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2017, 250, 251 ff., Rn. 13, 23, 26 f.

⁴¹ Vgl. dazu BVerfGE 123, 267, 413 = NJW 2009, 2267, 2289; BVerfGE 20, 323, 331 = NJW 1967, 195, 196; *Heinrich A. Wolff*, AöR 124 (1999), 55, 56 und passim.

⁴² MünchKommStGB/*Freund*, 42020, Vor § 13 Rn. 150; *Roxin/Greco*, StrafR AT I, 52020,

eines Unternehmensstrafrechts entgegen, obwohl eine Unternehmensstrafbarkeit im Ausland eher die Regel als die Ausnahme ist, und das Bundesverfassungsgericht die Verhängung von Geldstrafen gegen juristische Personen nicht generell als unvereinbar mit dem Schuldprinzip ausgeschlossen hat.⁴³ Die Regierungskoalition der 19. Wahlperiode wollte mit dem Verbandssanktionengesetz (VerSanG)⁴⁴ zunächst zumindest die nicht strafrechtliche Sanktionierung von Unternehmensträgern verbessern, hat ihren Entwurf jedoch letztlich nicht verabschiedet. Übrig bleibt § 30 OWiG, der die Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen erlaubt, wenn eine sog. Leitungsperson eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begeht, die Pflichten der juristischen Person oder Personenvereinigung verletzt oder diese bereichert oder bereichern sollte. Für das Deliktsrecht hat das Fehlen einer echten Unternehmensstrafbarkeit zur Folge, dass Delikte nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. mit einem Straftatbestand als Schutzgesetz nur von natürlichen Personen begangen werden können. Ähnlich wie bei Delikten nach § 826 BGB ist also auch hier für die Unternehmenshaftung erforderlich, dass ein einzelner Unternehmensangehöriger den objektiven und subjektiven Tatbestand des Strafgesetzes vollständig verwirklicht.

II. Bekannte Lösungsansätze

Dass der gegenwärtige Stand des deutschen Unternehmenshaftungsrechts weder aus dogmatischer noch aus rechtspolitischer Sicht vollends befriedigt wird, in der Literatur einhellig anerkannt.⁴⁵ Die Spielräume für weitere Korrekturen innerhalb des bestehenden Systems hält man aber angesichts der oben⁴⁶ beschriebenen, zum Teil bereits sehr weitgehenden Uminterpretationen und Rechtsfortbildungen offenbar für ausgereizt. Als letzter Ausweg scheint nur noch eine Korrektur des Gesetzes übrig zu bleiben. Dabei stechen zwei Ansätze hervor, die in der Vergangenheit immer wieder diskutiert worden sind.

1. Strikte Geschäftsherrnhaftung

Die bereits in den Beratungen über das BGB vielfach präferierte strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior*, also als verschul-

§ 8 Rn. 63b, 63c, § 19 Rn. 53k; *Kühl*, StrafR AT, ⁸2017, § 10 Rn. 7; *Jescheck/Weigend*, StrafR AT, ⁵1996, 227; *G. Jakobs*, StrafR AT, ²1991, 6/45.

⁴³ Grundlegend BVerfGE 20, 323, 335 = NJW 1967, 195, 196f.

⁴⁴ Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, BT-Drs. 19/23568 – mit Ablauf der Legislaturperiode der Diskontinuität zum Opfer gefallen. Vgl. dazu nur *Heger*, JZ 2022, 115 ff.; *M. Schäfer*, wistra 2021, 89 ff.

⁴⁵ Vgl. nochmals die oben in → Fn. 1 zitierten Quellen, jeweils m. w. N.

⁴⁶ → I 2.

densunabhängige Haftung des Geschäftsherrn für sämtliche Delikte seiner weisungsabhängigen Gehilfen wird auch heute noch als vielversprechendstes Modell für die Lösung der Probleme der Unternehmenshaftung gehandelt.⁴⁷ Es gilt nicht nur unverändert in Frankreich, sondern auch in den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen und hat sich in der Praxis weitaus besser bewährt als das verschuldensabhängige Modell der Geschäftsherrnhaftung, das außer in Deutschland noch in Österreich und in der Schweiz zur Anwendung kommt. In Deutschland wurde bereits dreimal der Versuch unternommen, die Regelung des § 831 BGB durch eine strikte Geschäftsherrnhaftung zu ersetzen: Ein erster Vorschlag stammt von der nationalsozialistischen Akademie für Deutsches Recht, die Anfang der 1940er-Jahre daran arbeitete, das BGB durch ein nationalsozialistisches Volksgesetzbuch zu ersetzen. In diesem Zusammenhang war zunächst auch geplant, eine Geschäftsherrnhaftung ohne Entlastungsmöglichkeit vorzusehen, allerdings wurde dieser Ansatz im Laufe der Beratungen immer weiter verwässert.⁴⁸ Bekannt ist ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums aus dem Jahr 1967 für einen neuen § 831 BGB, der auf die Möglichkeit des Entlastungsbeweises nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB verzichtet, dafür aber statt einer „widerrechtlichen Schädigung“ ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt verlangt hätte.⁴⁹ Den dritten Vorschlag machte 1981 *von Bar* in seinem Gutachten zur Überarbeitung des Deliktsrechts, das zu den Vorarbeiten für die spätere Schuldrechtsmodernisierung zählt, die das Deliktsrecht dann freilich aussparte.⁵⁰ Auch er schlug vor, die Entlastungsmöglichkeit zu streichen und an ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt anzuknüpfen, wollte aber entgegen dem früheren Entwurf von 1967 die Beweislast für das Gehilfenverschulden dem Geschäftsherrn auferlegen.

Nachdem diese Vorstöße sämtlich gescheitert sind, ruhen die Hoffnungen hinsichtlich der Umsetzung einer strikten Geschäftsherrnhaftung heute eher auf der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung.⁵¹ Sowohl Art. 6:102 der Principles of European Tort Law (PETL) als auch Art. VI.-3:201 des Draft Common Frame of Reference (DCFR) sehen eine strikte Geschäftsherrnhaftung vor und soweit ersichtlich gab es darüber in den Beratungen keinen Streit. Dementsprechend spricht in der Tat vieles dafür, dass sich in einem europäischen Deliktsrecht die strikte Geschäftsherrnhaftung durchsetzen würde. Andererseits sind nicht nur die Reformbemühungen in Deutschland gescheitert, und zwar auch an inhaltlichen Bedenken, sondern auch in jüngeren Entwürfen

⁴⁷ So insb. MünchKommBGB/*Wagner*, § 823 Rn. 128; *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 49; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 298 ff.

⁴⁸ Dazu ausf. unten → § 3 bei Fn. 2–9.

⁴⁹ *Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf, Bd. I, 1967, 4; *Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf, Bd. II, 1967, 77 ff.

⁵⁰ *v. Bar*, in: Gutachten, 1981, 1681, 1716–1719, 1762.

⁵¹ So insb. MünchKommBGB/*Wagner*, § 831 Rn. 6.

zur Reform des österreichischen und des schweizerischen Haftungsrechts ist an der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung festgehalten worden.⁵² Außerdem enthalten sowohl die PETL als auch der DCFR auch noch andere Ansätze für die Unternehmenshaftung, worauf sogleich noch näher einzugehen ist.

2. Strikte Unternehmenshaftung

Der zweite Ansatz, der in der Vergangenheit zumindest für Teilbereiche immer wieder verfolgt wurde, und mitunter auch als Option für die weitere Entwicklung des Unternehmenshaftungsrechts insgesamt angesehen wird, ist der Ausbau der strikten Unternehmenshaftung. Die individualistische Konzeption des BGB-Deliktsrechts ergibt sich vor allem daraus, dass die darin enthaltenen Tatbestände vielfach an Merkmale anknüpfen, die sich, wie z. B. die Handlung oder das Verschulden, nach h. M. nur auf Menschen beziehen lassen. Es liegt also nahe, für die Begründung der Unternehmenshaftung und insbesondere der Haftung nicht menschlicher Unternehmensträger auf diese Merkmale zu verzichten und die Haftung verhaltens- und verschuldensunabhängig auszugestalten. Dass sich dadurch die konstruktiven Probleme der Unternehmenshaftung merklich reduzieren, zeigt die Gefährdungshaftung, deren Prüfung sich typischerweise direkt auf das Unternehmen und seine jeweilige gefährliche Aktivität beziehen lässt, ohne dass eine Individualisierung einzelner Unternehmensangehöriger erforderlich wäre.⁵³ Im BGB ist bekanntlich nur die Gefährdungshaftung der Tierhalter geregelt, die kurioserweise ausgerechnet für gewerbliche Tierhaltung nicht gilt (vgl. § 833 S. 2 BGB).⁵⁴ Im Übrigen verwies der BGB-Gesetzgeber wie gesehen auf die Spezialgesetzgebung und dort ist die (Unternehmens-)Gefährdungshaftung im Laufe der Jahre in der Tat immer weiter ausgeweitet worden, zunächst auf die Halter von Kraftfahrzeugen (§ 7 StVG; 1909) und Luftfahrzeugen (§ 33 LuftVG; 1922), dann auf die Betreiber von Strom- und Gasleitungen (§ 2 HPfLG; 1943), die Veranlasser wassergefährdender Aktivitäten und die Inhaber wassergefährdender Anlagen (§ 22 WHG a. F.; 1957; heute § 89 WHG), die Betreiber von Atomanlagen (§§ 25, 26 AtG; 1959) und später auf die Betreiber von Rohrleitungen (§ 2 HPfLG; 1978), die Inhaber umweltgefährdender Anlagen (§ 1 UmweltHG; 1990) und die Betreiber gentechnischer Arbeiten (§ 32 GenTG; 1990).

Zur Umsetzung einer Generalklausel für die Gefährdungshaftung hat sich der Gesetzgeber bisher hingegen nicht durchgerungen. Auch eine solche war bereits von der Akademie für Deutsches Recht vorgeschlagen worden, welche die Haftung daran anknüpfen wollte, dass jemand „ein Unternehmen betreibt,

⁵² Dazu noch ausf. unten → § 3 C II 1, 2.

⁵³ Dazu im Einzelnen unten → § 7.

⁵⁴ Zu Recht kritisch z. B. MünchKommBGB/Wagner, § 833 Rn. 3.

das für andere nach der Lebenserfahrung eigenartige Gefahren mit sich bringt“ und dass in Auswirkung dieser Gefahren ein Personen- oder Sachschaden entsteht.⁵⁵ Auch in der Literatur wurden verschiedene Vorschläge für die Einführung einer Generalklausel für die Gefährdungshaftung gemacht.⁵⁶ Kötz hat schließlich in seinem Gutachten zur Überarbeitung der Gefährdungshaftung, das wie das Gutachten von Bars zu den Vorarbeiten der Schuldrechtsmodernisierung zählt, eine Generalklausel für die Verkehrsmittelhaftung und eine zweite für die Anlagenhaftung vorgeschlagen, wodurch u. a. die §§ 1, 2 HPfLG, § 7 StVG und § 33 LuftVG überflüssig geworden wären.⁵⁷ Auch Art. 5:101 PETL enthält eine Generalklausel für die Gefährdungshaftung, wohingegen in Art. VI.-3:202 bis 3:207 DCFR verschiedene Einzelatbestände aufgelistet sind. In den hiesigen Kontext gehört auch die rechtspolitische Diskussion darüber, ob die Unternehmenshaftung, gerade weil sie Unternehmensträger adressiert, generell als strikte Haftung ausgestaltet werden sollte oder zumindest strikter als die Haftung von Privatpersonen. Besonders bekannt ist die US-amerikanische Debatte über die sog. *enterprise liability*, in der vor allem auch damit argumentiert wurde, dass Unternehmen u. a. wegen ihrer Möglichkeit zur (Selbst-)Versicherung gute Risikoträger seien und deshalb Schäden besser tragen könnten als Verbraucher.⁵⁸ In eine ähnliche Richtung, wenn auch weniger weit, geht das von Brügge-meier propagierte Modell einer quasi-strikten Unternehmenshaftung, worunter er eine „Unternehmenshaftung für betrieblich verursachte Drittschäden mit Beweislast des Unternehmens für deren Unvermeidbarkeit“ versteht.⁵⁹ Er sieht sie in Deutschland u. a. in der Produzentenhaftung und der Umwelthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB verwirklicht und meint, sie taue als „allgemeines Prinzip der deliktischen Unternehmenshaftung“.

3. Zweifel

Wie später⁶⁰ noch ausführlicher erläutert wird, ist die Forderung nach der Abschaffung des Entlastungsbeweises gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB und der daraus folgenden Einführung einer strikten Geschäftsherrnhaftung berechtigt und auch die eine oder andere Ausweitung der Unternehmens-Gefährdungshaftung mag gerechtfertigt sein (z. B. hinsichtlich der aktuell viel diskutierten Haftung für autonome Systeme). Und doch scheint zweifelhaft, ob sich die Probleme der Unternehmenshaftung allein mit diesen Ansätzen lösen lassen. Was zunächst die strikte Geschäftsherrnhaftung anbelangt, ergeben sich Bedenken vor allem

⁵⁵ Vgl. dazu noch unten → § 7 bei Fn. 11.

⁵⁶ Vgl. jeweils mit Textentwürfen Will, Quellen, 1980, 328; Deutsch, HaftungsR, 1976, 385; Weitnauer, in: Angleichung, 1971, 147, 158; Kötz, AcP 170 (1970), 1, 41.

⁵⁷ Kötz, in: Gutachten, 1981, 1779, 1832f.

⁵⁸ Dazu ausf. und rechtsvergleichend Wantzen, Unternehmenshaftung, 2007.

⁵⁹ Hierzu und zum Folgenden Brügge-meier, AcP 219 (2019), 771, 788f.

⁶⁰ → § 1 B I 1.

daraus, dass diese typischerweise als Haftung für fremdes Delikt ausgestaltet ist. Es werden zwar keinerlei Anforderungen an das Verhalten des Geschäftsherrn gestellt, was die Anwendung gegenüber nicht menschlichen Unternehmensträgern deutlich erleichtert, dafür wird jedoch ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt verlangt. Daran müsste man auch für das BGB-Deliktsrecht festhalten, weil sonst aus der Geschäftsherrnhaftung für Handlungen gehaftet werden könnte, die gar nicht den Anforderungen eines der Tatbestände der §§ 823 ff. BGB entsprechen. Als Haftung für fremdes Delikt ist die strikte Geschäftsherrnhaftung jedoch weit individualistischer als z. B. die Haftung wegen Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB (ggf. mit § 31 BGB). Sie ermöglicht zumindest in ihrer Grundform keine Zusammenrechnung der Tatbeiträge mehrerer Unternehmensangehöriger, sondern setzt voraus, dass ein einzelner Gehilfe ein vollständiges Delikt begangen hat. Deshalb würde eine strikte Geschäftsherrnhaftung z. B. keine Verbesserung hinsichtlich der oben⁶¹ als besonders problematisch beschriebenen Vorsatzhaftung bringen, weil für die Unternehmenshaftung weiter verlangt werden müsste, dass ein einzelner Unternehmensangehöriger den objektiven und subjektiven Tatbestand des jeweiligen Deliktstatbestands, etwa des § 826 BGB, verwirklicht hat.

Es ist jedoch gerade die individualistische Konzeption des BGB-Deliktsrechts, die sich in dogmatischer und rechtspolitischer Hinsicht als Herausforderung für die Unternehmenshaftung erwiesen hat. Damit soll nicht gesagt werden, dass die Einführung einer strikten Geschäftsherrnhaftung nicht sinnvoll wäre – sie ist dringend geboten und sollte besser früher als später umgesetzt werden. Bezweifelt wird hier nur, dass damit sämtliche Probleme der Unternehmenshaftung verschwinden würden.⁶² Denn auch eine strikte Geschäftsherrnhaftung muss auf Schwierigkeiten stoßen, wo sich ein Gehilfendelikt nicht mehr identifizieren lässt, weil eine Schädigung nicht auf einem individuellen menschlichen Fehlverhalten beruht, sondern auf der Verwirklichung eines *Organisationsrisikos*, also z. B. auf dem arbeitsteiligen Zusammenwirken mehrerer Personen oder auf dem Versagen unternehmerischer Prozesse oder technischer Einrichtungen. Es dürfte vor allem an dieser Problematik organisatorischer oder systemischer Schadensursachen liegen, dass z. B. die Produzentenhaftung heute nicht mehr auf § 831 BGB, sondern praktisch nur noch auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt wird. Wegen der großen Komplexität moderner Entwicklungs- und Produktionsprozesse ist es kaum mehr möglich, Produktfehler überhaupt noch mit dem Verhalten individueller Gehilfen in Verbindung zu bringen. Die Ursache der Verlagerung auf § 823 Abs. 1 BGB allein in der rechtspolitisch ver-

⁶¹ → I 3.

⁶² So aber offenbar *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 49; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 302f.

fehlten Entlastungsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu sehen, greift demgegenüber schon deshalb zu kurz, weil sich jedenfalls bis zur Hühnerpest-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1968,⁶³ mit der auch in Bezug auf die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB die Beweislast für das Verschulden zulasten des Herstellers umgekehrt wurde, nicht von selbst verstand, dass die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB leichter zu begründen war und auch seither liegt nicht unbedingt auf der Hand, dass es für den Geschädigten immer günstiger ist, den Anspruch auf § 823 Abs. 1 BGB zu stützen.

Das Problem nicht individuell zuordenbarer Schadensursachen wird sich durch die Digitalisierung noch weiter verschärfen, weil sie dazu beiträgt, dass immer mehr Vorgänge in Unternehmen automatisiert und damit entindividualisiert werden, sodass es immer schwieriger wird, die Entstehung von Schäden auf individuelles Verhalten und Verschulden zurückzuführen. Im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB kann man darauf ähnlich reagieren wie auf die Automatisierung industrieller Produktionsprozesse: mit einer Betonung eigener Verkehrs- und Organisationspflichten des Unternehmensträgers, der Zurechnung eines etwaigen Organisationsverschuldens der Geschäftsleitung und ggf. mit Beweiserleichterungen zugunsten der Geschädigten.⁶⁴ Größere Probleme dürften sich ergeben, soweit es, wie z. B. beim algorithmischen Handel mit Wertpapieren oder einer Anlageberatung durch einen Robo-Advisor typischerweise „nur“ um reine Vermögensschäden geht, weil die Haftung dann auf § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. mit einem (ggf. strafrechtlichen) Schutzgesetz gestützt werden müsste, was nach der Rechtsprechung des BGH, wie gesehen, voraussetzt, dass ein einzelner menschlicher Täter den jeweiligen Tatbestand vollständig verwirklicht. Weitere Schwierigkeiten, auch im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB, können sich ergeben, wenn Systeme zum Einsatz kommen, die nicht mehr nach vordefinierten Routinen ablaufen, sondern Techniken maschinellen Lernens und künstlicher Intelligenz einsetzen.⁶⁵ Auch die immer stärkere Vernetzung der IT-Systeme verschiedener Unternehmen, z. B. im Bereich der Industrie 4.0 oder im Zusammenhang mit dem automatisierten und autonomen Fahren, kann dazu führen, dass ein individuelles Fehlverhalten nicht mehr festzustellen ist.⁶⁶ Die damit verbundenen Herausforderungen sind freilich nicht auf die Unternehmenshaftung begrenzt. Sie lassen jedoch daran zweifeln, ob es heute noch zeitgemäß ist, die Unternehmenshaftung an Gehilfendelikte anzuknüpfen. Näher scheint zu liegen, auf die zunehmende Entindividualisierung unternehmerischer Prozesse mit einer Entindividualisierung der Unternehmenshaftung zu reagieren.

⁶³ BGHZ 51, 91 ff. = NJW 1969, 269 ff.

⁶⁴ Vgl. dazu etwa Thöne, *Autonome Systeme*, 2020, 265 ff. und passim.

⁶⁵ Vgl. dazu nur Wagner, *VersR* 2020, 717, 724 f.; Linardatos, *ZIP* 2019, 504, 509; Teubner, *AcP* 218 (2018), 155, 189 ff. Vgl. auch KOM(2020) 64, S. 16.

⁶⁶ Teubner, *AcP* 218 (2018), 155, 201 ff.; Spiecker gen. Döhmman, *CR* 2016, 698 ff.

Was sodann die Vorstöße in Richtung einer strikten oder quasi-strikten Unternehmenshaftung angeht, lässt sich zwar konstatieren, dass der Verzicht auf individualistisch interpretierte Tatbestandsmerkmale wie Verhalten und Verschulden oder deren faktische Entschärfung durch Beweisregeln die dogmatischen Schwierigkeiten der Unternehmenshaftung merklich reduzieren kann. Allerdings scheint es dann doch zu radikal, allein wegen der Probleme mit dem Nachweis individuellen Verhaltens und Verschuldens gleich ganz auf die entsprechenden Tatbestandsmerkmale zu verzichten. Damit wäre eine weitreichende Haftungsverschärfung zulasten von Unternehmen verbunden, die sachlich gerechtfertigt werden müsste. Ob die Unternehmenshaftung in einem bestimmten Bereich als Verschuldens- oder als Gefährdungshaftung ausgestaltet werden sollte, ist, wie später⁶⁷ genauer erläutert wird, u. a. davon abhängig zu machen, wie regulierungsbedürftig die jeweilige unternehmerische Aktivität ist und welche Verhaltensanreize für potenzielle Geschädigte erforderlich sind. Die deliktische Schadensersatzhaftung auf eine strikte Haftung umzustellen, nur weil Haftungsadressat ein Unternehmensträger ist, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Vor allem lässt sich ein solcher Ansatz nicht damit rechtfertigen, dass vermeintlich individualistische Konzepte wie Vorsatz und Fahrlässigkeit auf Unternehmen nicht passen. Denn zum einen bleibt es möglich, mit der h. M. auf die Unternehmensangehörigen abzustellen, zum anderen wäre kritisch zu hinterfragen, ob der Zweck des jeweiligen Merkmals wirklich ein individualistisches Verständnis gebietet oder ob nicht stattdessen auch eine unternehmensbezogene Anwendung möglich wäre.

III. Alternativen

Angesichts der Tatsache, dass an der strikten Geschäftsherrnhaftung vor allem ihre individualistische Ausrichtung auf ein Gehilfendelikt problematisch erscheint, während die Ansätze der strikten bzw. quasi-strikten Unternehmenshaftung wegen ihres weitgehenden Verzichts auf das Verschuldenserfordernis nicht überzeugen, stellt sich die Frage, ob die deliktische Schadensersatzhaftung eines Unternehmensträgers nicht auch organisationsbezogen begründet werden kann und zwar auch, wenn sie verschuldensabhängig ist.

1. Organisationshaftung?

Vergleicht man die Rechtsprechung zur Haftung von Unternehmensträgern für Fahrlässigkeitsdelikte mit der entsprechenden Rechtsprechung zu Vorsatzdelikten springt ein Unterschied sofort ins Auge: Die Haftung wegen eines fahrlässigen Verhaltens setzt nicht unbedingt voraus, dass ein einzelner Unterneh-

⁶⁷ → § 7 A II.

mensangehöriger sämtliche objektiven und subjektiven Merkmale eines Haftungstatbestands verwirklicht hat, sondern kann auch so begründet werden, dass an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers angeknüpft wird, z. B. eine unternehmensbezogene Verkehrspflicht oder eine Organisationspflicht. Zwar ist auch für diese Art der Haftungsbegründung nach h. M. erforderlich, dass dem Unternehmensträger das individuelle Verschulden eines Unternehmensangehörigen zugerechnet wird, wofür die Gerichte in der Regel auf die Unternehmensleitung abstellen.⁶⁸ Für die Struktur des Unternehmenshaftungsrechts ist dieser Ansatz jedoch von kaum zu überschätzender Bedeutung, weil er die Haftung des Unternehmensträgers von der persönlichen Haftung eines Organwalters oder Gehilfen unabhängig macht. Die Haftung kann nicht mehr nur über §§ 31, 831 BGB an ein Organ- oder Gehilfendelikt angeknüpft werden, sondern sie lässt sich auch unmittelbar aus dem jeweiligen Haftungstatbestand heraus, z. B. aus § 823 Abs. 1 BGB, als originäre und exklusive Haftung des Unternehmensträgers begründen. Die Unternehmenshaftung für Vorsatzdelikte ist hingegen immer von einem persönlichen Delikt eines Organwalters oder Gehilfen abhängig.

Durch die Anknüpfung an die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers hat die Rechtsprechung die Fahrlässigkeitshaftung aus dem engen Rahmen einer ausschließlich indirekt begründeten Haftung für fremdes Delikt befreit.⁶⁹ Vor allem in Form der Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB spielt diese Art der Unternehmenshaftung heute eine überragend wichtige Rolle. Es kommt für die Haftung des Unternehmensträgers nicht darauf an, ob ein einzelner Unternehmensangehöriger ein vollständiges Fahrlässigkeitsdelikt verwirklicht hat. Die Rechtsprechung geht zwar davon aus, dass die Pflichten des Unternehmensträgers von den Unternehmensangehörigen zu erfüllen sind und betont insbesondere die Verantwortung der Unternehmensleitung. Die Pflichten selbst werden aber, wie später⁷⁰ im Einzelnen darzulegen ist, weitgehend unternehmensbezogen bestimmt, was sich z. B. an den Herstellerpflichten der Produzentenhaftung zeigt. Außerdem erlaubt der Pflichtenansatz, zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Organwalter und Gehilfen zu differenzieren und so die Unternehmenshaftung und die persönliche Haftung voneinander zu trennen. Insbesondere kann eine Haftung des Unternehmensträgers auch zu bejahen sein, wenn sich kein vollständig verwirklichtes Organ- oder Gehilfendelikt feststellen lässt. Damit scheint die Grundlage für eine weitgehend entindividualisierte Unternehmenshaftung für die Verletzung spezifischer Unternehmenspflichten gelegt.

⁶⁸ Dazu schon oben → I 2.

⁶⁹ Vgl. dazu besonders deutlich *Brüggemeier*, HaftungsR, 2006, 133 f.

⁷⁰ → § 8 B.

Angesichts der wichtigen Rolle, welche die Haftung wegen Verletzung eigener Pflichten bei der Entwicklung der Unternehmenshaftung gespielt hat, ist es verwunderlich, dass der BGH bei der Vorsatzhaftung und speziell bei § 826 BGB so vehement auf dem indirekten, an ein individuelles Organ- oder Gehilfendelikt anknüpfenden Ansatz besteht. Die Vorsatzhaftung von Unternehmensträgern wie die Fahrlässigkeitshaftung zweispurig zu begründen, hat er bisher nicht erwogen. Dabei wecken gerade die Dieselfälle Zweifel daran, ob es wirklich sachgerecht ist, die Haftung des Unternehmensträgers zwingend davon abhängig zu machen, dass nachgewiesen werden kann, dass ein einzelner Unternehmensangehöriger den jeweiligen Haftungstatbestand vollständig verwirklicht hat. Es scheint nicht besonders intuitiv, z. B. die Haftung der Volkswagen AG davon abhängig zu machen, ob mindestens ein verfassungsmäßiger Vertreter i. S. des § 31 BGB persönlich den jeweils klagenden Kunden sittenwidrig vorsätzlich geschädigt und damit den Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht hat. Läge es nicht näher, auf das „Verhalten“ des Unternehmens insgesamt abzustellen,⁷¹ um der Komplexität des Geschehens und dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Manipulationen den Kern der unternehmerischen Aktivität der beklagten Hersteller betrafen? Auch der BGH hat in seinem ersten Grundsatzurteil zum Dieselskandal zwar formal an der indirekten Begründung der Haftung mithilfe eines Organdelikts festgehalten, in weiten Passagen der Entscheidung aber unternehmensbezogen argumentiert.⁷² Es scheint kaum vorstellbar, dass er das Urteil genauso begründet hätte, wenn die persönliche Haftung eines Vorstandsmitglieds zu beurteilen gewesen wäre, obwohl dies dem indirekten Begründungsansatz eigentlich entsprechen würde. Es liegt auch nicht unbedingt auf der Hand, dass man den Zwecken des Haftungsrechts und insbesondere des § 826 BGB am besten dadurch gerecht wird, dass man die Haftung des Unternehmensträgers im Wesentlichen anhand derselben Kriterien beurteilt wie die persönliche Haftung der handelnden Personen. Das wirft die Frage auf, ob sich nicht auch die Vorsatzhaftung von Unternehmensträgern ähnlich wie die Fahrlässigkeitshaftung von der persönlichen Haftung der Organwalter und Gehilfen emanzipieren lässt.

Mit der im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Unternehmenshaftung wegen Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers scheint jedenfalls ein wirkungsvolles Instrument zur Verfügung zu stehen, das eine stärker unternehmensbezogene Begründung der Haftung ermöglicht. Die Haftung ist hier nicht mehr von der persönlichen Haftung eines Organwalters oder Gehilfen abhängig und teilt daher nicht die Schwächen, die mit einer rein indirekt konzipierten Geschäftsherrnhaftung verbunden sind. Gleichzeitig bleibt sie aber verschuldensabhängig und verzichtet somit auf die Nachteile ei-

⁷¹ Vgl. dazu Öry, Kollektivität, 2020, 96 ff.

⁷² Vgl. nur BGHZ 225, 316 ff. = NJW 2020, 1962 ff., Rn. 16 ff.

ner strikten oder quasi-strikten Unternehmenshaftung. Ihr zentrales Merkmal liegt in der (partiellen) Entindividualisierung der Unternehmenshaftung, durch die sie sich in Richtung einer echten Organisationshaftung entwickeln lässt. Wie weit man dabei gehen kann, wird noch zu ergründen sein.

2. Europäische Trends

In Deutschland wird die partielle Verlagerung der Unternehmenshaftung von § 831 BGB auf § 823 Abs. 1 BGB oft mit der Schwäche der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung erklärt.⁷³ In der Betonung eigener Pflichten des Unternehmensträgers, insbesondere der Pflicht zur sorgfältigen Organisation der betrieblichen Angelegenheiten, und der Annahme eines Organisationsverschuldens, wenn diese Pflicht verletzt wird, erkennt man „Ausweichbewegungen“, die vor allem dazu dienen, dem Geschäftsherrn die rechtspolitisch verfehlte Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu verwehren. Demgegenüber wird aus Ländern, in denen eine strikte Geschäftsherrnhaftung eine Selbstverständlichkeit ist, mitunter neidvoll auf die gut entwickelte deutsche Unternehmenshaftung geblickt.⁷⁴ Was paradox erscheinen mag, erklärt sich daraus, dass in diesen Ländern gerade wegen der gut funktionierenden Geschäftsherrnhaftung die Haftung von Unternehmensträgern wegen der Verletzung eigener Pflichten schwächer entwickelt ist als in Deutschland z. B. die Unternehmenshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Die Geschäftsherrnhaftung hat aber eben den Nachteil, dass sie als Haftung für fremdes Delikt individualistisch konzipiert ist, was die Erfassung von Organisationsrisiken erschweren kann. So wie in Deutschland oft eine strikte Geschäftsherrnhaftung herbeigesehnt wird, wünscht man sich daher andernorts gelegentlich, die Haftung von Unternehmens- und anderen Organisationsträgern unabhängig von einem Organ- oder Gehilfendelikt begründen zu können.

Das lässt sich z. B. im englischen Recht beobachten, wo eine Organisations-trägerhaftung für die Verletzung eigener Pflichten zwar durchaus existiert, bisher jedoch vor allem dort zur Anwendung kommt, wo die indirekte Haftungsbegründung mithilfe der *vicarious liability* nicht möglich ist.⁷⁵ Ein Hauptanwendungsfeld war in der Vergangenheit die Haftung für Schäden, die nicht von eigenen Mitarbeitern, sondern von selbstständigen Unternehmen (*independent contractors*) verursacht wurden. Denn die *vicarious liability* ist traditionell auf abhängige Arbeitsverhältnisse beschränkt. Sofern sich jedoch feststellen lässt, dass durch das Fehlverhalten des beauftragten Unternehmens auch eine nicht haftungsbefreiend delegierbare Pflicht (*non-delegable duty*) des Auftrag-

⁷³ Vgl. etwa MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 2; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 5; Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 40ff.

⁷⁴ Vgl. Deakin, Cambridge L.J. 77 (2018), 15, 17f.; Deakin, Evolution, 8.11.2017, 7.

⁷⁵ Zum Folgenden ausf. → § 3 B I.

gebers verletzt wurde, kann dessen Haftung unter Umständen mit der Verletzung dieser eigenen Pflicht begründet werden. In jüngerer Zeit ist die *vicarious liability* vor allem in Fällen an ihre Grenzen geraten, in denen die institutionelle Verantwortung von Organisationsträgern für vorsätzliche (Straf-)Taten in ihrem Zuständigkeitsbereich zu beurteilen war, wobei sich die handelnden Personen nicht immer als Arbeitnehmer einordnen ließen. Oft ging es um den sexuellen Missbrauch von Kindern, z.B. durch Priester, Lehrer oder Pflegeeltern. Obwohl die Gerichte die *vicarious liability* in den letzten 20 Jahren immer weiter ausgedehnt haben, wird sie in der Literatur heute vielfach für ungeeignet gehalten, um solchen Fällen gerecht zu werden. Es wird gefordert, stattdessen die eigenen Pflichten des jeweiligen Organisationsträgers stärker zu betonen und die Haftung unmittelbar an deren Verletzung anzuknüpfen.⁷⁶

Auch in anderen europäischen Ländern ist in jüngerer Zeit ein Trend zu erkennen, sich für die Begründung der Unternehmenshaftung nicht mehr nur auf die Geschäftsherrnhaftung verlassen zu wollen. In der Schweiz werden seit einigen Jahren Reformentwürfe diskutiert, die neben der Geschäftsherrnhaftung (die wie heute schon die Haftung nach Art. 55 OR verschuldensabhängig bleiben soll) einen eigenen Tatbestand für die Unternehmenshaftung vorsehen, der die Haftung davon abhängig macht, ob die „Organisation des Betriebs“ geeignet war, den entstandenen Schaden zu verhüten.⁷⁷ Ein ähnliches Modell ist auch für das österreichische Recht vorgeschlagen worden, wobei die Haftung hier daran angeknüpft werden soll, dass ein Schaden „durch einen Fehler im Unternehmen, seiner Erzeugnisse und Dienstleistungen“ verursacht worden ist.⁷⁸ Als Fehler wird in dem Entwurf jede Abweichung von dem Standard definiert, der nach der Darbietung, dem Stand von Wissenschaft und Technik sowie den Verkehrsgewohnheiten erwartet werden darf. Eine Entlastung soll möglich sein, wenn der Unternehmer nachweist, dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde. In Frankreich ist vorgeschlagen worden, für die Verschuldenshaftung juristischer Personen nicht mehr nur darauf abzustellen, ob ein Organwalter schuldhaft gehandelt hat, sondern daneben auch einen Organisations- oder Funktionsmangel (*défaut d'organisation ou de fonctionnement*) als Verschulden der juristischen Person anzuerkennen.⁷⁹ In allen Reformüberlegungen, von denen bisher allerdings keine Gesetz geworden ist, ist deutlich das Bestreben zu erkennen, die Haftung von Unternehmens- und sonstigen Organisationsträgern auf eine eigene dogmatische Grundlage zu stellen, und sie stärker als bisher vom individuellen Verschulden einzelner Organisationsangehöriger zu lösen.

⁷⁶ Vgl. nur *Deakin*, Cambridge L.J. 77 (2018), 15 ff.; *Tofaris*, Mod. L. Rev. 79 (2016), 884 ff. Dazu näher unten → § 3 B I.

⁷⁷ Art. 49a VE sowie Art. 59 OR 2020; zu beiden ausf. unten → § 3 C II 1.

⁷⁸ § 1302 des Entwurfs vom Juni 2007, dazu unten → § 3 C II 2.

⁷⁹ Dazu unten → § 3 C II 3.

Ähnliches lässt sich auch in Bezug auf die akademischen Entwürfe für die Vereinheitlichung des europäischen Deliktsrechts feststellen. Obwohl sowohl die PETL als auch der DCFR eine strikte Geschäftsherrnhaftung vorsehen, sind ihre Verfasserinnen und Verfasser nicht davon ausgegangen, dass die Unternehmenshaftung allein auf dieser Grundlage zu konzipieren ist. Vielmehr ist in Art. 4:202 PETL ein eigener Tatbestand für die Unternehmenshaftung enthalten, der den Entwürfen zum österreichischen und zum schweizerischen Recht ähnelt und an einen „Fehler des Unternehmens oder seiner Erzeugnisse“ anknüpft. Eine Entlastung soll möglich sein, wenn der Unternehmer nachweist, dass er die erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat. Der DCFR enthält keine spezielle Regelung über die Unternehmenshaftung, allerdings wird hier in Art. VI-1:103 betont, dass auch juristische Personen unmittelbar als Haftungsadressaten in Betracht kommen, und zwar unabhängig davon, ob es um die Begründung einer Vorsatz-, Fahrlässigkeits- oder Gefährdungshaftung geht. Den Materialien lässt sich entnehmen, dass damit die Möglichkeit geschaffen werden soll, ähnlich wie bei der deutschen Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB eine originäre Haftung von Unternehmensträgern unabhängig von einem Organ- oder Gehilfendelikt zu begründen.⁸⁰ Auch hier wird also in Ergänzung der strikten Geschäftsherrnhaftung eine Haftung für die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers für erforderlich gehalten, und auch hier steht dahinter u. a. die Überlegung, die Haftung des Unternehmensträgers von der persönlichen Haftung der Unternehmensangehörigen entkoppeln und organisationsbezogen begründen zu können.

B. Untersuchungsgegenstand und Methode

Vor dem so beschriebenen Hintergrund lässt sich die Zielsetzung der Arbeit klar umreißen: Es geht vor allem darum, durch eine gründliche Analyse der dogmatischen Strukturen der Unternehmenshaftung und unter Beachtung der maßgeblichen Zwecke des Haftungsrechts zu klären, ob sich die Begründung der Haftung von Unternehmensträgern stärker als bisher von individuellen Versäumnissen einzelner Unternehmensangehöriger lösen lässt.⁸¹ Oder andersherum formuliert: Es soll untersucht werden, ob und ggf. inwieweit die Haftung von Unternehmensträgern, soweit dies durch den Zweck der jeweiligen Haftungsnorm geboten ist, unternehmensbezogen begründet werden kann. Damit ist gemeint, für die Prüfung der Haftungsvoraussetzungen nicht (nur)

⁸⁰ Dazu unten → § 3 C II 5.

⁸¹ Ein ähnliches Ziel verfolgt mit ähnlicher Stoßrichtung Öry, Kollektivität, 2020, 19ff., deren Arbeit jedoch stärker rechtstheoretisch angelegt ist als die hiesige Untersuchung.

auf einzelne Unternehmensangehörige, sondern (auch) auf das Unternehmen als Organisation abzustellen. Die Grundlage für diesen Ansatz bildet der Umstand, dass Unternehmensträger schon nach heute h. M. unmittelbar Adressaten deliktischer Pflichten sein können und zwar auch wenn es sich um Gesellschaften handelt. Es soll überprüft werden, ob sich dieser Ansatz auch außerhalb seines bisherigen Hauptanwendungsbereichs, der Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, heranziehen lässt, um die Unternehmenshaftung unabhängig von einem Organ- oder Gehilfendelikt begründen zu können. Damit soll auch die von *K. Schmidt* schon vor vielen Jahren aufgestellte These aufgegriffen werden, dass Haftungsrecht müsse vom Unternehmen und insbesondere von der Kapitalgesellschaft her gedacht werden.⁸² Des Weiteren soll untersucht werden, ob die Begründung der Unternehmenshaftung zwingend auf eine Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens angewiesen ist, oder ob sich die Haftung wegen Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers auch organisationspezifisch begründen lässt.

Mit dem Begriff der Unternehmenshaftung ist hier die deliktische Schadensersatzhaftung von Unternehmensträgern gemeint und zwar unabhängig von deren Rechtsform. Präzise müsste von der „Unternehmensträgerhaftung“ gesprochen werden, was aber sperrig ist. Allein zur sprachlichen Vereinfachung wird deshalb stattdessen der Begriff der Unternehmenshaftung verwendet, der außerdem in der deliktsrechtlichen Diskussion bereits geläufig ist.⁸³ Drei Klarstellungen sind aber geboten, um Missverständnissen vorzubeugen. Erstens soll mit dem Begriff keine inhaltliche Forderung verbunden werden, wie sie insbesondere bei der anglo-amerikanischen *enterprise liability* mitschwingt, mit der oft eine Art Risikohaftung für unternehmerische Aktivitäten gemeint ist, die ohne Verschuldenselement auskommt.⁸⁴ In der hiesigen Untersuchung geht es jedoch gerade nicht darum, die Unternehmenshaftung entgegen der §§ 823 ff. BGB als verschuldensunabhängige Haftung zu restrukturieren, sondern darum, ob die Verschuldenshaftung von Unternehmensträgern (auch) organisationsbezogen begründet werden kann. Zweitens ist zu betonen, dass es kein Ziel dieser Arbeit ist, die Rechts-, Vermögens- und Haftungsfähigkeit von Unternehmen zu begründen.⁸⁵ Vielmehr wird mit der h. L. der u. a. von *Rittner* und *K. Schmidt* herausgearbeiteten Differenzierung zwischen dem Unternehmen und dem Unternehmensträger⁸⁶ gefolgt und lediglich danach gefragt, ob und ggf. inwieweit für die Begründung der Haftung des Unternehmensträgers auch auf das Unternehmen abgestellt werden kann. Drittens ist mit dem Begriff der Unterneh-

⁸² *K. Schmidt*, KF 1993, 4, 5.

⁸³ Vgl. nur MünchKommBGB/*Wagner*, § 823 Rn. 106 ff., 124 ff.

⁸⁴ Dazu aus deutscher Perspektive insb. *Wantzen*, Unternehmenshaftung, 2007.

⁸⁵ Dazu schon oben → Fn. 3.

⁸⁶ MünchKommHGB/*K. Schmidt*, § 201, Vor § 1 Rn. 8 f.; *K. Schmidt*, HandelsR, 62014, § 3 Rn. 43 f., § 4 Rn. 1 ff.; *Rittner*, Person, 1973, 282 ff.

menshaftung grundsätzlich keine Unternehmensgruppen- oder Konzernhaftung gemeint, wie sie insbesondere im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff diskutiert wird, der mehrere Rechtsträger umfassen kann.⁸⁷ Demgegenüber wird hier von dem Grundsatz „ein Unternehmen, ein Unternehmensträger“ ausgegangen.⁸⁸ Mit der gründlichen Aufbereitung der dogmatischen Grundlagen der Unternehmenshaftung soll aber auch ein Beitrag zu der aktuellen Diskussion darüber geleistet werden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Unternehmensträger für Rechtsverletzungen in anderen Konzernunternehmen oder sogar in gesellschaftsrechtlich nicht verbundenen Unternehmen haftbar sein können (Lieferkettenproblematik).⁸⁹

Obwohl sich viele der im Folgenden diskutierten Fragen ähnlich auch in Bezug auf Organisationsträger bzw. Organisationen stellen, die keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausüben,⁹⁰ z.B. Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, soweit sie nicht hoheitlich tätig werden, beschränkt sich die hiesige Untersuchung im Kern auf die Unternehmenshaftung. Das rechtfertigt sich daraus, dass es insbesondere unter teleologischen Aspekten für die Haftung einen Unterschied machen kann, wie gut ein Organisationsträger in der Lage ist, Haftungsrisiken zu tragen, und dass es in dieser Hinsicht beachtliche Unterschiede zwischen kommerziellen und nicht kommerziellen Organisationen gibt, z.B. in Bezug auf die Versicherbarkeit von Risiken und das Insolvenzrisiko. In Einklang mit den üblichen handelsrechtlichen Definitionen wird im Folgenden unter einem Unternehmen eine organisierte, aus persönlichen und sachlichen Mitteln bestehende Einheit verstanden, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.⁹¹ Unternehmensträger (weniger präzise: Unternehmer⁹²) ist jeder Rechtsträger, der ein Unternehmen betreibt und Zuordnungssubjekt aller zum Unternehmen gehörigen Rechte, Pflichten und Rechtsverhältnisse ist.⁹³ Typische Unternehmensträger sind Einzelunternehmer (Kaufleute nach §§ 1 ff. HGB, aber z.B. auch Freiberufler oder nicht eingetragene Kleingewerbetreibende) und unternehmenstragende Gesellschaften (insbesondere Handelsgesellschaften i.S. von § 6 Abs. 1 HGB, also z.B. OHG, KG, GmbH, Aktiengesell-

⁸⁷ Vgl. etwa C. Heinze, ZEuP 2020, 281, 293 f.

⁸⁸ Vgl. dazu K. Schmidt, HandelsR, 62014, § 3 Rn. 44.

⁸⁹ Vgl. dazu nur Wagner, ZIP 2021, 1095 ff.; König, AcP 217 (2017), 611 ff.; Wagner, RabelsZ 80 (2016), 717 ff.; Weller/Kaller/Schulz, AcP 216 (2016), 387 ff.

⁹⁰ In der Literatur wird deshalb teilweise die „Organisationshaftung“ in den Mittelpunkt gestellt, vgl. Waespi, Organisationshaftung, 2005; Brüggemeier, AcP 191 (1991), 33.

⁹¹ Vgl. zu handelsrechtlichen Unternehmensbegriffen Kindler, HandelsGesR, 92019, § 5 Rn. 1; K. Schmidt, HandelsR, 62014, § 3 Rn. 4; Raiser, ZHR 144 (1980), 206, 231; Flume, FS Kegel, 1987, 147, 155 f.; Ballerstedt, FS Duden, 1977, 15, 22.

⁹² Vgl. z.B. § 1 Abs. 1 des österreichischen Unternehmensgesetzbuches (UGB): „Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.“

⁹³ K. Schmidt, HandelsR, 62014, § 3 Rn. 47.

schaft und SE).⁹⁴ Wie später⁹⁵ noch näher auszuführen sein wird, ist es geboten, die Dogmatik der Unternehmenshaftung weitgehend unabhängig von der Rechtsform des Unternehmensträgers zu konzipieren, was es insbesondere ausschließt, § 31 BGB zur Zentralnorm des Unternehmenshaftungsrecht auszubauen, weil dieser nur für Gesellschaften gilt.

In methodischer Hinsicht geht es vor allem darum, die dogmatische Struktur der Unternehmenshaftung herauszuarbeiten und unter Berücksichtigung der Zwecke des Haftungsrechts und der faktischen Besonderheiten von Unternehmen weiterzuentwickeln. Die Arbeit beschränkt sich auf das geltende Recht. Um den unternehmensbezogenen Ansatz der Haftungs begründung mit der individualistischen Methode zu vergleichen und beide anhand der Zwecke des Haftungsrecht zu bewerten, wird auch auf Erkenntnisse der Rechtsökonomik zurückgegriffen, ebenso, wenn es darum geht, die Zwecke einzelner Haftungstatbestände oder Haftungsvoraussetzungen genauer zu analysieren. Die Vorschläge zur dogmatischen Restrukturierung des Unternehmenshaftungsrechts sind außerdem durch rechtsvergleichende Beobachtungen inspiriert. Dabei werden auch die akademischen Projekte zur Vereinheitlichung des europäischen Deliktsrechts und aktuelle Entwicklungen im unternehmensspezifischen EU-Deliktsrecht berücksichtigt (z. B. Produkthaftung, Datenschutz, Kartellrecht). Damit wird das Ziel verfolgt, die hiesigen Überlegungen, auch wenn ihr Fokus auf dem deutschen Unternehmenshaftungsrecht liegt, in die europäische Diskussion einzubetten und dogmatische Ansätze zu entwickeln, die sich über die deutsche Rechtsordnung hinaus als konsensfähig erweisen können.

C. Gang der Untersuchung

Der Hauptteil der Arbeit beginnt mit einer Bestandsaufnahme, für die zunächst in § 1 die gegenwärtige Dogmatik der Unternehmenshaftung genauer untersucht werden soll. Dafür werden zunächst die unterschiedlichen Ansätze zur Begründung der deliktischen Schadensersatzhaftung von Unternehmensträgern herausgearbeitet und zwar getrennt für Einzelunternehmer und Gesellschaften. Damit soll auch betont werden, dass das Unternehmenshaftungsrecht auf beide Gruppen von Unternehmensträgern passen muss, weil es sonst zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Spaltung des Haftungsregimes in zwei Teile käme. Anschließend werden, natürlich etwas zugespitzt, die „ungelösten Probleme“ des Unternehmenshaftungsrechts zusammengetragen und diskutiert.

⁹⁴ Ausf. Hopt/*Markt*, ⁴²2023, § 6 HGB Rn. 1 ff.; MünchKommHGB/K. Schmidt, ⁵2021, § 6 Rn. 3 ff., 11, 15 f.; Windbichler, *GesR*, ²⁴2017, § 2 Rn. 22.

⁹⁵ → § 1 B IV, V.

Damit sollen die Schwachstellen des bisherigen Systems möglichst deutlich benannt werden, um zu zeigen, warum es sich lohnt, über eine Weiterentwicklung der Dogmatik der Unternehmenshaftung nachzudenken. In § 2 soll dann die rechtliche Bestandsaufnahme um einige (rechts-)ökonomische Betrachtungen ergänzt werden, die vor allem dazu dienen, die Ziele des Haftungsrechts speziell gegenüber Unternehmen genauer herauszuarbeiten und aus dieser Perspektive die kritische Analyse im vorigen Kapitel um weitere Argumente zu ergänzen. Vereinfacht gesagt soll vor allem gezeigt werden, dass das Unternehmenshaftungsrecht darauf abzielt, bestimmte Schadenskosten als Unternehmenskosten bei dem jeweiligen Unternehmensträger zu internalisieren, damit die erwarteten Schadenskosten in den unternehmerischen Entscheidungsprozessen berücksichtigt werden, dass dies jedoch wegen der individualistischen Konzeption der Unternehmenshaftung nicht immer gelingt.

Im nächsten Teil soll sodann die Theorie der Unternehmenshaftung im Einzelnen entfaltet werden. Dafür werden in § 3 zunächst zwei grundverschiedene Modelle der Unternehmenshaftung einander gegenübergestellt: die *indirekte* Unternehmenshaftung, die an die Verletzung persönlicher Pflichten von Unternehmensangehörigen angeknüpft und damit regelmäßig an ein Organ- oder Gehilfendelikt, und die *direkte* Unternehmenshaftung, die damit begründet wird, dass eigene Pflichten des Unternehmensträgers verletzt werden. Beide Modelle werden mit ihren jeweiligen Strukturen herausgearbeitet und als die beiden Grundformen der Unternehmenshaftung identifiziert, die sich je nach Kontext noch weiter differenzieren lassen. Anschließend wird die indirekte, an ein Organ- oder Gehilfendelikt anknüpfende Unternehmenshaftung einer Kritik unterzogen. Sie ist die ältere und etabliertere Form der Unternehmenshaftung, wegen ihrer individualistischen Struktur jedoch nicht geeignet, sämtliche Schadensursachen in unternehmerischen Zusammenhängen zu erfassen, die nach dem Zweck der §§ 823 ff. BGB erfasst werden sollten. Besonders wird betont, dass dies auch gelten würde, wenn die Geschäftsherrnhaftung als strikte, von einem Verschulden des Geschäftsherrn unabhängige Haftung ausgestaltet wäre, was durch vergleichende Betrachtungen zum englischen Recht und zur Amtshaftung nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG untermauert wird. Vor diesem Hintergrund wird dann gezeigt, dass neben der indirekten auch eine direkte Unternehmenshaftung geboten ist, was in Deutschland vor allem die Entwicklung der Verkehrspflichtenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB belegt. In diesem Zusammenhang wird auch erläutert, dass auch in anderen europäischen Ländern und im Rahmen der rechtsvergleichenden Harmonisierungsprojekte ein Trend in Richtung einer direkten Unternehmenshaftung zu erkennen ist, bevor anschließend deren Funktionen und Vorteile gegenüber der indirekten Begründung der Unternehmenshaftung genauer analysiert werden.

In Teil 3 sollen dann die Grundlagen der direkten Unternehmenshaftung im deutschen Recht im Einzelnen diskutiert werden. Da die direkte Unterneh-

menshaftung an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpft, wird in § 4 zunächst erläutert, wie sich solche Pflichten feststellen lassen. Dafür wird dargelegt, dass deliktische Pflichten nicht nur bei § 823 Abs. 1 BGB, sondern bei allen Delikten eine zentrale Rolle spielen und dass deshalb überall danach differenziert werden kann, ob die maßgeblichen Pflichten den Unternehmensträger oder einen Unternehmensangehörigen persönlich treffen. Das wird anschließend für § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 und § 826 BGB sowie wichtige Fälle des Sonderdeliktsrechts konkretisiert. In § 5 wird dann diskutiert, mit welchen Mechanismen einem Unternehmensträger, insbesondere auch einer Gesellschaft, individuelles Verhalten und Verschulden zugerechnet werden kann. Das wird nach h. M. für nötig gehalten, weil der Unternehmensträger, sofern es sich nicht um einen Einzelunternehmer handelt, selbst nicht in der Lage ist, seine deliktischen Pflichten zu verletzen und schuldhaft zu handeln. Denn Gesellschaften sind in einem natürlichen Sinne nicht handlungsfähig. Hier soll vor allem gezeigt werden, dass die bisherigen Zurechnungskonzepte unzureichend sind, weil sich mit ihnen das Verhalten und Verschulden von Unternehmensangehörigen selbst dann nicht immer zurechnen lässt, wenn dies durch den Zweck der jeweiligen Haftungsnorm offensichtlich geboten ist. Als Alternative wird deshalb ein haftungsnormbezogener Zurechnungsansatz entwickelt, der u. a. durch rechtsvergleichende Beobachtungen inspiriert ist und im Sonderdeliktsrecht bereits eine Grundlage findet. In § 6 wird dann untersucht, ob die direkte Unternehmenshaftung auch unabhängig von einer Individualzurechnung begründet werden kann. Dafür werden zunächst Ansätze näher betrachtet, die schon die bloße Pflichtverletzung für die Haftungsbegründung genügen lassen. Anschließend wird untersucht, ob eine auf verschärften Beweisregeln beruhende quasi-strikte Unternehmenshaftung als allgemeines Prinzip der Unternehmenshaftung taugt. Schließlich wird unter dem Stichwort der Organisationshaftung analysiert, ob für die Begründung einer Haftung des Unternehmensträgers wegen Verletzung eigener deliktischer Pflichten statt auf einzelne Unternehmensangehörige auch auf das Unternehmen als Ganzes abgestellt werden kann und welche Herausforderungen sich dabei ergeben.

In Teil 4 sollen sodann in drei Schritten die Einzelheiten der direkten Unternehmenshaftung konkretisiert werden. In § 7 wird zunächst die Unternehmens-Gefährdungshaftung genauer untersucht, um die verbreitete These nachzuprüfen, die Gefährdungshaftung sei typischerweise als echte Unternehmenshaftung konzipiert, die ohne komplizierte Zurechnungsmechanismen auskommt. Besonderes Augenmerk liegt darauf, wie hier die Haftung von Gesellschaften begründet wird und ob sich daraus Erkenntnisse auch für die Verschuldenshaftung gewinnen lassen. Dafür werden getrennt die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung sowie die Haftung für gefährliche Aktivitäten untersucht. Außerdem wird die Frage der Haftungskanalisation auf den Unternehmensträger diskutiert. Anschließend wird in § 8 die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung

analysiert, um herauszufinden, ob und ggf. inwieweit sie von einer Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens abhängig zu machen ist oder ob für die Begründung der Haftung auch auf das Unternehmen als Organisation abgestellt werden kann. Dafür werden zunächst die einzelnen Elemente der Fahrlässigkeit genauer untersucht, bevor gezeigt wird, wie sie unternehmensbezogen zu prüfen wären und warum der Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB und die Zwecke der Fahrlässigkeitshaftung in der Regel eine unternehmensbezogene Prüfung gebieten. In § 9 wird schließlich die Unternehmens-Vorsatzhaftung genauer betrachtet, die jüngst insbesondere durch die Dieselfälle stärker in den Fokus der akademischen Debatte über die Unternehmenshaftung gelangt ist. Dafür wird zunächst ein kritischer Blick auf den dogmatischen Stand der deliktischen Vorsatzhaftung geworfen, die bisher in der Literatur weit weniger Aufmerksamkeit erhalten hat als die Fahrlässigkeitshaftung, und deren Grundlagen noch weitgehend im Dunkeln liegen. Unter Berücksichtigung der Zwecke der Vorsatzhaftung und in Anlehnung an den objektiven Maßstab der Fahrlässigkeit wird hier untersucht, ob es nicht sinnvoll wäre, auch den Vorsatzmaßstab zu objektivieren und wie dies funktionieren könnte. Anschließend wird diskutiert, ob auch die Vorsatzhaftung von Unternehmensträgern unternehmensbezogen begründet werden kann, wofür außer dem objektiven Vorsatzbegriff auch das Konzept eines Unternehmensvorsatzes kraft Wissenszurechnung diskutiert wird, das der BGH in der Fondsprospekt-Entscheidung und den Dieselfällen so deutlich zurückgewiesen hat.

In Teil 5 / § 10 wird schließlich noch die indirekte Unternehmenshaftung behandelt, die vor allem aus der Verbandshaftung nach § 31 BGB und der Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB besteht. Hier soll es vor allem darum gehen, zu überprüfen, ob und ggf. inwieweit sich die dogmatischen und rechtspolitischen Probleme, die in § 1 identifiziert wurden, mit den in dieser Arbeit entwickelten Konzepten lösen oder zumindest abmildern lassen. Mit Blick auf den Anwendungsbereich des § 31 BGB steht die Frage im Vordergrund, ob methodisch fragwürdige Überdehnungen wie die Repräsentantenhaftung und das körperschaftliche Organisationsverschulden noch benötigt werden, wenn man die direkte Unternehmenshaftung gegenüber der indirekten stärkt. In Bezug auf § 831 BGB ist u. a. zu klären, welche Anforderungen für die Geschäftsherrnhaftung an die Tat des Gehilfen zu stellen sind. Außerdem ist in diesem Zusammenhang auch die umstrittene Problematik der Entlastung in Großunternehmen aufzugreifen. Die Untersuchung endet im Anschluss an Teil 5 mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

Teil 1

Bestandsaufnahme

Der heutige dogmatische Stand des Unternehmenshaftungsrechts hat mit der ursprünglichen Konzeption des BGB-Gesetzgebers nur noch wenig zu tun. Angesichts der offensichtlichen Mängel einer allein auf §§ 31, 831 BGB gestützten Unternehmenshaftung und der praktischen Schwierigkeiten, die mit der Anwendung des § 831 BGB auf Großunternehmen verbunden sind, hat sich die Rechtsprechung von Anfang an um Korrekturen bemüht. Im Laufe der Jahrzehnte hat sie immer neue dogmatische Figuren entwickelt, um den Herausforderungen der Unternehmenshaftung trotz der problematischen gesetzlichen Regelung gerecht werden zu können. Einige haben in der Literatur Zustimmung gefunden, andere sind auf Kritik gestoßen und es ist teilweise unklar, ob die Rechtsprechung noch an ihnen festhält. Eine fundierte Diskussion der Unternehmenshaftung setzt daher zunächst eine sorgfältige Standortbestimmung voraus. Im Folgenden soll daher der gegenwärtige Stand der dogmatischen und rechtspolitischen Diskussion über die Unternehmenshaftung skizziert werden, wobei der Fokus auf der Darstellung und Einordnung einiger besonders problematischer und kontrovers diskutierter Ansätze der Rechtsprechung liegt. Die Schwierigkeiten einer im Kern individualistisch konzipierten Unternehmenshaftung sollen anschließend in § 2 mithilfe von rechtsökonomischen Argumenten noch weiter konkretisiert werden.

§ 1 Stand der Diskussion

Um den gegenwärtigen Stand der Diskussion über die Unternehmenshaftung zu skizzieren, sollen im Folgenden zunächst die wichtigsten Ansätze zur Begründung der deliktischen Schadensersatzhaftung von Unternehmensträgern überblicksartig dargestellt werden. Anschließend werden einige zentrale Schwachpunkte der gesetzlichen Regelung und besonders umstrittene Ansätze der Rechtsprechung genauer analysiert und bewertet. Dadurch soll möglichst präzise herausgearbeitet werden, welche Probleme trotz der diversen Fortentwicklungen des Unternehmenshaftungsrechts heute noch bestehen.

A. Vier Arten der Unternehmenshaftung

Das gegenwärtige System der Unternehmenshaftung lässt sich grob in vier Haftungsarten unterteilen: (1) die Gefährdungshaftung, (2) die Haftung des Unternehmensträgers für eigenes Verschulden bzw. das Verschulden seiner Repräsentanten i.S. des § 31 BGB, (3) die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB und (4) die hier sog. Verbundhaftung, die aus einer Pflicht des Unternehmensträgers und dem schuldhaften Verhalten eines Unternehmensangehörigen zusammengesetzt wird. Dieses System soll im Folgenden zunächst näher erläutert werden, um eine stabile Grundlage für die anschließende Diskussion offener Fragen und ungelöster Probleme zu schaffen.

Im Bemühen um größtmögliche Klarheit wird dabei zwischen der Haftung von Einzelunternehmern einerseits und der Haftung von Gesellschaften andererseits unterschieden. Zwar gilt das vierspurige System für beide Arten von Unternehmensträgern und auch inhaltlich gibt es weitgehende Überschneidungen. Es gibt aber auch bedeutsame Unterschiede, die vor allem daraus resultieren, dass Gesellschaften auf natürliche Weise nicht handeln können, sodass es erforderlich sein kann, für die Haftungs begründung individuelles Verhalten und Verschulden zuzurechnen. Gerade die Unterschiede, die zwischen den jeweiligen Haftungsregimen bestehen, sind wichtig für das Verständnis der nachfolgenden Problemdiskussion. Den Anfang macht die Haftung der Einzelunternehmer, weil sie dem BGB-Gesetzgeber als Leitbild vor Augen stand und wohl auch deshalb weniger Probleme aufwirft.

I. Einzelunternehmer

In der Einleitung war bereits betont worden, dass das BGB-Deliktsrecht individualistisch konzipiert ist.¹ Der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber hat zwar nicht verkannt, dass es auch Ende des 19. Jahrhunderts schon Großunternehmen mit arbeitsteiliger Organisation gab, verwies für die damit zusammenhängenden Fragen aber immer wieder auf die „Spezialgesetzgebung“² und orientierte sich für das BGB-Deliktsrecht am Leitbild des Einzelunternehmers. Das kommt deutlich in § 831 BGB zum Ausdruck, der Vorschrift, die am unmittelbarsten mit arbeitsteiligen Vorgängen befasst ist. Denn der Wortlaut des § 831 BGB ist so formuliert, dass es der Geschäftsherr persönlich ist, der den Gehilfen auswählt und zu einer Verrichtung bestellt. Das ist in Großunternehmen nicht realistisch und hat dem Recht der Unternehmenshaftung das schwierige Problem des dezentralisierten Entlastungsbeweises beschert.³ Es passt aber vor allem auch nicht auf Gesellschaften, da diese selbst nicht in der Lage sind, Gehilfen auszuwählen und zu bestellen. Hier zeigt sich, dass sich der Gesetzgeber am Einzelunternehmer orientierte, die sachgerechte Anwendung auf Gesellschaften hingegen den Gerichten und der Wissenschaft überließ.

Auch die praktische Bedeutung der Einzelunternehmer ist nicht zu unterschätzen. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes gab es im Jahr 2021 in Deutschland ca. 3,39 Mio. Unternehmensträger (ohne Kleinunternehmer),⁴ darunter ca. 2,01 Mio. Einzelunternehmer, ca. 789.000 Kapitalgesellschaften und ca. 411.000 Personengesellschaften.⁵ Annähernd zwei Drittel der Unternehmensträger mit Sitz in Deutschland sind also Einzelunternehmer. Es handelt sich dabei keineswegs nur um Solo-Selbstständige, die keine Mitarbeiter beschäftigen und deshalb Delikte nur persönlich begehen können. Vielmehr hatten 95 Einzelunternehmer mindestens 250 Beschäftigte, ca. 3.700 zwischen 50 und 249 Beschäftigte, ca. 88.800 zwischen zehn und 49 Beschäftigte und die Übrigen weniger als zehn Beschäftigte. Auch Einzelunternehmen können also durchaus groß und arbeitsteilig organisiert sein – man denke nur an die seit 2012 insolvente Anton Schlecker e.K. mit zuletzt ca. 36.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und mehr als 6,5 Mrd. Euro Umsatz.

Dogmatisch gesehen wirft die Haftung der Einzelunternehmer keine größeren Probleme auf. Lediglich die Einzelheiten der hier sog. Verbundhaftung sind umstritten, werden aber für Einzelunternehmer kaum diskutiert,⁶ was auf

¹ Oben → Einl. A I. Vgl. auch Öry, Kollektivität, 2020, 19 ff.

² Dazu schon oben → Einl. A I 1.

³ Dazu ausf. unten → B III.

⁴ Die Statistik bezieht sich auf Unternehmensträger mit Umsatzsteuervoranmeldung oder mindestens einem Beschäftigten im Jahr 2021.

⁵ Hierzu und zum Folgenden Statistisches Bundesamt, Rechtliche Einheiten nach zusammengefassten Rechtsformen im Berichtsjahr 2021, Dezember 2022.

⁶ Vgl. aber insb. Soergel/Krause,¹³ 2005, § 823 Anh. II Rn. 59 ff. m. w. N.

eine geringe praktische Bedeutung dieses Problems hindeutet. In rechtspolitischer Hinsicht wird kritisiert, dass die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB nicht strikt ausgestaltet ist und dass es für Einzelunternehmer auch keine Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB gibt. Das kann dazu führen, dass Einzelunternehmer mit vielen Mitarbeitern privilegiert werden, wodurch sich Fehlansätze ergeben und Geschädigte willkürlich schlechter gestellt werden.

1. Gefährdungshaftung

Weder dogmatische noch rechtspolitische Probleme wirft zunächst die Gefährdungshaftung von Einzelunternehmern auf. Die maßgeblichen Haftungstatbestände sind hinreichend offen formuliert, um auch Einzelunternehmer als Haftungsadressaten anzusprechen, auch wenn gerade die Betreiber von Industrieanlagen oder Verkehrsunternehmen typischerweise Gesellschaften sind. Nur noch von anekdotischem Interesse ist, dass § 25 PrEG 1838 tatsächlich nur an Gesellschaften adressiert war, sodass man darüber stritt, ob die Vorschrift auch auf Einzelunternehmer angewendet werden konnte.⁷ Das war einer der Gründe, warum man § 1 RHPfG 1871 später neutral formulierte und die Haftung an den „Betriebsunternehmer“ adressierte.⁸ Für § 1 HPfG ist heute unstrittig, dass Haftungsadressat auch ein Einzelunternehmer sein kann⁹ und auch die anderen für die Unternehmenshaftung relevanten Gefährdungstatbestände wie § 1 UmweltHG, § 89 Abs. 2 WHG, § 2 HPfG, § 7 StVG oder § 33 LuftVG sind funktions- und nicht statusbezogen formuliert.

Einzelunternehmer können auch unproblematisch die Kriterien erfüllen, die im Rahmen der Gefährdungshaftung herangezogen werden, um den Haftungsadressaten zu bestimmen. Für die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung kommt es dafür vor allem darauf an, wer die tatsächliche Verfügungsgewalt über die gefährliche Anlage oder das Fahrzeug ausübt und für wessen Rechnung der Betrieb erfolgt.¹⁰ Keines der beiden Kriterien bereitet größere Schwierigkeiten, wenn Unternehmensträger ein Einzelunternehmer ist. Gehaftet wird typischerweise für alle Schäden, in denen sich die spezifische Gefährlichkeit der jeweiligen Gefahrenquelle realisiert. In diesem Zusammenhang muss der Unternehmensinhaber ohne Weiteres auch für Fehler seiner Mitarbeiter einstehen, weil der Gefährdungszusammenhang dadurch regelmäßig nicht unterbrochen wird.¹¹ So ist die Bahnunternehmerhaftung nach § 1 HPfG z. B. unproblematisch auch dann zu bejahen, wenn ein Zugführer nicht rechtzeitig bremst oder ein Schrankenwärter vergisst, eine Bahnschranke zu schließen.

⁷ Vgl. PrOT, StrietA 27, 359, 364 f. (1857); Eger, ³1886, § 1 RHPfG Anm. 7, S. 91 f.

⁸ Eger, ³1886, § 1 RHPfG Anm. 7, S. 91 f.

⁹ Vgl. nur FPK/Piontek, ¹⁰2019, § 1 HPfG Rn. 27 m. w. N.

¹⁰ Dazu ausf. unten → § 7 B I 2, 3.

¹¹ Vgl. dazu noch unten → § 7 B II 1.

Auch die Begründung der sog. Handlungshaftung, also der Haftung für gefährliche Aktivitäten z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG oder § 32 Abs. 1 GenTG, wirkt keine größeren Schwierigkeiten auf. Die gefährliche Tätigkeit lässt sich regelmäßig dem Einzelunternehmer als Unternehmensinhaber zuordnen, da er die Tätigkeit veranlasst und sie meist zumindest mittelbar beherrscht und kontrolliert. Gerade in größeren Unternehmen können sich aber auch Zurechnungsfragen stellen, wenn z. B. ein einfacher Gehilfe einen umweltgefährdenden Stoff i. S. von § 89 Abs. 1 WHG in ein Gewässer einbringt, ohne dass der Unternehmensinhaber dies veranlasst oder zumindest davon gewusst hätte. In der Literatur wird für solche Fälle teilweise auf § 831 BGB abgestellt und mitunter sogar die Entlastung zugelassen, wohl überwiegend wird aber eine strikte Haftung des Unternehmensinhabers befürwortet.¹²

2. Eigendeliktshaftung

Unproblematisch ist die Haftung des Einzelunternehmers für eigene Delikte. Als natürliche Person ist der Einzelunternehmer handlungs-, verschuldens- und deliktsfähig und kann daher ohne Weiteres persönlich aus §§ 823 ff. BGB haften. Strukturelle Unterschiede zwischen seiner Haftung als Unternehmer und seiner Haftung als Privatperson gibt es nicht; allerdings treffen den Einzelunternehmer *als Unternehmer* zahlreiche spezifisch unternehmensbezogene Pflichten, die für Private nicht gelten, so z. B. die Pflichten der sog. Berufs- oder Expertenhaftung oder die Pflichten der Produzentenhaftung.

Zur Haftung des Einzelunternehmers für eigene Delikte gehört auch die Haftung wegen der Verletzung von Verkehrs- und Organisationspflichten, soweit der Einzelunternehmer die jeweilige Pflicht selbst verletzt. Der BGH geht davon aus, dass derjenige der „die Organisationsgewalt über ein betriebliches Unternehmen innehat“, verpflichtet ist, „für Gefahrensicherung in seinem Organisationsbereich zu sorgen“.¹³ Auch im Schrifttum wird betont, dass der Unternehmer durch ordnungsgemäße Organisation seines Unternehmens im erforderlichen Umfang darauf hinwirken muss, dass durch seine unternehmerische Aktivität Dritte möglichst nicht geschädigt werden (sog. Unternehmensorganisationspflicht).¹⁴ Verletzt ein Einzelunternehmer schuldhaft diese Pflicht, ist er für den dadurch eingetretenen Schaden nach § 823 BGB verantwortlich.

¹² Dazu noch ausf. unten → § 7 C III 1.

¹³ BGH NJW-RR 1996, 867, 868. Vgl. z. B. auch noch BGHZ 95, 63, 71 ff. = NJW 1985, 2189, 2191 f.; BGHZ 17, 214, 220 f. = NJW 1955, 1314, 1315.

¹⁴ Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 21 ff.; MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 823 Rn. 108 f.; Soergel/Krause, 132005, § 823 Anh. II Rn. 61–66; Steege, Organisationspflichten, 2022, 128 ff., 199 ff. und passim; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 689 ff.; Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, 111 ff. und passim; Kleindiek, Deliktshaftung, 1997, 284–286, 304; Brandes, Organisationspflichtverletzung, 1994, 116 und passim; Hassold, JuS 1982, 583, 584 f.; v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 96.

Die Haftung aus Organisationspflichtverletzung weist eine gewisse Nähe zur Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB auf, unterscheidet sich von ihr aber dadurch, dass es bei der Unternehmensorganisationspflicht nicht nur um die Auswahl oder Beaufsichtigung einzelner Gehilfen geht, sondern um die Schaffung organisatorischer Strukturen und Prozesse, die allgemein dazu beitragen sollen, dass aus dem Unternehmen heraus keine vermeidbaren Schäden verursacht werden.¹⁵ Der Unternehmer muss „allgemeine Aufsichtsmaßnahmen“ treffen, „die die Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten“.¹⁶ Dazu kann z. B. auch gehören, die Arbeitsabläufe so präzise zu beschreiben, dass sich keine Missverständnisse ergeben können, und den Mitarbeitern klare Anweisungen dafür zu geben, wie sie ihre Aufgaben zu erfüllen und sich z. B. in der Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen zu verhalten haben.¹⁷ Die Organisationspflichtverletzung muss aber nicht im Zusammenhang mit dem Personalmanagement stehen, sondern kann sich auch aus anderen Versäumnissen in der Betriebsorganisation und den betrieblichen Abläufen ergeben.¹⁸

3. Geschäftsherrnhaftung

Das Sorgenkind der deliktischen Unternehmenshaftung ist eindeutig die Geschäftsherrnhaftung des § 831 BGB, also die Haftung des Geschäftsherrn für Schäden, die seine Verrichtungsgehilfen in Ausführung der Verrichtung Dritten widerrechtlich zufügen. Aus rechtspolitischer Sicht wird vor allem kritisiert, dass die Haftung des Geschäftsherrn – anders als in den meisten anderen europäischen Ländern – nicht als strikte Haftung ausgestaltet ist, sondern dem Geschäftsherrn die Möglichkeit einräumt, sich von der Haftung zu befreien, indem er nachweist, dass er den Verrichtungsgehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht hat (vgl. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁹ Eine strikte Geschäftsherrnhaftung gibt es im deutschen Recht nur nach Spezialtatbeständen wie § 3 HPfLG, § 3 BinSchG und § 480 HGB. An der verschuldensabhängigen Haftung des § 831 BGB wird bemängelt, dass der Unternehmer infolge der Entlastungsmöglichkeit nicht alle Schadenskosten tragen muss, die durch seine Aktivität verursacht werden, obwohl es aus ökonomischer Sicht geboten wäre, die Schadenskosten in die Produktionskosten einzurechnen.²⁰ In Bezug auf Einzelunternehmer verschärfen sich die Probleme weiter dadurch, dass es für sie keine

¹⁵ Vgl. Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 61.

¹⁶ BGHZ 4, 1, 2 f. = NJW 1952, 418; RGZ 89, 136, 137 f. (1916).

¹⁷ BGH VersR 1983, 152, 153. Vgl. auch BGH NJW 1999, 573 f.; NJW 1988, 48, 49; NJW 1985, 2189, 2191 f.; VersR 1978, 722, 723; NJW 1971, 1313, 1314 f.; NJW 1965, 815, 816; BGHZ 24, 200, 213 f. = GRUR 1957, 494, 498.

¹⁸ Vgl. etwa BGH NJW 1991, 1543; NJW 1991, 98, 99.

¹⁹ Ausf. unten → B I.

²⁰ Vgl. einstweilen nur Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 31–35. Ausf. zur rechtsökonomischen Kritik an der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung → B I 1.

Repräsentantenhaftung gibt, weil § 31 BGB nach h. M. auf Einzelunternehmer nicht anzuwenden ist.²¹ Es gibt also anders als in Unternehmen, die von Gesellschaften getragen werden, keine zwei Gruppen von Mitarbeitern, von denen der Geschäftsherr wenigstens für eine strikt haften würde. Vielmehr gilt für sämtliche Mitarbeiter, vom einfachen Hilfsarbeiter bis zur leitenden Angestellten, allein § 831 BGB mitsamt der Entlastungsmöglichkeit. Dass Einzelunternehmer nicht einmal für ihre Repräsentanten strikt haften, wird in der Literatur zu Recht als nicht gerechtfertigte Privilegierung kritisiert, die Fehlanreize setzt und eine Gruppe von Geschädigten willkürlich schlechter stellt.²²

Die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung verursacht außerdem dogmatische Schwierigkeiten und zwar auch schon, wenn Geschäftsherr ein Einzelunternehmer ist. Weitgehend unproblematisch ist die Anwendung des § 831 BGB, wenn der Geschäftsherr den Verrichtungsgehilfen selbst ausgewählt und überwacht hat, also in der Situation, die dem Gesetzgeber ausweislich des Wortlauts der Vorschrift als Normalfall vor Augen stand. Auch hier ist die Entlastungsmöglichkeit rechtspolitisch verfehlt, aber zumindest funktioniert ihre Anwendung. Schwierig wird es, wenn sog. Zwischenpersonen zum Einsatz kommen, die der Geschäftsherr mit der Auswahl und/oder Überwachung des Verrichtungsgehilfen betraut hat. Der BGH und vor ihm auch schon das Reichsgericht haben in dieser Situation für die Entlastung ausreichen lassen, dass der Geschäftsherr nachweist, dass er die Zwischenperson sorgfältig ausgewählt und überwacht hat (sog. dezentralisierter Entlastungsbeweis).²³ Leitentscheidung des BGH ist das Gutsverwalter-Urteil, das einen Einzelunternehmer betraf.²⁴ Die wohl h. L. verlangt, teils alternativ, teils kumulativ zur Entlastung für die Zwischenperson, der Geschäftsherr müsse zeigen, dass der Verrichtungsgehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht worden ist – wenn nicht von ihm selbst, dann von der Zwischenperson.²⁵

4. Verbundhaftung

Vierte Form der Unternehmenshaftung ist die hier sog. Verbundhaftung, deren Ausgangspunkt eine persönliche Pflicht des Unternehmers bildet, die dann jedoch nicht durch diesen persönlich, sondern durch einen Mitarbeiter verletzt wird. Ein einfaches Beispiel wäre, dass eine Unternehmerin z. B. eine kleine Bäckerei betreibt und ihr Verkaufspersonal damit beauftragt, im Winter die Streupflicht zu erfüllen. Die sog. Winterwartung ist durch Gemeindecsetzung in der Regel den Anliegern auferlegt, hier also der Unternehmerin als Inhaberin

²¹ Vgl. nur MünchKommBGB/*Leuschner*,⁹²2021, § 31 Rn. 11. Ausf. unten → B IV 3.

²² Dazu noch ausf. → B IV 3.

²³ Grundlegend BGHZ 4, 1, 2–4 = NJW 1952, 418f. Zum Ganzen unten → B III.

²⁴ BGHZ 4, 1 ff. = NJW 1952, 418f.

²⁵ Vgl. nur Grüneberg/*Sprau*,⁸²2023, § 831 Rn. 11; BeckOGK/*Spindler*, 1.11.2022, § 831 BGB Rn. 46; zu Recht skeptisch MünchKommBGB/*Wagner*,⁸2020, § 831 Rn. 51.

der Bäckerei und des Ladengeschäfts.²⁶ Wenn die Mitarbeiter eines Morgens die Streupflicht nicht erfüllen und ein Passant verletzt wird, stellt sich die Frage, ob und wie sich die Haftung der Bäckerin konstruieren lässt. Wegen der Verletzung ihrer eigenen Pflicht ist an § 823 Abs. 1 BGB zu denken, aber man müsste wohl ein Verschulden der Bäckerin verneinen, wenn die Anweisungen an die Mitarbeiter unmissverständlich waren, ausreichend Zeit und die nötige Ausrüstung für das Streuen zur Verfügung standen und die Bäckerin das Streuen regelmäßig kontrolliert hat. Der BGH wendet in solchen Fällen auch § 831 BGB an, allerdings ist oft unklar, ob er davon ausgeht, dass der Verrichtungsgehilfe die Pflicht als eigene übernimmt oder lediglich die für ihn fremde Pflicht des Geschäftsherrn verletzt.²⁷ Das macht dogmatisch gesehen einen großen Unterschied und kann sich auch praktisch auswirken, weil der Gehilfe im ersten Fall auch persönlich haftet, im zweiten jedoch nicht.

Die Verbundhaftung ist für die Unternehmenshaftung praktisch von kaum zu überschätzender Bedeutung. Denn es geht bei weitem nicht nur um Streupflichten, sondern um den gesamten Bereich der unternehmensbezogenen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten. Differenziert man sauber zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Mitarbeiter, zeigt sich, dass die meisten für die Unternehmenshaftung relevanten Pflichten an den Unternehmensträger gerichtet sind, weil er es ist, der rechtlich gesehen die Gefahrenquellen des Unternehmens beherrscht und der deshalb im erforderlichen Maße darauf hinwirken muss, dass möglichst keine Dritten durch die unternehmerische Aktivität geschädigt werden.²⁸ Für die Verbundhaftung relevant werden können z.B. sämtliche Pflichten im Zusammenhang mit der Beherrschung von Sachgefahren (Verkehrssicherungspflichten z.B. in Bezug auf Grundstücke, Verkehrswege, Baustellen, Geschäftsräume, gefährliche Anlagen, Maschinen, Fahrzeuge usw.), Pflichten zum Schutz von Persönlichkeitsrechten z.B. im Bereich des Presse- und Internetrechts, berufsbezogene Verhaltenspflichten z.B. von Ärzten, Architekten oder Sicherheitsdienstleistern, und die Pflichten der Hersteller nach der Rechtsprechung zur Produzentenhaftung. Primärer Träger solcher Pflichten ist meist der Unternehmer, ihre Erfüllung oder Verletzung erfolgt in der Regel durch einzelne Mitarbeiter oder arbeitsteilig durch mehrere Unternehmensangehörige.

²⁶ Vgl. etwa § 5 Straßenreinigungssatzung der Stadt Köln; § 4 Abs. 1 StrReinG NRW.

²⁷ Dazu noch ausf. unten → B VI.

²⁸ Vgl. ausf. unten → § 4 B.

II. Gesellschaften

Auch wenn das BGB-Deliktsrecht und insbesondere § 831 BGB am Leitbild des Einzelunternehmers orientiert sind, betrifft die Mehrzahl heutiger Unternehmenshaftungsfälle Unternehmen, die von einer Kapital- oder Personengesellschaft getragen werden. In der Diskussion über die Unternehmenshaftung stehen daher Gesellschaften als Unternehmensträger meist im Vordergrund. Vor allem die meisten Großunternehmen sind als Gesellschaften organisiert, oft als Kapitalgesellschaften. So gab es im Jahr 2021 in Deutschland 10.820 Kapitalgesellschaften und ca. 3.150 Personengesellschaften mit mindestens 250 Beschäftigten, aber nur 95 Einzelunternehmer, die diesen Wert erreichten.²⁹ Insgesamt wurden im statistischen Unternehmensregister ca. 789.470 Kapitalgesellschaften und ca. 411.170 Personengesellschaften erfasst, was etwas mehr als einem Drittel aller Unternehmensträger entspricht.

Aus rechtlicher Sicht ist der zentrale Unterschied zwischen Einzelunternehmern und Gesellschaften, dass letztere in einem natürlichen Sinne nicht handlungsfähig sind und deshalb selbst keine Delikte begehen können. Zumindest die Verschuldenshaftung einer Gesellschaft als Unternehmensträger muss daher anders begründet werden als die Haftung eines Einzelunternehmers. Zentrale Bedeutung kommt § 31 BGB zu, der heute als allumfassende Zurechnungsnorm gilt. Danach ist der Verein für den Schaden verantwortlich, „den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt“. Die Vorschrift gilt nach allgemeiner Meinung auch für sämtliche Kapitalgesellschaften und rechtsfähigen Personengesellschaften, also alle maßgeblichen nicht menschlichen Unternehmensträger.³⁰ Als Zurechnungsträger kommen heute alle sog. Repräsentanten in Betracht, also sämtliche Mitarbeiter, denen „bedeutende, wesensmäßige Funktionen“ der Gesellschaft „zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind“ und die also die Gesellschaft auf diese Weise repräsentieren.³¹ Anders als die Haftung nach § 831 BGB ist die Haftung nach § 31 BGB strikt, d. h. der Unternehmensträger kann sich von der Haftung nicht durch einen Entlastungsbeweis befreien.

Die Haftung von Gesellschaften wirft größere dogmatische Probleme auf als die Haftung von Einzelunternehmern, was an der zusätzlichen Komplexität durch die Anwendung des § 31 BGB liegt. Weitgehend unproblematisch ist die Begründung der Gefährdungshaftung, obwohl auch insoweit Zurechnungsfrage

²⁹ Statistisches Bundesamt, Rechtliche Einheiten nach zusammengefassten Rechtsformen im Berichtsjahr 2021, Dezember 2022.

³⁰ Vgl. nur MünchKommBGB/Leuschner, 92021, § 31 Rn. 3 ff.; Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 101 ff.; Soergel/Hadding, 132000, § 31 Rn. 6 ff.

³¹ BGHZ 196, 340, 343 = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12. Dazu unten → B IV.

gen diskutiert werden, besonders in Bezug auf die sog. Handlungshaftung. An die Stelle der Haftung für eigene Delikte tritt die Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB, die als strikte Haftung unkompliziert anzuwenden ist, deren immer weitere Ausdehnung durch die Rechtsprechung allerdings in Konflikt mit § 831 BGB steht. Die Geschäftsherrnhaftung von Gesellschaften wird in dogmatischer Hinsicht dadurch erschwert, dass Geschäftsherr die Gesellschaft ist, die mangels Handlungs- und Verschuldensfähigkeit den Gehilfen aber selbst nicht (unsorgfältig) auswählen und überwachen kann. Auch die Verbundhaftung lässt sich für Gesellschaften nur unter erheblichen dogmatischen Anstrengungen begründen und bleibt rechtspolitisch unbefriedigend.

1. Gefährdungshaftung

Gerade in Abgrenzung zur Unternehmens-Verschuldenshaftung wird oft betont, dass die Unternehmens-Gefährdungshaftung eine „echte“ Unternehmenshaftung sei, die ohne komplexe Zurechnungsmechanismen auskomme, und zwar auch, wenn Unternehmensträger eine Gesellschaft ist.³² Für gänzlich unproblematisch hält man vor allem die Haftung für gefährliche Anlagen und Verkehrsmittel z. B. nach §§ 1 UmweltHG, §§ 1, 2 HPfLG, § 89 Abs. 2 WHG, § 33 LuftVG oder § 7 StVG. Zwar lässt sich gar nicht so einfach begründen, wie eine Gesellschaft eigentlich die maßgeblichen Kriterien des Halter- bzw. Betreiberbegriffs erfüllt. Denn der Betreiber oder Halter muss die Anlage oder das Fahrzeug nicht nur auf eigene Rechnung betreiben, sondern er muss auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über die gefährliche Sache ausüben.³³ Wie das funktioniert, wenn Unternehmensinhaber eine Gesellschaft ist, wird in der Literatur kaum diskutiert. Aber niemand zweifelt ernsthaft daran, dass die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung typischerweise den Unternehmensträger adressiert. *Karsten Schmidt* hat dies plausibel damit begründet, dass der Adressat der Gefährdungshaftung normativ bestimmt werde und zwar nach der Gefahrenlage, die er unmittelbar dem jeweiligen Unternehmen als wirtschaftlicher Einheit zuordnet. Die Haftungszurechnung gegenüber dem Unternehmensträger sei daher „völlig unproblematisch, wenn nur die haftungsrelevante Gefahr vom Unternehmen ausgeht“.³⁴

Nicht ganz so einfach lässt sich begründen, dass Gesellschaften aus der sog. Handlungshaftung haften können, also der Haftung für gefährliche Aktivitäten z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG und § 32 Abs. 1 GenTG. Auch hierbei handelt es sich um Gefährdungstatbestände, die kein Verschulden des Adressaten voraus-

³² Vgl. *Wantzen*, Unternehmenshaftung, 2007, 11; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 305; *Brügge-meier*, Prinzipien, 1999, 83; *K. Schmidt*, KF 1993, 4, 6; *Brügge-meier*, AcP 191 (1991), 33, 35.

³³ Dazu ausf. → § 7 B I 2.

³⁴ *K. Schmidt*, KF 1993, 4, 6.

setzen. Allerdings wird nicht an gefährliche Sachen angeknüpft, sondern an Tätigkeiten wie z. B. das Einleiten umweltschädlicher Stoffe in ein Gewässer (vgl. § 89 Abs. 1 WHG) oder die Durchführung gentechnischer Arbeiten (§ 32 Abs. 1 GenTG). Die h. L. geht deshalb davon aus, dass es bei Gesellschaften als Haftungsadressaten einer Verhaltenszurechnung bedarf und stellt dafür auf § 31 BGB ab.³⁵ Auch § 831 BGB wird teilweise zur Begründung der Haftung herangezogen, allerdings ist umstritten, ob dem Unternehmensinhaber auch die Entlastungsmöglichkeit gewährt werden soll. Die wohl h. L. lehnt dies ab und geht davon aus, dass der Unternehmensinhaber strikt haftet, weil ihm entweder die fragliche Aktivität unmittelbar als eigene zuzuordnen oder jedenfalls trotz Verhaltenszurechnung keine Entlastung zuzulassen sei.

Für die Anwendungspraxis scheinen diese Streitigkeiten weitgehend folgenlos zu bleiben. Es gibt so gut wie keine Entscheidungen, in denen Zurechnungsfragen eine größere Rolle spielen, und vergleichbare Ausweichtendenzen und ein Erfindungsreichtum wie bei der Verschuldenshaftung sind bisher ausgeblieben. Das wirft die Frage auf, ob sich die Gefährdungshaftung als Vorbild für andere Formen der Unternehmenshaftung eignen könnte und zwar nicht deshalb, weil sie verschuldensunabhängig ist, sondern weil sie eine weitgehend entindividualisierte, echte Unternehmenshaftung ist, die ohne Individualzurechnung auskommt. Darauf wird später zurückzukommen sein.³⁶

2. *Repräsentantenhaftung*

Da Gesellschaften selbst nicht in einem natürlichen Sinne handeln können, kommt eine echte Haftung für eigene Delikte bei ihnen nicht in Betracht. An deren Stelle tritt die sog. Repräsentantenhaftung, die von Rechtsprechung und Literatur auf Grundlage des § 31 BGB entwickelt wurde. Wie eingangs erwähnt gilt die Vorschrift für alle relevanten Unternehmensträger außer den Einzelunternehmern.³⁷ Insgesamt ist die Geschichte des § 31 BGB die Geschichte der immer weiteren Ausdehnung seines Anwendungsbereichs. Dahinter steht die verbreitete Unzufriedenheit mit § 831 BGB und der Möglichkeit des Entlastungsbeweises. § 31 BGB begründet anders als § 831 BGB eine strikte Haftung des Unternehmensinhabers, der sich somit in Bezug auf Delikte seiner Repräsentanten nicht entlasten kann. Das wäre konstruktiv auch schwierig, weil Gesellschaften mangels Handlungs- und Verschuldensfähigkeit keine Mitarbeiter auswählen und überwachen können.³⁸ Ist Unternehmensträger eine Gesellschaft, gibt es also zwei Gruppen von Mitarbeitern: Repräsentanten i. S. des § 31 BGB, für die strikt gehaftet wird, und Verrichtungsgehilfen i. S. des § 831 BGB,

³⁵ Hierzu und zum Folgenden ausf. → § 7 C III 1.

³⁶ Ausf. unten → § 6 C III 2, § 7 B, C.

³⁷ Oben bei → Fn. 30.

³⁸ Dazu noch sogleich → 3.

für die eine Entlastung möglich ist. Je weiter man den Anwendungsbereich des § 31 BGB zulasten von § 831 BGB ausweitet, desto weiter reicht die strikte Haftung. Durch eine immer weitere Stärkung des § 31 BGB drohen jedoch die Haftung der Gesellschaften und die Haftung der Einzelunternehmer auseinanderzulaufen, denn § 31 BGB gilt nur für erstere.

Der Wortlaut des § 31 BGB legt nahe, dass als Zurechnungsträger nur Organe, Organmitglieder und „andere verfassungsmäßig berufene Vertreter“ in Betracht kommen, also besondere Vertreter i. S. des § 30 BGB, die in der Satzung für gewisse Geschäfte bestellt werden. In der Anfangszeit des BGB sind die Gerichte tatsächlich von einem solch engen Verständnis der damals meist sog. Organhaftung ausgegangen,³⁹ allerdings ist sie seither immer weiter ausgedehnt worden. Heute geht der BGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Repräsentantenhaftung über den Wortlaut der §§ 30, 31 BGB hinaus für solche Personen gilt, „denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren“.⁴⁰ Das ist z. B. für Chefärzte oder Filialleiter von Banken oder Handelsunternehmen bejaht worden. Bemerkenswert ist, dass danach sogar ein selbstständiger Unternehmer Repräsentant sein kann, z. B. ein Handelsvertreter, der Abschlussvollmachten und Inkassobefugnisse besitzt oder sonst eine in der Hierarchie des Unternehmens herausgehobene Position als Führungskraft innehat.⁴¹

Bei der klassischen Repräsentantenhaftung, die hier von der Verbundhaftung unterschieden wird,⁴² verwirklicht der Repräsentant ein vollständiges Delikt und haftet daher nach h. M. auch persönlich. Das Delikt kann ein solches nach § 823 Abs. 1 BGB sein, wobei bei mittelbaren Verletzungen und Unterlassungen genau zu prüfen ist, ob den Repräsentanten eine eigene Verhaltens- und/oder Verkehrspflicht trifft. Wichtig ist die klassische Repräsentantenhaftung vor allem für die Begründung einer Unternehmenshaftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. strafrechtlichen Schutzgesetzen oder aus § 826 BGB. Denn da juristische Personen und Personengesellschaften nach deutschem Recht nicht straffähig sind, richten sich die Verhaltensgebote des Strafrechts ausschließlich an Menschen. Eine Gesellschaft kann deshalb aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. mit einem Strafgesetz nur haften, wenn ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB oder ein Ver-

³⁹ Vgl. etwa RGZ 74, 21, 23 (1910); RGZ 70, 118, 119f. (1908); RGZ 62, 31, 34ff. (1905); RG JW 1903 Beil. 14 Nr. 261; RGZ 53, 276, 279f. (1903).

⁴⁰ BGHZ 196, 340, 343 = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12. Vgl. auch BGHZ 172, 169, 173 = NJW 2007, 2490, 2491, Rn. 16; BGH NJW-RR 2005, 756, 758; NJW 1998, 1854, 1856; NJW 1977, 2259, 2260; NJW 1972, 334; BGHZ 49, 19, 21 f. = NJW 1968, 391 f.; MünchKommBGB/Leuschner, 92021, § 31 Rn. 14 f.

⁴¹ Vgl. BGHZ 196, 340, 344 = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12; BGH NJW-RR 2005, 756, 758; NJW 1998, 1854, 1856; BGHZ 49, 19, 21 f. = NJW 1968, 391 f.

⁴² Dazu noch unten → 4 sowie B VI.

richtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des Strafgesetzes vollständig verwirklicht. Eine originäre Unternehmenshaftung, bei welcher der im Strafrecht typischerweise erforderliche Vorsatz (vgl. § 15 StGB) z. B. mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung begründet würde, hat der BGH ausdrücklich abgelehnt.⁴³ Genauso geht er für § 826 BGB davon aus, dass die Haftung eines nicht menschlichen Unternehmensträgers nur in Betracht kommt, wenn ein Repräsentant oder Verrichtungsgehilfe den objektiven und subjektiven Tatbestand der Vorschrift verwirklicht.⁴⁴ Eine Unternehmenshaftung ist insoweit also nur indirekt über §§ 31, 831 BGB möglich, was bedeutet, dass mit der Haftung des Unternehmensträgers immer auch automatisch die persönliche Haftung des handelnden Repräsentanten oder Gehilfen bejaht wird.

Methodisch ging der BGH früher davon aus, seine Rechtsprechung zur Repräsentantenhaftung beruhe auf einer erweiternden Auslegung des Tatbestandsmerkmals „anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter“ in § 31 BGB. Mittlerweile erkennt er offen an, dass es sich um eine rechtsfortbildende Analogie handelt.⁴⁵ Aus dogmatischer Sicht sind beide Ansätze problematisch: Um Auslegung dürfte es sich nicht mehr handeln, seit der BGH auf jeden Bezug zur Satzung der Gesellschaft verzichtet, obwohl §§ 30, 31 BGB eindeutig daran anknüpfen. Aber auch eine Analogie ist schwer zu begründen. Denn der Gesetzgeber hat die Haftung für Gehilfen, die keine Organmitglieder oder verfassungsmäßig berufene Vertreter sind, in § 831 BGB geregelt.⁴⁶ Man kann daher durchaus bezweifeln, ob sich eine planwidrige Regelungslücke bejahen lässt. Jede Ausweitung des § 31 BGB läuft Gefahr, die Grundentscheidung des BGB-Gesetzgebers für eine verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung zu unterlaufen. Aus rechtspolitischer Sicht stellt sich im Zusammenhang mit der Repräsentantenhaftung vor allem das bereits erwähnte Problem, dass sie nur für Gesellschaften und nicht auch für Einzelunternehmer gilt, weil die h. M. eine analoge Anwendung des § 31 BGB auf Einzelunternehmer ablehnt.⁴⁷ Das führt zu einer kaum zu rechtfertigenden Privilegierung von Einzelunternehmen und einer willkürlichen Schlechterstellung einer Gruppe von Geschädigten. Denn die Inhaber von Einzelunternehmen haften für keinen einzigen Mitarbeiter strikt, während die Zahl der Repräsentanten in Gesellschaften auf Grundlage der weiten Definition des BGH durchaus beachtlich sein kann.

⁴³ BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 28; vgl. auch schon BGH NJW-RR 2012, 404, Rn. 8.

⁴⁴ BGH NJW 2017, 250, 251, Rn. 13.

⁴⁵ BGHZ 196, 340, 343 = NJW 2013, 3366f., Rn. 11.

⁴⁶ Dazu noch ausf. unten → B IV 2.

⁴⁷ Dazu unten → B IV 3.

3. Geschäftsherrnhaftung

Dritte Form der Unternehmenshaftung ist auch bei Gesellschaften als Unternehmensträgern die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB. Dabei ist heute anerkannt, dass Geschäftsherr stets der Unternehmensträger ist,⁴⁸ also z. B. die Aktiengesellschaft oder GmbH, der das Unternehmen gehört, und nicht etwa die Geschäftsleitung oder der Personalvorstand oder der unmittelbare Vorgesetzte des jeweiligen Verrichtungsgehilfen. Da die Gesellschaft nicht handlungs- und verschuldensfähig ist, kann sie aber selbst keine Verrichtungsgehilfen auswählen und überwachen. Das wirft schon bei kleinen Unternehmen die Frage auf, an wessen (vermutetes) Verschulden für § 831 Abs. 1 S. 2 BGB anzuknüpfen ist. Weitgehend unstrittig ist, dass auf das Verschulden von Repräsentanten i. S. von § 31 BGB abgestellt werden kann.⁴⁹ Umstritten ist jedoch, ob *nur* das Verschulden von Repräsentanten für § 831 Abs. 1 S. 2 BGB relevant sein soll, oder ob nicht auch das Verschulden von Verrichtungsgehilfen eine Rolle spielen kann, wenn für die Auswahl oder Überwachung des Verrichtungsgehilfen i. S. von § 831 Abs. 1 BGB wiederum ein Gehilfe zuständig war. In der Literatur wird demgegenüber teilweise argumentiert, wer Verrichtungsgehilfen auswähle oder überwache, sei stets Repräsentant i. S. von § 31 BGB.⁵⁰ Aber in großen Unternehmen mit mehreren Hierarchiestufen wird das nicht immer realistisch sein, z. B. wenn ein Mitarbeiter auf Stufe 6 einen Gehilfen auf Stufe 7 überwacht. Würde man alle Mitarbeiter, denen andere Mitarbeiter nachgeordnet sind, als Repräsentanten i. S. von § 31 BGB ansehen, weitete man damit dessen Anwendungsbereich erheblich zulasten des § 831 BGB aus und unterliefe die Grundentscheidung des BGB-Gesetzgebers für eine verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung. Die Frage, auf wessen Verschulden es für § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ankommen soll, wenn Unternehmensträger eine Gesellschaft ist, hat gewisse Berührungspunkte mit dem bereits erwähnten weiteren Problem des dezentralisierten Entlastungsbeweises.⁵¹ Die Rechtsprechung hat den dezentralisierten Entlastungsbeweis deshalb anerkannt, weil sie dem Wunsch des Gesetzgebers gerecht werden wollte, dass der Geschäftsherr nach § 831 Abs. 1 BGB nur für eigenes Verschulden haften soll. Sieht man als „eigenes“ Verschulden einer Gesellschaft nur das Verschulden ihrer Repräsentanten an, spricht dies dafür, die Entlastung auf die letzte Zwischenperson zu beziehen, die noch von einem Repräsentanten ausgewählt und überwacht wurde, auch wenn zwischen

⁴⁸ BGHZ 125, 366, 375 = NJW 1994, 1801, 1803; BGHZ 109, 297, 304 = NJW 1990, 976, 978; BGH NJW 1974, 1371 f.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 58.

⁴⁹ BGH NJW-RR 1991, 281, 283. Besonders ausführlich *Rottkemper*, Außenhaftung, 1996, 113 ff. Gegen die Heranziehung des § 31 BGB als Zurechnungsnorm bei § 831 BGB jüngst wieder *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 786 f.

⁵⁰ So wohl MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 109, 120; v. *Deylen*, Haftung, 2010, 29, 63; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 242 f.

⁵¹ Dazu noch ausf. → B III.

dieser und dem Verrichtungsgehilfen i.S. des § 831 BGB noch weitere Zwischenpersonen zum Einsatz gekommen sein sollten, die nicht von Repräsentanten ausgewählt und überwacht wurden.

Im Übrigen stellen sich bei der Geschäftsherrnhaftung von Gesellschaften dieselben Probleme, die oben⁵² schon für Einzelunternehmer diskutiert wurden. Die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ist auch insoweit rechtspolitisch verfehlt, weil sie dem Unternehmensträger ermöglicht, sich von Schadenskosten zu befreien, die eigentlich eindeutig seiner unternehmerischen Aktivität zuzuordnen sind. Dadurch werden die Verhaltensanreize für die Unternehmensangehörigen verwässert und Risiken, die eigentlich der Unternehmensträger tragen sollte, auf Mitarbeiter und Geschädigte abgewälzt. Auch die bereits diskutierten dogmatischen Probleme stellen sich mit Blick auf die Haftung von Gesellschaften in gleichem oder sogar noch größerem Maße.

4. Verbundhaftung

Schließlich kann auch die Haftung von Gesellschaften damit begründet werden, dass die Gesellschaft als Unternehmensträgerin eine eigene Pflicht trifft, die von einem Unternehmensangehörigen schuldhaft verletzt wird. Diese hier sog. Verbundhaftung wirft konstruktiv erhebliche Schwierigkeiten auf. Vor allem die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen gehört in der Literatur zu den meistdiskutierten Themen der Unternehmenshaftung.⁵³ Es geht um so wichtige Pflichten wie die Verkehrssicherungspflichten von Grundstückseigentümern oder Inhabern gefährlicher Anlagen und Sachen, Pflichten zum Schutz von Persönlichkeitsrechten, berufsbezogene Verhaltenspflichten z. B. von Ärzten oder Architekten und die Herstellerpflichten im Rahmen der Produzentenhaftung. Für alle diese Pflichten ist heute anerkannt, dass sie auch Gesellschaften als Unternehmensträger treffen können, obwohl diese ihre Pflichten weder selbst erfüllen noch verletzen können.

Weitgehend unstreitig ist heute, dass die Verbundhaftung jedenfalls so begründet werden kann, dass die Pflicht der Gesellschaft mit dem Verschulden eines Repräsentanten i.S. des § 31 BGB zu einem Delikt zusammengefügt wird, für das die Gesellschaft unmittelbar und exklusiv einzustehen hat. Um dieses Modell hat sich vor allem *Kleindiek* verdient gemacht, der auf Grundlage einer tiefgehenden historisch-dogmatischen Analyse argumentiert hat, § 31 BGB sei vom Gesetzgeber mit zwei Funktionen konzipiert worden: Die Vorschrift begründe nicht nur eine zusätzliche Haftung der Gesellschaft, wenn ein Repräsentant ein Delikt vollständig verwirklicht (sog. Schuldbeitrittsmodell; unstrei-

⁵² → I 3.

⁵³ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 106 ff.; Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 67 ff.; grundlegend *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 117 ff. und passim.

tig⁵⁴), sondern sie sei außerdem eine Zurechnungsnorm, mit deren Hilfe man der Gesellschaft auch nur das Verschulden eines Repräsentanten zurechnen könne, welches sich dann mit der Pflicht der Gesellschaft zu einem Delikt der Gesellschaft verbinden lasse (hier sog. *Kleindiek*-Modell).⁵⁵ Dieser Ansatz hat sich als ausgesprochen wirkmächtig erwiesen, weil er einerseits erlaubte, die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen in einer Weise zu erklären, die der bereits jahrzehntealten, äußerst umfangreichen Rechtsprechung gut entsprach, andererseits aber ein Problem löste, das gerade erst neu entdeckt worden war: Seit der BGH in der berühmt-berüchtigten Baustoff-Entscheidung die persönliche Außenhaftung eines GmbH-Geschäftsführers wegen der Verletzung einer Verkehrspflicht der Gesellschaft bejaht hatte,⁵⁶ wurde lebhaft diskutiert, wie sich Eigenhaftung der Repräsentanten sachgerecht begrenzen lässt. *Kleindieks* Vorschlag ermöglichte, klar zwischen den Pflichten der Gesellschaft und den persönlichen Pflichten der Repräsentanten zu unterscheiden und die Haftung der Gesellschaft ohne gleichzeitige persönliche Haftung eines Repräsentanten zu begründen.⁵⁷ Denn sein Modell ist nicht davon abhängig, dass ein Repräsentant die Pflicht der Gesellschaft als eigene übernimmt und mit der Pflichtverletzung ein eigenes Delikt begeht, für das die Gesellschaft dann nach § 31 BGB einzustehen hat. Vielmehr wird die Haftung von vornherein nur bei der Gesellschaft begründet, deren eigene Pflicht mit dem zugerechneten Verschulden des Repräsentanten zu einem Delikt kombiniert wird, für das nur die Gesellschaft haftungsrechtlich einzustehen hat.

Nur eine Mindermeinung lehnt es ab, in § 31 BGB auch eine Zurechnungsnorm zu sehen und geht vor allem unter Berufung auf den Willen des ursprünglichen BGB-Gesetzgebers davon aus, dass die Vorschrift nur das Schuldbeitrittsmodell verwirkliche.⁵⁸ Eine Verbundhaftung kann es dann nicht geben. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass der unternehmensintern zuständige Repräsentant die Unternehmenspflicht stets als eigene übernimmt und mit der Verletzung der Pflicht ein eigenes Delikt begeht. Die Haftung des Unternehmensträgers wäre dann immer eine klassische Repräsentantenhaftung, wie sie oben⁵⁹ bereits beschrieben wurde. Bedeutender Nachteil dieses Ansatzes ist, dass er immer automatisch zu einer Doppelhaftung führt, also nicht erlaubt, zwischen der Unternehmenshaftung und der persönlichen Außenhaftung der Repräsentanten zu unterscheiden.⁶⁰ Soll die Haftung des Unternehmensträgers bejaht werden, steht zwangsläufig auch der Repräsentant in der Haftung, und

⁵⁴ Dazu schon oben → 2.

⁵⁵ Grundlegend *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 355 ff. und passim; vgl. auch LH/*Kleindiek*, ²⁰2020, § 43 GmbHG Rn. 84.

⁵⁶ BGHZ 109, 297, 302–306 = NJW 1990, 976, 977 f.

⁵⁷ Dazu ausf. *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 373 ff.

⁵⁸ So insb. *Altmeyden*, ZIP 2016, 97, 100 ff.; *Altmeyden*, ZIP 1995, 881, 887 ff.

⁵⁹ → 2.

⁶⁰ Dazu zu Recht kritisch MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 135.

umgekehrt. Das ist aus rechtspolitischer Sicht wenig überzeugend, weil es durchaus gute Gründe gibt, die jeweilige Haftung zu differenzieren.⁶¹

Umstritten ist, ob eine Verbundhaftung nur mithilfe von § 31 BGB begründet werden kann, oder ob sich auch § 831 BGB heranziehen lässt oder dem Unternehmensträger die Pflichtverletzung eines seiner Mitarbeiter vielleicht sogar unabhängig von diesen beiden Vorschriften zugerechnet werden kann. Dies ist dieselbe Problematik, die oben⁶² schon für den Einzelunternehmer als Unternehmensträger angerissen wurde. *Kleindiek* scheint in seiner Untersuchung der Ansicht zuzuneigen, die maßgeblichen Fälle ließen sich alle über § 31 BGB lösen, da sich bei Pflichtverletzungen auf unteren Ebenen in der Regel zusätzlich Organisations- und/oder Aufsichtspflichtverletzungen auf höheren Ebenen identifizieren ließen, für die man einen Repräsentanten i.S. des § 31 BGB verantwortlich machen könne.⁶³ Der BGH wendet auch § 831 BGB an, lässt aber oft nicht erkennen, ob er davon ausgeht, dass der Verrichtungsgehilfe die Pflicht der Gesellschaft als eigene übernimmt und damit auch ein eigenes Delikt begeht, oder ob er § 831 BGB (analog?) als Zurechnungsnorm heranzieht, um die Pflicht der Gesellschaft mit einer Verletzung durch den Gehilfen zu kombinieren und eine originäre, exklusive Haftung der Gesellschaft zu begründen.⁶⁴ In beiden Varianten hat die Anwendung des § 831 BGB den Nachteil, dass dem Geschäftsherrn die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB offensteht, was rechtspolitisch besonders verfehlt scheint, wenn es um die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers geht.

III. Fazit

Es stehen also jeweils vier Wege für die Begründung der Haftung von Einzelunternehmern und Gesellschaften zur Verfügung, die in unterschiedlichem Maße dogmatische und rechtspolitische Probleme aufwerfen. Die wenigsten Probleme bereitet die Gefährdungshaftung, die sich weitgehend als echte Unternehmenshaftung begründen lässt. Das gilt besonders für die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung, die nicht an Verhalten und/oder Verschulden anknüpft, und bei der sich die Verantwortung für die Gefahrenquelle deshalb relativ mühelos dem Unternehmensträger zuordnen lässt, gleichgültig, ob es sich um einen Einzelunternehmer oder eine Gesellschaft handelt.

Eine echte Haftung des Unternehmensträgers für eigene Delikte kommt nur bei Einzelunternehmern in Betracht, weil Gesellschaften selbst nicht handlungs- und verschuldensfähig sind. Bei ihnen tritt an die Stelle der Eigendelikts-

⁶¹ Ausf. unten → B VI.

⁶² → I 4.

⁶³ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 284 ff. Zu Recht krit. Öry, Kollektivität, 2020, 30f.

⁶⁴ Vgl. Soergel/*Krause*,¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 60f.; ausf. unten → B VI.

haftung die Repräsentantenhaftung, also die Haftung für Delikte von verfassungsmäßig berufenen Vertretern und sonstigen Leitungspersonen nach §§ 30, 31 BGB (analog). Die Rechtsprechung neigt dazu, die Verantwortung des Einzelunternehmers und der Repräsentanten stark zu betonen und nimmt weitreichende Organisations- und Aufsichtspflichten an, deren Erfüllung stets Chef-sache bleibt. Damit sollen erkennbar Ungerechtigkeiten vermieden werden, die sich aus einer Anwendung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben könnten. Dogmatisch gesehen stellt sich in Bezug auf die Repräsentantenhaftung das Problem, dass fraglich ist, ob sich die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 31 BGB angesichts der Existenz des § 831 BGB überhaupt bejahen lassen. Aus rechtspolitischer Sicht ist problematisch, dass die Repräsentantenhaftung nur bei Gesellschaften zur Verfügung steht, weil die h. M. ablehnt, § 31 BGB analog auf Einzelunternehmer anzuwenden. Das führt zu einer haftungsrechtlichen Privilegierung der Einzelunternehmer, die sich mit jeder weiteren Ausdehnung des § 31 BGB verschärft.

Dritte Form der Unternehmenshaftung ist die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB, welche die größten rechtspolitischen Probleme aufwirft. Die Möglichkeit des Geschäftsherrn, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten, indem er zeigt, dass er den Verrichtungsgehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht hat, wird heute verbreitet für verfehlt gehalten, weil sie Unternehmensrisiken auf Arbeitnehmer und Geschädigte abwälzt und die Verhaltensanreize verwässert. Bereits mit Blick auf Einzelunternehmer ergeben sich außerdem dogmatische Schwierigkeiten, wenn der Unternehmensinhaber den fraglichen Gehilfen nicht selbst ausgewählt und überwacht hat, weil dann nicht klar ist, wie der Entlastungsbeweis anzuwenden ist. Die Rechtsprechung hat die dezentralisierte Entlastung erlaubt, was in der Literatur vielfach als ungerechtfertigte Privilegierung von Großunternehmen kritisiert wurde. Bei Gesellschaften verstärken sich die Probleme dadurch, dass diese selbst gar nicht auswählen und überwachen können, sodass § 831 BGB letztlich immer in Verbindung mit § 31 BGB (oder einer anderen Zurechnungsnorm) anzuwenden ist. Die Probleme der Entlastung in Großunternehmen können sich trotzdem stellen, weil zwischen den Repräsentanten und dem fraglichen Verrichtungsgehilfen weitere Zwischenpersonen eingeschaltet sein können, die sich ohne Überdehnung des § 31 BGB nicht als Repräsentanten qualifizieren lassen.

Schwierige Fragen wirft schließlich auch die Verbundhaftung auf, bei der die Unternehmenshaftung aus einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers und deren schuldhafter Verletzung durch einen Unternehmensangehörigen zusammengesetzt wird. Praktisch ist diese vierte Kategorie der Unternehmenshaftung von großer Bedeutung, weil zu ihr die gesamte Verkehrspflichthaftung gehört, einschließlich so wichtiger Fallgruppen wie der Haftung für Sachgefahren oder der Produzentenhaftung. Schon bei Einzelunternehmern wirft die Verbundhaftung dogmatische und rechtspolitische Probleme auf, weil sich die Frage

stellt, wessen Verschulden als Verschulden des Unternehmers gelten soll. Die Rechtsprechung zieht § 831 BGB heran, wobei offen bleibt, ob sie davon ausgeht, dass der Verrichtungsgehilfe die Pflicht des Unternehmers immer als eigene übernimmt und damit auch ein eigenes Delikt begeht oder ob § 831 BGB als Zurechnungsnorm herangezogen wird. Bei der Verbundhaftung von Gesellschaften rückt § 31 BGB in den Vordergrund, für den die h. M. auf Grundlage des *Kleindiek*-Modells anerkennt, dass er auch als Zurechnungsnorm fungieren kann. Allerdings sind auch hier Fälle denkbar, die sich mit § 31 BGB nicht lösen lassen und in denen sich deshalb die Frage stellt, ob auch § 831 BGB herangezogen werden kann oder ob es noch andere Wege für die Verschuldenszurechnung gibt. Die Anwendung des § 831 BGB wirft das bekannte Problem der Entlastungsmöglichkeit auf, die aber bei der Verbundhaftung besonders verfehlt erscheinen kann, weil es um die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers geht. Konstruktiv stellt sich bei der Verbundhaftung außerdem oft die Frage, ob auch die persönliche Haftung des Repräsentanten oder Mitarbeiters zu bejahen ist. Geht man davon aus, dass die handelnde Person die maßgebliche Pflicht als eigene übernimmt, haftet sie für deren Verletzung auch persönlich. Die Differenzierung zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Repräsentanten und Verrichtungsgehilfen kann in der Praxis schwierig sein.

B. Ungelöste Probleme

Bei der Darstellung des vierspurigen Systems der Unternehmenshaftung sind bereits zahlreiche dogmatische und rechtspolitische Probleme identifiziert worden, die im Folgenden näher untersucht und kritisch analysiert werden sollen. Damit soll Klarheit darüber gewonnen werden, mit welchen Herausforderungen das Recht der Unternehmenshaftung nach dem gegenwärtigen Stand der Praxis und der rechtswissenschaftlichen Diskussion konfrontiert ist und welche Lösungsansätze dafür bereits diskutiert werden. Dies wiederum soll die Grundlage dafür bieten, in den nachfolgenden Kapiteln intensiver über die Weiterentwicklung des Unternehmenshaftungsrechts nachzudenken.

I. Keine strikte Geschäftsherrnhaftung

Als Hauptproblem des deutschen Rechts der Unternehmenshaftung gilt gemeinhin die Tatsache, dass die Geschäftsherrnhaftung des § 831 BGB nicht als strikte Haftung ausgestaltet ist, dass sich der Geschäftsherr also von der Haftung befreien kann, indem er nachweist, dass er den Verrichtungsgehilfen sorg-

fältig ausgewählt und überwacht hat (vgl. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB). Der frühere Vorsitzende des für das Deliktsrecht zuständigen VI. Zivilsenats des BGH, *Hauß*, hat die Vorschrift einmal als „ständiges Ärgernis“ für die Praxis bezeichnet,⁶⁵ und *Wagner* meint, das Regelungskonzept des § 831 BGB sei für den Bereich der Unternehmenshaftung „geradezu krachend gescheitert“.⁶⁶ Heute scheint weitgehend anerkannt, dass die Entlastungsmöglichkeit rechtspolitisch verfehlt ist. Mehrfach sind konkrete Reformvorschläge gemacht worden,⁶⁷ allerdings hat sich der Gesetzgeber letztlich nicht zu einer Änderung durchringen können. Die Kritik an § 831 BGB ist in der Literatur schon so oft dargestellt worden,⁶⁸ dass sie im Folgenden nicht nochmal im Detail aufgearbeitet werden soll. Vielmehr sind nur die wesentlichen Argumente zusammenzufassen, die für den weiteren Verlauf der hiesigen Untersuchung von Bedeutung sind. Dafür ist vor allem auf die rechtsökonomische und rechtsvergleichende Kritik einzugehen. Außerdem ist kurz zu erläutern, mit welchen Mitteln die Rechtsprechung auf die Enge des § 831 BGB reagiert.

1. Rechtsökonomische Kritik

Am klarsten lassen sich die Probleme des § 831 BGB aus rechtsökonomischer Sicht beschreiben.⁶⁹ Es zeigt sich, dass die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung weder zu einer optimalen Schadensprävention führt, noch zu einer optimalen Risikotragung. Außerdem führt sie zu unnötig hohen administrativen Kosten, weil sie den Nachweis der Geschäftsherrnhaftung im Prozess erschwert. Es ist deshalb völlig zutreffend, wenn *Wagner* schreibt, die strikte Haftung des Geschäftsherrn für sämtliche Delikte seiner Mitarbeiter sei ein „Gebot ökonomischer Vernunft“.⁷⁰

a) Schadensprävention

Aus rechtsökonomischer Sicht liegt zunächst auf der Hand, dass § 831 BGB dem Geschäftsherrn unzureichende Anreize setzt, Delikte seiner Verrichtungshelfen möglichst zu verhindern. Der Geschäftsherr kann sich von der Haftung bereits dadurch befreien, dass er nur zeigt, dass er den Gehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht hat. Deshalb kann es sich für den Geschäftsherrn lohnen, sich bei der Schadensvorsorge auf diese beiden Aspekte zu fokussieren und andere Möglichkeiten außer Acht zu lassen, die den Gehilfen ebenfalls zu einem

⁶⁵ *Hauß*, in: Verh. 43. DJT, Bd. 2, 1960, C 43.

⁶⁶ *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 35.

⁶⁷ Dazu schon oben → Einl. A II 1 sowie unten → § 3 bei Fn. 2–12.

⁶⁸ Vgl. *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 298 ff.; v. *Caemmerer*, ZfRV 1973, 241, 249 f. und passim; v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 115 ff.

⁶⁹ Die Kritik an § 831 BGB ist jedoch keine rein rechtsökonomische, vgl. z. B. v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 117 ff.

⁷⁰ *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 31.

sorgfältigen Verhalten veranlassen könnten (z. B. bessere Ausbildung oder praktische Trainings, organisatorische Maßnahmen oder finanzielle Anreize als Teil des Vergütungsmodells). Bei der strikten Geschäftsherrnhaftung kann der Unternehmer seine eigene Haftung hingegen nur abwenden, indem er das Gehilfendelikt bzw. die widerrechtliche Schädigung als solche verhindert. Der Geschäftsherr wird den Gehilfen also nicht nur sorgfältig auswählen und überwachen, sondern alle Maßnahmen ergreifen, die die Schadenskosten stärker senken als sie die Präventionskosten erhöhen.

Die Anreizwirkung der persönlichen Haftung des Gehilfen wird in der Praxis oft unzureichend sein, weil Gehilfen im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit große Schäden verursachen können, die ihr privates Vermögen nicht selten übersteigen werden.⁷¹ Das kann dazu führen, dass ihre Sorgfaltsanreize verwässert werden, weil sie nur einen Teil der Schadenskosten in ihr privates Nutzenkalkül einstellen. An einem Beispiel: Wenn der Gehilfe über ein Vermögen von 50.000 Euro verfügt, wird er alle darüber hinausgehenden Schäden nicht voll in seine Risikoerwägung einstellen, weil er sie ohnehin nicht tragen könnte. Droht aus seiner Tätigkeit für den Geschäftsherrn mit 1 % Wahrscheinlichkeit ein Schaden in Höhe von 10 Mio. Euro, würde er die erwarteten Haftungskosten also nicht mit 100.000 Euro ansetzen, wie es richtig ist (10 Mio. Euro x 1 %), sondern mit 500 Euro, weil aus seiner Sicht eine 1 %ige Wahrscheinlichkeit besteht, dass er 50.000 Euro verliert. Das kann dazu führen, dass er Sorgfaltsmaßnahmen nicht ergreift, die sich aus seiner persönlichen Sicht nicht lohnen, die ökonomisch aber geboten wären, weil mit ihnen Schadenskosten vermieden würden, welche die Kosten der Maßnahme übersteigen.⁷² Die Haftung auf den Geschäftsherrn zu erstrecken kann dieses Problem lösen, weil er typischerweise über ein größeres Vermögen verfügt und deshalb den gesamten erwarteten Schaden oder zumindest einen größeren Teil als der Gehilfe in seiner Kostenrechnung berücksichtigen wird.⁷³ Der Geschäftsherr kann auch die fehlenden Anreize für den Gehilfen ausgleichen, weil er nicht darauf beschränkt ist, auf das aktuelle Vermögen des Gehilfen einzuwirken (das begrenzt bleibt), sondern auch damit drohen kann, künftiges Vermögen vorzuenthalten (durch Gehaltssenkung oder Entlassung) oder den Gehilfen anders als monetär zu sanktionieren (Disziplinarmaßnahmen etc.). Außerdem stehen ihm in der Regel auch selbst zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung, auf eine Vermeidung von Schäden hinzuwirken, z. B. durch organisatorische Maßnahmen, Schulungen, Einsatz von Sicherheitstechnik usw. Weil der Unternehmensinhaber

⁷¹ Grundlegend *Shavell*, Int'l Rev. L. & Econ. 6 (1986), 45 ff.; *Sykes*, Yale L.J. 93 (1984), 1231, 1245 ff. und passim; vgl. zum Folgenden außerdem *Kraakman*, in: Research Handbook, 2013, 234, 241 ff.; *Kraakman*, in: Tort Law, 2009, 134, 135; *Shavell*, Foundations, 2004, 230 ff.; *Shavell*, Accident Law, 1987, 170 ff.

⁷² *Wagner*, DeliktsR, 142021, Kap. 6 Rn. 31 f. (mit Rechenbeispiel).

⁷³ Vgl. *Shavell*, Foundations, 2004, 233 ff.

ber zudem Größenvorteile nutzen kann, sind seine Schadensvermeidungskosten oft geringer als die kumulierten Kosten der Gehilfen.⁷⁴

Neben der begrenzten Zahlungsfähigkeit der Verrichtungsgehilfen kann für die Schadensprävention auch eine Rolle spielen, dass der Unternehmer bzw. das Unternehmen in seiner Gesamtheit oft über bessere Informationen hinsichtlich der Schadensprävention verfügt als der Gehilfe.⁷⁵ Ist der Gehilfe unzureichend informiert, kann dies dazu führen, dass er die notwendigen Sorgfaltsmaßnahmen nicht erkennt und deshalb auch nicht ergreift, obwohl die finanziellen Verhaltensanreize vielleicht sogar ausreichend waren. Nimmt man den Geschäftsherrn mit in die Verantwortung, erhält dieser einen Anreiz, das gesamte Unternehmenswissen für die Schadensprävention einzusetzen, welches das Wissen des einzelnen Verrichtungsgehilfen in der Regel bei weitem übersteigen wird. Insbesondere wird der Geschäftsherr darauf hinwirken, dass der Verrichtungsgehilfe alle Informationen erhält, die dazu beitragen können, eine Schädigung Dritter im erforderlichen Maße zu verhindern.

Schließlich ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung, dass nur die strikte Geschäftsherrnhaftung dem Geschäftsherrn Anreize setzt, das Ausmaß der schadensträchtigen Aktivität auf ein effizientes Maß zu begrenzen.⁷⁶ Die Geschäftsherrnhaftung beschränkt sich von vornherein auf solche Schäden, die der Verrichtungsgehilfe in Ausführung der übertragenen Verrichtung verursacht, und die deshalb als Kosten der unternehmerischen Aktivität des Geschäftsherrn anzusehen sind. Gewährt man dem Geschäftsherrn die Möglichkeit, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten, erlaubt man ihm, Unternehmensrisiken auf den Gehilfen oder, soweit der Gehilfe nicht persönlich haftet oder nicht zahlungsfähig ist, auf den Geschädigten abzuwälzen. Diese Externalisierung unternehmerischer Risiken führt dazu, dass die Kostenrechnung des Unternehmens nicht die wahren Kosten der unternehmerischen Tätigkeit widerspiegelt, was wiederum dazu führt, dass das Unternehmen seine Produkte und Dienstleistungen zu günstig am Markt anbietet.⁷⁷ Die strikte Geschäftsherrnhaftung gewährleistet demgegenüber allokativen Effizienz, weil sie dafür sorgt, dass durch die unternehmerische Aktivität verursachte Schadenskosten vom Unternehmensträger getragen werden. Die Preise des Unternehmens spiegeln somit die Schadensrisiken richtig wider und es wird verhindert, dass es zu einer zu hohen Nachfrage nach vermeintlich günstigen Produkten und Dienstleistungen kommt, deren Preise nicht den sozialen Kosten entsprechen.

⁷⁴ OSK/Hansjörg Otto, ⁴2014, § 3 Rn. 26.

⁷⁵ Kraakman, in: Research Handbook, 2013, 234, 239 f.

⁷⁶ Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 33; Kraakman, in: Tort Law, ²2009, 134, 136; Shavell, Foundations, 2004, 233; Shavell, Accident Law, 1987, 171 f.

⁷⁷ Zur Internalisierungsfunktion des Haftungsrechts → § 2 A.

b) Risikotragung

Unter dem Aspekt der Risikotragung ist zu berücksichtigen, dass Unternehmensträger bzw. Unternehmen unstreitig bessere Risikoträger sind als Einzelpersonen.⁷⁸ Das liegt vor allem bei Gesellschaften als Unternehmensträgern nahe und besonders bei Kapitalgesellschaften, weil deren Gesellschafter ihre Kapitalanlagen und damit ihre Risiken typischerweise diversifizieren. Die unternehmensangehörigen Mitarbeiter sind hingegen in ihre jeweilige berufliche Tätigkeit spezifisch investiert und gelten im Allgemeinen als risikoavers.⁷⁹ Außerdem sind Unternehmensträger als „Kapitalsammelstellen“ oft besser in der Lage, Einzelrisiken durch unternehmensinternes Risikomanagement abzufedern, wozu auch gehört, dass sie Rückstellungen bilden und Haftungsrisiken versichern. Auch hierfür sind sie in der Regel besser geeignet als ihre Mitarbeiter, einerseits wegen ihrer größeren Professionalität, andererseits vor allem auch, weil sie mehr Schadensrisiken abzusichern haben und daher von Größenvorteilen profitieren können.⁸⁰ Das liegt auf der Hand, wenn man sich z. B. ein Großunternehmen mit 100.000 Mitarbeitern vorstellt, die entweder jeder für sich eine Haftpflichtversicherung abschließen oder alle in die Betriebshaftpflichtversicherung des Unternehmens einbezogen werden können.

Weil Unternehmen bessere Risikoträger sind als ihre Mitarbeiter, geht die rechtsökonomische Literatur davon aus, dass man sich vertraglich stets darauf einigen würde, dass das Unternehmen die Schadenskosten übernimmt und nicht der Mitarbeiter.⁸¹ Es würden also z. B. Freistellungs- oder Ausgleichsansprüche vereinbart oder das Unternehmen würde zusagen, zugunsten des Mitarbeiters eine Haftpflichtversicherung abzuschließen. Denn wenn der Mitarbeiter die Haftungsrisiken tragen müsste, würde er eine stattliche Risikoprämie als Aufschlag auf sein Gehalt verlangen und die Summe aller Risikoprämien wäre wegen der Risikoaversion der Mitarbeiter höher als die Risikokosten, die das Unternehmen trägt, wenn es die Haftungsrisiken selbst übernimmt. Die Übernahme der Risiken durch das Unternehmen ist also die effiziente Lösung. Entsprechende vertragliche Vereinbarungen können aber z. B. an hohen Transaktionskosten scheitern oder daran, dass die Mitarbeiter ihr Risiko aus verhaltenspsychologischen Gründen unterschätzen (*probability neglect*).⁸² Wenn aus solchen Gründen effiziente Vertragslösungen nicht zustande zu kommen drohen, kann es geboten sein, dass Gesetzgeber oder Rechtsprechung die effiziente Lösung als Default vorgeben. So lässt sich z. B. auch die Rechtsprechung zur

⁷⁸ *Kraakman*, in: Tort Law, ²2009, 134, 136f. Ausf. unten → § 2 B I 2.

⁷⁹ Auch dazu unten → § 2 B I 2.

⁸⁰ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, ⁶2020, 452.

⁸¹ Vgl. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, ⁶2020, 452; *Kraakman*, in: Research Handbook, 2013, 234, 239ff.; *Sykes*, Yale L.J. 93 (1984), 1231, 1233ff.; *Kornhauser*, Cal. L. Rev. 70 (1982), 1345, 1346ff.

⁸² *Kraakman*, in: Research Handbook, 2013, 234, 240f.

Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung („innerbetrieblicher Schadensausgleich“) erklären:⁸³ Die Übernahme der Kosten durch den Arbeitgeber ist die effiziente Lösung und würde deshalb unter idealen Bedingungen vertraglich vereinbart, also macht es Sinn, sie auch in solche Arbeitsverträge hineinzulesen, in denen sie z. B. wegen Verhandlungsungleichgewichten, Informationsasymmetrien oder Transaktionskosten nicht vereinbart wurde.

Die Grundsätze der Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung kompensieren die Schwächen der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung zu einem gewissen Teil. Denn die Schadenskosten werden auf diese Weise doch noch bei dem Unternehmensträger internalisiert und gehen dann in dessen Kostenrechnung ein. Allerdings gewährt die Rechtsprechung nur bei leichter Fahrlässigkeit einen vollen Ausgleichs- bzw. Freistellungsanspruch und geht schon bei normaler Fahrlässigkeit davon aus, dass der Arbeitnehmer den Schaden anteilig selbst tragen muss; bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz hat er grundsätzlich gar keinen Ausgleichsanspruch gegen den Arbeitgeber.⁸⁴ Außerdem ist die Internalisierung weniger sicher als bei einer strikten Geschäftsherrnhaftung. Denn sie hängt davon ab, dass der Geschädigte den Gehilfen in Anspruch nimmt und dass dieser den Regressanspruch geltend macht. Die Hürden dafür dürften in der Praxis oft höher sein, als wenn der Geschädigte direkt den Unternehmensträger verklagen könnte, noch dazu, wenn dessen Haftung strikt ist, also von geringen Voraussetzungen abhängt.

c) Administrative Kosten

Das führt zum dritten Kostentreiber der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB: Sie führt zu administrativen Kosten, die deutlich über denen der strikten Geschäftsherrnhaftung liegen dürften. Würde die Praxis dem gesetzlichen Leitbild folgen, würde der Geschädigte den Geschäftsherrn und den Gehilfen verklagen, die gemäß § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner haften. Der Geschäftsherr würde versuchen, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten und man würde sich im Prozess intensiv mit Fragen befassen, die mit dem eigentlichen Delikt nichts zu tun haben, z. B. der unternehmensinternen Arbeitsorganisation und der bisherigen Arbeitsweise des Gehilfen.⁸⁵ Der Geschädigte wiederum würde einigen Aufwand betreiben, um zumindest die persönliche Haftung des Gehilfen nachzuweisen, wofür er diesen identifizieren und ihm ein Delikt nachweisen müsste (keine Beweislastumkehr). Das kann – man denke nur an die Dieselfälle⁸⁶ – schwierig sein, weil der Geschädigte keinen Einblick in die Organisation des Unternehmens hat. Gelingt

⁸³ Vgl. dazu aus rechtsökonomischer Sicht *Behrens*, *ZfA* 1989, 209, 231 ff.

⁸⁴ Vgl. nur BAG NZA 1994, 1083, 1084. Ausf. noch unten → § 2 C I 2b.

⁸⁵ Vgl. *v. Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 119.

⁸⁶ Vgl. dazu im hiesigen Kontext *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 2020, 454 f.

es trotzdem, nähme der Gehilfe seinen Arbeitgeber auf Freistellung oder Ausgleich in Anspruch, was ggf. einen weiteren Prozess erforderlich machen würde. Der mit dieser Art der Schadensabwicklung verbundene Aufwand ist erheblich höher, als wenn der Geschädigte direkt aus strikter Geschäftsherrnhaftung gegen den Unternehmensträger vorgehen könnte. Den dadurch verursachten administrativen Kosten (Prozesskosten, Informationskosten, Transaktionskosten usw.) steht kein nennenswerter Nutzen gegenüber.

Für die Praxis darf man darauf hoffen, dass Unternehmen sich (und der Gesellschaft) diesen Aufwand so gut es geht ersparen werden und „freiwillig“ direkt dem Geschädigten gegenüber für den Schaden aufkommen, wenn absehbar ist, dass sie spätestens im Wege des innerbetrieblichen Schadensausgleichs ohnehin für die Kosten aufkommen müssten. Denkbar ist auch, dass sie Betriebshaftpflichtversicherungen abschließen, welche die persönliche Haftung der Gehilfen mitabdecken, soweit sie auf einfacher oder normaler Fahrlässigkeit beruht. Auch insoweit lässt sich aber argumentieren, dass der Gesetzgeber die effiziente Lösung dann besser gleich zum Default machen sollte, um die Abwicklung für die Beteiligten zu vereinfachen und Fehlanreize durch Unsicherheiten in der praktischen Rechtsanwendung zu vermeiden.

2. Rechtsvergleichung

Die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung des § 831 BGB wird außerdem aus rechtsvergleichender Sicht kritisiert, weil Deutschland sich damit auf einen Sonderweg begeben hat, auf dem es nur von der Schweiz (vgl. Art. 55 OR) und von Österreich (vgl. §§ 1313–1316 ABGB) begleitet wird. Frankreich (Art. 1242 CC = ex Art. 1384 CC), Italien (Art. 2049 des Codice civile), die Niederlande (Art. 6:170 Abs. 1 des Burgerlijk Wetboek) sowie die skandinavischen Länder folgen genauso dem Modell der strikten Geschäftsherrnhaftung wie das englische und das US-amerikanische Recht.⁸⁷ Auch die Verfasserinnen und Verfasser des DCFR (Art. VI.-3:201) und der PETL (Art. 6:102) haben sich dafür entschieden, die Geschäftsherrnhaftung strikt auszugestalten. Deshalb wird in der Literatur mitunter die Hoffnung darauf gesetzt, die rechtspolitisch verfehlte Ausgestaltung der Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB könne eines Tages durch die europäische Rechtsvereinheitlichung überwunden werden.⁸⁸

3. Ausweichtendenzen

Einstweilen müssen die Probleme jedoch innerhalb des deutschen Rechts gelöst werden. Anerkannt ist, dass sich die Entlastungsmöglichkeit mit den anerkan-

⁸⁷ Galand-Carval, in: PETL Liability Others, 2003, 289, Rn. 46; v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 179 ff.; v. Caemmerer, ZfRV 1973, 241 ff.; v. Caemmerer, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 115 f.

⁸⁸ So MünchKommBGB/Wagner, § 831 Rn. 6.

ten Methoden der Gesetzesauslegung und der Rechtsfortbildung nicht „weginterpretieren“ lässt, sodass nur der Gesetzgeber die Probleme vollständig lösen könnte. Rechtsprechung und Wissenschaft haben aber verschiedene Ausweichstrategien entwickelt, die in der Literatur ebenfalls schon oft nachgezeichnet wurden,⁸⁹ weshalb sie hier nur kurz erwähnt, aber nicht ausführlicher diskutiert werden sollen. Nahe liegt zunächst, die Anforderungen an die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB in die Höhe zu schrauben, was die Rechtsprechung tatsächlich oft getan hat.⁹⁰ Daneben bietet es sich zumindest bei Gesellschaften an, den Anwendungsbereich des § 31 BGB auszudehnen, weil danach die Gesellschaft strikt für ihre Organe, Organmitglieder und verfassungsmäßig berufenen Vertreter haftet. Der BGH hat diese Haftung, wie gesehen,⁹¹ zur allgemeinen Repräsentantenhaftung ausgeweitet und dadurch den Anwendungsbereich des § 831 BGB in der Unternehmenshaftung der Gesellschaften ein gutes Stück zurückgedrängt. Auf die damit verbundenen Probleme ist schon hingewiesen worden; sie werden unten⁹² genauer untersucht.

Eine wichtige Rolle bei der Umgehung des § 831 BGB spielen auch die Organisations- und allgemeinen Aufsichtspflichten, die unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert sind und vor allem von diesem selbst oder seinen Repräsentanten erfüllt werden müssen.⁹³ Werden sie verletzt, kann sich eine Haftung aus § 823 BGB ergeben. Auf den ersten Blick mag es merkwürdig erscheinen, dass sich die Schwächen des § 831 BGB umgehen lassen, indem man die Haftung auf § 823 BGB verlagert. Denn bei ersterem wird das Auswahl- oder Überwachungsverschulden immerhin vermutet, während das Verschulden bei § 823 BGB vom Geschädigten nachzuweisen ist. Aber zum einen arbeitet die Rechtsprechung heute auch im Anwendungsbereich von § 823 BGB mit Beweiserleichterungen und zwar insbesondere, wenn Anspruchsgegner ein Unternehmensträger ist (z. B. bei der Produzentenhaftung, der Umwelthaftung oder der Haftung der Krankenhausträger),⁹⁴ zum anderen ergeben sich Vorteile dadurch, dass irgendeine (kausale) Pflichtverletzung genügt, um die Haftung nach § 823 BGB zu begründen. Der Fehler muss sich also nicht unmittelbar auf den Gehilfen beziehen, sondern kann z. B. auch die Betriebsorganisation im Allgemeinen betreffen. Ein Ausweichen auf § 823 BGB ist dabei nur möglich, wenn der Gehilfe ein Recht oder Rechtsgut i. S. des § 823 Abs. 1 oder ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB verletzt. Hat der Gehilfe ein Vorsatzdelikt verwirklicht, z. B.

⁸⁹ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 2; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 4 ff.; Schlechtriem, FS Heiermann, 1995, 281 ff.; Baums, FS Lukes, 1989, 623, 624–628; v. Caemmerer, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 56 ff.

⁹⁰ Vgl. etwa BGH NJW 1973, 1602, 1603 f.; NJW 1968, 247, 248 f.

⁹¹ Oben → A II 2.

⁹² → IV.

⁹³ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 2; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 5; Baums, FS Lukes, 1989, 623, 627 f.

⁹⁴ Dazu ausf. → § 6 B I.

nach § 826 BGB, haftet der Geschäftsherr dafür nur nach § 831 BGB, sodass sich die rechtspolitischen Probleme des Entlastungsbeweises bei diesen Delikten in besonderem Maße stellen.

Ein weiterer wichtiger Ausweg führt in das Vertragsrecht. Es ist oft beschrieben worden, dass die Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, die vorvertraglichen Schuldverhältnisse und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ihre Bedeutung auch den Schwächen des Deliktsrechts verdanken.⁹⁵ Auch der BGH erkennt dies an und hat in einer jüngeren Entscheidung zum Vertrag mit Schutzwirkung erklärt, dessen Herausbildung trage dem Umstand Rechnung, dass das Deliktsrecht den Geschädigten nicht immer ausreichend absichere.⁹⁶ Eine Anwendung des Vertragsrechts ermöglicht insbesondere den Zugriff auf § 278 BGB, der gegenüber der deliktischen Geschäftsherrnhaftung den Vorteil hat, dass er den Schuldner für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen strikt einstehen lässt. Durch das Ausweichen in das Vertragsrecht erreicht die Rechtsprechung oft sachgerechte Ergebnisse, allerdings ist es unbefriedigend, dass dafür der Anwendungsbereich des Vertragsrechts künstlich ausgeweitet werden muss, obwohl sich die Probleme – wie insbesondere die Erfahrung im Ausland zeigt – genauso gut oder besser mit dem Deliktsrecht lösen ließen, wenn die Geschäftsherrnhaftung strikt ausgestaltet wäre.⁹⁷

Die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung ist also in der Tat ein „Ärgernis“, wie *Hauß* meinte, und rechtspolitisch verfehlt. Sie ist nicht geeignet, dem Geschäftsherrn und dem Gehilfen wirksame Anreize für eine effiziente Schadensprävention zu setzen. Außerdem berücksichtigt sie nicht ausreichend, dass der Unternehmensträger der bessere Risikoträger ist, und führt im Vergleich zu einer strikten Geschäftsherrnhaftung zu hohen administrativen Kosten. Mit den Grundsätzen der Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung haben die Gerichte die Probleme abgemildert, aber nicht gelöst. Ähnliches lässt sich für das Ausweichen auf § 823 BGB (ggf. mit § 31 BGB) und die vertragliche Haftung mithilfe von § 278 BGB konstatieren. Vollständig lassen sich die Probleme nur durch den Gesetzgeber beseitigen.

II. Unklares Gehilfendelikt

Große Unsicherheiten sind in der Rechtspraxis dadurch entstanden, dass § 831 Abs. 1 BGB seinem Wortlaut nach kein vollständiges Delikt verlangt, sondern ausreichen lässt, dass der Gehilfe einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zufügt. Die Rechtsprechung hat dies seit jeher so verstanden, dass es auf ein

⁹⁵ Vgl. nur MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 831 Rn. 2; *Soergel/Krause*, ¹³2005, § 831 Rn. 10; v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 56 ff.

⁹⁶ BGH NJW-RR 2017, 888, 889, Rn. 15.

⁹⁷ Vgl. etwa *Brüggemeier*, Prinzipien, 1999, 123 ff.

Verschulden des Gehilfen nicht ankommen soll.⁹⁸ Das Reichsgericht hat dies kurz nach Inkrafttreten des BGB damit begründet, dass der Ausdruck „widerrechtlich“ in § 831 BGB keine andere Bedeutung haben könne als in § 823 BGB, wo er jedoch von Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden werde und somit erkennbar nur die objektive Widerrechtlichkeit bezeichne.⁹⁹ Die Haftung des Geschäftsherrn beruhe nicht auf dem Gedanken, dass dieser für ein Verschulden des Gehilfen einstehen solle, sondern der Geschäftsherr hafte wegen seines eigenen Verschuldens bei der Auswahl oder Beaufsichtigung des Gehilfen. Der Gehilfe werde oft schuldlos sein, z. B. wenn der Geschäftsherr ihn falsch instruiere oder zu einer Verrichtung gebrauche, für die ihm die nötigen Kenntnisse oder Fähigkeiten fehlen. Auch aus § 840 Abs. 2 BGB ergebe sich, dass kein Verschulden des Gehilfen erforderlich sei, denn die Vorschrift gehe davon aus, dass der Geschäftsherr allein haften könne. In späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht den Grundsatz, dass es auf ein Gehilfenverschulden nicht ankomme, immer wieder bestätigt¹⁰⁰ und auch der BGH geht prinzipiell davon aus, dass der Gehilfe nicht schuldhaft handeln muss.¹⁰¹

Eine Ausnahme macht die Rechtsprechung, wenn ein Deliktstatbestand über das „allgemeine Verschulden“ hinaus „subjektive Elemente“ voraussetzt, was vor allem für Vorsatzdelikte und konkret für § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. mit strafrechtlichen Schutzgesetzen bejaht wird.¹⁰² In diesen Fällen verlangen die Gerichte, dass die subjektiven Voraussetzungen in der Person des Verrichtungsgehilfen erfüllt sein müssen. Der Vorsatz des Gehilfen wird auch nicht vermutet, sodass es dem Geschädigten obliegt, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass der Verrichtungsgehilfe vorsätzlich gehandelt hat.¹⁰³ Dass hier zumindest *de facto* doch ein echtes Gehilfendelikt verlangt wird, scheint geboten, um den deliktischen Rechtsgüterschutz nicht auszuweiten. Es führt aber zu zwei dogmatischen Ungereimtheiten: Zum einen ist nun für die Geschäftsherrnhaftung ein doppeltes Verschulden erforderlich, denn zum Vorsatz des Gehilfen muss noch eine mindestens fahrlässige Auswahl- oder Überwachungs-pflichtverletzung des Geschäftsherrn hinzutreten. Zum anderen kann es dazu kommen, dass der Geschäftsherr nach § 831 BGB einen reinen Vermögensschaden zu ersetzen hat, obwohl er selbst den Schaden nur fahrlässig und noch dazu

⁹⁸ Ob der Gesetzgeber dieses Verständnis ebenfalls vor Augen hatte, ist unklar, vgl. nur MünchKommBGB/Wagner, § 831 Rn. 34 m. w. N.

⁹⁹ Hierzu und zum Folgenden RGZ 50, 60, 66 f. (1901).

¹⁰⁰ RG JW 1934, 2973; RGZ 142, 356, 362 f. (1933); RG JW 1931, 3319, 3321 (Nr. 11); RGZ 129, 55, 60 (1930); RGZ 91, 60, 66 (1917); RGZ 70, 74, 76 (1908).

¹⁰¹ BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20; ZIP 2010, 1122, 1126, Rn. 38; NJW 1996, 3205, 3207; VersR 1974, 243, 244; BGHZ 24, 21, 29 = NJW 1957, 785, 786; BGH NJW 1956, 1715.

¹⁰² BGH NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 11; ZIP 2010, 1122, 1126, Rn. 38; NJW 1986, 1715; LM § 831 BGB Fc Nr. 1 (1951); RGZ 163, 21, 30 (1940); RGZ 76, 35, 48 (1911).

¹⁰³ BGH ZIP 2010, 1122, 1126, Rn. 38 m. w. N.

mittelbar verursacht hat. Denn ihm ist lediglich vorzuwerfen, dass er den Gehilfen nicht besser ausgewählt oder überwacht hat.

Insbesondere für Fahrlässigkeitsdelikte, allen voran § 823 Abs. 1 BGB, bleibt es jedoch dabei, dass die Rechtsprechung § 831 BGB als „zusammengesetzten Haftungstatbestand“ interpretiert,¹⁰⁴ der vom Gehilfen nur objektives Unrecht verlangt, das Verschuldenserfordernis hingegen allein auf den Geschäftsherrn bezieht. Folgt man der Lehre vom Erfolgsunrecht, geht man also davon aus – wie es die Rechtsprechung im Grundsatz tut¹⁰⁵ –, dass bereits die Rechtsgutsverletzung als solche die Rechtswidrigkeit der Handlung indiziert, könnte es zu einer Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB kommen, obwohl der Gehilfe nicht (sorgfalts-)pflichtwidrig gehandelt, sondern sich im Gegenteil völlig korrekt verhalten hat. Das kann dazu führen, dass der Geschäftsherr aus § 831 BGB haftet, obwohl er nicht aus § 823 Abs. 1 BGB haften würde, wenn er anstelle des Verrichtungsgehilfen selbst gehandelt hätte. Das wird in der Literatur verbreitet für verfehlt gehalten, weil dadurch der arbeitsteilig tätige Unternehmer gegenüber demjenigen diskriminiert wird, der alles selber macht.¹⁰⁶ Mit dem Einsatz von Verrichtungsgehilfen ist jedoch noch keine haftungsrelevante Risikoerhöhung verbunden und deshalb sollte er für sich genommen auch nicht zu einer strengeren Haftung führen.¹⁰⁷ Dennoch hat das Reichsgericht zunächst darauf bestanden, die Schuldlosigkeit des Gehilfen könne allenfalls dafür von Bedeutung sein, den Beweis zu führen, dass auch ein sorgfältig ausgewählter und beaufsichtigter Gehilfe nicht anders gehandelt hätte, und dass deshalb das Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn für die Schädigung nicht kausal geworden sei (vgl. § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB).¹⁰⁸ In der berühmten Hühnereintopf-Entscheidung aus dem Jahr 1936 ist das Gericht dann jedoch einen Schritt weitergegangen. Der Ehemann der Klägerin war verstorben, nachdem ihm beim Mittagessen in einer Gaststätte ein Knochenstück in die Speiseröhre geraten war. Das Berufungsgericht und auch das Reichsgericht waren jedoch überzeugt, dass dem Küchenpersonal kein Vorwurf zu machen sei.¹⁰⁹ Das Reichsgericht war nun der Meinung, dass daran auch die Haftung der beklagten Gastwirtin scheitern müsse. Hätte die Beklagte selbst das Gericht ebenso zubereitet wie der Küchenmeister, wäre ihre Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB zu ver-

¹⁰⁴ Vgl. dazu nur MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 34.

¹⁰⁵ Vgl. BGH NJW 1996, 3205, 3207; NJW 1993, 2614; BGHZ 118, 201, 207 = NJW 1992, 2014, 2015; BGHZ 90, 255, 257 f. = NJW 1984, 2207; BGHZ 74, 9, 14 = NJW 1979, 1351, 1352; BGHZ 39, 103, 108 = NJW 1963, 953, 954; BGHZ 24, 21, 27 f. = NJW 1957, 785, 786; RG JW 1926, 364, 365; RGZ 50, 60, 66 (1901).

¹⁰⁶ BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, § 831 BGB Rn. 36; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 37; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 35.

¹⁰⁷ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 37.

¹⁰⁸ RGZ 135, 149, 155 (1932). Vgl. auch RGZ 159, 312, 314 f. (1939); RG Warn 1918 Nr. 200 (S. 294) = DR 1919 Nr. 582; RG LZ 1917 Sp. 866 f. (Nr. 11).

¹⁰⁹ Hierzu und zum Folgenden RG JW 1936, 2394, 2396.

neinen gewesen. Dann könne die Beklagte aber auch nicht aus § 831 Abs. 1 BGB haftpflichtig sein. „Denn ein Handeln, das, von ihr selbst vorgenommen, ihre Haftung zu begründen nicht geeignet wäre, vermag sie nicht ersatzpflichtig zu machen, wenn es an ihrer Stelle von ihrem Verrichtungsgehilfen ausgegangen ist [...]“. ¹¹⁰ Wichtig ist, dass zur Überzeugung des Reichsgerichts *feststand*, dass das Küchenpersonal nicht pflichtwidrig gehandelt hatte, sodass sich die sogleich noch zu problematisierende Frage der Beweislast nicht stellte.

Der BGH übernahm zunächst beide Ansätze und bestätigte einerseits, dass ein pflichtgemäßes Verhalten des Verrichtungsgehilfen für die Kausalitätsentlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB relevant sein könne, ¹¹¹ andererseits, dass es keines besonderen Entlastungsbeweises bedürfe, wenn sich der Gehilfe so verhalten hat, „wie jede mit Sorgfalt ausgewählte Person sich verhalten hätte“. ¹¹² Eine wesentliche Neuerung brachte wenig später der berühmte Beschluss des Großen Senats für Zivilsachen im Straßenbahn-Fall aus dem Jahr 1957. Der Kläger war schwer verletzt worden, als er die Plattform einer Straßenbahn besteigen wollte, die in diesem Moment allerdings schon anfuhr. Ob der Schaffner und/oder der Fahrer sorgfaltswidrig gehandelt hatten, war unklar – darin lag ein wichtiger Unterschied im Vergleich mit dem Hühnereintopf-Fall des Reichsgerichts. Das Berufungsgericht bejahte die Haftung aus § 831 BGB, weil es auf der Grundlage der Erfolgsunrechtslehre von einer widerrechtlichen Schädigung durch die beiden Mitarbeiter der beklagten Straßenbahngesellschaft ausging und die Gesellschaft den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB nicht angetreten hatte. Dem VI. Zivilsenat ging das zu weit, weil nicht feststand, dass die Mitarbeiter etwas falsch gemacht hatten, und er wollte daher für die Widerrechtlichkeit i. S. des § 831 BGB zusätzlich verlangen, dass sich die Gehilfen „objektiv verkehrswidrig“ verhalten haben. ¹¹³ Das wäre darauf hinausgelaufen, zumindest in dieser Konstellation der Lehre vom Handlungsunrecht zu folgen. Die Beweislast wollte der VI. Zivilsenat dem Geschädigten auferlegen. Der Große Senat entschied genau in diesem Punkt anders und stufte das „verkehrsrichtige Verhalten“ als Rechtfertigungsgrund ein, ¹¹⁴ womit er einerseits (wie vom VI. Senat gewünscht) anerkannte, dass ein pflichtgemäßes Verhalten des Gehilfen der Widerrechtlichkeit i. S. des § 831 BGB entgegenstehen kann, andererseits jedoch (gegen den Vorschlag des VI. Senats) die Beweislast dem Geschäftsherrn auferlegte. Zu Letzterem sah sich der Große Senat offenbar veranlasst, um die gesetzliche Regelung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zu unterlau-

¹¹⁰ In der zum Beleg zitierten Entscheidung RGZ 76, 35, 48 (1911) wurde lediglich begründet, dass bei Vorsatzdelikten verlangt werden müsse, dass der Gehilfe vorsätzlich gehandelt hat, s. dazu schon → Fn. 102 und den dazugehörigen Text.

¹¹¹ BGHZ 4, 1, 4f. = NJW 1952, 418, 419.

¹¹² BGHZ 12, 94, 96 = NJW 1954, 913, 914.

¹¹³ BGHZ 24, 21, 23; in NJW 1957, 785 nicht abgedruckt.

¹¹⁴ BGHZ 24, 21, 24–27 = NJW 1957, 785 f.

fen.¹¹⁵ Auf die Kausalitätsentlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB sollte es aber künftig nicht mehr ankommen, wenn ein verkehrsrichtiges Verhalten des Gehilfen feststeht. Den Einwand, die Beweislastverteilung diskriminiere das arbeitsteilig organisierte Unternehmen, weil bei § 823 Abs. 1 BGB der Geschädigte die Pflichtwidrigkeit nachweisen müsse,¹¹⁶ bei § 831 BGB hingegen der Geschäftsherr das pflichtgemäße Verhalten seiner Gehilfen, wies der Große Senat mit dem Argument zurück, so habe es der Gesetzgeber eben gewollt.¹¹⁷

Es gibt wohl kaum eine Figur im Deliktsrecht, die in der Literatur auf so viel und so heftige Kritik gestoßen ist wie der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. *Von Bar* hat die Straßenbahn-Entscheidung sogar als „unsterbliche Blamage“ bezeichnet.¹¹⁸ Kritisiert wurde vor allem die Ausgestaltung als Rechtfertigungsgrund, die sich in die Dogmatik der Rechtfertigungsgründe nicht einfüge und bei § 823 Abs. 1 BGB zu einer Doppelprüfung der Pflichtwidrigkeit führe, wobei die Beweislast einmal beim Schädiger und einmal beim Geschädigten liege.¹¹⁹ Bemängelt wurde außerdem, dass dem Geschäftsherrn trotz des verkehrsrichtigen Verhaltens des Gehilfen ein ursächlicher Pflichtverstoß zur Last fallen könne, für den er aber trotz der Verschuldensvermutung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht mehr hafte, wenn schon eine widerrechtliche Schädigung durch den Gehilfen zu verneinen sei.¹²⁰ Trotz dieser und anderer durchaus beachtlicher Argumente hat der BGH den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens nicht aufgegeben, sondern ist zumindest gelegentlich darauf zurückgekommen.¹²¹ Allerdings hat er die Kritik der Literatur natürlich zur Kenntnis genommen und selbst schon offen daran gezweifelt, ob an den Vorgaben der Straßenbahn-Entscheidung festzuhalten ist.¹²² Außerdem lässt sich bei einer näheren Analyse der Entscheidungspraxis beobachten, dass der BGH teilweise auf alternative Begründungsansätze ausweicht. So hat er z. B. auch nach der Entscheidung des Großen Senats wieder an die älteren, vom Reichsgericht entwickelten Argumentationen zur Kausalitätsentlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB und zur hypothetischen Eigenhaftung des Geschäftsherrn aus § 823 Abs. 1 BGB anknüpft.¹²³ In jüngerer Zeit hat der BGH außerdem mit dem Schutzzweck der Norm argumentiert, um zu be-

¹¹⁵ Vgl. BGHZ 24, 21, 29 = NJW 1957, 785, 786 f.

¹¹⁶ So auch heute noch MünchKommBGB/*Wagner*, § 831 Rn. 37.

¹¹⁷ Vgl. BGHZ 24, 21, 30 = NJW 1957, 785, 786 f.

¹¹⁸ *v. Bar*, FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, 595, 608 f.

¹¹⁹ *v. Bar*, FS 50 Jahre BGH, Bd. 1, 2000, 595, 608 f.; *Wiethölter*, Rechtfertigungsgrund, 1960, 8; *Stoll*, JZ 1958, 137, 140 f.; *Nipperdey*, NJW 1957, 1777, 1780.

¹²⁰ RGRK/*Steffen*, ¹²1989, § 831 Rn. 31; *Stoll*, JZ 1958, 137, 139.

¹²¹ BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20; NZV 1991, 114, 115; NJW 1971, 2030, 2031; NJW 1971, 31 f.; NJW 1958, 868 = WKRS 1958, 10278, Rn. 37 f.

¹²² BGH NJW-RR 1987, 1048 f.; NJW 1981, 570, 571.

¹²³ BGH NJW-RR 1992, 553; NJW 1980, 392 f.; VersR 1975, 476 f.; VersR 1969, 542; VersR 1957, 247, 248.

gründen, dass eine Haftung nach § 831 BGB ausscheidet, wenn feststeht, dass der Gehilfe sich sorgfaltsgemäß verhalten hat.¹²⁴

Folgt man der Lehre vom Handlungsunrecht, reduzieren sich die Probleme deutlich, weil dann die Pflichtwidrigkeit schon als Teil des Unrechtstatbestands zu prüfen ist, sodass eine widerrechtliche Schädigung i. S. des § 831 BGB stets voraussetzen würde, dass der Gehilfe pflichtwidrig handelt. In der Literatur hat dieser Ansatz schon lange viele Anhänger¹²⁵ und zumindest für mittelbare Rechtsverletzungen und (fahrlässige) Unterlassungsdelikte dürfte heute sogar unstreitig sein, dass es zur sinnvollen Begrenzung der Haftung schon im Tatbestand der Prüfung einer Pflichtverletzung bedarf.¹²⁶ Auch der BGH geht der Sache nach von diesem Verständnis aus und hat auch und vor allem für diesen Zweck der Haftungsbegrenzung bei mittelbaren Schädigungen seine umfangreiche Verkehrspflichtdogmatik entwickelt.¹²⁷ Mit Blick auf die widerrechtliche Schädigung i. S. des § 831 BGB verlangt er jedoch selten offen einen Pflichtverstoß des Verrichtungsgehilfen.¹²⁸ Das dürfte auch damit zusammenhängen, dass man vielfach eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB durchaus für sachgerecht hält, wenn der Verrichtungsgehilfe zwar nach den für seinen Verkehrskreis geltenden Maßstäben gemäß § 276 Abs. 2 BGB nicht pflichtwidrig gehandelt hat (oder sogar deliktsunfähig war), der Geschäftsherr aber hätte erkennen müssen, dass der Gehilfe für die übertragene Verrichtung nicht geeignet ist. Deshalb wird auch in der Literatur weithin daran festgehalten, für die widerrechtliche Schädigung keinen Pflichtverstoß des Gehilfen zu verlangen, sondern anders herum – nach dem Vorbild der Hühnereintopf-Entscheidung – die Haftung des Geschäftsherrn dann auszuschließen, wenn feststeht, dass er, wenn er anstelle des Gehilfen gehandelt hätte, für sein eigenes Verhalten nicht aus § 823 Abs. 1 BGB haftbar wäre.¹²⁹

¹²⁴ BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20; NJW 1996, 3205, 3207.

¹²⁵ Vgl. etwa Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 7; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 4–27; *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 14–20; *D. Schwab/Löhnig*, ZivilR, ²⁰2016, Rn. 270–272; *Harke*, Bes. SchuldR, 2011, Rn. 524; *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 112 ff.; *Esser/Weyers*, SchuldR BT 2, ⁸2000, § 55 II 3, S. 170–175; *Kötz*, DeliktsR, ⁸1998, Rn. 98–103; *Münzberg*, Verhalten, 1966, 109 ff.; *Wiethölter*, Rechtfertigungsgrund, 1960, 21 ff.; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Hb. 2, ¹⁵1960, § 209 IV, S. 1279–1299.

¹²⁶ Vgl. außer den in → Fn. 125 genannten noch *Grüneberg/Sprau*, ⁸²2023, § 823 Rn. 26; *Staudinger/Bernau*, 2022, § 831 Rn. 122; *Staudinger/J. Hager*, 2017, § 823 Rn. A 9; *Soergel/Spickhoff*, ¹³2005, § 823 Rn. 18; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, ¹²2022, Rn. 1412–1414; *Medicus/S. Lorenz*, SchuldR II, ¹⁸2018, § 72 Rn. 3–8; *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 237; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 3b, S. 365–367; *v. Caemmerer*, KF 1961, 19 ff.; *v. Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 131 f.

¹²⁷ Vgl. BGH NJW-RR 2020, 1099, 1100, Rn. 14; NJW 2007, 1683, 1684, Rn. 12. Deutlich auch schon BGHZ 80, 199, 204 = NJW 1981, 1606, 1608: „Verkehrspflichten sind verhaltensbezogen, nicht erfolgsbezogen [...]“

¹²⁸ Vgl. aber BGH NJW 1980, 392 f.

¹²⁹ MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 831 Rn. 38; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 79 III 2c, S. 479; *v. Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 123 f.

Gretchenfrage bleibt die Beweislastverteilung, was oft nicht richtig berücksichtigt wird. Geht man den Weg über die Kausalitätentlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB oder den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, liegt sie eindeutig bei dem Geschäftsherrn, und genau darum ging es dem Großen Senat in der Straßenbahn-Entscheidung. Argumentiert man hingegen mit dem Schutzzweck der Norm oder verlangt auf dem Boden der Lehre vom Handlungsunrecht schon für die Widerrechtlichkeit einen Pflichtverstoß, läge die Beweislast eher bei dem Geschädigten. Denn dieser muss für § 831 BGB zeigen, dass das Verhalten des Gehilfen objektiv einen Unrechtstatbestand erfüllt. In dieser Frage ist bis heute keine Einigkeit erzielt. Viele jüngere Fälle, in denen der BGH den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens nicht mehr herangezogen hat, betreffen die Situation, dass zur Überzeugung des Gerichts *feststand*, dass der Gehilfe sich sorgfaltsgemäß verhalten hatte.¹³⁰ Dann ist, zumindest wenn der Geschäftsherr selbst nicht aus § 823 BGB gehaftet hätte, wenn er anstelle des Gehilfen gehandelt hätte, unstreitig, dass eine Haftung aus § 831 BGB ausscheiden muss und es scheint müßig, nach der besten Begründung zu forschen. Ist die Frage jedoch wie in der Straßenbahn-Entscheidung offen, stellt sich bis heute unverändert das Problem, dass man die Beweislast entweder dem Geschäftsherrn oder dem Geschädigten auferlegen muss. Der BGH war der Meinung, ersteres stehe der gesetzlichen Regelung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB näher. In der Literatur wird dies, wie gesehen, u. a. mit dem Argument kritisiert, auch bei § 823 BGB sei es der Geschädigte, der die Pflichtverletzung nachweisen müsse, und es könne nicht sein, dass bereits die arbeitsteilige Organisation als solche die Haftungsmaßstäbe zulasten des Unternehmers verschiebe, weil dann derjenige privilegiert werde, der alles selber mache.¹³¹ Es wird deshalb vielfach gefordert, die Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung des Gehilfen müsse auch bei § 831 BGB dem Geschädigten auferlegt werden.¹³² Der BGH hat nicht bestritten, dass sein Verständnis der Beweislast dazu führt, dass arbeitsteilig tätige Unternehmen schlechter gestellt werden, sondern demgegenüber auf den Willen des Gesetzgebers verwiesen,¹³³ was einmal mehr verdeutlicht, dass § 831 BGB schon von seiner Konstruktion her misslungen ist.

Es liegt auf der Hand, dass die beschriebenen dogmatischen Unzulänglichkeiten sämtlich damit verbunden sind, dass § 831 BGB nicht als strikte Geschäftsherrnhaftung ausgestaltet ist. Es handelt sich also um Folgeprobleme

¹³⁰ BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20; NJW 1996, 3205, 3207; NJW 1980, 392f.; VersR 1975, 447, 449; VersR 1969, 542.

¹³¹ Dazu schon oben → bei Fn. 106.

¹³² BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, § 831 BGB Rn. 36; MünchKommBGB/Wagner, § 831 Rn. 38; RGRK/Steffen, ¹²1989, § 831 Rn. 33; Esser/Weyers, SchuldR BT 2, ⁸2000, § 58 I 2b, S. 212; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 79 III 2c, S. 479f.; v. Caemmerer, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 124ff.; Stoll, JZ 1958, 137, 138.

¹³³ BGHZ 24, 21, 29f. = NJW 1957, 785, 786.

dieser verfehlten Grundentscheidung. In den ausländischen Rechtsordnungen, die dem Prinzip der strikten Geschäftsherrhaftung (*respondeat superior*) folgen, wird in der Person des Gehilfen ein vollständig verwirklichtes Delikt verlangt.¹³⁴ Damit ist sichergestellt, dass es durch die Geschäftsherrhaftung nicht zu einer Ausweitung des deliktischen Rechtsgüterschutzes kommt, sich also die Arbeitsteilung als solche nicht haftungsbegründend auswirkt. Die Beweislast für das Gehilfendelikt trifft in aller Regel den Geschädigten.

III. Dezentralisierter Entlastungsbeweis

Zu den umstrittensten Rechtsfiguren auf dem Gebiet der Unternehmenshaftung gehört ferner der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis, den die Rechtsprechung anerkannt hat, um § 831 Abs. 1 S. 2 BGB auch in großen Unternehmen sinnvoll anwenden zu können und gleichzeitig die gesetzgeberische Grundentscheidung für eine verschuldensabhängige Geschäftsherrhaftung zu respektieren. Im Schrifttum wird teilweise davon ausgegangen, der dezentralisierte Entlastungsbeweis habe sich praktisch dadurch erledigt, dass die Rechtsprechung heute in der Regel auf andere Ansätze ausweiche, z. B. eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB (ggf. i. V. m. § 31 BGB). Eine nähere Analyse des Themas zeigt jedoch, dass die dogmatischen und rechtspolitischen Probleme der Entlastung in Großunternehmen fortbestehen, da sie durch die Ausweichbewegungen der Rechtsprechung allenfalls gemildert, aber nicht gelöst werden.

1. Problembeschreibung

Die Anwendung der Entlastungsmöglichkeit gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ist problematisch, wenn der Geschäftsherr (als Einzelunternehmer) oder seine Repräsentanten (wenn Geschäftsherr eine Gesellschaft ist) den Verrichtungsgehilfen nicht selbst ausgewählt und überwacht haben. Dieser Fall ist nicht explizit geregelt. Denn § 831 Abs. 1 S. 2 BGB geht schon seinem Wortlaut nach davon aus, dass der Geschäftsherr den Verrichtungsgehilfen selbst auswählt („wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl [...]“). Zwar hat der BGH zu Recht betont, Großbetriebe habe es auch bei der Schaffung des BGB schon gegeben,¹³⁵ jedoch ist nicht bekannt, wie sich die Urheber des § 831 BGB die Entlastung in diesem Fall vorgestellt haben. Klar ist jedoch, dass für Großunternehmen realistischerweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Verrichtungsgehilfen immer durch den Geschäftsherrn oder Repräsentanten ausgewählt und überwacht werden. Man denke beispielsweise an eine Hausmeisterin in einem Unternehmen mit mehreren tausend Mitarbeitern, die einen Hilfsarbeiter vielleicht

¹³⁴ Dazu noch ausf. unten → § 3 A I 1.

¹³⁵ BGHZ 4, 1, 4 = NJW 1952, 418, 419.

nicht ohne Rücksprache mit der Unternehmensleitung auswählt, wohl aber eigenverantwortlich anleitet und überwacht. Welche Entlastung soll man hier von dem Geschäftsherrn oder den Repräsentanten, die sehr wahrscheinlich nicht einmal die Hausmeisterin selbst ausgewählt und überwacht haben, verlangen, wenn z.B. der Hilfsarbeiter bei der Straßenreinigung mit einem Laubbläser fahrlässig eine Passantin verletzt?

Man kann sich auf den Standpunkt stellen, wenn der Geschäftsherr oder die Repräsentanten den Gehilfen nicht selbst ausgewählt und überwacht haben, dann könne sie insoweit auch kein Verschulden treffen und eine Geschäftsherrnhaftung komme nicht in Betracht. Das ist m. E. aber nie vertreten worden und es ist liegt auf der Hand, dass damit völlig falsche Anreize gesetzt würden. Außerdem kehrt § 831 Abs. 1 S. 2 BGB die Beweislast um, sodass es dem Gesetz eher entspräche, das Argument auf den Kopf zu stellen: Wenn der Geschäftsherr oder die Repräsentanten nicht zeigen können, dass *sie* den Verrichtungsgehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht haben, dann haben sie sich eben nicht entlastet.¹³⁶ Der BGH hat das implizit abgelehnt, weil er betont, die Entlastung müsse realistisch bleiben.¹³⁷ In der Literatur ist schon immer ein dritter Lösungsansatz beliebt: Der Geschäftsherr oder die Repräsentanten müssten zeigen, dass der Verrichtungsgehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht *worden sei*, wenn nicht von ihnen selbst, dann von denjenigen, die dafür zuständig waren.¹³⁸ Das läuft aber auf eine Haftung für fremdes Verschulden hinaus. Denn wenn die Auswahl- und Überwachungspersonen nicht sorgfältig ausgewählt oder überwacht haben, dann muss die Entlastung scheitern und der Geschäftsherr haftet – ob er oder seine Repräsentanten selbst unsorgfältig waren oder nicht. Das ist in der Literatur auch nicht geleugnet worden, vielmehr haben sich Vertreter dieser Ansicht offen dafür ausgesprochen, § 278 BGB auf die Situation anzuwenden,¹³⁹ der die Zurechnung fremden Verschuldens regelt. Das hätte allerdings die etwas kuriose Folge, dass für den einen Gehilfen strikt gehaftet würde, damit für den anderen an der verschuldensabhängigen Haftung festgehalten werden kann. Der BGH hat auch diesen Ansatz abgelehnt und zur Begründung darauf verwiesen, eine Anwendung des § 278 BGB im Deliktsrecht sei aus systematischen Gründen nicht möglich.¹⁴⁰

¹³⁶ So in der Tat Weigert, Haftung, 1925, 27f.

¹³⁷ Vgl. BGHZ 4, 1, 4 = NJW 1952, 418, 419.

¹³⁸ Vgl. etwa Grüneberg/Sprau, ⁸²2023, § 831 Rn. 11; BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, § 831 BGB Rn. 46 (beide mit der Behauptung, die Gerichte würden dies verlangen, was sich m. E. jedoch nicht nachweisen lässt); Planck/Greifff, ⁴1928, § 831 Anm. 2a α, S. 1783; Baums, FS Lukes, 1989, 623, 624 ff.; H. H. Jakobs, VersR 1969, 1061, 1069; Helm, AcP 166 (1966), 389, 398; Ennecerus/H. Lehmann, SchuldR, ¹⁵1958, § 241 III 1c, S. 982; Nipperdey, in: Verh. 34. DJT, 1926, 395, 443; T. Meyer, DR 1924, 312; Weigert, Haftung, 1925, 28; Ruth, AcP 126 (1926), 353, 355 f.; Eckstein, AcP 114 (1916), 114, 116 f.

¹³⁹ So insb. Ruth, AcP 126 (1926), 353, 355 f.

¹⁴⁰ BGHZ 4, 1, 3 f. = NJW 1952, 418, 419.

2. Lösung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat das Problem der Entlastung in Großunternehmen lange mit dem sog. dezentralisierten Entlastungsbeweis gelöst,¹⁴¹ dessen Schicksal allerdings heute unklar ist. Danach soll es im Großbetrieb genügen, dass der Geschäftsherr oder die Repräsentanten darlegen und ggf. beweisen, dass sie ihrerseits die sog. Zwischenperson sorgfältig ausgewählt und überwacht haben, also die Person, die den Verrichtungsgehilfen ausgewählt und überwacht hat, der das Delikt begangen hat. Die Begründung für diesen Lösungsansatz lieferte schon das Reichsgericht in der berühmten Omnibus-Entscheidung:¹⁴² Die Geschäftsherrnhaftung des § 831 BGB knüpfe an ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn an und setze deshalb voraus, dass ein derartiges Verschulden überhaupt denkbar sei. Das sei jedoch nur in Bezug auf diejenigen Personen der Fall, die der Geschäftsherr persönlich auswähle und überwache und deshalb könne sich der Entlastungsbeweis auch nur auf *diese* Auswahl- und Überwachungstätigkeit beziehen.¹⁴³ Es ging dem Reichsgericht also darum, auch unter den Gegebenheiten arbeitsteilig und hierarchisch organisierter Großbetriebe an der Grundentscheidung des Gesetzgebers für eine verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung festzuhalten. Auch in der Literatur ist anerkannt worden, dass eine echte Verschuldenshaftung des Geschäftsherrn nicht zu erreichen sei, ohne bei Großbetrieben gewisse Zugeständnisse hinsichtlich der Entlastung zu machen.¹⁴⁴

Der BGH führte die Rechtsprechung des Reichsgerichts zunächst fort.¹⁴⁵ In der Gutsverwalter-Entscheidung gingen die Richter zwar auf Kritik der Literatur¹⁴⁶ ein, angesichts der klaren Fassung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB sahen sie aber keinen Spielraum, die Entlastungsmöglichkeit weiter einzuschränken und dem Geschäftsherrn die Option einer dezentralisierten Entlastung zu verweigern.

¹⁴¹ Grundlegend BGHZ 4, 1 ff. = NJW 1952, 418f.; RGZ 78, 107ff. (1911).

¹⁴² RGZ 78, 107, 108f. (1911). Vgl. auch noch RG JW 1914, 759, 760; RG Warn 1913 Nr. 364, S. 430. Zu noch früheren Entscheidungen aus den Jahren 1904–1911 siehe v. Bodenhausen, Verrichtungsgehilfen, 2000, 118ff.

¹⁴³ Dass der Geschäftsherr sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht nur hinsichtlich der Auswahl, sondern auch hinsichtlich der Überwachung des Verrichtungsgehilfen entlasten muss, geht ebenfalls auf die Omnibus-Entscheidung zurück und wurde damit begründet, dass nur ein zum konkreten Zeitpunkt sorgfältig überwachter Gehilfe als für die konkrete Verrichtung sorgfältig ausgewählt gelten könne, s. RGZ 78, 107, 108f. (1911); vgl. auch RGZ 79, 101, 105f. (1912); RG Warn 1913 Nr. 93; anders noch RGZ 53, 53, 55–57 (1902): Überwachungsverschulden nur für § 823 Abs. 1 BGB relevant.

¹⁴⁴ Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 47; RGRK/Steffen, ¹²1989, § 831 Rn. 52; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 79 III 3, S. 481f. („entspricht zweifellos dem Gesetz“); v. Caemmerer, ZfRV 1973, 241, 250 („logische Konsequenz“); A. Horn, Gehilfenhaftung, 1968, 39; v. Caemmerer, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 119 („nicht zu vermeiden“).

¹⁴⁵ Grundlegend BGHZ 4, 1, 2–4 = NJW 1952, 418f.; vgl. auch BGH VersR 1964, 297; VersR 1959, 104, 105.

¹⁴⁶ Dazu sogleich unter → 3.

Insbesondere könne dem Geschäftsherrn – anders als teilweise in der Literatur vorgeschlagen¹⁴⁷ – eine unsorgfältige Auswahl oder Überwachung des Verrichtungsgehilfen durch eine Zwischenperson nicht angelastet werden, weil dies auf eine Haftung für fremdes Verschulden hinauslaufe, die in § 831 BGB nicht vorgesehen sei. § 278 BGB sei nicht anwendbar, denn das BGB unterscheide hinsichtlich der Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen klar zwischen der vertraglichen und der außervertraglichen Haftung und § 278 BGB gelte für erstere, nicht für letztere.¹⁴⁸ Auch der in der Vorschrift enthaltene Rechtsgedanke einer strikten Haftung des Schuldners für Personen, die ihm bei der Erfüllung seiner Pflichten helfen, lasse sich mangels planwidriger Regelungslücke nicht auf das Deliktsrecht ausdehnen.

Auffällig ist, dass die Fälle, die das Reichsgericht und der BGH entschieden haben, entweder Unternehmen mit relativ flachen Hierarchien betrafen oder solche, deren Organisationsstruktur mangels entsprechender Feststellungen der Tatgerichte nicht genau bekannt war. Die Gerichte konnten deshalb immer davon ausgehen, dass der Geschäftsherr oder die Repräsentanten zumindest die Zwischenperson selbst ausgewählt und überwacht hatten, die ihrerseits dafür zuständig war, den Verrichtungsgehilfen sorgfältig auszuwählen und zu überwachen.¹⁴⁹ Was aber, wenn dies einmal nicht so ist und vielleicht sogar mehrere Zwischenpersonen zwischen dem Geschäftsherrn oder seinen Repräsentanten und dem Verrichtungsgehilfen stehen, der das Delikt begeht? Soll sich die Entlastung dann trotzdem nur auf die letzte Zwischenperson beziehen, die der Geschäftsherr oder seine Repräsentanten noch selbst ausgewählt haben?¹⁵⁰ Das hat der BGH bisher nicht entschieden, aber es wäre wohl die einzige Lösung, die dem Verständnis gerecht würde, dass zur Wahrung des Verschuldensprinzips bei § 831 BGB auf das Verschulden des Geschäftsherrn oder eines Repräsentanten abgestellt werden müsse.

In der Literatur wird teilweise davon ausgegangen, wer Verrichtungsgehilfen auswähle und überwache sei immer Repräsentant i. S. des § 31 BGB.¹⁵¹ Das würde das Problem der dezentralisierten Entlastung lösen, denn Zwischenpersonen gäbe es nicht mehr. Aber der Ansatz passt nur auf Gesellschaften als Unternehmensträger, weil es bei Einzelunternehmern nach h. M. keine Repräsentantenhaftung gibt.¹⁵² Außerdem würde man damit den ohnehin schon bedenklich weiten Repräsentantenbegriff überdehnen – erinnert sei an das eingangs er-

¹⁴⁷ Vgl. schon oben → Fn. 138.

¹⁴⁸ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 4, 1, 3 f. = NJW 1952, 418, 419.

¹⁴⁹ In der Gutsverwalter-Entscheidung hatte der Betriebsinhaber den Verwalter ausgewählt und überwacht und dieser den Gehilfen, vgl. BGHZ 4, 1, 2 = NJW 1952, 418 und Ls. 1. Vgl. auch noch BGH VersR 1964, 297; VersR 1959, 104, 105; RG Warn 1914, Nr. 187, S. 264; RG Warn 1913, Nr. 364, S. 430; RGZ 78, 107, 108 (1911).

¹⁵⁰ Dadurch entsteht allerdings ein Kausalitätsproblem, s. noch unten → 3.

¹⁵¹ *Harke*, Bes. SchuldR, 2011, Rn. 560; vgl. schon *Eckstein*, AcP 114 (1916), 114, 116 f.

¹⁵² Dazu schon oben → A I 3 sowie ausf. unten → IV 3.

wähnte Beispiel des Hilfsarbeiters, der in einem Großunternehmen mit mehreren tausend Mitarbeitern von einer Hausmeisterin überwacht wird.

Ob der BGH den dezentralisierten Entlastungsbeweis heute noch zulassen würde, ist nicht klar. Bereits in der mehr als 50 Jahre zurückliegenden Schubstreben-Entscheidung ließ er ausdrücklich offen, „ob an der den Großbetrieb begünstigenden Rechtsprechung zum dezentralisierten Entlastungsbeweis festgehalten werden kann“.¹⁵³ Außerdem lassen sich zahlreiche Entscheidungen finden, in denen der BGH die Grundsätze über die dezentralisierte Entlastung nicht zur Anwendung gebracht hat, obwohl dies nach den jeweiligen Sachverhalten nahegelegen hätte. Das gilt z.B. für die gesamte Rechtsprechungslinie zur Entlastung des Geschäftsherrn in Fällen, in denen mehrere Gehilfen als Schadensverursacher in Betracht kommen und der Geschädigte deshalb in seiner Klage keinen konkreten Gehilfen benennt.¹⁵⁴ Der BGH verlangt in dieser Konstellation, dass der Geschäftsherr entweder den konkret verantwortlichen Gehilfen identifiziert und dann für *diesen* den Entlastungsbeweis führt oder dass der Entlastungsbeweis für *alle* Gehilfen geführt wird, die den Schaden verursacht haben können. Obwohl diese Anforderungen mit der Möglichkeit einer dezentralisierten Entlastung kaum vereinbar sind, weil der BGH sie offenbar nicht auf Zwischenpersonen bezieht, haben diese Rechtsfigur und die dezentralisierte Entlastung jahrzehntelang koexistiert. Eine Entlastung für alle in Betracht kommenden Gehilfen hat der BGH zuletzt in der Feuerwerkskörper-Entscheidung verlangt,¹⁵⁵ die allerdings auch schon lange zurückliegt.

Seit 1979¹⁵⁶ hat der BGH den dezentralisierten Entlastungsbeweis soweit ersichtlich nicht mehr erwähnt, was natürlich auch seiner Rolle als Revisionsgericht geschuldet sein kann. Sollte der BGH die dezentralisierte Entlastung tatsächlich aufgeben wollen, ist unklar, was für ihn die Alternative wäre. Würde er sich der Literaturansicht anschließen, die fordert, es müsse gezeigt werden, dass der Verrichtungsgehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht worden sei, egal von wem? Nüchtern betrachtet scheint dies eher zweifelhaft. Denn das dagegen in der Gutsverwalter-Entscheidung vorgebrachte Argument, damit käme man zu einer Haftung für fremdes Verschulden, die dem BGB-Deliktsrecht fremd sei, hat an Überzeugungskraft nicht verloren.

¹⁵³ BGH NJW 1968, 247, 248.

¹⁵⁴ BGH NJW 1973, 1602, 1603; NJW 1968, 247, 248; VersR 1959, 104, 105; VersR 1958, 107f.; VersR 1953, 242; RGZ 159, 283, 291 (1939); RGZ 87, 1, 4 (1915); RG JW 1906, 196f. Ob in all diesen Fällen eine dezentralisierte Entlastung statthaft gewesen wäre, lässt sich allein auf Basis der mitgeteilten Sachverhalte nicht beurteilen, einige betrafen jedoch größere Unternehmen. Der BGH thematisiert die Problematik nur in der Seilschloss-Entscheidung und verlangt eine Entlastung entweder für alle in Betracht kommenden Verrichtungsgehilfen *oder* für alle Zwischenpersonen, s. BGH VersR 1959, 104, 105.

¹⁵⁵ BGH NJW 1973, 1602, 1603.

¹⁵⁶ Vgl. zuletzt BGH VersR 1979, 844, 845, wo ebenfalls die skeptischen Töne überwiegen. Ausdrücklich ablehnend z.B. OLG Stuttgart VersR 1977, 846f.

3. Bewertung

Der dezentralisierte Entlastungsbeweis war nie unumstritten und wird vor allem aus rechtspolitischer Sicht zu Recht stark kritisiert. Schon dem Reichsgericht hielt man entgegen, seine Rechtsprechung führe zu einer Privilegierung von Großunternehmen, weil diese sich nur für einen engen Kreis handverlesener höherer Angestellter entlasten müssten, während kleineren Unternehmen, insbesondere solchen mit flachen Hierarchien, der Nachweis in Bezug auf jeden einzelnen Verrichtungsgehilfen abverlangt werde.¹⁵⁷ Dadurch werde für den Geschäftsherrn ein Anreiz geschaffen, Gehilfen durch Zwischenpersonen auswählen und überwachen zu lassen, oder anders herum: sich selbst aus der Auswahl und Überwachung der Gehilfen herauszuhalten.¹⁵⁸ Die Schattenseite der Privilegierung von Großunternehmen sei eine Diskriminierung derjenigen Personen, die aus solchen Unternehmen heraus geschädigt würden: Deliktsoffer, die einem Großunternehmen gegenüber stünden, hätten geringere Chancen, einen Schadensersatzanspruch durchzusetzen als diejenigen, die durch Gehilfen von Kleinunternehmen geschädigt würden. Aus der Gerichtspraxis wurde zudem der erhebliche Aufwand beklagt, der mit der Überprüfung des Entlastungsvortrags im Prozess verbunden sei.¹⁵⁹ Auch der Rechtsprechung des BGH werden entsprechende Argumente seit jeher entgegengehalten.¹⁶⁰

Gleichzeitig geht man heute davon aus, dass der dezentralisierte Entlastungsbeweis durch andere Rechtsfiguren wie das betriebliche Organisationsverschulden und die Repräsentantenhaftung an Bedeutung verloren habe, vielleicht sogar entbehrlich geworden sei.¹⁶¹ Daran ist richtig, dass sich eine Haftung in vielen Fällen alternativ über § 823 BGB begründen lässt, weil dem Geschäftsherrn oder einem Repräsentanten i. S. von § 31 BGB ein über die unsorgfältige Aufsicht oder Überwachung des Gehilfen hinausgehendes Organisationsverschulden angelastet werden kann.¹⁶² Schon in der Omnibus-Entscheidung betonte das Reichsgericht, die dezentralisierte Entlastung komme nur mit Blick auf die „praktische Aufsichtstätigkeit“ über den Gehilfen in Betracht; die „allgemeinen Aufsichts-

¹⁵⁷ Vgl. *Nipperdey*, in: *Verh. 34. DJT*, 1926, 395, 411 (Fn. 64), 443; *Ruth*, *AcP* 126 (1926), 353, 353 f.; *Weigert*, *Haftung*, 1925, 6 und passim; *T. Meyer*, *DR* 1924, 312, 314; *Deetz*, *Gruchot* 64 (1920), 164, 181 f.; *Jovy*, *AbR* 37 (1912), 78, 123 f. (Fn. 101).

¹⁵⁸ Vgl. *Löning*, in: *Grundfragen*, 1940, 50, 52.

¹⁵⁹ *T. Meyer*, *DR* 1924, 312, 315 f.

¹⁶⁰ Vgl. *Erman/Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 831 Rn. 21; *Soergel/Krause*, ¹³2005, § 831 Rn. 47; *Looschelders*, *SchuldR BT*, ¹⁷2022, § 67 Rn. 13; *Medicus/S. Lorenz*, *SchuldR II*, ¹⁸2018, § 80 Rn. 18; *Larenz/Canaris*, *SchuldR BT*, ¹³1994, § 79 III 3b, S. 481 f.; *Schmitz*, *Arbeitnehmer*, 1994, 28–30, 97–100; *H. H. Jakobs*, *VersR* 1969, 1061, 1062; *A. Horn*, *Gehilfenhaftung*, 1968, 5 f., 38 f.; *Helm*, *AcP* 166 (1966), 389, 395 ff.; *Enneccerus/H. Lehmann*, *SchuldR*, ¹⁵1958, § 241 III 1c, S. 982 f.

¹⁶¹ *NK-BGB/Katzenmeier*, ⁴2021, § 831 Rn. 36; *Erman/Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 831 Rn. 21; *Looschelders*, *SchuldR BT*, ¹⁷2022, § 67 Rn. 13; *Medicus/S. Lorenz*, *SchuldR II*, ¹⁸2018, § 80 Rn. 18; eingehend schon *Heiss*, *Entlastungsbeweis*, 1969, 27 ff.

¹⁶² Kritisch zu diesem Ansatz *Staudinger/Bernau*, 2022, § 831 Rn. 176.

ordnungen“ seien hingegen regelmäßig „Aufgabe des Geschäftsherrn selbst, bei Körperschaften mithin der gesetzlichen Vertreter“. ¹⁶³ Die sorgfältige Organisation der Unternehmensprozesse bleibt danach also immer Chefsache. Die Haftung der beklagten Aktiengesellschaft für den Unfallschaden, den ein offenbar unzuverlässiger Omnibusfahrer durch Fahrlässigkeit herbeigeführt hatte, wurde schließlich darauf gestützt, dass die Repräsentanten der Gesellschaft nicht sichergestellt hatten, dass sie von polizeilich oder gerichtlich geahndeten Verkehrsverstößen ihrer Fahrer Kenntnis erlangen; ¹⁶⁴ es wurde also letztlich auf ein der Unternehmensleitung anzulastendes Versagen der Aufsichtsorganisation abgestellt und der dezentralisierte Entlastungsbeweis blieb folgenlos.

Auch wenn die auf Grundlage des § 823 BGB entwickelten betrieblichen Organisationspflichten heute unzweifelhaft eine große Rolle spielen und wegen ihrer funktionellen Überlappung mit dem Regelungskonzept des § 831 BGB die Geschäftsherrnhaftung insgesamt und damit auch der dezentralisierte Entlastungsbeweis an Bedeutung verloren haben, sind damit jedoch nicht alle Probleme gelöst. Zum einen lässt sich eine Auswahl- oder Überwachungspflichtverletzung einer Zwischenperson nicht immer in eine Organisationspflichtverletzung des Geschäftsherrn oder eines Repräsentanten „übersetzen“. Denn die jeweiligen Pflichten werden nicht nur von unterschiedlichen Personen erfüllt, sondern unterscheiden sich auch inhaltlich. ¹⁶⁵ Es ist daher möglich, dass sich zwar feststellen lässt, dass eine Zwischenperson den Gehilfen nicht sorgfältig ausgewählt oder überwacht hat, aber nicht, dass der Geschäftsherr oder ein Repräsentant eine Organisationspflicht verletzt hat. Wenn beispielsweise auf der untersten von sechs Hierarchieebenen ein Hilfsarbeiter ein Delikt begeht und dieser Arbeiter von seiner Vorgesetzten auf Ebene 5 nicht ausreichend überwacht wurde, ist damit nicht gesagt, dass der Geschäftsherr auf Ebene 1 oder dessen Repräsentanten z. B. auf den Ebenen 1 bis 3 eine Organisationspflicht verletzt haben und dass diese Organisationspflichtverletzung für die Rechtsgutsverletzung ursächlich war (Kausalitätsproblem). Je weiter der Geschäftsherr oder seine Repräsentanten organisatorisch vom Verrichtungsgehilfen entfernt sind, je mehr Hierarchieebenen also zwischen ihnen liegen, desto unwahrscheinlicher wird es, dass sich ein solcher Zusammenhang herstellen lässt. Die Anwendungsbereiche der Haftung aus Organisationsverschulden und der Geschäftsherrnhaftung überschneiden sich also, decken sich aber nicht. Wenn mitunter suggeriert wird, die Gerichte würden immer irgendeine Organisationspflichtverletzung finden, ¹⁶⁶

¹⁶³ RGZ 78, 107, 109 (1911).

¹⁶⁴ Die Beweislast traf die Beklagte, weil das RG seine Ausführungen zur Aufsichtsorganisation auf § 831 Abs. 1 S. 2 BGB bezog. Später verortete die Rechtsprechung Aufsichtsorganisationspflichten auch in § 823 Abs. 1 BGB, vgl. ausführlich zu dieser Entwicklung *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, 37 ff.

¹⁶⁵ So auch *Soergel/Krause*, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 66.

¹⁶⁶ So tendenziell *Erman/Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 831 Rn. 21; *MünchKommBGB/Wagner*, ⁸2020, § 831 Rn. 50; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 311 ff.

wird dies der ausdifferenzierten Rechtsprechung nicht gerecht, die zwar strenge, aber keine unüberwindbaren Anforderungen an das betriebliche Risikomanagement stellt.¹⁶⁷

Noch wichtiger ist, dass der Ausweg über ein Organisationsverschulden von vornherein versperrt ist, wenn keine Fahrlässigkeitshaftung in Betracht kommt, also insbesondere bei reinen Vermögensschäden, soweit sie nicht einem Schutzgesetz unterfallen, dessen fahrlässige Verletzung eine Haftung begründet. Wenn also in Abwandlung des zuvor genannten Beispiels ein Kundenberater einer Großbank auf Hierarchieebene 6 einen Betrug begeht, den eine Vorgesetzte auf Ebene 5 durch eine sorgfältige Überwachung hätte verhindern können, dann nützt es nichts, wenn zusätzlich auf den Ebenen 1–3 eine Organisationspflichtverletzung festgestellt wird. Denn eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB lässt sich in diesem Fall ohnehin nicht konstruieren. Eine Haftung aus § 823 Abs. 2 i. V. m. § 263 StGB oder aus § 826 BGB setzt Vorsatz voraus und Vorsatz hatte im Beispiel nur der Kundenberater. Nach den Grundsätzen des dezentralisierten Entlastungsbeweises müsste man der Bank wohl die Entlastung in Bezug auf die letzte Zwischenperson gestatten, die noch von einem Repräsentanten ausgewählt und überwacht wurde. Je mehr Hierarchieebenen zwischen den Repräsentanten und dem Kundenberater liegen, desto unwahrscheinlicher wird es aber, dass zwischen einer möglicherweise pflichtwidrigen Auswahl oder Überwachung der Zwischenperson und dem Betrug durch den Kundenberater noch ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Warum sollte es den Betrug begünstigt haben, dass mehrere Ebenen oberhalb in der Hierarchie eine Zwischenperson nicht sorgfältig ausgewählt oder überwacht wurde? Zumindest die KausalitätSENTLASTUNG gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB („wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde“) müsste also in solchen Fällen häufig gelingen.¹⁶⁸

Mit dem Handwerkszeug der h. M. ließen sich die Ungerechtigkeiten der dezentralisierten Entlastung wohl nur noch dadurch vermeiden, dass der Repräsentantenbegriff des § 31 BGB immer weiter ausgeweitet würde. Entsprechende Tendenzen sind gerade im Bereich der Haftung für reine Vermögensschäden zu erkennen, wo der BGH sogar selbstständige Handelsvertreter schon als Repräsentanten angesehen hat.¹⁶⁹ Im Beispiel könnte die Bank aus § 31 BGB haften, wenn der Kundenberater ein Repräsentant wäre, oder aus §§ 831, 31 BGB, wenn dies zumindest auf die Vorgesetzte zuträfe. Bei den Hierarchieebenen 5 und 6 wäre dies aber recht konstruiert. Denn dann gäbe es in diesem Unternehmen

¹⁶⁷ Vgl. etwa BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

¹⁶⁸ Das Kausalitätsproblem wird bereits in der Gutsverwalter-Entscheidung angedeutet, war dort wegen fehlender Feststellungen durch das Tatgericht aber noch nicht entscheidungserheblich, vgl. BGHZ 4, 1, 4 f. = NJW 1952, 418, 419.

¹⁶⁹ BGHZ 196, 340, 344 = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12; BGH NJW-RR 2005, 756, 758; NJW 1998, 1854, 1856; BGHZ 49, 19, 21 f. = NJW 1968, 391 f.

fast nur noch Repräsentanten und man müsste sich fragen, ob man damit der gesetzlich vorgegebenen Differenzierung zwischen Repräsentanten und Verrichtungshelfen noch gerecht würde. Auch dieser Lösungsansatz würde außerdem in sich zusammenfallen, wenn der Unternehmensträger kein Verband i.S. des § 31 BGB, sondern ein Einzelunternehmer ist. Denn für Einzelunternehmer gibt es im geltenden Recht keine allgemeine Repräsentantenhaftung.¹⁷⁰ Dass der Geschäftsherr auf Ebene 1 durch eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden den Betrug auf Ebene 6 ermöglicht hat, scheint unwahrscheinlich und wäre wohl nur zu bejahen, wenn der Geschäftsherr auch die Mitarbeiter der Ebene 6 noch persönlich auswählt und überwacht, was jedoch der Prämisse des dezentralisierten Entlastungsbeweises zuwiderläuft und in der Praxis allenfalls sehr selten der Fall sein dürfte.

Die Problematik des dezentralisierten Entlastungsbeweises hat sich also nicht erledigt. Die Kombination „Einzelunternehmer als Geschäftsherr, vorsätzliche Vermögensschädigung durch den Gehilfen“ ist dabei nur der deutlichste Fall. Auch im Übrigen gilt, dass Rechtsfiguren wie das betriebliche Organisationsverschulden und die Repräsentantenhaftung zwar Möglichkeiten bieten, den Problemen der Entlastung auszuweichen, dass bei einer sauberen Prüfung auf Basis der h.M. der dezentralisierte Entlastungsbeweis aber auch heute noch in nicht wenigen Fällen zugelassen werden müsste.

IV. Repräsentantenhaftung

Eine weitere Figur des deutschen Unternehmenshaftungsrechts, die mit dogmatischen und rechtspolitischen Schwierigkeiten verbunden ist, ist die sog. Repräsentantenhaftung. Dahinter verbirgt sich die Ausweitung der Organhaftung nach § 31 BGB auf sämtliche Führungskräfte des Unternehmens. Gemeinhin wird die Repräsentantenhaftung nicht als Teil des Problems angesehen, sondern als Teil der Lösung. Das ist im Ansatz auch richtig, da sie eine strikte Einstandspflicht des Geschäftsherrn beinhaltet, die aus rechtspolitischer Sicht für sämtliche Gehilfen sachgerecht wäre¹⁷¹ und die somit natürlich auch im begrenzten Anwendungsbereich der Repräsentantenhaftung überzeugt. An sich ist die Repräsentantenhaftung also ein sinnvolles Instrument. Allerdings ist ihre Herleitung weit problematischer als man dies angesichts ihrer nahezu allgemeinen Akzeptanz in Rechtspraxis und Wissenschaft vielleicht vermuten würde. Außerdem stellt sich aus rechtspolitischer Sicht das bereits mehrfach erwähnte Problem, dass die Repräsentantenhaftung in § 31 BGB wurzelt und daher, weil es sich dabei um eine Vorschrift des Verbandsrechts handelt, nicht auf Einzel-

¹⁷⁰ Dazu sogleich ausf. unten → IV 3.

¹⁷¹ Dazu schon oben → I.

unternehmer erstreckt werden kann und zwar auch nicht im Wege einer Analogie. Beide Schwierigkeiten sollen im Folgenden kurz dargestellt werden, weil die h.M. der Repräsentantenhaftung für die Unternehmenshaftung große Bedeutung beimisst. Das gilt gerade auch mit Blick auf die hier sog. Verbundhaftung, die später noch genauer zu diskutieren sein wird.

1. Dogmatische Herleitung

Ausgangspunkt aller Überlegungen zur Repräsentantenhaftung sind §§ 30, 31 BGB. Nach § 31 BGB ist der Verein für den Schaden verantwortlich, den „der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter“ durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Mit der Vorschrift sollte die Deliktshaftung juristischer Personen ermöglicht werden, obwohl diese selbst weder handlungs- noch verschuldensfähig sind.¹⁷² Sie war eine klassische Kompromisslösung, die eine theoretisch hoch umstrittene Frage einer pragmatischen Lösung zuführte, ohne dass damit eine Entscheidung für ein bestimmtes dogmatisches Konzept verbunden gewesen wäre.¹⁷³ § 31 BGB wurde seit jeher nicht nur auf Vereine, sondern auf sämtliche juristische Personen einschließlich der Kapitalgesellschaften angewendet (insb. AG, GmbH), und ist im Laufe der Zeit darüber hinaus weit in den Bereich der Personengesellschaften ausgeweitet worden (insb. OHG, KG, Außen-GbR).¹⁷⁴ Die Vorschrift gilt somit heute zumindest analog für alle wesentlichen Unternehmensträger außer den Einzelunternehmern.

Das Reichsgericht betonte zunächst, dass es für die Frage, wer nach §§ 30, 31 BGB durch seine unerlaubte Handlung die Haftung des Verbands begründen könne, auf dessen Satzung ankomme.¹⁷⁵ Dafür konnte sich das Gericht u. a. auf den Wortlaut der §§ 30, 31 BGB und die Entstehungsgeschichte stützen. Den Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ hielt man für gleichbedeutend mit dem des „besonderen Vertreters“ i. S. des § 30 BGB, dessen Bestellung in der Satzung vorgesehen werden kann. Ob jemand in seinem Aufgabenbereich selbstständig tätig war oder über rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügte, sollte für die Anwendung des § 31 BGB zunächst unerheblich sein.¹⁷⁶ Schon nach wenigen Jahren hat das Reichsgericht aber den Satzungsbezug deutlich gelockert und z. B. genügen lassen, dass „satzungsmäßig die Errichtung einer

¹⁷² Vgl. zur zeitgenössischen Diskussion die in → Einl. Fn. 11 zitierten Monografien.

¹⁷³ Den insb. mit *Savigny* und *Gierke* verbundenen großen Theorienstreit über das „Wesen“ der juristischen Person und ihre rechtliche Handlungsfähigkeit wollte der Gesetzgeber explizit nicht entscheiden, vgl. Prot., S. 1023 = Mugdan I, S. 609.

¹⁷⁴ Vgl. nur *MünchKommBGB/Leuschner*, 92021, § 31 Rn. 3 ff. m. w. N.

¹⁷⁵ RGZ 74, 21, 23 f. (1910); RGZ 62, 31, 35 f. (1905); RG JW 1903 Beil. 14 Nr. 261; RGZ 53, 276, 279 f. (1903); relativierend aber schon RGZ 70, 118, 119 f. (1908).

¹⁷⁶ RGZ 53, 276, 279 (1903).

Zweigniederlassung vorgesehen ist, die ohne weiteres die Bestellung besonderer Vertreter für diese erforderlich macht“.¹⁷⁷ Gegenüber dem Satzungsbezug wurde nun immer stärker betont, dass der Vertreter innerhalb der Organisation über eine selbstständige Stellung verfügen und mit Vertretungsmacht ausgestattet sein müsse, ohne dass allerdings auf eine zumindest lose Verbindung zur Satzung verzichtet worden wäre.¹⁷⁸ Auch dieses letzte Erfordernis gab das Reichsgericht schließlich auf und ließ für die Anwendung des § 31 BGB genügen, dass einem Vertreter durch die Satzung *oder* „auf Grund allgemeiner Betriebsregelung und Handhabung“ Aufgaben zugewiesen seien, die er selbstständig und unter eigener Verantwortung zu erfüllen habe, obwohl es sich im Grunde um Aufgaben der Geschäftsführung handle.¹⁷⁹ Zur Begründung führte das Gericht aus, andernfalls könnten sich Verbände der Haftung aus § 31 BGB „allzu leicht entziehen“.¹⁸⁰

Der BGH hat nahtlos an die Rechtsprechung des Reichsgerichts angeknüpft. Erste große Leitentscheidung war das Filialleiter-Urteil aus dem Jahr 1967, in welchem der BGH klarstellte, verfassungsmäßiger Vertreter i. S. des § 31 BGB könne auch sein, wessen Tätigkeit nicht in der Satzung vorgesehen sei und wer nicht über rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfüge; auch müsse der Vertreter keine geschäftsführende Tätigkeit ausüben. Vielmehr genüge es, „daß dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutensame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, daß er also die juristische Person auf diese Weise repräsentiert“.¹⁸¹ Bei einer solchen Sachlage wäre es, so der BGH, „unangemessen, der juristischen Person den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB zu eröffnen“.¹⁸² In weiteren Entscheidungen stellte der BGH klar, auf die Satzung des Verbands könne es nicht ankommen, weil es der juristischen Person sonst freistünde, „selbst darüber zu entscheiden, für wen sie ohne Entlastungsmöglichkeit haften will“¹⁸³ und erklärte, die Voraussetzungen der §§ 30, 31 BGB bemäßen sich nicht am internen „Rang“ des Vertreters, sondern am „Verkehrsschutz im Außenverhältnis“.¹⁸⁴ Deshalb könne der Vertreter im Innenverhältnis durchaus weisungsabhängig sein und auch eine Beschränkung

¹⁷⁷ RGZ 91, 1, 3 (1917); RG Warn 1915 Nr. 317.

¹⁷⁸ RGZ 162, 129, 165 ff. (1939); RGZ 157, 228, 236 (1938); RG JW 1938, 1651 f.; JW 1930, 2927, 2929 f.; RGZ 121, 382, 385 f. (1928); RGZ 120, 304, 307 (1928); RGZ 117, 61, 64 f. (1927); RGZ 94, 318, 320 (1919).

¹⁷⁹ RGZ 163, 21, 29 f. (1940).

¹⁸⁰ RGZ 163, 21, 30 (1940); vgl. auch schon RG JW 1936, 915.

¹⁸¹ BGHZ 49, 19, 21 = NJW 1968, 391 f. Vgl. vorher schon BGH VersR 1965, 1055, 1056; VersR 1962, 664, 665; BGHZ 32, 53, 59 = NJW 1960, 860, 862; BGHZ 13, 198, 202 f. = NJW 1954, 1193, 1194.

¹⁸² BGHZ 49, 19, 21 = NJW 1968, 391, 392.

¹⁸³ BGH NJW 1972, 334.

¹⁸⁴ BGH NJW 1977, 2259.

seiner Vertretungsmacht stehe seiner Einordnung nach §§ 30, 31 BGB nicht im Wege. Bei diesen Grundsätzen ist es bis heute im Wesentlichen geblieben. Die Formel aus dem Filialleiter-Urteil und die dezidiert funktionale Begründung sind mittlerweile gefestigte Rechtsprechung.¹⁸⁵ Auf dieser Grundlage wurden z. B. Filialleiter von Handelsunternehmen und Banken, Chefärzte oder Handelsvertreter als Repräsentanten anerkannt.

Methodisch ging das Reichsgericht stets davon aus, die Ausweitung der Haftung nach § 31 BGB beruhe auf einer erweiternden Auslegung des Merkmals „verfassungsmäßig berufener Vertreter“.¹⁸⁶ Eine analoge Anwendung des § 31 BGB hat das Gericht ausdrücklich als „nicht angängig“ abgelehnt, allerdings ohne dies näher zu begründen.¹⁸⁷ In der Literatur war allerdings schon früh argumentiert worden, dass einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 31 BGB durch Wortlaut und Entstehungsgeschichte enge Grenzen gesetzt seien.¹⁸⁸ Auch der BGH ging lange davon aus, die Herleitung der Repräsentantenhaftung beruhe auf Gesetzesauslegung, nicht auf Rechtsfortbildung.¹⁸⁹ Im Schrifttum überwiegt hingegen, spätestens seit die Gerichte auf jeden Satzungsbezug verzichten, die Auffassung, es handle sich bei der Repräsentantenhaftung um eine den Wortsinn des § 31 BGB übersteigende Analogie.¹⁹⁰ Dieses Verständnis hat sich in einem jüngeren Urteil auch der BGH zu eigen gemacht, allerdings beiläufig und ohne Begründung.¹⁹¹

Um den Nachweis der Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 31 BGB hat sich vor allem *Martinek* verdient gemacht.¹⁹² Die planwidrige Regelungslücke sieht er darin, dass § 831 BGB auf der Vorstellung eines weisungsgebundenen Verrichtungsgehilfen basiere, der ohne bedeutende Entscheidungskompetenzen „ausführendes Werkzeug des Geschäftsherrn“ sei. Eigenverantwortlich tätige Angestellte seien dem Gesetzgeber hingegen nicht ins Blickfeld gekommen.¹⁹³ Diese unterschieden sich aber maßgeblich von weisungsabhängi-

¹⁸⁵ Vgl. etwa noch BGHZ 196, 340, 343 f. = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12; BGHZ 172, 169, 173 = NJW 2007, 2490, 2491, Rn. 16; BGH NJW-RR 2005, 756, 758; NJW 1998, 1854, 1856; NJW 1984, 921, 922.

¹⁸⁶ Vgl. nur RGZ 163, 21, 29 f. (1940); RGZ 120, 304, 307 (1928). Kritisch zu diesem Ansatz Staudinger/*Coing*,¹²1980, § 31 Rn. 27.

¹⁸⁷ RG JW 1938, 1651.

¹⁸⁸ So etwa schon *Lenel*, DJZ 1902, 9, 10.

¹⁸⁹ Vgl. nur BGHZ 172, 169, 173 = NJW 2007, 2490, 2491, Rn. 16; *Gehrlein*, FS Hüffer, 2010, 205, 207.

¹⁹⁰ MünchKommBGB/*Leuschner*,⁹2021, § 31 Rn. 15; Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 23; Staudinger/*Coing*,¹²1980, § 31 Rn. 34; *J. Neuner*, BGB AT,¹²2020, § 17 Rn. 76; *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, 110 f.; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 347 f.; *Koenen*, Zurechnung, 1991, 42 f.; *Larenz*, BGB AT,⁷1989, § 10 II d, S. 167; *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, 1983, § 11 III 2, S. 387 f.

¹⁹¹ BGHZ 196, 340, 343 = NJW 2013, 3366 f., Rn. 11.

¹⁹² *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, 196 ff.

¹⁹³ *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, 204. Zu Recht kritisch zu dieser Behauptung *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 349.

gen Gehilfen und zwar dadurch, dass sie den Geschäftsherrn repräsentierten, also an dessen Stelle im Rechtsverkehr aufträten. Dieser Besonderheit trage § 831 BGB nicht Rechnung. In § 31 BGB sei der Repräsentationsgedanke hingegen bereits enthalten, woraus sich die Analogiefähigkeit dieser Norm ergebe. Sie besitze einen dualen Regelungscharakter: der Gesetzgeber habe nicht nur eine verbandsrechtliche Komponente normiert – die Haftung für unerlässliche Organe und Organmitglieder – sondern auch eine spezifisch haftungsrechtliche, nämlich die Haftung für „andere verfassungsmäßig berufene Vertreter“. ¹⁹⁴ Damit sei das Repräsentationsprinzip anerkannt worden und die Vorschrift könne analog auf nicht verfassungsmäßig berufene Repräsentanten angewendet werden. ¹⁹⁵ *Kleindiek* hat die planwidrige Regelungslücke später vor allem damit begründet, dass das Regelungskonzept des § 831 Abs. 1 BGB bei leitenden Angestellten nicht funktioniere, weil deren Überwachung den Organmitgliedern u. a. wegen der räumlichen Entfernung und mangels Sachkunde regelmäßig schon rein tatsächlich nicht möglich sei. ¹⁹⁶

2. Kritik

Dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 31 BGB auf sämtliche Repräsentanten erfüllt seien, ist in der Literatur jedoch nicht unwidersprochen geblieben. ¹⁹⁷ Was zunächst die planwidrige Regelungslücke angeht, wird zu Recht bestritten, dass der BGB-Gesetzgeber die Bedeutung von Großbetrieben und leitenden Angestellten mit weitreichenden Entscheidungsbefugnissen verkannt habe. ¹⁹⁸ Eigenverantwortlich tätige Filialleiter, Werksleiter usw. hat es in der Tat auch Ende des 19. Jahrhunderts schon gegeben. Aus demselben Grund kann auch das Argument nicht überzeugen, der Gesetzgeber habe nicht erkannt, dass das Konzept des § 831 BGB bei solchen Personen nicht funktioniere, weil sie aus der Ferne nicht zu überwachen seien. Vielmehr dürfte aus der zeitgenössischen Perspektive viel klarer gewesen sein als heute, dass die Überwachung von Mitarbeitern an anderen Standorten angesichts der begrenzten technischen Möglichkeiten (Fernkommunikation, Verkehrsmittel usw.) mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden war. Der Gesetzgeber hat sich trotzdem nach intensiv vorbereiteter, ¹⁹⁹ langer und kontroverser Diskussion dafür entschieden, §§ 31, 831 BGB genau so auszugestalten, wie er es getan hat. Dabei ist

¹⁹⁴ *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, 219. Vgl. auch MünchKommBGB/*Reuter*, 6012, § 31 Rn. 4; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 349ff.

¹⁹⁵ *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, 222.

¹⁹⁶ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 349; ähnlich *Staudinger/Coing*, ¹²1980, § 31 Rn. 34.

¹⁹⁷ Vgl. etwa *Schmitz*, Arbeitnehmer, 1994, 62ff.; *Reuber*, Gleichbehandlung, 1990, 381ff.; *Landwehr*, AcP 164 (1964), 482, 507ff.

¹⁹⁸ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 349; *Schmitz*, Arbeitnehmer, 1994, 67f.

¹⁹⁹ Erinnerung sei etwa an die ausgedehnten Diskussionen auf dem 17. und dem 18. Deutschen Juristentag 1884 und 1886 in Würzburg und Wiesbaden.

immer wieder betont und gegen mehrere Änderungsanträge verteidigt worden, dass keine strikte Geschäftsherrnhaftung geschaffen werden sollte. In diesem Zusammenhang wurde auch betont, dass juristische Personen insoweit nicht schlechter gestellt werden sollten als Einzelunternehmer. So heißt es in den Motiven der 1. Kommission: „Der vorliegende Entwurf erkennt nicht an, daß wer eine Person zur Verrichtung von Leistungen bestellt, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden für die unerlaubten Handlungen einzustehen habe, welche die Person bei Ausübung ihrer Verrichtungen begeht [...] und es ist kein Grund vorhanden, die Körperschaften in dieser Richtung ungünstiger zu stellen als die physischen Personen.“²⁰⁰

Bestritten wird auch, dass § 31 BGB eine verbandsrechtliche und eine haftungsrechtliche Komponente enthalte und dass letztere ein Einfallstor dafür biete, den Anwendungsbereich auf sämtliche Repräsentanten des Unternehmens zu erweitern. Vielmehr habe der Gesetzgeber die Norm von vornherein strikt verbandsrechtlich konstruiert.²⁰¹ Auch das lässt sich der Entstehungsgeschichte der §§ 31, 831 BGB in der Tat deutlich entnehmen. In den Beratungen der 2. Kommission war der Antrag gestellt worden, die Haftung nach dem späteren § 31 BGB auf alle Angestellten der Körperschaft zu erstrecken. Die Mehrheit lehnte dies ab und hob hervor, es gehe bei dieser Vorschrift nur darum, „diejenige Haftung der Körperschaft zu regeln, welche auf dem besonderen Verhältnisse derselben zu ihren Organen beruhe“. Ob verschuldensunabhängig für Handlungen Dritter gehaftet werden soll, sei hingegen eine Frage, die „für juristische Personen nicht anders entschieden werden könne, als für natürliche“.²⁰² Nach den Vorstellungen der Kommission sollte § 31 BGB also eine spezifisch verbandsrechtliche Norm sein, die den Besonderheiten vermögensfähiger, aber handlungs- und verschuldensunfähiger Rechtsträger Rechnung trägt.²⁰³ Dagegen lässt sich auch nicht argumentieren, der Gesetzgeber habe § 31 BGB selbst um eine haftungsrechtliche Dimension erweitert, als er die „anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ in die Bestimmung aufgenommen und damit eine Haftung für Personen ohne verbandsrechtliche Funktion anerkannt habe. Denn diese Änderung geht auf die 2. Kommission zurück, die den entsprechenden Antrag annahm, kurz bevor sie die Ausweitung auf sämtliche Angestellten ablehnte und sich wie eben zitiert zur spezifisch verbandsrechtlichen Natur des § 31 BGB bekannte.²⁰⁴ Das spricht dagegen, dass sie einen haftungsrechtlichen Zweck im Sinn hatte und dafür, dass es nur darum ging, notwendige

²⁰⁰ Mot. Bd. I, S. 104.

²⁰¹ So insb. *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, 101–108, 112f.; *Reuber*, Gleichbehandlung, 1990, 381 ff.; *Landwehr*, AcP 164 (1964), 482, 508f.

²⁰² Prot. Bd. I, S. 523.

²⁰³ Vgl. *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, 103.

²⁰⁴ Prot. Bd. I, S. 522.

und fakultative Organe gleichzubehandeln.²⁰⁵ Anders lässt sich auch nicht erklären, warum die Kommission die Haftung auf solche Vertreter beschränkt hat, die „verfassungsmäßig berufen“ werden. Wäre es ihr um eine haftungsrechtliche Regelung gegangen, hätte es darauf nicht ankommen dürfen, sondern es wäre z. B. an die Selbstständigkeit des Vertreters oder seine herausgehobene Stellung in der Organisation anzuknüpfen gewesen. So geht die h. M. heute auch vor, wenn sie § 31 BGB haftungsrechtlich interpretiert. Der Gesetzgeber hatte jedoch ein solches Verständnis explizit abgelehnt, weil er in § 31 BGB nur verbandspezifische Probleme lösen wollte, während die Frage der Geschäftsherrhaftung für alle Rechtsträger gleichermaßen im Deliktsrecht geregelt werden sollte. Mit *Schürnbrand* lässt sich daher schlussfolgern, dass es nicht nur an den Voraussetzungen für eine Analogiebildung fehlt, sondern dass die Repräsentantenhaftung sogar in die Nähe eines unzulässigen Judizierens *contra legem* rückt.²⁰⁶

Mit Recht wird ferner kritisiert, dass eine Analogie zu § 31 BGB gar nicht zu einer sachgerechten Lösung des behaupteten Problems führt. Denn selbst wenn es so wäre, dass der Gesetzgeber planwidrig die besondere Rolle leitender Angestellter verkannt hätte, erschlosse sich nicht, warum man dieses Problem nur für juristische Personen und andere Verbände lösen sollte.²⁰⁷ Genau darauf läuft eine analoge Anwendung des § 31 BGB jedoch hinaus, weil er eben nur für Verbände gilt und nach h. M. insbesondere nicht für Einzelunternehmer. Es ist daher im Ansatz plausibel, wenn in der Literatur argumentiert wird, man solle die Lösung lieber direkt in einer Rechtsfortbildung des § 831 BGB suchen.²⁰⁸ Auch *Martinek* ist bei einer Analogie zu § 31 BGB nicht stehen geblieben, sondern hat darüber hinaus argumentiert, man solle eine Repräsentantenhaftung auch zu Lasten der Einzelunternehmer anerkennen und zwar auf Grundlage einer Gesamtanalogie zu § 31 BGB, § 3 HPfLG (ex § 2 RHPfLG), § 480 HGB (ex § 485 HGB a. F.) und § 3 Abs. 1 BinSchG.²⁰⁹ Aber auch für § 831 BGB lässt sich nicht ernsthaft bezweifeln, dass der Gesetzgeber wusste, was er tat, und die genannten Spezialvorschriften sind auf eng umgrenzte Ausnahmebereiche beschränkt und eignen sich daher nicht, eine derart weitreichende Analogie zu tragen.²¹⁰ Dass sie überdies alle schon existierten, als das BGB in Kraft trat, belegt auch nochmal, dass der Gesetzgeber mit alternativen Regelungskonzepten durchaus vertraut war.²¹¹ Insbesondere § 2 RHPfLG 1871 zeigte in aller Deutlichkeit, wie man eine Repräsentantenhaftung hätte regeln können, wenn man eine gewollt

²⁰⁵ Vgl. *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, 112 f.

²⁰⁶ *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, 113; vgl. schon *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1741.

²⁰⁷ Vgl. schon *Landwehr*, AcP 164 (1964), 482, 509 f.

²⁰⁸ So *Schürnbrand*, Organschaft, 2007, 114 ff.

²⁰⁹ *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, 225 ff.

²¹⁰ So auch *John*, AcP 181 (1981), 150, 154.

²¹¹ Dazu auch schon oben → Einl. A I.

hätte – der BGB-Gesetzgeber entschied sich aber bewusst für die Regelung der §§ 31, 831 BGB.

Und nicht nur das: Im Gesetzgebungsverfahren ist sogar gleich zweimal ausdrücklich abgelehnt worden, eine Repräsentantenhaftung nach dem Vorbild des § 2 RHPfG in das BGB aufzunehmen: Das Reichsjustizamt war der Meinung, sie „eigne sich nicht für den bürgerlichen Verkehr“ und könne daher allenfalls im Wege der Spezialgesetzgebung umgesetzt werden.²¹² Der Abgeordnete *Gröber* schlug dennoch später im Reichstag eine neue Vorschrift zur Ergänzung der Geschäftsherrnhaftung vor, die ziemlich genau den heutigen Stand der Repräsentantenhaftung beschreibt, außer, dass sie nicht nur für Verbände gelten sollte: „Der Unternehmer eines Erwerbsgeschäfts hat den Schaden zu ersetzen, welchen ein Bevollmächtigter, ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen.“ *Gröbers* Antrag wurde jedoch „mit großer Mehrheit abgelehnt“,²¹³ worin einmal mehr zum Ausdruck kommt, dass der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber eine Repräsentantenhaftung schlicht nicht wollte.

3. Privilegierung Einzelunternehmer

Die Repräsentantenhaftung ist jedoch nicht nur wegen ihrer zweifelhaften methodischen Herleitung problematisch: Aus rechtspolitischer Sicht stellt sich das Problem, dass sie nicht zulasten von Einzelunternehmern anwendbar ist, wodurch diese unberechtigt gegenüber Gesellschaften privilegiert werden.²¹⁴ Die h.M. lehnt es ab, § 31 BGB (analog) auch auf Einzelunternehmer anzuwenden,²¹⁵ weil dies der verbandsrechtlichen Natur der Norm nicht entspreche. Der BGH hat die Anwendung des § 31 BGB auf Einzelunternehmer bisher nur beiläufig verneint, ohne dies näher zu begründen.²¹⁶ Aufschlussreich sind aber seine Entscheidungen zur GbR. Für diese hatte er die Anwendung des § 31 BGB zunächst verneint, weil sie „zu wenig körperschaftlich organisiert“ sei, als dass man die für sie handelnden Gesellschafter als ihre „Organe“ bezeichnen könne.²¹⁷ Nachdem er dann 2001 die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR anerkannt hatte,²¹⁸ bejahte er auch die Anwendbarkeit des § 31 BGB, weil es

²¹² Prot. RJA, S. 546 = *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, S. 941.

²¹³ Protokoll abgedruckt bei *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, S. 947f.

²¹⁴ Kritisch schon *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1740.

²¹⁵ Vgl. BeckOGK/Offenloch, 1.8.2022, § 31 BGB Rn. 41; MünchKommBGB/Leuschner, 92021, § 31 Rn. 11; Erman/Westermann, 162020, § 31 Rn. 2; Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 113; Soergel/Hadding, 132000, § 31 Rn. 8; offen *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 6; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 274.

²¹⁶ BGH LM § 164 BGB Nr. 34 (1971).

²¹⁷ BGHZ 45, 311, 312 = NJW 1966, 1807, 1808.

²¹⁸ BGHZ 146, 341 ff. = NJW 2001, 1056 ff.

keinen überzeugenden Grund (mehr) gebe, zwischen der Außen-GbR und der OHG zu differenzieren und weil es keinen Sinn ergebe, die Haftung der Außen-GbR auf rechtsgeschäftlich begründete Verpflichtungen zu beschränken.²¹⁹ Das zeigt, dass entscheidendes Anknüpfungsmerkmal für § 31 BGB ist, dass eine verselbstständigte Haftungsmasse existiert, die vom Privatvermögen der Gesellschafter unterschieden werden kann und über eigene Rechts- und Vermögensfähigkeit verfügt. Das ist aber bei der Firma des Einzelunternehmers gerade nicht der Fall. Außerdem steht wieder der Wille des Gesetzgebers entgegen: Sowohl die 1. als auch die 2. Kommission haben sich bewusst gegen eine strikte Geschäftsherrnhaftung entschieden und betont, der spätere § 31 BGB beruhe auf Besonderheiten der Körperschaft, aus denen sich ein allgemeiner Rechtssatz nicht herleiten lasse.²²⁰

Erkennt man jedoch eine Repräsentantenhaftung der Einzelunternehmer nicht an, haften diese anders als Gesellschaften für ihre leitenden Angestellten nur nach § 831 BGB. Während also z. B. die Dirk Rossmann GmbH für Delikte ihrer Filialleiter nach § 31 BGB strikt haftet, konnte sich die Anton Schlecker e.K. von der entsprechenden Haftung durch Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB befreien. Nimmt man noch die Probleme des dezentralisierten Entlastungsbeweises hinzu, ist unverkennbar, dass Einzelunternehmer hinsichtlich der Haftung für ihre Mitarbeiter privilegiert werden, ohne dass dafür ein sachlicher Grund ersichtlich wäre. Klar ist auch, dass sich das Problem mit jeder weiteren Ausdehnung des Repräsentantenbegriffs verschärft. Je weiter sich die Rechtsprechung vom ursprünglich eng umgrenzten Anwendungsbereich der §§ 30, 31 BGB entfernt hat, desto tiefer wurden die Gräben zwischen dem Haftungsregime der Gesellschaften und dem der Einzelunternehmer.

Reuber hat die haftungsrechtliche Ungleichbehandlung von Gesellschaften und Einzelunternehmen vor allem aus verfassungsrechtlicher Sicht kritisiert und einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG gerügt.²²¹ Wesentlich gleiche Sachverhalte dürften haftungsrechtlich nicht willkürlich ungleich behandelt werden. Dem widerspreche es, § 31 BGB nur auf einen Teil der Unternehmensträger anzuwenden. Denn die Frage der Haftung des Geschäftsherrn für leitende Angestellte habe mit der Organisationsform des Unternehmensträgers überhaupt nichts zu tun. Daneben stellt sich vor allem ein Anreizproblem: Durch die haftungsrechtliche Privilegierung der Einzelunternehmer wird es attraktiver, ein Unternehmen in dieser Rechtsform zu betreiben. Anders als bei anderen rechtsträgerspezifischen Haftungsbeschränkungen wie der beschränkten Gesellschafterhaftung nach § 1 Abs. 1 S. 2 AktG oder § 13

²¹⁹ BGHZ 154, 88, 93–95 = NJW 2003, 1445, 1446 f.

²²⁰ Prot. Bd. I, S. 523; Prot. Bd. II, S. 603; MünchKommBGB/*Leuschner*, 902021, § 31 Rn. 11; Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 113.

²²¹ *Reuber*, Gleichbehandlung, 1990, 387 ff. und passim; s. auch schon *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1742. Skeptisch zu diesem Ansatz *K. Schmidt*, ZHR 155 (1991), 306, 308.

Abs. 2 GmbHG ist die funktionale Haftungsbeschränkung, die im Ausschluss der Repräsentantenhaftung zulasten der Einzelunternehmer liegt, jedoch nicht Teil eines austarierten gesetzlichen Systems. Die dadurch entstehenden Fehlanreize können sich vor allem im Grenzbereich auswirken, also z.B. wenn ein Einzelunternehmer überlegt, sein Unternehmen in eine GmbH umzuwandeln. Es kann abschreckend wirken, dass der Unternehmensträger dann für Mitarbeiter nach § 31 BGB strikt haften würde, für die er vorher nur nach § 831 BGB einstehen musste. Dass die Haftung nach § 31 BGB nicht den Unternehmer persönlich trifft, sondern „nur“ die GmbH kann ein schwacher Trost sein, z.B. wenn der Unternehmer vorerst Alleingesellschafter bleibt.

Wegen dieser Schwierigkeiten plädiert eine beachtliche Minderheit in der Literatur dafür, § 31 BGB auf alle Unternehmensträger und somit auch auf Einzelunternehmer anzuwenden.²²² Dafür sprechen wie gesehen gute rechtspolitische Gründe. Es bleibt aber das methodische Problem, dass sich aus Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte klar ergibt, dass eine strikte Haftung nur zulasten von Verbänden greifen soll, weil sie als solche selbst handlungs- und verschuldensunfähig sind, während für natürliche Personen als Geschäftsherrn ausschließlich die verschuldensabhängige Haftung des § 831 Abs. 1 BGB vorgesehen ist.²²³ *Nitschke* hat ausdrücklich anerkannt, dass die von ihm erstrebte Anwendung des § 31 BGB auf Einzelunternehmer „ohne Zweifel eine Rechtsfortbildung contra legem“ sei,²²⁴ hielt sie aber dennoch für zulässig und geboten, um den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG abzustellen.²²⁵ Auch wenn die Regelung der Unternehmenshaftung auf Basis der §§ 31, 831 BGB misslungen ist, scheint jedoch zweifelhaft, dass der Gesetzgeber damit seinen weiten verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum überschritten hat. *Karsten Schmidt* will nicht § 31 BGB analog anwenden, sondern auf den dahinter stehenden Rechtsgedanken abstellen, der schon vor Inkrafttreten des BGB anerkannt gewesen sei.²²⁶ Damit meint er das Prinzip der unternehmensrechtlichen Organzurechnung, doch gerade für den Einzelunternehmer lässt sich nicht nachweisen, dass er schon vor Inkrafttreten des BGB für seine gesetzlichen Vertreter oder gar für alle leitenden Angestellten gehaftet hätte. Entsprechende Überlegungen in den Beratungen zum ADHGB sind nicht Gesetz geworden.²²⁷ *Martineks* Vorschlag, die Repräsentantenhaftung der Einzelunternehmer nicht mit einer Analogie zu § 31 BGB zu begründen, sondern mit einer Gesamtanalogie zu § 31 BGB, § 3 HPfLG,

²²² *K. Schmidt*, HandelsR, 62014, § 4 Rn. 79, 85–87; *K. Schmidt*, KF 1993, 4, 7 f.; *K. Schmidt*, ZHR 155 (1991), 306, 308; *v. Caemmerer*, FS Flume, Bd. I, 1978, 359, 367; *Steindorff*, AcP 170 (1970), 93, 103 ff.; *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1742 und passim.

²²³ Dazu bereits ausf. oben → 2.

²²⁴ *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1740.

²²⁵ *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1742; vgl. auch *Reuber*, Gleichbehandlung, 1990, 387 ff. und passim.

²²⁶ *K. Schmidt*, HandelsR, 62014, § 4 Rn. 79; *K. Schmidt*, ZHR 155 (1991), 306, 308.

²²⁷ Dazu ausf. *K. Schmidt*, FS Raisch, 1995, 189, 206 f. und passim.

§ 480 HGB und § 3 Abs. 1 BinSchG ist oben²²⁸ bereits abgelehnt worden, weil damit Ausnahmenvorschriften entgegen der gesetzlichen Intention zur Regel gemacht würden.

Es zeigt sich also, dass die Repräsentantenhaftung weitaus zweifelhafter ist als ein unbefangener Blick auf die ständige Rechtsprechung vermuten ließe. Sie kämpft mit zwei Problemen, von denen sich jedes nur um den Preis verringern lässt, dass das andere größer wird. Eine wortgenaue Anwendung des § 31 BGB scheint rechtspolitisch unbefriedigend, weil dann die Gesellschafter entscheiden könnten, für welche Mitarbeiter strikt gehaftet wird und für welche nicht. Geboten scheint, den Verband für möglichst viele Mitarbeiter strikt haften zu lassen. Je weiter man die Haftung nach § 31 BGB ausdehnt, desto größer werden jedoch die dogmatischen Schwierigkeiten, die angesichts der klaren gesetzlichen Regelung der §§ 31, 831 BGB mit einer rechtsfortbildenden Analogie verbunden sind. Die h.M. hat sich mit der Ausweitung der Haftung auf alle Repräsentanten sehr weit von der gesetzlichen Regelung der §§ 30, 31 BGB entfernt. Indem jedoch gleichzeitig abgelehnt wird, die Vorschriften auch auf Einzelunternehmer anzuwenden, ist ein weiteres Problem geschaffen worden, nämlich dass Gesellschaften für einen Teil ihrer Mitarbeiter strenger haften als Einzelunternehmer. Eine befriedigende Lösung ist nicht in Sicht, denn entweder müsste man § 31 BGB noch weit stärker uminterpretieren als die h.M. oder die Haftung für Unternehmensangehörige muss lückenhaft bleiben.

V. Körperschaftliches Organisationsverschulden

Eine weitere problematische Figur des deutschen Rechts der Unternehmenshaftung ist das sog. körperschaftliche Organisationsverschulden oder – mit einer Formulierung des BGH – die „Fiktionshaftung für mangelhafte Organisation“.²²⁹ Der BGH hat den wesentlichen Inhalt dieser Haftungsfigur in seiner ersten diesbezüglichen Leitentscheidung wie folgt auf den Punkt gebracht: „Nicht nur bei sog. Verkehrssicherungspflichten, sondern bei allen Geschäften des täglichen Lebens und des wirtschaftlichen Verkehrs kann ein Organisationsmangel, der zur Haftung der juristischen Person unter Ausschluß des Entlastungsbeweises gemäß § 31 BGB führt, allein schon darin erblickt werden, daß kein verfassungsmäßig berufener Vertreter für den fraglichen Aufgabenkreis bestellt worden ist.“²³⁰ Der BGH geht also davon aus, dass die Haftung einer Gesellschaft aus § 31 BGB auch dann zu bejahen ist, wenn die handelnde Person kein Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB ist, die übertragene Aufgabe jedoch

²²⁸ Bei → Fn. 210.

²²⁹ BGH NJW-RR 1998, 250, 252. Vgl. auch BGH VersR 2022, 521, 523, Rn. 26.

²³⁰ BGHZ 24, 200, 213 = GRUR 1957, 494, 498.

so wichtig war, dass sie einem Vertreter i. S. dieser Vorschriften hätte übertragen werden müssen. Viele Entscheidungen betreffen das Presserecht und die Prüfung besonders gefährlicher, d. h. potenziell ehrverletzender oder kreditgefährdender Beiträge.²³¹ Der Anwendungsbereich des körperschaftlichen Organisationsverschuldens ist jedoch hierauf nicht beschränkt.²³²

Der BGH hat nie einen Hehl daraus gemacht, dass es auch bei dieser Rechtsprechung darum geht, die Anwendung des verfehlten § 831 BGB zu vermeiden. So verlangt er in einer Entscheidung, die ein ehrverletzendes Sachbuch betraf, der Verleger müsse die erforderliche Inhaltskontrolle „heißer Eisen“ so organisieren, „daß er sich für ein Verschulden der mit diesen Aufgaben betrauten Personen haftungsrechtlich nicht entlasten kann“.²³³ Die drohenden Rechtsverletzungen forderten einen „gesicherten Haftungsschutz“. Der Verleger müsse daher einen besonders gefährlichen Beitrag entweder selbst überprüfen „oder dem damit beauftragten Dritten Organstellung i. S. von §§ 30, 31 BGB verschaffen, so daß er für sein Verschulden ohne Entlastungsmöglichkeit einzustehen hat [...]“. Konkret hatte immerhin ein offenbar auf den Schutz von Persönlichkeitsrechten spezialisierter Rechtsanwalt das Buch geprüft. Dass es sich bei diesem Anwalt um einen selbstständigen Unternehmer handelte, der in die Organisation des Verlags gar nicht eingebunden war und dessen Bestellung als Sonderorgan i. S. des § 30 BGB daher kaum realistisch gewesen sein dürfte, zeigt, dass es dem BGH nicht wirklich um die Organstellung, sondern letztlich allein um die Haftung ging. Auch das erklärt er ganz offen: „Zieht [der Verleger] zu dieser Aufgabe gleichwohl eigene Mitarbeiter ohne solche Organstellung oder – wie im Streitfall – einen seinem Unternehmen nicht angehörenden Rechtsanwalt hinzu, so kann er sich dadurch haftungsrechtlich von deren Verschulden nicht freizeichnen, sondern muß sich so behandeln lassen, als habe er den Beauftragten Organstellung eingeräumt [...]“.

Dogmatisch ist die Figur des körperschaftlichen Organisationsverschuldens schwer zu greifen. Sie geht auf eine umfangreiche und wechselvolle Rechtsprechung des Reichsgerichts zurück, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden soll.²³⁴ Das Reichsgericht sah im körperschaftlichen Organisationsverschulden wohl nur eine Variante der betrieblichen Organisationspflichtverletzung und verortete es in § 823 Abs. 1 BGB.²³⁵ Dagegen ist vor allem eingewandt

²³¹ BGH NJW-RR 1998, 250, 252; NJW 1980, 2810, 2811; NJW 1965, 685, 686; BGHZ 39, 124, 130 = NJW 1963, 902f.; NJW 1963, 904; BGHZ 24, 200, 212f. = GRUR 1957, 494, 498; OLG Köln, NJW-RR 1993, 31, 33.

²³² Vgl. nur BGH VersR 2022, 521, 523, Rn. 26 m. w. N.

²³³ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1980, 2810f.

²³⁴ Grundlegend RGZ 157, 228, 235 (1938); RG JW 1938, 1651, 1652; JW 1936, 915; SeuffA 90 Nr. 32 (1935); SeuffA 87 Nr. 51 (1932); JW 1932, 2076; RGZ 89, 136, 137f. (1916); RG Warn 1914 Nr. 35. Vgl. dazu *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, 2001, 135ff.; *Landwehr*, AcP 164 (1964), 482, 483 ff.

²³⁵ Vgl. RGZ 163, 21, 30 (1940): „Allerdings käme hier, falls den Abteilungsleitern nicht die

worden, der Umstand, dass eine Aufgabe nicht von der Geschäftsleitung erfüllt werde, sei allein noch nicht risikoerhöhend und daher meist nicht kausal für die Rechtsgutsverletzung.²³⁶ Denn Gehilfen ohne Organstellung können genauso gut oder besser in der Lage sein, die Gefahr zu beherrschen. Der Einsatz von Gehilfen gefährde daher nicht das Rechtsgut i. S. von § 823 Abs. 1 BGB, sondern allenfalls die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs, weil dieser an § 831 Abs. 1 S. 2 BGB scheitern könne. Der BGH geht anders vor als das Reichsgericht, argumentiert offen ergebnisorientiert und stützt sich nicht auf §§ 823 ff. BGB, sondern auf § 31 BGB.²³⁷ Konsequenterweise hat er die Anwendung der Grundsätze des körperschaftlichen Organisationsverschuldens auch in einem Fall erwogen, in dem es darum ging, dass der Zweigstellenleiter einer Bank Kundengelder veruntreut hatte.²³⁸ Da es um einen reinen Vermögensschaden ging, ließ sich die Haftung nicht auf §§ 823, 31 BGB und ein Organisationsverschulden der Geschäftsleitung stützen. Der BGH verlangt nicht, dass der Geschäftsleitung wegen des körperschaftlichen Organisationsmangels ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen ist, sondern fragt lediglich danach, ob die jeweilige Aufgabe so wichtig war, dass sie einem Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB hätte übertragen werden müssen. Dahinter steht das von der Repräsentantenhaftung bekannte Argument, dass die Gesellschaft nicht selbst entscheiden dürfe, für welche Mitarbeiter sie strikt haftet und für welche nicht. Das zeigt, dass sich das körperschaftliche Organisationsverschulden und die Repräsentantenhaftung funktional weitgehend entsprechen. In der Literatur wird deshalb vielfach gefordert, die Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsverschulden zugunsten der Repräsentantenhaftung aufzugeben.²³⁹ Allerdings dient die Figur des körperschaftlichen Organisationsverschuldens explizit auch dazu, die Haftung nach § 31 BGB auf Nicht-Repräsentanten zu erstrecken. Es wird also z. B. nicht danach gefragt, ob die Aufgabe der handelnden Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen wurde und ob sie die Gesellschaft re-

den Umständen nach erforderliche Selbständigkeit eingeräumt worden wäre, eine Haftung wegen „Organisationsmangels“ nicht in Betracht, da hiervon nur bei Haftung für Fahrlässigkeit die Rede sein kann, die Haftung aus § 826 BGB aber Vorsatz voraussetzt.“; RG JW 1938, 1651, 1652: „Wenn aber etwa keiner der gesetzlichen Vertreter in der Lage sein sollte, die bezeichneten Aufgaben durchzuführen, so würde ein Mangel in der Organisation der Bekl. vorliegen, der gleichfalls ihre Haftung aus § 823 BGB für die daraus entspringenden Schadensfolgen nach sich ziehen würde.“

²³⁶ Vgl. dazu etwa *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 329; *Schmitz*, Arbeitnehmer, 1994, 85 f.; *Steindorff*, AcP 170 (1970), 93, 104.

²³⁷ BGH NJW 1998, 1854, 1857: „Das Berufungsgericht hat auch nicht geprüft, ob eine Haftung der Bekl. *entsprechend § 31 BGB* in Betracht kommt, weil [...] sie einen für den fraglichen Aufgabenkreis zuständigen Vertreter nicht berufen hat.“ (Herv. C.K.).

²³⁸ BGH NJW 1977, 2259, 2260. Ähnlich BGH NJW 1998, 1854, 1857.

²³⁹ MünchKommBGB/*Leuschner*, 92021, § 31 Rn. 34; *Larenz*, BGB AT, 71989, § 10 II d, S. 167; *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, 1983, 387. A. A. BeckOGK/*Offenloch*, 1.8.2022, § 31 BGB Rn. 128.1.

präsentiert.²⁴⁰ Im Fokus steht nicht die Stellung der handelnden Person, sondern ihre Aufgabe. Erinnert sei nochmal an das Beispiel der Prüfung einer Publikation durch einen unternehmensexternen, selbstständigen Rechtsanwalt.

Wenn es aber effektiv darum geht, § 31 BGB auch auf Nicht-Repräsentanten anzuwenden, liegt auf der Hand, dass das körperschaftliche Organisationsverschulden aus dogmatischer Sicht noch problematischer ist als die Repräsentantenhaftung,²⁴¹ weil es sich noch weiter von der gesetzlichen Regelung entfernt. Außerdem führt die Verankerung in § 31 BGB zu einer weiteren Privilegierung der Einzelunternehmer, die nicht nur nicht strikt für ihre Repräsentanten haften, sondern auch nicht aus körperschaftlichem Organisationsverschulden für ihre Nicht-Repräsentanten.²⁴² Darüber hinaus wird in der Literatur vor allem kritisiert, die Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsverschulden sei ein Eingriff in die Satzungsautonomie der Verbände²⁴³ und vollends verfehlt, wenn, wie nach h. M. im Aktienrecht, schon kraft Gesetzes keine Sonderorgane bestellt werden dürften.²⁴⁴ Dabei wird jedoch übersehen, dass die Rechtsprechung gar keine Anreize setzt, tatsächlich zusätzliche Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB zu bestellen – denn dann würde für die jeweiligen Mitarbeiter erst recht strikt gehaftet. Die Funktion des körperschaftlichen Organisationsverschuldens ist, wie die der Repräsentantenhaftung, eine rein haftungsrechtliche.²⁴⁵ In beiden Fällen geht es, wie der BGH anerkennt, darum, dem Unternehmensinhaber die Möglichkeit der Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu verweigern. Das zeigt, dass es nicht sinnvoll ist, diese Rechtsprechung in der verbandsrechtlichen Norm des § 31 BGB zu verankern, und dass sich hier ähnliche Probleme wie bei der Repräsentantenhaftung stellen.

VI. Verbundhaftung

Zu den umstrittensten Fragen des deutschen Unternehmenshaftungsrechts gehört die dogmatische Konstruktion der hier sog. Verbundhaftung, die oben²⁴⁶

²⁴⁰ Eine Ausnahme ist der Fall BGH NJW-RR 1996, 867, 868, wo genau das verlangt wird. Dadurch kommt es hier zu einer wenig überzeugenden Vermischung von Repräsentantenhaftung und körperschaftlichem Organisationsverschulden. Kritisch dazu auch MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 121.

²⁴¹ Dazu schon oben → IV 2, 3.

²⁴² Reuber, Gleichbehandlung, 1990, 346f.; Steindorff, AcP 170 (1970), 93, 104f.

²⁴³ MünchKommBGB/Leuschner, ⁹2021, § 31 Rn. 34; Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 37; J. Neuner, BGB AT, ¹²2020, § 17 Rn. 73; Schürnbrand, Organschaft, 2007, 114f.; Schmitz, Arbeitnehmer, 1994, 82ff.; Larenz, BGB AT, ⁷1989, § 10 IId, S. 167; Landwehr, AcP 164 (1964), 482, 512f.

²⁴⁴ MünchKommBGB/Leuschner, ⁹2021, § 31 Rn. 34; Schürnbrand, Organschaft, 2007, 114f. Vgl. zum Aktienrecht MünchKommAktG/Spindler, ⁵2019, § 78 Rn. 25.

²⁴⁵ So auch Kleindiek, Deliktshaftung, 1997, 327.

²⁴⁶ → A I 4, II 4.

bereits dahin charakterisiert wurde, dass die Haftung darauf beruht, dass ein Unternehmensangehöriger eine Pflicht des Unternehmensträgers verletzt. Im Mittelpunkt der Diskussion steht die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen, aber letztlich betrifft diese Art der Haftung nicht nur Verkehrspflichten, sondern sämtliche Unternehmenspflichten, und nicht nur juristischen Personen, sondern sämtliche Arten von Unternehmensträgern. Aus dogmatischer Sicht ist vor allem umstritten, wie man sich die Verletzung der Unternehmenspflicht vorzustellen hat, ob dafür eine Zurechnung erforderlich ist und auf welche Zurechnungsnorm(en) diese Zurechnung ggf. gestützt werden kann. Daneben stellt sich das Problem einer sorgfältigen Differenzierung zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen, auf die später²⁴⁷ noch näher eingegangen werden wird. Aus rechtspolitischer Sicht ist vor allem problematisch, dass die Rechtsprechung auch im Rahmen der Verbundhaftung den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zulässt, sofern für die Pflichtverletzung nur ein Verrichtungsgehilfe verantwortlich ist und nicht zumindest auch ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB. Allerdings ist letzteres eher die Regel als die Ausnahme, weil die Rechtsprechung die Organisationsverantwortung der Geschäftsleitung und der leitenden Angestellten stark betont und deshalb auch für Fehler auf unteren Hierarchieebenen oft einen Repräsentanten verantwortlich macht.

1. Unternehmenspflichten

Unstreitig dürfte heute sein, dass Unternehmensträger selbst Adressaten rechtlicher Pflichten sein können, auch wenn sie z. B. als Aktiengesellschaft oder GmbH selbst nicht in der Lage sind, Pflichten zu erfüllen oder zu verletzen. Hauptgrund ist schlicht die gesetzliche Regelungstechnik, Pflichten rollenbezogen zu formulieren und nicht nach dem rechtlichen Status der Adressaten zu differenzieren. So richtet sich § 836 BGB an die Eigenbesitzer von Grundstücken und das kann bei einem Fabrikgelände, einem Bürogebäude oder einem gewerblich vermieteten Mehrfamilienhaus natürlich auch ein Unternehmensträger sein.²⁴⁸ Genauso kommen Unternehmensträger als Tierhalter nach § 833 S. 2 BGB in Betracht oder als Geschäftsherr nach § 831 BGB. Die maßgeblichen Pflichten sind zwar nicht unternehmensspezifisch formuliert und können ge-

²⁴⁷ → VIII.

²⁴⁸ Die Besitzausübung durch juristische Personen und Personengesellschaften ist freilich nicht unproblematisch, wird aber auf Grundlage des sog. Organbesitzes und der Besitzdiensterschaft nach § 855 BGB allgemein anerkannt, vgl. nur BGH NJW 2015, 1678, 1679f., Rn. 24; BGHZ 156, 310, 316 = NJW 2004, 217, 219; BGHZ 57, 166, 167 = NJW 1972, 43; BGHZ 56, 73, 77 = NJW 1971, 1358; BeckOGK/Götz, 1.1.2023, § 854 BGB Rn. 120–134; MünchKommBGB/F. Schäfer, 92023, § 854 Rn. 41–48; Brehm/Berger, SachenR, 42022, § 3 Rn. 26; Prütting, SachenR, 372020, Rn. 102; Baur/Stürner, SachenR, 182009, § 7 Rn. 70; K. Schmidt, GesR, 42002, § 10 III, S. 266–273.

nauso gut Privatleute treffen, wenn aber ein Unternehmensträger die jeweilige Rolle einnimmt, kann auch er Haftungsadressat sein und zwar unabhängig von seiner Rechtsform. Das gilt auch nicht nur für ausdrücklich im Gesetz geregelte Pflichten, sondern genauso für solche, welche die Gerichte aus deliktischen Generalklauseln ableiten. Dabei geht es oft um Verkehrspflichten, die vor allem für die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB eine kaum zu überschätzende Bedeutung haben. Auch diese Pflichten können sich unmittelbar an Unternehmensträger richten, was sich für spezifisch berufs- oder unternehmensbezogene Pflichten wie die Pflichten der Produzentenhaftung, die Prüfpflichten von Verlagen oder Betreibern von Onlineplattformen, die Pflichten der Betreiber von Industrieanlagen oder die Organisationspflichten der Krankenträger fast von selbst versteht, aber auch für neutrale Pflichten wie die grundstücksbezogenen Verkehrssicherungspflichten gilt.²⁴⁹

Für das Recht der Unternehmenshaftung spielen außerdem Pflichten in Schutzgesetzen und Tatbeständen des Sonderdeliktsrechts eine bedeutende Rolle, die sich oft vor allem oder sogar ausschließlich an Unternehmensträger richten. Zu nennen sind etwa Art. 101, 102 AEUV sowie §§ 1, 2, 19–21, 33a GWB, die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen verbieten, oder §§ 97, 98 WpHG, welche die Emittenten von Finanzinstrumenten verpflichten, Insiderinformationen unverzüglich und wahrheitsgemäß zu veröffentlichen. Auch spezielle Vorschriften des Produktsicherheitsrechts (z.B. § 3 ProdSG, § 4 MPG), des Immissionschutzrechts (§§ 5, 22 BImSchG), des Lebensmittelrechts (§ 5 LFGB), des Datenschutzrechts (Art. 82 DS-GVO) oder des Berufsrechts (z.B. §§ 2, 10 RDG) gehören in diesen Zusammenhang. Hinsichtlich der Konstruktion der Unternehmenshaftung stellen sich hier aus dogmatischer Sicht dieselben Fragen wie bei der klassischen Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB.

Große Schwierigkeiten bereitet in der Praxis die Abgrenzung von Unternehmenspflichten und persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen, also der Geschäftsleiter oder der einfachen Mitarbeiter. Das hängt einerseits damit zusammen, dass die entsprechenden Tatbestände meist offen formuliert sind, sodass sich oft schon darüber streiten lässt, wen die jeweilige Pflicht originär trifft. Andererseits erweist sich als problematisch, dass die Rechtsprechung davon ausgeht, dass Mitarbeiter im Rahmen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen nicht nur die Erledigung der Pflicht übernehmen, sondern oft auch die Pflicht selbst und zwar keineswegs nur im gesellschafts- oder arbeitsrechtlichen Innenverhältnis, sondern im Außenverhältnis gegenüber potenziellen Deliktsgeschädigten. Diese Problematik betrifft aber vor allem die persönliche Haftung der Unternehmensangehörigen und soll deshalb zunächst zurückgestellt werden.²⁵⁰

²⁴⁹ Ausf. zu Unternehmenspflichten noch unten → § 4 B.

²⁵⁰ Siehe dazu noch unten → VIII und ausf. → § 4 B, C.

Für die Verbundhaftung kommt es nur darauf an, dass die maßgebliche Pflicht zumindest auch eine Unternehmenspflicht ist, was sich in der Regel vergleichsweise mühelos bejahen lässt, vor allem, wenn wie in den genannten Beispielen naheliegt, dass es dem Gesetzgeber auch und vor allem auf eine Steuerung der unternehmerischen Tätigkeit ankommt, weil es dafür zweckmäßig ist, die Haftung primär an den Unternehmensträger zu adressieren.

2. Verletzung

Großer Streit herrschte lange hinsichtlich der Frage, wie und von wem Unternehmenspflichten verletzt werden können. Dabei ging es auch und vielleicht sogar vor allem darum, ob für die Begründung der Unternehmenshaftung konstruktiv immer ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt erforderlich ist oder ob die Haftung auch exklusiv zulasten des Unternehmensträgers begründet werden kann.²⁵¹ Daneben stellt sich die Frage, wie es im Rahmen der Verbundhaftung um die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB steht. Die Debatte hat ihre Hochphase hinter sich, allerdings wurde über wichtige Streitpunkte keine Einigung erzielt und man beließ es eher bei einer Art Waffenstillstand. Die h. M. geht heute davon aus, dass Unternehmenspflichten in jedem Fall durch Repräsentanten nach § 31 BGB verletzt werden können und bejaht auch die Möglichkeit einer exklusiven Haftung des Unternehmensträgers ohne persönliches Repräsentantendelikt. Weniger klar ist der Streitstand zur Anwendung des § 831 BGB, die aber von der h. M. wohl ebenfalls bejaht wird. Auch insoweit wird eine exklusive Haftung des Unternehmensträgers für möglich gehalten und man geht wohl überwiegend davon aus, auch den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zulassen zu müssen.

a) Repräsentanten

Hinsichtlich der Verletzung von Unternehmenspflichten durch Repräsentanten i. S. der extensiven Rechtsprechung zu § 31 BGB konkurrieren im Wesentlichen zwei Erklärungsansätze miteinander: Nur noch selten wird vertreten, dass § 31 BGB ausschließlich nach dem sog. Schuldbeitrittsmodell funktioniert, dass es also immer eines vollständig verwirklichten Repräsentantendelikts bedarf und der Verband nur ergänzend haftet.²⁵² Dafür wird vor allem auf die Entstehungsgeschichte und den Willen des ursprünglichen BGB-Gesetzgebers verwiesen.

²⁵¹ Vgl. dazu MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 126 ff., 129 ff.; LH/Kleindiek, ²⁰2020, § 43 GmbHG Rn. 79 ff.; Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 58 ff.; grundlegend Kleindiek, Deliktshaftung, 1997, 117 ff.

²⁵² Brügge meier, AcP 219 (2019), 771, 786 f.; Altmeyden, ZIP 2016, 97, 100 ff. Früher u. a. Foerste, VersR 2002, 1 ff.; Brügge meier, Prinzipien, 1999, 140 f.; Altmeyden, ZIP 1995, 881, 887 ff.; Habetha, DZWIR 1995, 272, 283; v. Bar, FS Kitagawa, 1992, 279, 285; Brügge meier, AcP 191 (1991), 33, 63 ff.; Flume, BGB AT, Bd. I/2, 1983, § 11 III 2, S. 384 ff.

Dieser Ansatz führt dazu, dass es immer auch zu einer persönlichen Haftung des Repräsentanten kommt, was die Anhänger der Gegenansicht oft kritisieren, die Verfechter des Schuldbeitrittsmodells aber damit rechtfertigen, es sei wichtig, den Repräsentanten mit der persönlichen Haftung Anreize zu setzen, sich sorgfältig zu verhalten.²⁵³ Die Verbundhaftung muss man sich nach dem Konzept dieser Lehre konkret so vorstellen, dass der Repräsentant die Unternehmenspflicht als eigene Pflicht übernimmt und durch sein schuldhaftes Handeln dann auch primär diese eigene Pflicht verletzt. Dadurch begeht er ein eigenes Delikt, für welches der Verband nach § 31 BGB haftet. Auf die Verletzung der Unternehmenspflicht kommt es genau genommen gar nicht an. Geht es also z. B. um einen Konstruktionsfehler im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, wäre davon auszugehen, dass das für die Produktentwicklung zuständige Mitglied der Geschäftsleitung die Pflicht zur sicheren Konstruktion als eigene Pflicht übernimmt und zwar nicht nur unternehmensintern im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses, sondern als deliktische Pflicht, deren Verletzung zu einer persönlichen Haftung im Außenverhältnis nach § 823 BGB führen kann. Die Haftung des Unternehmensträgers nach § 31 BGB würde nicht an die Verletzung der Unternehmenspflicht, sondern an das persönliche Delikt der Leitungsperson anknüpfen.

Der andere Ansatz ist das hier sog. *Kleindiek*-Modell:²⁵⁴ Der Repräsentant übernimmt die Unternehmenspflicht nicht als eigene, sondern dem Unternehmensträger werden nach § 31 BGB lediglich die Pflichtverletzung und das Verschulden i. e. S. zugerechnet. Das ist konstruktiv nicht ganz einfach, aber *Kleindiek* hat in seiner tiefeschürfenden Untersuchung alle Register gezogen, um diesen Mechanismus möglichst plausibel zu begründen.²⁵⁵ Zunächst hat er auf Grundlage einer detailreichen historisch-dogmatischen Analyse argumentiert, § 31 BGB enthalte keineswegs nur das Schuldbeitrittsmodell, sondern sei vom Gesetzgeber außerdem als Zurechnungsnorm konzipiert worden, mit deren Hilfe sich dem Verband auch nur das Verschulden seiner Repräsentanten zurechnen lasse. Er geht also von einer Doppelfunktion des § 31 BGB aus und hat mit diesem Ergebnis viel Zustimmung gefunden. Die historische Herleitung ist zwar gelegentlich kritisiert worden,²⁵⁶ das Modell an sich hält die h. M. jedoch für überzeugend.²⁵⁷ Es lässt sich methodisch auch mit einem Erst-Recht-Schluss begründen. Denn wenn der Verband schon für vollständig verwirklichte Delik-

²⁵³ So etwa *Foerste*, *VersR* 2002, 1, 4; *Brüggemeier*, *AcP* 191 (1991), 33, 65 f.

²⁵⁴ Dazu schon oben → A II 4.

²⁵⁵ Unabhängig von *Kleindiek* mit ähnlichen Ansätzen *Haas*, *Geschäftsführerhaftung*, 1997, 220 ff.; *Sandberger*, *Außenhaftung*, 1997, 141 ff.; *Eckardt*, in: *GJZ-Tagungsband*, 1997, 61, 68 f.; *Rottkemper*, *Außenhaftung*, 1996, 113 ff.

²⁵⁶ *Altmeyden*, *ZIP* 2016, 97, Fn. 43; *Foerste*, *VersR* 2002, 1, 2 ff.; *Spindler*, *AG* 2002, 111, 112; *Dreier*, *Verkehrspflichthaftung*, 2002, 138 ff.; *Martinek*, *AcP* 198 (1998), 612, 615 ff.

²⁵⁷ Vgl. nur *MünchKommBGB/Leuschner*, 92021, § 31 Rn. 21; *BH/Zoellner/Noack*, 212017, § 43 *GmbHG* Rn. 77; *Soergel/Krause*, 132005, § 823 *Anh. II* Rn. 67; *Schürnbrand*, *Organschaft*,

te seiner Repräsentanten haften muss, dann muss es auch möglich sein, ihm nur einzelne Deliktselemente wie das Verschulden zuzurechnen. Ob der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber die Doppelfunktion wirklich im Sinn hatte, scheint zweitrangig, denn ausgeschlossen hat er sie jedenfalls nicht. Vielmehr ist die Entstehungsgeschichte des § 31 BGB von dem Geiste geprägt, mit der Einstandspflicht für Repräsentantendelikte nach jahrzehntelangem Streit über die Deliktshaftung juristischer Personen wenigstens den Minimalkonsens zu regeln, alles Weitere jedoch künftiger Gesetzgebung sowie Rechtspraxis und Wissenschaft zu überlassen.²⁵⁸ Die konkrete Umsetzung seines Modells stellt sich *Kleindiek* so vor, dass man sich die Pflicht des Unternehmensträgers als hypothetische eigene Pflicht des Repräsentanten denken soll, um auf dieser Basis festzustellen, ob die Pflichtverletzung schuldhaft war.²⁵⁹ Nur das Verschulden soll dem Verband dann nach § 31 BGB zugerechnet werden. *Sandmann* hat später vorgeschlagen, man solle lieber das Verhalten des Repräsentanten als hypothetisches eigenes Verhalten des Verbands denken und danach fragen, ob dieses schuldhaft wäre.²⁶⁰ Das erinnert ein wenig an die Organtheorie, die von einer Mindermeinung auch ganz offen für die Lösung des Problems herangezogen wird.²⁶¹ Der dogmatische Unterschied zum *Kleindiek*-Modell liegt vor allem darin, dass sich die Anhänger der Organtheorie nicht auf § 31 BGB stützen, sondern auf ein allgemeines Rechtsinstitut, wonach Verbänden das rechtswidrig-schuldhaft Verhalten ihrer Organe als Eigenverschulden zuzurechnen sein soll.²⁶² Rechtspraktisch müsste dies dazu führen, dass der Kreis der Zurechnungsträger deutlich kleiner ist (nur Organe bzw. Organmitglieder) als bei § 31 BGB (Repräsentanten).²⁶³

Der BGH hat sich nie offen zu einem der dogmatischen Ansätze bekannt und es lassen sich sowohl Entscheidungen und Formulierungen finden, die sich i. S. des reinen Schuldbeitrittsmodells deuten lassen, als auch solche, die nahelegen, dass auch der BGH von einer Doppelfunktion des § 31 BGB ausgeht. In den allermeisten Fällen stellt sich die Frage der persönlichen Haftung nicht, sodass der BGH nicht darauf eingehen muss, ob er von einem Repräsentantendelikt ausgeht oder nur von einer Verhaltens- und/oder Verschuldenszurechnung. Allerdings lässt sich der Rechtsprechung doch recht deutlich entnehmen, dass der BGH Unternehmenspflichten und persönliche Repräsentantenpflichten differenziert und dass er davon ausgeht, dass es zu einer Haftung des Unternehmensträgers kommen kann, obwohl kein Repräsentant eine persönliche Pflicht

2007, 329; *Spindler*, AG 2002, 111, 112; *Martinek*, AcP 198 (1998), 612, 621 f.; *Medicus*, ZHR 162 (1998), 352; *Hommelhoff/M. Schwab*, FS Kraft, 1998, 263, 268.

²⁵⁸ Vgl. schon oben → Fn. 173.

²⁵⁹ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 356.

²⁶⁰ *Sandmann*, Haftung, 2001, 440 f.

²⁶¹ *K. Schmidt*, GesR, 42002, § 14 V 2, S. 427 f.

²⁶² *K. Schmidt*, GesR, 42002, § 10 IV, S. 273–283.

²⁶³ Ausf. zu den unterschiedlichen Zurechnungsansätzen unten → § 5 B, C.

verletzt hat. So schreibt der BGH in der Baustoff-Entscheidung, die allgemein als Leitentscheidung zu diesem Thema gilt: „Auch soweit es um ein Versagen des Geschäftsführers bei der Erfüllung von Pflichten geht, die die GmbH gegenüber Dritten zu erfüllen hat, trifft die Einstandspflicht hierfür gegenüber den betroffenen Dritten prinzipiell nur die Gesellschaft, nicht ihr Organ.“²⁶⁴ Der BGH ist hier keineswegs davon ausgegangen, dass die Repräsentanten in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen die Pflichten der Gesellschaft immer als eigene übernehmen,²⁶⁵ sondern er hat die persönliche Haftung des Geschäftsführers ausdrücklich von einer besonderen Garantenstellung abhängig gemacht.²⁶⁶ Deren Voraussetzungen setzte er zwar im konkreten Fall sehr niedrig an,²⁶⁷ verlangt hat er sie aber, und das spricht klar gegen einen Gleichlauf von Unternehmens- und Repräsentantenpflichten. Außerdem entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass Geschäftsherr und damit Pflichtenträger i. S. des § 831 BGB, der heute allgemein als Fall der Verkehrspflichthaftung anerkannt ist, nur die Gesellschaft ist und nicht auch einer ihrer Repräsentanten (z. B. der Personalvorstand).²⁶⁸ Ferner ist anerkannt, dass die pflichtenerfüllenden Repräsentanten die Auswahl- und Überwachungspflicht auch nicht gemäß § 831 Abs. 2 BGB übernehmen.²⁶⁹ Das bedeutet, dass sich der BGH die Haftung nach § 831 BGB als exklusive Haftung des Unternehmensträgers vorstellt und es ist nicht ersichtlich, warum er dann für die Verkehrspflichthaftung im Übrigen davon ausgehen sollte, dass die Repräsentanten die Unternehmenspflichten immer als eigene übernehmen.

b) Gehilfen

Wird die Unternehmenspflicht durch einen Verrichtungsgehilfen i. S. des § 831 BGB verletzt, ist die dogmatische Konstruktion der Unternehmensehaftung noch schwieriger. Zur Illustration kann ein einfacher Sachverhalt dienen, über den der BGH Anfang der 1960er-Jahre zu entscheiden hatte:²⁷⁰ Der Erstkläger war beim Spielen auf dem Schulhof schwer am Auge verletzt worden, als er von einem Spielkameraden mit einem Wurfpfeil getroffen wurde. Den Pfeil, der mit einer scharfen Metallspitze versehen war, hatte der 10-jährige Junge ohne Mitwirkung eines Erwachsenen auf dem Schulweg in einem Spielwarengeschäft erworben. Verklagt waren u. a. die Inhaberin des Geschäfts, eine OHG, und die Verkäuferin, die dem Jungen den Pfeil ausgehändigt hatte. Verkehrssicherungs-

²⁶⁴ BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976, 977.

²⁶⁵ So aber MünchKommBGB/*Leuschner*,⁹²⁰²¹, § 31 Rn. 21.

²⁶⁶ BGHZ 109, 297, 303 f. = NJW 1990, 976, 977 f.

²⁶⁷ Kritisch dazu *H.-J. Mertens/G. Mertens*, JZ 1990, 488, 489.

²⁶⁸ BGHZ 125, 366, 375 = NJW 1994, 1801, 1803; BGHZ 109, 297, 304 = NJW 1990, 976, 977; BGH NJW 1974, 1371, 1372.

²⁶⁹ Vgl. dazu auch noch unten → § 10 C I.

²⁷⁰ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1963, 101 f.

pflichtig ist in einem solchen Fall primär der Unternehmensinhaber, hier also die OHG. Will man deren Haftung begründen, stehen dafür konstruktiv zunächst dieselben Optionen zur Verfügung, wie eben für die Verletzung der Unternehmenspflicht durch einen Repräsentanten diskutiert: Man kann davon ausgehen, dass die Verkäuferin die Verkehrssicherungspflicht der OHG im Rahmen ihrer Tätigkeit als eigene übernimmt und mit der Pflichtverletzung ein eigenes Delikt begeht. Dann haftet sie aus § 823 Abs. 1 BGB persönlich und die OHG als Geschäftsherrin aus § 831 BGB (i. V. m. § 31 BGB), wenn sie sich hinsichtlich der Auswahl und Überwachung der Verkäuferin nicht entlasten kann.²⁷¹ Man kann aber auch davon ausgehen, dass die Verkäuferin die Verkehrssicherungspflicht nicht als eigene übernimmt, sondern dass sie lediglich die Pflicht der OHG als Unternehmensträgerin verletzt.

Für den zweiten Ansatz sprechen, unabhängig vom konkreten Fall, dieselben Gründe, aus denen die h. M. bei § 31 BGB dem *Kleindiek*-Modell folgt. Es ist nicht immer sachgerecht, auch die persönliche Haftung des Gehilfen zu bejahen, um die Haftung des Unternehmensinhabers begründen zu können. Eine Differenzierung zwischen den Pflichten des Unternehmensinhabers und den persönlichen Pflichten des Gehilfen ermöglicht, beide unabhängig voneinander haften oder nicht haften zu lassen. Es besteht Bedarf für ein Modell, das ohne automatische Pflichtenverdoppelung auskommt. Über dessen Konstruktion herrscht aber noch weit größere Unsicherheit als bei § 31 BGB. Gegen die Anwendung des § 831 BGB wird teilweise eingewandt, es fehle an einer widerrechtlichen Schädigung durch den Gehilfen, wenn dieser keine eigene Pflicht verletze.²⁷² Denn bei mittelbaren Rechtsverletzungen folgt die h. M. der Lehre vom Handlungsunrecht und verlangt schon für die Rechtswidrigkeit einen Pflichtverstoß.²⁷³ Andere halten dem entgegen, nach Sinn und Zweck des § 831 BGB müsse es ausreichen, dass das Verhalten des Gehilfen widerrechtlich wäre, wenn man es als ein solches des Geschäftsherrn denkt.²⁷⁴ Ebenso könnte man die Pflicht des Geschäftsherrn als Pflicht des Gehilfen „denken“ und die Widerrechtlichkeit auf dieser Basis beurteilen. Jedenfalls wird § 831 BGB – wie von der h. M. auch § 31 BGB – funktional gesehen als Zurechnungsnorm angewendet,²⁷⁵ wenn man diesen Ansätzen folgt. Denn die Pflichtverletzung des Gehilfen wird exklusiv dem Geschäftsherrn zur Last gelegt. Die Anwendung des § 831 BGB hat aber natürlich den Nachteil, dass dem Unternehmensinhaber offen steht, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten.

²⁷¹ So in der Tat der BGH im konkreten Fall: NJW 1963, 101, 102.

²⁷² LG Göttingen, VersR 1981, 760; v. Bar, FS Kitagawa, 1992, 279, 292; v. Bar, VersR 1981, 760f.; v. Bar, JZ 1979, 725, 730.

²⁷³ Siehe schon → Fn. 126.

²⁷⁴ Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5d, S. 421, Fn. 183; ähnlich Eckardt, in: GJZ-Tagungsband, 1997, 61, 69 („Außenrechtswidrigkeit“).

²⁷⁵ Dazu noch ausf. → § 5 C II.

Die Entlastungsmöglichkeit wird vielfach für (besonders) unangemessen gehalten, wenn es um eine Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensinhabers geht. Deshalb wird oft seine eigene Verantwortung betont, was im Wurfpeil-Fall z. B. zu einer Haftung der OHG als Unternehmensträgerin aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB führen könnte. Nicht selten wird dafür die maßgebliche Pflicht modifiziert. So hat der BGH der OHG bzw. ihren Repräsentanten nicht vorgehalten, dass der Pfeil an einen Minderjährigen verkauft wurde, sondern dass sie es unterlassen hätten, „ihre Verkäuferin mit den zum Schutze von Kindern gebotenen Anweisungen für den Verkauf des Wurfpeiles zu versehen“.²⁷⁶ Statt auf die Verletzung der eigentlichen Verkehrssicherungspflicht wird also auf eine Organisationspflichtverletzung abgestellt, die sich dem Unternehmensinhaber oder einem Repräsentanten anlasten lässt. Die Pflichtverletzung wird also auf eine Ebene hochgezogen, auf der keine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB mehr möglich ist. Allerdings ist dieser Weg versperrt, wenn sich keine andere Pflichtverletzung feststellen lässt, als die des Gehilfen, was in der Praxis durchaus vorkommt, wenn auch bei den Gerichten eine klare Tendenz erkennbar ist, die Verantwortung der Geschäftsleitung und der leitenden Angestellten zu betonen. Um dennoch zu einer Haftung des Unternehmensinhabers unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB zu kommen, sind in der Literatur zwei Ansätze diskutiert worden, die sich jedoch nicht durchgesetzt haben: Einerseits hat man erwogen, dem Unternehmensinhaber die Verletzung der Unternehmenspflicht gänzlich unabhängig davon anzulasten, durch wen die Pflicht verletzt wurde. Im Beispiel müsste der Unternehmensinhaber also für die Verletzung seiner Pflicht, keine gefährlichen Sachen an Kinder zu verkaufen, schlicht deshalb einstehen, weil sie nicht erfüllt wurde. Das hat man dahin umschrieben, die Pflicht sei nicht haftungsbefreiend delegierbar,²⁷⁷ was an die *non-delegable duties* des englischen Deliktsrechts erinnert.²⁷⁸ Andererseits ist eine Anwendung des § 278 BGB erwogen worden, wenn jemand seine deliktischen Verkehrspflichten durch einen anderen erfüllen lässt.²⁷⁹ Das Ergebnis wäre ähnlich: Der Unternehmensinhaber müsste sich Pflichtverletzung und Verschulden derjenigen zurechnen lassen, die er mit der Pflichterfüllung beauftragt hat und würde somit strikt für die Verletzung haften.

Der BGH hat sich nie offen zu einem der Ansätze bekannt. Klar ist, dass auch er die Tendenz zeigt, möglichst eine Pflichtverletzung zu identifizieren, die sich dem Unternehmensinhaber selbst oder einem Repräsentanten anlasten lässt. Die gesamte Rechtsprechung zu unternehmerischen Organisationspflichten

²⁷⁶ BGH NJW 1963, 101, 102.

²⁷⁷ Vgl. dazu Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 69; Brüggemeier, DeliktsR, 1986, Rn. 129, 134; v. Bar, VersR 1981, 760, 760; v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 269 ff.; Vollmer, JZ 1977, 371, 372 ff. Ausf. hierzu unten → § 6 A I 1.

²⁷⁸ Dazu unten → § 6 A II.

²⁷⁹ Vgl. Medicus, GmbHR 2002, 809, 810 f.; Baums, FS Lukes, 1989, 623, 636–638; Brüggemeier, DeliktsR, 1986, Rn. 130, 883 (m. Fn. 14); H.-J. Mertens, VersR 1980, 397, 408; Ruth, AcP 126 (1926), 353, 355 f. Ausf. dazu unten → § 5 C III.

kann als Beleg dienen.²⁸⁰ Andererseits wendet der BGH, wenn es nicht anders geht, auch im Bereich der Verkehrspflichthaftung § 831 BGB an.²⁸¹ Unklar bleibt oft, ob er davon ausgeht, dass der Gehilfe die Pflicht des Unternehmensträgers als eigene übernimmt und von einem persönlichen Delikt ausgeht oder ob er § 831 BGB als Zurechnungsnorm anwendet, um dem Geschäftsherrn lediglich die (hypothetische) Pflichtverletzung durch den Gehilfen anzulasten. Für ersteres spricht, dass der BGH in einigen Fällen, in denen auch Mitarbeiter persönlich verklagt waren (was eher selten vorkommt), ohne große Diskussion auch die persönliche Haftung bejaht hat.²⁸² Allerdings wäre es inkonsequent und rechtspolitisch kaum zu rechtfertigen, wenn der BGH für Verrichtungsgehilfen davon ausginge, dass diese die Pflichten des Unternehmensinhabers immer als eigene übernehmen, während er für Repräsentanten betont, dass die persönliche Verpflichtung die Ausnahme sei und von einer besonderen Garantstellung abhängig gemacht werden müsse.²⁸³ Zwar würde es bei § 831 BGB anders als bei § 31 BGB nicht automatisch zu einer Doppelhaftung kommen, weil § 831 BGB nach h.M. kein vollständiges Gehilfendelikt verlangt und die persönliche Haftung des Gehilfen daher immer noch am fehlenden Verschulden scheitern kann.²⁸⁴ Trotzdem spricht mehr dafür, dass der BGH auch hinsichtlich der Verletzung von Unternehmenspflichten durch Verrichtungsgehilfen davon ausgeht, dass es über § 831 BGB zu einer Haftung des Unternehmensträgers kommen kann, ohne dass festgestellt wird, dass der Gehilfe auch eine persönliche Pflicht verletzt hat. Da er jedoch auch in solchen Fällen § 831 BGB anwendet (und nicht etwa § 278 BGB²⁸⁵), steht es dem Unternehmensinhaber offen, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten.

3. Organisationshaftung?

Nur vereinzelt ist versucht worden, die Haftung der Unternehmensträger für die Verletzung eigener Pflichten als Haftung zu begründen, die ohne Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens auskommt. Einen frühen Vorschlag in diese Richtung hat *von Bar* mit seinem Konzept einer verhaltenslosen Zustandszurechnung gemacht,²⁸⁶ das allerdings auf Ablehnung gestoßen ist.²⁸⁷ Ausgangspunkt war die Überlegung, die Verkehrspflichthaftung juristischer

²⁸⁰ Dazu schon oben → A I 2, II 2, 4.

²⁸¹ Vgl. nur BGH NJW 2006, 610ff., Rn. 8, 26; NJW-RR 1996, 867, 868; BGHZ 85, 121, 125 = NJW 1983, 1798; BGH VersR 1975, 87f.; VersR 1965, 44f.; LM § 823 BGB (Ea) Nr. 29 (1961); VersR 1961, 139, 140; LM § 823 BGB (Fc) Nr. 7 (1957); BGHZ 17, 214, 219f. = NJW 1955, 1314, 1315; Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 59f.

²⁸² Vgl. etwa BGH VersR 1977, 543, 545; NJW 1963, 101, 102.

²⁸³ Dazu schon oben → a.

²⁸⁴ Dazu schon oben → II.

²⁸⁵ Dagegen ausdrücklich BGHZ 4, 1, 3f. = NJW 1952, 418, 419.

²⁸⁶ Auch zum Folgenden v. *Bar*, FS Kitagawa, 1992, 279, 288f. Dazu ausf. → § 6 A I 2.

²⁸⁷ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 357ff.; *Rogge*, Verkehrspflichten, 1997, 118f.

Personen so zu konzipieren, dass sie nur von Voraussetzungen abhängt, die sich unmittelbar auf die juristische Person beziehen lassen. Deshalb wollte *von Bar* auf die Verschuldensprüfung i. e. S. verzichten und die Haftung stattdessen als Zustandszurechnung begreifen. Die Haftung werde damit auf ein „System von Erfolgseinstandspflichten“ umgestellt und es sei nicht mehr danach zu fragen, wer innerhalb der Organisation für die Erfüllung der jeweiligen Pflicht zuständig gewesen sei, sondern nur noch danach, ob die Pflicht erfüllt wurde oder nicht. Kritiker des Modells meinen, das sei ein Verstoß gegen das Verschuldensprinzip und mit §§ 823 ff. BGB nicht zu vereinbaren.²⁸⁸

In eine ähnliche Richtung geht ein Ansatz *Brüggemeiers*, der jüngst vorgeschlagen hat, das „Unternehmensverschulden“ zu entpersonalisieren und über die „Unternehmensfahrlässigkeit“ auf Basis einer rechtsökonomisch inspirierten Kosten-Nutzen-Analyse zu entscheiden.²⁸⁹ Auch in diesem Modell spielt individuelles Verschulden keine Rolle mehr. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es in der Literatur auf ähnliche Vorbehalte stoßen wird wie *von Bars* Vorschlag einer verhaltens- und verschuldenslosen Zustandszurechnung. M.E. gehen beide Modelle jedoch durchaus in die richtige Richtung, indem sie die Unternehmenshaftung von individualistischen Elementen zu lösen versuchen. Darauf wird später noch ausführlich zurückzukommen sein.²⁹⁰

Für eine konsequente „Kollektivierung“ des Haftungsrechts plädiert neuerdings *Öry*, die sich in ihrer rechtstheoretisch angelegten Untersuchung dafür ausspricht, für die Begründung der Unternehmenshaftung an das „kollektive Verhalten“ der Unternehmensangehörigen anzuknüpfen.²⁹¹ Auf dieser Grundlage seien die allgemeinen Haftungsmaßstäbe wie Vorsatz und Fahrlässigkeit „von ihren individualistischen Vereinnahmungen zu abstrahieren und auf die ihnen zugrunde liegenden Risikoverteilungen zu verdichten“.²⁹² Dadurch soll nicht nur die Fahrlässigkeitshaftung von individuellem Verhalten und Verschulden gelöst werden, sondern auch die Vorsatzhaftung.

Krause bescheinigt selbst der BGH-Rechtsprechung, dass sie nicht nur „einzerverhaltensbezogene“ sondern auch „organisationsbezogene“ Begründungsmuster enthalte.²⁹³ Als Beispiel nennt er die Produzentenhaftung, bei der sich eine entpersonalisierte Betrachtungsweise durchgesetzt habe und oft nur noch von den Verkehrspflichten „des Herstellers“ die Rede sei. Ähnliches konstatiert auch *Wagner*, der meint, die Herstellerhaftung sei „als Unternehmenshaftung“ etabliert.²⁹⁴ In der Tat lassen sich leicht Entscheidungen finden, in denen der

²⁸⁸ So etwa *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 362 f.

²⁸⁹ *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 787 ff.

²⁹⁰ → § 6 A, B, § 8 B.

²⁹¹ *Öry*, Kollektivität, 2020, 19 ff.

²⁹² *Öry*, Kollektivität, 2020, 270.

²⁹³ *Soergel/Krause*, 132005, § 823 Anh. II Rn. 69.

²⁹⁴ *MünchKommBGB/Wagner*, 82020, § 823 Rn. 917.

BGH die handelnden Personen kaum oder gar nicht individualisiert und von vornherein nur auf „das Unternehmen“ abstellt.²⁹⁵ Dabei dürfte es sich zwar eher um sprachliche Vereinfachungen handeln als um ein dogmatisches Konzept. Immerhin zeigt sich aber, dass es einer Individualisierung oft nicht bedarf und das wirft die Frage auf, ob die Verschuldenshaftung und ihre wesentlichen Elemente wirklich so individualistisch konzipiert sind, wie gemeinhin angenommen. Auch das wird später²⁹⁶ noch Thema werden.

VII. Vorsatzhaftung

Ein weiteres Problem der Unternehmenshaftung, das erst in jüngerer Zeit in aller Deutlichkeit in den Fokus gerückt ist, ist die dogmatische Konstruktion der Vorsatzhaftung von Unternehmensträgern, die insbesondere für die Haftung aus § 826 und § 823 Abs. 2 BGB von Bedeutung ist, aber z. B. auch für die Teilnehmerhaftung nach § 830 Abs. 2 BGB. Die h. M. geht davon aus, dass die Haftung eines Unternehmensträgers wegen eines Vorsatzdelikts nur so begründet werden kann, dass nachgewiesen wird, dass ein Repräsentant oder Verrichtungsgehilfe das Vorsatzdelikt vollständig verwirklicht hat und der Unternehmensträger deshalb aus §§ 31, 831 BGB haftet.²⁹⁷ Die Haftung funktioniert hier also ausschließlich nach dem Schuldbeitrittsmodell, eine exklusive Vorsatzhaftung des Unternehmensträgers ohne persönliches Delikt eines Repräsentanten oder Gehilfen soll also nach h. M. nicht möglich sein.

Der BGH hat diesen Ansatz besonders pointiert in der Fondsprospekt-Entscheidung aus dem Jahr 2016 vertreten. Darin hat er betont, die Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i. V. m. § 31 BGB setze voraus, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht habe.²⁹⁸ Insbesondere lehnte es der BGH ab, den erforderlichen Schädigungsvorsatz mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung zu begründen. Selbst wenn man dies für das Wissenselement des Vorsatzes zuließe, fehle es jedenfalls am Wollenselement.²⁹⁹ Die zumindest billigende Inkaufnahme der Schädigung eines anderen setze damit korrespondierende Kenntnisse „derselben natürlichen Person“ voraus und könne deshalb nicht losgelöst von diesen beurteilt werden. Auf dieser Grundlage ging der BGH davon aus, dass die beklagte Ak-

²⁹⁵ Vgl. etwa BGH NJW-RR 2019, 1304 ff.; NJW 2014, 2104 ff.; NZV 2014, 167 ff.; BGHZ 195, 30 ff. = NJW 2013, 48 ff.; BGHZ 181, 253 ff. = NJW 2009, 2952 ff.

²⁹⁶ Siehe vor allem → § 8 A, B.

²⁹⁷ Vgl. BeckOGK/*Spindler*, 1.11.2022, § 826 BGB Rn. 25, 198; Staudinger/*Oechsler*, 2021, § 826 Rn. 121; a. A. MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 40.

²⁹⁸ BGH NJW 2017, 250, 251, Rn. 13 f.

²⁹⁹ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 26.

tiengesellschaft aus § 826 BGB nicht dafür hafte, dass Kapitalanleger durch einen fehlerhaften Fondsprospekt getäuscht wurden. Denn es war nicht erwiesen, dass dem zuständigen Vorstandsmitglied bekannt war, dass der Prospekt eine wichtige Information nicht enthielt. Diese Information – ein Altlastenverdacht hinsichtlich des Fondsgrundstücks, der den Wert der Fondsanteile merklich reduzierte – war anderen Mitarbeitern des Unternehmens jedoch durch die zuständige Baubehörde zur Kenntnis gebracht worden. Aus dogmatischer Sicht wird die Entscheidung in der Literatur verteidigt,³⁰⁰ rechtspolitisch ist jedoch kritisiert worden, der BGH setze falsche Anreize für das unternehmerische Wissensmanagement.³⁰¹

Um dem entgegenzuwirken, wird teilweise dafür plädiert, auch die Vorsatzhaftung in gewissem Maße organisationsbezogen zu interpretieren und dafür die Grundsätze der Wissenszurechnung heranzuziehen.³⁰² So war auch das Kammergericht als Berufungsgericht im Fondsprospekt-Fall vorgegangen.³⁰³ Die wohl h. M. lehnt jedoch eine Entindividualisierung der Vorsatzhaftung als dogmatisch nicht konstruierbar ab.³⁰⁴

Auch die Dieselfälle haben deutlich vor Augen geführt, welche Probleme mit der Vorsatzhaftung von Unternehmensträgern verbunden sind, insbesondere, wenn es um Gesellschaften geht. Die deliktsrechtlichen Entscheidungen sind primär auf § 826 BGB gestützt. Der BGH sieht in der Vermarktung von Fahrzeugen mit illegalen Abschaltinrichtungen eine Täuschung der Fahrzeugkäufer, die einer unmittelbaren arglistigen Täuschung gleichstehe und daher als sittenwidrig zu bewerten sei.³⁰⁵ Allerdings hält er auch in diesen Fällen im Grundsatz daran fest, dass eine Haftung des Unternehmensträgers voraussetzt, dass ein einzelner Repräsentant oder Verrichtungsgehilfe den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht haben muss.³⁰⁶ Die Darlegungs- und Beweislast sieht der BGH grundsätzlich bei den Geschädigten, eine generelle Beweislastumkehr wie z. B. bei der Produzentenhaftung oder bei der Umwelthaftung hat er nicht angenommen. Die unteren Instanzen hatten es genauso gesehen und die Klägerinnen und Kläger damit teilweise in erhebliche Schwierigkeiten gebracht. Denn bekanntlich ist auch mehrere Jahre nach Bekanntwerden des Skandals im September 2015 immer noch unklar, wer konkret für die Manipulationen verantwortlich war und inwieweit die Unternehmensleitungen eingebunden waren, weil einerseits die Ergebnisse interner Ermitt-

³⁰⁰ Vgl. BeckOK-BGB/Förster, 64/2022, § 826 Rn. 51; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 121; Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160, 179 f.

³⁰¹ MünchKommBGB/Wagner, 8/2020, § 826 Rn. 41; Wagner, JZ 2017, 522, 524 f.

³⁰² So insb. MünchKommBGB/Wagner, 8/2020, § 826 Rn. 40. Ausf. → § 9 B III.

³⁰³ KG, Urt. v. 27.8.2015 – 2 U 42/09, BeckRS 2016, 17728, Rn. 48–60.

³⁰⁴ Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 121; Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160, 195 f.

³⁰⁵ Vgl. nur BGHZ 225, 316 ff. = NJW 2020, 1962 ff., Rn. 16 ff.

³⁰⁶ BGH NJW-RR 2021, 1029, 1030, Rn. 14; ZIP 2021, 368 f., Rn. 15; NJW 2020, 2804, 2805, Rn. 15; BGHZ 225, 316, 330 = NJW 2020, 1962, 1966, Rn. 35.

lungen (verständlicherweise) nicht offen gelegt werden, andererseits die meisten Strafverfahren immer noch nicht beendet sind. Bis hinauf zu den Oberlandesgerichten sind deshalb Schadensersatzklagen erfolglos geblieben, weil die Geschädigten angeblich ihrer Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Individualisierung konkreter Täter nicht nachgekommen waren.³⁰⁷ Der BGH bestätigte demgegenüber den Ansatz vieler Instanzgerichte, die Grundsätze der sekundären Darlegungslast und die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO anzuwenden, soweit die beklagten Herstellerunternehmen unzureichend auf den Vortrag der Klägerinnen und Kläger erwidert hatten.³⁰⁸ Damit konnten die größten Schwierigkeiten verhindert werden und doch scheint zweifelhaft, ob das Recht der Unternehmenshaftung mit dieser beweisrechtlichen Lösung für künftige Vorsatzfälle gut gewappnet ist.

In der Literatur wird die dogmatische Konstruktion der Vorsatzhaftung von Unternehmensträgern bisher kaum diskutiert.³⁰⁹ Bei vielen scheint der Ansatz des BGH jedoch ein mulmiges Gefühl zu hinterlassen. So beklagt *S. Lorenz*, die Feststellungen in den Dieselfällen zur individuellen Verantwortlichkeit der Repräsentanten stünden „auf tönernen Füßen von Fiktionen“.³¹⁰ Und *H.-B. Schäfer* und *Ott* meinen, die Dieselfälle zeigten, welche Schwächen die Geschäftsherrnhaftung trotz weitgehender Korrekturen durch die Rechtsprechung noch habe, wenn es um reine Vermögensschäden gehe.³¹¹

VIII. Organ- und Mitarbeiterhaftung

Nicht unmittelbar ein Problem der Unternehmenshaftung i. e. S., aber in dogmatischer Hinsicht aufs Engste mit ihr verflochten, ist die Frage der persönlichen Haftung von Organmitgliedern und Mitarbeitern. Das liegt auf der Hand, wenn man die Haftung des Unternehmensträgers von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt abhängig macht, wie es die h. M. für die Vorsatzhaftung tut und zumindest eine Mindermeinung auch für die Fahrlässigkeitshaftung. Denn dann wird mit der Unternehmenshaftung zwangsläufig auch die persönliche Haftung des Repräsentanten oder Gehilfen bejaht. Viele Autorinnen und Autoren halten eine solche automatische Doppelhaftung zumindest bei mittelbaren

³⁰⁷ Vgl. OLG München, BeckRS 2019, 33755, Rn. 30–44, 66 f., 74 f.; BeckRS 2019, 33738, Rn. 30–42, 66 f., 74 f.; BeckRS 2019, 32108, Rn. 30–41, 65 f., 73 f.; OLG Braunschweig, BeckRS 2019, 34296, Rn. 49–56, 87; BeckRS 2019, 40564, Rn. 27–32, 56.

³⁰⁸ Grundlegend BGH NJW-RR 2021, 1029, 1030 f., Rn. 13–21; VersR 2021, 458 f., Rn. 11–19; NJW 2020, 2804, 2805 f., Rn. 14–19; BGHZ 225, 316, 328–335 = NJW 2020, 1962, 1965–1967, Rn. 29–43.

³⁰⁹ Vgl. dazu auch *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 136. Ausf. nunmehr *Rachlitz*, *Wissen*, 2022, 135 ff., 189 ff., 259 ff.; *Öry*, *Kollektivität*, 2020, 66 ff., 159 ff.

³¹⁰ *S. Lorenz*, NJW 2020, 1924, 1925, Rn. 7.

³¹¹ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, ⁶2020, 450.

Fahrlässigkeitsdelikten, also in dem großen Bereich der Verkehrspflichthaftung, für unangemessen und bemühen sich darum, die persönliche Haftung der Unternehmensangehörigen zu beschränken.³¹² Die persönliche Außenhaftung wird zumindest bei einfacher Fahrlässigkeit vielfach für ungerecht gehalten, weil es um Schäden geht, die im Rahmen einer Tätigkeit für das Unternehmen entstehen und die deshalb nach verbreiteter Ansicht primär dem Unternehmensträger zuzuweisen sind. Aus rechtsökonomischer Sicht wird außerdem eine Überabschreckung der Mitarbeiter befürchtet, die sich wegen der drohenden Haftung übermäßig vorsichtig verhalten oder nicht bereit sein könnten, bestimmte sozial nützliche Tätigkeiten überhaupt noch auszuüben, wenn nicht der Arbeitgeber eine entsprechende Freistellung verspricht.³¹³ Den Hebel für eine sachgerechte Feinsteuerung der persönlichen Haftung erkennt man meist in einer strikten Differenzierung zwischen einerseits den Pflichten des Unternehmensträgers und andererseits den persönlichen Pflichten der Repräsentanten und Gehilfen.³¹⁴ In den Einzelheiten hoch umstritten ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen davon auszugehen ist, dass ein Unternehmensangehöriger eine Unternehmenspflicht als eigene übernimmt und deshalb auch persönlich im Außenverhältnis haftet. Daneben kommt in Betracht, dass Organmitglieder oder Mitarbeiter unmittelbar Adressaten gesetzlicher oder von den Gerichten entwickelter Verhaltenspflichten sind, weil sie z. B. als Geschäftsleiter, Sicherheitsbeauftragte o. ä. besondere Verantwortung tragen.

Um eine über die Verkehrspflichthaftung hinausgehende Beschränkung der Außenhaftung von Organmitgliedern haben sich in jüngerer Zeit unabhängig voneinander *Grunst* und *Schirmer* bemüht.³¹⁵ Sie argumentieren, dass § 31 BGB so interpretiert werden sollte, dass die Haftung im Regelfall nur den Verband trifft und nicht auch das Organmitglied persönlich. Dafür stützen sie sich u. a. auf historisch-dogmatische Erwägungen zu § 31 BGB, auf eine Parallele zur Staatshaftung nach Art. 34 GG, auf rechtsvergleichende Überlegungen und – wohl primär – auf den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Haftungskonzentration, der grundsätzlich eine reine Innenhaftung nahelegen soll (vgl. etwa §§ 93 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 2 GmbHG).³¹⁶ Die Überleitung der Haftung auf den Verband soll allerdings nicht ausnahmslos gelten. Beide Autoren wollen Organmitglieder weiter persönlich haften lassen, wenn sie vorsätzlich handeln oder wenn das Delikt darin besteht, dass der Organwalter die Haftungsmasse der

³¹² Die Literatur hierzu ist kaum noch überschaubar, vgl. nur MünchKommBGB/*Wagner*,⁸2020, § 823 Rn. 129 ff.; LH/*Kleindiek*,²⁰2020, § 43 GmbHG Rn. 79 ff.; Soergel/*Krause*,¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 70 ff., jeweils m. w. N.

³¹³ Vgl. dazu anschaulich *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 256 ff.

³¹⁴ Dazu noch ausf. → § 4 B, C.

³¹⁵ *Grunst*, Geschäftsleiter, 2016, 54 ff., 117 ff., 317 ff. und passim; *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 185 ff., 243 ff. und passim. Vorher auch schon *Bachmann*, in: Steuerungsfunktionen, 2007, 93, 139 ff.

³¹⁶ Kritisch dazu MünchKommBGB/*Wagner*,⁸2020, § 823 Rn. 137 m. w. N.

Gesellschaft schmälert, also insbesondere im Fall der Insolvenzverschleppung. *Grunst* will Organmitglieder außerdem persönlich haften lassen, wenn sie Jedermannspflichten (also keine Unternehmens- oder Organpflichten) gegenüber „außervertraglichen Deliktgläubigern“ verletzen, worunter er solche versteht, die mit der Gesellschaft keine vertragliche Beziehung haben.³¹⁷ Die Vorschläge haben in der Literatur zwar durchaus auch Zustimmung gefunden,³¹⁸ insgesamt scheint aber die Skepsis zu überwiegen.³¹⁹

Die hiesige Untersuchung beschränkt sich im Kern auf die Unternehmenshaftung i. e. S., also die Haftung der Unternehmensträger. Die persönliche Haftung von Organmitgliedern und Mitarbeitern ist für sie nur relevant, soweit sich die jeweiligen Haftungsregime überschneiden, etwa weil die Unternehmenshaftung an ein persönliches Repräsentanten- oder Gehilfendelikt anknüpft. Relevant ist die persönliche Haftung außerdem für die Frage, wie sich den Unternehmensangehörigen wirksame Verhaltensanreize setzen lassen. Darauf wird im nächsten Kapitel zurückzukommen sein.

C. Fazit und Ausblick

Das System der Unternehmenshaftung ist im geltenden deutschen Recht vier-spurig konstruiert, wobei ggf. weiter danach zu unterscheiden ist, ob Unternehmensträger ein Einzelunternehmer oder eine Gesellschaft ist. Die erste Spur ist die Gefährdungshaftung, die weitgehend als echte Unternehmenshaftung realisiert ist und bei der sich Zurechnungsfragen nur im Bereich der sog. Handlungshaftung stellen, also der Haftung für gefährliche Aktivitäten. Zweite Spur der Unternehmenshaftung ist die Haftung des Einzelunternehmers für eigene Delikte bzw. bei Gesellschaften die sog. Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB (analog). Hier wird das Delikt vollständig von einem Repräsentanten verwirklicht und der Unternehmensträger haftet nach dem Schuldbeitrittsmodell. Dritte Spur ist die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB, die an eine widerrechtliche Schädigung durch den Gehilfen und ein Auswahl- oder Überwachungsver schulden des Geschäftsherrn anknüpft, was zu Schwierigkeiten führt, wenn der Geschäftsherr den Gehilfen nicht selbst ausgewählt und/oder überwacht hat. Vierte Spur der Unternehmenshaftung ist die hier sog. Verbundhaftung, bei der die Haftung des Unternehmensträgers darauf gestützt wird, dass ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB oder ein Verrichtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB

³¹⁷ *Grunst*, Geschäftsleiter, 2016, 134 ff.

³¹⁸ *Schürnbrand*, ZHR 180 (2016), 131 ff.; *Bachmann*, in: Verh. 70. DJT, 2014, E 120 m. Fn. 479.

³¹⁹ MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 823 Rn. 137; LH/*Kleindiek*, 2020, § 43 GmbHG Rn. 79, 85; ausf. noch unten → § 3 A I 3, § 10 A III.

schuldhaft eine originäre Unternehmenspflicht verletzt. Dabei geht die h.M. davon aus, dass die Unternehmenshaftung auch ohne persönliches Repräsentanten- oder Gehilfendelikt begründet werden kann, also indem dem Unternehmensträger lediglich die schuldhafte Pflichtverletzung zugerechnet wird. Die Einzelheiten sind in der Literatur allerdings umstritten.

Das geltende System der Unternehmenshaftung wirft eine ganze Reihe rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Probleme auf, die bisher nicht befriedigend gelöst werden konnten. Als „Ursünde“ gilt zu Recht das Versäumnis des ursprünglichen BGB-Gesetzgebers, die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB nicht als strikte, verschuldensunabhängige Haftung ausgestaltet zu haben. Damit hat sich das deutsche Recht nicht nur rechtsvergleichend gesehen weitgehend isoliert, sondern die Lösung ist auch rechtspolitisch nicht überzeugend, u. a. weil sie Unternehmensrisiken auf Geschädigte und Mitarbeiter abwälzt, der Unternehmensleitung und den Unternehmensangehörigen unzureichende Anreize für die Schadensvermeidung setzt und zu unnötig hohen Risikokosten führt. Die Praxis hat auf dieses Problem mit allerlei kreativen Lösungen reagiert, vollständig beseitigen kann es aber nur der Gesetzgeber. Solange er nicht tätig wird, ist die gesetzliche Grundentscheidung gegen eine strikte Geschäftsherrnhaftung wohl oder übel zu respektieren. Sie hat im Rahmen des § 831 BGB allerdings auch zu erheblichen dogmatischen Schwierigkeiten geführt. Probleme bereitet u. a., dass sich der Gesetzgeber die Geschäftsherrnhaftung als zusammengesetzten Haftungstatbestand vorgestellt hat, bei dem auf ein Verschulden des Gehilfen verzichtet und stattdessen an ein Verschulden des Geschäftsherrn angeknüpft wird. Das könnte jedoch dazu führen, dass der Geschäftsherr aus § 831 BGB haftet, obwohl er nicht haften würde, wenn er anstelle des Gehilfen selbst gehandelt hätte, was für Vorsatzdelikte früh erkannt und dadurch gelöst wurde, dass man doch ein vollständiges Vorsatzdelikt des Gehilfen verlangt. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist die Rechtsprechung im Straßenbahn-Fall auf ähnliche Probleme gestoßen, hat sie jedoch mit dem Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens weniger glücklich gelöst. Wird sowohl ein Verschulden des Gehilfen als auch ein Verschulden des Geschäftsherrn verlangt, lösen sich die dogmatischen Bedenken auf, aber es ergibt sich rechtspolitisch das Problem, dass die Anforderungen weiter in die Höhe geschraubt werden. Großen Protest hat zu Recht auch der dezentralisierte Entlastungsbeweis hervorgerufen, der zwar dogmatisch fast zwingend scheint, wenn man die Vorgabe des Gesetzgebers ernst nehmen will, dass der Geschäftsherr nur im Falle eines eigenen Verschuldens haften soll, der jedoch große Unternehmen gegenüber kleinen privilegiert. Auch wenn sich die Rechtsprechung offenbar bemüht, den dezentralisierten Entlastungsbeweis nicht mehr anzuwenden, sind die zugrunde liegenden Probleme damit nicht gelöst. Das ist oben u. a. am einfachen Beispiel eines Gehilfen gezeigt worden, der in einem Einzelunternehmen ein Vorsatzdelikt begeht, aber nicht vom Inhaber ausgewählt und überwacht worden ist.

Erhebliche Probleme bestehen auch im Anwendungsbereich des § 31 BGB. Aus rechtspolitischer Sicht ist zwar nachvollziehbar, dass die Rechtsprechung die strikte Haftung des Geschäftsherrn nach dieser Vorschrift möglichst weit ausdehnen will, methodisch gesehen bewegt sie sich jedoch auf dünnem Eis. Dass sich die Rechtsprechung zur Repräsentantenhaftung nicht mehr auf eine Auslegung des § 31 BGB stützen lässt, hat der BGH mittlerweile selbst anerkannt. Aber auch eine Analogie lässt sich kaum begründen, da der Gesetzgeber die Haftung nach § 31 BGB ganz bewusst nur auf verfassungsmäßig berufene Vertreter bezogen hat und im Übrigen eine einheitliche Haftung aller Geschäftsherrn ausschließlich nach § 831 BGB wollte. Insbesondere sollten Gesellschaften hinsichtlich der Haftung für Verrichtungsgehilfen nicht besser und nicht schlechter gestellt werden als natürliche Personen, also Einzelunternehmer. Die Rechtsprechung zur Repräsentantenhaftung hat aber zur Folge, dass Einzelunternehmer gegenüber Gesellschaften privilegiert werden, weil nur letztere strikt für ihre Repräsentanten haften, während § 31 BGB nach h. M. auf Einzelunternehmer nicht anzuwenden ist. Diese Ungleichbehandlung läuft nicht nur dem Willen des Gesetzgebers komplett zuwider, sondern sie ist auch rechtspolitisch verfehlt, weil dadurch Fehlanreize gesetzt werden, Unternehmen nicht als Gesellschaften zu organisieren. Noch problematischer ist die Rechtsprechung zum sog. körperschaftlichen Organisationsmangel, die eine Haftung sogar für Nicht-Repräsentanten ermöglicht und sich damit noch weiter von der ursprünglichen Idee des § 31 BGB entfernt. Außerdem gilt auch diese Rechtsfigur nur für Gesellschaften und vertieft daher die haftungsrechtlichen Gräben zwischen diesen und den Einzelunternehmern.

Während sich die bisher genannten Probleme in Luft auflösen ließen, wenn der Gesetzgeber die Haftung nach § 831 BGB durch eine strikte Geschäftsherrnhaftung ersetzen würde, sind in jüngerer Zeit weitere Herausforderungen für die Unternehmenshaftung ins Blickfeld gerückt, denen mit einer solchen Änderung nicht beizukommen wäre. Dazu zählt die Verbundhaftung, die darauf beruht, dass eine Unternehmenspflicht durch einen Repräsentanten oder Gehilfen schuldhaft verletzt wird. Weil die Pflicht hier unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert ist und nicht an die handelnden natürlichen Personen kann es nach h. M. zu einer Haftung des Unternehmensträgers ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt kommen. Die Haftung lässt sich also nicht mehr ausschließlich indirekt begründen und zwar auch nicht im Sinne des Prinzips *respondeat superior*, also auf Basis einer strikten Geschäftsherrnhaftung. Vielmehr wird mit der direkten Ansprache des Unternehmensträgers ein erster Schritt in Richtung einer Organisationshaftung gemacht, die aber unvollkommen bleibt, weil sie auf der Zurechnung individuellen Verschuldens beruht. Die Zurechnung bereitet ihrerseits erhebliche dogmatische Probleme, weil das deutsche Deliktsrecht außer § 830 Abs. 1 S. 1 BGB eigentlich keine Zurechnungsnormen kennt. Während sich § 31 BGB z. B. auf Grundlage des *Kleindiek*-Modells

relativ einfach als Zurechnungsnorm interpretieren lässt, bereitet dies bei § 831 BGB größere Schwierigkeiten. Ohne die Vorschrift scheint es aber auch nicht zu gehen, weil Unternehmenspflichten eben auch von Verrichtungsgehilfen verletzt werden. Die Rechtsprechung lässt auch die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu, was bei der Verletzung originärer Unternehmenspflichten dogmatisch nicht zwingend scheint und rechtspolitisch noch verfehlter ist als im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 831 BGB, weil der Gehilfe mangels eigener Pflicht auch nicht persönlich haftet.

In jüngerer Zeit ist u. a. durch das Fondsprospekt-Urteil und die Dieselfälle die Vorsatzhaftung von Unternehmensträgern ins Zentrum der Diskussion über die Unternehmenshaftung gerückt. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine diesbezügliche Haftung nur als Eigendeliktshaftung des Einzelunternehmers oder mithilfe der Repräsentanten- oder Geschäftsherrnhaftung begründet werden kann, was voraussetzt, dass ein Repräsentant oder Gehilfe den objektiven und subjektiven Tatbestand des Vorsatzdelikts vollständig verwirklicht. Das hat im Fondsprospekt-Fall dazu geführt, dass sich die Haftung des Unternehmensträgers nicht begründen ließ und ein ähnliches Schicksal hätte in den Dieselfällen gedroht, wenn die Rechtsprechung nicht mit der sekundären Darlegungslast geholfen hätte. In der Literatur wird zu Recht beklagt, dass der BGH mit dem von ihm zugrunde gelegten individualistischen Verständnis der Vorsatzhaftung Anreize setzt, Entscheidungsträger in Unternehmen bewusst unwissend zu halten. Wie man es besser machen könnte, ist allerdings umstritten. Da das Problem vor allem in der rein indirekten, an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt anknüpfenden Begründung der Haftung zu sehen ist, scheint nahe liegend, an die Errungenschaften im Bereich der Verbundhaftung anzuknüpfen, mit denen die Fahrlässigkeitshaftung von der Notwendigkeit eines solchen Individualdelikts befreit werden konnte. Außerdem ist zu erwägen, ob die Haftung nicht noch stärker organisationsbezogen begründet, vielleicht sogar auf eine Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens ganz verzichtet werden kann. Bevor darauf zurückzukommen sein wird, sollen im nächsten Kapitel jedoch zunächst noch die ökonomischen Grundlagen der Unternehmenshaftung näher untersucht werden.

§ 2 Rechtsökonomik

Die Überlegungen im vorigen Kapitel haben gezeigt, dass es um den Stand des deutschen Unternehmenshaftungsrechts nicht gut bestellt ist. Die dogmatische Konstruktion der Unternehmenshaftung ist hochkomplex und dennoch nicht frei von schwerwiegenden Ungereimtheiten und Brüchen, wie sie sich etwa bei der Anwendung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB auf Großunternehmen zeigen oder bei der Frage, wie genau die Haftung eines Unternehmensträgers wegen Verletzung seiner eigenen Pflichten zu begründen ist. Die extensive Auslegung und (mehrfach) analoge Anwendung der verbandsrechtlichen Vorschrift des § 31 BGB überspielt so manches Problem aus dem Bereich des Deliktsrechts, steht aber ihrerseits auf tönernen Füßen, weil sich kaum behaupten lässt, das Verhältnis der §§ 31, 831 BGB sei dem Gesetzgeber planwidrig missglückt. Es besteht also dringender Bedarf für eine dogmatische Weiterentwicklung des Unternehmenshaftungsrechts. Dafür sollen in den Teilen 2 bis 5 verschiedene Ansätze diskutiert und konkrete Vorschläge gemacht werden. Zuvor sollen jedoch in diesem Kapitel die ökonomischen Funktionen des Unternehmenshaftungsrechts genauer untersucht werden. Denn erst wenn klar ist, welchen Zwecken die Unternehmenshaftung dient, lässt sich genauer bestimmen, in welche Richtung die Dogmatik der Unternehmenshaftung zu entwickeln ist. Ein besonderer Fokus liegt auf der Frage, wie die individualistische Konzeption des Unternehmenshaftungsrechts funktional gesehen zu bewerten ist.

A. Internalisierung durch Haftung

Aus ökonomischer Sicht ist die deliktische Schadensersatzhaftung vor allem ein Internalisierungsinstrument, mit dem die Kosten schadensträchtiger Aktivitäten ihren Verursachern zugeordnet werden. Das gilt auch und gerade für die Unternehmenshaftung. Allerdings ist zu beachten, dass die ökonomisch gebotene Internalisierung nur in den gesetzlichen Grenzen zu realisieren ist und dass der Gesetzgeber keine reine Kausalhaftung geregelt hat.

I. Ökonomischer Grundsatz

Vom Standpunkt der Volkswirtschaftslehre aus handelt es sich bei Schäden, wie sie im Deliktsrecht eine Rolle spielen, um negative externe Effekte. Darunter versteht man Kosten ökonomischer Entscheidungen, die bei anderen Personen als dem Entscheidungsträger anfallen und die dieser deshalb in seiner Entscheidungsfindung grundsätzlich nicht berücksichtigt.¹ Denn rational denkende Privatpersonen und Unternehmen treffen ihre Entscheidungen, indem sie private Kosten gegen privaten Nutzen abwägen, nicht soziale Kosten gegen sozialen Nutzen. Sie entscheiden sich für eine Aktivität, wenn der private Nutzen die privaten Kosten übersteigt, und gegen die Aktivität, wenn es andersherum ist. Aus gesamtgesellschaftlicher Sicht sollten Entscheidungen hingegen nach ihrem sozialen Nutzen und ihren sozialen Kosten getroffen werden,² denn nur so können die begrenzten Ressourcen, die der Gesellschaft zur Verfügung stehen, bestmöglich genutzt werden. Ohne externe Effekte wäre die private Entscheidungsfindung in diesem Sinne optimal, denn die privaten Kosten und der private Nutzen würden den sozialen Kosten und dem sozialen Nutzen entsprechen. Der Markt wäre dann gut geeignet, die knappen Ressourcen zuzuteilen. Durch externe Effekte werden jedoch die privaten Entscheidungskalküle von der wohlfahrtsökonomischen Kosten-Nutzen-Rechnung entkoppelt und es kommt zu einem Marktversagen.³ Es gilt daher als wichtiges Ziel der Wirtschaftspolitik, externe Effekte zu „internalisieren“, also durch wirtschaftspolitische Maßnahmen sicherzustellen, dass der Entscheidungsträger die externen Effekte in seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt das Unterziel, sämtliche soziale Kosten einer Aktivität demjenigen zuzuweisen, der über die Aktivität entscheidet. Neben Steuern und anderen Maßnahmen ist Haftung ein wichtiges Instrument, um negative externe Effekte in Form von Schäden bei dem Schädiger zu internalisieren.

Zur Veranschaulichung kann der Sachverhalt des Kupolofen-Urteils des BGH dienen:⁴ Die Beklagte betrieb in einem Industriegebiet eine Anlage zum Einschmelzen von Roheisen und Rohstahl. Die Kläger arbeiteten für ein anderes Unternehmen, dessen Betriebsparkplatz an das Gelände der Beklagten angrenzte. Die Kläger stellten dort während der Arbeitszeit ihre Autos ab. Sie behaupteten, die Fahrzeuge seien durch ungewöhnlich kräftige Auswürfe von Eisenoxidstaub aus der Anlage der Beklagten beschädigt worden. Der Staub habe sich in Lack, Glas und Chromteile ihrer Fahrzeuge eingefressen. Die Be-

¹ *Mankiw/Taylor*, VWL, §2021, 324; *Fritsch*, Marktversagen, ¹⁰2018, 84f.

² Die sozialen Kosten bestehen aus den privaten Kosten und den negativen externen Effekten (Kosten, die bei Dritten anfallen), der soziale Nutzen aus dem privatem Nutzen und den positiven externen Effekten (Nutzen, der bei Dritten anfällt).

³ *Fritsch*, Marktversagen, ¹⁰2018, 88 ff.

⁴ BGHZ 92, 143 f. = NJW 1985, 47.

klagte berief sich darauf, der Kupolofen werde täglich kontrolliert; die Höchstemissionswerte würden nicht überschritten. Sofern sich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Betrieb der Anlage und den Schäden an den Fahrzeugen herstellen lässt, handelt es sich bei diesen Schäden um negative ökonomische Effekte des Anlagenbetriebs. Anders als Personalkosten, Energiekosten usw. fallen diese Kosten zunächst nicht bei der Anlagenbetreiberin an, sondern bei den Eigentümern der Fahrzeuge, die in die Entscheidung über den Anlagenbetrieb nicht einbezogen sind. Blicke es dabei, würde die Betreiberin in ihrem Entscheidungskalkül die Schäden nicht berücksichtigen. Das könnte dazu führen, dass der Kupolofen betrieben wird, obwohl sich der Betrieb gesamtwirtschaftlich nicht lohnt. Angenommen, der Betrieb generiert einen täglichen Nutzen i. H. von 100.000 Euro bei privaten Kosten der Anlagenbetreiberin i. H. von 90.000 Euro und Schäden i. H. von 20.000 Euro. Müsste die Anlagenbetreiberin die Schäden nicht tragen, wäre der Betrieb für sie profitabel und es gäbe keinen Grund, ihn einzustellen. Aus sozialer Sicht ist der Betrieb jedoch nicht sinnvoll, weil die sozialen Kosten i. H. 110.000 Euro den sozialen Nutzen übersteigen. Die Ressourcen, die in den Betrieb der Anlage gesteckt werden, sollten aus volkswirtschaftlicher Sicht besser anders genutzt werden. Gelingt es, die Schadenskosten bei der Anlagenbetreiberin zu internalisieren, wird sich der Betrieb auch für sie nicht mehr lohnen und die private Entscheidung wird dem sozialen Optimum entsprechen.

Eine Arbeit wie diese ist nicht der Ort, um ausführlich auf den Streit um die Rationalitätshypothese der Wirtschaftswissenschaft einzugehen.⁵ Die Annahme, Menschen würden ihre Entscheidungen im Wege einer rationalen Abwägung von Kosten und Nutzen treffen, wird bekanntlich gerade von Juristinnen und Juristen immer wieder als unrealistisch kritisiert.⁶ Demgegenüber wird hier auf dem Boden der nahezu einhelligen Ansicht in der (Rechts-)Ökonomik davon ausgegangen, dass die Rationalitätshypothese ein guter Ausgangspunkt ist, um menschliches Verhalten zu modellieren, dass sie aber ggf. im Lichte von Erkenntnissen der Verhaltenspsychologie eingeschränkt bzw. modifiziert werden muss.⁷ Die verhaltensökonomische, oft experimentell fundierte Forschung in jüngerer Zeit hat schließlich nicht ergeben, dass sich Menschen grundsätzlich irrational verhielten, sondern nur, dass die Rationalität menschlichen Verhaltens begrenzt ist (*bounded rationality*). Insbesondere neigen Menschen zu mentalen Vereinfachungen (Heuristiken), die zu Fehleinschätzungen und, gemessen am Maßstab rationaler Nutzenmaximierung, zu Fehlentschei-

⁵ Siehe dazu ausf. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 62020, 107ff.; *Hacker*, Verhaltensökonomik, 2017, 29ff. und passim; *Korb*, Haftung, 2015, 29ff. und passim; *Kirchgässner*, *Homo oeconomicus*, 32008, 12–62, 128–147 und passim.

⁶ So z. B. *Koziol*, Grundfragen, 2010, Rn. 3/17f.; *Fezer*, JZ 1986, 817, 822; vgl. zur Rationalitätshypothese auch *Eidenmüller*, Effizienz, 1995, 28ff.

⁷ Vgl. dazu *Wagner*, DeliktsR, 142021, Kap. 4 Rn. 20–24.

dungen führen können. Selbst bekennende Skeptiker der rechtsökonomischen Methode erkennen jedoch an, dass zumindest planende, vorausschauende Entscheidungen, wie sie vielfach in Unternehmen getroffen werden, für eine abwägende Kosten-Nutzen-Betrachtung gut geeignet sind.⁸ Wenn z.B. die Anlagenbetreiberin im Kupolofen-Fall vor der Entscheidung steht, ob sie einen zusätzlichen Filter einbauen soll, mit dem sich die Eisenoxidstaubemissionen reduzieren lassen, dann wird sie dafür maßgeblich auf die Kosten einer solchen Nachrüstung und den daraus folgenden Nutzen abstellen, der sich z.B. aus Reputationsgewinnen, aber eben auch aus sinkenden Bußgeld- und/oder Schadensersatzrisiken ergeben kann. Dementsprechend wird in der Literatur zur Unternehmenshaftung und zum Unternehmensstrafrecht anerkannt, dass die Rationalitätshypothese mit Blick auf unternehmerisches Verhalten plausibel ist.⁹ Auch in diesem Zusammenhang sind natürlich ggf. Erkenntnisse der Verhaltensökonomik zu berücksichtigen. Im Grundsatz scheint es aber sachgerecht, im Folgenden von der Rationalitätshypothese auszugehen.

II. Rechtliche Grenzen

Die ökonomische Internalisierungsfunktion ist im deutschen Haftungsrecht, genauso wie in den Rechtsordnungen anderer Länder, offensichtlich nur unvollkommen verwirklicht. Reine Kausalhaftungen, die den Schädiger für alle Schäden haften lassen würden, die er durch sein Verhalten verursacht, gibt es im deutschen Recht nicht mehr.¹⁰ Am weitesten in diese Richtung geht die Gefährdungshaftung, die neben einem ursächlichen Zusammenhang zwischen der fraglichen Aktivität des Schädigers und der Rechtsgutsverletzung nur verlangt, dass sich in der Verletzung die spezifische Gefahr realisiert hat, an welche die Gefährdungshaftung anknüpft. Aber auch hier muss der Schädiger keineswegs alle Schäden tragen, die er durch seine Tätigkeit kausal und gefahrspezifisch herbeiführt, was sich schon daran zeigt, dass typischerweise nur für Körperverletzungen und Sachbeschädigungen gehaftet wird, nicht aber z.B. für Eingriffe in das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb oder für reine Vermögensschäden. Bei der Verschuldenshaftung kommt hinzu, dass der Schädiger nur für solche Schäden einzustehen hat, die er durch vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten verursacht hat. Der Schädiger muss sich also zumindest sorgfaltswidrig verhal-

⁸ So z.B. *Esser/Weyers*, SchuldR BT 2, ⁸2000, § 54 4b, S. 137; *Esser/E. Schmidt*, SchuldR AT 2, ⁸2000, § 30 II 3b, S. 175 f.; *Weyers*, Unfallschäden, 1971, 467 f.

⁹ *Arlen*, in: *Research Handbook*, 2012, 144, Fn. 39 m. w. N.; *Paternoster/Simpson*, in: *Rational Choice*, ²2008, 37 ff.; *Paternoster/Simpson*, *Law & Soc'y Rev.* 30 (1996), 549 ff.; *Koller*, *VersR* 1980, 1, 3; vgl. auch *Wagner*, *ZGR* 2016, 112, 132 ff. m. w. N.

¹⁰ Zur Geschichte vgl. *O. v. Gierke*, *Privatrecht* III, 1917, § 212, S. 905 f.

ten haben (vgl. § 276 Abs. 2 BGB), was seine Haftung gegenüber einer reinen Kausalhaftung deutlich beschränkt.

Warum das Haftungsrecht den Internalisierungsgedanken nicht vollständig verwirklicht, lässt sich leicht erkennen, wenn man sich klar macht, dass Schäden in der Regel nur entstehen, wenn mindestens zwei Aktivitäten aufeinander treffen: die des Schädigers und die des Geschädigten. Ursächlich für die Schäden im Kupolofen-Fall, wie er im vorigen Abschnitt skizziert wurde, ist nicht nur, dass die Anlage Eisenoxidstaub emittiert, sondern auch, dass die Fahrzeughalter ihre Autos auf dem benachbarten Betriebsparkplatz abstellen. Legt man nur das Kausalitätskriterium an, sind die Schäden somit nicht nur Kosten des Anlagenbetriebs, sondern auch Kosten der Fahrzeugnutzung. Das legt nahe, dass man die Schadenskosten sowohl bei dem Anlagenbetreiber als auch bei den Fahrzeugeigentümern internalisieren müsste, um dem ökonomischen Internalisierungsziel gerecht zu werden. Denn nicht nur der Betreiber der Industrieanlage, sondern auch die Fahrzeugeigentümer sollen sämtliche sozialen Kosten ihrer Aktivität tragen, damit ihr privates Entscheidungskalkül der gesamtwirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Rechnung entspricht. Es können aber schwerlich sowohl der Schädiger als auch der Geschädigte den Schaden tragen. Man könnte zwar darüber nachdenken, den eigentlichen Schaden bei dem Geschädigten zu belassen und dem Schädiger z. B. ein Bußgeld in gleicher Höhe aufzuerlegen, aber damit würde effektiv die doppelte Schadenssumme internalisiert und tendenziell eine Überabschreckung erreicht. Alternativ könnte man die tatsächlichen Schadenskosten aufteilen, benötigt dann aber – wenn man nicht einfach nach Kopfteilen vorgehen, also z. B. bei zwei Personen nicht einfach eine 50/50-Quote ansetzen will – neben der bloßen Kausalität ergänzende Kriterien, mit denen sich bestimmen lässt, bei wem die Schadenskosten in welchem Umfang internalisiert werden sollen. Als solche zieht der Gesetzgeber im Haftungsrecht u. a. das Verschulden und die Gefährdung heran, aber auch das Mitverschulden und den Grundsatz *casum sentit dominus*. Es sind diese Kriterien, die darüber entscheiden, wer welchen Teil des Schadens zu tragen hat, bei wem er also in welchem Umfang zu internalisieren ist.

Das ökonomische Internalisierungsziel wird also vom Haftungsrecht wegen der fehlenden Eindeutigkeit des Kausalitätsprinzips nicht uneingeschränkt verwirklicht, sondern unter Heranziehung zusätzlicher Kriterien für die Schadensverteilung. Die Wahl dieser Kriterien und ihre Abgrenzung durch den Gesetzgeber soll hier nicht infrage gestellt werden. Der geltende rechtliche Rahmen wird vielmehr so akzeptiert, wie er ist, und nur innerhalb dieses Rahmens wird danach gefragt, ob sich durch eine rechtsdogmatische Rekonstruktion des Unternehmenshaftungsrechts dogmatisch und rechtspolitisch überzeugendere Ergebnisse erreichen lassen. Das ökonomische Ziel der Internalisierung von Schadenskosten ist somit nach hiesigem Verständnis nur im Rahmen des geltenden Haftungsrechts zu realisieren. Es kann also nicht darum gehen, sämtliche

Schadenskosten einer unternehmerischen Aktivität irgendwie dem Unternehmensträger zuzuweisen, sondern nur darum, Schadenskosten zumindest insofern zu internalisieren, wie dies den Zwecken bestehender Haftungstatbestände entspricht. Konkret wird z. B. zu diskutieren sein, ob eine Kostentragung durch den Unternehmensträger auch geboten ist, wenn kein klassisches Repräsentanten- oder Gehilfendelikt festgestellt werden kann, aber ein arbeitsteilig organisierter unternehmerischer Vorgang, der wertungsmäßig einem solchen Delikt entspricht. Ob einzelne Haftungstatbestände generell zu eng oder zu weit sind, ist hingegen nicht Gegenstand der folgenden Überlegungen.

B. Unternehmenshaftung

Wie die deliktische Haftung im Allgemeinen lässt sich auch die Unternehmenshaftung als Internalisierungsinstrument begreifen. Sie beruht dann auf der Prämisse, dass die Schadenskosten, die durch die unternehmerische Aktivität verursacht werden, als Unternehmenskosten dem Unternehmen auferlegt werden sollten. Eine der berühmtesten Formulierungen dieses Gedankens stammt von dem US-amerikanischen Richter *Traynor*, der ihn in einer frühen Entscheidung zur Produkthaftung so formuliert hat: „The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business.“¹¹ Ähnlich hatte der österreichische Volkswirtschaftler *Mataja* schon Ende des 19. Jahrhunderts Schadenskosten als „Passivum der Unternehmung“ bezeichnet und verlangt, sie umfassend bei dem Unternehmer zu internalisieren.¹² Im Folgenden soll näher beschrieben werden, welche Zwecke damit verfolgt werden, dem Unternehmen die Schadenskosten als Unternehmenskosten aufzuerlegen. Sie überschneiden sich mit den Gründen, die oben¹³ für eine strikte Geschäftsherrnhaftung angeführt wurden. Die folgenden Ausführungen sind jedoch gerade nicht auf die Geschäftsherrnhaftung beschränkt, sondern beziehen sich auf alle Arten der Unternehmenshaftung, wie sie oben in § 1 dargestellt wurden, also z. B. auch auf die Gefährdungshaftung und die hier sog. Verbundhaftung.

¹¹ *Escola v Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, [1944] 150 P.2d 436, 441 (S. Ct. Cal., *Traynor* concurring). Zum deutschen Recht *Staudinger/J. Hager*, 2017, Vor §§ 823 ff. Rn. 10; *Wagner*, *DeliktsR*, ¹⁴2021, Kap. 4 Rn. 35 f.; *Koller*, *VersR* 1980, 1, 3.

¹² *Mataja*, *Schadensersatz*, 1888, 24 und passim. Vgl. auch *Müller-Erzbach*, *AcP* 106 (1910), 309, 387.

¹³ → § 1 B I 1.

I. Ökonomische Ziele

Die Internalisierung von Schadenskosten bei demjenigen, der die schadensträchtige Aktivität kontrolliert, ist kein Selbstzweck, sondern dient dem ökonomischen Ziel, die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt zu maximieren. Wie erstmals *Calabresi* gründlich herausgearbeitet hat, muss dafür die Summe aus den Schadenskosten und den Schadensvermeidungskosten minimiert werden.¹⁴ Das Ziel der Wohlfahrtsmaximierung wird also nicht dadurch erreicht, dass sämtliche Schäden verhindert werden. Denn dabei bliebe unberücksichtigt, dass auch die Schadensvermeidung Kosten verursacht und dass diese die Vorteile der Schadensvermeidung mehr als ausgleichen können. Schadenskosten und Schadensvermeidungskosten müssen also stets gegeneinander abgewogen werden.¹⁵ Die Kosten der Schadensvermeidung bestehen dabei in den Kosten aller Maßnahmen, die geeignet sind, die Wahrscheinlichkeit oder das Ausmaß möglicher Schäden zu verringern (bessere Ausbildung der Mitarbeiter, Einsatz von Sicherheitstechnik etc.). Die Schadenskosten lassen sich mit *Calabresi* in drei Kostenarten unterteilen,¹⁶ nämlich die eigentlichen Schadenskosten, wie sie bei den Geschädigten in Form von vernichteten Nutzwerten anfallen (primäre Kosten), die Kosten der Risikotragung (sekundäre Kosten) und die Kosten der Abwicklung und Verteilung des Schadens (tertiäre Kosten). Diese Unterscheidung bietet auch für die nähere Beschreibung der Zwecke des Unternehmenshaftungsrechts eine hilfreiche Orientierung.

1. Schadensvermeidung

Die primären Schadenskosten lassen sich dadurch senken, dass Schäden durch Sorgfaltsmaßnahmen oder durch eine Verringerung der schadensträchtigen Aktivität vermieden werden. Beide Aspekte spielen für die Rechtfertigung der Unternehmenshaftung eine große Rolle. Die Unternehmenshaftung als deliktsrechtliche Schadensersatzhaftung der Unternehmensträger konkurriert dabei mit zahlreichen anderen Instrumenten, aus denen sich ebenfalls Anreize zur Schadensprävention ergeben, z. B. der Bußgeldhaftung der Unternehmensträger und der persönlichen Haftung der Unternehmensangehörigen. Letztere kann im Zivilrecht als Innen- und/oder Außenhaftung ausgestaltet sein. Außerdem ist eine persönliche Bußgeldhaftung oder Strafbarkeit denkbar. Die Präventionswirkung einzelner Instrumente lässt sich sinnvoll nur im Zusammenspiel mit anderen Instrumenten bewerten, zumal sich oft Wechselwirkungen ergeben, z. B. zwischen Innen- und Außenhaftung. Es ist also immer der gesamte Instrumentenmix zu betrachten, der sich aber je nach Kontext deutlich unter-

¹⁴ *Calabresi*, *Costs*, 1970, 26 ff. und passim.

¹⁵ Anschaulich *Wagner*, *DeliktsR*, ¹⁴2021, Kap. 4 Rn. 5 f.

¹⁶ Siehe hierzu auch *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch*, ⁶2020, 171 ff., 177 ff., 182 f.

scheiden kann und z. B. für Betrugsdelikte anders aussieht als für Datenschutzverstöße. Allgemeingültige Aussagen über die Präventionswirkung „der“ Unternehmenshaftung sind daher kaum möglich. Dennoch sollen im Folgenden die wesentlichen ökonomischen Grundlagen skizziert werden, soweit sie für den weiteren Fortgang der Arbeit von Bedeutung sind. Der Fokus liegt auf der Präventionswirkung der Unternehmensträgerhaftung.

a) Sorgfaltsniveau

Eines der wichtigsten ökonomischen Ziele des Unternehmenshaftungsrechts ist es, „dem Unternehmen“ wirksame Anreize dafür zu setzen, Anzahl und Ausmaß der Schäden, die durch die unternehmerische Aktivität verursacht werden, auf ein effizientes Niveau zu begrenzen. Wie bereits erwähnt,¹⁷ geht es dabei nicht darum, die Schäden auf null zu reduzieren, weil auch die Schadensvermeidung nicht kostenlos ist und Schadenskosten und Schadensvermeidungskosten daher miteinander abgewogen werden müssen.

Ein besonderes Problem der Unternehmensträgerhaftung liegt darin, dass die Haftung nicht unbedingt an denjenigen adressiert ist, den man mit den Verhaltensanreizen erreichen will. Der Unternehmensträger wird oft eine Gesellschaft sein, die mangels natürlicher Willens- und Handlungsfähigkeit auf Anreize nicht reagieren kann. Mit den Verhaltensanreizen, die sich aus der drohenden Schadensersatzhaftung ergeben, sollen folglich vor allem die Unternehmensangehörigen angesprochen werden.

An vorderster Stelle steht dabei die Unternehmensleitung, die für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens verantwortlich ist und deshalb die erwarteten Haftungskosten in ihr Entscheidungskalkül einbeziehen wird. Die Unternehmensleitung verfügt über vielfältige Möglichkeiten, auf die Vermeidung ineffizienter Schäden hinzuwirken.¹⁸ Das gilt zunächst für die Vermeidung individueller Fehler durch einzelne Mitarbeiter. Die Unternehmensleitung kann z. B. dafür sorgen, dass die Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt, angeleitet und überwacht werden, sie kann durch Schulungen und Trainings das Gefahrwissen und die Präventionsmöglichkeiten der Mitarbeiter verbessern und sie kann Vergütungssysteme so gestalten, dass Mitarbeiter Anreize erhalten, gründlich und sorgfältig zu arbeiten. Die Unternehmensleitung kann aber auch organisatorische Maßnahmen ergreifen, die sich auf die Arbeitsabläufe und das Zusammenwirken einzelner Mitarbeiter beziehen. Sie kann z. B. für eine gute Personalausstattung sorgen, Dienstpläne und Vertretungsregelungen

¹⁷ Oben → bei Fn. 14.

¹⁸ Vgl. *Kraakman*, in: Research Handbook, 2013, 234, 236, 243; *Arlen*, in: Research Handbook, 2012, 144, 164 ff.; *Tröger*, Arbeitsteilung, 2012, 202 f.; *Arlen/Kraakman*, N.Y.U. L. Rev. 72 (1997), 687, 693; *Shavell*, Accident Law, 1987, 173.

so gestalten, dass der Ausfall einzelner Mitarbeiter nicht zu Problemen führt,¹⁹ sie kann klare Arbeitsanweisungen erteilen und Arbeitsprozesse so organisieren, dass sie weniger fehleranfällig sind. Wichtig ist auch, dass die Unternehmensleitung das unternehmensinterne Informations- und Kommunikationsmanagement optimieren kann, um Missverständnisse zwischen einzelnen Mitarbeitern oder Organisationseinheiten auszuschließen und sicherzustellen, dass es nicht durch mangelnde Abstimmung und Koordination zu Fehlern kommt. Außerdem prägt die Unternehmensleitung entscheidend die Unternehmenskultur einschließlich der Sicherheitskultur, weil sie die Unternehmensziele und Ziele für einzelne Organisationseinheiten vorgibt und den Mitarbeitern eine bestimmte Unternehmensphilosophie vorleben kann. Schließlich ist es in der Regel die Unternehmensleitung, die über den Einsatz technischer Sicherheitsvorkehrungen entscheidet, also z. B. darüber, ob sicherere Maschinen oder Geräte angeschafft werden, welche technischen Innovationen in der Produktion oder Qualitätskontrolle zum Einsatz kommen oder ob zur Vermeidung menschlicher Fehler zusätzliche Prozesse automatisiert werden sollen.

Gerade in größeren Unternehmen werden oft nicht alle der genannten Entscheidungen auf der obersten Hierarchieebene getroffen. Trotzdem wird die Unternehmenshaftung ihre Anreizwirkung in der Regel nicht verfehlen. Denn es ist einer ihrer größten Vorzüge gegenüber persönlicher Haftung wie der Organ- oder der Mitarbeiterhaftung, dass sie über die Haftung des Unternehmensträgers letztlich das Unternehmen als Organisation adressiert.²⁰ Die Unternehmensleitung kann mithilfe der unternehmensinternen Anreiz- und Kontrollsysteme sicherstellen, dass die jeweils verantwortlichen Mitarbeiter angehalten werden, in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen.²¹ Dazu können auch organisatorische Maßnahmen oder technische Sicherheitsvorkehrungen gehören, wenn sie auf unteren Hierarchieebenen zu veranlassen sind. Die unternehmensinterne Weitergabe der Verhaltensanreize aus der Unternehmenshaftung kann mithilfe von Zielvorgaben und konkreten Arbeitsanweisungen erfolgen, zudem kann mit Belohnungs- und Sanktionssystemen z. B. als Teil von Vergütungsmodellen darauf hingewirkt werden, dass die Unternehmensangehörigen die Vorgaben der Leitung tatsächlich befolgen. Mithilfe der Unternehmenshaftung lässt sich die Verhaltenssteuerung also in das Unternehmen delegieren.²² Gesetzgeber und Gerichte müssen nicht von außen überlegen, welche Anreize für welche Mitarbeiter erforderlich

¹⁹ Vgl. zur Bedeutung solcher Aspekte für die Unternehmenshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB z. B. BGHZ 95, 63, 71 ff. = NJW 1985, 2189, 2191 ff.

²⁰ Vgl. auch *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 231.

²¹ Vgl. *Arlen*, in: *Research Handbook*, 2012, 144, 164 ff.; *Kraakman*, in: *Tort Law*, 2009, 134, 136; *Arlen/Kraakman*, N.Y.U. L. Rev. 72 (1997), 687, 693; *Sykes*, Yale L.J. 93 (1984), 1231, 1236 ff.

²² *Kraakman*, in: *Tort Law*, 2009, 134, 136; *Arlen/Kraakman*, N.Y.U. L. Rev. 72 (1997), 687, 693; *Arlen*, J. Legal Stud. 23 (1994), 832, 835 f.

sind, sondern die Haftung wird an den Unternehmensträger adressiert und die daraus folgenden Anreize werden von der Unternehmensleitung und den sonst für das Sicherheitsmanagement zuständigen Mitarbeitern an die jeweils zuständigen Stellen innerhalb des Unternehmens weitergegeben.

Da heute die meisten unternehmerischen Prozesse arbeitsteilig organisiert sind und gerade bei schadensträchtigen Aktivitäten nahezu immer Kontrollinstanzen eingeschaltet sind, lässt sich die Verursachung von Schäden oft nicht mehr ausschließlich individuell zuordnen. In der Fehlerforschung ist heute anerkannt, dass Unternehmen und andere Organisationen komplexe soziotechnische Systeme sind, in denen Menschen miteinander und mit Technik interagieren und individuelle (Fehl-)Entscheidungen typischerweise durch Beschränkungen, Vorgaben und Entscheidungen aus anderen Subsystemen in der Organisation beeinflusst werden.²³ Der Handlungsspielraum einzelner Mitarbeiter ist oft dadurch eingeengt, dass andere Unternehmensangehörige in der Vergangenheit Entscheidungen getroffen haben, welche die aktuelle Arbeitssituation beeinflussen. Dazu gehören z. B. Entscheidungen über Dienstpläne und Aufgabenverteilung oder darüber, welche technischen Hilfsmittel in der konkreten Situation zur Verfügung stehen (z. B. mehr oder weniger sichere Werkzeuge oder Maschinen, Sicherheitskleidung, Schutzvorrichtungen, Prüfgeräte etc.). Wichtig sind auch weiche Faktoren wie z. B. bestimmte Kommunikationsmuster, eine Fehlerkultur oder ungeschriebene soziale Regeln. Das Verantwortungsbewusstsein einzelner Mitarbeiter kann sich verringern, wenn sie Teil einer Gruppe sind („Verantwortungsdiffusion“), und Kommunikations- und Koordinationsschwierigkeiten können zu organisationspezifischen Prozessverlusten führen.²⁴ Mit der Unternehmenshaftung lassen sich auch solche Schadensrisiken erfassen,²⁵ denn dadurch, dass die Schadenskosten dem Unternehmensträger auferlegt werden, erreichen die Verhaltensanreize nicht nur einzelne Organmitglieder oder Mitarbeiter. Vielmehr werden die Anreize über die Unternehmensleitung und die unternehmensinternen Anreiz- und Kontrollsysteme in das Unternehmen als Organisation gespiegelt, wo die Unternehmensangehörigen angehalten werden, in ihren jeweiligen Aufgabenbereichen unabhängig von der konkreten Fehlerquelle darauf hinzuwirken, dass Prozesse optimiert und Schadensrisiken reduziert werden.

Soweit Schäden doch ausschließlich durch individuelle Fehler verursacht werden, konkurriert die Unternehmenshaftung als Anreizinstrument mit der persönlichen Haftung des verantwortlichen Mitarbeiters. In der rechtsökonomischen Forschung ist jedoch anerkannt, dass die Unternehmenshaftung der individuellen Haftung unter Effizienzgesichtspunkten tendenziell überlegen

²³ Hierzu und zum Folgenden *Buerschaper*, in: *Human Factors*, 2012, 165, 168.

²⁴ *Aronson/Wilson/Akert*, *Sozialpsychologie*, 82014, 322 ff.

²⁵ Vgl. *Arlen*, in: *Oxford Handbook*, 2017, 41, 82.

ist.²⁶ Die Gründe dafür wurden bereits oben im Zusammenhang mit der strikten Geschäftsherrnhaftung ausgeführt:²⁷ Die individuelle Haftung verfehlt ihre Anreizwirkung, wenn Schäden drohen, die das private Vermögen des jeweiligen Mitarbeiters übersteigen. Außerdem verfügt das Unternehmen als Organisation oft über bessere Informationen hinsichtlich der Schadensprävention und kann Schäden aufgrund von Größen- und Verbundvorteilen zu niedrigeren Kosten vermeiden. Soweit demgegenüber befürchtet wird, die Präventionsanreize für den handelnden Mitarbeiter könnten ohne persönliche Haftung unzureichend sein,²⁸ ist dem entgegenzuhalten, dass die internen Anreiz- und Sanktionsmechanismen des Unternehmens im Normalfall ausreichen dürften, um den Mitarbeiter zu einem sorgfältigen Verhalten anzuspornen.²⁹ Eine Unterabschreckung droht vor allem, wenn das Unternehmen bzw. dessen Führungskräfte z. B. wegen fehlender finanzieller Mittel ihrerseits für Verhaltensanreize durch Haftung nicht ausreichend empfänglich sind und deshalb auch keine entsprechenden Anreize an die Unternehmensangehörigen weitergeben.³⁰

Eine gewisse weitere Anreizwirkung kann sich aus der Unternehmenshaftung dadurch ergeben, dass der Unternehmensträger die Schadenskosten typischerweise nicht endgültig trägt, sondern dass sich die Unternehmensleitung bemühen wird, die Kosten an die verschiedenen Stakeholder des Unternehmens weiterzureichen. Organmitglieder, Mitarbeiter, Lieferanten, Dienstleister, Kunden usw. sind mit dem Unternehmensträger durch Verträge verbunden und versuchen jeweils auf ihre Weise, an der Wertschöpfung des Unternehmens zu partizipieren. Muss der Unternehmensträger hohe Schadenskosten schultern, kann er seinerseits versuchen, die Kosten zumindest teilweise über das unternehmerische Vertragsnetzwerk abzuwälzen (z. B. durch einen Verzicht auf Lohnerhöhungen oder höhere Produktpreise). Ob das gelingen kann, hängt u. a. vom Wettbewerbsniveau auf den jeweiligen Faktor- und Produktmärkten, den Preiselastizitäten der Stakeholder und den jeweiligen Verhandlungspositionen ab. Soweit die Kosten nicht vom Unternehmensträger wegverteilt werden können, müssen sie letztlich von den Eigentümern bzw. Gesellschaftern getragen werden. Diese sekundäre Kostentragung durch Stakeholder und Anteilseigner kann diesen Akteuren Anreize setzen, im Rahmen ihrer jeweiligen Möglichkeiten darauf hinzuwirken, die Entstehung von Schäden zu verhindern, um ihrer eigenen Belastung vorzubeugen.

²⁶ Vgl. *Kraakman*, in: *Tort Law*, 2009, 134, 136; *Shavell*, *Accident Law*, 1987, 170 ff.; *Kornhauser*, *Cal. L. Rev.* 70 (1982), 1345, 1349–1352, 1357–1372, 1380.

²⁷ → § 1 B I 1.

²⁸ So tendenziell *MünchKommBGB/Wagner*, 82020, § 823 Rn. 137; *Giliker*, *Vicarious Liability*, 2010, 243; *Brüggemeier*, *AcP* 191 (1991), 33, 65 f.

²⁹ Vgl. dazu *Arlen*, in: *Research Handbook*, 2012, 144, 159, 164 ff.; *Tröger*, *Arbeitsteilung*, 2012, 206 ff.; *Arlen/Kraakman*, *N.Y.U. L. Rev.* 72 (1997), 687, 693.

³⁰ *Arlen*, in: *Research Handbook*, 2012, 144, 170 f.; *Kraakman*, *Yale L.J.* 93 (1984), 857, 869 ff.

b) Aktivitätsniveau

Ein weiteres ökonomisches Ziel des Unternehmenshaftungsrechts ist es, dem Unternehmensträger die Schadenskosten der unternehmerischen Aktivität aufzuerlegen, um das Ausmaß dieser Aktivität auf ein effizientes Niveau zu steuern. Darauf wurde oben im Zusammenhang mit der Internalisierungsfunktion des Haftungsrechts schon eingegangen.³¹ Zur Veranschaulichung kann nochmals der dort erwähnte Kupolofen-Fall dienen: Würde man der Anlagenbetreiberin im Rahmen der Unternehmenshaftung sämtliche Schadenskosten auferlegen, die durch den Betrieb des Kupolofens verursacht werden, hätte die Unternehmensleitung nicht nur einen Anreiz, die erwarteten Schadenskosten in ihren Entscheidungen über mögliche Sorgfaltsmaßnahmen zu berücksichtigen, sondern es wäre für sie zudem ratsam, von diesen Kosten auch abhängig zu machen, ob und ggf. in welchem Umfang die Anlage überhaupt betrieben werden soll. Würden so viele oder so hohe Schäden verursacht, dass die Schadenskosten den Nutzen aus dem Betrieb der Anlage übersteigen, wäre es für die Anlagenbetreiberin z. B. sinnvoller, den Betrieb stillzulegen.

Von der Unternehmenshaftung kann jedoch eine steuernde Wirkung nicht nur in Bezug auf die jeweilige unternehmerische Tätigkeit ausgehen, sondern auch in Bezug auf das Nachfrageverhalten der Konsumenten.³² Der Unternehmensträger wird die Schadenskosten als Teil der Produktionskosten in seine Kostenrechnung einbeziehen und so bei der Kalkulation seiner Produktpreise berücksichtigen. Je mehr Schadenskosten er zu tragen hat, desto teurer werden also seine Produkte am Markt. Dadurch erhalten die Konsumenten einen Anreiz, weniger dieser Produkte nachzufragen und evtl. auf die Angebote anderer Anbieter umzusteigen. Muss der Unternehmensträger im Rahmen der Unternehmenshaftung sämtliche Schadenskosten seiner jeweiligen Aktivität tragen, begünstigt dies also eine effiziente Ressourcenallokation, weil die Produktpreise die wahren sozialen Kosten der Produktion reflektieren und die Konsumenten dazu angehalten werden, Produkte mit niedrigen sozialen Kosten nachzufragen. Ist die Haftung hingegen so eingestellt, dass der Unternehmensträger nur einen Teil der von ihm verursachten Schadenskosten tragen muss, wird die Produktion effektiv durch Deliktsgeschädigte und soziale Sicherungssysteme subventioniert und die Produktpreise am Markt sind aus wohlfahrtsökonomischer Sicht zu niedrig, weil sie nicht die wahren sozialen Kosten reflektieren. Die Nachfrage der Konsumenten nach den Produkten des Unternehmens ist dann höher als sie sein sollte und es kommt zu einer Fehlallokation.

Zu betonen ist, dass eine annähernd vollständige Kosteninternalisierung im Grundsatz nur durch die Gefährdungshaftung erreicht werden kann.³³ Nur

³¹ → A I.

³² Grundlegend *Calabresi*, Yale L.J. 70 (1961), 499, 514 ff.

³³ Vgl. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 62020, 257 ff.; *Cooter/Ulen*, Law & Economics,

hier gelingt es, dem Unternehmensträger nahezu alle Schadenskosten aufzuerlegen, die durch seine Aktivität verursacht werden. Die Fahrlässigkeitshaftung setzt dem Unternehmensträger und damit den Unternehmensangehörigen zwar Anreize für sorgfältiges Verhalten, weist die Schadenskosten im Übrigen jedoch den Geschädigten zu, womit gerade keine Internalisierung beim Unternehmensträger erreicht wird. Nochmal am Kupolofen-Beispiel: Angenommen, die Anlage generiert einen Nutzen i.H. von 10.000 Euro, verursacht jedoch Schäden i.H. von 20.000 Euro. Mit einem zusätzlichen Filter für 5.000 Euro könnten die Schäden auf 10.000 Euro reduziert werden. An sich wäre der Einbau des Filters sinnvoll, weil er die Schadenskosten doppelt so stark senken würde wie er die Schadensvermeidungskosten erhöht. Allerdings ändert der Filter nichts daran, dass die sozialen Kosten des Anlagenbetriebs den sozialen Nutzen übersteigen ($5.000 + 10.000 > 10.000$). Bei einer Gefährdungshaftung würde die Anlagenbetreiberin dies erkennen und die Anlage vollständig stilllegen. Bei einer Fahrlässigkeitshaftung käme es darauf an, ob die Gerichte den Einbau des Filters ausreichen lassen oder nicht. Gäben sie sich damit zufrieden, würde die Anlagenbetreiberin den Filter einbauen und so der Haftung entgehen. Der Nutzen überstiege die Kosten des Filters und die verbleibenden Schadenskosten müsste sie nicht tragen. Diese würden vielmehr bei den Geschädigten verbleiben (*casum sentit dominus*), sodass die Restschäden bei den Fahrzeughaltern und nicht bei der Anlagenbetreiberin internalisiert würden.

2. Risikotragung

Risikotragungskosten (sekundäre Kosten nach *Calabresi*) entstehen dadurch, dass viele Menschen Risiken scheuen und deshalb bereit sind, für die Abnahme eines möglichen, aber unsicheren zukünftigen Schadens Versicherungsprämien zu zahlen, die in Summe den erwarteten Schaden übersteigen. Eine risikoaverse Person, die mit einer 5 %igen Wahrscheinlichkeit damit rechnet, in Zukunft einen Schaden i.H. von 100.000 Euro zu erleiden, wäre also bereit, mehr als 5.000 Euro auszugeben, um den Schaden zu versichern. Je weniger eine Person bereit ist, Risiken zu tragen, desto höhere Aufschläge auf den Erwartungswert würde sie bezahlen. Die Kosten der Risikotragung verringern sich also, wenn Risiken von guten Risikoträgern getragen werden, zumal die künstliche Bildung von Risikogemeinschaften z.B. durch Versicherungen mit administrativen Kosten verbunden ist.

In der rechtsökonomischen Forschung ist anerkannt, dass Unternehmen vergleichsweise gute Risikoträger sind.³⁴ Das gilt besonders für Unternehmen, die

⁶2012, 211 ff.; Shavell, Foundations, 193 ff., 199 ff.; Shavell, Accident Law, 1987, 21 ff., 26 ff.; grundlegend Shavell, J. Legal. Stud. 9 (1980) 1, 17 ff.

³⁴ Worthington, Company Law, ¹¹2016, 84; Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 253 f.; Kraakman, in: Research Handbook, 2013, 234, 240 f.; Croley, S. Cal. L. Rev. 69 (1996), 1705, 1707 f.;

von Publikumsgesellschaften getragen werden, weil sie einerseits selbst oft über diversifizierte Geschäftsmodelle verfügen, andererseits häufig Anteilseigner haben, die ihr Kapital auf unterschiedliche Gesellschaften verteilen und so ihr Anlagerisiko durch ein breites Portfolio weiter begrenzen. Für Einpersonengesellschaften oder Einzelunternehmer kann sich die Lage anders darstellen. Unternehmen verfügen aber u. a. durch Größen- und Verbundvorteile außerdem oft über bessere Möglichkeiten als Privatpersonen, sich gegen Schadensrisiken zu versichern. Das gilt gerade auch mit Blick auf Schadensrisiken, die durch Mitarbeiter verursacht werden, weil das Unternehmen die Risiken für alle Mitarbeiter gemeinsam versichern kann, während die Mitarbeiter selbst jeweils nur ihr eigenes Risiko versichern würden, was zu höheren Transaktionskosten und höheren Verwaltungskosten der Versicherung führt. Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn man die Möglichkeiten des Unternehmens mit denen potenzieller Geschädigter vergleicht, die ebenfalls nur Einzelrisiken versichern könnten. Mitunter sind Unternehmen größenbedingt sogar in der Lage, einige versicherbare Risiken durch risikoausgleichende Faktoren selbst zu tragen, und darauf zu verzichten, Risiken an Versicherungsunternehmen zu transferieren (sog. Selbstversicherung). Ferner haben Unternehmen manchmal die Möglichkeit, Schadenskosten über Produktpreise an ihre Kunden weiterzugeben, was aber u. a. vom Wettbewerbsniveau auf den Produktmärkten und der Nachfrageelastizität abhängt und daher keine Selbstverständlichkeit ist.

3. Administrative Kosten

Weitere Schadenskosten können durch die praktische Abwicklung des Schadensausgleichs entstehen. Zu diesen tertiären Kosten nach *Calabresi* gehören u. a. Gerichts- und Anwaltskosten oder Kosten, die durch die Inanspruchnahme einer Versicherung anfallen. Gegenüber der persönlichen Haftung von Organmitgliedern oder Mitarbeitern hat die Unternehmenshaftung in diesem Zusammenhang den großen Vorteil, dass sie in der Regel keine Individualisierung eines konkreten Täters voraussetzt.³⁵ Selbst für die Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB und die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB genügt es, dass der Geschädigte darlegt, dass die Schädigung durch einen Repräsentanten oder einen Gehilfen erfolgt sein muss, er braucht aber den Täter nicht namhaft zu machen.³⁶ Noch günstiger ist die Situation bei der Gefährdungshaftung, weil es dafür genügt, dass der Geschä-

Schwartz, S. Cal. L. Rev. 69 (1996), 1739, 1765; vgl. auch *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, 367, 368; *Fleischer*, in: Sozialschutzprinzip, 2004, 184, 188.

³⁵ Vgl. dazu *Kraakman*, in: Research Handbook, 2013, 234, 241; *Brüggemeier*, in: Sozialschutzprinzip, 2004, 147, 159ff.; *Khanna*, Harv. L. Rev. 109 (1996), 1477, 1486; *Shavell*, Accident Law, 1987, 173; *Kornhauser*, Cal. L. Rev. 70 (1982), 1345, 1350, 1370f.

³⁶ BGH NJW 1973, 1602, 1603; RG JW 1932, 2076; RGZ 89, 136, 137 (1916); RG Warn 1910 Nr. 189; RG JW 1904, 88 Nr. 5; *Grüneberg/Sprau*, ⁸²2023, § 831 Rn. 18; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 123; *Soergel/Hadding*, ¹³2000, § 31 Rn. 12.

digte nachweist, dass sich in der Rechtsgutsverletzung die spezifische Gefahr der jeweiligen Gefahrenquelle realisiert hat, ohne dass es auf individuelles Verhalten oder Verschulden ankäme. Auch bei der Verbundhaftung werden nur geringe Anforderungen an die Individualisierung der verantwortlichen Personen gestellt, zumal dem Geschädigten gerade gegenüber Unternehmensträgern oft Beweiserleichterungen zugutekommen, z.B. bei der Produzentenhaftung, der Umwelthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB oder der Krankenhausträgerhaftung.³⁷

Die Erleichterung der Schadensabwicklung durch den Verzicht auf eine Individualisierung des konkreten Täters muss oft nicht einmal durch Einbußen bei der Schadensprävention erkaufte werden, weil sie sich auf das Außenverhältnis beschränkt. Innerhalb des Unternehmens werden die Vorgänge meist weiter aufgeklärt werden, um die verantwortlichen Mitarbeiter ggf. intern zu sanktionieren, z.B. durch disziplinarische Maßnahmen wie Abmahnungen oder Abschläge im Rahmen von flexiblen Vergütungsmodellen. Die Kosten solcher unternehmensinternen Ermittlungen und Abhilfemaßnahmen werden dabei typischerweise geringer sein, als wenn sich z.B. ein Gericht um die Aufklärung der Geschehnisse innerhalb des Unternehmens bemühen müsste. Denn das Unternehmen bzw. die Unternehmensleitung verfügt über deutlich bessere Möglichkeiten, das Verhalten der Mitarbeiter zu beobachten und unternehmensinterne Fehlerquellen aufzudecken und zu analysieren.³⁸ Es ist ein großer Vorzug der Unternehmenshaftung, dass sie in der Regel nicht darauf angelegt ist, Vorgänge innerhalb des Unternehmens lückenlos aufzuklären, sondern dass sie sich damit begnügt, die Haftung dem Unternehmensträger aufzuerlegen, und die interne Aufarbeitung des Geschehens der Unternehmensleitung und den sonstigen Unternehmensangehörigen überlässt. Dazu kann auch gehören, dass Regressansprüche gegen die verantwortlichen Mitarbeiter geltend gemacht werden, aber auch dies ist eine Frage des internen Schadensmanagements und braucht die Geschädigten und die Zivilgerichte nicht zu interessieren. Die administrativen Kosten einer auf den Unternehmensträger fokussierten Schadensabwicklung werden daher typischerweise eher gering sein.

II. Unternehmenskosten

Es zeigt sich also, dass die Internalisierung von Schadenskosten mithilfe der Unternehmenshaftung wichtige ökonomische Ziele erfüllt. Doch wie lässt sich

³⁷ Vgl. nur BGHZ 92, 143, 146f., 150f. = NJW 1985, 47, 48f.; BGH NJW 1982, 699; BGH NJW 1978, 1683; BGHZ 80, 186, 186f. = NJW 1981, 1603, 1606; BGHZ 51, 91, 102–107 = NJW 1969, 269, 273–275. Ausf. dazu unten → § 6 B I.

³⁸ Vgl. *Kraakman*, in: *Research Handbook*, 2013, 234, 241; *Brüggemeier*, in: *Sozialschutzprinzip*, 2004, 147, 160; *Arlen/Kraakman*, *N.Y.U. L. Rev.* 72 (1997), 687, 693, 696; *Arlen*, *J. Legal Stud.* 23 (1994), 832, 835ff.; *Shavell*, *Accident Law*, 1987, 173.

feststellen, ob Schadenskosten ursächlich auf der unternehmerischen Aktivität beruhen? In unternehmerischen Zusammenhängen kann sich das Problem stellen, die Tätigkeiten „des Unternehmens“ von den Tätigkeiten der Unternehmensangehörigen unterscheiden zu müssen. Man denke etwa an den Türsteher eines Clubs, der wahlweise einen aufdringlichen Gast oder seinen Nachbarn verprügelt, der nur zufällig dort vorbeikommt. Aus rechtlicher Sicht kommt es für die Geschäftsherrhaftung nach § 831 BGB darauf an, ob der Türsteher die Körperverletzung in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung verursacht. Für die ökonomische Bewertung, ob es sich bei den Schadenskosten um Unternehmenskosten handelt, hat *Sykes* ein einfaches heuristisches Kriterium vorgeschlagen, um eine ausufernde Unternehmenshaftung für die privaten Angelegenheiten der Unternehmensangehörigen zu verhindern.³⁹ Danach verursacht ein Unternehmen ein Gehilfendelikt vollständig, wenn die Auflösung des Unternehmens und eine dadurch verursachte Arbeitslosigkeit des Gehilfen die Schadenswahrscheinlichkeit auf null reduzieren würde. Von einer teilweisen Verursachung durch das Unternehmen soll auszugehen sein, wenn die Auflösung des Unternehmens die Schadenswahrscheinlichkeit reduzieren, aber nicht vollständig eliminieren würde. Im Beispiel wäre die Körperverletzung des Gasts durch das Unternehmen verursacht und damit in Ausführung der übertragenen Verrichtung erfolgt, weil der Türsteher den Gast „als Türsteher“ verprügelt hat, aber kein Türsteher wäre, wenn es das Unternehmen nicht gäbe. Hingegen hätte er seinen Nachbarn „als Privatperson“ verprügelt, was auch in einem anderen Kontext hätte passieren können. Das *Sykes*-Kriterium kann auch außerhalb der Geschäftsherrhaftung hilfreich sein, um festzustellen, ob bestimmte Schadenskosten Unternehmenskosten sind und deshalb ökonomisch gesehen bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten.

C. Unternehmensdelikte

Oben in Teil A wurde bereits erläutert, dass das ökonomische Internalisierungsziel durch das Recht der Unternehmenshaftung nur unvollständig verwirklicht wird, weil nicht sämtliche Schadenskosten einer unternehmerischen Aktivität dem Unternehmensträger auferlegt werden, sondern nur solche Schadenskosten, die aus der Verwirklichung eines gesetzlichen Haftungstatbestands resultieren.⁴⁰ Die Tatbestände des Deliktsrechts sind dabei beschränkter als man es aus ökonomischer Sicht erwarten würde. Nur mit der Gefährdungshaf-

³⁹ *Sykes*, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563, 572. Vgl. auch *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 62020, 453.

⁴⁰ → A II.

tung wird das Internalisierungsziel recht vollständig erreicht, weil der Unternehmensinhaber auch die unverschuldeten Schäden seiner Aktivität tragen muss. Im Bereich der Verschuldenschaft inkl. der Repräsentanten- und Geschäftsherrnhaftung verbleibt hingegen ein beträchtlicher Teil der Schäden bei den Geschädigten, obwohl sie kausal durch die unternehmerische Tätigkeit herbeigeführt wurden. Als Grund wurde oben genannt, dass auch die Tätigkeit der Geschädigten kausal für den Schaden ist, sodass eine Internalisierung der Schadenskosten aus ökonomischer Sicht auch bei ihnen geboten sein kann. Das wird besonders deutlich in Fällen, in denen zwei unternehmerische Tätigkeiten aufeinandertreffen, wie z. B. im Bienenflug-Fall, den der BGH Anfang der 1990er-Jahre zu entscheiden hatte:⁴¹ Auf offenem Feld gepflanzte Schnittblumen des klagenden Gartenbaubetriebs im Wert von ca. 80.000 DM wurden dadurch zerstört, dass sie von den Bienen des beklagten Bienenhalters befruchtet wurden und rasch verblühten. Will man hier entscheiden, ob es sich bei den Schadenskosten um Kosten des Gartenbaubetriebs oder um Kosten der Bienenhaltung handelt, hilft das Kausalitätskriterium allein nicht weiter, weil es immer zu einem Sowohl-als-auch und damit wohl zu einer jeweils hälftigen Kostentragung durch den „Schädiger“ und den Geschädigten führen müsste.

Der Gesetzgeber bedient sich daher neben der Kausalität weiterer Zurechnungskriterien wie der Gefährdung oder des Verschuldens, um die Schadenskosten zwischen den Parteien zu verteilen. Daraus folgt ein fein austariertes System gesetzlicher Haftungstatbestände, die das ökonomische Internalisierungsziel für das geltende Recht konkretisieren, aber eben auch relativieren. Das ist auch im Recht der Unternehmenshaftung zu respektieren. Eine andere Frage ist jedoch, ob die gesetzlichen Tatbestände streng individualistisch verstanden werden müssen oder ob es nicht möglich wäre, sie im Rahmen ihrer jeweiligen Zielsetzungen für originär unternehmensbezogene Betrachtungen zu öffnen. Für die Gefährdungshaftung ist dies weitgehend unproblematisch, weil sie ohnehin nicht an individuelles Verhalten oder Verschulden anknüpft, und auch die Verbundhaftung ist bereits zu einem guten Teil entindividualisiert, auch wenn die h. M. formal daran festhält, die Haftung beruhe immer auf einem Repräsentanten- oder Gehilfenverschulden. Die klassische Repräsentantenhaftung knüpft hingegen immer an ein persönliches Delikt an und auch für die Geschäftsherrnhaftung ist dies der Regelfall, wenn sie auch nach h. M. unabhängig von einem Verschulden des Gehilfen begründet werden kann.⁴² In der Wirtschaftswissenschaft werden Unternehmen demgegenüber meist selbst als Akteure angesehen, als „handlungsfähige“ organisatorische Einheiten, bei denen von Individuen völlig abstrahiert werden kann.⁴³ Das ist nur zum Teil

⁴¹ BGHZ 117, 110ff. = NJW 1992, 1389f.

⁴² Vgl. zu beidem schon oben → § 1 A I 3, II 2, 3, B II.

⁴³ Vgl. nur *Thommen et al.*, ABWL, 92020, 8; *Vabs/Schäfer-Kunz*, BWL, 82021, 3; *Hüttner*, BWL, 1990, 6.

eine Vereinfachung, dient im Übrigen aber auch dazu, den Besonderheiten von Unternehmen angemessen Rechnung zu tragen. Das ist gerade auch mit Blick auf Fehlerquellen und Schadensursachen geboten, die sich keineswegs in „menschlichem Versagen“ erschöpfen. Vielmehr ist in der Organisationsforschung anerkannt, dass Fehler in Unternehmen oft systemische Gründe haben, also z. B. auf unzureichender Koordinierung oder Kommunikation einer Mehrzahl von Akteuren, problematischen gruppenspezifischen Prozessen oder einer fehlenden Sicherheitskultur beruhen.⁴⁴

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden näher untersucht werden, inwieweit die Unternehmenshaftung – unter Anerkennung des geltenden Haftungsrahmens, aber offen für die Berücksichtigung organisationspezifischer Besonderheiten – das ökonomische Internalisierungsziel in Bezug auf zwei unterschiedliche Deliktsgruppen erfüllt. Zuerst werden hier sog. Einpersonendelikte betrachtet, die von einer einzelnen natürlichen Person vollständig verwirklicht werden und Grundlage der Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB und – mit Einschränkungen – der Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB sind. Sodann werden hier sog. Verbunddelikte näher betrachtet, die auf der Verletzung eigener Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflichten des Unternehmensträgers beruhen und nach h. M. ebenfalls ein individuelles Verschulden voraussetzen. Nach hier vertretener Ansicht entpuppen sich solche Verbunddelikte hingegen funktional betrachtet oft als echte Organisationsdelikte, weil genau genommen nicht an individuelles Verschulden, sondern an Organisationsrisiken wie Arbeitsteilung oder Wissensaufspaltung angeknüpft wird. Das wird im Folgenden näher erläutert und aus rechtsökonomischer Sicht mit dem Internalisierungsziel des Haftungsrechts abgeglichen. Nicht weiter betrachtet wird hier die Gefährdungshaftung, weil sie bereits nach h. M. weitgehend unternehmensbezogen konzipiert ist⁴⁵ und weil sie, wie gesehen,⁴⁶ wegen ihrer vergleichsweise niedrigen Voraussetzungen hinsichtlich der Internalisierung unternehmerischer Schadenskosten keine größeren Probleme aufwirft.

I. Einpersonendelikte

Rechtlich und ökonomisch am einfachsten zu bewerten sind diejenigen Fälle, in denen ein einzelner Repräsentant i. S. des § 31 BGB oder ein einzelner Gehilfe i. S. des § 831 BGB ein vollständiges Delikt begeht. Paradigmatisch für diese hier sog. Einpersonendelikte sind Vorsatzdelikte, die nach h. M. überhaupt nur so begangen werden können, dass ein einzelner Repräsentant oder Gehilfe den ob-

⁴⁴ Vgl. *Buerschaper*, in: *Human Factors*, 2012, 165, 168; *Reason*, *BMJ* 320 (2000), 768.

⁴⁵ Dazu ausf. unten → § 7 B, C.

⁴⁶ Oben → A II.

jektiven und subjektiven Tatbestand des Vorsatzdelikts vollständig verwirklicht. Beispiele wären etwa die Abgabe einer vorsätzlich falschen Kreditauskunft durch eine Sparkassendirektorin (§§ 31, 826 BGB) oder die Veruntreuung von Kundengeldern durch einen Kassierer (§§ 831, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB). Daneben gehören hierher Fälle, in denen der handelnde Repräsentant oder Gehilfe die Rechtsverletzung i. S. des § 823 Abs. 1 BGB unmittelbar herbeiführt oder mittelbar unter Verletzung einer eigenen, persönlichen Verkehrspflicht. Zu denken wäre etwa an eine Paketzustellerin, die fahrlässig einen Verkehrsunfall verursacht. In solchen Fällen realisiert sich oft ausschließlich ein Individualrisiko. Für die Frage, ob es sich bei den Schadenskosten um Unternehmenskosten handelt, die bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten, kann das *Sykes*-Kriterium herangezogen werden;⁴⁷ aus rechtlicher Sicht ist entscheidend, ob das Delikt in Ausführung der übertragenen Verrichtung begangen wurde. Die Internalisierung gelingt bei einer strikten Geschäftsherrhaftung (\approx § 31 BGB) deutlich besser als bei einer verschuldensabhängigen (§ 831 BGB), wo sie u. a. stark von den Regelungen im jeweiligen Innenverhältnis abhängt.

1. Individualrisiken

Mit Individualrisiken sind hier Fehlerquellen gemeint, die sich eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen und kaum oder gar nicht durch systemische, organisationsspezifische Faktoren beeinflusst werden. Wenn sich also der Kassierer im genannten Beispiel trotz funktionierender Anreiz- und Kontrollsysteme, einer ausgeprägten Compliancekultur, technischer Sicherheitsvorkehrungen usw. aus privaten Motiven entscheidet, Kundengelder nicht ordnungsgemäß zu verbuchen, sondern für sich zu behalten, dann würde sich darin ein Individualrisiko in diesem Sinne realisieren. Das Beispiel zeigt aber schon, dass dies in unternehmerischen Zusammenhängen eher die Ausnahme als die Regel ist, weil einzelne Mitarbeiter selten isoliert agieren, sondern meist in unternehmerische Strukturen und Prozesse eingebunden sind, welche die Begehung von Delikten begünstigen oder eben auch erschweren können. Es ist deshalb kein Wunder, dass es Geschädigten und Gerichten oft mühelos gelingt, von einem Gehilfendelikt i. S. des § 831 BGB auf eine Organisationspflichtverletzung weiter oben in der Unternehmenshierarchie auszuweichen, um eine mögliche Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu umgehen und die Haftung stattdessen auf § 823 Abs. 1 BGB (ggf. mit § 31 BGB) zu stützen.⁴⁸ Es gibt aber durchaus auch Fälle, in denen die Rechtsprechung eine solche Organisationspflichtverletzung ausdrücklich verneint, ein Gehilfendelikt aber bejaht hat, also davon ausgegangen ist, dass die Rechtsverletzung allein auf einem Fehler des

⁴⁷ Dazu oben \rightarrow B II.

⁴⁸ Dazu schon oben \rightarrow § 1 B I 3.

Gehilfen beruht.⁴⁹ Bei Vorsatzdelikten – also auch im genannten Kassierer-Beispiel – ist außerdem zu beachten, dass sich die Unternehmenshaftung nicht mit bloßen Organisationsfehlern begründen lässt, die Haftung also auf ein spezifisches Individualrisiko beschränkt ist.

Personenbezogene Fehlerquellen werden in der Organisationsforschung in drei Kategorien eingeteilt:⁵⁰ Erstens geht es um physiologische und biologische Faktoren wie Müdigkeit, Ablenkung, Aufmerksamkeitsstörungen usw.,⁵¹ deren Relevanz sich allerdings durch organisatorische Maßnahmen mindern lässt, z. B. durch eine gute Arbeitsorganisation mit einer hinreichenden Personalausstattung, sachgerechten Arbeits- und Pausenzeiten, Vertretungsregeln usw. sowie einem Arbeitsumfeld, das äußere Störungen reduziert und den Mitarbeitern ermöglicht, sich auf ihre jeweiligen Aufgaben zu konzentrieren. Zweitens kommen individuelles Wissen, Fertigkeiten und Fähigkeiten als personenbezogene Fehlerquellen in Betracht.⁵² Wenn ein Mitarbeiter z. B. nicht weiß, wie eine bestimmte Maschine richtig zu bedienen ist, seine Kolleginnen und Kollegen damit hingegen bestens vertraut sind, dann realisiert sich ein individuelles Risiko, wenn der Mitarbeiter durch einen Bedienungsfehler einen Schaden verursacht. Abhilfe lässt sich ggf. durch eine sorgfältige Personalauswahl sowie Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen schaffen. Drittens sind als mögliche Fehlerursachen relevant die menschliche Informationsverarbeitung und Mechanismen der Motivationsregulation.⁵³ Gemeint sind Fehler aufgrund von begrenzten kognitiven Ressourcen und Gedächtnisprozessen, die dazu führen, dass Menschen zu Komplexitätsreduktionen, Gewohnheiten und Automatismen neigen. Ferner kann menschliches (Fehl-)Verhalten emotional oder gruppenspezifisch motiviert sein, was rational abwägenden Entscheidungen mitunter entgegenstehen und so zu Fehlentscheidungen führen kann. Wichtige motivationale Faktoren in diesem Sinne sind u. a. der Schutz des eigenen Kompetenzzempfindens und das Streben nach sozialer Anerkennung.

2. Internalisierung

Einpersonendelikte von Unternehmensangehörigen verursachen Schadenskosten, die als Unternehmenskosten vom Unternehmensträger getragen werden sollten, wenn sie in einem hinreichend engen Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehen. Aus ökonomischer Sicht kann das *Sykes-Kriterium*

⁴⁹ Vgl. etwa BGH NJW-RR 1996, 867, 868; NJW 1991, 98, 99. Vgl. auch noch BGH NJW 1999, 573, 574; NJW 1973, 1602, 1603. Dazu noch unten → II 1.

⁵⁰ Zum Folgenden *Hofinger*, in: *Human Factors*, 2012, 39, 55 ff.; *Senders/Moray*, *Human Error*, 1991, 49, 55 f.

⁵¹ Vgl. dazu auch *Schaub*, in: *Human Factors*, 2012, 63, 66 ff., 68 ff., 75 ff.

⁵² Vgl. dazu *Brandstätter/Schuler*, in: *Organisationspsychologie*, 2019, 19, 25 ff.

⁵³ *Robbins/Judge*, *Organizational Behavior*, 2017, 100 ff. Vgl. dazu auch *Reason*, *Human Error*, 1990, 97 ff.

herangezogen werden, das danach fragt, ob das Repräsentanten- oder Gehilfen-delikt entfallen wäre, wenn es das Unternehmen nicht gäbe.⁵⁴ Im Kassierer-Beispiel wäre dies etwa zu bejahen, weil der Kassierer dann keinen Zugriff auf die Kundengelder gehabt hätte. Rechtlich kommt es sowohl für § 31 BGB als auch für § 831 BGB darauf an, ob der Repräsentant oder Gehilfe das Delikt in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung verwirklicht hat. Die Rechtsprechung lässt dafür bloße Kausalität nicht genügen, sondern verlangt einen qualifizierten, inneren Zusammenhang zwischen der übertragenen Aufgabe und der Schadenszufügung.⁵⁵ Die Abgrenzung kann durchaus schwierig sein. Selbst wenn in diesem Sinne ein hinreichend enger Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit bejaht wird, ist damit noch nicht gesagt, dass die Schadenskosten in vollem Umfang beim Unternehmensträger internalisiert werden. Ob und ggf. auf welchem Wege dies gelingt, hängt auch davon ab, ob die Haftung auf § 31 BGB oder „nur“ auf § 831 BGB gestützt werden kann.

a) § 31 BGB

Da die Repräsentantenhaftung als strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* ausgestaltet ist, wird das ökonomische Ziel, die Schadenskosten bei dem Unternehmensträger zu internalisieren, in der Regel relativ mühelos erreicht. Oftmals wird der Geschädigte von vornherein nur den Unternehmensträger auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, weil dieser in der Regel zahlungskräftiger ist als der Repräsentant und der Geschädigte so den konkreten Täter nicht zu individualisieren braucht. Außerdem kann er ggf. auch in Bezug auf das Repräsentantendelikt von Beweiserleichterungen profitieren. Ein gutes Beispiel sind die Dieselfälle, in denen die Deliktsklagen nach § 826 BGB nur erfolgreich waren, weil die Rechtsprechung von den Geschädigten lediglich verlangt hat, dass sie hinreichende Anhaltspunkte dafür liefern, dass mindestens ein Repräsentant von den Abgasmanipulationen Kenntnis hatte; sodann wurde den beklagten Herstellerunternehmen die sekundäre Darlegungslast für die Behauptung auferlegt, eine solche Kenntnis habe nicht vorgelegen.⁵⁶ Hätten die Geschädigten stattdessen einen Repräsentanten persönlich aus § 826 BGB in Anspruch nehmen wollen, hätten sie diesen zunächst identifizieren müssen; außerdem hätte ihnen uneingeschränkt der Nachweis obliegen, dass der Repräsentant den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht hat. Die lange Dauer der u. a. in München und Braunschweig

⁵⁴ Dazu oben → B II.

⁵⁵ Vgl. BGH NJW-RR 1989, 723, 725; BGHZ 98, 148, 151 f. = NJW 1986, 2941 f.; BGHZ 49, 19, 23 = NJW 1968, 391, 392; BGHZ 11, 151, 152 f. = VersR 1954, 95; Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 124; MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 831 Rn. 30; Soergel/Krause, 132005, § 831 Rn. 31.

⁵⁶ BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 28; NJW 2020, 2804, 2805 f., Rn. 17–19; BGHZ 225, 316, 330–334 = NJW 2020, 1962, 1966 f., Rn. 34–42.

geführten Strafverfahren gegen ehemalige VW-Manager,⁵⁷ die über sieben Jahre nach Bekanntwerden des Skandals immer noch nicht abgeschlossen sind, deutet an, welche Schwierigkeiten dies bedeutet hätte.

Dass ausschließlich der handelnde Repräsentant in Anspruch genommen wird und nicht der Unternehmensträger kommt in der Praxis eigentlich nur vor, wenn der Unternehmensträger nicht mehr existiert oder zahlungsunfähig ist.⁵⁸ Die Frage der Schadensinternalisierung stellt sich dann nicht mehr. Sollte es ausnahmsweise so sein, dass der Geschädigte nur gegen den Repräsentanten vorgeht, obwohl auch der Unternehmensträger noch greifbar wäre, hat der Repräsentant in der Regel einen Freistellungs- oder Ausgleichsanspruch gegen den Unternehmensträger oder gegen eine Betriebshaftpflichtversicherung oder eine für ihn abgeschlossene D&O-Versicherung, deren Prämien typischerweise der Unternehmensträger bezahlt. Auf dem einen oder anderen Wege werden die Schadenskosten also jedenfalls im Normalfall den Unternehmensträger erreichen. Etwas anders gilt vor allem bei Vorsatzdelikten, weil insoweit im Innenverhältnis meist geregelt ist, dass keine Freistellungs- oder Ausgleichsansprüche bestehen und weil auch Versicherungen vorsätzliche unerlaubte Handlungen und Straftaten in der Regel nicht abdecken.⁵⁹ Das führt dazu, dass die Kosten von Vorsatzdelikten praktisch nie vollständig beim Unternehmensträger internalisiert werden und zwar selbst dann nicht, wenn sie – wie z. B. in den Dieselfällen, bei Korruptionsdelikten oder Kartellverstößen – primär zugunsten des Unternehmensträgers begangen werden und der Repräsentant persönlich allenfalls mittelbar profitiert (z. B. bei erfolgsabhängiger Vergütung).

b) § 831 BGB

Bei der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB ist die Lage differenzierter zu betrachten. Oben in § 1 wurde mit der ganz herrschenden Meinung im rechtsökonomischen Schrifttum bereits festgestellt, dass die Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB rechtspolitisch verfehlt ist, weil sie dazu führen kann, dass der Unternehmensträger Schadenskosten nicht tragen muss, die eigentlich als Kosten seiner unternehmerischen Aktivität anzusehen sind.⁶⁰ In der Folge können die Verhaltensanreize sowohl für den Verrichtungshelfen als auch für die Unternehmensleitung und die sonstigen Unternehmensangehörigen unzureichend sein und die Kosten der Risikotragung

⁵⁷ Vgl. dazu LG Braunschweig, Az. 6 KLS 23/19; LG München II, Az. W 5 KLS 64 Js 22724/19; FAZ v. 9.9.2021, VW-Diesel-Betrugsprozess beginnt ohne Winterkorn, <https://t1p.de/n40n> (abgerufen am 28.12.2022).

⁵⁸ Vgl. *Kraakman*, in: Tort Law, ²2009, 134, 140; *Chapman*, S. Cal. L. Rev. 69 (1996), 1679, 1680; *Kraakman*, Yale L.J. 93 (1984), 857, 858f.

⁵⁹ MünchKommVVG/*Iblas*, ²2017, Nr. 320 Rn. 591 ff.; *VersR-Hdb/Beckmann*, ³2015, § 28 Rn. 117 ff.; *Seitz*, *VersR* 2007, 1476 ff.

⁶⁰ → § 1 B I 1.

sowie die administrativen Kosten fallen höher aus als nötig. Es war allerdings auch schon darauf verwiesen worden, dass im Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gehilfen oft eine andere Schadensverteilung vereinbart wird und außerdem die Grundsätze der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung zu beachten sind.⁶¹ Daraus kann sich ergeben, dass der Unternehmensträger die Schadenskosten doch noch übernehmen muss, obwohl ihm gegenüber dem Geschädigten die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gelungen ist. Ob das ökonomische Ziel der Schadensinternalisierung erreicht wird, entscheidet sich bei der Geschäftsherrnhaftung also oftmals erst im Rahmen des Innenverhältnisses.

Keine besonderen Schwierigkeiten ergeben sich, wenn dem Unternehmensinhaber die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB misslingt oder wenn er sich – was in der Praxis gar nicht so selten vorkommt⁶² – gar nicht erst daran versucht. Dann hat § 831 BGB ökonomisch gesehen denselben Effekt wie § 31 BGB und die Schadenskosten werden vollständig bei dem Unternehmensträger internalisiert. Die Möglichkeit des Geschäftsherrn, sich zu entlasten, erhöht jedoch für den Geschädigten den Anreiz, zusätzlich oder sogar alternativ den Verrichtungsgehilfen persönlich in Anspruch zu nehmen, weil er damit rechnen muss, dass, selbst wenn ihm der Nachweis eines Gehilfendelikts gelingt, die Klage gegen den Unternehmensträger an § 831 Abs. 1 S. 2 BGB scheitert. Wie er sich entscheidet, wird auch davon abhängen, ob sich der Anspruch gegen den Unternehmensträger alternativ z. B. auf § 823 Abs. 1 BGB stützen lässt und wie gut andererseits die Chancen erscheinen, den Schadensersatzanspruch gegen den Gehilfen persönlich durchzusetzen, wofür es u. a. darauf ankommt, ob dieser individualisiert werden kann und wie es voraussichtlich um seine Zahlungsfähigkeit bestellt ist. Soweit dem Geschäftsherrn die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB tatsächlich gelingt, bleibt dem Geschädigten zunächst nur die persönliche Haftung des Gehilfen, sofern dieser nicht nur widerrechtlich, sondern auch schuldhaft gehandelt hat.

Ob der Schaden trotzdem noch beim Unternehmensträger internalisiert wird, hängt dann vom Innenverhältnis ab. Wären die Parteien vollständig informiert und gäbe es keine Transaktionskosten, wäre es nach dem *Coase*-Theorem⁶³ gleichgültig, ob der Ersatzanspruch zunächst nur gegen den Gehilfen gewährt wird oder auch gegen den Unternehmensträger, weil die Parteien die Schadenskosten untereinander durch Verhandlungen so aufteilen könnten, dass eine effiziente Ressourcenallokation erreicht wird. Weil der Unternehmensträger Schä-

⁶¹ → § 1 BI 1b.

⁶² Das dürfte mit den hohen Anforderungen zusammenhängen, die die Rechtsprechung stellt, da sie entsprechenden Vortrag offenbar oft aussichtslos erscheinen lassen.

⁶³ Grundlegend *Coase*, J.L. & *Econ.* 3 (1960), 1 ff. Vgl. dazu *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 2020, 78 ff.; *Miceli*, *Economic Approach*, 2017, 7 ff.; *Morell*, in: *Ökonomische Methoden*, 2017, 45, Rn. 161–165; *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, 2012, 81 ff.

den oft zu geringeren Kosten vermeiden kann (*cheapest cost avoider*)⁶⁴ und weil er in aller Regel der bessere Risikoträger ist und die Haftungsrisiken besser versichern kann (*superior risk bearer, cheapest insurer*),⁶⁵ würden sich die unternehmensangehörigen Gehilfen und die Vertreter des Unternehmensträgers unter den genannten idealen Bedingungen darauf einigen, dass der Unternehmensträger die Haftung übernimmt.⁶⁶ Denn andernfalls müssten die Gehilfen zusätzlich zu ihren Arbeitslöhnen erhebliche Risikoprämien verlangen, die in Summe über den Kosten lägen, die der Unternehmensträger zu schultern hat, wenn er die Haftungsrisiken von vornherein auf sich nimmt. Denn die Risikoprämien müssten auch die höheren Schadensvermeidungs- und Risikotragungskosten auf Seiten der Gehilfen reflektieren, die sich aus den geringeren Möglichkeiten zur Schadensvermeidung und den schlechteren Risikofähigkeiten ergeben. Diese ineffizienten Kosten lassen sich einsparen, wenn der Unternehmensträger die Haftungsrisiken trägt, und von den dadurch erzielten Effizienzgewinnen können beide Parteien profitieren.

In der Realität werden sich effiziente Verhandlungslösungen jedoch oft nicht erreichen lassen, weil weder die Transaktionskosten null sind, noch die Parteien vollständig informiert.⁶⁷ Vielfach wird es hingegen so sein, dass die Gehilfen ihre persönlichen Haftungsrisiken unterschätzen und den Aufwand scheuen, der in der Praxis damit verbunden wäre, Klauseln über die Haftungsverteilung in ihre Arbeitsverträge hineinzuverhandeln. Auch kann sich die Verhandlungsmacht der Parteien erheblich unterscheiden, was eine Einigung auf das effiziente Ergebnis erschweren oder unmöglich machen kann. Dass Gehilfen ihre Haftungsrisiken oft unterschätzen, liegt einerseits an Informationsasymmetrien, die daraus resultieren, dass Mitarbeiter unterhalb der Führungsebene in der Regel keinen vollständigen Einblick in die relevanten unternehmerischen Prozesse haben und deshalb z. B. auch die Wahrscheinlichkeit und die Höhe möglicher Schäden, die sie durch ihre Tätigkeit verursachen könnten, nur unvollkommen einschätzen können. Andererseits können kognitive Verzerrungen wie Selbstüberschätzung (*overconfidence bias*) und Wahrscheinlichkeitsvernachlässigung (*probability neglect*) dazu führen, dass Haftungsrisiken selbst bei vollständiger Information unterschätzt werden.⁶⁸

Verließe man sich nur auf Verhandlungslösungen bestünde also die Gefahr, dass Schadenskosten, die aus ökonomischer Sicht eigentlich der Unternehmensträger tragen sollte, in großem Umfang bei den Gehilfen verbleiben, wenn und

⁶⁴ Dazu schon oben → B I 1.

⁶⁵ Dazu schon oben → B I 2.

⁶⁶ *Kraakman*, in: *Research Handbook*, 2013, 234, 240; *Sykes*, *Yale L.J.* 93 (1984), 1231, 1233 ff.; *Kornhauser*, *Cal. L. Rev.* 70 (1982), 1345, 1347 ff.

⁶⁷ *Sykes*, *Yale L.J.* 93 (1984), 1231, 1242 f.

⁶⁸ Vgl. dazu etwa *Hacker*, *Verhaltensökonomik*, 2017, 86 ff.; *Korch*, *Haftung*, 2015, 35 ff., 59 ff.; *Beck*, *Behavioral Economics*, 2014, 58 ff., 133 ff.

soweit diese im Außenverhältnis wegen § 831 Abs. 1 S. 2 BGB allein haften und im Innenverhältnis keine Möglichkeit haben, die Kosten an den Unternehmens-träger weiterzugeben. Die Rechtsprechung hat dieses rechtspolitische Problem jedoch durch die Grundsätze der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung reduziert („innerbetrieblicher Schadensausgleich“). Danach hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen Freistellungs- oder Ausgleichsanspruch, wenn er im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit leicht fahrlässig einen Schaden verursacht.⁶⁹ Bei mittlerer Fahrlässigkeit wird der Schaden nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten quotenmäßig zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geteilt und bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich allein. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat diese Rechtsprechung, die auch für Schäden gilt, die Arbeitnehmer an Sachen des Arbeitgebers verursachen, ausdrücklich damit begründet, dass der Arbeitgeber den Betrieb organisiert und den Arbeitsprozess steuert.⁷⁰ Der Arbeitnehmer werde in die organisatorische Einheit des Betriebs eingegliedert, „um allein oder zusammen mit den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern den arbeits-technischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeiten zu verwirklichen“. Mit der Eingliederung in die Betriebsorganisation und den „faktischen Gegebenheiten des Arbeitsprozesses (z. B. der Art der vorhandenen, oft besonders wertvollen technischen Anlagen, der Ausgestaltung der Arbeitsorganisation und des Produktionsverfahrens mit qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Arbeitsprodukte)“ werde die Berufsausübung des Arbeitnehmers gesteuert. Der Arbeitgeber könne u. a. die „Modalitäten der Arbeitsleistung (z. B. durch organisatorische oder technische Maßnahmen)“ gestalten und die vom ihm gesetzte Organisation des Betriebs präge das Haftungsrisiko für den Arbeitnehmer. Kraft seiner Organisationsbefugnis könne der Arbeitgeber „Bedingungen für Schadensrisiken schaffen, beibehalten oder verändern, z. B. Gefahrenmomenten entgegenwirken durch Veränderung der Arbeitsabläufe, durch bessere Überwachung oder durch Sicherheitsvorkehrungen“. Durch den Abschluss einer Versicherung könne der Arbeitgeber sein Risiko häufig absichern.

Durch die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs kann eine Internalisierung der Schadenskosten beim Unternehmensträger auch im Anwendungsbereich des § 831 BGB verwirklicht werden und zwar selbst dann, wenn dem Geschäftsherrn der Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ge-

⁶⁹ Hierzu und zum Folgenden BAG NZA 2013, 622, 624, Rn. 20; NZA 2011, 345, 347 f.; BGHZ 157, 9, 16 f. = NJW 2004, 951, 953; BAGE 78, 56 = NZA 1994, 1083, 1085 f.; BAGE 5, 1, 7 = NJW 1958, 235, 237; BGHZ 16, 111, 117–120 = NJW 1955, 458, 459 f.; ErfK/Preis, ²³2023, § 619a BGB Rn. 9 ff.; MünchKommBGB/Henssler, ⁹2023, § 619a Rn. 5 ff.; OSK/Schwarze, ⁴2014, § 16 Rn. 1 ff.

⁷⁰ Hierzu und zum Folgenden BAGE 78, 56 = NZA 1994, 1083, 1085. Vgl. zum Argument des Betriebsrisikos auch *Fischinger*, Haftungsbeschränkung, 2015, 517 ff.; OSK/Hansjörg Otto, ⁴2014, § 3 Rn. 3 ff.

lingt. Allerdings sind die Beschränkungen zu beachten, denen der Schadensausgleich unterliegt. Eine vollständige Abwälzung der Schadenskosten auf den Unternehmensträger erfolgt nur, wenn der Arbeitnehmer lediglich leicht fahrlässig gehandelt hat. Schon bei mittlerer Fahrlässigkeit gehen die Gerichte von einer Quotelung aus und bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz sind Regressansprüche grundsätzlich ausgeschlossen. Die Internalisierung bleibt also unvollkommen und erreicht in der Regel auch nicht dasselbe Maß wie im Anwendungsbereich des § 31 BGB, wo insbesondere eine Schadensteilung bei mittlerer Fahrlässigkeit unüblich ist. Auch werden Regressansprüche gegen Organmitglieder wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Rechtsverstöße zwar gerade in börsennotierten Gesellschaften immer häufiger geltend gemacht,⁷¹ in der Praxis sind jedoch Vergleichslösungen üblich, bei denen die vereinbarten Schadensersatzzahlungen oft erheblich unter den tatsächlichen Schadenskosten liegen.⁷² Das dürfte aus ökonomischer Sicht durchaus sinnvoll sein, weil andernfalls erheblich höhere Risikoprämien im Vorfeld gezahlt werden müssten. Allerdings ist eben auffällig, dass Mitarbeiter auf niedrigeren Ebenen der Unternehmenshierarchie zumindest auf Grundlage der Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich nicht von vergleichbar großzügigen Haftungsfreistellungen profitieren. Es spricht einiges dafür, dass die Schadensinternalisierung bei dem Unternehmensträger damit hinter dem eigentlich optimalen Maß zurückbleibt, weil ein zu großer Teil der Schadenskosten von den Mitarbeitern getragen wird.

II. Verbunddelikte

Wird das Delikt nicht vollständig von einer natürlichen Person begangen, sondern wird die Unternehmenshaftung so begründet, dass an eine eigene Pflicht des Unternehmensträgers angeknüpft und diesem nur das schuldhafte Verhalten eines Repräsentanten oder Gehilfen zugerechnet wird, werden nicht nur in rechtlicher Hinsicht schwierige Fragen aufgeworfen,⁷³ sondern auch die ökonomische Bewertung kann komplexer sein als bei Einpersonendelikten. Paradigmatisch für diese hier sog. Verbunddelikte sind Verkehrspflichtverletzungen z. B. nach § 823 Abs. 1 BGB, sofern Adressat der Verkehrspflicht der Unternehmensträger ist und nicht ein Unternehmensangehöriger persönlich. Beispiele sind die Verletzung der Pflicht eines Warenherstellers, keine Produkte in den Verkehr zu bringen, die den berechtigten Sicherheitserwartungen der Nutzer

⁷¹ *Bachmann*, in: Verh. 70. DJT, 2014, E 12–18. Skeptischer Managerhaftung-HdB/*Lutter*, 2017, Rn. 1.22–28. Vgl. auch BGHZ 135, 244, 251–256 = NJW 1997, 1926, 1927 f.

⁷² Vgl. etwa JUVE v. 10.6.2021, VW einigt sich mit D&O-Versicherern und Ex-Managern, <https://t1p.de/ff0n> (abgerufen am 28.12.2022); FAZ v. 4.5.2021, Rupert Stadler weist Forderung von Volkswagen zurück, <https://t1p.de/t3jv> (abgerufen am 28.12.2022).

⁷³ Dazu schon → § 1 B VI.

nicht entsprechen (§§ 823 Abs. 1, 31 BGB) oder die Verletzung der Streupflicht hinsichtlich des Gehwegs vor dem Werkstor (§§ 823 Abs. 1, 831 BGB). Auch in Verbunddelikten kann sich ein reines Individualrisiko realisieren, z.B. wenn der Hausmeister einfach keine Lust hat, den Gehweg zu streuen. Häufig werden aber auch Organisationsrisiken eine Rolle spielen, womit hier solche Risiken gemeint sind, die sich nicht eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen, sondern die z.B. aus einer unzureichenden Koordinierung oder aus Kommunikationsschwierigkeiten resultieren. So wäre es z.B., wenn zu wenige Hausmeister eingesetzt sind, um alle Wege rechtzeitig zu streuen, wenn die Einkaufsabteilung kein Streusalz besorgt hat, oder wenn die Hausmeister von ihren Vorgesetzten nicht richtig angewiesen worden sind, wann und wie sie die Streupflicht des Unternehmensträgers zu erfüllen haben. Wie gut bei Verbunddelikten das Internalisierungsziel erreicht wird, hängt u. a. davon ab, ob sich ein Individualrisiko oder ein Organisationsrisiko realisiert und worauf die Zurechnung gestützt wird.

1. Individualrisiken

Mit Individualrisiken sind hier Fehlerquellen gemeint, die sich eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen und kaum oder gar nicht durch systemische, organisationsspezifische Faktoren beeinflusst werden.⁷⁴ Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass sich in Verbunddelikten selten nur Individualrisiken realisieren bzw. dass die Haftung selten nur darauf gestützt wird. Die Gerichte begründen die Verkehrspflichthaftung von Unternehmensträgern meist mit Versäumnissen „der Geschäftsleitung“, wobei die konkret verantwortlichen Personen häufig nicht individualisiert werden.⁷⁵ Oft geht es um Organisationsrisiken, deren Verwirklichung pauschal der Leitung angelastet wird, ohne dass die internen Zuständigkeiten hinterfragt würden. Offen bleibt meist sogar, ob die fraglichen Maßnahmen überhaupt auf Ebene der Unternehmensleitung hätten ergriffen werden müssen.⁷⁶ Solange sich behaupten lässt, dass die Versäumnisse in den Zuständigkeitsbereich mindestens eines Repräsentanten i. S. des § 31 BGB fallen, kommt es nicht weiter darauf an, ob ein einzelner Repräsentant verantwortlich ist oder ob mehrere Repräsentanten jeweils für sich oder im Zusammenspiel miteinander Fehler gemacht haben. Anders stellt sich die Lage im Anwendungsbereich des § 831 BGB dar, weil die Rechtsprechung hier auch bei Verbunddelikten die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zulässt.⁷⁷ Das setzt aber voraus, dass sich die Verkehrspflichtverlet-

⁷⁴ Dazu auch schon → I 1.

⁷⁵ Vgl. etwa BGH NJW-RR 1996, 867, 868; NJW 1986, 2757f.; VersR 1976, 149, 151.

⁷⁶ Vgl. etwa BGH NJW-RR 2019, 1304ff.; NJW 2014, 2104ff.; NZV 2014, 167ff.; BGHZ 195, 30ff. = NJW 2013, 48ff.; BGH NJW 2010, 1967f.; NJW 2007, 762ff.

⁷⁷ Dazu schon oben → § 1 B VI 2b.

zung einem einzelnen Gehilfen zuordnen lässt. Denn wenn sich außerdem Organisationsrisiken auswirken, würde die Rechtsprechung die Verantwortung dafür tendenziell wieder bei der Geschäftsleitung verorten, die Haftung auf § 823 BGB (Einzelunternehmer) oder §§ 823, 31 BGB (Gesellschaften) stützen und die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB verweigern.

Fälle, in denen die Rechtsprechung eine Verbundhaftung eines Unternehmensträgers ausschließlich mit individuellen Versäumnissen eines einzelnen Gehilfen begründet, sind wie gesagt selten. Dogmatisch ist oft unklar, ob die Gerichte davon ausgehen, dass der Gehilfe die Pflicht des Unternehmensträgers als eigene übernimmt und daher mit der Pflichtverletzung auch persönlich ein Delikt begeht, oder ob § 831 BGB funktional gesehen als Zurechnungsnorm herangezogen wird, um lediglich das pflichtwidrige und eventuell schuldhaft Verhalten des Gehilfen dem Unternehmensträger zuzurechnen.⁷⁸ Wie die Rechtsprechung bei der Verbundhaftung mit Individualrisiken umgeht, lässt sich anhand von drei Beispielen illustrieren:⁷⁹

(1) Im Feuerwerkskörper-Fall, den der BGH Anfang der 1970er-Jahre zu entscheiden hatte, war der Kläger durch ein Sprengstück eines von ihm selbst gezündeten Feuerwerkskörpers am Auge verletzt worden.⁸⁰ Das Berufungsgericht zog als mögliche Ursachen u. a. einen zu hohen Feuchtigkeitsgehalt oder einen unvorschriftsmäßigen Abschluss der Papphülse des Feuerwerkskörpers in Betracht. Die beklagte Herstellerin verteidigte sich damit, die Feuerwerkskörper würden maschinell gefertigt und trat u. a. Beweis dafür an, dass die Fertigung einer ständigen strengen behördlichen und innerbetrieblichen Kontrolle unterlegen habe und dass die technischen Einrichtungen eine genaue Dosierung des Treibsatzes, einen sicheren Verschluss der Papphülsen und eine ausreichende Trocknung gewährleistet hätten. Der BGH meinte, die Beweisantritte seien allenfalls geeignet, „die Beklagte vom Vorwurf eines Organisationsverschuldens zu entlasten“, was er im Ergebnis offen ließ. Im Rahmen der Produzentenhaftung müsse aber außerdem verlangt werden, dass der Hersteller auch darlege und beweise, „daß der organisierte Produktionsablauf *keiner* Störung durch individuelle Fehlleistungen von Bediensteten ausgesetzt war“.⁸¹ Die Beklagte habe jedoch nicht behauptet, dass der gesamte Produktionsgang so automatisiert gewesen sei, „daß unfallträchtige Mängel durch unsachgemäße Benutzung der Lagerungs- und Trocknungsanlagen [...] ausgeschlossen waren“. Sie hätte deshalb alle Mitarbeiter, die möglicherweise mit der Fertigung des fraglichen Feuerwerkskörpers befasst waren, benennen und sich für jeden einzelnen nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten müssen.

⁷⁸ Dazu schon → § 1 B VI 2b.

⁷⁹ Vgl. auch noch BGH NJW 1999, 573, 574. Zum Ganzen anschaulich Soergel/Krause, 132005, § 823 Anh. II Rn. 58–66.

⁸⁰ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1973, 1602 ff.

⁸¹ BGH NJW 1973, 1602, 1603 (Herv. im Original).

(2) Im Desinfektions-Fall war die Klägerin, die als Raumpflegerin in einem Krankenhaus tätig war, durch Dämpfe eines Desinfektionsmittels an der Gesundheit geschädigt worden.⁸² Das Mittel wurde von einem selbstständigen Desinfektor in Räumen des Krankenhauses versprüht, die dann jeweils für drei Stunden gesperrt, anschließend gelüftet und wieder freigegeben wurden. Die Klägerin behauptete, in einem nicht gesperrten Raum eine größere Menge giftiger Dämpfe eingeatmet zu haben und nun unter Asthma zu leiden. Das Berufungsgericht hatte sowohl eine Organisationspflichtverletzung der Krankenhausleitung als auch eine Haftung des beklagten Krankenhausträgers nach § 831 BGB bejaht. Der BGH hob die Entscheidung auf: Ein Organisationsfehler der Leitung sei nicht festzustellen, es komme daher allenfalls die Haftung nach § 831 BGB in Betracht, wenn der Desinfektor einen Fehler gemacht habe. Konkret stand der Verdacht im Raum, der Desinfektor habe eine unzulässig große Menge des Desinfektionsmittels versprüht. Der BGH bemängelte, das Berufungsgericht hätte sich dann aber näher mit dem Vortrag der Beklagten zur Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB befassen müssen.

(3) Schließlich der Gefahrgutkoordinator-Fall: Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, der Deutschen Bahn, hatte erhebliche Sachschäden erlitten, weil auf einem Bahnhofsgelände ein Gefahrguttransport explodiert war.⁸³ Verantwortlich für den Transport war das beklagte Schweizer Speditionsunternehmen, Unfallursache war, dass deren Gefahrgutkoordinator einen ungeeigneten Transportbehälter ausgewählt hatte. Das Berufungsgericht hatte nur eine Haftung nach § 831 BGB erwogen und diese verneint, weil der Beklagten die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gelungen sei. Der BGH hob auch diese Entscheidung auf: Anders als die Revision meine, könne der Geschäftsleitung der Beklagten kein Organisationsverschulden vorgehalten werden, weil sie diverse Maßnahmen getroffen habe, um die Risiken des Gefahrguttransports zu minimieren. Mit diesen organisatorischen Vorkehrungen habe die Beklagte ihrer Pflicht zur Gefahrensicherung genügt. Nicht überzeugend sei hingegen, dass das Berufungsgericht die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB für gelungen halte. Der Gefahrgutkoordinator hatte in der Vergangenheit offenbar schon mehrfach ungeeignete Transportbehältnisse für Gefahrguttransporte ausgewählt. Der BGH ging deshalb davon aus, dass angenommen werden könne, dass die Geschäftsleitung ihre Überwachungspflicht nicht ausreichend erfüllt habe. Die Beklagte müsse deshalb dartun, in welchen zeitlichen Intervallen und mit welchem Inhalt der Gefahrgutkoordinator der Geschäftsleitung über seine Tätigkeit berichtet habe und ob er stichprobenartig aufgefordert worden sei, seine Sicherungsmaßnahmen zu erläutern. Nur so könne die Beklagte den hohen An-

⁸² Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1991, 98 ff.

⁸³ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW-RR 1996, 867 ff.

forderungen genügen, die für Gefahrguttransporte an die Kontrollpflicht des Geschäftsherrn zu stellen seien.

Drei Punkte sind hervorzuheben: Erstens geht es in allen drei Fällen um Verkehrs(sicherungs)plichten, die zumindest primär an den jeweiligen Unternehmensträger gerichtet waren. Es war die Herstellerin, die dafür verantwortlich war, dass keine unsicheren Feuerwerkskörper in den Verkehr gegeben werden, der Krankenhausträger musste die Sicherheit in den Räumen des Krankenhauses gewährleisten und für die Sicherheit der Gefahrguttransporte war primär das Speditionsunternehmen verantwortlich. Zweitens wird in allen drei Fällen ein Organisationsverschulden verneint und die individuelle Verantwortung des jeweiligen Gehilfen betont: Mitarbeiter der Herstellerin könnten die Produktionsanlagen falsch bedient haben, der Desinfektor hat womöglich zu viel Desinfektionsmittel versprüht und der Gefahrgutkoordinator das falsche Transportbehältnis ausgewählt. Die Verbundhaftung kann also auch damit begründet werden, dass sich ein Individualrisiko verwirklicht hat. Drittens lässt der BGH die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu, obwohl es jeweils um die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers geht. Die Anforderungen werden aber relativ hoch angesetzt, wie insbesondere der Feuerwerkskörper-Fall und der Gefahrgutkoordinator-Fall belegen. Im Rahmen der Entlastung spielen organisationsspezifische Faktoren oft eine erhebliche Rolle, sodass auch und gerade in den auf § 831 BGB gestützten Fällen nicht allein an ein individuelles Verschulden des Verrichtungsgehilfen angeknüpft wird; vielmehr muss stets ein weiteres individuelles Verschulden oder Organisationsverschulden einer Überwachungsperson hinzukommen.

Gerade der letztgenannte Punkt erweist sich im hiesigen Kontext als bedeutsam, weil er zeigt, dass im Rahmen der Verbundhaftung typischerweise an Organisationsrisiken angeknüpft wird, selbst wenn die Rechtsprechung ein individuelles Verschulden in den Mittelpunkt stellt: Am Ende ist entscheidend, ob die Auswahl und Überwachung der Arbeiter in der Feuerwerksfabrik richtig organisiert war, ob das Fehlverhalten des Desinfektors durch häufigere oder bessere Kontrollen hätte verhindert werden können und ob sich die Leitung des Speditionsunternehmens durch regelmäßige Mitarbeitergespräche und stichprobenartige Kontrollen ausreichend darüber informiert hatte, wie der Gefahrgutkoordinator seiner Tätigkeit nachging. Auf dem Boden der h. M. lässt sich die Verbundhaftung des Unternehmensträgers also praktisch nicht allein an einen individuellen Fehler eines Gehilfen anknüpfen; das ergibt sich im Wesentlichen aus der Struktur des § 831 BGB als zusammengesetztem Tatbestand, der an Fehler sowohl des Gehilfen als auch der Auswahl- und Überwachungspersonen anknüpft und sich damit immer auf mindestens zwei Personen bezieht. Die Haftung ausschließlich mit der Verwirklichung eines Individualrisikos zu begründen, ist somit nur im Anwendungsbereich des § 31 BGB möglich.

2. Organisationsrisiken

Mit Organisationsrisiken sind hier in Abgrenzung zu Individualrisiken Fehlerquellen gemeint, die sich nicht eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen, sondern durch systemische, organisationsspezifische Faktoren wie Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung usw. beeinflusst werden. Wie sogleich näher veranschaulicht werden soll, kommt ihnen in der Praxis des Unternehmenshaftungsrechts erhebliche Bedeutung zu. In der Organisationsforschung ist anerkannt, dass eine ausschließlich personenzentrierte Sichtweise auf die Entstehung von Fehlern und Schäden zu kurz greift, weil sie wichtige Faktoren vernachlässigt und wenig über die Sicherheitskultur einer Organisation aussagt.⁸⁴ Unternehmen werden als soziotechnische Systeme angesehen, in denen Menschen, Technik und Prozesse in vielfältigen Interaktionen zusammenwirken. Da menschliche Fehler, aber auch technisches Versagen, nie gänzlich auszuschließen sind, wird die Bedeutung eines effektiven Sicherheitsmanagements für die Schadensvermeidung betont. Danach geht es nicht darum, Fehler unbedingt zu vermeiden, sondern darum, sie rechtzeitig zu erkennen und durch sachgerechte Maßnahmen ihre Folgen zu begrenzen. Dafür kommt es entscheidend auf organisatorische Rahmenbedingungen wie z. B. die Arbeitsorganisation, Prozess- oder Verfahrensabläufe, das Informationsmanagement, technische Sicherheitsvorkehrungen oder Kontrollmechanismen an. Individuelle Fehler werden in der Regel nur zu Unfällen, wenn das soziotechnische System des Unternehmens gleich an mehreren Stellen nicht richtig organisiert war. Der britische Psychologe *Reason* hat dies mit dem sog. Schweizer-Käse-Modell veranschaulicht, bei dem Sicherheitsebenen eines Systems mit aufeinanderliegenden Käsescheiben verglichen werden:⁸⁵ In jeder Käsescheibe kann es Löcher geben, die für die Schwachstellen auf der jeweiligen Sicherheitsebene stehen. Ein Fehler kann jedoch nur durch alle Sicherheits- und Schutzmaßnahmen „hindurchschlüpfen“, wenn jede Scheibe mindestens ein Loch hat und die Löcher außerdem übereinanderliegen. So gesehen gibt es im unternehmerischen Kontext praktisch keine Schäden, die allein auf individuellen Versäumnissen beruhen, weil sich fast immer Maßnahmen auf vor- oder nachgelagerten Prozessstufen denken lassen, die hätten verhindern können, dass aus einem einzelnen Fehler ein Schaden geworden ist.

Ein anschauliches Beispiel bietet ein Fall, über den der BGH Mitte der 1980er-Jahre zu entscheiden hatte: Der Erstkläger hatte bei einer Operation einen Hirnschaden erlitten, weil es während der Narkose zu einer Beatmungs-

⁸⁴ *Buerschaper*, in: *Human Factors*, 2012, 165, 168; *Reason*, *BMJ* 320 (2000), 768.

⁸⁵ Grundlegend *Reason*, *Human Error*, 1990, 173 ff. Vgl. auch *Hofinger*, in: *Human Factors*, 2012, 39, 43 ff.; *Reason*, *BMJ* 320 (2000), 768, 769; *Reason*, *Organizational Accidents*, 1997, 9 f.; Wikipedia, Schweizer-Käse-Modell, <https://t1p.de/xy6h> (abgerufen am 28.12.2022).

blockade kam, die die anwesenden Ärzte nicht rechtzeitig bewältigten.⁸⁶ Die Aufklärung des Sachverhalts ergab, dass der Zweitbeklagte als Narkosearzt für drei gleichzeitige Operationen eingeteilt war und zwei relativ unerfahrene Kollegen die Narkosen an den beiden Operationstischen überwachten, an denen sich der Zweitbeklagte gerade selbst nicht aufhielt. Die Narkose des Klägers wurde von einem Arzt überwacht, der erst seit wenigen Wochen approbiert war. Die Klinik war im Bereich der Anästhesie schon länger unterbesetzt, der Operationsbetrieb wurde nur mit zahlreichen Überstunden und Improvisationen aufrechterhalten. Sowohl die Ärzte als auch die Krankenhausleitung kannten die Probleme, man bemühte sich aber, die angesetzten Operationen notfalls mit wenig erfahrenen Ärzten und qualifiziertem Pflegepersonal „durchzuziehen“. Es liegt auf der Hand, dass man solchen Fällen nicht gerecht wird, wenn man nur auf die Fehler der handelnden Personen in der Situation abstellt, in der es letztlich zum Schaden kommt. Vielmehr sind deren Spielräume von vornherein durch Entscheidungen beschränkt, die andere Personen früher getroffen haben,⁸⁷ z.B. über die Ausschreibung und Besetzung offener Stellen, die Annahme von Patienten, die Kooperation mit anderen Kliniken, die Aufstellung von Dienstplänen, die Anleitung und Unterstützung von Personal mit wenig Erfahrung oder das planerische und das operative OP-Management. Zudem ist offenkundig, dass Koordinations- und Kommunikationsfehler drohen, wenn drei Narkoseärzte mit jeweils unterschiedlichem Kenntnis- und Erfahrungsstand in Abstimmung miteinander gleichzeitig drei Operationen überwachen müssen. Damit steht in Einklang, dass der BGH die Haftung des Krankenhausträgers in erster Linie mit einem Organisationsverschulden begründet hat, nicht mit einem Fehlverhalten der Ärzte.⁸⁸

Die Rechtsprechung bleibt der individualistischen Konzeption des Deliktsrechts auch in solchen Fällen im Grundsatz treu und lastet in der Regel sämtliche Organisationsfehler „der Geschäftsleitung“ an, also dem Unternehmensinhaber oder den Repräsentanten i. S. des § 31 BGB. Systemische Risiken werden also zumindest im Bereich der Verschuldenshaftung nicht offen dem Unternehmensträger als Träger der Organisation zugeordnet, sondern ihre Bewältigung wird pauschal zur Chefsache erklärt und pseudo-individualisiert. Allerdings wird so gut wie nie hinterfragt, wer tatsächlich dafür verantwortlich gewesen wäre, die entsprechenden organisatorischen Maßnahmen zu veranlassen und welche Hierarchieebenen in ihre Umsetzung eingebunden gewesen wären. Bei genauerem Hinsehen entpuppt sich das Organisationsverschulden der Geschäftsleitung oft eher als „Verschulden der Organisation“, weil letztlich nur festgestellt wird, dass innerhalb des Unternehmens Sicherheits- oder Schutz-

⁸⁶ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 95, 63 ff. = NJW 1985, 2189 ff.

⁸⁷ Vgl. hierzu auch *Buerschaper*, in: *Human Factors*, 2012, 165, 168.

⁸⁸ BGHZ 95, 63, 71–75 = NJW 1985, 2189, 2191 f.

maßnahmen unterblieben sind, die den konkreten Schaden wahrscheinlich verhindert hätten. Die Maßnahmen werden auch spezifiziert, nicht jedoch die zuständigen Personen. Zu einer echten Organisationshaftung haben sich die deutschen Gerichte bisher freilich nicht allgemein durchringen können.⁸⁹ Nur im Bereich der Gefährdungshaftung für (Industrie-)Anlagen und Verkehrsmittel wird auf eine Individualisierung typischerweise völlig verzichtet. Dabei liegt nahe, dass auch und gerade die Rechtsprechung zu den sog. betrieblichen Organisationspflichten in funktionaler Hinsicht vor allem dazu dient, Organisationsrisiken im vorgenannten Sinn zu erfassen und dass es wegen ihres systemischen Charakters oft nicht sinnvoll ist, diese Risiken individuell zuzuordnen. Andererseits liegt aus ökonomischer Sicht auf der Hand, dass Schäden, die dadurch entstehen, dass sich unternehmerische Organisationsrisiken realisieren, Folgen der unternehmerischen Aktivität sind und daher als Unternehmenskosten bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten. Das soll im Folgenden anhand von Beispielen veranschaulicht werden.

a) Personalrisiken

Eine erste wichtige Gruppe unternehmerischer Organisationsrisiken sind die Personalrisiken. Dabei geht es z. B. um Probleme, die sich in den Bereichen der Personalplanung, der Personalentwicklung oder der Personalorganisation ergeben können, also etwa um Schwierigkeiten bei der Gewinnung von hinreichend qualifiziertem Personal oder bei der Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiter. Der oben bereits erwähnte Krankenhaus-Fall ist ein gutes Beispiel: Der Krankenhaussträger hatte seit Jahren mit personellen Engpässen im Bereich der Anästhesie zu kämpfen.⁹⁰ Die vorhandenen Ärzte mussten zahlreiche Überstunden leisten und arbeiteten teilweise übermüdet. Oberärzte hatten keine Zeit, weniger erfahrene Ärzte anzuleiten oder zu überwachen, gleichzeitig kamen oft Ärzte am Anfang ihrer fachärztlichen Ausbildung zum Einsatz, weil erfahrene Ärzte nicht zur Verfügung standen. Die beteiligten Ärzte und die Krankenhausverwaltung kannten die Zustände, trotzdem wurde nichts unternommen, um z. B. die Zahl der Operationen zu verringern. Hier wurden offenkundig von mehreren Personen an verschiedenen Stellen in der Organisation Fehler gemacht, die letztlich dazu führten, dass am Ende ein Patient schwer an seiner Gesundheit geschädigt wurde. Denn es war nicht nur nicht gelungen, genügend qualifizierte Anästhesisten anzuwerben, sondern auch die konkrete Arbeitsorganisation erwies sich als unzureichend, da Dienstpläne oft improvisiert wurden und Vertretungsregelungen nicht funktionierten.

Auch sonst spielen Personalrisiken in der Entscheidungspraxis eine bedeutende Rolle. Mit Blick auf § 831 BGB stehen Risiken im Vordergrund, die sich

⁸⁹ Vgl. auch Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 69.

⁹⁰ BGHZ 95, 63, 72 f. = NJW 1985, 2189, 2191 f.

aus einer unsorgfältigen Auswahl oder Überwachung von Mitarbeitern ergeben können. Verlangt wird u. a., dass sich der Arbeitgeber der fachlichen Qualifikation und ggf. auch der charakterlichen Eignung seiner Arbeitnehmer versichert⁹¹ und das er sein Personal wenigstens stichprobenartig überwacht und zwar ggf. auch außerhalb der eigenen Betriebsstätten.⁹² Das Reichsgericht hatte schon im Omnibus-Fall gefordert, dass die beklagte Aktiengesellschaft ihr Personalwesen so organisiert, dass sie über Verkehrsverstöße ihrer Fahrer informiert wird, z. B. indem sie entsprechende Anzeigepflichten in die Arbeitsverträge aufnimmt.⁹³ Das zeigt, dass Pflichten zur Beherrschung von Personalrisiken deutlich über die sorgfältige Auswahl und Überwachung des einzelnen Gehilfen hinausgehen können. Im Gefahrgutkoordinator-Fall hat der BGH verlangt, dass sich die Geschäftsleitung regelmäßig von dem Gefahrgutkoordinator über dessen Tätigkeit berichten lässt und ihn stichprobenartig auffordert, seine Sicherungsmaßnahmen für einzelne Gefahrguttransporte zu erläutern.⁹⁴ Über § 831 BGB hinaus haben Reichsgericht und BGH zudem seit jeher betont, dass der Unternehmensträger im Rahmen der allgemeinen betrieblichen Organisationspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB ggf. zu weiteren Maßnahmen im Bereich des Personalmanagements verpflichtet sein kann. So ist z. B. im Schubstreben-Fall gefordert worden, dass der Unternehmer konkrete Aufsichtsweisungen für den Fall trifft, dass der einzige für ein bestimmtes Prüfverfahren ausgebildete Angestellte ausfällt.⁹⁵ Insbesondere hätte es genauer Vorgaben bedurft, wer als Ersatzmann eingesetzt werden durfte und welche zusätzlichen Sicherungs- und Überwachungsmaßnahmen vorzunehmen waren. Der Unternehmer muss also auch dafür vorsorgen, dass seine ursprüngliche Personalplanung nicht aufgeht und trägt das Risiko, dass infolge von Ausfällen und Personalengpässen nicht hinreichend qualifizierte Kräfte zum Einsatz kommen.

Die Rechtsprechung verortet die Verantwortung für Personalrisiken pauschal bei der Geschäftsleitung, obwohl oft näher liegt, dass die notwendigen Maßnahmen anderswo im Unternehmen zu ergreifen gewesen wären. Im vorgenannten Krankenhaus-Fall dürfte über Dienstpläne und Vertretungsregelungen eher auf der jeweiligen Station entschieden worden sein und auch im Schubstreben-Fall scheint es unwahrscheinlich, dass es tatsächlich in den Aufgabenbereich der Geschäftsleitung fiel, die Vertretung des ausgefallenen Mitarbeiters zu regeln, der zwar eine für die Sicherheit der Schubstrebe wichtige Aufgabe zu erfüllen hatte, letztlich aber doch ein einfacher Arbeiter in der End-

⁹¹ BGH VersR 1966, 929, 930; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 45; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 48.

⁹² BGH NJW 1997, 2756, 2757; VersR 1984, 67; VersR 1966, 364f.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 46.

⁹³ RGZ 78, 107, 110f. (1911).

⁹⁴ BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

⁹⁵ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1968, 247, 249.

kontrolle der Fabrikation der Beklagten war. Oft liegt gerade bei Personalrisiken nahe, dass Mitarbeiter an verschiedenen Stellen des Unternehmens auf eine Begrenzung der Risiken hinwirken könnten, z.B. weil Kompromisse bei der Personalgewinnung durch bessere Weiterbildung und Trainings oder eine sorgfältigere Überwachung ausgeglichen werden können. Außerdem wird die Aufsichtstätigkeit meist sowohl von Vorgesetzten im operativen Bereich ausgeübt als auch von der zentralen Personalverwaltung.

b) Prozessrisiken

Als zweites Beispiel für unternehmerische Organisationsrisiken, die in der Rechtspraxis eine erhebliche Rolle spielen, lassen sich Prozessrisiken nennen. Damit sind im hiesigen Kontext nicht Risiken im Zusammenhang mit Gerichtsprozessen gemeint, sondern Risiken, die sich durch Fehler in unternehmerischen Geschäftsprozessen ergeben, also im Rahmen der sog. Ablauforganisation. Zu Fehlern kann es hier z.B. kommen, weil Informationsflüsse nicht richtig organisiert sind oder weil es zu Abstimmungsproblemen zwischen verschiedenen Organisationseinheiten kommt. Die Rechtsprechung geht oft von einem streng hierarchischen Organisationsverständnis aus und betont die Verantwortung der Geschäftsleitung für die Prozessorganisation. Sie verlangt insbesondere, dass nachgeordnete Mitarbeiter genauestens instruiert werden, wie sie ihre Aufgaben zu erfüllen haben. So hat der BGH im Rübenschnitzel-Fall von den Organen (!) der beklagten Deutschen Bundesbahn verlangt, durch entsprechende Dienstvorschriften die mit der Reinigung von Güterwaggons betrauten Arbeiter anzuhalten, die Wagen nach dem Transport von Bleiresten besonders gründlich zu reinigen und das Ergebnis sorgfältig zu überprüfen.⁹⁶ Einem Tiefbauunternehmer hat der BGH auferlegt, seine örtlichen Bauleiter und aufsichtsführenden Poliere klar und eindringlich anzuweisen, wann und wie sie sich über Lage und Verlauf von Versorgungsleitungen an Hand zuverlässiger Unterlagen der in Betracht kommenden Versorgungsunternehmen zu vergewissern haben.⁹⁷ In einem weiteren Fall hat der BGH betont, zur „sachgerechten Organisation“ eines Unternehmens, das mehrere Kfz-Werkstätten betreibt, gehöre es „selbstverständlich, daß ihre technische Betriebsleitung Anweisungen des Herstellerwerks zur Verwendung der Ersatzteile an ihre Angestellten und Arbeiter weitergab“.⁹⁸ Der Kläger hatte einen Verkehrsunfall erlitten, weil in seinem Auto ein falsches Ersatzteil verbaut worden war.

In solchen Fällen realisieren sich vor allem Risiken der Arbeitsteilung und eines unzureichenden Wissensmanagements. Die handelnden Personen verfügen nicht über hinreichende Kenntnisse oder Fähigkeiten, um das Schadensrisi-

⁹⁶ BGHZ 17, 214, 220f. = NJW 1955, 1314, 1315.

⁹⁷ BGH NJW 1971, 1313, 1314f.

⁹⁸ BGH VersR 1978, 722, 723.

ko selbst zu erkennen und zu bewältigen, in anderen Organisationseinheiten des Unternehmens ist das nötige Gefahrwissen jedoch vorhanden. Wäre der Tiefbauunternehmer selbst auf der Baustelle gewesen und hätte er selbst die Arbeiten geleitet oder sogar persönlich ausgeführt, dann hätte sich das Problem nicht gestellt, dass die handelnden Personen offenbar nicht wussten, welche Vorsichtsmaßnahmen zu ergreifen waren, um die Beschädigung von Versorgungsleitungen möglichst zu verhindern. Ganz ähnlich im Rübenschntzel-Fall: Die Arbeiter, die mit der Reinigung der Waggons betraut waren, wussten nicht, mit welchen Gütern die Waggons beladen waren und welche Güter als nächstes geladen werden würden. Sie konnten also von sich aus nicht erkennen, dass eine besonders gründliche Reinigung geboten war, weil zuletzt Bleireste transportiert worden waren und als nächstes Zuckerrüben als Tierfutter geladen werden sollten. Es ist dann eine Frage der unternehmerischen Prozessorganisation und konkret des Informationsmanagements, dass dafür gesorgt wird, dass die Abteilungen, die über das nötige Gefahrwissen verfügen, ihre Kenntnisse mit den handelnden Personen im operativen Bereich des Unternehmens teilen. Sind die Informationsflüsse nicht richtig organisiert und weiß daher die eine Hand nicht, was die andere tut, realisiert sich eindeutig ein Organisationsrisiko. Ob sich dieses jedoch immer sachgerecht auf der Ebene der Geschäftsleitung oder eines sonstigen Repräsentanten nach § 31 BGB verorten lässt, scheint wiederum fraglich. Das belegt von den genannten Beispielen wohl am besten der Rübenschntzel-Fall, in dem das Problem eher darin bestanden haben dürfte, dass diejenigen Mitarbeiter, die entschieden, welche Waggons für welche Aufträge eingesetzt werden, offenbar kein hinreichendes Problembewusstsein hinsichtlich der wechselnden Ladungen hatten, und dass die Reinigungsteams aus jenem Bereich des Unternehmens wohl keine konkreten Anweisungen erhielten. Damit hat sich ein klassisches Problem der Arbeitsteilung realisiert, zu dem Mitarbeiter an verschiedenen Stellen und auf verschiedenen Hierarchieebenen des Unternehmens beigetragen haben.

c) Technikrisiken

Die dritte Gruppe wichtiger Organisationsrisiken, die hier erwähnt werden soll, sind Technikrisiken, also Risiken, die sich durch den Ausfall oder Fehlfunktionen von Maschinen, IT-Systemen usw. ergeben. Es liegt auf der Hand, dass unternehmerische Technikrisiken auch infolge der weiter zunehmenden Digitalisierung und Automatisierung immer wichtiger werden. Erfasst sind letztlich alle wesentlichen Unternehmensbereiche, von der Managementebene über die Kernfunktionen Beschaffung, Produktion und Vertrieb bis hin zu den Querschnitts- und Servicefunktionen. Schadensrisiken können sich dadurch ergeben, dass Maschinen oder IT-Systeme nicht richtig funktionieren, aber auch dadurch, dass es zu Problemen bei der Bedienung kommt, z. B. weil Mitarbeiter

im Umgang mit den Systemen nicht ausreichend geschult sind (Mensch-Technik-Interaktionen).⁹⁹ In der Praxis des Unternehmenshaftungsrechts spielt technisches Versagen bisher außerhalb der Gefährdungshaftung allerdings eine erstaunlich geringe Rolle. Im Bereich der Verschuldenshaftung scheint es praktisch nicht vorzukommen, dass sich Unternehmen damit zu verteidigen versuchen, der Schaden sei durch unvorhersehbare oder unvermeidbare technische Schwierigkeiten verursacht worden. Zur Produzentenhaftung finden sich immerhin Entscheidungen, in denen die sachgerechte technische Ausstattung des Produktionsprozesses diskutiert wird, allerdings meist in dem Sinne, dass die technischen Einrichtungen für ausreichend befunden werden oder das eine weitergehende Automatisierung verlangt wird.¹⁰⁰ Das Versagen technischer Einrichtungen ist auch hier soweit ersichtlich kein Thema, was den Schluss nahelegt, dass Unternehmens- und Prozessvertreter offenbar oft annehmen, die Gerichte würden z. B. mithilfe von strengen Verkehrspflichten Wege finden, für die Verwirklichung von Technikrisiken den Unternehmensträger verantwortlich zu machen. Selbstverständlich ist das nicht, da die Gerichte bisher wohl eher dazu neigen, bei einem für den Nutzer nicht vorhersehbaren Technikversagen die Haftung mangels Verschuldens abzulehnen.¹⁰¹ Soweit es um Technik innerhalb der betrieblichen Sphäre des Unternehmens geht, können dem Geschädigten ggf. Beweiserleichterungen zugutekommen. Im Übrigen bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung insbesondere mit Blick auf den unternehmerischen Einsatz von Robotern, Softwareagenten und anderen autonomen Systemen positionieren wird. In der Literatur wird prognostiziert, die Verschuldenshaftung könne hier an ihre Grenzen kommen.¹⁰²

d) Produktrisiken

Schließlich sind auch Produktrisiken heute typischerweise Organisationsrisiken, in denen sich nicht individuelle Fehler einzelner Mitarbeiter realisieren, sondern systemische und organisationsspezifische Faktoren, z. B. ein unzureichendes Risikomanagement. Mit Produktrisiken sind hier Gefahren gemeint, die durch Mängel im Produktionsprozess und Fehler an den Produkten des Unternehmens für Rechtsgüter der Nutzer drohen und die im Falle ihrer Verwirklichung zu erheblichen Kosten für das Unternehmen führen können, z. B. durch

⁹⁹ Vgl. dazu *Teubner*, AcP 218 (2018), 155, 196 ff.

¹⁰⁰ Vgl. BGHZ 129, 353, 363 f. = NJW 1995, 2162, 2164; BGH NJW 1973, 1602, 1603; VersR 1971, 80, 81; BGHZ 51, 91, 108 = NJW 1969, 269, 275 f.

¹⁰¹ Vgl. etwa BGHZ 54, 332, 333–336 = NJW 1971, 32 (stark gekürzt); OLG Frankfurt, NJW 2018, 637, Rn. 17; MünchKommBGB/*Grundmann*, 92022, § 278 Rn. 46; *Spindler*, JZ 2016, 805, 816; *M. Wolf*, JuS 1989, 899 f.

¹⁰² Vgl. dazu *Wagner*, VersR 2020, 717, 726 ff.; *Körber/König*, in: *Industrie 4.0*, 2020, 257, 267; *Teubner*, AcP 218 (2018), 155, 189 ff.; *Horner/Kaulartz*, in: *Internet*, 2015, 501, 509; tendenziell a. A. *Thöne*, *Autonome Systeme*, 2020, 265 ff.

Rückrufe und Reparaturen, Haftung oder Imageverluste. Dass es heute praktisch ausgeschlossen ist, dass ein einzelner individueller Fehler zu Produktschäden führt, liegt einerseits daran, dass Produktionsprozesse stark arbeitsteilig organisiert und zudem immer weitergehend automatisiert sind, andererseits daran, dass sie in das betriebliche Risikomanagement einbezogen werden, in dessen Rahmen systematisch darauf hingearbeitet wird, Produktrisiken möglichst frühzeitig zu identifizieren, zu bewerten und zu kontrollieren. Dafür werden alle Stufen des Produktionsprozesses von der Entwicklung über die Fertigung bis hin zur Auslieferung einbezogen, sämtliche Risiken analysiert und Strategien entwickelt, wie betriebliche Schwachstellen beseitigt und Risiken vermindert werden können. Eine wichtige Rolle kommt dabei dem Qualitätsmanagement und besonders der Qualitätssicherung z. B. durch Wareneingangsprüfung, Lieferantenbewertung und Fertigungskontrolle zu. Gerade durch Messungen und Prüfungen am Ende der industriellen Fertigung lässt sich sicherstellen, dass keine fehlerhaften Produkte in den Verkehr gegeben werden. Passiert z. B. im Rahmen der Produktentwicklung oder im Rahmen der Fertigung ein Fehler, sollte in der Regel auf späteren Stufen des Produktionsprozesses noch bemerkt und verhindert werden, dass das Produkt den Markt erreicht und bei Nutzern zu Schäden führen kann. Erinnerung sei nochmal an das Schweizer-Käse-Modell von *Reason*, das sich auch in diesem Kontext zur Illustration heranziehen lässt.¹⁰³ Die Herstellung fehlerhafter Produkte ist deshalb genauso wie die Herstellung fehlerfreier Produkte in der Regel eine Teamleistung, bei der Fehler auf mehreren Stufen des Produktionsprozesses passieren müssen, bevor es tatsächlich dazu kommen kann, dass ein fehlerhaftes Produkt zum Kunden gelangt und dort Schäden verursacht.

Schon in den großen Debatten über die Produkthaftung Ende der 1960er- und Anfang der 1970er-Jahre sind diese Zusammenhänge richtig erkannt worden. *Simitis* betonte, im Rahmen der industriellen Produktion sei die individuelle Tätigkeit jedes Arbeitnehmers ebenso ein „planmäßiger, vorausberechneter Bestandteil eines Gesamtprozesses“ wie die Leistung jeder Maschine.¹⁰⁴ Fehlleistungen einzelner seien deshalb Bestandteile eines geschlossenen Vorgangs, der Produktion. Jeder Produktschaden sei „eine Frage der Unternehmensorganisation“ und nicht der Tätigkeit eines Verrichtungsgehilfen.¹⁰⁵ Auch *Giesen* hob hervor, selbst Fabrikationsfehler seien in Wirklichkeit keine Fehlleistung irgendeiner Hilfskraft, sondern „eine Fehlleistung des Unternehmens selbst“.¹⁰⁶ Denn auch der Fabrikationsfehler könne nur deshalb „auf den Markt gelangen und dort Schaden anrichten, weil die Mängel in der Auslieferungskontrolle durchschlüpfen“. Heute muss dies wegen der immer weiter voranschreitenden

¹⁰³ Dazu oben bei → Fn. 85.

¹⁰⁴ *Simitis*, Grundfragen, 1967, 72f.

¹⁰⁵ *Simitis*, in: Verh. 47. DJT, Bd. 1, 1968, C 51; zustimmend *Giesen*, JR 1973, 503f.

¹⁰⁶ *Giesen*, NJW 1969, 582, 586.

Automatisierung und der immer ausgefeilteren Qualitätskontrolle erst recht gelten. Zwar können einzelne Mitarbeiter natürlich auch heute noch Fehler machen, zu einem Produktschaden kann es aber nur kommen, wenn der Fehler außerdem nicht gemeldet oder entdeckt und daher nicht behoben wird und das Produkt trotzdem auf den Markt gelangt. Dann müssen aber weitere Fehler bei anderen Menschen, Maschinen oder Prozessen passiert sein, sodass sich letztlich ein Versagen des soziotechnischen Systems realisiert, welches das Unternehmen darstellt, und nicht bloß ein individueller Fehler.

Es ist daher konsequent, dass die Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz als echte Unternehmenshaftung ausgestaltet ist, die unmittelbar den Hersteller und damit letztlich die gesamte Unternehmensorganisation adressiert.¹⁰⁷ Für die Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB ist der BGH in der Vergangenheit vielfach implizit davon ausgegangen, dass jeder Produktfehler ein Versäumnis der Geschäftsleitung nahelegt, also des Unternehmensinhabers oder der Repräsentanten i. S. des § 31 BGB.¹⁰⁸ Damit hat er formal an der individualistischen Konzeption des Deliktsrechts festgehalten, allerdings ist nicht erkennbar, dass er sich jemals wirklich für die internen Zuständigkeiten interessiert hätte. In der Pferdeboxen-Entscheidung behauptet der BGH z. B., den „für die Konstruktion verantwortlichen verfassungsmäßig berufenen Vertretern der Beklagten“ hätte bewusst sein müssen, dass die Konstruktion der Boxentrennwände für die Pferde gefährlich war,¹⁰⁹ wer die Boxen tatsächlich konstruiert hatte, wird jedoch gar nicht erwähnt. Da die Frage des Verschuldens für die Produzentenhaftung praktisch kaum noch eine Rolle spielt, seit der BGH im Hühnerpest-Fall die Beweislast umgekehrt hat¹¹⁰ und nun von den Herstellerunternehmen verlangt, sich hinsichtlich des Verschuldens zu entlasten, finden sich auch Entscheidungen, in denen überhaupt keine Individualisierung mehr erfolgt, sondern schlicht auf das Herstellerunternehmen als solches abgestellt wird. So hat der BGH z. B. im Airbag-Fall, den er parallel auf Grundlage des ProdHG und nach § 823 Abs. 1 BGB geprüft hat, immer nur auf „die Beklagte“ abgestellt (es ging um die BMW AG) und zwar selbst in solchen Passagen, in denen es z. B. um die Kenntnis möglicher Produktgefahren ging.¹¹¹ Dabei mag es sich um eine sprachliche Vereinfachung handeln und doch lässt sich immerhin feststellen, dass es offenbar keiner Individualisierung bedurfte,

¹⁰⁷ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 4 ProdHaftG Rn. 8; Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 4 ProdHaftG Rn. 1; Rolland, ProdHR, 1990, § 4 ProdHaftG Rn. 7; Schmidt-Salzer, in: Umwelthaftung, 1996, 59, 67; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Bd. III/1, ²1990, Rn. 4.190; Schlechtriem, VersR 1986, 1033, 1039.

¹⁰⁸ Vgl. BGH NJW 1990, 906, 907; BGHZ 80, 186, 197 = NJW 1981, 1603, 1605; BGH NJW 1973, 1602, 1603; BGHZ 59, 303, 309 = NJW 1972, 2300, 2302.

¹⁰⁹ BGH NJW 1990, 906, 907.

¹¹⁰ BGHZ 51, 91, 103–107 = NJW 1969, 269, 274f. Vgl. auch BGHZ 80, 186, 196f. = NJW 1981, 1603, 1605.

¹¹¹ BGHZ 181, 253, 267 = NJW 2009, 2952, 2956, Rn. 31.

um das Urteil zu begründen. Auch wenn der BGH also für die dogmatische Konstruktion der Produzentenhaftung am Konzept einer Verbundhaftung mithilfe von § 31 BGB festhalten mag, ähneln die praktischen Ergebnisse einer echten Organisationshaftung. Jedenfalls scheint auch die Rechtsprechung Produktrisiken typischerweise als Organisationsrisiken anzusehen und sie dem Unternehmensträger unmittelbar und weitgehend unabhängig davon zuzuordnen, ob sich ein individuelles Verschulden realisiert.

3. Internalisierung

Werden Schäden durch Verbunddelikte verursacht, liegt meist auf der Hand, dass es sich bei den Schadenskosten um Unternehmenskosten handelt, die ökonomisch gesehen der Unternehmensträger tragen sollte. Eine entsprechende Zuordnung der Kosten wird schon durch den Umstand nahegelegt, dass im Mittelpunkt des Verbunddelikts eine eigene Pflicht des Unternehmensträgers steht. Verletzt ein Verkäufer z.B. die Streupflicht, die rechtlich seiner Arbeitgeberin als Inhaberin des Ladenlokals zugeordnet ist, dann liegt schon wegen dieser Pflichtenträgerschaft nahe, dass es sich bei den Schadenskosten um Unternehmenskosten handelt. Da sich das schuldhafte Verhalten des Mitarbeiters auf die Erfüllung einer Unternehmenspflicht bezieht, ist das *Sykes-Kriterium*¹¹² ohne Weiteres erfüllt, weil logisch ausgeschlossen ist, dass der Mitarbeiter die Pflicht auch erfüllen müsste, wenn es das Unternehmen nicht gäbe. Auch rechtlich gibt es mit der Zuordnung zum Unternehmensträger im Grundsatz keine Schwierigkeiten, weil die Erfüllung oder Verletzung von Unternehmenspflichten immer „in Ausführung der übertragenen Verrichtung“ i.S. von §§ 31, 831 BGB erfolgt. Ob jedoch das ökonomische Ziel der Internalisierung erreicht wird, steht damit noch nicht fest. Ob die Schadenskosten in vollem Umfang bei dem Unternehmensträger internalisiert werden, hängt hingegen wie bei Einpersonendelikten auch davon ab, ob die Verbundhaftung des Unternehmensträgers auf § 31 BGB oder „nur“ auf § 831 BGB gestützt werden kann.

a) § 31 BGB

Lässt sich argumentieren, dass die Unternehmenspflicht durch einen Repräsentanten i.S. des § 31 BGB verletzt wurde, wird das Internalisierungsziel in den Grenzen der gesetzlichen Haftungstatbestände umfassend verwirklicht. Im Unterschied zu Einpersonendelikten kommt eine persönliche Haftung des Repräsentanten grundsätzlich nicht in Betracht, wenn ihn keine eigene Pflicht trifft, sondern er „nur“ die Pflicht des Unternehmensträgers schuldhaft verletzt. Deshalb kann es auch nicht dazu kommen, dass zunächst nur der Repräsentant in Anspruch genommen wird und die Schadenskosten erst über Aus-

¹¹² Dazu oben → B II.

gleichs- oder Freistellungsansprüche im Innenverhältnis oder vermittelt über eine D&O-Versicherung oder eine Betriebshaftpflichtversicherung den Unternehmensträger erreichen. Vielmehr besteht der Schadensersatzanspruch des Geschädigten von vornherein nur gegen den Unternehmensträger, der in diesen Fällen nach dem oben¹¹³ dargestellten *Kleindiek*-Modell exklusiv für die Verletzung der Unternehmenspflicht durch den Repräsentanten einzustehen hat.

Durch den Ansatz der Rechtsprechung, die Verwirklichung von Organisationsrisiken wie Personal-, Prozess-, Technik- oder Produktrisiken als „betriebliches Organisationsverschulden“ pauschal der Geschäftsleitung anzulasten, wird auch in diesem Bereich das ökonomische Internalisierungsziel gut erreicht. Dass die Rechtsprechung die Erfüllung sämtlicher Organisationsaufgaben innerhalb des Unternehmens zur Chefsache erklärt, um am individualistischen Konzept des Deliktsrechts festhalten zu können, wirkt zwar oft konstruiert und entspricht nicht den Erkenntnissen der Organisationsforschung zur Relevanz systemischer Fehlerursachen. Allerdings wird so eben auch der Weg zur Anwendung des § 31 BGB erschlossen (oder, wenn der Unternehmensträger keine Gesellschaft, sondern ein Einzelunternehmer ist, zu dessen persönlicher Eigenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB). Das zeigt sich z. B. an der soeben bereits erwähnten Produzentenhaftung, zu der in jüngerer Zeit keine Fälle mehr bekannt geworden sind, in denen die Gerichte § 831 BGB angewendet hätten. Durch die Verortung der Herstellerpflichten unmittelbar bei dem Unternehmensträger und durch die Einordnung sämtlicher Produktrisiken als Organisationsrisiken, für deren Bewältigung letztlich die Geschäftsleitung verantwortlich ist, hat die Rechtsprechung ein weitgehend entindividualisiertes Haftungsregime geschaffen, das einer echten Organisationshaftung nahekommt,¹¹⁴ weil die Haftung nicht mehr an individuelle Fehler anknüpft, sondern z. B. an das Versagen von Geschäftsprozessen und Risikomanagementsystemen. Vermittelt durch (vermeintliche) Versäumnisse der Geschäftsleitung, die allerdings im Einzelnen kaum noch konkretisiert werden, sondern sich letztlich darin erschöpfen, dass die Leitung ihrer unterstellten Allzuständigkeit für die fehlerfreie Organisation sämtlicher Vorgänge im Unternehmen nicht gerecht geworden ist, wird eine strikte Haftung für sämtliche Mängel in der Sphäre des Unternehmens erreicht, sofern sich diese Mängel als objektive Pflichtverletzungen i. S. der Fahrlässigkeitshaftung charakterisieren lassen.

b) § 831 BGB

Weitaus problematischer ist die Internalisierung der Schadenskosten in Fällen, in denen eine Verbundhaftung des Unternehmensträgers darauf gestützt wird, dass ein Verrichtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB eine Unternehmenspflicht ver-

¹¹³ → § 1 A II 4, B VI 2a.

¹¹⁴ Dazu noch ausf. unten → § 6 C.

letzt hat. Auch insoweit ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Pflicht unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert war, dass der Gehilfe im Wirkungskreis des Unternehmens tätig geworden ist und dass es sich bei den Schadenskosten somit um Unternehmenskosten handelt, die aus ökonomischer Sicht eigentlich der Unternehmensträger tragen sollte.¹¹⁵ Die Gerichte wenden jedoch auf solche Fälle § 831 BGB an und lassen auch die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu. Das kann dazu führen, dass der Unternehmensträger nicht haftet, obwohl eine originäre Unternehmenspflicht verletzt worden ist. Aus ökonomischer Sicht ist das nicht überzeugend, weil sich die Schadenskosten nicht nur eindeutig auf die unternehmerische Aktivität zurückführen lassen, sondern weil das Schadensereignis außerdem die Merkmale eines gesetzlichen Haftungstatbestands ausfüllt und somit nach den oben¹¹⁶ dargelegten Grundsätzen eine Internalisierung der Schadenskosten auch unter Berücksichtigung der Grenzen des gesetzlichen Haftungsrahmens geboten ist. Ob das „Verhalten“ des Unternehmens einem gesetzlichen Tatbestand entspricht, lässt sich überprüfen, indem man sich anstelle des Unternehmens eine einzelne natürliche Person denkt. Verletzt ein Verkäufer die Streupflicht, die seiner Arbeitgeberin als Inhaberin des Ladenlokals obliegt, kann man sich also vorstellen, die Unternehmerin hätte keine Mitarbeiter und würde den Gehweg selbst nicht streuen. Dann würde sie aber ohne Weiteres aus § 823 Abs. 1 BGB haften. Wenn anstelle der Unternehmerin ein Mitarbeiter handelt, dann ändert dies funktional gesehen nichts daran, dass der Vorgang seinen Konturen nach einem gesetzlichen Haftungstatbestand entspricht, auch wenn er wegen der Arbeitsteilung nicht mehr unter § 823 Abs. 1 BGB subsumiert werden kann.

Im Vergleich zu Einpersonendelikten¹¹⁷ ergibt sich bei Verbunddelikten das besondere Problem, dass auch eine Internalisierung über die Mechanismen der Innenhaftung in der Regel nicht möglich ist, weil der Gehilfe mangels eigener Pflicht im Außenverhältnis selbst nicht haftet und deshalb auch nicht auf vertraglicher Grundlage oder nach den Grundsätzen der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung vom Unternehmensträger Freistellung verlangen wird. Im Rahmen der Verbundhaftung führt eine erfolgreiche Entlastung des Geschäftsherrn nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ökonomisch gesehen nicht dazu, dass der Geschäftsherr die Haftung auf den Verrichtungsgehilfen abwälzt und dieser sie ggf. im Innenverhältnis „zurückwälzen“ muss, sondern dass der Geschädigte von vornherein weder einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn noch einen Anspruch gegen den Gehilfen hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Gehilfe die Pflicht des Unternehmensträgers nicht als eigene Pflicht übernimmt, weil er dann selbst kein Delikt begeht und persönlich nicht haftet. Verletzt der Verkäu-

¹¹⁵ Dazu ausf. oben → B.

¹¹⁶ → A II.

¹¹⁷ Dazu oben → I 2b.

fer im Beispiel die Streupflicht der Ladeninhaberin, lässt sich aber für die konkrete Situation nicht behaupten, dass er die Pflicht als eigene übernommen hätte (oder dass in seiner Person kraft Gefahrbeherrschung o.ä. eine neue Verkehrssicherungspflicht entstanden wäre¹¹⁸), dann führt die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB dazu, dass der Geschädigte leer ausgeht. Denn der Gehilfe haftet mangels eigener Pflicht nicht aus § 823 Abs. 1 BGB und die Ladeninhaberin haftet nicht aus §§ 823 Abs. 1, 831 BGB, weil sie sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann. Anders als bei Einpersonendelikten kann die Schwäche des Entlastungsbeweises bei Verbunddelikten also nicht teilweise über das Innenverhältnis kompensiert werden. Das ökonomische Ziel der Schadensinternalisierung wird weitgehend verfehlt, weil der Schaden nicht den Unternehmensträger erreicht, sondern bei dem Geschädigten verbleibt.

Zur Veranschaulichung soll nochmal auf die drei Fälle zurückgekommen werden, die oben bereits im Zusammenhang mit den reinen Individualrisiken diskutiert wurden.¹¹⁹ Aus rechtspolitischer Sicht am problematischsten wäre es wohl im Feuerwerkskörper-Fall gewesen, wenn die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gelungen wäre. Die Pflicht, keine Feuerwerkskörper auf den Markt zu bringen, die nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen des Verkehrs entsprechen, trifft als Herstellerpflicht unmittelbar den Unternehmensträger. Der BGH erwog, der Fehler könnte durch „menschliches Einzelversagen“ entstanden sein und verlangte von der beklagten Herstellerin, darzulegen und zu beweisen, dass der organisierte Produktionsablauf keiner Störung „durch individuelle Fehlleistungen von Bediensteten“ ausgesetzt war.¹²⁰ Wäre dies gelungen, hätte der BGH aber offenbar die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB akzeptiert, weil er explizit kein Organisationsverschulden erkannte, das sich der Geschäftsleitung hätte vorhalten lassen. Eine persönliche Haftung des verantwortlichen Fabrikarbeiters wäre aber auch nicht in Betracht gekommen. Denn er wäre zwar von der Beklagten im Rahmen der Entlastung identifiziert worden, dürfte aber persönlich im Außenverhältnis zum Geschädigten nicht verpflichtet gewesen sein, diesen vor Schäden durch die Produkte seiner Arbeitgeberin zu bewahren. Die Rechtsprechung hat zwar schon persönliche Pflichten von Produktionsleitern angenommen,¹²¹ für einfache Fabrikarbeiter dürfte dies aber zu weit gehen.¹²² Ohne persönliche Haftung des Mitarbeiters wäre aber auch eine Schadensinternalisierung über den innerbetrieblichen Schadensausgleich nicht in Betracht gekommen, sodass der Schaden letztlich bei dem Geschädigten verblieben wäre, obwohl es sich bei Schäden, die durch fehlerhafte Produkte verursacht werden, eindeutig um externe Effekte der unter-

¹¹⁸ Zu den Kriterien für die Begründung deliktischer Pflichten → § 4 B I 1b.

¹¹⁹ → 1.

¹²⁰ BGH NJW 1973, 1602, 1603.

¹²¹ Vgl. BGH NJW 2001, 964f.; NJW 1975, 1827, 1828f.

¹²² Vgl. BGHZ 116, 104, 113 ff. = NJW 1992, 1039, 1042; BGH NJW 1987, 372, 374.

nehmerischen Aktivität handelt und damit um Kosten, die als Unternehmenskosten bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten.

Auch im Desinfektions-Fall spricht wenig dafür, dass der Desinfektor die Verkehrssicherungspflicht des Krankenhausträgers als eigene übernommen hat und deshalb dem Krankenhauspersonal und den Patienten gegenüber persönlich für deren Verletzung einstehen muss. Dafür lässt sich allenfalls anführen, dass er offenbar über eine besondere Fachkompetenz verfügte, die derjenigen der verantwortlichen Personen in der Krankenhausverwaltung überlegen war. Ähnlich liegt es im Gefahrgutkoordinator-Fall, wo gegen eine persönliche Haftung im Außenverhältnis allerdings schon die erheblichen Schadensrisiken sprechen, die der Koordinator zu tragen hätte. Die Rechtsprechung ist zwar tendenziell großzügig hinsichtlich der Außenhaftung von Mitarbeitern, die Verkehrssicherungspflichten des Unternehmensträgers erfüllen, wird dafür aber zu Recht immer wieder mit dem Argument kritisiert, dass sie Unternehmensrisiken auf einfache Mitarbeiter ablade.¹²³ Scheitert die Haftung des Unternehmensträgers aus §§ 823 Abs. 1, 831 BGB an der Entlastungsmöglichkeit, ist die persönliche Mitarbeiterhaftung in Kombination mit den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs jedoch die einzige Möglichkeit, den Schaden noch bei dem Unternehmensträger zu internalisieren. Nur deshalb von umfassenden persönlichen Gefahrabwendungspflichten der Mitarbeiter im Außenverhältnis auszugehen, wäre aber weder dogmatisch noch rechtspolitisch überzeugend, weil dann die Mitarbeiter das Risiko trügen, ihre Regressansprüche im Innenverhältnis z. B. wegen einer zwischenzeitlichen Zahlungsunfähigkeit des Unternehmensträgers nicht mehr durchsetzen zu können. Letztlich muss das Ziel der Schadensinternalisierung also verfehlt werden, solange man § 831 Abs. 1 S. 2 BGB im Bereich der Verbundhaftung anwendet.

D. Fazit und Ausblick

Aus ökonomischer Sicht dient die Unternehmenshaftung in erster Linie der Internalisierung von Schäden, die durch die unternehmerische Aktivität verursacht werden, aber als externe Effekte zunächst von Dritten getragen werden. Diese Schadenskosten als Unternehmenskosten bei dem Unternehmensträger zu internalisieren, ist allerdings kein Selbstzweck, sondern erfüllt wichtige ökonomische Funktionen. Die Schadenstragung durch den Unternehmensträger setzt der Unternehmensleitung Anreize, in die Schadensvermeidung zu investieren und alle Sorgfaltsmaßnahmen zu ergreifen, welche die Schadenskosten stärker senken als sie die Schadensvermeidungskosten erhöhen. Dafür kann sie

¹²³ Dazu noch ausf. unten → § 4 C.

z.B. die sonstigen Unternehmensangehörigen zu sorgfältigen Arbeiten anhalten, technische Sicherheitsvorkehrungen veranlassen und ein effektives Risikomanagement organisieren. Zumindest durch die Gefährdungshaftung erhält die Unternehmensleitung außerdem Anreize, das Ausmaß der unternehmerischen Aktivität auf das effiziente Niveau festzusetzen. Durch die Berücksichtigung der Schadenskosten in den Produktionskosten bilden die Produktpreise die wahren sozialen Kosten der Produktion ab, was eine effiziente Ressourcenallokation ermöglicht. Außerdem kann die Schadenstragung durch den Unternehmensträger die Risikokosten minimieren, weil Unternehmen typischerweise bessere Risikoträger sind als Einzelpersonen, die sonst als Geschädigte oder Mitarbeiter einen Teil der Schäden zu tragen hätten. Schließlich senkt die Unternehmenshaftung auch die administrativen Kosten der Schadensabwicklung, weil es in der Regel leichter ist, die Haftung gegen einen Unternehmensträger durchzusetzen, als die verantwortlichen Mitarbeiter zu identifizieren und Ersatzansprüche gegen diese persönlich zu verfolgen.

Das ökonomische Internalisierungsziel ist aber auch im Bereich der Unternehmenshaftung nur im Rahmen der gesetzlichen Haftungstatbestände zu realisieren. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass auch die Aktivität des Geschädigten für den Schaden kausal ist und dass deshalb ökonomisch gesehen auch eine Internalisierung bei dem Geschädigten geboten sein kann. Die Entscheidung des Gesetzgebers, Schäden mithilfe haftungsrechtlicher Prinzipien wie Verschulden, Gefährdung, Mitverschulden oder *casum sentit dominus* zu verteilen, ist selbstverständlich auch für die Unternehmenshaftung zu respektieren, auch wenn dies insbesondere im Bereich der Verschuldenshaftung bedeutet, dass die Schadensinternalisierung aus ökonomischer Sicht hinter dem eigentlich gebotenen Maß zurückbleiben kann.

Bei Einpersonendelikten gelingt die Schadensinternalisierung bei dem Unternehmensträger relativ gut. Das gilt zunächst für Repräsentantendelikte, weil § 31 BGB insoweit eine strikte Haftung des Unternehmensträgers vorsieht. Soweit Repräsentanten persönlich in Anspruch genommen werden, bestehen meist Freistellungsansprüche gegen den Unternehmensträger oder eine von diesem bezahlte Versicherung. Im Anwendungsbereich des § 831 BGB wird die Erreichung des Internalisierungsziels durch die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gefährdet. Allerdings entspricht es u. a. wegen der besseren Risikofähigkeit des Unternehmensträgers in der Regel nicht den Interessen der Parteien, dass der Gehilfe den Schaden persönlich trägt. Über vertragliche Lösungen und die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadenausgleichs wird der Schaden daher in der Praxis oft doch noch bei dem Unternehmensträger internalisiert. Dieser Umweg über das Innenverhältnis ist zwar mit zusätzlichen Kosten verbunden und daher allenfalls die zweitbeste Lösung, aus ökonomischer Sicht aber jedenfalls sinnvoller, als die Schadenskosten bei dem Gehilfen zu belassen. Bei Verbunddelikten ist die Schadensinternalisierung mit

zusätzlichen Schwierigkeiten verbunden. Relativ gut gelingt sie wieder, wenn der Weg über § 31 BGB möglich ist, weil sich das Verbunddelikt daraus ergibt, dass eine Unternehmenspflicht von einem Repräsentanten verletzt wurde. Hierhin gehört auch der große Bereich der Organisationspflichtverletzungen, welche die Rechtsprechung relativ pauschal der Geschäftsleitung zuordnet, was den wahren Gegebenheiten nicht immer gerecht werden dürfte, unter dem Aspekt der Schadensinternalisierung aber zu begrüßen ist. Problematisch ist hingegen, dass die Rechtsprechung im Rahmen der Verbundhaftung auch § 831 BGB heranzieht, wenn die Unternehmenspflicht durch einen einfachen Gehilfen verletzt worden ist. Da den Gehilfen nicht immer auch eine persönliche Pflicht treffen muss, kann es dazu kommen, dass sich der Unternehmensträger nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann, der Gehilfe aber auch nicht persönlich haftet und deshalb eine Schadensinternalisierung über das Innenverhältnis ausscheidet. Letztlich muss dann der Geschädigte die Schadenskosten tragen, obwohl sich schon aus der Verletzung der Unternehmenspflicht ergibt, dass es sich dabei um externe Kosten der unternehmerischen Aktivität handelt, die eigentlich der Unternehmensträger tragen sollte.

Unterscheidet man sorgfältig zwischen Individualrisiken, die sich eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen, und Organisationsrisiken, die durch systemische, organisationsspezifische Faktoren wie Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung usw. beeinflusst werden, zeigt sich, dass sich hinter der Rechtsprechung zu den betrieblichen Organisationspflichten bzw. zum „Organisationsverschulden“ nicht bloß ein Instrument verbirgt, um die Härten der Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB abzufedern. Vielmehr geht es auch darum, Risiken sachgerecht zu erfassen, die mit der Geschäftsherrnhaftung schlicht nichts zu tun haben, weil es sich eben nicht um Individualrisiken handelt, sondern um Organisationsrisiken. Die originäre Haftung des Unternehmensträgers aus §§ 823 ff. BGB ist also weit mehr als nur ein „Notnagel“, den es nicht bräuchte, wenn der Gesetzgeber die Geschäftsherrnhaftung – wie es rechtspolitisch geboten ist¹²⁴ – strikt ausgestaltet hätte. Sie lässt sich auch als Versuch deuten, die Unternehmenshaftung zumindest in gewissem Umfang zu entindividualisieren und Organisationsrisiken möglichst unmittelbar zu erfassen. Die Produzentenhaftung ist dafür ein gutes Beispiel, weil individuelles Verschulden hier praktisch keine Rolle mehr spielt. Formal hält die Rechtsprechung allerdings daran fest, dass Organisationspflichtverletzungen von dem Unternehmensinhaber oder von Repräsentanten i. S. des § 31 BGB begangen werden. Zu einer echten Organisationshaftung, bei der nur noch danach gefragt würde, ob das Unternehmen als organisatorische Einheit seine Pflichten erfüllt hat, hat sie sich bisher nicht durchringen können. Allerdings hat sich gezeigt, dass die verschiedenen Individualisierungen und Pseudo-Individualisierungen dazu füh-

¹²⁴ Dazu bereits ausf. → § 1 B I.

ren können, dass die Schadensinternalisierung bei dem Unternehmensträger gar nicht oder nur unter erheblichen Bemühungen gelingt. Das wirft die Frage auf, ob und ggf. inwieweit sich die Unternehmenshaftung auch nach einem Modell konstruieren ließe, dass eine unmittelbare Zuordnung von Unternehmensrisiken zum Unternehmensträger erlaubt.

Teil 2

Theorie der Unternehmenshaftung

In Teil 1 hat sich erwiesen, dass das deutsche Recht der Unternehmenshaftung eine Vielzahl dogmatischer und rechtspolitischer Probleme aufwirft, die bis heute nicht zufriedenstellend gelöst sind. Als Ursache ist insbesondere ausgemacht worden, dass sich der Gesetzgeber in § 831 BGB gegen eine strikte Geschäftsherrnhaftung entschieden hat. Das hat dem deutschen Recht so umstrittene Figuren wie den dezentralisierten Entlastungsbeweis, die Repräsentantenhaftung oder das körperschaftliche Organisationsverschulden beschert, die man in anderen Rechtsordnungen nicht kennt und auch nicht braucht, weil der Unternehmensträger strikt für sämtliche Delikte haftet, die von Unternehmensangehörigen im Rahmen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen begangen werden. Es wurden jedoch auch Problembereiche identifiziert, in denen sich mit einer strikten Geschäftsherrnhaftung wohl keine Besserung erreichen ließe, sondern für welche eher der Eindruck entstand, es sei die gerade auch die Geschäftsherrnhaftung prägende individualistische Herangehensweise, die es erschwere, die Unternehmenshaftung sachgerecht zu begründen. Dazu zählt u. a. die hier sog. Verbundhaftung, bei der es um die Verletzung von Pflichten geht, die unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert sind, die nach h. M. jedoch trotzdem auf einer Zurechnung individuellen Verschuldens beruht. Insofern hat die rechtsökonomische Analyse in § 2 ergeben, dass die Anwendung der §§ 31, 831 BGB im Rahmen der Verbundhaftung dazu führen kann, dass das ökonomische Ziel der Schadensinternalisierung nicht erreicht wird, obwohl schon die Tatsache, dass der Schaden auf der Verletzung einer Unternehmenspflicht beruht, nahelegt, dass die Schadenskosten aus ökonomischer Sicht als Unternehmenskosten anzusehen sind, die bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten. Außerdem wurden Organisationsrisiken als zweite wichtige Fehlerquelle neben Individualrisiken identifiziert und die Frage aufgeworfen, ob sich diese Risiken nicht unabhängig von einer Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens dem Unternehmensträger zuordnen lassen. In Bezug auf Vorsatzdelikte hat sich ferner das Problem ergeben, dass sich Organisationsrisiken hier bisher gar nicht berücksichtigen lassen, weil die Rechtsprechung einem streng individualistischen Ansatz folgt.

Vor dem Hintergrund dieser unbefriedigenden Bestandsaufnahme soll in den folgenden Teilen der Versuch unternommen werden, das Recht der Unternehmenshaftung auf eine neue dogmatische Grundlage zu stellen. Im Mittelpunkt

steht der Ausbau der hier sog. direkten Unternehmenshaftung, die nicht an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt anknüpft, sondern die Haftung des Unternehmensträgers unabhängig davon begründet. Sie wird in Teil 3 genauer beschrieben und dann in Teil 4 in mehreren Schritten für die praktische Rechtsanwendung konkretisiert. Zunächst soll die direkte Unternehmenshaftung im Folgenden jedoch von der indirekten Unternehmenshaftung unterschieden und in ihrer Eigenständigkeit begründet werden.

§ 3 Dogmatische Rekonstruktion

Mitunter wird davon ausgegangen, dass sämtliche Probleme des deutschen Unternehmenshaftungsrechts mit der verfehlten Ausgestaltung des § 831 BGB zu tun haben und dass sie sich folglich nur durch eine Änderung dieser Vorschrift beheben lassen.¹ Bereits dreimal hat es konkrete Reformvorhaben gegeben, die jedoch letztlich alle gescheitert sind. Die ersten Vorschläge machte in den Jahren 1940–42 der Ausschuss für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht. Deren Arbeitsergebnissen ist zwar mit gehöriger Skepsis zu begegnen, weil ihr Auftrag darin bestand, „das nationalsozialistische Programm auf dem gesamten Gebiete des Rechts zu verwirklichen“,² wofür sie u. a. ein „Volksgesetzbuch der Deutschen Nation“ ausarbeiten wollte, welches das BGB ersetzt hätte.³ Ihre Vorschläge zur Geschäftsherrnhaftung scheinen aber unverdächtig und unterscheiden sich kaum von dem, was später auch andere Reformprojekte angeregt haben. Ein Mitte 1940 als Teil einer Denkschrift⁴ veröffentlichter erster Teilentwurf des Deliktsrechts, der später auch Teil der Entwürfe für das Volksgesetzbuch war, sah eine strikte Geschäftsherrnhaftung vor. Allerdings sollte der Geschäftsherr die Beweislast für das (fehlende) Verschulden des Gehilfen tragen.⁵ Außerdem sollte der Geschäftsherr weiter aus eigenem Verschulden haften können, z. B. wenn der Gehilfe zum Zeitpunkt der unerlaubten Handlung deliktsunfähig war.⁶ Ein zweiter Entwurf⁷ sah eine

¹ Vgl. insb. MünchKommBGB/Wagner, § 2020, § 823 Rn. 128, § 831 Rn. 3 f.; Wagner, DeliktsR, 142021, Kap. 6 Rn. 49; Wagner, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 298 ff.

² § 2 des Gesetzes über die Akademie für Deutsches Recht v. 11.7.1934, RGBl. 1934 I S. 605. Vgl. auch W. Schubert, Akademie für Deutsches Recht, Bd. I, 1986, VIII–XIII.

³ Zum Hintergrund Brüggeleier, JZ 1990, 24 ff.; Hattenhauer, JuS 1986, 680, 684 und passim; W. Schubert, in: Akademie für Deutsches Recht, Bd. III 1, 1988, 1, 6 ff.

⁴ Nipperdey, Grundfragen, 1940, 90 ff.

⁵ Vgl. § 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 des Teilentwurfs = § 29 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 der Beschlüsse 1. Lesung, abgedruckt → im Anhang unter A I.

⁶ Vgl. § 6 Abs. 2 S. 2 u. 3 des Teilentwurfs = § 29 Abs. 2 S. 2 u. 3 der Beschlüsse 1. Lesung (→ Fn. 5). Vgl. dazu Löning, in: Grundfragen, 1940, 50, 59. Ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden von Zwischenpersonen hätte einem eigenen Verschulden des Geschäftsherrn gleichgestanden, eine dezentralisierte Entlastung wäre also nicht möglich gewesen. In der Literatur wurde vor allem kritisiert, die Vorschrift sei zu kompliziert, vgl. etwa Esser, AcP 148 (1943), 121, 136; Swoboda, ZHR 109 (1942), 269, 305, 309; J. v. Gierke, ZHR 108 (1941), 140, 151; Larenz, DR 1940, 629.

⁷ Der zweite Entwurf wurde erst durch die von W. Schubert/Schmid/Regge ab 1986 herausgegebene Edition einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Bis dahin war von den

strikte Geschäftsherrnhaftung nur noch im Rahmen der Gefährdungshaftung und für solche Fälle vor, in denen „mit der Verrichtung nach der Lebenserfahrung eine Gefährdung fremder Rechtsgüter verbunden ist“. ⁸ Im Übrigen sollte der Geschäftsherr nur haften, wenn er nicht nachweist, dass weder ihn selbst „noch einen seiner zur Bestellung oder Beaufsichtigung herangezogenen Angestellten“ ein Verschulden trifft, ⁹ womit immerhin das Problem des dezentralisierten Entlastungsbeweises beseitigt worden wäre.

Einen weiteren Vorstoß zur Neufassung des § 831 BGB unternahm das Bundesministerium der Justiz im Jahr 1967, indem es einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften zur Diskussion stellte, der folgenden Vorschlag für einen neuen § 831 BGB enthielt: ¹⁰ „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zufügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“ Damit wäre eine strikte Geschäftsherrnhaftung Gesetz geworden. Allerdings wurde der Entwurf u. a. wegen seiner Beweislastverteilung kritisiert ¹¹ und letztlich nicht verabschiedet. Auf die Kritik reagierte *von Bar* in seinem 1981 vom Bundesministerium der Justiz veröffentlichten Gutachten zur Vorbereitung der Modernisierung des Schuldrechts, dem bislang letzten von der Bundesregierung angestoßenen Vorschlag zur Reform des § 831 BGB. *Von Bar* schlug vor, in § 831 BGB eine strikte Geschäftsherrnhaftung vorzusehen, dem Geschäftsherrn jedoch (wie nach dem Entwurf von 1940) die Beweislast für das Verschulden des Gehilfen aufzuerlegen, damit die Situation für den Geschädigten gegenüber der geltenden Rechtslage nicht verschlechtert wird. ¹² Obwohl damit der wohl größte Kritikpunkt am Vorschlag aus dem Jahre 1967 behoben war, verfolgte der Gesetzgeber die Novelle des § 831 BGB wie überhaupt die Überarbeitung des Deliktsrechts im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nicht weiter.

Beratungen der Akademie zum Haftungsrecht nur die 1940 von *Nipperdey* herausgegebene Denkschrift öffentlich bekannt (oben → Fn. 4).

⁸ Vgl. § 28 Nr. 2 u. 3 der Beschlüsse 2. Lesung, abgedruckt im → Anhang unter A I. Die Betonung des Gefährdungsgedankens dürfte auf die Arbeiten *Essers* und *Wilburgs* zurückgehen, vgl. *Esser*, AcP 148 (1943), 121, 122–124, 135–140; *Esser*, Deutsche Rechtswissenschaft 7 (1942), 65, 75 ff. (vgl. insb. auch § 6 Abs. 1 des Entwurfs auf S. 79); *Esser*, Gefährdungshaftung, 1941, 75–79, 92–94, 97–102; *Wilburg*, Elemente, 1941, 218–234, 283 f.

⁹ Vgl. § 28 Nr. 1 der Beschlüsse 2. Lesung (→ Fn. 8). Vgl. auch schon *Nipperdey*, Referat, abgedruckt in: *W. Schubert*, Akademie für Deutsches Recht, Bd. III 4, 1992, 303; *Nipperdey*, in: *Verh.* 34. DJT, 1926, 395, 411 (m. Fn. 64), 438, 443.

¹⁰ *Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf, Bd. I, 1967, 4.

¹¹ *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 527; *Steindorff*, AcP 170 (1970), 93, 94 f.; *H. H. Jakobs*, *VersR* 1969, 1061, 1063; *Diederichsen*, *ZRP* 1968, 60 f.; *H.-J. Mertens*, *FamRZ* 1968, 130, 132 f.; *Helm*, AcP 166 (1966), 389, 401 f.

¹² *v. Bar*, in: *Gutachten*, 1981, 1681, 1762, 1776 f.

Trotz dieser Fehlschläge wird in der Literatur weiter eine strikte Geschäftsherrnhaftung gefordert, wobei die Hoffnung mitunter nur noch auf der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung ruht.¹³ In der Tat ist in Art. 6:102 PETL und Art. VI.-3:201 DCFR eine Haftung nach dem Prinzip *respondeat superior* vorgesehen. Dass die Umsetzung einer solchen Haftung richtig und wichtig wäre, wurde oben in § 1 schon festgestellt.¹⁴ M.E. würde sie jedoch nicht ausreichen, um die Unternehmenshaftung auf ein solides Fundament zu stellen. Vielmehr sollte auch der mit der Verbundhaftung und insbesondere dem Organisationsverschulden beschrittene Weg einer direkten Unternehmenshaftung weiter verfolgt werden. Denn die Geschäftsherrnhaftung bewegt sich auch als strikte Haftung in einem relativ engen dogmatischen Rahmen, der zwar nicht verhindert, dass sie eine wichtige Rolle für die Unternehmenshaftung spielen könnte, wohl aber, dass sie allein in der Lage wäre, das gesamte Recht der Unternehmenshaftung auf ihren Schultern zu tragen. Das soll im Folgenden im Einzelnen erläutert werden. Dafür werden zunächst zwei Haftungsmodelle einander gegenübergestellt und konkretisiert. Im Anschluss wird zunächst in Teil B die Begrenztheit der strikten Geschäftsherrnhaftung anhand von vergleichenden Erwägungen dargelegt, bevor in Teil C näher erläutert wird, warum es daneben einer direkten Unternehmenshaftung bedarf.

A. Haftungsmodelle

Der dogmatischen Rekonstruktion in den nachfolgenden Kapiteln liegt die Überzeugung zugrunde, dass es sinnvoll ist, zwischen zwei grundsätzlich unterschiedlichen Modellen der Unternehmenshaftung zu differenzieren und dass beide ihre Berechtigung haben. Entscheidendes Differenzierungsmerkmal ist die Frage, an wen sich die deliktischen Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltpflichten richten, wen also der jeweilige Haftungstatbestand adressiert: den Unternehmensträger oder einen Unternehmensangehörigen persönlich. Ist Pflichtenadressat der Unternehmensträger, wird im Folgenden von einer *direkten Unternehmenshaftung* gesprochen. Beispiele im deutschen Recht sind die Gefährdungshaftung und die Verbundhaftung. „Testfrage“ ist, ob die Haftung des Unternehmensträgers begründet werden kann, ohne gleichzeitig die persönliche Haftung eines Unternehmensangehörigen zu bejahen. Adressiert der Haftungstatbestand hingegen einen Unternehmensangehörigen persönlich und ist die Haftung des Unternehmensträgers zumindest im Grundsatz von der persönlichen Haftung des Unternehmensangehörigen abhängig, wird dies im Fol-

¹³ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, §2020, § 823 Rn. 128, § 831 Rn. 6.

¹⁴ → § 1 B I.

genden als *indirekte Unternehmenshaftung* bezeichnet.¹⁵ Bestes Beispiel im deutschen Recht ist die Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB (analog). Bei der indirekten Unternehmenshaftung kommt es im Regelfall zu einer parallelen Haftung des Unternehmensangehörigen und des Unternehmensträgers. Nicht leicht einzuordnen ist die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB, weil sie einerseits an ein Fehlverhalten des Gehilfen anknüpft, andererseits aber Pflichten an den Geschäftsherrn adressiert. Weil ersteres die Geschäftsherrnhaftung m. E. stärker prägt, wird sie hier zur indirekten Unternehmenshaftung gestellt, was später¹⁶ noch ausführlicher erläutert wird.

Zwischen direkter und indirekter Unternehmenshaftung deutlich zu differenzieren, ist bisher im deutschen Unternehmenshaftungsrecht nicht üblich. Die Unterscheidung spielt aber in ausländischen Rechtsordnungen eine Rolle, z. B. im englischen und im US-amerikanischen Recht, und wird in abgewandelter Form auch für die Beschreibung des deutschen Staatshaftungsrechts herangezogen. In der englischen Rechtssprache wird außer von *direct/indirect liability* auch von *personal/vicarious liability* gesprochen.¹⁷ In der Diskussion zum Staatshaftungsrecht ist teilweise auch von mittelbarer/unmittelbarer oder originärer/derivativer Haftung die Rede.¹⁸ Die jeweiligen Begriffspaare werden in dieser Arbeit synonym zu direkt/indirekt verwendet. Dabei ist die Differenzierung zwischen direkter und indirekter Unternehmenshaftung m. E. nicht nur in terminologischer Hinsicht sinnvoll, sondern sie ermöglicht vor allem auch, die Eigenständigkeit der direkten Unternehmenshaftung klarer herauszuarbeiten und diese dogmatisch von der indirekten Unternehmenshaftung zu emanzipieren. Zunächst sollen aber im Folgenden beide Haftungsmodelle genauer beschrieben und voneinander abgegrenzt werden. Den Anfang macht die indirekte Unternehmenshaftung als das einfachere, etabliertere Modell.

I. Indirekte Unternehmenshaftung

Unter einer indirekten Unternehmenshaftung wird hier die Haftung eines Unternehmensträgers verstanden, die zumindest im Grundsatz von der persön-

¹⁵ Die h. M., dass Organwalter und Gehilfen jedenfalls persönlich haften, wenn sie selbst einen Deliktstatbestand vollständig verwirklicht haben, wird neuerdings von *Grunst* und *Schirmer* infrage gestellt. Dazu bereits oben → § 1 B VIII und sogleich unten → I 3.

¹⁶ Sogleich unter → I 1 und später in → § 10 A I.

¹⁷ Vgl. *Bilta (UK) v Nazir* [2016] A.C. 1, 28f., Rn. 70 (*Lord Sumption*); *Stone & Rolls v Moore Stephens* [2009] 1 A.C. 1391, 1404, Rn. 24 (*Rimer LJ*); *X (Minors) v Bedfordshire CC* [1995] 2 A.C. 633, 739f. (*Lord Browne-Wilkinson*); *Worthington*, L. Q. Rev. 133 (2017), 118, 125; *Davies/Worthington*, *Company Law*, ¹⁰2016, Rn. 7.37; *Worthington*, *Company Law*, ¹¹2016, 136; *Heuston/Buckley*, *Torts*, ²¹1996, 406f.

¹⁸ Vgl. *Erman/Mayen*, ¹⁶2020, § 839 Rn. 1; *Ossenbühl/Cornils*, *StaatshaftungsR*, ⁶2013, 7ff.; *Bender*, *StaatshaftungsR*, ³1981, Rn. 4–8.

lichen Haftung eines Unternehmensangehörigen abhängig ist. Die deliktischen Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflichten adressieren also nicht den Unternehmensträger, sondern einen Unternehmensangehörigen persönlich. Dieser begeht zunächst ein eigenes Delikt; die Haftung des Unternehmensträgers tritt dann jedoch automatisch neben die persönliche Haftung des Unternehmensangehörigen, wenn dieser das Delikt im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen begangen hat. Es geht also um eine Haftung nach dem sog. Schuldbeitrittsmodell, wie es die h. M. in den klassischen Fällen der Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB (analog) heranzieht. Außerdem gehört die strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* hierher, die heute fast überall in Europa Standard ist,¹⁹ die es in Deutschland jedoch bisher nur in Spezialbereichen gibt, weil sämtliche Vorstöße zur Änderung des § 831 BGB, wie bereits gezeigt, gescheitert sind. Die strikte Geschäftsherrnhaftung soll dennoch im Folgenden im Mittelpunkt der Betrachtung stehen, weil es im weiteren Verlauf dieses Kapitels auch und vor allem darum gehen wird, warum sich die Unternehmenshaftung allein als indirekte Haftung nach dem Prinzip *respondeat superior* nicht sachgerecht begründen lässt. Als Leitbilder dienen die entsprechenden Regelungen im Ausland, insbesondere in Großbritannien und in Frankreich, sowie die Regelung im deutschen Staatshaftungsrecht.

1. Haftung für fremdes Delikt

Die indirekte Unternehmenshaftung, wie sie hier verstanden wird, ist nicht bloß Haftung für fremdes Verhalten oder fremdes Verschulden, sondern Haftung für fremdes Delikt. Damit ist einerseits gemeint, dass sie nicht darauf angelegt ist, dem Unternehmensträger lediglich einzelne Deliktselemente zuzurechnen und daraus ein originäres Unternehmensdelikt zusammensetzen – das ist ein wichtiger Unterschied zur direkten Unternehmenshaftung, bei der so etwas prinzipiell möglich ist. Andererseits ist gemeint, dass der Unternehmensträger im Rahmen der indirekten Unternehmenshaftung grundsätzlich nicht für Verhaltensweisen von Unternehmensangehörigen haftet, die nicht den Tatbestand eines Delikts erfüllen. Das ist wichtig, damit z. B. im Rahmen der Geschäftsherrnhaftung nicht für Schädigungen gehaftet wird, für die der Geschäftsherr nicht haften würde, wenn er selbst anstelle des Gehilfen gehandelt hätte, in Deutschland z. B. für die fahrlässige Herbeiführung eines reinen Vermögensschadens, der keinem Schutzgesetz unterfällt. Die indirekte Unternehmenshaftung begründet also keinen neuen Haftungstatbestand, sondern sie dient lediglich dazu, eine bereits bestehende Haftung auf einen weiteren Haftungsadressaten auszudehnen. Deshalb kann sie nicht an deliktische und erst recht nicht an nicht deliktische Handlungselemente anknüpfen, sondern nur an ein vollständig verwirklichtes Delikt.

¹⁹ → § 1 B I 2.

Paradigmatisch für eine indirekte Unternehmenshaftung in diesem Sinne ist die *vicarious liability* des englischen und US-amerikanischen Deliktsrechts. Wichtigster Anwendungsfall ist die strikte Haftung eines Geschäftsherrn (*employer, master*) für Delikte seiner Gehilfen (*employee, servant*), also das Prinzip *respondeat superior*.²⁰ Nach nahezu einhelliger Ansicht setzt die *vicarious liability* ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt voraus und knüpft die Haftung des Geschäftsherrn daran an (*employee's tort theory*).²¹ Der Geschäftsherr haftet strikt, also unabhängig von eigenem Verschulden. Nur eine Mindermeinung zum englischen Recht sieht die *vicarious liability* (auch?) als Zurechnungsmechanismus, mit welchem dem Geschäftsherrn die Handlungen seiner Gehilfen zugerechnet werden können, um daraus ein eigenes Delikt des Geschäftsherrn zu begründen (*employer's tort theory*).²² Damit sollen Probleme gelöst werden, die in dieser Arbeit von der indirekten Unternehmenshaftung klar unterschieden und der direkten Unternehmenshaftung zugeordnet werden.²³ Das Erfordernis eines vollständig verwirklichten Gehilfendelikts verliert in Rechtsordnungen wie der französischen an Bedeutung, die mit einer deliktischen Generalklausel arbeiten.²⁴ Allerdings wird auch für die Haftung nach Art. 1242 CC (ex Art. 1384 CC) verlangt, dass die drei Elemente *dommage, faute* und *causalité* in Bezug auf den Gehilfen nachgewiesen werden.²⁵ Hier ist also im Kern ebenfalls eine indirekte, abgeleitete Haftung für fremdes Delikt verankert, wenn auch üblicherweise weniger präzise von einer *responsabilité du fait d'autrui* gesprochen wird.

Dass sich die deutsche Rechtssprache mit der Übersetzung der *vicarious liability* schwer tut, liegt auch daran, dass eine echte Haftung für fremdes Delikt im deutschen, aber auch im österreichischen und im schweizerischen Recht nur selten vorkommt. § 31 BGB fällt in diese Kategorie, wenn und soweit man der Schuldbeitrittstheorie folgt,²⁶ außerdem die Repräsentantenhaftung der Bergwerks-, Steinbruch-, Gruben- und Fabrikbetreiber nach § 3 HPfLG, die Haftung der Reeder und Binnenschiffseigner nach § 480 HGB und § 3 BinSchG

²⁰ Ausführlich zu diesem Grundsatz aus rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht Wicke, *Respondeat Superior*, 2000, passim; Wicke, in: *Kontinuitäten*, 1999, 165 ff.; R. Neuner, *La. L. Rev.* 4 (1941), 1 ff.

²¹ *Majrowski v Guy's and St Thomas's NHS Trust* [2007] 1 A.C. 224, 230, Rn. 15 (*Lord Nicholls*); *ICI Ltd v Shatwell* [1965] A.C. 656, 686 (*Lord Pearce*), 694 (*Lord Donovan*); *Mulberon*, *Tort Law*, 2020, 963 ff.; *Deakin/Adams*, *Tort Law*, 2019, 553 f.; *Giliker*, *Vicarious Liability*, 2010, 15 f.; *McKendrick*, *Mod. L. Rev.* 53 (1990), 770, 779 f.

²² *Broom v Morgan* [1953] 1 Q.B. 597, 607 f. (*Denning LJ*); *Kershaw*, *Company Law*, 2012, 136 f.; *Stevens*, *L. Q. Rev.* 123 (2007), 30, 30 ff.; *Stevens*, *Torts*, 2007, 259 ff.; *Williams*, *L. Q. Rev.* 72 (1956), 522 ff.

²³ Zum Ganzen ausf. unten → B I.

²⁴ Dazu jeweils m. w. N. *Fages*, in: *Reform*, 2021, 11, 20 ff.; *Wagner*, in: *Grundstrukturen*, 2003, 189, 199 ff.; *v. Bar*, *GemDeliktsR*, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 14.

²⁵ *Galand-Carval*, in: *PETL Liability Others*, 2003, 85, Rn. 27.

²⁶ Dazu schon oben → § 1 A II 4, B VI 2a.

sowie die Unternehmensinhaberhaftung nach § 14 Abs. 7 MarkenG. Diese Tatbestände lassen sich also als echte indirekte Unternehmenshaftungen im hiesigen Sinne einordnen. Ein wichtiger Anwendungsfall der Haftung für fremdes Delikt außerhalb der Unternehmenshaftung ist die Amtshaftung gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG, wobei hier die weitere Besonderheit gilt, dass der Staat oder die sonstige Anstellungskörperschaft nicht zusätzlich, sondern anstelle des Amtsträgers haftet.²⁷ Im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht folgt § 30 OWiG einem ähnlichen Modell wie § 31 BGB.

Die Geschäftsherrnhaftung gemäß § 831 BGB ist hingegen genauso wenig als Haftung für fremdes Delikt ausgestaltet wie in Österreich die Geschäftsherrnhaftung nach §§ 1313, 1315, 1316 ABGB oder in der Schweiz die Geschäftsherrnhaftung nach Art. 55 OR. Denn ein vollständig verwirklichtes Gehilfen delikt wird hier jeweils nicht verlangt. Vielmehr wird zwar an eine Schädigung durch den Gehilfen angeknüpft, zu einer Haftung des Geschäftsherrn kommt es jedoch nur, wenn diesem selbst ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden anzulasten ist.²⁸ Es handelt sich also um zusammengesetzte Haftungstatbestände, die sowohl an fremdes als auch an eigenes Verhalten anknüpfen, und daher weder als Haftung für fremdes Delikt, noch als Haftung für eigenes Delikt zutreffend charakterisiert wären. Die Tatbestände der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung werden hier aber der indirekten Unternehmenshaftung zugeordnet, um zu betonen, dass Ausgangspunkt der Haftung das Verhalten eines Gehilfen ist, wodurch m. E. systematisch eine größere Nähe zu den strikten Geschäftsherrnhaftungen als zu den reinen Eigenhaftungen besteht. Die strikten Geschäftsherrnhaftungen werden im Folgenden als *echte indirekte* Unternehmenshaftungen bezeichnet, die verschuldensabhängigen hingegen als *unechte indirekte* Unternehmenshaftungen.

Für die Begründung der Haftung von Unternehmensträgern ist die Haftung für fremdes Delikt in der Variante der strikten Geschäftsherrnhaftung besonders gut geeignet, weil sie keinerlei Anforderungen an die Handlungs- oder Verschuldensfähigkeit des Geschäftsherrn stellt und deshalb ohne Schwierigkeiten auch auf juristische Personen und Personenvereinigungen angewendet werden kann. Im englischen, US-amerikanischen und im französischen Recht wird beispielsweise nicht verlangt, dass der Geschäftsherr deliktsfähig ist²⁹ und da die Geschäftsherrnhaftung als strikte Haftung ausgestaltet ist kommt es auch auf ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden nicht an. Für den Geschäftsherrn ist die Haftung strikt, also unabhängig von eigenem Verschulden,

²⁷ Dazu noch unten → 3.

²⁸ In der Schweiz genügt auch das Verschulden einer Zwischenperson, die den Gehilfen für den Geschäftsherrn ausgewählt oder überwacht hat, s. dazu → § 6 A II.

²⁹ *Kraakman*, in: Tort Law, 2009, 134; *Galand-Carval*, in: PETL Liability Others, 2003, 85, Rn. 7; *Schwartz*, in: PETL Liability Others, 2003, 279, Rn. 4; *Horton Rogers*, in: PETL Liability Others, 2003, 63, Rn. 8.

da aber an ein fremdes Delikt und damit an fremdes Verschulden angeknüpft wird, handelt es sich trotzdem nicht um eine Kausalhaftung. In Deutschland hatte man bereits Ende des 19. Jahrhunderts erkannt, dass die Einführung einer strikten Geschäftsherrnhaftung das damals hochumstrittene Problem der Deliktshaftung juristischer Personen mit einem Schlag gelöst hätte,³⁰ allerdings vermochte auch dieses Argument nichts daran zu ändern, dass man letztlich an einer verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung festhielt.

2. Haftung, keine Zurechnung

Besonders zu betonen ist, dass die indirekte Unternehmenshaftung, wie sie hier verstanden wird, nicht auf Zurechnung beruht. Dem Unternehmensträger wird das Delikt des Repräsentanten oder Gehilfen nicht „als eigenes“ zugerechnet und erst recht bedarf es nicht der Zurechnung einzelner Handlungselemente oder eines Verschuldens, um die Haftung des Unternehmensträgers zu begründen. Das ist zwar gerade mit Blick auf die Organ- und Repräsentantenhaftung ein verbreitetes Bild,³¹ im Anwendungsbereich der indirekten Unternehmenshaftung würde eine solche Zurechnung allerdings keinen sinnvollen Zweck erfüllen. Denn die echte indirekte Unternehmenshaftung knüpft definitionsgemäß an ein vollständig verwirklichtes Repräsentanten- oder Gehilfendelikt an und es macht für das Ergebnis keinen Unterschied, ob man sich insoweit vorstellt, der Unternehmensträger hafte lediglich für ein fremdes Delikt oder das Delikt werde ihm als eigenes zugerechnet.³² Auch bei der unechten indirekten Unternehmenshaftung ist nicht erkennbar, welchen Nutzen es haben sollte, dem Geschäftsherrn die widerrechtliche Schädigung durch den Gehilfen als eigene zuzurechnen. Da Zurechnungsfragen jedoch bei der *direkten* Unternehmenshaftung eine bedeutende Rolle spielen,³³ sollte man zur besseren Unterscheidung zwischen der direkten und der indirekten Unternehmenshaftung bei letzterer besser auf jegliche Zurechnung verzichten und die Haftung stattdessen nach dem Schuldbeitrittsmodell begründen: Der Unternehmensträger haftet also nicht für ein eigenes Delikt, sondern muss für das fremde Delikt des Repräsentanten oder Gehilfen einstehen.

3. Schuldbeitritt, keine Schuldübernahme

Die indirekte Unternehmenshaftung wird hier außerdem so verstanden, dass sie grundsätzlich neben die persönliche Haftung des Repräsentanten oder Gehilfen tritt und nicht an deren Stelle. Das entspricht dem Verständnis der h. M. zu

³⁰ Julius Petersen, in: Verh. 18. DJT, Bd. 1, 1886, 275, 293; Loening, Haftung, 1879, 87 ff.

³¹ Vgl. nur Galand-Carval, in: PETL Liability Others, 2003, 289, Rn. 11 f.; Wagner, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 292 f.; v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 169.

³² So zutreffend v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, Rn. 170.

³³ Dazu noch unten → II 2.

§ 31 BGB und § 831 BGB³⁴ und wird auch für die englische und die US-amerikanische *vicarious liability* so gesehen.³⁵ In praktischer Hinsicht ist die persönliche Haftung der handelnden Unternehmensangehörigen nicht sonderlich relevant, weil es für den Geschädigten gerade im Falle einer strikten Geschäftsherrnhaftung meist sinnvoller ist, den Unternehmensträger in Anspruch zu nehmen.³⁶ Theoretisch bleibt die persönliche Haftung aber möglich und manchmal machen Geschädigte davon auch Gebrauch, z. B. wenn der Unternehmensträger zahlungsunfähig ist. Das französische Recht geht seit einigen Jahren einen anderen Weg und schließt die persönliche Haftung einfacher Arbeitnehmer grundsätzlich aus, solange sie den Rahmen des ihnen übertragenen Auftrags nicht überschreiten („sans exéder les limites de la mission“). Das hat die *Cour de cassation* in der Costedoat-Entscheidung u. a. damit begründet, dass auch Beamte und andere Mitarbeiter des Staates von weitreichenden Haftungsprivilegien profitieren, solange sie im Rahmen der ihnen übertragenen Verrichtungen handeln.³⁷ Ein bedeutender Unterschied liegt freilich darin, dass öffentlich-rechtliche Anstellungskörperschaften praktisch nie zahlungsunfähig werden, während im Bereich der Unternehmenshaftung die Insolvenz des Unternehmensträgers für den Geschädigten ein ernst zu nehmendes Risiko ist. Deshalb ist es rechtspolitisch gesehen weitaus problematischer, die persönliche Haftung von Unternehmensangehörigen ersatzlos zu streichen als auf die persönliche Haftung von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst zu verzichten.

In Deutschland ist die Amtshaftung ebenfalls so ausgestaltet, dass die Haftung des Staates oder der sonstigen Anstellungskörperschaft die persönliche Haftung des Amtsträgers grundsätzlich ersetzt.³⁸ Die Haftung des Amtsträgers nach § 839 BGB wird durch Art. 34 S. 1 GG auf die Anstellungskörperschaft übergeleitet, wenn der Amtsträger in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat. Selbst wenn der Amtsträger vorsätzlich oder grob fahrlässig seine Amtspflichten verletzt, ändert sich nichts daran, dass er im Außenverhältnis von der Haftung grundsätzlich frei ist. Allerdings kann die Anstellungskörperschaft in solchen Fällen gemäß Art. 34 S. 2 GG im Innenverhältnis einen Regressanspruch geltend machen. Im zivilen Haftungsrecht gibt es keine der Amtshaftung vergleichbare Haftungsprivilegierung von Arbeitnehmern im Außenverhältnis. Der BGH besteht darauf, dass die Rechtsprechung zur eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung nur das Innenverhältnis betreffe und dass es im Außenverhältnis bei einer unbeschränkten persönlichen

³⁴ Dazu ausf. unten → § 10 A III.

³⁵ Dazu unten → B I 2a.

³⁶ Vgl. *Kraakman*, Yale L.J. 93 (1984), 857, 858 f.

³⁷ Cour de Cassation, Assemblée plénière, Urt. v. 25.2.2000, RTD Civ. 2000, S. 582. Vgl. dazu *Galand-Carval*, in: PETL Liability Others, 2003, 85, Rn. 39f. Siehe auch Cour de cassation, Urt. v. 27.11.2019 – Az. 18-21191.

³⁸ Ausf. unten → B II.

Haftung der Mitarbeiter bleiben müsse.³⁹ Eine Anlehnung an Art. 34 GG hat er ausdrücklich abgelehnt.⁴⁰ In der Literatur sind demgegenüber immer wieder Vorschläge für eine Beschränkung der Außenhaftung der Arbeitnehmer gemacht worden.⁴¹ In jüngerer Zeit haben sich außerdem *Schirmer* und *Grunst* dafür ausgesprochen, § 31 BGB so zu verstehen, dass die Haftung der Körperschaft die Haftung des Repräsentanten grundsätzlich ersetzt, also als haftungsbefreiende Schuldübernahme, nicht bloß als Schuldbeitritt.⁴²

Eine umfassende Auseinandersetzung mit diesen Vorschlägen ist an dieser Stelle nicht zu leisten. Das Ziel, die Außenhaftung von Repräsentanten und Verrichtungsgehilfen sachgerecht zu begrenzen, ist jedenfalls legitim. Allerdings sind dafür m.E. nur Wege gangbar, welche die Repräsentanten i.S. des § 31 BGB nicht stärker privilegieren als einfache Gehilfen i.S. des § 831 BGB. Denn erstens wäre es offensichtlich ungerecht, wenn z.B. die Filialleiterin eines Supermarktes von der persönlichen Haftung grundsätzlich befreit würde, der im selben Markt tätige Kassierer für dieselbe Handlung jedoch nicht. Und zweitens muss jeder auf § 31 BGB gestützte Ansatz zu dem oben⁴³ bereits geschilderten Problem führen, dass Einzelunternehmer bzw. deren Mitarbeiter haftungsrechtlich anders behandelt werden als Mitarbeiter von Gesellschaften, selbst wenn sie dieselbe Funktion ausüben. Es wäre aber rechtspolitisch nicht überzeugend, wenn die Filialleiterin von der persönlichen Haftung frei würde, wenn der Supermarkt von einer GmbH & Co. KG betrieben wird, nicht aber, wenn Unternehmensträger ein Einzelunternehmer ist. M.E. ist deshalb die Lösung zwingend außerhalb von § 31 BGB zu suchen. Es bietet sich an, dafür die Differenzierung von direkter und indirekter Unternehmenshaftung zu nutzen und die direkte Unternehmenshaftung gegenüber der indirekten zu stärken. Der Schlüssel liegt m.E. in einer sorgfältigen Differenzierung zwischen Unternehmenspflichten, die an den Unternehmensträger adressiert sind, und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen und zwar nicht nur im Bereich der Verkehrspflichthaftung, sondern *generell* bei allen Delikten, einschließlich der unmittelbaren Rechtsverletzungen bei § 823 Abs. 1 BGB und sogar der Vorsatzdelikte. Darauf wird später⁴⁴ zurückzukommen sein. Es bleibt aber dabei, dass die indirekte Unternehmenshaftung z.B. nach §§ 31, 831 BGB die persönliche Haftung des handelnden Repräsentanten oder Gehilfen nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt (Schuldbeitrittsmodell).

³⁹ BGHZ 108, 305, 307–315 = VersR 1989, 1197, 1198 ff.; BGHZ 50, 250, 257 = NJW 1968, 2100 (L); BGHZ 30, 40, 49 = NJW 1959, 1221, 1223.

⁴⁰ BGHZ 108, 305, 310 = VersR 1989, 1198, 1199.

⁴¹ *Eberlein*, BB 1989, 621, 624 f.; *E. Lorenz*, ZfB 1975, 491 ff.; vgl. auch *Gamillscheg/Hanau*, Haftung, ²1974, 89 ff. Dazu ausf. *Denck*, Außenhaftung, 1980, 296 ff.

⁴² *Grunst*, Geschäftsleiter, 2016, 54 ff., 117 ff., 317 ff. und passim; *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 185 ff., 243 ff. und passim. Dazu schon → § 1 B VIII.

⁴³ → § 1 B IV 3.

⁴⁴ → § 4 C und § 10 A III, B III 1, C II 2, 3.

II. Direkte Unternehmenshaftung

Unter einer direkten Unternehmenshaftung wird hier die Haftung eines Unternehmensträgers verstanden, die zumindest im Grundsatz von der persönlichen Haftung eines Unternehmensangehörigen unabhängig ist. Etwaige deliktische Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflichten adressieren hier nicht einen Unternehmensangehörigen persönlich, sondern den Unternehmensträger. Da Unternehmensträger auch eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft sein kann, stellen sich bei der direkten Unternehmenshaftung oft Zurechnungsfragen. Zwingend ist das aber nicht: So lässt sich auch die Gefährdungshaftung als direkte Unternehmenshaftung ansehen, wenn Adressat eines Gefährdungshaftungstatbestands unmittelbar ein Unternehmensträger ist. Weil die Haftung verschuldensunabhängig ist, kommt sie in der Regel ohne Zurechnung aus.⁴⁵ Gegenbeispiel ist die praktisch sehr relevante Verbundhaftung, einschließlich der Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, weil die h. M. zwar davon ausgeht, dass Unternehmensträger gleich welcher Rechtsform selbst Adressaten von Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten sein können, für die Verletzung jedoch auf das schuldhafte Verhalten eines Repräsentanten oder Gehilfen abstellt, dieses also dem Unternehmensträger über §§ 31, 831 BGB zurechnet.⁴⁶ Da im Mittelpunkt der direkten Unternehmenshaftung die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers steht, kann sie nach h. M. auch begründet werden, ohne gleichzeitig ein persönliches Repräsentanten- oder Gehilfendelikt zu bejahen. Denn wenn den handelnden Unternehmensangehörigen selbst keine entsprechende Pflicht trifft, verwirklicht er kein eigenes Delikt, sondern verletzt lediglich die Pflicht des Unternehmensträgers und begründet somit dessen exklusive Haftung.

Theoretisch wäre es denkbar, die gesamte Unternehmenshaftung – soweit sie nicht ohnehin als Gefährdungshaftung ausgestaltet ist, sodass es auf personales Verschulden nicht ankommt – als Haftung für fremdes Delikt und somit als indirekte Unternehmenshaftung zu konzipieren. Offenbar beeinflusst durch die *Principal-Agent*-Theorie und auf Transaktionskosten fokussierte Unternehmenstheorien⁴⁷ wird gerade im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum vielfach betont, jedes deliktische Verhalten in Unternehmen gehe von Menschen aus und jede Unternehmenshaftung sei daher notwendigerweise eine indirekte, von einem menschlichen „Täter“ abgeleitete Haftung.⁴⁸ Richtig ist daran, dass eine

⁴⁵ Die wohl h. M. sieht dies allerdings für die sog. Handlungshaftung anders, siehe dazu schon oben → § 1 A I 1, II 1 sowie ausf. unten → § 7 C III.

⁴⁶ Dazu schon oben → § 1 B VI 2.

⁴⁷ Grundlegend z. B. *Jensen/Meckling*, J. Fin. Econ. 3 (1976), 305 ff.; *Coase*, *Economica* 4 (1937), 386 ff.

⁴⁸ Vgl. etwa *Worthington*, *Company Law*, ¹¹2016, 136 ff.; *Kraakman*, in: *Tort Law*, ²2009, 134, 136; *Schwartz*, in: *PETL Liability Others*, 2003, 279, Rn. 4.

deliktische Haftung ohne jede Anknüpfung an menschliches Verhalten nicht sinnvoll wäre. Das bedeutet jedoch nicht, dass man für die Unternehmenshaftung immer ein vollständig verwirklichtes Delikt einer natürlichen Person voraussetzen müsste. In vielen Rechtsordnungen sind vielmehr auch direkte Unternehmenshaftungen anerkannt, die ohne ein gesondertes Repräsentanten- oder Gehilfendelikt auskommen. Dafür gibt es vielfältige Gründe, die im Rest dieses Kapitels ausführlich gewürdigt werden sollen.

1. Haftung für eigenes Delikt?

Spiegelbildlich zur indirekten Unternehmenshaftung als Haftung für fremdes Delikt könnte man geneigt sein, in der direkten Unternehmenshaftung eine Haftung für eigenes Delikt zu sehen. Das liegt nahe, denn wenn man die Haftung eines Unternehmensträgers bejaht, ohne gleichzeitig ein persönliches Delikt eines Repräsentanten oder Gehilfen festzustellen, dann ist es nur ein kleiner Schritt zu der Aussage, die Haftung beziehe sich auf ein eigenes Delikt des Unternehmensträgers. Wessen Delikt sollte es sonst sein? Wenn also z. B. ein Autohersteller nach §§ 823 Abs. 1, 31 BGB auf Schadensersatz haftet, weil er Fahrzeuge mit fehlerhaft konstruierten Airbags auf den Markt gebracht hat, und man davon ausgeht, dass die Pflicht zur sicheren Konstruktion unmittelbar an den Hersteller adressiert ist, nicht an die Repräsentanten persönlich, dann haftet der Unternehmensträger exklusiv und es gibt kein Repräsentanten-, sondern nur ein „Unternehmensdelikt“.⁴⁹ Damit gerät man jedoch in schwieriges Fahrwasser, sofern Unternehmensträger eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft ist. Denn für den ursprünglichen BGB-Gesetzgeber bzw. konkret die 1. Kommission war „zweifello“, dass „die Körperschaft an sich als willenloses Wesen nicht fähig sein kann, eine unerlaubte Handlung zu begehen“.⁵⁰ Andererseits ist nach dem heutigen Stand der Dogmatik des Unternehmenshaftungsrechts genauso zweifello, dass ein Unternehmensträger – auch wenn es sich um eine Gesellschaft handelt – deliktisch haften kann, ohne dass es dafür eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts bedürfte.⁵¹ Ob man damit gegen den Willen des BGB-Gesetzgebers die Deliktsfähigkeit juristischer Personen bejaht, ist m. E. allerdings eine ziemlich theoretische, letztlich wohl müßige Frage, die auch davon abhängt, was genau man unter „Deliktsfähigkeit“ versteht.⁵² Recht hatte die 1. Kommission jedenfalls damit, dass die Körperschaft die unerlaubte Handlung nicht selbst *begehen* kann; ohne Weiteres bejahen kann man aber ihre Fähigkeit, für Delikte zu *haften*.

⁴⁹ Vgl. den Fall BGHZ 181, 253 ff. = NJW 2009, 2952 ff.

⁵⁰ Mot. I, S. 103 = Mugdan I, S. 409.

⁵¹ Ausf. oben → § 1 B VI.

⁵² Dazu noch unten → § 6 C II.

Wichtiger ist etwas anderes: Warum gibt es überhaupt ein Bedürfnis, neben der indirekten eine direkte Unternehmenshaftung anzuerkennen, vor allem wenn sie so schwierige Probleme aufwirft wie das, wie ein nicht menschlicher Unternehmensträger ein Delikt begeht? Welche Bedeutung kommt der direkten Unternehmenshaftung also funktional gesehen zu? Letztlich sind es vor allem zwei Gründe, die dazu geführt haben, dass sich neben der indirekten Unternehmenshaftung eine direkte Unternehmenshaftung entwickelt hat. Zum einen kommt es vor, dass Unternehmensträger als Eigentümer, Arbeitgeber usw. selbst unmittelbar Adressaten von Haftungstatbeständen sind, sodass sich die Frage der Haftungsbeurteilung von vornherein auf den Unternehmensträger fokussiert und nicht auf seine Repräsentanten oder Gehilfen. Diese Art der direkten Körperschaftshaftung reicht in der Rechtsgeschichte weit zurück⁵³ und war anfangs eher ein Zufallsprodukt. Denn in der Regel ging es um die Verletzung von Pflichten, die der Gesetzgeber gar nicht bewusst an Körperschaften adressiert hatte, sondern die funktions- oder statusbezogen formuliert waren. So hat das Preußische Obertribunal z.B. bereits im Jahr 1847 eine Stadt zum Schadensersatz verurteilt, weil sie ihre Pflicht zur Unterhaltung einer Brücke verletzt hatte und betont, weil die Unterhaltungspflicht die Stadt selbst treffe, dürfe sie den Geschädigten nicht auf die persönliche Haftung der Beamten verweisen, die für die Instandhaltung der Brücke verantwortlich gewesen wären.⁵⁴ Die unmittelbare Verpflichtung der Stadt ergab sich aus §§ 138, 139 ALR II 15, die sich an alle Zollberechtigten richteten. Ganz ähnlich war das britische House of Lords im berühmten Fall *Lennard's Carrying* mit der Aufgabe konfrontiert, Section 502 des Merchant Shipping Act 1894, der an alle Eigentümer von Seeschiffen gerichtet war, auf eine *Limited* anzuwenden.⁵⁵

Zum anderen wird die direkte Körperschaftshaftung häufig herangezogen, wenn die Voraussetzungen einer indirekten Haftung schlicht nicht erfüllt sind. In Frankreich geht man z.B. davon aus, dass die strikte Geschäftsherrnhaftung nach Art. 1242 CC (ex Art. 1384 CC) nicht auf Organe juristischer Personen passe, weil diese nicht als *préposé* (≈ Verrichtungsgehilfe) anzusehen seien.⁵⁶ Deshalb werden Handlungen von Organen als eigene Handlungen der juristischen Person angesehen und diese haftet dafür direkt aus Art. 1240 CC (ex Art. 1382 CC). In Großbritannien und in den USA spielte die direkte Haftung der Arbeitgeber früher bei Arbeitsunfällen eine große Rolle, weil die *common employment doctrine* (UK) bzw. die *fellow servant rule* (USA) die Arbeitgeberhaftung aus *vicarious liability* ausschlossen.⁵⁷ Dogmatisch ging man davon aus,

⁵³ Vgl. für Deutschland *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 221 ff.

⁵⁴ PrOTE 14, 92 ff. (1847).

⁵⁵ *Lennard's Carrying v Asiatic Petroleum* [1915] A.C. 705.

⁵⁶ *Galand-Carval*, in: PETL Liability Others, 2003, 85, Rn. 8; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 294 f.

⁵⁷ Die grundlegenden Leitentscheidungen waren *Hutchinson v York, Newcastle & Berwick*

die Arbeitnehmer hätten das Risiko von Arbeitsunfällen bewusst in Kauf genommen (*assumption of risk, volenti non fit iniuria*) und sich konkludent auf Haftungsbeschränkungen als Teil ihrer Arbeitsverträge eingelassen.⁵⁸ Weil das zu krassen sozialen Härten führte, bemühten sich die Gerichte später, die Arbeitgeber doch noch in die Verantwortung zu nehmen und stützten sich dafür vor allem auf die eigenen Pflichten der Arbeitgeber.⁵⁹ Diese wurden außerdem als *non-delegable duties* eingestuft, deren Verletzung – egal durch wen – immer zur Haftung des Arbeitgebers führte:⁶⁰ „The defendant cannot shift his responsibility for the performance of the statutory duty on the shoulders of another person.“⁶¹ In Großbritannien wurde die *common employment*-Doktrin schließlich durch den Law Reform (Personal Injuries) Act 1948 abgeschafft, in den USA haben die einschlägigen Präjudizien formal noch Bestand, sind jedoch durch die *workers' compensation*-Gesetzgebung *de facto* erledigt.⁶²

Ein weiteres Beispiel für die Entwicklung einer direkten Unternehmenshaftung zum Ausgleich einer fehlenden indirekten Haftung bietet das englische Unternehmensstrafrecht: Während der U.S. Supreme Court breits im Jahr 1909 die strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* auch für das (Unternehmens-)Strafrecht anerkannt hat,⁶³ wird eine *vicarious liability* im englischen Strafrecht grundsätzlich abgelehnt.⁶⁴ Sie ist nur ausnahmsweise möglich, wenn sich dies aus der Auslegung eines gesetzlich fixierten Straftatbestands ergibt, was typischerweise nur bei sog. *regulatory offences* der Fall ist,⁶⁵ also eher geringfügigen Straftaten z. B. aus dem Verkehrsrecht, dem Um-

Railway (1850) 5 Ex. 343 = 155 E.R. 150; *Farwell v Boston & W.R. Corp.* (1842) 4 Metcalf 49; *Priestley v Fowler* (1837) 3 M. & W. 1 = 150 E.R. 1030. Vgl. dazu *Newark*, Northern Ireland Legal Quarterly 17 (1966), 469, 477 ff.

⁵⁸ Die Haftungsbeschränkung galt nicht gegenüber dem Arbeitskollegen, der den Arbeitsunfall verursacht hatte, vgl. *Farraj v King's Healthcare NHS Trust* [2009] EWCA Civ 1203 = [2010] 1 W.L.R. 2139, 2157 f., Rn. 72, 74; *McKinney*, Fellow-Servants, 1890, 22 f.

⁵⁹ *Deakin/Adams*, Tort Law, ⁸2019, 575 f.; *Horton Rogers*, in: PETL Liability Others, 2003, 63, Rn. 8 f.; *Winfield*, Cambridge L.J. 10 (1949), 191, 192 f.

⁶⁰ *Wilsons & Clyde Coal Co Ltd v English* [1938] A.C. 57; *Groves v Lord Wimborne* [1898] 2 Q.B. 402; *Smith v Charles Baker & Sons* [1891] A.C. 325.

⁶¹ *Groves v Lord Wimborne* [1898] 2 Q.B. 402, 410 (*Smith LJ*).

⁶² Vgl. dazu *Schwartz*, in: PETL Liability Others, 2003, 279, Rn. 4.

⁶³ *New York Central & Hudson River Railway Co. v U.S.* [1909] 212 U.S. 481; *Brickey/Taub*, Corporate Crime, ⁶2017, 24 f.; vgl. auch *O'Sullivan*, White Collar, ⁶2016, 157; krit. *Weissmann*, Am. Crim. L. Rev. 44 (2007), 1319 ff. In den Bundesstaaten kommen teilweise restriktivere Ansätze zum Einsatz, vgl. nur § 2.07 des Model Penal Code 1962.

⁶⁴ *Hannigan*, Company Law, ²2018, Rn. 4-31; *Worthington*, Company Law, ¹¹2016, 146; *Wells*, Corporations, ²2001, 85; *Gobert*, Legal Studies 14 (1994), 393, 395, 396 f.; *Gobert*, Crim. L. Rev. 1994, 722 f.

⁶⁵ Vgl. z. B. *R. v British Steel Plc* [1995] 1 W.L.R. 1356 (Sec. 3(1) des Health and Safety at Work Act 1974); *Director General of Fair Trading v Pioneer Concrete (UK) Ltd* [1995] 1 A.C. 456 (Sec. 35 Restrictive Trade Practices Act 1976); *National Rivers Authority v Alfred McAlpine Homes East Ltd* [1994] 4 All. E.R. 286 (Sec. 85 Water Resources Act 1991); vgl. hierzu *Holder*, Criminal Law, ¹⁰2022, 183 f.; *Smith*, Crim. L. Rev. 1995, 654, 655.

weltrecht oder dem Arbeitsschutzrecht, die man in Deutschland tendenziell als Ordnungswidrigkeiten einstufen würde. Wo – wie bei klassischen Straftaten wie *manslaughter*, *theft* oder *fraud* – keine *vicarious liability* anerkannt ist, wird im englischen Strafrecht einschließlich des Unternehmensstrafrechts nur für eigene Straftaten gehaftet. Zur Begründung eines eigenen *actus reus* und einer eigenen *mens rea* des Unternehmens wird seit den Entscheidungen *DPP v Kent and Sussex Contractors Co* (1943),⁶⁶ *R. v ICR Haulage Ltd* (1944)⁶⁷ und *Moore v I Bresler Ltd* (1944)⁶⁸ auf die sog. *identification doctrine* zurückgegriffen.⁶⁹ Danach wird – ganz ähnlich wie nach der deutschen Organtheorie – das Unternehmen mit seinem Führungspersonal identifiziert, d.h. Handlungen sowie Wissens-, Wollens- und Schulselemente von Leitungspersonen gelten als eigene Handlungen, eigenes Wissen, eigenes Wollen und eigene Schuld des Unternehmens.⁷⁰

In Deutschland zählt zur direkten Unternehmenshaftung im hier beschriebenen Sinne neben der Gefährdungshaftung auch die Verbundhaftung, bei der die Haftung des Unternehmensträgers damit begründet wird, dass ein Repräsentant oder Verrichtungsgehilfe schuldhaft eine Unternehmenspflicht verletzt hat.⁷¹ Auch die Bedeutung dieser Haftungsfigur wird häufig mit der Schwäche der verschuldensunabhängigen Geschäftsherrnhaftung erklärt, vor allem soweit es um die Verletzung von Organisationspflichten geht.⁷² Allerdings würde man ihr damit nicht gerecht: Die Verbundhaftung kommt vielfach in Konstellationen zur Anwendung, die sich selbst mit einer strikten Geschäftsherrnhaftung nicht sinnvoll bewältigen ließen, weil die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten nicht an die Unternehmensangehörigen adressiert sind und es deshalb an einem Gehilfendelikt fehlen würde. Das gilt z.B. für so wichtige Pflichten wie die Verkehrssicherungspflichten von Grundstückseigentümern oder Inhabern gefährlicher Anlagen und Sachen, Pflichten zum Schutz von Persönlichkeitsrechten, berufsbezogene Verhaltenspflichten z.B. von Ärzten oder Architekten und die Herstellerpflichten der Produzentenhaftung. Auch zahlreiche Tatbestände und Schutzgesetze im Sonderdeliktsrecht, z.B. im Kartellrecht, im Kapitalmarktrecht oder im Datenschutzrecht formulieren Pflichten, die sich unmittelbar an Unternehmensträger richten.⁷³ Die direkte Unternehmenshaftung ist also nicht bloß ein „Notnagel“, mit dem Schwächen der indirekten Un-

⁶⁶ [1944] K.B. 146.

⁶⁷ [1944] K.B. 551.

⁶⁸ [1944] 2 All E.R. 515.

⁶⁹ Vgl. auch *R. v St Regis Paper Co Ltd* [2011] EWCA Crim. 2527; *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1972] A.C. 153; vgl. hierzu auch *Horder*, Criminal Law, ¹⁰2022, 185 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu noch ausf. → § 5 D I 1.

⁷¹ Ausf. dazu oben → § 1 B VI.

⁷² MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn.2; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn.8; Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 40–42; Baums, FS Lukes, 1989, 623, 627 f.

⁷³ Dazu noch unten → § 4 B II.

ternehmenshaftung ausgeglichen würden, sondern sie dient dazu, die Unternehmenshaftung ggf. auch unabhängig von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt begründen zu können, wenn Gesetzgeber oder Gerichte Pflichten an den Unternehmensträger adressieren, nicht aber an die Unternehmensangehörigen persönlich. Das ermöglicht auch eine bessere Feinsteuerung, weil mit der Unternehmenshaftung nicht automatisch auch die persönliche Haftung des handelnden Repräsentanten oder Gehilfen bejaht werden muss.

2. Zurechnungsproblematik

Wenn ein Haftungstatbestand unmittelbar einen Unternehmensträger adressiert, dieser aber z. B. mangels Handlungs- und Verschuldensfähigkeit einzelne Tatbestandselemente nicht selbst erfüllen kann, stellt sich die Frage, ob ihm z. B. das Verhalten oder Verschulden natürlicher Personen zugerechnet werden kann und falls ja, welche Personen als Zurechnungsträger in Betracht kommen. Heute stellt man dafür im Rahmen der Verbundhaftung auf §§ 31, 831 BGB ab,⁷⁴ die zwar ursprünglich nicht als Zurechnungsnormen konzipiert waren, denen sich aber entnehmen lässt, für das Verhalten welcher Personen der Unternehmensträger unter welchen Voraussetzungen eintreten soll, was sich auch für die direkte Unternehmenshaftung nutzbar machen lässt. Vor allem Organmitglieder und Repräsentanten werden auch in ausländischen Rechtsordnungen typischerweise mit dem Unternehmensträger identifiziert, wenn es darum geht, dessen eigene Haftung zu begründen.⁷⁵ Teilweise liegt dem ein offenes Bekenntnis zur Organtheorie zugrunde, wie sie in Deutschland vor allem mit *Gierke* verbunden wird, teilweise kommen jedoch auch differenziertere Ansätze zur Anwendung.⁷⁶ Ausgangspunkt ist in der Regel ein konkretes Zurechnungsbedürfnis, das sich z. B. daraus ergibt, dass eine Norm in der Person des Unternehmensträgers bestimmte Handlungen oder ein Verschulden voraussetzt, obwohl der Unternehmensträger dazu selbst nicht in der Lage ist. Auf ein solches Zurechnungsbedürfnis mit der Anwendung der Organtheorie zu reagieren, wenn keine Zurechnungsnormen zur Verfügung stehen, ist eine europaweit verbreitete, aber nicht die einzige denkbare Lösung.

Für Deutschland bietet der Feuerlöscher-Fall ein anschauliches Beispiel, den das Reichsgericht 1887, also vor Inkrafttreten des BGB, zu entscheiden hatte. Der Kläger hatte bei der Prüfung von Feuerlöschgeräten einen Arbeitsunfall erlitten und führte dies auf eine falsche Weisung seines Vorgesetzten zurück, für die der beklagte Eisenbahnfiskus als Arbeitgeber einzustehen habe.⁷⁷ Aus

⁷⁴ Dazu schon oben → § 1 A I 4, II 4.

⁷⁵ *Galand-Carval*, in: PETL Liability Others, 2003, 289, Rn. 11–13; v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 169.

⁷⁶ Vgl. noch ausf. unten → § 5 B, C.

⁷⁷ Hierzu und zum Folgenden RGZ 19, 348 ff. (1887).

§ 82 ALR II 6 ergab sich das Gebot, juristische Personen grundsätzlich wie natürliche zu behandeln. Bei natürlichen Personen war jedoch zwischen der Haftung für eigene und für fremde „Versehen“ zu unterscheiden und das Reichsgericht folgerte, dieser Unterschied müsse dann auch bei juristischen Personen gemacht werden. Weil ein Versehen nach § 17 ALR I 3 als Mangel pflichtmäßiger Aufmerksamkeit definiert war, „mithin als Willensfehler“, könne das Versehen einer juristischen Person „nur in dem fehlerhaften Verhalten ihrer Willensorgane bestehen“. Als solche kämen nur diejenigen Beamten in Betracht, welche die juristische Person in Bezug auf Willensakte zu repräsentieren hätten, also „nur ihre amtlichen Vertreter“. Diese seien mit der juristischen Person rechtlich zu „identifizieren“ und was sie innerhalb des ihnen zugewiesenen Amtskreises als Vertreter und im Namen der juristischen Person vornähmen, sei so aufzufassen, „als wäre es von der durch sie repräsentierten juristischen Person selbst vorgenommen“. ⁷⁸ Dies wurde auch für den konkreten Vorgesetzten und seine Weisung bejaht. Mit Inkrafttreten des § 31 BGB mitsamt seines deutlich engeren Vertreterbegriffs war die Feuerlöscher-Entscheidung allerdings bald schon wieder überholt.

In Großbritannien war das House of Lords im bereits erwähnten Fall *Lennard's Carrying* mit einem vergleichbaren methodischen Problem konfrontiert. Nach Section 502 des Merchant Shipping Act 1894 konnte sich der Eigner eines Seeschiffes gegen Schadensersatzansprüche mit dem Einwand verteidigen, der Schaden sei „without his actual fault or privity“ entstanden. Die Richter mussten nun entscheiden, wann von einem „eigenen“ Verschulden einer *Limited Company* auszugehen war, und stellten dafür auf den Manager Mr. Lennard ab. In den Worten von *Viscount Haldane*: „[I]f Mr. Lennard was the directing mind of the company, then his action must, unless a corporation is not to be liable at all, have been an action which was the action of the company itself within the meaning of s. 502.“ Die „*directing mind and will*“-Formel erwies sich als äußerst einflussreich, wurde jedoch später weiterentwickelt und teilweise auch relativiert. Darauf wird unten in § 5 zurückzukommen sein. ⁷⁹ Hier ist vor allem zu betonen, dass – wie die beiden Fälle veranschaulichen – die Zurechnungsproblematik konkret daraus resultiert, dass Vorschriften auf nicht menschliche Unternehmensträger anzuwenden sind, auf die sie eigentlich nicht passen, weil sie Voraussetzungen aufstellen, die juristische Personen und Personenvereinigungen selbst nicht erfüllen können („Willensfehler“, *fault*). Die Frage, wer mit dem Unternehmensträger zu identifizieren ist, stellt sich also nicht abstrakt, sondern immer in Bezug auf konkrete Haftungstatbestände. Auch darauf wird unten noch ausführlich eingegangen werden. ⁸⁰

⁷⁸ RGZ 19, 348, 350 (1887), Herv. im Original.

⁷⁹ Speziell zum englischen Recht → § 5 D I 1.

⁸⁰ → § 5 D.

Dass sich eine direkte Unternehmenshaftung nur mithilfe von Zurechnung oder „Identifizierung“ begründen ließe, versteht sich nicht von selbst. Das zeigt bereits die Gefährdungshaftung, die nach h.M. zumindest in der Variante der Haftung für gefährliche Anlagen und Verkehrsmittel ohne Zurechnung auskommt. Ein Zurechnungsbedürfnis besteht nur, wenn ein Haftungstatbestand an Merkmale anknüpft, die der Unternehmensträger selbst nicht erfüllen kann. Ob dies so ist, ist durch sorgfältige Auslegung der jeweiligen Haftungsnorm zu ermitteln, die der Zurechnung logisch vorausgeht.⁸¹ Dabei kann sich auch außerhalb der Gefährdungshaftung ergeben, dass nicht an individuelles Verhalten oder Verschulden anzuknüpfen ist, sondern dass z.B. die wirtschaftliche Aktivität „des Unternehmens“ in den Blick zu nehmen ist. In Großbritannien und in den USA ist z.B. eine originäre Fahrlässigkeitshaftung von Unternehmen und Organisationen anerkannt, die ohne Individualzurechnung auskommt.⁸² Ein weiteres plastisches Beispiel bietet § 330 ZGB-DDR, wonach ein „Bürger *oder Betrieb*, der unter Verletzung ihm obliegender Pflichten rechtswidrig einen Schaden verursacht“ zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet war.⁸³ Soweit ersichtlich wurde für die Anwendung der Vorschrift auf den Betrieb als Ganzes abgestellt und nicht etwa auf einzelne Repräsentanten.⁸⁴ Daneben gab es in § 331 ZGB-DDR eine strikte Geschäftsherrnhaftung, die für Fälle gedacht war, in denen Mitarbeiter eigene Pflichten verletzen. Denn § 330 ZGB-DDR setzte voraus, dass eine Pflicht des Betriebs verletzt worden war.⁸⁵

Eine direkte Unternehmenshaftung, die ohne Zurechnung individuellen Verhaltens oder Verschuldens auskommt, soll im Folgenden als *echte direkte* Unternehmenshaftung bezeichnet werden. Hier wird für die Haftungsbegründung in der Regel auf das Unternehmen als organisatorische Einheit abgestellt. Einfache Beispiele sind die Gefährdungshaftung oder, wie eben gesehen, die Haftung der Betriebe nach § 330 ZGB-DDR. Demgegenüber soll eine Haftung, die zwar an die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers anknüpft, außerdem aber davon abhängig ist, dem Unternehmensträger individuelles Verhalten oder Verschulden von Unternehmensangehörigen zuzurechnen, als *unechte direkte* Unternehmenshaftung bezeichnet werden. Wichtigstes Bei-

⁸¹ Vgl. Bork, BGB AT, 42016, Rn. 1330; Bork, ZGR 1994, 237, 241.

⁸² Vgl. etwa *Armes v Nottinghamshire* [2018] A.C. 355, 362f. (*Lord Reed JSC*); *CN v Poole Borough CC* [2018] 2 WLR 1693, 1704ff., Rn. 40ff. (*Irwin LJ*); *Morgan*, Professional Negligence 31 (2015), 235, 246f. Siehe außerdem unten → bei Fn. 142–146.

⁸³ Herv. C.K.

⁸⁴ Ministerium der Justiz (DDR), Kommentar, 21985, § 331 Anm. 3: „Betriebskollektiv“. Vgl. auch § 334 ZGB-DDR: „Die Verpflichtung eines Betriebes zum Schadensersatz entfällt, wenn er die Umstände, die zum Schaden geführt haben, trotz Ausnutzung aller ihm durch die sozialistischen Produktionsverhältnisse gegebenen Möglichkeiten nicht abwenden konnte.“; *M. Leonhard*, in: GJZ-Tagungsband, 1997, 43, 47f.; *Posch*, RabelsZ 51 (1987), 334, 337; *Posch*, Staat und Recht 19 (1970), 1111, 1114f.

⁸⁵ Ministerium der Justiz (DDR), Kommentar, 21985, § 331 Anm. 0. Vgl. zu § 331 ZGB *M. Leonhard*, in: GJZ-Tagungsband, 1997, 43, 51f.

spiel ist die Verbundhaftung, wie sie von der h. M. verstanden wird (*Kleindiek-*Modell; Verschuldenszurechnung nach §§ 31, 831 BGB).

3. Keine Doppelhaftung

Da die direkte Unternehmenshaftung nicht von der Feststellung eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts abhängig ist, stellt sich hier nicht das Problem, dass mit der Haftung des Unternehmensträgers immer auch die persönliche Haftung eines Repräsentanten oder Gehilfen bejaht wird. Vielmehr können die Unternehmenshaftung und die Haftung der Unternehmensangehörigen unabhängig voneinander begründet werden, was eine differenzierte, am jeweiligen Telos der Haftung orientierte Herangehensweise ermöglicht. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal sind die jeweiligen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten, die für jeden Pflichtenträger gesondert zu bestimmen sind. Das kann z. B. dazu führen, dass nur der Unternehmensträger, nicht aber der handelnde Mitarbeiter im Außenverhältnis verpflichtet ist, oder dass zwar beide verpflichtet sind, die Pflichten aber unterschiedlich streng ausfallen. Sofern dies durch den Zweck der jeweiligen Haftungsnorm geboten ist, kann die Haftung vollständig auf den Unternehmensträger kanalisiert werden. Ist der Haftungsnorm hingegen zu entnehmen, dass auch oder vielleicht sogar exklusiv ein Unternehmensangehöriger haften soll, kann kumulativ oder alternativ eine persönliche Haftung angenommen werden. Die direkte Unternehmenshaftung schließt also eine persönliche Repräsentanten- oder Gehilfenhaftung nicht aus; es gibt, anders als bei der indirekten Haftung, lediglich keinen Automatismus, weil die Haftung des Unternehmensträgers nicht von einem Einzeldelikt abhängig ist. Die Herausforderung für die Rechtsanwendung liegt vor allem darin, die jeweiligen Pflichten sorgfältig auszudifferenzieren.⁸⁶ Gelingt dies, ist aber eine deutlich präzisere Feinsteuerung der jeweiligen Haftungen möglich als bei der indirekten Unternehmenshaftung.

III. Ergebnis (Übersicht)

Hinsichtlich des methodischen Ansatzes zur Begründung der Haftung des Unternehmensträgers lassen sich also grob zwei Modelle unterscheiden: Die indirekte Unternehmenshaftung zeichnet sich dadurch aus, dass die Haftung des Unternehmensträgers im Grundsatz an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt anknüpft. Etwaige Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten sind an den Unternehmensangehörigen adressiert, nicht an den Unternehmensträger. Die Haftung wird hier als echte indirekte Unternehmenshaftung bezeichnet, wenn der Unternehmensträger strikt haftet, als unechte indirekte Unterneh-

⁸⁶ Vgl. dazu noch ausf. unten → § 4 B, C.

menshaftung, wenn sie wie bei § 831 BGB verschuldensabhängig ausgestaltet ist. Die indirekte Unternehmenshaftung ist Haftung für fremdes Delikt und basiert nicht auf Zurechnung. Der Repräsentant oder Gehilfe haftet in der Regel auch persönlich. Die Haftung des Unternehmensträgers ersetzt diese Haftung nicht sondern tritt daneben (Schuldbeitrittsmodell). Die direkte Unternehmenshaftung ist von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt unabhängig und knüpft stattdessen an die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers an. Sie wird hier als unechte direkte Unternehmenshaftung bezeichnet, wenn sie außerdem von der Zurechnung individuellen Verhaltens oder Verschuldens abhängig ist, als echte direkte Unternehmenshaftung, wenn sie ohne Zurechnung auskommt, z. B. weil sie wie die Gefährdungshaftung von individuellem Verhalten unabhängig ist und unmittelbar an Organisationsrisiken anknüpft.

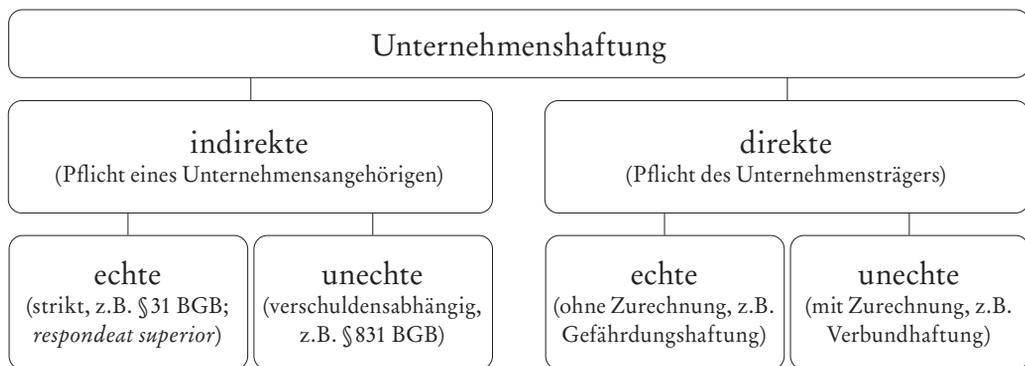


Abbildung 1: Formen der Unternehmenshaftung

B. Kritik der indirekten Unternehmenshaftung

Nachdem nun die wesentlichen Unterschiede zwischen der direkten und der indirekten Unternehmenshaftung herausgearbeitet wurden, soll im Rest des Kapitels genauer dargelegt werden, warum es nicht sinnvoll ist, die Unternehmenshaftung ausschließlich indirekt zu konstruieren und welcher Bedarf daneben für eine direkte Unternehmenshaftung besteht. Dafür soll zunächst ein näherer Blick auf die Unzulänglichkeiten der indirekten Unternehmenshaftung geworfen werden und zwar nicht auf das bereits hinreichend kritisierte deutsche Modell des § 831 BGB,⁸⁷ sondern auf die strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior*. Denn in Teilen der deutschen Lehre besteht die Überzeugung, sämtliche Probleme der Unternehmenshaftung ließen

⁸⁷ Dazu schon oben → § 1 B I.

sich dadurch lösen, dass die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gestrichen wird.⁸⁸ Demgegenüber wird hier die These vertreten, dass eine solche Änderung zwar erhebliche Verbesserungen mit sich brächte, dass aber eine ganze Reihe von Problemen bestehen bliebe, die eine strikte Geschäftsherrnhafung nicht lösen kann. Das ist einer der Gründe dafür, warum es neben der indirekten einer direkten Unternehmenshaftung bedarf und warum diese m. E. in Zukunft deutlich ausgebaut werden sollte.

Die Unzulänglichkeiten einer rein indirekten Unternehmenshaftung ergeben sich aus den Beschränkungen einer Geschäftsherrnhafung nach dem Prinzip *respondeat superior*. Weil eine solche im deutschen Deliktsrecht bisher nur in Spezialbereichen existiert (vgl. § 3 HPfIG, § 480 HGB, § 3 BinSchG, § 14 Abs. 7 MarkenG), sollen im Folgenden zunächst vergleichende Blicke in das englische Deliktsrecht und das deutsche Staatshaftungsrecht geworfen werden. Dabei wird sich zeigen, dass die strikte Geschäftsherrnhafung zwar deutlich besser funktioniert als die verschuldensabhängige nach § 831 BGB, dass es jedoch auch mit ihrer Anwendung in bestimmten Konstellationen Schwierigkeiten gibt. Das liegt vor allem daran, dass der Geschäftsherrnhafung im Kern ein individualistisches Verständnis zugrunde liegt, das davon ausgeht, dass ein einzelner Gehilfe ein Delikt begeht, für welches dann der Geschäftsherr als Nutznießer der Tätigkeit des Gehilfen einstehen muss. Sofern der Sachverhalt nicht dem klassischen Einpersonendelikt entspricht, kann es bei Anwendung der strikten Geschäftsherrnhafung jedoch zu Problemen kommen. Welche das sind, hängt natürlich auch von der genauen Ausgestaltung der Haftung aus, weshalb die nachfolgenden Ausführungen zum englischen Recht und zum Staatshaftungsrecht eher exemplarisch gemeint sind. Klar scheint aber, dass die Geschäftsherrnhafung an strukturellen Defiziten leidet, die sich auch durch ein flexibles Verständnis nicht gänzlich beseitigen lassen.

I. Englisches Recht

Im englischen Deliktsrecht ist die *vicarious liability* des Unternehmensinhabers für Delikte seiner Gehilfen nach dem Prinzip *respondeat superior*, also als strikte, verschuldensunabhängige Haftung, ein fest etablierter Grundsatz. In jüngerer Zeit ist diese Doktrin aber spürbar in Bewegung geraten,⁸⁹ was einerseits mit dem Bestreben zusammenhängt, modernen Organisations- und Kooperationsformen wie zwischenbetrieblicher Arbeitsteilung und *Outsourcing* Rechnung zu tragen, andererseits mit einer Reihe prominenter Entscheidungen, in

⁸⁸ Vgl. nur MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 128, § 831 Rn. 3; Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 6 Rn. 49; Wagner, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 202 f.

⁸⁹ Vgl. Todd, J. Int'l & Comp. L. 7 (2020), 1 ff.; Giliker, J. Eur. Tort L. 4 (2013), 306 ff.

denen es um eine *institutional liability* z. B. von Schulträgern, kirchlichen Einrichtungen oder lokalen Behörden in Bezug auf vorsätzliche Straftaten von Mitarbeitern ging, insbesondere um Kindesmisshandlungen.⁹⁰ Dadurch ist der Anwendungsbereich der *vicarious liability* erheblich ausgeweitet worden, was in der Literatur mitunter kritisiert wird.⁹¹ Trotz dieser ausweitenden Tendenzen wird die indirekte Haftung vielfach immer noch für ungenügend gehalten, um sachgerechte Lösungen für die Haftung von Unternehmens- und anderen Organisationsträgern zu finden. Die Gerichte weichen deshalb nicht selten auf eine unmittelbare, „persönliche“ Haftung des jeweiligen Organisationsträgers aus. Diese wird unterschiedlich begründet, worauf später noch zurückzukommen sein wird.⁹² Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, wo die Grenzen der *vicarious liability* liegen. Dafür werden zunächst ihre Voraussetzungen näher betrachtet, anschließend ihre Rechtsfolgen.

1. Voraussetzungen

Die englische Haftung des Unternehmensinhabers für Delikte seiner Gehilfen entspricht dem klassischen Leitbild einer Haftung für fremdes Delikt, wie es oben⁹³ bereits skizziert wurde. Erforderlich ist zunächst, dass zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gehilfen ein Geschäftsherrnverhältnis besteht. Weiterhin setzt die *vicarious liability* voraus, dass der Gehilfe im Rahmen seiner Tätigkeit für den Unternehmer („within the scope of employment“) ein Delikt begeht, das grundsätzlich vollständig verwirklicht sein muss. Auf Seiten des Geschäftsherrn müssen hingegen keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein, insbesondere kommt es anders als im deutschen Recht nicht auf ein Verschulden des Geschäftsherrn bei der Auswahl oder Überwachung des Gehilfen an.

a) Geschäftsherrnverhältnis

Erste Voraussetzung der Geschäftsherrnhaftung ist, dass der Anspruchsgegner als Geschäftsherr anzusehen ist und die handelnde Person als dessen Verrichtungsgehilfe. Zwischen beiden muss also ein Geschäftsherrnverhältnis bestehen. Ganz ähnlich wie im deutschen Recht, wo vor allem darauf abgestellt wird, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Verrichtungsgehilfen jederzeit beschränken oder entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann,⁹⁴ kommt im eng-

⁹⁰ Vgl. *Armes v Nottinghamshire* [2018] A.C. 355; *Various Claimants v Institute of Brothers of the Christian Schools* [2012] UKSC 56; *Lister v Hesley Hall Ltd* [2002] 1 A.C. 215; *Bazley v Curry* [1999] 2 S.C.R. 534; *Giliker*, Cambridge L.J. 77 (2018), 506 ff.; *MacKinnon*, Yale L.J. 125 (2016), 2038 ff.

⁹¹ *Tofaris*, Mod. L. Rev. 79 (2016), 884, 888 f. und passim.

⁹² Vgl. insb. noch unten → § 6 A II.

⁹³ → A I 1.

⁹⁴ BGH NJW 2013, 1002, 1003, Rn. 15; NJW 2009, 1740, 1741, Rn. 11; NJW-RR 1998, 250, 251 f.; BGHZ 103, 298, 303 = NJW 1988, 1380, 1381.

lischen Recht für das *relationship requirement* traditionell der sog. *control test* zur Anwendung, der die Annahme eines Geschäftsherrnverhältnisses davon abhängig macht, ob der Geschäftsherr die Ausführung der Tätigkeit durch den Verrichtungsgehilfen bestimmen kann.⁹⁵ Historisch gesehen ging es fast ausnahmslos um Arbeitsverhältnisse, in jüngerer Zeit ist jedoch eine Ausweitung auf „relationships akin to employment“ zu beobachten, also solche Beziehungen, die mit Arbeitsverhältnissen vergleichbar sind. Das ist z. B. bejaht worden für das Verhältnis einer Ordensgemeinschaft zu ihren Ordensbrüdern, die im Auftrag der Gemeinschaft unentgeltlich an Schulen unterrichteten,⁹⁶ für das Verhältnis zwischen dem königlichen Gefängnisdienst und einem Gefängnisinsassen, der in der Gefängnisküche den Küchendienst verrichtete,⁹⁷ und für das Verhältnis einer Kommunalbehörde zu Pflegeeltern, die aufgrund einer Entscheidung der Behörde und unter deren Aufsicht Kinder in ihren Haushalt aufgenommen und betreut hatten.⁹⁸

Ungeachtet solcher expansiven Tendenzen wird allerdings im Grundsatz daran festgehalten, dass für die Begründung einer *vicarious liability* ein besonderes Näheverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gehilfen bestehen muss. Das bedeutet insbesondere, dass keine Geschäftsherrnhaftung in Bezug auf Personen besteht, die ihre Aufgaben selbstständig und frei von Weisungen des Auftraggebers wahrnehmen (sog. *independent contractors*).⁹⁹

Die Gerichte reagieren auf diese Einschränkung der *vicarious liability* nicht selten wie sie es auch in den oben¹⁰⁰ bereits diskutierten Fällen zur Arbeitgeberhaftung für Arbeitsunfälle getan haben: Sie betonen die persönlichen Pflichten des Auftraggebers, weichen also von einer indirekten auf eine direkte Unternehmenshaftung aus. Das lässt sich z. B. an den berühmten Krankenhausfällen beobachten, die um die Mitte des 20. Jahrhunderts entschieden wurden. Das Problem lag hier darin, dass in früheren Entscheidungen, allen voran *Hillyer v Governors of St Bartholomew's Hospital* (1909),¹⁰¹ entschieden worden war, dass zwischen einem kommunalen Krankenhausträger und dem medizinischen Personal des Krankenhauses *keine* Beziehung bestehe, die eine *vicarious liability* des Trägers rechtfertige. Dies wurde u. a. damit begründet, dass die Organe des Trägers schon mangels der erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse gar nicht in der Lage gewesen wären, dem medizinischen Personal Weisungen in

⁹⁵ *Witting*, Torts, ¹⁵2018, 589f.; *Heuston/Buckley*, Torts, ²¹1996, 436f.

⁹⁶ *Various Claimants v Institute of Brothers of the Christian Schools* [2012] UKSC 56.

⁹⁷ *Cox v Ministry of Justice* [2016] A.C. 660.

⁹⁸ *Armes v Nottinghamshire* [2018] A.C. 355.

⁹⁹ *D&F Estates Ltd v Church Commissioners for England* [1989] A.C. 177, 208E (*Lord Bridge*): „It is trite law that the employer of an independent contractor is, in general, not liable for the negligence or other torts committed by the contractor in the course of the execution of the work.“; vgl. *Witting*, Torts, ¹⁵2018, 589, 594f.

¹⁰⁰ → A II 1 bei Fn. 57–62.

¹⁰¹ [1909] 2 K.B. 820.

Bezug auf die Ausführung seiner Tätigkeiten zu erteilen.¹⁰² In rechtspolitischer Hinsicht ging es wohl auch darum, die damals überwiegend nicht kommerziell betriebenen Krankenhäuser nicht zu stark mit Haftungsrisiken zu belasten.¹⁰³ Die Beschränkung der Geschäftsherrnhaftung wurde jedoch zunehmend als problematisch empfunden, worauf die Gerichte mit immer neuen Qualifizierungen der *Hillyer*-Entscheidung reagierten.¹⁰⁴ Vor allem aber betonten sie die persönlichen, nicht haftungsbefreiend delegierbaren Pflichten des Krankenhausträgers, was wohl am klarsten von *Denning L.J.* in *Cassidy v Ministry of Health* (1951) formuliert wurde: „I take it to be clear law, as well as good sense, that, where a person is himself under a duty to use care, he cannot get rid of his responsibility by delegating the performance of it to someone else, no matter whether the delegation be to a servant under a contract of service or to an independent contractor under a contract for services.“¹⁰⁵ Ähnlich reagierte man später auch im Arbeitsschutzrecht auf das Leerlaufen der *vicarious liability* bei dem Einsatz selbstständiger Unternehmer.¹⁰⁶ Die jüngste Entwicklung in diesem Themenfeld markiert die Entscheidung des UK Supreme Court in *Woodland v Swimming Teachers Association* (2013),¹⁰⁷ wo die Haftung einer Schulbehörde aus *eigener* Pflichtverletzung für einen Schwimmunfall bejaht wurde, der nach dem Vortrag der Klägerin darauf zurückzuführen war, dass Mitarbeiterinnen eines selbstständigen Unternehmens Schülerinnen im Schwimmunterricht nicht ausreichend beaufsichtigt hatten.

b) Gehilfendelikt

Weitere Voraussetzung der Geschäftsherrnhaftung ist, dass der Gehilfe ein Delikt begangen hat. Wie oben¹⁰⁸ bereits dargestellt wurde, ist die *vicarious liability* im englischen Recht nach dem Verständnis der h.M. eine rein indirekte Haftung, d.h. das Delikt muss vollständig durch den Gehilfen verwirklicht werden und der Geschäftsherr wird lediglich ergänzend als Haftungssubjekt herangezogen. Die Konstruktion der Unternehmenshaftung nach diesem Modell stößt daher an Grenzen, wenn sich kein Gehilfendelikt nachweisen lässt. Natürlich kann das bedeuten, dass das fragliche Verhalten aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist und dass deshalb auch der Unternehmensträger nicht auf Schadensersatz haften sollte. Es gibt aber auch Situationen, in denen zwar

¹⁰² [1909] 2 K.B. 820, 825 f. (*Farwell LJ*).

¹⁰³ Vgl. *McIvor*, Common L. World Rev. 35 (2006), 268, 291 f.

¹⁰⁴ Vgl. etwa *Gold v Essex CC* [1942] 2 K.B. 293; ausführlicher Überblick bei *McIvor*, Common L. World Rev. 35 (2006), 268, 291 ff.

¹⁰⁵ [1951] 2 K.B. 343, 363.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *McDermid v Nash Dredging & Reclamation Co Ltd* [1987] A.C. 906 sowie den australischen Fall *Kondis v State Transport Authority* (1984) 154 CLR 672.

¹⁰⁷ [2013] UKSC 66 = [2014] A.C. 537. Dazu noch unten → § 6 A II.

¹⁰⁸ → A I 1 bei Fn. 20–21.

die Geschäftsherrhaftung scheitert, andererseits aber auf der Hand liegt, dass eine Haftung des Unternehmensträgers geboten ist. Wichtigster Fall ist, dass nur das Unternehmen, nicht aber der Gehilfe Adressat der maßgeblichen Verhaltens- und Sorgfaltspflichten ist, die sich einerseits aus Gesetzen, andererseits aus dem *common law* ergeben können. Daneben ist noch die Fallgruppe relevant, dass die persönliche Haftung des Gehilfen durch eine Haftungsbeschränkung ausgeschlossen ist. In solchen Fällen scheitert die *vicarious liability* am fehlenden Gehilfendelikt und die Haftung des Unternehmensträgers lässt sich allenfalls als direkte Unternehmenshaftung konstruieren.

aa) Pflichtenstellung/Adressat

Eine *vicarious liability* des Unternehmensträgers kommt nicht in Betracht, wenn die maßgeblichen Verhaltens- und Sorgfaltspflichten allein an den Unternehmensträger gerichtet sind und nicht an die Unternehmensangehörigen persönlich. Denn dann lässt sich kein Gehilfendelikt konstruieren, das für eine *vicarious liability* aber benötigt wird. Reine Unternehmenspflichten können sich zunächst aus Gesetzen ergeben. Diese sind mitunter schon ihrem Wortlaut nach so formuliert, dass sie nur Unternehmen adressieren. So ist das Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen in Section 2 des Competition Act 1998 (sog. *Chapter I prohibition*) nur an *undertakings* und *associations of undertakings* gerichtet, das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Section 41 desselben Gesetzes (sog. *Chapter II prohibition*) nur an *undertakings*. Von Bedeutung sind zudem Gesetze, in denen der Kreis potenzieller Adressaten zwar offen über bestimmte Tätigkeiten definiert wird („any person who [...]“), mit denen jedoch in erster Linie unternehmerische Aktivitäten reguliert werden sollen und die deshalb *de facto* vor allem an Unternehmensträger gerichtet sind. Früher waren in diesem Zusammenhang die zahlreichen und detaillierten Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts von großer praktischer Bedeutung,¹⁰⁹ allerdings kommen diese seit Inkrafttreten des Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 nur noch ausnahmsweise als Grundlage für Schadensersatzklagen von Arbeitnehmern in Betracht, da seither in Section 47(2), (2A) des Health and Safety at Work Act 1974 angeordnet ist, dass Arbeitsschutzbestimmungen in Rechtsverordnungen grundsätzlich keine einklagbaren subjektiven Rechte begründen.¹¹⁰ Ein heute noch relevantes Beispiel schadensersatzbewehrter, typischerweise unternehmensspezifischer Pflichten ist Section 34(1) des Environmental Protection Act 1990, wo Sorgfaltspflichten in Bezug auf den

¹⁰⁹ Die Leitentscheidung ist *Groves v Lord Wimborne* [1898] 2 Q.B. 402 (Sec. 5 Factory and Workshop Act 1878). Vgl. außerdem *Black v Fife Coal Co Ltd* [1912] A.C. 149 (Sec. 49 Coal Mines Regulation Act 1887).

¹¹⁰ Ausführlich zu dieser Reform *Mulheron*, Tort Law, 2016, §EM.9 (Online Chapter). Für die Bestimmungen des Health and Safety at Work Act 1974 selbst ergab sich eine vergleichbare Einschränkung vorher schon aus Section 47(1) des Gesetzes.

Umgang mit Sonderabfällen formuliert werden, deren Verletzung eine Haftung nach Section 73(6) desselben Gesetzes begründen kann.¹¹¹ Auch die Emittentenhaftung gemäß Sections 90, 90A des Financial Services and Markets Act 2000 adressiert faktisch nur Unternehmen, genauso wie die Produkthaftung nach Section 2 des Consumer Protection Act 1987. Auch die Sections 168, 169 des Data Protection Act 2018 über die Haftung bei Verstößen gegen den Datenschutz gehören in diesen Zusammenhang. Unternehmenspflichten können außerdem aus allgemeinen Gesetzen folgen, z.B. dem Occupier's Liability Act 1957, der – übertragen in deutsche Begrifflichkeiten – die Verkehrssicherungspflichten von Grundstücksbesitzern regelt.

Unternehmenspflichten können sich ferner aus *common law* ergeben. Ein Beispiel ist die Pflicht der Arbeitgeber, die Sicherheit ihrer Arbeitnehmer zu gewährleisten. Diese Pflicht, die durch die Reform des Arbeitsschutzrechts im Jahr 2013 nicht beschnitten wurde, und deren praktische Bedeutung sich durch den weitgehenden Ausfall von Klagen wegen Verletzung von *statutory duties* sogar noch erhöhen dürfte, wurde bereits in der Leitentscheidung *Wilson & Clyde Coal Co Ltd v English* (1937)¹¹² als persönliche Pflicht des Arbeitgebers definiert und seither in vier Unterpflichten konkretisiert, nämlich die Gewährleistung eines sicheren Arbeitsplatzes, sicherer Arbeitsabläufe, sicheren Arbeitsmaterials und zuverlässiger Arbeitskollegen.¹¹³ Ein weiteres wichtiges Beispiel ist die persönliche Pflicht der Krankenhausträger, durch sorgfältige Organisation und die Bereitstellung sicherer Arbeitsmittel sowie zuverlässigen Personals die Gesundheit und Sicherheit der Patienten zu gewährleisten. Die Begründung dieser Pflicht geht auf zunächst noch nicht mehrheitsfähige Überlegungen von *Denning* zurück,¹¹⁴ fand später aber Zustimmung bis hoch zum House of Lords. So vermerkte *Lord Browne-Wilkinson* in *X v Bedfordshire CC* (1995): „It is established that those conducting a hospital are under a direct duty of care to those admitted as patients to the hospital [...]. They are liable for the negligent acts of a member of the hospital staff which constitute a breach of that duty, whether or not the member of the staff is himself in breach of a separate duty of care owed by him to the plaintiff [...].“¹¹⁵ Hier wird deutlich, dass es Unternehmenspflichten gibt, denen keine Mitarbeiterpflichten korrespondieren und deren Verletzung mangels Gehilfendelikts daher auch keine *vicarious liability* begründen kann, sondern nur eine direkte Unternehmenshaftung wegen Verletzung eigener Pflichten des Unternehmens.

¹¹¹ Vgl. dazu etwa *Corby Group Litigation v Corby DC* [2009] EWHC 1944 (TCC).

¹¹² [1938] A.C. 57.

¹¹³ Vgl. dazu *Mulheron*, Tort Law, 2016, §EM.3 (Online Chapter).

¹¹⁴ *Cassidy v Ministry of Health* [1951] 2 K.B. 343, 360–365 (*Denning LJ*); *Jones v Manchester Corp* [1952] 2 Q.B. 852, 369f. (*Denning LJ*).

¹¹⁵ [1995] 2 A.C. 633, 740 (*Lord Browne-Wilkinson*).

Besonders deutlich wird die Notwendigkeit einer sorgfältigen Differenzierung zwischen Unternehmens- und Mitarbeiterpflichten am Delikt der *negligent misrepresentation*, einer Art fahrlässigem Betrug, den man in Deutschland wohl als *culpa in contrahendo* einordnen würde. Nach den Voraussetzungen, die das House of Lords in *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* (1963)¹¹⁶ für den Ersatz reiner Vermögensschäden formuliert hat, setzt dieses Delikt u. a. voraus, dass der Auskunftgeber ausdrücklich oder konkludent die Verantwortung für die Richtigkeit einer Information übernimmt (*assumption of risk*). Es geht also um die Begründung eines Vertrauenstatbestands. Werden Erklärungen durch einen Mitarbeiter für ein Unternehmen abgegeben, kann sich die Frage stellen, ob der Unternehmensträger bzw. „das Unternehmen“ das Vertrauen begründet oder der handelnde Mitarbeiter persönlich. So war es z. B. im Fall *Williams v Natural Life Health Foods Ltd* (1998),¹¹⁷ wo die Kläger die beklagte Gesellschaft und deren Gründer und Geschäftsführer auf Schadensersatz verklagten, weil sie – im Vertrauen auf angeblich geschönte Zahlen zu möglichen Erwerbchancen – mit der Gesellschaft einen Franchisevertrag abgeschlossen hatten, der sich nach wenigen Monaten als Verlustbringer erwies. Weil die beklagte Gesellschaft im Laufe des Gerichtsprozesses abgewickelt wurde, richtete sich die Klage schließlich nur noch gegen den Geschäftsführer. Das House of Lords entschied jedoch, dass keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür bestanden, dass dieser persönlich die Verantwortung für die Richtigkeit der Informationen übernommen hatte.¹¹⁸ Andererseits ließen die Richter jedoch keinen Zweifel daran, dass eine Haftung des Unternehmens zu bejahen war. Da auch kein anderer Mitarbeiter persönlich haftete, lässt sich dieses Ergebnis mithilfe der *vicarious liability* nicht begründen, sondern nur als direkte Unternehmenshaftung.¹¹⁹

Im Fall *WB Anderson & Sons Ltd v Rhoades (Liverpool) Ltd* (1967)¹²⁰ wurde die Haftung eines Großhandelsunternehmens bejaht, obwohl sich eine *negligent misrepresentation* nur aus dem Zusammenwirken mehrerer Mitarbeiter konstruieren ließ: Ein Vertriebsmitarbeiter hatte Kunden des Großhändlers an einen neu auf den Markt getretenen Kartoffellieferanten vermittelt und auf Rückfrage der Kunden dessen Zahlungsfähigkeit bestätigt. Geschäftsleitung und Buchhaltung des Großhändlers hätten jedoch aus den Geschäftsunterlagen ersehen können, dass es um die Bonität des Lieferanten tatsächlich schlecht be-

¹¹⁶ [1964] A.C. 465.

¹¹⁷ [1998] 1 W.L.R. 830.

¹¹⁸ Wegen des Erfordernisses einer persönlichen *assumption of risk* taugt der Fall nicht als Beleg einer generellen Beschränkung der Organaußenhaftung, vgl. aber in diesem Sinne Schirmer, Körperschaftsdelikt, 2015, 115 ff.; Fleischer, ZGR 2000, 152 ff. Vgl. dazu Davies/Worthington, *Company Law*, ¹⁰2016, Rn. 7-32; Davies, *Company Law*, ²2010, 46; Campbell/*Armour*, Cambridge L.J. 62 (2003), 290, 296 f.

¹¹⁹ Vgl. Davies/Worthington, *Company Law*, ¹⁰2016, Rn. 7-32.

¹²⁰ [1967] 2 All. E.R. 850.

stellt war. Dem Vertriebsmitarbeiter war kein Vorwurf zu machen, weil er darauf vertrauen durfte, dass die anderen Abteilungen ihn informieren würden, wenn sich bei einem wichtigen Vertragspartner Zahlungsschwierigkeiten ergeben. Das Gericht kombinierte jedoch die inhaltlich falsche Erklärung des Vertriebsmitarbeiters mit der Fahrlässigkeit des Geschäftsleiters und des zuständigen Buchhalters und bejahte eine *negligent misrepresentation* des Großhandelsunternehmens. Auch hier gab es also kein Gehilfendelikt und konnte es deshalb auch keine *vicarious liability* geben. Als direkte Unternehmenshaftung lässt sich der Fall hingegen gut erklären.

bb) Haftungsbeschränkungen

Welche Schwierigkeiten sich bei einer ausschließlich indirekten Konzeption der Unternehmenshaftung ergeben können, zeigt sich auch daran, dass die Haftung des Unternehmensträgers aus *vicarious liability* grundsätzlich entfällt, wenn es ein Gehilfendelikt nur deshalb nicht gibt, weil zugunsten des Gehilfen ein persönliches Haftungsprivileg greift. Ein anschauliches Beispiel bietet der Fall *ICI Ltd v Shatwell* (1964),¹²¹ dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Der Kläger und sein Bruder waren beide in einem Steinbruch beschäftigt und bereiteten dort Sprengarbeiten vor. Dabei entschieden sie in gegenseitigem Einvernehmen, unter Missachtung der geltenden Sicherheitsbestimmungen und ausdrücklicher Weisungen ihres Arbeitgebers, die Sprengvorrichtung zu testen, ohne sich vorher an einen sicheren Ort zu begeben. Beide Brüder wurden verletzt, der Kläger schwer. Er verklagte den Arbeitgeber und berief sich u. a. auf die Fahrlässigkeit seines Bruders, für die der Arbeitgeber aus *vicarious liability* einzustehen habe. Das House of Lords wies dies zurück: Die Brüder hätten gewusst, welches Risiko sie eingehen und seien sich einig gewesen, dass sie dies gemeinsam tun wollen. Untereinander sei ihre Haftung daher nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* ausgeschlossen, der im englischen Recht als Haftungsausschlussgrund anerkannt ist.¹²² Davon müsse auch der Arbeitgeber profitieren, denn die Haftung des Geschäftsherrn sei abhängig von der des Gehilfen: „[u]nless the servant is liable the master is not liable for his acts [...]“¹²³ Könne sich der Gehilfe auf ein Haftungsprivileg berufen, sei daraus auch der Arbeitgeber mittelbar berechtigt („*vicariously entitled*“).¹²⁴

In anderen Entscheidungen bemühten sich die Gerichte darum, die Haftung des Geschäftsherrn trotz Haftungsprivilegs des Gehilfen irgendwie aufrecht-

¹²¹ [1965] A.C. 656.

¹²² *Volenti* wird im englischen Deliktsrecht teilweise als impliziter Haftungsausschluss angesehen, teilweise geht man aber auch davon aus, dass gegenüber demjenigen, der auf eigene Gefahr handelt, schon keine Pflichten begründet werden, vgl. *Buckpitt v Oates* [1968] 1 All E.R. 1145, 1148; *Heuston/Buckley*, Torts, ²¹1996, 472, 474.

¹²³ [1965] A.C. 656, 686A (*Lord Pearce*).

¹²⁴ [1965] A.C. 656, 688C–D (*Lord Pearce*).

zuerhalten. In *Dyer v Munday* (1895)¹²⁵ konnte der Gehilfe für einen tätlichen Angriff (*assault*) auf eine Kundin seines Arbeitgebers zivilrechtlich nicht mehr belangt werden, weil er dafür bereits strafrechtlich verurteilt worden war und Section 45 des Offences Against the Person Act 1861 in solchen Fällen jede weitere Haftung ausschließt. Die Richter legten die Vorschrift jedoch eng aus und folgerten, es werde nur die Haftung des Gehilfen selbst ausgeschlossen, nicht aber die *vicarious liability* des Geschäftsherrn. Ganz ähnlich war es im Fall *Broom v Morgan* (1953):¹²⁶ Die Klägerin und ihr Ehemann waren beide als Arbeitnehmer in derselben Schankwirtschaft beschäftigt. Der Ehemann versäumte fahrlässig, eine Bodenluke zu schließen, die Klägerin fiel hinein und wurde verletzt. Ihren Ehemann hätte sie nicht verklagen können, weil Section 12 des Married Women's Property Act 1882 deliktische Schadensersatzklagen zwischen Ehegatten ausschloss. Die Arbeitgeberin meinte, dann könne auch sie nicht haften, weil es an einem Gehilfendelikt fehle. Die Richter hingegen bejahten die Haftung, allerdings aus unterschiedlichen Gründen: Während *Singleton* einen eher prozeduralen Ansatz bevorzugte, wonach das Delikt des Ehemanns materiell-rechtlich bestehen blieb und nur die Rechtsdurchsetzung zwischen den Ehegatten ausgeschlossen war (heute bekannt als *unenforceable tort theory*¹²⁷),¹²⁸ betonte *Denning* die persönliche Pflicht der Arbeitgeberin zur Sicherung des Arbeitsplatzes,¹²⁹ womit er einerseits an seine Überlegungen zu *non-delegable duties* anknüpfte,¹³⁰ andererseits eine gewisse Nähe zur *employer's tort theory* zeigte.¹³¹ Hilfsweise unterstützte er jedoch, wie auch der dritte Richter, die *unenforceable tort theory*,¹³² die heute als h. M. gilt.¹³³

c) *Scope of employment*

Letzte Voraussetzung der englischen Geschäftsherrnhaftung ist, dass eine ausreichend enge Verbindung zwischen dem Delikt des Gehilfen und seiner Tätigkeit für den Geschäftsherrn besteht. Dieses Merkmal, das in etwa der Anforderung in §§ 31, 831 BGB entspricht, dass der Repräsentant oder Gehilfe „in Ausübung der übertragenen Verrichtung“ handeln muss, ist in jüngerer Zeit durch die Gerichte immer wieder neu interpretiert worden und hat dadurch eine erhebliche Ausweitung erfahren. Dahinter steht das Bemühen, den Opferschutz bei Vorsatzdelikten zu verbessern und die institutionelle Verantwortung z. B.

¹²⁵ [1895] 1 Q.B. 742.

¹²⁶ [1953] 1 Q.B. 597. Vgl. auch schon *Smith v Moss* [1940] 1 K.B. 424.

¹²⁷ Grundlegend *Williams*, L. Q. Rev. 72 (1956), 522, 525 ff.

¹²⁸ [1953] 1 Q.B. 597, 607 (*Singleton LJ*).

¹²⁹ [1953] 1 Q.B. 597, 607–609 (*Denning LJ*).

¹³⁰ Dazu schon oben → bei Fn. 105.

¹³¹ Dazu oben → A I 1.

¹³² [1953] 1 Q.B. 597, 609 f. (*Denning LJ*), 611 f. (*Hodson LJ*).

¹³³ Vgl. nur *Deakin/Adams*, Tort Law, §2019, 553 f.

von Schulträgern oder kirchlichen Einrichtungen für Geschehnisse in ihrem Zuständigkeitsbereich zu betonen. Anlass waren u.a. Fälle, in denen Kinder z.B. von Lehrern oder Priestern körperlich misshandelt und/oder sexuell missbraucht worden waren.¹³⁴ Nach dem jahrzehntelang anerkannten *Salmond-Test*¹³⁵ hätte man die die Haftung der Organisation in den meisten dieser Fälle verneinen müssen, weil vorsätzliche Taten damit nur schwer zu erfassen waren. In *Lister v Hesley Hall Ltd* (2001)¹³⁶ begründete das House of Lords daher einen neuen Test: Entscheidend sei, ob zwischen dem Delikt des Gehilfen und seiner Tätigkeit für den Arbeitgeber eine so enge Verbindung bestehe („so closely connected“), dass es gerecht („fair and just“) erscheine, den Arbeitgeber aus *vicarious liability* haften zu lassen (*close connection test*).¹³⁷ Das wurde bejaht für den Betreiber eines Internats in Bezug auf sexuelle Missbräuche, die der Leiter eines Wohnheims an Schülern begangen hatte. Ähnlich entschied später der UK Supreme Court zur Haftung einer Ordensgemeinschaft in Bezug auf Misshandlungen durch Ordensbrüder, die unentgeltlich an einem katholischen Internat unterrichtet hatten.¹³⁸ Im *Mohamud v Wm Morrison Supermarkets Plc* (2016)¹³⁹ wurde die Haftung eines Supermarktbetreibers für die Tat eines Angestellten bejaht, der einen Kunden rassistisch beleidigt hatte. Und in *Armes v Nottinghamshire* (2017)¹⁴⁰ bejahte der Supreme Court sogar die *vicarious liability* einer lokalen Behörde für die Misshandlung eines Pflegekinds durch dessen Pflegeeltern, denen die Behörde das Kind anvertraut hatte.

In der Literatur wird diese immer weitere Ausdehnung der indirekten Haftung mitunter kritisiert und angemahnt, die Gerichte sollten sich stärker darauf konzentrieren, die eigenen Pflichten der Organisationsträger herauszuarbeiten und zu konkretisieren, also die direkte Unternehmens- und Organisationshaftung gegenüber der indirekten zu stärken.¹⁴¹ Ansätze dafür lassen sich auch in der Rechtsprechung finden.¹⁴² In *W v Commissioner of Police of the Metropolis*

¹³⁴ Vgl. außer den im Text genannten z.B. noch *Maga v Birmingham Roman Catholic Archdiocese Trustees* [2010] 1 W.L.R. 1441.

¹³⁵ Danach war zu prüfen, ob der Arbeitgeber das Delikt autorisiert hatte oder ob es sich zumindest noch als Ausführung der übertragenen Tätigkeit darstellte, auch wenn das Verhalten selbst nicht genehmigt war, vgl. z.B. *Mulheron*, Tort Law, ²2020, 990.

¹³⁶ [2002] 1 A.C. 215.

¹³⁷ Vgl. auch *Bazley v Curry* [1999] 2 S.C.R. 534, 559f., Rn. 41 (Supreme Court of Canada, *McLachlin J*): *enterprise risk test*.

¹³⁸ *Various Claimants v Institute of Brothers of the Christian Schools* [2012] UKSC 56.

¹³⁹ [2016] A.C. 677. Vgl. auch noch *Cox v Ministry of Justice* [2016] A.C. 660 (Haftung eines Gefängnisbetreibers für Fehlverhalten eines Gefangenen).

¹⁴⁰ [2018] A.C. 355.

¹⁴¹ Vgl. *Tofaris*, Mod. L. Rev. 79 (2016), 884, 899f. und passim; *Deakin/Adams*, Tort Law, ⁸2019, 575f.

¹⁴² Vgl. auch noch *CN v Poole BC* [2018] 2 W.L.R. 1693 (keine Pflicht einer lokalen Behörde, Kinder vor Belästigung durch Familie in der Nachbarschaft zu schützen, die für asoziales Verhalten bekannt war); *Tofaris*, Professional Negligence 34 (2018), 190ff.

(2000)¹⁴³ ging es z. B. um die fahrlässige Verletzung der Pflichten einer Polizeibehörde, eine Polizistin gegen Einschüchterungsversuche ihrer Kollegen zu schützen und eine von ihr angezeigte Vergewaltigung zu ermitteln. Und in *Maga v Birmingham Roman Catholic Archdiocese Trustees* (2010)¹⁴⁴ bejahte der Court of Appeal nicht nur die *vicarious liability* einer Erzdiözese für sexuelle Missbräuche durch einen Priester, sondern erwog außerdem, die Haftung darauf zu stützen, dass die Diözese trotz früherer Beschwerden den Priester nicht besser überwacht hatte. Auch auf die oben bereits diskutierten Fälle der Arbeitgeberhaftung für Arbeitsunfälle¹⁴⁵ und die Krankenhausfälle¹⁴⁶ ist in diesem Zusammenhang nochmals hinzuweisen.

2. Rechtsfolgen

Weitere Probleme der indirekt konzipierten Unternehmenshaftung zeigen sich im Bereich der Rechtsfolgen. Wenn ein Gehilfe ein Delikt begeht, für das sein Arbeitgeber aus *vicarious liability* mithaftet, sind beide nach englischem Recht grundsätzlich als Gesamtschuldner anzusehen. Die persönliche Haftung des Gehilfen wird jedoch wie im deutschen Recht teilweise als unbillig angesehen (a). Zudem kann es im Bereich der Rechtsfolgen geboten scheinen, z. B. hinsichtlich der Anspruchshöhe zwischen der Unternehmenshaftung und der persönlichen Haftung zu differenzieren, was die *vicarious liability* jedoch grundsätzlich nicht erlaubt, weil der Geschäftsherr hier für den Schadensersatzanspruch so einzustehen hat, wie er gegen den Gehilfen besteht (b). Um dieses Problem zu veranschaulichen wird im Folgenden ein Seitenblick in das US-amerikanische Deliktsrecht geworfen, wo es sich besonders deutlich zeigt.

a) Doppelhaftung

Da die *vicarious liability* des englischen Rechts, wie oben¹⁴⁷ gezeigt, an ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt anknüpft und der Geschäftsherr sogar von Haftungsbeschränkungen profitieren kann, die sich aus den persönlichen Umständen des Gehilfen ergeben, kommt es in der Regel zu einer parallelen Haftung des Geschäftsherrn und des Gehilfen. Beide haften dem Geschädigten jeweils auf den vollen Schadensersatz und sind somit als Gesamtschuldner anzusehen.¹⁴⁸ Eine Beschränkung der persönlichen Haftung des Gehilfen im Außenverhältnis, wie sie im französischen Recht seit der Costedoat-Entscheidung

¹⁴³ [2000] 1 W.L.R. 1607.

¹⁴⁴ [2010] 1 W.L.R. 1441, Rn. 70, 72–74 (*Lord Neuberger of Abbotsbury*), Rn. 92 (*Longmore LJ*), Rn. 96 (*Smith LJ*).

¹⁴⁵ → A II 1 bei Fn. 59–61.

¹⁴⁶ → B I 1a bei Fn. 101–105.

¹⁴⁷ → B I 1b.

¹⁴⁸ *Deakin/Adams*, Tort Law, §2019, 568.

der *Cour de Cassation* aus dem Jahr 2000 praktiziert wird,¹⁴⁹ gibt es im englischen Recht genauso wenig wie im deutschen. Im englischen Recht profitiert der Gehilfe aber auch nicht von Freistellungsansprüchen im Innenverhältnis. Im Gegenteil wird grundsätzlich daran festgehalten, dass der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer einen Regressanspruch in voller Höhe hat, weil der Arbeitgeber nur abgeleitet haftet, die eigentliche Verantwortung für das Delikt aber bei dem Gehilfen liegt.¹⁵⁰ Der Anspruch ergibt sich einerseits aus Sections 1, 2 des Civil Liability (Contribution) Act 1978, die einen allgemeinen Ausgleichsanspruch zwischen Gesamtschuldern entsprechend ihrer jeweiligen Verantwortlichkeit für den Schaden vorsehen, andererseits aus der Leitentscheidung *Lister v Romford Ice and Cold Storage Co* (1956),¹⁵¹ in welcher das House of Lords einen entsprechenden Anspruch auch aus dem *common law* abgeleitet hat. Begründet wurde dies damit, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletze und nicht generell davon ausgegangen werden könne, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer implizit zusage, ihn von Haftung freizustellen oder zu versichern.

In der Literatur wird kritisiert, dass angesichts dieser Rechtslage die indirekte Unternehmenshaftung zu einer übermäßigen Ausdehnung der persönlichen Gehilfenhaftung führe.¹⁵² Knüpfe man die Unternehmenshaftung an ein Gehilfendelikt an anstatt die eigene Verantwortung des Unternehmensträgers für die unternehmerischen Risiken zu betonen, bejahe man mit der Unternehmenshaftung immer auch die persönliche Haftung des Gehilfen und den Regressanspruch des Unternehmers, womit Risiken auf den Arbeitnehmer abgewälzt würden, die, zumindest soweit es um Fahrlässigkeitsdelikte gehe, typischerweise Unternehmensrisiken seien und die der Unternehmensträger deutlich besser tragen könne als der Arbeitnehmer. Das Problem ließe sich natürlich dadurch lösen, dass man wie im deutschen Recht den Innenregress modifiziert oder nach dem Vorbild des französischen Rechts sogar die Außenhaftung einschränkt, was allerdings voraussetzen würde, dass der Civil Liability (Contribution) Act 1978 geändert und *Lister v Romford* verworfen werden. Eine Alternative wäre es, stattdessen die eigenen Pflichten des Unternehmensträgers stärker zu betonen und die direkte Unternehmenshaftung gegenüber der indirekten zu stärken. Denn die Haftung des Unternehmensträgers wegen der Verletzung eigener Pflichten kann auch im englischen Recht bejaht werden, ohne dass ein Gehilfendelikt vorliegen müsste. Sie wird zum Teil auf Zurechnung gestützt, zum Teil

¹⁴⁹ Dazu oben bei → Fn. 37.

¹⁵⁰ *Deakin/Adams*, Tort Law, §2019, 568f. Vgl. für das deutsche Recht die vergleichbare Regelung des § 840 Abs. 2 BGB, die jedoch in der Praxis durch die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung weitgehend verdrängt wird.

¹⁵¹ [1957] AC 555.

¹⁵² Vgl. zum Folgenden *Deakin/Adams*, Tort Law, §2019, 568f., 575f.

aber auch auf ein eigenes Verschulden „des Unternehmens“.¹⁵³ Jedenfalls wird sie originär begründet und verhindert so, dass der Unternehmensträger den Schaden auf einen Arbeitnehmer abwälzen kann.

b) Exkurs: *Punitive damages*

Eine genauere Differenzierung zwischen den Rechtsfolgen, die den Unternehmensträger treffen, und denen, die für die handelnden Mitarbeiter gelten, kann auch hinsichtlich der weiteren Modalitäten der Haftung geboten sein. Das soll im Folgenden am Beispiel des Strafschadensersatzes verdeutlicht werden, der allerdings als *exemplary damages* im englischen Recht eine eher geringe Rolle spielt. Im US-amerikanischen Recht kommt *punitive damages* hingegen eine beachtliche Bedeutung zu, weshalb ein kurzer Seitenblick auf diese Rechtsordnung geworfen werden soll. Im amerikanischen Deliktsrecht ist die strikte Geschäftsherrhaftung als *vicarious liability* nach dem Prinzip *respondeat superior* ebenso fest etabliert wie im englischen Recht, aber wie dort steht sie nicht allein, sondern wird durch eine direkte Unternehmenshaftung ergänzt.¹⁵⁴ Wie im englischen Recht kommt die direkte Unternehmenshaftung auch im amerikanischen Recht u. a. dann zum Zuge, wenn sich eine *vicarious liability* nicht begründen lässt, z. B. weil den Gehilfen persönlich keine Pflicht trifft, weil er außerhalb des *scope of employment* handelt oder weil der Schaden durch einen *independent contractor* verursacht wird.¹⁵⁵ Ebenfalls wie im englischen Recht spielen originäre Unternehmenspflichten eine nicht unerhebliche Rolle, was z. B. dazu führt, dass die gesamte Produkthaftung als echte direkte Unternehmenshaftung ausgestaltet ist, die an die Verletzung von Unternehmenspflichten anknüpft und ferner auf eine Zurechnung individuellen Verschuldens verzichtet und stattdessen für die Fahrlässigkeit, soweit sie für die Haftung erforderlich ist, auf das Unternehmen als Ganzes abstellt.¹⁵⁶

In praktischer Hinsicht kann die direkte Unternehmenshaftung von besonderem Interesse sein, weil der Unternehmensträger auf Grundlage einer *vicarious liability* nur eingeschränkt zur Zahlung von *punitive damages* verurteilt werden kann. Das hat damit zu tun, dass die *vicarious liability* als strikte, verschuldensunabhängige Haftung ausgestaltet ist, nach welcher der Geschäftsherr haften kann, ohne dass ihm selbst ein Vorwurf zu machen ist. Damit ist nach verbreiteter Ansicht die Grundlage für einen Strafschadensersatz nicht gegeben. In

¹⁵³ Vgl. *Mulheron*, Tort Law, ²2020, 343 ff.; *Witting*, L. Q. Rev. 126 (2010), 39, 42; *McIvor*, Common L. World Rev. 35 (2006), 268, 289 f.

¹⁵⁴ Restatement (Third) of Agency (2006), §§ 7.03, 7.05, 7.06; *Kraakman*, in: Research Handbook, 2013, 234 f. (m. Fn. 2); *Kraakman*, in: Tort Law, ²2009, 134.

¹⁵⁵ Vgl. *Sharkey*, Val. U. L. Rev. 53 (2018), 1, 4 f., 17–21.

¹⁵⁶ Vgl. *Owen*, Products Liability, ³2015, 58 ff.; *Wantzen*, Unternehmenshaftung, 2007, 185 f., 201 f.; *Brüggemeier*, in: Sozialschutzprinzip, 2004, 147, 157.

§ 909 des zweiten *Restatement of Torts* aus dem Jahr 1979¹⁵⁷ wird deshalb betont, dass der Geschäftsherr wegen der Tat eines Gehilfen nur zu *punitive damages* verurteilt werden kann, wenn der Geschäftsherr oder eine Leitungsperson das Verhalten des Gehilfen angeordnet oder genehmigt hatte, die Beschäftigung des Gehilfen leichtsinnig (*reckless*) war oder der Gehilfe eine leitende Funktion (*managerial capacity*) innehatte und sich mit seiner Tat im Rahmen der übertragenen Verrichtung hielt. Haftet der Geschäftsherr nicht abgeleitet, sondern wegen Verletzung seiner eigenen Pflichten, gelten diese Einschränkungen jedoch nicht und der Geschäftsherr kann ohne Weiteres nach den allgemeinen, in § 908 des *Restatement* beschriebenen Anforderungen zur Zahlung von Strafschadensersatz verurteilt werden.¹⁵⁸ Zu den eigenen Pflichten des Geschäftsherrn gehört auch die Pflicht, durch sorgfältige Überwachung des Gehilfen zu verhindern, dass dieser außerhalb der übertragenen Verrichtung Vorsatzdelikte begeht oder übermäßige Risiken für Dritte schafft.¹⁵⁹ In der Literatur wird gefordert, diesen Ansatz der direkten (Fahrlässigkeits-)Haftung des Unternehmensträgers auszubauen, um zu sachgerechten Ergebnissen hinsichtlich des Strafschadensersatzes zu gelangen.¹⁶⁰ Insbesondere müsse darauf geachtet werden, sich nicht vorschnell mit einer indirekten Haftung zufrieden zu geben (die das Unternehmen vielleicht sogar freiwillig akzeptiert), wenn sich möglicherweise ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn feststellen lässt, das zu einer strengeren Haftung führen würde.

3. Fazit

Es zeigt sich also, dass auch Rechtsordnungen wie die englische oder die US-amerikanische, in denen die Geschäftsherrnhaftung als strikte Haftung ausgestaltet ist, die Unternehmenshaftung nicht ausschließlich indirekt konzipieren. Hauptgrund ist, dass die Geschäftsherrnhaftung, auch wenn sie ohne eigenes Verschulden des Geschäftsherrn auskommt, in dogmatischer Hinsicht relativ eng begrenzt ist. Zwar ist die Doktrin gerade im englischen Recht in den letzten Jahren erheblich ausgeweitet worden. Dennoch herrscht weitgehend Einigkeit, dass die *vicarious liability* allein nicht ausreicht, um die Probleme der Unternehmenshaftung sachgerecht zu lösen. Sie kommt insbesondere an ihre Grenzen, wenn es an einem klassischen Geschäftsherrnverhältnis fehlt, der Gehilfe kein Delikt begeht, z. B. weil die relevanten Pflichten nur den Unternehmensträger treffen, oder wenn der Gehilfe außerhalb des *scope of employment* handelt. Eine immer weitere Ausdehnung der *vicarious liability* wird skeptisch

¹⁵⁷ Ähnlich *Restatement (Second) of Agency* (1958), § 217C.

¹⁵⁸ Vgl. dazu *Sharkey*, Val. U. L. Rev. 53 (2018), 1, 36 f.

¹⁵⁹ *Restatement (Third) of Agency* (2006), §§ 7.03, 7.05; *Restatement (Second) of Torts* (1979), § 317.

¹⁶⁰ *Sharkey*, Val. U. L. Rev. 53 (2018), 1, 11, 33–37 und passim.

gesehen, als Lösung die Stärkung der direkten Unternehmenshaftung vorgeschlagen. Diese hat den Vorteil, dass sich klar zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen differenzieren lässt. So kann die Haftung des Unternehmensträgers z. B. strenger eingestellt werden als die der handelnden Personen, wodurch sich auch das Problem einer automatischen Doppelhaftung lösen lässt. Dadurch kann es gelingen, der Unternehmensleitung und den Unternehmensangehörigen über die Unternehmenshaftung wirksame Verhaltensanreize zu setzen, ohne gleichzeitig die persönliche Haftung so streng auszugestalten, dass sich Mitarbeiter übervorsichtig verhalten oder bestimmte Tätigkeiten nicht mehr ausüben wollen. Verbreitet wird die direkte Unternehmenshaftung auch als Möglichkeit gesehen, die institutionelle Verantwortung des Unternehmens als Organisation sowie die Verantwortung der Unternehmensleitung für Fehlverhalten im Unternehmen stärker zu betonen und neben individuellen Versäumnissen auch systemische Ursachen von Rechtsverletzungen in den Blick zu nehmen.

II. Amtshaftung

Auch die Amtshaftung als wichtigster Teil des deutschen Staatshaftungsrechts ist nach dem Prinzip *respondeat superior* konzipiert und dennoch – oder gerade deshalb – herrscht in Praxis und Literatur große Unzufriedenheit mit dem geltenden Haftungsmodell. Die Ausgestaltung der Haftung nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG als „übergeleitete Beamtenhaftung“ bedeutet, dass eine Staatshaftung nach diesen Vorschriften nur in Betracht kommt, wenn zunächst ein Amtsträger vorsätzlich oder fahrlässig eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt (vgl. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB). Dieses Delikt muss vollständig verwirklicht sein, sodass der Amtsträger grundsätzlich gemäß § 839 BGB persönlich im Außenverhältnis auf Schadensersatz haften würde. Wurde die Pflichtverletzung in Ausübung eines öffentlichen Amtes begangen, wird die Haftung jedoch auf den Staat oder die Körperschaft übergeleitet, in deren Dienst der Amtsträger steht (Art. 34 S. 1 GG).¹⁶¹ Es handelt sich also wie bei der *vicarious liability* des englischen Rechts um eine echte Haftung für fremdes Delikt. Der Staat ist „Haftungs-, aber nicht Zurechnungssubjekt“,¹⁶² d. h. ihm wird das Delikt des Amtsträgers nicht als eigenes zugerechnet, sondern ihn trifft lediglich die Rechtsfolge. Ein bedeutender Unterschied ist jedoch, dass die Amtshaftung als haftungsbefreiende Schuldübernahme konzipiert ist, die zivil-

¹⁶¹ Vgl. auch schon Art. 131 WRV und § 1 des Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten (RBHG) v. 22.5.1910 (RGBl. I S. 798).

¹⁶² Vgl. BVerfG NVwZ 2016, 606, 608, Rn. 51; BVerfGE 61, 149, 198 = NJW 1983, 25, 30; BK-GG/Dagtolou, ²1970, Art. 34 Rn. 9; Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, ⁶2013, 12; Bender, StaatshaftungsR, ²1974, Rn. 389.

rechtliche strikte Geschäftsherrhaftung hingegen typischerweise als Schuldbeitritt. Bei der Amtshaftung entfällt also die Eigenhaftung des Amtsträgers, während die persönliche Haftung des Gehilfen im Zivilrecht typischerweise erhalten bleibt, Geschäftsherr und Gehilfe dem Geschädigten somit als Gesamtschuldner haften. Im Amtshaftungsrecht kommt hingegen allenfalls ein Innenregress in Betracht, aber auch nur, wenn der Amtsträger vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat (vgl. Art. 34 S. 2 GG).

Vor allem von *Bettermann* ausgehenden Bestrebungen, die Amtshaftung bereits auf dem Boden des geltenden Rechts in eine originäre, unmittelbare Verbandshaftung umzuinterpretieren,¹⁶³ ist das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Staatshaftungsgesetz v. 26. Juni 1981 (StHG)¹⁶⁴ entgegengetreten. Das Grundgesetz habe die historisch aus der Ablehnung einer Verbandshaftung entstandene mittelbare Haftung des Staates bei Amtspflichtverletzungen seiner Beamten „übernommen und folglich auch hingegenommen“.¹⁶⁵ Dies verwehre es, „aus dem Grundgesetz die Forderung nach einer Ablösung der Amtshaftung durch eine unmittelbare Staatshaftung abzuleiten“. Art. 34 GG stehe der Einführung einer solchen Haftung allerdings auch nicht entgegen, die Vorschrift enthalte nur eine „Mindestgarantie“, die der zuständige Gesetzgeber zwar nicht unterschreiten, über die er aber hinausgehen dürfe.¹⁶⁶ Letzteres hatte der Bundesgesetzgeber mit dem StHG versucht, mit welchem das Ziel verfolgt wurde, die Staatshaftung vom BGB-Deliktsrecht zu lösen und sie stattdessen als unmittelbare und exklusive Unrechtshaftung des Staates auszugestalten. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht das StHG im erwähnten Urteil mangels Verbandskompetenz des Bundes für nichtig erklärt.

Die Staatshaftung als Amtshaftung ist also eine indirekte, mittelbare Haftung. Sie ist, nach einer oft zitierten Formulierung *Walter Jellineks*, an die unerlaubte Handlung des Amtswalters nach § 839 BGB „angeseilt“.¹⁶⁷ Wichtigste Konsequenz ist die Akzessorietät der Staatshaftung von der Beamtenhaftung: Der Staat haftet, so beschreibt es der BGH, „grundsätzlich nur in dem gleichen Umfang [...], wie der Amtsträger selbst es müsste, wenn es die Schuldübernahme nicht gäbe“.¹⁶⁸ Das bedeutet, dass sämtliche gesetzlichen Haftungsbeschrän-

¹⁶³ *Bettermann*, JZ 1961, 482 f.; *Bettermann*, in: Grundrechte, Bd. III/2, 1959, 779, 831 ff.; *Bettermann*, DÖV 1954, 299 ff.; kritisch dazu *Heidenhain*, Amtshaftung, 1965, 43 f. Vgl. auch *Sachs/Detterbeck*, ⁹2021, Art. 34 GG Rn. 3 m. w. N.

¹⁶⁴ BGBl. I S. 553.

¹⁶⁵ BVerfGE 61, 149, 198 = NJW 1983, 25, 30. Vgl. BVerfG, NVwZ 1998, 271, 272.

¹⁶⁶ BVerfGE 61, 149, 199 = NJW 1983, 25, 30.

¹⁶⁷ *Jellinek*, JZ 1955, 147, 149.

¹⁶⁸ BGH GRUR 2019, 813, 822 f., Rn. 104; VersR 2008, 410, 412, Rn. 17; BGHZ 151, 198, 200 = NJW 2002, 3096 f.; BGHZ 146, 385, 388 = NVwZ 2001, 835, 836. Vgl. auch schon BGHZ 113, 164, 166 = NJW 1991, 1171: „Voraussetzungen und Umfang der Haftung der [...] Körperschaft decken sich [...] mit denen der [...] Haftung des Beamten [...]“; BGHZ 34, 99, 105 = NJW 1961, 658, 660; BGHZ 9, 65, 67 = NJW 1953, 785, 786.

kungen, -milderungen und -privilegien mittelbar auch dem Staat zugutekommen, selbst wenn sie ursprünglich dazu dienten, den Amtsträger vor einer persönlichen Eigenhaftung zu schützen.¹⁶⁹ Das gilt etwa für das in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB enthaltene Erfordernis einer schuldhaften Amtspflichtverletzung und die Haftungsprivilegien nach § 839 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 u. 3 BGB. In der Literatur wird dieser Ansatz überwiegend für nicht mehr zeitgemäß und rechtspolitisch verfehlt gehalten.¹⁷⁰ Die Kritik zeigt anschaulich, dass eine Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* keineswegs alle Probleme zufriedenstellend löst, sondern dass eine indirekte Haftung – auch wenn sie strikt ausgestaltet ist – wegen ihrer Fokussierung auf ein Gehilfendelikt gleich in mehrfacher Hinsicht ungeeignet ist, den Herausforderungen der Verbandshaftung gerecht zu werden. Das soll im Folgenden veranschaulicht werden, wofür zunächst ein genauerer Blick auf die Voraussetzungen der Amtshaftung geworfen wird. Anschließend werden die Rechtsfolgen betrachtet.

1. Voraussetzungen

Die Beamtenhaftung gemäß § 839 BGB setzt voraus, dass ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Geschieht dies in Ausübung eines öffentlichen Amtes, kommt es zur Amtshaftung,¹⁷¹ d.h. die Haftung wird gemäß Art. 34 S. 1 GG auf den Staat oder die Körperschaft übergeleitet, in deren Dienst der Amtsträger steht (sog. Anstellungskörperschaft). Die Haftung des Staates ersetzt dann die persönliche Haftung des Amtsträgers, der Staat haftet also exklusiv.

Anders als die Geschäftsherrnhaftung gemäß § 831 BGB setzt die Haftungsüberleitung nach Art. 34 S. 1 GG nicht voraus, dass der Anstellungskörperschaft ein eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden angelastet werden kann.¹⁷² Die Haftung des Staates für seine Amtsträger ist also strikt ausgestaltet, der Staat haftet für *jedes* Amtsträgerdelikt nach dem Prinzip *respondeat superior*. Die Prüfung verlagert sich damit vollständig auf die Frage, ob der

¹⁶⁹ Vgl. BGH VersR 2008, 410, 412, Rn. 17; BGHZ 151, 198, 200 = NJW 2002, 3096f.; BGHZ 146, 385, 388 = NVwZ 2001, 835, 836.

¹⁷⁰ Vgl. MünchKommBGB/Papier/Shirvani,⁸2020, § 839 Rn. 160; MKS/v. Danwitz,⁷2018, Art. 34 GG Rn. 157; Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, ⁶2013, 7, 11–14; Hartmann, Haftungsrecht, 2013, 150ff.; Ossenbühl, JZ 2007, 690f.; Sobota, Rechtsstaat, 1997, 218ff.; Bender, StaatshaftungsR, ³1981, Rn. 103–106; Dagtoglou, VerwArch 65 (1974), 345ff.; Scheuner, DÖV 1955, 545, 546, 548f. A. A. Staudinger/Wöstmann, 2020, § 839 Rn. 26 („im Großen und Ganzen seiner Aufgabe gerecht geworden“).

¹⁷¹ Handelt ein Amtsträger nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich, greift Art. 34 GG nicht ein. Statusbeamte haften persönlich aus § 839 BGB, alle übrigen Amtsträger nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823ff. BGB. Der Staat kann für privatrechtliches Handeln aus §§ 31, 89 BGB haften. Statusbeamte können sich dann auf das Verweisungsprivileg gemäß § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen, vgl. BGHZ 85, 393, 395 = NJW 1983, 1374, 1377; BGHZ 34, 99, 104 = NJW 1961, 658, 659f.; Erman/Mayen,¹⁶2020, § 839 Rn. 23–28.

¹⁷² Vgl. dazu etwa BGHZ 68, 217, 218f. = NJW 1977, 1238.

Amtsträger eine unerlaubte Handlung i. S. des § 839 BGB begangen hat und ob er deshalb an sich selbst auf Schadensersatz haften würde. Lautet die Antwort ja, haftet der Staat anstelle des Amtsträgers, lautet sie nein, besteht ein Anspruch weder gegen den Amtsträger noch gegen den Staat. Die individualistische Konzeption der Beamtenhaftung und die Konstruktion der Amtshaftung als indirekte Haftung des Staates, die an die unerlaubte Handlung eines Amtsträgers „angeseilt“ ist, macht es jedoch mitunter schwierig, die Haftung des Staates sachgerecht zu begründen.

a) Ausübung eines öffentlichen Amtes

Die Amtshaftung des Staates gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG setzt zunächst voraus, dass jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt hat. Dahinter verbergen sich im Einzelnen drei Anforderungen: (1) Es muss ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne gehandelt haben, (2) die Amtshandlung muss eine öffentlich-rechtliche und nicht bloß eine privatrechtliche gewesen sein und (3) sie muss in Ausübung eines öffentlichen Amtes und nicht bloß „bei Gelegenheit“ vorgenommen worden sein. Die letzte Voraussetzung ähnelt dem Merkmal „in Ausübung der übertragenen Verrichtung“ bei §§ 31, 831 BGB, ist wegen der weiteren Voraussetzung einer öffentlich-rechtlichen, also hoheitlichen Handlung praktisch aber weniger relevant. Denn wenn bereits feststeht, dass der Amtsträger hoheitlich gehandelt hat, besteht meist auch ein Zusammenhang mit dem übertragenen Amt.¹⁷³

Im hiesigen Zusammenhang ist vor allem die erste Voraussetzung relevant, also die Anknüpfung an das Verhalten eines Amtsträgers, weil darin die individualistische Konzeption der auf den Staat übergeleiteten Amtshaftung deutlich zum Ausdruck kommt. Durch die offene Formulierung in Art. 34 S. 1 GG („jemand“) wird zwar der enge statusbezogene Ansatz des § 839 BGB („Beamter“) auf einen weiten funktionsbezogenen Ansatz umgestellt und statt des statusrechtlichen Beamtenbegriffs kommt der sog. haftungsrechtliche Beamtenbegriff zur Anwendung, der u. a. auch Richter und Soldaten umfasst sowie Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen.¹⁷⁴ Denn haftungsrechtlich ist Beamter „jeder, den der Bund, ein Land oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt ausgestattet hat, ohne Rücksicht darauf, ob ihm staatsrechtliche Beamteneigenschaft zukommt“.¹⁷⁵ Die Haftung bleibt jedoch „individualistisch“, d. h. es ist immer an das Tun oder Unterlassen eines Amtsträgers anzuknüpfen. Insbesondere betont der BGH, dass Behörden oder Dienststellen als

¹⁷³ Vgl. aber z. B. RGZ 161, 145, 151 f. (1939); RGZ 104, 286, 288–290 (1922).

¹⁷⁴ Vgl. BGH VersR 1996, 202 f.; BGHZ 11, 192, 197 = NJW 1954, 757, 758; BGHZ 2, 350, 354 f. = NJW 1951, 919.

¹⁷⁵ BGH NVwZ 2006, 966, Rn. 7; BGHZ 161, 6, 10 = NJW 2005, 286, 287.

solche keine Amtspflichtverletzungen begehen können und dass es sich daher bei Formulierungen in seinen Urteilen, die das Gegenteil nahelegen könnten, lediglich um sprachliche Vereinfachungen handle.¹⁷⁶ Organisationsrisiken wie Koordinations- und Kommunikationsprobleme in arbeitsteiligen Prozessen oder technische Mängel lassen sich mit der Amtshaftung also nicht originär erfassen, sondern nur über den „Umweg“ individuellen Fehlverhaltens.

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit ist erwähnenswert, dass der BGH dieses Merkmal weit auslegt und damit die Amtshaftung gegenüber dem zivilen Deliktsrecht stärkt. Entscheidend ist, ob die Tätigkeit des Amtsträgers hoheitlichen Zwecken dient und ob zwischen dieser Tätigkeit und der schädigenden Handlung ein so enger Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls „als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss“.¹⁷⁷ Dabei ist davon auszugehen, dass der gesamte auf die Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe bezogene Tätigkeitsbereich des Amtsträgers als Einheit zu beurteilen ist und nicht in Einzelakte aufgespalten werden darf, selbst wenn einzelne (Teil-)Handlungen genauso gut von Privaten vorgenommen werden könnten.¹⁷⁸ Deshalb können z. B. auch eine Autofahrt¹⁷⁹ oder die Entsorgung einer Spritze in einem Mülleimer¹⁸⁰ Amtshandlungen sein, wenn sie mit einer hoheitlichen Tätigkeit in Zusammenhang stehen. Hintergrund dieser extensiven Rechtsprechung ist auch, wie der BGH in älteren Entscheidungen unverhohlen eingeräumt hat, dass die Anwendung der §§ 31, 831 BGB und vor allem der Entlastungsmöglichkeit gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB verhindert werden soll.¹⁸¹ Trotz ihrer Schwächen wird die derivative Amtshaftung einer rein privatrechtlichen Lösung also vorgezogen, weil sie zumindest strikt ist und keine Exkulpation erlaubt.

b) Amtspflichtverletzung

Erhebliche Schwierigkeiten können sich bei der Begründung der Amtshaftung dadurch ergeben, dass die Pflichten des Staates nicht identisch sind mit den persönlichen Pflichten seiner Amtsträger. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB setzt voraus, dass ein Beamter eine „ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ verletzt. Die h. M. geht davon aus, dass es sich bei den hier angesprochenen Amtspflichten gemäß der individualistischen Konzeption der deliktsrechtlichen Be-

¹⁷⁶ BGH WM 1960, 1304, 1305.

¹⁷⁷ St. Rspr., vgl. etwa BGH VersR 2019, 1145, 1147, Rn. 18; NJW 2017, 1745, 1746, Rn. 9; BGHZ 191, 71, 75 = NVwZ 2012, 381, Rn. 13; BGHZ 147, 169, 171 = NVwZ 2002, 375; BGHZ 118, 304, 305 = NJW 1992, 2882; BGHZ 69, 128, 130f. = NJW 1977, 1875.

¹⁷⁸ BGHZ 42, 176, 179 = NJW 1964, 1895, 1897; BGHZ 16, 111, 112 = NJW 1955, 458; BGH NJW 1962, 796, 797; RGZ 158, 83, 93 (1938).

¹⁷⁹ Vgl. ausf. BGHZ 42, 176, 177–180 = NJW 1964, 1895, 1896f.

¹⁸⁰ Vgl. BGHZ 151, 198, 199 = NJW 2002, 3096.

¹⁸¹ Vgl. BGHZ 68, 217, 218f. = NJW 1977, 1238; BGHZ 42, 176, 178f. = NJW 1964, 1895, 1896f.

amtenhaftung um die persönlichen Pflichten des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn handelt.¹⁸² Die ebenfalls vom Gesetz verlangte Drittbezogenheit, also die Einbeziehung des Bürgers in den Schutzzweck der verletzten Pflicht, ist zwar zusätzlich zu prüfen, ändert aber nichts daran, dass es um Pflichten aus dem Verhältnis zwischen Amtsträger und Dienstherr geht, also um eine Pflichtverletzung in der innerdienstlichen Sphäre. Davon zu unterscheiden sind die unmittelbaren Pflichten des Staates gegenüber dem Bürger, insbesondere die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Legalitätspflicht mit ihren für unterschiedliche Sachbereiche konkretisierten Ausprägungen.

Die h. M. geht davon aus, dass die Rechtspflichten des Staates gegenüber dem Bürger und die persönlichen Amtspflichten der Amtsträger gegenüber dem Staat dogmatisch streng voneinander zu unterscheiden sind. Dennoch überschneiden sich beide Pflichtenkreise in weitem Umfang, was vor allem daran liegt, dass oberste Handlungsmaxime sowohl für den Staat als auch für seine Amtsträger die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten ist.¹⁸³ So lässt sich relativ mühelos begründen, dass etliche Verhaltenspflichten des Staates gegenüber dem Bürger eins zu eins auch die zuständigen Amtsträger bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben binden. Die Pflichtenkreise des Staates und seiner Amtsträger sind jedoch nicht vollständig kongruent. So wird z. B. davon ausgegangen, dass Amtspflichten auch durch Verwaltungsvorschriften und Weisungen begründet werden können, die jedoch mangels Außenwirkung keine Rechtspflichten des Staates gegenüber dem Bürger begründen.¹⁸⁴

Die Schwächen des indirekten Ansatzes zeigen sich in zwei Konstellationen besonders deutlich. Die erste betrifft den Fall, dass zwar eine Rechtspflicht des Staates im Verhältnis zum Bürger verletzt wird, dass es aber im Dienstverhältnis zwischen Amtsträger und Staat an einer Pflichtverletzung fehlt. Dazu kann es kommen, wenn sich der Amtsträger zwar im Außenverhältnis rechtswidrig verhält, im Innenverhältnis jedoch pflicht- nämlich insbesondere weisungsgemäß handelt.¹⁸⁵ Obwohl also „Staatsunrecht“ begangen wird, fehlt es an einer Amtspflichtverletzung i. S. von § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, sodass die Amtshaftung scheitert.¹⁸⁶ Die Rechtsprechung versucht das Problem zu lösen, indem sie statt

¹⁸² Grüneberg/*Sprau*, ⁸²2023, § 839 Rn. 31; MünchKommBGB/*Papier/Shirvani*, ⁸2020, § 839 Rn. 244; Erman/*Mayen*, ¹⁶2020, § 839 Rn. 48; *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, ⁶2013, 44f.; *Bender*, StaatshaftungsR, ²1974, Rn. 484, 488; ausf., auch zum dogmengeschichtlichen Hintergrund, *Rupp*, Verwaltungsrechtslehre, ²1991, 39ff.

¹⁸³ Vgl. etwa Sachs/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 34 GG Rn. 26; Staudinger/*Wöstmann*, 2020, § 839 Rn. 117; Erman/*Mayen*, ¹⁶2020, § 839 Rn. 52.

¹⁸⁴ BGH NJW 2001, 3054, 3056; NJW 1990, 505; Erman/*Mayen*, ¹⁶2020, § 839 Rn. 50; *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, ⁶2013, 45, 58f.

¹⁸⁵ Zur Amtspflicht, Weisungen zu befolgen, vgl. nur BGH WM 1963, 787, 789f.

¹⁸⁶ Vgl. BGHZ 205, 63, 69 = NVwZ 2015, 1309, 1310f., Rn. 18; VersR 2009, 930, Rn. 5; NVwZ 1985, 682, 683; NJW 1977, 713f.; NJW 1959, 1629, 1630. Zu Recht kritisch Erman/*Mayen*, ¹⁶2020, § 839 Rn. 50.

der Amtshandlung des angewiesenen Amtsträgers die Weisung durch dessen Vorgesetzten in den Blick nimmt. Diese Weisung wird in der Regel rechtswidrig sein, wenn der nachgeordnete Mitarbeiter zu einer rechtswidrigen Amtshandlung aufgefordert wurde. Allerdings darf man sich nicht damit begnügen, den Bezugspunkt der Pflichtwidrigkeitsprüfung auszutauschen, sondern es ist nun insgesamt auf den Vorgesetzten und seine Amtshandlung abzustellen, d. h. der Vorgesetzte muss Beamter im haftungsrechtlichen Sinne sein, in Ausübung eines öffentlichen Amtes handeln usw. Problematisch ist insbesondere die Drittbezogenheit der Pflicht des Vorgesetzten, keine rechtswidrigen Weisungen zu erteilen. Denn dabei handelt es sich primär um einen verwaltungsinternen Vorgang, der den Bürger allenfalls mittelbar betrifft, etwa weil die Weisung ein bestimmtes Verhalten im Außenverhältnis zum Gegenstand hat.¹⁸⁷

Große praktische Schwierigkeiten können sich in diesen Fällen dadurch ergeben, dass für den Geschädigten oft nicht zu erkennen ist, ob und ggf. welchen Weisungen der Amtsträger bei seiner Amtsführung unterlag. Das kann dazu führen, dass der Geschädigte seine Klage auf eine im Außenverhältnis rechtswidrige Amtshandlung stützt, die sich dann jedoch als weisungs- und daher amtspflichtgemäß erweist. Die Klage kann in solchen Fällen nicht immer ohne Schwierigkeiten auf die rechtswidrige Weisung umgestellt werden. Eine besonders problematische Situation ergibt sich, wenn die rechtswidrige Weisung durch einen Mitarbeiter erteilt wurde, der im Dienst einer anderen Anstellungskörperschaft steht als der Weisungsempfänger, weil die Klage dann in der Regel zunächst gegen die falsche Körperschaft erhoben wird.¹⁸⁸ Hier stellen sich ähnliche Probleme in Bezug auf Klageänderung, Verjährung usw. wie sie im zivilen Deliktsrecht bei Klagen gegen Konzerngesellschaften auftreten.

Die zweite problematische Konstellation betrifft den Fall, dass der Amtsträger zwar eine Pflicht aus seinem Dienstverhältnis verletzt, dass es aber an einer Pflichtverletzung im Außenverhältnis des Staates zum Bürger fehlt. Die Amtshaftung lässt sich dann bejahen, obwohl „der Staat“ rechtmäßig gehandelt hat. So hat der BGH eine Amtshaftung in einem Fall für möglich gehalten, in dem sich zwar nicht feststellen ließ, dass die Erteilung einer Baugenehmigung gegen verbindliche Rechtsnormen verstoßen hätte, aber feststand, dass das Bauamt eine Verwaltungsvorschrift über die Feststellung und Beurteilung von Geruchsmissionen unbeachtet gelassen hatte.¹⁸⁹ Rechtspolitisch gesehen ist diese Fallgruppe anders als die vorige unproblematisch, weil der Rechtsschutz des Bürgers nicht einschränkt, sondern erweitert wird. Aus dogmatischer Sicht scheint es jedoch fragwürdig, Schadensersatzansprüche auf eine Verletzung

¹⁸⁷ Vgl. hierzu noch unten → c cc.

¹⁸⁸ Vgl. etwa BGH VersR 1985, 588 ff.; NJW 1977, 713 f.; NJW 1959, 1629 f.; vgl. auch schon RGZ 145, 204, 214 f. (1934).

¹⁸⁹ BGH NJW 2001, 3054, 3056.

verwaltungsinterner Vorgaben zu stützen, denen in anderen Zusammenhängen keine Außenwirkung zugemessen wird.¹⁹⁰

Eine u. a. von *Papier* und *Shirvani* vertretene Mindermeinung will von vornherein nur auf „externe Amtspflichten“ abstellen und geht davon aus, dass diese inhaltlich mit den Rechtspflichten der Träger öffentlicher Gewalt übereinstimmen, dass sich also Amtspflichtverstoß und Staatsunrecht immer decken.¹⁹¹ Dafür spricht, dass § 839 Abs. 1 S. 1 BGB mit dem Kriterium der Drittbezogenheit klar auf das Außenverhältnis Bezug nimmt. Allerdings geht die Vorschrift auch davon aus, dass die Amtspflicht dem Amtsträger obliegt und nicht der Anstellungskörperschaft. Eine völlige Gleichsetzung würde außerdem sinnvolle Differenzierungen unmöglich machen und das Rechtsträgerprinzip schwächen.¹⁹² Das Gleichsetzungsargument kann außerdem kaum verhehlen, dass es den Gegnern der h. M. eigentlich darum geht, statt auf die Pflichten des Amtsträgers auf die Pflichten der Körperschaft abzustellen. Aus rechtspolitischer Sicht ist das der überzeugendere Ansatz, es scheint aber zweifelhaft, ob er mit dem geltenden Modell der Amtshaftung als übergeleiteter Beamtenhaftung vereinbar ist.¹⁹³ Die diesbezüglichen Vorstöße zeigen jedoch, wie unzufrieden man in der staatshaftungsrechtlichen Literatur mit der ausschließlich indirekten Staatshaftung ist und dass man sich alternativ oder kumulativ eine unmittelbare Verbandshaftung wünscht.

c) Verschulden

Ein weiteres Problem der indirekten Staatshaftung wird darin gesehen, dass ein Verschulden des handelnden Amtsträgers nachgewiesen werden muss, um die Haftung des Staates zu begründen. Die staatshaftungsrechtliche Literatur geht heute überwiegend davon aus, dass eine moderne Staatshaftung als Unrechtshaftung ausgestaltet sein, also gar kein Verschulden voraussetzen sollte.¹⁹⁴ Art. 20 Abs. 3 GG bindet die öffentliche Gewalt an „Gesetz und Recht“, erklärt also allein die Rechtmäßigkeit zum Maßstab staatlichen Handelns. Daraus lässt sich folgern, dass es dem Rechtsstaatsprinzip am besten entspräche, wenn jedes staatliche Unrecht wiedergutmacht würde und die Staatshaftung keinen wei-

¹⁹⁰ Zu Recht kritisch daher Erman/*Mayen*, ¹⁶2020, § 839 Rn. 50.

¹⁹¹ DHS/*Papier/Shirvani*, ⁹⁹2022, Art. 34 GG Rn. 160; MünchKommBGB/*Papier/Shirvani*, ⁸2020, § 839 Rn. 245; Dreier/*Wieland*, ³2015, Art. 34 GG Rn. 42; StaatsR-HdB/*Papier*, Bd. VIII, ³2010, § 180 Rn. 34; ähnlich Sachs/*Detterbeck*, ⁹2021, Art. 34 GG Rn. 35; *Bettermann*, in: Grundrechte, Bd. III/2, 1959, 779, 841 f.

¹⁹² Vgl. zur vergleichbaren Problematik einer Verdopplung der deliktsrechtlichen Verkehrspflichten ausf. unten → § 4 A, C.

¹⁹³ Zu Recht skeptisch etwa MKS/*v. Danwitz*, ⁷2018, Art. 34 GG Rn. 75.

¹⁹⁴ Vgl. MünchKommBGB/*Papier/Shirvani*, ⁸2020, § 839 Rn. 340; *Dietzel*, JZ 1969, 48, 50 f.; *Bender*, StaatshaftungsR, ²1974, Rn. 314; vgl. auch schon *Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern*, Reform, 1976, 67 ff.

teren Anforderungen unterworfen wäre.¹⁹⁵ Die Amtshaftung nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG ist jedoch keine Unrechtshaftung, sondern eine Verschuldenshaftung. Die Haftung setzt voraus, dass ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig eine Amtspflicht verletzt. Es gibt also Schäden durch staatliches Unrecht, die unkompensiert bleiben, weil sich nicht nachweisen lässt, dass der verantwortliche Amtsträger schuldhaft gehandelt hat.

Nach der ursprünglichen Konzeption des § 839 BGB diente das Verschuldenserfordernis genauso wie die Haftungsprivilegien gemäß § 839 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 u. Abs. 3 BGB dazu, die Beamten vor übermäßiger persönlicher Haftung zu schützen. Damit sollte verhindert werden, dass Tatendrang und Entschlussfreude der Beamten durch drohende Haftungsrisiken gedämpft werden. Dieser Zweck des Verschuldenserfordernisses ist jedoch entfallen, seit die Beamtenhaftung gemäß Art. 34 S. 1 GG auf den Staat übergeleitet wird.

aa) Individuelles Verschulden

Mit dem Verschulden nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB ist im Grundsatz ein persönliches Verschulden des handelnden Amtsträgers gemeint. Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich danach auf die Amtspflichtverletzung beziehen, die, wie bereits beschrieben,¹⁹⁶ als Verletzung einer persönlichen Pflicht des Amtsträgers ausgestaltet ist. Wie allgemein im Deliktsrecht gilt jedoch für die Fahrlässigkeit i. S. des § 839 BGB ein objektiver Sorgfaltsmaßstab (vgl. § 276 Abs. 2 BGB). Die Ausgestaltung der Amtshaftung als übergeleitete Beamtenhaftung hat zur Folge, dass die Haftung des Staates oder der sonstigen Anstellungskörperschaft grundsätzlich entfällt, wenn die Verantwortlichkeit des Amtsträgers gemäß §§ 827, 828 BGB ausgeschlossen ist, z. B. wegen einer erheblichen psychischen Störung. Dieses rechtspolitisch zweifelhafte Ergebnis wird für Bundesbeamte durch § 1 Abs. 2 des immer noch geltenden Reichsbeamtenhaftungsgesetzes (RBHG) v. 22. Mai 1910 verhindert,¹⁹⁷ für Landesbeamte zum Teil durch Landesgesetze.¹⁹⁸ Diese Berichtigungen sind jedoch lückenhaft und gelten insbesondere nicht für Amtsträger, die keine Statusbeamten sind. Hier zeigt sich also ein weiteres Mal, dass die indirekte Staatshaftung aus dogmatischen Gründen scheitern kann, obwohl eigentlich auf der Hand liegt, dass es geboten wäre, den Schaden auszugleichen.

Ist schon die Anwendung des Verschuldensprinzips insgesamt umstritten, so gilt dies erst recht für dessen Ausrichtung auf das Verhalten eines einzelnen Amtsträgers. Die Rechtsprechung zeigt eine gewisse Offenheit dafür, das Ver-

¹⁹⁵ Vgl. SB/A. Schäfer/Bonk, 1982, Einf. Rn. 49.

¹⁹⁶ Oben → b.

¹⁹⁷ Das RBHG sollte durch § 34 Abs. 1 Nr. 5 des Staatshaftungsgesetzes (StHG) aufgehoben werden, wozu es aber nicht kam, weil das Bundesverfassungsgericht das StHG für nichtig erklärt hat, vgl. BVerfGE 61, 149 ff. = NJW 1983, 25 ff.

¹⁹⁸ Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, 2013, 75 m. w. N.

schuldenserfordernis zu objektivieren und zu „entindividualisieren“, die Verschuldensprüfung also vom einzelnen Amtsträger zu lösen und stattdessen auf die Gesamtheit der Amtsträger einer Körperschaft oder auf deren Organisation zu beziehen. Betrachtet man die maßgeblichen Fälle genauer, stellt man jedoch fest, dass die Gerichte – anders als in der Literatur teilweise suggeriert¹⁹⁹ – weit davon entfernt sind, die Amtshaftung aus ihrem engen individualistischen Korsett zu befreien und durch Rechtsfortbildung in eine unmittelbare, objektive Staatshaftung umzuwandeln. In der Sache gäbe es dafür zwar gute Gründe,²⁰⁰ aus dogmatischer Sicht verursachen jedoch schon die bisherigen Auflockerungen durch die Rechtsprechung nicht unerhebliche Spannungen mit dem indirekten Haftungsmodell des Art. 34 GG und speziell dem Erfordernis eines „Beamten delikts“, also einer schuldhaften Amtspflichtverletzung.

bb) Entindividualisierung?

Schon das Reichsgericht ging davon aus, dass der Kläger den verantwortlichen Amtsträger nicht individualisieren muss, um einen Anspruch gegen den Staat zu begründen. Ein solches Erfordernis enthielte eine „Verkennung der Lage, in der sich der einzelne gegenüber dem Staat und seinen Beamten befindet“.²⁰¹ Der Bürger sei gezwungen, mit Beamten zu verhandeln, die er nicht kenne und sich den Einwirkungen von Amtshandlungen auszusetzen, mit deren Urheber er „in einen unmittelbaren Verkehr überhaupt nicht getreten ist“. Es sei daher „nur recht und billig und deshalb selbstverständlich, daß, soweit es nötig wird, der Staat, der ja seine Beamten kennt, dem durch ihr Verhalten Geschädigten Auskunft über die Persönlichkeit der beteiligten Beamten gibt, nicht umgekehrt der Geschädigte dem Staate“. Sei die Feststellung des verantwortlichen Amtsträgers im Einzelfall ausnahmsweise unmöglich, müsse der Nachteil den Staat treffen und nicht den Bürger. Konkret ging es um einen falschen Eintrag im Grundbuch, der zu Mehrkosten bei einer Grundstücksübertragung geführt hatte, von dem aber unklar war, wer ihn vorgenommen hatte.

Der BGH hat sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen und verlangt vom Kläger ebenfalls nicht, dass er den verantwortlichen Amtsträger individualisiert. Zwar müsse der Kläger zeigen, dass irgendein Amtsträger in seiner Person den gesamten Haftungstatbestand verwirklicht habe. Weitergehende Darlegungen zur Identität des Amtsträgers seien dem Geschädigten, der die Interna des Behördenbetriebs nicht kenne und auch nicht zu kennen brauche, „häufig nicht möglich und deshalb auch nicht zumutbar“.²⁰² Die einschlä-

¹⁹⁹ So tendenziell MKS/v. Danwitz, ⁷2018, Art. 34 GG Rn. 95; Ossenbühl/Cornils, StaatshaftungsR, ⁶2013, 75; Bender, StaatshaftungsR, ²1974, Rn. 593.

²⁰⁰ Dazu noch unten → C III.

²⁰¹ Hierzu und zum Folgenden RGZ 100, 102f. (1920).

²⁰² BGH NJW 2011, 2586, 2588, Rn. 24; BGHZ 151, 198, 203 = NJW 2002, 3096, 3097f. Vgl. auch schon BGH WM 1960, 1304, 1305.

gigen Fälle betreffen typischerweise Situationen, in denen sich die Aufgabenbereiche mehrerer Amtsträger überschneiden, sodass sich zumindest im Nachhinein nicht mehr aufklären lässt, wer genau das konkrete Tun oder Unterlassen zu verantworten hat.²⁰³ Auch bei Gremienentscheidungen kann es schwierig sein, die Verantwortung individuell zuzuschreiben.²⁰⁴

So richtig es ist, dass z. B. die Schäden infolge eines falschen Grundbucheintrags von der Grundbuchbehörde bzw. der sie tragenden Körperschaft übernommen werden, so problematisch ist im geltenden System der Amtshaftung die Begründung. Zwar scheint es naheliegend, dass dem Kläger nicht abverlangt werden kann, den verantwortlichen Amtsträger zu individualisieren, zumal auch bei §§ 31, 831 BGB keine Individualisierung nötig ist.²⁰⁵ Auf dem Boden der h. M. fällt es jedoch schwer, einerseits auf die Individualisierung des konkreten „Täters“ zu verzichten, andererseits jedoch an individualistisch konzipierten Merkmalen wie dem haftungsrechtlichen Beamtenbegriff, der Amtspflichtverletzung oder dem Verschulden festzuhalten. Zwar betont die Rechtsprechung, dass in Hinblick auf das Modell der übergeleiteten Haftung gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG in der Person irgendeines Amtsträgers der in Anspruch genommenen Körperschaft der gesamte Haftungstatbestand erfüllt sein müsse.²⁰⁶ Es entsteht jedoch der Eindruck, dass der Verzicht auf die Individualisierung des Amtsträgers typischerweise auch mit Lockerungen hinsichtlich der Prüfung eigentlich individualistischer Tatbestandsmerkmale einhergeht. Das gilt in besonderem Maße für das Verschuldenserfordernis.

In der Grundbuch-Entscheidung hatte sich das Berufungsgericht immerhin davon überzeugt, dass als Urheber des falschen Eintrags nur ein Beamter in Betracht kam, weil eine Beteiligung von Nichtbeamten nach der damaligen Personalzusammensetzung der Katasterämter unwahrscheinlich schien.²⁰⁷ In Bezug auf die Amtspflichtverletzung ging das Reichsgericht wohl davon aus, dass *alle* Katasterbeamten verpflichtet seien, nur Richtiges in das Grundbuch einzutragen und Falsches alsbald zu berichtigen. Das Verschulden wurde dann gar nicht mehr thematisiert und auch generell hat sich hier – wie bei den Verkehrspflichten des zivilen Deliktsrechts – der Ansatz durchgesetzt, von der objektiven (Amts-)Pflichtverletzung (Verstoß gegen die „äußere Sorgfalt“) auf das Verschulden i. e. S. (Verstoß gegen die „innere Sorgfalt“) zu schließen.²⁰⁸ Dem Staat wird also die Beweislast dafür auferlegt, dass es trotz objektiver Amtspflichtverletzung ausnahmsweise am Verschulden fehlt, z. B. weil auch für einen sorg-

²⁰³ Vgl. BGHZ 151, 198 = NJW 2002, 3096; BGHZ 116, 312 = NJW 1992, 972.

²⁰⁴ Vgl. BGHNJW 2011, 2586, 2587, Rn. 17 ff.; RGZ 89, 13, 15–17 (1916); MünchKommBGB/Papier/Shirvani, ⁸2020, § 839 Rn. 180.

²⁰⁵ Dazu noch ausf. unten → § 6 B IV.

²⁰⁶ BGH NJW 2011, 2586, 2588, Rn. 24; BGHZ 151, 198, 203 f. = NJW 2002, 3096, 3097 f.; BGHZ 116, 312, 314 f. = NJW 1992, 972, 973.

²⁰⁷ RGZ 100, 102, 103 (1920).

²⁰⁸ Vgl. dazu noch unten → § 8 A IV 2.

fältig handelnden Amtsträger in der jeweiligen Situation nicht zu erkennen gewesen wäre, dass er pflichtwidrig handelt.

Die heute aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Legalitätspflicht des Staates gegenüber den Bürgern wird also zunächst für den jeweiligen Aufgabenbereich konkretisiert und auf alle dort tätigen Amtsträger gespiegelt. Sodann wird von einem objektiven Mangel (z.B. einem falschen Eintrag im Grundbuch) darauf geschlossen, dass mindestens ein Amtsträger seine Amtspflicht verletzt haben muss, woraus wiederum geschlossen wird, dass dieser Amtsträger auch schuldhaft gehandelt hat. Die schuldhafte Amtspflichtverletzung des Amtsträgers ist schließlich Grundlage der Haftungsüberleitung auf den Staat gemäß Art. 34 S. 1 GG. Dieser Begründungsweg ist zwar nicht unschlüssig, wirkt aber konstruiert und unnötig kompliziert. Nüchtern betrachtet basiert die Haftung des Staates in solchen Situationen auf einer unmittelbaren Verpflichtung des Staates („das Grundbuch muss richtig sein“) und ihrer objektiven Verletzung („das Grundbuch ist falsch, weil es an der erforderlichen Sorgfalt gefehlt hat“). Dazwischen stehen mehrere Hilfskonstruktionen, insbesondere rechtliche Vermutungen, die offenbar den Anschein wahren sollen, hier gehe es noch um individuelles Fehlverhalten eines konkreten Amtsträgers.

Konsequenter wäre es, von der originären Pflichtenstellung des Trägers öffentlicher Gewalt auszugehen und über die Pflichtverletzung anhand einer Gesamtbetrachtung zu entscheiden, also das „Gesamtverhalten“ der jeweiligen Verwaltung zu berücksichtigen.²⁰⁹ Damit würde man jedoch die individualistische Konzeption des § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG verlassen und daher wohl die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreiten.

cc) Organisationsverschulden?

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Verschulden i. S. von § 839 Abs. 1 S. 1 BGB auch ein „Organisationsverschulden“ sein kann.²¹⁰ Damit ist jedoch kein entindividualisiertes Verschulden einer Verwaltungseinheit „als Organisation“ gemeint, sondern nur, dass das persönliche Verschulden eines Amtsträgers auch darin liegen kann, dass er bestimmte Prozessabläufe nicht richtig organisiert. So hat der BGH in einem Rechtsstreit zwischen der Deutschen Bundespost und einem Kunden wegen sehr hoher Telefonrechnungen betont, eine schuldhafte Pflichtverletzung könne nicht nur darin liegen, dass die zuständige Beamtin in der Gebührenstelle den Kunden nicht über ein Gebührenaufkommen unterrichtet hatte, das so auffällig war (Anstieg der Gebühreneinheiten um weit mehr als das Hundertfache), dass sie selbst eine technische Überprüfung des Anschlusses veranlassen ließ, sondern auch darin, dass die Beamtin von ih-

²⁰⁹ Vgl. MünchKommBGB/Papier/Shirvani, § 839 Rn. 180, 350; Bender, StaatshaftungsR, 21974, Rn. 592. Zu einem solchen Ansatz auch unten → § 8 B.

²¹⁰ So ausdrücklich schon BGH NJW 1964, 41, 44.

rem Vorgesetzten möglicherweise nicht angewiesen worden war, in einem solchen Fall den Kunden zu benachrichtigen.²¹¹

Wichtig ist, dass in Fällen von Organisationsverschulden nicht einfach nur der Bezugspunkt der Verschuldensprüfung ausgetauscht werden kann, sondern dass in der Regel auf eine völlig andere Amtspflichtverletzung und oft auch auf einen anderen Amtsträger abzustellen ist. Die Prüfung ist also insgesamt auf einen anderen Bezugsgegenstand zu beziehen. Würde man im Beispiel auf die unterlassene Mitteilung durch die Gebührenbeamtin abstellen, müsste die *Gebührenbeamtin* eine Beamtin im haftungsrechtlichen Sinne sein, die *Mitteilungspflicht* müsste drittbezogen sein, die Gebührenbeamtin müsste die Pflicht verletzt haben und die Gebührenbeamtin müsste schuldhaft gehandelt haben. Würde man hingegen auf die unterlassene Anweisung durch den Vorgesetzten abstellen, müssten der *Vorgesetzte* ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne sein, die *Anweisungspflicht/Organisationspflicht* müsste drittbezogen sein, der Vorgesetzte müsste die Pflicht verletzt haben und der Vorgesetzte müsste schuldhaft gehandelt haben. Gerade die Drittbezogenheit von Organisationspflichten versteht sich dabei keineswegs von selbst, weil eine ordnungsgemäße Organisation verwaltungsinterner Arbeitsabläufe zuvörderst im eigenen Interesse der Verwaltung liegt und den Bürger normalerweise nicht unmittelbar berührt. Die Drittbezogenheit lässt sich daher nur begründen, wenn und soweit durch die Organisation auch sichergestellt werden soll, dass gegenüber dem Bürger bestehende Pflichten erfüllt werden.

Die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf ein vermeintliches Organisationsverschulden sieht der BGH bei der in Anspruch genommenen Körperschaft, weil dem geschädigten Bürger die internen Abläufe des Behördenbetriebs in aller Regel nicht bekannt seien und auch nicht bekannt sein müssten. Das hat der BGH ausdrücklich entschieden in einem Fall, in dem es um die monatelange Verzögerung einer Grundbucheintragung ging.²¹² Der BGH bestätigte hier die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Verpflichtung des Staates, die Gerichte so auszustatten, dass sie die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung abschließen können.²¹³ Selbst in diesem Fall hielt er jedoch am individualistischen Konzept des § 839 BGB fest, obwohl es nicht gerade naheliegt, dass die Überlastung der Justiz einzelnen Amtsträgern angelastet werden kann. Dennoch hielt der BGH für entscheidend, „ob der Direktor des Amtsgerichts O., die Präsidenten des übergeordneten Landgerichts und des Oberlandesgerichts oder das Justizministerium des Landes die ihnen [...] jeweils möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen haben, um eine Erledigung der von der Zedentin gestellten Eintragungsanträge in angemessener Zeit

²¹¹ BGHZ 66, 302, 312 = NJW 1976, 1631, 1634.

²¹² Hierzu und zum Folgenden BGHZ 170, 260, 269 = NJW 2007, 830, 832, Rn. 22.

²¹³ BGHZ 170, 260, 267 = NJW 2007, 830, 832, Rn. 20 m. w. N.

sicherzustellen“. Hier zeigt sich deutlich die Schwierigkeit, die (zweifellos sinnvolle) Rechtsfigur des Organisationsverschuldens mit dem strikt individualistischen Konzept der übergeleiteten Amtsträgerhaftung nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG zu vereinbaren. Denn es liegt nicht auf der Hand, dass die Pflicht zur angemessenen Ressourcenallokation „drittbezogen“, der Bürger also in ihren Schutzzweck einbezogen ist.²¹⁴ Der Rechtsfigur des Organisationsverschuldens sind dadurch enge Grenzen gesetzt: Es besteht immer die Gefahr, wie *Ossenbühl* treffend formuliert hat, dass man auf dem Weg von unten nach oben „in eine Sphäre gelangt, in der der Drittbezug [...] völlig verschwindet, und mit ihm der ganze Amtshaftungsanspruch“.²¹⁵

Insgesamt zeigt sich also, dass die individualistische Konzeption der indirekten Staatshaftung auch die sachgerechte Erfassung von Organisationsrisiken wie z. B. einer unzureichenden Ressourcenausstattung erschwert. Wäre die Staatshaftung als direkte Haftung ausgestaltet, könnten solche Risiken hingegen ohne größere Schwierigkeiten erfasst und unmittelbar dem Staat als Organisationsträger zugeordnet werden.

d) Haftungsbeschränkungen

An der indirekten, an ein „Beamten delikt“ anknüpfenden Konzeption der Amtshaftung wird ferner zu Recht kritisiert, dass der Staat dadurch von Haftungsprivilegien profitiert, die der Gesetzgeber ursprünglich allein zum Schutz der Amtsträger formuliert hat.²¹⁶ Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, „dass der Staat grundsätzlich nur in dem gleichem Umfang haftet, wie der Amtsträger selbst es müsste, wenn es die Schuldübernahme nicht gäbe“. Dies wiederum bedeute, „dass sämtliche auf die persönliche Verantwortlichkeit des Amtsträgers zugeschnittenen gesetzlichen Haftungsbeschränkungen, -milderungen oder -privilegien mittelbar auch dem Staat zugutekommen“.²¹⁷ Als Beispiele hat der BGH in der Vergangenheit das Verschuldensprinzip und das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB genannt.²¹⁸ Zu ergänzen sind außerdem das Richterspruchprivileg gemäß § 839 Abs. 2 BGB sowie der Ausschluss bei Rechtsmittelversäumung gemäß § 839 Abs. 3 BGB. In der Entscheidungspraxis haben außerdem die Haftungsprivilegien gemäß § 106 Abs. 3 SGB

²¹⁴ Vgl. dazu BGHZ 170, 260, 268 f. = NJW 2007, 830, 832, Rn. 21 und die ältere Rspr., z. B. BGHZ 111, 272, 273–275 = NJW 1990, 2615; BGH VersR 1963, 1080, 1082; BGH NJW 1959, 574 f.; BGHZ 15, 305, 309 f. = NJW 1955, 297.

²¹⁵ *Ossenbühl*, JZ 2007, 690.

²¹⁶ MünchKommBGB/*Papier/Shirvani*, 82020, § 839 Rn. 358, 381, 390; *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, 62013, 13 f.

²¹⁷ BGH GRUR 2019, 813, 822 f., Rn. 104; VersR 2008, 410, 412, Rn. 17; BGHZ 151, 198, 200 = NJW 2002, 3096 f.; BGHZ 146, 385, 388 f. = NVwZ 2001, 835, 836.

²¹⁸ BGHZ 146, 385, 388 f. = NVwZ 2001, 835, 836.

VII (Hilfe bei Unglücksfällen, Zivilschutz, vorübergehende gemeinsame Betriebsstätte) eine Rolle gespielt.²¹⁹

Besonders umstritten ist das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. Es besagt, dass ein Amtsträger – und damit auch der Staat – nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn dem Amtsträger nur Fahrlässigkeit zur Last fällt und der Geschädigte auch auf andere Weise Ersatz erlangen kann, z. B. weil ihm noch ein weiterer Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten zusteht. In der Literatur wird zwar anerkannt, dass dieses Privileg für die reine Beamtenhaftung sachgerecht gewesen ist, um die Entschlussfreude des Beamten zu stärken und sein persönliches Haftungsrisiko zu begrenzen. Für die gemäß Art. 34 S. 1 GG auf den Staat übergeleitete Amtshaftung wird es jedoch allgemein für verfehlt gehalten, weil die Anreiz- und Schutzfunktion des Privilegs dem Staat gegenüber leerläuft. Bei der heutigen Konzeption der Amtshaftung sei die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ein reines Fiskalprivileg,²²⁰ das den Rechtsschutz des Bürgers empfindlich einschränke.²²¹ Die Kosten der Haftungsbeschränkung tragen vor allem etwaige Mitschädiger, die wegen der Privilegierung des Amtsträgers und des Staates den vollen Schaden tragen müssen, selbst wenn ihr Verursachungs- und Verschuldensbeitrag geringer ist als der des Amtsträgers. Ferner wird in der Literatur zu Recht beklagt, die Subsidiarität der Amtshaftung führe außerdem zu einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung von Bürgern, die sich unter Aufwendung erheblicher Beitragszahlungen durch gesetzliche oder private Versicherungen gegen Schadensrisiken abgesichert hätten.²²² Der Staat profitiere von ihren Sonderleistungen, obwohl er den versicherten Schaden verursacht habe.²²³ Da auch Rückgriffsansprüche der Versicherer wegen § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht in Betracht kommen, wird letztlich anstelle des Staates die Solidargemeinschaft der Versicherten zur Wiedergutmachung des staatlichen Unrechts gezwungen.

Der BGH hat die Kritik der Literatur früh aufgegriffen, sah jedoch zunächst keine Möglichkeit, die eindeutige gesetzliche Regelung nicht anzuwenden und betonte stattdessen die Verantwortung des Gesetzgebers.²²⁴ Anfang 1977 entschied er dann aber, dass § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar ist, wenn ein Amtsträger bei der dienstlichen Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr schuldhaft einen Verkehrsunfall verursacht. Zur Begründung erklärte er, das Verweisungsprivileg widerspreche dem verkehrsrechtlichen Grundsatz der haf-

²¹⁹ BGH VersR 2008, 410 (zu § 106 Abs. 3 Var. 1 SGB VII); BGHZ 151, 198 = NJW 2002, 3096 (zu § 106 Abs. 3 Var. 3 SGB VII).

²²⁰ Vgl. den Rechtfertigungsversuch in BGHZ 13, 88, 104f. = NJW 1954, 993, 995f.

²²¹ SB/A. Schäfer/Bonk, 1982, Einf. Rn. 51.

²²² SB/A. Schäfer/Bonk, 1982, Einf. Rn. 51; vgl. auch BGHZ 68, 217, 223 = NJW 1977, 1238, 1239.

²²³ MünchKommBGB/Papier/Shirvani, ⁸2020, § 839 Rn. 358f.; SB/A. Schäfer/Bonk, 1982, Einf. Rn. 51.

²²⁴ BGHZ 42, 176, 181f. = NJW 1964, 1895, 1897.

tungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer und diesem Grundsatz gebühre der Vorrang, weil er, so kann man es wohl zusammenfassen, anders als das Verweisungsprivileg sachlich gerechtfertigt sei.²²⁵ Auch sei es im Bereich des Verkehrshaftpflichtrechts nicht gerechtfertigt, einen Mitschädiger den Schaden allein tragen zu lassen.²²⁶ Wenig später hat der BGH § 839 Abs. 1 S. 2 BGB zudem für unanwendbar erklärt, wenn ein Amtsträger durch die Verletzung einer ihm als hoheitliche Aufgabe obliegenden Straßenverkehrssicherungspflicht (also einer nicht privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen Sicherungspflicht) einen Verkehrsunfall schuldhaft verursacht. Unter Berufung auf die frühere Entscheidung zu dienstlichen Verkehrsunfällen begründete er dies – wenig überzeugend²²⁷ – damit, dass eine verkehrssichere Straße für den reibungslosen Ablauf des Straßenverkehrs „ebenso notwendig“ sei wie die Beachtung der Verkehrsvorschriften durch die Verkehrsteilnehmer und die Benutzung technisch einwandfreier Fahrzeuge.²²⁸

Auch hier zeigt sich also, dass die indirekte Konzeption der Staatshaftung zu erheblichen Schwierigkeiten führt, die bei einer direkten Haftung so nicht auftreten würden. Denn die Haftung des Staates ließe sich dann von der persönlichen Haftung des Amtsträgers trennen und Haftungsbeschränkungen könnten jeweils nur in dem Verhältnis herangezogen werden, für welches sie nach dem jeweiligen Normzweck eine sinnvolle Funktion erfüllen.

2. Rechtsfolgen

Weitere Probleme der ausschließlich indirekt konzipierten Amtshaftung zeigen sich im Bereich der Rechtsfolgen. Kritisiert wird in der Literatur vor allem, dass nach ständiger Rechtsprechung vom Staat nur Leistungen verlangt werden können, zu denen der Amtsträger auch persönlich imstande wäre, obwohl dieser wegen der Haftungsüberleitung auf den Staat nach Art. 34 S. 1 GG selbst gar nicht haftet. Das hat insbesondere dazu geführt, dass im Rahmen der Amtshaftung, anders als nach § 249 Abs. 1 BGB, grundsätzlich keine Naturalrestitution

²²⁵ BGHZ 68, 217, 219–222 = NJW 1977, 1238f. Anders noch BGHZ 61, 101, 108–111 = NJW 1973, 1654, 1655f. = JR 1973, 69 m. krit. Anm. Kühne. In BGHZ 113, 164, 167f. = NJW 1991, 1171f. hat der BGH entschieden, dass § 839 Abs. 1 S. 2 BGB anwendbar bleibt, wenn der Amtsträger Sonderrechte nach § 35 StVO in Anspruch nimmt, weil der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer dann nicht passt.

²²⁶ BGHZ 68, 217, 222–224 = NJW 1977, 1238, 1239.

²²⁷ Die eigentliche Parallele besteht nicht zwischen der Verletzung der öffentlich-rechtlichen Straßenverkehrssicherungspflicht und Verkehrsunfällen, sondern zwischen der Verletzung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verkehrssicherungspflichten. Für eine rechtliche Gleichbehandlung dieser beiden Fallgruppen müssten die Gerichte das Merkmal „Amtspflichten“ in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB restriktiv auslegen und die Verletzung jeglicher Verkehrssicherungspflichten auch bei Statusbeamten gemäß § 823 BGB beurteilen. Der Staat würde dann einheitlich nach §§ 31, 831 BGB haften.

²²⁸ BGHZ 75, 134, 138 = NJW 1979, 2043, 2044f.

verlangt werden kann. Das sonst typischerweise mit einer indirekten Verbandshaftung verbundene Problem der Doppelhaftung des Organisationsträgers und der handelnden Person stellt sich hingegen im Amtshaftungsrecht nicht, weil Art. 34 S. 1 GG die Haftung vollständig auf den Staat überleitet.

a) *Keine Naturalrestitution*

Neben den vielfältigen Problemen der indirekten Staatshaftung im Bereich der Anspruchsvoraussetzungen wird vielfach außerdem für problematisch gehalten, dass die akzessorische Konzeption der Amtshaftung gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG die möglichen Rechtsfolgen beschränkt. Die Gerichte gehen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Amtshaftungsanspruch grundsätzlich nur auf Geldersatz gerichtet ist, hingegen in der Regel keine Naturalrestitution geschuldet sei.²²⁹ Das bedeutet insbesondere, dass im Rahmen der Amtshaftung keine Wiedergutmachung durch Amtshandlungen wie Verwaltungsakte oder schlichtes Verwaltungshandeln verlangt werden kann.

Maßgebend für diese Rechtslage ist auch heute noch eine viel diskutierte Leitentscheidung des Großen Senats für Zivilsachen aus dem Jahr 1960, in der es um den Widerruf einer vermeintlich ehrverletzenden Äußerung durch einen Amtsbaumeister ging.²³⁰ Dieser hatte Dritten gegenüber behauptet, der Kläger habe als Transportunternehmer bei der Gemeinde Leistungen abgerechnet, die er gar nicht erbracht habe. Der III. Zivilsenat wollte die damals schon fest etablierte Rechtsprechung aufgeben, wonach § 839 BGB nur einen Anspruch auf Geldersatz, nicht aber einen Anspruch auf Rücknahme einer dienstlichen Äußerung gewährte. Diese Einschränkung war bis dahin u. a. mit der Begründung gerechtfertigt worden, der Grundsatz der Gewaltenteilung verbiete es den Zivilgerichten, sich in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden einzumischen. Der Große Senat stimmte zu, dass diese noch auf das Reichsgericht zurückgehende Begründung unter Geltung des Grundgesetzes angesichts des Rechtsstaatsprinzips und der ausgebauten gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung nicht mehr stichhaltig sei.²³¹ Er betonte jedoch, die Beschränkung auf Geldersatz folge noch aus einem weiteren Grund, nämlich der individualistischen Konzeption der Amtshaftung. Die Haftung könne grundsätzlich nur auf Leistungen gerichtet sein, die der Beamte selbst erbringen könne und zwar unabhängig vom Weiterbestehen des Beamtenverhältnisses, also quasi als Privatperson. Die begehrte Widerrufserklärung wäre jedoch als Verwaltungshandeln einzuordnen gewesen, weil auch die ursprüngliche Äußerung des Baumeisters

²²⁹ BGHZ 137, 11, 26 = NJW 1998, 138, 141 f.; BGHZ 121, 367, 373 f. = NJW 1993, 1799, 1800; BGHZ 67, 92, 100 = NJW 1976, 2303, 2305.

²³⁰ BGHZ 34, 99 ff. = NJW 1961, 658.

²³¹ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 34, 99, 104 ff. = NJW 1961, 658, 660. Vgl. hierzu auch *Ossenbühl/Cornils*, StaatshaftungsR, 62013, 12 f.

seiner Amtsführung zuzurechnen war. Der Beamte hätte eine solche Widerrufserklärung daher nur als Träger eines Amtes abgeben können.

Interessant ist, dass der Große Senat als Alternative zur Amtshaftung auf die unmittelbare Haftung der Gemeinde verwies. Wer ein bestimmtes Verwaltungshandeln öffentlich-rechtlicher Körperschaften durch ihre Beamten erreichen wolle, müsse sich, so der Große Senat, grundsätzlich an die zuständige Körperschaft halten und nicht an den einzelnen Beamten, dessen Amtsführung er beanstandet.²³² Im konkreten Fall kam ein Anspruch gegen die Gemeinde auf Abgabe einer Widerrufserklärung nach den Grundsätzen der Störerhaftung in Betracht. Dieser Anspruch ist als direkte Verbandshaftung ausgestaltet und zwar, worauf später noch zurückzukommen sein wird, nicht nur im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Störerhaftung (also der heute sog. Folgenbeseitigung), sondern auch im Rahmen der quasi-negatorischen Haftung des BGB.²³³ Eine Gemeinde kann also selbst und unmittelbar als Störerin anzusehen sein, sodass sich die Probleme der indirekten Amtshaftung von vornherein nicht stellen. Zur direkten Staatshaftung zählen außer dem Folgenbeseitigungsanspruch auch noch die Haftung wegen enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffs sowie die Haftung nach Aufopferungsgrundsätzen.²³⁴

Im konkreten Fall ließ sich das Problem der eingeschränkten Rechtsfolgen also durch ein Ausweichen auf eine andere Variante der Staatshaftung lösen, nämlich die Folgenbeseitigung. Für die Amtshaftung selbst ist es jedoch bis heute dabei geblieben, dass sie nur auf Geldersatz gerichtet ist, weil vom Amtsträger persönlich keine andere Leistung verlangt werden kann und es wegen der abgeleiteten Konzeption der Amtshaftung dabei auch bleiben müsse, wenn der Anspruch gegen den Staat geltend gemacht wird. Auch an diesem Defizit zeigt sich anschaulich, dass eine rein indirekt konzipierte Verbandshaftung in der praktischen Anwendung zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann.

b) Doppelhaftung?

Das Problem einer „unbeabsichtigten“ Doppelhaftung von Organisationsträger und handelnder natürlicher Person stellt sich hingegen bei der Amtshaftung – anders als bei der *vicarious liability* im englischen und US-amerikanischen Deliktsrecht²³⁵ – grundsätzlich nicht. Da die Haftungsüberleitung auf den Staat gemäß Art. 34 S. 1 GG als haftungsbefreiende Schuldübernahme konzipiert ist, haftet der Staat exklusiv und eine persönliche Haftung des Amtsträgers ist ausgeschlossen. Es ist also nicht nötig, den Amtsträger im Außenverhältnis haftbar

²³² BGHZ 34, 99, 106 = NJW 1961, 658, 660.

²³³ Dazu ausf. unten → § 6 C III 3.

²³⁴ Vgl. BeckOGK/Dörr, 1.12.2022, § 839 BGB Rn. 14; MünchKommBGB/Papier/Shirvani, §2020, § 839 Rn. 9, 341.

²³⁵ Dazu schon oben → I 2a.

zu machen, um die eigentlich gewollte Haftung des Staates begründen zu können. Der Amtsträger haftet allenfalls im Innenverhältnis, was gemäß Art. 34 S. 2 GG aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zulässig ist.

3. Fazit

Auch für die Amtshaftung zeigt sich also, dass die indirekte, von einem Beamten delikt abgeleitete Haftung die Rechtspraxis vor große Schwierigkeiten stellt. Anders als im Deliktsrecht ist jedoch ein Ausweichen auf eine direkte Haftung nicht möglich, weil eine unmittelbare Haftung des Staates wegen der Verletzung eigener Pflichten im Amtshaftungsrecht nicht anerkannt ist. Die Probleme der indirekten Verbandshaftung lassen sich bei der Amtshaftung also kaum umgehen, sondern liegen offen zutage: Es fällt schwer, sachgerecht zwischen den Pflichten des Staates und den persönlichen Pflichten der Amtsträger zu differenzieren; das Verschuldenserfordernis ist individualistisch konzipiert und passt nicht auf die Haftung des Staates als Organisationsträger; der Staat profitiert von Haftungsbeschränkungen, die eigentlich ausschließlich dem Schutz der Amtsträger dienen; und die Rechtsfolgen der Amtshaftung sind künstlich beschränkt, weil sie aus dogmatischen Gründen auch auf den Amtsträger persönlich passen müssen, obwohl er grundsätzlich selbst nicht haftet. Diese Ergebnisse lassen sich nur historisch durch die Umstellung von einer persönlichen Beamtenhaftung auf eine exklusive Staatshaftung erklären, nicht aber sachlich begründen. Sie gelten zu Recht als rechtspolitisch verfehlt, weil sie zu empfindlichen Lücken im System der Amtshaftung führen und verhindern, dass Schäden, die aus staatlichem Unrecht resultieren, sachgerecht bewältigt werden können. In der staatshaftungsrechtlichen Literatur wird deshalb immer wieder gefordert, die abgeleitete Amtshaftung durch eine direkte Staatshaftung zu ersetzen. Daraus ergeben sich wichtige Erkenntnisse auch für das Recht der Unternehmenshaftung. Hier geht es zwar nicht um ein Entweder-oder, allerdings lässt sich aus den Erfahrungen mit dem Staatshaftungsrecht lernen, wo die Grenzen einer indirekten Unternehmenshaftung liegen und welcher Bedarf daneben für eine direkte Haftung besteht.

III. Ergebnisse

Die vergleichenden Seitenblicke in das englische Deliktsrecht und das deutsche Recht der Amtshaftung haben jeweils recht ähnliche Erkenntnisse hervorgebracht: Eine indirekte Verbandshaftung ist, selbst wenn sie auf einer strikten Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* beruht, nicht in der Lage, alle Risiken sachgerecht zu erfassen, die heute in Unternehmen und anderen Organisationen relevant werden. Das liegt vor allem daran, dass sie an

ein persönliches Repräsentanten-, Gehilfen-, oder Beamtendelikt anknüpft, eine Haftung des Unternehmens- oder Organisationsträgers aber auch geboten sein kann, wenn ein solches nicht vorliegt. Probleme ergeben sich z.B. dann, wenn Verhaltens- oder Sorgfaltspflichten nicht an Unternehmens- oder Organisationsangehörige persönlich gerichtet sind, sondern unmittelbar an den Unternehmens- oder Organisationsträger. Mit einer abgeleiteten Haftung lässt sich auf Verletzungen eigener Pflichten nicht reagieren, weil sie Haftung für fremdes und nicht für eigenes Delikt ist. Als problematisch hat sich außerdem erwiesen, dass der Unternehmens- und Organisationsträger bei einer indirekten Haftung von Haftungsprivilegien profitiert, die eine legitime Funktion nur mit Blick auf die handelnden Mitarbeiter erfüllen. Auch fällt es schwer, mit der indirekten Verbandshaftung Risiken zu erfassen, die über individuelles Fehlverhalten hinausgehen, z.B. systemische Risiken wie Koordinations- oder Kommunikationsprobleme infolge von Arbeitsteilung, ein fehlerhaftes Wissensmanagement oder eine unzureichende Ressourcenausstattung. Schließlich ergeben sich Schwierigkeiten auch dadurch, dass im Rahmen der Rechtsfolgen nicht angemessen zwischen der persönlichen Haftung des Unternehmens- oder Organisationsangehörigen und der Haftung des Trägers differenziert werden kann, wenn die Haftung des Trägers an ein Repräsentanten-, Gehilfen- oder Beamtendelikt „angeseilt“ ist. Im Recht der Unternehmenshaftung ergibt sich daraus das schwierige Problem, dass mit der Unternehmenshaftung zugleich die persönliche Haftung des Mitarbeiters bejaht wird, was ungerecht sein und zu einer Überabschreckung führen kann. Im englischen Recht werden viele dieser Probleme dadurch gelöst, dass neben der indirekten eine direkte Unternehmenshaftung anerkannt ist; im Amtshaftungsrecht wird eine unmittelbare Staatshaftung vielfach herbeigeseht. Die Bedeutung und Vorteile einer direkten Haftung sollen deshalb im nächsten Teil genauer untersucht werden.

C. Bedeutung der direkten Unternehmenshaftung

Erkennt man an, dass die indirekte Unternehmenshaftung nicht ausreicht, um alle relevanten Unternehmensrisiken sachgerecht zu erfassen, weil sie mit dem Erfordernis eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts auf Individualrisiken fokussiert ist, liegt es nahe, sie durch eine direkte Unternehmenshaftung zu ergänzen. Diese knüpft an die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmens-trägers an und ist damit geeignet, dessen Haftung von der persönliche Haftung der Unternehmensangehörigen zu emanzipieren. Wie oben in Teil A erläutert,²³⁶ bedeutet dies nicht, dass die Haftung des Unternehmensträgers immer ohne

²³⁶ → A II 2.

Zurechnung individuellen Verhaltens oder Verschuldens auskäme (*echte* Unternehmenshaftung), sondern im Gegenteil ist gerade bei der direkten Unternehmenshaftung oft eine solche Zurechnung erforderlich (*unechte* Unternehmenshaftung, z.B. Verbundhaftung nach h.M.), während die indirekte Unternehmenshaftung stets ohne Zurechnung auskommt, weil sie lediglich eine Haftung für fremdes Delikt begründet. Der Vorteil der direkten Unternehmenshaftung liegt vor allem darin, dass sie die eigenen Pflichten des Unternehmensträgers in den Mittelpunkt stellt und dadurch differenziertere Lösungen erlaubt als eine rein indirekte Haftung. Dadurch wird es z.B. auch möglich, Organisationsrisiken besser zu erfassen als es mit einem auf der Geschäftsherrnhaftung beruhenden Ansatz möglich wäre. Die Bedeutung, Vorteile und Funktionen der direkten Unternehmenshaftung sollen im Folgenden auch unter Berücksichtigung der Entwicklungen in anderen europäischen Ländern genauer herausgearbeitet werden. Damit wird auch eine stabilere Grundlage für die Betrachtungen in den nachfolgenden Kapiteln geschaffen, in denen die Einzelheiten der direkten Unternehmenshaftung weiter vertieft werden.

I. Deutsches Deliktsrecht

Zunächst ist der Blick nochmal auf das deutsche Unternehmenshaftungsrecht zu richten, das bereits im Lichte der Erkenntnisse aus Teil B in neuem Licht erscheint. In der Literatur wird teilweise der Eindruck erweckt, das „Ausweichen“ der Rechtsprechung auf eine direkte Unternehmenshaftung nach § 823 BGB und Rechtsfiguren wie das betriebliche Organisationsverschulden sei lediglich eine Folge des schwachen § 831 BGB.²³⁷ Man könnte deshalb meinen, es handele sich um eine undogmatische Notlösung, derer es nicht mehr bedürfte, wenn der Gesetzgeber die Geschäftsherrnhaftung, wie es richtig wäre,²³⁸ als strikte Haftung ausgestalten, also die Möglichkeit der Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 streichen würde. Das wäre jedoch ein Irrglaube. Die direkte Haftung des Unternehmensträgers wegen der Verletzung eigener Pflichten ist weit mehr als nur ein Kompensationsmechanismus für eine nicht richtig funktionierende Geschäftsherrnhaftung. Sie ermöglicht insbesondere, sachgerecht zwischen Unternehmenspflichten und persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen zu differenzieren und neben Individualrisiken auch Organisationsrisiken zu erfassen. Das wird später²³⁹ noch ausführlich dargestellt und soll daher im Folgenden nur kurz skizziert werden.

²³⁷ Vgl. nur MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 2; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 6; RGRK/Steffen, ¹²1989, § 831 Rn. 5 ff.

²³⁸ Dazu oben → § 1 B I.

²³⁹ Unten → § 4 A, § 6 C.

1. Geltender Rahmen

Wichtigster Fall der direkten Unternehmenshaftung im deutschen Recht ist – neben der Gefährdungshaftung – die Verbundhaftung, die nach h.M. darauf beruht, dass Pflichten des Unternehmensträgers schuldhaft durch einen Repräsentanten oder Gehilfen verletzt werden.²⁴⁰ Die praktische Bedeutung dieser Art der Unternehmenshaftung ist sehr groß, weil sie nicht nur den weitaus größten Teil der Verkehrssicherungspflichten umfasst, die typischerweise an den Unternehmensträger z.B. als Grundstücksbesitzer oder Inhaber von gefährlichen Anlagen oder Sachen gerichtet sind, sondern auch zahlreiche berufs- und branchenspezifische Pflichten, die den Unternehmensträger z.B. als Warenhersteller, Krankenhausträger, Verlagsunternehmer usw. treffen. Allein mit der Geschäftsherrnhaftung kann, auch wenn sie strikt ausgestaltet wäre, auf die Verletzung solcher Pflichten nicht sachgerecht reagiert werden. Denn dafür müsste – ähnlich wie man es im Amtshaftungsrecht²⁴¹ praktiziert – dem Gehilfen zunächst unterstellt werden, dass er die Pflicht des Unternehmensträgers als eigene übernimmt und dass er durch ihre Verletzung ein eigenes Delikt begeht, für welches dann der Unternehmensträger abgeleitet haftet. Da die Geschäftsherrnhaftung des Deliktsrechts jedoch – anders als die Amtshaftung – für den Gehilfen nicht haftungsbefreiend ist, sondern lediglich neben die persönliche Haftung tritt, ergäbe sich das Problem, dass der Gehilfe *für die Verletzung von Unternehmenspflichten* im Außenverhältnis haften würde.

Dass dies rechtspolitisch nicht überzeugend wäre, weil es den Gehilfen mit Unternehmensrisiken belasten und wahrscheinlich zu einer Überabschreckung führen würde, liegt auf der Hand.²⁴² Schränkte man jedoch die persönliche Gehilfenhaftung ein, würde wegen der Verkoppelung auch der Anwendungsbereich der Unternehmenshaftung zurückgenommen, was wiederum nicht überzeugend wäre, weil dann auch der Unternehmensträger die Unternehmensrisiken nicht tragen müsste. Man kann es drehen, wie man will: Entweder wäre die persönliche Haftung zu streng oder die Unternehmenshaftung nicht streng genug. Deshalb ist es keineswegs eine Notlösung, sondern im Gegenteil eine große Errungenschaft, dass die Haftung des Unternehmensträgers für die Verletzung eigener Pflichten im deutschen Recht vergleichsweise gut entwickelt ist. Dass dies so ist, hängt zwar in der Tat auch mit den Schwächen des § 831 BGB zusammen, die es in vielen Fällen attraktiv erscheinen lassen, auf die direkte Unternehmenshaftung auszuweichen. Nur wäre sie eben auch notwendig geworden, wenn die Geschäftsherrnhaftung perfekt funktionieren würde. Das belegt insbesondere das Beispiel des englischen Deliktsrechts, wo indirekte und direkte Unternehmenshaftung ebenfalls koexistieren, auch wenn die direkte

²⁴⁰ Dazu schon ausf. oben → § 1 B VI.

²⁴¹ Dazu oben → B II 1b.

²⁴² Dazu noch unten → III 1.

Haftung – wie man es angesichts der Vorzüge der *vicarious liability* erwarten würde – schlechter entwickelt ist als hierzulande. M.E. empfiehlt es sich für das deutsche Recht, nicht (nur) darauf zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber doch irgendwann zu einer strikten Geschäftsherrnhaftung durchringen wird, sondern auch und vor allem auf die gut entwickelte direkte Unternehmenshaftung aufzubauen und durch ihre weitere Stärkung die verbleibenden Probleme des Unternehmenshaftungsrechts zu lösen. Wie das funktionieren könnte, soll später in den Teilen 3 und 4 im Einzelnen dargelegt werden.

Einstweilen sei noch auf die Produzentenhaftung als besonders anschauliches Beispiel einer gut funktionierenden direkten Unternehmenshaftung verwiesen. Die Pflichten zur sicheren Entwicklung, Fabrikation, Instruktion usw. sind unmittelbar an den Unternehmensträger als Produkthersteller gerichtet. Für ihre Konkretisierung wird nicht darauf abgestellt, was von einzelnen Mitarbeitern erwartet werden kann und werden muss, sondern darauf, welche Erwartungen an ein sorgfältig organisiertes Herstellerunternehmen der jeweiligen Branche zu stellen sind. Auch die praktisch bedeutsame Beweislastumkehr wird spezifisch unternehmensbezogen z. B. mit der auf Arbeitsteilung beruhenden Organisation und den Besonderheiten unternehmerischer Geschäftsprozesse begründet und bei Klagen gegen in der Produktion tätige Gehilfen persönlich nicht angewendet.²⁴³ Verbreitet wird zwar davon ausgegangen, dass für die Feststellung des Verschuldens auf einen Repräsentanten i. S. des § 31 BGB abgestellt werden muss, wegen der Beweislastumkehr spielt dies jedoch praktisch kaum eine Rolle. Weitgehende Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass sich die Produzentenhaftung als indirekte Unternehmenshaftung nicht sinnvoll konstruieren ließe und zwar nicht nur wegen der Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, sondern auch und vor allem, weil die Herstellerpflichten zum größten Teil keine persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen sind. Es wäre nicht sinnvoll, sämtliche Herstellerpflichten auf die Mitarbeiter zu spiegeln und diese dadurch einer weitreichenden persönlichen Außenhaftung auszusetzen, die in der Sache nicht angemessen ist, und über die nur im Innenverhältnis geltenden Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nur unzureichend wieder eingefangen werden könnte.

2. Reformversuche

Nur am Rande sei erwähnt, dass auch in den bisherigen Reformprojekten, die darauf abzielten, die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB abzuschaffen und eine strikte Geschäftsherrnhaftung einzuführen, die Notwendigkeit betont wurde, an der Haftung des Geschäftsherrn für die Verletzung eigener Pflichten festzuhalten und zwar sogar in Bezug auf die Auswahl und Über-

²⁴³ Vgl. BGHZ 116, 104, 113 f. = NJW 1992, 1039, 1042; BGHZ 51, 91 ff. = NJW 1969, 269; vgl. dazu noch unten → § 6 B I 1.

wachung des Gehilfen. Denn wenn dieser z.B. deliktsunfähig ist, würde die Geschäftsherrnhaftung daran scheitern. Eine Haftung des Geschäftsherrn kann aber trotzdem geboten sein, wenn dieser z.B. hätte erkennen können, dass der Gehilfe ungeeignet ist. In den Entwürfen der Akademie für Deutsches Recht war daher neben einer strikten Geschäftsherrnhaftung vorgesehen, dass der Geschäftsherr auch für eigenes Auswahl- und Überwachungsverschulden haften sollte, was zu relativ komplizierten Vorschriften führte.²⁴⁴ Die Urheber des Referentenwurfs von 1967 wollten sich insoweit auf § 823 Abs. 1 BGB verlassen, was in der Literatur jedoch wegen der für den Geschädigten ungünstigeren Beweislastverteilung als Verschlechterung gegenüber der geltenden Rechtslage kritisiert wurde.²⁴⁵ Interessanterweise wurde auch angemerkt, dass schon vom Ansatz her fraglich sei, ob das Verschulden eines Gehilfen überhaupt ein sachgerechtes Kriterium sei, um über die Haftung des Unternehmers zu entscheiden.²⁴⁶ *Von Bar* hat in seinem Entwurf aus dem Jahr 1981 die Eigenhaftung des Geschäftsherrn in seinen Vorschlag für einen neuen § 824 BGB aufgenommen,²⁴⁷ der nach seinen Vorstellungen die gesamte Verkehrspflichthaftung auf ein neues Fundament gestellt hätte. Die Beweislast für das Verschulden hätte bei dem Geschäftsherrn gelegen, weil *von Bar* sie bei Verkehrspflichtverletzungen generell umkehren wollte.²⁴⁸

II. Europäische Trends

Die Unternehmenshaftung ist in jüngerer Zeit auch Gegenstand von Reformprojekten in anderen Mitgliedstaaten gewesen und wurde auch im Zusammenhang mit den akademischen Entwürfen für die europäische Privatrechtsvereinheitlichung diskutiert. Auch im Kontext dieser Debatten wird die Notwendigkeit einer direkten Unternehmenshaftung neben der Geschäftsherrnhaftung betont. Die Gründe dafür sind unterschiedlich, genauso wie die vorgeschlagenen Lösungen. Daraus lassen sich Erkenntnisse auch für die Weiterentwicklung der Dogmatik des deutschen Unternehmenshaftungsrechts gewinnen.

1. Schweiz

In Art. 54, 55 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) sind weit deutlicher als im deutschen § 31 BGB die grundlegenden Ideen der Theorie der realen Ver-

²⁴⁴ Dazu schon oben → bei Fn. 5–6 mit Nachweisen.

²⁴⁵ *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 527; *H.-J. Mertens*, FamRZ 1968, 130, 132; vgl. auch *Steindorff*, AcP 170 (1970), 93, 95.

²⁴⁶ Vgl. *E. Schmidt*, AcP 170 (1970), 502, 525; *H.-J. Mertens*, FamRZ 1968, 130, 133; *Helm*, AcP 166 (1966), 389, 404.

²⁴⁷ Vgl. § 824 Abs. 2 Nr. 2 des Entwurfs. Dazu schon oben → bei Fn. 12.

²⁴⁸ Vgl. § 824 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs.

bandspersönlichkeit und der Organtheorie verwirklicht.²⁴⁹ Art. 54 ZGB bestimmt, dass juristische Personen handlungsfähig sind, sobald die nach Gesetz und Statuten „hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind“. Art. 55 Abs. 1 ZGB ergänzt, die Organe seien berufen, „dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben“ und nach Abs. 2 der Vorschrift verpflichten die Organe die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften „als auch durch ihr sonstiges Verhalten“. Die Geschäftsherrnhaftung ist nach Art. 55 des schweizerischen Obligationenrechts (OR) wie in Deutschland verschuldensabhängig ausgestaltet.²⁵⁰ In der berühmten Schachtrahmen-Entscheidung hat das Bundesgericht im Jahr 1984 festgestellt, dass sich die nach Art. 55 OR verlangte Sorgfalt nicht auf die richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion von Hilfspersonen beschränkt. Der Geschäftsherr muss darüber hinaus für eine „zweckmäßige Arbeitsorganisation“ und nötigenfalls für die „Endkontrolle seiner Erzeugnisse“ sorgen.²⁵¹ Damit hat das Gericht die Produzentenhaftung in Art. 55 OR verortet und so der Beweislastumkehr zulasten des Geschäftsherrn unterworfen. In der Literatur wird demgegenüber teilweise gefordert, die „Organisationshaftung“ auf die deliktische Generalklausel des Art. 41 OR zu stützen und dadurch zu „entpersonalisieren“.²⁵²

In den Jahren 1999/2000 legten *Widmer* und *Wessner* im Auftrag des Bundesamts für Justiz einen Vorentwurf (VE) eines Bundesgesetzes zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vor, der auch eine neuartige Vorschrift über die Unternehmenshaftung enthält. Nach Art. 49a VE sollten Personen, die sich „zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten“ einer oder mehrerer Hilfspersonen bedienen, künftig für den Schaden haften, „der im Rahmen dieser Tätigkeiten verursacht wird“, es sei denn, sie würden beweisen, „dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten“. Die Vorschrift sollte für Unternehmensträger die allgemeine Geschäftsherrnhaftung nach Art. 49 VE ersetzen, die verschuldensabhängig geblieben wäre. Die Unternehmenshaftung nach Art. 49a VE sollte jedoch mehr sein als nur eine striktere Geschäftsherrnhaftung: Ausweislich der erläuternden Materialien ging es vor allem darum, eine Haftung für Organisationsmängel zu begründen.²⁵³ Ein Organisationsmangel sollte im sorgfaltswidrigen Verhalten einer Hilfsperson liegen können, genauso wären aber auch technische Fehler erfasst worden. Für die Entlastung hätte nicht nur dargelegt werden müssen, dass für den Schaden verantwortliche Hilfspersonen

²⁴⁹ Vgl. dazu → § 5 B.

²⁵⁰ Allerdings kann dem Geschäftsherrn das Verschulden von Aufsichts- und Überwachungspersonen zugerechnet werden, vgl. dazu noch unten → § 6 A II.

²⁵¹ BGE 110 II S. 456 (1984).

²⁵² *Roberto/Petrin*, in: *Verantwortlichkeit*, 2007, 69, 88; *Jaun*, *Haftung*, 2007, 385 f.; *Chapuis/Werro*, ZSR 122 (2003), 237, 334 (Fn. 397); *Jaun*, FS Hausheer, 2002, 581, 595.

²⁵³ Hierzu und zum Folgenden *Widmer/Wessner*, *Revision*, 2000, 131 f.

sorgfältig ausgewählt, überwacht und instruiert wurden, sondern auch, dass die Organisation des Unternehmens mangelfrei war. Dafür wäre u. a. nachzuweisen gewesen, dass die Arbeitsteilung vernünftig war, das Unternehmen über funktionierende Informationssysteme verfügte, die Geschäftsprozesse ein Höchstmaß an Sicherheit aufwiesen und technische Mängel nicht erkennbar waren. Der Unternehmer hätte also zeigen müssen, „dass alle Maßnahmen zur Vermeidung eines Schadens getroffen wurden, die man [...] berechtigterweise und vernünftigerweise erwarten konnte“.

Eine ähnliche Vorschrift ist in Art. 59 des akademischen Entwurfs für ein „Obligationenrecht 2020“ enthalten, der 2013 vorgestellt wurde.²⁵⁴ Dessen Verfasser haben sich ausdrücklich auf die Arbeiten von *Widmer* und *Wessner* berufen und deren Begründung übernommen, eine Organisationshaftung sei notwendig, weil Art. 55 OR zu stark an persönliches Verhalten des Geschäftsherrn anknüpfe und daher schlecht zur heutigen Gliederung der meisten Unternehmen passe, die sich durch eine „starke Konzentration der Entscheidungsbefugnisse“ und eine „spezialisierte Arbeitsteilung“ auszeichne.²⁵⁵

Die Vorschläge sind über das Entwurfsstadium nicht hinausgekommen, für die theoretische Diskussion über die Unternehmenshaftung sind sie aber aufschlussreich. In der Literatur wird zu Recht kritisiert, dass die Entwürfe keine strikte Geschäftsherrnhaftung vorsehen.²⁵⁶ Allerdings wären Art. 49a VE und Art. 59 OR 2020 nicht überflüssig, selbst wenn es im Schweizer Recht eine solche Haftung gäbe. Denn der Regelungsgehalt dieser Vorschriften erschöpft sich nicht darin, für Unternehmer eine striktere Geschäftsherrnhaftung anzuordnen. Es geht nicht nur darum, den Unternehmer als Geschäftsherrn in die Pflicht zu nehmen, sondern auch und vielleicht sogar vor allem darum, ihn als Träger des Unternehmens als Organisation zu adressieren. Der Unternehmer soll für jeden Mangel in der Organisation des Unternehmens haften und das individuelle Verschulden eines Gehilfen wird nur noch als einer von mehreren Unterfällen eines Organisationsmangels eingeordnet. Daneben sollen typische Organisationsrisiken erfasst werden, wie sie sich aus Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung und dem Zusammenspiel von Mensch und Technik in unternehmerischen Geschäftsprozessen ergeben können.²⁵⁷ Das zeigt sich insbesondere daran, wie der Entlastungsbeweis zu führen wäre: Der Unternehmer müsste zeigen, dass „die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten“ (Art. 49a VE). Das Verschuldensprinzip bleibt dadurch gewahrt, dass nur solche Maßnahmen verlangt werden, die von dem Unternehmer „berechtigterweise und vernünftigerweise“ erwartet werden konnten,²⁵⁸ was dem

²⁵⁴ Dazu ausf. *Huguenin/Hilty*, OR 2020, 2013, 1 ff.

²⁵⁵ *Fellmann/C. Müller/Werro*, OR 2020, 2013, Art. 59 Rn. 4.

²⁵⁶ So *Wagner*, in: *Grundstrukturen*, 2003, 189, 301 f.

²⁵⁷ Vgl. dazu schon oben → § 2 C II 2.

²⁵⁸ *Widmer/Wessner*, Revision, 2000, 132.

objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab entspricht. Aus deutscher Sicht mag man eine solche Organisationshaftung für unnötig halten bzw. der Meinung sein, sie lasse sich besser auf die deliktische Generalklausel stützen, so wie auch die deutsche Haftung für Organisationspflichtverletzungen vor allem in § 823 Abs. 1 BGB verortet wird. Aber für Art. 41 OR ist eine solche weitreichende Haftung wegen der Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers bisher nicht anerkannt²⁵⁹ und Art. 49a VE und Art. 59 OR 2020 hätten demgegenüber aus Sicht des Geschädigten außerdem den Vorteil, dass sie die Beweislast für den Organisationsmangel dem Unternehmer auferlegen.

2. Österreich

Auch für Österreich ist in jüngerer Zeit eine Reform des Haftungsrechts diskutiert worden, durch welche die Unternehmenshaftung auf ein neues Fundament gestellt worden wäre. Grundlage war ein Diskussionsentwurf, den eine Arbeitsgruppe im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz ausgearbeitet hatte und dessen vorläufige Endfassung im Juni 2007 veröffentlicht wurde.²⁶⁰ Wie die Entwürfe zum Schweizer Recht ist allerdings auch dieses Reformvorhaben letztlich nicht Gesetz geworden. Bisher gibt es in Österreich, wie in Deutschland und in der Schweiz, keine strikte Geschäftsherrhaftung (vgl. §§ 1313–1315 ABGB). Das sollte der Entwurf nicht ändern, allerdings hätte der Geschäftsherr, wenn er Unternehmer ist, nach § 1306 Abs. 1 S. 2 ABGB-E zumindest die Beweislast für das Auswahl- oder Überwachungsverschulden getragen, wie dies in Deutschland und der Schweiz für alle Geschäftsherrn der Fall ist. Außerdem hätte der Geschäftsherr gemäß § 1306 Abs. 2 ABGB-E jedenfalls im Rahmen der Gefährdungshaftung strikt für das Fehlverhalten seiner Besorgungsgehilfen einstehen müssen, ferner gemäß § 1306 Abs. 5 ABGB-E auch außerhalb der Gefährdungshaftung für das Fehlverhalten von Personen, „die in seinem Tätigkeitsbereich eine leitende Stellung mit eigenen Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen einnehmen“, wozu bei juristischen Personen jedenfalls ihre satzungsmäßigen Organe gehören sollten. Interessant ist, dass der Geschäftsherr gemäß § 1306 Abs. 4 ABGB-E auch für das „Versagen technischer Hilfsmittel“ haften sollte, die er gleich einem Gehilfen einsetzt.

Daneben war in § 1302 ABGB-E eine Haftung für fehlerhaftes Verhalten in Unternehmen vorgesehen.²⁶¹ Nach § 1302 Abs. 1 S. 1 ABGB-E sollte, wer aus wirtschaftlichen oder beruflichen Interessen ein Unternehmen betreibt, „für den durch einen Fehler im Unternehmen, seiner Erzeugnisse und Dienstleistungen verursachten Schaden“ haften. Nach § 1302 Abs. 1 S. 2 ABGB-E wäre

²⁵⁹ Vgl. dazu die Nachweise oben → in Fn. 252.

²⁶⁰ Der Entwurf ist vollständig abgedruckt bei *Koziol*, Grundfragen, 2010, 327 ff. Für die hier zitierten Vorschriften vgl. auch unten → Anhang B II.

²⁶¹ Dazu *Apathy*, JBl 2007, 205, 216 ff.; *Griss*, JBl 2005, 273, 278 f.

die Haftung ausgeschlossen gewesen, wenn der Unternehmer bewiesen hätte, „dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde“. Als Fehler wurde in § 1302 Abs. 2 S. 1 ABGB-E „jede Abweichung von dem Standard“ definiert, „der nach der Darbietung dem Stand von Wissenschaft und Technik sowie den Verkehrsgewohnheiten beim Unternehmen, seinen Erzeugnissen und Dienstleistungen erwartet werden darf“. Die Beweislast sollte insoweit gemäß § 1302 Abs. 2 S. 2 ABGB-E der Geschädigte tragen, reine Vermögensschäden sollten im Rahmen der Unternehmenshaftung nach § 1302 Abs. 3 ABGB-E nicht zu ersetzen sein.

Koziol hat erläutert, dass § 1302 ABGB-E vor allem drei Änderungen gegenüber der geltenden Rechtslage gebracht hätte,²⁶² nach der ein Organisationsverschulden ähnlich wie in Deutschland auf die deliktische Generalklausel des § 1295 Abs. 1 ABGB gestützt werden kann. Erstens wäre hinsichtlich des Verschuldens eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens eingeführt worden, weil dieser nach § 1302 Abs. 1 S. 2 ABGB-E hätte beweisen müssen, dass die erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde. Zweitens sollte klargestellt werden, dass für Unternehmer ein objektiver Sorgfaltsmaßstab gilt, während sonst im österreichischen Recht für die Fahrlässigkeit meist ein subjektiver bzw. subjektivierter Maßstab gilt.²⁶³ Drittens und „wohl am bedeutendsten“ wäre zulasten des Unternehmers eine „erweiterte Gehilfenzurechnung“ umgesetzt worden. Denn für den Entlastungsbeweis nach § 1302 Abs. 1 S. 2 ABGB-E wäre nicht nur zu zeigen gewesen, dass der Unternehmer bzw. die Unternehmensleitung sorgfältig gehandelt hat, sondern „dass die erforderliche Sorgfalt *aufgewendet wurde*“.²⁶⁴ Hinter dieser harmlos wirkenden Formulierung verbirgt sich ein Paradigmenwechsel. Denn es hätte dem Unternehmensträger jede Sorgfaltswidrigkeit innerhalb des Unternehmens angelastet werden können, unabhängig davon, von wem genau und auf welcher Hierarchieebene sie begangen wurde. Allerdings wäre damit nicht an versteckter Stelle doch noch eine strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* in das österreichische Recht eingeführt worden, denn nach § 1302 Abs. 1 ABGB-E wäre kein Gehilfendelikt erforderlich gewesen. Vielmehr sollte an einen „Fehler im Unternehmen“ oder einen Fehler seiner „Erzeugnisse oder Dienstleistungen“ angeknüpft werden. Den Verfasserinnen und Verfassern des Entwurfs schwebte also offenbar vor, dass die Unternehmenshaftung nach § 1302 ABGB-E ähnlich funktionieren würde wie die Produzentenhaftung.²⁶⁵ Sie sollte also gerade keine indirekte Haftung nach dem Muster der Geschäftsherrnhaftung sein, sondern eine direkte Unternehmenshaftung, die daran anknüpft, dass eine eigene Pflicht des Unternehmensträgers verletzt wird, nämlich diejenige, Dritte nicht

²⁶² *Koziol*, Grundfragen, 2010, Rn. 6/198f.; *Koziol*, JBl 2006, 18 ff.

²⁶³ Vgl. dazu *Koziol*, AcP 196 (1996), 593, 595 f.

²⁶⁴ *Koziol*, JBl 2006, 18, 21 (Herv. C.K.).

²⁶⁵ So *Wagner*, JBl 2008, 2, 13.

durch eine unzureichende Organisation des Unternehmens oder fehlerhafte Erzeugnisse oder Dienstleistungen zu schädigen. Man mag darüber streiten, ob die Unternehmenshaftung damit gegenüber dem geltenden Recht ausgeweitet oder ob sie nur auf eine neue dogmatische Grundlage gestellt worden wäre. Jedenfalls ist klar erkennbar, dass es der Arbeitsgruppe darum ging, die direkte, auf die Verletzung von Unternehmenspflichten bezogene Unternehmenshaftung durch Beweislastumkehr und strikte Zurechnung individuellen Verschuldens zu stärken und dass ihr dies sogar wichtiger war als die Einführung einer strikten Geschäftsherrnhaftung.

3. Frankreich

Auch über eine Reform des französischen Haftungsrechts wird seit einigen Jahren diskutiert. Den Anstoß gaben Entwürfe aus der Wissenschaft, zunächst das *Avant-projet Catala* aus dem Jahr 2005,²⁶⁶ später das *Projet Terré* aus dem Jahr 2011.²⁶⁷ Der Gesetzgeber wagte sich an das Haftungsrecht nicht sogleich heran, sondern verabschiedete Anfang 2016 zunächst „nur“ eine Reform des allgemeinen Schuldrechts und des Vertragsrechts,²⁶⁸ die im Deliktsrecht lediglich zu einer Umnummerierung führte. Seither hat aber auch die Debatte über das Haftungsrecht an Fahrt gewonnen. Im April 2016 legte das Justizministerium einen Vorentwurf vor, im März 2017 folgte als *Projet de réforme de la responsabilité civile* der finale Entwurf.²⁶⁹ Im Juli 2020 wurde schließlich die *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile* in den Senat eingebracht.²⁷⁰ Dabei handelt es sich um einen weiteren Vorschlag, der weniger ambitioniert ist als die Entwürfe des Justizministeriums, aber wohl gerade deshalb größere Chancen hätte, umgesetzt zu werden. Bis Ende 2022 war allerdings auch dieser Vorschlag im Parlament noch nicht beraten worden, sodass derzeit unklar ist, was aus der Reform werden wird.

Anders als das deutsche, das schweizerische und das österreichische Recht, aber genauso wie das englische und das US-amerikanische Recht kennt das französische Recht eine strikte Geschäftsherrnhaftung, die heute in Art. 1242 CC geregelt ist (früher Art. 1384 CC). Unternehmensträger können aber auch unmittelbar aus der deliktischen Generalklausel des Art. 1240 CC (früher Art. 1382 CC) haften, wofür bei juristischen Personen (*personnes morales*) auf das Verhalten ihrer Organe abgestellt wird. Für diese wird davon ausgegangen,

²⁶⁶ *Catala*, Avant-projet, 2006.

²⁶⁷ *Terré*, Réforme, 2011.

²⁶⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations; Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. Dazu *Babusiaux/Witz*, JZ 2017, 496 ff.; *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 778 ff.; *Sonnenberger*, ZEuP 2017, 6 ff.; *Limbach*, GPR 2016, 161 ff.

²⁶⁹ Mit Übersetzung abgedruckt bei *S. Huber/Kleinschmidt*, Reform, 2021, 161 ff.

²⁷⁰ Sénat, <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html> (abgerufen am 28.12.2022).

dass sie keine *préposés* i.S. von Art. 1242 CC sind, sondern dass ihre Handlungen als eigene Handlungen der juristischen Person gelten;²⁷¹ es wird also die Organtheorie herangezogen. An dieser Stelle setzen die Reformprojekte an und schlagen Änderungen vor, die im hiesigen Kontext interessant sind. In Art. 1353 des *Avant-projet Catala* wurde etwa festgehalten, dass das Verschulden einer juristischen Person nicht nur im Verschulden eines Repräsentanten (*représentant*) bestehen kann, sondern dass es auch aus einem Organisations- oder Funktionsmangel (*défaut d'organisation ou de fonctionnement*) resultieren könne. In den Erläuterungen heißt es, dass damit ein von den Verwaltungsgerichten akzeptiertes Konzept in das Privatrecht übernommen werden soll.²⁷² Eine vergleichbare Regelung findet sich in Art. 7 des *Projet Terré*, wo auf eine schuldhaftige Handlung eines Organs (*l'acte fautif de ses organes*) oder einen Organisations- oder Funktionsmangel abgestellt wird. Auch der Entwurf des Justizministeriums enthält einen entsprechenden Vorschlag, wenn auch in etwas anderer Formulierung.²⁷³ Nur im Senatsentwurf vom Juli 2020 ist eine solche Klarstellung zum Verschulden der juristischen Person nicht enthalten.

Die Vorschläge sind im hiesigen Kontext von Bedeutung, weil sie zeigen, dass neben der strikten Geschäftsherrnhaftung des Art. 1242 CC nicht nur die Notwendigkeit einer ebenso strikten Zurechnung des Verschuldens von Organen bzw. Repräsentanten betont wird, sondern dass man außerdem einen Bedarf dafür sieht, Organisations- und Funktionsmängel unmittelbar erfassen zu können. Wie das Verschulden von Organen sollen Organisationsmängel als eigenes Verschulden der juristischen Person gelten. Es geht also, bezogen auf juristische Personen als Unternehmensträger und in der hier verwendeten Terminologie, darum, eine direkte Unternehmenshaftung nicht nur auf die Zurechnung individuellen (Organ-)Verschuldens stützen zu können, sondern auch auf die Verwirklichung von Organisationsrisiken, die sich im Auftreten nicht individuell zuordenbarer Organisationsmängel zeigen. Damit könnte die direkte Haftung von Unternehmensträgern aus Art. 1240 CC gegenüber der indirekten Haftung aus Art. 1242 CC gestärkt werden.

4. PETL

Auch im Rahmen der akademischen Projekte zur Harmonisierung des europäischen Privatrechts sind interessante Vorschläge für die Weiterentwicklung der Unternehmenshaftung gemacht worden, die über eine indirekte Haftung deutlich hinausgehen. Art. 4:202 der Principles of European Tort Law (PETL) enthält einen eigenen Haftungstatbestand für die Unternehmenshaftung, der den Entwürfen zum schweizerischen und zum österreichischen Recht ähnelt. Da-

²⁷¹ *Galand-Carval*, in: PETL Liability Others, 2003, 85, Rn. 8.

²⁷² *Catala*, *Avant-projet*, 2006, 175, Fn. 4.

²⁷³ Art. 1242-1 des Entwurfs, abgedruckt bei S. *Huber/Kleinschmidt* (→ Fn. 269), S. 164.

nach haftet, wer „in seinem aus wirtschaftlichen oder beruflichen Interessen auf Dauer betriebenen Unternehmen Hilfspersonen oder technische Hilfsmittel einsetzt“ für jene Schäden, „die durch einen Fehler des Unternehmens oder seiner Erzeugnisse verursacht werden, sofern er nicht nachweist, dass er gemäß dem erforderlichen Sorgfaltsmaßstab gehandelt hat“. Die Ähnlichkeit zu Art. 49a VE und mehr noch zu § 1302 ABGB-E ist kein Zufall, sondern darauf zurückzuführen, dass Art. 4:202 PETL zum Teil von Personen gestaltet wurde, die auch an den nationalen Reformprojekten mitgewirkt haben. Ein wichtiger systematischer und inhaltlicher Unterschied ist, dass die PETL anders als die Entwürfe zum schweizerischen und zum österreichischen Recht in Art. 6:102 auch eine strikte Geschäftsherrnhaftung vorsehen, die Unternehmenshaftung also nicht dazu dient, Schwächen der Geschäftsherrnhaftung auszugleichen. Die Autorinnen und Autoren des Art. 4:202 PETL sehen dessen Bedeutung vor allem in der Beweislastumkehr zulasten des Unternehmers, die den Geschädigten davon entlastet, die Ursache des Fehlers nachzuweisen, durch den er geschädigt worden ist.²⁷⁴ Die Problematik resultiert u. a. daher, dass bei der Geschäftsherrnhaftung nach Art. 6:102 PETL – wie im englischen und im französischen Recht, aber anders als nach dem Vorschlag *von Bars* für eine Reform des § 831 BGB im deutschen Recht²⁷⁵ – der Geschädigte die Beweislast für das Gehilfen-delikt trägt. Außerdem geht die Autorengruppe davon aus, dass Fehler auch aus Organisationsmängeln und technischem Versagen resultieren können, dass aber auch solche Ursachen für den Geschädigten kaum aufklärbar seien. Deshalb muss der Geschädigte nach Art. 4:202 PETL in Anlehnung an die Produkthaf-tung nur einen „Fehler“ nachweisen.

In den Materialien wird betont, dass sich die Haftung des Unternehmensträgers auch schon aus Art. 4:101 PETL ergeben könne, der Generalklausel für die Verschuldenshaftung.²⁷⁶ Die Mehrheit der Autorinnen und Autoren ging dabei davon aus, dass juristische Personen durch ihre Organe handeln können²⁷⁷ und würde somit wohl auch die Möglichkeit einer direkten Haftung von Gesellschaften aus Art. 4:101 PETL bejahen. Wie im deutschen Recht nach § 823 Abs. 1 BGB könnten Unternehmensträger also nach Art. 4:101 PETL auch für die Verletzung eigener Pflichten haften, wofür ihnen ggf. das Verschulden ihrer Organe bzw. Repräsentanten zugerechnet würde. Die Ergänzung durch einen eigenen Tatbestand der Unternehmenshaftung in Art. 4:202 PETL ist dann, wie die Autorengruppe selbst betont,²⁷⁸ weniger spektakulär als sie zunächst scheinen mag. Seine zentrale Funktion liegt in der Tat darin, dem Geschädigten einen Teil der Beweislast abzunehmen. Wofür genau sich der Unternehmer ent-

²⁷⁴ B. A. Koch, PETL Commentary, 2005, Art. 4:202 Rn. 4, 9.

²⁷⁵ Dazu oben → bei Fn. 12.

²⁷⁶ B. A. Koch, PETL Commentary, 2005, Art. 4:202 Rn. 7.

²⁷⁷ Moréteau, PETL Commentary, 2005, Art. 6:102 Rn. 21.

²⁷⁸ B. A. Koch, PETL Commentary, 2005, Art. 4:202 Rn. 7.

lasten muss, ist dabei dem Wortlaut des Art. 4:202 PETL nur unzureichend zu entnehmen, weil er davon spricht, dass der Unternehmer nachweisen muss, „dass er gemäß dem erforderlichen Sorgfaltsmaßstab gehandelt hat“.²⁷⁹ § 1302 ABGB-E stellt demgegenüber darauf ab, „dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt *aufgewendet wurde*“.²⁸⁰ Der engere Wortlaut des Art. 4:202 PETL legt nahe, dass es nur auf das Verschulden des Unternehmensinhabers oder seiner Organe bzw. Repräsentanten ankommen soll. Aus den Materialien geht jedoch hervor, dass die Autorengruppe von einem deutlich weiteren Verständnis ausging. Denn dort wird beschrieben, dass sich der Unternehmer in dreierlei Hinsicht entlasten müsse: Er müsse zeigen, dass kein Mitarbeiter den relevanten Sorgfaltsmaßstab verletzt habe, dass die Organisation den an sie zu stellenden Erwartungen entsprochen habe und dass keine Sicherheitsrisiken von IT-Systemen und sonstigen technischen Einrichtungen ausgegangen seien.²⁸¹ Auch den Autorinnen und Autoren der PETL ging es also darum, mit der direkten Unternehmenshaftung neben Individualrisiken auch Organisationsrisiken unmittelbar erfassen zu können.

5. DCFR

Das außervertragliche Haftungsrecht des Draft Common Frame of Reference (DCFR) folgt einem anderen konzeptionellen Ansatz. Einen eigenen Tatbestand für die Unternehmenshaftung gibt es hier nicht. Allerdings waren auch die Verantwortlichen hinter dem DCFR nicht der Meinung, dass man sich für die Unternehmenshaftung allein auf die Geschäftsherrnhaftung verlassen könne, obwohl diese in Art. VI.-3:201 DCFR als strikte Haftung des Geschäftsherrn ausgestaltet ist und nicht nur für Gehilfen gilt, sondern auch für Repräsentanten und somit für alle Unternehmensangehörigen. Vielmehr gibt es daneben eine weitere Zentralnorm des Unternehmenshaftungsrechts, die auf den ersten Blick unscheinbar wirkt, die es aber in sich hat: In Art. VI.-1:103(b) DCFR wird angeordnet, dass die deliktische Generalklausel des Art. VI.-1:101 DCFR grundsätzlich sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen anwendbar ist, womit neben der indirekten Haftung nach Art. VI.-3:201 DCFR auch eine direkte Unternehmenshaftung anerkannt wird und zwar unabhängig von der Rechtsform des Unternehmensträgers. In den erläuternden Materialien wird erklärt, dass es vor allem darum geht, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass „juristische Personen“ (gemeint sind wohl alle Unternehmensträger) besonderen Sorgfaltspflichten (*special duties of care*) unterliegen können, insbesondere der Pflicht, ihre Aktivitäten so zu organisieren, dass sie andere Perso-

²⁷⁹ Herv. C.K.

²⁸⁰ Herv. C.K.

²⁸¹ Vgl. B. A. Koch, PETL Commentary, 2005, Art. 4:202 Rn. 8.

nen keinen übermäßigen Risiken aussetzen.²⁸² Dies könne zu einer Fahrlässigkeits- oder sogar Vorsatzhaftung des Unternehmensträgers führen und zwar unmittelbar aus Art. VI.-1:101 i. V. m. Art. VI.-3:101 (Vorsatz) und Art. VI.-3:102 DCFR (Fahrlässigkeit), also ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt. Denn die Organisationspflichten seien ausschließlich an den Unternehmensträger adressiert, nicht an die Unternehmensangehörigen persönlich, was am Beispiel eines Krankenhauses veranschaulicht wird.

Hinsichtlich der Frage, wie ein Unternehmensträger seine Organisationspflichten vorsätzlich oder fahrlässig verletzen kann, gehen die Autorinnen und Autoren des DCFR offenbar von einem relativ schlichten Zurechnungsmodell aus. Sie betonen zwar in den Materialien, dass die Zurechnungsfrage in ihrem Entwurf nicht geregelt sei, weil sie sich auch außerhalb des Haftungsrechts stelle und tendenziell zum Gesellschaftsrecht gehöre.²⁸³ Andererseits gehen sie davon aus, dass sich juristische Personen jedenfalls das Verhalten und Verschulden ihrer Repräsentanten i. S. des Art. VI.-3:102(2) DCFR zurechnen lassen müssten, ohne die sie keine rechtlichen Beziehungen aufnehmen könnten. Betont wird, dass es nicht darauf ankomme, ob die handelnden Personen selbst haftbar seien oder nicht. Das scheint auch aus systematischen Gründen geboten. Denn wäre die persönliche Haftung Voraussetzung, könnte die Haftung des Unternehmensträgers stets auch auf die Geschäftsherrnhaftung nach Art. VI.-3:201 DCFR gestützt werden und die direkte Haftung wäre überflüssig. Interessant ist, dass für die Begründung der Vorsatzhaftung des Unternehmensträgers auch eine Wissenszusammenrechnung möglich sein soll. Das kann dazu führen, dass die Vorsatzhaftung des Unternehmensträgers zu bejahen ist, obwohl die Repräsentanten des Unternehmens jeweils für sich genommen nicht einmal fahrlässig gehandelt haben. Als Beispiel wird genannt, dass ein Vorstandsmitglied Baumaterialien unter Eigentumsvorbehalt einkauft, die ein anderes Vorstandsmitglied bei einem Kunden verbauen lässt, wodurch der Vorbehaltsverkäufer sein Eigentum verliert.²⁸⁴ Selbst wenn das erste Vorstandsmitglied nicht wusste, dass die Materialien auf der Baustelle verwendet werden würden, und das zweite den Eigentumsvorbehalt nicht kannte, soll eine vorsätzliche Eigentumsverletzung durch das Unternehmen zu bejahen sein, weil dem Unternehmen alle relevanten Informationen zur Verfügung standen.

Ob eine Zurechnung auch für erforderlich gehalten wird, um eine Fahrlässigkeitshaftung zu begründen, lässt sich dem Entwurf und den Materialien nicht entnehmen. Hat ein Repräsentant fahrlässig gehandelt, dürfte einer Zurechnung jedenfalls nichts entgegenstehen. Es wird aber außerdem angedeutet, dass die Fahrlässigkeit auch mit einem Organisationsfehler (*organisational defect*)

²⁸² v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3115.

²⁸³ Hierzu und zum Folgenden v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3115 f.

²⁸⁴ v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3115 f.

begründet werden kann.²⁸⁵ Alle großen Organisationen seien verpflichtet, ihre Arbeitsprozesse so zu organisieren, dass Dritte nicht durch Probleme der internen Kommunikation oder komplexer Entscheidungsstrukturen gefährdet würden. Unternehmens- und andere Organisationsträger unterlägen solchen Pflichten unabhängig von den Organisationspflichten, die ihre Mitarbeiter zu erfüllen hätten. Da die fehlerhafte Organisation als Fahrlässigkeitsart (*particular form of negligence*) beschrieben wird, gehen die Autorinnen und Autoren des DCFR offenbar davon aus, dass mit der Organisationspflichtverletzung als solcher auch die Fahrlässigkeit feststeht, sodass es keiner weiteren Zurechnung individuellen Verschuldens bedürfte. Jedenfalls ist, wie schon bei den anderen Reformprojekten, klar erkennbar, dass die direkte Unternehmenshaftung neben der indirekten für erforderlich gehalten wird, um Organisationsrisiken berücksichtigen zu können, die sich z. B. aus Arbeitsteilung oder Wissensaufspaltung ergeben und sich mit der Geschäftsherrnhaftung nicht immer ausreichend erfassen lassen, weil es z. B. an einem Gehilfendelikt fehlt. Auch hier zeigt sich also die besondere Bedeutung der direkten Unternehmenshaftung.

III. Funktionen

Abschließend sollen im Folgenden die wesentlichen Funktionen und Vorzüge der direkten Unternehmenshaftung zusammengefasst werden, wie sie sich aus den theoretisch-konzeptionellen und rechtsvergleichenden Betrachtungen dieses Kapitels ergeben haben. Sie entsprechen zum Teil spiegelbildlich den Nachteilen und Schwierigkeiten der indirekten Unternehmenshaftung, wie sie oben²⁸⁶ anhand der Beispiele des englischen Deliktsrechts und der deutschen Amtshaftung herausgearbeitet wurden. Im Übrigen lassen sie sich durch die diskutierten direkten Haftungsmodelle weiter veranschaulichen.

1. Haftungs differenzierung

Ein wesentlicher Vorteil der direkten Unternehmenshaftung ist, dass sie die Haftung des Unternehmensträgers von der persönlichen Haftung der handelnden Unternehmensangehörigen entkoppelt und somit die Möglichkeit bietet, beide Haftungsarten ihren jeweiligen Zwecken entsprechend mehr oder weniger streng einzustellen. Der Schlüssel dazu sind die jeweiligen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten, die einerseits von vornherein nur an den einen oder den anderen Adressaten gerichtet, andererseits aber auch in ihrer Intensität variiert werden können. Wie später²⁸⁷ noch ausführlich zu diskutieren sein

²⁸⁵ v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3407.

²⁸⁶ → B I, II.

²⁸⁷ → § 8 B III.

wird, ist eine solche Differenzierung geboten, weil das Unternehmen als Ganzes und die einzelnen Unternehmensangehörigen über sehr unterschiedliche Möglichkeiten verfügen, Schäden zu vermeiden, was zu ebenso unterschiedlichen Schadensvermeidungskosten führt. Deshalb es aus teleologischer Sicht nicht sinnvoll ist, den Unternehmensträger und die Unternehmensangehörigen demselben Pflichtenprogramm zu unterwerfen, sondern es sollte bei der Bestimmung der jeweiligen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten – nach Verkehrskreisen typisiert – den bestehenden Unterschieden Rechnung getragen werden. Gesetzgeber und Gerichte gehen in der Regel auch so vor und formulieren zum Teil wesentlich strengere Pflichten für Unternehmensträger als für einzelne Unternehmensangehörige oder gar Privatpersonen. Dieser Pflichten-differenzierung kann man nur mit einer direkten Unternehmenshaftung gerecht werden, weil bei der indirekten Haftung die Unternehmenspflichten immer auf den Repräsentanten oder Gehilfen gespiegelt werden müssten, um zunächst ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt zu begründen, für welches dann der Unternehmensträger abgeleitet haften kann.

Aus rechtsökonomischer Sicht drohen bei einer unzureichenden Haftungs-differenzierung zwei Probleme, die sich jeweils nur um den Preis verringern lassen, dass das andere Problem vergrößert wird: Entweder kommt es zu einer Unterabschreckung des Unternehmens, weil wirklich nur an echte Repräsentanten- und Gehilfendelikte angeknüpft wird, die Unternehmenshaftung also nur dann greift, wenn ein Unternehmensangehöriger seine persönlichen Pflichten verletzt hat. Dann wären Organisationsrisiken, wie sie sich aus Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung, komplexen unternehmerischen Geschäftsprozessen oder dem Einsatz technischer Einrichtungen ergeben, nur unzureichend erfasst und der Unternehmensträger würde für diese Risiken nicht haften, obwohl es sich eindeutig um Unternehmensrisiken handelt. In der Folge wären die Verhaltensanreize für die Unternehmensleitung und somit letztlich alle Mitglieder der Unternehmensorganisation nicht optimal und es würde unzureichend in Sorgfaltsmaßnahmen investiert, insbesondere soweit sie sich „nur“ auf eine Verringerung von Organisationsrisiken beziehen. Wollte man dies verhindern und würde man deshalb davon ausgehen, dass die sachgerechte Bewältigung von Organisationsrisiken nicht nur dem Unternehmensträger, sondern immer auch einzelnen Repräsentanten oder Gehilfen obliegt, und zwar im Außenverhältnis gegenüber potenziellen Geschädigten (!), dann drohte wiederum eine Überabschreckung dieser Mitarbeiter, die sich aus Angst vor persönlichen Haftungsrisiken übervorsichtig verhalten und vielleicht sogar weigern würden, bestimmte Aufgaben überhaupt noch zu übernehmen, sofern ihnen der Unternehmensträger keine Haftungsfreistellung verspricht. Selbst wenn er das täte, wäre dies aber allenfalls die zweitbeste Lösung, weil die Korrektur der Haftungsrisiken aus dem Außenverhältnis über das Innenverhältnis mit zusätzlichen Kosten verbunden ist und außerdem das von den Unternehmensangehörigen zu tragen-

de Restrisiko verbleibt, dass die Haftungsfreistellung im Innenverhältnis nicht funktioniert, weil der Unternehmensträger zahlungsunfähig wird. Beide Probleme lassen sich bei einer indirekten Haftung nicht gleichzeitig lösen, weil jede Beschränkung der persönlichen Außenhaftung auch die Unternehmenshaftung zurückdrängen würde, genauso wie umgekehrt jede Erweiterung der Unternehmenshaftung auch die Mitarbeiter persönliche träge.

Bei der direkten Unternehmenshaftung stellen sich diese Probleme nicht, weil die Haftung von vornherein an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpft, nicht an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt. Die Pflichten können so formuliert werden, dass sie den Zwecken der Unternehmenshaftung optimal entsprechen und unter Berücksichtigung der Präventionsmöglichkeiten des gesamten Unternehmens die richtigen Verhaltensanreize setzen. Eine Über- oder Unterabschreckung lässt sich so vermeiden.

2. Aggregation

Ein weiterer Vorteil der direkten Unternehmenshaftung besteht darin, dass sie sich von der rein individualistischen Konzeption lösen kann, die der indirekten Unternehmenshaftung notwendigerweise zugrunde liegt. Das kann es ermöglichen, für die Begründung der Unternehmenshaftung, wenn dies sachgerecht erscheint, das Verhalten mehrerer Personen in einer Gesamtschau zu würdigen und die Haftung des Unternehmensträgers ggf. zu bejahen, obwohl keinem einzigen Mitarbeiter persönlich ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann. Ein Beispiel bietet der oben²⁸⁸ bereits erwähnte englische Fall *WB Anderson and Sons v Rhodes*, in dem ein Schadensersatzanspruch gegen die Rhodes Ltd wegen *negligent misrepresentation* bejaht wurde, obwohl der Mitarbeiter, der die Erklärung abgegeben hatte, nicht wusste, dass sie falsch war, und die Mitarbeiter, die die relevanten Informationen hatten bzw. hätten haben können, nicht wussten, dass eine Erklärung abgegeben werden würde. Bei vorsätzlichen Täuschungsdelikten wie *fraud* und *deceit* sind die englischen Gerichte strenger, weil die Haftung hier u. a. daran anknüpft, dass eine falsche Erklärung in Kenntnis der Falschheit abgegeben wurde,²⁸⁹ was schwierig ist, wenn eine Person die Erklärung abgibt, aber eine andere deren Unrichtigkeit kennt. Leitentscheidung ist *Armstrong v Strain* (1951), wo der Court of Appeal einen zusammengesetzten Betrug abgelehnt hat: „there is no way of combining an innocent principal and agent so as to produce dishonesty“.²⁹⁰ Die Autorinnen und Autoren des DCFR halten hingegen, wie gesehen, eine Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung für möglich. Das Problem ist im deutschen Recht spätestens seit der

²⁸⁸ Bei → Fn. 120.

²⁸⁹ Vgl. *Heuston/Buckley*, Torts, ²¹1996, 369.

²⁹⁰ *Armstrong v Strain* [1951] 1 K.B. 232, 246 (*Birkett LJ*). Vgl. auch *Heuston/Buckley*, Torts, ²¹1996, 376 f.; *Williams*, L. Q. Rev. 72 (1956), 522, 531 f. m. w. N.

Fondsprospekt-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016 und den Dieselfällen ebenfalls gut bekannt und wird später noch ausführlich zu analysieren sein.²⁹¹ Einstweilen genügt es festzustellen, dass sich eine Zusammenrechnung einzelner Verhaltens- und Verschuldenselemente mithilfe der direkten Unternehmenshaftung realisieren lässt, wenn und soweit dies durch den Zweck des jeweiligen Haftungstatbestands geboten ist. Bei einer indirekten Haftung ist dieser Begründungsweg hingegen von vornherein versperrt.

3. Organisationsrisiken

Die vergleichende Betrachtung der jüngeren Reformvorschläge in anderen Mitgliedstaaten und der Projekte zur Vereinheitlichung des europäischen Privatrechts hat gezeigt, dass man hier mit eigenen Unternehmenshaftungstatbeständen (Schweiz, Österreich, PETL) und der Anerkennung von Organisationsmängeln als „eigener“ Fahrlässigkeit des Unternehmens (Frankreich, DCFR) vor allem sicherstellen will, dass der Unternehmensträger nicht nur für Individualrisiken, sondern auch für Organisationsrisiken einstehen muss. Damit sind Fehlerquellen innerhalb des Unternehmens gemeint, die sich nicht eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen, sondern durch systemische, organisationsspezifische Faktoren wie Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung, komplexe unternehmerische Geschäftsprozesse, den Einsatz technischer Einrichtungen usw. beeinflusst werden.²⁹² Besonders deutlich wird dies in den Erläuterungen zu Art. 4:202 PETL, wo dem Unternehmensträger nicht nur auferlegt wird, sich hinsichtlich des Verhaltens sämtlicher Mitarbeiter zu entlasten, sondern auch, darzulegen, dass die Unternehmensorganisation den Anforderungen entsprach und dass es keine Sicherheitsmängel im Zusammenhang mit IT-Systemen und anderen technischen Einrichtungen gab.²⁹³ Auch *Widmer* und *Wessner* gingen für den von ihnen für die Reform des schweizerischen Haftpflichtrechts vorgeschlagenen Art. 49a VE davon aus, dass der Unternehmer für eine erfolgreiche Entlastung zeigen müsse, dass die Organisation der Unternehmung als solche mangelfrei war, wozu sie u. a. die Arbeitsteilung, das Informationsmanagement, die unternehmerischen Geschäftsprozesse und den Einsatz technischer Einrichtungen zählten.²⁹⁴ Mit einer indirekten, an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt anknüpfenden Unternehmenshaftung lassen sich solche Risiken nicht gut erfassen. Zwar kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass eine sachgerechte Unternehmensorganisation immer Chefsache sei und es deshalb keine Organisationsmängel geben kann, die nicht in den Zuständigkeitsbereich mindestens einen Repräsentanten fallen. Damit ist aber noch nicht

²⁹¹ Unten → § 9 B II, III.

²⁹² Dazu schon ausf. oben → § 2 C II 2.

²⁹³ Vgl. *B. A. Koch*, PETL Commentary, 2005, Art. 4:202 Rn. 8.

²⁹⁴ *Widmer/Wessner*, Revision, 2000, 132.

gesagt, dass die Organisationspflicht den Repräsentanten auch im Außenverhältnis persönlich treffen sollte, was aber nötig wäre, um eine indirekte Haftung des Unternehmensträgers zu begründen. Vorschläge wie die zum französischen Recht, das Organisationsverschulden (*défaut d'organisation ou de fonctionnement*) neben dem Organverschulden (*l'acte fautif de ses organes*) als zweite Fallgruppe eines eigenen Verschuldens der juristischen Person anzuerkennen, deuten außerdem darauf hin, dass es ein Bedürfnis dafür gibt, Unternehmensträgern bestimmte Organisationsrisiken unmittelbar zuordnen zu können, ohne den oft künstlich wirkenden Umweg über ein (angebliches) individuelles Verschulden gehen zu müssen.

4. Beweisfragen

Schließlich hat sich gezeigt, dass mit der direkten Unternehmenshaftung nicht selten das Ziel verbunden wird, die Beweislast im Verhältnis des Geschädigten zum Unternehmensträger anders zu verteilen als im Verhältnis des Geschädigten zu einzelnen Unternehmensangehörigen. So gehen die speziellen Tatbestände der Unternehmenshaftung in den PETL und den Entwürfen zum schweizerischen und zum österreichischen Recht davon aus, dass sich der Unternehmer hinsichtlich eines möglichen Fehlverhaltens seiner Mitarbeiter und möglichen Organisations- oder Technismängeln entlasten muss. Während Art. 49a VE und Art. 59 OR 2020 vom Geschädigten nur verlangen, dass er nachweist, dass er infolge der wirtschaftlichen Aktivität des Unternehmers einen Schaden erlitten hat, knüpfen § 1302 ABGB-E und Art. 4:202 PETL an einen Fehler an, für den der Geschädigte die Beweislast trägt. Auch hier muss dann aber der Unternehmensträger nachweisen, dass es innerhalb seiner Organisation keine Sorgfaltsverstöße gegeben hat, wenn er sich von der Haftung befreien will. Auch aus dem deutschen Recht ist bekannt, dass die direkte Unternehmenshaftung zum Teil mit Beweiserleichterungen für den Geschädigten verbunden ist, die spezifisch unternehmens- und organisationsbezogen begründet werden und bei Klagen gegen Einzelpersonen nicht oder zumindest nicht im selben Maße zur Verfügung stehen. Bestes Beispiel ist die auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte Produzentenhaftung, bei welcher der Hersteller seit der Hühnerpest-Entscheidung die Beweislast für das Verschulden und die objektive Pflichtverletzung trägt,²⁹⁵ während vom Geschädigten nur noch verlangt wird, dass er zeigt, dass das Produkt objektiv mangelhaft war. Ähnlich hat der BGH für die Umwelthaftung entschieden, wo der Geschädigte nur nachweisen muss, dass er einen Schaden durch eine wesentliche Immissionsbeeinträchtigung erlitten hat, während es dem Anlagenbetreiber obliegt, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass er alle ihm zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um einen solchen Schaden zu

²⁹⁵ BGHZ 80, 186, 196 f. = NJW 1981, 1603, 1605; BGHZ 51, 91, 103–107 = NJW 1969, 269, 273–275. Dazu noch ausf. unten → § 6 B I 1.

verhindern.²⁹⁶ In beiden Fällen wurde die partielle Beweislastumkehr damit begründet, dass der Geschädigte keinen Einblick in die Unternehmensorganisation habe und deshalb die Schadensursache in der Regel nicht aufklären könne. Umgekehrt sei dem Unternehmer zuzumuten, die Vorgänge aufzuklären oder das Risiko der Beweislosigkeit zu tragen, weil er „näher dran“ sei und die unternehmerischen Geschäftsprozesse überblicken könne.

Natürlich sind Beweiserleichterungen auch im Bereich der indirekten Unternehmenshaftung möglich, wie einerseits § 831 Abs. 1 S. 2 BGB illustriert, andererseits die Rechtsprechung des BGH zur sekundären Darlegungslast in den Dieselfällen. Hier müssen die Geschädigten nur „hinreichende Anhaltspunkte“ dafür darlegen, dass zumindest ein früheres Vorstandsmitglied des jeweils beklagten Autoherstellers Kenntnis von der strategischen Entscheidung hatte, massenhaft Fahrzeuge mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen in den Verkehr zu bringen.²⁹⁷ Sodann trifft den Hersteller eine sekundäre Darlegungslast für die Behauptung, eine solche Kenntnis habe nicht vorgelegen. Das zeigt m. E. aber nur, dass letztlich auch in diesen Fällen ein strikt individualistischer Ansatz nicht weiterhilft, sondern dass eine auf das Unternehmen in seiner Gesamtheit bezogene Perspektive geboten ist, und dass die Rechtsprechung dies auch anerkennt. Die unternehmensbezogene Argumentation zur Darlegungslast steht allerdings in einem gewissen Konflikt mit dem von der Rechtsprechung betonten Dogma, § 826 BGB sei strikt individualistisch konzipiert und könne auf juristische Personen nur angewendet werden, wenn gezeigt wird, dass ein einzelner Repräsentant oder Gehilfe den gesamten objektiven und subjektiven Tatbestand der Vorschrift verwirklicht habe. Darauf wird später noch ausführlich zurückzukommen sein.²⁹⁸ Jedenfalls belegen die Dieselfälle, dass auch im Bereich der Vorsatzhaftung Bedarf für spezifisch unternehmensbezogene Begründungen besteht, auch wenn offen bleibt, ob und ggf. wie sich dies auch auf der Ebene des materiellen Rechts umsetzen ließe.

D. Fazit und Ausblick

Die Überlegungen in diesem Kapitel haben gezeigt, dass es in theoretisch-konzeptioneller Hinsicht sinnvoll ist, zwischen der direkten und der indirekten Unternehmenshaftung zu unterscheiden, weil beide nicht nur unterschiedlich strukturiert sind, sondern auch verschiedene Funktionen erfüllen. Die indirekte Unternehmenshaftung ist im Grundsatz Haftung für fremdes Delikt: Der

²⁹⁶ BGHZ 92, 143, 150f. = NJW 1985, 47, 48f.

²⁹⁷ BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 28; NJW 2020, 2804, 2805f., Rn. 17–19; BGHZ 225, 316, 332–334 = NJW 2020, 1962, 1966f., Rn. 39–42. Dazu noch unten → § 6 B II.

²⁹⁸ Unten → § 6 B II, § 9 B.

Unternehmensträger hat dafür einzustehen, dass ein Repräsentant oder Gehilfe im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen ein Delikt vollständig verwirklicht hat. Einer Zurechnung bedarf es nicht, weil kein Mehrwert damit verbunden wäre, das Delikt als eigenes Delikt des Unternehmensträgers anzusehen. Die indirekte Unternehmenshaftung zeichnet sich dadurch aus, dass der Repräsentant oder Gehilfe grundsätzlich auch persönlich für das Delikt haftet. Terminologisch wurden weiter die echte und die unechte indirekte Unternehmenshaftung unterschieden, wobei unter ersterer die strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* verstanden wurde, unter letzterer die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung z.B. nach § 831 BGB. Die direkte Unternehmenshaftung knüpft demgegenüber nicht an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt an, sondern an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers. Sie wurde als unechte direkte Unternehmenshaftung definiert, wenn sie wie die Verkehrspflicht- und sonstige Verbundhaftung auf einer Zurechnung individuellen Verhaltens und/oder Verschuldens beruht, und als echte direkte Unternehmenshaftung, wenn sie wie z.B. die Gefährdungshaftung ohne Zurechnung auskommt.

Der vergleichende Blick in das englische Deliktsrecht und das deutsche Amtshaftungsrecht hat gezeigt, dass eine indirekte Unternehmenshaftung, selbst wenn sie – anders als bisher im deutschen Deliktsrecht – auf einer strikten Geschäftsherrnhaftung beruht, aus dogmatischen Gründen in mehrerer Hinsicht begrenzt bleiben muss, und dass es deshalb daneben Bedarf für eine direkte Unternehmenshaftung gibt. Als problematisch hat sich insbesondere erwiesen, dass sich ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt nicht oder nur mit großer Mühe begründen lässt, wenn Pflichten ausschließlich an den Unternehmensträger gerichtet sind. Außerdem haben sowohl das englische Deliktsrecht als auch das deutsche Amtshaftungsrecht mit der Schwierigkeit zu kämpfen, dass der Unternehmensträger bzw. der Staat bei der indirekten Haftung von Haftungsbeschränkungen profitiert, die eigentlich allein zum Schutz des handelnden Gehilfen oder Amtsträgers existieren. Weiterhin fällt es schwer, mit der indirekten Verbandshaftung Risiken zu erfassen, die über individuelles Fehlverhalten hinausgehen, z.B. Risiken, die sich aus Arbeitsteilung, einem fehlerhaftem Wissensmanagement oder einer unzureichenden Ressourcenausstattung ergeben. Schließlich können im Bereich der Rechtsfolgen Schwierigkeiten dadurch entstehen, dass nicht angemessen zwischen der persönlichen Haftung von Unternehmens- oder Organisationsangehörigen und der Haftung des Trägers differenziert werden kann. Das wirft im Unternehmenshaftungsrecht das schwierige Problem auf, dass mit der Unternehmenshaftung in der Regel zugleich die persönliche Haftung des Mitarbeiters bejaht wird.

Das Recht der Unternehmenshaftung ist daher auch in Ländern mit einer strikten Geschäftsherrnhaftung nicht rein indirekt konzipiert und auch in Deutschland wäre dies nicht sinnvoll, selbst wenn die Entlastungsmöglichkeit

aus § 831 BGB gestrichen würde. Vielmehr kann man sich hierzulande glücklich schätzen, dass auch wegen der Schwächen der Geschäftsherrnhaftung die direkte Unternehmenshaftung vergleichsweise gut entwickelt ist, was sich insbesondere an der praktisch äußerst bedeutsamen Verbundhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB zeigt. Die Stärkung der direkten Unternehmenshaftung liegt auch in anderen europäischen Ländern im Trend, wie sich am Beispiel der Reformentwürfe für die Schweiz, Österreich und Frankreich sowie der akademischen Vorschläge für die europäische Privatrechtsvereinheitlichung gezeigt hat. Das liegt auch daran, dass sie wichtigen Zwecken dient, die sich mit einer indirekten Haftung nicht gleichermaßen verwirklichen lassen. Nur die direkte Unternehmenshaftung erlaubt es, an die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers anzuknüpfen und die Unternehmenshaftung somit von der persönlichen Haftung der Unternehmensangehörigen zu entkoppeln. Das ist, wie später noch ausführlich zu zeigen sein wird,²⁹⁹ unter dem Aspekt der Schadensvermeidung von großer Bedeutung. Denn so lassen sich spezifisch unternehmensbezogene Verhaltensanreize setzen, die sich von den Anreizen der persönlichen Haftung unterscheiden. Außerdem ermöglicht es die direkte Unternehmenshaftung, die Haftung des Unternehmensträgers nicht nur an individuelles Fehlverhalten anzuknüpfen, sondern Handlungs- und Verschuldenselemente mehrerer Personen zu aggregieren, wenn dies nach dem Zweck des jeweiligen Haftungstatbestands geboten ist. Organisationsrisiken, die sich aus Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung oder ähnlichen unternehmensspezifischen Besonderheiten ergeben, können mithilfe der direkten Unternehmenshaftung leichter dem Unternehmensträger zugeordnet werden, als dies bei einer ausschließlich indirekten Haftung möglich wäre. Und schließlich bietet die direkte Unternehmenshaftung auch die Möglichkeit, den Besonderheiten von Unternehmen bei der Beweislastverteilung besser Rechnung zu tragen. Alles in allem ist die direkte Unternehmenshaftung also für die dogmatische Konstruktion der deliktischen Haftung von Unternehmensträgern von kaum zu überschätzender Bedeutung. Sie steht der indirekten Haftung keineswegs nach, sondern ist ihr funktional gesehen sogar in vielerlei Hinsicht überlegen.

²⁹⁹ → § 8 B.

Teil 3

Direkte Unternehmenshaftung – Grundlagen

Auf Basis der Vorüberlegungen in den vorigen beiden Teilen sollen im Folgenden die Grundlagen der direkten Unternehmenshaftung weiter konkretisiert und ihre einzelnen Elemente in dogmatischer Hinsicht genauer untersucht werden. Am Anfang steht in § 4 die Frage, wann ein Unternehmensträger selbst Adressat von Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten ist. Das ist für die direkte Unternehmenshaftung von entscheidender Bedeutung, weil sie auf der Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers beruht. Außerdem ist die Pflichtenträgerschaft die entscheidende Weiche, um sachgerecht zwischen der Unternehmenshaftung einerseits und der persönlichen Haftung von Organen und Mitarbeitern andererseits zu differenzieren. In § 5 wird dann näher untersucht, wie sich dem Unternehmensträger individuelles Verhalten und Verschulden von Unternehmensangehörigen zurechnen lässt, um auf dieser Grundlage eine Pflichtverletzung feststellen zu können. Während es insoweit vor allem darum geht, Individualrisiken zu erfassen, also Versäumnisse, die sich eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen, soll in § 6 untersucht werden, ob und ggf. wie dem Unternehmensträger außerdem typische Organisationsrisiken zugeordnet werden können, die durch systemische Faktoren wie Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung usw. beeinflusst werden. In Teil 4 werden dann auf Basis dieser theoretischen Grundlegungen die drei zentralen Säulen der Unternehmenshaftung dargestellt und für die praktische Anwendung konkretisiert: die Unternehmens-Gefährdungshaftung, die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung und die Unternehmens-Vorsatzhaftung.

Unter Berücksichtigung der rechtsökonomischen Erkenntnisse aus § 2 stehen bei der weiteren dogmatischen Rekonstruktion der direkten Unternehmenshaftung drei Ziele im Vordergrund: (1) Schadenskosten infolge der Verwirklichung von Organisationsrisiken sollen möglichst vollständig bei dem Unternehmensträger internalisiert werden, soweit dies dem Zweck eines gesetzlichen Haftungstatbestands entspricht. (2) Ebenso sollen Schadenskosten infolge der Verwirklichung von Individualrisiken möglichst vollständig bei dem Unternehmensträger internalisiert werden, was es ggf. erforderlich macht, § 831 Abs. 1 S. 2 BGB auf die Verletzung von Unternehmenspflichten nicht anzuwenden. (3) Organmitglieder und Mitarbeiter sollen für reine Unternehmensrisiken nicht persönlich haften, sondern nur, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit eigene persönliche Pflichten verletzen.

An dieser Stelle ist nochmals zu betonen, dass es in dieser Arbeit nicht darum geht, die Unternehmenshaftung aus dem bestehenden Mischsystem aus Verschuldens- und Gefährdungshaftung herauszulösen und auf neue Zurechnungsprinzipien wie etwa eine Risikosphärenverantwortung o.ä. zu stützen. Derartige Versuche sind in der Geschichte des Unternehmenshaftungsrechts immer wieder unternommen worden, in der deutschsprachigen Literatur u. a. von *Mataja*,¹ *Wilburg*² und *Reinhardt*.³ Besonders bekannt ist auch die US-amerikanische Debatte um die – letztlich gescheiterte – *enterprise liability*, deren Verfechter eine strikte Unternehmenshaftung durchsetzen wollten, um einzelne Verbraucher auf Kosten der Verbrauchergesamtheit gegen Produktrisiken zu versichern.⁴ Demgegenüber zielen die oben⁵ diskutierten europäischen Reformprojekte überwiegend „nur“ darauf ab, die Unternehmenshaftung durch eine Gleichstellung von individuellem Verschulden und Organisationsmängeln sowie durch unternehmensbezogene Beweislastregeln zu entindividualisieren, ohne dass damit jedoch eine Abkehr vom Primat der Verschuldenshaftung bezweckt wäre.⁶ Ähnlich soll auch hier vorgegangen werden. Denn Ziel der Arbeit ist nicht, aus rechtspolitischer Sicht ein neues Recht der Unternehmenshaftung zu entwerfen, sondern es geht darum, das bestehende Unternehmenshaftungsrecht dogmatisch so zu restrukturieren, dass die Ziele des bestehenden Haftungsrechts auch gegenüber Unternehmen erreicht werden können. Dafür ist der geltende gesetzliche Rahmen unbedingt zu respektieren, allerdings ist seine Interpretation stärker an teleologischen Aspekten auszurichten.

¹ *Mataja*, Schadensersatz, 1888, 19 ff., 32 ff. 38 ff., 57 ff., 72 ff., 120 ff.

² *Wilburg*, Elemente, 1941, 187 ff.; *Wilburg*, in: Jahrbuch, 1940, 51 ff.

³ *Reinhardt*, in: Verh. 41. DJT, Bd. 1, 1955, 276 ff.

⁴ Dazu ausf. *Wantzen*, Unternehmenshaftung, 2007, 136 ff. und passim. Vgl. auch noch die Diskussion unten → § 7 bei Fn. 13.

⁵ → § 3 C II.

⁶ Das zeigt sich am deutlichsten in Art. VI.-1:103(b) DCFR, der gerade kein Sonderregime für Unternehmensträger begründet, sondern die deliktische Generalklausel für entsprechend anwendbar erklärt. Aber auch Art. 4:202 PETL hält sich mit der Anordnung einer Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr in den Bahnen etablierter Haftungssysteme.

§ 4 Pflichtenstellung

Die direkte Unternehmenshaftung ist oben¹ als deliktische Schadensersatzhaftung eines Unternehmensträgers definiert worden, die zumindest im Grundsatz von der persönlichen Haftung der Unternehmensangehörigen unabhängig ist. Etwaige Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflichten adressieren nicht einen Unternehmensangehörigen persönlich, sondern den Unternehmensträger. Da Unternehmensträger auch eine juristische Person oder Personengesellschaft sein kann, stellen sich bei der direkten Unternehmenshaftung oft Zurechnungsfragen. Dass Gesellschaften und andere nicht menschliche Unternehmensträger Adressaten von Pflichten sein können, ist heute in der Rechtsprechung anerkannt² und in der Literatur weitgehend unstrittig.³ Versteht man Pflichten, wie dies allgemein üblich ist, als Handlungsgebote, die einem Rechtssubjekt ein bestimmtes Tun oder Unterlassen vorschreiben,⁴ mag die unmittelbare Verpflichtung handlungsunfähiger Rechtsträger irritierend erscheinen. Plausibel wird sie, wenn man sich klar macht, dass über den Unternehmensträger die Unternehmensangehörigen adressiert werden sollen. Denn der Unternehmensträger ist nicht nur Träger von Rechten und Pflichten, sondern er ist außerdem Träger des Unternehmens als organisatorischer Einheit aus Menschen, Technik und Prozessen. Das Unternehmen ist aber weder rechts- noch pflichtfähig, kann also nur über den Unternehmensträger adressiert werden.⁵ Für den Gesetzgeber hat die Verpflichtung des Unternehmensträgers den Vorteil, dass er sich nicht um die Binnenorganisation des Unternehmens zu kümmern braucht. Er kann über den Unternehmensträger das Unternehmen als Ganzes ansprechen und darauf vertrauen, dass die Unternehmensleitung dafür sorgen wird, dass die maßgeblichen Akteure innerhalb des Unternehmens dazu angehalten werden, die Unternehmenspflichten zu erfüllen. Der Gesetzgeber braucht also selbst keine Pflichten an einzelne Mitarbeitergruppen zu adressieren.

Verbreitet wird davon ausgegangen, die an den Unternehmensträger adressierten Pflichten betreffen, wenn der Unternehmensträger z. B. als Aktiengesellschaft oder GmbH selbst handlungsunfähig ist, dessen Organe bzw. Organmit-

¹ → § 3 A II.

² Dazu ausf. mit zahlr. Nachweisen unten → B.

³ Skeptisch wohl nur noch *Altmeyden*, ZIP 2016, 97, 99, 101.

⁴ Vgl. etwa *J. Neuner*, BGB AT, ¹²2020, § 10 Rn. 9f.; *Bork*, BGB AT, ⁴2016, Rn. 186.

⁵ Dazu schon oben → Einl. A bei Fn. 2–3.

gliedert.⁶ Das versteht sich aber nicht von selbst, sondern ist durch Auslegung der jeweiligen Haftungsnorm zu ermitteln. Danach kann sich ergeben, dass der Gesetzgeber über die Verpflichtung des Unternehmensträgers tatsächlich nur dessen Organe ansprechen will, zwingend ist das aber nicht. Die Pflicht kann auch von einer anderen Gruppe von Unternehmensangehörigen zu erfüllen sein und möglich ist auch, dass der Gesetzgeber das Unternehmen als Ganzes adressieren will. Ein Beispiel ist die Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz, dessen Pflichten an den Hersteller i.S. von § 4 ProdHG gerichtet sind, womit nach wohl allgemeiner Meinung das gesamte Herstellerunternehmen ohne Rücksicht auf seine interne Struktur gemeint ist.⁷ Die Frage, auf wessen Verhalten und ggf. Verschulden es für einen konkreten Haftungstatbestand ankommen soll, ist vor allem für eine etwaige Zurechnung relevant, die unten in § 5 ausführlich diskutiert wird. Hier soll hingegen zunächst geklärt werden, wann Unternehmensträger überhaupt Adressaten deliktischer Pflichten sind. Dafür werden nach einem kurzen Blick auf die generelle Bedeutung von Pflichten im Deliktsrecht die verschiedenen Quellen von Unternehmenspflichten näher betrachtet. Anschließend ist zum Zwecke der besseren Abgrenzung auf die Begründung von Organ- und Mitarbeiterpflichten einzugehen.

A. Deliktische Pflichten

Anders als die vertragliche Schadensersatzhaftung nach § 280 Abs. 1 BGB knüpft die deliktische Haftung nach § 823 ff. BGB formal nicht an die Verletzung einer Pflicht an. Allerdings lassen sich sämtliche deliktischen Tatbestände in Handlungsgebote umformulieren und in diesem Sinne kann man in jedem Delikt einen Verstoß gegen eine rechtliche Pflicht erkennen. Konkret spielen deliktische Pflichten außerdem als Verhaltens- oder Handlungspflichten bei Unterlassungsdelikten, als Verkehrspflichten bei mittelbaren Rechtsverletzungen und als Sorgfaltspflichten im Rahmen der Fahrlässigkeit eine Rolle. Im hiesigen Zusammenhang sind sie von Bedeutung, weil deliktische Pflichten nicht nur besagen, was zu tun oder zu lassen ist, sondern auch *wer* dem jeweiligen Handlungsgebot entsprechen muss. Gerade bei mittelbaren Verletzungen und Unterlassungsdelikten ist diese Funktion deliktischer Pflichten heute allgemein anerkannt.⁸ Genauso können die deliktischen Pflichten aber auch bei anderen Deliktstypen genutzt werden, um den Kreis der möglichen Haftungsadressaten

⁶ Kleindiek, Deliktschaftung, 1997, 189; Hans J. Wolff, Organschaft, Bd. I, 1933, 166 f.; ausf. und differenziert dazu John, Rechtsperson, 1977, 228 ff.

⁷ Dazu auch noch unten → B II 1.

⁸ Vgl. nur Staudinger/J. Hager, 2021, § 823 Rn. E 2; MünchKommBGB/Wagner, § 820, § 823 Rn. 7; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 3b, S. 367.

sachgerecht zu begrenzen oder die Haftung unterschiedlich streng einzustellen. Das spielt gerade in unternehmerischen Sachverhalten eine Rolle, weil hier einerseits die jeweiligen Pflichtenprogramme des Unternehmensträgers und der Unternehmensangehörigen zu unterscheiden sind, andererseits oft mehrere natürliche Personen arbeitsteilig zusammenwirken, sodass sich auch insoweit Abgrenzungsfragen stellen können.

I. Funktion, Bedeutung

Mit einer in der Literatur immer häufiger vertretenen Ansicht wird im Folgenden davon ausgegangen, dass *jedes* Delikt eine Pflichtverletzung enthält und dass deshalb der Haftungsadressat bei allen Delikten über die Pflichtenträgerschaft bestimmt werden kann. Das gilt für das gesamte Deliktsrecht i. e. S., also die Verschuldenshaftung, und zwar nicht nur das BGB-Deliktsrecht, sondern auch für Sonderdelikte z. B. im Kartellrecht, im Kapitalmarktrecht oder im Datenschutzrecht.⁹ Lediglich bei der Gefährdungshaftung ergäbe es wenig Sinn, den Haftungsadressaten über eine Pflichtenstellung definieren zu wollen, weil Verhaltenspflichten hier keine Rolle spielen und die Annahme reiner Erfolgsvermeidungspflichten nicht überzeugt.

1. Verschuldenshaftung

Die wohl immer noch h. M. folgt für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit im Deliktsrecht der sog. Kombinationstheorie: Während bei unmittelbaren Rechtsverletzungen bereits die Herbeiführung des Verletzungserfolgs die Rechtswidrigkeit der Handlung indiziert, setzt die Indizwirkung bei Unterlassungen und mittelbaren Verletzungen einen Verstoß gegen eine Verhaltens- bzw. Verkehrspflicht voraus.¹⁰ Als unmittelbare Rechtsverletzungen werden dabei Handlungen angesehen, die den Verletzungserfolg ohne nennenswerte Zwischenschritte herbeiführen (z. B. ein Faustschlag ins Gesicht), als mittelbare solche, bei denen der Verletzungserfolg noch von weiteren Ursachen abhängig ist, z. B. einem bestimmten Verhalten des Geschädigten oder allgemein der Realisierung der Gefahr (z. B. bei Inverkehrgabe eines unsicheren Produkts). Folgte man der Kombinationstheorie lägen dem Deliktsrecht zwei unterschiedliche Konzeptionen der Rechtswidrigkeit zugrunde, über die früher viel gestritten worden ist,¹¹ nämlich einerseits, bei unmittelbaren Rechtsverletzungen, die Lehre vom

⁹ Dazu noch unten → B II.

¹⁰ NK-BGB/*Katzenmeier*, 42021, § 823 Rn. 101 f.; *Soergel/Spickhoff*, 132005, § 823 Rn. 18; *Medicus/S. Lorenz*, SchuldR II, 182018, § 72 Rn. 7 f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, 131994, § 75 II 3b, S. 365–367; *Larenz*, FS Dölle, 1963, 169, 193; v. *Caemmerer*, KF 1961, 19 ff.

¹¹ Vgl. dazu Überblicke bei *BeckOGK/Spindler*, 1.11.2022, § 823 BGB Rn. 78 ff.; *Münch-KommBGB/Wagner*, 82020, § 823 Rn. 4 ff.; *Soergel/Spickhoff*, 132005, § 823 Rn. 4 ff.

Erfolgsunrecht und andererseits, bei Unterlassungen und mittelbaren Rechtsverletzungen, die Lehre vom Handlungsunrecht. Der Reiz der Kombinations- theorie liegt dementsprechend darin, dass sie beide Ansätze miteinander zu versöhnen scheint. Allerdings wird zu Recht beklagt, dass es dogmatisch nicht überzeugend ist, dem Deliktsrecht zwei verschiedene Unrechtsbegriffe zugrunde zu legen und dass es zwischen mittelbaren und unmittelbaren Rechtsverletzungen ebenso wenig eine klare Trennlinie gibt wie zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten.¹² Argumentiert wird außerdem, es gebe keinen qualitativen Unterschied zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verletzungen,¹³ weil auch bei unmittelbaren Verletzungen der Erfolgseintritt noch von Umständen abhängt, die der Schädiger nicht beeinflussen kann, im Falle eines Faustschlages z. B. von der Konstitution des Opfers.

Zu Recht wird daher heute in der Literatur immer häufiger vertreten, dass dem Deliktsrecht ein einheitliches Konzept der Rechtswidrigkeit zugrunde liegt, welches an ein pflichtwidriges Verhalten des Schädigers anknüpft.¹⁴ Danach ist nicht nur bei Unterlassungen und mittelbaren Rechtsverletzungen bereits im Unrechtstatbestand ein Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht zu prüfen, sondern auch bei unmittelbaren Rechtsverletzungen. Allerdings ist hier die Beziehung zwischen der Handlung des Schädigers und dem Eintritt des Verletzungserfolgs so eng, dass sich die Pflichtwidrigkeit und damit die Rechtswidrigkeit der Handlung in der Regel von selbst verstehen.¹⁵ Es gibt aber auch unmittelbare Rechtsverletzungen, die nicht pflichtwidrig sind, wenn und soweit der Schädiger die maßgeblichen Verhaltensregeln einhält. Dazu werden vor allem unmittelbare Verletzungen im Rahmen einer regelkonformen Ausübung von Kontaktsportarten gezählt (z. B. Kampfsport, Football, Eishockey).¹⁶ Auch ärztliche Heileingriffe ließen sich hier einordnen, solange sie medizinisch indiziert sind und *lege artis* ausgeführt werden. Allerdings folgt die Rechtsprechung zum Schutz der Patientenautonomie bekanntlich der sog. Körperverletzungsdoktrin, sieht ärztliche Heileingriffe also als (pflichtwidrige) Körper- und Gesundheitsverletzungen an, geht davon aus, dass die Rechtswidrigkeit durch den Verletzungserfolg indiziert ist und verlangt einen Rechtfertigungsgrund, insbesondere eine Einwilligung des Patienten (vgl. § 630d BGB).¹⁷

¹² BeckOGK/Schaub, 1.12.2022, § 276 BGB Rn. 31; *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 114.

¹³ *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 4; *Looschelders*, FS Martinek, 2020, 405, 406f.

¹⁴ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 26f.; Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, Vor § 823 Rn. 3a, § 823 Rn. 7, 75; *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 4; *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 14–19; *Harke*, Bes. SchuldR, 2011, Rn. 525, 527; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 3b, S. 366 (m. Fn. 44). A. A. *Brügemeier*, AcP 219 (2019), 771, 791.

¹⁵ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 22; Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 75; *Soergel/Spickhoff*, ¹³2005, § 823 Rn. 13; *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 4.

¹⁶ *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 4; *Looschelders*, JR 2000, 265, 269f.

¹⁷ BGHZ 90, 103, 105f. = NJW 1984, 1397f.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 1073f.; *Looschelders*, FS Martinek, 2020, 405, 407.

Auch Vorsatzdelikte nehmen in diesem Zusammenhang keine Sonderrolle ein, sind also ebenfalls durch pflichtwidriges Verhalten des Schädigers charakterisiert und fügen sich in die einheitliche Deliktskonzeption ein.¹⁸ Die Pflichtwidrigkeit ist allerdings nicht schon in dem vorsätzlichen Verhalten als solchem zu sehen und auch nicht in der vorsätzlichen Rechtsverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB) oder vorsätzlichen Vermögensschädigung (§ 826 BGB). Denn nicht jede vorsätzliche Schädigung eines Anderen ist automatisch pflichtwidrig. Auch insoweit lässt sich auf regelkonforme Sportverletzungen verweisen, z. B. vorsätzlich zugefügte Körperverletzungen bei einem Boxkampf. Besonders deutlich wird das Erfordernis einer Pflichtverletzung zusätzlich zur vorsätzlichen Schädigung bei § 826 BGB. Denn danach ist die vorsätzliche Vermögensschädigung allein noch keine unerlaubte Handlung, sondern die Schädigung muss außerdem sittenwidrig sein. Dieser zusätzliche Filter ist erforderlich, weil selbst vorsätzliche Schädigungen gesellschaftlich erwünscht sein können – man denke nur an die Verdrängung konkurrierender Unternehmen durch erfolgreichen Leistungswettbewerb, also z. B. durch das Angebot besserer Produkte oder günstigerer Preise am Markt. Wichtig ist aber, den Bezugsgegenstand des Vorsatzes im Blick zu behalten: Für eine vorsätzliche Rechtsverletzung i. S. des § 823 Abs. 1 BGB genügt es z. B. nicht, dass eine Verkehrspflicht vorsätzlich nicht erfüllt wird (z. B. eine Streupflicht),¹⁹ sondern der Vorsatz muss sich auf die Rechtsverletzung beziehen (also z. B. die spätere Körperverletzung eines Passanten, der wegen der Glätte ausrutscht). Diese muss aber nicht nur vorsätzlich herbeigeführt werden, sondern auch pflichtwidrig sein. Bei § 826 BGB dient dafür die Sittenwidrigkeit als Maßstab.

Danach setzen also alle Anspruchsgrundlagen des Deliktsrechts bereits für die Verwirklichung des Unrechtstatbestands voraus, dass der Schädiger eine Pflicht verletzt. Bei § 823 Abs. 1 BGB geht es um die Verletzung von Verkehrspflichten, bei denen es sich letztlich um Ausprägungen der allgemeinen Sorgfaltspflicht handelt und für deren Konkretisierung die Rechtsprechung daher zu Recht auf § 276 Abs. 2 BGB abstellt.²⁰ Bei § 823 Abs. 2 BGB sind die Verhaltenspflichten dem jeweiligen Schutzgesetz zu entnehmen, das oft verhaltensbezogen formuliert ist, aber auch erfolgsbezogen formuliert sein kann, sodass es dann wie bei § 823 Abs. 1 BGB auf eine Verkehrspflichtverletzung ankommt. Bei § 826 BGB folgen die Verhaltenspflichten aus den guten Sitten, die freilich

¹⁸ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, § 2020, § 823 Rn. 23 f.; Looschelders, FS Martinek, 2020, 405, 407 f.; *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 115 f. (mit teilweise unterschiedlichen Begründungen). A. A. *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 798 f.; *Esser/Weyers*, SchuldR BT 2, § 2000, § 55 II 3a, S. 170; *Brüggemeier*, Prinzipien, 1999, 56; v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 77 (bei Vorsatzdelikten kein Pflichtverstoß erforderlich).

¹⁹ So offenbar *Harke*, Bes. SchuldR, 2011, Rn. 527.

²⁰ Vgl. BGH VersR 2020, 180, Rn. 14; BGH NJW 2010, 1967, Rn. 6; NJW 2008, 3775, 3776, Rn. 9; NJW 2007, 1683, 1684, Rn. 15; NJW 2006, 2326, Rn. 7; MünchKommBGB/Wagner, § 2020, § 823 Rn. 29, 445 f.; *Harke*, Bes. SchuldR, 2011, Rn. 527.

ebenfalls erst in ihrer Konkretisierung durch die Gerichte handhabbar werden, sodass sich auch die auf § 826 BGB gestützten Pflichten zum Schutz fremden Vermögens dogmatisch als Verkehrspflichten einordnen lassen.²¹ Auch §§ 824, 825 BGB und §§ 831, 832, §§ 833 S. 2, 834 und §§ 836–838 BGB, die nach h. M. spezielle Verkehrspflichten formulieren, knüpfen die Haftung an pflichtwidriges Verhalten.²² Sogar die Tatbestände des Sonderdeliktsrechts fügen sich in die einheitliche Deliktskonzeption ein, sofern sie wie z. B. § 33a GWB oder §§ 97, 98 WpHG an vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten anknüpfen. Die Verhaltenspflichten ergeben sich hier meist einigermaßen konkret aus dem jeweiligen Haftungstatbestand, sind aber im Übrigen wie im BGB-Deliktsrecht durch die Gerichte zu konkretisieren.²³ Auch die Verkehrspflichtdogmatik kann in diesen Zusammenhängen eine Rolle spielen, was insbesondere für das Lauterkeits- und das Immaterialgüterrecht anerkannt ist,²⁴ aber genauso für das übrige Sonderdeliktsrecht gilt.

2. Gefährdungshaftung

Anders als bei der Verschuldenshaftung in allen ihren Varianten lässt sich hingegen bei der Gefährdungshaftung nicht sinnvoll an eine Pflicht und ihre Verletzung anknüpfen, sodass der Haftungsadressat nicht über die Pflichtenträgerschaft bestimmt werden kann. Die Haftung aus Gefährdung setzt nicht nur kein Verschulden, sondern auch keine Rechtswidrigkeit voraus.²⁵ Deshalb spielen Verhaltenspflichten bei der Gefährdungshaftung nach allgemeiner Ansicht keine Rolle.²⁶ Entscheidend ist, ob sich in der Rechtsverletzung die spezifische Gefahr realisiert hat, an die der jeweilige Gefährdungstatbestand anknüpft. Zwar lässt sich auch im Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung danach differenzieren, ob der *Verletzungserfolg* rechtswidrig ist oder nicht, was die Bienenflug-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1992 anschaulich belegt.²⁷ Man könnte daher auf die Idee kommen, der Gefährdungshaftung eine Pflicht zur Abwehr rechtswidriger Erfolge zu entnehmen. Dafür könnte man sich auf das von *Canaris* entwickelte Konzept der Erfolgsvermeidungspflichten stützen.²⁸

²¹ Vgl. *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 211 f.

²² Vgl. dazu *Erman/Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 3a.

²³ Zu den maßgeblichen Kriterien unten → B I 1.

²⁴ BGHZ 180, 134, 138 f. = GRUR 2009, 597 f., Rn. 16; BGHZ 173, 188, 200 f. = GRUR 2007, 890, 893 f., Rn. 36 f.; KBF/Köhler, ⁴¹2023, § 3 UWG Rn. 2.37; HH/Podszun, ⁵2021, § 3 UWG Rn. 168 ff.; *Ohly*, GRUR 2017, 441 ff.

²⁵ *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 644; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 I 3a, S. 610.

²⁶ Vgl. BGHZ 79, 259, 262 = NJW 1981, 983; BGHZ 37, 311, 317 = NJW 1962, 1676, 1677; *Erman/Wilhelmi*, ¹⁶2020, Vor § 823 Rn. 5; *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 377 ff.

²⁷ BGHZ 117, 110, 111 = NJW 1992, 1389; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 833 Rn. 31; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 II 1d, S. 616.

²⁸ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 3b, S. 366.

Bei Lichte besehen ergibt es aber wenig Sinn, die Schaffung der Gefahr (z. B. den Betrieb einer Eisenbahn) als rechtmäßig anzusehen, die Herbeiführung der damit auch bei Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt möglicherweise verbundenen Schäden (z. B. die Verletzung eines Fahrgasts durch ein Eisenbahnunglück infolge eines unerkennbaren Materialfehlers) jedoch als pflichtwidrig und rechtswidrig zu charakterisieren. Natürlich „darf“ der Betreiber der Eisenbahn die Rechtsgüter seiner Fahrgäste nicht verletzen, aber der Verletzung liegt in der Regel keine weitere Handlung zugrunde, die sich vom Betrieb der Eisenbahn unterscheiden und für sich genommen als pflichtwidrig ansehen ließe.²⁹ Die Herbeiführung des Schadens lässt sich also in der Regel nicht von der erlaubten Aktivität trennen, sondern ist mit ihr „schicksalhaft“ verbunden durch einen Kausalverlauf, der sich der Kontrolle des Haftungsadressaten entzieht – wie im Beispiel, in dem der Betreiber zwar entscheidet, den Zug fahren zu lassen (was rechtmäßig ist), aber ansonsten nichts tut oder unterlässt, worauf sich die Bewertung als pflichtwidrig und rechtswidrig stützen ließe.

Die Bestimmung des Haftungsadressaten folgt daher im Recht der Gefährdungshaftung eigenen Kriterien. Bei verkörperten Gefahrenquellen, also im Bereich der Haftung für gefährliche Anlagen und Verkehrsmittel z. B. nach §§ 1, 2 HPfLG, § 1 UmweltHG, § 7 StVG oder § 33 LuftVG, geht es vor allem darum, wer die Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle innehat und wer die Gefahrenquelle auf eigene Rechnung gebraucht.³⁰ Dahinter stehen die Zurechnungsprinzipien der Gefahrveranlassung und Gefahrbeherrschung sowie der Zusammengehörigkeit von Vorteil und Nachteil. In ihnen kommt die ökonomische Funktion des Haftungsrechts zum Ausdruck, Schäden bei ihrem Verursacher zu internalisieren.³¹ Bei gefährlichen Tätigkeiten z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG oder § 32 Abs. 1 GenTG kommt es darauf an, wem die jeweilige Aktivität rechtlich zuzuordnen ist, wofür z. B. eine Rolle spielen kann, wer Inhaber der erforderlichen Genehmigung ist.³² Auch insoweit geht es darum, die Kosten demjenigen zuzuweisen, der von der gefährlichen Tätigkeit profitiert und auf Basis einer Kosten-Nutzen-Analyse über ihr Ausmaß entscheidet. Es sind allein diese Kriterien, nicht eine etwaige Pflichtenstellung, die bei der Gefährdungshaftung darüber entscheiden, wer als Haftungsadressat anzusehen ist.

II. Pflichtenadressat

Wo, wie bei der Verschuldenshaftung, Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltpflichten für die Begründung der Haftung von zentraler Bedeutung sind, liegt

²⁹ Vgl. *Larenz*, *VersR* 1963, 593, 597f.

³⁰ Dazu ausf. unten → § 7 B I 2 u. 3.

³¹ Dazu bereits oben → § 2 A.

³² Dazu unten → § 7 C II.

es nahe, an die Pflichtenstellung auch für die Bestimmung des Haftungsadressaten anzuknüpfen. Für Unterlassungsdelikte und mittelbare Rechtsverletzungen ist allgemein anerkannt, dass eine wichtige Funktion der Verhaltens- und Verkehrspflichten darin besteht, diejenigen Personen zu identifizieren, die zum Schutz des bedrohten Rechts oder Rechtsguts verpflichtet sind.³³ Wer z. B. als naher Angehöriger eine Garantenpflicht zum Schutz einer in Gefahr geratenen Person hat, muss ihr zu Hilfe eilen, wer keine solche Pflicht hat, darf die gefährdete Person – streng deliktsrechtlich gesehen – ihrem Schicksal überlassen. Der Hersteller einer Limonadenflasche hat die Verbraucher vor Gefahren zu schützen, die sich aus dem Zustand der Flasche ergeben können (z. B. Explosionsgefahr infolge von Haarrissen), ein Einzelhändler, der die Flasche verkauft, ist hierzu nicht verpflichtet.³⁴ Eine Stadt, die einen öffentlichen Kinderspielplatz betreibt, muss dafür sorgen, dass der Stahlrohrmast eines Spielgerätes nicht unter der Erdoberfläche durchgerostet ist, einen angestellten Gärtnermeister, der für die Stadt die Spielgeräte überprüft, trifft im Außenverhältnis keine entsprechende Verkehrssicherungspflicht.³⁵ In diesen und ähnlichen Fällen ergibt sich aus einer genauen Prüfung der Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten nicht nur, was genau zu tun ist, sondern vor allem auch, *wer* durch den jeweiligen Haftungstatbestand in die Pflicht genommen wird, also rechtlich für die Vermeidung von Schäden einzustehen hat. Das lässt sich aber nicht nur bei mittelbaren Verletzungen und Unterlassungsdelikten so sehen, sondern auch bei unmittelbaren Verletzungen durch Begehungsdelikte. Denn mittelbare und unmittelbare Verletzungen lassen sich ebenso wenig trennscharf voneinander abgrenzen wie Begehungs- und Unterlassungsdelikte.³⁶ Auch bei unmittelbaren Rechtsverletzungen und letztlich sogar bei Vorsatzdelikten lässt sich also der Kreis der Haftungsadressaten über die Pflichtenstellung einschränken, was in unternehmerischen Sachverhalten vor allem für die persönliche Haftung von Organmitgliedern und Mitarbeitern von Bedeutung ist, die sich so von der Haftung des Unternehmensträgers trennen und zum Schutz der Unternehmensangehörigen sachgerecht begrenzen lässt.³⁷

Wen die deliktischen Pflichten treffen, ist in erster Linie dem jeweiligen Haftungstatbestand durch Auslegung zu entnehmen. Das kann relativ einfach sein, wie z. B. bei §§ 97, 98 WpHG, die nur den „Emittenten“ adressieren und damit auf Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 der europäischen Marktmissbrauchsverordnung³⁸ verweisen, wo als Emittent eine „juristische Person des privaten oder öffentlichen

³³ Vgl. etwa Staudinger/J. Hager, 2021, § 823 Rn. E 3; Medicus/S. Lorenz, SchuldR II, 18/2018, § 72 Rn. 6; Larenz/Canaris, SchuldR BT, 13/1994, § 75 II 3b, S. 367.

³⁴ Vgl. BGH NJW 2007, 762, 763, Rn. 14.

³⁵ BGH NJW 1988, 48.

³⁶ Dazu schon oben → bei Fn. 12–13.

³⁷ Dazu unten → C.

³⁸ Verordnung (EU) Nr. 596/2014, ABl. EU 2014 L 173/1. Dazu unten → B II 4.

Rechts“ definiert wird, „die Finanzinstrumente emittiert oder deren Emission vorschlägt“, oder bei Art. 82 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO),³⁹ der sich ausschließlich an „Verantwortliche“ und „Auftragsverarbeiter“ richtet, die in Art. 4 Nr. 7 und Nr. 8 DS-GVO ebenfalls recht präzise definiert werden. Die Bestimmung des Pflichtenadressaten anhand der jeweiligen Haftungsnorm kann aber auch schwierig sein, wenn – wie bei den Generalklauseln des BGB-Deliktsrechts und etlichen Anspruchsgrundlagen des Sonderdeliktsrechts (vgl. z. B. § 9 UWG, § 97 Abs. 2 UrhG, § 14 Abs. 6 MarkenG, § 139 Abs. 2 PatG) – der Tatbestand hinsichtlich der Pflichtenstellung völlig offen formuliert ist und sich somit an jeden richtet, der das beschriebene Verletzungsverhalten zeigt („Wer ...“; sog. Allgemeindelikte).

Bei den offenen Tatbeständen kommt der Bildung von Fallgruppen große Bedeutung zu, weil in ihnen nicht nur die maßgeblichen Pflichten konkretisiert werden, sondern auch ihre jeweiligen Adressaten. Das lässt sich z. B. anhand der sog. Berufspflichten veranschaulichen, die im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB eine gewisse Rolle spielen.⁴⁰ Dahinter verbergen sich konkretisierte Verkehrspflichten für ganze Berufsgruppen wie Ärzte, Architekten, Tiefbauunternehmer, Heizöllieferanten, Schwimmmeister usw. So geht der BGH z. B. in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass „der Bauunternehmer“ verpflichtet ist, Personen wie Bauarbeiter und Handwerker, die sich befugt auf einer Baustelle aufhalten, vor Schäden zu bewahren, die im Zusammenhang mit der Errichtung eines Bauwerks entstehen können. Sekundär verkehrssicherungspflichtig ist jedoch auch „der Architekt“, wenn ihm die örtliche Bauaufsicht obliegt. Das bedeutet, dass er unmittelbar zur Gefahrenabwehr verpflichtet ist, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Bauunternehmer nicht genügend sachkundig oder zuverlässig ist oder wenn er eine Gefahrenquelle erkannt hat oder bei Beachtung der ihm obliegenden Sorgfalt hätte erkennen können.⁴¹ Die jeweiligen Pflichten der möglichen Haftungsadressaten werden also rollenbezogen voneinander abgegrenzt. Dahinter steckt letztlich die Typisierung nach Verkehrskreisen, die für die Konkretisierung von Verkehrs- und Sorgfaltspflichten maßgeblich ist.⁴² Das ist, wie sogleich noch näher zu erläutern sein wird,⁴³ auch für die Unternehmenshaftung von zentraler Bedeutung, weil es ganze Fallgruppen gibt, die sich primär oder sogar ausschließlich auf Unternehmensträger beziehen. Ein gutes Beispiel sind die Herstellerpflichten im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Es wird sich jedoch zeigen, dass es z. B. auch im Rahmen von § 826 BGB Fallgruppen gibt, die eindeutig unternehmensbezo-

³⁹ Verordnung (EU) Nr. 2016/679, ABl. EU 2016 L 119/1. Dazu → B II 5.

⁴⁰ Vgl. BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, § 823 BGB Rn. 400 f.; MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 823 Rn. 472–474; RGRK/Steffen,¹²1989, § 823 Rn. 155, 236 ff.

⁴¹ Vgl. BGHZ 203, 224, 228 f. = NJW 2015, 940, 941, Rn. 11 f. m. w. N.

⁴² Dazu noch unten → § 8 A II 1b.

⁴³ → B I 1a.

gen sind, obwohl die Rechtsprechung bisher die Ansicht vertritt, der objektive und der subjektive Tatbestand dieser Vorschrift könnten nur von natürlichen Personen verwirklicht werden.

Wo sich weder unmittelbar aus der jeweiligen Haftungsnorm noch aus etablierten Fallgruppen eindeutig entnehmen lässt, wen die maßgeblichen Pflichten adressieren, kann auf allgemeine Kriterien zurückgegriffen werden, die in der Literatur insbesondere mit Blick auf die Verkehrspflichten i.S. des § 823 Abs. 1 BGB herausgearbeitet wurden. Hier wird vor allem auf vier Kriterien abgestellt, um den Pflichtenträger zu ermitteln, nämlich darauf, wer die jeweilige Gefahr geschaffen hat (Gefahrveranlassung), wer die Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle ausübt (Gefahrbeherrschung), wer die Vorteile aus der Gefahrenquelle zieht (Vorteil-Nachteil-Prinzip) und von wem der Rechtsverkehr die Schadensvermeidung erwartet (Vertrauensgedanke).⁴⁴ Mit diesen Kriterien lässt sich hilfsweise auch in allen anderen Zusammenhängen bestimmen, wen die Pflicht zur Gefahrsteuerung trifft, z. B. in den Verkehrspflichtfällen des Sonderdeliktsrechts (z. B. des Lauterkeits- oder des Immaterialgüterrechts) oder bei Rechts- oder Rechtsgutsgefährdungen in den Anwendungsbereichen des § 826 BGB und des § 823 Abs. 2 BGB. Selbst bei unmittelbaren Rechtsverletzungen und bei Vorsatzdelikten lassen sich die genannten Kriterien heranziehen, um den Pflichtenadressaten zu bestimmen, was gerade in unternehmerischen Sachverhalten von Bedeutung sein kann, um sachgerecht zwischen der Haftung des Unternehmensträgers und der persönlichen Haftung der Organmitglieder und Mitarbeiter zu differenzieren. Insbesondere lässt sich bei allen Delikten unabhängig von der Art und Weise ihrer Verwirklichung (unmittelbar/mittelbar, Tun/Unterlassen, Vorsatz/Fahrlässigkeit) über die exklusive Zuweisung der Pflichtenstellung zum Unternehmensträger am ehesten die in der Literatur immer wieder angemahnte Begrenzung der Haftung von Organmitgliedern und Mitarbeitern erreichen, wenn dies im Einzelfall geboten sein sollte. Darauf wird später noch ausführlicher zurückzukommen sein.⁴⁵

B. Unternehmenspflichten

In Rechtspraxis und Literatur ist heute nahezu einhellig anerkannt, dass Unternehmensträger Adressaten deliktischer Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten sein können und zwar auch, wenn sie z. B. als Kapitalgesellschaften selbst nicht handlungsfähig sind. Die Diskussion hat sich in der Vergangenheit stark auf die Verkehrspflichten des § 823 Abs. 1 BGB fokussiert, „unterneh-

⁴⁴ Dazu noch unten → B I 1b. Grundlegend v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 112 ff.

⁴⁵ Unten → C sowie § 10 B III, C II 3.

mensbezogene Pflichten“ (*Hellgardt*)⁴⁶ oder „Unternehmenspflichten“, wie sie hier kurz genannt werden sollen, gibt es jedoch in allen Bereichen des Deliktsrechts. Das liegt besonders nahe für das wirtschaftsrechtliche Sonderdeliktsrecht, wo Haftungstatbestände wie § 33a GWB oder §§ 97, 98 WpHG sowie Schutzgesetze wie § 32 KWG, § 1 BauFordSiG oder § 3 Abs. 1 ProdSG primär oder sogar ausschließlich an Unternehmensträger gerichtet sind, ob es sich nun um Einzelunternehmer handelt oder um Gesellschaften. Aber auch aus allen wichtigen Tatbeständen des BGB-Deliktsrechts, einschließlich § 826 BGB, lassen sich Pflichten ableiten, die in erster Linie Unternehmensträger adressieren. Selbst für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht wird in § 30 Abs. 1 OWiG anerkannt, dass es Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gibt, durch die Pflichten einer juristischen Person oder Personenvereinigung verletzt werden, obwohl die Ablehnung einer Strafbarkeit juristischer Personen und damit eines echten Unternehmensstrafrechts durch die deutsche Strafrechtswissenschaft notorisch ist.⁴⁷ Gemeint sind in § 30 Abs. 1 OWiG Vorschriften wie § 266a StGB, die funktionsbezogen formuliert sind („Arbeitgeber“) und somit auch nicht menschliche Unternehmensträger erfassen können.

Die einzelnen Rechtsquellen von Unternehmenspflichten sollen im Folgenden näher untersucht werden. Ziel ist es, ohne Anspruch auf Vollständigkeit die maßgeblichen Gründe für die Pflichtenzuordnung zum Unternehmensträger herauszuarbeiten. Den Anfang macht das BGB-Deliktsrecht, anschließend wird ein Blick auf das wirtschaftsrechtliche Sonderdeliktsrecht geworfen. Zuletzt soll kurz die unternehmensbezogene Konzeption der Gefährdungshaftung skizziert werden, auch wenn sie, wie bereits beschrieben,⁴⁸ nicht auf einem Pflichtenansatz beruht, sondern auf Kriterien eigener Art.

I. BGB-Deliktsrecht

Unternehmenspflichten lassen sich zunächst in allen wichtigen Tatbeständen des BGB-Deliktsrechts identifizieren, insbesondere können sie aus den drei Generalklauseln § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 und § 826 BGB abgeleitet werden. Auch der Tatbestand der Kreditgefährdung gemäß § 824 BGB kann unmittelbar Unternehmensträger adressieren,⁴⁹ worauf im Folgenden allerdings nicht weiter eingegangen wird. Dasselbe gilt für die besonderen Verkehrspflichtenhaftungen nach §§ 831, 832, §§ 833 S. 2, 834 und §§ 836–838 BGB. Die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB wird hier aus systematischen Gründen bei der indirekten

⁴⁶ *Hellgardt*, WM 2006, 1514, 1516 f.

⁴⁷ Dazu schon oben → Einl. A I bei Fn. 41–44.

⁴⁸ Oben → A I 2.

⁴⁹ Z. B. BGHZ 59, 76 ff. = NJW 1972, 1658 f.

Unternehmenshaftung eingeordnet.⁵⁰ Im Übrigen gelten die Ausführungen zu § 823 BGB auch für sonstige Verkehrspflichtfälle.

1. § 823 Abs. 1 BGB

Im Mittelpunkt der bisherigen Diskussion über die unmittelbare Verpflichtung von Unternehmensträgern steht die Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB und zwar vor allem die Haftung für mittelbare Rechtsverletzungen, die schon nach h. M. von einer Verkehrspflichtverletzung abhängig ist. Das führt zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Unternehmensträger, auch wenn es sich um Gesellschaften handelt, Adressaten von Verkehrspflichten sein können. Nach hier vertrittener Ansicht ist aber ein Pflichtverstoß auch bei unmittelbaren Rechtsverletzungen notwendige Bedingung der deliktischen Haftung und zwar selbst bei Vorsatzdelikten. Handelt eine einzelne natürliche Person, versteht sich in diesen Fällen die Pflichtwidrigkeit meist von selbst, so z. B. wenn die A den B unmittelbar und vorsätzlich an der Gesundheit schädigt, indem sie ihm mit der Faust ins Gesicht schlägt. In unternehmerischen Sachverhalten ist dies nicht gleichermaßen offensichtlich, weil die Pflichten des Unternehmensträgers und die persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen zu unterscheiden sind und sich daraus ergeben kann, dass nur der Unternehmensträger verpflichtet ist oder nur die handelnde Person oder beide. Erkennt man an, dass sich unmittelbare und mittelbare Rechtsverletzungen nicht trennscharf unterscheiden lassen,⁵¹ muss dies auch für unmittelbare Verletzungen gelten. Man kann dann also z. B. dazu kommen, dass ein abhängig beschäftigter Bauarbeiter, der durch Unachtsamkeit eine Passantin unmittelbar an der Gesundheit schädigt, damit keine eigene Pflicht verletzt, sondern nur die Verkehrssicherungspflicht des Bauunternehmers. Darauf wird in Teil C noch zurückzukommen sein. Für die Unternehmenshaftung folgt aus diesem Zusammenhang, dass auch eine unmittelbare Rechtsverletzung oder sogar eine vorsätzliche Tat des handelnden Unternehmensangehörigen nicht ausschließen, dass auch eine Unternehmenspflicht verletzt sein kann. So kann z. B. eine Krankenhausärztin durch eine unmittelbare Körperverletzung eines Patienten nicht nur eigene Pflichten verletzen, sondern auch Pflichten des Krankenhausträgers. Dessen Haftung kann dann nicht nur als indirekte, z. B. auf § 831 BGB gestützte Haftung begründet werden, sondern auch als direkte Unternehmenshaftung.

a) Fallgruppen

Im Anwendungsbereich der Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB kann für die Begründung von Unternehmenspflichten vielfach auf Fallgruppen abgestellt

⁵⁰ Ausf. unten → § 10 C.

⁵¹ Dazu schon oben → A I 1.

werden, die über die Jahre von der Rechtspraxis etabliert wurden. Ein Beispiel ist die Produzentenhaftung, für die heute anerkannt ist, dass die maßgeblichen Verkehrspflichten primär den Träger des Herstellerunternehmens treffen.⁵² Das gilt für die allgemeine Pflicht, keine Produkte auf den Markt kommen zu lassen, die nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen entsprechen, genauso wie für die konkretisierten Pflichten des Herstellers zur fehlerfreien Konstruktion, Fabrikation und Instruktion seiner Produkte sowie zur Produktbeobachtung. Hintergrund ist, dass sämtliche Prozesse innerhalb des Unternehmens, von der Ideenentwicklung bis zur Fertigungskontrolle, so organisiert sein sollen, dass Schäden im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren verhindert werden. Die fehlerfreie Produktion ist als Aufgabe des Unternehmens in seiner Gesamtheit anzusehen und das Unternehmen wird in rechtlicher Hinsicht über den Unternehmensträger angesprochen. Damit ist die Erwartung verbunden, dass die Unternehmensleitung die Anreize des Haftungsrechts innerhalb der Binnenorganisation des Unternehmens an die richtigen Stellen weiterverteilt, damit überall, wo es nötig ist, die erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um mögliche Produktfehler zu vermeiden oder ggf. zu erkennen und zu beseitigen. Für die Produkthaftung des Herstellers ist grundsätzlich irrelevant, wer innerhalb des Unternehmens für den Fehler verantwortlich ist, wodurch die zivilprozessuale Rechtsdurchsetzung von schwierigen Fragen entlastet wird und Kosten für unternehmensexterne Ermittlungen gespart werden. Die Unternehmensleitung wird sich hingegen schon aus eigenem Interesse darum bemühen, die Fehlerquelle möglichst genau zu ermitteln und erforderlichenfalls auch Maßnahmen gegenüber den verantwortlichen Teams ergreifen. Dem Gesetzgeber und den Gerichten bleibt unbenommen, persönliche Pflichten für bestimmte Mitarbeitergruppen, z. B. für Produktionsleiter,⁵³ zu formulieren, wo sie dies z. B. zur Verbesserung der individuellen Präventionsanreize für erforderlich halten. Im Grundsatz bleibt es aber dabei, dass primär der Unternehmensträger in der Pflicht steht, weil ihm die Verantwortung für den Herstellungsprozess zugeordnet ist.

Im Arzthaftungsrecht hat die Betonung eigener Pflichten des Krankenhausträgers eine ähnliche Tradition und insbesondere die unternehmerischen Organisationspflichten sind hier dogmatisch weit entwickelt.⁵⁴ Der BGH sieht den Krankenhausträger als Garanten für den Schutz der Patienten vor vermeidbaren Schädigungen bei der Benutzung des Krankenhauses und bei der Behandlung

⁵² MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 917; Brügge meier, WM 1982, 1294, 1297; Simitis, Grundfragen, 1967, 71 f.; vgl. auch BGHZ 80, 186, 188–190 = NJW 1981, 1603 f. und passim.

⁵³ Vgl. etwa BGH NJW 2001, 964 f.; NJW 1975, 1827, 1828 f.

⁵⁴ NK-BGB/Katzenmeier, ⁴2021, § 823 Rn. 359; MünchKommBGB/Wagner, ⁶2013, § 823 Rn. 746 ff.; LKL/Katzenmeier, ArztlR, ⁸2021, Kap. X Rn. 41 ff.; Gross/Kucharz, MedR 2018, 143 ff.; Deutsch, NJW 2000, 1745 ff.

und Pflege an und leitet daraus die deliktische Pflicht ab, alles Zumutbare zu tun, um mögliche Gefahren für die Patienten abzuwehren.⁵⁵ Dazu gehört z. B., dass sämtliche Arbeitsabläufe und der Personaleinsatz zuverlässig geplant, hygienische Standards eingehalten, Medikamente in ausreichender Menge vorgehalten und technische Apparaturen sowie sonstige Hilfsmittel sorgfältig gewartet und eingesetzt werden. Letztlich geht es also um den gesamten Bereich des betrieblichen Risikomanagements und der Qualitätskontrolle, die im Gesundheitswesen offenkundig eine kaum zu überschätzende Rolle spielen. Ähnlich wie bei der Produzentenhaftung arbeitet die Rechtsprechung zudem mit spezifisch unternehmensbezogenen Beweisregelungen, die dazu geführt haben, dass die Krankenhausträgerhaftung jedenfalls in der praktischen Anwendung in erheblichem Maße entindividualisiert wurde.⁵⁶ Seit dem im Frühjahr 2013 in Kraft getretenen Patientenrechtegesetz⁵⁷ wird die deliktische Haftung freilich noch stärker als vorher durch die nun in §§ 630a ff. BGB geregelte vertragliche Haftung überlagert. Auch hier wird jedoch die Verantwortung des Unternehmensträgers stark betont. Denn „Behandelnder“ ist in unternehmerischen Sachverhalten nicht der Mitarbeiter, der die Behandlung tatsächlich durchführt, sondern der Unternehmensträger (z. B. Krankenhausträger, Inhaber einer Arztpraxis), mit dem der Behandlungsvertrag abgeschlossen wird.⁵⁸

Als drittes Beispiel für Unternehmenspflichten, die von der Rechtsprechung im Laufe der Jahre fallgruppenbezogen konkretisiert wurden, lässt sich die Haftung der Verlagsunternehmen nennen. Der BGH betont, dass Verlegern und Herausgebern angesichts des hohen Stellenwerts von Persönlichkeitsrechten besonders strenge Pflichten zur Überprüfung potenziell rechtsverletzender Beiträge obliegen und dass sie durch eine sachgemäße Organisation ihrer Unternehmen im Rahmen des Zumutbaren darauf hinwirken müssen, dass ihre Druckerzeugnisse keine Persönlichkeitsrechte verletzen.⁵⁹ Hier liegt einer der Ursprünge der viel kritisierten, oben⁶⁰ bereits dargestellten Rechtsprechung zu körperschaftlichen Organisationsmängeln. Denn der BGH hat nicht nur verlangt, dass „heiße Eisen“ sorgfältig geprüft werden, sondern auch, dass der Unternehmensinhaber solche Beiträge entweder selbst prüfen oder die Prüfung einem Repräsentanten i. S. von § 31 BGB übertragen muss, für dessen Versäumnisse er ohne Entlastungsmöglichkeit haftet. Dahinter steht – funktional vergleichbar mit der Produzentenhaftung, aber deutlich individualistischer be-

⁵⁵ BGHZ 95, 93, 75 = NJW 1985, 2189, 2192.

⁵⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1982, 699f. Dazu noch ausf. unten → § 6 B I 3.

⁵⁷ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013, BGBl. I S. 277.

⁵⁸ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, 92023, § 630a BGB Rn. 36; HK-BGB/Himmen/Schreiber, 112022, § 630a Rn. 4; Jauernig/Mansel, 182021, § 630a Rn. 2.

⁵⁹ Vgl. etwa BGH NJW-RR 1998, 250, 252; NJW 1980, 2810, 2811; BGHZ 24, 200, 212f. = GRUR 1957, 494, 498.

⁶⁰ → § 1 B V.

gründet – das Ziel, die Haftung der Verlagsunternehmen unabhängig davon begründen zu können, wer unternehmensintern für den Fehler verantwortlich ist. Es wird also über die Verpflichtung des Unternehmensträgers das Unternehmen als Ganzes adressiert und darauf vertraut, dass die Unternehmensleitung durch eine entsprechende Organisation und Anweisungen an die intern zuständigen Mitarbeiter dafür sorgen wird, dass keine persönlichkeitsrechtsverletzenden Beiträge auf den Markt gelangen. Auch in diesem Zusammenhang ist nicht ausgeschlossen, dass Gesetzgeber und Gerichte zusätzlich Pflichten für einzelne Mitarbeiter formulieren (z.B. Chefredakteure), im Grundsatz bleibt es jedoch dabei, dass primär der Unternehmensträger adressiert wird und somit die Unternehmenshaftung im Vordergrund steht.

In anderen Bereichen ist es der Rechtsprechung bisher weniger gut gelungen, eindeutige Unternehmenspflichten zu identifizieren und von den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen abzugrenzen. Insbesondere passiert es immer wieder, dass dieselben Pflichten unterschiedslos auf Unternehmensträger und einzelne Unternehmensangehörige bezogen werden, obwohl sich dies sachlich kaum rechtfertigen lässt, weil Unternehmen als Organisationen typischerweise über andere Möglichkeiten zur Schadensvermeidung verfügen als einzelne Mitarbeiter.⁶¹ Der BGH geht z.B. in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Öllieferanten besonders strengen Sorgfaltspflichten unterliegen, differenziert aber nur unzureichend zwischen Mineralöl- oder Speditionsunternehmen einerseits und Tankwagenfahrern andererseits. Die strengen Pflichten werden mit zwei Erwägungen gerechtfertigt, nämlich damit, „daß das Befüllen von Öltanks ein besonders gefahrenträchtiger Vorgang ist“ und damit, „daß der Ölanlieferer als Fachmann in der Regel eher als der Bezieher in der Lage ist, Gefahren zu erkennen und zu beherrschen“.⁶² Der BGH hat auf diese Weise sowohl die persönliche Haftung von Tankwagenfahrern begründet,⁶³ als auch die Haftung von Unternehmensträgern,⁶⁴ ohne dass er sich auch nur ansatzweise um eine Pflichtendifferenzierung bemüht hätte. Dabei liegt nahe, dass das Risiko der besonderen Gefährlichkeit eher dem Unternehmensträger zuzuweisen ist, weil die Gefahrenlage durch etliche frühere Entscheidungen innerhalb des Unternehmens geprägt wird, die der Tankwagenfahrer nicht mehr beeinflussen kann, z.B. die Wahl des Geschäftsmodells, die Frage, ob nach dem Vier-Augen-Prinzip gearbeitet wird oder die technische Ausstattung des Tankwagens (Messgeräte, Schutzventile usw.). Auch in Bezug auf Gefahrerkennung und Gefahrbeherrschung sind an das Unternehmen in seiner Gesamtheit höhere Anforderungen zu stellen als an einzelne Mitarbeiter. Problematisch ist es

⁶¹ Dazu noch ausf. unten → § 8 B II, III.

⁶² BGH NJW 1984, 233, 234.

⁶³ BGH NJW 1995, 1150f.; VersR 1970, 812f.

⁶⁴ BGH NJW 1993, 2740f.; NJW 1984, 233, 234; NJW 1983, 1108, 1108; NJW 1978, 1576f.; VersR 1964, 632.

auch, wenn Pflichten, die ursprünglich in Bezug auf Unternehmensträger entwickelt wurden und sachlich durch Besonderheiten unternehmerischer Tätigkeit geprägt sind, unreflektiert auf Mitarbeiter übertragen werden. Das lässt sich z.B. im Bereich der Berufshaftung gelegentlich beobachten. So hat der BGH die oben⁶⁵ bereits erwähnten sekundären Verkehrssicherungspflichten von Architekten, die mit der örtlichen Bauaufsicht betraut sind, ursprünglich in Bezug auf selbstständige Architekten entwickelt, später aber auch auf abhängig beschäftigte Architekten übertragen,⁶⁶ obwohl diese schon wegen ihrer Weisungsabhängigkeit typischerweise die Gefahren nicht in gleichem Maße beherrschen und sich wohl auch das Vertrauen des Rechtsverkehrs in eine erfolgreiche Schadensvermeidung eher auf das arbeitgebende Architektenbüro bezieht als auf den angestellten Architekten persönlich.

Wo es noch keine etablierten Fallgruppen gibt, kann für die Bestimmung des Pflichtenadressaten auf allgemeine Kriterien abgestellt werden, die in Rechtspraxis und Literatur für die Begründung von Verkehrspflichten herausgearbeitet worden sind. Dabei ist zwischen Sicherungspflichten und Fürsorgepflichten zu unterscheiden.⁶⁷ Sicherungspflichten entstehen dadurch, dass der Verkehrspflichtige als sog. Überwachungsgarant eine besondere Verantwortung für die Gefahrenquelle hat, z.B. weil er sie geschaffen hat oder weil er den wirtschaftlichen Nutzen daraus zieht. Fürsorgepflichten entstehen hingegen dadurch, dass der Verkehrspflichtige als sog. Beschützergarant eine besondere Verantwortung für das bedrohte Rechtsgut oder seinen Inhaber trägt. Das kommt in unternehmerischen Sachverhalten z.B. vor, wenn ein Unternehmen eine Person oder Sache in seine Obhut nimmt, z.B. ein Krankenhaus eine Patientin, ein Bahn- oder Busunternehmen einen Fahrgast oder ein Bewachungsunternehmen ein wertvolles Gemälde.

b) Sicherungspflichten

Von großer praktischer Bedeutung sind zunächst die Sicherungspflichten, die im Kontext der Unternehmenshaftung oft auf den Unternehmensträger verweisen, aber auch einzelne Unternehmensangehörige persönlich treffen können. Entscheidend ist, wer rechtlich gesehen für die jeweils relevante Gefahrenquelle verantwortlich ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist „derjenige, der eine Gefahrenlage – gleich welcher Art – schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern“.⁶⁸ Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung

⁶⁵ → bei Fn. 41.

⁶⁶ Vgl. z.B. BGH NJW-RR 2007, 1027f., Rn. 12–14.

⁶⁷ Vgl. dazu MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 450; Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 19.

⁶⁸ Vgl. statt vieler nur BGH NJW 2021, 1090, 1091, Rn. 8; NJW 2017, 2905, Rn. 6; NJW 2014, 2104, 2105, Rn. 8; BGHZ 195, 30, 32f. = NJW 2013, 48, Rn. 6, m. w. N.

umfasst „diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren“. Verkehrssicherungspflichtig ist nicht nur derjenige, der eine Gefahrenlage schafft, sondern auch „derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine eingetretene Gefahrenlage andauern lässt“. ⁶⁹ Damit sind vor allem Situationen gemeint, in denen die Gefahrenlage durch das Wirken von Naturkräften entsteht (z.B. wenn ein Baum auf einen Gehweg stürzt) oder von Dritten verursacht wird, vom Verkehrspflichtigen jedoch nachträglich beseitigt werden kann und dann eben ggf. auch muss. Für Grenzfälle, in denen der Verkehrspflichtige schwer zu bestimmen ist, hat der BGH zudem betont, es komme für die Pflichtenstellung darauf an „wer in der Lage ist, die zur Gefahrenabwehr erforderlichen Maßnahmen zu treffen, was wesentlich von der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die jeweilige Gefahrenquelle abhängen kann“. ⁷⁰

Angesichts der doch recht unspezifischen Gefahrenlagen-Formel und des äußerst umfangreichen Fallmaterials hat sich die Literatur darum bemüht, die Gründe für die Entstehung von Verkehrspflichten zu systematisieren. ⁷¹ Auf die Unterscheidung von Sicherungspflichten einerseits und Fürsorgepflichten andererseits ist bereits hingewiesen worden. ⁷² Auch die von *Canaris* vorgeschlagene Dreiteilung der Entstehungsgründe ⁷³ in Haftung für die Sicherheit des eigenen Bereichs, Haftung für die Übernahme einer Aufgabe und Haftung für vorangegangenes besonders gefährliches Tun ist hilfreich, um die reichhaltige Entscheidungspraxis zu ordnen. Jedoch sind die materiellen Abgrenzungskriterien, mit denen die Rechtsprechung konkrete Verkehrspflichten begründet und sie bestimmten Personen zuordnet, damit nicht hinreichend beschrieben. Das behauptet allerdings auch *Canaris* nicht, sondern nennt als maßgebliche „Gerechtigkeitskriterien“, welche die Zurechnung im Einzelnen prägen, u. a. die Risikosetzung, die Risikobeherrschung, die Zusammengehörigkeit von Vorteil und Risiko und den Vertrauensgedanken. ⁷⁴ Dies sind dieselben vier Kriterien, die auch *von Bar* in seiner Habilitationsschrift herausgearbeitet hat ⁷⁵ und die seither in der Literatur immer wieder aufgegriffen wurden, wenn es darum ging, die Entstehungsgründe von Verkehrspflichten zu strukturieren oder die

⁶⁹ BGHZ 195, 30, 32f. = NJW 2013, 48, Rn. 6; BGH VersR 2006, 803, Rn. 12; VersR 2006, 665, Rn. 13; NJW 1985, 1773, 1774.

⁷⁰ BGH NJW 2017, 2905, 2906, Rn. 8; VersR 2006, 803, Rn. 21.

⁷¹ Vgl. dazu MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 450–474; *Staudinger/Hager*, 2021, § 823 Rn. E 12ff.; *RGRK/Steffen*, ¹²1989, § 823 Rn. 151–160.

⁷² Oben bei → Fn. 67.

⁷³ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 3, S. 406–412.

⁷⁴ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 3, S. 407f., 410f.

⁷⁵ *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 112ff. Zusammenfassend *v. Bar*, JuS 1988, 169, 170f.; *v. Bar*, FS Kitagawa, 1992, 279, 291f.; *v. Bar*, in: *Das Bewegliche System*, 1986, 63, 69; *v. Bar*, in: *Gutachten*, 1981, 1681, 1715.

Zuordnung der Pflichtenträgerschaft zu analysieren.⁷⁶ Dabei hat sich das vierteilige Kriterienraster als brauchbar erwiesen, weshalb es auch im Folgenden zugrunde gelegt werden soll, um der Pflichtenstellung von Unternehmensträgern näher auf den Grund zu gehen.

aa) Gefahrschaffung

Erstes und in der Praxis wichtigstes Kriterium für die Bestimmung des Verkehrspflichtigen ist die Schaffung einer Gefahrenlage. In unternehmerischen Sachverhalten gehen die Gerichte vielfach ganz selbstverständlich davon aus, dass der Unternehmensträger als Gefahrveranlasser anzusehen ist und zwar auch, wenn es sich bei ihm um eine juristische Person oder Personengesellschaft handelt. So hat der BGH in seinem Urteil zum Eisenbahnunfall von Rheinweiler Anfang der 1970er-Jahre fast beiläufig festgestellt: „Die Beklagte [d.h. die Deutsche Bundesbahn, die damals ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes war – C.K.] schafft durch ihren Eisenbahnbetrieb naturgemäß ganz erhebliche Gefahren. Daraus erwächst ihre Verpflichtung, diesen Gefahren mit allen technisch möglichen und zumutbaren Mitteln zu begegnen.“⁷⁷ In einer Entscheidung, in der es um die Haftung einer Kraftwerksbetreiberin (Aktien-gesellschaft) für einen Verkehrsunfall ging, der möglicherweise durch Kühlturmmissionen verursacht wurde, heißt es, die Beklagte habe als Betreiberin des Kraftwerks und der Kühltürme eine besondere Gefahrenlage geschaffen.⁷⁸ Und in einem Fall, in dem ein Propagandist an seinem Stand vor einem Warenhaus unvorsichtig mit einem Spirituskocher hantierte und dadurch ein Kind schwer verletzte, ging der BGH davon aus, die Warenhausbetreiberin habe die Gefahr mitverursacht, weil ihr Personal dem Propagandisten den Stand und den Kocher zur Verfügung gestellt hatte.⁷⁹

In der Literatur wird die Frage der Gefahrschaffung durch Unternehmensträger vor allem im Zusammenhang mit der Frage diskutiert, ob eine Gesellschaft als Unternehmensträgerin selbst Gefahrveranlasserin und somit verkehrspflichtig sein kann oder ob insoweit auf ihre Organe oder Gesellschafter abzustellen ist. Regelmäßig wird die Gefahrverantwortung der Gesellschaft selbst zugewiesen, wobei die Begründung mitunter dürftig ausfällt. So wird gelegentlich schlicht behauptet, es sei eben die Gesellschaft, welche die Gefahrenquelle hervorrufe.⁸⁰ Das versteht sich jedoch nicht von selbst. Denn die Schaf-

⁷⁶ Vgl. etwa *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 268ff.; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 201ff.

⁷⁷ BGH VersR 1978, 1163, 1164.

⁷⁸ BGH VersR 1985, 641.

⁷⁹ BGH NJW 1961, 455.

⁸⁰ So etwa *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 272; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 858; *Sandberger*, Außenhaftung, 1997, 156f.; *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464, 470f. Differenzierter *Holle*, Legalitätskontrolle, 2014, 313; *Bisson*, GmbH 2005, 1453, 1456f.; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, 1997, 216; *Dreher*, ZGR 1992, 22, 33 (Unternehmens-

fung einer Gefahr ist in erster Linie ein tatsächlicher Vorgang, den ein nicht menschlicher Unternehmensträger mangels natürlicher Handlungsfähigkeit selbst nicht ausführen kann. Zu Recht schreibt daher *Canaris*: „Risikoveranlassung und -beherrschung erfolgen nicht durch die juristische Person als solche, sondern liegen zwangsläufig stets in der Hand von *Menschen*“.⁸¹ Dennoch werden juristische Personen und Personengesellschaften in der Regel selbst als Gefahrveranlasser angesehen, ohne dass man dafür z. B. eine Zurechnung der Gefahrschaffung nach §§ 31, 831 BGB für erforderlich hielte.

Am plausibelsten kann man dem Unternehmensträger die Schaffung der Gefahrenlage m. E. zuordnen, wenn man ihn für diesen Zweck mit dem Unternehmen identifiziert, also z. B. nicht auf die Aktiengesellschaft als handlungsunfähige juristische Person abstellt, sondern auf das von ihr getragene Unternehmen als organisatorische Einheit aus Personen, Sachen und Prozessen. Das wird später⁸² für die Gefährdungshaftung noch näher veranschaulicht, wo sich dasselbe Problem stellt. Anders als der Unternehmensträger, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, ist das Unternehmen kein reines Rechtskonstrukt, sondern u. a. eine soziale Organisation, in der Menschen gemeinsam einen Unternehmenszweck verfolgen.⁸³ Deshalb lässt sich ohne Weiteres davon sprechen, dass „das Unternehmen“ eine Gefahrenlage geschaffen habe, auch wenn alle maßgeblichen Entscheidungen natürlich von Menschen getroffen wurden. Bei typischen Gefahrenquellen wie Verkehrswegen, Gebäuden, gefährlichen Anlagen, Transportmitteln usw. scheint diese Sichtweise weitaus lebensnäher als der gekünstelte Versuch, die Gefahrschaffung zunächst einzelnen Unternehmensangehörigen zuzuschreiben und sie dann dem Unternehmensträger z. B. über §§ 31, 831 BGB zuzurechnen. Denn gerade Sachgefahren wie ein rutschiger Boden⁸⁴ oder eine Straßenbahn, deren Bremsen nicht funktionieren, werden typischerweise nicht von einzelnen Unternehmensangehörigen veranlasst, sondern gehen meist auf Entscheidungen und Handlungen mehrerer Personen sowie auf technische Vorgänge und Naturkräfte zurück (z. B. Materialermüdung, Verschleiß). Dem Unternehmen als soziotechnischem System lassen sie sich dennoch mühelos zuordnen und genauso lässt sich die Gefahrveranlassung durch das Unternehmen dem Unternehmensträger zuordnen. Denn dieser ist nicht nur Geschäftsherr einzelner Gehilfen, sondern auch und vor allem Träger des Unternehmens als Organisation.

träger als Zuordnungssubjekt von Unternehmensgefahren). Vgl. auch *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 401 f. (zur Pflichtenstellung von Mutter- und Tochtergesellschaften).

⁸¹ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, 13/1994, § 76 III 5d, S. 422 (Herv. im Original).

⁸² → § 7 B I 2.

⁸³ Vgl. auch noch unten → § 6 C zur Organisationshaftung.

⁸⁴ Vgl. BGH NJW 1986, 2757 f.

bb) Gefahrbeherrschung

Das Kriterium der Gefahrbeherrschung überschneidet sich mit dem der Gefahrschaffung, geht aber darüber hinaus. Derjenige, der eine Gefahrenlage schafft, wird sie meist auch beherrschen können, sodass beide Kriterien in der Regel auf denselben potenziellen Pflichtenadressaten verweisen. Gelegentlich können Gefahrschaffung und Gefahrbeherrschung jedoch auseinanderfallen. Der BGH betont, dass verkehrssicherungspflichtig nicht nur derjenige ist, der eine Gefahrenlage schafft, sondern auch derjenige, der in seinem Zuständigkeitsbereich eine Gefahrenlage andauern lässt, die z. B. auch durch Naturkräfte oder das Verhalten eines Dritten entstanden sein kann. Im Zweifel soll für die haftungsrechtliche Zurechnung entscheidend sein, wer in der Lage ist, die zur Gefahrenabwehr erforderlichen Maßnahmen zu treffen.⁸⁵ Deshalb kommt es z. B. für die Pflicht zur Sicherung eines Grundstücks nicht auf das Eigentum an, sondern darauf, wem die tatsächliche Verfügungsgewalt zusteht, was z. B. auch auf denjenigen zutrifft, der das Grundstück im Ganzen mietet oder pachtet.⁸⁶ Hinter dem Kriterium der Gefahrbeherrschung steht aus rechtsökonomischer Sicht, dass Präventionsanreize sinnvollerweise nur an Personen gerichtet werden sollten, die in der Lage sind, durch Sorgfaltsmaßnahmen oder eine Verringerung des sog. Aktivitätsniveaus darauf hinzuwirken, dass Schäden vermieden werden.⁸⁷ Deshalb ist es etwa richtig, in Bezug auf Verletzungsgefahren, die vom Zustand einer Glasflasche ausgehen, die mit einer kohlesäurehaltigen Limonade befüllt wird, den Hersteller der Flasche bzw. des Getränks in die Pflicht zu nehmen und nicht einen Einzelhändler, der die Limonade in seinem Geschäft verkauft, aber auf den Zustand der Flasche (Haarrisse o. ä.) keinen Einfluss hat.⁸⁸ Andererseits verletzt ein Drogist eine eigene Verkehrspflicht, wenn er einem 15-jährigen Schüler ein Kilogramm einer hochentzündlichen Chemikalie verkauft, die wegen ihrer Gefährlichkeit nicht an Personen unter 21 Jahren abgegeben werden darf, und durch deren Verwendung später ein anderer Jugendlicher schwer verletzt wird.⁸⁹

Wie bei der Gefahrschaffung führt auch bei der Gefahrbeherrschung der Weg zur Verkehrspflicht des Unternehmensträgers über das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit und soziotechnisches System. Es ist nicht der Rechtsträger, der die Gefahrenlage beherrscht, sondern es ist die aus Menschen, Sachen und Prozessen bestehende Unternehmensorganisation, in der Unternehmensangehörige mit ihren Entscheidungen und Handlungen auf unterschiedliche Weise darauf hinwirken können, dass aus der Gefahrenlage keine Schäden bei Dritten

⁸⁵ BGH VersR 2006, 803, Rn. 21; VersR 1989, 477 f.; VersR 1988, 957, 958.

⁸⁶ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 459, 518.

⁸⁷ Habersack/Zickgraf, ZHR 182 (2018), 252, 269.

⁸⁸ Vgl. BGH NJW 2007, 762, 763, Rn. 14.

⁸⁹ BGH NJW 1973, 615 f.

entstehen. Die Deutsche Bahn beherrscht also den Eisenbahnbetrieb,⁹⁰ weil wichtige Teile ihrer Unternehmensorganisation darauf ausgerichtet sind, durch ein effektives Sicherheitsmanagement auf die Vermeidung von Unfällen hinzuwirken und zahlreiche Mitarbeiter an unterschiedlichen Stellen des Unternehmens damit betraut sind, die Gefahren des Eisenbahnbetriebs möglichst gering zu halten und Schäden bei Fahrgästen und Dritten im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu vermeiden. Genauso lässt sich sagen, dass eine Kraftwerksbetreiberin die von ihrem Kraftwerk ausgehenden Gefahren beherrscht,⁹¹ nicht weil die Aktiengesellschaft, der das Unternehmen gehört, die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Anlage ausüben würde, sondern weil die in der Unternehmensorganisation miteinander verbundenen Unternehmensangehörigen in der Lage sind, die zur Gefahrabwehr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das beginnt mit der Unternehmensleitung, die darüber entscheidet, ob das Kraftwerk weiterbetrieben werden soll und welche technischen Hilfsmittel eingesetzt werden, um zu verhindern, dass Dampfschwaden die Sicherheit auf umliegenden Straßen gefährden, und endet mit der Hausmeisterei und dem Streudienst, die mit Warnschildern und Streumaßnahmen dazu beitragen können, dass Autofahrer nicht übermäßig durch Glatteis gefährdet werden, das sich bilden kann, wenn der Dampf kondensiert.

Wichtig ist, dass jeder einzelne Unternehmensangehörige in seinem Verantwortungsbereich meist nur einen Bruchteil der Gefahr beherrscht, sodass das Kriterium der Gefahrbeherrschung in unternehmerischen Sachverhalten nur ausnahmsweise zu einer persönlichen Verkehrspflicht eines Organmitglieds oder Mitarbeiters führt, in der Regel hingegen über das Unternehmen in seiner Gesamtheit zur exklusiven Verkehrspflichtigkeit des Unternehmensträgers. Denn unternehmerische Gefahrenquellen werden nur selten vollständig von einer einzelnen natürlichen Person innerhalb der Unternehmensorganisation beherrscht und es ist primär der Unternehmensträger, dem als Träger der Organisation die Unternehmensrisiken insgesamt zuzuordnen sind.

cc) Vertrauensschutz

Das Argument des Vertrauensschutzes ist vor allem für die Begründung von Fürsorgepflichten von Bedeutung,⁹² kann aber auch bei Sicherungspflichten eine Rolle spielen. Rechtsökonomisch lässt es sich damit rechtfertigen, dass nicht nur der potenzielle Schädiger durch präventive Maßnahmen auf die Vermeidung von Schäden hinwirken kann, sondern auch diejenigen, die durch seine Aktivität gefährdet werden. Ein haftungsrechtlicher Anreiz, sich durch eigene Maßnahmen selbst zu schützen, ergibt sich vor allem aus § 254 BGB, der dazu

⁹⁰ Vgl. nochmals BGH VersR 1978, 1163, 1164.

⁹¹ Vgl. BGH VersR 1985, 641 f.

⁹² Dazu noch unten → c.

führen kann, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch gekürzt wird. Vertrauen spielt in diesem Zusammenhang eine Rolle, weil der potenzielle Geschädigte eigene Schutzmaßnahmen unterlassen kann, wenn er sich einigermaßen sicher ist, dass der potenzielle Schädiger die notwendigen Maßnahmen ergreifen wird, um Schäden zu vermeiden.⁹³ Die Gerichte haben deshalb das Kriterium des Vertrauensschutzes mitunter ergänzend herangezogen, um Verkehrspflichten zu begründen. So hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1987 betont, die gesteigerte Streupflicht eines Gastwirts gelte auch gegenüber Passanten, die nicht vorhaben, die Gaststätte aufzusuchen, und dies u. a. damit begründet, es bestehe nach allgemeiner Verkehrsanschauung eine berechtigte Verkehrserwartung der Straßenpassanten, dass Gastwirte die ihnen gegenüber ihren Kunden obliegenden Verkehrssicherungspflichten erfüllen, mit der Folge, dass sich gerade zur Winterzeit viele Fußgänger dazu entschlossen, wegen der erhofften größeren Sicherheit ihren Weg über den Bürgersteig vor solchen Geschäftslokalen zu nehmen.⁹⁴

In unternehmerischen Zusammenhängen wird sich das Vertrauen des Rechtsverkehrs oft auf das Unternehmen beziehen, sodass auch das Kriterium des Vertrauensschutzes tendenziell auf eine Verkehrspflichtigkeit des Unternehmensträgers hindeutet.⁹⁵ Zwar betont *Canaris* zu Recht, dass Vertrauen in eine ordnungsgemäße Risikosteuerung immer nur den Menschen entgegengebracht werde, die für eine juristische Person handeln, nie der juristischen Person selbst.⁹⁶ Das muss aber nicht bedeuten, dass sich das Vertrauen auf einzelne Menschen bezieht, sondern es kann auch einer Gruppe von Menschen entgegengebracht werden, die als Unternehmensangehörige gemeinsam auf die Gefahrbeherrschung hinwirken. Das wird in aller Regel so sein, wenn die Mitarbeiter, die unternehmensintern für die Gefahrensteuerung zuständig sind, dem Rechtsverkehr gar nicht in eigener Person gegenüber treten – man denke etwa an Mitarbeiter, die in Leitständen von Industrieanlagen, Kraftwerken oder Verkehrsbetrieben sicherheitsrelevante technische Prozesse überwachen. Genauso ist es, wenn die Gefahrbeherrschung von vornherein nur arbeitsteilig erfolgen kann, wie es z. B. bei dem Betrieb einer Eisenbahn der Fall ist. Der Rechtsverkehr vertraut dann nicht darauf, dass einzelne Mitarbeiter oder die Unternehmensleitung alles Erforderliche tun, um Schäden möglichst zu vermeiden, sondern er richtet sein Vertrauen auf das jeweilige Unternehmen unabhängig von seiner aktuellen personellen Zusammensetzung. Er geht also z. B. davon aus, dass das Unternehmen „Deutsche Bahn“ für einen sicheren Zugverkehr sorgen wird, nicht die juristische Person, die das Unternehmen trägt, und auch nicht

⁹³ Vgl. dazu *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 270.

⁹⁴ BGH NJW 1987, 2671, 2672.

⁹⁵ Im Ergebnis genauso, jedoch mit anderer Begründung *Holle*, Legalitätskontrolle, 2014, 313 (juristische Person setzt Vertrauenstatbestand durch Organwalter).

⁹⁶ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5d, S. 422.

(nur) die Unternehmensleitung, sondern alle Unternehmensangehörigen, wo auch immer sie in der Unternehmensorganisation für die Beherrschung von Gefahren zuständig sind und welchen Anteil sie auch immer an der „Gesamtgefährlichkeit“ des Eisenbahnbetriebs haben.

Anders kann es sein, wenn einzelne Organmitglieder oder Mitarbeiter dem Rechtsverkehr in eigener Person und mit ihren individuellen Kompetenzen und Fähigkeiten gegenüberreten, wie dies z. B. bei Ärzten oder Schwimmmeistern der Fall sein kann. Hier kann sich ergeben, dass sich das Vertrauen auch und vielleicht sogar primär auf einen konkreten Unternehmensangehörigen bezieht, was dafür sprechen kann, ihm eine persönliche Verkehrspflicht aufzuerlegen. Das spielt aber vor allem bei Fürsorgepflichtigen eine Rolle und soll deshalb dort wieder aufgegriffen werden.⁹⁷

dd) Kosten-Nutzen-Prinzip

Als viertes und letztes Kriterium für die Begründung von Verkehrspflichten und die Bestimmung des Pflichtenadressaten ist in der Literatur der Grundsatz anerkannt, dass derjenige, der von einer Aktivität profitiert, auch die damit verbundenen Nachteile tragen sollte. Man sieht darin ein fundamentales Gerechtigkeitsprinzip⁹⁸ und auch rechtsökonomisch gesehen spricht viel für diesen Grundsatz. Denn nur wenn über die zu ergreifenden Sorgfaltsmaßnahmen und das Ausmaß der jeweiligen Aktivität auf Basis sämtlicher Kosten und Erträge entschieden wird, ist sichergestellt, dass die getroffenen Entscheidungen nicht nur dem Entscheidungsträger nutzen, sondern auch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht optimal sind. Das ist in § 2 im Zusammenhang mit den ökonomischen Zwecken des Unternehmenshaftungsrechts bereits dargestellt worden.⁹⁹ In unternehmerischen Zusammenhängen ist primärer Nutznießer der wirtschaftlichen Tätigkeiten der Unternehmensträger und deshalb ist er es regelmäßig auch, der den hauptsächlichen Nutzen aus Gefahrenquellen zieht, die für diese wirtschaftlichen Tätigkeiten und letztlich die Erreichung der Unternehmensziele geschaffen werden.¹⁰⁰ Das schließt nicht aus, dass mittelbar auch Organmitglieder, Mitarbeiter, Gesellschafter, Lieferanten, Kunden usw. von der unternehmerischen Aktivität und somit auch von den durch das Unternehmen geschaffenen Gefahrenquellen profitieren. Das Kosten-Nutzen-Prinzip muss jedoch eng verstanden werden, wenn es für die Bestimmung des Verkehrspflichtigen dienlich sein soll. Denn es geht gerade darum, aus dem großen Kreis möglicher Haftungsadressaten diejenigen herauszufiltern, denen eine besondere Verantwortung für die Gefahrenquelle zugeschrieben werden soll. Der Unternehmensträger ist derjenige, der am unmittelbarsten von der unternehmerischen Tätigkeit

⁹⁷ Unten → c.

⁹⁸ Larenz/Canaris, SchuldR BT, 13/1994, § 84 I 2a, S. 605.

⁹⁹ → § 2 A, B.

¹⁰⁰ Vgl. Holle, Legalitätskontrolle, 2014, 313.

profitiert, während die Vorteile sämtlicher Vertragsgläubiger (einschließlich des Personals) von der Ausgestaltung der jeweiligen Vertragsbeziehungen und damit wesentlich auch von ihren jeweiligen Verhandlungspositionen abhängen. Auch die Gesellschafter profitieren nur mittelbar, z. B. durch Ausschüttungen oder einen Wertzuwachs ihrer Gesellschaftsanteile. Deshalb führt das eng verstandene Kosten-Nutzen-Prinzip in unternehmerischen Sachverhalten typischerweise allein zum Unternehmensträger.

c) Fürsorgepflichten

Die zweite wichtige Gruppe von Verkehrspflichten neben den Sicherungspflichten sind die Fürsorgepflichten. Hier trägt der Verkehrspflichtige nicht Verantwortung für eine bestimmte Gefahrenquelle, durch die Rechtsgüter eines anderen bedroht werden, sondern er ist als sog. Beschützergarant unmittelbar für den Schutz der Rechtsgüter oder des Rechtsgutsträgers verantwortlich. Klassische Fälle sind familienrechtliche Fürsorgepflichten z. B. von Eltern gegenüber ihren Kindern. In unternehmerischen Zusammenhängen geht es z. B. um Fälle, in denen ein Unternehmen eine Person oder eine Sache in seine Obhut nimmt, z. B. ein Krankenhaus eine Patientin. Die Garantstellung ergibt sich meist aus einem Vertrag bzw. der damit verbundenen faktischen Übernahme der Aufgabe oder aus einem besonderen Vertrauensverhältnis. Während Verträge in aller Regel mit dem Unternehmensträger geschlossen werden, sodass unter diesem Gesichtspunkt viel dafür spricht, dass auch die deliktischen Pflichten den Unternehmensträger treffen, kann Vertrauen, wie bereits gesehen, entweder dem Unternehmen als Organisation entgegengebracht werden oder einem einzelnen Unternehmensangehörigen persönlich. Letzteres kommt in Fürsorgefällen häufiger vor als in Sicherungsfällen, weil Fürsorgeverhältnisse stärker personalisiert sind – man denke etwa an einen chirurgischen Eingriff in einem Krankenhaus, den die behandelnde Ärztin durch ein sorgfältig geführtes Vorgespräch vorbereitet. Der Behandlungsvertrag i. S. des § 630a BGB wird hier mit dem Krankenhausträger geschlossen, ein berechtigtes Vertrauen des Patienten kann sich jedoch nicht nur auf das Krankenhaus als Organisation beziehen, sondern auch und vielleicht sogar vor allem auf die behandelnde Ärztin, die sich ihm persönlich vorgestellt hat.

Ist ein Vertrag mit einem Unternehmensträger geschlossen, versteht sich praktisch von selbst, dass den Unternehmensträger auch deliktische Pflichten treffen. Insbesondere geht die Rechtsprechung heute davon aus, dass es einen weitgehenden Gleichlauf zwischen den vertraglichen Schutzpflichten i. S. des § 241 Abs. 2 BGB und den deliktischen Verkehrssicherungspflichten i. S. § 823 Abs. 1 BGB gibt. Deshalb ist z. B. die Betreiberin eines Wohnheims für Menschen mit geistiger Behinderung nicht nur aus den Heimverträgen verpflichtet, die ihr anvertrauten Personen vor Schädigungen zu bewahren, sondern es trifft

sie auch eine aus § 823 Abs. 1 BGB abgeleitete, „inhaltsgleiche allgemeine Verkehrssicherungspflicht“.¹⁰¹ In methodischer Hinsicht vergleichbar hat der BGH für die Betreiber von Autowaschanlagen entschieden, dass sie nicht nur aus den Werkverträgen mit ihren Kunden verpflichtet sind, deren Fahrzeuge vor Beschädigungen bei dem Waschvorgang zu bewahren, sondern dass sie auch eine entsprechende deliktische Verkehrssicherungspflicht trifft, die allerdings nicht weiter gehen soll als die werkvertragliche Schutzpflicht i.S. des § 241 Abs. 2 BGB.¹⁰² Diese Beispiele zeigen, dass sich deliktische Fürsorgepflichten des Unternehmensträgers oft aus Verträgen ergeben, die Unternehmensangehörige nach § 164 Abs. 1 BGB im Namen des Unternehmensträgers abgeschlossen haben. Dass der Unternehmensträger, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, die Pflichten selbst nicht erfüllen kann, sondern insoweit auf Erfüllungs- und/oder Verrichtungsgehilfen und Repräsentanten angewiesen ist, spielt weder für die Begründung der vertraglichen noch für die Begründung der deliktischen Pflichten eine Rolle. Unternehmensbezogene deliktische Fürsorgepflichten zum Schutz von Personen können sich außer aus Heimverträgen und Krankenhausverträgen z.B. ergeben aus Beherbergungs- und Bewirtschaftungsverträgen,¹⁰³ aus Reiseverträgen,¹⁰⁴ aus Verträgen über die Benutzung von Schwimmbädern¹⁰⁵ oder aus Personenbeförderungsverträgen z.B. über Bus- oder Bahnfahrten. Fürsorgepflichten zum Schutz von Sachen können z.B. aus Bewachungsverträgen oder Fracht-, Speditions- oder sonstigen Transport- oder Güterbeförderungsverträgen¹⁰⁶ folgen.

Schwieriger ist in unternehmerischen Sachverhalten die Begründung von Fürsorgepflichten mithilfe des Vertrauenskriteriums, weil dieses, wie gesehen, sowohl auf den Unternehmensträger als auch auf einzelne Unternehmensangehörige persönlich verweisen kann. Als besonders problematisch erweist sich auch in diesem Zusammenhang der Topos der Berufspflichten,¹⁰⁷ weil die Rechtsprechung oft nicht ausreichend zwischen selbstständiger und unselbstständiger Berufsausübung differenziert. Die Schadensvermeidungsmöglichkeiten z.B. von Einzelunternehmern und abhängig Beschäftigten unterscheiden sich jedoch mitunter deutlich, weil letztere auf die Mittel beschränkt sind, die ihnen ihre Arbeitgeber zur Verfügung stellen. Die Ursprünge der Berufshaf-

¹⁰¹ BGH NJW 2021, 1463, 1464, Rn. 12; BGHZ 223, 95, 98f. = NJW 2019, 3516, 3517, Rn. 12; BGHZ 163, 53, 55 = NJW 2005, 1937.

¹⁰² BGH NJW 2018, 2956, Rn. 12. Vgl. auch BGH NJW-RR 2013, 534, 535, Rn. 15.

¹⁰³ BGH NJW 1991, 921; NJW 1988, 1588; NJW 1985, 482f.; MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 707ff.

¹⁰⁴ Vgl. BGH NJW 2006, 3268, 3269, Rn. 19ff.; BGHZ 103, 298, 304 = NJW 1988, 1380, 1381; kritisch dazu *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 7b, S. 428f.

¹⁰⁵ BGH NJW 2004, 1449, 1450; NJW 2000, 1946; NJW-RR 1990, 1245, 1246; NJW 1980, 1159, 1160; vgl. auch schon RGZ 136, 228, 230 (1932).

¹⁰⁶ Vgl. etwa RGZ 102, 38, 42f. (1921).

¹⁰⁷ Vgl. schon oben → A II bei Fn. 40.

tung gehen auf Entscheidungen zu selbstständigen Unternehmern zurück. Im Rollfuhrunternehmer-Urteil aus dem Jahr 1921 leitete das Reichsgericht die Fürsorgepflichten der Beklagten ausdrücklich aus deren Eigenschaft als Gewerbetreibende ab: Der Gewerbebetrieb begründe „besondere Pflichten über die allgemeinen Pflichten eines jeden hinaus“ gegenüber Personen und Gütern, mit denen der Gewerbetreibende in seinem Betrieb in Berührung komme.¹⁰⁸ Auch im wenig später entschiedenen Milzbrand-Fall ging es um einen selbstständigen Berufsträger und das war auch für die Begründung der Entscheidung relevant. Das Reichsgericht betonte nämlich, dass derjenige, der sich „dem Publikum anbietet“ eine Verantwortung dafür übernehme, „daß da, wo von seinen Diensten Gebrauch gemacht wird, ein geordneter Verlauf der Dinge gewährleistet ist“.¹⁰⁹ Es ging also darum, dass der Unternehmer durch seinen Marktauftritt bei seinen Kunden, aber auch bei der Allgemeinheit das Vertrauen weckt, er werde seine Aufgaben sorgfältig erfüllen. Heute werden auch Verkehrspflichten von abhängig Beschäftigten oft unter Verweis auf Berufspflichten begründet,¹¹⁰ obwohl bei ihnen weniger offensichtlich ist, dass sie in eigener Person Vertrauen in Anspruch nehmen. Besser wäre es, deutlich zwischen einerseits Unternehmenspflichten und andererseits Organ- und Mitarbeiterpflichten zu unterscheiden, wobei erstere natürlich auch Einzelkaufleute und Freiberufler treffen können. Der Begriff der Berufspflichten sollte hingegen nur verwendet werden, wenn es für die Haftung tatsächlich keinen Unterschied macht, ob ein Beruf selbstständig oder unselbstständig ausgeübt wird.

2. § 823 Abs. 2 BGB

Unternehmenspflichten können sich ferner aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetzen ergeben, was durch sorgfältige Auslegung des jeweiligen Schutzgesetzes zu ermitteln ist. Manchen Schutzgesetzen lässt sich ihr Adressat mühelos entnehmen, weil sich aus dem Wortlaut der Norm, der Gesetzessystematik, der Entstehungsgeschichte oder dem Telos klar ergibt, an wen die jeweiligen Verhaltenspflichten gerichtet sein sollen. Mitunter kann die Bestimmung des Pflichtenadressaten aber auch Probleme bereiten und zwar gerade auch in unternehmerischen Zusammenhängen. Denn hier ist manchmal nicht eindeutig, ob eine Pflicht nur den Unternehmensträger adressiert, nur einen Unternehmensangehörigen persönlich, oder beide. *Wagner* hebt zu Recht hervor, dass sorgfältig zu differenzieren ist, wen das Schutzgesetz adressiert und dass man nicht die Schutzgesetzeigenschaft insgesamt verneinen muss, um z. B. die persönliche Haftung von Geschäftsführern zu begrenzen, sondern dass sich dies

¹⁰⁸ RGZ 102, 38, 43 (1921).

¹⁰⁹ RGZ 102, 372, 375 (1921).

¹¹⁰ Vgl. etwa BGHZ 217, 50, 59 f. = NJW 2018, 301, 303 f., Rn. 24–26.

auch über den „passiven Schutzbereich“ steuern lässt.¹¹¹ Nach hiesigem Verständnis kommt es dafür entscheidend darauf an, wen die jeweiligen deliktischen Pflichten treffen. Dies kann letztlich immer nur für ein konkretes Schutzgesetz bestimmt werden, weshalb es im Folgenden nur darum gehen kann, einige Grundsätze zu skizzieren. Dabei ist in Bezug auf Unternehmenspflichten zwischen Schutzgesetzen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sowie allen sonstigen Schutzgesetzen zu differenzieren.

a) Strafrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht

Da es in Deutschland kein Unternehmensstrafrecht gibt, ist im Grundsatz davon auszugehen, dass sich aus den Tatbeständen des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts keine Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten für Unternehmensträger ergeben. Allerdings ist diese Aussage sogleich zu konkretisieren: Was es nicht gibt, ist ein *Verbandsstrafrecht* bzw. eine Strafbarkeit juristischer Personen und von Personenvereinigungen.¹¹² Einzelunternehmer können sich hingegen durchaus strafbar machen und u. a. deshalb gibt es auch eine ganze Reihe von Straftatbeständen und Ordnungswidrigkeiten, die den Täter in seiner Rolle als Unternehmer adressieren oder sich auf unternehmerische Tätigkeiten beziehen. Dazu zählen aus dem StGB z. B. § 264 (Subventionsbetrug), § 264a (Kapitalanlagebetrug), § 265b (Kreditbetrug), § 266a (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt), §§ 283–283d (Insolvenzstraftaten), §§ 284, 287 (Glücksspiel, Lotterie), § 288 (Vereiteln der Zwangsvollstreckung), §§ 298 ff. (Straftaten gegen den Wettbewerb) und §§ 324 ff. (Straftaten gegen die Umwelt). Aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht ist § 130 OWiG besonders hervorzuheben, der Inhaber von Betrieben und Unternehmen verpflichtet, die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass in dem Betrieb oder Unternehmen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen werden, mit denen Pflichten des Betriebs- oder Unternehmensinhabers verletzt werden. Auch die Bestrafung oder Bebußung von Unternehmensangehörigen, die im Rahmen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begehen, ist natürlich möglich. In Bezug auf Organmitglieder und vertretungsberechtigte Gesellschafter sind in diesem Zusammenhang § 14 StGB und § 9 OWiG zu berücksichtigen, die eine Organ- oder Vertreterhaftung auch ermöglichen, wenn dem handelnden Organmitglied oder Gesellschafter ein besonderes persönliches Merkmal fehlt, das bei der vertretenen Gesellschaft jedoch vorliegt. Ein praxisrelevantes Beispiel ist die Arbeitgebervereinschaft i. S. des § 266a StGB.

Für Gesellschaften als Unternehmensträger bleibt es jedoch dabei, dass sich aus dem Strafrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht keine Unternehmens-

¹¹¹ MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 155, 158.

¹¹² Dazu schon oben → Einl A I 3 bei Fn. 41–44.

pflichten ergeben. Zwar könnte man auf die Idee kommen, auch mit Blick auf einheitliche Tatbestände wie § 263 StGB zwischen Verhaltensnormen („Es ist verboten, ...“) und Sanktionsnormen („Wer dem Verbot zuwiderhandelt, wird ... bestraft“) zu unterscheiden¹¹³ und nur die Sanktionsnormen nicht auf juristische Personen und Personenvereinigungen zu beziehen, weil sie mangels Schuldfähigkeit nicht straffähig und nur eingeschränkt sanktionsfähig sind (vgl. § 30 OWiG). Gebote oder Verbote kann der Gesetzgeber hingegen – wie das Zivilrecht und das öffentliche Recht anschaulich belegen – auch an Verbände richten. Es wäre aber eine bloße Unterstellung, zu behaupten, dass er dies mit den Verhaltenspflichten des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts getan hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch die Verhaltensnormen dieser Rechtsgebiete grundsätzlich nur natürliche Personen adressieren, weil der Gesetzgeber mit ihnen nur den Zweck verfolgt hat, die Anwendung der Sanktionsnormen vorzubereiten. Dafür, dass er in den Vorschriften des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts außerdem Pflichten formulieren wollte, die ausschließlich außerhalb dieser Rechtsgebiete relevant werden, z. B. über § 823 Abs. 2 BGB für die zivilrechtliche Schadensersatzhaftung von Unternehmensträgern, ist nichts ersichtlich.

Vom Standpunkt der deliktischen Unternehmenshaftung aus mag es unbefriedigend erscheinen, dass die Pflichten des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts nur Einzelunternehmer adressieren, aber keine Gesellschaften. Rechtspraktisch gesehen relativiert sich das Problem aber dadurch, dass sich die meisten unternehmensbezogenen Tatbestände des Sanktionenrechts ohnehin auf Verhaltenspflichten beziehen, die (auch) außerhalb des Sanktionenrechts geregelt sind, insbesondere im öffentlichen Wirtschaftsrecht und im Zivilrecht. Im Übrigen lassen sich vergleichbare Pflichten oft aus § 823 Abs. 1 oder § 826 BGB herleiten, sodass sich keine nennenswerten Haftungslücken ergeben. Dazu einige praxisrelevante Beispiele: (1) Die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen folgt nicht erst aus § 266a Abs. 1 u. 2 StGB, sondern aus § 28e Abs. 1 SGB IV. Auf die Schutzgesetzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB kommt es gegenüber dem Arbeitgeber nicht an, weil er unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis auf Erfüllung in Anspruch genommen werden kann. (2) § 32 KWG unterwirft die gewerbsmäßige Erbringung von Bankgeschäften oder Finanzdienstleistungen einer Erlaubnispflicht. Verstöße sind nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG strafbewehrt. Die Straftat können nur natürliche Personen begehen, die Erlaubnispflicht als solche trifft aber auch Gesellschaften. (3) § 1 BauFordSiG verpflichtet die Empfänger von Baugeld (z. B. Bauträger), das Baugeld zur Befriedigung der Baugläubiger (insb. Handwerker) zu verwenden. Verstöße sind nach § 5 BauFordSiG strafbewehrt. Auch hier kann die Straftat nur von natürlichen Personen begangen werden, die Pflicht nach § 1 BauFordSiG ist

¹¹³ Vgl. Dörner, JuS 1987, 522, 524 m. w. N.

jedoch selbst keine strafrechtliche und kann daher auch auf Gesellschaften bezogen werden. (4) Inkassodienstleistungen darf nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG nur erbringen, wer sich vorher bei der zuständigen Behörde hat registrieren lassen. Verstöße sind nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 RDG ordnungswidrig. Wiederum kann die Ordnungswidrigkeit nur von einer natürlichen Person begangen werden, § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG adressiert hingegen ausdrücklich auch juristische Personen. (5) § 130 Abs. 1 OWiG verpflichtet Betriebs- und Unternehmensinhaber, Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen, um Straftaten und Ordnungswidrigkeiten aus ihren Betrieben und Unternehmen heraus zu verhindern. Der BGH hat klargestellt, dass sich im Zivilrecht ähnliche Pflichten aus §§ 31, 831 und § 823 Abs. 1 BGB ergeben, sodass es keinen Grund gibt, die Pflichten aus § 130 Abs. 1 OWiG über § 823 Abs. 2 BGB in das Deliktsrecht zu spiegeln.¹¹⁴ (6) Vorsätzliche Vermögensdelikte z. B. nach §§ 263, 264, 264a, 265a StGB lassen sich im Zivilrecht über § 826 BGB erfassen. Entgegen der bisher h. M. ist dabei auch möglich, Verhaltenspflichten unmittelbar an Gesellschaften zu adressieren um eine direkte Unternehmenshaftung aus § 826 BGB zu begründen.¹¹⁵

Sollte sich ergeben, dass eine Verhaltenspflicht ausschließlich aus Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht folgt und dass sie deshalb nur an natürliche Personen gerichtet ist, kann die Haftung einer Gesellschaft als Unternehmensträgerin insoweit nur indirekt über das Delikt eines Unternehmensangehörigen begründet werden. Der BGH betont für solche Fälle, dass eine Haftung des Unternehmensträgers nur in Frage komme, wenn ein einzelner Repräsentant i. S. des § 31 BGB oder Verrichtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand der jeweiligen Strafnorm verwirklicht hat.¹¹⁶ Dabei kommt der strafrechtliche Vorsatzbegriff zur Anwendung. Der Repräsentant oder Gehilfe haftet für seine Tat auch persönlich nach § 823 Abs. 2 BGB, die Haftung des Unternehmensträgers kann sich aus §§ 31, 831 BGB ergeben. Für die Anwendung originär organisationsbezogener Zurechnungskriterien wie den Grundsätzen über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung ist nach Ansicht des BGH in solchen Fällen kein Raum.¹¹⁷

b) Sonstige

Ist das Schutzgesetz keine Vorschrift des Strafrechts oder des Ordnungswidrigkeitenrechts, kommen grundsätzlich alle Unternehmensträger einschließlich der Gesellschaften als Adressaten in Betracht. Ob sich aus einem Schutzgesetz Unternehmenspflichten ergeben, ist durch methodengerechte Auslegung zu ermitteln. Über die allgemeinen Auslegungsprinzipien hinausgehende Grundsät-

¹¹⁴ BGHZ 125, 366, 373 ff. = NJW 1994, 1801, 1803 f.

¹¹⁵ Dazu sogleich unter → 3.

¹¹⁶ BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 28; NJW-RR 2012, 404, Rn. 8.

¹¹⁷ BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 28. Dazu noch ausf. → § 9 B III.

ze lassen sich angesichts der großen Vielfalt von Schutzgesetzen und der darin zum Ausdruck kommenden Regelungstechniken kaum benennen. Betont sei nochmal, dass die Tatsache, dass ein Verstoß gegen eine Verhaltensnorm straf- oder sanktionsbewehrt ist, nicht automatisch bedeutet, dass auch die Verhaltensnorm dem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht zuzuordnen ist und deshalb keine nicht menschlichen Unternehmensträger adressiert. Als wichtige Beispiele waren oben schon genannt worden §§ 32, 54 KWG, §§ 1, 5 BauFordSiG (früher §§ 1,5 GSB) und §§ 10, 20 RDG. Eine ähnliche Systematik liegt zahlreichen weiteren Vorschriften des öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechts zugrunde, die unternehmensbezogene Pflichten formulieren, Verstöße aber als Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten einstufen. Zu nennen sind etwa §§ 22, 23, 33 KunstUrhG, §§ 3, 7, 18 MaBV¹¹⁸, §§ 4, 40, 41 MPG¹¹⁹, §§ 3, 28 ProdSG¹²⁰ und §§ 5, 58 LFGB¹²¹. Früher gehörten auch Art. 101, 102 AEUV sowie §§ 1, 2, 19–21, 81 GWB in diesen Zusammenhang, allerdings wird die Schutzgesetzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB heute durch die Haftung nach § 33a GWB verdrängt.¹²² Erst recht können sich Unternehmenspflichten natürlich aus Schutzgesetzen ergeben, die unternehmensbezogen formuliert sind und nicht durch straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionsnormen ergänzt werden. Praxisrelevante Beispiele sind §§ 5, 22 BImSchG.

3. § 826 BGB

Nicht ausreichend geklärt ist bisher, ob und ggf. inwieweit sich Unternehmenspflichten aus § 826 BGB ergeben können. Der BGH betont den „personalen Charakter“¹²³ der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung und geht davon aus, dass juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften aus § 826 BGB nur haften können, wenn ein einzelner Repräsentant i. S. des § 31 BGB oder Verrichtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht.¹²⁴ Insbesondere lehnt er es auch in diesem Zusammenhang ab, die Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung anzuwenden, weil sich damit weder das für die Sittenwidrigkeit erforderliche „moralische Unwerturteil“, noch das für den Vorsatz erforderliche Wollenselement begründen ließen.¹²⁵ Der BGH behandelt § 826 BGB im Kontext der Unternehmenshaftung also ähnlich wie einen Straftatbestand: Als Normadressaten kommen nur natürliche Personen in Betracht, die

¹¹⁸ Makler- und Bauträgerverordnung v. 7.11.1990.

¹¹⁹ Medizinproduktegesetz v. 7.8.2002.

¹²⁰ Produktsicherheitsgesetz v. 27.7.2021.

¹²¹ Lebensmittel- und Futtermittelgesetz v. 15.9.2021.

¹²² Dazu noch unten → II 2.

¹²³ So ausdrücklich BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; NJW 2017, 250, 252f., Rn. 23.

¹²⁴ Vgl. BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; NJW 2017, 250, 251, Rn. 13.

¹²⁵ BGH NJW 2017, 250, 252, Rn. 23.

Haftung von Gesellschaften lässt sich nur als indirekte Unternehmenshaftung begründen. Das hat eine schwerwiegende Konsequenz, deren rechtspolitische Sinnhaftigkeit bisher zu selten hinterfragt wird: Die Unternehmenshaftung nach § 826 BGB basiert in der Konzeption des BGH immer auf einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt, eine Differenzierung zwischen der Haftung des Unternehmensträgers und der Haftung des handelnden Repräsentanten oder Gehilfen ist nicht möglich. Wird die Unternehmenshaftung bejaht, haftet grundsätzlich auch mindestens ein Unternehmensangehöriger persönlich. Einzige relevante Ausnahme ist, dass die Haftung des Unternehmensträgers – wie in den Dieselfällen – nicht auf einem nachgewiesenen Repräsentanten- oder Gehilfendelikt beruht, sondern auf einer für den Unternehmensträger nachteiligen Entscheidung zur Darlegungs- und Beweislast.

Dennoch wird bisher auch in der Literatur nur selten erwogen, die Unternehmenshaftung nach § 826 BGB unabhängig von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt zu konzipieren. Einen interessanten Vorstoß in diese Richtung hat *Wagner* gemacht, der bereits seit einigen Jahren vertritt, die (Unternehmens-) Haftung nach § 826 BGB und insbesondere der Vorsatz könnten auch mithilfe der Grundsätze über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung begründet werden.¹²⁶ Auf diese Weise lasse sich die Haftung eines Unternehmensträgers aus § 826 BGB selbst dann begründen, „wenn kein einziger Mitarbeiter und kein Organwalter persönlich nach § 826 haftet“.¹²⁷ Das Kammergericht hat diese Überlegungen in einer Entscheidung zur Prospekthaftung aufgegriffen und die Haftung einer Aktiengesellschaft als Emittentin eines Immobilienfonds bejaht, obwohl nicht feststand, dass ein einzelner Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt hatte;¹²⁸ der BGH hat sie später als Revisionsgericht in derselben Sache in aller Deutlichkeit zurückgewiesen.¹²⁹

Unabhängig von der erst später zu behandelnden Frage, wie eine direkte Unternehmenshaftung bei Vorsatzdelikten im Einzelnen begründet werden kann,¹³⁰ sprechen m.E. gute Gründe dafür, auch im Anwendungsbereich des § 826 BGB sorgfältig zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen zu differenzieren. Dass sich auch die Haftung nach § 826 BGB auf eine Pflichtverletzung zurückführen lässt, ist oben¹³¹ bereits dargelegt worden. Für eine sorgfältige Pflichtendifferenzierung sprechen m.E. bei § 826 BGB letztlich dieselben Erwägungen wie bei § 823 Abs. 1 BGB, wo auch die h.M. für die Verkehrspflichthaftung an-

¹²⁶ So bereits MünchKommBGB/*Wagner*, 62013, § 826 Rn. 36. Nunmehr MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 40.

¹²⁷ MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 40.

¹²⁸ KG BeckRS 2016, 17728, Rn. 53.

¹²⁹ BGH NJW 2017, 250, 252f., Rn. 23.

¹³⁰ → § 9 B.

¹³¹ → A I 1 bei Fn. 18–19.

mahnt, sorgfältig zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen zu unterscheiden, um die Unternehmenshaftung unabhängig von der persönlichen Haftung bejahen zu können. Auch bei § 826 BGB muss jedoch ein völliger Gleichlauf von Unternehmenshaftung und Repräsentanten- oder Gehilfenhaftung nicht immer sinnvoll sein. Die h. M. sieht hier offenbar kein Bedürfnis für eine Verbundhaftung z. B. nach dem *Kleindiek*-Modell, mit der sich die Unternehmenshaftung ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt bejahen ließe, weil § 826 BGB Vorsatz voraussetzt und selbst die glühendsten Anhänger eine Beschränkung der Außenhaftung von Repräsentanten und Verrichtungsgehilfen in der Regel davon ausgehen, dass die persönliche Außenhaftung bei Vorsatzdelikten sachgerecht ist.¹³² Ließe sich danach stets ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt bejahen, könnte die Unternehmenshaftung tatsächlich immer indirekt begründet werden und eine Haftung des Unternehmensträgers wegen Verletzung eigener Pflichten würde keine sinnvolle Funktion erfüllen. Zum einen scheint aber erwägenswert, ob sich nicht doch Fälle denken lassen, in denen eine Beschränkung der persönlichen Außenhaftung auch bei Vorsatzdelikten sinnvoll wäre, z. B. weil ein Mitarbeiter auf einer unteren Hierarchieebene ausschließlich zum Vorteil der Gesellschaft und unter Druck seiner Vorgesetzten gehandelt hat – man denke etwa an einen einfachen Kundenberater eines Finanzdienstleisters, der auf Weisung der Geschäftsleitung bestimmte Risiken einer Kapitalanlage verschweigt, obwohl er erkennt, dass die Kunden die Verträge in Kenntnis der Risiken nicht abschließen würden, weil er meint, die Geschäftsleitung werde schon wissen, was sie tut, und weil er fürchtet, sonst seinen Arbeitsplatz zu verlieren. Zum anderen, und das ist noch wichtiger, gibt es im Anwendungsbereich des § 826 BGB offensichtlich Fälle, in denen die Begründung eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts Schwierigkeiten bereitet, während schlechthin auf der Hand zu liegen scheint, dass die Haftung des Unternehmensträgers nach dem Telos des § 826 BGB geboten ist. Der Fondsprospekt-Fall lässt sich als Beispiel nennen, ebenso die Dieselfälle.¹³³ In solchen Fällen kann sich die Frage stellen, ob es nicht sachgerecht wäre, die Haftung des Unternehmensträgers unabhängig von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt zu begründen, weil sich in Bezug auf den Unternehmensträger bzw. das von ihm getragene Unternehmen Umstände feststellen lassen, die eine Haftung nach § 826 BGB rechtfertigen können. Das mag auf den ersten Blick frevelhaft erscheinen, ist aber, wie die durchaus ernst zu nehmende Diskussion über die Anwendung der – unternehmens- bzw. organisationsbezogenen – Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung bei § 826 BGB zeigt, jedenfalls nicht völlig fernliegend. Auf diese Fragen wird später in § 9 ausführlich zurückzukommen

¹³² Vgl. *Grunst*, Geschäftsleiter, 2016, 163 ff.; *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 233 f.

¹³³ Dazu schon oben → Einl. A I 3, § 1 B VII.

sein.¹³⁴ Kaum bestreiten lässt sich jedenfalls, dass mit einer sorgfältigen Pflichtdifferenzierung auch bei § 826 BGB die jeweiligen Verantwortlichkeiten in unternehmerischen Zusammenhängen präziser benannt würden als dies bisher der Fall ist.

Welche der aus § 826 BGB folgenden Pflichten primär oder sogar ausschließlich Unternehmensträger adressieren, ist nach dem Zweck der Vorschrift zu entscheiden, soll hier aber nicht im Einzelnen durchdekliniert werden. Orientierung bieten die in Rechtspraxis und Literatur anerkannten Fallgruppen. Hilfsweise kann auf die oben¹³⁵ zu § 823 Abs. 1 BGB dargestellten Kriterien zurückgegriffen werden, also auf die Gefahrschaffung, die Gefahrbeherrschung, das Vertrauensschutzargument und das Kosten-Nutzen-Prinzip. Die Frage der Gefahrsteuerung lässt sich keineswegs nur auf gegenständliche Gefahrenquellen und die Herbeiführung von Körper- und Sachschäden beziehen, sondern genauso auf „gefährliche“ Dienstleistungen und dadurch drohende reine Vermögensschäden. Für die Frage, wer ein berechtigtes Vertrauen auf sich zieht, sind auch und gerade im Anwendungsbereich von § 826 BGB vertragliche Beziehungen von Bedeutung.

Kursorisch betrachtet gibt es zu § 826 BGB eine ganze Reihe von Fallgruppen, in denen es primär um die Haftung von Unternehmensträgern geht und nicht offensichtlich ist, dass ausnahmslos auch die persönliche Haftung der handelnden natürlichen Personen geboten ist. Zu nennen sind etwa aus dem Bereich des Verleitens zum Vertragsbruch das Abwerben von Arbeitskräften oder das Ausspannen von Kunden oder Lieferanten mit unzulässigen Mitteln,¹³⁶ weil die neuen Verträge mit dem Unternehmensträger geschlossen werden. Aus dem Bereich der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung gehören hierher z. B. die Kredittäuschung, die Übersicherung von Krediten oder die Gewährung wirtschaftlich sinnloser Sanierungskredite, jeweils durch Banken. Die Rechtsprechung ist hier streng und argumentiert u. a. mit dem speziellen Aufsichtsregime und dem besonderen Vertrauen, das Banken auf sich ziehen,¹³⁷ also mit Umständen, die das Unternehmen als Ganzes betreffen und nicht einzelne Mitarbeiter persönlich. Aus dem Bereich der Informationshaftung lassen sich als weitere Beispiele für unternehmensbezogene Fallgruppen nennen die Erteilung falscher Kreditauskünfte,¹³⁸ ebenfalls durch Banken, außerdem die Anfertigung falscher Gutachten oder Testate durch Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

¹³⁴ → § 9 B II.

¹³⁵ → 1b.

¹³⁶ Vgl. dazu BGH NJW NJW 2004, 2080 ff.; NJW 1961, 1308 f.

¹³⁷ Vgl. BGHZ 96, 231, 235 ff. = NJW 1986, 837, 838 ff.; BGHZ 10, 228, 231 ff. = NJW 1953, 1665, 1666; Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 826 Rn. 34.

¹³⁸ Vgl. dazu BGH NJW 1984, 921 f.; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 826 Rn. 84 f.; Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 826 Rn. 39.

und andere Sachverständige,¹³⁹ die Ausstellung falscher Arbeitszeugnisse,¹⁴⁰ die ungenügende Aufklärung über Kapitalanlagen¹⁴¹ und die Veröffentlichung fehlerhafter Prospekte¹⁴² oder Ad-hoc-Mitteilungen.¹⁴³ Bei Täuschungen durch Unterlassen kann von einer (reinen) Unternehmenspflicht auszugehen sein, wenn eine Offenbarungspflicht nur den Unternehmensträger trifft, was z. B. naheliegt bei vorvertraglichen Aufklärungspflichten, wenn der Vertrag, wie es die Regel ist, mit dem Unternehmensträger geschlossen werden soll. Auch im Übrigen obliegt es primär dem Unternehmensträger und nicht einzelnen Unternehmensangehörigen, Kunden und Anleger sachgerecht zu informieren. Das kann es rechtfertigen, auch insoweit von einer direkten Unternehmenshaftung auszugehen. Eine weitere unternehmensbezogene Fallgruppe ist der Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen,¹⁴⁴ wobei die einschlägigen Fälle heute meist mithilfe der spezielleren Vorschriften des Kartellrechts gelöst werden. Schließlich lassen sich auch die Dieselfälle hier einordnen. Denn die Pflicht, keine Fahrzeuge mit manipulierten Abgassteuerungen in den Verkehr zu bringen, trifft in erster Linie die Träger der Herstellerunternehmen. Das ergibt sich u. a. daraus, dass die Pflichten nach der maßgeblichen Verordnung (EG) Nr. 715/2007,¹⁴⁵ deren Art. 5 Abs. 2 S. 1 Abschalteinrichtungen verbietet, an den Hersteller adressiert sind und nicht z. B. an die Unternehmensleitung. Außerdem lässt sich auch in diesem Zusammenhang argumentieren, dass es in erster Linie der Unternehmensträger ist, der Kunden und Märkte sachgerecht über seine Produkte informieren muss.

II. Sonderdeliktsrecht

Außer aus dem BGB-Deliktsrecht können sich Unternehmenspflichten auch noch aus dem unternehmensbezogenen Sonderdeliktsrecht ergeben. Welche Bedeutung spezielle Verhaltenspflichten z. B. aus dem öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht für das Recht der Unternehmenshaftung haben, ist oben¹⁴⁶ bei der Schutzgesetzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB bereits deutlich geworden. Es

¹³⁹ Vgl. BGH NJW 1991, 3282, 3283; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 349 ff.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 86 ff.

¹⁴⁰ Vgl. dazu Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 826 Rn. 42.

¹⁴¹ Vgl. dazu BGHZ 184, 365, 372–374, Rn. 23–27 = NZG 2010, 550, 551; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 126 ff.

¹⁴² Vgl. dazu BGH NJW 2017, 250 ff.; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 546 ff.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 102 ff.

¹⁴³ Vgl. BGH ZIP 2005, 1270 ff.; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 522 ff.

¹⁴⁴ Vgl. dazu Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 579 ff.; Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 826 Rn. 56; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 216 ff.

¹⁴⁵ ABl. 2007 L 171/1.

¹⁴⁶ → I 2.

gibt aber im Wirtschafts- und Unternehmensrecht neben Schutzgesetzen, die erst über § 823 Abs. 2 BGB eine Haftung begründen, eine zunehmende Zahl echter Anspruchsgrundlagen, von denen einige primär oder sogar ausschließlich Unternehmensträger adressieren. Da ihnen zum Teil andere Zurechnungsmodelle zugrunde liegen als sie bisher für die Unternehmenshaftung nach dem BGB-Deliktsrecht vertreten werden, sind sie eine wichtige Inspirationsquelle für die späteren Erwägungen in § 5 und § 6. Deshalb soll im Folgenden auch für einige dieser Haftungstatbestände des Sonderdeliktsrechts skizziert werden, inwieweit sie unmittelbar an Unternehmensträger gerichtet sind und welche Besonderheiten sich dabei ergeben. Eine wichtige Gemeinsamkeit vieler der nachfolgend dargestellten Haftungsnormen ist, dass sie ganz oder teilweise auf EU-Recht zurückgehen. Das ist bei der Auslegung zu beachten und wird sich später¹⁴⁷ noch als folgenreich erweisen.

1. Produkthaftung

Ein wichtiger Teil des unternehmensbezogenen Sonderdeliktsrechts ist das Produkthaftungsrecht, das in Deutschland bekanntlich zweispurig konzipiert ist. Soweit es als Produzentenhaftung auf § 823 Abs. 1 BGB beruht, wurde zur Frage der Pflichtenträgerschaft oben¹⁴⁸ bereits Stellung genommen. Zweite Spur der deliktischen Produkthaftung ist die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz (ProdHG), das auf der europäischen Produkthaftungsrichtlinie (ProdHRL)¹⁴⁹ beruht. Die Verkehrspflichten des ProdHG sind in erster Linie an den Hersteller gerichtet, der in § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHG als derjenige definiert wird, der „das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat“. Als Hersteller können gemäß § 4 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und Abs. 3 ProdHG unter bestimmten Voraussetzungen auch sog. Quasi-Hersteller, Importeure und Lieferanten gelten. Für sämtliche dieser funktionsbezogenen Beschreibungen der möglichen Haftungsadressaten ist anerkannt, dass sie auf die jeweiligen Unternehmensträger abzielen. Denn die Produkthaftung nach der ProdHRL ist als Unternehmenshaftung konzipiert, was sich u. a. aus der Entstehungsgeschichte deutlich ergibt. So wird in einem *Explanatory Memorandum* zum ursprünglichen Entwurf der Kommission erläutert, dass die Haftung des Herstellers diesen nicht übermäßig belaste, weil er die Schadenskosten oder Versicherungsprämien als Produktionskosten in seine Produktpreise einrechnen und so an seine Kunden weitergeben könne.¹⁵⁰ Als Hersteller wird hier jede Person angesehen, die in eigener Verantwortung („on their own responsibility“) am Herstellungsprozess beteiligt ist, was insbesondere einen Ausschluss abhängig beschäftigter

¹⁴⁷ Vgl. unten → § 5 D II zur Zuechnung.

¹⁴⁸ → I 1a.

¹⁴⁹ Richtlinie 85/374/EWG v. 25.7.1985, ABl. 1985 L 210/29.

¹⁵⁰ Bulletin of the European Communities, Supplement 11/76, S. 13 f.

Arbeitnehmer andeutet.¹⁵¹ Der BGH hat die etwas tautologische Definition des § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHG dahin erweitert, dass Hersteller jeder ist „in dessen Organisationsbereich das Produkt entstanden ist“¹⁵² und bringt damit ebenfalls zum Ausdruck, dass Adressaten der Produkthaftung die jeweiligen Unternehmensträger als Organisationsträger sind. Dementsprechend ist auch in der Literatur anerkannt, dass die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz eine reine Unternehmenshaftung ist, die ausschließlich Unternehmensträger adressiert.¹⁵³ Daraus folgt u. a., dass, anders als bei der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, eine persönliche Haftung von Leitungspersonen und Mitarbeitern nach dem ProdHG ausgeschlossen ist.

Hervorzuheben ist, dass der EuGH davon ausgeht, dass die Adressaten der verschuldensunabhängigen Produkthaftung in der ProdHRL abschließend geregelt sind. Leitentscheidung ist „Skov und Bilka“ aus dem Jahr 2006.¹⁵⁴ Zugrunde lag ein Urteil des Aalborg Byret (Dänemark), in dem Bilka als Einzelhändlerin und Skov als Herstellerin jeweils unabhängig von einem Verschulden zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt wurden, weil Kunden von Bilka durch salmonellenvergiftete Eier geschädigt worden waren, die Skov hergestellt hatte. Die nächste Instanz war unsicher, ob die Verurteilung von Bilka mit der ProdHRL vereinbar war und legte den Fall dem EuGH vor. Dieser entschied unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte und insbesondere das bereits erwähnte Memorandum der Kommission, dass sich der Richtlinienggeber bewusst entschieden habe, die Haftung auf den Hersteller zu konzentrieren und Lieferanten (engl. *supplier* – gemeint sind insbesondere Verkäufer und Zwischenhändler) nur subsidiär haften zu lassen.¹⁵⁵ Art. 1, 3 ProdHRL beschränkten sich also nicht darauf, die Haftung des Herstellers zu regeln, „sondern bestimmen unter den an den Herstellungs- und Vertriebsvorgängen berufsmäßig Beteiligten denjenigen, der die durch die Richtlinie eingeführte Haftung wird übernehmen müssen“. Da die Richtlinie für die in ihr geregelten Punkte eine vollständige Harmonisierung bezwecke, sei die in Art. 1, 3 ProdHRL vorgenommene Festlegung des Kreises der haftenden Personen „als erschöpfend anzusehen“. Die ProdHRL stehe daher einer nationalen Regelung entgegen, wonach Lieferanten über die in der Richtlinie geregelten Fälle hinaus verschuldensunabhängig für Produktfehler einzustehen haben – ohne Verschulden durfte also nur

¹⁵¹ Ebd., S. 14.

¹⁵² BGHZ 200, 242, 248 = NJW 2014, 2106, 2108, Rn. 16.

¹⁵³ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁹2020, § 4 ProdHaftG Rn. 8; Erman/Wilbelmi, ¹⁶2020, § 4 ProdHaftG Rn. 1; Rolland, ProdHR, 1990, § 1 ProdHaftG Rn. 7; Schmidt-Salzer, in: Umwelthaftung, 1996, 59, 67; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Bd. III/1, ²1990, Rn. 4.190; Schlechtriem, VersR 1986, 1033, 1039f.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 10.1.2006, C-402/03. Vgl. auch noch EuGH, Urt. v. 21.12.2011, C-495/10, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 25.4.2002, C-52/00, Rn. 39; GA Mengozzi, Schlussanträge v. 27.10.2011, C-495/10, Rn. 37.

¹⁵⁵ Hierzu und zum Folgenden EuGH, Urt. v. 10.1.2006, C-402/03, Rn. 22–37.

Skov haften, nicht Bilka. Eine verschuldensabhängige Haftung des Lieferanten bleibe hingegen möglich, weil die verschuldensabhängige Produkthaftung durch die Richtlinie nicht harmonisiert worden sei.

Für die Frage der Unternehmenshaftung folgt aus dieser Rechtsprechung, dass das ProdHG nicht nur ausschließlich Unternehmensträger adressiert, sondern dass die verschuldensunabhängige Haftung durch das nationale Recht auch nicht auf andere Adressaten ausgeweitet werden dürfte. Die EU-rechtlich vorgegebene Konzeption der Produkthaftung als Unternehmenshaftung ist vollharmonisierend und erlaubt keine Abweichungen.

2. Kartellrecht

Ein weiterer wichtiger Haftungstatbestand des unternehmensbezogenen Sonderdeliktsrechts ist § 33a GWB, der einen Schadensersatzanspruch zugunsten solcher Personen regelt, die durch Kartellverstöße geschädigt wurden. Die Vorschrift selbst ist hinsichtlich des Haftungsadressaten offen formuliert („Wer ...“), die maßgeblichen Verbotsnormen Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 2, 19–21 GWB adressieren jedoch ausschließlich Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Der EuGH hat im Skanska-Urteil aus dem Jahr 2019 entschieden, dass es sich bei dem Begriff „Unternehmen“ i.S. der Art. 101, 102 AEUV um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handele, durch den in Bezug auf Schadensersatzansprüche auch bestimmt werde, wer ersatzpflichtig sei.¹⁵⁶ Die Verfasser der EU-Verträge hätten sich bewusst dafür entschieden, den Begriff des „Unternehmens“ zu verwenden, um den Urheber einer Zuwiderhandlung gegen die Art. 101, 102 AEUV zu bestimmen und es obliege daher dem Unternehmen, das gegen diese Vorschriften verstoße, für den Schaden zu haften, der durch den Verstoß verursacht werde. Unter einem Unternehmen i.S. des EU-Kartellrechts versteht der EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“,¹⁵⁷ also nicht den Unternehmensträger, sondern tatsächlich das Unternehmen als Organisation. Das ist vor allem für Konzernsachverhalte relevant, weil ein Unternehmen i.S. des EU-Kartellrechts nach Ansicht des EuGH mehrere Unternehmensträger haben kann, was vor allem für Konzernunternehmen und sie tragende Konzerngesellschaften bejaht wird.¹⁵⁸ Für die §§ 1, 2, 19–21 GWB ist umstritten, ob hier ebenfalls der EU-rechtliche Unternehmensbegriff zur Anwendung kommt oder ob und ggf. inwieweit der deutsche Gesetzgeber

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 14.3.2019, C-724/17, Rn. 23 ff., 47.

¹⁵⁷ EuGH, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19, Rn. 41 – Sumal; Urt. v. 27.4.2017, C-516/17, Rn. 47 – Akzo Nobel; EuGH, Urt. v. 10.9.2009, C-97/08, Rn. 54 – Akzo Nobel.

¹⁵⁸ Dazu speziell für die deliktische Haftung EuGH, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19, Rn. 31 ff. – Sumal; Urt. v. 14.3.2019, C-724/17, Rn. 23 ff. – Skanska; IM/Franck, 62020, § 33a GWB Rn. 27 ff.; König, AcP 217 (2017), 611, 640 ff.

davon abgewichen ist bzw. abweichen darf.¹⁵⁹ Die Kartellschadensersatzrichtlinie (KartSERL)¹⁶⁰ aus dem Jahr 2014 verpflichtet die Mitgliedstaaten, Schadensersatzansprüche sowohl bei Verstößen gegen Art. 101, 102 AEUV vorzusehen als auch bei Verstößen gegen nationales Wettbewerbsrecht, soweit sich dessen Anwendung mit dem europäischen Kartellrecht überschneidet.¹⁶¹ In Art. 1 Abs. 1 KartSERL, der den Anwendungsbereich der Richtlinie bestimmt, wird dabei ausdrücklich auf Zuwiderhandlungen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Bezug genommen. Außerdem werden als „Rechtsverletzer“ in Art. 2 Nr. 2 KartSERL nur Unternehmen und Unternehmensvereinigungen definiert, die einen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht begehen.

Aus alledem folgt, dass das Kartelldeliktsrecht als reines Unternehmenshaftungsrecht konzipiert ist. Die maßgeblichen Verhaltens- und Verkehrspflichten treffen, vermittelt über den Unternehmensbegriff, unmittelbar die jeweiligen Unternehmensträger. Aus § 33a GWB i. V. m. Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 2, 19–21 GWB folgen hingegen keine deliktischen Pflichten für Organmitglieder und Mitarbeiter. Zwar dürfte davon auszugehen sein, dass das EU-Kartellrecht und insbesondere die KartSERL nicht ausschließen, dass die Mitgliedstaaten eine persönliche Haftung auch der Unternehmensangehörigen vorsehen können, allerdings hat der deutsche Gesetzgeber dies in § 33a GWB nicht getan. § 823 Abs. 2 BGB kommt neben § 33a GWB nach h. M. nicht mehr zur Anwendung¹⁶² und kann daher eine persönliche Haftung ebenfalls nicht begründen. Das OLG Düsseldorf hat im Badarmaturen-Fall die persönliche Haftung eines GmbH-Geschäftsführers auf § 830 Abs. 2 BGB gestützt,¹⁶³ also eine Beihilfe zugunsten des Unternehmensträgers angenommen. Das wird in der Literatur mit dem Argument kritisiert, eine persönliche Haftung sämtlicher Unternehmensangehöriger, wie sie nach § 830 Abs. 2 BGB möglich wäre, gehe zu weit.¹⁶⁴ Dabei wird m. E. aber nicht hinreichend gewürdigt, dass die Teilnehmerhaftung insbesondere wegen des Erfordernisses eines „doppelten Gehilfenvorsatzes“ strengen Anforderungen unterliegt. Bemängelt wird außerdem, eine Beihilfe anzunehmen, sei dogmatisch schwer vertretbar, wenn die handelnde Person den Kartellverstoß selbst begangen habe. Denn dann werde dasselbe Verhalten einmal für die Konstruktion der Haupttat (des Unternehmens) und einmal für die Konstruktion der Teilnahmehandlung verwertet.¹⁶⁵ Für das OLG Düsseldorf stellte sich dieses Problem nicht, weil der Geschäftsführer die wettbewerbswidrige Vereinbarung nicht selbst abgeschlossen, sondern lediglich gefördert hatte.¹⁶⁶

¹⁵⁹ *Bechtold/Bosch*,¹⁰2021, § 1 GWB Rn. 7 ff.; *IM/Zimmer*,⁶2020, § 1 GWB Rn. 18 ff.

¹⁶⁰ Richtlinie 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABl. EU L 349/1.

¹⁶¹ Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Nr. 3 KartSERL; Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003.

¹⁶² *BM/Mäsch*,⁴2022, § 33a GWB Rn. 33; *IM/Franck*,⁶2020, § 33a GWB Rn. 39.

¹⁶³ OLG Düsseldorf, NZKart 2014, 68, 72, Rn. 147–149.

¹⁶⁴ So z. B. *IM/Franck*,⁶2020, § 33a GWB Rn. 38.

¹⁶⁵ *Eden*, WuW 2014, 792, 798 f.

¹⁶⁶ OLG Düsseldorf, NZKart 2014, 68, 72, Rn. 145.

Teilweise wird in der Literatur auch vertreten, die ursprünglich auf den oder die Unternehmensträger bezogene Pflichtenstellung lasse sich über § 81 GWB und § 9 OWiG zumindest auf Organmitglieder und vertretungsberechtigte Gesellschafter erstrecken.¹⁶⁷ Ähnlich geht der BGH auch bei Schutzgesetzen i. S. des § 823 Abs. 2 BGB vor, wenn sie bußgeldbewehrt sind.¹⁶⁸ M.E. ist diesem Ansatz generell mit Skepsis zu begegnen, weil der Umstand, dass der Gesetzgeber eine persönliche Bußgeldhaftung für notwendig erachtet hat, für sich genommen nicht ausreicht, um auch eine persönliche Schadensersatzhaftung zu begründen. Mit Blick auf § 33a GWB kommt hinzu, dass der Gesetzgeber hier gerade keine persönliche Haftung vorgesehen hat. Das spricht auch gegen eine gelegentlich in Betracht gezogene Analogie zu § 9 OWiG.¹⁶⁹ Angesichts der klaren Regelung des § 33a GWB spricht wenig für eine planwidrige Regelungslücke; auch eine vergleichbare Interessenlage ist bisher nicht überzeugend nachgewiesen worden. Eine Haftung nach § 826 BGB wäre m. E. grundsätzlich denkbar. Allerdings würde sich nach dem hier vertretenen Ansatz auch insoweit nicht von selbst verstehen, dass die Unternehmensangehörigen persönlich Träger der maßgeblichen Pflichten sind.

3. Lauterkeitsrecht

Zum größten Teil unternehmensbezogenes Sonderdeliktsrecht ist auch die Haftung nach § 9 UWG. Danach ist schadensersatzpflichtig, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt. Unzulässig sind unlautere geschäftliche Handlungen (vgl. § 3 Abs. 1 UWG) sowie unzumutbare Belästigungen (§ 7 Abs. 1 UWG). Unlauter sind nach § 3 Abs. 2 UWG auch geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern, die nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher wesentlich zu beeinflussen. Die Haftung nach dem UWG ist jedoch keine Unternehmenshaftung in dem Sinne, dass ausschließlich Unternehmensträger adressiert würden. Vielmehr kann Täter eines UWG-Verstoßes grundsätzlich jeder sein, der eine geschäftliche Handlung i. S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vornimmt.¹⁷⁰ Eine solche ist danach „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt“. Geschäftliche Handlungen in diesem Sinne

¹⁶⁷ IM/Emmerich, ⁵2014, § 33 GWB Rn. 31; Dreher, WuW 2009, 133, 138f.

¹⁶⁸ Dazu noch unten → C II.

¹⁶⁹ FK/Roth, ¹⁰³2022, § 33a GWB Rn. 63.

¹⁷⁰ KBF/Köhler, ⁴¹2023, § 9 UWG Rn. 1.3; OS/Ohly, ⁸2023, § 9 UWG Rn. 13; MünchKomm-UWG/Fritzsche, ³2022, § 9 UWG Rn. 52.

können auch von Unternehmensangehörigen vorgenommen werden.¹⁷¹ Umstritten ist, ob aus § 9 UWG auch eine persönliche Haftung weisungsgebundener Arbeitnehmer ohne eigenen Entscheidungsspielraum abgeleitet werden kann. Teilweise wird argumentiert, in solchen Fällen fehle es bereits an einer geschäftlichen Handlung.¹⁷² Die persönliche Haftung von Organwaltern ist demgegenüber früher von der Rechtsprechung recht großzügig bejaht worden. Nach einer mittlerweile aufgegebenen Rechtsprechungslinie, die ihre Grundlage in der Störerhaftung hatte, konnten Mitglieder der Geschäftsleitung auch dann persönlich haften, wenn sie zwar nicht selbst gehandelt, aber von einem Wettbewerbsverstoß Kenntnis erlangt und diesen nicht verhindert hatten. Seit einer Leitentscheidung aus dem Jahr 2014 geht der zuständige I. Zivilsenat hingegen davon aus, dass eine persönliche Haftung von Geschäftsleitern nur in Betracht kommt, wenn sie entweder die Rechtsverletzung selbst begangen haben oder eine Garantenstellung innehatten, die sie zur Abwehr des deliktischen Erfolgs verpflichtet hat.¹⁷³ Für das Bestehen einer Garantenstellung sollen die allgemeinen Grundsätze des Deliktsrechts maßgeblich sein. M.E. stellen sich hier dieselben Probleme wie bei der Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB und wie dort sollten sie durch eine sorgfältige Differenzierung der Pflichten des Unternehmensträgers einerseits und der persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen andererseits gelöst werden. Dabei sollte nach Telos und Systematik des Lauterkeitsrechts von der Prämisse ausgegangen werden, dass das UWG primär unternehmensbezogene Pflichten statuiert. Die jüngere Rechtsprechung des I. Zivilsenats ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen, weil sie sich – anders als die Rechtsprechung des X. Zivilsenats zum Patentrecht¹⁷⁴ – darum bemüht, die allgemeine Verkehrspflichtdogmatik auch auf das Sonderdeliktsrecht zu übertragen und auf dieser Grundlage eine sachgerechte Begrenzung der persönlichen Haftung von Organwaltern zu erreichen. Ähnlich lässt sich m.E. auch die Haftung einfacher Mitarbeiter begrenzen. Auch dem UWG lassen sich also Pflichten entnehmen, die ausschließlich den Unternehmensträger treffen und wie bei § 823 Abs. 1 BGB wird dadurch eine sachgerechte Haftungsdifferenzierung ermöglicht.

4. Kapitalmarktrecht

Eindeutige Unternehmenspflichten ergeben sich auch aus dem Kapitalmarktrecht. Als besonders anschauliches Beispiel, auf welches später im Zusammen-

¹⁷¹ MünchKommUWG/Fritzsche, ³2022, § 9 UWG Rn. 52.

¹⁷² KBF/Köhler, ⁴¹2023, § 3 UWG Rn. 1.3; OS/Obly, ⁸2023, § 9 UWG Rn. 13; MünchKommUWG/Fritzsche, ³2022, § 9 UWG Rn. 54, jeweils m. w. N.

¹⁷³ BGHZ 201, 344, 347 ff. = GRUR 2014, 883 ff., Rn. 12 ff. Vgl. auch noch BGH GRUR 2015, 909, 914, Rn. 45.

¹⁷⁴ Vgl. dazu BGHZ 208, 182, 205 ff. = GRUR 2016, 257, 263 ff., Rn. 105 ff.; zu Recht kritisch H.-F. Müller, GRUR 2016, 570 ff.

hang mit Zurechnungsfragen noch zurückzukommen sein wird,¹⁷⁵ sollen hier nur die §§ 97, 98 WpHG genannt werden. Danach sind „Emittenten“ bestimmter Finanzinstrumente zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie Insiderinformationen, die sie unmittelbar betreffen, nicht unverzüglich veröffentlichen (§ 97 WpHG) oder wenn veröffentlichte Informationen unwahr sind (§ 98 WpHG). Die Vorschriften nehmen ausdrücklich auf Art. 17 der europäischen Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation – MAR)¹⁷⁶ Bezug, der die Pflicht zur unverzüglichen Veröffentlichung von Insiderinformationen begründet. Dadurch wird auch der Begriff des Emittenten aus der MAR übernommen, wo er in Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 definiert wird als „eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts, die Finanzinstrumente emittiert oder deren Emission vorschlägt“. Schon daran, dass hier nur auf juristische Personen Bezug genommen wird, zeigt sich, dass die Haftung für unterlassene oder unwahre Ad-hoc-Mitteilungen als Unternehmenshaftung konzipiert ist, die Pflichten ausschließlich an den jeweiligen Unternehmensträger adressiert. Demgemäß ist in der Literatur anerkannt, dass sich weder aus Art. 17 MAR noch aus §§ 97, 98 WpHG persönliche Pflichten für Organmitglieder oder sonstige Unternehmensangehörige ergeben und dass diese deshalb aus §§ 97, 98 WpHG nicht persönlich auf Schadensersatz haften.¹⁷⁷ Auch eine analoge Anwendung wird mangels planwidriger Regelungslücke zu Recht abgelehnt.¹⁷⁸ Hingegen wird mitunter die Möglichkeit einer persönlichen Haftung von Organmitgliedern nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 17 MAR bejaht. Unabhängig von der Frage, ob Art. 17 MAR als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden kann,¹⁷⁹ scheidet dies m. E. jedoch daran, dass Art. 17 MAR ausschließlich unternehmensbezogene Pflichten statuiert.¹⁸⁰ Dagegen lässt sich nicht überzeugend einwenden, dass der BGH auch mit Blick auf die Verkehrspflichthaftung bei § 823 Abs. 1 BGB davon ausgeht, dass Geschäftsleiter ausnahmsweise persönlich für die Verletzung von Pflichten haften können, die primär den Unternehmensträger treffen,¹⁸¹ denn aus § 823 Abs. 1 BGB als Generalklausel können sich grundsätzlich Pflichten für jedermann ergeben, aus Art. 17 MAR aber eben nicht. Auch § 830 Abs. 2 BGB wird als mögliche Anspruchsgrundlage einer persönlichen Haftung in Betracht gezogen. Allerdings wird ähnlich wie für das

¹⁷⁵ → § 5 D II 4.

¹⁷⁶ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 v. 16.4.2014, ABl. EU L 173/1.

¹⁷⁷ EBS/Polzig, ⁴2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 11, 48; SZ/Zimmer/Steinhaeuser, ⁵2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 32; ASM/Hellgardt, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 63, 171.

¹⁷⁸ EBS/Polzig, ⁴2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 48; ASM/Hellgardt, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 171; vgl. auch Hellgardt, Kapitalmarktdeliktensrecht, 2008, 429.

¹⁷⁹ Vgl. dazu Polzig, KapMR, ²2021, Rn. 553; Hellgardt, AG 2012, 154, 164 f.

¹⁸⁰ So auch EBS/Polzig, ⁴2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 49; SZ/Zimmer/Steinhaeuser, ⁵2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 152; HMS/Müllbert/Steup, ⁴2019, Rn. 41.256.

¹⁸¹ So aber ASM/Hellgardt, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 172.

Kartellrecht¹⁸² ein Problem darin gesehen, dass eine Beihilfe zur Haupttat des Unternehmens bzw. Unternehmensträgers angenommen werden müsste, dessen Haftung jedoch erst durch die „Beihilfe“ des Organmitglieds überhaupt begründet wird.¹⁸³ Eine Haftung nach § 826 BGB wird weithin für möglich gehalten, allerdings wäre nach dem hier vertretenen Ansatz auch insoweit sorgfältig zu prüfen, ob sich aus diesem Tatbestand eine Verkehrspflicht zum Schutz der Anleger nicht nur für den Unternehmensträger, sondern auch für einen Unternehmensangehörigen persönlich ergibt.

5. Datenschutzrecht

Abschließend soll noch ein kurzer Blick auf die Schadensersatzhaftung für Datenschutzverstöße geworfen werden. Maßgebliche Anspruchsgrundlage ist heute Art. 82 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO).¹⁸⁴ Danach richtet sich der Schadensersatzanspruch gegen den „Verantwortlichen“ oder gegen den „Auftragsverarbeiter“. Der Verantwortliche wird in Art. 4 Nr. 7 DS-GVO definiert als „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Als Auftragsverarbeiter wird in Art. 4 Nr. 8 DS-GVO eine „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle“ definiert, „die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“. Der Kreis der Haftungsadressaten ist also grundsätzlich offen und wird über die jeweiligen Tätigkeiten eingegrenzt. In unternehmerischen Sachverhalten ist jedoch davon auszugehen, dass die Verantwortung für die Datenverarbeitung grundsätzlich dem Unternehmensträger zugewiesen ist und nicht einzelnen Unternehmensangehörigen persönlich.¹⁸⁵ Zwar gibt es hierzu bisher keine Entscheidung des EuGH. Bestätigt wird dieses Verständnis jedoch durch eine Leitlinie des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA), der aus Vertreterinnen und Vertretern der nationalen Datenschutzbehörden und des Europäischen Datenschutzbeauftragten besteht und durch seine Arbeit gemäß Art. 70 DS-GVO zur einheitlichen Anwendung der Datenschutzvorschriften beitragen und die Zusammenarbeit zwischen den EU-Datenschutzbehörden fördern soll. In der Leitlinie wird erläutert, dass als Verantwortlicher normalerweise die Organisation als solche anzusehen ist, nicht einzelne Organisationsmitglieder.¹⁸⁶ Ausdrücklich wird betont, dass die

¹⁸² Dazu schon oben → 2.

¹⁸³ Vgl. dazu *SZ/Zimmer/Steinhaeuser*, 2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 154; *ASM/Hellgardt*, 2019, § 97 WpHG Rn. 174.

¹⁸⁴ Verordnung (EU) 2016/679 v. 27.4.2016, ABl. EU 2016 L 119/1.

¹⁸⁵ Ebenso *NK-DatenschutzR/Petri*, 2019, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO Rn. 16; *Sydow/Raschauer*, 2018, Art. 4 DS-GVO Rn. 129.

¹⁸⁶ Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Version 2.0, 7.7.2021, Rn. 17.

Betrauung einer bestimmten Person oder Abteilung mit der Datenschutz-Compliance nichts daran ändert, dass der Träger der Organisation i. S. der DS-GVO für die Verarbeitung der Daten verantwortlich bleibt.¹⁸⁷ Außerdem wird erklärt, dass für jede Datenverarbeitung durch Mitarbeiter davon ausgegangen werden kann, dass sie unter der Verantwortung der Organisation erfolgt; die Mitarbeiter selbst seien grundsätzlich nicht als Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter anzusehen.¹⁸⁸ Das bestätigt, dass die Pflichten nach der DS-GVO primär Unternehmens- bzw. Organisationspflichten sind.

III. Gefährdungshaftung

Nur der Vollständigkeit halber sei abschließend nochmals¹⁸⁹ darauf hingewiesen, dass sich die Gefährdungshaftung nicht sinnvoll als „Pflichtverletzungshaftung“ konzipieren lässt und dass Unternehmenspflichten hier deshalb keine vergleichbare Rolle spielen wie im Deliktsrecht i. e. S. Die Bestimmung des Haftungsadressaten folgt im Recht der Gefährdungshaftung eigenen Kriterien. Bei verkörperten Gefahrenquellen, also im Bereich der Haftung für gefährliche Anlagen und Verkehrsmittel z. B. nach §§ 1, 2 HPflG, § 1 UmweltHG, § 7 StVG oder § 33 LuftVG, kommt es vor allem darauf an, wer die Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle innehat und wer die Gefahrenquelle auf eigene Rechnung gebraucht.¹⁹⁰ Bei gefährlichen Tätigkeiten z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG, § 32 Abs. 1 GenTG oder § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG ist entscheidend, wem die jeweilige Aktivität rechtlich zuzuordnen ist.¹⁹¹

C. Organ- und Mitarbeiterpflichten

Mit der sachgerechten Differenzierung zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers einerseits und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen andererseits hält man m. E. auch den Schlüssel für eine sachgerechte Begrenzung der persönlichen Haftung von Organmitgliedern und Arbeitnehmern in der Hand – und zwar nicht nur in Bezug auf mittelbare Rechtsverletzungen und Unterlassungen im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB, sondern genauso in Bezug auf unmittelbare Rechtsverletzungen und sogar vorsätzliche Schädigungen, unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage. Die

¹⁸⁷ Ebd., Rn. 18.

¹⁸⁸ Ebd., Rn. 19 m. Fn. 9.

¹⁸⁹ Siehe schon oben → A I 2.

¹⁹⁰ Dazu noch ausf. unten → § 7 B I 2 u. 3.

¹⁹¹ Dazu ausf. → § 7 C II.

Problematik der persönlichen Haftung von Organmitgliedern und Arbeitnehmern gehört freilich zu den meistdiskutierten und umstrittensten Themen des Haftungsrechts und hat gleich mehrere Habilitationsschriften¹⁹² und eine zweistellige Zahl von Dissertationen¹⁹³ hervorgebracht. Es übersteigt die Zielsetzung der hiesigen Arbeit, zu dieser weitschweifenden Debatte mehr als nur ein paar grundsätzliche Gedanken beizutragen, die an anderer Stelle noch konkretisiert werden müssten. Die nachfolgenden Überlegungen sind aber m.E. auch für das Verständnis der Unternehmenshaftung hilfreich, weil sie zeigen, dass sich die Unternehmenshaftung oftmals nicht als indirekte Unternehmenshaftung begründen lässt. Nicht selten wird es nämlich bereits an einer persönlichen Organ- oder Mitarbeiterpflicht fehlen und es kann dann auch kein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt festgestellt werden. Die Haftung des Unternehmensträgers kann dann nur als direkte, an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpfende Haftung begründet werden.

I. § 823 Abs. 1 BGB

Organ- und Mitarbeiterpflichten können sich zunächst aus § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Die h.M. differenziert hinsichtlich der persönlichen Außenhaftung von Unternehmensangehörigen im Anwendungsbereich von § 823 Abs. 1 BGB zwischen mittelbaren und unmittelbaren Rechtsverletzungen und zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Verhalten. Für unmittelbare Verletzungen und Vorsatzdelikte sollen Organmitglieder und Arbeitnehmer uneingeschränkt persönlich haften.¹⁹⁴ Bei mittelbaren Rechtsverletzungen soll es hingegen darauf ankommen, dass das Organmitglied oder den Mitarbeiter persönlich eine Verkehrspflicht trifft. Unter welchen Voraussetzungen eine solche persönliche Verkehrspflicht bejaht werden kann, ist allerdings sehr umstritten.

Im Grundsatz dürfte heute anerkannt sein, dass sorgfältig zu differenzieren ist zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen und außerdem zwischen Pflichten, die nur im Innenverhältnis bestehen und deliktischen Pflichten, die den Organmit-

¹⁹² Sandmann, Haftung, 2001; Kleindiek, Deliktshaftung, 1997, 368 ff.; Haas, Geschäftsführerhaftung, 1997; Denck, Außenhaftung, 1980.

¹⁹³ Vgl. aus jüngerer Zeit nur Grunst, Geschäftsleiter, 2016; Schirmer, Körperschaftsdelikt, 2015; D. Westerhoff, Außenhaftung, 2014; Dreier, Verkehrspflichthaftung, 2002; Keller, Außenhaftung, 2002; Grünwald, Außenhaftung, 1999; Vehreschild, Verkehrspflichthaftung, 1999; Sandberger, Außenhaftung, 1997; Rottkemper, Außenhaftung, 1996; Beckers, Außenhaftung, 1996.

¹⁹⁴ BGH NJW 2012, 3439, 3441 f., Rn. 24; BGHZ 109, 297, 302 = NJW 1990, 976, 977; NJW 1974, 1371, 1372; MünchKommGmbHG/Fleischer, 42023, § 43 Rn. 436; NSH/Beurskens, 232022, § 43 GmbHG Rn. 136; LH/Kleindiek, 2020, § 43 GmbHG Rn. 79; OSK/Schwarze, 42014, § 16 Rn. 6.

gliedern oder Arbeitnehmern im Außenverhältnis gegenüber Dritten zukommen. Der VI. Zivilsenat des BGH war in der berühmt-berüchtigten Baustoff-Entscheidung mit der Annahme einer persönlichen Pflicht eher großzügig und ging davon aus, dass eine „Garantenstellung“ eines GmbH-Geschäftsführers zum Schutz fremder Rechtsgüter bestehen könne, wenn Dritte der Gesellschaft Schutzgüter anvertrauen und deren Schutz in den Aufgabenbereich des Geschäftsführers fällt. Kraft seiner „Zuständigkeit für die Organisation und Leitung“ und der daraus erwachsenden „persönlichen Einflußnahme auf die Gefahrenabwehr bzw. -steuerung“ könne der Geschäftsführer dann den Dritten gegenüber persönlich verantwortlich sein, obwohl die Schutzpflicht „prinzipiell“ nur die Gesellschaft treffe.¹⁹⁵ Das wurde konkret bejaht in Bezug auf den Schutz des Eigentums einer Baustofflieferantin, welche der GmbH Baustoffe unter Eigentumsvorbehalt geliefert hatte, ihr Eigentum dann aber gemäß § 946 BGB verlor, weil die Baumaterialien auf einer Baustelle verbaut wurden. Eine widerrechtliche Verletzung des Vorbehaltseigentums zu vermeiden, sei, so der BGH, „eine organisatorische Aufgabe, zu der zu allererst der Geschäftsführer berufen ist“.¹⁹⁶ Der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat hat in der Kirch/Breuer-Entscheidung eine vertragliche Loyalitätspflicht der beklagten Deutschen Bank AG recht undifferenziert auf deren Vorstandsvorsitzenden gespiegelt: „Was der juristischen Person aufgrund der vertraglichen Treuepflicht untersagt ist, ist daher zwangsläufig auch dem oder den für sie handelnden Organen verboten.“¹⁹⁷ Noch weiter geht der für das Patentrecht zuständige X. Zivilsenat, der in der Glasfasern-II-Entscheidung aus dem Jahr 2015 an die Grundsätze des Baustoff-Urteils angeknüpft hat, um die persönliche Haftung eines GmbH-Geschäftsführers für eine Patentverletzung zu begründen, für die nicht erwiesen war, dass der Geschäftsführer selbst daran mitgewirkt hatte.¹⁹⁸ Der gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft sei kraft seiner Verantwortung für die Organisation und Leitung des Geschäftsbetriebs und der damit verbundenen Gefahren grundsätzlich gehalten, den Betrieb so zu organisieren, dass eine Verletzung fremder Patente vermieden werde. Angesichts der besonderen Gefährdungslage für technische Schutzrechte und der großen Bedeutung, die einer Prüfung der Schutzrechtslage zukomme, deute der Umstand, dass es zu einer schuldhaften Patentverletzung gekommen sei, in der Regel darauf hin, dass die gesetzlichen Vertreter die ihnen obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt hätten. Deshalb müsse der Verletzte regelmäßig zur persönlichen Verantwortlichkeit eines Geschäftsführers nicht näher vortragen; vielmehr treffe den Geschäftsführer eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Frage, wie er den

¹⁹⁵ BGHZ 109, 297, 303 = NJW 1990, 976, 977 f.

¹⁹⁶ BGHZ 109, 297, 304 = NJW 1990, 976, 978.

¹⁹⁷ BGHZ 166, 84, 115 = NJW 2006, 830, 843, Rn. 127.

¹⁹⁸ Zum Folgenden BGHZ 208, 182, 205 ff. = GRUR 2016, 257, 263 ff., Rn. 105 ff.

ihm obliegenden Pflichten nachgekommen sei.¹⁹⁹ Zum Teil deutlich zurückhaltender haben sich der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat²⁰⁰ und der für das Lauterkeitsrecht zuständige I. Zivilsenat geäußert, der früher ähnlich extensiv vorging wie der X. Zivilsenat, sich aber mittlerweile um eine Begrenzung der persönlichen Haftung bemüht.²⁰¹

Die Rechtsprechung zur Verkehrspflichthaftung einfacher Arbeitnehmer bietet ein ähnlich uneinheitliches Bild. In der Wachmann-Entscheidung, die allgemein als Leitentscheidung gilt, ging der BGH davon aus, dass ein angestellter Wachmann, der während seines Wachdienstes nicht verhindert hatte, dass unbekannte Täter Pelzwaren aus einem Lagerhaus seiner Arbeitgeberin entwendet hatten, der Eigentümerin der Pelze keinen Schadensersatz schulde.²⁰² Dem Wachmann habe keine Rechtspflicht gegenüber der Eigentümerin obliegen, den Diebstahl der Pelze zu verhindern. Er sei aus dem Arbeitsvertrag nur seiner Arbeitgeberin gegenüber verpflichtet gewesen. Besondere deliktische Pflichten aus Beruf oder Gewerbe bestünden nur bei Personen, „die beruflich oder im gewerblichen Leben eine gewisse selbständige Stellung erlangt haben oder ihre beruflichen oder gewerblichen Dienste der Allgemeinheit anbieten und die damit kraft ihres Berufes oder Gewerbes eine besondere Verantwortlichkeit der Allgemeinheit gegenüber übernommen haben“. Wer dagegen lediglich als Arbeitnehmer den Weisungen seines Dienstherrn nachzukommen und diesem gegenüber Aufsichtspflichten zu erfüllen habe, könne bei mangelhafter Erfüllung seiner Dienstpflichten nicht von Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Andernfalls würde der Anwendungsbereich des Deliktsrechts „in sachlich ungerechtfertigter nahezu schrankenloser Weise ausgedehnt“. Die außervertragliche Haftung wegen Verletzung beruflicher und gewerblicher Fürsorge- und Verwahrungspflichten sei deshalb „auf Unternehmer mit einer gewissen Selbständigkeit zu begrenzen“. Die Wachmann-Entscheidung ist sorgfältig begründet und hat in der Literatur viel Zustimmung gefunden.²⁰³ Sie steht allerdings in offenem Widerspruch zu zahlreichen weiteren Urteilen, in denen der BGH eine persönliche Verkehrspflichthaftung abhängig beschäftigter Arbeitnehmer bejaht und sich dafür auch auf Berufspflichten berufen hat. Dabei geht es auch nicht nur um Tätigkeiten, die oft freiberuflich ausgeübt werden, etwa von Ärzten²⁰⁴ oder Architekten,²⁰⁵ sondern eine persönliche Außenhaftung wegen Verletzung von Verkehrspflichten ist z. B. auch bejaht oder

¹⁹⁹ BGHZ 208, 182, 209 = GRUR 2016, 257, 264 f., Rn. 118–120.

²⁰⁰ BGHZ 125, 366, 375 f. = NJW 1994, 1801, 1803.

²⁰¹ BGHZ 201, 344, 348 ff. = GRUR 2014, 883, 884 f., Rn. 15 ff.

²⁰² Zum Folgenden BGH NJW 1987, 2510 f.

²⁰³ Vgl. OSK/Schwarze, 42014, § 16 Rn. 9; Larenz/Canaris, SchuldR BT, 131994, § 76 III 5d, S. 421; Denck, BB 1989, 1192, 1194; Dubischar, NJW 1989, 3241; differenzierend MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 823 Rn. 152 f.

²⁰⁴ Vgl. BGHZ 169, 364 ff. = NJW-RR 2007, 310 ff.

²⁰⁵ BGH NJW-RR 2007, 1027 f.

zumindest ernsthaft erwogen worden für Straßenbahnfahrer,²⁰⁶ Poliere,²⁰⁷ Bauleiter,²⁰⁸ Redakteure,²⁰⁹ Verkäufer,²¹⁰ Schwimmmeister und Schwimmmeistergehilfen,²¹¹ Pflegekräfte,²¹² Busfahrer,²¹³ Tankwagenfahrer²¹⁴ und Mitarbeiter von Automatenunternehmen.²¹⁵

In der Literatur sind zahlreiche Versuche unternommen worden, die Verkehrspflichthaftung von Organmitgliedern und Arbeitnehmern zu beschränken. *Kleindiek* geht z. B. davon aus, dass eine eigene Verkehrspflicht eines Organmitglieds nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht komme, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Verkehrspflicht in seiner Person verwirklicht seien, z. B. weil es durch eigene Aktivität eine Quelle erhöhter Gefahr schaffe oder als Bewahrungs- oder Beschützergarant auftrete.²¹⁶ Für die Konkretisierung originärer Verkehrspflichten des Organmitglieds seien der Rang des jeweils geschützten Rechtsguts, das bestehende Risiko einer Schädigung Dritter und die Schwere der potenziellen Schäden ebenso zu berücksichtigen wie die Notwendigkeit, gefahrträchtige Vorgänge im Unternehmen wegen ihrer Komplexität gerade durch das Organmitglied persönlich überwachen zu lassen. *Haas* will darauf abstellen, ob ein „nicht mehr hinnehmbares Mißverhältnis zwischen Gefahrenlage und gesellschaftsinterner Organisationsstruktur“ bestehe und hält dafür ebenfalls ein breites Bündel von Kriterien für maßgeblich.²¹⁷ Die Relevanz des betroffenen Rechtsguts wird auch von anderen betont;²¹⁸ teilweise wird sogar argumentiert, eine Garantenstellung von Organmitgliedern komme nur für Leib und Leben in Betracht.²¹⁹ Häufig wird auch verlangt, dem Organmitglied müsse eine besondere Verantwortung für die Gefahr bzw. die Gefahrbeherrschung zukommen²²⁰ oder es müsse sich um eine besonders qualifizierte Gefahr handeln.²²¹ Erwogen wird auch, die persönliche Haftung auf Fälle zu beschränken, in denen ein Organmitglied besonderes per-

²⁰⁶ BGH NJW 1999, 573 f.

²⁰⁷ BGH LM § 823 BGB (Dc) Nr. 101 (1975); VersR 1973, 836.

²⁰⁸ BGH VersR 1964, 942, 943 f.

²⁰⁹ BGH NJW 1977, 626.

²¹⁰ BGH NJW 1963, 101 f.

²¹¹ BGHZ 217, 50, 59 = NJW 2018, 301, 303, Rn. 24; BGH NJW-RR 1990, 1245 f.

²¹² BGH NJW 1991, 2960 f.

²¹³ BGH NJW 1993, 654 f.

²¹⁴ BGH NJW 1995, 1150 f.

²¹⁵ BGH NJW-RR 1993, 346, 347.

²¹⁶ LH/*Kleindiek*, GmbHG, ²⁰2020, § 43 Rn. 87; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 457 ff.; ebenso *Wicke*, ⁴2020, § 43 GmbHG Rn. 24.

²¹⁷ *Haas*, Geschäftsführerhaftung, 1997, 256 ff.

²¹⁸ *Bachmann*, in: Verh. 70. DJT, 2014, E 119; *Nietsch*, CCZ 2013, 192, 198.

²¹⁹ BH/*Zoellner/Noack*, GmbHG, ²¹2017, § 43 Rn. 78.

²²⁰ *Eckardt*, in: GJZ-Tagungsband, 1997, 61, 70 f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5d, S. 421 ff.; *H.-J. Mertens/G. Mertens*, JZ 1990, 488, 489.

²²¹ *Haas*, WM 2006, 1417, 1424.

sönliches Vertrauen in Anspruch genommen²²² bzw. die maßgebliche Pflicht erkennbar als eigene übernommen habe.²²³ Von *Grunewald* stammt der Vorschlag, eine persönliche Haftung nur bei Pflichten zuzulassen, die gegenüber der Allgemeinheit bestehen, nicht jedoch bei Pflichten, die sich auf einen Vertrag mit dem Unternehmensträger zurückführen lassen.²²⁴ Verbreitet wird eine persönliche Haftung eines Organmitglieds für möglich gehalten, wenn es von Verletzungshandlungen einfacher Mitarbeiter Kenntnis erlangt und dagegen nicht einschreitet, nicht jedoch, wenn es lediglich (grob) fahrlässig eine Aufsichts- oder Organisationspflicht verletzt.²²⁵ Teilweise wird sogar dafür plädiert, Organmitglieder für bloß mittelbare Rechtsverletzungen gar nicht haften zu lassen.²²⁶ Speziell für die Arbeitnehmerhaftung wird u. a. darauf abgestellt, ob dem Arbeitnehmer bei der Gefahrbeherrschung ein eigener Entscheidungsspielraum zukommt oder ob er lediglich Weisungen des Arbeitgebers befolgt. *Krause* verlangt z. B. für eine persönliche Außenhaftung, dass der Arbeitnehmer bei der Steuerung der Risiken weitgehend freie Hand haben müsse.²²⁷ Umstritten ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen neben einer originären Verkehrspflicht des Organmitglieds oder Mitarbeiters auch eine Übernahme der Pflicht des Unternehmensträgers in Betracht kommt und welche Anforderungen an eine solche Pflichtenübernahme zu stellen sind.²²⁸

In jüngerer Zeit haben *Grunst* und *Schirmer* unabhängig voneinander dafür plädiert, die persönliche Haftung von Organmitgliedern nicht nur in Bezug auf mittelbare, sondern auch in Bezug auf unmittelbare Rechtsverletzungen zu beschränken.²²⁹ Sie argumentieren, § 31 BGB solle so interpretiert werden, dass die Haftung im Regelfall nur den Verband treffe, nicht auch das Organmitglied persönlich; im Grundsatz soll es also keine „Doppelhaftung“ mehr geben, von der die h. M. bei unmittelbaren Rechtsverletzungen bisher ausgeht. Dafür werden u. a. historisch-dogmatische Erwägungen zu § 31 BGB geltend gemacht. Außerdem wird auf die im Staatshaftungsrecht geltende Haftungsüberleitung

²²² *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464, 481; *Medicus*, FS W. Lorenz, 1991, 155, 169; *H.-J. Mertens/G. Mertens*, JZ 1990, 488, 489f.

²²³ MünchKommGmbHG/*Fleischer*, ⁴2023, § 43 Rn. 443; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 138 ff.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5d, S. 421 ff.; *Medicus*, FS W. Lorenz, 1991, 155, 169; *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33, 64f.

²²⁴ *Grunewald*, ZHR 157 (1993), 451, 454ff.

²²⁵ LH/*Kleindiek*, ²⁰2020, § 43 GmbHG Rn. 88; *Haas*, Geschäftsführerhaftung, 1997, 232f.; *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464, 480f.

²²⁶ NSH/*Beurskens*, ²³2022, § 43 GmbHG Rn. 144; UHL/*Paefgen*, ²2014, § 43 GmbHG Rn. 354 ff.

²²⁷ *Soergel/Krause*, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 73; *Krause*, VersR 1995, 752, 759.

²²⁸ Vgl. MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 138 ff.; *Soergel/Krause*, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 71, 73; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5d, S. 421 ff.

²²⁹ *Grunst*, Geschäftsleiter, 2016, 54 ff., 117 ff., 317 ff. und passim; *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 185 ff., 243 ff. und passim. Vgl. auch schon *Bachmann*, in: Steuerungsfunktionen, 2007, 93, 139ff.

nach Art. 34 S. 1 GG und entsprechende Regelungen in den Deliktsrechten anderer Länder verwiesen. Vor allem argumentieren *Grunst* und *Schirmer* jedoch mit dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Haftungskonzentration, dem sie entnehmen, dass Organmitglieder grundsätzlich nur im Innenverhältnis haften sollen, damit etwaige Schadensersatzzahlungen über das Gesellschaftsvermögen allen Gesellschaftsgläubigern gleichermaßen zur Verfügung stehen. M.E. leiden diese Vorschläge vor allem daran, dass sie auf § 31 BGB gestützt sind. Denn dadurch können von der Haftungsbeschränkung nur Führungskräfte in Unternehmen profitieren, die von Gesellschaften getragen werden; außerdem eignet sich der Ansatz nicht für eine entsprechende Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung.²³⁰ Dadurch käme es zu Ungleichbehandlungen, die sich sachlich kaum rechtfertigen lassen. Denn es ist nicht ersichtlich, warum einfache Mitarbeiter strenger haften sollten als Führungskräfte.

M.E. kann nicht nur bei mittelbaren, sondern auch bei unmittelbaren Verletzungen danach differenziert werden, ob die maßgeblichen Verhaltens- und Sorgfaltspflichten nur den Unternehmensträger treffen oder auch den handelnden Unternehmensangehörigen persönlich. Auf diese Weise lässt sich auch eine sachgerechte Feinsteuerung der persönlichen Haftung erreichen. Denn auch bei unmittelbaren Verletzungen und sogar bei vorsätzlichen Schädigungen kann ggf. eine persönliche Pflichtverletzung und damit ein persönliches Delikt des Organmitglieds oder Mitarbeiters verneint werden. Für die Frage, ob der Unternehmensangehörige persönlich verpflichtet ist, sollte auf dieselben Kriterien zurückgegriffen werden, die auch sonst für die Bestimmung von Verkehrspflichten herangezogen werden und die oben bereits dargestellt wurden, nämlich die Gefahrschaffung, die Gefahrbeherrschung, das Argument des Vertrauensschutzes und das Kosten-Nutzen-Prinzip.²³¹ Vorsicht ist bei den ersten beiden Kriterien geboten. Denn die Tatsache, dass es die handelnden natürlichen Personen sind, denen faktisch die Gefahrsteuerung obliegt, kann allein nicht genügen, um sie persönlich in die Pflicht zu nehmen. Denn faktisch sind es natürlich immer Menschen, die die Gefahren der unternehmerischen Aktivität beherrschen, rechtlich ist die Verantwortung für die Gefahrenlagen dennoch dem Unternehmensträger zuzuordnen, auch wenn es sich dabei um eine Gesellschaft handelt.²³² Aus Gefahrschaffung oder Gefahrbeherrschung wird man daher eine persönliche Pflicht nur herleiten können, wenn das jeweilige Organmitglied oder der jeweilige Mitarbeiter die Gefahr *allein* geschaffen hat oder beherrscht, wenn die Gefahr also gerade nicht auf der unternehmerischen Tätigkeit beruht. Wird die Gefahrenlage hingegen durch Entscheidungen oder Handlungen anderer Unternehmensangehöriger mitbeeinflusst, würde die An-

²³⁰ Dazu schon oben → § 3 A I 3.

²³¹ Dazu schon oben → B I 1b.

²³² → B I 1b aa bb.

nahme einer persönlichen Haftung dazu führen, dass ein einzelnes Organmitglied oder ein einzelner Mitarbeiter Risiken trägt, die als Unternehmensrisiken eigentlich dem Unternehmensträger zuzuordnen sind. Reine Individualrisiken sind in unternehmerischen Sachverhalten aber selten, sodass eine persönliche Haftung unter dem Aspekt der Gefahrschaffung oder Gefahrbeherrschung nur ausnahmsweise in Betracht kommen wird. Auch das Kosten-Nutzen-Prinzip wird regelmäßig nur auf den Unternehmensträger verweisen, nicht auf einen Unternehmensangehörigen persönlich. Relevanter scheint demgegenüber das Vertrauensschutzargument: Zwar ist auch insoweit darauf zu achten, dass das handelnde Organmitglied oder der handelnde Mitarbeiter persönlich besonderes Vertrauen in Anspruch nehmen muss, was voraussetzt, dass er dem Rechtsverkehr nicht bloß als Unternehmensangehöriger, sondern mit seinen persönlichen Kompetenzen und Fähigkeiten gegenübertritt. Gerade bei Tätigkeiten, bei denen sich das Vertrauen des Rechtsverkehrs typischerweise stärker auf die persönliche Qualifikation der handelnden Personen stützt als auf das Unternehmen, das sie beschäftigt, kann dies aber im Einzelfall durchaus zu bejahen sein. Als Beispiel lassen sich Krankenhausärzte nennen.

II. § 823 Abs. 2 BGB

Organ- und Mitarbeiterpflichten können sich weiterhin aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben bzw. aus den dadurch in Bezug genommenen Schutzgesetzen. Die persönliche Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wird vielfach für ähnlich unproblematisch gehalten wie die Haftung für unmittelbare Rechtsverletzungen bei § 823 Abs. 1 BGB.²³³ Ob ein Schutzgesetz (auch) ein Organmitglied oder einen Mitarbeiter persönlich adressiert oder ob es exklusiv an den jeweiligen Unternehmensträger gerichtet ist, ist durch methodengerechte Auslegung zu ermitteln. Dabei wird sich in der Tat für viele Schutzgesetze ergeben, dass sie auf Individuen bezogen sind und daher persönliche Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltpflichten begründen. Das gilt z. B. für die große Masse der Verkehrsregeln gemäß § 1 ff. StVO, von denen viele als Schutzgesetze anerkannt sind. Die Vorschriften des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts adressieren unmittelbar sogar nur natürliche Personen, weil eine Strafbarkeit juristischer Personen und von Personenvereinigungen in Deutschland nicht anerkannt ist und eine Sanktionierung nur sehr eingeschränkt nach § 30 OWiG. Deshalb haften Organmitglieder oder Mitarbeiter unproblematisch nach § 823 Abs. 2 BGB persönlich auf Schadensersatz, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen z. B. einen Betrug nach § 263 StGB oder eine Untreue nach § 266

²³³ LH/Kleindiek, ²⁰2020, § 43 GmbHG Rn. 80; Wagner, VersR 2001, 1057, 1059 f.; vgl. aber MünchKommGmbHG/Fleischer, ⁴2023, § 43 Rn. 444; Verse, ZHR 170 (2006), 398 ff.

StGB begehen. Für den Unternehmenskontext wichtige persönliche Pflichten ergeben sich außerdem aus den teilweise ebenfalls strafbewehrten Schutzgesetzen des Gesellschaftsrechts und des Insolvenzrechts. Von großer praktischer Bedeutung ist die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO, die sich an organschaftliche Vertreter zahlungsunfähiger oder überschuldeter Gesellschaften richtet. Deliktische Organpflichten ergeben sich auch aus §§ 399–401 AktG, § 82 GmbHG und § 331 HGB, die zum Schutz von Gläubigern und Anlegern bestimmte Informationspflichtverstöße unter Strafe stellen und deren wesentliche Tatbestände als Schutzgesetze i. S. von § 823 Abs. 2 BGB anerkannt sind.²³⁴ Auch die Buchführungspflichten nach § 41 GmbHG, § 91 Abs. 1 AktG und § 238 HGB adressieren die Organmitglieder, nicht die Gesellschaft. Für die Auskunftspflichten nach § 51a GmbH und § 131 AktG, die sich ebenfalls an die Geschäftsführer bzw. den Vorstand richten, wird hingegen von der h.M. die Schutzgesetzeigenschaft verneint.²³⁵

Soweit es um die Verletzung von Schutzgesetzen geht, die straf- oder bußgeldbewehrt sind, können sich Organ- und Mitarbeiterpflichten zudem aus § 14 StGB und § 9 OWiG ergeben, auch wenn das Schutzgesetz selbst unternehmensbezogen formuliert ist. Praxisrelevante Beispiele sind die oben²³⁶ bereits diskutierten §§ 32, 54 KWG, §§ 1, 2 BauFordSiG und §§ 10, 20 RDG. Die Pflichten nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG, § 1 Abs. 1 S. 1 BauFordSiG und § 10 Abs. 1 RDG adressieren die jeweiligen Unternehmensträger, auch Gesellschaften, die Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitstatbestände in § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG, § 2 BauFordSiG und § 20 Abs. 1 Nr. 2 RDG gelten hingegen nur für natürliche Personen. Als Brücken dienen § 14 StGB und § 9 OWiG, die anordnen, dass Tatbestände, die besondere persönliche Merkmale voraussetzen, auch auf vertretungsberechtigte Organmitglieder und Gesellschafter anzuwenden sind, wenn die Merkmale zwar nicht bei diesen, aber bei der Gesellschaft vorliegen. Als besondere persönliche Merkmale in diesem Sinne gelten auch die Pflichtenstellungen nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG, § 1 BauFordSiG und § 10 Abs. 1 RDG. Mit § 14 StGB und § 9 OWiG wird einerseits die persönliche Verantwortung der Unternehmensleiter betont, andererseits aber auch erst die Grundlage für die Anwendung des § 30 OWiG geschaffen. Denn die Bebußung einer juristischen Person oder Personenvereinigung setzt danach voraus, dass eine Leitungsperson i. S. von § 30 Abs. 1 OWiG eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat. Obwohl § 32 Abs. 1 S. 1 KWG und § 1 BauFordSiG unternehmensbezogen formuliert sind, kann eine Straftat nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG oder § 2 BauFordSiG im-

²³⁴ BGHZ 160, 134, 140ff. = NJW 2004, 2664, 2665; BGHZ 149, 10, 20f. = NJW 2001, 3622, 2624; BGHZ 105, 121, 123 = NJW 1988, 2794, 2795; Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 823 Rn. 162; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 597.

²³⁵ MünchKommGmbHG/Hillmann, ⁴2023, § 51a Rn. 104; J. Koch, AktG, ¹⁶2022, § 131 Rn. 78; BKL/Reger, ⁵2021, § 131 AktG Rn. 34.

²³⁶ → B I 2.

mer nur von einem Mitglied der Unternehmensleitung begangen werden, dem dafür die Pflichtenstellung des Unternehmensträgers nach § 14 StGB zugerechnet wird. Für diese Straftat als sog. Anknüpfungstat kann dann der Unternehmensträger nach § 30 Abs. 1 OWiG bebußt werden. Entsprechendes gilt bei Ordnungswidrigkeiten, also z.B. bei §§ 10, 20 RDG, wobei § 9 OWiG die Funktion des § 14 StGB übernimmt.

Für die Schutzgesetzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB ist dieser Mechanismus deshalb relevant, weil der BGH davon ausgeht, dass § 14 StGB und § 9 OWiG Organmitglieder nicht nur mit Wirkung für das Strafrecht und das Ordnungswidrigkeitenrecht zu Pflichtenadressaten machen, sondern auch mit Wirkung für das Zivilrecht.²³⁷ Das führt dazu, dass bei Verstößen gegen unternehmensbezogen formulierte Schutzgesetze wie § 32 KWG, § 1 BauFordSiG und § 10 RDG immer auch die handelnden Organmitglieder persönlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden können. Sobald also eine Unternehmenspflicht straf- oder bußgeldbewehrt ist, handelt es sich *automatisch* auch um eine Organpflicht. Denn die Pflichtenstellung des Unternehmensträgers ist immer als besonderes persönliches Merkmal i. S. von § 14 StGB und § 9 OWiG anzusehen. Macht man sich klar, dass ein großer Teil der unternehmensbezogenen Verhaltenspflichten im öffentlichen und privaten Wirtschaftsrecht zumindest bußgeldbewehrt ist,²³⁸ liegt auf der Hand, dass sich hieraus ein erhebliches Haftungsrisiko für die Geschäftsleiter ergibt. In der Literatur wird dieser Ansatz zum Teil damit gerechtfertigt, die persönliche Haftung sei sachgerecht, wenn der Gesetzgeber durch die Straf- oder Sanktionsbewehrung zum Ausdruck bringe, dass der Pflichtverstoß eine besondere Qualität habe.²³⁹ Auch sei es oft eine rein gesetzgebungstechnische Frage, ob bereits die Verhaltensnorm an Organmitglieder adressiert sei oder ob sich deren Pflichten erst aus § 14 StGB oder § 9 OWiG ergäben.²⁴⁰ Die Übernahme der automatischen Pflichtenprojektion in das Zivilrecht wird aber auch kritisiert. So bemängelt *Wagner*, § 14 StGB taue nicht als Beleg für einen Willen des Gesetzgebers, den Organmitgliedern persönlich auch deliktische Pflichten aufzuerlegen, weil die Vorschrift spezifisch strafrechtliche Funktionen erfülle, die sich aus dem Fehlen eines Unternehmensstrafrechts ergäben.²⁴¹ Es sei deshalb für jede Schutznorm sorgfältig zu prüfen, ob sie nur eine Verpflichtung des Verbands begründen oder darüber hinaus ein Organmitglied persönlich in die Pflicht nehmen solle. Denn nur so

²³⁷ Vgl. BGH NJW 2019, 2164, Rn. 15; NJW 2018, 3093, Rn. 13 ff.; NJW 2017, 2463, Rn. 11 ff.; NJW-RR 2015, 1279 f., Rn. 9; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 158; *Maier-Reimer*, NJW 2007, 3157, 3159.

²³⁸ Vgl. dazu schon die Beispiele oben → B I 2.

²³⁹ *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 410 f.; *Bisson*, GmbHR 2005, 1453, 1455.

²⁴⁰ *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 410.

²⁴¹ Hierzu und zum Folgenden MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 158. Kritisch auch *Klein*, WM 2016, 862, 862; *Freitag*, ZBB 2014, 357, 363 f.; *Hellgardt*, WM 2006, 1514, 1516; *Ekkenga*, ZIP 2004, 781, 791; *Medicus*, GmbHR 2002, 809, 819 f.

lasse sich überhaupt zwischen der Schutzgesetzhaftung des Verbands und derjenigen des Organmitglieds differenzieren.

M.E ist dem zuzustimmen und zwar nicht nur für § 14 StGB, sondern auch für § 9 OWiG. Es erstaunt, dass der BGH bisher keine Sensibilität dafür zeigt, dass die automatische Pflichtenverdoppelung über § 14 StGB und § 9 OWiG im Zivilrecht nicht gleichermaßen geboten ist wie im Strafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht. Der zentrale Unterschied liegt darin, dass die Unternehmenshaftung nach § 30 OWiG als indirekte Unternehmenshaftung konzipiert ist, die an eine vollständig verwirklichte Straftat oder Ordnungswidrigkeit einer Leitungsperson anknüpft. Eine direkte, an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpfende Unternehmenshaftung kommt insoweit nicht in Betracht. Anders ist jedoch die Situation im Deliktsrecht: Hier ist heute anerkannt, dass die Unternehmenshaftung auch als direkte Haftung begründet werden kann, die von der Feststellung eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts unabhängig ist. Davon geht offenbar selbst für den hiesigen Zusammenhang auch der BGH aus. Denn die Haftung *des Unternehmensträgers* bei Verstößen gegen Vorschriften wie § 32 KWG und § 10 RDG begründet er ohne Rückgriff auf § 14 StGB oder § 9 OWiG.²⁴² § 14 StGB und § 9 OWiG erfüllen also in der Tat spezifisch straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Funktionen, für die es im Deliktsrecht keinen entsprechenden Bedarf gibt. Deshalb ist ihre Anwendung im Bereich der Schutzgesetzhaftung genauso wenig geboten wie die des § 130 OWiG, für den der BGH in einem ausführlich begründeten Urteil aus dem Jahr 1994 sinngemäß betont hat, es bestünden keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift das zivilrechtliche System der Unternehmenshaftung habe verändern wollen. Insbesondere würde der Grundsatz, dass Organisationspflichten der Organmitglieder nur der Gesellschaft gegenüber bestehen, durch eine Anwendung des § 130 OWiG im Bereich der Schutzgesetzhaftung „praktisch aus den Angeln gehoben“.²⁴³ Auch im Anwendungsbereich von § 14 StGB und § 9 OWiG geht es jedoch oft um Organisationspflichten, wie die genannten Beispiele zeigen. M.E. sollten die Vorschriften deshalb zur Begründung einer zivilrechtlichen Haftung nicht herangezogen werden. Vielmehr ist allein auf das jeweilige Schutzgesetz abzustellen. Wird darin auf das Unternehmen bzw. den Unternehmensträger Bezug genommen, spricht dies tendenziell gegen eine persönliche Haftung. Im Übrigen ist auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen, die der BGH für die Auslegung von Schutzgesetzen entwickelt hat. Danach muss sich aus dem Gesamtzusammenhang des jeweiligen Normgefüges ergeben, dass die Schaffung eines Schadensersatzanspruchs tatsächlich vom Gesetz erstrebt wird, dass er also „sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsys-

²⁴² Vgl. etwa BGH NJW-RR 2014, 307, 308, Rn. 12; NJW 2005, 2703, 2704.

²⁴³ BGHZ 125, 366, 376 = NJW 1994, 1801, 1803.

tems tragbar erscheint“.²⁴⁴ Dafür soll auch eine Rolle spielen, „ob der Geschädigte in ausreichender Weise anderweitig abgesichert ist.“²⁴⁵ Dieser letztgenannte Punkt ist in unternehmerischen Zusammenhängen von besonderer Relevanz. Denn hier wird oft neben der persönlichen Haftung des Organmitglieds oder Mitarbeiters eine Haftung des Unternehmensträgers in Betracht kommen. Das kann es rechtfertigen, eine persönliche Pflichtenbindung auszuschließen, wenn bereits ein Anspruch gegen den Unternehmensträger besteht und dieser typischerweise auch realisierbar ist. Hingegen kann für die Annahme einer persönlichen Organ- oder Mitarbeiterpflicht insbesondere sprechen, dass es – wie bei § 266a StGB oder § 1 BauFordSiG – um Pflichten geht, deren Verletzung oftmals erst bei einer bevorstehenden oder bereits eingetretenen Insolvenz des Unternehmensträgers relevant wird.²⁴⁶

III. § 826 BGB

Organ- und Mitarbeiterpflichten können sich schließlich auch aus § 826 BGB ergeben. Gemeinhin wird für eine Haftung nach § 826 BGB nicht verlangt, dass der Schädiger eine Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflicht verletzt hat. Oben²⁴⁷ wurde jedoch bereits dargelegt, dass sich auch die Haftung nach § 826 BGB auf eine Pflichtverletzung zurückführen lässt, wobei davon auszugehen ist, dass sich die maßgeblichen Pflichten aus den guten Sitten ergeben. Es war auch schon erläutert worden, dass der Pflichtenansatz auch bei § 826 BGB die Möglichkeit bietet, zwischen Unternehmenspflichten und persönlichen Pflichten von Unternehmensangehörigen zu unterscheiden und die Unternehmenshaftung so von der persönlichen Haftung zu emanzipieren.²⁴⁸ Wie das funktionieren würde und dass die Rechtsprechung gar nicht so weit von diesem Ansatz entfernt ist, zeigt der Mühlen-Fall, den der BGH im Jahr 2019 entschieden hat: Der Beklagte war Geschäftsführer einer GmbH, die eine Mühle betrieb. Die Klägerin war Trägerin eines landwirtschaftlichen Unternehmens, das die GmbH im Sommer 2012 mit Weizen belieferte, und von ihr Saatgut und andere Waren bezog. Zwischen der Klägerin und der GmbH bestand eine Kontokorrentabrede, nach der das Differenzguthaben im Februar 2013 ausgezahlt werden sollte. Eine Auszahlung erfolgte jedoch nicht, vielmehr stellte der Beklagte Ende Juli 2013 für die GmbH einen Insolvenzantrag, der mangels Masse abge-

²⁴⁴ Grundlegend BGHZ 66, 388, 390 = NJW 1976, 1740f. Vgl. auch BGH NJW-RR 2018, 738, 739, Rn. 14; BGHZ 192, 90, 98f. = NJW 2012, 1800, 1802, Rn. 21; BGHZ 186, 58, 68f. = NJW 2010, 3651, 3652, Rn. 29; BGHZ 125, 366, 374 = NJW 1994, 1801, 1803.

²⁴⁵ BGHZ 125, 366, 374 = NJW 1994, 1801, 1803; BGH NJW 1980, 1792.

²⁴⁶ Vgl. zu diesem Kriterium ausf. *Verse*, ZHR 170 (2006), 398, 413 ff.

²⁴⁷ → A I bei Fn. 18–19.

²⁴⁸ → B I 3.

lehnt wurde. Die Zahlungsunfähigkeit war darauf zurückzuführen, dass der Beklagte mehrere hunderttausend Euro aus dem Vermögen der GmbH entnommen und für betriebsfremde Zwecke verwendet hatte. Das OLG Karlsruhe hatte der auf § 826 BGB gestützten Klage teilweise stattgegeben, der BGH hob das Urteil auf und verwies zurück.²⁴⁹ Es sei bisher nicht erwiesen, dass der Beklagte gerade im Verhältnis zur Klägerin sittenwidrig gehandelt habe. Entgegen der Ansicht des OLG könne eine Treuepflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin nicht bejaht werden. Sie ergebe sich nicht aus der Stellung des Beklagten als GmbH-Geschäftsführer, denn die Pflichten nach § 43 GmbHG oblägen ihm nur gegenüber der Gesellschaft. Eine Treuepflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin könne auch nicht aus deren Vertrag mit der GmbH abgeleitet werden, weil der Beklagte daraus nicht verpflichtet sei. Aus der Baustoff-Entscheidung und der Kirch/Breuer-Entscheidung ergäbe sich keine andere Beurteilung, weil diesen Fällen – anders als dem Streitfall, in dem es um einen reinen Vermögensschaden ging – die „Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB zugrunde lag.

Für das Verständnis der restriktiven Linie des BGH ist entscheidend, dass es im Mühlen-Fall um eine „mittelbare Schädigung“ ging. Anders als bei einer „mittelbaren Rechtsverletzung“ ist damit nicht bloß gemeint, dass zwischen Handlung und Erfolg noch wesentlichen Zwischenursachen liegen, sondern es geht um die spezielle Konstellation, dass sich die Schädigung primär auf eine Person bezieht, ein Vermögensschaden jedoch auch bei einer anderen Person entsteht.²⁵⁰ Am Fall: Durch den Griff in die Kasse hat der Beklagte primär *die GmbH* geschädigt, denn es war deren Vermögen, das er für betriebsfremde Zwecke verwendete. Der Schaden *der Klägerin* ergab sich hingegen erst dadurch, dass die GmbH nun kein Vermögen mehr hatte, mit dem sie die Forderungen der Klägerin hätte begleichen können. Das OLG hatte zwar festgestellt, dass auch diese Schädigung vom Vorsatz des Beklagten umfasst war, weil sie aber eben nur mittelbare Folge der Schädigung der GmbH war, stellte der BGH, um die Haftung nicht ausufern zu lassen, erhöhte Anforderungen an die Sittenwidrigkeit. Kein Zweifel kann aber wohl daran bestehen, dass er die Haftung des Geschäftsführers aus § 826 BGB *gegenüber der GmbH* bejaht hätte und zwar vermutlich ohne eine Treuepflicht auch nur zu erwähnen. Genauso liegt aber m. E. auf der Hand, dass *die GmbH* (auch) aus § 826 BGB *der Klägerin* auf Schadensersatz haften müsste. Denn die GmbH hatte der Klägerin gegenüber eine Treuepflicht und deren vorsätzliche Verletzung durch den Geschäftsführer kann der GmbH nach § 31 BGB zugerechnet werden. Praktisch stellte sich die Frage nicht, weil die GmbH zahlungsunfähig war. Der BGH würde die Haf-

²⁴⁹ Zum Folgenden BGH NJW 2019, 2164f., Rn. 7ff.

²⁵⁰ Vgl. auch BGH NJW 1979, 1599f.; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 158ff.; Münch-KommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 23.

tung der GmbH aus §§ 826, 31 BGB aber wohl ablehnen, weil er für § 826 BGB einer streng individualistischen Konzeption folgt und für die Haftung einer juristischen Person verlangt, dass ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand vollständig verwirklicht hat.²⁵¹ M.E. ist das nicht überzeugend, da sich in Fällen wie dem Mühlen-Fall zeigt, dass auch im Anwendungsbereich des § 826 BGB eine Pflichtendifferenzierung sinnvoll sein kann. Für die Verletzung reiner Unternehmenspflichten sollte der Unternehmensträger haften können, auch wenn sich mangels persönlicher Pflicht kein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt nachweisen lässt. Andererseits sollte unabhängig von der Haftung des Unternehmensträgers die persönliche Haftung der handelnden Person verneint werden, wenn sich, wie im Mühlen-Fall, nicht feststellen lässt, dass diese Person im Außenverhältnis zum Geschädigten zum Vermögensschutz persönlich verpflichtet war.

Es ist also letztlich genauso vorzugehen wie bei § 823 Abs. 1 BGB, wo eine entsprechende Pflichtendifferenzierung auch von der h.M. angemahnt wird. Auch für die Bestimmung der Pflichtenstellung können die dort üblichen Kriterien herangezogen werden, also die Gefahrschaffung, die Gefahrbeherrschung, das Vertrauensschutzargument und das Kosten-Nutzen-Prinzip. In Bezug auf Fürsorgepflichten sind außerdem die vertraglichen Beziehungen von Bedeutung, die wie im Mühlen-Fall typischerweise auf den Unternehmensträger verweisen. Einen kategorialen Unterschied zwischen den Verhaltens- und Verkehrspflichten bei § 823 Abs. 1 BGB und denen bei § 826 gibt es m. E. entgegen der vom BGH im Mühlen-Fall unter Berufung auf die Baustoff-Entscheidung und die Kirch/Breuer-Entscheidung geäußerten Ansicht²⁵² nicht. Der BGH hat bisher nicht erklärt, warum er persönliche Organpflichten zum Schutz absoluter Rechtsgüter offenbar großzügiger bejahen will als Organpflichten zum Schutz vor reinen Vermögensschäden. Die Gründe für den eingeschränkten Vermögensschutz nach §§ 823 ff. BGB sind eher praktischer Natur²⁵³ und bedeuten nicht, dass der Gesetzgeber das Vermögen als Schutzgut zweiter Klasse einstufen würde. Selbst wenn man dem Erfordernis der Sittenwidrigkeit einen besonders strengen Maßstab entnehmen wollte, hieße das außerdem nicht, dass sich aus § 826 BGB gar keine persönlichen Pflichten ergäben, sondern nur, dass die Anforderungen an die persönliche Haftung hier strenger wären als bei § 823 Abs. 1 BGB. So scheint es auch der BGH zu sehen, der eine persönliche Pflicht des GmbH-Geschäftsführers im Mühlen-Fall nicht von vornherein ausgeschlossen, sondern sinngemäß lediglich betont hat, sie lasse sich nicht schon mit den Erwägungen rechtfertigen, die in den Entscheidungen zu § 823 Abs. 1 BGB herangezogen wurden.

²⁵¹ BGH NJW 2017, 250, 251, Rn. 13; NJW-RR 2012, 404, Rn. 8.

²⁵² BGH NJW 2019, 2164, 2165, Rn. 14.

²⁵³ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, § 826 Rn. 14 ff.

Eine Pflichtendifferenzierung ist m. E. auch nicht nur bei mittelbaren Schädigungen, sondern generell geboten, um die persönliche Haftung von Organwaltern und Mitarbeitern auch im Anwendungsbereich des § 826 BGB von der Unternehmenshaftung differenzieren zu können. Oben²⁵⁴ wurden bereits Fallgruppen genannt, für die nahe liegt, dass es primär um die Verletzung von Unternehmenspflichten geht, z. B. die Gewährung wirtschaftlich sinnloser Sanierungskredite durch Banken, die ungenügende Aufklärung über Kapitalanlagen oder der Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen. Hier ist ähnlich wie im Mühlen-Fall zu erwägen, ob eine Unternehmenshaftung auch ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt möglich sein soll, also als direkte Unternehmenshaftung, die unmittelbar an die Verletzung einer Pflicht des Unternehmensträgers anknüpft. Andererseits lassen sich im Anwendungsbereich des § 826 BGB auch reine Organ- oder Mitarbeiterpflichten identifizieren, z. B. im Bereich der Expertenhaftung, wenn nicht der Unternehmensträger, sondern ein Unternehmensangehöriger persönlich besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt, oder bei der Insolvenzverschleppungshaftung, die außer auf § 823 Abs. 2 BGB auch auf § 826 BGB gestützt werden kann, wenn sie sich z. B. gegen Personen richtet, die nicht zu den Adressaten des § 15a Abs. 1 InsO zählen.²⁵⁵ Hier ist dann die persönliche Haftung zu bejahen und die Unternehmenshaftung kann, je nachdem, ob auch den Unternehmensträger eine deliktische Pflicht trifft, entweder nur als indirekte Unternehmenshaftung über §§ 31, 831 BGB oder wahlweise als direkte oder indirekte Unternehmenshaftung begründet werden.

D. Fazit und Ausblick

Heute lässt sich nicht mehr bestreiten, dass Unternehmensträger unabhängig von ihrer Rechtsform – also auch als juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften – selbst unmittelbar Adressaten von Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten sein können. Dadurch bietet sich die Möglichkeit, zwischen der Haftung des Unternehmensträgers und der persönlichen Haftung der Unternehmensangehörigen zu differenzieren und, soweit dies durch den Zweck des jeweiligen Haftungstatbestands geboten ist, die Unternehmenshaftung und die persönliche Haftung unterschiedlich streng auszugestalten. Für die Verkehrspflichthaftung bei § 823 Abs. 1 BGB ist dies heute nahezu einhellig anerkannt. Es hat sich jedoch gezeigt, dass eine entsprechende Pflichtendifferenzierung auch im Übrigen geboten ist und dass sie darauf gestützt werden kann, dass sich auch §§ 823 Abs. 2, 826 BGB und die sonstigen Verschuldenshaftungen

²⁵⁴ → B I 3.

²⁵⁵ Vgl. dazu MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 172.

des BGB-Deliktsrechts und des Sonderdeliktsrechts als Tatbestände verstehen lassen, die an Pflichtverletzungen anknüpfen. Lässt sich eine eigene Pflicht des Unternehmensträgers identifizieren, kann dessen Haftung als direkte Unternehmenshaftung begründet werden, die unmittelbar an die Verletzung der Unternehmenspflicht anknüpft und kein Gehilfen- oder Repräsentantendelikt voraussetzt. Die Haftung des Unternehmensträgers kann also bejaht werden, ohne dass es damit gleichzeitig zu einer persönlichen Haftung eines Unternehmensangehörigen kommen muss. Wie in solchen Fällen die weiteren Haftungsvoraussetzungen zu prüfen sind, insbesondere das Verschulden, wird in den nächsten beiden Kapiteln genauer untersucht. Wird eine Organ- oder Mitarbeiterpflicht festgestellt, kann die handelnde Person hingegen auch persönlich haften. Die Haftung des Unternehmensträgers lässt sich dann als indirekte Unternehmenshaftung über §§ 31, 831 BGB begründen. Ob daneben auch eine direkte Haftung in Betracht kommt, hängt von der Pflichtenstellung des Unternehmensträgers ab.

Unternehmenspflichten können sich aus allen relevanten Haftungstatbeständen ergeben und sind in unternehmerischen Zusammenhängen eher die Regel als die Ausnahme, was nahezu zwangsläufig dazu führt, dass die direkte Unternehmenshaftung praktisch bedeutsamer ist als die indirekte. Die wichtigsten Kriterien für die Begründung von Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten, nämlich die Gefahrschaffung, die Gefahrbeherrschung, das Vertrauensschutzargument, das Kosten-Nutzen-Prinzip und insbesondere bei Fürsorgepflichten auch eine etwaige Vertragsnähe, verweisen in unternehmerischen Sachverhalten typischerweise auf den Unternehmensträger, nicht auf die Unternehmensangehörigen. Das „Ausweichen“ der Rechtsprechung von § 831 BGB auf § 823 Abs. 1 BGB hat keineswegs nur mit den Schwächen der Geschäftsherrnhaftung zu tun, sondern auch und vor allem damit, dass es in den einschlägigen Fällen nicht um die Verletzung von Gehilfenpflichten geht, sondern um die Verletzung von Unternehmenspflichten. Die Produzentenhaftung ist insoweit nur das anschaulichste, bei weitem aber nicht das einzige Beispiel. Unternehmenspflichten spielen auch im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB eine Rolle, weil zahlreiche Schutzgesetze des öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechts unmittelbar an Unternehmensträger adressiert sind. Keine Unternehmenspflichten ergeben sich aus dem Strafrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht. Allerdings beziehen sich die entsprechenden Sanktionsnormen gerade im Wirtschaftsrecht oft auf Verhaltenspflichten, die sich aus nicht strafrechtlichen Normen ergeben und daher auch Unternehmensträger adressieren können. Unternehmenspflichten können sich auch aus § 826 BGB ergeben, wo wichtige Fallgruppen z.B. im Bereich der Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung oder im Bereich der Informationshaftung primär mit Blick auf die Haftung von Unternehmensträgern entwickelt wurden. Schließlich ergeben sich wichtige Unternehmenspflichten auch noch aus dem Sonderdeliktsrecht,

was anhand der Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz und durch kurze Ausflüge in das Kartellrecht, das Lauterkeitsrecht, das Kapitalmarktrecht und das Datenschutzrecht veranschaulicht wurde. Auch hier ist Unternehmenshaftung oft direkte Unternehmenshaftung und teilweise ist den maßgeblichen Haftungsstatbeständen sogar zu entnehmen, dass eine persönliche Haftung von vornherein ausgeschlossen ist.

Voraussetzung der persönlichen Haftung von Unternehmensangehörigen ist, dass ihnen persönlich eine Pflichtverletzung zur Last gelegt werden kann. Auch das gilt nicht nur im Bereich der Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, sondern bei allen Tatbeständen der Verschuldenshaftung. Die jeweiligen Pflichten ergeben sich lediglich aus unterschiedlichen Quellen, bei § 826 BGB z. B. aus den „guten Sitten“, konkretisiert durch anerkannte Fallgruppen. Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten von Unternehmensangehörigen lassen sich grundsätzlich nach denselben Kriterien bestimmen, die auch sonst für die Ermittlung deliktischer Pflichten zur Anwendung kommen, die aber – wie die Gefahrsteuerung und das Kosten-Nutzen-Prinzip – in unternehmerischen Sachverhalten tendenziell auf den Unternehmensträger verweisen. Die größte Relevanz für die persönliche Haftung dürfte dem Vertrauensschutzargument zukommen, das für eine eigene Verpflichtung sprechen kann, wenn ein Organmitglied oder Gehilfe besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt. Im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB kommt es darauf an, ob sich aus dem jeweiligen Schutzgesetz eine Organ- oder Mitarbeiterpflicht herleiten lässt. Das ist z. B. bei Verkehrsregeln nach der StVO meistens der Fall, außerdem bei den Tatbeständen des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts. Vorsicht ist geboten, wenn Tatbestände unternehmensbezogen formuliert sind, die jeweiligen Pflichten jedoch über § 14 StGB und § 9 OWiG auf die vertretungsberechtigten Organmitglieder oder Gesellschafter projiziert werden. Die Übertragung dieses Mechanismus in das zivile Haftungsrecht ist verfehlt. Ob sich aus dem Schutzgesetz auch persönliche Pflichten ergeben, ist vielmehr durch dessen methodengerechte Auslegung zu entscheiden. Organ- und Mitarbeiterpflichten können sich auch aus § 826 BGB ergeben. Allerdings ist nicht nur bei mittelbaren Schädigungen wie im Mühlen-Fall, sondern generell sorgfältig zu prüfen, ob die einschlägigen Pflichten tatsächlich das handelnde Organmitglied oder den handelnden Mitarbeiter persönlich treffen oder nur den Unternehmensträger.

§ 5 Individualrisiken (Zurechnung)

Steht fest, dass den Unternehmensträger eine eigene Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflicht trifft und dass also der Anwendungsbereich der direkten Unternehmenshaftung eröffnet ist, schließt sich die Frage an, wie sich feststellen lässt, ob zulasten des Unternehmensträgers die weiteren Voraussetzungen des jeweiligen Haftungstatbestands erfüllt sind. Aus theoretischer Sicht kommen dafür zwei Möglichkeiten in Betracht: Für manche Tatbestandsmerkmale wird sich feststellen lassen, dass sie unmittelbar in Bezug auf den Unternehmensträger bejaht werden können. Dafür ist selbst in einfachen Fällen oft eine normative Betrachtung erforderlich, um über die fehlende Handlungsfähigkeit nicht menschlicher Unternehmensträger hinwegzukommen. So ist z.B. unstrittig, dass Aktiengesellschaften „Hersteller“ i.S. der §§ 1, 4 ProdHG, „Emittenten“ i.S. der §§ 97, 98 WpHG und „Anlagenbetreiber“ i.S. des § 89 Abs. 2 WHG sein können, obwohl sie selbst im natürlichen Sinne keine Produkte herstellen, keine Wertpapiere emittieren und keine Anlagen betreiben können. Entscheidend ist, dass eine methodengerechte, insbesondere am Normzweck orientierte Auslegung der jeweiligen Merkmale auf den Unternehmensträger verweist. Für andere Tatbestandsmerkmale wird sich ergeben, dass sie sich nicht sinnvoll auf nicht menschliche Unternehmensträger beziehen lassen, weil sie an menschliche Eigenschaften oder Fähigkeiten anknüpfen. Bestes Beispiel aus dem Deliktsrecht ist der Vorsatz, der nach dem Verständnis des BGH ein „Wissens-“ und ein „Wollenselement“ enthält¹ und daher nur in Bezug auf natürliche Personen festgestellt werden kann. Bei solchen Tatbestandsmerkmalen schlägt im Recht der Unternehmenshaftung die Stunde der Zurechnung und zwar in dem Sinne, dass z.B. Handlungen, Wissen oder Verschulden einzelner Unternehmensangehöriger rechtlich als Handlungen, Wissen oder Verschulden des Unternehmensträgers behandelt, ihm also „als eigene“ zugeordnet werden. Im Wege der Zurechnung könnte also das Wissen und Wollen des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft als Wissen und Wollen der Aktiengesellschaft selbst behandelt werden, z.B. um eine Haftung der Aktiengesellschaft wegen einer vorsätzlichen Pflichtverletzung zu begründen.

¹ Vgl. BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 25. Ausf. unten → § 9 A I 1.

Methodisch gesehen geht die Auslegung der Zurechnung vor.² Wenn sich also z.B. durch Auslegung des § 89 Abs. 2 WHG ergibt, dass die Gesellschaft selbst für die Zwecke dieser Vorschrift als „Anlagenbetreiberin“ angesehen werden kann, dann gibt es keinen Grund, der Gesellschaft z.B. die Betriebsbehandlungen ihrer Mitarbeiter in der Leitwarte zuzurechnen, mit welchen Mechanismen auch immer. Dennoch soll im Folgenden zunächst genauer untersucht werden, wie dem Unternehmensträger Tatbeiträge einzelner Unternehmensangehöriger zugerechnet werden können, bevor dann in § 6 der Frage nachgegangen wird, welche Umstände sich dem Unternehmensträger auch ohne Zurechnung unmittelbar zuordnen lassen. Dass die Zurechnung hier zuerst behandelt wird, rechtfertigt sich daraus, dass die wohl h.M. davon ausgeht, dass *jede* Verschuldenshaftung juristischer Personen und rechtsfähiger Personengesellschaften auf Zurechnung beruht, sie also praktisch gesehen für die Unternehmenshaftung von überragender Bedeutung ist. Allerdings wird hier die These vertreten, dass sich die Zurechnung als Rechtstechnik vor allem für solche Konstellationen eignet, in denen die Haftung des Unternehmensträgers auf individuelle Versäumnisse einzelner Unternehmensangehöriger gestützt werden soll. Es geht also, mit anderen Worten, um die Erfassung von Individualrisiken, worunter hier Fehlerquellen verstanden werden, die sich eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen und kaum oder gar nicht durch systemische, organisationsspezifische Faktoren beeinflusst werden.³ Hingegen ist Zurechnung m.E. nicht das richtige Instrument, wenn die Unternehmenshaftung darauf gestützt werden soll, dass sich ein Organisationsrisiko verwirklicht hat, also eine Fehlerquelle, die sich nicht eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lässt, sondern durch systemische, organisationsspezifische Faktoren wie Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung usw. beeinflusst wird. Eine direkte Unternehmenshaftung, die auf Zurechnung individuellen Verhaltens beruht, ist oben⁴ in § 3 als *unechte* direkte Unternehmenshaftung bezeichnet worden, eine direkte Unternehmenshaftung, die ohne Zurechnung auskommt, als *echte* direkte Unternehmenshaftung.

Es folgen in Teil A zunächst allgemeine Betrachtungen zur Zurechnung im Kontext der Unternehmenshaftung, die u. a. veranschaulichen sollen, wo genau die Zurechnungstechnik von Bedeutung ist und welche Probleme sich in diesem Zusammenhang stellen. Anschließend werden in den Teilen B–D drei verschiedene Zurechnungskonzepte mit ihren jeweiligen Stärken und Schwächen analysiert, nämlich die Organtheorie als übergesetzlicher, aus der Konstruktionsidee juristischer Personen folgender Erklärungsansatz, das Modell der h.M., bei welchem die sog. Zurechnungsnormen im Mittelpunkt stehen, und der hier prä-

² Bork, BGB AT, 42016, Rn. 1330; Bork, ZGR 1994, 237, 241.

³ Vgl. schon oben → § 2 C I 1, II 1.

⁴ → § 3 A II 2.

ferierte Ansatz, bei dem auch über die Frage der Zurechnung unmittelbar aus der jeweiligen Haftungsnorm heraus entschieden wird.

A. Zurechnung

Es lassen sich ein enger und ein weiter Zurechnungsbegriff unterscheiden:⁵ In einem weiteren Sinne versteht man unter Zurechnung, dass eine Person für einen Taterfolg verantwortlich gemacht wird, wofür z. B. vorausgesetzt werden kann, dass der Taterfolg auf einer Handlung der Person beruht (Kausalität) oder dass der Handelnde das „erlaubte Risiko“ überschritten hat. Dies sind Fragen, die insbesondere im Strafrecht, aber auch im Deliktsrecht, unter dem Aspekt der „objektiven Zurechnung“ diskutiert werden.⁶ In diesem Sinne ist der Begriff der Zurechnung auch gemeint, wenn statt von Schuld- oder Verantwortungsfähigkeit von „Unzurechnungsfähigkeit“ die Rede ist (präziser wäre „Zurechnungsunfähigkeit“). In einem engeren Sinne, und nur darum soll es im Folgenden gehen, meint Zurechnung aber auch, dass eine Person, die bestimmte Tatbestandsmerkmale selbst nicht erfüllt hat, vielleicht nicht einmal erfüllen kann, in Bezug auf die Verwirklichung des Tatbestands (auch) für Handlungen oder Eigenschaften einer *anderen Person* eintreten muss. Ein einfaches Beispiel ist die gegenseitige Zurechnung von Tatbeiträgen im Rahmen der Mittäterschaft nach § 830 Abs. 1 S. 1 BGB. Zurechnung in diesem Sinne dient immer dazu, die Anwendung einer bestimmten Norm zu ermöglichen, deren Voraussetzungen ohne die Zurechnung nicht vollständig erfüllt wären. Dies ist die sog. „bezogene Norm“, im deliktischen Kontext typischerweise ein Haftungstatbestand wie § 823 oder § 826 BGB. Die bezogene Norm kann unterschieden werden von der Zurechnungsnorm, welche die Voraussetzungen der Zurechnung regelt. Selbst wenn eine vergleichsweise eindeutige Zurechnungsnorm wie § 830 Abs. 1 S. 1 BGB existiert, muss bei der Zurechnung stets der Zweck der jeweiligen Haftungsnorm im Blick behalten werden, weil die Zurechnung selbst nur eine Hilfsfunktion erfüllt.⁷ Entscheidend kann letztlich immer nur sein, ob nach dem Telos der Haftungsnorm deren Anwendung geboten ist und ob diese deshalb erforderlichenfalls im Wege der Zurechnung ermöglicht werden soll. Zurechnung ist aber niemals Selbstzweck.

Im Bereich der Unternehmenshaftung spielt die Zurechnung im engeren Sinne naturgemäß eine große Rolle, einerseits weil unternehmerische Tätigkeiten meist arbeitsteilig ausgeübt werden und die relevanten Tatbeiträge daher oft auf

⁵ *Liebscher*, ZIP 2019, 1837, 1839.

⁶ Vgl. dazu *Roxin/Greco*, StrafR AT I, ⁵2020, § 11 Rn. 1 ff.; *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 84 ff.

⁷ Vgl. *Bork*, BGB AT, ⁴2016, Rn. 1324.

mehrere natürliche Personen verteilt sind, andererseits weil Gesellschaften als Unternehmensträger mangels Handlungs- und Verschuldensfähigkeit bestimmte Deliktsvoraussetzungen selbst nicht erfüllen können. Oftmals geht es darum, einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft menschliche Handlungen und/oder Eigenschaften zuzurechnen. Möglich ist aber z. B. auch, dass einem Einzelunternehmer etwas zugerechnet werden soll, der selbst handeln könnte, aber seine Mitarbeiter für sich handeln lässt. Das zugerechnete Verhalten, Wissen oder Verschulden gilt typischerweise für die Anwendung der jeweiligen Haftungsnorm als eigenes Verhalten, Wissen oder Verschulden des Unternehmensträgers. Anders könnte die Zurechnungsnorm ihre Funktion nicht erfüllen. Denn die Haftungsnorm wird typischerweise für Menschen konzipiert worden sein und daher an ein eigenes Verhalten, Wissen oder Verschulden des Haftungsadressaten anknüpfen. Das eigene Verhalten usw. des Unternehmensträgers ist aber natürlich nur eine rechtliche Fiktion und bedeutet z. B. nicht, dass er tatsächlich gehandelt hätte. Zurechnung ist eine reine Rechtstechnik, die an der Realität nichts ändern kann. Die in Rechtsprechung und Literatur häufig anzutreffenden Anthropomorphismen sind bloß Bilder, die den Mechanismus der Eigenzurechnung veranschaulichen sollen, dogmatisch aber keine Bedeutung haben. Für die Praxis ist vor allem relevant, *wann* einem Unternehmensträger etwas zuzurechnen ist, *was* zugerechnet werden kann und *wer* als Zurechnungsträger in Betracht kommt.

I. Zurechnungsbedürfnis

Einer Zurechnung bedarf es im Kontext der Unternehmenshaftung zunächst immer dann, wenn ein Haftungstatbestand einen Unternehmensträger unmittelbar adressiert, jedoch an Merkmale anknüpft, die sich nicht unmittelbar auf den Unternehmensträger beziehen lassen. Daneben kommt in Betracht, dass der Unternehmensträger den Tatbestand zwar selbst erfüllen könnte (als Einzelunternehmer), dass aber auch das Verhalten oder die Eigenschaften seiner Mitarbeiter relevant sein sollen. Ein einfaches Beispiel für die Relevanz der Zurechnung ist die Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, die nach heute nahezu einhelliger Ansicht z. B. auch juristische Personen unmittelbar treffen kann.⁸ Wenn z. B. eine Aktiengesellschaft als Eigentümerin eines Werksgebietes streupflichtig hinsichtlich der Gehwege vor dem Werkstor ist, geht die heute ganz herrschende Meinung davon aus, dass die Haftung wegen einer etwaigen Verletzung dieser Pflicht mithilfe einer Zurechnung zu begründen ist, weil § 823 Abs. 1 BGB Verschulden voraussetzt, die Aktiengesellschaft mangels

⁸ Dazu schon ausf. oben → § 1 A II 4, B VI 1, § 4 B I 1. Anders heute wohl nur noch *Altmeppen*, ZIP 2016, 97, 100 ff.; *Altmeppen*, ZIP 1995, 881, 887 ff.

natürlicher Handlungs- und Verschuldensfähigkeit aber selbst nicht schuldhaft handeln kann.⁹ Schon für die Begründung der Pflichtverletzung würde man der Aktiengesellschaft das Unterlassen des zuständigen Mitarbeiters, z. B. des Hausmeisters, zurechnen. Erst recht würde man für die Feststellung des Verschuldens i. e. S., also des nach h. M. außerdem erforderlichen Verstoßes gegen die sog. innere Sorgfalt, auf den Mitarbeiter abstellen.¹⁰ Denn die Aktiengesellschaft selbst ist zu einem solchen Verstoß nicht in der Lage, aus systematischen und teleologischen Erwägungen heraus besteht aber kein Zweifel daran, dass auch Aktiengesellschaften wegen der Verletzung ihrer Verkehrssicherungspflichten aus § 823 Abs. 1 BGB haften sollen.

Wichtig ist, dass ein Zurechnungsbedürfnis nicht besteht, wenn es nur darum geht, eine Haftung für fremdes Delikt zu begründen.¹¹ Wenn ein Unternehmensangehöriger ein Delikt vollständig verwirklicht hat, ist es für die Unternehmenshaftung gleichgültig, ob man dieses Delikt dem Unternehmensträger als eigenes zurechnet oder ob man ihn lediglich für das fremde Delikt einstehen lässt – so oder so ist die Haftung des Unternehmensträgers zu bejahen. Deshalb geht es z. B. bei der *vicarious liability* des englischen und des US-amerikanischen Deliktsrechts genau genommen nicht um Zurechnung, sondern lediglich um die Begründung einer Haftung, die an das Verhalten einer anderen Person anknüpft. Genauso wäre es überflüssig, § 31 BGB als Zurechnungsnorm zu verstehen, wenn es nur darum ginge, die Haftung des Verbands für vollständig verwirklichte Repräsentantendelikte zu begründen. Für diesen Zweck wäre es ausreichend, in § 31 BGB die Anordnung eines gesetzlichen Schuldbeitritts oder eben einer Haftung für fremdes Delikt zu sehen. Ein Zurechnungsbedürfnis entsteht erst dann, wenn die Haftung des Unternehmensträgers unabhängig von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt begründet werden soll, weil eine Haftung für fremdes Delikt dann von vornherein nicht in Betracht kommt.¹² Das ist insbesondere der Fall, wenn die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten als Unternehmenspflichten unmittelbar den Unternehmensträger adressieren und nicht die Unternehmensangehörigen persönlich. Im Recht der Unternehmenshaftung ist Zurechnung also ausschließlich ein Thema der direkten und kein Thema der indirekten Unternehmenshaftung.

Kein Zurechnungsbedürfnis besteht außerdem, wenn sich die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals bereits unmittelbar in Bezug auf den Unternehmensträger bejahen lässt. Es ist also durch Auslegung des jeweiligen Haftungstatbestands zu prüfen, ob sich die maßgeblichen Tatbestandsmerkmale unmittelbar auf den Unternehmensträger beziehen lassen und ob sie dafür ggf.

⁹ Dazu bereits oben → § 1 A II 4, B VI 2.

¹⁰ Zur inneren Sorgfalt ausf. und kritisch unten → § 8 A IV 2.

¹¹ Vgl. *Bork*, BGB AT, 42016, Rn. 1301, 1328. Ausf. bereits oben → § 3 A I 2.

¹² Vgl. *v. Bar*, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, Rn. 170.

anders zu interpretieren sind als wenn es darum ginge, dieselbe Norm auf natürliche Personen anzuwenden. Gerade wenn der Gesetzgeber eine Vorschrift primär mit Blick auf Menschen als Haftungsadressaten formuliert hat, eine methodengerechte Auslegung jedoch ergibt, dass die Vorschrift auch auf nicht menschliche Unternehmensträger unmittelbar anwendbar sein soll, kann eine vor allem am Telos der Norm ausgerichtete Interpretation geboten sein, die eine entsprechende Anwendung ermöglicht. Dabei kann es dazu kommen, dass sich die Interpretation recht weit vom Wortlaut entfernt, weil dieser auf nicht menschliche Unternehmensträger von vornherein nicht richtig passt. Jedenfalls ist auch in diesem Kontext zu berücksichtigen, dass die Auslegung der Zurechnung methodisch gesehen vorgeht und dass deshalb kein Bedürfnis für eine Zurechnung besteht, wenn sich bereits aus der jeweiligen Haftungsnorm ergibt, wie sie auf Unternehmensträger anzuwenden ist. Deshalb spielt die Rechtstechnik der Zurechnung z. B. bei der Gefährdungshaftung keine große Rolle, obwohl deren Tatbestände unmittelbar (auch) an Unternehmensträger adressiert sind. Sämtliche Voraussetzungen lassen sich hier unmittelbar auf den Unternehmensträger beziehen und zwar im Wege einer extensiven, am Normzweck orientierten Auslegung auch solche, die – wie die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle, die bei der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung eines der zentralen Kriterien für die Bestimmung des Haftungsadressaten ist – auf den ersten Blick ein menschliches Verhalten vorauszusetzen scheinen. Ein Zurechnungsbedürfnis besteht aber dann, wenn die Auslegung der Haftungsnorm ergibt, dass einzelne Tatbestandsmerkmale durch den Unternehmensträger selbst nicht verwirklicht werden können oder jedenfalls auch deren Verwirklichung durch Unternehmensangehörige genügen soll.

II. Zurechnungsgegenstände

Insbesondere wenn Unternehmensträger eine Gesellschaft ist, besteht ein Zurechnungsbedürfnis vor allem mit Blick auf solche Tatbestandsmerkmale, die eine Gesellschaft selbst nicht verwirklichen kann. Meist geht es darum, die Haftung des Unternehmensträgers durch Zurechnung individuellen Fehlverhaltens zu begründen. Von praktischer Relevanz ist im außervertraglichen Haftungsrecht vor allem die Zurechnung von Verhalten, Wissen und Verschulden. Einer Verhaltenszurechnung kann es angesichts der Handlungsunfähigkeit juristischer Personen und rechtsfähiger Personengesellschaften vor allem dann bedürfen, wenn ein Haftungstatbestand ein bestimmtes Verletzungsverhalten beschreibt, wie dies z. B. bei Schutzgesetzen häufig vorkommt. Doch auch bei erfolgsorientierten Tatbeständen wie § 823 Abs. 1 BGB kann bereits im objektiven Tatbestand eine Verhaltenszurechnung notwendig sein, weil der Erfolg auf

eine ursächliche „Handlung“ des Schädigers zurückgeführt werden muss.¹³ Bei Unterlassungen und mittelbaren Verletzungen wird eine Verhaltenszurechnung für erforderlich gehalten, um aus der eigenen Pflicht des Unternehmensträgers und dem Fehlverhalten seiner Repräsentanten oder Gehilfen eine objektive Pflichtverletzung herleiten zu können,¹⁴ für die der Unternehmensträger einstehen muss. Ein Bedürfnis für eine Wissenszurechnung könnte sich vor allem im Bereich der Vorsatzhaftung ergeben, weil Vorsatz nach h.M. ein Wissens- und ein Wollenselement umfasst. Allerdings hat der BGH zumindest in Bezug auf § 826 BGB eine Wissenszurechnung deutlich abgelehnt.¹⁵ Wissen kann aber im Deliktsrecht auch in anderen Zusammenhängen eine Rolle spielen. So geht der BGH z.B. in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich verschärfte Verkehrs- und Sorgfaltspflichten ergeben können, wenn der Schädiger eine bestimmte Gefahrensituation bereits erkannt hat.¹⁶ Außerdem wird für Tatbestände des Sonderdeliktsrechts diskutiert, ob und ggf. inwieweit dort eine Wissenszurechnung in Betracht kommt, z.B. für die Informationshaftung nach §§ 97, 98 WpHG.¹⁷ Die größte Bedeutung wird gemeinhin der Verschuldenszurechnung beigemessen, weil Gesellschaften nach wohl allgemeiner Ansicht selbst nicht verschuldensfähig sind. Praktischer Hauptanwendungsfall ist wiederum die Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, bei der eine originäre Unternehmenshaftung so begründet werden kann, dass ein Unternehmensangehöriger mit seinem Verhalten (oft einem Unterlassen) die Pflicht des Unternehmensträgers schuldhaft verletzt.¹⁸ Wird eine solche Verkehrspflicht vorsätzlich verletzt, käme wohl auch eine Vorsatzzurechnung in Betracht. Im Anwendungsbereich von § 826 BGB wäre dies bisher hingegen nicht möglich, weil die h.M. insoweit von einer rein indirekten, an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt anknüpfenden Haftung ausgeht.

III. Zurechnungsträger

Von großer Bedeutung ist im Unternehmenskontext die Frage, wessen Verhalten, Wissen oder Verschulden dem Unternehmensträger zugerechnet werden kann, wer also als sog. Zurechnungsträger in Betracht kommt. Anerkannt ist

¹³ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 66 ff.; *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 89 ff.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 1, S. 360 f.

¹⁴ LH/Kleindiek, ²⁰2020, § 43 GmbHG Rn. 84; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 356 f.

¹⁵ BGH NJW 2017, 250, 252 f., Rn. 23, 26.

¹⁶ Vgl. etwa BGHZ 203, 224, 228 f., Rn. 12 m. w. N. (Aktivierung der sekundären Verkehrssicherungspflicht einer bauaufsichtsführenden Architektin durch Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis einer Gefahrenquelle auf der betreuten Baustelle).

¹⁷ Dazu noch unten → D II 4.

¹⁸ Vgl. MünchKommBGB/Leuschner, ⁹2021, § 31 Rn. 21; *Staudinger/Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 48; *Soergel/Krause*, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 67.

heute, dass § 31 BGB als Zurechnungsnorm herangezogen werden kann, sodass Gesellschaften zumindest das Verhalten usw. ihrer Repräsentanten zugerechnet werden kann.¹⁹ Allerdings ist § 31 BGB auf Einzelunternehmer nicht anwendbar, obwohl es auch insoweit geboten sein kann, dem Unternehmensinhaber das Verhalten usw. seiner Führungskräfte zuzurechnen. Außerdem kann es sowohl bei Gesellschaften als auch bei Einzelunternehmern sachgerecht erscheinen, dem Unternehmensträger auch das Verhalten usw. einfacher Verrichtungsgehilfen zuzurechnen. Das lässt sich etwa mit dem Beispiel eines abhängig beschäftigten Hausmeisters veranschaulichen, der den Gehweg vor dem Werksgelände einer Aktiengesellschaft nicht streut, obwohl das Streuen in seinen Aufgabenbereich fällt und angesichts der Wetterverhältnisse geboten wäre. Sofern sich in einem solchen Fall kein betriebliches Organisationsverschulden feststellen lässt, dass der Aktiengesellschaft über § 31 BGB zugerechnet werden könnte, würde die Rechtsprechung auf § 831 BGB abstellen. Dabei bleibt allerdings oft unklar, ob dem die Annahme zugrunde liegt, dass der Verrichtungsgehilfe die Verkehrssicherungspflicht als eigene übernimmt und auch ein eigenes Delikt begeht oder ob § 831 BGB lediglich als Zurechnungsnorm herangezogen wird, um die Pflicht des Unternehmensträgers mit der Verletzung durch den Gehilfen zu verbinden und eine originäre Haftung des Unternehmensträgers ohne persönliche Haftung des Gehilfen zu begründen.²⁰ Keine der beiden Varianten vermag völlig zu befriedigen: § 831 BGB als Zurechnungsnorm anzusehen, stößt auf dogmatische Bedenken, (auch) eine persönliche Haftung des Gehilfen zuzulassen, kann jedoch in solchen Fällen oft rechtspolitisch nicht überzeugen.²¹ Hinzu kommt, dass man wohl auch die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB erlauben müsste, was, wenn es um die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers geht (z.B. der Streupflicht), in rechtspolitischer Hinsicht noch weniger befriedigt, als wenn der Unternehmensträger „nur“ dafür einstehen soll, dass ein Gehilfe im Rahmen seiner Tätigkeit für das Unternehmen eine persönliche Pflicht verletzt hat (z.B. unter Missachtung der Vorfahrtsregeln nach § 8 StVO einen Verkehrsunfall verursacht). In der Literatur sind alternative Ansätze erwogen worden, insbesondere eine Anwendung des § 278 BGB, allerdings haben sie sich nicht durchsetzen können.²² Vor diesem Hintergrund und angesichts der großen Bedeutung, die der Zurechnung nach bisherigem Verständnis für die Unternehmenshaftung zukommt, sollen im Folgenden die verschiedenen Zurechnungsansätze vor allem mit Blick auf den jeweiligen Kreis der Zurechnungsträger gewürdigt und kritisch analysiert werden. Anschließend soll in Teil D ein Vorschlag für einen neuen Zurechnungsansatz gemacht werden, der die jeweilige materielle Haftungsnorm in den Vordergrund stellt.

¹⁹ MünchKommBGB/*Leuschner*, 902021, § 31 Rn. 21.

²⁰ Dazu bereits ausf. oben → § 1 A I 4, II 4, B VI 2b.

²¹ Ausf. unten → C II.

²² Ausf. unten → C III.

B. Organtheorie

Eine gewisse Sonderrolle unter den etablierten Zurechnungsmechanismen nimmt die Organtheorie ein, weil die Zurechnung danach nicht auf einer gesetzlichen Zurechnungsnorm beruht, sondern unmittelbar aus der „Konstruktionsidee“ der juristischen Person und anderer nicht menschlicher Rechtsträger abgeleitet wird. Damit ist gemeint, dass die Anerkennung der Organzurechnung geradezu zwangsläufig mit der Anerkennung juristischer Personen selbst verbunden ist, weil es schlicht keinen Sinn ergäbe, reine Rechtskonstrukte ohne natürliche Handlungsfähigkeit als Personen anzuerkennen, ohne gleichzeitig zu akzeptieren, dass solche Rechtspersonen dann eben rechtlich durch natürliche Personen handeln können müssen. Diese Überlegung, dass das Konzept juristischer Personen ohne Zurechnung gar nicht funktionieren könnte, ist so grundlegend, dass die Organtheorie heute nahezu universell akzeptiert ist und zwar nicht nur in Deutschland, sondern in allen europäischen Rechtsordnungen,²³ und nicht nur im Deliktsrecht, sondern weit darüber hinaus. „Die“ Organtheorie gibt es freilich nicht, sondern zahlreiche unterschiedliche Spielarten, zu denen sich selbst die in Deutschland oft als Gegenpol diskutierte sog. Vertretertheorie noch zählen lässt.²⁴ Gemeinsamer Nenner der Organtheorien ist, dass juristische Personen rechtlich so behandelt werden, als seien z. B. Handlungen, Wissen oder Verschulden ihrer Organe bzw. Organwalter eigene Handlungen usw. der juristischen Person. Es geht also um die Lösung von Zurechnungsproblemen, die sich daraus ergeben, dass juristische Personen als reine Rechtskonstrukte bestimmte Merkmale, auf die es im Rechtsverkehr ankommen kann, selbst nicht verwirklichen können.

I. Grundlagen

In Deutschland ist die Organtheorie eng mit dem Werk *Gierkes* verbunden, für den die Organzurechnung wichtiger Teil seiner Theorie der realen Verbandspersönlichkeit war. *Gierke* ging davon aus, dass die Körperschaft „als reale Gesamtperson“ nicht bloß rechtsfähig sei, sondern „auch willens- und handlungsfähig“²⁵ und stellte sich damit wie vor ihm schon sein Lehrer *Beseler* der romanistischen Lehre des 19. Jahrhunderts entgegen, die juristische Personen als willens- und handlungsunfähige „Fiktionen“ ansah, die „gleich dem Kinde

²³ Vgl. *v. Bar*, *GemDeliktsR*, Bd. 1, 1996, Rn. 169.

²⁴ Vgl. dazu *Flume*, *BGB AT*, Bd. I/2, 1983, § 11 I–III 1, 2, S. 377–388 (insb. 385). Die Vertretertheorie betont, es sei von Fremd- und nicht von Eigenzurechnung auszugehen.

²⁵ *O. v. Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887, 603; vgl. auch *O. v. Gierke*, *Wesen*, 1902, 29; *O. v. Gierke*, *Privatrecht I*, 1895, 518 f.

oder Wahnsinnigen“ stets der Vertretung bedürftigen.²⁶ Die eigene Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person folgte für *Gierke* unmittelbar aus ihrer Rechtspersönlichkeit.²⁷ Für ihn war es „die Gesamtperson selbst, welche durch ihr Organ will und handelt“²⁸ und er sah darin gerade keine Vertretung, sondern ging davon aus, dass das Organ den eigenen Willen der juristischen Person zum Ausdruck bringe. In heutiger Terminologie nahm *Gierke* also eine Eigenzurechnung an, während die Anhänger der Vertretertheorie auf einer Fremdzurechnung beharrten. Ungeachtet der viel gescholtenen Anthropomorphismen, zu denen *Gierke* immer wieder griff, um seine Genossenschaftstheorie zu erklären, leugnete er jedoch nicht, dass das eigene Handeln und Wollen der Körperschaft letztlich nur ein Handeln und Wollen im Rechtsinne sein kann. So hob er hervor, die Organe der juristischen Person seien „Organe im Rechtssinne“ und der Begriff des Organs sei ein Rechtsbegriff mit einem „spezifischen juristischen Gehalt“.²⁹ *Gierke* betonte somit zwar die soziale Realität der menschlichen Verbände und leitete daraus weitgehende Forderungen für deren rechtliche Behandlung ab, er wusste aber durchaus zwischen den Verbänden selbst (i.S. von sozialen Gruppen, Organisationen) und ihren jeweiligen rechtlichen Trägern zu unterscheiden.³⁰

Die Organtheorie hat sich als äußerst wirkmächtig erwiesen, was allerdings weniger an ihrer Überzeugungskraft in theoretischer Hinsicht³¹ liegen dürfte als daran, dass sie ein einfaches praktisches Bedürfnis bedient: Anders als die Vertretertheorie, die selbst rein rechtlich gesehen keinen eigenen Willen und keine eigenen Handlungen der juristischen Person anerkennt, ist die Organtheorie in der Lage, auch in Bezug auf juristische Personen zwischen „eigen“ und „fremd“ zu unterscheiden. Zwar ist der eigene Wille und sind die eigenen Handlungen der juristischen Person nur im Rechtsinne ihr Wille und ihre Handlungen, weil das Recht nichts daran ändern kann, dass im natürlichen Sinne nur Menschen wollen und handeln können. Was rechtlich als eigener Wille und eigene Handlungen der juristischen Person zählt, sind also tatsächlich Wille und Handlungen natürlicher Personen. Für die Anwendung von Rechtsnormen kann es aber von Bedeutung sein, auch bei juristischen Personen zwischen „eigen“ und „fremd“ unterscheiden zu können, selbst wenn das eigene Verhalten usw. der juristischen Person nur im Rechtsinne als solches gilt. Das anschaulichste Beispiel bietet heute § 831 BGB, der eine Haftung für *fremdes* Verhalten anordnet, dafür aber an ein *eigenes* Verschulden des Geschäftsherrn anknüpft.

²⁶ O. v. *Gierke*, *Wesen*, 1902, 4 f.; O. v. *Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887, 603 f. gegen v. *Savigny*, *System*, Bd. 2, 1840, 317.

²⁷ O. v. *Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887, 608 ff.

²⁸ O. v. *Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887, 624.

²⁹ O. v. *Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887, 615.

³⁰ Vgl. auch *K. Schmidt*, *Verbandstheorie*, 1987, 16 ff.

³¹ Zu Recht kritisch *Bydlinski*, in: *GJZ-Tagungsband*, 2001, 9, 10 f.

Will man solche Normen auch auf juristische Personen anwenden, muss man in der Lage sein, auch bei ihnen zwischen „eigen“ und „fremd“ zu unterscheiden. Genau dieses Problem lag auch der noch zum preußischen Recht ergangenen Feuerlöscher-Entscheidung des Reichsgericht zugrunde, auf die oben³² schon kurz eingegangen wurde. Ganz allgemein lässt sich feststellen, dass es schlicht Rechtsnormen gibt, die eindeutig auch auf juristische Personen anwendbar sein sollen, aber z. B. ein eigenes Verhalten oder Verschulden des Normadressaten voraussetzen – die direkte Unternehmenshaftung ist dafür nur ein Beispiel. Indem die Organtheorie das Verhalten und Verschulden der Organe rechtlich als eigenes Verhalten und Verschulden der juristischen Person behandelt, ermöglicht sie es, solche Normen ohne größere Schwierigkeiten auch auf juristische Personen anzuwenden.

Ob sich § 31 BGB als Ausprägung der Organtheorie deuten lässt, war von Anfang an umstritten.³³ Die 1. Kommission hielt es für „zweifello“, dass die Körperschaft als „willenloses Wesen“ nicht fähig sein könne, eine unerlaubte Handlung zu begehen.³⁴ Die 2. Kommission wollte die Konstruktionsfrage, „ob die juristische Person ein handlungsfähiges Wesen sei und durch ihre Organe sich im Verkehre bethätige, oder ob sie handlungsunfähig sei und deshalb einer Vertretung bedürfe“ der Wissenschaft überlassen.³⁵ Das Reichsgericht, das schon vor Inkrafttreten des BGB in der Feuerlöscher-Entscheidung einen Ansatz vertrat, der zumindest Elemente der Organtheorie enthielt,³⁶ betonte später auch zu § 31 BGB, die Handlung eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters sei „Handlung der juristischen Person selbst“³⁷ und die juristische Person trete durch ihre Vertreter „selbsthandelnd in Erscheinung“.³⁸ Der BGH hat diese Formulierung später übernommen,³⁹ allerdings auch betont, § 31 BGB sei „keine haftungsbe gründende, sondern eine haftungszuweisende Norm“, die der juristischen Person „lediglich“ die unerlaubte Handlung eines Organs zurechne.⁴⁰ Unerlässliche Voraussetzung der Zurechnung sei aber, „daß das Organ, also eine natürliche Person, eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begangen hat“. Diese zweite Formulierung legt eher eine Haftung für fremdes Delikt nahe als eine Eigenzurechnung. Den gegenwärtigen Stand der dogmatischen Diskussion dürfte sie aber wohl nicht mehr wiedergeben. Denn heute ist weitgehend anerkannt, dass der juristischen Person über § 31 BGB auch einzelne Deliktselemente

³² → § 3 A II 2.

³³ Vgl. *v. Tuhr*, BGB AT, Bd. 1, 1910, 464; *Hafter*, Delikts- und Straffähigkeit, 1903, 37 ff.; *Klingmüller*, Haftung, 1900, 50 ff.; *Rhomberg*, Verschulden, 1899, 101 f.

³⁴ Mot. I, S. 102 f. = Mugdan I, S. 409.

³⁵ Prot., S. 1023 = Mugdan I, S. 609.

³⁶ RGZ 19, 348, 349 ff. (1887).

³⁷ RGZ 91, 72, 75 f. (1917).

³⁸ RGZ 162, 129, 169 (1939).

³⁹ BGHZ 99, 298, 302 = NJW 1987, 1193, 1194; BGH WM 1959, 80, 81.

⁴⁰ BGHZ 99, 298, 302 = NJW 1987, 1193, 1194.

wie Verhalten oder Verschulden zugerechnet werden können, um eine originäre Haftung der juristischen Person unabhängig von einem Organdelikt zu begründen, z. B. wegen Verletzung einer eigenen Verkehrspflicht der juristischen Person. In diesen Zusammenhängen wirkt § 31 BGB letztlich doch haftungsbegründend, denn ein Organdelikt gibt es nicht und ohne § 31 BGB gäbe es nach h. M. auch keine Haftung der juristischen Person. Zu diesem Mechanismus der Eigenzurechnung passt, dass § 31 BGB in der Literatur gerade in jüngerer Zeit wieder verstärkt als Ausdruck der Organtheorie angesehen wird.⁴¹

Interessant ist, dass die bzw. eine Organtheorie offenbar in allen europäischen Rechtsordnungen anerkannt ist⁴² und somit auch in solchen, die eine strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* anerkennen. Daran zeigt sich, dass es nahezu überall ein Bedürfnis gibt, neben einer Haftung für fremdes Delikt auch eine Eigenzurechnung anzuerkennen. Im englischen Recht z. B. kommt die der Organtheorie entsprechende sog. *identification doctrine* im Wesentlichen in drei Bereichen zum Einsatz: Erstens im Strafrecht, weil das englische Recht (anders als das US-amerikanische) zumindest im Kernstrafrecht keine *vicarious liability* anerkennt und deshalb selbst im Unternehmensstrafrecht eine *eigene* Straftat des Unternehmens bzw. Unternehmensträgers festgestellt werden muss. Zweitens bei der *illegality defence* (*ex turpi causa non oritur actio*), einer Rechtsfigur des *common law*, die besagt, dass ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, wenn der Anspruchsteller *selbst* an der unerlaubten Handlung beteiligt war. Das kann z. B. der Regressklage eines Unternehmensträgers gegen einen Organwalter entgegenstehen, wenn der Organwalter einen Rechtsverstoß begangen hat und der Unternehmensträger deshalb ein Bußgeld zahlen muss. Denn der Rechtsverstoß gilt als eigener Verstoß des Unternehmensträgers und dieser hat sich daher selbst rechtswidrig verhalten.⁴³ Drittens kommt die *identification doctrine* zur Anwendung, wenn ein Gesetz an ein eigenes Verhalten oder Verschulden des Normadressaten anknüpft, wie es in der oben⁴⁴ bereits erwähnten Leitentscheidung *Lennard's Carrying* der Fall war, weil die maßgebliche Section 502 des Merchant Shipping Act 1894 auf ein eigenes Verschulden des Schiffseigners abstellte. In Frankreich wird die Haftung juristischer Personen für das Verhalten ihrer Organe als Haftung für eigenes Delikt auf Art. 1240 CC (ex Art. 1382) gestützt und nicht als Haftung für fremdes Delikt auf Art. 1242 CC (ex Art. 1384).⁴⁵ In der Schweiz

⁴¹ Vgl. Grüneberg/Ellenberger, ⁸²2023, § 31 Rn. 1; BeckOK-BGB/Schöpflin, ⁶⁴2022, § 31 Rn. 1; Soergel/Hadding, ¹³2000, § 31 Rn. 1; Dieckmann, ZGR 2020, 1039, 1045 ff.; a. A. Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 7; Flume, BGB AT, Bd. I/2, 1983, § 11 III 1, 2, S. 381 ff.

⁴² Galand-Carval, in: PETL Liability Others, 2003, 289, Rn. 12; v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 169.

⁴³ *Safeway Stores v Twigger* [2011] Bus. L.R. 1629 ff.; vgl. auch *Bilta (UK) v Nazir* [2016] A.C. 1 ff.; *Stone & Rolls v Moore Stephens* [2009] 1 A.C. 1391 ff.

⁴⁴ → § 3 A II 2.

⁴⁵ Galand-Carval, in: PETL Liability Others, 2003, 85, Rn. 8.

ist die Organtheorie in Art. 54, 55 ZGB sogar kodifiziert worden. Danach sind juristische Personen selbst handlungsfähig und die Organe berufen, den Willen der juristischen Person zum Ausdruck zu bringen. In Art. 55 Abs. 2 ZGB wird betont, dass die Organe die juristische Person nicht nur rechtsgeschäftlich, sondern auch durch ihr sonstiges Verhalten verpflichten. Auch die Verfasserinnen und Verfasser des DCFR sind davon ausgegangen, dass sich juristische Personen im Deliktsrecht mindestens die Handlungen ihrer Repräsentanten zurechnen lassen müssen,⁴⁶ worunter gemäß Art. VI.-3:201(2) Satz 2 DCFR Personen zu verstehen sind, die in der Satzung der juristischen Person mit Vertretungsmacht ausgestattet werden.

Außer im Deliktsrecht kommt die Organtheorie mitunter auch im Strafrecht zur Anwendung. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht in den 1960er Jahren entschieden, dass die Anwendung strafrechtlicher Grundsätze auf juristische Personen nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei.⁴⁷ Werde eine juristische Person für schuldhaftes Handeln im strafrechtlichen Sinne in Anspruch genommen, könne „nur die Schuld der für sie verantwortlich handelnden Personen maßgebend sein“, wozu in jedem Fall die Organe gehörten. Die Bußgeldhaftung juristischer Personen und von Personenvereinigungen nach § 30 OWiG ist heute allerdings nicht als Eigenhaftung ausgestaltet, sondern als indirekte, an eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit einer Leitungsperson anknüpfende Haftung. Auch das EU-Recht verlangt in den auf Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV verabschiedeten Richtlinien nur, dass juristische Personen für bestimmte Straftaten ihrer Führungskräfte verantwortlich gemacht werden können, nicht aber, dass die Mitgliedstaaten von einer eigenen Straftat der juristischen Person ausgehen.⁴⁸ In Rechtsordnungen, die wie z. B. Großbritannien, Frankreich oder die USA ein echtes Unternehmensstrafrecht kennen, wird hingegen oft die Organtheorie herangezogen, um Unternehmen „eigene“ Straftaten anlasten zu können, für die sie dann zu bestrafen sind.⁴⁹

II. Zurechnungsträger

Wie nahezu alle Zurechnungsmechanismen, die sich für die Begründung einer direkten Unternehmenshaftung heranziehen lassen, hat die Organtheorie mit der Frage zu kämpfen, wessen Handlungen als Handlungen einer juristischen Person oder eines sonstigen nicht menschlichen Unternehmensträgers gelten

⁴⁶ v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3115 f.

⁴⁷ Hierzu und zum Folgenden BVerfGE 20, 323, 335 f. = NJW 1967, 195, 197.

⁴⁸ Vgl. etwa Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2018/1673 v. 23.10.2018, ABl. EU L 284/22; Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2014/57/EU v. 16.4.2014, ABl. EU L 176/179.

⁴⁹ Vgl. Ormerod/Laird, Criminal Law, ¹⁴2015, 294 ff.; § 2.07(1)(c) des U.S. Model Penal Code 1962.

sollen. *Gierke* wollte auf die Verfassungen der Verbände abstellen, also Satzungen oder Gesellschaftsverträge, ging aber offenbar davon aus, dass darin weit mehr als nur die zwingenden Organe i.S. des Gesellschaftsrechts bestimmt werden würden. So betonte er, außerhalb des „verfassungsmäßigen Rahmens“ der Verbandsorganisation könnten zwar Vollmachten erteilt und Dienstverträge geschlossen, „niemals aber eine Organstellung verliehen werden“.⁵⁰ Andererseits sprach er später davon, dass es eine unübersehbare Fülle „höchst ungleichartiger und oft sehr verwickelter Normen“ gäbe, die dazu dienten, „Zahl und Art der Organe festzusetzen“ und die Einzelheiten ihrer Tätigkeit zu regeln und erwähnte in diesem Zusammenhang „niedere“, „höhere“ und „höchste“ Organe.⁵¹ Heute wird die Organtheorie in der Regel gesellschaftsrechtlich verstanden, obwohl sie ihre Funktionen vor allem außerhalb des Gesellschaftsrechts erbringt, z. B. im Haftungsrecht. Der Begriff „Organ“ wird also auf die notwendigen und teils auch auf die fakultativen Organe i.S. des Gesellschaftsrechts bezogen, also z. B. Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung bei der AG oder Geschäftsführer, Gesellschafterversammlung und ggf. Aufsichts- oder Beiräte bei der GmbH. Dabei sind der Gesellschaft unstreitig auch Handlungen einzelner Organwalter zuzurechnen, also z. B. der AG die Handlungen eines einzelnen Vorstandsmitglieds. Ein eigenständiger, haftungsrechtlicher Organbegriff hat sich außerhalb von § 31 BGB nicht etabliert.

Die haftungsrechtliche Sonderrolle der Organe wird inhaltlich oft mit ihrer gesellschaftsrechtlichen Sonderrolle begründet. Es sei sachgerecht, dass sich eine juristische Person die Handlungen ihrer Organe zurechnen lassen müsse, weil die juristische Person durch ihre Organe überhaupt erst in die Lage versetzt werde, als Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilzunehmen.⁵² Organe unterschieden sich von Vertretern oder Gehilfen dadurch, dass sie unentbehrlich seien, um der gesetzlich anerkannten Rechtssubjektivität juristischer Personen Geltung zu verschaffen. Das gilt freilich nur für die notwendigen Organe i.S. des Gesellschaftsrechts und legt einen sehr engen Kreis von Zurechnungsträgern nahe. Je weiter man sich davon für die Zwecke des Haftungsrechts entfernt, desto schwieriger wird es, die Organzurechnung originär gesellschaftsrechtlich bzw. mit der „Konstruktionsidee“ der juristischen Person zu rechtfertigen. Das zeigt sich schon an der Frage, ob auch die fakultativen Organe zum Kreis der Zurechnungsträger zählen sollten. Bei ihnen kann es nicht die Unentbehrlichkeit sein, welche die Zurechnung rechtfertigt, und das Sonderorgan von einem Vertreter oder Gehilfen unterscheidet, sondern nur noch der Satzungsbezug. Das mag ein ausreichendes Kriterium sein, um die Verbandsangehörigen in zwei Gruppen einzuteilen und die Mitglieder der einen Gruppe mit dem Ver-

⁵⁰ *O. v. Gierke*, *Genossenschaftstheorie*, 1887, 673 f.

⁵¹ *O. v. Gierke*, *Wesen*, 1902, 28.

⁵² Vgl. *K. Schmidt*, *GesR*, 42002, § 10 I 1, S. 247 ff.; *Kleindiek*, *Deliktshaftung*, 1997, 191.

band zu identifizieren (Eigenzurechnung), die Mitglieder der anderen Gruppe hingegen vom Verband zu unterscheiden (Fremdzurechnung). Nur lässt sich eben für die fakultativen Organe nicht argumentieren, die Zurechnung folge auf geradezu natürliche Weise aus der Anerkennung der juristischen Person als Rechtssubjekt.

III. Kritik

Aus haftungsrechtlicher Sicht stellt sich in Bezug auf die Organtheorie das Problem, dass der Kreis der Zurechnungsträger zu eng ist, um den Zwecken des Haftungsrechts gerecht zu werden. Das liegt auf der Hand, wenn man nur die notwendigen Organe einbezieht, würde aber selbst dann noch gelten, wenn man als Organe i.S. der Organtheorie alle satzungsmäßig bestellten Vertreter ansähe. Die Haftung eines Unternehmensträgers wegen Verletzung seiner eigenen Pflichten ließe sich nur begründen, wenn sie einem solchen Vertreter angelastet werden kann. Die deutsche Rechtsprechung zur Verkehrspflichthaftung juristischer Personen und insbesondere zum sog. Organisationsverschulden zeigt zwar, dass sich oft Pflichtverletzungen auf höheren Hierarchieebenen identifizieren lassen, die Pflichtverletzungen auf unteren Ebenen begünstigt haben. Dennoch müsste die Haftung oft daran scheitern, dass sich die Rechtsverletzung nicht auf ein Versäumnis eines Organs zurückführen lässt. Das lässt sich wieder am Beispiel eines Hausmeisters veranschaulichen, der am Werkstor einer Aktiengesellschaft deren Streupflicht verletzt. Wäre eine Zurechnung nur mithilfe der Organtheorie möglich, müsste ein Passant, der auf dem glatten Gehweg zu Schaden kommt, nachweisen, dass ein Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft für die Streupflichtverletzung mitverantwortlich ist. Selbst wenn sich feststellen ließe, dass die Arbeitspläne nicht genügend Zeit für das Streuen vorsahen oder dass die Einkaufsabteilung kein Streumaterial besorgt hatte, wird man dafür aber kaum den Vorstand verantwortlich machen können, der sich in aller Regel mit solchen Fragen nicht befasst und auch nicht befassen muss. Die Verletzung der Streupflicht durch den Hausmeister selbst könnte der Gesellschaft nicht zugerechnet werden, weil er kein Organ ist.

Das Problem des engen Kreises der Zurechnungsträger relativiert sich ein wenig, wenn man auch fakultative satzungsmäßige Vertreter als Organe anerkennt. Allerdings kommt dann als weiteres Problem hinzu, dass man es dem Unternehmensträger bzw. dessen Gesellschaftern überlassen würde, in der Satzung den Kreis der Personen zu bestimmen, deren Verhalten für die Zwecke des Haftungsrechts als „eigenes“ Verhalten des Unternehmensträgers gelten soll.⁵³ Es

⁵³ Dagegen BGH NJW 1998, 1854, 1856; NJW 1972, 334; RGZ 163, 21, 30 (1940); RG JW 1936, 915, Nr. 1; vgl. auch *Wagner*, NZWiSt 2018, 399, 403.

liegt auf der Hand, dass damit ein Anreiz gesetzt würde, keine Sonderorgane zu bestellen, um den Kreis der Zurechnungsträger möglichst klein zu halten. Unter anderem aus diesem Grunde hat die Rechtsprechung die Organ- und Vertreterhaftung nach § 31 BGB im Laufe der Jahrzehnte in eine deutlich weitergehende Repräsentantenhaftung umgewandelt,⁵⁴ die keinen Satzungsbezug mehr voraussetzt, und auch in § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG werden sonstige Leitungspersonen für die Begründung der Bußgeldhaftung von Verbänden den Organmitgliedern und gesetzlichen Vertretern gleichgestellt.

Hinzu kommt, dass die Stellung als Organ oder satzungsmäßiger Vertreter keinen sachlichen Bezug zum Haftungsrecht aufweist. Es versteht sich nicht von selbst, dass Personen, denen gesellschaftsrechtlich eine Sonderrolle zukommt, auch haftungsrechtlich anders behandelt werden sollten. Das Hausmeister-Beispiel zeigt anschaulich, dass deliktische Pflichten des Unternehmensträgers auch durch Unternehmensangehörige erfüllt werden, die keine Organe sind. Warum soll dann in diesem Zusammenhang nicht auch das Verhalten und Verschulden des Hausmeisters als Verhalten und Verschulden der Aktiengesellschaft gelten? Die Organtheorie kann darauf letztlich keine Antwort geben. Sie kann einigermaßen plausibel erklären, warum das Verhalten der Organe als eigenes Verhalten der juristischen Person zu gelten hat, aber nicht, warum nicht auch Nicht-Organe als Zurechnungsträger in Betracht kommen sollen. Das Unentbehrlichkeits-Argument der Organtheorie besagt nur, dass zumindest die Handlungen der Organe als eigene Handlungen der juristischen Person gelten müssen, weil andernfalls deren Rechtssubjektivität nicht verwirklicht werden könnte; das schließt aber nicht aus, weitere Zurechnungsträger anzuerkennen. Es leuchtet nicht ein, warum für die Frage, wessen Verhalten i.S. des Haftungsrechts als Verhalten der juristischen Person gelten soll, nur gesellschaftsrechtliche Grundsätze maßgeblich sein sollen. Näher scheint zu liegen, zumindest auch auf die Zwecke des Haftungsrechts abzustellen.

C. Zurechnungsnormbezogene Zurechnung

Für das deutsche Haftungsrecht hat der Streit über die Handlungs-, Willens-, Verschuldens- und Deliktsfähigkeit juristischer Personen und die von der Organtheorie und der Vertretertheorie angebotenen Lösungen drastisch an Bedeutung verloren, seit die wichtigsten Fragen im BGB geregelt sind – also seit mehr als 120 Jahren. Seither bestätigt § 31 BGB, dass Organen und satzungsmäßig berufenen Vertretern auch haftungsrechtlich eine Sonderrolle zukommt, und die verschuldensabhängige Ausgestaltung der Geschäftsherrnhaftung nach

⁵⁴ Vgl. dazu schon ausf. oben → § 1 B IV.

§ 831 BGB lässt sich als Bestätigung dafür sehen, dass das Verhalten einfacher Verrichtungsgehilfen nicht zugerechnet werden soll. Die für die Unternehmenshaftung so wichtige Zurechnungsdogmatik hat damit ein normatives Fundament erhalten und statt über Theorien wird nun über die Auslegung konkreter Normen gestritten. Nahezu einhellig wird seither davon ausgegangen, dass eine Zurechnung im Deliktsrecht immer auf eine Zurechnungsnorm gestützt werden muss und meist wird dafür § 31 BGB herangezogen. Allerdings hat sich in der Rechtspraxis erwiesen, dass sich die Zurechnungsprobleme, die sich im Recht der Unternehmenshaftung stellen, allein mit § 31 BGB nicht befriedigend lösen lassen. § 831 BGB als Zurechnungsnorm anzuwenden wirft ebenfalls erhebliche Schwierigkeiten auf. Vereinzelt hat man deshalb erwogen, § 278 BGB auch für die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung im Deliktsrecht heranzuziehen, was die h. M. jedoch zu Recht ablehnt. Diese Fragen sollen im Folgenden vertieft werden. Dabei wird sich erweisen, dass eine ausschließlich auf Zurechnungsnormen fokussierte Zurechnungsdogmatik im Deliktsrecht und speziell bei der Unternehmenshaftung nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt. Daraus wird hier die Forderung abgeleitet, neben den Zurechnungsnormen vor allem auch die Haftungsnormen stärker in den Blick zu nehmen, was anschließend in Teil D ausführlich begründet wird.

I. § 31 BGB (analog)

Es ist heute nahezu einhellig anerkannt, dass § 31 BGB nicht nur eine Haftung für fremdes Delikt begründet, nämlich eine Haftung des Verbands für die unerlaubten Handlungen seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter nach dem Schuldbeitrittsmodell, sondern dass die Vorschrift außerdem als Zurechnungsnorm herangezogen werden kann.⁵⁵ In dieser Funktion wird § 31 BGB nach h. M. benötigt, wenn entschieden werden muss, ob von einem eigenen Verhalten oder Verschulden des Verbands auszugehen ist, wie dies insbesondere der Fall ist, wenn eine direkte Unternehmenshaftung ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt begründet werden soll. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, ist die Heranziehung des § 31 BGB als Zurechnungsnorm jedoch nicht unproblematisch. Aus dogmatischer Sicht ist schon nicht völlig unumstritten, ob sich § 31 BGB überhaupt als Zurechnungsnorm ansehen lässt. Auch die Ausweitung der Organ- und Vertreterzurechnung zur allgemeinen Repräsentantenzurechnung steht dogmatisch gesehen auf wackeligen Beinen, wie oben in § 1 bereits erläutert wurde.⁵⁶ In rechtspolitischer Hinsicht besteht das Problem der Repräsen-

⁵⁵ MünchKommBGB/*Leuschner*,⁹2021, § 31 Rn. 1, 24; HK-BGB/*Dörner*,¹¹2022, § 31 Rn. 1; Soergel/*Krause*,¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 67; *Bork*, BGB AT, ⁴2016, Rn. 1301.

⁵⁶ → § 1 B IV.

tanzzurechnung nach § 31 BGB (analog) vor allem darin, dass sie trotz aller Ausweitungen noch immer auf einen relativ eng umgrenzten Kreis von Zurechnungsträgern beschränkt ist. Das spricht natürlich nicht dagegen, das Verhalten und Verschulden von Organen und Repräsentanten über § 31 BGB dem Verband zuzurechnen, deutet aber darauf hin, dass dies allein für eine sachgerechte Bewältigung der Zurechnungsprobleme, die sich im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung stellen, nicht ausreicht.

1. Grundlagen

Spätestens seit der in den 1990er-Jahren lebhaft geführten Debatte über die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen und ihrer Organwalter, die durch das Baustoff-Urteil des BGH⁵⁷ ausgelöst wurde, ist in der Literatur anerkannt, dass Unternehmensträger, auch wenn es sich um Gesellschaften handelt, selbst unmittelbar Adressaten deliktischer Pflichten sein können und dass § 31 BGB als zentrale Zurechnungsnorm heranzuziehen ist, um aus der Pflicht des Unternehmensträgers und ihrer schuldhaften Verletzung durch einen Organwalter oder Repräsentanten eine originäre Haftung des Unternehmensträgers zu begründen. Besonders *Kleindiek* hat sich in seiner Habilitationsschrift um dieses Zurechnungsmodell verdient gemacht.⁵⁸ Er sieht in § 31 BGB die einzige Zurechnungsnorm, mit deren Hilfe sich eine deliktische Haftung juristischer Personen begründen lässt. Die Pflicht der juristischen Person werde „durch das schuldhafte Säumnis ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter oder eines gleichgestellten Repräsentanten verletzt“.⁵⁹ Mit der Zurechnungsnorm des § 31 BGB habe der Gesetzgeber die „verbandsrechtliche Vervollständigung“ des individualrechtlichen Modells der §§ 823 ff. BGB vollzogen.⁶⁰ Kraft § 31 BGB werde die juristische Person zur Schuldnerin jener Schadensersatzverbindlichkeiten, „welche aus dem pflichtverletzenden Verhalten ihrer Repräsentanten entstehen“. Das Verschulden einer beliebigen für den Verband tätigen natürlichen Person genügen zu lassen, lehnt *Kleindiek* ausdrücklich ab.⁶¹ Eine Anwendung des § 278 BGB im Deliktsrecht werde von Rechtsprechung und Literatur zu Recht abgelehnt und würde außerdem dem Willen des BGB-Gesetzgebers widersprechen. § 831 BGB als Zurechnungsnorm heranzuziehen wird von ihm gar nicht erst erwogen. Vielmehr betont er in Bezug auf arbeitsteilige Organisation, dass die Verkehrspflichten der juristischen Person in Anleitungs- und Überwachungspflichten münden und die Organwalter eine „effektive Anleitungs- und Überwachungsorganisation zur Führung und Kontrolle nach-

⁵⁷ BGHZ 109, 327 ff. = NJW 1990, 975 ff.

⁵⁸ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 204 f., 356 f. und passim.

⁵⁹ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 356.

⁶⁰ Hierzu und zum Folgenden *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 357.

⁶¹ Hierzu und zum Folgenden *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 363 f.

geordneter Mitarbeiter“ einzurichten hätten.⁶² Verkehrspflichtverletzungen durch einfache Gehilfen sollen eine Haftung der juristischen Person also offenbar nur begründen können, wenn sich zusätzlich eine Organisationspflichtverletzung eines Repräsentanten nachweisen lässt.

Zumindest was die Funktionsweise des § 31 BGB angeht, kann das *Kleindiek*-Modell heute als h. M. gelten. In der Literatur ist nahezu einhellig akzeptiert, dass § 31 BGB nicht nur eine Haftung für vollständig verwirklichte Organ- und Repräsentantendelikte anordnet, sondern dass sich der juristischen Person mithilfe dieser Vorschrift auch einzelne Deliktselemente wie Verhalten, Wissen oder Verschulden zurechnen lassen.⁶³ Auch in der Rechtsprechung lassen sich mühelos Beispiele finden, die dieses Verständnis des § 31 BGB stützen. Das Reichsgericht sprach bereits in einem seiner ersten Urteile zur Deliktshaftung juristischer Personen unter Geltung des BGB von einer Aufsicht, die „dem Beklagten in seinen verfassungsmäßig berufenen Vertretern“ oblag und „deren Unterlassung ihm als ein Verschulden dieser Vertreter zugerechnet werden muß“.⁶⁴ Konkret ging es um eine auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte Haftung des preußischen Eisenbahnfiskus wegen einer Streupflichtverletzung, die primär einem Bahnmeister anzulasten war, die möglicherweise aber auch die verfassungsmäßigen Vertreter des Fiskus durch eine bessere Beaufsichtigung hätten verhindern können. Auch der BGH hat später zahlreiche Verkehrspflichtfälle entschieden, in denen er die maßgebliche Pflicht eindeutig der juristischen Person oder dem sonstigen Organisationsträger zuordnete, für die Pflichtverletzung und/oder das Verschulden i. e. S. dann aber auf verfassungsmäßig berufene Vertreter oder Repräsentanten abstellte.⁶⁵ Meist hat er dabei nicht offengelegt, wie er sich die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen dogmatisch vorstellt. Doch es gibt auch Entscheidungen, in denen der BGH recht deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine direkte Haftung juristischer Personen für möglich hält und in § 31 BGB zumindest auch eine Zurechnungsnorm sieht. So hat er in der Schubstreben-Entscheidung formuliert: „Bei juristischen Personen greift die Zurechnungsregel des § 31 BGB ein, wenn die schuldhafte Verletzung allgemeiner Überwachungs- und Organisationspflichten zu einer Rechtsverletzung im Sinn des § 823 BGB geführt hat.“⁶⁶

Hinsichtlich des Kreises der Zurechnungsträger ist hier nur nochmals daran zu erinnern, dass die Rechtsprechung die ursprünglich in § 31 BGB angelegte Organ- und Vertreterhaftung im Laufe der Jahrzehnte in eine allgemeine Re-

⁶² *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 359.

⁶³ Vgl. nur MünchKommBGB/*Leuschner*, 92021, § 31 Rn. 24; Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 43; Soergel/*Krause*, 132005, § 823 Anh. II Rn. 67.

⁶⁴ RGZ 53, 276, 281 (1903).

⁶⁵ Vgl. nur BGH NJW 1986, 2757; NJW 1980, 223 f.; VersR 1978, 1163 ff.; VersR 1976, 149 ff.; BGHZ 17, 214, 219 = NJW 1955, 1314, 1315.

⁶⁶ BGH NJW 1968, 247, 248.

präsentantenhaftung umgeformt hat, die methodisch gesehen nach heute h. M. auf einer Analogie zu § 31 BGB beruht.⁶⁷ Als Repräsentanten werden über den Kreis der verfassungsmäßig berufenen Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB hinaus solche Personen angesehen, „denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren“.⁶⁸ Damit soll verhindert werden, dass die Vertreter bzw. Gesellschafter der juristischen Person durch eine entsprechende Gestaltung der Satzung selbst entscheiden können, welche natürlichen Personen mit ihrem Verhalten eine Haftung der juristischen Person begründen können und welche nicht. Die Haftung bzw. Zurechnung nach § 31 BGB beruht heute also nicht mehr auf dem gesellschaftsrechtlichen Sonderstatus fakultativer oder notwendiger Organe, sondern auf dem Repräsentationsgedanken, der bereits in der Feuerlöscher-Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1887 deutlich zum Ausdruck kam⁶⁹ und der später insbesondere von *Martinek* umfassend aufgearbeitet wurde.⁷⁰ Ähnlich Ansätze finden sich auch in jüngeren Tatbeständen des Strafrechts und des Ordnungswidrigkeitsrechts, z. B. in § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG („Leitungspersonen“) und den auf Grundlage von Art. 83 Abs. 2 AEUV verabschiedeten Richtlinien, wo der Kreis der Zurechnungsträger anhand von Vertretungs-, Entscheidungs- und Kontrollbefugnissen bestimmt wird.⁷¹

2. Kritik

Nach einer heute nur noch selten vertretenen Mindermeinung lässt sich § 31 BGB nicht als Zurechnungsnorm verstehen, weil sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergebe, dass die Deliktshaftung juristischer Personen immer an ein vollständig verwirklichtes Organ- oder Vertreterdelikt anzuknüpfen sei.⁷² Eine Haftung juristischer Personen für eigene Delikte habe der Gesetzgeber nicht gewollt, auch nicht in Form einer Verbundhaftung, die auf eine eigene Pflicht der juristischen Person und deren Verletzung durch einen verfassungsmäßigen Vertreter gestützt wird. Die Berechtigung dieser historisch-dogmatischen Kritik soll hier nicht im Einzelnen überprüft werden.⁷³ Erinnerung sei nur daran, dass die 2. Kommission die „Entscheidung der Konst-

⁶⁷ BGHZ 196, 340, 343 = NJW 2013, 3666f., Rn. 11; Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 23; Soergel/*Hadding*, 132000, § 31 Rn. 18. Ausf. → § 1 B IV 1.

⁶⁸ BGHZ 196, 340, 343 f. = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12.

⁶⁹ RGZ 19, 348, 350 (1887).

⁷⁰ *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, 196 ff. und passim.

⁷¹ Vgl. für Beispiele oben → Fn. 48.

⁷² Vgl. insb. *Altmeyden*, ZIP 2016, 97, 100 f. m. w. N.

⁷³ Vgl. dazu auch *Dreier*, Verkehrspflichthaftung, 2002, 138 ff.; *Foerste*, VersR 2002, 1, 2 ff.; *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 206 ff.; *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, 1983, § 11 III 2, S. 381–384.

ruktionsfrage, ob die juristische Person ein handlungsfähiges Wesen sei und durch ihre Organe sich im Verkehre bethätige, oder ob sie handlungsunfähig sei und deshalb einer Vertretung bedürfe“, ausdrücklich der Wissenschaft überlassen wollte.⁷⁴ Es scheint daher schon vom Ansatz her fragwürdig, aus der Entstehungsgeschichte des § 31 BGB ein bestimmtes, heute noch maßgebliches Haftungskonzept herleiten zu wollen. Ähnlich ist freilich auch *Kleindiek* vorgegangen, da auch er sein Modell von der Doppelfunktion des § 31 BGB in erster Linie historisch-dogmatisch begründet hat.⁷⁵ An dieser Begründung ist in der Literatur verschiedentlich Kritik geübt worden, das Konzept als solches hat hingegen ganz überwiegend Zustimmung gefunden.⁷⁶ Angesichts des Umstands, dass der Gesetzgeber die dogmatischen Einzelheiten der Deliktshaftung juristischer Personen gerade nicht entscheiden wollte, dürfte kaum zu bestreiten sein, dass sich das *Kleindiek*-Modell jedenfalls als Rechtsfortbildung anerkennen lässt. Es ist methodisch gesehen kein allzu kühnes Unterfangen, § 31 BGB auch als Zurechnungsnorm zu verstehen. Denn wenn sich aus der Vorschrift unstreitig ergibt, dass juristische Personen für vollständig verwirklichte Delikte ihrer Organe und verfassungsmäßigen Vertreter haften, dann ist die Zurechnung einzelner Deliktselemente demgegenüber das kleinere Übel – und zwar nicht bloß, weil es nur um einen Teil eines Delikts geht, sondern vor allem, weil die Zurechnung erfolgt, um eine Haftung der juristischen Person wegen der Verletzung einer *eigenen* Pflicht zu begründen, während § 31 BGB sonst eine Haftung für *fremde* Delikte regelt. Wenn jedoch sogar eine Haftung für fremde Delikte, also fremde Pflichtverletzungen möglich sein soll, dann muss es auch möglich sein, eine Haftung wegen einer Verletzung eigener Pflichten zu begründen. Die Einordnung des § 31 BGB als Zurechnungsnorm lässt sich also methodisch mit einem Erst-Recht-Schluss rechtfertigen.

Als weitaus problematischer in dogmatischer und auch in rechtspolitischer Hinsicht erweist sich die Ausweitung der Organ- und Vertreterhaftung zur Repräsentantenhaftung. Das ist oben⁷⁷ in § 1 bereits ausführlich dargestellt worden und soll hier nicht im Einzelnen wiederholt werden. Erinnerung sei nur daran, dass angesichts der klaren und vom Gesetzgeber gewollten Differenzierung der §§ 31, 831 BGB fraglich ist, ob sich wirklich die Voraussetzungen einer Analogie bejahen lassen. Außerdem krankt die Repräsentantenhaftung daran, dass § 31 BGB nur für Gesellschaften als Unternehmensträger gilt, sodass es zu einer Privilegierung von Einzelunternehmern kommt, die für ihre Führungskräfte nur nach § 831 BGB einzustehen haben. Wäre § 31 BGB tatsächlich die einzige Zurechnungsnorm, die sich für die Begründung einer direkten Unternehmenshaftung heranziehen ließe, hieße das, dass es bei Einzelunternehmern gar keine

⁷⁴ Prot., S. 1023 = Mugdan I, S. 609.

⁷⁵ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 206 ff.

⁷⁶ Dazu schon oben → § 1 B VI 2a bei Fn. 256–257.

⁷⁷ → § 1 B IV.

Zurechnung gäbe. Selbst ein Einzelunternehmer mit tausenden Mitarbeitern könnte dann für eine Verkehrspflichtverletzung oder eine Verletzung einer sonstigen Unternehmenspflicht (z. B. einen Kartellverstoß) nur verantwortlich gemacht werden, wenn ihn ein eigenes Verschulden trifft.

Außerdem stellt sich auch bei § 31 BGB das oben im Zusammenhang mit der Organtheorie bereits diskutierte Problem, dass der Kreis der Zurechnungsträger – trotz der Ausweitung zur Repräsentantenhaftung – zu eng ist, um den Zwecken des Haftungsrechts gerecht zu werden.⁷⁸ Das lässt sich wiederum am Beispiel des Hausmeisters veranschaulichen, der am Werkstor einer Aktiengesellschaft deren Streupflicht verletzt. Wäre eine Zurechnung nur mithilfe des § 31 BGB möglich, müsste der Geschädigte nachweisen, dass ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB für die Streupflichtverletzung mitverantwortlich ist. Auch wenn die Rechtsprechung mit der Annahme von Organisations- und Überwachungspflichten tendenziell großzügig ist, wird sich jedoch nicht für jede Verkehrspflichtverletzung auf einer unteren Ebene feststellen lassen, dass sie durch eine Organisations- oder Überwachungspflichtverletzung auf einer höheren Ebene begünstigt wurde und dass für diese zweite Verletzung ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB verantwortlich ist. Gerade weil die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers in Rede steht, scheint in solchen Fällen ein rechtspolitisches Bedürfnis dafür zu bestehen, dem Unternehmensträger das fahrlässige Handeln des Hausmeisters zurechnen zu können. Denn dieser ist es schließlich, der die Streupflicht der Aktiengesellschaft verletzt. Die Frage ist allerdings, wie sich eine solche Verhaltens- und Verschuldenszurechnung begründen lässt, wenn § 31 BGB nicht passt.

II. § 831 BGB

An sich wäre es naheliegend, in Fällen wie dem Streupflicht-Beispiel dem Unternehmensträger das schuldhafte Unterlassen desjenigen, der intern für die Pflichterfüllung zuständig gewesen wäre, über § 831 BGB zuzurechnen. Der Hausmeister am Werkstor kann ohne Schwierigkeiten als Verrichtungsgehilfe qualifiziert werden und er unterlässt das Streuen im Rahmen der ihm übertragenen Verrichtungen. Allerdings ist § 831 BGB nicht als Zurechnungsnorm konzipiert und in der Literatur wird oft betont, dass es sich, anders als bei § 278 BGB, gerade nicht um eine Zurechnungsnorm handele.⁷⁹ Das wird vor allem damit begründet, dass § 831 BGB an ein eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn anknüpft, also anders als die Geschäftsherrn-

⁷⁸ Skeptisch zur alleinigen Heranziehung des § 31 BGB auch *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 302; *v. Bar*, FS Kitagawa, 1992, 279, 287f.

⁷⁹ Vgl. etwa *Wandt*, Gesetzl. SchuldV, ¹¹2022, § 18 Rn. 4; *S. Lorenz*, JuS 2020, 821, 823; *Bork*, BGB AT, ⁴2016, Rn. 1301.

haftungen der meisten anderen europäischen Länder keine echte Haftung für fremdes Delikt anordnet, sondern eine Verbundhaftung, die aus einer „fremden“ Rechtsverletzung des Gehilfen und einem eigenen Verschulden des Geschäftsherrn zusammengesetzt wird. Die Gerichte wenden § 831 BGB dennoch auch an, wenn es um die Verletzung von Pflichten geht, die primär dem Unternehmensträger obliegen, legen aber in aller Regel nicht offen, welches dogmatische Konzept sie dabei zugrunde legen. Welche Ansätze in Betracht kommen und welche dogmatischen und rechtspolitischen Probleme sich dabei ergeben, soll im Folgenden erläutert werden. Dabei wird sich zeigen, dass § 831 BGB funktional gesehen durchaus als Zurechnungsnorm herangezogen werden kann, dass aber die so erzielten Ergebnisse oft nicht überzeugen, insbesondere wegen der Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB.

1. Grundlagen

Die Rechtsprechung zögert nicht, § 831 BGB auch heranzuziehen, wenn ein Verrichtungsgehilfe eine Pflicht verletzt, die primär dem Unternehmensträger obliegt.⁸⁰ Immer noch ungeklärt ist jedoch, wie die Haftung des Geschäftsherrn in solchen Fällen dogmatisch zu konstruieren ist. Im Grundsatz kommen zwei Ansätze in Betracht: Man kann davon ausgehen, dass der Verrichtungsgehilfe die Pflicht des Unternehmensträgers als eigene Pflicht übernimmt und somit selbst pflichtwidrig und damit „widerrechtlich“ i.S. des § 831 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, wenn er die Pflicht nicht erfüllt und dadurch einen Dritten schädigt. Das hätte zur Folge, dass der Gehilfe in der Regel auch persönlich in Anspruch genommen werden könnte, z. B. aus § 823 Abs. 1 BGB. Alternativ kann man annehmen, eine „widerrechtliche Schädigung“ i.S. des § 831 Abs. 1 S. 1 BGB liege auch vor, wenn der Gehilfe „nur“ eine Pflicht des Geschäftsherrn verletzt, weil er die Pflicht nicht als eigene übernimmt und somit persönlich nicht pflichtwidrig und auch nicht widerrechtlich handelt. Der Rechtsprechung des BGH lässt sich nicht entnehmen, dass er eindeutig dem einen oder dem anderen Ansatz folgen würde. Einerseits lassen sich Entscheidungen finden, in denen eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB bejaht oder ernsthaft erwogen wird, obwohl es um die Verletzung einer Unternehmenspflicht geht (meist einer Verkehrssicherungspflicht) und eine persönliche Haftung des Gehilfen nicht selbstverständlich erscheint.⁸¹ Da der Gehilfe jedoch meist persönlich nicht verklagt ist, lässt sich diesen Entscheidungen nicht entnehmen, ob der BGH davon ausgegangen ist, der Gehilfe habe die Pflicht als eigene übernommen und deshalb selbst pflichtwidrig gehandelt, oder ob er für die Anwendung des § 831 BGB die Verletzung der Pflicht des Unternehmensträgers genü-

⁸⁰ Vgl. Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 60f. sowie → § 1 A I 4, II 4, VI 2b.

⁸¹ Vgl. BGH NJW 2006, 610, 611, Rn. 8; BGHZ 85, 121, 125 = NJW 1983, 1798; BGH VersR 1977, 543, 545; VersR 1975, 87; VersR 1965, 44; LM § 823 BGB (Ea) Nr. 29 (1961).

gen lässt. Jedenfalls lässt sich nicht erkennen, dass der BGH einer persönlichen Pflichtverletzung des Gehilfen Bedeutung zumessen würde, was eher für die zweite Variante spricht. Andererseits lassen sich erstaunlich viele Entscheidungen finden, in denen der BGH recht großzügig – und meist ohne größere Diskussion – eigene deliktische Pflichten von Verrichtungsgehilfen annimmt und sogar eine persönliche Außenhaftung bejaht, obwohl die maßgeblichen Pflichten ursprünglich eindeutig dem Unternehmensträger zugewiesen waren.⁸² Erstaunlich ist in diesen Fällen vor allem auch, dass der BGH selten ausführlicher begründet, warum er von einer eigenen Pflicht des Gehilfen ausgeht, ob er z. B. eine originäre Pflicht annimmt oder meint, die Pflicht sei vom Unternehmensträger übernommen worden. Anders als in Organhaftungsfällen, bei denen seit der Baustoff-Entscheidung eine Sensibilität für diese Problematik besteht, wird auch selten untersucht, ob die maßgeblichen Kriterien für die Entstehung deliktischer Pflichten (z. B. Gefahrveranlassung, Gefahrbeherrschung, Vertrauensschutz, Kosten-Nutzen-Prinzip) tatsächlich auf den Gehilfen persönlich verweisen oder nicht doch nur auf den Unternehmensträger.

In der Literatur wird zu Recht davon ausgegangen, dass im Anwendungsbereich des § 831 BGB wie auch bei § 31 BGB ein Bedürfnis dafür besteht, die Haftung des Geschäftsherrn unabhängig von einer persönlichen Haftung des Geschäftsherrn bejahen zu können, weil andernfalls die persönliche Außenhaftung der Verrichtungsgehilfen ins Uferlose ausgedehnt würde und Gehilfen außerdem strenger persönlich haften würden als Repräsentanten.⁸³ Zwar steht anders als bei § 31 BGB das Verschulden als zusätzlicher Filter zur Verfügung, weil für die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB bereits eine „widerrechtliche Schädigung“ durch den Gehilfen genügt,⁸⁴ während dessen persönliche Haftung z. B. nach § 823 Abs. 1 BGB zusätzlich voraussetzt, dass er schuldhaft gehandelt hat. Das reicht aber für eine sachgerechte Begrenzung der Außenhaftung nicht aus, da mit der Pflichtverletzung durch den Gehilfen in der Regel auch sein Verschulden feststeht. Denn die Rechtsprechung schließt aus der Verletzung der äußeren Sorgfalt auf eine Verletzung der inneren Sorgfalt⁸⁵ und der Gehilfe müsste daher zeigen, dass er nicht schuldhaft i. e. S. gehandelt hat, was in der Praxis so gut wie nie gelingt. Entscheidende Stellschraube für die Begrenzung der persönlichen Haftung ist daher bereits die Pflichtenstellung, weil von ihr abhängt, ob objektiv nur eine Pflicht des Unternehmensträgers verletzt ist oder auch eine persönliche Pflicht des Gehilfen. Das führt zu der Frage, wie sich eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB begründen lässt, ohne

⁸² Vgl. BGH NJW 1999, 573, 574; NJW 1995, 1150; VersR 1993, 198, 199; NJW 1991, 2960f.; VersR 1973, 836, 838; NJW 1963, 101 f. Ausf. schon oben → § 4 C I.

⁸³ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 151; Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 73; Sandmann, Haftung, 2001, 194 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu aber noch unten → § 10 C II.

⁸⁵ Dazu noch unten → § 8 A IV 2.

eine Übernahme der Unternehmenspflicht durch den Gehilfen zu unterstellen. In der Literatur findet sich das etwas schiefe Bild eines „umgekehrten § 831 BGB“,⁸⁶ dem offenbar die Vorstellung zugrunde liegt, es müsse die Pflichtverletzung des Geschäftsherrn mit dem Verschulden des Gehilfen verbunden werden, während es im originären Anwendungsbereich des § 831 BGB andersherum sei. Intuitiver scheint die Vorstellung, auch die Pflichtverletzung sei eine solche des Gehilfen, nur verletze er keine eigene, sondern eine fremde Pflicht; außerdem liefert ein Bild noch keine dogmatische Begründung. Einen Ansatz dafür sieht man in einer flexiblen Interpretation des Merkmales „widerrechtliche Schädigung“. So meint *Canaris*, nach dem Sinn und Zweck des § 831 BGB müsse genügen, „daß das Verhalten des Gehilfen widerrechtlich wäre, wenn man es als ein solches des Geschäftsherrn denkt“,⁸⁷ und *Eckardt* spricht von „einer Art ‚Außenrechtswidrigkeit‘“,⁸⁸ für die er sich offenbar vorstellt, dass Geschäftsherr und Verrichtungsgehilfe dem Geschädigten als „Haftungseinheit“ gegenübertreten, sodass es in diesem Verhältnis nicht darauf ankommt, wessen Pflicht es war und wie sie genau verletzt wurde. Funktional gesehen laufen diese Ansätze darauf hinaus, § 831 BGB ähnlich wie § 31 BGB auch als Zurechnungsnorm heranzuziehen, um dem Geschäftsherrn das pflichtverletzende Verhalten (oft ein Unterlassen) und das Verschulden des Gehilfen zuzurechnen und daraus in Verbindung mit einer eigenen Pflicht des Geschäftsherrn ein originäres Delikt des Geschäftsherrn zu konstruieren, für welches der Gehilfe persönlich nicht verantwortlich ist.

Methodisch gesehen spricht wenig dagegen, nicht nur § 31 BGB, sondern auch § 831 BGB im Wege der Rechtsfortbildung eine Doppelfunktion zuzuerkennen und § 831 BGB auch als Zurechnungsnorm anzusehen: Die Haftung ließe sich dann einerseits darauf stützen, dass der Gehilfe eine eigene Pflicht verletzt (klassischer Anwendungsbereich),⁸⁹ andererseits aber auch darauf, dass er eine Pflicht des Geschäftsherrn verletzt (§ 831 BGB als Zurechnungsnorm). Auch bei § 831 BGB ließe sich die Rechtsfortbildung mit einem Erst-Recht-Schluss begründen: Wenn der Geschäftsherr schon haften muss, wenn der Gehilfe eine eigene Pflicht verletzt (z. B. unter Verstoß gegen die StVO einen Verkehrsunfall verursacht), dann muss eine Haftung erst recht möglich sein, wenn der Gehilfe eine Pflicht des Geschäftsherrn verletzt (z. B. eine Verkehrsicherungspflicht in Bezug auf das Firmengelände). Denn eine Haftung wegen der Verletzung einer eigenen Pflicht erscheint weniger rechtfertigungsbedürftig als eine Haftung wegen Verletzung einer fremden Pflicht. Dem Geschäftsherrn nur das pflichtwidrige Verhalten und ggf. Verschulden des Gehilfen zuzurechnen ist gegenüber der nach § 831 BGB auch möglichen Haftung für ein fremdes

⁸⁶ Soergel/*Krause*, 132005, § 823 Anh. II Rn. 60; *Brüggemeier*, Prinzipien, 1999, 119.

⁸⁷ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, 131994, § 76 III 5d, S. 421 Fn. 183.

⁸⁸ *Eckardt*, in: GJZ-Tagungsband, 1997, 61, 69.

⁸⁹ Dazu noch unten → § 10 C II.

Delikt das kleinere Übel. Der Umstand, dass § 831 BGB anders als § 31 BGB eigentlich als Anspruchsgrundlage konzipiert ist, dürfte ebenfalls kein unüberwindbares Hindernis für eine derartige Rechtsfortbildung darstellen. Denn auch insoweit lässt sich argumentieren, dass die Anordnung der stärkeren Rechtsfolge (Haftung) die schwächere Rechtsfolge (Zurechnung) mitumfasst. Allerdings ist natürlich zu beachten, dass auf eine andere Anspruchsgrundlage abgestellt werden muss, wenn § 831 BGB nur in seiner Zweitfunktion als Zurechnungsnorm herangezogen wird. Wenn der Hausmeister am Werkstor die Streupflicht der Aktiengesellschaft verletzt, würde deren Haftung wegen Verletzung ihrer eigenen Verkehrssicherungspflicht z. B. auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden und über § 831 BGB würden der Gesellschaft nur das Unterlassen und die Fahrlässigkeit des Gehilfen zugerechnet.

Bei alledem wäre allerdings zu beachten, dass § 831 BGB eine Haftung des Geschäftsherrn nur für den Fall vorsieht, dass diesen ein eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden trifft. Dieses wird zwar gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet, der Geschäftsherr muss jedoch die Möglichkeit erhalten, sich zu entlasten. Es stellt sich die Frage, ob dies auch gilt, wenn § 831 BGB „nur“ als Zurechnungsnorm herangezogen wird.

2. Entlastung?

An sich lässt § 831 Abs. 1 S. 2 BGB keinen Zweifel daran, dass der Geschäftsherr für Handlungen seiner Verrichtungsgehilfen nicht haftet, wenn er zeigen kann, dass er bei der Auswahl und Überwachung des Gehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat. Soweit § 831 BGB allerdings „nur“ als Zurechnungsnorm herangezogen wird, z. B. um eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht des Geschäftsherrn durch einen Gehilfen begründen zu können, könnte man auf die Idee kommen, dass es vom Normzweck her nicht geboten ist, die Entlastung zuzulassen. Denn dass sich der Geschäftsherr entlasten können soll, wenn er in Anspruch genommen wird, weil ein Gehilfe eine persönliche Pflicht verletzt hat, bedeutet nicht, dass eine Entlastung gleichermaßen geboten ist, wenn der Gehilfe eine Pflicht des Geschäftsherrn verletzt hat. Es wäre im Gegenteil rechtspolitisch gut vertretbar, den Geschäftsherrn für eine Verletzung seiner eigenen Pflichten durch einen Gehilfen strenger haften zu lassen als wenn der Gehilfe nur eine persönliche Pflicht verletzt und der Bezug zum Wirkungskreis des Geschäftsherrn nur darin besteht, dass der Gehilfe in Ausübung einer übertragenen Verrichtung handelt. Allerdings gibt es für eine solche Differenzierung in § 831 BGB keine Anhaltspunkte und es dürfte daher methodisch kaum zu rechtfertigen sein, § 831 BGB zwei verschiedene Funktionen zuzuschreiben, die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch nur in Bezug auf eine der beiden Funktionen anzuerkennen. Es lässt sich kaum behaupten, dass

sich dem wertungsmäßigen Unterschied zwischen der Verletzung eigener und fremder Pflichten nur Rechnung tragen ließe, indem man einmal den Entlastungsbeweis zulässt und einmal nicht. Will man § 831 BGB als Zurechnungsnorm heranziehen, wird man daher akzeptieren müssen, dass dem Geschäftsherrn dann auch insoweit freisteht, sich hinsichtlich der Auswahl und Überwachung des Gehilfen zu entlasten. Im Hausmeister-Beispiel könnte die Aktiengesellschaft also die Haftung wegen der Streupflichtverletzung abwenden, wenn sie zeigt, dass der Hausmeister (oder eine ggf. maßgebliche Zwischenperson⁹⁰) sorgfältig ausgewählt und überwacht wurde. Das sieht im Ergebnis auch die Rechtsprechung so, die zwar nicht offenlegt, welches dogmatische Konzept sie der Anwendung des § 831 BGB im Zusammenhang mit der arbeitsteiligen Erfüllung von Unternehmenspflichten zugrunde legt, aber keinen Zweifel daran lässt, dass eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB auch in solchen Konstellationen möglich ist.⁹¹ Entgegenstehende Äußerungen lassen sich in veröffentlichten Entscheidungen jedenfalls nicht finden.

3. Kritik

Das führt zum zentralen Einwand gegen eine Anwendung des § 831 BGB als Zurechnungsnorm im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung: Die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, die schon im klassischen Anwendungsbereich der Vorschrift rechtspolitisch verfehlt ist,⁹² erweist sich als noch problematischer, wenn es nicht um die Verletzung einer Pflicht eines Gehilfen geht, sondern um die Verletzung einer Pflicht des Unternehmensträgers. Rechtspolitisch gesehen stellen sich hier alle Probleme, die ohnehin mit der Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB verbunden sind, in verschärfter Form. Der Unternehmensträger kann sich von der Haftung entlasten, obwohl nicht nur wegen des Handelns des Gehilfen in Ausführung einer übertragenen Verrichtung, sondern auch wegen der Verletzung einer Unternehmenspflicht feststeht, dass es um Schadenskosten geht, die in die Risikosphäre des Unternehmens fallen und die deshalb bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten.⁹³ Mit der unmittelbaren Verpflichtung des Unternehmensträgers geben der Gesetzgeber und/oder die Gerichte zu erkennen, dass die Haftung nicht bloß der Steuerung individuellen Verhaltens dient, sondern dass die unternehmerische Tätigkeit als solche reguliert werden soll. Der Unternehmensträger wird als Haftungsadressat angesprochen, damit die Unternehmensleitung dafür sorgt, dass innerhalb des Unternehmens die nötigen Vorkehrungen getroffen werden, um Schäden im erforderlichen Maße zu vermeiden. Die Verhaltensan-

⁹⁰ Zur Entlastung in Großunternehmen bereits oben → § 1 B III.

⁹¹ Vgl. nochmals die Fälle oben in → Fn. 81–82.

⁹² → § 1 B I.

⁹³ Vgl. dazu oben → § 2 B I, C II 3.

reize für die Unternehmensleitung und die Unternehmensangehörigen bleiben wegen der Entlastung jedoch unzureichend, weil dann ein Teil der Schadenskosten nicht vom Unternehmensträger getragen, sondern bei dem Geschädigten belassen wird. Anders als im klassischen Anwendungsbereich des § 831 BGB hat der Geschädigte auch keine Möglichkeit, den Gehilfen persönlich in Anspruch zu nehmen, weil dieser mangels einer eigenen Pflicht nicht haftet. Die Schadenskosten können also auch nicht über den „Umweg“ des innerbetrieblichen Schadenausgleichs internalisiert werden, der im klassischen Anwendungsbereich des § 831 BGB das Schlimmste verhindert.⁹⁴ Denn wenn der Gehilfe selbst nicht in Anspruch genommen werden kann, wird er logischerweise auch nicht auf Freistellung durch den Unternehmensträger drängen. Anders als im klassischen Anwendungsbereich des § 831 BGB, wo die Folgen der Entlastung teils von den Geschädigten, teils aber auch von den Verrichtungsgehilfen getragen werden, führt die Entlastung im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung dazu, dass die Risiken voll auf die Geschädigten abgewälzt werden. Die Entlastung führt hier also zu noch problematischeren Ergebnissen. Gleichzeitig steht ihre Rechtfertigung auf noch wackeligeren Beinen. Denn mit der Entlastungsmöglichkeit wollte der BGB-Gesetzgeber das Verschuldensprinzip wahren und verhindern, dass die Handlungsspielräume der Geschäftsherrn übermäßig beschränkt werden. Insbesondere ging es darum, schutzbedürftige Unternehmen wirtschaftlich nicht zu stark zu belasten.⁹⁵ Sind Pflichten unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert, kommt darin jedoch gerade zum Ausdruck, dass die Handlungsspielräume der Unternehmensleitung und der Unternehmensangehörigen beschränkt werden sollen, denn der Gesetzgeber und/oder die Gerichte verlangen dann von ihnen ein bestimmtes schadensvermeidendes Verhalten. Es besteht also stets ein gewisser Widerspruch zwischen einer unmittelbaren Verpflichtung des Unternehmensträgers und der Zulassung der Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. Wie bei § 31 BGB spricht dies nicht dagegen, § 831 BGB als Zurechnungsnorm heranzuziehen, denn eine Zurechnung mit Entlastungsmöglichkeit ist besser als gar keine Zurechnung. Aufgeworfen ist aber die Frage, ob sich nicht auf einer anderen Grundlage eine noch weitergehende Zurechnung realisieren lässt.

III. § 278 BGB

Eine strikte Zurechnung des Verhaltens und Verschuldens sämtlicher Gehilfen, die an der Erfüllung deliktischer Pflichten des Unternehmensträgers mitwirken, wäre möglich, wenn man § 278 BGB im Kontext der deliktischen Unter-

⁹⁴ → § 2 C II 3b.

⁹⁵ Vgl. Prot., S. 2785 = Mugdan II, S. 1094.

nehmenshaftung zur Anwendung bringen könnte. Nach dieser Vorschrift hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Es ist allgemein anerkannt, dass § 278 BGB eine Zurechnungsnorm ist.⁹⁶ Als Zurechnungsgegenstand kommt nicht nur das in § 278 BGB ausdrücklich genannte Verschulden in Betracht, sondern auch schon die objektive Pflichtverletzung, die bei § 280 Abs. 1 BGB dem Verschulden vorgelagert ist.⁹⁷ Wegen der oben beschriebenen Schwierigkeiten, die mit einer Anwendung der §§ 31, 831 BGB auf die arbeitsteilige Erfüllung von Unternehmenspflichten, insbesondere Verkehrspflichten, verbunden sind, ist in der Literatur gelegentlich erwo-gen worden, stattdessen § 278 BGB heranzuziehen. In rechtspolitischer Hin-sicht wären die dadurch erzielten Ergebnisse überzeugender als die, die sich mit §§ 31, 831 BGB erreichen lassen. Der BGH und die h. L. lehnen die Anwendung des § 278 BGB im Deliktsrecht jedoch aus dogmatischen Gründen zu Recht ab. Das soll im Folgenden kurz erläutert werden.

1. Grundlagen

Die Idee, § 278 BGB auch auf die Erfüllung deliktischer Pflichten anzuwenden, stammt wohl ursprünglich von *Ruth*, der sie 1926 in einer Rezension zu *Weigerts* Untersuchung der Haftung von Großbetrieben vorgestellt hat. *Weigert* kritisierte in seiner Arbeit u. a. die auf die Omnibus-Entscheidung des Reichs-gerichts⁹⁸ zurückgehende Rechtsprechung zum dezentralisierten Entlastungs-beweis und plädierte seinerseits dafür, von Inhabern von Großbetrieben für die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu verlangen, dass sie zeigen, dass der Verrichtungsgehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht wurde – wenn nicht von ihnen selbst, dann von den jeweiligen Zwischenpersonen, die für die Aus-wahl und Überwachung zuständig waren.⁹⁹ Das wäre – beschränkt auf die Geschäftsherrnhaftung – darauf hinausgelaufen, auch im Deliktsrecht eine Ver-schuldenszurechnung zuzulassen, weil der Geschäftsherr nicht mehr nur für ein eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden gehaftet hätte, sondern auch für ein solches von Zwischenpersonen. *Ruth* erweiterte diesen Gedanken über die Geschäftsherrnhaftung hinaus und brachte ihn außerdem mit § 278 BGB in Verbindung: Das Problem stelle sich nicht nur bei § 831 BGB, sondern überall dort, „wo im Gesetz einer Person im Interesse des Publikums bestimm-te Rechtspflichten auferlegt werden“.¹⁰⁰ Angesichts „der immer mehr fort-schreitenden Komplizierung aller Lebensverhältnisse“ stelle sich die Frage, ob

⁹⁶ Vgl. MünchKommBGB/*Grundmann*,⁹2022, § 278 Rn. 1; NK-BGB/*Dauner-Lieb*,⁴2021, § 278 Rn. 1; *Bork*, BGB AT, ⁴2016, Rn. 1301.

⁹⁷ MünchKommBGB/*Grundmann*,⁹2022, § 278 Rn. 50.

⁹⁸ RGZ 78, 107 ff. (1911).

⁹⁹ *Weigert*, Haftung, 1925, 28.

¹⁰⁰ Hierzu und zum Folgenden *Ruth*, AcP 126 (1926), 353, 355 f.

es nicht notwendig sei, den Pflichtenadressaten nicht nur für eigenes, sondern auch für das Verschulden seiner Gehilfen haften zu lassen, deren er sich zur Erfüllung der ihm auferlegten gesetzlichen Pflichten bediene. Der Weg zu dieser Rechtsfortbildung könne „nur über den § 278 BGB gehen“. Man müsse die „gesetzlichen Pflichten gegen die Allgemeinheit“, wie sie auf Grundlage des § 823 BGB entwickelt seien und in §§ 832, 833, 836 BGB einen „besonderen gesetzlichen Niederschlag“ gefunden hätten, „den zwischen bestimmten Personen begründeten Vertragspflichten zur Seite stellen und darauf gleichfalls den § 278 zur Anwendung bringen“.

Ähnliche Vorschläge sind später u. a. von *Vollmer* und, auch zum Schweizer Recht, von *Spiro* gemacht und weiter ausgearbeitet worden. *Vollmer* befasste sich vor allem mit der Frage, ob die Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten haftungsbefreiend delegiert werden kann, was er tendenziell skeptisch sah und u. a. durch eine Verhaltens- und Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB zu begrenzen versuchte. Die Vorschrift sei auf die Erfüllung erfolgsbezogener Leistungspflichten zugeschnitten: Wer einen bestimmten Leistungserfolg verspreche, solle sich nicht dadurch von der Haftung entlasten können, dass er Dritte in die Erfüllung des Leistungserfolgs einschalte.¹⁰¹ Auch die Verkehrssicherungspflichten des Deliktsrechts seien aber „weit mehr als die allgemeinen deliktsrechtlichen Verhaltenspflichten erfolgsbezogen“, weil dem Verkehrssicherungspflichtigen über das allgemeine Gebot des „*neminem laedere*“ hinausgehende Gefahrabwendungspflichten in Bezug auf die „Erreichung bestimmter Sicherungserfolge“ auferlegt würden. Auch *Spiro*, dem es vor allem darum ging, die im Schweizer Recht anerkannte,¹⁰² aber nicht unumstrittene analoge Anwendung des Art. 101 OR (\approx § 278 BGB) auf die Erfüllung der Auswahl- und Überwachungspflichten nach Art. 55 OR (\approx § 831 BGB) zu begründen, betonte die besondere Qualität der Verkehrssicherungspflichten des Deliktsrechts. Diese beruhten zwar auf dem Gesetz, trafen aber immer nur den konkret Verpflichteten.¹⁰³ Dessen Pflicht sei genauso eine „besondere und individuelle“ wie die des Schuldners in der Obligation, ergebe sich wie diese aus einer besonderen Situation und bedürfe dem Pflichtigen gegenüber besonderer Begründung. Nur weil es sich bei Verkehrssicherungspflichten um besondere Pflichten handle, sei überhaupt eine Delegation möglich; bei der allgemeinen Pflicht, andere nicht zu verletzen, stelle sich diese Frage nicht. Der Geschädigte sei in diesen Situationen ähnlich schutzbedürftig wie ein Vertragsgläubiger und die strikte Zurechnung sei dem Verpflichteten auch zumutbar, weil es nicht darum gehe, ihm das Risiko „irgendwelcher unerlaubter Handlungen Dritter“ aufzuerlegen, sondern lediglich um „besondere, bestimmte, begrenzte und bekannte Pflichten“.

¹⁰¹ Hierzu und zum Folgenden *Vollmer*, JZ 1977, 371, 372f.

¹⁰² Vgl. dazu noch unten \rightarrow § 6 A II.

¹⁰³ *Spiro*, Haftung, 1984, §§ 109, 110, S. 410–418.

Schließlich zieht *Spiro* noch eine Parallele zu den gesetzlichen Schuldverhältnissen: Wo eine Verpflichtung nur auf den „Willen des Gesetzes“ gründe, bestimme dieses allein, wen die Verpflichtung treffe.¹⁰⁴ Dass das Gesetz die Übertragung der Erfüllung gestatte, bedeute nicht, dass der Verpflichtete für die richtige Erfüllung nicht mehr hafte; auch darüber entscheide nur das Gesetz, nicht der Pflichtige selbst.

In der Literatur sind diese Vorschläge durchaus auf positive Resonanz gestoßen,¹⁰⁵ die sich vor allem dadurch erklärt, dass in Bezug auf die arbeitsteilige Erfüllung deliktischer Pflichten vielfach ein über §§ 31, 831 BGB hinausgehendes Zurechnungsbedürfnis gesehen wird. Die Anwendung des § 278 BGB hätte den Vorteil, dass der Kreis der Zurechnungsträger weit gezogen wäre und würde in vielen Fällen zu überzeugenderen Ergebnissen und/oder weniger komplizierten Begründungen führen als die bloße Anwendung der §§ 31, 831 BGB. Trotzdem ist sie Mindermeinung geblieben.

2. Kritik

Schon das Reichsgericht hatte eine Anwendung des § 278 BGB auf die Erfüllung deliktischer Pflichten immer wieder abgelehnt¹⁰⁶ und auch der BGH hat ihr bei der ersten Gelegenheit einen Riegel vorgeschoben. Konkret entschied er bereits in der Gutsverwalter-Entscheidung Anfang der 1950er-Jahre, dass § 278 BGB nicht herangezogen werden könne, um einem Geschäftsherrn i. S. des § 831 BGB Auswahl- und Überwachungspflichtverletzungen von Zwischenpersonen zuzurechnen, die für ihn den Verrichtungsgehilfen ausgewählt und überwacht hatten. Vielmehr sei an den Grundsätzen über den dezentralisierten Entlastungsbeweis festzuhalten; es genüge also, wenn der Geschäftsherr zeige, dass er seinerseits die Zwischenpersonen sorgfältig ausgewählt und überwacht habe. Das geltende Recht unterscheide bei der Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen danach, ob diese Haftung auf vertraglicher oder auf außervertraglicher Grundlage beruhe.¹⁰⁷ Auch wenn § 278 BGB auf verschiedene Fälle vertragsähnlicher Beziehungen angewendet werde, so sei es dennoch nicht möglich, die Vorschrift auf den Fall der unerlaubten Handlung auszudehnen, für den das Gesetz ausdrücklich die Sondervorschrift des § 831 BGB enthalte. Das Reichsgericht hatte noch etwas konkreter erklärt, § 278 BGB könne zwar auch auf die Erfüllung gesetzlicher Pflichten angewendet werden, jedoch müsse die

¹⁰⁴ *Spiro*, Haftung, 1984, § 110, S. 414.

¹⁰⁵ Vgl. *Medicus*, GmbHHR 2002, 809, 810f.; *Baums*, FS Lukes, 1989, 623, 636–638; *Brügge-meier*, DeliktsR, 1986, Rn. 130, 883 (m. Fn. 14); *H.-J. Mertens*, VersR 1980, 397, 408. Im Ergebnis ähnlich ohne § 278 BGB *Rogge*, Verkehrspflichten, 1997, 119ff.

¹⁰⁶ RGZ 159, 283, 290 (1939); RGZ 113, 293, 296 (1926); RG JW 1923, 1026, 1027; RGZ 99, 263, 264 (1920); RG JW 1912, 849, 850; RGZ 79, 312, 319 (1912); RGZ 77, 211, 212f. (1911); RGZ 75, 257, 258 (1910).

¹⁰⁷ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 4, 1, 3f. = NJW 1952, 418f.

Verpflichtung gegenüber „bestimmten Personen“ bestehen.¹⁰⁸ Pflichten, die gegenüber der Allgemeinheit bestünden, könnten hingegen nicht als Schuldverbindlichkeiten angesehen werden, auf deren Erfüllung § 278 BGB Anwendung fände. Eine Verpflichtung gegenüber einer bestimmten Person ergäbe sich jedoch im Deliktsrecht erst dadurch, dass unter Verletzung einer deliktischen Pflicht eine unerlaubte Handlung begangen werde. Auch in der Literatur wird heute ganz überwiegend betont, dass die Anwendung des § 278 BGB eine Sonderverbindung zwischen Schuldner und Gläubiger voraussetzt und dass eine Anwendung im Deliktsrecht nicht in Betracht komme.¹⁰⁹ Ein gesetzliches Schuldverhältnis entstehe hier erst durch die unerlaubte Handlung; bei deren Begehung sei also noch keine Sonderverbindung vorhanden, welche die Anwendung des § 278 BGB rechtfertigen könne.

Zumindest im Ergebnis ist dieser Kritik zuzustimmen. Die strukturellen Unterschiede zwischen der Haftung innerhalb und außerhalb von Schuldverhältnissen sind schlicht zu groß, um die Anwendung des § 278 BGB auf die Erfüllung deliktischer Pflichten methodisch sauber rechtfertigen zu können. Innerhalb von Schuldverhältnissen ist die Haftung von vornherein auf den oder die jeweiligen Gläubiger beschränkt und deshalb ist es plausibel, dass der Gesetzgeber hier eine strengere Haftung für vertretbar hält als im Deliktsrecht, wo Pflichten gegenüber jedermann bestehen. Die Versuche von *Vollmer* und *Spiro*, zumindest bestimmte deliktische Pflichten, insbesondere Verkehrssicherungspflichten, in die Nähe vertraglicher Pflichten zu rücken, vermögen nicht zu überzeugen. Trotz der in der Literatur immer wieder beklagten Strenge der Rechtsprechung zu Verkehrspflichten bzw. Verkehrssicherungspflichten,¹¹⁰ lassen sich diese nicht als Erfolgseinstandspflichten qualifizieren.¹¹¹ Der BGH bemisst Verkehrssicherungspflichten wie alle deliktischen Sorgfaltspflichten nach § 276 Abs. 2 BGB und verlangt nur solche Maßnahmen, die ein „umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren“.¹¹² Kategoriale Unterschiede zwischen verschiedenen „Arten“ deliktischer Pflichten lassen sich nicht feststellen.¹¹³ Deshalb lässt sich auch nicht sagen, Verkehrssicherungspflichten seien „besondere und individuelle“ Pflichten, die sich dadurch von den allgemeinen Pflichten des Deliktsrechts unterscheiden.¹¹⁴ Die Gefahrenquel-

¹⁰⁸ Hierzu und zum Folgenden RGZ 113, 293, 296 (1926).

¹⁰⁹ Soergel/*Krause*,¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 56; *Medicus/Jens Petersen*, BR, ²⁸2021, Rn. 656; *Harke*, Bes. SchuldR, 2011, 469 Fn. 33; *Wilbelmi*, Risikoschutz, 2009, 214; *Kleindiek*, Delikts-haftung, 1997, 364; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5c, S. 419f.

¹¹⁰ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 7, S. 426ff.; *Esser*, JZ 1953, 129ff.

¹¹¹ Vgl. aber *Vollmer*, JZ 1977, 371, 372f.

¹¹² BGHZ 195, 30, 32f. = NJW 2013, 48, Rn. 6; BGH NJW 2010, 1967, Rn. 5; NJW 2006, 2326, Rn. 6; NJW 2006, 610, 611, Rn. 9; NJW 1990, 1236f.

¹¹³ Vgl. auch MünchKommBGB/*Wagner*,⁸2020, § 823 Rn. 530.

¹¹⁴ So aber *Spiro*, Haftung, 1984, § 109, S. 410f.

len-Formel des BGH, wonach „derjenige, der eine Gefahrenquelle – gleich welcher Art – schafft“, grundsätzlich verpflichtet ist, „die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern“,¹¹⁵ ist nicht geeignet, einen Sonderstatus der Verkehrssicherungspflichten zu begründen. Entstehung und Reichweite dieser Pflichten sind genauso wie bei allen anderen deliktischen Pflichten im Wesentlichen eine Frage des Ausmaßes der Gefahr und der möglichen Sicherheitsvorkehrungen. Gegen eine Anwendung des § 278 BGB auf die Erfüllung deliktischer Pflichten spricht auch, dass sie sich nicht überzeugend auf die (unternehmens- bzw. organisations-)interne Aufgabendelegation beschränken ließe, sondern auch die externe Aufgabendelegation erfassen müsste,¹¹⁶ also z. B. die Beauftragung eines professionellen Winterdienstunternehmens mit der Erfüllung der Streupflicht eines privaten Grundstückseigentümers. In solchen Fällen ist aber weit weniger offensichtlich, dass der Pflichtige für Versäumnisse des Dienstleisters haften sollte als in unternehmerischen Sachverhalten, in denen Mitarbeiter Pflichten des Unternehmensträger verletzen.

Nicht überzeugend ist allerdings das Argument, § 831 BGB würde funktionslos, wenn man § 278 BGB auf die Erfüllung deliktischer Pflichten anwende,¹¹⁷ denn es würde lediglich darum gehen, § 278 BGB im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung zur Anwendung zu bringen, wenn also die deliktische Pflicht unmittelbar den Unternehmensträger trifft. § 831 BGB bliebe hingegen anwendbar, wenn der Gehilfe eine eigene Pflicht verletzt, insbesondere wenn er ein eigenes Delikt begeht, also im Rahmen der indirekten Unternehmenshaftung. Es wäre auch kein Wertungswiderspruch, wenn für Gehilfendelikte nur eingeschränkt nach § 831 BGB gehaftet würde, für die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers hingegen nach § 278 BGB.¹¹⁸ Denn es scheint durchaus angemessen, den Unternehmensträger strenger haften zu lassen, wenn eine seiner eigenen Pflichten verletzt wurde. Auch dass die strikte Haftung des Schuldners nach § 278 BGB dem Umstand Rechnung trage, dass der Erfüllungsgehilfe mangels Vertragsverhältnis zum Geschädigten persönlich nicht hafte,¹¹⁹ ist kein gutes Argument dagegen, die Vorschrift auch auf die Erfüllung deliktischer Unternehmenspflichten anzuwenden. Denn sofern der Gehilfe die Unternehmenspflicht nicht als eigene übernimmt, kann es auch im Deliktsrecht an einer persönlichen Haftung des Gehilfen fehlen.

¹¹⁵ BGHZ 195, 30, 32 f. = NJW 2013, 48, Rn. 6; NJW 2006, 2326, Rn. 6; NJW 1996, 3208, 3210; NJW 1990, 1236 f.; NJW 1975, 108; jeweils m. w. N.

¹¹⁶ So zu Recht *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 365.

¹¹⁷ So aber *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 214.

¹¹⁸ So aber *Soergel/Krause*, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 56; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5c, S. 420.

¹¹⁹ So *MünchKommBGB/Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 530.

Anzuerkennen ist aber das insbesondere von *Spiro* vorgebrachte Argument, man könne nicht zulassen, dass der Verkehrspflichtige durch die Delegation der Pflichterfüllung selbst darüber entscheide, ob er für die Erfüllung seiner Pflicht hafte oder nicht. Ähnlich hatte früher auch schon *von Bar* argumentiert: Wenn die Rechtsordnung einer bestimmten Person eine Pflicht auferlege, könne man dieser Person nicht erlauben, sich durch Übertragung der Pflichterfüllung auf einen anderen von der Haftung zu befreien.¹²⁰ Dieses Argument ist durchaus beachtlich. Ihm ist aber nicht durch eine Anwendung des § 278 BGB auf die Erfüllung deliktischer Pflichten Rechnung zu tragen, sondern dadurch, dass man über Zurechnung und Haftung nach Maßgabe der jeweiligen Haftungsnorm entscheidet, aus der sich die deliktischen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten des primär verpflichteten Unternehmensträgers ergeben. Darauf wird sogleich in Teil D zurückzukommen sein.

IV. Fazit

Es erweist sich also, dass eine Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens allein mithilfe der dafür in Betracht kommenden Zurechnungsnormen insbesondere aus rechtspolitischer Sicht nicht vollends befriedigen kann. Wäre die direkte Unternehmenshaftung von den Zurechnungsmechanismen der §§ 31, 278, 831 BGB abhängig, müsste sie schon in Bezug auf die Erfassung von Individualrisiken notwendigerweise lückenhaft bleiben.

§ 31 BGB lässt sich ohne größere dogmatische Schwierigkeiten als Zurechnungsnorm ansehen, zieht jedoch den Kreis der möglichen Zurechnungsträger sehr eng, weil im originären Anwendungsbereich nur für Organe und sonstige verfassungsmäßig berufene Vertreter gehaftet wird. Die analoge Anwendung des § 31 BGB auf Handlungen von Repräsentanten reduziert dieses Problem, löst es aber nicht. Wenn ein einfacher Gehilfe eine deliktische Pflicht des Unternehmensträgers verletzt, lässt sich nicht immer ein Organisations- oder Überwachungsversäumnis eines Repräsentanten identifizieren, das die Pflichtverletzung des Gehilfen ermöglicht oder begünstigt hat. Die Pflichtverletzung des Gehilfen selbst lässt sich mithilfe von § 31 BGB dem Unternehmensträger nicht zurechnen. Auf § 31 BGB gestützte Ansätze kranken außerdem daran, dass sie nur auf Gesellschaften als Unternehmensträger passen. Wird ein Unternehmen von einem Einzelunternehmer betrieben, könnte selbst eine Organisations- oder Überwachungspflichtverletzung eines Repräsentanten dem Unternehmensinhaber nicht zugerechnet werden, weil § 31 BGB schlicht nicht anwendbar ist. Wo er passt, spricht nichts dagegen, § 31 BGB für die Begründung einer

¹²⁰ Vgl. *v. Bar*, *VersR* 1981, 760, 761.

direkten Unternehmenshaftung heranzuziehen; allein mit dieser Vorschrift lässt sich die Zurechnungsproblematik jedoch nicht lösen.

Auch § 831 BGB lässt sich mit etwas Mühe als Zurechnungsnorm heranziehen, um dem Unternehmensträger die schuldhaftige Verletzung originärer Unternehmenspflichten durch Unternehmensangehörige zuzurechnen. Die Vorschrift hat gegenüber § 31 BGB den Vorteil, dass der Kreis der möglichen Zurechnungsträger weit gezogen ist, gleichzeitig aber den Nachteil, dass dem Unternehmensträger die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB offensteht. Davon wird man aus dogmatischen Gründen auch dann nicht abrücken können, wenn § 831 BGB nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen wird, sondern „nur“ als Zurechnungsnorm. Rechtspolitisch lässt sich die Entlastungsmöglichkeit bei einer Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers jedoch noch schlechter rechtfertigen als wenn ein Gehilfe eine persönliche Pflicht verletzt und ein klassisches Gehilfendelikt begeht. Denn wenn der Gesetzgeber oder die Gerichte eine Pflicht unmittelbar an den Unternehmensträger adressieren, kommt darin zum Ausdruck, dass es um eine Steuerung der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens geht und dass etwaige Schadenskosten tendenziell als Unternehmenskosten anzusehen sind. Auch eine Bewältigung unternehmerischer Individualrisiken mithilfe des § 831 BGB als Zurechnungsnorm vermag daher nicht vollends zu befriedigen. Eine strikte Verhaltens- oder Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB würde im Bereich der Unternehmenshaftung zu rechtspolitisch überzeugenden Ergebnissen führen, ist aber in dogmatischer Hinsicht nicht plausibel begründbar und würde außerdem außerhalb der Unternehmenshaftung zu Kollateralschäden führen.

Allein mit einer auf Zurechnungsnormen gestützten Zurechnung lassen sich Individualrisiken im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung also nicht sachgerecht zuordnen.¹²¹ Andererseits hat sich erwiesen, dass das wesentliche Charakteristikum der direkten Unternehmenshaftung die unmittelbare Verpflichtung des Unternehmensträgers ist und dass eine nur auf §§ 31, 831 BGB gestützte Zurechnung gerade aus diesem Grunde unzureichend erscheint. Das legt nahe, diese unmittelbare Verpflichtung näher in den Blick zu nehmen und zu erwägen, ob sich aus ihr möglicherweise auch Folgerungen für die Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens ziehen lassen. Damit rücken die jeweiligen Haftungsnormen in den Mittelpunkt.

¹²¹ In der Literatur wird deshalb mitunter dafür plädiert, juristischen Personen auch das Verhalten einfacher Mitarbeiter als eigenes Verhalten zuzurechnen, vgl. Rogge, *Verkehrspflichten*, 1997, 119 ff.; v. Bar, FS Kitagawa, 1992, 279, 288. Dogmatisch hängen diese Ansätze allerdings in der Luft. Vgl. auch MünchKommBGB/Wagner, § 2020, § 823 Rn. 128.

D. Haftungsnormbezogene Zurechnung

Erweist sich also, dass sich eine sachgerechte Zuordnung unternehmerischer Individualrisiken zum Unternehmensträger allein mithilfe der vorhandenen Zurechnungsnormen nicht bewältigen lässt, gilt es, sich darauf zurückzubedenken, dass Zurechnung lediglich eine Hilfstechnik ist, die eine dem jeweiligen Telos entsprechende Anwendung der bezogenen Norm ermöglichen soll.¹²² Zurechnung ist nie Selbstzweck, sondern immer ein Problem der Anwendung derjenigen Norm, bei der sich das Zurechnungsbedürfnis stellt – im Deliktsrecht also der jeweiligen Haftungstatbestände. Das legt nahe, dort wo vorhandene Zurechnungsnormen nicht recht passen, für die Lösung von Zurechnungsproblemen bzw. die dahinter liegende Frage, ob eine Anwendung der bezogenen Norm geboten ist, unmittelbar auf die bezogene Norm selbst abzustellen. Darin liegt keine Umgehung der Zurechnungsnormen, denn diese haben ohnehin nur dienende Funktion und verfolgen keinen eigenen Zweck. Die Heranziehung oder Nichtheranziehung von Zurechnungsnormen kann daher kein Ergebnis rechtfertigen, das vom Telos der bezogenen Norm nicht gedeckt sind. Außerdem hat sich in Teil C zwar gezeigt, dass sich §§ 31, 831 BGB als Zurechnungsnormen im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung heranziehen lassen, diese Funktion stand jedoch weder bei der Konzeption der Vorschriften noch bei ihrer bisherigen Anwendung im Vordergrund. Es lässt sich deshalb kaum behaupten, der Gesetzgeber habe die Zurechnungsfragen, die sich im Rahmen der Unternehmenshaftung stellen, mit §§ 31, 831 BGB abschließend regeln und jede Zurechnung von einer Anwendung dieser Normen abhängig machen wollen. Im Folgenden soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob sich über die Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens auch unmittelbar aus der jeweiligen Haftungsnorm heraus entscheiden lässt.

Um diesen Ansatz näher zu veranschaulichen, soll im Folgenden zunächst ein vergleichender Blick auf zwei Bereiche geworfen werden, in denen sich ähnliche Probleme stellen, weil es entweder gar keine Zurechnungsnormen gibt oder existierende Zurechnungsnormen die bestehenden Regelungsprobleme nicht befriedigend lösen. Sodann soll gezeigt werden, dass es im Bereich der direkten Unternehmenshaftung Anwendungsfälle gibt, in denen es sogar zwingend ist, über Zurechnungsfragen aus dem jeweiligen Haftungstatbestand heraus zu entscheiden und Zurechnungsnormen wie §§ 31, 831 BGB außer Betracht zu lassen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Haftungsnorm normenhierarchisch über der Zurechnungsnorm steht und eine methodengerechte Auslegung der Haftungsnorm ergibt, dass in ihr bereits ein bestimmtes Zurechnungskonzept angelegt ist. Praktisch gesehen kommt dies vor allem vor, wenn die Haftung unmittelbar im EU-Recht geregelt ist oder Haftungstatbestände im nationalen

¹²² Vgl. *Bork*, BGB AT, 42016, Rn. 1324. → A bei Fn. 7.

Recht auf EU-Recht verweisen, wie dies z.B. bei § 33a GWB und §§ 97, 98 WpHG der Fall ist. Doch auch wenn die Haftungsnorm die Zurechnungsnormen nicht schon wegen ihres höheren Ranges verdrängt oder überlagert, ist es sinnvoll und geboten, die Anwendung einer Zurechnungsnorm stets am Telos der Haftungsnorm zu überprüfen, um der lediglich dienenden Funktion der Zurechnungsnorm Rechnung zu tragen. Das kann dazu führen, dass über die Zurechnung letztlich nicht mithilfe einer Zurechnungsnorm, sondern unmittelbar aus der Haftungsnorm heraus entschieden wird.

I. Inspirationen

Wie so oft erweist sich auch für die hiesige Problematik ein vergleichender Blick auf benachbarte Gebiete, in denen sich ähnliche Herausforderungen stellen, als aufschlussreich. Ein normatives Argument soll damit allerdings im Folgenden explizit nicht verbunden werden. Es geht lediglich darum, aufzuzeigen und zu veranschaulichen, dass und wie Zurechnungsfragen auch ohne Zurechnungsnormen bewältigt werden können. Dafür soll zunächst ein Blick auf das englische Recht geworfen werden, wo zwar wie überall in Europa eine Variante der Organtheorie als Mindeststandard der Zurechnung im Kontext der direkten Unternehmenshaftung akzeptiert ist, daneben jedoch seit einigen Jahren ein flexibler, auf die jeweilige Haftungsnorm bezogener Ansatz zum Einsatz kommt. Anschließend soll kursorisch die deutsche Diskussion zur Wissenszurechnung betrachtet werden, in welcher seit jeher genauso leidenschaftlich wie ergebnislos über die „richtige“ Zurechnungsnorm gestritten wird. Auch hier scheint sich allmählich die Erkenntnis durchzusetzen, dass sich allein nach Maßgabe der vorhandenen Zurechnungsnormen nicht sachgerecht über die Zurechnung entscheiden lässt, sondern dass ergänzend oder vielleicht sogar alternativ auf die sog. Wissensnormen abzustellen ist, also die Normen, die, wie z.B. § 199 Abs. 1 Nr. 2 oder § 932 Abs. 2 BGB, an bestimmtes Wissen anknüpfen und somit überhaupt erst ein Zurechnungsbedürfnis schaffen.

1. Englisches Recht

Im englischen Recht wird deutlich zwischen der indirekten Unternehmenshaftung (*vicarious liability*) nach dem Prinzip *respondeat superior* und der direkten Unternehmenshaftung (*direct liability*) unterschieden, also zwischen einer Haftung für „fremde“ Delikte von Gehilfen und einer solchen für „eigene“ Delikte „des Unternehmens“ (zwischen Unternehmen und Unternehmensträgern zu unterscheiden ist nicht üblich).¹²³ Hauptanwendungsfeld der direkten Unter-

¹²³ *Worthington*, L. Q. Rev. 133 (2017), 118, 125; *Davies/Worthington*, Company Law, ¹⁰2016, Rn. 7-37; *Worthington*, Company Law, ¹¹2016, 84, 136; *Ormerod/Laird*, Criminal Law,

nehmenshaftung ist das Unternehmensstrafrecht, weil hier zur Wahrung des Schuldprinzips keine *vicarious liability* anerkannt ist. Die direkte Unternehmenshaftung spielt aber auch im Deliktsrecht eine Rolle, soweit Gesetze unmittelbar an Unternehmen adressiert sind, was insbesondere im Wirtschaftsrecht häufig vorkommt.¹²⁴ Möglich ist auch, dass ein Unternehmen selbst Adressat einer *duty of care* ist, und bei deren Verletzung aus Fahrlässigkeit haftet. Soweit sich im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung ein Zurechnungsbedürfnis ergibt, wird für die Zurechnung nicht auf das Prinzip *respondeat superior* abgestellt, weil sich dahinter nach h.M. kein Zurechnungsmechanismus verbirgt, sondern eine Haftung für fremdes Delikt.¹²⁵ Vielmehr kommt traditionell die sog. *identification doctrine* zur Anwendung, die ursprünglich stark der deutschen Organtheorie ähnelte. Leitentscheidung ist der bereits erwähnte Fall *Lennard's Carrying* aus dem Jahr 1915, im dem es darum ging, ob eine Limited Company als Eignerin eines Seeschiffs einer Schadensersatzklage entgegenhalten konnte, sie treffe an dem Verlust der Ladung kein eigenes Verschulden i. S. von Section 502 des Merchant Shipping Act 1894.¹²⁶ Das House of Lords rechnete der Limited das Verschulden ihres Managers Mr. Lennard zu und verneinte die Entlastung. Die maßgebliche Begründung stammt von *Viscount Haldane*, der u. a. in Göttingen studiert hatte und dort möglicherweise mit *Gierkes* Organtheorie in Berührung gekommen war.¹²⁷ Er begründete die Zurechnung u. a. mit der folgenden, berühmt gewordenen Formulierung: „[...] a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation.“¹²⁸ Mr. Lennard wurde als solche Person angesehen, weil er alle maßgeblichen Fäden in der Hand hielt.

Die „*directing mind and will*“-Formel wurde in der Folgezeit immer wieder herangezogen, wenn es darum ging, zu bestimmen, welche Personen in dem Sinne mit einem Unternehmen zu identifizieren sind, dass ihre Handlungen

¹⁴2015, 310; *Horton Rogers*, in: PETL Liability Others, 2003, 63, 65 ff.; *Heuston/Buckley*, Torts, ²¹1996, 406 f.

¹²⁴ Dazu schon ausf. oben → § 3 B I 1b aa.

¹²⁵ Vgl. dazu → § 3 A I 1.

¹²⁶ Die Vorschrift lautete auszugsweise: „The owner of a British sea-going ship, or any share therein, shall not be liable to make good to any extent whatever any loss or damage happening without his actual fault or privity in the following cases [...].“

¹²⁷ Die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit wurde außerdem seit Beginn des 20. Jahrhunderts als *real entity theory* auch im anglo-amerikanischen Raum diskutiert, was u. a. auf *Maitlands* Übersetzung des dritten Bandes von *Gierkes* Großwerk „Das deutsche Genossenschaftsrecht“ zurückzuführen ist (Political Theory of the Middle Ages, 1900). Vgl. zur Rezeptionsgeschichte ausführlich *Harris*, Wash. & Lee L. Rev. 63 (2006), 1421 ff.; *Horwitz*, W. Va. L. Rev. 88 (1985), 173, 178 ff.

¹²⁸ [1915] A.C. 705, 713.

und Erklärungen als Handlungen und Erklärungen des Unternehmens selbst zu gelten haben.¹²⁹ Der Kreis der Zurechnungsträger wurde relativ eng gehalten und tendenziell auf Mitglieder der Unternehmensleitung beschränkt. Bald zeigte sich jedoch, dass sich die Zurechnungsprobleme der direkten Unternehmenshaftung damit nicht immer sachgerecht lösen ließen. In *Tesco Supermarkets* (1972) ging es darum, ob ein Supermarktbetreiber für eine falsche Preisauszeichnung verantwortlich gemacht werden konnte. Der maßgebliche Trade Descriptions Act 1968 war an den Warenanbieter adressiert, sah jedoch eine Entlastung vor, wenn der Anbieter zeigen konnte, dass der Verstoß auf ein Versäumnis einer anderen Person zurückzuführen war und er selbst alle erforderlichen Maßnahmen getroffen hatte, um Verstöße gegen das Gesetz zu verhindern. Im konkreten Fall war in einem von Tesco's damals ca. 800 Supermärkten ein Angebot beworben worden, das nicht mehr verfügbar war. Das House of Lords machte dafür den Leiter der Filiale und das örtliche Verkaufspersonal verantwortlich und hielt Tesco selbst für entlastet.¹³⁰ Der Filialleiter und das Verkaufspersonal seien andere Personen i.S. des Trade Descriptions Act, denn Tesco sei nur mit seiner Leitung zu identifizieren. Diese habe jedoch keinen Fehler gemacht, sodass das Unternehmen für den Verstoß nicht hafte. Es liegt auf der Hand, dass ein solcher Ansatz Großunternehmen privilegiert, was in der Literatur zu Recht kritisiert wird.¹³¹ Auch in der Rechtsprechung verlor die „directing mind and will“-Formel an Zuspruch, auch wenn ein alternatives Zurechnungsmodell zunächst noch fehlte. In *Tesco Stores* (1993) entschied der High Court einen ähnlichen Fall, bejahte aber die Haftung des Unternehmens: Einem 14-Jährigen war ein „Ab 18“-Film verkauft worden, was gegen Section 11 des Video Recordings Act 1984 verstieß. Das Gesetz war an den Einzelhändler adressiert, sah aber eine Entlastung vor, wenn dieser zeigen konnte, dass er von der Minderjährigkeit nichts wusste und auch nichts wissen konnte. Wieder stellte sich die Frage, auf welche natürliche Personen abzustellen war und für die Richter war klar, dass man auf das Verkaufspersonal und nicht die Unternehmensleitung abzustellen hatte: „Were it otherwise, the statute would be wholly ineffective in the case of a large company, unless by the merest chance a youthful purchaser were known to the board of directors.“¹³² Das House of Lords rechnete wenig später einem Unternehmen das Verhalten einfacher Mitarbeiter als eigenes zu, nachdem diese gegen eine an das Unternehmen gerichtete Unterlassungsverfügung verstoßen hatten.¹³³

¹²⁹ Vgl. etwa *The Lady Gwendolen* [1965] P.294, 342 ff. (*Wilmer LJ*); *HL Bolton (Engineering) Co Ltd v TJ Graham & Sons Ltd* [1957] 1 QB 159, 172 ff. (*Denning LJ*).

¹³⁰ *Tesco Supermarkets Ltd v Natrass* [1972] A.C. 153.

¹³¹ Vgl. etwa *Choudhury/Petrin*, Corporate Duties, 2019, 150 f.; *Cronin*, Corporate Criminality, 2018, 45; *French/Mayson/Ryan*, Company Law, ³³2016, 648; *Cavanagh*, J. Crim. L. 75 (2011), 414, 418; *Hsiao*, Company Lawyer 30 (2009), 110, 111; *Wells*, Corporations, ²2001, 100.

¹³² [1993] 1 W.L.R. 1037, 1042 (*Staughton LJ*).

¹³³ *Director General of Fair Trading v Pioneer Concrete (UK) Ltd* [1995] 1 A.C. 456.

Die dogmatische Wende kam mit der Entscheidung *Meridian Global Funds Management Asia Ltd v Securities Commission* (1995). Darin hatte der Privy Council zu beurteilen, ob eine Limited Company gegen den neuseeländischen Securities Amendment Act 1988 verstoßen hatte, wonach jeder, der mehr als einen näher bestimmten Prozentsatz der Anteile eines börsennotierten Unternehmens erwarb, darüber Mitteilung machen musste.¹³⁴ Die Mitteilung hatte zu erfolgen, sobald der Erwerber wusste oder hätte wissen müssen, dass seine Anteile die gesetzliche Schwelle überschreiten. Im konkreten Fall hatten der Chief Investment Officer und ein Senior Portfolio Manager die Aktien erworben, das Board of Directors und der Managing Director wussten davon nichts. Erneut ging es darum, wer für die Zwecke der Unternehmenshaftung mit dem Unternehmen zu identifizieren war. *Lord Hoffmann* nutzte die Gelegenheit, um einen neuen Zurechnungsansatz zu entwickeln, der sich seither als wirkmächtig erwiesen hat. Ausgangspunkt war für ihn, dass zwei Arten von Zurechnungsregeln im Unternehmenskontext fest etabliert seien, nämlich einerseits *primary rules of attribution*, die sich aus der Satzung ergäben und sich in der Regel auf die Unternehmensleitung bezögen, und andererseits *general rules of attribution*, die auch bei natürlichen Personen zur Anwendung kämen, und zu denen er insbesondere das Stellvertretungsrecht zählte (einschließlich der *vicarious liability*).¹³⁵ Es gebe jedoch Fälle, in denen die Anwendung der *general rules of attribution* ausgeschlossen sei, z. B. weil ein Gesetz ausschließlich auf den Haftungsadressaten persönlich abstelle und so eine *vicarious liability* ausschließe, in denen aber die *primary rules of attribution* offensichtlich ungenügend seien, weil eine derart eng begrenzte Zurechnung dem Normzweck zuwiderliefe. In solchen Situationen müssten die Gerichte eine *special rule of attribution* entwickeln, die konkret auf die jeweilige materielle Haftungsnorm bezogen sei. Dies sei immer eine Frage der Interpretation und es müsse daher unter Heranziehung der etablierten Auslegungsmethodik genau untersucht werden, wessen Handlungen oder Gedanken für die Zwecke der jeweiligen Norm als Handlungen oder Gedanken des Unternehmens gelten sollen: „Whose act (or knowledge, or state of mind) was for this purpose intended to count as the act etc. of the company?“ – „[...] the rule of attribution is a matter of interpretation or construction of the relevant substantive rule“.¹³⁶ So erklärt *Hoffmann* auch die Unterschiede in der bisherigen Rechtsprechung: In *Tesco Supermarkets* sei dem Trade Descriptions Act eben zu entnehmen gewesen, dass es auf die Unternehmensleitung ankommen solle, in anderen Fällen habe eine methodengerechte Auslegung der maßgeblichen Haftungsnormen ergeben, dass ein einfacher Mitarbeiter genüge. Auch *Viscount Haldane* habe in *Lennard's Carrying* kein

¹³⁴ Vgl. für Deutschland § 33 Abs. 1 WpHG.

¹³⁵ Hierzu und zum Folgenden [1995] 2 A.C. 500, 506–511.

¹³⁶ [1995] 2 A.C. 500, 507.

absolutes Zurechnungsprinzip formulieren wollen, sondern nur den Merchant Shipping Act ausgelegt.

Hoffmanns Argumentation in *Meridian* hat in Rechtsprechung und Literatur viel Zustimmung gefunden und das Urteil gilt heute als maßgebliche Leitentscheidung zur Zurechnung im Kontext der Unternehmenshaftung. Gelobt wird u. a., dass *Hoffmann* nicht versucht hat, die aufgeworfenen Fragen mit Überlegungen zum „Wesen“ juristischer Personen zu beantworten oder sich hinter Metaphern zu verstecken, sondern dass er teleologisch argumentiert und die Bedeutung des Normzusammenhangs betont hat.¹³⁷ Als große Errungenschaft wird angesehen, dass die haftungsnormbezogene Zurechnung flexible, am jeweiligen Normzweck ausgerichtete Lösungen ermöglicht und, anders als die „directing mind and will“-Formel, nicht den Eindruck erweckt, der Kreis der Zurechnungsträger lasse sich für jedes Unternehmen allgemein und unabhängig vom jeweiligen Normkontext bestimmen.¹³⁸ Dadurch könne über die Zurechnung anhand von klaren und plausiblen Kriterien entschieden werden, während die leitenden Prinzipien früher oft unklar geblieben seien.¹³⁹ Zu Recht hat man auch hervorgehoben, dass *Hoffmanns* Ansatz eine überzeugende Möglichkeit bietet, eine Privilegierung von Großunternehmen zu verhindern, die mit der älteren *identification doctrine* fast automatisch verbunden war, weil sie – wie insbesondere *Tesco Supermarkets* gezeigt hat – stark auf die Unternehmensleitung fokussiert ist und sich kaum dafür eignet, dem Unternehmen auch das Fehlverhalten einfacher Mitarbeiter zuzurechnen.¹⁴⁰ Mit der haftungsnormbezogenen Zurechnung nach *Meridian* kann man den realen Strukturen moderner Unternehmen besser gerecht werden, in denen nicht alle wesentlichen Entscheidungen vom Topmanagement getroffen werden, sondern auch Mitarbeiter auf unteren Hierarchieebenen Gestaltungsspielräume haben.¹⁴¹ Mitunter wird zwar befürchtet, der neue Ansatz könne zu Rechtsunsicherheit führen, weil der Kreis der Zurechnungsträger für jede Haftungsnorm neu bestimmt werden muss.¹⁴² Doch im Ergebnis ist den Befürwortern von *Hoffmanns* Ansatz zuzustimmen: Die haftungsnormbezogene Zurechnung ist weitaus besser geeignet als die schematische „directing mind and will“-Formel, dem Zweck der jeweiligen materiellen Haftungstatbestände auch im Anwendungsbereich der Unternehmenshaftung gerecht zu werden. Sie ist insbesondere gut geeignet, um der großen Vielfalt unternehmensbezogener Verhaltenspflichten und der daran anknüpfenden Haftungs- und Sanktionsnormen im öffentlichen und privaten

¹³⁷ Ferran, L. Q. Rev. 127 (2011), 239, 239; Sealy, Cambridge L.J. 1995, 507, 508.

¹³⁸ Sealy, Cambridge L.J. 1995, 507, 509.

¹³⁹ Payne, FS Hoffmann, 2015, 357, 358.

¹⁴⁰ Cavanagh, J. Crim. L. 75 (2011), 414, 420; Vgl. Wells, Int'l Banking & Fin. L. 14 (1995), 42, 43.

¹⁴¹ Wilkinson, Canterbury L.Rev. 9 (2003), 142, 157f.

¹⁴² Davies/Worthington, Company Law, ¹⁰2016, Rn. 7-41; Cavanagh, J. Crim. L. 75 (2011), 414, 420.

Wirtschaftsrecht Rechnung zu tragen und darauf mit differenzierten, den jeweiligen Normkontext berücksichtigenden Lösungen zu reagieren.

2. Wissenszurechnung

Eine nicht unähnliche Entwicklung lässt sich mit Blick auf das deutsche Recht der Wissenszurechnung feststellen. Die Rechtsprechung geht seit jeher davon aus, dass sich juristische Personen zumindest das Wissen ihrer Organe zurechnen lassen müssen.¹⁴³ Dabei gilt schon das Wissen eines vertretungsberechtigten Organmitglieds als Wissen des Organs und somit als Wissen der juristischen Person. Wenn es auf das Wissen im Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft ankommt, ist für die Organzurechnung nicht erforderlich, dass das Organmitglied an dem Rechtsgeschäft selbst mitgewirkt oder zumindest davon gewusst hat. Selbst das Ausscheiden eines Organvertreters aus dem Amt steht dem Fortdauern der Wissenszurechnung nach ständiger Rechtsprechung nicht grundsätzlich entgegen. Allerdings soll es dafür heute darauf ankommen, ob es sich um typischerweise aktenmäßig festgehaltenes Wissen handelt.¹⁴⁴ Nur das Wissen von Organmitgliedern als Unternehmenswissen zu behandeln würde freilich zu einer ungerechtfertigten Privilegierung führen. Denn gerade in Großunternehmen ist es unwahrscheinlich, dass sich die Kenntnisse, die z.B. für § 199 Abs. 1 Nr. 2 oder § 932 Abs. 2 BGB erforderlich sind, gerade bei der Unternehmensleitung feststellen lassen. Einen weiteren Anknüpfungspunkt neben der Organzurechnung bietet § 166 Abs. 1 BGB, wonach nicht auf den Geschäftsherrn, sondern auf den Stellvertreter abzustellen ist, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung „durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden“. Die Rechtsprechung geht über den Wortlaut der Vorschrift hinaus davon aus, dass sich der Geschäftsherr das Wissen seiner Stellvertreter zurechnen lassen muss. Außerdem wird § 166 Abs. 1 BGB analog auch auf sog. Wissensvertreter angewendet, worunter der BGH jeden versteht, „der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten“.¹⁴⁵ Eine ausdrückliche Bestellung zum Vertreter oder Wissensvertreter ist nicht erforderlich, allerdings muss der Geschäftsherr die fragliche Person wie einen Vertreter einsetzen, ihn also im Außenverhältnis auftreten lassen.

¹⁴³ Zum Folgenden BGH NJW-RR 2006, 771, 772, Rn. 13; NJW-RR 2002, 978, 982; NJW 1984, 1953, 1954; BGHZ 109, 327, 331 = NJW 1990, 975, 976; BGHZ 41, 282, 287 = NJW 1964, 1367; BGH WM 1959, 81, 84. Kritisch dazu *Fleischer*, NJW 2006, 3239, 3242f.; *Medicus*, KF 1994, 4, 14f.; *Grunewald*, FS Beusch, 1993, 301, 303f.

¹⁴⁴ Grundlegend BGHZ 109, 327, 332 = NJW 1990, 975, 976.

¹⁴⁵ BGHZ 117, 104, 106f. = NJW 1992, 1099, 1100. Vgl. auch BGH NJW 2012, 1789, 1790, Rn. 13; BGHZ 132, 30, 35 = NJW 1996, 1339, 1340; BGH NJW 1986, 2315, 2316.

Während sich diese Grundsätze im Rahmen traditioneller Zurechnungsdogmatik halten, geht der BGH seit der Basaltwolle-Entscheidung aus dem Jahr 1996 darüber hinaus und verfolgt ein zweites, auf sog. Wissensorganisationspflichten gründendes Zurechnungskonzept. Solche Organisationspflichten sollen – in Anschluss an Überlegungen von *Taupitz*¹⁴⁶ – aus der „Beherrschung eines selbsteröffneten Verkehrsbereichs“ folgen: Eine am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation müsse auch und gerade nach den berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs so organisiert sein, dass Informationen innerhalb der Organisation an die Personen weitergeleitet werden, für welche die Informationen relevant sind (Informationsweiterleitungspflicht).¹⁴⁷ Zudem müsse die Organisation sicherstellen, dass Personen, die auf Informationen angewiesen seien, nach erkennbar anderswo innerhalb der Organisation vorhandenen Informationen nachfragen (Informationsabfragepflicht). Die Wissenszurechnung gründe „nicht in der Organstellung oder einer vergleichbaren Position des Wissensvermittlers“, sondern „im Gedanken des Verkehrsschutzes und der daran geknüpften Pflicht zu ordnungsgemäßer Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation“. Unter Berufung auf das sog. Gleichstellungsargument, wonach juristische Personen nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden sollen als natürliche Personen, hat der BGH sodann auch Grenzen formuliert: Eine Wissenszurechnung komme nur in Betracht, wenn für das handelnde Organisationsmitglied „eine reale Möglichkeit, aber auch ein Anlaß“ bestehe, sich das Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichern oder von anderen Menschen zu beschaffen.¹⁴⁸ Sowohl über die Pflicht zur Speicherung als auch über die Pflicht zum Abruf sei unter dem Aspekt der Zumutbarkeit zu entscheiden, wofür es u. a. auf die Bedeutung der jeweiligen Information *ex ante*, die Bedeutung der Angelegenheit, für die das Wissen relevant ist, und den mit der Speicherung bzw. dem Abruf verbundenen Aufwand ankomme.

In der Sache ist diese Erweiterung der Wissenszurechnung durch Wissensorganisationspflichten durchaus überzeugend, weil andernfalls Anreize bestünden, „gefährliches“ Wissen von anerkannten Zurechnungsträgern wie Organmitgliedern, Stellvertretern und Wissensvertretern fernzuhalten. Die Rechtsprechung zu den Wissensorganisationspflichten stellt sicher, dass Unternehmen nicht selbst darüber entscheiden können, ob Wissen in den Datenspeichern des Unternehmens oder in den Köpfen der Unternehmensangehörigen im Rechtsinne als Wissen des Unternehmens gilt, sondern dass darüber nach allgemeinen, von den Gerichten formulierten Prinzipien entschieden wird. Nur mit diesem Ansatz lassen sich Kenntnisse sämtlicher Mitarbeiter – unabhängig von der

¹⁴⁶ *Taupitz*, KF 1994, 16, 25 ff. Vorher schon *Grunewald*, FS Beusch, 1993, 301, 310 ff. Ähnlich *Medicus*, KF 1994, 4, 10.

¹⁴⁷ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 132, 30, 37 = NJW 1996, 1339, 1340 f.

¹⁴⁸ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 132, 30, 38 f. = NJW 1996, 1339, 1341.

Hierarchieebene und einer von der Unternehmensleitung erteilten Ermächtigung – dem Unternehmensträger zurechnen.¹⁴⁹ Auffällig ist aber, dass dieses Verkehrsschutzkonzept nicht auf eine konkrete Zurechnungsnorm wie § 166 Abs. 1 BGB gestützt wird. Der BGH nennt auch sonst keinen normativen Anknüpfungspunkt, wodurch die Lehre von den Wissensorganisationspflichten recht frei geschöpft wirkt. Das wird in der Literatur zu Recht kritisiert,¹⁵⁰ weil es dadurch an klaren Leitlinien fehlt und die Weiterentwicklung der Grundsätze über die Wissenszurechnung ganz im Belieben der Gerichte zu stehen scheint. „Verkehrsschutz“ und „Gleichstellungsargument“ sind als Prinzipien zu vage, als dass sich daraus halbwegs vorhersehbar Antworten auf aktuelle Fragen der Wissenszurechnung z. B. in Bezug auf Konzernsachverhalte ableiten ließen. Deshalb wird in der Literatur immer wieder versucht, doch auch die Lehre von den Wissensorganisationspflichten in einer Zurechnungsnorm zu verankern, z. B. § 278 BGB,¹⁵¹ oder sie gar nicht mehr als Fall der Wissenszurechnung zu betrachten, sondern dem Organisationsträger gemäß § 242 BGB lediglich die Berufung auf das Nichtwissen zu verweigern.¹⁵²

Die eigentliche normative Grundlage der Lehre von den Wissensorganisationspflichten offenbart sich m. E., wenn man sich klar macht, wo sie *nicht* zur Anwendung kommt. Der BGH geht z. B. in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass für den Beginn der Verjährung von Regressansprüchen, die Sozialleistungsträgern gegen deliktische Schädiger zustehen, weil sie Leistungen an den Geschädigten erbracht haben, nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB (und früher schon § 852 BGB a. F.) nur auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Mitarbeiter der für den Regress zuständigen Organisationseinheit abzustellen sei.¹⁵³ Das Wissen der Mitarbeiter in der Leistungsabteilung soll hingegen selbst dann nicht maßgeblich sein, wenn diese aufgrund einer behördeninternen Anordnung gehalten sind, die Schadensakte an die Regressabteilung weiterzuleiten, sofern sich Anhaltspunkte für Regressansprüche ergeben. Der Schädiger habe keinen Anspruch darauf, so der BGH in einer älteren Entscheidung, „daß die Behörden – etwa unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes – eine Organisationsform schaffen, die die Kenntnis i. S. des § 852 Abs. 1 BGB zum frühestmöglichen Zeitpunkt eintreten läßt“.¹⁵⁴ Eine Anwendung der in der Basaltwolle-Entscheidung entwickelten Grundsätze über die erweiterte Wissenszurechnung mithilfe von Wissensorganisationspflichten hat der BGH für die

¹⁴⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2006, 771, 772, Rn. 13.

¹⁵⁰ Vgl. etwa *Seidel*, Wissenszurechnung, 2021, 86 ff.; *Harke*, Wissen, 2017, 49 ff.

¹⁵¹ So in jüngerer Zeit *Harke*, Wissen, 2017, 55 ff.

¹⁵² So insb. *Buck*, Wissen, 2001, 447 ff.

¹⁵³ BGHZ 193, 67, 71–74 = NJW 2012, 2644, 2645, Rn. 10–13; BGH NJW 2012, 1789, 1790, Rn. 13; NJW 2012, 447, 448, Rn. 12; NJW 2011, 1799, 1800, Rn. 14; NJW 2007, 834, 835, Rn. 5; BGHZ 133, 129, 138 = NJW 1996, 2508, 2510; NJW 1994, 1150, 1151.

¹⁵⁴ BGH NJW 1986, 2315, 2316.

Regressfälle ausdrücklich abgelehnt.¹⁵⁵ Die Rechtsprechung zu den Organisationspflichten sei „für den Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns“ entwickelt worden und rechtfertige sich aus „Gründen des Verkehrsschutzes“. Die Zurechnung erfolge im Allgemeinen „im Zusammenhang mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften, bei denen es darum geht, die in einer Gesetzesvorschrift im Interesse und zum Schutz des Partners im Rechtsverkehr angeordnete Rechtsfolge an eine bestimmte Kenntnis zu knüpfen“.¹⁵⁶ Darum gehe es in den Regressfällen jedoch nicht, insbesondere gehe es nicht um den Schutz eines Partners bei der Anbahnung und dem Abschluss von Rechtsgeschäften.

Auch wenn der BGH den entscheidenden Punkt nicht ausdrücklich benennt, wird an diesen Ausführungen erkennbar, warum er in dem einen Kontext die strengeren Grundsätze über die Wissensorganisationspflichten zur Anwendung bringt, in dem anderen hingegen nur die mildereren über die Wissensvertretung: entscheidend ist die jeweilige Wissensnorm. Die Rechtsprechung zu den Wissensorganisationspflichten ist vor allem mit Blick auf § 463 S. 2 BGB a. F. entwickelt worden, der bis zur Schuldrechtsmodernisierung 2002 einen Schadensersatzanspruch des Käufers für den Fall vorsah, dass der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hatte. Es ging also um Situationen im Vorfeld von Vertragsabschlüssen, sodass sich die Wissensorganisationspflichten in diesen Fällen als Ausprägung vorvertraglicher Schutzpflichten einordnen lassen, wie sie heute durch § 241 Abs. 2 BGB anerkannt werden.¹⁵⁷ Der Ersatzanspruch nach § 463 S. 2 BGB a. F. ging allerdings auf das Erfüllungsinteresse, sodass sich die Haftung nicht als spezieller Fall der *culpa in contrahendo* erklären ließ, sondern nur als Gewährleistungsrecht wie es sich heute aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 u. 3, 281 BGB ergeben würde.¹⁵⁸ § 463 S. 2 BGB a. F. sollte also sicherstellen, dass der Käufer bekommt, was der Verkäufer ihm vertraglich versprochen hatte.¹⁵⁹ Rückblickend scheint vor allem erklärungsbedürftig, warum die Haftung auf Arglist beschränkt war, während sonst für vertragliche Pflichtverletzungen auch damals schon bei einfacher Fahrlässigkeit gehaftet wurde. Wie *Goldschmidt* u. a. unter Analyse der Entstehungsgeschichte des § 463 S. 2 BGB a. F. überzeugend dargelegt hat, sollte damit vor allem eine Untersuchungspflicht des Ver-

¹⁵⁵ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2012, 1789, 1790f., Rn. 14; NJW 2012, 447, 448, Rn. 13; NJW 2007, 834, 835, Rn. 7; NJW 1996, 2508, 2510.

¹⁵⁶ BGH NJW 2012, 1789, 1790f., Rn. 14.

¹⁵⁷ Das passt auch zu der vom BGH gezogenen Parallele zu den (deliktischen) Verkehrspflichten (vgl. BGHZ 132, 30, 37 = NJW 1996, 1339, 1341). Denn diese werden, sofern bereits ein Schuldverhältnis besteht, vom BGH auch als Schutzpflichten i. S. des § 241 Abs. 2 BGB angesehen. Vgl. BGHZ 223, 95, 98f. = NJW 2019, 3516, 3517, Rn. 12; BGH NJW 2018, 2956, Rn. 12; BGHZ 196, 340, 348 = NJW 2013, 3366, 3368, Rn. 25.

¹⁵⁸ RGRK/Mezger, ¹²1975, § 463 Rn. 1; *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, 106ff. m. w. N. Vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 204, 210.

¹⁵⁹ *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, 111 ff.; *Odersky*, FS Geiß, 2000, 135, 142f.

käufers ausgeschlossen werden.¹⁶⁰ Man wollte nicht, dass der Verkäufer, der die Kaufsache meist von einem Händler oder Hersteller bezieht, aus Sorge vor einer Fahrlässigkeitshaftung erhebliche Aufwendungen tätigt, um sicherzustellen, dass die Sache den vertraglichen Anforderungen entspricht. Vor diesem Hintergrund ist ohne Weiteres einleuchtend, dass die Rechtsprechung auch solches Wissen genügen ließ, das innerhalb der Unternehmensorganisation bereits vorhanden war, wegen eines fehlerhaften Wissensmanagements jedoch den zuständigen Mitarbeiter nicht erreichte. Denn dadurch wurde kein Anreiz gesetzt, Wissen erst noch zu beschaffen (z.B. durch kostspielige Untersuchungen der Kaufsache), sondern lediglich sichergestellt, dass der Verkäufer nicht von einer unzureichenden Wissensorganisation profitiert. Das war zum Schutz des Käufers aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis geboten und lief dem Normzweck des § 463 S. 2 BGB a.F. nicht zuwider, weil eine sachgerechte Wissensorganisation in der Regel geringere (Zusatz-)Kosten verursacht als die ursprüngliche Wissensbeschaffung.¹⁶¹ Dass der Gesetzgeber unnötige Investitionen in die Wissensbeschaffung verhindern wollte, sprach deshalb nicht dagegen, Anreize für ein funktionierendes Wissensmanagement zu setzen.

Bei § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB (und früher § 852 BGB a.F.) stellt sich die Lage schon deshalb anders dar, weil die Vorschrift anders als § 463 S. 2 BGB a.F. kein vertragliches Leistungsversprechen absichert und in der Regel auch keine (vor-)vertraglichen Schutzpflichten bestehen, an die man anknüpfen könnte. Zwar dient auch die Verjährung neben dem öffentlichen Interesse an Rechtsfrieden und Rechtssicherheit vor allem dem Schutz des Schuldners, nämlich vor „Inanspruchnahme aus unbegründeten, unbekanntem oder unerwarteten Forderungen“.¹⁶² Es besteht aber anders als bei § 463 S. 2 BGB a.F. nicht notwendigerweise ein besonderes Näheverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, aus dem sich eine Pflicht zu ordnungsgemäßer Wissensorganisation ableiten ließe. Die Regressfälle belegen dies besonders anschaulich: Der Sozialleistungsträger steht hier einem Schädiger gegenüber, mit dem ihn nur verbindet, dass der Schädiger durch seine Tat den Leistungsträger überhaupt erst leistungspflichtig gemacht hat. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass der Leistungsträger dem Schädiger gegenüber verpflichtet wäre, durch eine ordnungsgemäße Wissensorganisation dafür zu sorgen, dass Ansprüche möglichst frühzeitig erkannt und geltend gemacht werden. Etwas vereinfacht gesagt rechtfertigt sich die weniger strenge Wissenszurechnung in den Regressfällen also vor allem daraus, dass § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB den Schuldner weniger umfassend vor den Gefahren einer Wissensaufspaltung schützen soll als früher § 463 S. 2 BGB a.F. den Käufer.

¹⁶⁰ *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, 114 ff.

¹⁶¹ Dazu auch noch unten → § 9 A III 2c, d.

¹⁶² So *MünchKommBGB/Grothe*, 2021, § 194 Rn. 6; vgl. auch BT-Drs. 14/6040, S. 96, 100; BGHZ 122, 241, 244 = NJW 1993, 2054, 2055; BGH NJW 1983, 388, 390; BGHZ 59, 72, 74 = GRUR 1972, 721; Mot. I, S. 291 = Mugdan I, S. 512.

In der Literatur setzt sich mehr und mehr die Erkenntnis durch, dass sich über die Wissenszurechnung nicht mithilfe allgemeiner Zurechnungsprinzipien oder einzelner Zurechnungsnormen entscheiden lässt, sondern immer nur konkret in Bezug auf die jeweilige Wissensnorm.¹⁶³ Dem ist zuzustimmen. Denn auch für die Wissenszurechnung gilt wie für die Zurechnung im Allgemeinen, dass sie kein Selbstzweck ist, sondern eine Hilfstechne, mit welcher die Anwendung der bezogenen Norm, hier der Wissensnorm, ermöglicht werden soll. Über die Reichweite der Wissenszurechnung und den Kreis der Zurechnungsträger ist also nach Maßgabe des Zwecks der jeweiligen Wissensnorm zu entscheiden. Die Zurechnung kann also für dieselbe Organisation und in Bezug auf denselben Zurechnungsträger unterschiedlich ausfallen, wenn es um unterschiedliche Wissensnormen geht. Wie im englischen Recht seit *Meridian* wird dadurch ein flexibler Ansatz erreicht, mit dem sich sicherstellen lässt, dass die Zurechnung stets dem jeweiligen Normzweck gerecht wird.

II. Sonderdeliktsrecht

Angesichts der Vorteile, die im englischen Recht mit der haftungsnormbezogenen Zurechnung verbunden sind, insbesondere der größeren Flexibilität und der Möglichkeit, die Reichweite der Zurechnung offen am Zweck der jeweiligen Haftungsnorm auszurichten, stellt sich die Frage, ob dieser Ansatz nicht auch im deutschen Unternehmenshaftungsrecht herangezogen werden kann. Dadurch ließe sich das oben in den Teilen B und C beschriebene Problem lösen, dass sich weder mithilfe der Organtheorie noch auf Grundlage der §§ 31, 278, 831 BGB ein Zurechnungsmodell entwickeln lässt, das den Anforderungen der direkten Unternehmenshaftung völlig gerecht wird. Insbesondere wäre es möglich, sofern dies durch den Zweck der jeweiligen Haftungsnorm geboten ist, den Kreis der möglichen Zurechnungsträger über § 31 BGB hinaus auszudehnen und trotzdem keine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zuzulassen. Die deutsche Diskussion zur Wissenszurechnung zeigt, dass es keinen Grund gibt, die vorhandenen Zurechnungsnormen zu absolutieren, sondern dass es möglich und geboten sein kann, daneben unmittelbar aus den bezogenen Normen heraus ergänzende Zurechnungskonzepte zu entwickeln, um dem Zweck dieser Normen gerecht werden zu können.

Bevor diese Überlegungen in Bezug auf die Unternehmenshaftung nach dem BGB weiter vertieft werden, soll im Folgenden zunächst noch gezeigt werden,

¹⁶³ Vgl. in diesem Sinne *Seidel*, Wissenszurechnung, 2021, 102f.; *J. Koch*, AG 2019, 273, 277f.; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 168f., 179; *Reuter*, ZIP 2017, 310, 313ff.; *Gasteyer/Goldschmidt*, AG 2016, 116, 116f.; *Goldschmidt*, ZIP 2005, 1305, 1308f.; *M. Walter*, Wissenszurechnung, 2005, 52ff.; *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, 84ff. und passim; *Buck*, Wissen, 2001, 116ff.; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 182, 186.

dass es Konstellationen gibt, in denen es sogar zwingend ist, sämtliche Zurechnungsfragen unmittelbar aus der jeweiligen Haftungsnorm heraus zu beantworten, weil deren Auslegung ergibt, dass ihr ein bestimmtes Zurechnungskonzept zugrunde liegt, das keinen Raum für die Anwendung allgemeiner Zurechnungsnormen lässt. Am deutlichsten zeigt sich dies bisher in Fällen, in denen die Haftungsnorm gegenüber einer möglichen Zurechnungsnorm normenhierarchisch vorrangig ist, also insbesondere, wenn die Haftungsnorm zum EU-Recht zählt oder auf EU-Recht beruht. Das wird im Folgenden anhand der speziellen wirtschaftsrechtlichen Haftungsregime veranschaulicht, auf die oben¹⁶⁴ im Zusammenhang mit den Unternehmenspflichten bereits eingegangen wurde. Allerdings kann sich auch unabhängig von einer Hierarchie ergeben, dass die Haftungsnorm sämtliche Zurechnungsfragen selbst beantwortet. So ist es z. B. bei der Gefährdungshaftung in der Variante der sog. Handlungshaftung, bei der zwar keine Verschuldenszurechnung erforderlich ist, wohl aber nach h. M. eine Verhaltenszurechnung. Für diese sind jedoch entgegen einer verbreiteten Ansicht nicht die §§ 31, 831 BGB heranzuziehen, sondern über die Zurechnung ist nach Maßgabe der jeweiligen Haftungstatbestände zu entscheiden. Das soll hier allerdings nicht weiter ausgeführt werden, sondern wird unten¹⁶⁵ bei der Unternehmens-Gefährdungshaftung behandelt.

1. Datenschutzrecht

Am deutlichsten ist der Vorrang der Haftungsnorm im Datenschutzrecht, weil hier nicht nur die maßgeblichen Pflichten im EU-Recht geregelt sind, sondern auch die Anspruchsgrundlage. Art. 82 DS-GVO, der einen Schadensersatzanspruch gewährt, wenn jemand wegen eines Verstoßes gegen die DS-GVO einen materiellen oder immateriellen Schaden erleidet, gilt in allen Mitgliedstaaten unmittelbar. Als Anspruchsgegner kommen „Verantwortliche“ und „Auftragsverarbeiter“ in Betracht, die in Art. 4 Nr. 7 und Nr. 8 DS-GVO definiert werden und an die auch die maßgeblichen Pflichten der DS-GVO adressiert sind. Wie oben¹⁶⁶ bereits dargelegt wurde, ist der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter oft ein Unternehmen bzw. ein Unternehmensträger, sodass sich aus der DS-GVO originäre Unternehmenspflichten ergeben. Die Haftung nach Art. 82 DS-GVO ist also eine direkte Unternehmenshaftung und folglich kann sich hier die Frage stellen, wessen Verhalten für die Zwecke der Haftungsbegründung als Verhalten des Unternehmensträgers gelten soll, diesem also zuzurechnen ist. Das wird insbesondere dann relevant, wenn ein einzelner Mitarbeiter den Datenschutzverstoß begeht, z. B. weil er eine Nachricht mit sensiblen Daten

¹⁶⁴ → § 4 B II.

¹⁶⁵ → § 7 C III.

¹⁶⁶ → § 4 B II 5.

an den falschen Empfänger schickt.¹⁶⁷ Außerdem können sich Zurechnungsfragen im Zusammenhang mit Art. 82 Abs. 3 DS-GVO stellen, der eine Haftungsbefreiung vorsieht, wenn der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter nachweist, dass „er“ in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist.

In der Literatur wird nur vereinzelt davon ausgegangen, dass für die Zurechnung auf §§ 31, 831 BGB abgestellt werden könne.¹⁶⁸ Dafür wird vor allem angeführt, es handele sich bei der Haftung nach Art. 82 DS-GVO um einen deliktischen Anspruch, der durch die allgemeinen Regeln des nationalen Deliktsrechts zu ergänzen sei. Die h. M. geht jedoch zu Recht davon aus, dass für eine solche Ergänzung kein Raum ist, weil Art. 82 DS-GVO i. V. m. den Begriffsbestimmungen in Art. 4 Nr. 7 und Nr. 8 DS-GVO die maßgeblichen Zurechnungsfragen selbst beantwortet und angesichts seiner Stellung im EU-Recht Vorrang vor nationalen Zurechnungsregeln hat. Insbesondere entspricht es nahezu einhelliger Ansicht, dass sich ein Unternehmensträger nach Art. 82 Abs. 3 DS-GVO für das Fehlverhalten seiner eigenen Mitarbeiter nicht entlasten kann und dass sich dafür auch § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht heranziehen lässt.¹⁶⁹ Dass dies richtig ist, zeigt eine methodengerechte Auslegung der maßgeblichen Normen. Art. 82 Abs. 3 DS-GVO stellt für die Entlastung darauf ab, ob der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter in keinerlei Hinsicht für den Schaden verantwortlich ist („er“). Als Verantwortlicher wird in Art. 4 Nr. 7 DS-GVO jede „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle“ definiert, „die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Auftragsverarbeiter ist nach Art. 4 Nr. 8 DS-GVO jede „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“. Schon der Umstand, dass hier „Behörden“ und „Einrichtungen“ neben natürlichen und juristischen Personen genannt werden, zeigt, dass der EU-Gesetzgeber nicht sauber zwischen Organisationen und Organisationsträgern unterschieden hat. Das bestätigt auch Art. 4 Nr. 18 DS-GVO, der Unternehmen mit natürlichen und juristischen Personen gleichsetzt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Überwiegend folgt die DS-GVO einem organisationsbezogenen Ansatz und behandelt Unternehmen und Behörden als Einheiten, in die sämtliche Mitarbeiter einbezogen sind. Das zeigt sich z. B. daran, dass der Verantwortliche und der Auftragsverantwortli-

¹⁶⁷ So der Fall LG Darmstadt ZD 2020, 642 ff.

¹⁶⁸ Plath/Becker, ³2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 5b; offen lassend BeckOK-DatenschutzR/Quaas, ⁴²2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 20.

¹⁶⁹ EuArbRK/Franzen, ⁴2022, Art. 82 DS-GVO Rn. 18; PP/Frenzel, ³2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 15; KB/Bergt, ³2020, Art. 82 DS-GVO Rn. 55; NK-DatenschutzR/Boehm, 2019, Art. 82 Rn. 23; Paal, MMR 2020, 14, 17; Kohn, ZD 2019, 498, 500; Geissler/Ströbel, NJW 2019, 3414, 3415 (Fn. 14); Wybitul/Haß/Albrecht, NJW 2018, 113, 116; Spindler, DB 2016, 937, 947. A. A. Plath/Becker, ³2018, Art. 82 DS-GVO Rn. 5b.

che in den Vorschriften der DS-GVO stets selbst als Akteure erscheinen, was nahelegt, dass auf die Unternehmensangehörigen abgestellt wird und nicht auf den ggf. handlungsunfähigen Unternehmensträger. Eine Differenzierung zwischen unterschiedlichen Gruppen von Unternehmensangehörigen, z.B. Führungskräften und einfachen Mitarbeitern, findet sich in der DS-GVO nicht. Davon, dass der Verordnung ein organisationsbezogenes Verständnis zugrunde liegt, geht auch der Europäische Datenschutzausschuss in seiner Leitlinie zu den Begriffen des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters aus.¹⁷⁰ Ein Unternehmensträger muss sich also sämtliche Datenschutzverstöße von Mitarbeitern als eigene Verstöße zurechnen lassen, für die er dann als Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter haftet. Für die Entlastung nach Art. 82 Abs. 3 DS-GVO müsste gezeigt werden, dass das Unternehmen insgesamt für den Verstoß gegen die DS-GVO nicht verantwortlich ist, also weder die Unternehmensleitung noch ein sonstiger Unternehmensangehöriger.

Neben diesen Grundsätzen ist für eine Anwendung nationaler Zurechnungsregeln kein Raum. Insbesondere muss eine Anwendung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unterbleiben, weil die Annahme einer Entlastung, die in der DS-GVO selbst nicht vorgesehen ist, EU-rechtswidrig wäre.

2. Produkthaftungsrecht

Ein ähnliches Bild ergibt sich für die Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz. Hier ist zwar die Anspruchsgrundlage selbst nicht im EU-Recht geregelt, die einzelnen, in den §§ 1 ff. ProdHG umgesetzten Anspruchsvoraussetzungen sind aber detailliert durch die ProdHRL vorgegeben. Wie oben¹⁷¹ bereits dargelegt wurde, ist die Richtlinie unternehmensbezogen konzipiert, sodass die maßgeblichen Pflichten als originäre Unternehmenspflichten stets den Unternehmensträger treffen. Aus der unternehmensbezogenen Konzeption folgt aber, wie im Datenschutzrecht, auch, dass für die Zwecke der Produkthaftung das Verhalten sämtlicher Unternehmensangehöriger als eigenes Verhalten des Unternehmensträgers gilt, diesem also zuzurechnen ist. Deshalb ist in der Literatur unstrittig, dass eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB selbst dann nicht möglich ist, wenn sich zeigen lässt, dass ein einzelner, sorgfältig ausgewählter und überwachter Mitarbeiter den Produktfehler verursacht hat, z.B. ein einzelner Arbeiter, der das Produkt falsch zusammenschraubt hat.¹⁷² Der Entlastung steht nicht nur entgegen, dass die Produkthaftung nach dem ProdHG kein Verschulden i. e. S. voraussetzt, sondern vor allem auch, dass sie unter-

¹⁷⁰ Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Version 2.0, 7.7.2021, Rn. 17f.

¹⁷¹ → § 4 B II 1.

¹⁷² Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 4 ProdHaftG Rn. 8; ProdHaft-HdB/v. Westphalen, ³2012, § 49 Rn. 7; Schlechtriem, VersR 1986, 1033, 1039.

nehmensbezogen konzipiert ist, das Herstellerunternehmen also als Einheit betrachtet und von den einzelnen Unternehmensangehörigen und ihren individuellen Handlungen völlig abstrahiert.

Oftmals wird sich allerdings die Frage einer Individualzurechnung schon von vornherein nicht stellen, weil der Produktfehler nicht auf dem Verhalten eines einzelnen Mitarbeiters beruht, sondern arbeitsteilig herbeigeführt oder zumindest nicht durch wirksame Kontrollen und Prozesse verhindert wurde. Es realisiert sich dann kein Individualrisiko, sondern ein Organisationsrisiko, für dessen Zuordnung zum Unternehmensträger keine Zurechnung i. e. S. erforderlich ist. Das ist im Bereich der Produkthaftung besonders häufig der Fall, kommt aber überall vor, wo eine direkte Unternehmenshaftung möglich ist. Darauf wird unten in § 6 ausführlich zurückzukommen sein.

3. Kartellrecht

Deutlich komplizierter stellen sich die Zusammenhänge im Kartellrecht dar. Anspruchsgrundlage für deliktische Schadensersatzansprüche ist hier § 33a Abs. 1 GWB, der, soweit es um Schäden wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV oder um die parallele Anwendung¹⁷³ der §§ 1, 2, 19–21 GWB geht, auf der Kartellschadensersatzrichtlinie (KartSERL)¹⁷⁴ beruht. Die KartSERL sieht aber anders als z. B. die ProdHRL keine Vollharmonisierung vor und regelt auch die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nicht abschließend. In Art. 3 Abs. 1 KartSERL wird insoweit verlangt, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten, „dass jede natürliche oder juristische Person, die einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, den vollständigen Ersatz dieses Schadens verlangen und erwirken kann“. Ergänzend heißt es im 11. Erwägungsgrund der KartSERL: „Wenn die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht andere Voraussetzungen für Schadensersatz vorsehen, wie etwa Zurechenbarkeit, Adäquanz oder Verschulden, sollen sie diese Bedingungen beibehalten können, sofern sie mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz und den Bestimmungen dieser Richtlinie im Einklang stehen.“ Der deutsche Gesetzgeber hat davon Gebrauch gemacht und macht den Schadensersatzanspruch nach § 33a Abs. 1 GWB davon abhängig, dass der Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Ein Anspruchsgegner wird weder in Art. 3 Abs. 1 KartSERL noch in § 33a Abs. 1 GWB genannt. Allerdings definiert Art. 2 Nr. 2 KartSERL als „Rechtsverletzer“ „das Unternehmen oder die Unternehmensvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat“. Außerdem adressieren die Verbotstatbestände der Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 2, 19–21 GWB ihrerseits

¹⁷³ Vgl. dazu Art. 2 Nr. 1 u. 3 KartSERL.

¹⁷⁴ Richtlinie 2014/104/EU v. 26.11.2014, ABl. EU L 349/1.

nur Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, weshalb oben¹⁷⁵ bereits festgestellt wurde, dass die deliktischen Pflichten des Kartellrechts reine Unternehmenspflichten sind und die kartellrechtliche Schadensersatzhaftung somit ein Fall der direkten Unternehmenshaftung ist. Außer durch die fehlende Vollharmonisierung wird das verschachtelte System des Kartelldeliktsrechts vor allem dadurch verkompliziert, dass die meisten Mitgliedstaaten schon vor Geltung der KartSERL eigene Haftungsregime geschaffen hatten (so auch Deutschland mit § 33 Abs. 3 GWB a.F. und mehreren Vorgängervorschriften) und dass der EuGH bereits vor Verabschiedung der Richtlinie damit begonnen hatte, das europäische Kartellschadensersatzrecht unmittelbar auf Grundlage der Art. 101, 102 AEUV auszubauen. Die Haftung nach § 33a Abs. 1 GWB wird daher in ihrem EU-rechtlichen Anwendungsbereich nicht nur durch Sekundärrecht, sondern auch durch Primärrecht überlagert.

Die deutschen Gerichte und die h. L. gehen bisher davon aus, dass über Zurechnungsfragen mithilfe der §§ 31, 831 BGB zu entscheiden ist.¹⁷⁶ Wenn der durch § 33a Abs. 1 GWB i. V. m. Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 2, 19–21 GWB adressierte Unternehmensträger eine Gesellschaft sei, seien ihm die Handlungen und das Verschulden seiner Repräsentanten i. S. des § 31 BGB zuzurechnen, bei Kartellverstößen einfacher Mitarbeiter komme außerdem § 831 BGB zur Anwendung. Verbreitet wird außerdem davon ausgegangen, dass sich aus den kartellrechtlichen Verhaltensgeboten die Pflicht ergebe, das eigene Unternehmen so zu organisieren, dass keine Kartellverstöße begangen werden. Fehlt es an einer hinreichenden Compliance-Organisation könne daher für sämtliche Verstöße aus dem Unternehmen heraus auch wegen einer Organisationspflichtverletzung gehaftet werden, die in Gesellschaften wiederum gemäß § 31 BGB zuzurechnen sei.¹⁷⁷ Mit diesem traditionellen, auf das nationale Verbands- und Deliktsrecht abstellenden Zurechnungskonzept konkurriert seit einiger Zeit ein Ansatz, der für die Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens bereits den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff für maßgeblich hält.¹⁷⁸ Dafür wird vor allem die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *VM Remonts* (2016) herangezogen, in der es um die Frage ging, ob ein Unternehmen für einen Kartellverstoß verantwortlich gemacht werden kann, der auf das Fehlverhalten eines externen Dienstleisters zu-

¹⁷⁵ → § 4 B II 2.

¹⁷⁶ Vgl. OLG Stuttgart, WuW 2019, 334; FK/Roth, ¹⁰³2022, § 33a GWB Rn. 9; BM/Mäsch, ⁴2022, § 33a GWB Rn. 8; Bunte/Bornkamm/Tolkmitt, ¹⁴2021, § 33a GWB Rn. 18; LMRKM/Kersting, ⁴2020, § 33a GWB Rn. 37; KOV/Denzel/Holm-Hadulla, 2017, § 26 Rn. 433–438; LMRKM/Rehbinder, ³2016, § 33 GWB Rn. 38; IM/Emmerich, ⁵2014, § 33 GWB Rn. 30; Hack, *Vorstandsverantwortlichkeit*, 2012, 88 f.

¹⁷⁷ FK/Roth, ¹⁰³2022, § 33a GWB Rn. 9; KOV/Denzel/Holm-Hadulla, 2017, § 26 Rn. 435–437; IM/Emmerich, ⁵2014, § 33 GWB Rn. 30.

¹⁷⁸ IM/Franck, ⁶2020, § 33a GWB Rn. 34; ähnlich FK/Roth, ¹⁰³2022, § 33a GWB Rn. 10; sympathisierend auch LMRKM/Kersting, ⁴2020, § 33a GWB Rn. 37; vgl. auch schon Jüchser, *Beteiligung*, 2014, 45 ff.

rückgeht. Der EuGH formulierte relativ strenge Voraussetzungen und grenzte den Fall von früheren Fällen ab, in denen es um die Verantwortung des Unternehmens für das Verhalten eigener Mitarbeiter ging: „Ein Angestellter erfüllt [...] seine Aufgaben zugunsten und unter Leitung des Unternehmens, für das er arbeitet, und wird daher als Teil der wirtschaftlichen Einheit angesehen, die dieses Unternehmen bildet [...]. Zur Feststellung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht der Union kann also ein etwaiges wettbewerbswidriges Verhalten eines Angestellten dem Unternehmen zugerechnet werden, dem er angehört, da dieses prinzipiell dafür haftet.“¹⁷⁹ *VM Remonts* betraf zwar keine Schadensersatzklage, sondern ein Bußgeldverfahren, da der EuGH jedoch unmittelbar mit Art. 101 AEUV argumentiert hat – also nicht mit dem Bußgeldrecht, sondern mit der maßgeblichen materiellen Verhaltensnorm –, ist aber davon auszugehen, dass er für das Schadensersatzrecht genauso entscheiden würde.

Dass der EuGH mit dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff wahre Kunststücke vollbringt, ist vor allem aus dem Bereich der Konzernhaftung bekannt, wo er davon ausgeht, dass auch Konzerngesellschaften, deren Mitarbeiter an einem Kartellverstoß nicht beteiligt waren, dennoch für den Verstoß verantwortlich sein können, wenn sie Teil der wirtschaftlichen Einheit sind, die das Unternehmen i. S. des Kartellrechts darstellt.¹⁸⁰ In Bezug auf die Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens wird man aber m. E. unterscheiden müssen: *VM Remonts* betrifft nur die *Verhaltenszurechnung*, also die Frage, wann der Kartellverstoß einer natürlichen Person als Verstoß des Unternehmens bzw. Unternehmensträgers anzusehen ist. Um die Zurechnung von *Verschulden* konnte es hingegen in der Entscheidung von vornherein nicht gehen, weil das Vorlagegericht nach der Auslegung von Art. 101 AEUV gefragt hatte, der selbst kein Verschulden voraussetzt. Aus demselben Grund ist auch das Urteil *Slovenská sporiteľňa* (2012) für diese Frage unergiebig.¹⁸¹ Der Fall *Musique Diffusion française* (1983), der ebenfalls in die Reihe der Präzedenzfälle zur Mitarbeiterzurechnung gehört, betraf zwar die Frage, wann einem Unternehmen bzw. Unternehmensträger das vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten seiner Mitarbeiter zuzurechnen ist, die maßgeblichen Aussagen beziehen sich aber auf Art. 15 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 17/62,¹⁸² also das Bußgeldrecht: „Die Anwendung *dieser Bestimmung* setzt keine Handlung und nicht einmal Kenntnisse der Inhaber oder Geschäftsführer des betreffenden Unternehmens voraus, sondern es genügt die Handlung einer Person, die berechtigt ist, für das Unternehmen tätig zu werden.“¹⁸³

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 21.7.2016, C-542/14, Rn. 23 f.

¹⁸⁰ Vgl. dazu LMRKM/*Kersting*, 42020, § 33a GWB Rn. 24 ff.; IM/*Franck*, 62020, § 33a GWB Rn. 27 ff.; *König*, AcP 217 (2017), 611, 640 ff.

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 7.2.2013, C-68/12, Rn. 22 ff.

¹⁸² ABl. EG 204/62.

¹⁸³ EuGH, Urt. v. 7.6.1983, C-100/80, Rn. 97. Herv. C.K.

Fragen des Verschuldens und der Verschuldenszurechnung im Schadensersatzrecht sind EU-rechtlich nicht harmonisiert, weil der EuGH den Art. 101, 102 AEUV dazu bisher keine Aussagen entnommen hat (insbesondere nicht die Aussage, der Schadensersatz müsse verschuldensunabhängig sein) und weil auch die KartSERL keine diesbezügliche Regelung enthält. Art. 3 Abs. 1 KartSERL verlangt nicht, den Schadensersatzanspruch von einem Verschulden abhängig zu machen. Allerdings war der EU-Gesetzgeber ausweislich des oben bereits zitierten 11. Erwägungsgrundes der Meinung, die Mitgliedstaaten sollten ein etwaiges Verschuldenserfordernis in ihrem nationalen Recht „beibehalten können“, sofern dies mit der Rechtsprechung des EuGH, dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz und den Bestimmungen der KartSERL in Einklang steht. Daraus wird man folgern müssen, dass den Mitgliedstaaten nicht nur die Entscheidung obliegt, ob überhaupt ein Verschulden verlangt werden soll, sondern dass sie grundsätzlich auch entscheiden dürfen, auf wen dafür abzustellen ist. Da der deutsche Gesetzgeber in § 33a GWB keine spezielle Regelung getroffen hat, der Anspruch aber unstreitig als deliktischer Anspruch zu qualifizieren ist, liegt nahe, für Fragen der Verschuldenszurechnung auf §§ 31, 831 BGB abzustellen. Die Anwendung des § 31 BGB ist dabei unproblematisch, weil die danach mögliche strikte Zurechnung von Repräsentantenverschulden keine Beschränkungen enthält, die Zweifel an der Vereinbarkeit mit EU-Recht wecken könnten. Über § 831 BGB hängt hingegen das Damoklesschwert des Effektivitätsprinzips, auf das im 11. Erwägungsgrund der KartSERL ausdrücklich Bezug genommen wird. Angesichts der Tatsache, dass der EuGH für die Verhaltenszurechnung und die Verschuldenszurechnung im Bußgeldrecht von einer strikten Zurechnung ohne Entlastungsmöglichkeit ausgeht und des weiteren Umstands, dass das Modell des § 831 BGB in den europäischen Rechtsordnungen kaum Verbreitung und noch weniger Akzeptanz gefunden hat, spricht wenig dafür, dass sich der Gerichtshof von der Zweckmäßigkeit der Entlastungsmöglichkeit überzeugen lassen würde. Rechtfertigungsbedürftig wäre sie jedoch. Denn dass darin eine einschneidende Beschränkung der kartellrechtlichen Schadensersatzhaftung liegt, die mit dem Effektivitätsprinzip tendenziell auf Kriegsfuß steht, wird sich nicht bestreiten lassen. Insbesondere lässt sich dagegen nicht einwenden, dass für Kartellverstöße einfacher Mitarbeiter auch aus Organisationsverschulden gehaftet werde, denn dafür muss zusätzlich zu dem Kartellverstoß eine konkrete Organisations- oder Aufsichtspflichtverletzung nachgewiesen werden. Auch über eine weite Repräsentantenzurechnung (ggf. in Verbindung mit den Grundsätzen über unternehmerische Organisations- und Aufsichtspflichten) lassen sich nicht alle Probleme lösen, weil ihr einerseits methodische Grenzen gesetzt sind und andererseits eine Zurechnung nach § 31 BGB von vornherein nicht in Betracht kommt, wenn Unternehmensträger ein Einzelunternehmer ist.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Vgl. dazu schon oben → § 1 B IV.

Einzelheiten sollen hier nicht weiter vertieft werden. Jedenfalls zeigt sich im Kartellrecht anschaulich, dass Zurechnungsfragen teilweise schon aus der maßgeblichen Haftungsnorm beantwortet werden können und angesichts der Normenhierarchie ggf. auch müssen. Seit *VM Remonts* ist es nicht mehr vertretbar, für die Verhaltenszurechnung auf §§ 31, 831 BGB abzustellen, sofern ein Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV in Rede steht. In Bezug auf die Verschuldenszurechnung haben die Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum, allerdings sind auch insoweit die EU-rechtlichen Vorgaben zu beachten.

4. Kapitalmarktrecht

Ähnlich verschachtelte Strukturen können sich im Kapitalmarktrecht ergeben, aus dem hier nochmals die Haftung wegen unterlassener oder fehlerhafter Veröffentlichung von Insiderinformationen nach §§ 97, 98 WpHG herausgegriffen werden soll. Oben¹⁸⁵ wurde bereits dargestellt, dass diese Vorschriften und der von ihnen in Bezug genommene Art. 17 der europäischen Marktmissbrauchsverordnung (MAR) ausschließlich an Emittenten i. S. von Art. 3 Nr. 21 MAR und damit an Unternehmensträger gerichtet sind, also reine Unternehmenspflichten begründen. Es handelt sich bei der Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Publizität also um eine direkte Unternehmenshaftung und es stellt sich wiederum die Frage, wessen Verhalten für diese Zwecke als Verhalten des Unternehmensträgers zu gelten hat. Wie im Kartellrecht muss danach differenziert werden, was genau im normenhierarchisch vorrangigen EU-Recht geregelt ist und inwieweit daneben Raum für die Anwendung nationaler Zurechnungskonzepte bleibt. In der MAR wird nicht ausdrücklich verlangt, dass die Mitgliedstaaten Schadensersatzansprüche zugunsten derjenigen vorsehen müssen, die durch Verstöße gegen Art. 17 MAR geschädigt werden. Art. 30, 31 MAR fordern nur verwaltungsrechtliche Sanktionen und andere verwaltungsrechtliche Maßnahmen, was in Deutschland u. a. durch die Bußgeldvorschriften des § 120 WpHG umgesetzt wurde. Mit der h. L. ist davon auszugehen, dass sich eine EU-rechtliche Pflicht zur Umsetzung eines Schadensersatzanspruchs bei einer Verletzung von Art. 17 MAR auch nicht aus dem Effektivitätsprinzip und/oder dem Umstand ergibt, dass die MAR ausweislich ihres 49. Erwägungsgrundes auch dem Anlegerschutz dient.¹⁸⁶ Das EU-Recht regelt also in Art. 17 MAR nur die Ad-Hoc-Publizitätspflicht als solche, nicht jedoch die zivilrechtlichen Rechtsfolgen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der deutsche Gesetzgeber die Schadensersatzhaftung nach §§ 97, 98 WpHG an eine Verletzung der Pflicht

¹⁸⁵ → § 4 B II 4.

¹⁸⁶ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 576, § 826 Rn. 114; SZ/Zimmer/Steinbaeuser, ⁵2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 126; Thomale, NZG 2018, 1007, 1009; Schmolke, NZG 2016, 721, 723 ff. (zu Art. 15 MAR). A. A. ASM/Hellgardt, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 16–22; Poelzig, ZGR 2015, 801, 811 ff. (zu Art. 15 MAR); Hellgardt, AG 2012, 154, 165.

nach Art. 17 MAR gekoppelt hat. Es handelt sich also um zusammengesetzte Haftungstatbestände, deren Voraussetzungen teilweise unter Verweis auf EU-Recht und teilweise unmittelbar in §§ 97, 98 WpHG selbst geregelt werden. Die maßgeblichen Verhaltenspflichten ergeben sich aus Art. 17 MAR, weitere Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs wie Schaden, Kausalität und Verschulden sind hingegen allein in §§ 97, 98 WpHG geregelt.

Wie über Zurechnungsfragen zu entscheiden ist, hängt also wie im Kartellrecht davon ab, in welchem Kontext sie sich stellen. Soweit sich ein Zurechnungsbedürfnis bereits im Zusammenhang mit der Frage ergibt, ob die Ad-Hoc-Publizitätspflicht nach Art. 17 MAR verletzt wurde, ist über die Zurechnung schon wegen des Vorrangs des EU-Rechts ausschließlich nach Maßgabe dieser Vorschrift zu befinden, also nach EU-rechtlichen Kriterien. Das gilt z. B. für die in der Literatur umstrittene Frage, ob die Veröffentlichungspflicht nach Art. 17 MAR davon abhängt, dass der Emittent Kenntnis von der Insiderinformation hat und welche natürlichen Personen für diesen Zweck mit dem Emittenten zu identifizieren sind. Die wohl h. L. geht davon aus, dass Art. 17 MAR als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu entnehmen ist, dass die Information dem Emittenten bekannt sein muss,¹⁸⁷ weil die Vorschrift sonst etwas Unmögliches verlangen würde, nämlich die Veröffentlichung einer Information, die der Emittent nicht hat. Folgt man dieser Ansicht, schließt sich die Frage an, wessen Kenntnisse als Kenntnisse des Emittenten gelten, der nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 MAR immer eine juristische Person und daher im natürlichen Sinne selbst nicht wissensfähig ist. Vereinzelt wird hier auf die deutschen Grundsätze über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung abgestellt.¹⁸⁸ Richtig kann aber nur sein, dass diese Frage – ebenso wie die Frage, ob Art. 17 MAR tatsächlich voraussetzt, dass die Information bekannt ist – unmittelbar aus der MAR und damit aus dem EU-Recht heraus zu entscheiden ist,¹⁸⁹ also letztverbindlich vom EuGH geklärt werden wird. Welches Zurechnungskonzept insoweit durch die Regelungen der MAR nahegelegt wird – explizit geregelt ist keines – ist wiederum umstritten. Teilweise wird argumentiert, Wortlaut und Telos des Art. 17 MAR und systematische Erwägungen sprächen dafür, dem Emittenten nur das Wissen seiner Geschäftsführungsorgane zuzurechnen.¹⁹⁰ Andere wollen von Kenntnis des Emittenten ausgehen, wenn die Person Kenntnis erlangt, „die nach der internen Zuständigkeitsordnung für die Angelegenheit verantwortlich ist“ oder wenn die Information aufgrund von Organi-

¹⁸⁷ Hopt/*Kumpan*, ⁴²2023, Art. 17 MAR Rn. 11; SZ/*Kumpan/Grütze*, ⁵2020, Art. 17 MAR Rn. 81, 85; *Liebscher*, ZIP 2019, 1837, 1848; *J. Koch*, AG 2019, 273, 276 f.; *Ibrüg*, ZHR 181 (2017), 381, 382 ff. A. A. EBJ/S/*Poelzig*, ⁴2020, Art. 17 MAR Rn. 16; ASM/*Hellgardt*, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 89; *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1286 f.

¹⁸⁸ MVR/*Veil/Brüggemeier*, 2018, § 10 Rn. 18–20; *Ibrüg*, ZHR 181 (2017), 381, 388 ff.

¹⁸⁹ So auch Hopt/*Kumpan*, ⁴²2023, Art. 17 MAR Rn. 11; ASM/*Hellgardt*, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 89; *J. Koch*, AG 2019, 273, 278; *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1289.

¹⁹⁰ *J. Koch*, AG 2019, 273, 278 ff.; *Liebscher*, ZIP 2019, 1837, 1848 f.

sationsmängeln nicht zu der zuständigen Person gelangt ist.¹⁹¹ Möglich scheint auch ein unternehmensbezogener Ansatz, der lediglich danach fragt, ob die Information innerhalb des Unternehmens bekannt ist, sodass Kenntnisse einfacher Mitarbeiter auch ohne Organisationsmangel als Kenntnisse des Emittenten gelten würden. Dafür spricht, dass der Emittent in der MAR selbst als Akteur erscheint, was nahelegt, dass in den maßgeblichen Vorschriften auf die Unternehmensangehörigen abgestellt wird und nicht auf die juristische Person als handlungsunfähigen Unternehmensträger. Man könnte den Begriff des Emittenten daher so verstehen, dass er stets das Unternehmen als Organisation meint und somit alle Mitarbeiter umfasst. Gegen eine reine Organ- oder Repräsentanzzurechnung spricht auch, dass die MAR in Art. 3 Abs. 1 Nr. 25 und Art. 19 Führungskräfte von einfachen Mitarbeitern unterscheidet, dass diese Unterscheidung in Art. 17 MAR jedoch nicht aufgegriffen wird. Einzelne Unternehmensangehörige werden hier nicht individualisiert. Jedenfalls ist über die Frage einer etwaigen Wissenszurechnung unmittelbar nach Art. 17 MAR zu entscheiden, also ohne Rückgriff auf das deutsche Recht.

Anders stellt sich die Lage dar, soweit sich Zurechnungsfragen im Zusammenhang mit Anspruchsvoraussetzungen stellen, die unmittelbar in §§ 97, 98 WpHG geregelt sind und nicht durch EU-Recht vorgegeben werden. Das ist vor allem für das Verschulden relevant. Der Anspruch wegen unterlassener unverzüglicher Veröffentlichung einer Insiderinformation ist gemäß § 97 Abs. 2 WpHG ausgeschlossen, wenn der Emittent nachweist, dass die Unterlassung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht. Dafür kann er z. B. zeigen, dass er die Insiderinformation nicht kennen konnte oder dass sie nicht *als Insiderinformation* erkennbar war.¹⁹² Eine Haftung wegen Veröffentlichung unwahrer Insiderinformationen kommt gemäß § 98 Abs. 2 WpHG nicht in Betracht, wenn der Emittent nachweist, dass „er“ die Unrichtigkeit der Insiderinformation nicht gekannt hat und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Die h. L. geht davon aus, dass diese Verschuldenserfordernisse mit den Vorgaben des EU-Rechts vereinbar sind, weil danach kein Schadensersatzanspruch geschaffen werden muss und diesem jedenfalls durch ein Verschuldenserfordernis nicht seine praktische Wirksamkeit genommen werde.¹⁹³ Nach überwiegender Ansicht kann in diesem Zusammenhang jedenfalls § 31 BGB herangezogen werden, um dem Emittenten das schuldhaftes Tun oder Unterlassen der für die Ad-Hoc-Publizität zuständigen Leitungspersonen zuzurechnen.¹⁹⁴ Auch eine

¹⁹¹ Hopt/Kumpan, ⁴²2023, Art. 17 MAR Rn. 11; SZ/Kumpan/Grütze, ⁵2020, Art. 17 MAR Rn. 88; MVR/Veil/Brüggemeier, 2018, § 10 Rn. 19f.

¹⁹² Vgl. EBS/Poelzig, ⁴2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 22 m. w. N.

¹⁹³ Seibt/Wollenschläger, AG 2014, 593, 607; Seibt, ZHR 177 (2013), 388, 425.

¹⁹⁴ Hopt/Kumpan, ⁴²2023, § 98 WpHG Rn. 2; MünchKommBGB/Leuschner, ⁹2021, § 31 Rn. 27; SZ/Zimmer/Steinhaeuser, ⁵2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 66; EBS/Poelzig, ⁴2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 22; HMS/Mülbert/Steup, ⁴2019, § 41 Rn. 5; MVR/Wolf/Wink, 2018, § 31 Rn. 43; Bertus, Emittentenhaftung, 2020, 105, 110f.

Anwendung des § 831 BGB wird mitunter für möglich gehalten.¹⁹⁵ Demgegenüber geht *Hellgardt* in Anlehnung an den entsprechenden Ansatz im Kartellrecht davon aus, dass die maßgeblichen Zurechnungsfragen bereits durch den EU-rechtlichen Emittentenbegriff beantwortet würden, der wie der kartellrechtliche Unternehmensbegriff funktional zu verstehen sei und alle Personen umfasse, „die mit einer von der Veröffentlichungspflicht umfassten Insiderinformation oder der tatsächlichen Veröffentlichung von Ad-hoc-Mitteilungen in Verbindung kommen und zu einer rechtzeitigen und zutreffenden Veröffentlichung beitragen können“.¹⁹⁶ Die Regeln des deutschen Rechts über die Zurechnung von Wissen und Verschulden seien hingegen nicht anwendbar. Die Wahl dieses Ansatzes erklärt sich allerdings daraus, dass *Hellgardt* davon ausgeht, dass der Schadensersatzanspruch EU-rechtlich vorgeschrieben sei und daher im Lichte der EU-rechtlichen Vorgaben interpretiert werden müsse.¹⁹⁷ Geht man hingegen mit der h.L. davon aus, dass sich das EU-Recht auf die Regelung der Ad-hoc-Publizitätspflicht als solcher beschränkt, die zivilrechtlichen Rechtsfolgen jedoch nicht regelt, sprechen die besseren Gründe dafür, dass der deutsche Gesetzgeber über die Entlastungsmöglichkeiten nach §§ 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 WpHG frei entscheiden durfte. Es könnten dann insoweit in der Tat die §§ 31, 831 BGB und die deutschen Grundsätze über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung angewendet werden. Allerdings ließe sich durchaus argumentieren, dass eine Anwendung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB dem Normzweck der §§ 97, 98 WpHG zuwiderliefe und daher unmittelbar aus diesen Normen heraus von einer weitergehenden Zurechnung im Sinne *Hellgardts* auszugehen ist. Nur würde sie eben nicht aus EU-rechtlichen Vorgaben folgen, sondern aus einer teleologischen Interpretation der Ad-hoc-Publizitätshaftung nach §§ 97, 98 WpHG.

Ähnlich wie im Kartellrecht ergibt sich also ein gemischtes Bild: Soweit die Haftungstatbestände der §§ 97, 98 WpHG durch Art. 17 MAR EU-rechtlich vorgeprägt sind, ist eine Anwendung nationaler Zurechnungsnormen durch den Vorrang des EU-Rechts ausgeschlossen und Zurechnungsfragen müssen unmittelbar aus der MAR heraus beantwortet werden. Soweit keine EU-rechtlichen Vorgaben bestehen, kann für die Frage, wessen Verschulden oder Wissen als Verschulden oder Wissen des Emittenten i. S. von §§ 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 WpHG gelten soll, auf nationales Recht abgestellt werden. Dafür kann man §§ 31, 831 BGB heranziehen; sachgerechter dürfte es jedoch sein, Zurechnungsfragen unmittelbar aus §§ 97, 98 WpHG heraus zu beantworten.

¹⁹⁵ *Bertus*, Emittentenhaftung, 2020, 110f.; *Ibrig*, ZHR 181 (2017), 381, 393f.; *Sajnovits*, WM 2016, 765, 769f.

¹⁹⁶ *ASM/Hellgardt*, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 109. Kritisch dazu *EBJS/Poelzig*, ⁴2020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 22 m. Fn. 55.

¹⁹⁷ *ASM/Hellgardt*, ⁷2019, § 97 WpHG Rn. 18ff., 23ff., 107ff.

5. Lauterkeitsrecht

Schließlich lässt sich auch für das Lauterkeitsrecht argumentieren, dass Zurechnungsfragen nicht mehr allein mit den Zurechnungsnormen des deutschen Rechts zu beantworten sind. Zwar wird bisher allgemein davon ausgegangen, dass für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs aus § 9 UWG ergänzend auf §§ 31, 831 BGB abgestellt werden kann¹⁹⁸ und zwar auch, wenn die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten als Unternehmenspflichten ausschließlich den Unternehmensträger adressieren.¹⁹⁹ Das UWG dient aber heute zu einem guten Teil der Umsetzung der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie).²⁰⁰ Die UGP-Richtlinie verbietet unlautere Geschäftspraktiken von Gewerbetreibenden gegenüber Verbrauchern.²⁰¹ Wie in den anderen EU-rechtlich überlagerten Rechtsgebieten spricht einiges dafür, dass die Richtlinie mit der Bestimmung des Haftungsadressaten auch Vorgaben für die Verhaltenszurechnung macht. Als Gewerbetreibender wird in Art. 2 lit. b der UGP-Richtlinie jede natürliche oder juristische Person definiert, „die im Geschäftsverkehr im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt“. Der EuGH geht davon aus, dass der Begriff des Gewerbetreibenden i. S. der UGP-Richtlinie genauso auszulegen ist wie der Begriff des „Unternehmers“ i. S. von Art. 2 Nr. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie²⁰² (im Englischen jeweils „trader“),²⁰³ der in Deutschland in § 14 BGB umgesetzt wurde. Dieser ist jedoch definiert als jede natürliche oder juristische Person, „die bei den von dieser Richtlinie erfassten Verträgen selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken tätig wird, die ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“.²⁰⁴ Der EuGH hatte im Fall *Crailsheimer* (2005) bereits zur Haustürwiderrufsrichtlinie²⁰⁵ sinngemäß entschieden, dass es für das Widerrufsrecht keinen Unterschied macht, ob der Unternehmer selbst oder durch einen Stellvertreter handelt.²⁰⁶ Daraus ist in der Literatur gefolgert worden, Gewerbetreibende müssten nach EU-Verbraucherrecht für Pflichtverletzungen ihrer Hilfs-

¹⁹⁸ BGH GRUR 2012, 1279, 1283, Rn. 42 f.; GRUR 1998, 167 ff.; KBF/Köhler, ⁴¹2023, § 9 UWG Rn. 1.5 ff.; OS/Obly, ⁸2023, § 9 UWG Rn. 14 f.; MünchKommUWG/Fritzsche, ³2022, § 9 UWG Rn. 56 ff.; HH/Goldmann, ⁵2021, § 9 UWG Rn. 96 ff.; FBO/Koos, ³2016, § 9 UWG Rn. 5; HK-UWG/Ebert-Weidenfeller, ³2016, § 9 UWG Rn. 20 f.

¹⁹⁹ Dazu schon oben → § 4 B II 3.

²⁰⁰ Richtlinie 2005/29/EG, ABl. EU L 149/22.

²⁰¹ Art. 2 lit. a, b und d, Art. 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 UGP-Richtlinie.

²⁰² Richtlinie 2011/83/EU, ABl. EU L 304/64.

²⁰³ EuGH, Urt. v. 4.10.2018, C-105/17, Rn. 29.

²⁰⁴ Herv. C.K.

²⁰⁵ Richtlinie 85/577/EWG, ABl. L 372/31.

²⁰⁶ EuGH, Urt. v. 25.10.2005, C-229/04, Rn. 41–45.

personen ohne Weiteres eintreten, insbesondere unabhängig von eigener Kenntnis oder eigenem Verschulden.²⁰⁷

Zwar geht es in der Verbraucherrechte-Richtlinie anders als in der UGP-Richtlinie ausschließlich um rechtsgeschäftliche Zusammenhänge, es scheint aber nicht ausgeschlossen, dass der EuGH auch für die UGP-Richtlinie zu dem Ergebnis kommen wird, dass der Gewerbetreibende für das Verhalten seiner Mitarbeiter strikt einzustehen hat. Dafür lässt sich wiederum anführen, dass der Gewerbetreibende in der UGP-Richtlinie als Akteur angesprochen wird, was nahelegt, dass hier mittelbar auf die Unternehmensangehörigen abgestellt wird, ohne dass zwischen Leitungspersonen und einfachen Mitarbeitern differenziert würde. Allerdings dürfte auch die UGP-Richtlinie nur die Verhaltenszurechnung regeln, also wessen Verhalten für die Zwecke der Richtlinie als Verhalten des Gewerbetreibenden zu gelten hat. Verschuldensfragen sind in der Richtlinie hingegen nicht angesprochen, weil sie es den Mitgliedstaaten überlässt, ob sie unlautere Geschäftspraktiken durch öffentliche und/oder private Rechtsdurchsetzung bekämpfen wollen.²⁰⁸ Ein Schadensersatzanspruch wie nach § 9 UWG wird nicht explizit vorgeschrieben. Für die Verschuldenszurechnung kann daher grundsätzlich auf §§ 31, 831 BGB zurückgegriffen werden. Allerdings lässt sich auch insofern die Frage aufwerfen, ob nicht die Anwendung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB dem Normzweck des § 9 UWG zuwiderläuft und deshalb besser unmittelbar aus § 9 UWG heraus über die Zurechnung entschieden werden sollte. Dafür lässt sich auch anführen, dass Art. 11 Abs. 1 der UGP-Richtlinie „geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken verlangt“ und es angesichts der verbraucherfreundlichen Rechtsprechung des EuGH nicht ausgeschlossen scheint, dass dieser die sachlich kaum zu rechtfertigende Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unter dem Aspekt der Wirksamkeit beanstanden würde.

III. BGB-Deliktsrecht

Die vergleichenden Betrachtungen zum englischen Unternehmenshaftungsrecht und zur Wissenszurechnung haben gezeigt, dass eine unmittelbar auf die jeweilige Haftungsnorm gestützte Zurechnung flexible Lösungen ermöglicht, die unter teleologischen Gesichtspunkten oftmals überzeugender sind als die Ergebnisse, die sich durch eine schematische Anwendung von Zurechnungsnormen erzielen lassen. Als Vorteil hat sich insbesondere erwiesen, dass der Kreis der möglichen Zurechnungsträger am Zweck des jeweiligen Haftungstatbestands ausgerichtet werden kann. Sodann hat sich ergeben, dass es Konstellationen

²⁰⁷ Vgl. MünchKommBGB/Micklitz, 92021, § 14 Rn. 15; Rott, FS Stauder, 2006, 405, 414 f.

²⁰⁸ Art. 11 der UGP-Richtlinie.

tionen gibt, in denen es aus normentheoretischen Gründen zwingend ist, über Zurechnungsfragen unmittelbar aus der jeweiligen Haftungsnorm heraus zu entscheiden, wie es vorstehend anhand von Beispielen aus dem wirtschaftsrechtlichen Sonderdeliktsrecht illustriert wurde, das mehr und mehr durch EU-rechtliche Vorgaben überlagert ist. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser Trend bei einer weiteren Harmonisierung des Deliktsrechts fortsetzen wird und nationale Zurechnungsnormen einschließlich der §§ 31, 831 BGB dadurch immer weiter an Bedeutung verlieren werden. Im Folgenden soll nun noch der Frage nachgegangen werden, ob es nicht auch im Übrigen im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung sinnvoll wäre, für die Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens unmittelbar auf die jeweiligen Haftungsnormen abzustellen. Eine Umgehung der §§ 31, 831 BGB läge darin nicht. Denn es hat sich oben²⁰⁹ gezeigt, dass es gerade mit Blick auf § 831 BGB einer gewissen Fantasie bedarf, um die Vorschrift überhaupt als Zurechnungsnorm ansehen zu können. Konzipiert wurden die §§ 31, 831 BGB nicht für die direkte, sondern für die indirekte Unternehmenshaftung, also die Haftung für fremde Delikte. Insoweit würden die Vorschriften auch in jedem Fall anwendbar bleiben; es geht vorliegend allein um die Frage, ob nicht bei der direkten Unternehmenshaftung auf ihre Heranziehung verzichtet werden sollte.

Dafür spricht in erster Linie, dass Zurechnung nur eine Hilfstechnik ist, die eine sachgerechte Anwendung der bezogenen Norm ermöglichen soll.²¹⁰ Es ist daher stets zu hinterfragen, ob die Anwendung der Zurechnungsnorm tatsächlich dem Zweck der bezogenen Norm dient oder nicht. Ergibt sich, dass der Normzweck der bezogenen Norm anders besser erreicht werden kann als durch die Anwendung der Zurechnungsnorm, hat diese ggf. außer Betracht zu bleiben. Maßgeblich bleibt immer eine methodengerechte Auslegung der bezogenen Norm, im Haftungsrecht also des jeweiligen Haftungstatbestands. In der Literatur wird zu Recht betont, dass Auslegung der Zurechnung logisch vorgeht.²¹¹ Wenn sich also dem Haftungstatbestand selbst entnehmen lässt, wessen Verhalten oder Verschulden für den Zweck der Anwendung dieser Norm als Verhalten oder Verschulden des Unternehmensträgers gelten soll, gibt es keinen Grund, daneben noch eine Zurechnungsnorm heranzuziehen. Dagegen mag man einwenden, dass dies bei den speziellen Haftungstatbeständen des wirtschaftsrechtlichen Sonderdeliktsrechts vielleicht noch möglich sei, dass es für die Generalklauseln des BGB-Deliktsrechts aber an Anhaltspunkten fehle, auf die sich eine haftungsnormbezogene Zurechnung stützen lasse. Daran ist richtig, dass in vielen Fällen ein gewisser Beurteilungsspielraum besteht, weil unterschiedliche Ansätze mit dem Normzweck vereinbar sein können. Allerdings

²⁰⁹ → C I 1, II 1.

²¹⁰ Bork, BGB AT, 42016, Rn. 1324.

²¹¹ Bork, BGB AT, 42016, Rn. 1330; Bork, ZGR 1994, 237, 241.

sind die deliktischen Generalklauseln und die aus ihnen abgeleiteten deliktischen Pflichten durch jahrzehntelange Rechtsprechung mittlerweile so weitgehend zu typischen Fallgruppen konkretisiert, dass es genügend Anknüpfungsmöglichkeiten für ein haftungsnormbezogenes Zurechnungsmodell gibt.

Ausgangspunkt sämtlicher diesbezüglicher Überlegungen muss die Frage sein, was es eigentlich bedeutet, wenn Gesetzgeber oder Gerichte deliktische Pflichten unmittelbar an Unternehmensträger adressieren. In der Literatur wird teilweise behauptet, die Pflichten richteten sich dann eigentlich an den jeweils intern zuständigen Organwalter.²¹² Bei vielen Pflichten ist das aber wenig plausibel – man denke nur an klassische Verkehrssicherungspflichten wie die Streupflicht, bei denen nicht nur die Vorstellung abwegig scheint, die Geschäftsleitung eines Großunternehmens müsse die Pflichten selbst erfüllen, sondern auch schon die Vorstellung, die Leitung müsse die ordnungsgemäße Erfüllung solcher Pflichten organisieren. Oftmals dürften selbst entsprechende Organisationspflichten einige Ebenen unterhalb der Leitung erfüllt werden, sodass diese mit den maßgeblichen Pflichten und ihrer Erfüllung gar nicht in Berührung kommt. Richtigerweise wird man nach dem Inhalt der jeweiligen Pflicht differenzieren müssen: Einige Unternehmenspflichten zielen mittelbar auf die Unternehmensleitung, andere zielen mittelbar auf einfache Mitarbeiter. Immer wird der Unternehmensträger adressiert, um von der Binnenorganisation des Unternehmens abstrahieren zu können: In einem Einpersonunternehmen mag die Erfüllung der Streupflicht Chefsache sein, in einem Großunternehmen mit tausenden Mitarbeitern ist sie es nicht. Bei der abstrakten Formulierung der Pflicht muss hierauf nicht geachtet werden, bei ihrer Anwendung im praktischen Fall ist jedoch ggf. zu individualisieren, von wem die Pflichterfüllung konkret zu erwarten war und wessen Verhalten und Verschulden daher zum Zwecke der Begründung einer direkten Unternehmenshaftung als Verhalten und Verschulden des Unternehmensträgers zu gelten hat. Das soll im Folgenden anhand von Beispielen weiter veranschaulicht werden. Dafür wird zunächst die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung näher betrachtet, sodann die Unternehmens-Vorsatzhaftung.

1. Fahrlässigkeitshaftung

Als Beispiel für Unternehmenspflichten, die tendenziell von der Unternehmensleitung zu erfüllen sind und deshalb dafür sprechen, dass dem Unternehmensträger hinsichtlich der Verletzung dieser Pflichten das Verhalten und Verschulden seiner Repräsentanten zuzurechnen ist (aber nicht unbedingt das Verhalten und Verschulden einfacher Gehilfen i. S. des § 831 BGB), lassen sich die Reaktionspflichten der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB nennen. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Warenhersteller

²¹² *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 189; *Hans J. Wolff*, Organschaft, Bd. I, 1933, 166f.

auch nach dem Inverkehrbringen des Produkts alles tun muss, was ihm nach den Umständen zumutbar ist, um Gefahren abzuwenden, die sein Produkt erzeugen kann.²¹³ Er muss das Produkt auf noch nicht bekannte Gefahren beobachten und ggf. vor der weiteren Verwendung des Produkts warnen, wobei Inhalt und Umfang der Warnpflicht vor allem von der Größe der Gefahr abhängig sind.²¹⁴ Erweist sich, dass eine Warnung nicht ausreicht, um die Gefahr zu beseitigen, kann der Hersteller aufgrund seiner Sicherungspflichten aus § 823 Abs. 1 BGB verpflichtet sein, dafür Sorge zu tragen, dass bereits ausgelieferte gefährliche Produkte möglichst effektiv aus dem Verkehr gezogen oder nicht mehr benutzt werden.²¹⁵ Schon angesichts der damit verbundenen Reputationsrisiken wird die Entscheidung über Warnungen und ggf. weitergehende Reaktionsmaßnahmen typischerweise der Unternehmensleitung obliegen. Wenn die Gerichte solche Reaktionspflichten formulieren, liegt daher nahe, dass sie dabei davon ausgehen, dass dem Unternehmensträger für die Zwecke der Haftungsbegründung zumindest das Verhalten und Verschulden seiner Repräsentanten zuzurechnen ist. Aus § 31 BGB (analog) würde sich zwar dasselbe Ergebnis ergeben, m. E. ist es jedoch in dieser Konstellation schlicht nicht nötig, auf diese Norm zurückzugreifen, weil sich bereits aus der logisch vorrangigen Auslegung der Haftungsnorm und den aus ihr abgeleiteten deliktischen Pflichten eindeutig ergibt, dass dem Unternehmensträger jedenfalls das Verhalten und Verschulden seiner Repräsentanten zuzurechnen ist. Denn ohne eine solche Zurechnung wäre es sinnlos, die Reaktionspflichten an den Unternehmensträger zu adressieren, der selbst nicht unbedingt handlungs- und verschuldensfähig ist. Schon aus der unmittelbaren Verpflichtung des Unternehmensträgers und dem Umstand, dass es sich um Pflichten handelt, die typischerweise von der Unternehmensleitung zu erfüllen sind, lässt sich also folgern, dass dem Unternehmensträger das Verhalten und Verschulden seiner Repräsentanten zuzurechnen ist. Das hat u. a. den Vorteil, dass eine solche Zurechnung auch zulasten eines Einzelunternehmers möglich ist, auf den § 31 BGB nach h. M. weder direkt noch analog angewendet werden kann.

Dies lässt sich mit Unternehmenspflichten kontrastieren, die typischerweise von einfachen Mitarbeitern erfüllt werden. Wenn z. B. Gerichte aus kommunalen Straßenreinigungssatzungen oder § 823 Abs. 1 BGB deliktische Reinigungs- und Streupflichten in Bezug auf öffentliche Straßen und Gehwege ableiten, deren Erfüllung den Eigentümern oder Nutzungsberechtigten der anliegenden Grundstücke obliegt und die deshalb auch Unternehmensträger unmittelbar

²¹³ BGHZ 179, 157, 160 = NJW 2009, 1080, 1081, Rn. 10; BGH VersR 1994, 1481, 1482; BGHZ 80, 199, 202 = NJW 1981, 1606, 1607; BGHZ 80, 186, 191 = NJW 1981, 1603, 1604; vgl. schon RGZ 163, 21, 26 (1940); RG DR 1940, 1293, 1294.

²¹⁴ BGHZ 80, 186, 191 f. = NJW 1981, 1603, 1604.

²¹⁵ BGHZ 179, 157, 161 = NJW 2009, 1080, 1081, Rn. 11; vgl. auch BGHSt 37, 106, 119 ff. = NJW 1990, 2560, 2562 ff.

treffen können, dann liegt nicht unbedingt auf der Hand, dass es für die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung nur auf Repräsentanten ankommen soll. Da solche Pflichten typischerweise von einfachen Mitarbeitern erfüllt werden, z. B. von Hausmeistern, liegt es näher, aus der unmittelbaren Verpflichtung des Unternehmensträgers in dieser Konstellation ein anderes Zurechnungsmodell abzuleiten. In der Regel wird man davon ausgehen können, dass der unmittelbaren Verpflichtung des Unternehmensträgers in solchen Fällen die Annahme zugrunde liegt, die Pflichten würden durch Gehilfen erfüllt werden, und dass deshalb dem Unternehmensträger für die Zwecke der Haftungsbegründung auch das Verhalten und Verschulden solcher Gehilfen zuzurechnen ist. Denn eine bloße Zurechnung des Verhaltens und Verschuldens von Repräsentanten müsste regelmäßig dazu führen, dass die Verletzung der Reinigungs- oder Streupflicht als Unternehmenspflicht folgenlos bleibt, weil sich nicht feststellen lässt, dass einem Repräsentanten insoweit ein Fehlverhalten anzulasten ist. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Gerichte deliktische Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten formulieren wollen, die sich regelmäßig als nutzlos erweisen. Bereits aus dem Normzweck des § 823 Abs. 1 BGB und den daraus abgeleiteten konkretisierten Unternehmenspflichten lässt sich daher folgern, dass in dieser Situation eine strikte Zurechnung des Verhaltens und Verschuldens derjenigen Personen geboten ist, die intern mit der Erfüllung der Reinigungs- oder Streupflicht betraut werden. Andernfalls, insbesondere wenn man § 831 als Zurechnungsnorm heranziehen und die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zulassen würde, bestünde die Gefahr, dass der Zweck der Reinigungs- oder Streupflicht als Unternehmenspflicht unterlaufen würde. Denn dieser liegt darin, der Unternehmensleitung und – vermittelt durch unternehmensinterne Weisungs- und Kontrollmechanismen – den Unternehmensangehörigen die nötigen Anreize zu setzen, damit sie die erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um eine Schädigung Dritter möglichst zu verhindern. Eine Entlastung würde jedoch dazu führen, dass der Unternehmensträger die Kosten einer etwaigen Pflichtverletzung nicht tragen müsste, sodass die Verhaltensanreize unzureichend wären.

2. Vorsatzhaftung

Wie oben²¹⁶ bereits dargestellt ist es auch im Bereich der Vorsatzhaftung möglich, dass die maßgeblichen deliktischen Pflichten als Unternehmenspflichten unmittelbar an den Unternehmensträger gerichtet sind und nicht an Unternehmensangehörige persönlich. Auch in diesem Zusammenhang wird es oft so sein, dass ein haftungsnormbezogener Zurechnungsansatz zu sachgerechteren Ergebnissen führt als eine schematische Anwendung von Zurechnungsnormen. Beispielhaft kann zunächst auf die betrügerische Anlageberatung verwiesen

²¹⁶ → § 4 B I 3.

werden. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Anlageberater, der vorsätzlich eine anleger- und objektwidrige Empfehlung abgibt und die Schädigung des um Rat fragenden Anlegers zumindest billigend in Kauf nimmt, dem Anleger wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung aus § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet ist.²¹⁷ Genau genommen handelt es sich bei der Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung in erster Linie um eine Pflicht der Bank oder des Finanzdienstleisters (vgl. auch § 64 Abs. 3 WpHG),²¹⁸ also des Unternehmensträgers, und nicht um eine persönliche Pflicht des Kundenberaters. Soweit die Haftung des Unternehmensträgers zu beurteilen ist, lässt sich die Haftung wegen betrügerischer Anlageberatung daher als direkte Unternehmenshaftung einordnen und es stellt sich die übliche Frage, wessen Verhalten und Verschulden für die Zwecke der Begründung der Unternehmenshaftung als Verhalten und Verschulden des Unternehmensträgers zu gelten hat. Zöge man § 831 BGB als Zurechnungsnorm heran, würde dies bedeuten, dass sich die Bank in Bezug auf das Fehlverhalten ihrer Kundenberater nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten könnte. Eine strikte Zurechnung der betrügerischen Anlageberatung durch den Kundenberater wäre nicht möglich und die Haftung der Bank ließe sich allenfalls noch über § 31 BGB begründen, wenn sich z. B. feststellen lässt, dass die Unternehmensleitung ein System etabliert hatte, dass darauf gerichtet war, den Kunden unter planmäßiger Falschberatung ihren Interessen und ihrer Risikobereitschaft nicht entsprechende risikobehaftete Anlagen zu empfehlen²¹⁹ oder dass die Unternehmensleitung in Kenntnis ihrer Verpflichtung zur Aufklärung es gleichwohl unterlassen hat, die Berater anzuweisen, die Kunden entsprechend aufzuklären (sog. vorsätzliches Organisationsverschulden).²²⁰ Dem Normzweck des § 826 BGB und dem Umstand, dass die maßgeblichen Pflichten unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert sind, wird man dadurch jedoch nicht völlig gerecht. Denn die aus der Pflichtenstellung des Unternehmensträgers folgenden Verhaltensanreize für die Unternehmensleitung und die sonstigen Unternehmensangehörigen werden durch die mögliche Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unterlaufen. Wie zuvor bei den Reinigungs- und Streupflichten scheint es daher sachgerechter, aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber und die Gerichte dem Unternehmensträger unmittelbar Beratungspflichten auferlegt haben, die typischerweise nicht von der Unternehmensleitung, sondern von Kundenberatern zu erfüllen sind, zu schließen, dass dem Unternehmensträger für die Zwecke der Begründung der Unternehmenshaftung jedenfalls auch das Verhalten und

²¹⁷ BGH BeckRS 2016, 14860, Rn. 10; BeckRS 2016, 14701, Rn. 10; BeckRS 2016, 14699, Rn. 9; BGHZ 175, 276 = NJW 2008, 1734, 1737, Rn. 29.

²¹⁸ Vgl. auch MünchKommBGB/Emmerich, 92022, § 311 Rn. 106ff.

²¹⁹ Vgl. BGH BeckRS 2016, 14699, Rn. 9; BeckRS 2015, 16521, Rn. 13.

²²⁰ Vgl. BGH NJW-RR 2015, 368, 369, Rn. 8; NJW-RR 2015, 365, 368, Rn. 42; NJW 2009, 2298f., Rn. 14; *Nobbe*, ZBB 2009, 93, 104; *Koller*, ZBB 2007, 197, 201.

Verschulden der Kundenberater zuzurechnen ist, die unternehmensintern für die Erfüllung der Beratungspflichten zuständig sind.

Anders als dies die bisherigen Beispiele nahelegen könnten, dient der haftungsnormbezogene Zurechnungsansatz jedoch nicht lediglich dazu, den Kreis der Zurechnungsträger im Vergleich zu einer Anwendung der §§ 31, 831 BGB als Zurechnungsnormen auszuweiten. Es geht vielmehr allgemein darum, die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung am Zweck der jeweiligen Haftungsnorm auszurichten, was auch zu einer Begrenzung der Zurechnung führen kann. Das lässt sich am Beispiel der Haftung für fehlerhafte Kreditauskünfte von Banken veranschaulichen. Bei der Pflicht, über die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Kunden sowie seine Kreditwürdigkeit und Zahlungsfähigkeit nur zutreffende Auskünfte zu erteilen, handelt es sich wieder um eine Pflicht, die unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert ist und nicht an einzelne Unternehmensangehörige.²²¹ Allerdings liegt es hier nahe, den Kreis der möglichen Zurechnungsträger relativ eng zu umgrenzen und den Unternehmensträger nur für vorsätzlich falsche Auskünfte durch Zweigstellenleiter und andere Führungskräfte haften zu lassen, die intern für die Erteilung solcher Auskünfte zuständig sind. Denn schon wegen der Sensibilität kundenbezogener Daten, der Nähe zum Bankgeheimnis und der drohenden Vermögensschäden ist typischerweise nur ein kleiner Kreis von Mitarbeitern in hervorgehobener Stellung befugt, Kreditauskünfte im Namen der Bank zu erteilen und daher dürften in der Regel auch nur solche Auskünfte ein berechtigtes Vertrauen des Rechtsverkehrs auf sich ziehen. Erteilt ein einfacher Sachbearbeiter vorsätzlich eine falsche Kreditauskunft, obwohl er nach der internen Zuständigkeitsordnung nicht berechtigt ist, überhaupt Auskünfte über die wirtschaftlichen Verhältnisse von Kunden zu geben, wäre die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung zum Unternehmensträger hingegen zu verneinen, weil es nach dem Zweck der Unternehmenshaftung nach § 826 BGB nicht geboten erscheint, das Verhalten und Verschulden des Mitarbeiters als eigenes Verhalten und Verschulden der Bank anzusehen. Eine direkte Unternehmenshaftung nach § 826 BGB wäre abzulehnen und es käme allenfalls noch eine indirekte Unternehmenshaftung nach §§ 831, 826 BGB in Betracht, wenn der Mitarbeiter persönlich aus § 826 BGB haftet und sich die Bank als Geschäftsherrin nicht gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlastet.

²²¹ Vgl. auch Nr. 2 Abs. 2–4 der AGB-Banken (September 2021).

E. Fazit und Ausblick

Wird eine Unternehmenspflicht durch einen einzelnen Unternehmensangehörigen verletzt, kann sich die Frage stellen, ob das Verhalten und Verschulden des Unternehmensangehörigen rechtlich als eigenes Verhalten und Verschulden des Unternehmensträgers gewertet werden kann, ob diesem also die schuldhaftige Pflichtverletzung durch den Unternehmensangehörigen zuzurechnen ist. Die Analyse der bisher in Rechtsprechung und Literatur herangezogenen Ansätze hat ergeben, dass sich die Zurechnungsprobleme der direkten Unternehmenshaftung damit nicht befriedigend lösen lassen. Das gilt zunächst für die Organtheorie, die zwar auf eine lange Tradition zurückblicken kann und überall in Europa als Mindeststandard für die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung zugunsten und zulasten juristischer Personen akzeptiert zu sein scheint, die jedoch den Kreis der möglichen Zurechnungsträger zu stark begrenzt. Das spricht nicht dagegen, die Organtheorie anzuwenden, wenn tatsächlich ein Organwalter gehandelt hat; haftungsrechtlich besteht jedoch ein Bedürfnis, eine Zurechnung auch über den Anwendungsbereich der Organtheorie hinaus zu ermöglichen. Das zeigt sich nicht zuletzt daran, dass sich Zurechnungsfragen auch stellen, wenn Unternehmensträger keine Gesellschaft, sondern ein Einzelunternehmer ist – die Organtheorie kann hier jedoch von vornherein nicht zur Anwendung kommen. Ähnlich ist auch die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung mithilfe von § 31 BGB zu bewerten. Sie funktioniert gut, wenn tatsächlich ein satzungsmäßig bestellter Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB gehandelt hat oder zumindest ein Repräsentant, auf den § 31 BGB nach h.M. analog angewendet werden kann. Zöge man jedoch nur § 31 BGB als Zurechnungsnorm heran, würden im Recht der direkten Unternehmenshaftung erhebliche Haftungslücken bestehen. Denn Unternehmenspflichten werden oft nicht von Repräsentanten, sondern von einfachen Mitarbeitern verletzt – die klassischen Verkehrsicherungspflichten sind das anschaulichste Beispiel – und deren Verhalten und Verschulden lässt sich mithilfe von § 31 BGB dem Unternehmensträger nicht zurechnen. Es müsste also zusätzlich zur Pflichtverletzung des Mitarbeiters immer eine weitere (Organisations-)Pflichtverletzung eines Repräsentanten festgestellt werden. Außerdem gilt auch für § 31 BGB, dass er nur auf Gesellschaften als Unternehmensträger anwendbar ist, nicht hingegen auf Einzelunternehmer.

§ 831 BGB kann grundsätzlich wie § 31 BGB auch in einer Zweitfunktion als Zurechnungsnorm herangezogen werden, allerdings führt dies im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung ebenfalls nicht zu befriedigenden Ergebnissen. Die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, die schon im klassischen Anwendungsbereich des § 831 BGB rechtspolitisch verfehlt ist, führt zu noch größeren Schwierigkeiten, wenn § 831 BGB als Zurechnungsnorm im

Rahmen der direkten Unternehmenshaftung herangezogen wird. Das liegt vor allem daran, dass die maßgeblichen deliktischen Pflichten oftmals nur an den Unternehmensträger gerichtet sind, sodass der Gehilfe persönlich nicht haftet und daher auch keine Freistellungsansprüche gegen den Unternehmensträger geltend macht. Anders als bei der klassischen Geschäftsherrnhaftung kann der Schaden daher auch nicht über den Umweg des innerbetrieblichen Schadensausgleichs bei dem Unternehmensträger internalisiert werden. Der Geschädigte kann seinen Anspruch nicht gegen den Gehilfen geltend machen und bleibt auf den Schadenskosten sitzen, obwohl feststeht, dass der Schaden auf der Verletzung einer Unternehmenspflicht beruht. Mithilfe von § 278 BGB lassen sich diese Probleme nicht lösen, weil dessen Anwendung auf die Erfüllung deliktischer Pflichten dogmatisch nicht überzeugend begründbar ist.

Angesichts dieser unbefriedigenden Lage wurde hier vorgeschlagen, über die Zurechnung unmittelbar aus den jeweiligen Haftungstatbeständen heraus zu entscheiden. Inspirationen dafür wurden im englischen Deliktsrecht und im deutschen Recht der Wissenszurechnung gefunden, wo die Maßgeblichkeit der Haftungs- bzw. Wissensnorm bereits weitgehend anerkannt ist. Weiterhin hat sich gezeigt, dass die haftungsnormbezogene Zurechnung in Teilen des wirtschaftsrechtlichen Sonderdeliktsrechts bereits zwingend ist, weil die Haftungsnormen hier mitunter dem EU-Recht entstammen oder durch EU-rechtliche Vorgaben überlagert werden und deshalb nationale Zurechnungskonzepte nur zur Anwendung kommen können, soweit Zurechnungsfragen nicht schon durch die normenhierarchisch vorrangige Haftungsnorm beantwortet werden. Letzteres ist aber vielfach der Fall, wie insbesondere die Überlegungen zum Datenschutzrecht, zum Kartellrecht und zur Ad-hoc-Publizitätshaftung gezeigt haben. In Anbetracht der zu erwartenden weiteren Harmonisierung des Unternehmenshaftungsrechts ist davon auszugehen, dass nationale Zurechnungsnormen in diesem Kontext künftig weiter an Bedeutung verlieren werden. Auch wegen dieses Trends, vor allem aber wegen der überzeugenderen Ergebnisse, die sich damit erzielen lassen, wurde anschließend dafür plädiert, das haftungsnormbezogene Zurechnungskonzept auch für die direkte Unternehmenshaftung auf Grundlage des BGB-Deliktsrechts heranzuziehen. Dafür wurde vor allem angeführt, dass so der Kreis der Zurechnungsträger am Zweck der jeweiligen Haftungsnorm ausgerichtet werden kann, wodurch sich die Probleme der Anwendung der §§ 31, 831 BGB vermeiden lassen. Für die Konkretisierung ist darauf abzustellen, warum Gesetzgeber und Gerichte die maßgeblichen deliktischen Pflichten unmittelbar an den Unternehmensträger adressieren und von wem die Erfüllung der jeweiligen Pflichten typischerweise erwartet werden kann. Dafür kann sowohl bei der Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung als auch bei der Unternehmens-Vorsatzhaftung nach Fallgruppen differenziert werden, was anhand von Beispielen veranschaulicht wurde.

§ 6 Organisationsrisiken

Mithilfe der in § 5 behandelten Zurechnungstechnik kann einem Rechtssubjekt die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen durch ein anderes Rechtssubjekt zugerechnet werden: Der Unternehmensträger wird z. B. rechtlich behandelt, als habe er selbst schuldhaft gehandelt, weil er sich das schuldhafte Verhalten eines Repräsentanten i. S. des § 31 BGB zurechnen lassen muss. Zurechnung in diesem Sinne knüpft also z. B. an individuelles Verhalten, Wissen oder Verschulden an und ist daher auf Haftungsfälle zugeschnitten, in denen sich die Schadensursache eindeutig einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lässt. Zur Begründung einer direkten Unternehmenshaftung eignet sich die Zurechnungstechnik somit vor allem, wenn sich feststellen lässt, dass ein einzelner Unternehmensangehöriger schuldhaft eine Pflicht des Unternehmensträgers verletzt hat. Was aber, wenn sich die Fehlerquelle nicht eindeutig einem einzelnen Mitarbeiter zuordnen lässt, sondern organisationsspezifische Faktoren wie Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung usw. bei der Herbeiführung des Schadens eine Rolle gespielt haben? Man denke etwa an einen Konstruktionsfehler i. S. der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, der auf unterschiedliche Team- und Leitungsentscheidungen im Laufe eines mehrjährigen Entwicklungsprozesses zurückzuführen ist. Wie lassen sich solche Organisationsrisiken sachgerecht dem Unternehmensträger zuordnen? In der Literatur sind immer wieder Versuche unternommen worden, die Haftung juristischer Personen und anderer Unternehmens- und Organisationsträger unabhängig von einer Individualzurechnung zu begründen. Auch in der Rechtsprechung finden sich Ansätze zu einer „Entindividualisierung“ der Unternehmenshaftung, wobei hier vor allem beweisrechtliche Lösungen vertreten werden. Die Würdigung der verschiedenen diesbezüglichen Konzepte und ihre Verortung im System der Unternehmenshaftung sind Gegenstand dieses Kapitels.

Eine direkte Unternehmenshaftung, die ohne Zurechnung individuellen Verhaltens oder Verschuldens auskommt, wurde in § 3 bereits als *echte* Unternehmenshaftung charakterisiert,¹ womit betont werden sollte, dass für die Begründung der Haftung nur auf das Unternehmen bzw. den Unternehmensträger selbst abgestellt wird, nicht auf einzelne Unternehmensangehörige. Damit soll nicht geleugnet werden, dass letztlich jede unternehmerische Aktivität auf

¹ → § 3 A II 2.

Handlungen und Entscheidungen unternehmensangehöriger natürlicher Personen zurückzuführen ist. Richtig verstanden geht es bei der echten Unternehmenshaftung nicht darum, die deliktische Haftung nicht menschlicher Unternehmensträger unabhängig von menschlichem Verhalten und Verschulden zu begründen, sondern darum, für die Haftungsbegründung nicht auf *individuelles* Verhalten oder Verschulden abzustellen, sondern auf das „Gesamt-Verhalten“ oder „Gesamt-Verschulden“ mehrerer Unternehmensangehöriger, die vielleicht im Einzelnen gar nicht bekannt sind. Ob das möglich ist, hängt vor allem davon ab, ob sich typischerweise auf Menschen bezogene Tatbestandsmerkmale wie „Handlung“, „Wissen“, „Vorsatz“ oder „Fahrlässigkeit“ auch auf Unternehmen beziehen lassen. Bevor darauf in Teil C ausführlicher eingegangen wird, sollen jedoch zunächst noch zwei Ansätze dargestellt und analysiert werden, die gewissermaßen den umgekehrten Weg gehen, indem sie versuchen, die direkte Unternehmenshaftung weitgehend unabhängig von individualistischen Tatbestandsmerkmalen zu begründen oder zumindest die praktische Bedeutung dieser Merkmale im Anwendungsbereich der Unternehmenshaftung zu verringern. Insoweit stellt sich vor allem die Frage, ob und ggf. inwieweit dabei Konflikte mit den jeweiligen gesetzlichen Regelungen drohen, welche die individualistischen Merkmale enthalten.

A. Garantiehftung

In der Literatur ist mitunter versucht worden, die Haftung juristischer Personen und sonstiger nicht menschlicher Unternehmensträger wegen der Verletzung eigener (Unternehmens-)Pflichten als Haftung für „objektive Pflichtwidrigkeit“ zu konzipieren. Damit ist hier gemeint, dass auf die Pflichtverletzung als solche abgestellt wird, unabhängig davon, wer die Pflicht verletzt hat und wie sie verletzt wurde. Wenn also z.B. eine GmbH als Grundstückseigentümerin verpflichtet wäre, den Gehweg vor ihrem Grundstück von Eis und Schnee freizuräumen, dies jedoch nicht passiert und deshalb ein Passant stürzt und sich verletzt, dann würden diese Ansätze für die Unternehmenshaftung genügen lassen, dass der Zustand des Gehwegs objektiv pflichtwidrig war. Ähnlich wie bei einer vertraglichen Garantiehftung müsste der Unternehmensträger also für jede Pflichtwidrigkeit einstehen; die unbedingte Einstandspflicht für einen bestimmten Erfolg würde jedoch nicht auf freiwilliger Übernahme beruhen, sondern wäre dem Unternehmensträger durch das Gesetz auferlegt. Die h.M. hält dies für unvereinbar mit dem Verschuldensprinzip und verlangt zusätzlich eine „subjektive Pflichtwidrigkeit“ bzw. im Rahmen der Fahrlässigkeit einen Verstoß gegen die „innere Sorgfalt“. Die wahren Probleme der Garantieansätze liegen jedoch anderswo, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

I. Modelle

Aus den zahlreichen in der Literatur vertretenen Ansätzen, die sich oft nur in Nuancen unterscheiden, sollen im Folgenden zwei herausgegriffen werden, die sich für die weitere Diskussion in diesem Kapitel als besonders hilfreich erweisen werden. Den Anfang macht die Idee, aus dem Deliktsrecht ergäben sich mitunter Pflichten, die „nicht haftungsbefreiend delegierbar“ seien, womit man meint, dass zwar die Erfüllung der deliktischen Pflicht auf eine andere Person übertragen werden kann, dass jedoch die Haftung stets bei dem ursprünglichen Pflichtenträger verbleibt. Der Topos von den nicht haftungsbefreiend delegierbaren deliktischen Pflichten ist in der Literatur häufig anzutreffen, wurde auch von den Gerichten schon aufgegriffen und lässt sich auch in ausländischen Rechtsordnungen nachzeichnen. Was genau sich dahinter verbirgt, insbesondere in dogmatischer Hinsicht, liegt jedoch weitgehend im Dunkeln. Als zweites Modell soll im Folgenden *von Bars* Vorschlag einer „verhaltenslosen Zustandszurechnung“ gewürdigt werden, der in der Literatur nahezu einhellig auf Ablehnung gestoßen ist – wie sich zeigen wird allerdings zu Unrecht bzw. aus den falschen, dem Konzept nicht gerecht werdenden Gründen.

1. Nicht delegierbare Pflichten

Macht man sich klar, dass Ausgangspunkt der direkten Unternehmenshaftung die unmittelbare Verpflichtung des Unternehmensträgers ist,² liegt es nahe, für die Begründung der Haftung daran anzuknüpfen, dass die Pflicht verletzt bzw. nicht erfüllt worden ist. Allerdings geht die Rechtsprechung davon aus, dass sich deliktische Pflichten verändern, wenn jemand anderes mit ihrer Erfüllung beauftragt wird, was in unternehmerischen Zusammenhängen fast immer der Fall ist. Die Einordnung einer Pflicht als „nicht haftungsbefreiend delegierbar“ soll vor diesem Hintergrund eine Verwässerung der ursprünglichen Pflichtstellung verhindern. Der Unternehmensträger soll auch im Falle einer Delegation für die Verletzung der ursprünglich ihm obliegenden Pflicht verantwortlich gehalten werden, unabhängig davon, ob die Delegation als solche und/oder die Auswahl oder Überwachung des Übernehmenden ihrerseits pflichtwidrig waren. Diesbezügliche Ansätze finden sich sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur. Umstritten ist vor allem, welche Pflichten als nicht haftungsbefreiend delegierbar eingestuft werden können und ob eine auf diese Weise hergeleitete objektive Pflichtverletzung „des Unternehmensträgers“ für sich genommen ausreicht, um eine Haftung zu begründen, oder ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen (z. B. subjektive Pflichtwidrigkeit). Im Mittel-

² Dazu bereits oben → § 3 A II 1, § 4 B.

punkt der folgenden Betrachtungen steht die *unternehmensinterne* Delegation, nicht die Delegation an andere selbstständige Unternehmen.³

a) Rechtsprechung

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Verkehrspflichten grundsätzlich an andere Rechtssubjekte „delegiert“ werden können, was vor allem zur Folge hat, dass der Übernehmende deliktisch für die Gefahrbeherrschung (mit-)verantwortlich wird.⁴ Der ursprüngliche Pflichtenträger wird durch die Delegation nicht völlig von der deliktischen Verantwortung entlastet, jedoch treffen ihn statt der ursprünglichen Verkehrspflicht nur noch Überwachungs-, Kontroll- und Hinweispflichten.⁵ Der ursprüngliche Pflichtenträger muss also die Pflichterfüllung durch den Übernehmenden beaufsichtigen und haftet ggf. neben dem Übernehmenden auf Schadensersatz, wenn er seiner Aufsichtspflicht nicht gerecht wird. Die Haftung gründet sich dann aber auf die Verletzung der Aufsichtspflicht durch den ursprünglichen Pflichtenträger, nicht auf die Verletzung der Verkehrspflicht durch den Übernehmenden. Auch die unternehmensinterne „Delegation“ der Erfüllung von Verkehrspflichten kann nach der Rechtsprechung dazu führen, dass sich die Pflichten verändern. Lässt ein Unternehmensträger seine Verkehrspflichten (wie so oft) durch einen Verrichtungsgehilfen i. S. des § 831 BGB erfüllen, sollen ihn selbst als Geschäftsherrn vor allem die aus dieser Vorschrift abgeleiteten Auswahl- und Überwachungspflichten treffen. Verletzt der Gehilfe die Verkehrspflicht, haftet der Unternehmensträger nur, wenn er nicht nachweisen kann, dass er selbst bzw. seine Repräsentanten i. S. von § 31 BGB den Gehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht haben. Dies wurde oben⁶ im Zusammenhang mit der Anwendung des § 831 BGB als Zurechnungsnorm bereits dargestellt.

Schon das Reichsgericht hat aber betont, dass den Geschäftsherrn neben den Auswahl- und Überwachungspflichten nach § 831 BGB stets eine „allgemeine Aufsichtspflicht“ bzw. Pflicht zur „Oberaufsicht“ trifft, die er persönlich bzw. durch seine Repräsentanten zu erfüllen hat.⁷ Diese Pflicht wurde zunächst in § 831 BGB verortet, jedoch wenig später nach § 823 Abs. 1 BGB verlagert.⁸ Sie lässt sich heute als Unternehmensorganisationspflicht einordnen und ist nach

³ Dazu z. B. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 521 ff.; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5a–c, S. 418 ff.; Ulmer, JZ 1969, 163 ff.

⁴ BGH NJW 2017, 2905, 2906, Rn. 9; NJW 2006, 3628, 3629, Rn. 11; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5b, S. 419.

⁵ BGH NJW 2017, 2905, 2906, Rn. 9; NJW 2006, 3628, 3629, Rn. 11; BGHZ 142, 227, 233 = NJW 1999, 3633; NJW 1985, 484; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 5c, S. 419 ff.

⁶ → § 5 C II.

⁷ RGZ 113, 293, 296 f. (1926); RGZ 95, 180, 185 (1919); RGZ 89, 136, 137 f. (1916); RGZ 87, 1, 4 (1915); RG Warn 1914 Nr. 35, S. 51 f.; RGZ 78, 107, 109 (1911).

⁸ Vgl. dazu ausf. Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, 37 ff.

der Konzeption der Rechtsprechung nicht haftungsbefreiend delegierbar:⁹ Das Reichsgericht schrieb schon in der Brunnensalz-Entscheidung, der allgemeinen Oberaufsicht könne sich der Geschäftsherr „niemals ent schlagen“ und er könne sie „auch den sorgfältig ausgewählten Aufsichtsbeamten nicht selbständig überlassen“.¹⁰ Kurz zuvor hatte das Gericht in einer anderen Entscheidung einen der Grundsteine für die Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsmangel gelegt,¹¹ indem es formulierte, die Pflicht zur allgemeinen Kontrolle der Organisation müsse „letzten Endes immer einem [...] verfassungsmäßigen Vertreter obliegen“.¹² Noch deutlicher wurde das Reichsgericht einige Jahre später, als es um die Delegation der Erfüllung einer Streupflicht ging. Es rügte zwar, dass das Berufungsgericht § 278 BGB angewendet hatte, um der beklagten Unternehmensinhaberin das Verschulden ihres Prokuristen zuzurechnen,¹³ stützte die Haftung sodann aber auf eine Verletzung der allgemeinen Aufsichts- und Organisationspflicht, obwohl gerade deren Erfüllung an den Prokuristen delegiert worden war: „Dieser allgemeinen Aufsichtspflicht kann sich der Geschäftsherr nicht dadurch völlig ent schlagen, daß er sie auf einen, wenn auch sorgfältig ausgewählten Angestellten oder Betriebsleiter überträgt. Tut er dies [...] so trifft ihn der Vorwurf eines eigenen Verschuldens im Sinne des § 823 mit § 276 BGB“.¹⁴ Hier wird deutlich, dass zwar die Erfüllung der allgemeinen Aufsichts- und Organisationspflicht auf eine Hilfsperson übertragen werden kann, dass sich diese Pflicht durch die Delegation jedoch nicht weiter verengt und dass jede Verletzung der übertragenen Pflicht durch die Hilfsperson somit automatisch dazu führt, dass auch die inhaltsgleiche Pflicht des ursprünglich verpflichteten Unternehmensträgers verletzt wird.

Das Beispiel zeigt auch, dass das Konzept nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten in funktionaler Hinsicht den in § 5 diskutierten Zurechnungsansätzen ähneln kann:¹⁵ Es macht für das Ergebnis keinen Unterschied, ob man der Unternehmensinhaberin die Pflichtverletzung durch den Prokuristen zurechnet oder ob man annimmt, sie habe die Pflicht selbst durch schlichte Nichterfüllung verletzt – eine objektive Pflichtverletzung lässt sich so oder so bejahen. Der Pflichtenansatz betont allerdings stärker, dass Haftungsgrund die Verletzung einer eigenen Pflicht ist und nicht das Verhalten einer anderen Person. Dafür ist der Zurechnungsansatz im Vorteil, wenn man neben der objektiven Pflichtwidrigkeit auch noch ein Verschulden i. e. S. verlangt.¹⁶

⁹ Vgl. auch *Landwehr*, AcP 164 (1964), 482, 486.

¹⁰ RGZ 87, 1, 4 (1915). Vgl. auch schon RGZ 78, 107, 109 (1911).

¹¹ Dazu schon ausf. oben → § 1 B V.

¹² RG Warn 1914 Nr. 35, S. 52.

¹³ Dazu oben → § 5 C III.

¹⁴ RGZ 113, 293, 297 (1926). Vgl. auch noch RG JW 1931, 2236, 2237.

¹⁵ Vgl. dazu *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 300; *Steffen*, ZVersWiss 1993, 13, 27f.

¹⁶ Dazu ausf. unten → § 8 A IV.

Der BGH hat den Ansatz des Reichsgerichts zur Nichtdelegierbarkeit der allgemeinen Aufsichtspflicht übernommen und unter Bezugnahme auf die Brunnensalz-Entscheidung betont, auch einem sorgfältig ausgewählten leitenden Angestellten könne ein Unternehmer die allgemeine Oberaufsicht nicht mit der Folge überlassen, „daß er sich selbst einer Haftung entzieht“.¹⁷ Heute wäre in jenem Zusammenhang ferner zu beachten, dass für leitende Angestellte ohnehin recht umfassend nach § 31 BGB haftet wird. In Bezug auf Einzelunternehmer als Unternehmensträger, zu deren Lasten nach h.M. keine Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB (analog) in Betracht kommt, hat der BGH entschieden, dass ein Entlastungsvorbringen, „das darauf hinausläuft, die gesamte Betriebsführung sei einem zuverlässigen Geschäftsführer überlassen“, „von vornherein unzureichend“ ist.¹⁸ Ein Einzelunternehmer kann einer deliktischen Haftung also nicht dadurch entgehen, dass er seinen Betrieb durch einen Beauftragten führen lässt. In der Literatur wird verbreitet davon ausgegangen, dass sämtliche Unternehmensorganisationspflichten nicht haftungsbefreiend delegierbar seien,¹⁹ sodass immer eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB begründet sein soll, wenn eine Überwachungs- oder Organisationspflicht schuldhaft verletzt wird und es dadurch zu einer Rechtsgutverletzung kommt.

Es gibt noch eine weitere Pflicht, für die sich der Eindruck aufdrängt, die Rechtsprechung habe sie als unternehmensintern nicht haftungsbefreiend delegierbar eingestuft, allerdings spielt hier die Beweislast eine bedeutende Rolle. Gemäß § 836 Abs. 1 S. 1 BGB haften Grundstücksbesitzer auf Schadensersatz, wenn durch den Einsturz eines Gebäudes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes ein Mensch verletzt oder eine Sache beschädigt wird, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist. Nach § 836 Abs. 1 S. 2 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Es handelt sich um einen speziellen Fall einer Haftung wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht. Anders als sonst bei Verkehrspflichtverletzungen soll hier jedoch § 831 BGB nicht zur Anwendung kommen, wenn die Instandhaltungspflicht durch einen Verrichtungsgehilfen verletzt wurde.²⁰ Die entsprechende Rechtsprechungslinie geht auf ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1913 zurück, in welchem die Haftung einer juristischen Person zu beurteilen war. Das Gericht erklärte, auch eine juristische Person als Grundstücksbesitzerin habe dafür einzustehen, „daß die

¹⁷ BGH NJW 1968, 247, 248.

¹⁸ BGH VersR 1964, 297. Vgl. auch RG JW 1938, 1651 f.

¹⁹ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 109; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, ²2011, 698 f.; Hassold, JuS 1982, 583, 584 f.; v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 255.

²⁰ RG HRR 1935 Nr. 1515; OLG Hamburg HRR 1928 Nr. 1978; RG JW 1913, 867, 868; Staudinger/Bernau, 2022, § 836 Rn. 133; NK-BGB/Katzenmeier, ⁴2021, § 836 Rn. 2; RGRK/Kreft, ¹²1989, § 836 Rn. 47.

zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln getroffen werden“ und hielt es für unerheblich, „ob die Sorgfalt von einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter oder einem Angestellten im Sinne des § 831 BGB versäumt worden ist“.²¹ Das bedeutet, dass Unternehmensträger nach § 836 BGB letztlich für jede Pflichtverletzung durch einen Unternehmensangehörigen haften. Denn eine Entlastung nach § 836 Abs. 1 S. 2 BGB kommt nur in Betracht, wenn die Sorgfaltspflicht tatsächlich erfüllt worden ist.

b) Literatur

In der Literatur wird teilweise gefordert, über die von der Rechtsprechung anerkannten Fälle nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten deutlich hinauszugehen und generell anzuerkennen, dass Unternehmenspflichten unternehmensintern nicht haftungsbefreiend delegiert werden können.²² Die Folge wäre, dass *jede* Verletzung einer Unternehmenspflicht durch einen Unternehmensangehörigen dazu führen würde, dass für die Zwecke der Begründung einer direkten Unternehmenshaftung von einer objektiven Pflichtverletzung des Unternehmensträgers auszugehen ist. Denn die Delegation würde nicht mehr bewirken, dass die ursprüngliche Pflicht des Unternehmensträgers durch Auswahl- und Überwachungspflichten i.S. des § 831 BGB ersetzt wird und angesichts der Verletzung dieser Pflicht durch den Unternehmensangehörigen stünde fest, dass die Pflicht des Unternehmensträgers objektiv verletzt ist. In funktionaler Hinsicht wäre dieser Ansatz äquivalent zu der in § 5 abgelehnten Anwendung des § 278 BGB auf die Erfüllung von Unternehmenspflichten. Denn der Unternehmensträger müsste im Ergebnis für jede Pflichtverletzung der Personen einstehen, die mit der Erfüllung der Pflicht betraut werden. Insbesondere würde es für die Unternehmenshaftung keinen Unterschied machen, ob die Pflicht an einen Repräsentanten i.S. des § 31 BGB oder einen Verrichtungsgehilfen i.S. des § 831 BGB delegiert wird – eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB käme nicht in Betracht, weil der Unternehmensträger wegen der objektiven Verletzung seiner eigenen Pflicht unmittelbar aus dem jeweiligen Haftungstatbestand haften würde, also z. B. aus § 823 Abs. 1 BGB.

Ein früher Vorstoß in diese Richtung stammt von *Vollmer*, der die Rechtsprechung zur Delegierbarkeit von Verkehrssicherungspflichten u. a. mit dem Argument kritisierte, das Ziel einer gerechten Haftungszurechnung drohe verfehlt zu werden, wenn der Verkehrspflichtige die Pflichterfüllung haftungsentlastend auf einen finanziell weniger leistungsfähigen Übernehmer delegieren und/

²¹ RG JW 1913, 867, 868.

²² Soergel/*Krause*,¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 69; *Brüggemeier*, DeliktsR, 1986, Rn. 129, 134; *v. Bar*, VersR 1981, 760; *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 269ff.; *Vollmer*, JZ 1977, 371, 372ff. Im Ergebnis ähnlich *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 32 Rn. 2.

oder sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB von der Haftung befreien könne.²³ In dogmatischer Hinsicht bemühte sich *Vollmer* darum, die Verkehrssicherungspflichten als Erfolgseinstandspflichten zu charakterisieren und in Anlehnung an die Gefährdungshaftung auch für die Verkehrspflichthaftung ein Prinzip der „Haftungskanalisation“ herzuleiten, nach welchem der Verkehrspflichtige unter bestimmten, von *Vollmer* näher definierten Voraussetzungen auch im Falle der Delegation unbedingt haftpflichtig geblieben wäre.²⁴ *Von Bar* sprach sich wenig später sogar dafür aus, *sämtliche* Verkehrs(sicherungs)plichten als nicht haftungsbefreiend delegierbar anzusehen und begründete dies dogmatisch u. a. damit, dass dem ursprünglichen Pflichtenträger die Pflicht durch das objektive Recht auferlegt sei und dass man ihm als Privatperson nicht die Macht in die Hand geben könne, durch die Delegation der Pflicht eine objektive Rechtsnorm inhaltlich zu verändern.²⁵ Eine Schuldnersubstitution sei bei gesetzlichen Pflichten „nicht angängig“.²⁶ Für die Verletzung seiner eigenen Verkehrssicherungspflichten würde ein Unternehmensträger danach stets aus § 823 Abs. 1 BGB haften, selbst wenn der handelnde Verrichtungsgehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht worden wäre: „Der Exkulpationsbeweis des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB sollte nicht nur praktisch, sondern auch theoretisch auf dem Gebiet der Haftung für Verkehrspflichtwidrigkeit keine Rolle mehr spielen.“²⁷ Auch *Brüggemeier* hat kritisiert, dass die Rechtsprechung am Grundsatz der haftungsentlastenden Delegierbarkeit festhalte, gleichzeitig aber bemüht sei, u. a. durch übermäßig strenge Anforderungen an Aufsicht und Organisation doch zu einer Haftung zu kommen. Es sei an der Zeit, auf „unproduktive dogmatische Umwege zu verzichten und richterrechtlich klarzustellen, daß die deliktischen Verhaltenspflichten grundsätzlich nicht haftungsbefreiend auf abhängige Gehilfen (Arbeitnehmer) delegierbar sind“.²⁸

Diese Modelle unterscheiden sich von den in § 5 diskutierten Zurechnungsansätzen dadurch, dass sie nicht darauf angelegt sind, dem Unternehmensträger die schuldhafte Pflichtverletzung durch einen Unternehmensangehörigen als eigene zuzurechnen. Sie zielen vielmehr darauf ab, die Haftung des Unternehmensträgers unmittelbar aus der Verletzung seiner eigenen Pflicht abzuleiten. Der Unternehmensträger wird als Garant für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht angesehen und soll daher bei jeder Pflichtverletzung haften, unabhängig davon, wer konkret mit der Pflichterfüllung beauftragt war. Praktisch

²³ *Vollmer*, JZ 1977, 371, 372; vgl. auch schon *Westen*, FS F. v. Hippel, 1967, 591, 624f. und passim (Vorschlag einer Garantie- und Risikohaftung *de lege ferenda*).

²⁴ *Vollmer*, JZ 1977, 371, 374f.

²⁵ *v. Bar*, VersR 1981, 760; vgl. auch schon *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 270.

²⁶ *v. Bar*, VersR 1981, 760; *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 270; ähnlich *Baums*, FS Lukes, 1989, 623, 637f.

²⁷ *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 271; i. E. ebenso *Soergel/Krause*, 132005, § 823 Anh. II Rn. 69; in diese Richtung auch schon *Lieb*, JZ 1976, 526, 527.

²⁸ *Brüggemeier*, DeliktsR, 1986, Rn. 129.

läuft das darauf hinaus, den Unternehmensträger für das Verhalten sämtlicher Unternehmensangehöriger (und ggf. sogar unternehmensexterner Dritter) strikt einstehen zu lassen, aber eben ohne Zurechnung und schlicht deshalb, weil der Unternehmensträger für die objektive Nichterfüllung der Pflicht haftet und weil es die Unternehmensangehörigen waren, die die Pflicht hätten erfüllen sollen. Im Dunkeln bleibt aber oft, ob allein die objektive Pflichtwidrigkeit die Haftung begründen soll oder ob daneben weitere Anforderungen gestellt werden und falls ja, wie sich diese zulasten des Unternehmensträgers bejahen lassen. Schlüssig ist der Ansatz *Brüggemeiers*, weil er zumindest für die Haftung aus Fahrlässigkeit nicht mehr verlangt als eine „objektive Verhaltenspflichtwidrigkeit“,²⁹ die sich typisiert und erfolgsbezogen bestimmen lässt und deren Feststellung daher keine Individualisierung erfordert. Demgegenüber geht *von Bar* mit der h.M. eigentlich davon aus, dass zur Fahrlässigkeit i.S. des § 276 Abs. 2 BGB neben einer objektiven Pflichtverletzung auch noch ein Verstoß gegen die sog. innere Sorgfalt gehört, für den es insbesondere auf die Erkennbarkeit der Gefahrenlage und der Pflicht sowie die Vermeidbarkeit der Pflichtverletzung ankommen soll.³⁰ Auch wenn die innere Sorgfalt praktisch kaum eine Rolle spielt, weil die Rechtsprechung davon ausgeht, dass der objektive Pflichtverstoß die Verletzung der inneren Sorgfalt „indiziert“ oder dass ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt spricht,³¹ stellt sich spätestens an dieser Stelle die Frage, ob die Haftung wegen Verletzung nicht delegierbarer Pflichten wirklich ohne Zurechnung auskommt. Zumindest müsste man dem Unternehmensträger die Möglichkeit geben, sich hinsichtlich der Verletzung der inneren Sorgfalt zu entlasten und dann wäre zu entscheiden, wessen Erkenntnis- und Vermeidungsmöglichkeiten für diese Zwecke als solche des Unternehmensträgers gelten sollen, was letztlich zu den oben bereits diskutierten Problemen der Zurechnung zurückführt.

Praktische Vorteile hätte der Ansatz nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten also vor allem dann, wenn man für die Haftung des Unternehmensträgers die objektive Pflichtwidrigkeit genügen lässt und keine weiteren Anforderungen in subjektiver Hinsicht stellt. Denn andernfalls würden sich weiter Zurechnungsfragen stellen und die damit verbundenen Probleme (Zurechnungsnorm, Entlastung bei § 831 BGB) blieben bestehen.

2. Verhaltenslose Zustandszurechnung

Die Zurechnungsproblematik dürfte auch einer der Gründe dafür gewesen sein, warum *von Bar* später mit der „verhaltenslosen Zustandszurechnung“ ein weiteres Modell entwickelt und zur Diskussion gestellt hat. Anlass seiner neuer-

²⁹ *Brüggemeier*, DeliktsR, 1986, Rn. 113f.

³⁰ *v. Bar*, JuS 1988, 169, 173. Vgl. dazu noch unten → § 8 A IV 2.

³¹ BGH, r+s 2012, 460, 461, Rn. 6; NJW 1994, 2232, 2233; NJW 1986, 2757, 2758.

lichen Überlegungen war das Baustoff-Urteil des BGH,³² das die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen in den Fokus gerückt hatte. Angesichts des Umstands, dass Körperschaften eines eigenen Verhaltens und Verschuldens unfähig sind, schlug *von Bar* nun vor, die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen „ohne eine Verschuldensprüfung“ zu konzipieren,³³ womit er jedoch nur das Verschulden i. e. S. und insbesondere die Prüfung der inneren Sorglosigkeit meinte. Die objektive Pflichtverletzung, die nach h. M. bei der Verkehrspflichthaftung bereits den Unrechtstatbestand ausmacht, mittelbar aber auch die Fahrlässigkeitsschuld prägt, sollte hingegen nicht aufgegeben werden.³⁴ Die Feststellung eines Verstoßes gegen die innere Sorgfalt schien *von Bar* bei juristischen Personen u. a. deshalb entbehrlich, weil dieser Prüfungspunkt in der Entscheidungspraxis wegen des Schlusses von der Verletzung der äußeren auf die Verletzung der inneren Sorgfalt ohnehin nur selten relevant wird. Außerdem hielt er es für „schwer vorstellbar, daß der Beweis gelingen kann, keiner der Verantwortlichen hätte es an der erforderlichen inneren Kräfteanspannung fehlen lassen“. Für die Prüfung der objektiven Pflichtverletzung wollte *von Bar* nur noch danach fragen, „ob im Verantwortungsbereich der Körperschaft ein Zustand entstanden ist, der, weil er objektiv übermäßig gefährlich ist, im Verkehr nicht hingenommen werden kann“.³⁵ Die Verkehrspflichthaftung juristischer Personen sei danach „im Kern als eine Zustandszurechnung zu begreifen“. Weil ein handlungsfähiges Subjekt fehle, werde die Haftung auf ein „System von Erfolgseinstandspflichten“ umgestellt. Wer innerhalb der Organisation das gebotene Verhalten unterlassen habe, spiele keine Rolle: „sofern es objektiv möglich und angezeigt war, mußte es geschehen“. Eine juristische Person dürfe „gewissermaßen nur zu ihr gemäßen Bedingungen ins Leben treten“ und eine „Haftungsverschönerung, die nur für Menschen gedacht ist“ dürfe ihr nicht zugutekommen. Sie sei „schon von Rechts wegen nur dann richtig organisiert“, wenn von ihr keine unerlaubten Gefahren ausgingen.

In der Literatur ist das Modell der verhaltenslosen Zustandszurechnung ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen. Kritisiert wird zunächst, dass es als „Sonderregime der Deliktshaftung juristischer Personen“³⁶ konzipiert ist, obwohl der BGB-Gesetzgeber bezüglich der Haftung für fremdes Verhalten gerade nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen differenzieren wollte.³⁷ Außerdem lasse es juristische Personen strikt für das Verhalten von Verrichtungsgewerkschaften i. S. des § 831 BGB haften, was der Gesetzgeber ebenfalls nicht gewollt habe. Das Modell stehe ferner auch deshalb „in offenem Konflikt

³² BGHZ 109, 297 ff. = NJW 1990, 976 ff.

³³ Hierzu und zum Folgenden *v. Bar*, FS Kitagawa, 1992, 279, 289.

³⁴ Zu hart daher die Kritik von *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 362 f.

³⁵ Vgl. dazu auch *v. Bar*, KF 1993, 37.

³⁶ So ausdrücklich *v. Bar*, KF 1993, 37.

³⁷ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 363.

zum Deliktssystem des BGB“, weil es die Haftung nicht einmal vom Erfordernis schuldhaften Handelns abhängig mache.³⁸ Dadurch verschwömmen die Grenzen zu einer allgemeinen Kausalhaftung juristischer Personen. Bemängelt wird außerdem, die Verletzung einer Organisationspflicht sei, auch wenn sie allein der Körperschaft zugeordnet werde, „nur schwer ohne menschliches Verhalten denkbar“, zumal die Rechtswidrigkeit von der h.M. gerade im Bereich der Verkehrspflichthaftung verhaltensbezogen bestimmt werde.³⁹

Einige dieser Kritikpunkte sind nicht leicht von der Hand zu weisen. Nicht überbewerten sollte man allerdings die Hinweise auf die Entstehungsgeschichte des BGB und insbesondere des § 831. Denn mit dem Modell der verhaltenslosen Zustandszurechnung soll gerade keine Haftung für fremdes Verhalten begründet werden, sondern eine originäre Haftung der juristischen Person wegen Verletzung ihrer eigenen Pflichten. Die 2. Kommission wollte jedoch „die Entscheidung der Konstruktionsfrage, ob die juristische Person ein handlungsfähiges Wesen sei“ der Wissenschaft überlassen,⁴⁰ die Spielräume für eine Weiterentwicklung der Eigenhaftung juristischer Personen also nicht beschneiden. Auch ist die Haftung nicht wirklich verschuldensunabhängig, weil am Erfordernis einer objektiven Pflichtverletzung als wesentlichem Element der Fahrlässigkeit festgehalten wird.⁴¹ Anzuerkennen ist hingegen die Kritik an der gespaltenen Auslegung der Fahrlässigkeit, die bei natürlichen Personen neben der objektiven Pflichtverletzung einen Verstoß gegen die innere Sorgfalt voraussetzen soll, bei juristischen Personen hingegen nicht. Fraglich ist aber, ob zur Fahrlässigkeit i. S. des § 276 Abs. 2 BGB tatsächlich auch die innere Sorglosigkeit gehört. Bevor darauf näher einzugehen ist und die Vorschläge einer objektiven Pflichtwidrigkeitshaftung insgesamt gewürdigt werden, soll jedoch zunächst noch ein kurzer rechtsvergleichender Ausflug unternommen werden, um das bisher gewonnene Verständnis zu vertiefen.

II. Vergleich

Nicht haftungsbefreiend delegierbare deliktische Pflichten finden sich auch in ausländischen Rechtsordnungen, allerdings sind die zugrunde liegenden dogmatischen Ansätze oft ähnlich unklar und umstritten wie in Deutschland. Ein wichtiges Beispiel im Schweizer Recht ist die Sorgfaltspflicht nach Art. 55 OR, der konzeptionell dem deutschen § 831 BGB ähnelt. Nach Art. 55 OR haftet der Geschäftsherr für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verur-

³⁸ Kleindiek, Deliktshaftung, 1997, 363.

³⁹ Rogge, Verkehrspflichten, 1997, 118.

⁴⁰ Prot., S. 1023 = Mugdan I, S. 609. Dazu schon oben → § 5 C I 2.

⁴¹ → Oben bei Fn. 34. Zu diesem Kriterium ausf. unten → § 8 A II.

sacht 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. Anders als in Deutschland erkennt die h. M. zu Art. 55 OR keine dezentralisierte Entlastung an, sondern verlangt, dass der Geschäftsherr die Sorgfalt entweder selbst erbringen oder dafür sorgen muss, dass die nötige Sorgfalt von einer Hilfsperson erbracht wird.⁴² Der Geschäftsherr kann also den Gehilfen von einer Zwischenperson auswählen, unterweisen und überwachen lassen; er bleibt jedoch haftbar, wenn die Zwischenperson die Sorgfaltspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt. Der Geschäftsherr handelt somit auf eigenes Risiko und kann sich durch die Delegation der Pflichterfüllung nicht von der Haftung befreien. Dieses Verständnis wird u. a. damit begründet, dass Art. 55 OR für die Entlastung verlangt, „dass“ der Geschäftsherr die erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat, wofür die Delegation der Pflichterfüllung auf eine Zwischenperson für sich genommen nicht genüge.⁴³ Weil der Geschäftsherr danach für jede objektive Verletzung der Sorgfaltspflicht haftet, wird die Haftung nach Art. 55 OR allerdings nicht als Verschuldenshaftung, sondern als „milde Kausalhaftung“ angesehen.⁴⁴ Nur eine Mindermeinung lehnt die Einordnung der Sorgfaltspflicht als nicht haftungsbefreiend delegierbar ab und verlangt eine eigene Sorgfaltswidrigkeit des Geschäftsherrn.⁴⁵

Aufschlussreich ist auch die Diskussion um die *non-delegable duties* des englischen Deliktsrechts, die gerade in jüngerer Zeit vermehrt Aufmerksamkeit erhalten, weil man in ihnen eine Alternative zu der von der Rechtsprechung betriebenen Ausweitung der *vicarious liability* sieht.⁴⁶ Die Existenz solcher Pflichten ist im Grundsatz seit mehreren Jahrzehnten anerkannt, ihre theoretischen Grundlagen sind jedoch bis heute weitgehend ungeklärt. Einigkeit besteht darüber, dass der ursprüngliche Pflichtenadressat haftbar bleibt, auch wenn er die Erfüllung der Pflicht auf eine andere Person überträgt. Typischerweise geht es um Fälle der unternehmensexternen Delegation auf andere selbstständige Unternehmen (*independent contractors*). Die Übertragung der Pflichterfüllung hat, auch wenn sie selbst nicht pflichtwidrig ist, keine haftungsbefreiende Wirkung. Wenn der Übernehmer die Pflicht verletzt, haftet daher auch der ursprüngliche Pflichtenträger. Will dieser der Haftung entgehen, muss er sich also nicht nur selbst sorgfältig verhalten, sondern auch dafür sorgen, dass

⁴² BK/Brehm, ⁵2021, Art. 55 OR Rn. 52–54; Honsell/Isenring/Kessler, HaftpflichtR, ⁵2013, § 13 Rn. 22; Petrin, Fortentwicklung, 2004, 39; Roberto, HaftpflichtR, 2002, Rn. 311; Oftinger/Stark, HaftpflichtR, Bd. II/1, ⁴1995, § 20 Rn. 122–124; Baums, FS Lukes, 1989, 623, 628–630; Nater, Haftpflicht, 1970, 25. Zum deutschen Recht oben → § 1 B III.

⁴³ Vgl. BK/Brehm, ⁵2021, Art. 55 OR Rn. 54.

⁴⁴ BGE 110 II 456, 460 (1984); BGE 97 II, 221, 223 (1971); BK/Brehm, ⁵2021, Art. 55 OR Rn. 32; Oftinger/Stark, HaftpflichtR, Bd. II/1, ⁴1995, § 20 Rn. 2.

⁴⁵ Vgl. Diskussion bei Spiro, Haftung, 1984, § 106, S. 404–407.

⁴⁶ Dazu schon oben → § 3 B I.

der Übernehmer die erforderliche Sorgfalt beachtet. Wer Adressat einer *non-delegable duty* ist, „has not merely a duty to take care but a duty to provide that care is taken“.⁴⁷ Auch wenn sie sich auf das Verhalten anderer Personen beziehen kann, bleibt die Pflicht eine Pflicht des Pflichtenträgers und dieser haftet folglich im Falle ihrer Verletzung nicht aus *vicarious liability*, sondern wegen der Verletzung seiner eigenen Pflicht.⁴⁸ Ein Verschulden i.S. eines vorwerfbares Verhaltens (*fault*) ist nicht erforderlich, allerdings kann die Verletzung der Pflicht als *breach of duty* und damit als *negligence* angesehen werden.⁴⁹ Das ist aber nicht unumstritten: Verbreitet wird die Haftung wegen Verletzung einer *non-delegable duty* als strikte Haftung (*strict liability*) eingeordnet.⁵⁰

Hervorzuheben ist, dass keineswegs alle Pflichten des englischen Deliktsrechts als nicht delegierbar angesehen werden. Die Gerichte bemühen sich vielmehr, den Ausnahmecharakter der *non-delegable duties* zu betonen und ihren Anwendungsbereich klein zu halten: „Non-delegable duties of care are inconsistent with the fault-based principles on which the law of negligence is based, and are therefore exceptional.“⁵¹ In der Entscheidung *Woodland v Swimming Teachers Association* (2013) hat der UK Supreme Court fünf Anforderungen formuliert, die für eine Haftung wegen Verletzung einer *non-delegable duty* typischerweise erfüllt sein müssen:⁵² (1) Der Geschädigte muss besonders schutzbedürftig sein, (2) zwischen dem Geschädigten und dem Anspruchsgegner muss vor dem Unfall ein besonderes Näheverhältnis bestehen, aus welchem der Anspruchsgegner dem Geschädigten zu Fürsorge verpflichtet ist, (3) der Geschädigte hat keinen Einfluss darauf, durch wen der Anspruchsgegner seine Pflichten erfüllt, (4) der Anspruchsgegner hat die Erfüllung eines wesentlichen Teils seiner Pflicht an einen Dritten delegiert, und (5) der Dritte hat die Pflicht fahrlässig nicht erfüllt. Konkret war die Haftung einer Schulbehörde für einen Unfall zu beurteilen, der sich während eines Schwimmunterrichts ereignet hatte, der von Mitarbeiterinnen einer privaten Schwimmschule erteilt worden war. Die Richterinnen und Richter bejahten eine nicht haftungsbefreiend delegierbare Pflicht der Schulbehörde, für die Sicherheit der Schülerinnen im Schwimmunterricht zu sorgen. Frühere Entscheidungen, in denen *non-delegable duties* anerkannt wurden, betreffen außer der Haftung von Schulen gegenüber ihren Schülern u. a. die Haftung von Pflegeheimen gegenüber ihren Bewohnern, von

⁴⁷ *The Pass of Ballater* [1942] P. 112, 117 (*Langton J*); ähnlich *Kondis v State Transport Authority* (1984) 154 CLR 672, 686 (*Mason J*).

⁴⁸ *D&F Estates Ltd v Church Commissioners* [1989] 1 A.C. 177, 208 (*Lord Bridge*).

⁴⁹ *Deakin*, Cambridge L.J. 77 (2018), 15, 16; *Tofaris*, Mod. L. Rev. 79 (2016), 884, 889; *Hamson*, Cambridge L.J. 23 (1965), 195, 197 f.

⁵⁰ *Morgan*, Cambridge L.J. 74 (2015), 109, 120; *Morgan*, Professional Negligence 31 (2015), 235, 246 f.; *McIvor*, Common L. World Rev. 35 (2006), 268, 269.

⁵¹ *Woodland v Swimming Teachers Association* [2014] A.C. 537, 582 f. (*Lord Sumption JSC*). Vgl. auch *Giliker*, Cambridge L.J. 77 (2018), 506, 530.

⁵² [2014] A.C. 537, 583 (*Lord Sumption JSC*).

Krankenhäusern gegenüber ihren Patienten und von Arbeitgebern gegenüber ihren Arbeitnehmern.⁵³

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, bei der Haftung wegen Verletzung von *non-delegable duties* handele es sich um eine Art *vicarious liability* für Delikte von *independent contractors*.⁵⁴ In funktionaler Hinsicht ist das nicht völlig von der Hand zu weisen. Denn es ist in der Tat so, dass die Gerichte in der Vergangenheit u. a. deshalb auf *non-delegable duties* zurückgegriffen haben, weil eine *vicarious liability* mangels Geschäftsherrnverhältnis nicht möglich war. So wäre man wohl in den Krankenhausfällen⁵⁵ nicht auf die Idee gekommen, die Haftung des Krankenhausträgers auf die Verletzung einer *non-delegable duty* gegenüber den Patienten zu stützen, wenn nicht in früheren Entscheidungen, allen voran *Hillyer v Governors of St Bartholomew's Hospital* (1909),⁵⁶ die Geschäftsherrnhaftung in Bezug auf medizinisches Personal erheblich eingeschränkt worden wäre. Und auch an jüngeren Entscheidungen wie *Woodland* ist erkennbar, dass sich mit einer Haftung wegen Verletzung von *non-delegable duties* letztlich dieselben Ergebnisse erreichen lassen als gäbe es eine *vicarious liability* für *independent contractors*. Zu beachten ist jedoch, dass die Haftung aus Verletzung von *non-delegable duties* die Geschäftsherrnhaftung nicht nur in Fällen substituiert, in denen die Pflichterfüllung selbstständigen Unternehmen übertragen wurde. Vielmehr kann es, wie oben bereits dargelegt wurde,⁵⁷ genauso darum gehen, den sonstigen Begrenzungen der Geschäftsherrnhaftung auszuweichen. Die Gerichte haben auf *non-delegable duties* auch zurückgegriffen, weil eine Geschäftsherrnhaftung explizit ausgeschlossen war (z. B. durch die *common employment doctrine*), weil es an einem Gehilfendelikt fehlte oder weil der Gehilfe außerhalb des *scope of employment* gehandelt hatte. Die haftungsrechtliche Funktion der *non-delegable duties* beschränkt sich also nicht darauf, eine Einstandspflicht für das Verhalten von *independent contractors* zu begründen.

Außerdem ist nicht zu vernachlässigen, dass die *vicarious liability* und die Haftung wegen Verletzung von *non-delegable duties* in dogmatischer Hinsicht auf völlig unterschiedlichen Grundlagen beruhen:⁵⁸ Die Geschäftsherrnhaftung ist im englischen Recht eine Haftung für fremdes Delikt, die aufseiten des Geschäftsherrn weder eine eigene Pflicht noch eigenes Verhalten noch eigenes Verschulden voraussetzt. Die Haftung aus Verletzung von *non-delegable duties*

⁵³ Vgl. *Horsley/Rackley*, Tort Law, ⁴2015, 374f.; *Klar*, in: Torts, ¹⁰2011, 437, 444f.

⁵⁴ Vgl. *Deakin/Adams*, Tort Law, ⁸2019, 573; *Fleming*, Torts, ⁹1998, 434; *McKendrick*, Mod. L. Rev. 53 (1990), 770, 773f.

⁵⁵ Dazu schon oben → § 3 B I 1a.

⁵⁶ [1909] 2 K.B. 820.

⁵⁷ → § 3 B I 1 a–c.

⁵⁸ Vgl. *D&F Estates Ltd v Church Commissioners* [1989] 1 A.C. 177, 208 E–G (*Lord Bridge of Hartwich*); *Giliker*, Cambridge L.J. 77 (2018), 506, 522; *Deakin*, Evolution, 8.11.2017, 6; *Tofaris*, Mod. L. Rev. 79 (2016), 884, 889.

ist hingegen eine Haftung für eigenes Delikt, die an die persönliche Pflicht des Haftungsadressaten anknüpft und lediglich hinsichtlich der Verletzung von der konkreten Person abstrahiert und jede Verletzung – egal durch wen oder aus welchem Grund – ausreichen lässt. In *Woodland* ging es z.B. nicht um eine Haftung der Schulbehörde für ein Delikt der Schwimmlehrerin oder der Rettungsschwimmerin, sondern um eine Haftung wegen Verletzung der eigenen Pflicht der Behörde, die Sicherheit der Schülerinnen im Schwimmunterricht zu gewährleisten. Selbst wenn der Unfall in tatsächlicher Hinsicht allein darauf beruhen sollte, dass die Schwimmlehrerin oder die Rettungsschwimmerin ihren Aufsichtspflichten nicht genügt haben, hätte es sich bei der Haftung der Schulbehörde dogmatisch gesehen nicht um eine Haftung für fremdes Delikt gehandelt, weil die Haftung der Behörde nicht an die Verletzung dieser Aufsichtspflichten anknüpft, sondern an die Verletzung der eigenen Pflicht der Behörde, die nicht haftungsbefreiend auf Dritte delegiert werden konnte.

III. Bewertung

Was ist nach alledem von den „Pflichtmodellen“ zu halten? Begrüßenswert ist zunächst, dass sie die eigene Pflicht des Unternehmensträgers zum Ausgangspunkt nehmen und versuchen, die Haftung vor allem aus der Verletzung dieser Pflicht zu begründen. Es macht einen großen Unterschied, ob die Pflicht an den Unternehmensträger gerichtet ist oder an einzelne Unternehmensangehörige persönlich – nicht nur für die Frage, wer überhaupt in die Haftung genommen werden kann, sondern, wie später in § 8⁵⁹ noch ausführlich zu erläutern sein wird, vor allem auch für den genauen Inhalt der Pflicht.

Keine Bedenken bestehen außerdem dagegen, die Haftung allein an die objektive Verletzung der Pflicht zu knüpfen und darüber hinaus kein Verschulden i. e. S., also keine persönliche Vorwerfbarkeit oder wie auch immer geartete „innere Sorglosigkeit“ zu verlangen. Es widerstrebt zwar dem allgemeinen Sprachverständnis, eine subjektiv möglicherweise nicht vermeidbare Pflichtverletzung als „schuldhaft“ zu bewerten, rechtlich lässt sich aber kaum bestreiten, dass für ein Verschulden i. S. des deutschen Deliktsrechts bereits Fahrlässigkeit genügt und dass diese in § 276 Abs. 2 BGB objektiv definiert wird. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr *erforderliche* Sorgfalt außer Acht lässt, sich also objektiv (sorgfalts-)pflichtwidrig verhält. Auch die Erkennbarkeit der Gefahrenlage und der daraus folgenden Pflichtenstellung sowie die Vermeidbarkeit der Pflichtverletzung sind objektiv zu bestimmen und bereits in die Prüfung der objektiven Pflichtwidrigkeit einzubeziehen. Auch darauf wird unten in § 8⁶⁰ im Zusam-

⁵⁹ → § 8 B III.

⁶⁰ → § 8 A II 1, IV.

menhang mit der Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung zurückzukommen sein. Versteht man die Fahrlässigkeit, wie es richtig ist, streng objektiv und erkennt man sie gleichzeitig als Verschuldensform an, dann führt jedoch selbst die verhaltenslose Zustandszurechnung *von Bars* nicht notwendigerweise zu einer verschuldensunabhängigen Haftung. Denn danach sollen nur Zustände vermieden werden, die „objektiv übermäßig gefährlich“ sind und Sorgfaltsmaßnahmen wären zu ergreifen, „wenn die Rechtsordnung das verlangt“ bzw. „sofern es objektiv möglich und angezeigt war“. ⁶¹ Daran wird deutlich, dass das Erfordernis einer objektiven Pflichtverletzung nach diesem Modell nicht aufgegeben werden soll. Allerdings konnte nicht überzeugen, dass *von Bar* die Verletzung der inneren Sorgfalt nur für die Deliktshaftung juristischer Personen aus der Fahrlässigkeitsprüfung verabschieden, für natürliche Personen jedoch an dieser (verfehlten) Voraussetzung festhalten wollte. ⁶²

Das eigentliche Problem der verhaltenslosen Zustandszurechnung ist die Bestimmung des Inhalts der deliktischen Pflichten. *Von Bar* fokussiert sich sehr auf „die juristische Person“, also den Unternehmens- oder Organisationsträger, nicht das Unternehmen oder die Organisation als soziale und wirtschaftliche Einheit. Deliktische Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten sind aber Verhaltensgebote, die sich sinnvollerweise nur an Menschen richten lassen. Das bedeutet nicht, dass sie an Menschen *als Individuen* adressiert sein müssen, vielmehr können Menschen von der Rechtsordnung auch als *Angehörige von Organisationen* angesprochen werden. Weil Organisationen jedoch selbst nicht rechtsfähig sind, werden die Pflichten dann an den jeweiligen Organisationsträger adressiert. Mittelbar geht es jedoch darum, das Verhalten „der Organisation“, also der in ihr verbundenen Menschen zu steuern. Ohne Bezug zu dieser Organisation lässt sich der Inhalt der deliktischen Pflichten, die an den Organisationsträger gerichtet werden, nicht sinnvoll bestimmen. ⁶³ Es macht einen Unterschied, ob die juristische Person ein eingetragener Verein ist, der gemeinnützig eine Kindertagesstätte betreibt, oder eine Aktiengesellschaft als Trägerin eines großen Chemieunternehmens mit mehreren tausend Mitarbeitern. Entscheidend ist dabei nicht die Rechtsform, sondern welche Gefahrenlagen jeweils bestehen und welche Sorgfaltsmaßnahmen nach einem typisierten, am jeweiligen Verkehrskreis ausgerichteten Maßstab jeweils zu erwarten sind. Dafür kann nur auf die Organisation bzw. entsprechende „Vergleichsorganisationen“ abgestellt werden. Denn für die Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt i. S. des § 276 Abs. 2 BGB kommt es entscheidend darauf an, welche Schäden drohen und welche Maßnahmen ein Angehöriger des jeweiligen Verkehrskreises ergreifen würde, um die Schäden zu vermeiden. Es müssen also bei der Bestimmung

⁶¹ *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 289.

⁶² Dazu schon oben → nach Fn. 41.

⁶³ Dazu ausf. unten → § 8 B III.

deliktischer Pflichten die jeweiligen Möglichkeiten zur Schadensvermeidung berücksichtigt werden und diese stellen sich bei einem Kitabetreiber anders dar als bei einem Chemieunternehmen oder einer Einzelperson. Das Modell der verhaltenslosen Zustandszurechnung weist also eine Leerstelle auf, die sich nur unter Bezugnahme auf die jeweilige Organisation bzw. das jeweilige Unternehmen füllen lässt.

An den nicht haftungsbefreiend delegierbaren Pflichten ist vor allem ihre Strenge zu kritisieren, die sich nicht mit den sonst üblichen Maßstäben für die Bestimmung deliktischer Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten vereinbaren lässt. In Deutschland zieht die Rechtsprechung auch für die Bestimmung des Inhalts von Verkehrspflichten ausschließlich den Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB heran,⁶⁴ bemisst sie also – anders als teilweise die Literatur – nicht nach einer Sorgfalt „im Höchstmaß“,⁶⁵ sondern von vornherein ausschließlich danach, was im Verkehr erforderlich ist. Die Einzelheiten dieses Maßstabs sollen erst später in § 8⁶⁶ genauer untersucht werden. Anerkannt ist jedoch jedenfalls, dass nur solche Sorgfaltsmaßnahmen erbracht werden müssen, die dem potenziellen Schädiger „zumutbar“ sind. Der BGH betont zu Recht, dass ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, „utopisch“ wäre und verlangt nur solche Maßnahmen, „die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren“.⁶⁷ Eine deliktische Pflicht, andere unter allen Umständen und um jeden Preis vor Schäden zu schützen, wäre mit § 276 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren. Echte „Erfolgsvermeidungspflichten“, die durch jeden Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs verletzt werden und praktisch zu einer Garantiehaftung des Schädigers führen, kann es danach nicht geben. Genau darauf läuft die Annahme nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten jedoch hinaus. Sie verlangen kein bestimmtes Verhalten, sondern machen den Schädiger allein dafür verantwortlich, dass er den Erfolgseintritt nicht verhindert hat. Die Floskel der englischen Gerichte, bei einer *non-delegable duty* handele sich um eine „duty to provide that care is taken“ kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass es nicht darauf ankommt, ob der ursprüngliche Pflichtenträger den Erfolgseintritt mit zumutbaren Maßnahmen hätte verhindern können. Es wird zwar ein pflichtwidriges Verhalten des Übernehmers verlangt, in Bezug auf den ursprünglichen Pflichtenträger wird jedoch gar nicht erst danach gefragt, ob sich eine konkrete Maßnahme benennen lässt, mit der die Pflichtverletzung durch den Übernehmer und damit der Schaden hätte verhindert werden können. Die Pflicht des ursprünglichen Pflichtenträgers ist erfolgs- nicht ver-

⁶⁴ Vgl. BGH VersR 2020, 180, Rn. 14; BGH NJW 2010, 1967, Rn. 6; NJW 2008, 3775, 3776, Rn. 9; MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 29, 445 f.

⁶⁵ Vgl. *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 385; v. *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 173.

⁶⁶ → § 8 A II.

⁶⁷ St. Rspr., vgl. nur BGHZ 195, 30, 32 f. = NJW 2013, 48, 49, Rn. 6 f. m. w. N.

haltensbezogen. So gesehen ist es plausibel, dass trotz der Anknüpfung der Haftung an die Verletzung einer eigenen Pflicht von einer *strict liability* gesprochen wird⁶⁸ und genauso ist verständlich, dass man die Haftung aus Art. 55 OR im Schweizer Recht nicht als Verschuldenshaftung, sondern als milde Kausalhaftung einordnet.⁶⁹ Denn auch danach ist nicht erforderlich, dass sich eine konkrete Sorgfaltsmaßnahme benennen lässt, die der Geschäftsherr selbst hätte durchführen können und müssen, sondern er haftet erfolgsorientiert für die schlichte Verletzung seiner Sorgfaltspflicht, auch wenn er berechtigterweise darauf vertrauen konnte, dass eine andere Person diese Pflicht für ihn erfüllen würde. Für das deutsche Recht lässt sich festhalten, dass, auch wenn man für ein Verschulden in Form von Fahrlässigkeit eine objektive Pflichtverletzung ausreichen lässt, mit dem Modell nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten keine Verschuldenshaftung begründet werden kann, weil dafür strengere Pflichten formuliert werden müssten als nach § 276 Abs. 2 BGB zulässig ist.

Daneben ergibt sich noch ein weiteres Problem: Wollte man wirklich nur darauf abstellen, dass eine wie auch immer formulierte Pflicht des Unternehmensträgers objektiv verletzt worden ist, lässt sich nicht mehr sinnvoll danach differenzieren, durch *wen* die Pflicht verletzt wurde. Es wäre also dogmatisch gesehen schwieriger als bei einem Zurechnungsansatz, die Haftung auf Fälle zu beschränken, in denen die Pflicht durch einen Unternehmensangehörigen verletzt wurde. Nicht ohne Grund werden *non-delegable duties* im englischen Recht vielfach herangezogen, um eine Haftung für Schäden zu begründen, die durch einen *independent contractor* oder seine Mitarbeiter verursacht worden sind. Auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die maßgebliche Pflicht unmittelbar an den Unternehmensträger gerichtet ist, versteht sich jedoch nicht von selbst, dass auch eine Delegation auf ein anderes selbstständiges Unternehmen keine haftungsentlastende Wirkung haben sollte. Zumindest wenn der Übernehmer genauso gut oder besser in der Lage ist als der ursprüngliche Pflichtenadressat, die Gefahr zu beherrschen, und keine Bedenken hinsichtlich seiner finanziellen Leistungsfähigkeit bestehen, spricht aus haftungsrechtlicher Sicht wenig dagegen, den ursprünglichen Pflichtenträger aus der Verantwortung zu entlassen oder von ihm nur noch eine gewisse Kontrolle des Übernehmers zu verlangen. Das ökonomische Ziel der Kosteninternalisierung steht dem nicht notwendigerweise entgegen, sondern kann die Übertragung der Haftung auf den Übernehmer sogar gebieten, wenn die schadensträchtige Tätigkeit primär dessen ökonomischer Aktivität zuzuordnen ist und nicht mehr der ökonomischen Aktivität des ursprünglichen Pflichtenträgers. Nur bei Verletzung der Pflicht durch einen Unternehmensangehörigen lässt sich mit Bestimmtheit sa-

⁶⁸ Oben → bei Fn. 50.

⁶⁹ Oben → bei Fn. 44.

gen, dass es sich bei den Schadenskosten um Unternehmenskosten handelt, die bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten.

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass sich eine direkte Unternehmenshaftung, die nicht auf Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens angewiesen ist, mit den diskutierten Modellen nicht überzeugend begründen lässt. Sie enthalten gute Ansätze, weil sie die objektive Verletzung der eigenen Pflicht des Unternehmensträgers in den Mittelpunkt stellen und davon abstrahieren, durch welche natürlichen Personen die Pflicht verletzt wurde. Dadurch werden die Schwierigkeiten der Individualzurechnung umgangen und die Haftung kann z.B. nicht daran scheitern, dass eine passende Zurechnungsnorm fehlt, eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gewährt werden muss oder dass sich eine verantwortliche natürliche Person nicht feststellen lässt. Das Modell nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten schießt jedoch über das Ziel hinaus, weil es die Haftung nicht mehr von einem Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt abhängig macht, sondern für die objektive Pflichtverletzung schon genügen lässt, dass der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs nicht verhindert wurde. Das Konzept einer verhaltenslosen Zustandszurechnung hat eine ähnliche Tendenz, lässt aber vor allem offen, wie die maßgeblichen deliktischen Pflichten des Unternehmensträgers überhaupt bestimmt werden sollen. Dafür kann letztlich nur auf einzelne Unternehmensangehörige oder auf das Unternehmen in seiner Gesamtheit abgestellt werden. Auf letzteres wird später in Teil C noch ausführlich zurückzukommen sein.

B. Quasi-strikte Haftung

Die Rechtsprechung hat das Bedürfnis einer Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung durch Beweiserleichterungen erheblich reduziert.⁷⁰ Paradebeispiel ist die deliktische Produzentenhaftung, die seit der Hühnerpest-Entscheidung aus dem Jahr 1968 in der praktischen Rechtsanwendung weitgehend entindividualisiert ist, weil es in den allermeisten Fällen nur noch theoretisch einen Unterschied macht, ob ein Verrichtungsgehilfe i. S. von § 831 BGB oder ein Repräsentant i. S. von § 31 BGB für den Produktfehler verantwortlich ist. Auf ähnliche Weise sind auch andere Fallgruppen der Unternehmenshaftung durch Beweisregeln umgestaltet worden, etwa die Umwelthaftung und die Organisationshaftung der Krankenhausträger. *Brüggemeier* meint sogar, die „Unternehmenshaftung für betrieblich verursachte Drittschäden mit Beweislast des Unternehmens für deren Unver-

⁷⁰ Vgl. dazu auch Öry, *Kollektivität*, 2020, 31 ff., die m. E. jedoch der Rechtsprechung nicht gerecht wird, wenn sie eine „faktisch strikte Unternehmenshaftung“ konstatiert.

meidbarkeit“ taugte als „allgemeines Prinzip der deliktischen Unternehmenshaftung“, ⁷¹ was allerdings eher als Vorschlag *de lege ferenda* denn als Bestandsbeschreibung gemeint sein dürfte. Er bezeichnet diese Art der Haftung als „quasi-strikte“ Unternehmenshaftung, ⁷² womit er vor allem zum Ausdruck bringen will, dass ein „personales Verschulden“ in der Regel für die Haftungs begründung keine Rolle spielt und dass es bei nachgewiesener Kausalität „Sache des Unternehmens“ ist, darzulegen, „dass die Schäden unvermeidbar waren (Beweislastumkehr)“. ⁷³ Ob und ggf. inwieweit der quasi-strikte Ansatz tatsächlich geeignet ist, zur Lösung der Probleme der direkten Unternehmenshaftung beizutragen, soll im Folgenden näher untersucht werden. Dabei wird auch zu hinterfragen sein, ob die zugunsten der Geschädigten durch Beweisregeln modifizierte Unternehmenshaftung wirklich „quasi-strikt“ ist.

In diesem Zusammenhang soll außerdem auf die Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast in den Dieselfällen eingegangen werden, die für die Unternehmens-Vorsatzhaftung nach §§ 826, 31 BGB eine ähnlich weitreichende Wirkung entfalten könnte wie die Hühnerpest-Entscheidung für die Produzentenhaftung. Ein gewisse Verwandtschaft besteht zwischen dieser Rechtsprechung und der bereits auf das Reichsgericht zurückgehenden Regel, dass von einem länger andauernden ordnungswidrigen Zustand im Verantwortungs bereich einer juristischen Person darauf geschlossen werden kann, dass deren verfassungsmäßig berufene Vertreter fahrlässig gehandelt haben müssen. Des Weiteren soll hier die fest etablierte Praxis der Gerichte gewürdigt werden, weder bei § 31 noch bei § 831 BGB zu verlangen, dass der Geschädigte den Repräsentanten oder Verrichtungsgehilfen individualisiert, der die Unternehmenspflicht verletzt haben soll. Nicht weiter vertieft werden im Folgenden hingegen solche Beweiserleichterungen, die zwar auch im Bereich der Unternehmenshaftung eine nicht unerhebliche Rolle spielen, die jedoch nicht unternehmensspezifisch konzipiert sind, sondern auch gegenüber sonstigen Schädigern zur Anwendung kommen. Dazu gehören insbesondere der Grundsatz, dass die Verletzung eines Schutzgesetzes i. S. von § 823 Abs. 2 BGB eine Fahrlässigkeit indiziert, wenn das Schutzgesetz das geforderte Verhalten bereits so konkret beschreibt, „daß mit der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Schluß auf einen subjektiven Schuldvorwurf naheliegt“ ⁷⁴ sowie die etablierte Regel, dass bei einer feststehenden Verletzung der „äußeren Sorgfalt“ entweder die Verletzung der „in-

⁷¹ Brügge meier, AcP 219 (2019), 771, 788.

⁷² Brügge meier, AcP 219 (2019), 771, 809; Brügge meier, HAVE 2013, 87, 98 ff.; Brügge meier, HaftungsR, 2006, 176 f.; Brügge meier, in: Sozialschutzprinzip, 2004, 147, 168 f.; Brügge meier, HAVE 2004, 162, 171; Brügge meier, Prinzipien, 1999, 150 f.

⁷³ Brügge meier, AcP 219 (2019), 771, 809.

⁷⁴ So ausdrücklich BGHZ 116, 104, 114 f. = NJW 1992, 1039, 1042 („Indizwirkung“); vgl. auch BGH VersR 1984, 270, 271 („Anscheinsbeweis“); BGHZ 51, 91, 103 f. = NJW 1969, 269, 274; BGH NJW 1968, 1279, 1281 („Vermutung“); VersR 1967, 685, 686; VersR 1961, 231, 232; RGZ 113, 293, 294 f. (1926); RGZ 91, 72, 76 (1917).

neren Sorgfalt“ indiziert wird oder ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt spricht.⁷⁵

I. Beweislastumkehr

In bestimmten Bereichen ist die Unternehmenshaftung zumindest in praktischer Hinsicht weitgehend entindividualisiert, weil die Rechtsprechung die Beweislast für individualistische Anspruchsvoraussetzungen wie das Verschulden i. e. S. umgekehrt hat. Soweit das Unternehmen auf einen Entlastungsversuch verzichtet, was gerade hinsichtlich der „inneren Sorglosigkeit“ meist der Fall ist, ist die jeweilige Anforderung für die Zwecke der praktischen Rechtsanwendung aus dem Prüfungsprogramm eliminiert. Insoweit entfällt dann auch das Bedürfnis, auf bestimmte natürliche Personen abzustellen, um z. B. ergründen zu können, ob sich ein möglicher Zurechnungsträger „innerlich sorglos“ verhalten hat, was auch immer man darunter versteht.⁷⁶ Stattdessen wird die gesamte Prüfung oft einfach auf „das Unternehmen“ bezogen. Das ist im hiesigen Zusammenhang auch deshalb von Interesse, weil sich daran zeigt, welche Tatbestandsmerkmale *nicht* individualistisch konzipiert sind, sodass sie sich prüfen lassen, ohne dass sich dabei ein Zurechnungsbedürfnis ergibt.

1. Produzentenhaftung

Das Paradebeispiel für eine Beweislastumkehr, die zu einer weitgehend entindividualisierten Unternehmenshaftung geführt hat, ist die deliktische Produzentenhaftung. Leitentscheidung ist das Hühnerpest-Urteil des BGH aus dem Jahr 1968, dessen erster Leitsatz wie folgt lautet: „Wird bei bestimmungsgemäßer Verwendung eines Industrieerzeugnisses eine Person oder eine Sache dadurch geschädigt, daß das Produkt fehlerhaft hergestellt war, so muß der Hersteller beweisen, daß ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft.“⁷⁷ Hervorzuheben ist, dass der BGH in diesem Fall (und nahezu allen späteren Entscheidungen zur Produzentenhaftung) die Haftung auf § 823 Abs. 1 BGB stützte, also von einer eigenen Verkehrspflicht der Herstellerin ausging. Das Berufungsgericht hatte jedoch ein Verschulden „der Beklagten selbst“ nicht als bewiesen angesehen, womit ein Verschulden ihrer Repräsentanten gemeint gewesen sein dürfte, da es sich bei der beklagten Herstellerin um eine GmbH handelte. Der BGH war demgegenüber der Meinung, die Beweislast sei der Beklagten aufzuerlegen und begründete dies u. a. damit, die Möglichkeit des Nachweises „der subjektiven Voraussetzungen“ hänge erheblich davon ab, „inwieweit der Ge-

⁷⁵ BGH r+s 2012, 460, 461, Rn. 6; NJW 1986, 2757, 2758 m. w. N.

⁷⁶ Dazu noch unten → § 8 A IV 2.

⁷⁷ BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269, Ls. a).

schädigte den objektiven Geschehensablauf aufklären kann“.⁷⁸ Das sei mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft, „wenn es um Vorgänge geht, die sich bei der Herstellung des Produkts im Betriebe abgespielt haben“. Die schutzbedürftigen Interessen des Geschädigten geböten es, vom Hersteller den „Nachweis seiner Schuldlosigkeit“ zu verlangen, wenn der Geschädigte nachgewiesen hat, dass sein Schaden „im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers [...] durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist“. Der Produzent sei „näher daran“, den Sachverhalt aufzuklären und die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Denn er „überblickt die Produktionssphäre, bestimmt und organisiert den Herstellungsprozeß und die Auslieferungskontrolle der fertigen Produkte“. Die „moderne Entwicklung der Warenproduktion, an der oft nachträglich nur schwer zu ermittelnde Personen oder Maschinen beteiligt sind und die auf nur noch vom Fachmann zu durchschauenden und zu kontrollierenden Fertigungsprozessen beruht“ verlange eine entsprechende Fortbildung des Beweisrechts.

In der Apfelschorf-I-Entscheidung hat der BGH später klargestellt, dass sich die Beweislastumkehr zulasten des Herstellers nicht nur auf das Verschulden i. e. S. bezieht, also die „innere Sorglosigkeit“, sondern auch schon auf die objektive Pflichtverletzung als Verstoß gegen die „äußere Sorgfalt“.⁷⁹ Außerdem hat er klargestellt, dass sie sowohl für Fabrikations- als auch für Konstruktionsfehler gilt, nicht jedoch für (nachträgliche) Instruktionsfehler wie die streitgegenständliche unterlassene Warnung vor der zunächst unbekanntem Unwirksamkeit des vermarkteten Pflanzenschutzmittels. Dies hat er damit begründet, dass sich für die nachträgliche Entstehung von Instruktionspflichten in aller Regel nicht sagen lasse, dass der Geschädigte Vorgänge aufklären müsste, „die sich in einem Bereich zugetragen haben, der allein dem Produzenten, nicht aber dem Benutzer zugänglich war“. Denn dafür komme es darauf an, ob der Hersteller nach Inverkehrgabe seines Produkts „durch allgemein zugängliche Veröffentlichungen und durch Erfahrungen, die dessen Benutzer mit dem Produkt inzwischen gemacht haben und die er kennen mußte, Anlaß zu Warnungen hatte“. Der Geschädigte müsse also dem Hersteller nachweisen, „daß nach dem für dessen Handeln maßgebenden Stand der Wissenschaft, der Technik usw. die Gefahr erkennbar war und zumutbare Möglichkeiten der Gefahrenabwehr vorhanden waren“. Diese differenzierte Begründung überzeugt, wirft jedoch ein Schlaglicht auf die Argumentation im Hühnerpest-Fall. Denn wegen des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs des § 276 Abs. 2 BGB kommt es auch für die objektive Pflichtwidrigkeit eines Fabrikations- oder Konstruktionsfehlers weniger darauf an, was tatsächlich in der Entwicklungsabteilung oder den Fabriken des beklagten Herstellers passiert ist, als darauf, ob ein entsprechender Pro-

⁷⁸ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 51, 91, 104 ff. = NJW 1969, 269, 274 f.

⁷⁹ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 80, 186, 196 ff. = NJW 1981, 1603, 1605 f.

duktfehler auch bei einem sorgfältig organisierten „Vergleichshersteller“ hätte auftreten können, z. B. weil der Fehler objektiv unvermeidbar war.

Aus zeitgenössischer Sicht war an der Hühnerpest-Entscheidung vor allem bemerkenswert, dass der BGH die Haftung überhaupt auf § 823 Abs. 1 BGB stützte, obwohl es um einen Fabrikationsfehler ging. Bis dahin war man überwiegend davon ausgegangen, dass sich in Fabrikationsfehlern typischerweise individuelle Versäumnisse realisieren und daher § 831 BGB angewendet werden müsse.⁸⁰ Auch unter dem Eindruck einer immer stärkeren Automatisierung von Produktionsprozessen erkannte der BGH nun jedoch an, dass auch solche Fehler letztlich auf der Verwirklichung von Organisationsrisiken beruhen. Eine Anwendung des § 831 BGB hat der BGH allerdings weder in dieser noch in späteren Entscheidungen ausgeschlossen. Insoweit war dem Geschädigten in Produkthaftungsfällen schon seit der Brunnensalz-Entscheidung des Reichsgerichts die Beweislast nicht nur für die Auswahl- oder Überwachungspflichtverletzung des Herstellers abgenommen (vgl. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB), sondern auch für die widerrechtliche Schädigung durch den Gehilfen. Denn danach war „[d]ie tatsächliche Grundlage für die Anwendung des § 831 BGB“ bereits gegeben, „wenn feststeht, daß die Ursache der Verletzung der Klägerin in der Fabrik der Beklagten gesetzt worden ist“.⁸¹ Der Geschädigte musste also nicht nachweisen, dass der Fehler überhaupt durch einen Gehilfen verursacht worden war und nicht z. B. durch einen betriebsfremden Saboteur, das Versagen einer Maschine oder höhere Gewalt. In ähnlicher Weise hat auch der BGH später mit Blick auf § 831 BGB betont, der Hersteller müsse „darlegen und beweisen, daß der organisierte Produktionsablauf keiner Störung durch individuelle Fehlleistungen von Bediensteten ausgesetzt war“.⁸² Seien solche individuellen Versäumnisse nicht ausgeschlossen, müsse der Hersteller, wenn er einer Haftung aus § 831 BGB entgehen wolle, „die mit der Fertigung gerade des schadensursächlichen Gegenstands seinerzeit befaßten Arbeitnehmer – bei Ungewißheit alle in Frage kommenden [...] – benennen und sich bezüglich der Auswahl und Überwachung jedes Einzelnen nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB entlasten“.

Die Entlastung ist damit allenfalls noch eine theoretische Option und es ergibt daher heute für Hersteller praktisch keinen Sinn mehr, sich noch auf § 831 BGB zu berufen. Für Geschädigte ist der Reiz dieser Vorschrift ebenfalls entfallen, weil seit der Hühnerpest-Entscheidung die Beweislast bei § 823 Abs. 1 BGB für sie genauso günstig ausgestaltet ist wie bei § 831 BGB. Die Geschäftsherrnhaftung spielt daher für die Produzentenhaftung heute keine Rolle mehr,⁸³ was

⁸⁰ Vgl. etwa *Weitnauer*, NJW 1968, 1593, 1598 unter zutreffender Berufung auf BGH NJW 1968, 247, 248; VersR 1959, 104 f.; VersR 1956, 410, 411; VersR 1952, 357.

⁸¹ RGZ 87, 1, 3 (1915).

⁸² Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1973, 1602, 1603. Vgl. auch schon BGH NJW 1968, 247, 248; VersR 1959, 104, 105.

⁸³ Vgl. MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 917.

die Bedeutung der Beweislastverteilung bei § 823 Abs. 1 BGB unterstreicht. Auffällig ist, dass die beiden Elemente der Beweislastumkehr die Rechtspraxis sehr unterschiedlich beeinflusst haben: Während das Verschulden i. e. S., das auch außerhalb der Produzentenhaftung ein Schattendasein führt, praktisch aus dem Prüfungsprogramm eliminiert ist, ist die objektive Pflichtverletzung trotz Beweislastumkehr immer wieder Streitthema. Das wird durch Fälle auch aus der jüngeren Zeit belegt, in denen keineswegs nur über Rechtsgutsverletzung, Schaden und Kausalität gestritten wurde, sondern auch und vor allem darüber, ob der Hersteller seine Entwicklungs-, Fabrikations- und Instruktionspflichten ordnungsgemäß erfüllt hat.⁸⁴ Das zeigt, dass es übertrieben ist, die Produzentenhaftung als quasi-strikte Haftung zu bezeichnen. Denn selbst wenn man (entgegen der hier vertretenen Ansicht) nicht davon ausgeht, dass sich die Fahrlässigkeit in der objektiven Pflichtverletzung erschöpft, so lässt sich doch kaum bestreiten, dass diese jedenfalls deren zentrales Element ist. Besonders interessant ist für die hiesigen Zusammenhänge, *wie* die objektive Pflichtverletzung geprüft wird – nämlich völlig ohne jede Individualisierung, bezogen auf das Unternehmen als Ganzes. Es wird schlicht danach gefragt, ob „das Unternehmen“ eine Sicherheitsvorkehrung unterlassen hat, die objektiv geboten war, weil sie das Risiko einer Schädigung vermindert hätte, ohne den Hersteller unzumutbar zu belasten.⁸⁵ Auf die Einzelheiten dieses Ansatzes und seine Bedeutung für die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung insgesamt wird später in § 8⁸⁶ zurückzukommen sein.

2. Umwelthaftung

Der BGH hat die wesentlichen Grundsätze der Beweislastverteilung bei der Produzentenhaftung später auch noch auf andere Bereiche der Unternehmenshaftung erstreckt. Dabei ist er aber behutsam vorgegangen und hat bisher *keinen* allgemeinen Grundsatz aufgestellt, dass die objektive Pflichtverletzung generell vermutet wird, wenn feststeht, dass die Schadensursache aus dem Gefahren- und Verantwortungsbereich eines Unternehmens hervorgegangen ist.⁸⁷ Zu den Bereichen, in denen eine der Produzentenhaftung entsprechende Beweislastumkehr anerkannt ist, gehört die Umwelthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Leitentscheidung ist das Kupolofen-Urteil aus dem Jahr 1984, in welchem der BGH

⁸⁴ Vgl. etwa BGHZ 181, 253, 256 ff. = NJW 2009, 2952 ff., Rn. 12 ff.; BGHZ 179, 157, 159 ff. = NJW 2009, 1080 ff., Rn. 9 ff.; BGH NJW 1999, 2815 f.; BGHZ 129, 353, 361 ff. = NJW 1995, 2162, 2164 f.; BGH NJW 1995, 1286, 1287 ff.

⁸⁵ Deutlich etwa BGHZ 181, 253, 256 ff. = NJW 2009, 2952 ff., Rn. 11 ff.; vgl. auch MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 917, 922, 1014 f.

⁸⁶ → § 8 B.

⁸⁷ Vgl. aber zum Vertragsrecht BGH VersR 2017, 1274, 1275, Rn. 13; NJW-RR 2017, 635, 638, Rn. 31; NJW 2009, 142, Rn. 15; BGHZ 126, 124, 129 = NJW 1994, 2019, 2020. Für Übertragung auf das Deliktsrecht MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 103.

über die Haftung der Betreiberin einer Industrieanlage für Schäden zu befinden hatte, die durch Eisenoxidemissionen aus der Anlage an Fahrzeugen auf angrenzenden Parkplätzen verursacht worden waren. Der BGH ging unter ausdrücklicher Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zur Produzentenhaftung davon aus, „daß es Sache der Beklagten ist, darzutun und zu beweisen, daß die von ihrem Grundstück ausgehenden Emissionen sich im Rahmen einer ortsüblichen Benutzung ihres Grundstücks gehalten haben und daß sie die ihr wirtschaftlich zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat, um eine Schädigung der Fahrzeuge der Kläger durch Staubimmissionen ihres Kupolofens zu verhindern“.⁸⁸ Auch insoweit ist also die Beweislast für die objektive Pflichtverletzung umgekehrt, was der BGH damit begründete, dass die Geschädigten keine Einsicht hätten „in die Verhältnisse, unter denen der Emittent sein emittierendes Unternehmen betrieben hat“.⁸⁹ Allein der Betreiber vermöge zu übersehen, „ob die Emission unter Einhaltung der erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen unter Beachtung aller zumutbaren Sicherheitsmaßnahmen bewirkt worden ist“. Es liegt auf der Hand, dass es auch für die Prüfung dieser Fragen keiner Individualisierung bedarf, sondern dass unternehmens- bzw. betriebsbezogen zu untersuchen ist, ob sich mindestens eine Sicherheitsvorkehrung benennen lässt, die objektiv erforderlich und zumutbar war, vom konkreten Anlagenbetreiber jedoch unterlassen wurde. Die praktische Bedeutung der Umwelthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB ist heute freilich nur noch gering, weil die meisten Schäden durch Umwelteinwirkungen von Industrieanlagen mittlerweile von der Gefährdungshaftung nach § 1 UmweltHG erfasst werden.

3. Krankenhausträgerhaftung

Schließlich gehört in diesen Kontext auch noch die Beweislastumkehr zulasten von Krankenhausträgern hinsichtlich der Haftung für sog. „voll beherrschbare Risiken“, womit vor allem Organisationsrisiken außerhalb der ärztlichen Behandlungstätigkeit gemeint sind, z. B. fehlerhafte Gerätschaften, mangelhafte Hygiene oder Fehler bei der Personalplanung oder den betrieblichen Arbeitsabläufen.⁹⁰ In einem Fall, in dem eine Patientin eine Gesundheitsschädigung erlitten hatte, weil eine ihr verabreichte Infusionsflüssigkeit bei oder nach der Zubereitung im Krankenhaus unsteril geworden war, hat der BGH eine Beweislastumkehr zulasten des Krankenhausträgers ausdrücklich unter Berufung auf die Grundsätze der Produzentenhaftung begründet. Der Organisationsbereich, in dem die Verseuchung entstanden ist, werde „voll von dem beklagten

⁸⁸ BGHZ 92, 143, 147, 150 f. = NJW 1985, 47, 48 f.

⁸⁹ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 92, 143, 150 = NJW 1985, 47, 49.

⁹⁰ Vgl. BGHZ 171, 358, 362 f. = NJW 2007, 1682, 1683, Rn. 11; BGHZ 89, 263, 269 f. = NJW 1984, 1400, 1401; BGH NJW 1982, 699; NJW 1978, 1683; NJW 1978, 584 f.; MünchKomm-BGB/Wagner, § 2020, § 630h BGB Rn. 21 ff.

Krankenhaus beherrscht“, das alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen habe, um solche Fehler zu vermeiden.⁹¹ Für diesen Risikobereich sei es dem Träger „durchweg eher als dem geschädigten Patienten zuzumuten, die Vorgänge, die zu dem die Klägerin schädigenden Geschehen geführt haben, aufzuklären“. Deshalb müsse in solchen Fällen auch in Bezug auf die Haftung aus unerlaubter Handlung „das Krankenhaus sowohl hinsichtlich der Organisation als auch der Anleitung und Überwachung des Personals seine Schuldlosigkeit dartun und beweisen“. Wiederum bezieht sich die Beweislastumkehr auch auf die objektive Pflichtverletzung und wiederum hat dies zu einer weitgehend entindividualisierten Prüfung geführt.⁹² Mittlerweile wird die deliktische Haftung der Krankenhausträger allerdings noch weit stärker als früher von der vertraglichen Haftung überlagert, für welche der Gesetzgeber die Beweislastumkehr in Bezug auf voll beherrschbare Risiken in § 630h Abs. 1 BGB kodifiziert hat.

II. Sekundäre Darlegungslast

Die bisher diskutierten Fallgruppen betreffen die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB und damit im Kern die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung. Hinsichtlich der Vorsatzhaftung und insbesondere der Haftung nach § 826 BGB beharrte die Rechtsprechung hingegen bis vor kurzem darauf, dass der Geschädigte die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen trägt und zwar auch, wenn sich der Anspruch gegen einen Unternehmensträger richtet. In den Dieselfällen ist der BGH von dieser strengen Linie abgewichen und davon ausgegangen, dass die beklagten Autohersteller unter bestimmten Umständen eine sekundäre Darlegungslast trifft. Es stellt sich die Frage, inwieweit sich dieser Ansatz allgemein für die Unternehmenshaftung fruchtbar machen lässt und welche Erkenntnisse daraus speziell für die Konstruktion der Unternehmens-Vorsatzhaftung gewonnen werden können

1. Dieselfälle

Um Missverständnisse auszuschließen, ist zu betonen, dass die Haftung in den Dieselfällen, so wie der BGH sie konstruiert hat, keine direkte, sondern eine *indirekte* Unternehmenshaftung i.S. der oben in § 3⁹³ vorgenommenen Differenzierung ist. Dass sich nicht nur aus § 823, sondern auch aus § 826 BGB Pflichten ergeben können, die unmittelbar und exklusiv an den Unternehmensträger gerichtet sind,⁹⁴ ist bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur

⁹¹ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1982, 699.

⁹² Vgl. etwa BGHZ 95, 63, 74 f. = NJW 1985, 2189, 2192.

⁹³ → § 3 A.

⁹⁴ Dazu oben → § 4 B I 3.

anerkannt. Gerade der Haftung aus § 826 BGB legt der BGH ein streng individualistisches Verständnis zugrunde, das er auch in den Dieselfällen im Grundsatz bestätigt hat. Danach muss der Geschädigte bei Inanspruchnahme einer juristischen Person als Unternehmensträgerin darlegen und beweisen, „dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) des in Anspruch genommenen Unternehmens die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat“.⁹⁵ Alternativ kann eine Haftung aus § 831 BGB in Betracht kommen, allerdings ist auch insoweit erforderlich, dass der Verrichtungsgehilfe den gesamten Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht und insbesondere auch vorsätzlich handelt,⁹⁶ obwohl die Rechtsprechung sonst für § 831 BGB nicht verlangt, dass der Gehilfe schuldhaft gehandelt haben muss.⁹⁷ Eine wie auch immer geartete „Organisationshaftung“ lehnt der BGH bisher ab. Insbesondere hat er in der Fondsprospekt-Entscheidung aus dem Jahr 2016 und anschließend auch in den Dieselfällen in aller Deutlichkeit betont, dass weder für die Begründung der Sittenwidrigkeit, noch für die Begründung des Vorsatzes die Grundsätze der Wissenszurechnung herangezogen werden könnten, weil dies dem „personalen Charakter“ des § 826 BGB nicht gerecht werde.⁹⁸

In den Dieselfällen ging der BGH jedoch davon aus, dass die jeweils beklagte Autoherstellerin eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Frage treffen könne, „wer die Entscheidung über den Einsatz der unzulässigen Abschalteneinrichtung bei ihr getroffen und ob ihr Vorstand hiervon Kenntnis hatte“.⁹⁹ Dies wurde unter ausführlicher Würdigung der bisherigen Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast vor allem mit den „besonderen Schwierigkeiten“ der Geschädigten begründet, „konkrete Tatsachen darzulegen, aus denen sich die Kenntnis eines bestimmten Vorstandsmitglieds ergibt“.¹⁰⁰ Allerdings hob der BGH hervor, dass das unstrittige oder nachgewiesene Parteivorbringen „hinreichende Anhaltspunkte“ dafür enthalten müsse, dass die verfassungsmäßigen Vertreter der jeweiligen Beklagten von der Verwendung der Abschalteneinrichtung Kenntnis hatten. Daran hat er z. B. Klagen gegen die Audi AG wegen des von der Volkswagen AG entwickelten Motors EA189 scheitern lassen, weil die Kläger nicht dargelegt hatten, warum davon auszugehen sei, dass Vorstandsmitglieder *der Audi AG* von den Manipulationen Kenntnis haben sollten.¹⁰¹ Bei Klagen gegen die Volkswagen AG selbst sah der BGH die nötigen hinreichen-

⁹⁵ BGHZ 225, 316, 330 = NJW 2020, 1962, 1966, Rn. 35.

⁹⁶ BGH NJW 2021, 1669, 1672 f., Rn. 35; BGHZ 225, 316, 334 f. = NJW 2020, 1962, 1967, Rn. 43; BGH NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 11 m. w. N.

⁹⁷ Dazu schon oben → § 1 B II sowie unten → § 10 C II.

⁹⁸ BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; NJW 2017, 250, 252 f., Rn. 23, 26.

⁹⁹ BGH NJW-RR 2021, 1029, 1030, Rn. 16; NJW 2020, 2804, 2805, Rn. 17; BGHZ 225, 316, 332 ff. = NJW 2020 1962, 1966 ff., Rn. 39 ff.

¹⁰⁰ BGHZ 225, 316, 332 = NJW 2020, 1962, 1966 f., Rn. 39.

¹⁰¹ Vgl. insb. BGH NJW 2021, 1669, 1671 f., Rn. 28 ff.

den Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstands hingegen bereits in dem Umstand, „dass es sich bei der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung [...] um eine grundlegende, weltweit alle Fahrzeuge mit Motoren der Serie EA189 betreffende Strategieentscheidung handelte, die mit erheblichen Risiken für den gesamten Konzern und auch mit persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden war“ sowie in der „Bedeutung gesetzlicher Grenzwerte und der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten ihrer Einhaltung für die Geschäftstätigkeit der Beklagten“.¹⁰² Er schloss also, wie *Wagner* richtig bemerkt, „aus der Schwere der Verfehlung darauf, sie sei auf höchster Ebene getroffen worden“.¹⁰³

Mit der sekundären Darlegungslast wurde den Geschädigten über zwei Hürden hinweggeholfen: den Nachweis, dass ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB gehandelt hatte (und nicht bloß ein Verrichtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB) und den Nachweis, dass dieser Repräsentant von den Abgasmanipulationen Kenntnis hatte, was nach der Rechtsprechung des BGH schon für die Sittenwidrigkeit von Bedeutung ist, jedenfalls aber für den Schädigungsvorsatz. Bemerkenswert ist, dass keiner der beklagten Autohersteller versucht hat, die verantwortlichen Mitarbeiter zu benennen und sich für diese nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten, obwohl insbesondere die Volkswagen AG zuvor bekundet hatte, die Manipulationen seien von Mitarbeitern der Entwicklungsabteilung ohne Beteiligung und Kenntnis des Vorstands erdacht worden. Über die Gründe ließe sich freilich nur spekulieren. Gerade bei Vorsatzdelikten ist eine erfolgreiche Entlastung nicht so abwegig, wie in der Literatur teilweise suggeriert wird,¹⁰⁴ zumal nicht auf § 823 Abs. 1 BGB und die Rechtsprechung zum betrieblichen Organisationsverschulden ausgewichen werden kann. Als problematisch hätte sich aber wohl erwiesen, dass die Manipulationen – den Vortrag der Hersteller als richtig unterstellt – über mehrere Jahre von den Unternehmensleitungen nicht bemerkt worden waren, bevor sie im Herbst 2015 öffentlich wurden. Denn der BGH hat den Grundsatz aufgestellt, „daß dann, wenn der gefahrbringende Zustand eine längere Zeit angedauert hat, angenommen werden kann, daß der Geschäftsherr seine Überwachungspflicht nicht ausreichend erfüllt hat“.¹⁰⁵ Da der Vorstand die Ingenieure in der Motorenentwicklung vermutlich nicht selbst ausgewählt und überwacht hat, hätte man es mit einer dezentralisierten Entlastung versuchen können, da der BGH diese Figur bisher nicht ausdrücklich aufgegeben hat. Zumindest bei der Volkswagen AG wäre dieser Versuch aber wohl misslungen, weil der BGH den Leiter der Entwicklungsabteilung als Repräsen-

¹⁰² BGHZ 225, 316, 332 = NJW 2020, 1962, 1966f., Rn. 39.

¹⁰³ MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 42.

¹⁰⁴ Vgl. etwa NK-BGB/*Katzenmeier*, 42021, § 831 Rn. 2; *Soergel/Krause*, 132005, § 831 Rn. 7f.; *S. Lorenz*, JuS 2020, 821, 822.

¹⁰⁵ BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

tantan i. S. des § 31 BGB eingeordnet hat,¹⁰⁶ sodass dessen Auswahl- und Überwachungsverschulden i. S. des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB als eigenes Auswahl- und Überwachungsverschulden der Volkswagen AG als Geschäftsherrin anzusehen gewesen wäre.

2. Folgen

Wichtiger ist für die hiesigen Zusammenhänge, ob die Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast geeignet ist, die Unternehmenshaftung weiter zu individualisieren und vielleicht sogar eine ähnliche Wirkung für die Unternehmens-Vorsatzhaftung entfalten könnte wie die Hühnerpest-Entscheidung für die Produzentenhaftung. Viel wird davon abhängen, welche Anforderungen die Gerichte in Zukunft an den Vortrag der beklagten Unternehmen stellen und ob diese sich darauf einlassen und tatsächlich zu ihrer Organisationsstruktur und ihren internen Arbeitsabläufen vortragen werden. Falls dies den Verantwortlichen ähnlich müßig erscheinen sollte wie bisher schon Entlastungsversuche nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, könnte sich die praktische Bedeutung des Vorsatzerfordernisses für die Unternehmenshaftung erheblich reduzieren. Die Haftung nach § 826 BGB würde dadurch noch weiter als bisher schon auf die Sittenwidrigkeit reduziert, die in der Literatur ohnehin als das zentrale Merkmal des § 826 BGB angesehen wird.¹⁰⁷ Die Sittenwidrigkeit ist aber weitgehend objektiviert und kann auch in Bezug auf Unternehmen geprüft werden, wofür gerade die erste Leitentscheidung des BGH gegen die Volkswagen AG einen anschaulichen Beleg liefert. Denn der BGH prüft hier zunächst, ob das „Verhalten der Beklagten“, also der Volkswagen AG, objektiv sittenwidrig war, und diskutiert im Anschluss eine Zurechnung nach § 31 BGB nur in Bezug auf subjektive Umstände wie die Kenntnis der Manipulationen. Die Sittenwidrigkeit wird auch inhaltlich mit unternehmensbezogenen Umständen begründet, z. B. mit der Verletzung von Herstellerpflichten nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und damit, dass die Manipulation dazu diene, die Kosten der Fahrzeugproduktion zu senken und den Gewinn der Volkswagen AG zu erhöhen.¹⁰⁸ In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich betont, für „die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Sittenwidrigkeit *durch die Beklagte selbst*“ (Herv. C.K.) sei nicht erforderlich, dass die handelnden Personen außerdem Vorteile für sich persönlich erstrebt hätten. Die Sittenwidrigkeitsprüfung wird also ungeachtet des angeblich „personalen Charakters“ des § 826 BGB auf die Volkswagen AG als unternehmerische Einheit bezogen. Das ist auch richtig so, weil sich anders nicht sinnvoll berücksichtigen ließe, dass die maßgeblichen Umstände unterschiedliche Bereiche der unternehmerischen Wertschöpfung betreffen (z. B.

¹⁰⁶ BGHZ 225, 316, 329 f. = NJW 2020, 1962, 1966, Rn. 33.

¹⁰⁷ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, § 826 Rn. 3.

¹⁰⁸ BGHZ 225, 316, 325 = NJW 2020, 1962, 1964, Rn. 22.

Forschung und Entwicklung, Umweltmanagement, Marketing, Vertrieb) und dass mehrere Millionen Fahrzeuge und entsprechend viele Käufer von den Manipulationen betroffen waren, was sich nur dadurch erklärt, dass nicht die Tätigkeit eines Kleinunternehmens zu beurteilen war, sondern das Marktverhalten eines der größten Autohersteller der Welt.

Die Dieselfälle lassen noch nicht erkennen, wie der BGH die jeweiligen Darlegungslasten der Parteien in Unternehmenshaftungsfällen austarieren wird. Denn prozessual waren die Fälle in dieser Hinsicht einfach gelagert: Hinreichende Anhaltspunkte für die Richtigkeit der klägerseits vorgetragenen Tatsachen ergaben sich bereits aus öffentlich bekannten Informationen, andererseits haben sich die Unternehmen offenbar vor allem auf Nichtwissen berufen. In der ersten Leitentscheidung gegen die Volkswagen AG hielt es der BGH für rechtsfehlerfrei, dass das Berufungsgericht der Beklagten auferlegt hatte, hinsichtlich einer möglichen Beteiligung ihrer Vorstandsmitglieder an den Manipulationen mitzuteilen, „welche Ermittlungen mit welchem Ergebnis sie insoweit angestellt habe und über welche Erkenntnisse sie insoweit verfüge“.¹⁰⁹ Außerdem bemängelte er, dass die Beklagte „nicht einmal zu ihrer damaligen Organisationsstruktur und Arbeitsorganisation, den damaligen internen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, den Berichtspflichten und den von ihr veranlassten Ermittlungen vorgetragen“ habe.¹¹⁰ Das scheint recht weitgehend. Allerdings hat der BGH an anderer Stelle auch betont, die sekundäre Darlegungslast führe „weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO) hinausgehende Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozesserfolg benötigten Informationen zu verschaffen“.¹¹¹ Es bleibt abzuwarten, welchen Vortrag der BGH künftig im Einzelnen verlangen wird und wie Unternehmen damit umgehen werden. Davon wird abhängen, ob die Unternehmens-Vorsatzhaftung in der praktischen Rechtsanwendung individualistisch bleibt und es vielleicht sogar zu einer Renaissance des § 831 BGB kommt oder ob subjektive Elemente wie das Vorsatzerfordernis für die Unternehmenshaftung künftig an Bedeutung verlieren, was, wie vorstehend angedeutet, zu einer Entindividualisierung und Objektivierung der Haftung führen könnte. Eine ganz andere Frage ist freilich, ob es rechtspolitisch überzeugend wäre, das Vorsatzerfordernis mit Mitteln des Prozessrechts faktisch zu eliminieren. Daran seien bereits an dieser Stelle Zweifel angemeldet. Will man den Zwecken der Vorsatzhaftung gerecht werden, scheint es vielmehr sinnvoller, auch das Vorsatzerfordernis bereits auf der Ebene des materiellen Rechts für unternehmensbezogene Betrachtungen zu öffnen und seine Anwendung z. B. durch die von

¹⁰⁹ BGHZ 225, 316, 332 f. = NJW 2020, 1962, 1966 f., Rn. 39.

¹¹⁰ BGHZ 225, 316, 333 = NJW 2020, 1962, 1967, Rn. 40.

¹¹¹ BGHZ 225, 316, 331 = NJW 2020, 1962, 1966, Rn. 37.

der Rechtsprechung bisher abgelehnten Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung auch unabhängig von einer Individualisierung der handelnden Personen zu ermöglichen. Darauf wird unten in § 9 ausführlich zurückzukommen sein.

III. Dauerzustände

Der BGH betont in den Dieselfällen immer wieder, die Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtungen beruhe auf einer „grundlegenden strategischen Entscheidung“¹¹² und suggeriert damit, der Vorstand müsse einbezogen gewesen sein, obwohl gerade dies bestritten war.¹¹³ Damit stehen die Entscheidungen in der Tradition einer viel älteren Rechtsprechungslinie zu Organisationsmängeln bei verkehrswidrigen Dauerzuständen. Schon das Reichsgericht ging davon aus, dass auf eine Sorgfaltspflichtverletzung der verfassungsmäßig berufenen Vertreter einer juristischen Person geschlossen werden könne, wenn „der Schaden durch eine bleibende Einrichtung oder einen dauernden ordnungswidrigen bzw. sicherheitsgefährlichen Zustand“ verursacht wurde, weil gewöhnlicherweise davon auszugehen sei, dass der Zustand oder die Einrichtung nicht bestanden haben könnte, wenn die Vertreter sorgfältig gewesen wären.¹¹⁴ Wie die Dieselfälle beruhten auch diese Entscheidungen auf der Prämisse, dass schwerwiegende Mängel innerhalb eines Unternehmens oder einer sonstigen Organisation der Leitung typischerweise nicht verborgen bleiben. Während allerdings in Vorsatzfällen die Schwere des Mangels den Schluss darauf zulassen muss, dass er der Unternehmensleitung bekannt war, genügt für die Fahrlässigkeitshaftung, dass der Mangel hätte bekannt sein müssen.

IV. Unbekannter Gehilfe/Repräsentant

In den Kontext einer Entindividualisierung der Unternehmenshaftung durch Beweiserleichterungen gehört auch der Umstand, dass es für die Anwendung der §§ 31, 831 BGB (und zwar auch und gerade in ihrer Funktion als Zurechnungsnormen) grundsätzlich nicht erforderlich ist, dass der Geschädigte einen konkreten Repräsentanten oder Verrichtungsgehilfen benennt, den er für seinen Schaden verantwortlich macht. In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB war dies allerdings noch umstritten.¹¹⁵ Insbesondere war von beklagten

¹¹² Vgl. BGHZ 225, 316 ff. = NJW 2020, 1962 ff., Rn. 16, 19, 23, 25, 29, 60, 63.

¹¹³ Vgl. zu diesem Aspekt auch MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 826 Rn. 42a.

¹¹⁴ RG Warn 1910 Nr. 189, S. 193; Warn 1908 Nr. 465; JW 1904, 88; RG Gruchot 49 (1904), 635; RGZ 53, 176, 282 (1903).

¹¹⁵ Vgl. nur Planck/Planck, 31907, § 831 Anm. 1a, S. 1004.

Geschäftsherrn immer wieder gerügt worden, der Kläger müsse den Verrichtungsgehilfen i. S. des § 831 BGB konkret benennen, weil sonst eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht möglich sei. Das Reichsgericht ist dem erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1906 entgegengetreten. Die Ehefrau des Klägers war in einem Geschäftslokal durch einen von der Galerie herabfallenden Karton verletzt worden, der dort von einem unbekannt gebliebenen Mitarbeiter „ungeschickt und unvorsichtig“ gelagert worden war.¹¹⁶ Das Reichsgericht war der Ansicht, vom Kläger könne nicht der Nachweis verlangt werden, wer von den Angestellten den Karton auf der Galerie abgestellt habe. Die Inhaberin des Geschäfts könne, wenn sie ihrerseits „nicht diesen Nachweis erbringen will oder kann“, den Entlastungsbeweis dadurch führen, „daß sie ihn auf alle diejenigen Angestellten erstreckt, die von ihr zur Zeit des Unfalls mit der Entnahme von Waren aus den über der Galerie befindlichen Regalen und ihrer Widereinbringung bestellt waren“. Ähnlich hat das Reichsgericht in der Folgezeit immer wieder entschieden¹¹⁷ und der BGH hat sich später, vor allem in frühen Entscheidungen zur Produzentenhaftung, angeschlossen.¹¹⁸ Auch für eine Anwendung des § 31 BGB wird von dem Geschädigten keine Individualisierung des konkreten Repräsentanten verlangt, sofern sich auch anderweitig zeigen lässt, dass ein Repräsentant schuldhaft gehandelt haben muss, z. B. weil ein verkehrswidriger Dauerzustand nicht beseitigt wird¹¹⁹ oder ein an den Unternehmensträger gerichtetes Schutzgesetz unbeachtet bleibt, obwohl die Unternehmensleitung dessen Einhaltung gewährleisten müsste.¹²⁰ Eine Ausnahme wird für Vorsatzdelikte gemacht, weil die Gerichte davon ausgehen, dass das Wissens- und das Wollenselement nur in Bezug auf konkrete natürliche Personen nachgewiesen werden können. Auch insoweit scheint aber nicht zwingend, dass eine Individualisierung unbedingt erforderlich ist,¹²¹ außerdem ist in diesem Zusammenhang spätestens seit den Dieselfällen stets an die Möglichkeit einer sekundären Darlegungslast zu denken.¹²²

Insbesondere in Entscheidungen zur Verkehrspflichthaftung von Unternehmensträgern bleiben die handelnden natürlichen Personen heute oft anonym. Welcher Repräsentant oder Verrichtungsgehilfe die Pflicht des Unternehmensträgers verletzt hat, ist für die Unternehmenshaftung schlicht unerheblich. Relevant ist allenfalls, ob die handelnden Personen in die eine oder in die andere Kategorie fallen, weil bei Verrichtungsgehilfen die Entlastung nach § 831 Abs. 1

¹¹⁶ Hierzu und zum Folgenden RG JW 1906, 196 f.

¹¹⁷ RGZ 159, 283, 290 (1939); RGZ 87, 1, 3 f. (1915); RG Warn 1914 Nr. 53, S. 79; Warn 1909 Nr. 507, S. 490; RGZ 70, 379, 380 f. (1909).

¹¹⁸ BGH NJW 1973, 1602, 1603; NJW 1968, 247, 248; VersR 1959, 104, 105; VersR 1958, 107, 108; VersR 1953, 242.

¹¹⁹ Vgl. RG JW 1932, 2076; Warn 1919 Nr. 89, S. 137 f.; RGZ 89, 136 f. (1916).

¹²⁰ Vgl. RG Warn 1910 Nr. 189, S. 193.

¹²¹ Vgl. etwa BGHZ 184, 365 ff. = NZG 2010, 550 ff.

¹²² Dazu bereits oben → II.

S. 2 BGB möglich ist. Dass die Verkehrspflichthaftung weitgehend ohne Individualisierung auskommt, liegt vor allem daran, dass sich die objektive Pflichtverletzung auch ohne Bezugnahme auf konkrete Personen prüfen lässt und dass das Verschulden i. e. S. in der Praxis kaum eine Rolle spielt.

Vielfach deutet der Verzicht auf eine Individualisierung darauf hin, dass der Schaden gar nicht auf das Verhalten und Verschulden einer einzelnen Person zurückzuführen ist, sondern dass sich darin Organisationsrisiken realisieren, z. B. Fehler im arbeitsteiligen Zusammenwirken mehrerer Gehilfen oder in der Organisation der unternehmerischen Prozesse. Das erklärt z. B., warum in Haftungsfällen wegen Organisationspflichtverletzungen die maßgeblichen Akteure so gut wie nie individuell benannt werden. Mitunter kann allerdings die Gefahr bestehen, dass der Verzicht auf die Individualisierung eines konkreten Repräsentanten oder Gehilfen dazu führt, dass einzelne Tatbestandsmerkmale nicht mehr gründlich geprüft werden, weil es an einem klaren Bezugspunkt fehlt. So bleibt in einigen älteren Entscheidungen nicht nur offen, welcher Gehilfe die Verkehrspflicht des Unternehmensträgers verletzt haben soll, sondern ob es überhaupt ein Gehilfe war, der mit seinem Verhalten die maßgebliche Ursache für den Schaden gesetzt hat und nicht z. B. ein unternehmensexterner Dritter.¹²³ Außerdem hat sich der BGH z. B. in seinen Urteilen zur Teilnehmerhaftung ausländischer Brokerhäuser wegen ihrer Mitwirkung an sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigungen von Kapitalanlegern durch inländische Terminoptionsvermittler eher oberflächlich mit dem Gehilfenvorsatz auseinandergesetzt, was auch daran gelegen haben dürfte, dass in den Entscheidungen nicht konkretisiert wurde, wer eigentlich für die Brokerhäuser gehandelt hatte.¹²⁴ Hier zeigt sich, dass der Verzicht auf eine Individualisierung der handelnden Person und die sorgfältige Prüfung individualistischer Anspruchsvoraussetzungen miteinander in Konflikt geraten können. Daraus folgt aber nicht unbedingt, dass die Akteure doch individualisiert werden müssten, sondern es lässt sich ebenso gut hinterfragen, ob es überhaupt sachgerecht ist, vermeintlich individualistische Anspruchsvoraussetzungen wie den Vorsatz ausnahmslos individualistisch zu verstehen. Wenn es offenbar ein praktisches Bedürfnis dafür gibt, die Begründung der Unternehmenshaftung nicht notwendigerweise vom Verhalten und Verschulden einer einzelnen Person abhängig zu machen, dürfte es dem Zweck der jeweiligen Haftungstatbestände in der Regel näher stehen, vermeintlich individualistische Anspruchsvoraussetzungen für die Berücksichtigung überindividueller Umstände zu öffnen¹²⁵ als ihnen mithilfe von Beweis-erleichterungen ihre praktische Bedeutung zu nehmen.

¹²³ Vgl. RGZ 159, 283, 290ff. (1939); RGZ 87, 1, 3f. (1915).

¹²⁴ BGH WM 2011, 1028, 1030, Rn. 28ff.; NJW-RR 2011, 551, 553f., Rn. 49ff.; ZIP 2011, 1215, 1217, Rn. 40ff.; BGHZ 184, 365, 372ff. = NZG 2010, 550ff., Rn. 23ff.

¹²⁵ Dazu ausf. unten → § 9 B.

V. Bewertung

Die Tatsache, dass Beweisregeln wie die Beweislastumkehr bei der Produzentenhaftung oder die sekundäre Darlegungslast in den Dieselfällen zu einer weitgehenden Entindividualisierung der Unternehmenshaftung führen, veranschaulicht, dass es nur einzelne Anspruchsvoraussetzungen wie die „innere Sorglosigkeit“ und der „Vorsatz“ sind, die einer echten Unternehmenshaftung ohne Individualzurechnung entgegenzustehen scheinen. Wo diese Merkmale zumindest praktisch keine Rolle spielen, wird für die übrige Prüfung meist einfach auf „das Unternehmen“ abgestellt, wodurch nicht nur Umstände Berücksichtigung finden können, die sich einzelnen Unternehmensangehörigen zuordnen lassen, sondern alles, was für die Haftung des Unternehmens als Einheit relevant erscheint. Das zeigt sich im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung z. B. bei der Prüfung der objektiven Pflichtverletzung, für die darauf abgestellt wird, welche Sorgfaltsmaßnahmen von dem beklagten Unternehmen insgesamt erwartet werden mussten, weil sie erforderlich und zumutbar waren.¹²⁶ Das ist auch richtig so, weil die möglichen und zumutbaren Schadensvermeidungsmaßnahmen völlig unterschätzt würden, wenn man für ihre Bestimmung nicht auf das Unternehmen bzw. ein ordentlich organisiertes Vergleichsunternehmen abstellen würde, sondern lediglich auf einzelne Unternehmensangehörige.¹²⁷ Ganz ähnlich lassen sich auch andere Merkmale wie die Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB unternehmensbezogen prüfen, was – wie die Dieselfälle anschaulich belegen – vom jeweiligen Normzweck auch geboten sein kann, weil sich bei einer individualistischen Sichtweise nicht alle für die Unternehmenshaftung relevanten Umstände berücksichtigen ließen.

Vermeintlich individualistische Anspruchsvoraussetzungen durch Beweisregeln faktisch aus dem Prüfungsprogramm zu streichen, kann aber nicht die Lösung für die Zurechnungsprobleme der Unternehmenshaftung sein. Eine auf Beweislastumkehr und ähnliche Mechanismen gestützte quasi-strikte Haftung taugt, anders als *Brüggemeier* meint,¹²⁸ nicht als allgemeines Prinzip, auf dessen Grundlage sich die direkte Unternehmenshaftung rekonstruieren ließe. Es ist weder dogmatisch noch rechtspolitisch überzeugend, Haftungsnormen nur unvollständig anzuwenden, weil der Normadressat ein Unternehmensträger ist. Das bedeutet nicht, dass es keine Beweiserleichterungen gegenüber Unternehmen geben sollte. Es ist zweifellos richtig, dass sich Unternehmen für Außenstehende oft als „Blackbox“ darstellen, in deren Inneres sie keinen Einblick haben. Geschädigte können deshalb in der Regel nicht aufklären, warum sich innerhalb eines Unternehmens ein Fehler ereignet hat und wer dafür konkret verant-

¹²⁶ Dazu unten → § 8 B.

¹²⁷ Dazu noch ausf. unten → § 8 B III.

¹²⁸ *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 789.

wortlich ist. Wo es darauf tatsächlich ankommt, sollten ihnen die Gerichte deshalb, wie es bereits geschieht, mit Beweiserleichterungen entgegenkommen, soweit dies nach den Grundsätzen des Prozessrechts möglich und dem jeweiligen Anspruchsgegner zumutbar ist. Gleichzeitig ist aber für das materielle Recht zu hinterfragen, welchen Zweck eigentlich Merkmale wie die „innere Sorglosigkeit“ erfüllen und warum es offenbar kein größeres Problem darstellt, dass sie durch Beweisregeln zugunsten der Geschädigten praktisch ihre Bedeutung verloren haben. Sollte sich dabei erweisen, dass einzelne Voraussetzungen zur Verwirklichung des Normzwecks nicht erforderlich sind, wären sie allerdings insgesamt bereits auf der Ebene des materiellen Rechts aufzugeben und nicht nur für die Unternehmenshaftung faktisch zu eliminieren. Soweit Merkmale wie die objektive Pflichtverletzung, der Vorsatz und die Sittenwidrigkeit wichtige haftungsrechtliche Funktionen erfüllen, ist hingegen darauf zu achten, dass ihnen nicht durch prozessrechtliche Regelungen ihre praktische Bedeutung genommen wird. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Rechtsprechung äußerst behutsam vorgeht und für diese Voraussetzungen bisher keine allgemeinen, fallgruppen- oder gar haftungsnormübergreifenden Beweisregeln zulasten von Unternehmen formuliert hat.

Aufschlussreich für die hiesigen Überlegungen zur unmittelbaren Erfassung von Organisationsrisiken im Rahmen der direkten Unternehmenshaftung ist jedoch, wie die Rechtsprechung die Beweisregeln begründet. Es wird nicht etwa auf die Besonderheiten juristischer Personen abgestellt, z.B. auf ihre Handlungs- und Verschuldensunfähigkeit, erst recht nicht auf ihr „Wesen“, sondern es wird allgemein, ohne Rücksicht auf die Rechtsform des jeweiligen Unternehmensträgers, mit den Besonderheiten von Unternehmen als arbeitsteilig organisierten wirtschaftlichen Einheiten argumentiert. Das wird an der Produzentenhaftung besonders deutlich, wo der BGH für die Begründung der Beweislast des Herstellers u. a. darauf abgestellt hat, dass die Schäden „aus dem Gefahrenbereich seines Betriebs“ entstanden sind und dass „die Größe des Betriebes, seine komplizierte, verschachtelte, auf Arbeitsteilung beruhende Organisation, verwickelte technische, chemische und biologische Vorgänge und dergleichen“ es dem Geschädigten oft praktisch unmöglich machen, die Ursache des schadenstiftenden Fehlers aufzuklären.¹²⁹ Die Rechtsprechung ist also zumindest auf der Ebene des Beweisrechts bemüht, den Realitäten des modernen Wirtschaftslebens Rechnung zu tragen und stellt für die Beurteilung der Haftung des Unternehmensträgers unmittelbar auf das von ihm getragene Unternehmen ab. Die Beweislast wird zulasten des *Unternehmensträgers* umgekehrt, weil das *Unternehmen* eine komplexe, von außen kaum zu durchdringende Struktur aufweist. Dass es ohne größere dogmatische Verrenkungen möglich und rechtspolitisch sinnvoll sein kann, den Unternehmensträger für die Zwecke des Haf-

¹²⁹ BGHZ 51, 91, 104f. = NJW 1969, 269, 274f.

tungsrechts mit dem Unternehmen als Organisation zu identifizieren, liegt eigentlich auf der Hand. Und doch gehen die Gerichte auf der Ebene des materiellen Rechts allzu oft davon aus, es gebe nur den Unternehmensträger und die für ihn handelnden natürlichen Personen als Individuen. Bei der Vorsatzhafung wird dies besonders deutlich, aber auch die Fahrlässigkeitshaftung nicht menschlicher Unternehmensträger beruht nach h.M. auf einer Individualzurechnung nach §§ 31, 831 BGB. Das dürfte daran liegen, dass nur natürliche und juristische Personen als Rechtssubjekte anerkannt sind, während das Unternehmen rechtlich vor allem als Rechtsobjekt, also Vermögensgegenstand angesehen wird. Das Unternehmen ist aber auch eine soziale und wirtschaftliche Organisation und dies außer Acht zu lassen, wenn die Haftung des Unternehmensträgers zu beurteilen ist, wäre schlicht realitätsfern. Insofern stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit dieser methodische Ansatz verallgemeinerungsfähig ist und auch außerhalb des Beweisrechts einen Beitrag zur Rekonstruktion der Unternehmenshaftung leisten kann.

C. Organisationshaftung

Auch angesichts der vorstehenden Überlegungen soll abschließend noch untersucht werden, ob und ggf. inwieweit für die Begründung der Haftung von Unternehmensträgern unmittelbar auf das Unternehmen als Organisation abgestellt werden kann. Die Idee einer solchen Organisationshaftung lässt sich mindestens bis zu *Gierke* zurückverfolgen, der sich für eine strikte Geschäftsherrnhaftung u. a. deshalb aussprach, weil darin der Gedanke wirksam werde, „daß der Unternehmer als Haupt eines herrschaftlich organisierten Verbandes für die im Betriebe tätigen Verbandsangehörigen eintreten muß, weil die Schadensverursachung von diesem Verbandsangehörigen eintreten muß.“¹³⁰ Darin kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass zwar rechtlich die Haftungs begründung über die Verbandsangehörigen erfolgen muss, dass es in der Realität aber eigentlich der Verband bzw. das Unternehmen ist, das den Schaden verursacht. In der jüngeren Literatur ist immer wieder erwogen worden, zumindest für Teilaspekte der Unternehmenshaftung nicht auf das Verhalten und/oder Verschulden einzelner Unternehmensangehöriger abzustellen, sondern auf das Unternehmen als organisatorische, wirtschaftliche und soziale Einheit.¹³¹ Allerdings bleibt oft im Ungefähren, ob und ggf. inwieweit sich ein

¹³⁰ O. v. Gierke, *Privatrecht* III, 1917, 924 (Herv. C.K.).

¹³¹ Vgl. etwa Öry, *Kollektivität*, 2020, 19ff.; Brüggemeier, *AcP* 219 (2019), 771, 787ff.; Steindorff, *AcP* 170 (1970), 93, 109ff., 113ff., 120ff.; Giesen, *NJW* 1969, 582, 586; Simitis, *Grundfragen*, 1967, 71ff.; Ballerstedt, *JZ* 1953, 389, 390f.; vgl. auch MünchKommHGB/Welter, ⁵2021, § 362 HGB Rn. 30; K. Schmidt, *HandelsR*, ⁶2014, § 19 Rn. 58.

solcher organisationsbezogener Ansatz mit der bestehenden Deliktsrechtsdogmatik vereinbaren ließe.¹³² Außerdem verschwimmen mitunter die Grenzen zwischen dogmatischen und rechtspolitischen Ansätzen.¹³³ Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden zunächst aus einer übergreifenden, abstrakten Perspektive die Möglichkeiten und Schwierigkeiten einer solchen Haftungsbeurteilung näher ausgelotet werden, bevor dann in den weiteren Kapiteln für die Gefährdungshaftung, die Fahrlässigkeitshaftung und die Vorsatzhaftung jeweils genauer untersucht wird, welche Rolle eine solche *echte* Unternehmenshaftung neben einer *unechten*, auf Zurechnung individuellen Verhalten und Verschuldens beruhenden Unternehmenshaftung spielen kann.¹³⁴

I. Vorüberlegungen

Im Fokus der nachfolgenden Überlegungen steht die Unternehmenshaftung nach dem BGB-Deliktsrecht. Bevor darauf genauer eingegangen wird, soll die Thematik jedoch in einen größeren Rahmen eingebettet werden. Denn die Frage einer organisationsbezogenen Begründung der Unternehmenshaftung stellt sich nicht nur in Deutschland und nicht nur in Bezug auf das BGB, sondern genauso in anderen europäischen Rechtsordnungen und in Bezug auf Haftungsnormen im EU-Recht bzw. mit EU-rechtlichem Ursprung. Das soll im Folgenden nicht vertieft, aber doch kurz in Erinnerung gerufen werden.

1. Rechtspolitischer Trend

In § 3¹³⁵ wurde bereits ausführlicher davon berichtet, dass die Unternehmenshaftung in jüngerer Zeit Gegenstand von Reformprojekten in der Schweiz, in Österreich und in Frankreich war und dass über sie auch im Zusammenhang mit der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung diskutiert wird. Dabei wurde insbesondere betont, dass es in der rechtspolitischen Debatte einen Trend gibt, die Notwendigkeit einer direkten Unternehmenshaftung neben der Geschäftsherrnhaftung zu betonen. Als ein wesentlicher Grund wurde genannt, dass Organisationsrisiken besser erfasst werden sollen, also Fehler innerhalb von unternehmerischen Arbeitsabläufen und Prozessen, die sich nicht eindeutig dem Verhalten einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lassen.

In der Schweiz zielen die Entwürfe des Art. 49a VE und des Art. 59 OR 2020 u. a. darauf ab, die Begründung der Unternehmenshaftung von der Zurechnung

¹³² *Waespi*, Organisationshaftung, 2005, 310ff. hält für die Umsetzung seines Konzepts einer Organisationshaftung z. B. eine Änderung des Schweizer Rechts für erforderlich.

¹³³ So etwa bei *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 783ff.; *Brüggemeier*, HAVE 2013, 87, 92ff.; *Brüggemeier*, in: *Sozialschutzprinzip*, 2004, 147, 159ff.

¹³⁴ Zu den Begriffen bereits oben → § 3 A II 2.

¹³⁵ → § 3 C II.

individuellen Verhaltens und Verschuldens unabhängig zu machen und neben der Geschäftsherrnhaftung eine echte Organisationshaftung anzuerkennen. Nach dem jüngeren Vorschlag des Art. 59 OR 2020 soll ein „kaufmännisches Unternehmen“ für den Schaden haften, „der im Rahmen der Tätigkeit des Unternehmens verursacht wird, wenn es nicht beweist, dass die Organisation des Betriebs geeignet war, den Schaden zu verhüten“.¹³⁶ Damit soll die Unternehmenshaftung von einem persönlichen Fehlverhalten des Geschäftsherrn unabhängig gemacht werden, die nach Ansicht der Autorengruppen schlecht passe zur heutigen Gliederung der meisten Unternehmungen, die sich durch eine starke Konzentration der Entscheidungsbefugnisse und eine spezialisierte Arbeitsteilung auszeichneten.¹³⁷ Die Einführung einer Organisationshaftung als Kausalhaftung, wie sie *Jäggi* bereits Ende der 1960er Jahre vorgeschlagen hatte,¹³⁸ hält man für zu weitgehend, eine Haftung für „Fehler in der Organisation“ bzw. „Organisationsmängel“ jedoch für geboten.¹³⁹ Damit sind jedoch nicht notwendigerweise Fehler der Unternehmensleitung „beim Organisieren“ gemeint. Das unterscheidet die Organisationshaftung der Schweizer Entwürfe von der deutschen Haftung für Organisationsverschulden, für welche die h. M. davon ausgeht, dass Organisationspflichten von Repräsentanten verletzt werden, deren pflichtwidriges Verhalten und Verschulden dem Unternehmensträger nach § 31 BGB zuzurechnen ist. Die Haftung nach Art. 49a VE und Art. 59 OR 2020 soll hingegen gerade nicht auf Zurechnung beruhen, sondern davon unabhängig sein. In der Begründung zu Art. 49a VE heißt es ausdrücklich, dass die Vorschrift auch den Ersatz von Schäden erlauben soll, „die nicht notwendigerweise durch das Verhalten der Hilfsperson einer Unternehmung verursacht worden sind“.¹⁴⁰ Als sonstige Ursache werden z. B. technische Fehler genannt. Der Unternehmer, der sich entlasten will, müsste u. a. beweisen, „dass die Organisation der Unternehmung als solche (in ihrer Gesamtheit und in ihrer Gliederung) mängelfrei war“. Dafür wäre etwa zu zeigen, dass die Arbeitsteilung vernünftig war, das Unternehmen über funktionierende Informationssysteme verfügte, die Geschäftsprozesse ein Höchstmaß an Sicherheit aufwiesen und etwaige technische Mängel nicht erkennbar waren.

Auch der österreichische § 1302 ABGB-E würde, wenn man ihn umsetzte, zu einer Entindividualisierung der Unternehmenshaftung führen. Danach soll, wer aus wirtschaftlichen oder beruflichen Interessen ein Unternehmen betreibt, „für den durch einen Fehler im Unternehmen, seiner Erzeugnisse und Dienst-

¹³⁶ Vgl. dazu schon ausf. oben → § 3 C II 1.

¹³⁷ *Fellmann/C. Müller/Werro*, OR 2020, 2013, Art. 59 Rn. 4; *Widmer/Wessner*, Revision, 2000, 125 f.

¹³⁸ *Jäggi*, ZSR 1967, 754 ff.

¹³⁹ *Widmer/Wessner*, Revision, 2000, 125–127, 131 f.

¹⁴⁰ Hierzu und zum Folgenden *Widmer/Wessner*, Revision, 2000, 131 f.

leistungen verursachten Schaden“ haften.¹⁴¹ Als Fehler wird „jede Abweichung von dem Standard“ definiert, „der nach der Darbietung dem Stand von Wissenschaft und Technik sowie den Verkehrsgewohnheiten beim Unternehmen, seinen Erzeugnissen und Dienstleistungen erwartet werden darf“. Die Haftung wäre ausgeschlossen, wenn der Unternehmer beweisen würde, „dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde“. Wie nach den Schweizer Entwürfen würde es also dem Unternehmer obliegen, sich zu entlasten, und wiederum würde ihm dabei nicht nur das Verhalten sämtlicher Hilfspersonen schaden (also auch dasjenige einfacher Besorgungsgehilfen), sondern er müsste auch zeigen, dass die Organisation des Unternehmens und die verwendeten technischen Einrichtungen der objektiv erforderlichen Sorgfalt genügen. Die Verfasserinnen und Verfasser haben ausdrücklich betont, dass es ihnen darum ging, alle unternehmerischen Organisationsrisiken zu erfassen, unabhängig von einer Individualzurechnung.¹⁴²

Noch deutlicher ist, trotz oder gerade wegen seiner Schlichtheit, der zum französischen Recht erwogene Vorschlag, in einer eigenen Vorschrift klarzustellen, dass das Verschulden einer juristischen Person aus dem Verschulden ihrer Organe *oder* aus einem Organisations- oder Funktionsmangel (*défaut d'organisation ou de fonctionnement*) folgen kann.¹⁴³ Schon die direkte Gegenüberstellung dieser beiden Alternativen macht deutlich, dass man bei der Formulierung der jeweiligen Entwürfe nicht davon ausgegangen ist, dass ein Organisations- oder Funktionsmangel immer auf dem Verschulden eines Repräsentanten beruht. Denn dann wäre es überflüssig gewesen, auch die Verantwortung der juristischen Person für Organisations- und Funktionsmängel ausdrücklich zu benennen. Mehr spricht dafür, dass das „Organisationsverschulden“ (i. S. eines Verschuldens der Organisation) als eigener Haftungsgrund neben das Organverschulden gestellt werden soll. Während das Organverschulden ein klassisches Individualverschulden wäre, das der juristischen Person zugerechnet würde, müsste für das Organisationsverschulden auf die Organisation bzw. das Unternehmen als Ganzes abgestellt werden. Wie genau ein solches Organisationsverschulden zu prüfen wäre, wird in den Entwürfen und den begleitenden Materialien nicht erläutert. Soll es sich um ein Verschulden handeln, das seinen Namen verdient, müsste aber zumindest festgestellt werden, dass die Organisation objektiv pflichtwidrig ist, weil sich mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme benennen lässt, die hätte durchgeführt werden müssen, aber nicht durchgeführt wurde. Das könnte z. B. durch Vergleich mit einem hypothetischen Vergleichsunternehmen ermittelt werden.¹⁴⁴

¹⁴¹ Ausf. bereits oben → § 3 C II 2.

¹⁴² Koziol, Grundfragen, 2010, Rn. 6/192, 6/197 (m. Fn. 352).

¹⁴³ Art. 1353 des Avant-projet Catala; Art. 7 des Projet Terré; Art. 1242-1 des Entwurfs des Justizministeriums vom März 2017. Zu allen bereits oben → § 3 C II 3.

¹⁴⁴ Vgl. dazu ausf. unten → § 8 B II, III.

Auch die akademischen Entwürfe für die Harmonisierung des europäischen Privatrechts sind von dem Bestreben geprägt, mit der Unternehmenshaftung auch Organisationsrisiken erfassen zu können. Nach Art. 4:202 PETL haftet ein Unternehmer für jene Schäden, „die durch einen Fehler des Unternehmens oder seiner Erzeugnisse verursacht werden, sofern er nicht nachweist, dass er gemäß dem erforderlichen Sorgfaltsmaßstab gehandelt hat“. Wie oben bereits erläutert,¹⁴⁵ wurde die Vorschrift von den Diskussionen über die Entwürfe zum schweizerischen und zum österreichischen Recht beeinflusst. Eine Besonderheit liegt jedoch darin, dass Art. 6:102 PETL – anders als die nationalen Entwürfe – eine strikte Geschäftsherrnhaftung vorsieht, was belegt, dass es in Art. 4:202 PETL um etwas anderes geht als die Erfassung von Individualrisiken. Die Zielsetzung wird klar, wenn man sich vergegenwärtigt, worauf sich der Entlastungsbeweis beziehen muss: In den Materialien wird erläutert, dass der Unternehmer zeigen müsse, dass kein Mitarbeiter den relevanten Sorgfaltsmaßstab verletzt habe, dass die Organisation den an sie zu stellenden Erwartungen entsprochen habe und dass keine Sicherheitsrisiken von IT-Systemen und sonstigen technischen Einrichtungen ausgegangen seien.¹⁴⁶ Das macht deutlich, dass es auch bei Art. 4:202 PETL darum geht, die Haftung unmittelbar mit der Verwirklichung von Organisationsrisiken begründen zu können, zu denen hier auch Technikrisiken gezählt werden.

Auch die Verfasserinnen und Verfasser des Deliktsrechts des DCFR gingen davon aus, dass die Haftung eines Unternehmensträgers auch ohne Individualzurechnung begründet werden kann. Aus Art. 1:103(b) DCFR ergibt sich, dass neben einer indirekten, auf die strikte Geschäftsherrnhaftung des Art. VI-3:201 DCFR gestützten Unternehmenshaftung auch eine direkte Unternehmenshaftung möglich sein soll, für die unmittelbar auf die deliktische Generalklausel des Art. VI-1:101 DCFR abzustellen ist. In den Materialien wird erläutert, dass eine Vorsatzhaftung des Unternehmensträgers nicht nur durch Zurechnung des Vorsatzes eines Repräsentanten begründet werden kann,¹⁴⁷ sondern auch mithilfe einer Wissenszurechnung, bei der es sich zumindest nach deutschem Verständnis um einen organisationsbezogenen Ansatz handelt.¹⁴⁸ In Bezug auf die Fahrlässigkeitshaftung wird angedeutet, dass sie auch mit einem Organisationsfehler begründet werden kann,¹⁴⁹ der offenbar objektiv zu bestimmen ist und kein Zurechnungsbedürfnis auslöst. Denn da die fehlerhafte Organisation als Fahrlässigkeitsart (*particular form of negligence*) beschrieben wird, gehen die Autorinnen und Autoren des DCFR offenbar davon aus, dass

¹⁴⁵ → § 3 C II 4.

¹⁴⁶ Vgl. B. A. Koch, PETL Commentary, 2005, Art. 4:202 Rn. 8.

¹⁴⁷ v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3115 f.

¹⁴⁸ Dazu ausf. unten → § 9 B II, III.

¹⁴⁹ v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3407.

mit der Organisationspflichtverletzung als solcher auch die Fahrlässigkeit feststeht, sodass es keiner Zurechnung individuellen Verschuldens bedürfte.

2. Haftungsnormbezogener Ansatz

Für die Auslegung und Anwendung des deutschen Deliktsrechts haben die vorstehend diskutierten Vorschläge natürlich keine normative Bedeutung. Aus dem Umstand, dass in der Schweiz und in Österreich eigene Tatbestände für die Unternehmenshaftung für erforderlich gehalten werden, ließe sich angesichts der strukturellen Ähnlichkeit der Haftungsrechte in Deutschland, Österreich und der Schweiz allenfalls die Vermutung ableiten, dass eine echte Unternehmenshaftung wahrscheinlich auch in Deutschland nur *de lege ferenda* realisiert werden kann. Das bedarf freilich noch genauerer Überprüfung.¹⁵⁰ Im Übrigen verdeutlicht der Blick auf die rechtspolitische Diskussion nochmals, dass es „die“ Unternehmenshaftung nicht gibt, sondern dass die Begründung der Unternehmenshaftung immer eine Frage der Auslegung und Anwendung konkreter Haftungstatbestände ist. Wenn sich einer Haftungsnorm durch methodengerechte Auslegung entnehmen lässt, dass eine Unternehmenshaftung nicht nur durch Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens begründet werden können soll, sondern dass dafür auch auf Umstände abgestellt werden kann, die das Unternehmen als Ganzes betreffen, dann ist es geboten, bei der Anwendung *dieser* Norm entsprechend vorzugehen und neben einer Verwirklichung von Individualrisiken auch zu prüfen, ob sich Organisationsrisiken realisiert haben. Es gilt also wie vorher schon bei der Zurechnung,¹⁵¹ dass für die Beantwortung der Frage, ob es möglich ist, die Haftung eines Unternehmensträgers auch als echte Organisationshaftung zu begründen, primär auf den Zweck der jeweils einschlägigen Haftungsnorm abzustellen ist.

Deshalb ist es z. B. ohne Weiteres denkbar, dass sich aus Tatbeständen des wirtschaftsrechtlichen Sonderdeliktsrechts ein stärkerer Organisationsbezug ergeben kann als aus dem BGB-Deliktsrecht. Dabei sind wiederum ggf. EU-rechtliche Vorgaben zu beachten, was mit denselben Beispielen veranschaulicht werden kann, die oben schon für die Frage der Pflichtenstellung¹⁵² und die Zurechnung¹⁵³ herangezogen wurden.

Das ProdHG und die ihm zugrunde liegende ProdHRL sind z. B. unternehmensbezogen konzipiert,¹⁵⁴ sodass für die Begründung der Haftung unmittelbar auf das Unternehmen als Ganzes abgestellt werden kann. Haftungsadressat ist der „Hersteller“, also derjenige, der das Produkt hergestellt hat (vgl. § 4

¹⁵⁰ Dazu unten → § 8 B, § 9 B.

¹⁵¹ → § 5 D.

¹⁵² → § 4 B II.

¹⁵³ → § 5 D II.

¹⁵⁴ Dazu schon ausf. → § 4 B II 1, § 5 D II 2.

Abs. 1 S. 1 ProdHG) bzw. „in dessen Organisationsbereich das Produkt entstanden ist“.¹⁵⁵ Einer Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens bedarf es nicht, was sich hinsichtlich des Verschuldens bereits daraus ergibt, dass die Haftung nach dem ProdHG kein Verschulden i. e. S. voraussetzt. Interessant ist, dass gemeinhin kein Problem darin gesehen wird, für das relevante Verhalten (z. B. das Inverkehrbringen des Produkts) unmittelbar auf das Unternehmen abzustellen, auch wenn es sich bei dem Hersteller um eine selbst nicht handlungsfähige Gesellschaft handelt. Eine Zurechnung z. B. nach § 31 BGB wird hier allgemein nicht für erforderlich gehalten und würde auch arg gekünstelt erscheinen. Auch für den Produktfehler i. S. des § 3 ProdHG kommt es nicht darauf an, die Verantwortlichkeiten innerhalb des Unternehmens zu individualisieren. Vielmehr genügt es, dass das Produkt objektiv nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen entspricht. Ob dies auf einen individuellen menschlichen Fehler, einen Organisationsmangel oder technisches Versagen zurückzuführen ist, spielt keine Rolle. Mit der Produkthaftung nach dem ProdHG lassen sich also unproblematisch auch Organisationsrisiken erfassen.

Ähnlich unternehmens- bzw. organisationsbezogen ist die Haftung nach Art. 82 DS-GVO konzipiert, die sich gegen Verantwortliche und Auftragsverarbeiter i. S. von Art. 4 Nr. 7 und 8 DS-GVO richtet, wobei es sich in der Praxis meist um Unternehmen oder Behörden handelt.¹⁵⁶ Auch die maßgeblichen Verhaltens- und Verkehrspflichten, die sich aus den Normen der DS-GVO ergeben, sind an Verantwortliche und Auftragsverarbeiter und damit im unternehmerischen Kontext unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert.¹⁵⁷ Dazu gehört z. B. die Pflicht nach Art. 24 Abs. 1 DS-GVO, „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ umzusetzen, um sicherzustellen, dass die Datenverarbeitung in Einklang mit der DS-GVO erfolgt. Auch in Art. 32 Abs. 1 DS-GVO, der die Sicherheit der Datenverarbeitung zum Thema hat, werden in erster Linie technische und organisatorische Maßnahmen verlangt. Es zeigt sich also, dass vor allem auch Vorkehrungen gegen Datenlecks durch technisches oder organisatorisches Systemversagen gefordert sind, das unabhängig von individuellem Fehlverhalten bestehen kann. Wie bei der Produkthaftung wird die organisationsbezogene Begründung der Haftung nach Art. 82 DS-GVO dadurch erleichtert, dass kein Verschulden i. e. S. erforderlich ist. Allerdings sieht Art. 82 Abs. 3 DS-GVO eine Haftungsbefreiung vor, wenn der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist. Auch insoweit schadet nicht nur individuelles Fehlverhalten, sondern jedes Zurückbleiben hinter objektiv erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BGHZ 200, 242, 248 = NJW 2014, 2106, 2108, Rn. 16.

¹⁵⁶ Vgl. NK-DatenschutzR/Petri, 2019, Art. 4 Nr. 7 DS-GVO Rn. 16.

¹⁵⁷ Dazu schon → § 4 B II 5.

¹⁵⁸ Vgl. PP/Frenzel, ³2021, Art. 82 DS-GVO Rn. 15; KB/Buchner, ³2020, Art. 82 DS-GVO

Schon begrifflich, aber auch von der Zielsetzung her besonders unternehmensbezogen ist die Konzeption des Kartelldeliktsrechts nach § 33a GWB und der zugrunde liegenden KartSERL. Die Verbote der Art. 101, 102 AEUV und der §§ 1, 2, 19–21 GWB sind ausdrücklich an Unternehmen und Unternehmensvereinigungen gerichtet und der EuGH definiert als Unternehmen i. S. des europäischen Wettbewerbsrechts „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.¹⁵⁹ Diese wirtschaftliche Einheit kann mehrere natürliche oder juristische Personen umfassen und besteht in einer „einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel, die dauerhaft einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgt“ und die an einer Zuwiderhandlung i. S. der Art. 101, 102 AEUV beteiligt sein kann. In der Rechtsprechung der jüngeren Zeit wird immer deutlicher, dass der EuGH das Unternehmen selbst als den maßgeblichen Akteur ansieht und eine Aufschlüsselung der einzelnen natürlichen und juristischen Personen erst auf der Rechtsfolgenebene für erforderlich hält, wenn es darum geht, konkrete Bußgeld- oder Schadensersatzpflichten zu lasten von konkreten Rechtsträgern festzusetzen. Für die Tatbestandsebene, also die Haftungsbegründung, betont der EuGH hingegen, dass es das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit sei, das gegen Art. 101, 102 AEUV verstoße und nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für die Zuwiderhandlung einzustehen habe.¹⁶⁰ Außerdem hat er speziell zur KartSERL erklärt, dass die durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht zum Schadensersatz Verpflichteten genau die „Unternehmen“ seien, die diese Zuwiderhandlung begangen haben.¹⁶¹ Diese Vorgaben legen nahe, dass für das pflichtwidrige Verhalten unmittelbar auf die wirtschaftliche Tätigkeit des jeweiligen Unternehmens abgestellt werden kann, ohne dass es einer Individualisierung bedürfte. Für das Verschulden und die Verschuldenszurechnung ergeben sich daraus hingegen keine Folgerungen, weil dieses Erfordernis der Haftung nicht auf der KartSERL beruht, sondern durch den deutschen Gesetzgeber unabhängig von der Richtlinie in § 33a Abs. 1 GWB verankert wurde.¹⁶²

Mit Blick auf die Ad-hoc-Publizitätshaftung nach §§ 97, 98 WpHG i. V. m. Art. 17 MAR meint *Hellgardt*, dass damit zu rechnen sei, dass der EuGH den Begriff des „Emittenten“ i. S. des Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 MAR wahrscheinlich ähnlich funktions- und organisationsbezogen auslegen werde wie den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff.¹⁶³ Sollte es tatsächlich so kommen,¹⁶⁴ würde sich

Rn. 55; NK-DatenschutzR/*Boehm*, 2019, Art. 82 DS-GVO Rn. 23; *Spindler*, DB 2016, 937, 947.

¹⁵⁹ Hierzu und zum Folgenden EuGH, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19, Rn. 41 m. w. N.

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19, Rn. 42.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 14.3.2019, C-724/17, Rn. 35.

¹⁶² Dazu schon → § 5 D II 3.

¹⁶³ *ASM/Hellgardt*, 72019, § 97 WpHG Rn. 109.

¹⁶⁴ Skeptisch *EBJS/Poelzig*, 42020, §§ 97, 98 WpHG Rn. 22 Fn. 55.

daraus ergeben, dass die objektive Verletzung der Veröffentlichungspflicht aus Art. 17 MAR weitgehend unternehmensbezogen und ohne Individualisierung bestimmt werden kann. Dies hätte jedoch ähnlich wie im Kartellrecht keine Folgen für die Frage des Verschuldens i. S. von §§ 97 Abs. 2, 98 Abs. 2 WpHG, weil das EU-Recht dazu keine Vorgaben macht.¹⁶⁵

II. Deliktsfähigkeit

Nach diesen Vorüberlegungen zur generellen Bedeutung organisationsbezogener Ansätze im Recht der Unternehmenshaftung und zur Maßgeblichkeit des jeweiligen Haftungstatbestands, soll nun mit Blick auf das BGB-Deliktsrecht erörtert werden, ob die organisationsbezogene Methode auch hier zur Anwendung kommen kann und welche Schwierigkeiten sich dabei ergeben. Die Betrachtungen beschränken sich auf die Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts. Weil eine Erfassung von Organisationsrisiken danach nur im Rahmen der bestehenden dogmatischen Strukturen möglich ist, sind im Folgenden als wesentliche Hürden einer entindividualisierten Organisationshaftung die Deliktsfähigkeit, die Handlungsfähigkeit und die Verschuldensfähigkeit zu thematisieren. Die Möglichkeit einer organisationsbezogenen Bestimmung der zentralen Verschuldensformen, Vorsatz und Fahrlässigkeit, soll dann später in § 8 und 9 ausführlicher untersucht werden.

Den Anfang macht die Deliktsfähigkeit: Unstreitig setzt jede Verschuldenshaftung nach §§ 823 ff. BGB neben Vorsatz oder Fahrlässigkeit weiter voraus, dass der Schädiger für sein Verhalten verantwortlich ist.¹⁶⁶ §§ 827, 828 BGB schließen die Verantwortlichkeit von Bewusstlosen, Geisteskranken und bestimmten Minderjährigen aus. In ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich haben diese Vorschriften für die Unternehmenshaftung offenkundig keine Bedeutung, jedoch wird ihnen auch die weitergehende Aussage entnommen, eine deliktische Haftung komme nur in Betracht, wenn der Schädiger „deliktsfähig“ ist.¹⁶⁷ Für juristische Personen und Personengesellschaften ist eine originäre Deliktsfähigkeit früher prinzipiell verneint worden und auch heute finden sich noch entsprechende Stimmen.¹⁶⁸ Danach wären also nur wenige Unternehmensträger deliktsfähig, nämlich die Einzelunternehmer. Eine Deliktsfähigkeit *des Unternehmens* ist erst recht abzulehnen, weil das Unternehmen als solches

¹⁶⁵ Dazu schon → § 5 D II 4.

¹⁶⁶ Vgl. nur Grüneberg/Grüneberg,⁸²2023, § 276 Rn. 5; Ahrens/Spickhoff, DeliktsR, 2022, § 8 Rn. 44 ff.; Deutsch/Ahrens, DeliktsR,⁶2014, Rn. 164 ff.

¹⁶⁷ NK-BGB/Katzenmeier,⁴2021, Vor §§ 827 ff. Rn. 1; HK-BGB/A. Staudinger,¹¹2022, § 827 Rn. 1; Deutsch, Allg. HaftungsR,²1996, Rn. 448–451.

¹⁶⁸ Vgl. etwa MHLS/Lieder,³2017, § 13 GmbHG Rn. 32 m. w. N. Zur historischen Diskussion siehe ausf. Schirmer, Körperschaftsdelikt, 2015, 131 ff.

noch nicht einmal rechtsfähig ist¹⁶⁹ und daher als Haftungssubjekt von vornherein nicht in Betracht kommt. Das legt nahe, dass eine originäre Delikts haftung nicht menschlicher Unternehmensträger nicht möglich ist, so dass die Haftung immer von einer natürlichen Person abgeleitet werden müsste. Wäre man ganz konsequent, müsste man die Möglichkeit einer direkten Unternehmenshaftung wohl sogar insgesamt ausschließen.

Allerdings lässt sich die These einer Deliktsunfähigkeit juristischer Personen und von Personengesellschaften nicht mehr pauschal aufrechterhalten, seit anerkannt ist, dass juristische Personen und Personengesellschaften wegen der Verletzung eigener Pflichten haften können, ohne dass es dafür eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts bedarf.¹⁷⁰ Ob damit deren Deliktsfähigkeit anerkannt ist, hängt davon ab, was man darunter genau versteht. In der Literatur wird die Deliktsfähigkeit juristischer Personen und von Personengesellschaften heute jedenfalls oft bejaht, zumeist unter Verweis auf § 31 BGB.¹⁷¹ Genau genommen wird man differenzieren müssen: Die Fähigkeit, Delikte selbst *begehen zu können*, dürfte juristischen Personen und Personengesellschaften unverändert fehlen. Allerdings lässt sich die Fähigkeit, unerlaubte Handlungen zu begehen, nicht sinnvoll von der Fähigkeit trennen, überhaupt Handlungen zu begehen, und soll deshalb erst im nächsten Abschnitt vertieft werden. Die Fähigkeit, für Delikte *haften zu können*, lässt sich hingegen für jeden Rechtsträger und damit auch für juristische Personen und Personengesellschaften bejahen, weil als Haftungssubjekt letztlich jeder taugt, der ein eigenes Vermögen haben kann. Deshalb können alle Unternehmensträger gleich welcher Rechtsform unstreitig aus Gefährdungshaftung verantwortlich sein und es ist nicht ersichtlich, warum man nicht genauso die „Deliktshaftungsfähigkeit“ juristischer Personen und von Personengesellschaften bejahen sollte. Es bietet sich an, diese Eigenschaft in Anlehnung an §§ 827, 828 BGB als „Unternehmensverantwortlichkeit“ zu bezeichnen, die sich auf sämtliche Unternehmensträger beziehen lässt. So lässt sich plausibel begründen, warum Unternehmensträger z. B. im Rahmen der Verkehrspflichthaftung unmittelbar aus §§ 823 ff. BGB verantwortlich sein können, selbst wenn keine natürliche Person ein vollständiges Delikt begangen hat, an das sich die Haftung anknüpfen ließe. Die Unternehmensverantwortlichkeit in diesem Sinne ist für jede direkte Unternehmenshaftung vorauszusetzen. Allerdings wird man sie durchweg bejahen können, da keine Gründe ersichtlich sind, warum es an der beschriebenen Haftungsfähigkeit jemals fehlen sollte. Analogien zu den §§ 827, 828 BGB drängen sich nicht auf und auch sonst

¹⁶⁹ Dazu schon oben → Einl. bei Fn. 3.

¹⁷⁰ Dazu schon → § 1 A II 4, B VI.

¹⁷¹ J. Neuner, BGB AT, ¹²2020, § 16 Rn. 11; Schirmer, Körperschaftsdelikt, 2015, 223; Schürnbrand, Organschaft, 2007, 20; S. Schäfer, Deliktsfähigkeit, 2001, 87 ff. Anders Kleindiek, Deliktshaftung, 1997, 203, 211 f. (keine Deliktsfähigkeit, nur Haftung).

ist nicht erkennbar, warum es geboten sein könnte, die Haftungsfähigkeit eines Unternehmensträgers im Einzelfall auszuschließen.

III. Handlungsfähigkeit

Die eigentliche Herausforderung im Zusammenhang mit der Deliktsfähigkeit nicht menschlicher Unternehmensträger ist nicht die fehlende Haftungsfähigkeit, sondern der Umstand, dass juristische Personen und Personengesellschaften nach überkommenem Verständnis weder handlungs- noch verschuldensfähig sind. Was zunächst die Handlungsfähigkeit betrifft,¹⁷² lässt sich kaum bestreiten, dass juristische Personen und Personengesellschaften als Geschöpfe der Rechtsordnung im natürlichen Sinne nicht handlungsfähig sind. Man kann sie also lediglich in rechtlicher Hinsicht für handlungsfähig *erklären*, müsste dann aber für die Bestimmung ihrer Handlungen im Rechtssinne an natürliche Handlungen von Menschen anknüpfen, also auf die Zurechnungstechnik zurückgreifen. Damit wäre für die Idee der Organisationshaftung wenig gewonnen, weil es dabei gerade darum geht, die Haftung eines Unternehmensträgers unabhängig von einer Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens zu begründen, um Organisationsrisiken besser erfassen zu können.

Als Alternative soll im Folgenden erwogen werden, für die Zwecke des deliktsrechtlichen Handlungserfordernisses nicht an eine Handlung eines individuellen Unternehmensangehörigen anzuknüpfen, sondern an die *wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens*.¹⁷³ Was zunächst nach einer Verdrehung des Handlungsbegriffes klingen mag, erweist sich bei genauerem Hinsehen als durchaus sachgerecht und vom Normzweck der §§ 823 ff. BGB gedeckt. Erinnerung sei nochmal daran, dass die 2. Kommission, die Entscheidung der „Konstruktionsfrage“, ob die juristische Person „ein handlungsfähiges Wesen sei und durch ihre Organe sich im Verkehre bethätige, oder ob sie handlungsunfähig sei und deshalb einer Vertretung bedürfe“, ausdrücklich der Wissenschaft überlassen wollte.¹⁷⁴ Das wird man nicht so verstehen müssen, dass nur noch zwischen diesen beiden Alternativen gewählt werden können sollte, sondern so, dass zur Handlungsfähigkeit juristischer Personen schlicht keine Regelung beabsichtigt war, sodass hier ein weiter Spielraum für dogmatische Rekonstruktionen besteht. Wie unternehmerische Tätigkeiten für die Begründung einer direkten Unternehmenshaftung als Handlungsäquivalente herangezogen werden könnten, soll im Folgenden näher untersucht werden. Dabei wird sich auch zeigen, dass die Rechtspraxis in zwei verwandten Gebieten bereits weitgehend entspre-

¹⁷² Zur Verschuldensfähigkeit sogleich unter → IV.

¹⁷³ Ähnlich auch schon *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 809. Vgl. auch *Öry*, Kollektivität, 2020, 96 ff., die an das „kollektive Verhalten“ anknüpft.

¹⁷⁴ Prot., S. 1023 = *Mugdan I*, S. 609.

chend dem hier diskutierten Ansatz verfährt, nämlich bei der Gefährdungshaftung einschließlich der sog. Handlungshaftung, also der Haftung für gefährliche Aktivitäten, und bei der Störerhaftung. Das lässt vermuten, dass keine größeren dogmatischen Verwerfungen drohen würden, wenn man auch bei der deliktischen Schadensersatzhaftung so vorgehe.

1. Allgemeines

Die h. M. geht bisher davon aus, dass eine Haftung aus „unerlaubter Handlung“ i. S. der §§ 823 ff. BGB stets eine Handlung voraussetzt. Darunter versteht man für gewöhnlich ein menschliches Verhalten, „das der Bewußtseinskontrolle und Willenslenkung unterliegt und somit beherrschbar ist“.¹⁷⁵ Es versteht sich von selbst, dass nach dieser Definition nicht nur die rechtliche Handlungsfähigkeit nicht menschlicher Unternehmensträger ausscheiden müsste, sondern dass als Handlungsäquivalent auch nicht an die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens angeknüpft werden könnte. Allerdings ist nicht die Definition entscheidend, sondern der Zweck, dem das Handlungserfordernis im Deliktsrecht dient. Die Funktion dieses (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmals wird in der deliktsrechtlichen Literatur jedoch soweit ersichtlich nicht hinterfragt. Aufschlussreich sind hingegen die Erwägungen, die zum Handlungserfordernis im Strafrecht angestellt werden. *Greco* unterscheidet beispielsweise drei zentrale Aufgaben des Handlungsbegriffs: Die Handlung solle erstens als *Grundelement* sämtlicher Deliktsarten dienen, auf das sich alle besonderen Ausformungen strafbaren Verhaltens zurückführen lassen, zweitens *Verbindungselement* der einzelnen Verbrechenskategorien sein, das auf jeder Stufe des Verbrechensaufbaus wiederkehrt und durch zusätzliche Attribute eine immer genauere Kennzeichnung erfährt und drittens als *Grenzelement* alles ausschließen, was von vornherein für eine strafrechtliche Beurteilung nicht in Betracht kommt.¹⁷⁶ Nur diese letzte Funktion wird auch durch die zivilrechtlichen Definitionen angesprochen, die sämtlich dazu dienen, „Nicht-Handlungen“ wie Reflexe oder Körperbewegungen unter physischem Zwang von vornherein als mögliche Bezugsgegenstände der Haftung auszusortieren, weil sie unter keinen Umständen eine Verschuldenshaftung tragen können.¹⁷⁷

Im Strafrecht werden mithilfe des Handlungsbegriffs auch „Akte juristischer Personen“ aus dem weiteren Prüfungsprogramm ausgeschieden,¹⁷⁸ weil durch

¹⁷⁵ BGHZ 98, 135, 137 = NJW 1987, 121; BGHZ 39, 103, 106 = NJW 1963, 953; vgl. auch Jauernig/Teichmann, ¹⁸2021, § 823 Rn. 20; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 66; Ahrens/Spickhoff, DeliktsR, 2022, § 5 Rn. 1; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, ¹²2022, Rn. 1541–1544; Deutsch/Ahrens, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 31–35; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 1, S. 361; Larenz, FS Dölle, 1963, 169, 176 ff.

¹⁷⁶ Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 8 Rn. 1–4.

¹⁷⁷ Vgl. BGHZ 98, 135, 137 = NJW 1987, 121.

¹⁷⁸ Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 8 Rn. 4.

sie prinzipiell keine Strafbarkeit begründet werden kann. Allerdings lässt sich dies nicht auf das Deliktsrecht übertragen, weil die Straffähigkeit juristischer Personen von der h. M. abgelehnt, ihre deliktische Haftungsfähigkeit hingegen von der h. M. bejaht wird.¹⁷⁹ Für das Deliktsrecht ist nicht streitig, dass juristische Personen und Personengesellschaften für Delikte haften können, sondern nur, unter welchen Voraussetzungen. Nähert man sich der Problematik also ausgehend von den jeweiligen Rechtsfolgen, liegt nahe, dass dem Strafrecht ein engerer Handlungsbegriff zugrunde zu legen ist als dem Deliktsrecht. Da eine deliktische Unternehmenshaftung anders als eine „Unternehmensstrafbarkeit“ im deutschen Recht anerkannt ist und zwar auch als direkte, an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpfende Haftung, gibt es keinen Grund, den Handlungsbegriff als Vorfilter einzusetzen.

Aber was ist überhaupt ein „Akt einer juristischen Person“? M.E. ist es nicht zielführend, für die Begründung einer Unternehmenshaftung als Organisationshaftung eine wie auch immer geartete Haftungsfähigkeit von juristischen Personen und Personengesellschaften zu behaupten. Vielmehr sollte an die Unterscheidung zwischen dem Unternehmensträger und dem Unternehmen angeknüpft werden.¹⁸⁰ Der Unternehmensträger ist haftungs-, aber in der Regel nicht handlungsfähig (Ausnahme: Einzelunternehmer). Das Unternehmen ist hingegen mangels Rechtsfähigkeit nicht haftungsfähig, lässt sich jedoch für die Zwecke des Haftungsrechts durchaus als „handlungsfähig“ ansehen – natürlich nicht gemäß der eingangs zitierten Definition, sondern in einem übertragenen, am Zweck des Handlungserfordernisses orientierten Sinne. An die Stelle der Handlung tritt bei Unternehmen die *wirtschaftliche Aktivität* als Handlungsäquivalent. Sie lässt sich mit der Handlung ohne Schwierigkeiten vergleichen. Denn auch die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens ist letztlich menschlichen Ursprungs, nur geht es nicht um das individuelle Verhalten eines einzelnen Menschen, sondern um das kollektive Verhalten einer Gruppe von Menschen, die sich zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke in einem Unternehmen zusammengeschlossen haben. Das Unternehmen ist aber nicht bloß eine Sachgesamtheit oder eine Ansammlung von Vermögensgegenständen, sondern auch und vielleicht sogar in erster Linie eine soziale und wirtschaftliche Organisation.¹⁸¹ Die wirtschaftliche Aktivität eines Unternehmens ist ähnlich wie eine menschliche Handlung geeignet, als *Grundelement* und als *Verbindungselement* der deliktischen Haftung zu dienen. Insbesondere eignet sie sich, wie später

¹⁷⁹ Dazu schon oben → II.

¹⁸⁰ Dazu *K. Schmidt*, HandelsR, 62014, § 3 Rn. 44 ff., § 4 Rn. 1 ff. Ähnlich wie hier *Mittelsdorf*, Unternehmensstrafrecht, 2007, 25: „Wenn auch die juristische Person fiktiv ist, so ist es nicht das Unternehmen selbst. Hier handelt es sich um ein nicht zu leugnendes soziales Gebilde, in dem sich reale Abläufe abspielen, die rechtlich erfasst werden müssen.“

¹⁸¹ Vgl. nur die Unternehmensbegriffe bei *Raiser/Veil*, KapGesR, 62015, § 3 Rn. 13; *K. Schmidt*, HandelsR, 62014, § 3 Rn. 2–4; *Flume*, FS Kegel, 1987, 147, 155 f.; *Raiser*, ZHR 144 (1980), 206, 231; *Ballerstedt*, FS Duden, 1977, 15, 22.

noch weiter zu veranschaulichen sein wird, als Bezugspunkt der Kausalität und des Verschuldens. Denn durch unternehmerische Aktivitäten können ebenso wie durch menschliche Handlungen Kausalketten in Gang gesetzt werden, die zu Rechtsgutsverletzungen führen können. Man denke etwa an die Inverkehrgabe eines fehlerhaften Produkts, durch welches später ein Benutzer an seiner Gesundheit geschädigt wird. Hier scheint es kaum sinnvoll, an eine menschliche Handlung anzuknüpfen, während sich die schadensursächliche wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens klar benennen lässt. Wie später in § 8 und § 9 näher untersucht werden soll, kommen unternehmerische Tätigkeiten außerdem als Bezugspunkte einer Verschuldensprüfung in Betracht, weil es dabei anders als bei der „Schuld“ i. S. des Strafrechts nicht darum geht, ob dem Schädiger persönlich ein Vorwurf gemacht werden kann, sondern darum, ob die Zwecke des Haftungsrechts einen Schadensausgleich gebieten, was anhand von objektiv-typisierten Maßstäben zu entscheiden ist.

Den Begriff der wirtschaftlichen oder unternehmerischen „Aktivität“ heranzuziehen, bietet sich an, weil er bereits in anderen Zusammenhängen verwendet wird, um das „Gesamt-Verhalten“ der Unternehmensangehörigen zu beschreiben.¹⁸² Insbesondere wird der Begriff häufig als Anknüpfungspunkt einer auch an Unternehmensträger gerichteten Gefährdungshaftung herangezogen, so z. B. in Art. 5:101 PETL („außergewöhnlich gefährliche Aktivität“) und in den US-amerikanischen Restatements of Torts („abnormally dangerous activity“).¹⁸³ Er lässt sich außerdem eindeutig auf Unternehmen als wirtschaftliche Einheiten beziehen, ohne dass es dafür einer Individualzurechnung bedürfte. Den Begriff der wirtschaftlichen Aktivität als Handlungsäquivalent heranzuziehen, hat den Vorteil, dass der Handlungsbegriff selbst für menschliche Handlungen reserviert bleiben kann, sodass er nicht verwässert wird.

Um die wirtschaftlichen Aktivitäten des Unternehmens dem Unternehmensträger zuordnen zu können, bedarf es keiner Zurechnung und auch sonst keiner dogmatischen Behelfskonstruktion. Das Unternehmen ist selbst kein Rechtssubjekt, sondern (haftungs-)rechtlich von vornherein nur über den Unternehmensträger adressierbar. Umgekehrt ist es gerade der Zweck des Unternehmensträgers, als Träger des Unternehmens und damit als Zuordnungsobjekt zu dienen. Unternehmen und Unternehmensträger sind somit aufs Engste miteinander verbunden. Das bedeutet nicht, dass sie in rechtlicher Hinsicht miteinander identifiziert werden müssten,¹⁸⁴ wohl aber, dass es für die Zwecke der Unternehmenshaftung geboten sein kann, die Haftung des Unternehmensträgers

¹⁸² Vgl. auch *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 789, 809; *Choudhury/Petrin*, Corporate Duties, 2019, 152; *Keating*, Vand. L. Rev. 54 (2001), 1285, 1330f.

¹⁸³ Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm (2010), § 20; Restatement (Second) of Torts (1977), §§ 519, 520.

¹⁸⁴ Vgl. dazu *Raiser*, FG Zivilrechtslehrer, 1999, 489, 502ff.; *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, 1983, 48f.; *Rittner*, ZHR 144 (1980), 330ff.; *Schilling*, ZHR 144 (1980), 136ff.

mit Umständen zu begründen, die sich auf das Unternehmen und dessen möglicherweise schadensursächliche wirtschaftliche Aktivität beziehen.

2. Gefährdungshaftung

Dass der Handlungsbegriff im Deliktsrecht letztlich eine praktisch kaum relevante Vorstufe der Verschuldensprüfung ist, zeigt sich auch daran, dass er bei der Gefährdungshaftung und der Störerhaftung keine Rolle spielt, obwohl diese mit Ausnahme des Verschuldenserfordernisses ähnlich strukturiert sind wie die Deliktshaftung. Gleichzeitig veranschaulichen diese beiden Haftungsarten, dass wirtschaftlichen Aktivitäten von Unternehmen als Handlungsäquivalente herangezogen werden können, um als Bezugspunkt einer Kausalitätsprüfung zu dienen. Das soll im Folgenden näher erläutert werden.

Da der Gefährdungshaftung unten ein eigenes Kapitel gewidmet ist,¹⁸⁵ sind hier insoweit keine Einzelheiten zu vertiefen. Einstweilen nur so viel: Für die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung z. B. nach §§ 1, 2 HPfLG, § 1 UmweltHG, § 89 Abs. 2 WHG, § 7 StVG, § 33 LuftVG wird allgemein keine Verhaltenszurechnung für erforderlich gehalten, obwohl juristische Personen und Personengesellschaften im natürlichen Sinne weder (Industrie-)Anlagen noch Schienenbahnen, Kraft- oder Luftfahrzeuge betreiben können. Es wird selten thematisiert, wie nicht menschliche Unternehmensträger eigentlich die „tatsächliche Verfügungsgewalt“ über eine Anlage oder ein Verkehrsmittel ausüben, die neben dem Betreiben auf eigene Rechnung unstreitig eines der beiden maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung des Haftungsadressaten ist. Gesellschaften sind dazu mangels natürlicher Handlungsfähigkeit nicht in der Lage. Man kann daher nur entweder auf die Unternehmensangehörigen abstellen und deren Verhalten dem Unternehmensträger z. B. nach §§ 31, 831 BGB zurechnen oder man geht davon aus, dass die Verfügungsgewalt durch das Unternehmen als Ganzes ausgeübt und wegen der engen Verbindung von Unternehmen und Unternehmensträger rechtlich unmittelbar dem Unternehmensträger zugeordnet wird. Wie später¹⁸⁶ ausführlicher dargelegt wird, sprechen die besseren Argumente für die zweite Sichtweise, die (unausgesprochen) auch der Rechtsprechung zugrunde liegen dürfte, da von einer Zurechnung nirgends die Rede ist.

Für die sog. Handlungshaftung, also die Haftung für gefährliche Aktivitäten z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG, § 32 Abs. 1 GenTG oder § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG wird in der Literatur oft eine Verhaltenszurechnung für erforderlich gehalten. Allerdings handelt es sich bei wassergefährdenden Tätigkeiten i. S. des § 89 Abs. 1 WHG genauso wie bei gentechnischen Arbeiten i. S. des § 32 Abs. 1 GenTG oder Bergbautätigkeiten i. S. des § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG meist nicht um menschliche Handlungen, sondern um wirtschaftliche Aktivitäten von Unternehmen. Dem-

¹⁸⁵ → § 7.

¹⁸⁶ → § 7 B I 2.

entsprechend sind die genannten Gesetze auch überwiegend unternehmensbezogen formuliert. Die übliche Bezeichnung als „Handlungshaftung“ ist daher nicht sehr glücklich. Gleichzeitig zeigt sich in diesen Fällen besonders deutlich, dass sich auch wirtschaftliche Aktivitäten als Bezugspunkt einer Kausalitätsprüfung eignen. Der weitgehend automatisiert ablaufende technisch-physikalische Prozess des Einleitens von Abwässern aus einer Kanalisationsanlage in ein Gewässer lässt sich z. B. kaum einer menschlichen Handlung zuordnen, kann aber als wirtschaftliche Tätigkeit ohne Weiteres dem Unternehmensträger zugeordnet werden. So kann er auch als Grund- und Verbindungselement der weiteren Prüfung dienen, zu der bei § 89 Abs. 1 WHG insbesondere noch die Kausalität zwischen der nachteiligen Veränderung der Wasserbeschaffenheit und dem Schaden gehört.¹⁸⁷

3. Störerhaftung

Etwas ausführlicher ist im Folgenden auf die Störerhaftung von Unternehmensträgern einzugehen, die von der Rechtsprechung ähnlich wie die Gefährdungshaftung bereits weitgehend unternehmensbezogen geprüft wird.¹⁸⁸ Auch dies veranschaulicht, dass wirtschaftliche Aktivitäten anstelle von menschlichen Handlungen als Bezugspunkt einer deliktischen Prüfung dienen können. Die Unternehmens-Störerhaftung taugt somit – abgesehen von der Frage des Verschuldens, auf das es für die Störerhaftung nach h. M. nicht ankommt – durchaus als Vorbild für eine deliktische Organisationshaftung ohne Individualzurechnung. Das soll im Folgenden vor allem am Beispiel von Eigentumsstörungen veranschaulicht werden. Anschließend wird kurz auf die Störerhaftung im gewerblichen Rechtsschutz eingegangen, die sich allerdings wegen des Bestehens von Sonderregelungen weniger für eine Generalisierung eignet.

a) Eigentumsstörungen

Die Dogmatik der Störerhaftung nach § 1004 BGB ist nach wie vor umstritten.¹⁸⁹ Hintergrund ist das Bestreben, den Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ausufern zu lassen und ihn deutlich von der Schadensersatzhaftung des Deliktsrechts abzugrenzen. Das ist notwendig, weil die jeweiligen Rechtsfolgen, nämlich die Beseitigung der Beeinträchtigung gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB und die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands gemäß §§ 823 ff. i. V. m. 249 Abs. 1 BGB, einander nahe kommen können. Trotz der jahrzehntealten, vor allem von *E. Picker* vorangetriebenen Kritik,¹⁹⁰ versteht

¹⁸⁷ Vgl. BGH NJW 1975, 2012, 2013; NJW 1972, 204 f.; LR/M. Petersen, ⁹⁹2022, § 89 WHG Rn. 38 ff.; *Breuer/Gärditz*, WasserR, ⁴2017, Rn. 1480–1482.

¹⁸⁸ Vgl. dazu auch *M. Leonhard*, in: GJZ-Tagungsband, 1997, 43, 46.

¹⁸⁹ Vgl. dazu Überblicksweise z. B. *Staudinger/Thole*, 2019, § 1004 Rn. 16–28; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 61–65, 75–81; *Wagner*, FS Medicus, 2009, 589 ff.

¹⁹⁰ Grundlegend *Picker*, Negatorischer Rechtsschutz, 2019; *Picker*, FS Gernhuber, 1993,

die h.M. die Störerhaftung im Grundsatz immer noch als Kausalhaftung. Der Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB hängt danach von denselben Voraussetzungen ab wie der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, allerdings verringert um das Verschulden,¹⁹¹ also: (willentliche) Handlung, Eigentumsverletzung, Kausalität, Rechtswidrigkeit. An die Stelle der Eigentumsverletzung kann jedes deliktsrechtlich geschützte Recht oder Rechtsgut treten, wodurch in analoger Anwendung des § 1004 BGB ein umfassender negativer Rechtsschutz gewährleistet wird.¹⁹²

Als Störer i.S.v. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ist nach st. Rspr. jeder anzusehen, „der die Störung herbeigeführt hat oder dessen Verhalten eine Beeinträchtigung befürchten lässt“. Erfasst sind sowohl der unmittelbare Störer, „der durch sein Verhalten selbst die Beeinträchtigung adäquat verursacht hat“, als auch der mittelbare Störer, „der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat“.¹⁹³ Ausgangspunkt ist also in der Sichtweise der h.M. die adäquate Verursachung einer Eigentumsbeeinträchtigung, auf ein etwaiges Verschulden des Störers kommt es hingegen anders als für die Schadensersatzhaftung nach §§ 823 ff. BGB nicht an.¹⁹⁴ Um der Grenzenlosigkeit des reinen Kausalitätsprinzips¹⁹⁵ etwas entgegen zu setzen, bedient sich die Rechtsprechung zunehmend einer „wertenden Betrachtung“. Geht die Beeinträchtigung von einem Grundstück aus, soll z. B. für die Qualifikation als (mittelbarer)¹⁹⁶ Handlungsstörer oder Zustandsstörer entscheidend sein, „ob es jeweils Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer oder -besitzer die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen“. Dies sei dann zu bejahen, „wenn sich aus der Art der Nutzung des Grundstücks, von dem die Einwirkung ausgeht, eine „Sicherungspflicht“, also eine Pflicht zur Verhinderung möglicher Beeinträchtigungen ergibt“.¹⁹⁷

315 ff.; *Picker*, FS Lange, 1992, 625 ff.; *Picker*, Beseitigungsanspruch, 1972; zustimmend u. a. *Staudinger/Thole*, 2019, § 1004 Rn. 33 f.; ausdrücklich ablehnend BGH NJW 2005, 1366, 1367; NJW 1996, 845, 846 f.

¹⁹¹ Mitunter wird von einem „küperten Deliktstatbestand“ gesprochen, s. *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 61; *Wagner*, FS Medicus, 2009, 589 ff.

¹⁹² *Grüneberg/Herrler*, ⁸²2023, § 1004 Rn. 4; HK-BGB/*Schulte-Nölke*, ¹¹2022, § 1004 Rn. 1; *Staudinger/Thole*, 2019, § 1004 Rn. 7 ff.

¹⁹³ BGHZ 206, 289, 301 = NJW 2016, 56, 59, Rn. 34 m. w. N.

¹⁹⁴ BGHZ 110, 313, 317 = BGH NJW 1990, 2058, 2059.

¹⁹⁵ Dazu anschaulich *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 86 V 1, S. 694 f.

¹⁹⁶ Unmittelbarer Handlungsstörer soll hingegen auch ohne weitere „Sachgründe“ jeder sein, der die Eigentumsverletzung durch eigene Handlung verursacht, s. BGH VersR 2020, 180, 182, Rn. 25. Das bedeutet aber letztlich nur, dass die unmittelbare Eigentumsverletzung schon für sich genommen stets als Sachgrund im Sinne der genannten Rechtsprechung ausreicht (z. B. weil sie immer pflichtwidrig ist) und ein Sachgrund genügt.

¹⁹⁷ BGH NJW 2018, 1542, 1543, Rn. 7; NJW-RR 2011, 739, 740, Rn. 12; BGHZ 157, 33, 42 = NJW 2004, 1037, 1039; NJW 2004, 1035, 1036; NJW 2004, 603, 604; NJW-RR 2001, 1208; NJW 1995, 2633, 2634; *Wenzel*, NJW 2005, 241, 241 ff. m. w. N. Für eine Verallgemeinerung dieses Ansatzes *Wagner*, FS Medicus, 2009, 589, 601 ff.

In Bezug auf Störungen, die von Unternehmen ausgehen, werden in Rechtsprechung und Literatur überwiegend unternehmens- oder betriebsbezogene Ansätze vertreten, die das störende Unternehmen als technisch-organisatorische Einheit behandeln und z.B. nicht danach differenzieren, ob die Störung von einer Anlage, einer Maschine oder einem Mitarbeiter ausgeht oder wer dies im Einzelnen veranlasst hat. Eine Individualisierung konkreter menschlicher Störer oder Störungshandlungen wird trotz der individualistischen Definition der Störerbegriffe nicht verlangt. Von besonderem Interesse ist im hiesigen Zusammenhang, dass die Unternehmens-Störerhaftung nach § 1004 BGB nahezu einhellig als originäre Unternehmenshaftung konzipiert wird, gleichzeitig aber ohne klassische Zurechnung auskommt. Nur eine Minderheit in der Literatur will §§ 31, 831 BGB zur Anwendung bringen und selbst die Vertreter dieser Ansicht erkennen an, dass neben der Zurechnung individueller menschlicher Störungshandlungen noch andere Gründe existieren, warum ein Unternehmen als Störungsquelle anzusehen und ein Unternehmensträger dafür haftbar sein kann. Das soll im Folgenden näher untersucht werden.

aa) Rechtsprechung

Auffällig ist zunächst, dass die Gerichte trotz der individualistischen Definition der Störerbegriffe („durch sein Verhalten verursacht“, „willentlich mitgewirkt“)¹⁹⁸ nie einen Zweifel daran gelassen haben, dass Unternehmensinhaber bzw. Unternehmensträger gleich welcher Rechtsform, also z.B. auch als juristische Personen und Personengesellschaften, Störer i.S. von § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sein können, wenn es aus dem jeweiligen Unternehmen heraus zu Störungen kommt. Das liegt insbesondere für Industriebetriebe und -anlagen sowie die von ihnen ausgehenden Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen usw. teleologisch gesehen auf der Hand, ist aber nie wirklich begründet worden. Die ohnehin nicht sehr klaren Grenzen zwischen Handlungs- und Zustandshaftung sowie zwischen mittelbaren und unmittelbaren Störungen verschwimmen im Bereich der Unternehmens-Störerhaftung noch mehr, weil einerseits bei Industrieanlagen und anderen betrieblichen Einrichtungen oft ein Grundstücks- oder sonstiger Sachbezug besteht, andererseits aber auch an das Betreiben von Anlagen, Maschinen usw. angeknüpft werden kann, also die betriebliche Aktivität. Es ist daher wenig verwunderlich, dass Unternehmensträger je nach Lage des einzelnen Falles mal als Zustandsstörer, mal als mittelbare und mal als unmittelbare Handlungsstörer angesehen werden. Der Fokus richtet sich aber in jeder der drei Varianten geradezu naturgemäß auf den Betrieb als wirtschaftende Organisationseinheit, ohne dass auf einzelne Grundstücke, Anlagen, Maschinen oder Mitarbeiter abgestellt werden würde.

¹⁹⁸ Oben bei → Fn. 193.

Welche Störungen dem Betrieb zuzuordnen sind, wird von den Gerichten nicht individualistisch, sondern funktional abgegrenzt und zwar auch bei der Handlungshaftung. Es wird also nicht darauf abgestellt, ob die Störung von einem Unternehmensangehörigen ausgeht, dessen Verhalten sich dem Unternehmensträger z. B. gemäß §§ 31, 831 BGB zurechnen lässt. Vielmehr kann die Störerhaftung des Betriebsinhabers auch zu bejahen sein, wenn die Störung unmittelbar z. B. von Kunden oder Lieferanten ausgeht, sofern nur ein hinreichend enger Zusammenhang mit dem Betrieb besteht, die Störung also bei wertender Betrachtung als Teil des Betriebsrisikos anzusehen ist. So hat der BGH z. B. die Haftung einer Nahverkehrsunternehmerin für Eigentumsstörungen bejaht, die unmittelbar von wartenden Fahrgästen an einer Haltestelle ausgingen (Verkehrsbehinderungen, Lärm, Abfall usw.), weil es sich bei der Haltestelle um eine von der Unternehmerin eingerichtete und beherrschte „Betriebseinrichtung“ handelte und die Belästigungen adäquate Folgen eben dieser Betriebseinrichtung waren.¹⁹⁹ Genauso hat der BGH die Störerhaftung eines Clubbetreibers auch hinsichtlich solcher Lärmimmissionen bejaht, die nicht auf dem Betriebsgrundstück verursacht wurden, sondern in dessen naher Umgebung, insbesondere auf der Straße, und zwar mit dem Argument, die Beeinträchtigungen seien „adäquate Folge des Clubbetriebes“. Denn auch solcher Lärm sei „mit einem derartigen Unternehmen notwendig verbunden und ihm zuzurechnen“.²⁰⁰ Auch in einem Fall, in dem es um störende Motorengeräusche der Lastwagen von Lieferanten ging, betonte der BGH, entscheidend sei, ob die Beeinträchtigungen, deren Unterlassung begehrt werde, adäquat ursächlich durch den Betrieb der Beklagten veranlasst seien, woran im konkreten Fall kein Zweifel bestand.²⁰¹ Ganz ähnlich und mit ähnlichen Begründungen, also vor allem unter Bezugnahme auf die betriebliche Tätigkeit und die mit ihr typischerweise verbundenen Folgen hat der BGH auch die Störerhaftung von Flugplatzbetreibern hinsichtlich der Lärmimmissionen von startenden oder landenden Flugzeugen bejaht, obwohl die Flugzeuge typischerweise von selbstständigen Unternehmern betrieben werden und mitunter auch noch stören, wenn sie sich bereits ein gutes Stück vom Flugplatz entfernt haben.²⁰²

Wie im Rahmen der Unternehmens-Störerhaftung unmittelbar auf die störende Betriebstätigkeit und nicht auf individuelles menschliches Verhalten abgestellt wird, veranschaulicht auch die Argumentation des V. Zivilsenates des BGH im jüngst entschiedenen Weltkriegsbomben-Fall: Der Erstbeklagte betrieb, offen-

¹⁹⁹ BGH NJW 1960, 2335.

²⁰⁰ BGH NJW 1963, 2020.

²⁰¹ BGH NJW 1982, 440.

²⁰² Vgl. BGHZ 69, 118, 122f. = NJW 1977, 1920, 1921; BGHZ 69, 105, 112 = NJW 1977, 1917, 1919; BGHZ 59, 378, 379f. = NJW 1973, 326. Vgl. ferner auch BGHZ 144, 200, 203f. = NJW 2000, 2901, 2902 (Drogenhilfezentrum); BGH NJW 1983, 751 (Tennisplatz); BGH WM 1962, 765, 767 (Lebensmittelgroßhandlung).

bar als Einzelunternehmer, ein Recyclingunternehmen für Bauschutt auf dem Grundstück der Zweitbeklagten. Im Jahr 2014 kam es dort zu einer Explosion, durch die auch Gebäude auf Nachbargrundstücken beschädigt wurden, die bei der Klägerin versichert waren. Die Explosion wurde dadurch verursacht, dass ein Mitarbeiter des Erstbeklagten mit einem Zangenbagger ein größeres Betonteil zerkleinerte, in das eine Bombe aus dem Zweiten Weltkrieg einbetoniert war. Der Senat verneinte zunächst eine Haftung des Erstbeklagten aus § 823 Abs. 1 BGB und § 831 BGB, weil die Bombe im Beton für den Erstbeklagten und seinen Baggerführer mit zumutbarem Aufwand nicht erkennbar war. Angesichts der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von Bomben in zu recycelnden Betonteilen könne nicht verlangt werden, dass alle Betonteile vor der Zerkleinerung mit technischen Mitteln auf Explosivkörper untersucht würden. Der Erstbeklagte als Recyclingunternehmer habe daher keine Verkehrssicherungspflicht verletzt²⁰³ und auch der Baggerführer habe sich verkehrsrichtig verhalten.²⁰⁴ Sodann prüfte der Senat einen Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB und musste sich in diesem Zusammenhang mit der Frage auseinandersetzen, ob der Erstbeklagte Störer war.²⁰⁵ Obwohl der Baggerführer die Zerkleinerungsarbeiten allein ausgeführt hatte und der Erstbeklagte soweit ersichtlich bei den Arbeiten nicht anwesend war, wurde er als unmittelbarer Handlungsstörer (!) angesehen. Unmittelbarer Handlungsstörer sei derjenige, „der die Beeinträchtigung des Nachbarn adäquat kausal durch eine eigene Handlung verursacht“. Anders als beim mittelbaren Handlungsstörer und beim Zustandsstörer hänge die Qualifikation als Störer beim unmittelbaren Handlungsstörer nicht von zusätzlichen Sachgründen ab, ihm die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen. Daran ändere sich auch nichts, „wenn die störende Handlung in einem Gewerbebetrieb und nicht von dem Inhaber des Betriebs selbst, sondern von seinen weisungsabhängigen Beschäftigten vorgenommen wird“. Denn Beschäftigte könnten selbst unmittelbare Handlungsstörer nur sein, „wenn ihnen ein eigener Entscheidungsspielraum mit entsprechendem Verantwortungsbereich verbleibt, aber nicht, wenn sie weisungsgebunden sind“. Der Erstbeklagte sei daher unmittelbarer Handlungsstörer, auch wenn er die Zerkleinerungsarbeiten nicht selbst durchgeführt habe. Der Baggerführer sei weisungsabhängig gewesen und habe keinen Entscheidungsspielraum gehabt, „so dass die von ihm durchgeführten Arbeiten rechtlich als Handlungen des Bekl. zu 1 zu behandeln sind“.

In der Literatur ist beklagt worden, dass der V. Zivilsenat für die Zurechnung der Handlungen des Baggerführers zum Erstbeklagten als Betriebsinhaber keine Zurechnungsnorm nennt.²⁰⁶ Tatsächlich ist der Fall u. a. deshalb aufschlussreich,

²⁰³ BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 15–19.

²⁰⁴ BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20. Zur Problematik verkehrsrichtigen Verhaltens des Gehilfen bei der Geschäftsherrnhaftung noch ausf. unten → § 10 C II 2.

²⁰⁵ Hierzu und zum Folgenden BGH VersR 2020, 180, 182, Rn. 24–28.

²⁰⁶ M. Schwab, JuS 2020, 272, 273 f.

weil der Senat darin zunächst eine deliktische Haftung des Erstbeklagten aus § 831 BGB ausdrücklich ablehnt, dann aber betont, für die Zwecke der Störerhaftung sei die Handlung des Gehilfen als Handlung des Betriebsinhabers anzusehen. Anders als in der Literatur teilweise vorgeschlagen,²⁰⁷ geht der V. Zivilsenat also offenbar nicht davon aus, dass § 831 Abs. 1 S. 1 BGB im Rahmen der Störerhaftung als Zurechnungsnorm heranzuziehen ist. Denn dann hätte er auch die Störerhaftung des Erstbeklagten verneinen müssen (oder zumindest seine Qualifikation als unmittelbarer Handlungsstörer), nachdem er zuvor schon dessen Deliktshaftung aus § 831 BGB verneint hatte.²⁰⁸ Doch wie lässt sich das „Zurechnungsproblem“ dann lösen? Es spricht viel dafür, dass der V. Zivilsenat schlicht das Recyclingunternehmen als solches als Störungsquelle angesehen hat und die Störung dem Erstbeklagten als Unternehmensinhaber zugeordnet hat, weil er es ist, der das Unternehmen betreibt. Die „Handlung“, an welche die Qualifikation als unmittelbarer Handlungsstörer angeknüpft wird, wäre dann gar nicht so sehr das Zerkleinern des Betonteils als konkrete Einzelhandlung gewesen, sondern das Betreiben des Recyclingunternehmens als unternehmerische Aktivität, die zwar zahlreiche Einzelhandlungen auslöst, diese jedoch zu einem einheitlichen, kaum noch trennbaren „Gesamtverhalten“ vereinigt. Dafür spricht insbesondere, dass der Senat den Erstbeklagten wohl genauso als Störer angesehen hätte, wenn die Explosion in seinem Betrieb durch arbeitsteiliges Zusammenwirken mehrerer nicht identifizierbarer Mitarbeiter, einen dort tätigen selbstständigen Subunternehmer oder eine vollautomatisierte Zerkleinerungsanlage verursacht worden wäre. In all diesen Fällen bliebe es der Erstbeklagte als Unternehmensinhaber, der durch das Betreiben eines Recyclingunternehmens für Bauschutt die entscheidende Ursache dafür gesetzt hätte, dass in seinem Betrieb eine Weltkriegsbombe explodiert. Der Umstand, dass sich im Bauschutt nicht erkennbare Fremdkörper verbergen können, gehört eben zum Betriebsrisiko eines solchen Recyclingunternehmens und deshalb sind die daraus resultierenden Gefahren genauso adäquate Folgen eines solchen Betriebs wie Störungen durch Fahrgäste an Haltestellen bei einem Nahverkehrsunternehmen, durch feiernde Gäste bei einem Club oder durch Flugzeuge bei einem Flughafen.

bb) Literatur

Weil der BGH die dogmatische Konstruktion der Unternehmens-Störerhaftung nie wirklich begründet hat, blieb dies der Literatur überlassen. Der erste anspruchsvolle Versuch, der in dieser Hinsicht unternommen wurde, ist soweit ersichtlich ein Aufsatz von *Pleyer* aus dem Jahr 1962.²⁰⁹ *Pleyer* hatte vorher

²⁰⁷ Dazu sogleich unter → bb.

²⁰⁸ Die Anwendung des § 831 BGB scheiterte nicht am fehlenden Verschulden des Geschäftsherrn (das für die Störerhaftung entbehrlich wäre), sondern daran, dass sich der Verrichtungshelfer verkehrsrichtig verhalten hatte, s. oben → bei Fn. 204.

²⁰⁹ *Pleyer*, AcP 161 (1962), 500 ff.; vgl. auch schon *Pleyer*, JZ 1961, 499 ff. Aus früherer Zeit

bereits die Haftung für störende Sachen²¹⁰ untersucht und nahm sich nun die „störenden Mitarbeiter“ vor, wobei ihn in beiden Fällen vor allem interessierte, wie eine Haftung für etwas anderes als das eigene Verhalten begründet werden kann und wie sie sich sachgerecht begrenzen lässt. Ausgangspunkt war für ihn, dass eine Störerhaftung für fremdes Verhalten nicht allein auf adäquate Kausalität gestützt werden könne, weil sonst jede Bitte um eine Gefälligkeit eine Haftung begründen würde.²¹¹ Eine Lösung mithilfe des § 831 BGB fand er zwar naheliegend, lehnte sie aber dennoch ab. Den Geschäftsherrn nur bei eigenem Auswahl- oder Überwachungsverschulden bzw. fehlender Exkulpation gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB als Störer haften zu lassen, zog *Pleyer* nicht ernsthaft in Betracht, weil die Störerhaftung verschuldensunabhängig ist. Das überrascht ein wenig. Denn die Störung geht in *Pleyers* Untersuchung immer vom Gehilfen aus und von *diesem* verlangt § 831 BGB in der Sichtweise der h.M. bekanntlich kein Verschulden. Indem § 831 Abs. 1 S. 1 BGB an eine widerrechtliche Schädigung durch den Gehilfen anknüpft (und nicht an ein Delikt), scheint er einer Haftung für fremde Störung sogar näher zu stehen als einer Haftung für fremdes Delikt. Fokussiert man sich streng auf die Rechtsfolgen, scheint § 831 BGB also genau das zu regeln, wonach *Pleyer* sucht. Richtig ist aber, dass der Geschäftsherr im Ergebnis nur bei Verschulden haften würde, was systemwidrig erscheinen mag. Eine strikte Haftung nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ohne Anwendung der Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB schien *Pleyer* für die Störerhaftung schon eher systemkonform, allerdings lehnte er sie als zu weitgehend ab. Die Tatsache, daß jemand einen anderen zu einer Verrichtung bestellt habe, sei für sich allein kein ausreichender Zurechnungsgrund für eine Haftung nach § 1004 BGB.

Die Lösung des Problems sah *Pleyer* schließlich in den Besonderheiten des Unternehmens.²¹² Der Unternehmer mache sich die Vorteile der Arbeitsteilung bewusst zunutze und wisse, dass seinen Arbeitnehmern auch Fehlleistungen unterlaufen könnten. Er nehme dies in Kauf, weil es ihm auf den Ertrag ankomme, den das Unternehmen u. a. mit Hilfe dieser Mitarbeiter abwerfe. Der Unternehmensinhaber habe hinsichtlich seines Unternehmens eine vergleichbare Dispositions- und Nutzungsmöglichkeit wie der Eigentümer hinsichtlich seiner Sachen und daraus folge eine entsprechende Verantwortung, Störungen zu beseitigen. In *Pleyers* eigenen Worten: „Da die Innehabung eines Unternehmens

erwähnenswert ist *Ballerstedts* Versuch, in Anlehnung an *Rosenstock-Hüssys* Lehre vom „Betrieb als Kräfteordnung“ nicht Handlungen, sondern die Arbeitskraft abhängig beschäftigter Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zuzurechnen, weil dieser kraft des Arbeitsvertrages darüber verfügen könne; im Vordergrund dieser eher rechtspolitisch ausgerichteten Lehre steht allerdings nicht die Begründung der Haftung des Unternehmers, sondern die Begrenzung der Außenhaftung der Arbeitnehmer, s. *Ballerstedt*, JZ 1953, 389, 390.

²¹⁰ *Pleyer*, JZ 1959, 305 ff.; *Pleyer*, AcP 156 (1958), 291 ff.

²¹¹ Hierzu und zum Folgenden *Pleyer*, AcP 161 (1962), 500, 502 ff.

²¹² Hierzu und zum Folgenden *Pleyer*, AcP 161 (1962), 500, 505 ff.

[...] gerade durch die Herrschafts- und Dispositionsmöglichkeit über die Arbeitskraft von Menschen und das Recht, ihre Tätigkeit und deren Erfolg für eigene Zwecke nutzbar zu machen, charakterisiert ist, müssen auch die damit verbundenen Risiken Unternehmensrisiken sein und als solche dem Herrn des Unternehmens [...] zugerechnet werden. So wie der Herrschaft über Sachen eine umfassende Verantwortung für die von den beherrschten Sachen ausgehenden Störungen entspricht, so korrespondiert der umfassenden Herrschaft über die Arbeitskraft von Personen eine entsprechende Einstandspflicht für die bei der Tätigkeit dieser Hilfskräfte auftretenden Beeinträchtigungen Dritter.“ *Pleyer* konzipierte die Unternehmens-Störerhaftung also nicht als Handlungshaftung, sondern in Anlehnung an die Sachhaftung als Zustands- oder Risikosphärenhaftung. Das entscheidende Anknüpfungsmerkmal war für ihn die Dispositions- und Nutzungsmöglichkeit des Unternehmensinhabers, der das Unternehmen zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke betreibt und daher auch die daraus resultierenden Risiken tragen müsse.

In den 1970er-Jahren folgten einige Versuche, die Unternehmens-Störerhaftung auf Grundlage eher sachenrechtlicher Konzeptionen der Störerhaftung zu erklären. *Wetzel* sprach sich z. B. für eine analoge Anwendung der §§ 855, 868 BGB aus.²¹³ Störungen durch weisungsabhängige Mitarbeiter wären dem Unternehmensinhaber nach dieser Konzeption strikt zuzurechnen. Ein bedeutender Unterschied zur analogen Anwendung des § 831 BGB, also der u. a. von *Pleyer* erwogenen deliktsrechtlichen Lösung, läge darin, dass der Gehilfe selbst nicht mehr als Störer in Anspruch genommen werden könnte, der Unternehmensinhaber also allein verantwortlich wäre. Denn § 855 BGB ordnet an, dass bei einem Besitzdienerverhältnis nur der Besitzherr Besitzer ist, nicht der Besitzdiener. Auch kommt eine Entlastung wie nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB von vornherein nicht in Betracht, weil §§ 855, 868 BGB eine solche nicht vorsehen. *Jehner* ging demgegenüber davon aus, dass jede Eigentumstörung letztlich von einer störenden Sache ausgehe und dass deshalb danach gefragt werden müsse, wem die wesentlichen Herrschaftsrechte an dieser Sache zuständen. In unternehmerischen Sachverhalten sei dies regelmäßig der Unternehmensinhaber und zwar exklusiv, sodass auch nach dieser Konzeption nur der Unternehmensinhaber als Störer haften sollte und nicht die Mitarbeiter persönlich.²¹⁴ Beiden Ansätzen ist also gemein, dass sie sich auch um eine Begrenzung der Eigenhaftung weisungsabhängiger Arbeitnehmer bemühten.

Picker präsentierte eine Lösung des Problems der Unternehmens-Störerhaftung auf Basis seiner Lehre von der Rechtsusurpation²¹⁵ und stellte dabei offen auf die Betriebstätigkeit als solche ab, abstrahierte also von individuellen (Stö-

²¹³ *Wetzel*, Zurechnung, 1971, 132 ff.

²¹⁴ *Jehner*, Störer, 1971, 52 ff.

²¹⁵ Dazu MünchKommBGB/*Raff*, 92023, § 1004 Rn. 87 ff.; *Staudinger/Thole*, 2019, § 1004 Rn. 26 ff.; *J. Neuner*, JuS 2005, 385, 388 f.

rungs-)Handlungen und persönlichen Verantwortungsbereichen einzelner Unternehmensangehöriger. Es gehe bei der Unternehmens-Störerhaftung allein um die Pflicht, „den Betrieb nach seinen Ausstrahlungen innerhalb der eigenen Rechtsgrenzen zu halten“, also zu verhindern, dass durch das Betreiben des Unternehmens fremde Rechte in Anspruch genommen würden.²¹⁶ Um Ausstrahlungen des Unternehmens handle es sich ohne Weiteres, wenn „nach der Art seines Betriebs, nach seiner technischen Konstruktion oder arbeitsmäßigen Organisation“ der einzelne Akteur anonym bleibe, wenn also nur „der Betrieb“ nach außen wirke, nicht aber einzelne Personen in Erscheinung träten.²¹⁷ Für die negatorische Haftung des Unternehmensinhabers sei damit entscheidend, ob das störende Verhalten seiner Leute oder seiner Kunden zu dem Betrieb des Unternehmens gehöre. Sei dies der Fall, sei die Tätigkeit dieser Personen also Bestandteil der Betriebstätigkeit und seien die Störungen daher Ausstrahlungen des Betriebs, so sei das für die Passivlegitimation des Unternehmers entscheidende Moment gegeben: die „Inkongruenz von Unternehmen und Eigentumsraum“, der Tatbestand, „daß der eigene Rechtskreis des Inhabers zu eng ist für den Betrieb, den er unterhält“. Der Unternehmensinhaber habe danach für jedes mit seinem Betrieb in Zusammenhang stehende Verhalten Dritter einzustehen. Entscheidend sei nicht das Idealbild des eigentlich bezweckten betriebsmäßigen Verhaltens, sondern die Betriebswirklichkeit. Zu den betriebsbedingten Ausstrahlungen gehöre daher auch ein Fehlverhalten, solange es nur „betriebstypisch“ sei, der Betrieb also gewöhnlich gerade in dieser Weise ausgeübt und benutzt und daher von dem Unternehmer zu solcher Ausübung oder Benutzung zur Verfügung gestellt werde.

Noch offener für eine unternehmensbezogene Perspektive plädierte dann *M. Heinze*. Aus seiner Sicht waren drei Störungsquellen zu differenzieren, nämlich Personen, Sachen und „Person-Sach-Gesamtheiten“, womit er vor allem Unternehmen und sonstige Organisationen meinte. Er betonte deren Charakter als soziale Gebilde mit einer übergeordneten Organisation, die ein neues Ganzes entstehen lasse und den einzelnen Gliedern ihre Selbstständigkeit nehme.²¹⁸ Während die Rechtsnormen der Verschuldenshaftung die schädigende Ursache individualisierend bestimmen müssten, weil Verschulden immer nur individuelles Verschulden sein könne, liege der Bereichshaftung des § 1004 BGB eine „funktionale Betrachtungsweise“ zugrunde. Daraus folge, dass eine Person oder Sache, die sich als Störungsquelle innerhalb einer Person-Sach-Gesamtheit darstelle, nicht als selbstständige Störungsquelle erscheinen könne, soweit sie nur als „Bestandteil“ der organisierten Obereinheit störe. Es störe dann nicht die Person als Person, nicht die Sache als Sache, sondern die Person bzw. Sache

²¹⁶ Hierzu und zum Folgenden *Picker*, Beseitigungsanspruch, 1972, 154 f.

²¹⁷ *Picker*, Beseitigungsanspruch, 1972, 154 (Fn. 92).

²¹⁸ Hierzu und zum Folgenden *M. Heinze*, Rechtsnachfolge, 1973, 126 ff.

nur als unselbstständiger Teil der organisierten Obereinheit mit der Folge, „daß sich allein die Obereinheit als selbständige Störungsquelle darstellt“. Soweit danach eine Person-Sach-Gesamtheit die Störungsquelle bilde, finde das Risikoprinzip seinen Anknüpfungspunkt in dem die Obereinheit bildenden Organisationsverhältnis. Es gehe um die Zurechnung spezifischer Geschäftsgefahren, um die besonderen Organisationsrisiken eines Betriebs, insbesondere die mit dessen arbeitsteiliger Organisation verbundenen Gefahren. Das Risikoprinzip finde daher das jeweilige Zurechnungsobjekt in dem Träger der in Frage stehenden Organisation, die eine natürliche Person als Einzelkaufmann oder eine juristische Person, insbesondere eine Kapitalgesellschaft sein könne. Das Zurechnungsobjekt sei immer der Beherrscher des Organisationsgefüges und zugleich dessen Interessenträger, also derjenige, dem der Nutzen, aber auch die Kosten der Unternehmung zufließen.

Später gab es auch wieder Erklärungsversuche, die stärker individualisierend ausgerichtet waren und das Unternehmen als Organisation nicht so sehr in den Vordergrund rückten. So argumentierte *Herrmann* auf dem Boden der herrschenden Kausalitätstheorie, entscheidend sei, ob sich die konkrete Störung durch einen Mitarbeiter, eine Anlage oder eine andere Störungsquelle innerhalb des Unternehmens noch als adäquat kausale Folge einer Entscheidung des Unternehmensinhabers ansehen lasse, wofür sie vor allem auf die haftungsrechtliche Figur der Unterbrechung des Kausalverlaufs zurückgreifen will.²¹⁹ Ferner sprach sich *Canaris* für eine analoge Anwendung des § 831 BGB aus, allerdings ohne die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB.²²⁰ Diese Ansätze richteten sich jedoch nicht gegen die explizit unternehmensbezogenen Erwägungen z. B. von *Pleyer*, *Picker* oder *M. Heinze*. So verlangt *Canaris* an anderer Stelle selbst, man solle „einfach anerkennen, daß ein Unternehmen als solches ebenso wie eine Sache eine Störungsquelle sein kann und sein Inhaber dann Störer i. S. von § 1004 BGB ist“.²²¹ Die Handlungszurechnung nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ist für ihn einer von mehreren Wegen, die Unternehmens-Störerhaftung zu begründen, nicht der einzige. Bei Flugzeug- oder Gaststättenlärm, Belästigungen durch Fahrgäste an einer Bushaltestelle oder Motorengeräuschen von Zulieferlastwagen müsse nicht auf ein störendes Grundstück oder eine störende Handlung abgestellt werden, sondern die Störung könne als „unternehmensspezifische Störung“ angesehen werden, für die der Unternehmensinhaber unmittelbar als Störer verantwortlich sei.²²²

In jüngerer Zeit ist es um die Problematik der Unternehmens-Störerhaftung ruhiger geworden. Ganz allgemein wird heute meist davon ausgegangen, dass

²¹⁹ *Herrmann*, Störer, 1987, 487–489, 561.

²²⁰ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 86 III 2c, S. 685; ähnlich schon *Lutter/Overath*, JZ 1968, 345, 346. Zustimmung *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch, 2007, 424 f.

²²¹ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 86 II 4b, S. 682.

²²² Ebd.

der Unternehmensinhaber für Störungen durch seine Mitarbeiter und für sonstige Störungen aus dem Unternehmen heraus verantwortlich ist.²²³ Oft wird verlangt, die Störung müsse „betriebstypisch“ sein, damit sie dem Unternehmensinhaber bzw. Unternehmensträger zugerechnet werden kann.²²⁴ *Spohnheimer* setzt z.B. voraus, dass die Störung „bei wertender Betrachtung zum Betrieb gehört, [...] mit anderen Worten eine Ausstrahlung der Betriebstätigkeit ist“.²²⁵ Dann soll sogar weisungswidriges Verhalten von Arbeitnehmern eine Störerhaftung des Unternehmensinhabers begründen können.

b) Gewerblicher Rechtsschutz

Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts sind spezialgesetzlich u. a. in § 8 Abs. 1 UWG, § 139 Abs. 1 PatG, § 14 Abs. 5 MarkenG, § 42 Abs. 1 DesignG und § 97 Abs. 1 UrhG geregelt, sodass es in diesem Kontext für den negatorischen Rechtsschutz keiner analogen Anwendung des § 1004 BGB bedarf. Eine Besonderheit dieser Ansprüche, die im BGB keine Entsprechung findet, ist die sog. Unternehmensinhaberhaftung, die in dogmatischer Hinsicht als strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* konstruiert ist. Sie ist u. a. in § 8 Abs. 2 UWG, § 14 Abs. 7 MarkenG, § 44 DesignG und § 99 UrhG geregelt, nicht jedoch im PatG,²²⁶ und bezieht sich typischerweise nur auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, im MarkenG jedoch auch auf Schadensersatzansprüche. In § 8 Abs. 2 UWG wird z. B. angeordnet, dass „der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet“ sind, wenn „die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen“ werden. Die Vorschrift geht bereits auf das UWG vom 7. Juni 1909 zurück, wo sie als § 13 Abs. 2 enthalten war. Der Gesetzgeber begründete ihre Notwendigkeit damit, dass die Anwendung des § 831 BGB und insbesondere die Entlastungsmöglichkeit für das Lauterkeitsrecht ausgeschlossen werden sollten.²²⁷ Er hielt es für anerkannt, dass die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung für den Schutz des redlichen Verkehrs nicht immer ausreichen werde und dass deshalb insoweit eine strikte Haftung erforderlich sei. Die neue Vorschrift werde „den Leitern größerer Betriebe in gesteigertem Maße die Pflicht auferlegen, die Handlungen der Angestellten und Beauftragten sorgfältig zu überwachen“.

Die Unternehmensinhaberhaftung verdankt ihre Existenz also der Tatsache, dass der UWG-Gesetzgeber Anfang des 20. Jahrhunderts davon ausging, dass

²²³ Jauernig/Berger, 182021, § 1004 Rn. 16; Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 313.

²²⁴ Staudinger/Thole, 2019, § 1004 Rn. 313.

²²⁵ BeckOGK/Spohnheimer, 1.11.2022, § 1004 BGB Rn. 170.

²²⁶ Vgl. MünchKommUWG/Fritzsche, 32022, § 8 UWG Rn. 360.

²²⁷ Hierzu und zum Folgenden RTV, Bd. 252, 1909, Nr. 1109, S. 13 f.

§ 831 BGB „normalerweise“ auch im Bereich der negatorischen Haftung zur Anwendung komme. Es stellt sich die Frage, wie sich dies zu der im vorigen Abschnitt geschilderten, nahezu einhelligen Ansicht verhält, dass für die Begründung der Störerhaftung von Unternehmensträgern nach § 1004 BGB unmittelbar auf das störende Unternehmen abgestellt werden kann, sodass es gerade *keiner* Individualzurechnung nach §§ 31, 831 BGB bedarf. Dazu ist zweierlei zu bemerken: Zum einen war die Anwendung des § 831 BGB im Rahmen der Störerhaftung nach Inkrafttreten des BGB umstritten.²²⁸ Die Ansicht des UWG-Gesetzgebers, in Ermangelung einer Sonderregelung richte sich die Haftung von Unternehmensinhabern für Störungen durch ihre Mitarbeiter nach § 831 BGB, war keineswegs allgemein anerkannt. Das Reichsgericht hatte sich z. B. in einer Entscheidung aus dem Jahr 1903 zum UWG vom 27. Mai 1896 auf den Standpunkt gestellt, § 831 BGB sei nicht heranzuziehen, sondern über die Haftung des Unternehmensinhabers sei nach „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ zu entscheiden.²²⁹ Dazu zählte es auch, dass der Unternehmensinhaber dafür sorgen müsse, „daß die auf seinen [...] Namen lautenden Veröffentlichungen sich innerhalb der [...] gesetzlich vorgeschriebenen Schranken halten“ und „daß sein Geschäftsführer nicht die ihm erteilte Befugnis [...] mißbraucht“. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Schaffung der Unternehmensinhaberhaftung durch § 13 Abs. 2 UWG 1909, der als Vorbild aller weiteren Normen dieser Art diene, als Klarstellung deuten, mit welcher der UWG-Gesetzgeber unabhängig von der Entwicklung der allgemeinen Störerhaftung nach dem BGB unmissverständlich festschreiben wollte, dass der Unternehmensinhaber jedenfalls für Störungen durch seine Mitarbeiter und Beauftragten einzustehen hat. Beim heutigen Stand der Dogmatik der Störerhaftung, wonach nicht nur anerkannt ist, dass die Haftung auch mit einer Störung durch das Unternehmen bzw. den störenden Betrieb begründet werden kann, sondern auch, dass § 831 BGB allenfalls *ohne* die Entlastungsmöglichkeit für eine Zurechnung individueller Störungen heranzuziehen ist,²³⁰ würde sich an den praktischen Ergebnissen wenig ändern, wenn es die Spezialvorschriften über die Unternehmensinhaberhaftung nicht gäbe.²³¹ Das wird in der Literatur zum gewerblichen Rechtsschutz und zum Urheberrecht oft verkannt.²³² Auch die Rechtslage nur klarzustellen, ist freilich ein völlig legitimer Normzweck.

²²⁸ Vgl. *Kahn/Weib*, ²1910, § 13 UWG Anm. C 2 m. w. N.

²²⁹ Hierzu und zum Folgenden RG JW 1903, 128. Dazu auch *Fuld*, 1909, § 13 UWG Anm. V, S. 285 f.

²³⁰ Oben bei → Fn. 220.

²³¹ Ähnlich MünchKommUWG/*Fritzsche*, ³2022, § 8 UWG Rn. 361; *Fritzsche*, Unterlassungsanspruch, 2007, 422–426 (m. Fn. 17), 442–444, der verbleibende Unterschiede darin sieht, dass nach der Unternehmensinhaberhaftung auch für „Beauftragte“ gehaftet wird und die Beweislast günstiger sei als bei der Störerhaftung.

²³² Vgl. *KBF/Köhler/Feddersen*, ⁴¹2023, § 8 UWG Rn. 2.33; *OS/Obly*, ⁸2023, § 8 UWG Rn. 143; *FBO/Büscher*, ³2016, § 8 UWG Rn. 216; *Köhler*, GRUR 1991, 344, 345.

Zum anderen schließt der Umstand, dass die Störerhaftung auch unter Bezugnahme auf das Unternehmen als wirtschaftliche und soziale Organisation begründet werden kann, nicht aus, sie in anderen Konstellationen auch mithilfe einer Individualzurechnung zu begründen. Das entspricht dem hiesigen Verständnis, dass es sinnvoll sein kann, für die Begründung der Unternehmenshaftung auf die Zurechnungstechnik zurückzugreifen, wenn die Rechtsgutsverletzung auf einem individuellen Fehler beruht,²³³ dass jedoch daneben ein Bedürfnis bestehen kann, für die Begründung der Haftung auf das Unternehmen als Ganzes abzustellen, weil sich ein Organisationsrisiko realisiert, das sich nicht dem Verhalten einer einzelnen natürlichen Person zuordnen lässt. Es spricht nichts dagegen, im Gesetz auch die Individualzurechnung zu regeln, wie dies in § 8 Abs. 2 UWG und den anderen Vorschriften über die Unternehmensinhaberhaftung geschehen ist. Das bedeutet aber nicht, dass es nicht statthaft wäre, die Haftung alternativ auch ohne Individualzurechnung unter Bezugnahme auf das Unternehmen als Organisation zu begründen. Der BGH hat mehrfach betont, dass auf § 8 Abs. 2 UWG nicht zurückgegriffen zu werden braucht, wenn sich aus anderen Umständen bereits ergibt, dass der Unternehmensinhaber Störer ist.²³⁴ Beide Begründungsansätze konkurrieren also miteinander: Der Unternehmensinhaber kann nach den allgemeinen Grundsätzen der Störerhaftung haften und in diesem Zusammenhang ist ggf. auch zu berücksichtigen, dass eine Störung von seinem Unternehmen oder einem einzelnen Betrieb als Störungsquelle ausgehen kann. Genauso haftet er jedoch für individuelles Fehlverhalten seiner Mitarbeiter und Beauftragten, wofür im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts auf die Vorschriften über die Unternehmensinhaberhaftung abzustellen ist, im Übrigen auf die Zurechnungsgrundsätze, wie sie oben in § 5 beschrieben wurden.

4. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass nicht menschliche Unternehmensträger wie juristische Personen und Personengesellschaften im übertragenen Sinne als handlungsfähig angesehen werden können, wenn als Handlungsäquivalent auf die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens abgestellt wird. Diese kann dem Unternehmensträger unmittelbar zugeordnet werden, wobei es sich jedoch nicht um einen Fall von Zurechnung handelt, weil das Unternehmen kein Rechtssubjekt ist. Der Unternehmensträger kommt hingegen als Haftungsadressat in Betracht und die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens ist ein hinreichender Anknüpfungspunkt für die Prüfung der weiteren Voraussetzungen einer echten

²³³ Dazu bereits oben → § 5.

²³⁴ BGH GRUR 2010, 1110, 1112, Rn. 33; GRUR 2010, 936, 938, Rn. 20; GRUR 1995, 605, 608; GRUR 1994, 441, 443; KBF/Köhler/Feddersen,⁴¹ 2023, § 8 UWG Rn. 2.32; MünchKomm-UWG/Fritzsche,³ 2022, § 8 UWG Rn. 360f.

Unternehmenshaftung als Organisationshaftung. Insbesondere eignet sich die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens, z. B. das Betreiben einer Industrieanlage oder das Inverkehrbringen eines Produkts, als Bezugsgegenstand für eine Kausalitätsprüfung. Es ist sogar oftmals realitätsnäher eine Rechtsgutsverletzung auf eine unternehmerische Tätigkeit zurückzuführen, als sie mit der Handlung einer natürlichen Person in Verbindung zu bringen. Es wäre gekünstelt, komplexe wirtschaftliche Aktivitäten für die Zwecke des Haftungsrechts in Handlungen einzelner Unternehmensangehöriger zu zerlegen, um irgendwie am überkommenen Handlungsbegriff festhalten zu können. Wenn es ohnehin nur darum geht, die Haftung des Unternehmensträgers zu begründen, braucht man nicht so zu tun, als habe „der Vorstand“ durch sein Tun oder Unterlassen die Rechtsgutsverletzung herbeigeführt, sondern man kann die Verletzung schlicht als Folge der wirtschaftlichen Tätigkeit ansehen und sie dem Unternehmensträger unmittelbar zuordnen. So geht letztlich auch die Rechtsprechung vor. Denn „Handlungen“ im klassischen Sinne spielen in Entscheidungen zur direkten Unternehmenshaftung praktisch keine Rolle. Wenn die Haftung z. B. eines Kraftwerksbetreibers, eines Eisenbahnunternehmens oder eines Warenherstellers zu beurteilen ist, wird in der Regel für den Großteil der Prüfung schlicht auf das Unternehmen und seine wirtschaftliche Aktivität abgestellt.²³⁵ Eine Individualisierung erfolgt (wenn überhaupt) oftmals erst bei der Frage des Verschuldens, für die dann z. B. darauf abgestellt wird, ob die Unternehmensleitung die Gefahr erkennen und den Schaden vermeiden konnte.²³⁶

Auch die vergleichenden Betrachtungen zur Gefährdungshaftung und zur Störerhaftung haben gezeigt, dass eine Unternehmenshaftung ohne größere Schwierigkeiten als echte Organisationshaftung ohne Individualzurechnung begründet werden kann, soweit ein Verschulden keine Rolle spielt. Die Gefährdungshaftung ist als Anlagen- oder Verkehrsmittelhaftung ebenso wie als Haftung für gefährliche Aktivitäten weitgehend unternehmensbezogen konzipiert. Auch für die Störerhaftung ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass zur Bestimmung einer Störung nicht unbedingt an eine individuelle Handlung anzuknüpfen ist, sondern dass auch auf das Unternehmen als Ganzes oder einen störenden Betrieb abgestellt werden kann, was gerade bei Eigentumsstörungen durch Emissionen von Industrieanlagen und dergleichen eher die Regel als die Ausnahme ist. Das schließt nicht aus, dass eine Unternehmenshaftung auch auf Grundlage einer Individualzurechnung begründet werden kann. Die Begründung der Haftung als Organisationshaftung ist aber als Alternative anerkannt und scheitert keineswegs daran, dass sich keine individuelle Handlung bestimmen ließe, auf welche die Störung zurückgeführt werden kann. Vielmehr wird als Bezugspunkt der Prüfung unmittelbar auf die störende wirtschaftliche Tä-

²³⁵ Vgl. etwa BGH VersR 1985, 641 f.; VersR 1978, 1163 ff.

²³⁶ Dazu sogleich → IV und ausf. unten → § 8 A IV 2.

tigkeit des Unternehmens abgestellt und genauso kann man daher in Bezug auf die Deliktshaftung vorgehen.

IV. Verschuldensfähigkeit

Anders als die Gefährdungshaftung und die Störerhaftung setzt die Deliktshaftung weiter voraus, dass der Schädiger schuldhaft gehandelt hat. Spätestens an dieser Stelle scheint sich eine direkte Unternehmenshaftung endgültig nicht mehr ohne Individualzurechnung begründen zu lassen. Schon ein flüchtiger Blick in die Entscheidungspraxis scheint dies zu bestätigen. Denn der BGH stellt bei der Fahrlässigkeitshaftung zumindest für die Erkennbarkeit der Gefahr und die Vermeidbarkeit des Schadens typischerweise auf den Unternehmensinhaber bzw. bei Gesellschaften auf deren Repräsentanten ab und die Vorsatzhaftung stellt er sich ohnehin nur als indirekte Unternehmenshaftung vor, bei der ein einzelner Repräsentant oder Gehilfe den gesamten objektiven und subjektiven Tatbestand der jeweiligen Haftungsnorm verwirklicht und die Haftung des Unternehmensträgers über §§ 31, 831 als Schuldbeitritt begründet wird.²³⁷ Richtig ist sicher, dass der Unternehmensträger, wenn es sich dabei um eine juristische Person oder Personengesellschaft handelt, genauso wenig verschuldensfähig ist wie er handlungsfähig ist. Allerdings stellt sich wiederum die Frage, ob nicht für die Begründung des Verschuldens statt auf das Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger unmittelbar auf das Unternehmen als Ganzes abgestellt werden kann. Oben²³⁸ war bereits dargestellt worden, dass dies nach (gescheiterten bzw. bisher nicht verabschiedeten) Entwürfen für eine Neuordnung der Unternehmenshaftung in der Schweiz, in Österreich und in Frankreich sowie nach den akademischen Entwürfen für die Harmonisierung des europäischen Deliktsrechts (PETL, DCFR) möglich sein soll. Erinnerung sei etwa an den französischen Vorschlag, als Verschulden einer juristischen Person nicht nur das Verschulden ihrer Organe anzusehen, sondern auch einen Organisations- oder Funktionsmangel (*défaut d'organisation ou de fonctionnement*). Auch die anderen Entwürfe zielen darauf ab, die Unternehmenshaftung auch mit einem „Organisationsverschulden“ begründen zu können, worunter man in der Regel keine Organisationspflichtverletzung eines Repräsentanten versteht, sondern eher ein Versagen „der Organisation“.

Lassen sich solche Ansätze auch auf Grundlage des deutschen Deliktsrechts realisieren und zwar auch schon *de lege lata*, ohne dass ein neuer Haftungstatbestand für die Unternehmenshaftung geschaffen wird? Oder ist eine unternehmens- bzw. organisationsbezogene Begründung des Verschuldens schlechter-

²³⁷ BGH NJW 2017, 250, 251, Rn. 13 (zu § 826 BGB).

²³⁸ → I 1.

dings ausgeschlossen, sodass jede direkte Unternehmens-Verschuldenshaftung immer auf Zurechnung angewiesen ist, wenn Unternehmensträger eine verschuldensunfähige Gesellschaft ist? Das hängt letztlich davon ab, was unter „Verschulden“, „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ im deutschen Deliktsrecht genau zu verstehen ist. Handelt es sich um Merkmale, die sich sinnvollerweise nur auf Menschen beziehen lassen, kommt eine echte Organisationshaftung unabhängig von einer Verschuldenszurechnung nicht in Betracht, weil dann entgegen der gesetzlichen Regelung *de facto* auf das Verschuldenserfordernis verzichtet würde. Handelt es sich hingegen um Merkmale, die sich auch auf Unternehmen und sonstige Organisationen beziehen lassen, könnte eine Verschuldenshaftung von Unternehmens- und Organisationsträgern hingegen auch als echte Unternehmens- oder Organisationshaftung begründet werden, die nicht auf eine Verschuldenszurechnung angewiesen ist. Das zeigt, dass es wenig Sinn macht, die Verschuldensfähigkeit von Unternehmen oder die Frage eines möglichen Verschuldensäquivalents abstrakt zu behandeln, sondern dass es dafür einer genaueren Analyse der Vorsatz- und der Fahrlässigkeitshaftung bedarf. Diese soll jedoch nicht mehr an dieser Stelle erfolgen, sondern später in eigenen Kapiteln zur Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung (→ § 8) und zur Unternehmens-Vorsatzhaftung (→ § 9).

V. Ergebnisse

Festzuhalten ist, dass hinsichtlich der Deliktsfähigkeit nicht menschlicher Unternehmensträger zu differenzieren ist: Ihre *Deliktshaftungsfähigkeit* lässt sich ohne Weiteres bejahen, weil sämtliche Unternehmensträger rechts- und vermögensfähig sind (sonst könnten sie keine Unternehmensträger sein), und mehr nicht erforderlich ist, um als Haftungssubjekt zu taugen. Diese Fähigkeit ist auch längst anerkannt, weil die h. M. davon ausgeht, dass Unternehmensträger selbst Adressaten deliktischer Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten sein können und dass eine Haftung wegen Verletzung dieser Pflichten unabhängig davon in Betracht kommt, ob sich ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt feststellen lässt. Hier gibt es also nur ein Delikt des Unternehmensträgers, auch wenn es sich als Verbunddelikt aus der eigenen Pflicht des Unternehmensträgers und der schuldhaften Verletzung durch einen Unternehmensangehörigen zusammensetzt. Ob man daneben auch eine *Deliktsbegehungsfähigkeit* nicht menschlicher Unternehmensträger bejaht, ist im Wesentlichen eine Frage der Definition und überschneidet sich mit der Frage nach der Handlungsfähigkeit. Klar scheint zunächst, dass juristische Personen und Personengesellschaften mangels natürlicher Handlungsfähigkeit selbst keine Delikte begehen können. Andererseits ist anerkannt, dass sich aus Haftungs- und Zurechnungsnormen ergeben kann, dass Handlungen einer natürlichen Person in rechtlicher Hin-

sicht als Handlungen einer juristischen Person oder Personengesellschaft gelten sollen. Anders ließe sich schon die nahezu einhellig anerkannte Verbundhaftung einschließlich der Verkehrspflichthaftung nicht menschlicher Unternehmensträger nicht begründen. Darüber hinaus ist hier die These vertreten worden, dass als Handlungsäquivalent auch auf die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens abgestellt werden kann, weil sie sich gut als Bezugspunkt der weiteren Deliktsprüfung eignet und die Funktionen des Handlungsbegriffs ein weites Verständnis gebieten. Die Nähe zur menschlichen Handlung ist dadurch gewahrt, dass es sich bei der wirtschaftlichen Aktivität letztlich um nichts anderes handelt als das kollektive Verhalten mehrerer Menschen, die sich zur Verfolgung gemeinsamer Zwecke in einem Unternehmen zusammengeschlossen haben. Beispiele wie das Betreiben einer Anlage oder die Inverkehrgabe eines Produkts veranschaulichen, dass es oft überzeugender ist, Rechtsverletzungen schlicht auf die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens zurückzuführen als die Kausalität einer einzelnen menschlichen Handlung zu behaupten, und diese dann dem Unternehmensträger zuzurechnen. Eine der Handlung gleichzustellende wirtschaftliche Aktivität lässt sich von vornherein organisationsbezogen und ohne Individualisierung begründen. Es verbleibt dann als Herausforderung einer echten Organisationshaftung noch das Verschulden, für das bisher meist davon ausgegangen wird, dass nur Menschen schuldhaft handeln können. Ob das tatsächlich so ist, oder ob sich nicht auch die Prüfung von Fahrlässigkeit und Vorsatz unmittelbar auf das Unternehmen beziehen lässt, blieb hier jedoch zunächst dahingestellt und soll erst später in § 8 und § 9 wieder aufgegriffen und im Einzelnen analysiert werden.

D. Präventionsverluste?

In der Literatur wird gelegentlich die Sorge geäußert, eine – bisher vor allem mit der Gefährdungshaftung verbundene – Entindividualisierung oder „Entpersönlichung“ der Haftung könne deren Präventionswirkung verwässern, weil sich die Unternehmensangehörigen individuell nicht mehr für die Schadensvermeidung verantwortlich fühlten, wenn Haftungsadressat nur noch das Unternehmen bzw. der Unternehmensträger sei.²³⁹ Insbesondere könne es an konkreten Maßstäben für das individuelle Verhalten der Unternehmensangehörigen fehlen, wenn Gerichte von außen nur noch vorgeben, dass das Unternehmen richtig organisiert sein muss, ohne sich jedoch im Einzelnen damit zu befassen, welche konkreten Sorgfaltsmaßnahmen von welchen konkreten Personen zu ergreifen gewesen wären. Richtig ist, dass die Gerichte bei einer organisations-

²³⁹ So insb. *Schmidt-Salzer*, 1992, Einf. UmweltHG Rn. 104 ff.

bezogenen Begründung der Unternehmenshaftung keine Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten für individuelle Personen zu bestimmen brauchen. Wenn der BGH z.B. von einem Automobilhersteller verlangt, Fehlauslösungen von Airbags in den Grenzen des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren mittels konstruktiver Maßnahmen zu verhindern,²⁴⁰ oder wenn er einem Krankenhausträger als Organisationsverschulden eine unzureichende Personalbeschaffung und Personalorganisation anlastet,²⁴¹ dann ist damit nicht gesagt, welche konkreten Führungskräfte oder Mitarbeiter im Unternehmen mit welchen Maßnahmen dafür zu sorgen haben, dass diese Vorgaben erfüllt werden. Für die Zwecke der Begründung der Unternehmenshaftung kommt es darauf schlicht nicht an. Richtig ist auch, dass vor allem der Verzicht auf eine persönliche Außenhaftung der handelnden Personen die Verhaltensanreize verändert und dass dies dazu führen kann, dass die Unternehmensangehörigen sich weniger vorsichtig verhalten.

Und doch ist der These, dass die Präventionswirkung der Haftung durch organisationsbezogene Ansätze der Haftungsbegründung verwässert würde, zumindest in ihrer Allgemeinheit entgegenzutreten.²⁴² Sie vernachlässigt die Verhaltensanreize, die sich für die Unternehmensangehörigen aus unternehmensinternen Anreiz- und Kontrollmechanismen ergeben. Es sind keineswegs nur die Gerichte, die Vorgaben für das Verhalten einzelner Führungskräfte und Mitarbeiter machen können, sondern auch und vor allem die jeweiligen Unternehmen als Arbeitgeber. Es kann im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass ein Verzicht auf eine Individualisierung der verantwortlichen Personen im Außenverhältnis nicht bedeutet, dass auch unternehmensintern keine Anstrengungen unternommen würden, um die Verantwortlichkeiten aufzuklären und pflichtwidriges Verhalten zu sanktionieren oder Vorgaben für künftiges Verhalten zu machen. Denn durch die Unternehmenshaftung erhält die Unternehmensleitung einen Anreiz, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um Haftungsfälle zu vermeiden und die Haftungskosten für den Unternehmensesträger möglichst gering zu halten.²⁴³ Dazu gehört auch, durch Weisungen und zumindest stichprobenartige Kontrollen sicherzustellen, dass die Unternehmensangehörigen sorgfältig arbeiten und unnötige Schadensrisiken vermeiden. Es spricht wenig dafür, dass Gerichte von außen besser in der Lage wären, konkrete Sorgfaltspflichten für einzelne Mitarbeiter zu formulieren als die jeweiligen Vorgesetzten innerhalb des Unternehmens.²⁴⁴ Richtig ist zwar, dass die persönliche Außenhaftung eine starke Präventionswirkung entfalten kann, weil

²⁴⁰ So BGHZ 181, 253, 260 = NJW 2009, 2952, 2954, Rn. 19.

²⁴¹ So BGHZ 95, 63, 71–75 = NJW 1985, 2189, 2191 f.

²⁴² Vgl. auch schon *Diederichsen/Wagner*, VersR 1993, 641, 642f.

²⁴³ *Choudhury/Petrin*, Corporate Duties, 2019, 130; *Kraakman*, in: Tort Law, 2009, 134, 136; *Sykes*, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563, 569; *Shavell*, Accident Law, 1987, 172.

²⁴⁴ Vgl. *Arlen*, in: Research Handbook, 2012, 144, 162.

sie den Unternehmensangehörigen androht, einen Teil ihres Privatvermögens zu verlieren. Es ist aber nicht so, dass es Unternehmen an ähnlich wirksamen Instrumenten fehlen würde. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch die unternehmensinternen Kontroll- und Sanktionsmechanismen geeignet sind, das gewünschte Verhalten anzureizen, zumal dazu mit der Kündigung ebenfalls ein Instrument zählt, das sich auf das (künftige) Privatvermögen des jeweiligen Unternehmensangehörigen auswirkt. Solange deshalb keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Unternehmensleitung im Einzelfall nicht in der Lage ist, das Verhalten der Mitarbeiter zu beobachten und wirksam zu steuern, gibt es keinen Grund, einer organisationsbezogenen Haftungs begründung pauschal eine geringere Präventionswirkung zuzuschreiben.

E. Fazit und Ausblick

Die Betrachtung der unterschiedlichen Möglichkeiten, eine direkte Unternehmenshaftung unabhängig von einer Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens begründen zu können, hat ergeben, dass das Konzept nicht delegierbarer deliktischer Pflichten und die verhaltenslose Zustandszurechnung *von Bars* nicht in Betracht kommen, weil sie auf jeweils unterschiedliche Weise zu einer Garantiehaf tung des Unternehmensträgers führen, die mit dem Verschuldensprinzip nicht zu vereinbaren ist. Beide Modelle enthalten gute Ansätze, weil sie die objektive Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers in den Mittelpunkt stellen und nicht danach fragen, durch welchen Unternehmensangehörigen die Pflicht verletzt wurde. Die Probleme der Individualzurechnung werden dadurch vermieden und eine Haftung lässt sich auch begründen, wenn sich in einer Rechtsverletzung nicht das individuelle Verhalten oder Verschulden eines einzelnen Mitarbeiters realisiert, sondern ein kollektives Versagen des Unternehmens als Organisation. Das Modell nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten geht jedoch zumindest für den Normalfall zu weit, weil es die Haftung nicht mehr von einem Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt abhängig macht, sondern für die objektive Pflichtverletzung schon genügen lässt, dass der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs nicht verhindert wurde. Dies wird man allenfalls dann für sachgerecht halten können, wenn es um außergewöhnlich große Gefahren oder – wie in den Fallgruppen des englischen Rechts – um besondere Fürsorgeverhältnisse geht, deren Herausforderungen sich in Deutschland aber wohl besser mit dem Instrumentarium des Vertragsrechts bewältigen lassen. Das Konzept einer verhaltenslosen Zustandszurechnung hat eine ähnlich ausufernde Tendenz, beantwortet aber vor allem nicht die Frage, wie die deliktischen Pflichten des Unternehmensträgers überhaupt bestimmt werden können, wenn offenbar weder auf

einzelne Unternehmensangehörige noch auf das Unternehmen als Ganzes abgestellt werden soll. Der Unternehmensträger selbst ist, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, kein hinreichendes Bezugsobjekt.

Die Unternehmenshaftung allgemein als quasi-strikte Unternehmenshaftung zu rekonstruieren, bei der alle individualistischen Anspruchsvoraussetzungen wie das Verschulden schlicht vermutet würden, wenn auch mit Entlastungsmöglichkeit, hat sich ebenfalls nicht als überzeugend erwiesen. Zwar lässt sich in der Rechtsprechung in der Tat ein Trend erkennen, die Unternehmenshaftung mithilfe von Beweisregeln zumindest in ihrer praktischen Anwendung zu entindividualisieren und die Hürden, die sich durch individualistische Anspruchsvoraussetzungen für Geschädigte ergeben, die einen Unternehmensträger in Anspruch nehmen wollen, auf diese Weise abzusenken. Die Beweislastumkehr bei der Produzentenhaftung und die jüngste Rechtsprechung zur sekundären Darlegungslast in den Dieselfällen sind dafür nur die prominentesten Beispiele. Es gibt auch zweifellos Situationen, in denen solche Beweiserleichterungen angebracht sind, und der Rechtsprechung ist es bisher gut gelungen, die richtige Balance zu finden. Dazu gehört aber auch, dass sie in vielen Fällen gerade keine Sonderregeln zulasten von Unternehmen vorsieht, z. B. bei der Verletzung klassischer Verkehrssicherungspflichten. Individualistische Anspruchsvoraussetzungen durch Beweisregeln zugunsten der Geschädigten faktisch aus dem Prüfungsprogramm zu eliminieren, kann nicht die Lösung für die Probleme der Unternehmenshaftung sein, weil man damit in Konflikt mit den gesetzlichen Grundentscheidungen geriete, auch die Unternehmenshaftung prinzipiell als Verschuldenshaftung auszugestalten und Beweislastregeln wie § 831 Abs. 1 S. 2 oder § 836 Abs. 1 S. 2 BGB nur ausnahmsweise vorzusehen.

Als Alternative ist sodann erwogen worden, die individualistische Konzeption der Deliktshaftung und ihrer einzelnen Merkmale auf den Prüfstand zu stellen und zu hinterfragen, ob sich eine Unternehmenshaftung nicht doch auch als echte Organisationshaftung ohne Individualzurechnung begründen lässt. In der rechtspolitischen Diskussion über die Unternehmenshaftung ist – gerade auch international – ein klarer Trend in diese Richtung erkennbar, was hier mit Beispielen aus der Schweiz, Österreich und Frankreich sowie unter Bezugnahme auf die europäische Privatrechtsvereinheitlichung veranschaulicht wurde. Für das deutsche Recht kann freilich nur entscheidend sein, ob sich ein spezifisch organisationsbezogener Ansatz mit der bestehenden Deliktsrechtsdogmatik verträgt. In dieser Hinsicht hat sich gezeigt, dass zwar der Unternehmensträger, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, nur als Haftungssubjekt, nicht aber als deliktischer Akteur in Betracht kommt, dass sich aber das Unternehmen und seine wirtschaftliche Aktivität durchaus als Bezugspunkte einer Deliktsprüfung eignen. Die wirtschaftliche Aktivität lässt sich als Handlungsäquivalent einordnen, für welches sich ohne Schwierigkeiten prüfen lässt, ob dadurch eine Rechtsverletzung adäquat-kausal herbeigeführt wurde. Das wird

durch die Entscheidungspraxis zur Gefährdungshaftung und zur Störerhaftung veranschaulicht, weil die Gerichte hier schon lange (auch) unmittelbar auf das Unternehmen und seine gefährliche oder störende Aktivität abstellen und nicht notwendigerweise auf das individuelle Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger, welches dann dem Unternehmensträger zugerechnet würde. Gerade die Störerhaftung ist aber strukturell ähnlich konstruiert wie die Deliktshaftung, mit der wichtigen Ausnahme, dass sie kein Verschulden voraussetzt. Das zeigt, dass auch für die Begründung der deliktischen Unternehmenshaftung im Ausgangspunkt unmittelbar auf das Unternehmen und seine wirtschaftliche Aktivität abgestellt werden kann und dass es nicht erforderlich ist, an eine individuelle menschliche Handlung anzuknüpfen. Ob auch das Verschulden organisationsbezogen geprüft werden kann, ist hier hingegen noch offen geblieben, weil dafür eine nähere Analyse der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes erforderlich ist, die erst in § 8 und § 9 erfolgen soll.

Teil 4

Direkte Unternehmenshaftung – Konkretisierung

Nachdem in Teil 3 gezeigt wurde, warum neben der indirekten Unternehmenshaftung ein Bedürfnis für eine direkte Unternehmenshaftung besteht und mit welchen Methoden sie sich rechtsdogmatisch begründen lässt, soll es im Folgenden darum gehen, ihre praktische Anwendung näher zu konkretisieren. Unter einer direkten Unternehmenshaftung wird dabei unverändert die Haftung eines Unternehmensträgers verstanden, die auf der Verletzung von Unternehmenspflichten beruht und von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt unabhängig ist. Unternehmenspflichten sind dabei solche, die unmittelbar den Unternehmensträger adressieren. Da sich aus dem Erfordernis der Deliktsfähigkeit, wie oben¹ bereits dargelegt, keine unüberwindbaren Hürden für die direkte Unternehmenshaftung ergeben, und da, wie ebenfalls bereits erläutert,² aus funktionaler Sicht nichts dagegen spricht, neben menschlichen Handlungen auch wirtschaftliche Aktivitäten von Unternehmen als Anknüpfungspunkte einer deliktischen Haftung anzusehen, bleibt als zentrale Herausforderung für die Unternehmenshaftung das Verschuldenserfordernis. Es bietet sich deshalb an, die Ausführungen zur praktischen Umsetzung der direkten Unternehmenshaftung daran zu orientieren, welche Anforderungen an das Verschulden gestellt werden, was zur klassischen Dreiteilung von Fahrlässigkeitshaftung, Vorsatzhaftung und Gefährdungshaftung führt.³ Den Anfang soll in § 7 die Unternehmens-Gefährdungshaftung machen, weil sie die niedrigsten Anforderungen stellt. Es folgen in aufsteigender Reihenfolge die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung in § 8 und die Unternehmens-Vorsatzhaftung in § 9. Mit dieser Dreiteilung soll nicht geleugnet werden, dass die Übergänge mitunter fließend sind⁴ und dass auch Zwischenformen wie die grobe Fahrlässigkeit im Deliktsrecht eine Rolle spielen können.⁵ Für die Ziele der hiesigen Untersuchung, die Grundstrukturen der Unternehmenshaftung herauszuarbeiten und nachzuprüfen, ob und ggf. inwieweit neben individualistischen Zurechnungskonzepten

¹ → § 6 C II.

² → § 6 C III.

³ Vgl. dazu *Vines*, in: *Torts*, ¹⁰2011, 3, 19; *Brügge meier*, *Prinzipien*, 1999, 55; *White*, *Yale L.J.* 86 (1977), 671, 684. Grundlegend für das US-amerikanische Deliktsrecht *Wigmore*, *Harv. L. Rev.* 8 (1894–1895), 200, 206; *Holmes*, *Am. L. Rev.* 7 (1873), 652, 653.

⁴ *Brügge meier*, *Prinzipien*, 1999, 55; *Canaris*, *VersR* 2005, 577, 579 f.

⁵ Vgl. dazu *HK-BGB/A. Staudinger*, ¹¹2022, § 823 Rn. 84; *Abrens/Spickhoff*, *DeliktsR*, 2022, § 8 Rn. 31 ff.; *Deutsch/Abrens*, *DeliktsR*, ⁶2014, Rn. 153 ff.

ten auch organisationsbezogene Ansätze zur Anwendung kommen können, scheint eine feinere Unterscheidung jedoch nicht erforderlich.

§ 7 Unternehmens-Gefährdungshaftung

Ungeachtet der praktisch bedeutsamen Ausnahmen der Kraftfahrzeughalterhaftung nach § 7 StVG und der Luxustierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB wird oft betont, dass die Gefährdungshaftung typischerweise Unternehmenshaftung sei.¹ Damit ist gemeint, dass die meisten Gefährdungshaftungstatbestände mit ihrer Anknüpfung an technisch-industrielle Risiken *de facto* vor allem Unternehmensträger betreffen. In diesem deskriptiven Sinne ist die These von der Gefährdungshaftung als Unternehmenshaftung sicher zutreffend. Um dies zu belegen, braucht man nur in Erinnerung zu rufen, wofür heute außer für Kraftfahrzeuge und Luxustiere aus Gefährdung gehaftet wird: Schienen- und Schwebebahnen (§ 1 HPflG), Flugzeuge (§ 33 LuftVG), Versorgungsleitungen (§ 2 HPflG), wassergefährdende Anlagen (§ 89 Abs. 2 WHG), umweltgefährdende Anlagen (§ 1 UmweltHG), Kernanlagen (§§ 25, 26 AtG i. V. m. dem Pariser Übereinkommen²), gentechnische Arbeiten (§ 32 Abs. 1 GenTG), wassergefährdende Handlungen (§ 89 Abs. 1 WHG) und Bergbaubetriebe (§ 114 Abs. 1 BBergG). Es liegt auf der Hand, dass ein Großteil dieser Verkehrsmittel, Anlagen und Tätigkeiten von Unternehmen kontrolliert wird und dass Gefährdungshaftung deshalb oft Unternehmenshaftung ist.³

Aus dogmatischer Sicht ist jedoch etwas anderes interessanter: Die Gefährdungshaftung ist auch in dem Sinne Unternehmenshaftung, dass ihre Begründung ohne Zurechnung menschlichen Verhaltens auskommt.⁴ Obwohl menschliche Fehler auch im Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung eine häufige Schadensursache sind – man denke an eine Anlagenmechanikerin, die ein falsches Ventil öffnet oder einen Schrankenwärter, der eine Bahnschranke nicht rechtzei-

¹ *Brüggemeier*, HaftungsR, 2006, 103 f., 137 f.; *Jansen*, Struktur, 2003, 626; *Brüggemeier*, Prinzipien, 1999, 83; *M. Leonhard*, in: GJZ-Tagungsband, 1997, 43, 44 ff. Zum US-amerikanischen Recht *Geistfeld*, UCLA L. Rev. 45 (1998), 611, 658; *W. K. Jones*, Colum. L. Rev. 92 (1992), 1705, 1715 ff.

² Übereinkommen vom 29.7.1960, Bekanntmachung v. 15.7.1985, BGBl. II S. 964, zuletzt geändert durch Änderungsprotokoll v. 12.2.2004, BGBl. 2008 II S. 902.

³ Ein anderes Bild ergibt sich, wenn man auf Fallzahlen abstellt. Dann dürfte die Kfz-Halterhaftung mit großem Abstand die Spitzenposition einnehmen und auch die Tierhalterhaftung ist durchaus relevant. Beide Haftungen betreffen aber auch Privatpersonen, sodass die These von der Gefährdungshaftung als Unternehmenshaftung ins Wanken gerät.

⁴ *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 32 Rn. 15; *Wantzen*, Unternehmenshaftung, 2007, 11; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 305; *Brüggemeier*, Prinzipien, 1999, 83; *K. Schmidt*, KF 1993, 4, 6; *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33, 35.

tig schließt – lässt sich die Unternehmens-Gefährdungshaftung begründen, ohne auf menschliches Verhalten abzustellen. Die Unternehmens-Gefährdungshaftung ist also eine echte direkte Unternehmenshaftung im Sinne der oben in § 3⁵ vorgenommenen Unterscheidung. Die Rechtsanwendung ist vergleichsweise unproblematisch und es ergeben sich weniger Widersprüche und dogmatische Ungereimtheiten als bei der Unternehmens-Verschuldenshaftung. Damit taugt die Unternehmens-Gefährdungshaftung in mancher Hinsicht als Vorbild für andere Arten der Unternehmenshaftung. Allerdings sind wichtige Einzelheiten des Haftungsmodells der Unternehmens-Gefährdungshaftung ungeklärt. Dieses Modell soll daher im Folgenden zunächst im Einzelnen entfaltet und analysiert werden. Dabei wird zwischen der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung einerseits und der sog. Handlungshaftung andererseits differenziert (Teile B und C). Denn während die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung nach einhelliger Meinung ohne Zurechnung auskommt, trifft man im Bereich der Handlungshaftung – also der Haftung für gefährliche Tätigkeiten z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG, § 32 Abs. 1 GenTG und § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG – gelegentlich auf Fehldogmatisierungen, bei denen das unmittelbar auf den Unternehmensträger ausgerichtete Haftungsmodell der Gefährdungshaftung fälschlicherweise mit Elementen der Verhaltenszurechnung verbunden wird, die aus dem Bereich der Unternehmens-Verschuldenshaftung stammen und auf die Gefährdungshaftung nicht passen. Das Modell der Unternehmens-Gefährdungshaftung wird weiter geprägt durch den Grundsatz der sog. Haftungskanalisation, der abschließend in Teil D gewürdigt werden soll.

Bevor das Haftungsmodell der Unternehmens-Gefährdungshaftung genauer analysiert wird, soll jedoch zunächst auf einer etwas theoretischeren Ebene der Frage nachgegangen werden, ob es nicht nur einen empirischen, sondern auch einen normativen Zusammenhang zwischen Gefährdungshaftung und Unternehmenshaftung gibt, etwa in dem Sinne, dass Gefährdungshaftung typischerweise Unternehmenshaftung sein sollte oder Unternehmenshaftung typischerweise Gefährdungshaftung. Um diese Frage – zumindest näherungsweise – beantworten zu können, muss der Zweck der Gefährdungshaftung genauer untersucht und überprüft werden, ob und ggf. inwieweit er spezifisch auf unternehmerische Aktivitäten bezogen ist. Dies soll vorab in Teil A geschehen.

A. Vorüberlegungen

Anders als z. B. Frankreich und Italien⁶ folgt der deutsche Gesetzgeber für den Bereich der Gefährdungshaftung dem Enumerationsprinzip, d. h. es gibt keine

⁵ → § 3 A.

⁶ Vgl. Art. 1242 Abs. 1 CC (ex Art. 1384 Abs. 1 CC); Art. 2050 Codice civile; *Galand-Carval*,

Generalklausel und eine Gefährdungshaftung gilt nur dort, wo sie gesetzlich angeordnet ist. Die Rechtsprechung nimmt diesen Grundsatz sehr ernst und hat – auch wenn ihr die Ergebnisse mitunter ungerecht erschienen – eine Analogiebildung zu den bestehenden Haftungstatbeständen stets abgelehnt.⁷ Rechtspolitische Vorschläge, den Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung auszuweiten und das Enumerationsprinzip durch eine Generalklausel zu ersetzen, hat es immer wieder gegeben.⁸ Dabei scheint mitunter auch der Gedanke durch, gerade Unternehmen sollten strikt(er) haften. Schon in den ursprünglichen Beratungen über das BGB war vorgeschlagen worden, einen weitreichenden Gefährdungshaftungstatbestand für bestimmte Betriebsunternehmer in das Gesetz aufzunehmen und dafür die §§ 1, 2 RHPfG 1871 (heute §§ 1, 3 HPfG) zu streichen.⁹ Auch der Ausschuss für Schadensersatzrecht der Akademie für Deutsches Recht¹⁰ befürwortete eine Generalklausel, die spezifisch unternehmensbezogen war: „Wer ein Unternehmen betreibt, das für andere nach der Lebenserfahrung eigenartige Gefahren mit sich bringt, muß, auch wenn keine Sonderregelung besteht, für die in Auswirkung dieser Gefahren entstandenen Personen- und Sachschäden einstehen.“¹¹ Die akademischen Entwürfe der 1970er und 1980er-Jahre sind hingegen offen formuliert und hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs nicht auf Unternehmen beschränkt.¹²

Auch international wird darüber diskutiert, ob es einen normativen Zusammenhang zwischen Gefährdungshaftung und Unternehmenshaftung gibt. Am bekanntesten ist die US-amerikanische Debatte über die sog. *enterprise liability*,¹³ die auch die dortige Gerichtspraxis stark beeinflusst hat und insbesondere

in: PETL Strict Liability, 2002, 127, Rn. 1; *Busnelli/Comandé*, in: PETL Strict Liability, 2002, 207, Rn. 43 ff.; *v. Bar*, GemDeliktsR, Bd. 2, 1999, § 3 Rn. 342 f., 346; *Will*, Quellen, 1980, 131 ff., 150 ff.

⁷ BGHZ 63, 234, 237 = NJW 1975, 117, 118; BGHZ 55, 229, 234 = NJW 1971, 607, 608 f.; BGHZ 54, 332, 336 f. = NJW 1971, 32 f.; BGHZ 51, 91, 98 = NJW 1969, 269, 272 f.; BGH NJW 1960, 1345, 1346; RGZ 147, 353, 356 (1935); RGZ 78, 171, 172 (1912); ebenso *Giesen*, NJW 1968, 1401, 1404; offener *Deutsch*, VersR 1971, 1, 4 f.

⁸ Vgl. jeweils mit Textentwürfen *Kötz*, in: Gutachten, 1981, 1779, 1832 f.; *Will*, Quellen, 1980, 328; *Deutsch*, HaftungsR, 1976, 385; *Weitnauer*, in: Angleichung, 1971, 147, 158; *Kötz*, AcP 170 (1970), 1, 41; vorher auch schon Ausschuss für Schadensersatzrecht der Akademie für Deutsches Recht, § 39 der Haftungsordnung, abgedruckt im → Anhang A I.

⁹ So ein Antrag des Abgeordneten *Gröber* (Zentrum) im Reichstag, der allerdings deutlich abgelehnt wurde, s. Bericht bei *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, 948; zur Diskussion auch *Lenz*, Haftung, 1995, 268 ff. Vgl. zur Unternehmenshaftung im BGB auch schon *M. Rümelin*, Schadenszurechnung, 1896, 83 ff.; *Merkel*, Kollision, 1895, 138 f.; *Unger*, Handeln, 1893, 94 ff.

¹⁰ Zu deren Vorschlägen zur Geschäftsherrnhaftung schon oben → § 3 bei Fn. 2–9.

¹¹ § 39 der Haftungsordnung (oben → Fn. 8).

¹² Vgl. nochmals die Nachweise in → Fn. 8.

¹³ Grundlegend insb. *Ehrenzweig*, Negligence, 1951; nachgedruckt in 54 (1966) Cal. L. Rev. 1422 ff.; *Ehrenzweig*, Yale L.J. 69 (1960), 794 ff.; *Ehrenzweig*, Yale L.J. 69 (1960), 978 ff. Vgl. zur US-amerikanischen *enterprise liability* aus deutscher Perspektive *Wantzen*, Unternehmenshaftung, 2007, passim; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 303 ff.

die Rechtsprechung zur Produkthaftung seit den 1960er-Jahren prägte,¹⁴ bevor sich seit den 1980ern eine Gegenbewegung formierte.¹⁵ Diese hat sich durchgesetzt, was sich u. a. daran zeigt, dass heute nur noch für Fabrikationsfehler strikt gehaftet wird, während Entwicklungs- und Instruktionsfehler in den USA einer Fahrlässigkeitshaftung unterliegen.¹⁶ Übrig bleibt die grundsätzliche Frage, ob die besonderen Eigenschaften von Unternehmen eine strengere Haftung rechtfertigen können, etwa weil Unternehmen vergleichsweise gute Risikoträger sind oder weil sie die Möglichkeit haben, Schadenskosten über die Produktpreise auf ihre Kunden umzulegen.

Darüber wurde auch im Rahmen der jüngeren europäischen Reformdebatten immer wieder diskutiert.¹⁷ Am weitesten in Richtung einer strikten Unternehmenshaftung gingen frühe Entwürfe zur Reform des Schweizer Deliktsrechts, die nur noch einen objektiven Fehler voraussetzten.¹⁸ Jüngere Entwürfe für die Schweiz,¹⁹ Österreich²⁰ und Frankreich²¹ enthalten zwar spezielle Tatbestände für die Unternehmenshaftung, gestalten diese jedoch als Verschuldenshaftung aus, teils mit Beweislastumkehr. Auch Art. 4:202 PETL regelt zwar eine Unternehmenshaftung/*enterprise liability*, jedoch keine strikte,²² denn er knüpft an einen Fehler des Unternehmens oder seiner Erzeugnisse an und erlaubt dem Unternehmer sich durch den Nachweis zu entlasten, dass er die erforderliche Sorgfalt eingehalten hat. Art. VI.-1:103(b) DCFR betont die Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen und lehnt damit implizit eine Schlechterstellung inkorporierter Unternehmensträger ab.

Im Trend scheint eine Verschärfung der Unternehmenshaftung unabhängig von konkreten Gefahrenquellen aktuell also nicht mehr zu liegen.²³ Dennoch soll der normative Zusammenhang zwischen Gefährdungshaftung und Unternehmenshaftung im Folgenden näher beleuchtet werden, weil dies auch den Blick dafür schärfen wird, wie sich Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung jeweils gerade *als Unternehmenshaftung* konzeptionell unterscheiden.

¹⁴ Vgl. nur *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* [1963] 377 P.2d 897, 901 (S. Ct. Cal., Traynor). Weitere Nachweise bei Priest, J. Legal Stud. 14 (1985), 461, 505 ff.

¹⁵ Vgl. mit teils sehr unterschiedlichen Akzenten *Henderson*, UCLA L. Rev. 50 (2002), 377 ff.; *Rabin*, Md. L. Rev. 55 (1996), 1190 ff.; *Nolan/Ursin*, Ohio St. L.J. 57 (1996), 835 ff.; *Schwartz*, Ga. L. Rev. 26 (1992), 601 ff.; *Priest*, J. Legal Stud. 14 (1985), 461 ff.; *Schwartz*, Ga. L. Rev. 15 (1981), 963 ff.; *Stone*, Yale L.J. 90 (1980), 1 ff.

¹⁶ Vgl. nur Restatement (Third) of Torts: Prod. Liab. (1998), § 1, Comment a.

¹⁷ Vgl. auch *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 203 ff.

¹⁸ Bundesamt für Justiz (CH), Gesamtrevision, August 1991, 74.

¹⁹ Dazu bereits → § 3 C II 1.

²⁰ Dazu bereits → § 3 C II 2.

²¹ Dazu bereits → § 3 C II 3.

²² *B. A. Koch*, PETL Commentary, 2005, Art. 4:202 Rn. 1. Vgl. bereits → § 3 C II 4.

²³ Anders noch *Faure/Hartlief*, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 3 (1996), 235, 268.

I. Funktionen der Gefährdungshaftung

Zunächst ist auf den Zweck der Gefährdungshaftung näher einzugehen. Denn nur dieser kann Aufschluss darüber geben, ob und ggf. inwieweit die Rechtfertigung der Gefährdungshaftung davon abhängt, dass sie in vielen Fällen – man denke nur an die Industrieanlagenhaftung gemäß § 89 Abs. 2 WHG oder § 1 UmweltHG – in erster Linie Unternehmen betrifft.

1. Verteilungsgerechtigkeit

Seit der grundlegenden Untersuchung *Essers*²⁴ wird die Gefährdungshaftung in der Literatur zum deutschen Recht meist unter dem Aspekt der *verteilenden* Gerechtigkeit (*iustitia distributiva, distributive justice*) erklärt.²⁵ Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass das Gerechtigkeitskriterium der *ausgleichenden* Gerechtigkeit (*iustitia correctiva, corrective justice*), welches die hierzulande wohl immer noch h.L. zur Rechtfertigung der Verschuldenshaftung heranzieht,²⁷ auf die Gefährdungshaftung nicht passt.²⁸ Denn die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit ist nicht der Schadensausgleich „an sich“,²⁹ sondern allein der Ausgleich von *Unrechtsschäden*, also solcher Vermögensnachteile, die jemand durch rechtswidriges Verhalten bzw. konkret durch eine unerlaubte Handlung i.S. der §§ 823 ff. BGB hervorgerufen hat.³⁰ Nur weil der Schädiger unter Verstoß gegen die Rechtsordnung ein geschütztes Recht oder Rechtsgut des Geschädigten verletzt hat, ist es gerecht i.S. der ausgleichenden Gerechtigkeit, wenn er diesen Schaden wiedergutmachen muss.³¹ Weil die Gefährdungs-

²⁴ *Esser*, Gefährdungshaftung, ²1969, 69–74, 97–102 und passim.

²⁵ Vgl. nur MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, Vor § 823 Rn. 19; Staudinger/*J. Hager*, 2017, Vor §§ 823 ff. Rn. 28; *Esser/Weyers*, SchuldR BT 2, ⁸2000, § 63 I, S. 266; *Canaris*, JBl 1995, 2, 15f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 I 2c, S. 607f.; *Kötz*, FS Steindorff, 1990, 643, 660f.; *Rödl*, Gerechtigkeit, 2015, 168ff. Anders offenbar *Brox/Walker*, SchuldR BT, ⁴⁶2022, § 54 Rn. 1; *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 73 Rn. 2: Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit.

²⁶ Der Begriff passt besser als der engere Begriff der *iustitia commutativa*, der eher auf Austauschverhältnisse zugeschnitten ist, vgl. *v. d. Pfordten*, Rechtsphilosophie, 2013, 91 f.

²⁷ *Grüneberg/Sprau*, ⁸²2023, Einf. v. § 823 BGB Rn. 1; *Ermann/Wilhelmi*, ¹⁶2020, Vor § 823 Rn. 12a–14; Staudinger/*J. Hager*, 2017, Vor §§ 823 ff. Rn. 9; *Soergel/Spickhoff*, ¹³2005, Vor § 823 Rn. 30; *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 58 Rn. 2; *Esser/Weyers*, SchuldR BT 2, ⁸2000, § 53 4b, S. 136f., § 53 4f, S. 143; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 I 2i, S. 354; besonders ausf. *Rödl*, Gerechtigkeit, 2015, 71 ff.

²⁸ *Esser*, Gefährdungshaftung, ²1969, 70f.

²⁹ Dagegen zu Recht MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, Vor §§ 823 ff. Rn. 44; *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 4 Rn. 1–3; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 453f.; *Blaschczok*, in: Präventivwirkung, 1999, 157; *Blaschczok*, Gefährdungshaftung, 1993, 342f.; *Kötz*, FS Steindorff, 1990, 643, 644f., die allerdings der h.L. nicht gerecht werden, wenn sie diese auf den reinen Ausgleichsgedanken verkürzen.

³⁰ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 I 2i, S. 354.

³¹ *Rödl*, Gerechtigkeit, 2015, 98; *Coleman*, Risks and Wrongs, 2002, 361; *Weinrib*, U. Toronto L.J. 52 (2002), 349ff.; *Weinrib*, Private Law, 1995, 151 f.

haftung aber kein Unrecht voraussetzt,³² welches sich durch Haftung wiedergutmachen ließe, müssen selbst Verfechter anspruchsvoller *corrective justice*-Theorien entweder zu Verdrehungen greifen³³ oder anerkennen, dass sie mit ihren Ansätzen die Gefährdungshaftung nicht gut erklären können.

Für die gerechtigkeitsorientierten Lehren rückt dann als Alternative zum Wiedergutmachungsgedanken die verteilende Gerechtigkeit fast automatisch in den Fokus.³⁴ Der Schaden soll also durch die Gefährdungshaftung ausgeglichen werden, weil es gerecht i. S. der Verteilungsgerechtigkeit ist, wenn derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft oder beherrscht und daraus wirtschaftlichen Nutzen zieht, für die damit verbundenen Schäden aufkommen muss. Oder mit *Essers* Worten: Wenn derjenige, „in dessen Interesse ein gefahrdrohender Betrieb gestattet wird und der die Gefahrenquelle beherrscht, auch die Wagnisse dieses Betriebs auf sich nehmen muß“.³⁵ In der Tat lässt sich kaum bestreiten, dass es sich bei der Einheit von Vorteil und Nachteil bzw. von Chance und Risiko um ein elementares Gerechtigkeitskriterium handelt. Es ist z. B. gerecht, wenn die frühere Bundesbahn den Opfern eines Eisenbahnunglücks Schadensersatz leistet, selbst wenn das Unglück durch die im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht zu vermeiden war,³⁶ weil die Bahn dann zwar genauso „unschuldig“ ist wie die Geschädigten, als Nutznießerin des Bahnbetriebs aber doch „näher dran“.³⁷ Genauso ist es, wenn Schadstoffemissionen aus einem Lackierbetrieb bei Nachbarn zu Vergiftungserscheinungen führen, selbst wenn der Anlagenbetreiber alle Emissionsgrenzwerte eingehalten und auch sonst die erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen getroffen hat.³⁸ Die Bahn und die Lackiererei verdienen ihr Geld mit den jeweiligen Betrieben, also erscheint es nur gerecht, wenn sie auch deren Risiken tragen.

Die Beispiele deuten aber bereits an, welche Schwierigkeiten sich ergeben können. Denn Vorteile aus dem Eisenbahnbetrieb und der Lackieranlage haben nicht nur die jeweiligen Unternehmensträger, auf die sich regelmäßig die Gefährdungshaftung konzentriert, sondern auch Kunden, Mitarbeiter, Anteilseigner, Lieferanten usw., die unmittelbar oder mittelbar von der Wertschöpfung profitieren. Müssten sie dann nicht auch anteilig die Schäden tragen?

Eine Unternehmenshaftung hat unter diesem Aspekt immerhin den Vorzug, dass sie mit dem Unternehmensträger ein Haftungssubjekt in den Mittelpunkt

³² Statt vieler *Deutsch/Abrens*, DeliktsR, 62014, Rn. 523.

³³ So etwa *Weinrib*, Private Law, 1995, 187ff. und *Coleman*, Risks and Wrongs, 2002, 367ff., die sich jeweils darum bemühen, die Gefährdungshaftung für „*abnormally dangerous activities*“ in eine Art Verschuldenshaftung umzuinterpretieren.

³⁴ Zum US-Recht z. B. auch *Keating*, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 193 ff.

³⁵ *Esser*, SchuldR BT, 41971, § 114 I, S. 476.

³⁶ So BGH VersR 1978, 1163, wo die Bahn die materiellen Schäden nach § 1 HPfIG ersetzt hatte, über Schmerzensgeld nach §§ 823, 831 BGB aber noch gestritten wurde.

³⁷ Vgl. *Larenz*, VersR 1963, 593, 597.

³⁸ So BGH NJW 1997, 2748, wo aber die Kausalitätsfrage noch offen war.

stellt, das mit allen anderen Nutznießern durch vertragliche Beziehungen verbunden³⁹ und daher ideal positioniert ist, um die Schäden unter den relevanten Stakeholdern weiterzuverteilen. Allerdings erfolgt *diese* Verteilung allenfalls noch sehr eingeschränkt nach dem Vorteil-Nachteil-Prinzip, sondern ist meist vor allem durch die jeweiligen Marktstellungen der Akteure auf den Beschaffungs- und Absatzmärkten geprägt. Ob der Unternehmensträger einen Teil der Schadenskosten über die Produktpreise auf seine Kunden umlegen kann und ggf. in welcher Höhe, hängt z. B. davon ab, wie es um den Wettbewerb auf den Produktmärkten bestellt ist und welche Ausweichmöglichkeiten dort für die Kunden bestehen (Marktkonzentration, Preiselastizität). Dasselbe gilt auf der Beschaffungsseite, wo es nicht selbstverständlich ist, dass sich Preissenkungen gegenüber Arbeitnehmern, Lieferanten oder Kapitalgebern einfach so durchdrücken lassen. Vielmehr hängt auch dies von den jeweiligen Marktverhältnissen ab und ob das Ergebnis am Ende gerecht i. S. der Verteilungsgerechtigkeit ist, lässt sich nicht allgemein sagen.

Aus rechtsdogmatischer Sicht kommt hinzu, dass die Idee der Verteilungsgerechtigkeit nur sehr näherungsweise erklären kann, nach welchen Kriterien die Gefährdungshaftung tatsächlich zugewiesen wird. So hat schon das Reichsgericht in einer Entscheidung zu § 1 RHPfG (heute § 1 HPfG) erklärt, das Kriterium der Vorteilsziehung sei für die Bestimmung des haftpflichtigen Betriebsunternehmers ungeeignet, weil „bei der Vielgestaltigkeit dessen, was dem einzelnen [...] als wirtschaftlicher Vorteil erscheint“ für jeden von mehreren für die Haftung in Betracht kommenden Unternehmern „mit Fug“ geltend gemacht werden könne, „daß er den Zweck verfolgt und erreicht habe, wirtschaftlichen Gewinn aus dem Betriebe zu ziehen.“⁴⁰ Heute wird der Haftungsadressat bei der Anlagen- bzw. Halterhaftung nach den Kriterien der Verfügungsgewalt und des Gebrauchs auf eigene Rechnung bestimmt, bei der Handlungshaftung erfolgt eine wertende Betrachtung der maßgeblichen wirtschaftlichen Aktivitäten.⁴¹ Die damit gefundenen Ergebnisse werden zwar oft gerecht i. S. des Vorteil-Nachteil-Prinzips sein, die genannten Entscheidungskriterien prägt das Prinzip aber nicht. Insbesondere kann es nicht erklären, warum es auf die Verfügungsgewalt ankommen soll, die aber nach der Rechtsprechung zu § 1 HPfG sogar das wichtigere der beiden Kriterien ist.⁴²

³⁹ Das wird besonders deutlich in der rechtsökonomischen *nexus of contracts*-Theorie, vgl. dazu *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Anatomy*, 32017, 1, 5f. Grundlegend *Jensen/Meckling*, *J. Fin. Econ.* 3 (1976), 305ff.

⁴⁰ RGZ 66, 376, 377 (1907).

⁴¹ Dazu ausf. unten → B I, C II.

⁴² Dazu → B I 2.

2. Prävention

Mit der Erklärung der Gefährdungshaftung unter dem Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit konkurriert der rechtsökonomische Ansatz, der in der Gefährdungshaftung ein Instrument zur Internalisierung externer Effekte erkennt.⁴³ Damit verbindet sich die begründete Hoffnung, dass ein Unternehmer, der die Schadenskosten selbst tragen muss, einen Anreiz erhält, die Kosten nicht weiter ansteigen zu lassen, als es aus wohlfahrtsökonomischer Sicht optimal ist. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, ist dies nicht nur aus theoretischer Sicht ein schlüssiges Konzept, das insbesondere auch gut erklären kann, *wer* aus Gefährdungshaftungstatbeständen verpflichtet wird. Es lässt sich auch nachweisen, dass es gerade der Präventionszweck ist, der den Gesetzgeber immer wieder veranlasst hat, Gefährdungshaftungen zu schaffen.

a) Theorie

Hinter dem ökonomischen Ansatz, die Gefährdungshaftung als Internalisierungsinstrument anzusehen, steht die in §2 ausführlich geschilderte Idee, den Schadensverursacher mithilfe des Haftungsrechts zu zwingen, nicht nur seine eigenen Kosten bei der Entscheidung über die schadensträchtige Aktivität zu berücksichtigen, sondern auch Schadenskosten, die zunächst anderswo auflaufen, vor allem bei den Geschädigten und sozialen Sicherungssystemen. Denn nur wenn *alle* sozialen Kosten mit dem Nutzen der wirtschaftlichen Aktivität verglichen werden, lässt sich entscheiden, ob die Aktivität aus gesamtwirtschaftlicher Sicht vorteilhaft ist.⁴⁴ Es geht also im Kern um ein Informationsproblem, das sich schlicht leichter lösen lässt, wenn alle relevanten Informationen über Kosten und Nutzen in einer Hand zusammenlaufen.

Außerdem sind Schadenskosten typischerweise beeinflussbar, sodass mit der Gefährdungshaftung jedenfalls im unternehmerischen Bereich zu Recht die Hoffnung verbunden wird, dass der Haftungsadressat auf die Kosteninternalisierung mit effizienten Schadensvermeidungsmaßnahmen reagieren wird.⁴⁵ Da die Gefährdungshaftung dem Unternehmer alle „gefahrsspezifischen“, also betriebstypischen Schäden zuweist, wird er sich fragen, ob sich diese Schäden irgendwie reduzieren lassen. Dabei wird er die Durchführung all jener Schadensvermeidungsmaßnahmen in Betracht ziehen, welche die *Schadenskosten* stärker senken als sie die *Schadensvermeidungskosten* erhöhen. Der Unternehmer ist also, wie so oft, mit einem Optimierungsproblem konfrontiert. Dabei wird er auch angesichts

⁴³ Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 8 Rn. 8–18; H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, ⁶2020, 255 f.; Endres/Staiger, in: Umwelthaftung, 1996, 79, 80 f.; vgl. auch schon Mataja, Schadensersatz, 1888, 23 ff.

⁴⁴ Deshalb wird zu Recht betont, dass auch positive externe Effekte internalisiert werden sollten, vgl. dazu nur Gilead, Int'l Rev. L. & Econ. 17 (1997), 589, 591 ff. m. w. N.

⁴⁵ Vgl. dazu schon oben → § 2 B I 1.

der Striktheit der Gefährdungshaftung keineswegs resignieren:⁴⁶ Er kann zwar anders als bei der Fahrlässigkeitshaftung die Haftung nicht vermeiden, indem er sich sorgfältig verhält, wohl aber, indem er den Schaden verhindert.⁴⁷ Denn gehaftet wird auch bei der Gefährdungshaftung natürlich nur für Schäden, die überhaupt entstehen und es ist ein Irrglaube, dass alle nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schäden automatisch unvermeidbar wären.⁴⁸ Wenn es z. B. bei der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen auch bei Einhaltung aller nach dem Stand von Wissenschaft und Technik gebotenen Vorsichtsmaßnahmen zu nicht vorhersehbaren Reaktionen mit der Umwelt kommen kann, bedeutet das nicht, dass die dadurch möglicherweise entstehenden Schäden dem Unternehmer gleichgültig wären, weil er sie ohnehin tragen muss (vgl. § 32 Abs. 1 GenTG). Die Schäden mögen zwar in der konkreten Situation nicht vermeidbar sein (sodass ein Fahrlässigkeitsvorwurf nicht angebracht ist), der Unternehmer entscheidet aber auch, ob er es überhaupt zu solchen Situationen kommen lassen will. Er wird sich daher bemühen, die auch bei Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verbleibenden Restrisiken statistisch möglichst präzise abzuschätzen und notfalls – wenn ihm das Risiko im Verhältnis zum Nutzen als zu hoch erscheint – auf die Durchführung der gentechnischen Arbeiten verzichten.

Die in der Literatur zum Teil geäußerte Vermutung, die Präventionswirkung der Gefährdungshaftung dürfte geringer sein als die der Verschuldenshaftung, weil keine konkreten Verhaltenspflichten formuliert werden,⁴⁹ verkennt die Informationsasymmetrie, die in Bezug auf mögliche Schadensvermeidungsmaßnahmen typischerweise zwischen Gerichten und Unternehmen besteht. Es spricht wenig dafür, dass eine Richterin oder ein Richter von außen besser beurteilen kann, welche Schadensvermeidungsmaßnahmen sinnvollerweise ergriffen werden sollten.⁵⁰ Solange sichergestellt ist, dass das Unternehmen die relevanten Schadenskosten trägt, darf man durchaus darauf vertrauen, dass die Verantwortlichen innerhalb des Unternehmens findig genug sind, die gebotenen Schadensvermeidungsprojekte anzustoßen. Das Unternehmen hat keine Anreize, auf solche Projekte zu verzichten, denn die Vermeidung des Schadens ist der kürzeste Weg zur Vermeidung der Haftung.

⁴⁶ Das hat vor allem *Wagner* zu Recht immer wieder betont, vgl. z. B. *MünchKommBGB/Wagner*,⁸ 2020, Vor § 823 Rn. 20; *Wagner*, *DeliktsR*,¹⁴ 2021, Kap. 8 Rn. 8–13; *Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 454f.; *Wagner*, in: *Grundstrukturen*, 2003, 189, 289.

⁴⁷ Das wird in der Literatur oft übersehen oder nicht hinreichend gewürdigt, vgl. nur *Robe*, *AcP* 201 (2001), 117, 151; *Cosack*, *VersR* 1992, 1439, 1441; *Medicus*, in: *Umweltschutz*, 1990, 5, 13; *Marburger*, *KF* 1990, 4, 11; *Steffen*, in: *Umweltschutz*, 1990, 71, 75.

⁴⁸ So aber *Esser*, *Gefährdungshaftung*,² 1969, 74, der es für widersprüchlich hält, vom Haftungsadressaten einen „Kampf mit dem Zufall“ zu verlangen, also die Vermeidung nicht schuldhaft verursachter Schäden. Richtig schon *Mataja*, *Schadensersatz*, 1888, 20.

⁴⁹ So *Cosack*, *VersR* 1992, 1439, 1441; *Steffen*, in: *Umweltschutz*, 1990, 71, 75 ff.; *Marburger*, *KF* 1990, 4, 11.

⁵⁰ Vgl. *Kraakman*, in: *Research Handbook*, 2013, 234, 241; *Kraakman*, in: *Tort Law*,² 2009, 134, 136.

Aus ökonomischer Sicht hat die Gefährdungshaftung also den Zweck, dem Haftungsadressaten die richtigen Anreize zu setzen, damit er einerseits die im Verkehr erforderliche, ökonomisch optimale Sorgfalt anwendet und andererseits den Umfang der fraglichen Tätigkeit auf das ökonomisch optimale Maß beschränkt, also das sog. Aktivitätsniveau richtig einstellt.⁵¹ Er soll ökonomisch ineffiziente Schäden verhindern, indem er einerseits in sinnvolle Schadensvermeidungsmaßnahmen investiert und andererseits auf Basis aller relevanten Kosten darüber entscheidet, ob und inwiefern sich die jeweilige Tätigkeit für ihn und damit – bei vollständiger Internalisierung der externen Kosten – auch für die Gesellschaft insgesamt lohnt. Es geht also im Kern um Verhaltenssteuerung und Schadensprävention.

Mit diesen ökonomischen Zielen lässt sich gut erklären, warum die Anlagen- bzw. Halterhaftung heute durchgängig an die beiden Kriterien der Verfügungsgewalt und des Gebrauchs auf eigene Rechnung anknüpft und warum für die Handlungshaftung nichts anderes gelten sollte.⁵² Bei der Verfügungsgewalt i. S. der Gefährdungshaftung (auch: „Bestimmungsmacht“) geht es nicht primär um Besitz oder Eigentum an der gefährlichen Anlage oder dem Verkehrsmittel, sondern darum, wer generell darüber zu entscheiden hat, dass und in welchem Umfang die Gefahrenquelle erhalten bleibt und genutzt werden kann.⁵³ Das deckt sich in geradezu idealer Weise mit den Zielen der Gefährdungshaftung, optimale Schadensvermeidungsmaßnahmen und ein optimales Aktivitätsniveau anzureizen. Denn nur wer die Gefahrenquelle im genannten Sinne beherrscht, kann unmittelbar darauf bezogene Schadensvermeidungsmaßnahmen durchführen (also z. B. eine Abluftreinigungsanlage in eine Fabrik einbauen) und die Gefahrenquelle notfalls stilllegen. Auch in dem zweiten Kriterium zur Bestimmung des Haftungsadressaten, dem Gebrauch auf eigene Rechnung, ist das ökonomische Internalisierungsziel erkennbar. Die Kosten der Gefährdungshaftung soll derjenige tragen, der auch sonst für die Kosten der Gefahrenquelle aufkommt und die Nutzungen daraus zieht, weil erst das Zusammenführen aller Kosten bei einer Person diese in die Lage versetzt, eine rationale Entscheidung über den Einsatz der Gefahrenquelle zu treffen.

Während das Kriterium des Gebrauchs auf eigene Rechnung also sicherstellen soll, dass die Gefährdungshaftung denjenigen trifft, der am besten positioniert ist, um auf Grundlage einer umfassenden Kosten-Nutzen-Analyse über Sorgfaltsmaßnahmen und das Aktivitätsniveau zu entscheiden, soll das Kriterium der Verfügungsgewalt sicherstellen, dass die Entscheidung auch in die Tat

⁵¹ Wagner, *DeliktsR*, ¹⁴2021, Kap. 8 Rn. 12–18; Posner, *Economic Analysis*, ⁹2014, 205 ff.; Cooter/Ulen, *Law & Economics*, ⁶2012, 211 ff.; Polinsky, *Law & Economics*, ⁴2011, 50 ff.; Shavell, *Foundations*, 2004, 196–199, 201 f., 205 f.; Faure, in: PETL *Strict Liability*, 2002, 361, Rn. 22–24; Miceli, *Economics*, 1997, 27 ff.

⁵² Dazu unten → B I, C II.

⁵³ Dazu ausf. unten → B I 2.

umgesetzt werden kann, also tatsächlich Maßnahmen bis hin zur Stilllegung ergriffen werden können.

b) Praxis

Ein Blick in die Geschichte der Gefährdungshaftung zeigt, dass nicht nur Rechtsökonomien die Schadensvermeidung als zentrales Ziel der Gefährdungshaftung ansehen, sondern dass auch der Gesetzgeber mit der Gefährdungshaftung seit jeher Präventionszwecke verfolgt. Zwar finden sich gelegentlich auch gegenteilige Beteuerungen,⁵⁴ insgesamt ergibt sich jedoch ein relativ klares Bild: Bereits in den Beratungen über § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes von 1838 wurde die Zweckmäßigkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung u. a. damit gerechtfertigt, sie sei „das sicherste Mittel, die Sorgfalt der Gesellschaft bei dem Bahnbetrieb zu schärfen und das Publikum vor Unglücksfällen zu bewahren“.⁵⁵ Die strikte Haftung wurde als besondere Härte empfunden, die man aber u. a. aus Gründen der Schadensvermeidung für gerechtfertigt hielt. In der Literatur wurde dies später damit begründet, dass man nur die Wahl zwischen zwei Härten habe: Auch der Geschädigte sei unschuldig und ihn den Schaden tragen zu lassen (nach dem Prinzip *casum sentit dominus*) sei eine noch größere Härte als die strikte Haftung des Bahnunternehmers. Denn der Geschädigte könne anders als der Bahnunternehmer nicht auf das Bahnwesen einwirken und insbesondere das Personal nicht zu Sorgfalt anhalten.⁵⁶

Auch in den Materialien zum RHPfG 1871 ist das Präventionsziel klar erkennbar. Es zeigt sich z. B. in den Begründungen, die man für die unterschiedlich strenge Haftung von Eisenbahnen (Gefährdungshaftung nach § 1 RHPfG) und Bergwerksbetreibern (Repräsentantenhaftung nach § 2 RHPfG, heute § 3 HPfG) gab: Unfälle im Eisenbahnverkehr ließen sich durch Sorgfalt in der Regel vermeiden, Unfälle im Bergbau entzögen sich hingegen der sorgfältigen Kontrolle, weil sie oftmals Folge des Einwirkens von Naturkräften seien.⁵⁷ Auch könnten Eisenbahnunternehmer in der Regel ihre Mitarbeiter gut beaufsichtigen, während dies für Bergwerksunternehmer ungleich schwieriger sei.⁵⁸ Deshalb sei es gerechtfertigt, erstere unabhängig von einem Verschuldensnachweis haften zu lassen,⁵⁹ letztere hingegen nur für eigenes Verschulden oder ein

⁵⁴ Vgl. nur BT-Drs. 14/7752 (Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften), S. 30: „Die Gefährdungshaftung dient [...] dem Ausgleich von Schäden, nicht der Schadensprävention.“

⁵⁵ So der preußische Justizminister v. Mühler in den Beratungen im Preußischen Staatsministerium, zitiert nach Stumpf, RB 1938, 1056, 1091.

⁵⁶ So instruktiv G. Lehmann, Körperverletzungen, 1869, 25; offenbar zust. Eger, 1876, § 1 RHPfG Anm. 6 A, S. 61.

⁵⁷ Motive zum RHPfG, RTV, Bd. 21, 1871, S. 70f.

⁵⁸ So sinngemäß der preußische Bundesbevollmächtigte Falk in den Beratungen des RHPfG im Reichstag, RTV, Bd. 19, 1871, S. 206.

⁵⁹ Man ging damals noch davon aus, die Gefährdungshaftung – die man noch nicht so

Verschulden ihrer Repräsentanten. Ähnlich erhoffte man sich von der Gefährdungshaftung nach § 833 BGB, die Tierhalter zu größerer Sorgfalt anzuhalten, weil man bezweifelte, dass dafür eine bloße Fahrlässigkeitshaftung genüge.⁶⁰ Und die Gefährdungshaftung nach dem KFG 1909 (heute § 7 StVG) verband man mit der Hoffnung, dass die Verschärfung der Haftpflicht bewirken werde, „daß größere Vorsicht Platz greifen und damit eine Herabminderung der Zahl der Unfälle eintreten wird.“⁶¹

Man hat sich also, was später in Vergessenheit geriet,⁶² von Anfang an zur Präventionsfunktion der Gefährdungshaftung bekannt.⁶³ In der jüngeren Gesetzgebung ist dieser Zweck dann noch deutlicher in den Vordergrund gerückt und konkretisiert worden. So wird in der Begründung zum UmweltHG 1990 betont, der Gefährdungshaftung komme eine größere Präventivwirkung zu als der Verschuldenshaftung.⁶⁴ Potenzielle Umweltschadensverursacher würden veranlasst, schadensvermeidende Maßnahmen zu ergreifen, um schädliche Umwelteinwirkungen so gering wie möglich zu halten. Unternehmen würden gezwungen, Umweltschäden in ihre Kostenrechnung einzustellen und die Kosten über den Preis auf Dritte abzuwälzen. Die Belastung umweltgefährdender Produktionsprozesse führe dadurch tendenziell zu einer Verteuerung der betroffenen Produkte und Dienstleistungen am Markt, wodurch solche Produktionsprozesse zurückgedrängt und schadensvermeidende Maßnahmen dort getroffen würden, wo sie am kostengünstigsten sind. Der Gesetzgeber hat sich hier also ausdrücklich dazu bekannt, mit der Gefährdungshaftung nicht nur Sorgfaltsanreize zu setzen, sondern über Preis- und Marktmechanismen auch das Aktivitätsniveau auf ein möglichst effizientes Maß zu steuern.⁶⁵

nannte – beruhe auf einer unwiderleglichen Verschuldensvermutung, s. dazu etwa Motive zum RHPfG, RTV, Bd. 21, 1871, S. 70 f.; RTV, Bd. 19, 1871, S. 206.

⁶⁰ Prot. Bd. II, S. 647. Vgl. auch RGZ 62, 79, 83 (1905) m. w. N.

⁶¹ Begründung zum 1. Entwurf des KFG v. 1.3.1906, RTV, Bd. 222, 1906, S. 3247. Vgl. auch noch Begründung zum 2. Entwurf v. 24.10.1908, RTV, Bd. 248, 1909, S. 5596 f. Zum Hintergrund und zur Entstehungsgeschichte des KFG ausf. v. *Gadow*, Zählung, 2002, 115 ff.; *W. Schubert*, ZRG GA 2000, 238 ff.

⁶² So hielt *Esser* die Präventionsfunktion des Schadensersatzes für „sehr beschränkt“ und meinte, man könne vom Adressaten der Gefährdungshaftung keinen „Kampf mit dem Zufall“ verlangen, s. *Esser*, Gefährdungshaftung, ²1969, 74 (m. Fn. 4), dazu schon oben → Fn. 48. Selbst *Kötz*, sonst ein Verfechter des Präventionszwecks, hielt es für „wenig wahrscheinlich“, daß der Gesetzgeber sich bei seiner Entscheidung für die Gefährdungshaftung von ökonomischen Überlegungen habe leiten lassen, s. *Kötz*, FS Steindorff, 1990, 643, 660 f. (m. Fn. 31); *Kötz*, KF 1990, 14, 19 (m. Fn. 8).

⁶³ Vgl. auch schon *M. Rümelin*, Schadenszurechnung, 1896, 56; *Mataja*, Schadensersatz, 1888, 23 ff.

⁶⁴ Hierzu und zum Folgenden BT-Drs 11/7104, S. 14. Dagegen *Cosack*, VersR 1992, 1439, 1441; *Medicus*, in: Umweltschutz, 1990, 5, 13; *Marburger*, KF 1990, 4, 11. Zu diesen schon oben → bei Fn. 47 und 49.

⁶⁵ Vgl. auch schon BT-Drs. 11/5622, S. 33 (Begründung GenTG 1990).

II. Prinzip der strikten Unternehmenshaftung?

Nachdem nun die Funktion der Gefährdungshaftung näher beleuchtet wurde, ist auf die eingangs aufgeworfene Frage zurückzukommen, ob Gefährdungshaftung und Unternehmenshaftung in einem normativen Sinne miteinander verbunden sind. Auf rechtspolitische Bestrebungen, die Unternehmenshaftung strikter auszugestalten als die allgemeine Deliktshaftung, wurde oben bereits hingewiesen.⁶⁶ Doch auch in der dogmatischen Literatur wird gelegentlich ein Zusammenhang hergestellt zwischen dem Umstand, dass die Gefährdungshaftung eine strikte Haftung ist, also kein Verschulden voraussetzt, und dem Umstand, dass sie vor allem Unternehmen adressiert. So nennt etwa *Jansen* das „Prinzip der strikten Unternehmenshaftung“ als eines von mehreren „zulässigen Haftungsprinzipien“, die – neben den beiden „gebotenen Haftungsprinzipien“ Verschulden und Gefährdung – die Begründung eines Haftungsanspruchs tragen können.⁶⁷ Im geltenden Recht sieht er das Prinzip vor allem in der Gefährdungshaftung verwirklicht,⁶⁸ deren Tatbestände zumeist unternehmerische Tätigkeiten betreffen, daneben aber auch in der Rechtsprechung zu unternehmerischen Organisationspflichten, die s.E. zu einer „praktisch strikten Haftung für innerbetriebliche Organisationsmängel“ geführt hat.⁶⁹

Wie im Folgenden gezeigt werden soll, spricht jedoch wenig dafür, dass es im deutschen Deliktsrecht ein solches Prinzip gibt oder geben sollte. Richtiger Anknüpfungspunkt für die Gefährdungshaftung ist die Gefahr, nicht die unternehmerische Tätigkeit. Zwar werden viele gefährliche Aktivitäten von Unternehmen ausgeübt, die Gefährdungshaftung trifft sie jedoch nicht *als Unternehmen*, sondern als diejenigen, die bestimmte Gefahrenquellen kontrollieren.

1. Gefährdungshaftung ≠ Unternehmenshaftung

Zunächst liegt auf der Hand, dass die Gefährdungshaftung im geltenden Recht nicht als Unternehmenshaftung ausgestaltet ist. Schon angesichts ihrer praktischen Bedeutung lässt sich kaum vertreten, die Kraftfahrzeughalterhaftung nach § 7 StVG und die Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB, die beide überwiegend Privatleute betreffen, seien lediglich Ausnahmen ohne systemprägenden Charakter.⁷⁰ Zwar lässt sich selbst für diese beiden Haftungstatbestände zeigen, dass man ursprünglich davon ausging, die Haftung werde vor allem Un-

⁶⁶ → Bei Fn. 9–22.

⁶⁷ *Jansen*, Struktur, 2003, 619, 625 f., 626–628, 637. Ähnliches liest man auch bei anderen Verfechtern „beweglicher Systeme“, vgl. z.B. *Koziol*, Grundfragen, 2010, Rn. 6/192–200; *Wilburg*, Elemente, 1941, 187 ff.; *Wilburg*, in: Jahrbuch, 1940, 51 ff.

⁶⁸ Vgl. auch *Esser*, SchuldR BT, 41971, 477.

⁶⁹ *Jansen*, Struktur, 2003, 626 ff.

⁷⁰ So aber tendenziell *Brüggemeier*, HaftungsR, 2006, 137 f.; *Jansen*, Struktur, 2003, 626 (m. Fn. 432); *Brüggemeier*, Prinzipien, 1999, 83.

ternehmen treffen. So wird etwa in den Protokollen der 2. Kommission über die Beratungen des späteren § 833 BGB immer wieder auf den „Unternehmer“ der Tierhaltung Bezug genommen.⁷¹ Und im KFG 1909 wollte man den Ersatzpflichtigen zunächst sogar wie in § 1 RHPfG als „Betriebsunternehmer“ bezeichnen, was erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zugunsten des neutraleren Begriff des „Halters“ aufgegeben wurde.⁷²

Mit der zügigen allgemeinen Verbreitung von Automobilen war die ursprünglichen Annahme, die Haftung werde vor allem Gewerbebetriebe und einige wenige Liebhaber von Sport- und Luxusfahrzeugen treffen, schnell überholt. Dennoch hat man nie ernsthaft erwogen, die verschuldensunabhängige Haftung der Kraftfahrzeughalter wieder abzuschaffen.⁷³ Für die Tierhalterhaftung vollzog der Gesetzgeber bereits wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB eine bis heute folgenschwere Wendung und nahm ausgerechnet die beruflichen Haustierhalter von der Gefährdungshaftung aus (vgl. § 833 S. 2 BGB). Das wurde vor allem damit begründet, dass Landwirte und Gewerbetreibende durch die strikte Haftung zu stark belastet würden.⁷⁴ Heute wird diese Ausnahme allgemein für verfehlt gehalten.⁷⁵ Auch der BGH hat sich schon kritisch geäußert, fühlt sich jedoch durch die gesetzliche Fassung des § 833 BGB gebunden.⁷⁶ Die verschuldensunabhängige Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB ist daher heute im Kern eine Haftung von Privatpersonen.⁷⁷

Im Übrigen knüpfen auch die Gefährdungshaftungstatbestände, die faktisch vor allem Unternehmen betreffen, in *rechtlicher* Hinsicht nicht an die unternehmerische Tätigkeit an. Selbst mit Blick auf die Haftung der Bahnbetriebsunternehmer gemäß § 1 HPfG besteht in der Literatur Einigkeit, dass das Tatbestandsmerkmal „Betriebsunternehmer“ nicht bedeutet, dass mit dem Betrieb der Schienen- oder Schwebebahn wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden müssen.⁷⁸ Der Betriebsunternehmer muss also kein Unternehmer im Sinne des Handelsrechts sein; es kann sich z. B. auch um einen gemeinnützigen Verein handeln, der eine Museumsbahn betreibt.

⁷¹ Es heißt dort z. B., die Schäden müssten „aus dem Unternehmen gedeckt werden, ohne Unterschied, ob dem Unternehmer [...] ein Verschulden zur Last falle oder nicht“, Prot., S. 2867 f. = Mugdan II, S. 1124 f.

⁷² v. Gadow, Zählung, 2002, 189 f. m. w. N.

⁷³ Vgl. speziell zum automatisierten Fahren Schirmer, RW 2018, 453, 467 ff.

⁷⁴ Begründung zum BGB-Änderungsgesetz v. 10.12.1907, RTV, Bd. 244, 1908, S. 3065–3067. Ausf. Schmalhorst, Tierhalterhaftung, 2002, 141 ff.

⁷⁵ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 833 Rn. 3; Kötz, in: Gutachten, 1981, 1779, 1803; v. Caemmerer, Gefährdungshaftung, 1971, 20 f.

⁷⁶ BGH NJW 2009, 3233 f.; NJW 1986, 2501, 2502.

⁷⁷ Daneben gilt § 833 S. 1 BGB auch für berufliche Halter wilder Tiere, also z. B. Zoos oder Zirkusbetreiber. Denn § 833 S. 2 BGB ist auf Haustiere beschränkt.

⁷⁸ BeckOGK/Vogeler, 1.9.2022, § 1 HPfG Rn. 71; FPK/Piontek, ¹⁰2019, § 1 HPfG Rn. 27; Tavakoli, Privatisierung, 2001, 143 f. Vgl. auch schon Eger, ³1886, § 1 RHPfG Anm. 7, S. 91 f.; Endemann, ³1885, § 1 RHPfG Anm. 3, S. 42 f.

Auch im Ausland wird die Gefährdungshaftung typischerweise nicht statussondern funktionsbezogen angeknüpft, kann also jeden treffen, der die Aktivität ausübt, die der Gefährdungshaftung unterworfen ist.⁷⁹ Warum eine solche offene Ausgestaltung der Gefährdungshaftung richtig ist, zeigt sich, wenn man sich klar macht, dass in jedem Haftungsfall mindestens zwei Aktivitäten aufeinandertreffen: die des Schädigers und die des Geschädigten. Geht man mit dem hier vertretenen Ansatz davon aus, dass die Gefährdungshaftung dazu dient, durch Internalisierung der Schadenskosten auf ein effizientes Aktivitätsniveau hinzuwirken, ergibt sich das Problem, dass nicht beide Aktivitäten gleichzeitig reguliert werden können.⁸⁰ Die Kosten solcher Schäden, die keine Partei schuldhaft herbeigeführt hat, muss nach geltendem Recht entweder der Schädiger tragen (Gefährdungshaftung) oder der Geschädigte (*casum sentit dominus*). Mit anderen Worten: Die Schadenskosten können nicht gleichzeitig bei beiden Parteien internalisiert werden. Das bedeutet aber auch, dass nur entweder der Schädiger oder der Geschädigte wirksame Anreize für die Anpassung seines Aktivitätsniveaus erhält.⁸¹ Wer soll also den „Zufallsschaden“ tragen? Sinnvollerweise sollte dies derjenige sein, dessen Aktivität regulierungsbedürftiger ist, weil sie insgesamt die höheren Schadenskosten verursacht – und zwar auch dann noch, wenn die erforderliche Sorgfalt eingehalten wird.⁸² Eine Gefährdungshaftung ist also grundsätzlich dort geboten, wo die Aktivität des Schädigers gefährlicher ist als die Aktivität des Geschädigten.⁸³ Weil aber die Umverteilung des Schadens vom Geschädigten (an dessen Rechtsgütern der Schaden entsteht) auf den Schädiger mit administrativen Kosten verbunden ist, sprechen wohlfahrtsökonomische Gründe dafür, den Schaden nur umzuverteilen, wenn die Aktivität des Schädigers *deutlich* gefährlicher ist als die des Geschädigten. Mit der typischen Anknüpfung an besondere Gefahrenquellen, die den deutschen Gefährdungshaftungstatbeständen, aber auch vielen ausländischen Regelungen zugrunde liegt, wird dies näherungsweise erreicht.

⁷⁹ Vgl. B. A. Koch/Koziol, in: PETL Strict Liability, 2002, 395, Rn. 5 ff.; v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 2, 1999, § 3 Rn. 342 ff. Vgl. auch Art. 5:101 PETL; Art. VI.-3:202 bis 3:207 DCFR.

⁸⁰ Vgl. H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, 2020, 296; Shavell, Foundations, 2004, 203 f.; Cooter/Ulen, Law & Economics, 2012, 213; Miceli, Economics, 1997, 28 f.; Shavell, Accident Law, 1987, 29 f. Grundlegend Shavell, J. Legal Stud. 9 (1980), 1, 17 ff.

⁸¹ Der Grundsatz *casum sentit dominus* hat eine vergleichbare Internalisierungswirkung wie die Gefährdungshaftung, nur treffen die Anreize hier den Geschädigten, nicht den Schädiger, vgl. Shavell, J. Legal Analysis 10 (2018), 1, 16 f.; Posner, Economic Analysis, 2014, 206 f.; Coleman, Risks and Wrongs, 2002, 225 f., 247 f.; Blaschczok, Gefährdungshaftung, 1993, 175; Landes/Posner, Ga. L. Rev. 15 (1981), 851, 876 f.

⁸² Vgl. Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm (2010), § 20, Comment b.

⁸³ Shavell, J. Legal Analysis 10 (2018), 1, 19 f. Nicht überzeugend sind die Behauptung von Waldkirch, Zufall, 2018, 240, die relative Gefährlichkeit lasse sich empirisch nicht ermitteln (warum nicht?) und sein Plädoyer, es solle daher auf „ethischer Grundlage“, also nach dem Verschuldensprinzip entschieden werden, weil es „Handlungsfreiheit, Fortschritt und Entwicklung“ privilegiere. Die (Handlungs-)Freiheit des Geschädigten ist aber nicht *per se* weniger schutzwürdig als die Freiheit des Schädigers.

Das bedeutet aber auch, dass die (relative) Gefährlichkeit der aufeinander treffenden Aktivitäten der richtige Anknüpfungspunkt für die Gefährdungshaftung ist und nicht die Frage, ob die Haftung typischerweise ein Unternehmen oder eine Privatperson trifft. Daran ändern auch die Umstände nichts, dass Unternehmen gute Risikoträger sind und Schadenskosten evtl. über die Preise ihrer Produkte und Dienstleistungen auf ihre Kunden umlegen können.⁸⁴ Denn erstens ist ein Risikopooling auch Privatpersonen möglich, die sich mithilfe von Versicherungen gegen das Schadensrisiko absichern können. Zweitens kann natürlich auch der Geschädigte ein Unternehmensträger sein, sodass sich keineswegs von selbst versteht, dass eine Unternehmens-Gefährdungshaftung immer den besseren Risikoträger trifft. Man denke etwa an ein Start-up-Unternehmen, das mit Drohnen dringend benötigte Medikamente ausliefert, und aus § 33 LuftVG für einen Millionenschaden haften soll, der dadurch entsteht, dass eine der Drohnen bei der Medikamentenabholung die Produktionsanlage eines großen Pharmaunternehmens beschädigt. Drittens lässt sich mit dem Kriterium der Risikoträgerschaft nicht erklären, warum überhaupt der Geschädigte oder der Schädiger den Schaden tragen sollen und nicht ein Dritter, z. B. ein beliebiges Großunternehmen oder der Staat, der ebenfalls ein guter Risikoträger ist. Will man die verhaltenssteuernde Funktion der Haftung nicht aufgeben, muss also der Bezug zur schadensursächlichen Aktivität erhalten bleiben und es kann dann nur darauf ankommen, ob und ggf. inwieweit diese wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit regulierungsbedürftig ist.

2. Unternehmenshaftung ≠ Gefährdungshaftung

Wenn somit wesentlicher Zweck der Gefährdungshaftung ist, durch Internalisierung der Schadenskosten das Aktivitätsniveau zu regulieren, und wenn dieser Zweck bei einem Aufeinandertreffen mehrerer Aktivitäten sinnvollerweise nur auf die gefährlichere Aktivität bezogen werden kann, dann liegt auf der Hand, dass sich eine *generelle* Verschärfung der Unternehmenshaftung in Richtung einer Gefährdungshaftung nicht rechtfertigen lässt.⁸⁵ Denn unternehmerische Tätigkeiten sind nicht *per se* besonders gefährlich und deshalb ist ihr Ausmaß auch nicht immer regulierungsbedürftig. In der Literatur wird zu Recht hervorgehoben, dass die unternehmerische Arbeitsteilung als solche das Schadensrisiko nicht erhöht.⁸⁶ Umgekehrt wird es nicht selten so sein, dass die Tätigkeit des Geschädigten regulierungsbedürftig ist, sei er nun Unternehmer oder Privatperson. Das lässt sich mit einem einfachen Beispiel aus der Recht-

⁸⁴ So aber insb. die Anhänger der US-amerikanischen *enterprise liability*, dazu schon oben → bei Fn. 13–16.

⁸⁵ Im Ergebnis ebenso Öry, Kollektivität, 2020, 137 ff. Eine andere Frage ist, ob zulasten von Organisationen spezielle Beweisregeln geboten sind, vgl. dazu oben → § 6 B.

⁸⁶ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 37.

sprechung veranschaulichen: Es ging um eine Radfahrerin, die sich verletzte, weil sie auf einem ehemaligen Industriegelände mit dem Vorderreifen ihres Fahrrades in die Rille einer Bahnschiene geriet und stürzte.⁸⁷ Das OLG Hamm ging davon aus, dass die Eigentümerin des Geländes ihre Verkehrssicherungspflicht nicht verletzt hatte und wies die Klage ab. Gäbe es für solche Fälle eine Gefährdungshaftung, hätte für die Eigentümerin ein Anreiz bestanden, den Zugang zu ihrem Gelände zu beschränken, was für viele potenzielle Benutzer nachteilig gewesen wäre, zumal es sich um ein Industriedenkmal handelte. Umgekehrt erhält die Geschädigte, wenn sie ihren Schaden selbst tragen muss, einen Anreiz, an potenziell gefährlichen Orten nicht Rad zu fahren.⁸⁸

Da nicht alle unternehmerischen Tätigkeiten *per se* besonders gefährlich und deshalb besonders regulierungsbedürftig sind, ist es richtig, dass der überwiegende Teil der Unternehmenshaftung (u. a. die Verkehrspflichthaftung) Verschuldenshaftung ist. Das heißt nicht, dass kein Raum für zusätzliche Gefährdungshaftungstatbestände oder die oft geforderte Umstellung auf eine General Klausel wäre. Nur wäre stets an die (relative) Gefährlichkeit der jeweiligen Aktivität anzuknüpfen und nicht an den Umstand, dass die Haftung vor allem Unternehmensträger trifft. Allein aus diesem Umstand ergibt sich kein normatives Argument für die Schaffung einer Gefährdungshaftung.

Eine ganz andere Frage ist im Übrigen, ob und ggf. inwieweit Beweiserleichterungen speziell gegenüber Unternehmen geboten sind.⁸⁹ Die Funktion von Beweiserleichterungen sollte nicht darin liegen, eine Verschuldenshaftung *de facto* in eine Gefährdungshaftung umzuwandeln. Das wird aber suggeriert, wenn man Haftungstatbestände mit Beweislastumkehr als „quasi-strikte“ Haftungen bezeichnet, wie es in der Literatur zum Teil getan wird.⁹⁰ Der legitime Zweck von Beweiserleichterungen gegenüber Unternehmen liegt darin, dem Geschädigten die Last abzunehmen, unternehmensinterne Vorgänge aufzuklären und ggf. beweisen zu müssen. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Haftung prinzipiell eine Verschuldenshaftung bleibt⁹¹ und zwar auch, wenn Haftungsadressat ein Unternehmensträger ist.⁹²

⁸⁷ OLG Hamm, NJW-RR 2017, 405.

⁸⁸ Das OLG hat angedeutet, das Radfahren im Bereich der Schienen sei möglicherweise fahrlässig gewesen, musste dies jedoch nicht entscheiden. Aber selbst wenn die Geschädigte den Unfall durch die erforderliche Sorgfalt nicht hätte vermeiden können, bliebe der Anreiz wichtig, an möglicherweise gefährlichen Orten nicht Rad zu fahren.

⁸⁹ Vgl. dazu bereits oben → § 6 B.

⁹⁰ Vgl. etwa *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 809.

⁹¹ Das betont mit Recht *Canaris*, VersR 2005, 577, 579.

⁹² Dazu noch ausf. unten → § 8 B.

III. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass dem geltenden deutschen Recht kein Prinzip der strikten Unternehmenshaftung zu entnehmen ist und dass ein solches Prinzip auch nicht sinnvoll wäre. Die Gefährdungshaftung lässt sich am besten mit dem Präventionszweck erklären. Denn dieser ist nicht nur rechtsökonomisch fundiert, sondern kann auch besser als Erwägungen zur Verteilungsgerechtigkeit erklären, warum der Adressat der Gefährdungshaftung gerade mittels der Kriterien der Verfügungsgewalt und des Gebrauchs auf eigene Rechnung bestimmt wird. Außerdem verfängt das Gerechtigkeitsargument nicht, wenn man berücksichtigt, dass der Unternehmensträger als primär Haftpflichtiger die Schadenskosten oft nicht endgültig trägt, sondern weiterverteilt. Auch der Gesetzgeber hat immer wieder zum Ausdruck gebracht, dass die Gefährdungshaftung Anreize für eine wirksame Schadensvermeidung setzen soll.

Dem Präventionszweck dient die Gefährdungshaftung, indem sie die Schadenskosten bei demjenigen internalisiert, der die gefährliche Aktivität kontrolliert und deshalb am besten in der Lage ist, sinnvolle Schadensvermeidungsmaßnahmen durchzuführen und das Aktivitätsniveau auf ein effizientes Maß festzusetzen. Deshalb adressiert die Gefährdungshaftung denjenigen, der die Gefahrenquelle faktisch beherrscht und bei dem Kosten und Nutzen der gefährlichen Aktivität zusammenlaufen. Da in Haftungsfällen typischerweise mindestens zwei Aktivitäten aufeinandertreffen, ist zu entscheiden, welche der beiden Aktivitäten regulierungsbedürftiger ist, was allerdings – solange es keine Generalklausel für die Gefährdungshaftung gibt – exklusiv dem Gesetzgeber zusteht. Eine Gefährdungshaftung ist dort geboten, wo bei generalisierender Betrachtungsweise davon auszugehen ist, dass die Aktivität des Schädigers deutlich gefährlicher ist als die des Geschädigten. Da sich nicht pauschal sagen lässt, dass unternehmerische Tätigkeiten *per se* besonders gefährlich seien und weil auch die Aktivität des Geschädigten regulierungsbedürftig sein kann, lässt sich ein normativer Zusammenhang zwischen Gefährdungshaftung und Unternehmenshaftung nicht herstellen. Im Mittelpunkt der Gefährdungshaftung muss die besondere Gefahr stehen, nicht die Frage, ob die Haftung einen Unternehmensträger trifft.

Es war bereits erwähnt worden, dass die Gefährdungshaftung noch unter einem anderen Aspekt als „Unternehmenshaftung“ bezeichnet wird, nämlich weil sie ohne Zurechnung menschlichen Verhaltens auskommt und deshalb direkt auf das Unternehmen als Organisation bezogen werden kann. Die Unternehmens-Gefährdungshaftung ist also eine echte direkte Unternehmenshaftung im Sinne der oben in § 3 vorgenommenen Differenzierung. Das soll im Folgenden näher veranschaulicht werden und zwar getrennt für die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung (Teil B) und die sog. Handlungshaftung (Teil C).

B. Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung

Karsten Schmidt hat einst geschrieben, die Haftungszurechnung gegenüber einem Unternehmensträger sei im Bereich der Gefährdungshaftung „völlig unproblematisch“, wenn nur die haftungsrelevante Gefahr vom Unternehmen ausgehe.⁹³ Auch andere Autoren heben als Vorteil der Gefährdungshaftung hervor, dass hier die Unternehmenshaftung ohne komplexe Zurechnungen auskomme.⁹⁴ Das ist allerdings nur für die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung weitgehend unstreitig, weil hier an die Kontrolle über eine (Industrie-)Anlage oder ein Verkehrsmittel angeknüpft wird und nicht an menschliches Verhalten wie bei der sog. Handlungshaftung (dazu unten, Teil C). Wichtige Fälle der Anlagenhaftung sind § 2 HPfLG, § 89 Abs. 2 WHG, § 1 UmweltHG und §§ 25, 26 AtG i. V. m. dem Pariser Übereinkommen, wichtige Fälle der Verkehrsmittelhaftung § 1 HPfLG, § 7 StVG und § 33 LuftVG.⁹⁵

Betrachtet man diese Tatbestände und ihre Voraussetzungen näher, könnten sich allerdings auch insoweit Zweifel einstellen, ob die Begründung der Unternehmens-Gefährdungshaftung tatsächlich so unproblematisch ist. Denn der Haftungsadressat wird typischerweise mit den Kriterien „tatsächliche Verfügungsgewalt“ und „Gebrauch auf eigene Rechnung“ bestimmt. Wie aber kann ein Unternehmen bzw. ein Unternehmensträger Verfügungsgewalt ausüben und dann auch noch „tatsächlich“? Und spielt die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung bei der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung wirklich keine Rolle, obwohl menschliche Fehler auch in diesem Bereich eine der häufigsten Schadensursachen sind? Dem soll im Folgenden nachgegangen werden. Dafür wird zunächst das Haftungsmodell der Unternehmens-Gefährdungshaftung untersucht, anschließend Fragen der Verhaltens- und Verschuldenszurechnung.

I. Modell der Unternehmenshaftung

Zunächst ist der Frage nachzugehen, wie sich begründen lässt, dass alle Unternehmensträger als Adressaten der Gefährdungshaftung in Betracht kommen, und zwar unabhängig von ihrer Rechtsform. Dass Unternehmensträger selbst und unmittelbar aus der Gefährdungshaftung ersatzpflichtig sein können, wird von niemandem bestritten. Ausgangspunkt der Suche nach einer dogmatischen Begründung müssen die Kriterien sein, nach denen der Haftpflichtige in den

⁹³ *K. Schmidt*, KF 1993, 4, 6.

⁹⁴ *Wantzen*, Unternehmenshaftung, 2007, 11; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 305; *Brüggemeier*, Prinzipien, 1999, 83; *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33, 35; *Esser*, SchuldR BT, 49/71, 476.

⁹⁵ Die Tierhalterhaftung nach § 833 S. 1 BGB wird hier nicht weiter behandelt, weil sie im Kern eine Haftung von Privatpersonen ist, s. dazu schon oben → bei Fn. 74–77.

Gefährdungshaftungstatbeständen jeweils zu bestimmen ist. Die einschlägigen Vorschriften bezeichnen den Haftungsadressaten als „Halter“ (§ 7 Abs. 1 StVG, § 33 Abs. 1 LuftVG), „Betriebsunternehmer“ (§ 1 HPfLG) oder „Anlageninhaber“ bzw. „Anlagenbetreiber“ (§ 2 HPfLG, § 89 Abs. 2 WHG, § 1 UmweltHG, § 25 AtG), definieren diese Begriffe jedoch nicht. Auffällig ist, dass der Adressat stets funktional beschrieben wird. Die nähere Konkretisierung ist der Rechtsprechung überlassen, die sich dabei tendenziell darum bemüht, die maßgeblichen Kriterien möglichst übergreifend zu definieren.⁹⁶

Betriebsunternehmer gemäß § 1 HPfLG ist nach ständiger Rechtsprechung, wer „eine Bahn für eigene Rechnung betreibt und dem die Verfügung über den Betrieb zusteht“.⁹⁷ Ähnlich wird der Anlageninhaber bzw. -betreiber gemäß § 2 HPfLG, § 89 Abs. 2 WHG und § 1 UmweltHG definiert, nämlich als derjenige, der „die tatsächliche Herrschaft über den Anlagenbetrieb ausübt und die hierfür erforderlichen Weisungen erteilen kann“⁹⁸ oder „die Anlage für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt“⁹⁹ oder „die Gefahrenquelle dauernd für eigene Zwecke benutzt, d. h. auf eigene Rechnung betreibt, die Kosten für ihre Unterhaltung aufbringt und ihren Einsatz tatsächlich beherrscht“.¹⁰⁰ Halter i. S. von § 7 Abs. 1 StVG und § 33 Abs. 1 LuftVG ist nach allgemeiner Ansicht derjenige, der das Kraft- oder Luftfahrzeug für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die Verfügungsgewalt besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt.¹⁰¹ Und auch für den Tierhalter nach § 833 S. 1 BGB hat der BGH in jüngerer Zeit klargestellt, dass maßgeblich darauf abzustellen sei, „wem die Bestimmungsmacht über das Tier zusteht und wer aus eigenem Interesse für die Kosten des Tieres aufkommt und das wirtschaftliche Risiko seines Verlustes trägt“.¹⁰²

Auch wenn sich diese Formulierungen sprachlich nicht völlig decken, was auch an den unterschiedlichen, teilweise viele Jahrzehnte zurückreichenden

⁹⁶ So z. B. BGHZ 80, 1, 4 = NJW 1981, 1516, wo der BGH die Definition des Anlageninhabers i. S. von § 22 Abs. 2 WHG a. F. (heute § 89 Abs. 2 WHG: Anlagenbetreiber) an den Halterbegriff nach § 7 Abs. 1 StVG und § 33 Abs. 1 LuftVG sowie den Begriff des Betriebsunternehmers nach § 1 RHPfLG/HPfLG angelehnt hat.

⁹⁷ BGHZ 158, 130, 133 = NZV 2004, 245; VersR 1985, 764, 765; VersR 1963, 745, 747; BGHZ 9, 311, 312 = NJW 1953, 1102; FPK/*Piontek*,¹⁰2019, § 1 HPfLG Rn. 32.

⁹⁸ So für § 2 HPfLG BGH VersR 2008, 1214, Rn. 9; VersR 2008, 825, Rn. 17; NJW-RR 2007, 823, Rn. 10; FPK/*Kayser*,¹⁰2019, § 2 HPfLG Rn. 43; vgl. BT-Drs. 8/108, S. 12 f.

⁹⁹ So für § 22 Abs. 2 WHG a. F. (heute § 89 Abs. 2 WHG) BGHZ 80, 1, 4 = NJW 1981, 1516; vgl. auch BGHZ 142, 227, 231 = NJW 1999, 3633; BGH NJW 1980, 943; Staudinger/*Kobler*, 2017, § 89 WHG Rn. 63; BFM/*Reiff*,²2017, § 89 WHG Rn. 84.

¹⁰⁰ So für § 1 UmweltHG OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2010, Az. 22 U 70/10, juris Rn. 93; Staudinger/*Kobler*, 2017, § 1 UmweltHG Rn. 85.

¹⁰¹ So für § 7 StVG BGH NJW 1997, 660; BGHZ 87, 133, 135 = NJW 1983, 1492, 1493; BGHZ 13, 351, 354 = NJW 1954, 1198; HKD/*P. König*,⁴⁶2021, § 7 StVG Rn. 14. Für § 33 LuftVG BeckOGK/*C. Förster*, 1.1.2023, § 33 LuftVG Rn. 27 m. w. N.

¹⁰² BGH NJW-RR 1988, 655, 656; zustimmend MünchKommBGB/*Wagner*,⁸2020, § 833 Rn. 32; umfassend *Wolfgang Lorenz*, Gefährdungshaftung, 1992, 179 ff.

Präjudizketten liegen dürfte, ist klar erkennbar, dass sich die Rechtsprechung in der Sache um übergreifende Kriterien bemüht. Auch die Literatur mahnt eine einheitlich-harmonisierende Auslegung an und betont, dass aus funktionaler Sicht große Übereinstimmungen bestünden.¹⁰³ Als die beiden tatbestandsübergreifend maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung des Haftpflichtigen lassen sich aus den von der Rechtsprechung gefundenen Definitionen das Kriterium der „Verfügungsgewalt“ und das Kriterium des „Gebrauchs auf eigene Rechnung“ extrahieren. Es sind diese beiden Kriterien, die ausdrücklich oder doch zumindest der Sache nach die in der Rechtsprechung verwendeten Definitionen des Haftungsadressaten prägen und die in funktionaler Hinsicht die Präventionsfunktion der Gefährdungshaftung zum Ausdruck bringen.¹⁰⁴ Für die Passivlegitimation von Unternehmensträgern kommt es also darauf an, wie diese Kriterien bei ihnen verwirklicht sein können.

1. Gesellschaften als Halter und Betreiber

Bevor dieser Frage nachgegangen wird, ist vorab klarzustellen, dass als Haftungsadressat der Anlagen- bzw. Halterhaftung nach allgemeiner Ansicht jeder Unternehmensträger in Betracht kommt, also insbesondere auch juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften, die als solche nicht handlungsfähig sind. Schon das Preußische Eisenbahngesetz von 1838 adressierte seinem Wortlaut nach ausschließlich Aktiengesellschaften¹⁰⁵ und es spricht einiges dafür, dass gerade dieser Umstand die Einführung des ersten modernen Gefährdungshaftungstatbestands in § 25 PrEG erleichtert hat. Denn nicht nur war die Verschuldenshaftung juristischer Personen damals noch nicht allgemein entwickelt (auch nicht in der indirekten, auf Organe oder Vertreter abstellenden Variante),¹⁰⁶ sondern es dürfte den Herren um *Savigny*¹⁰⁷ auch leichter gefallen sein, vom Schuldprinzip nur für solche „künstlichen Gebilde“¹⁰⁸ abzurücken, während man für den Menschen als freies, vernunftbegabtes Wesen vorerst weiter daran festhalten konnte, dass eine Deliktshaftung nur im Falle des Verschuldens denkbar war.¹⁰⁹

Auch für § 1 RHPfLG 1871, der damals schon wie heute § 1 HPfLG an Betriebsunternehmer von Eisenbahnen gerichtet war, ging man ganz selbstverständlich davon aus, dass die Haftung auch Aktiengesellschaften und andere nicht hand-

¹⁰³ *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 8 Rn. 25; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 I 2a, S. 605 f.; § 84 I 2d, S. 608; *Hess*, Gefährdungshaftung, 1978, 174 ff. und passim.

¹⁰⁴ Dazu schon oben → A I 2.

¹⁰⁵ Vgl. nur §§ 1, 2, 25 PrEG 1838.

¹⁰⁶ Vgl. dazu *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 214 ff.

¹⁰⁷ Zu dessen Rolle bei der Ausarbeitung des PrEG 1838 ausf. *Baums*, ZRG GA 104 (1987), 277 ff.

¹⁰⁸ Vgl. *v. Savigny*, System, Bd. 2, 1840, § 60, S. 2, § 85, S. 236.

¹⁰⁹ Über den Zusammenhang des Schuldprinzips mit dem kantischen Freiheitsbegriff s. *Ogorek*, Gefährdungshaftung, 1975, 23 f.

lungsfähige Unternehmensträger treffen konnte, was in den allermeisten Fällen auch so war, weil der Großteil der Eisenbahnen damals vom Fiskus oder von privaten Bahngesellschaften betrieben wurde. In der Kommentarliteratur wurde daher meist nur knapp vermerkt, dass die Rechtsform des Bahnunternehmers „gleichgültig“ sei.¹¹⁰ Mit Blick auf die Tierhalterhaftung nach § 833 BGB und die Kraftfahrzeughalterhaftung nach § 7 KFG 1909 (heute § 7 StVG) hätten nochmal Zweifel aufkommen können, aber auch insoweit war von Anfang an unstrittig, dass als Halter z. B. auch juristische Personen in Betracht kamen.¹¹¹ Man wollte mit der Gefährdungshaftung für Tiere und Fahrzeuge gerade auch die beruflichen Tier- und Fahrzeughalter adressieren,¹¹² also z. B. Landwirte, Fuhrunternehmer oder Omnibusgesellschaften, und damit war klar, dass es auf die Rechtsform des Haftpflichtigen nicht ankommen durfte. Bei den Anlagenhaftungen nach § 22 Abs. 2 WHG a. F. (heute § 89 Abs. 2 WHG), § 2 HPfLG und § 1 UmweltHG wurde die Frage nicht mehr diskutiert; es verstand sich von selbst, dass alle Unternehmensträger unabhängig von ihrer Rechtsform als Haftungsadressaten in Betracht kommen sollten.¹¹³

Heute kann daher als allgemeiner, in Rechtsprechung und Literatur unumstrittener Grundsatz gelten, dass bei der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung die Halter- oder Betreibereigenschaft nicht davon abhängt, von welcher Art der Rechtsträger ist, der das Verkehrsmittel oder die Anlage hält oder betreibt.¹¹⁴ Es kommen *alle* Unternehmensträger als Haftungsadressaten in Betracht.

2. Verfügungsgewalt

Von den beiden Kriterien, mit denen die Rechtsprechung den Adressaten der Anlagen- oder Verkehrsmittelhaftung bestimmt, wirft das Kriterium der tatsächlichen Verfügungsgewalt die größeren dogmatischen Schwierigkeiten auf, wenn es um Unternehmensträger geht. Für die Eisenbahnunternehmerhaftung nach § 1 HPfLG wird die Verfügungsmacht darin gesehen, „dass der Unternehmer über die Bahnstrecke mit Zubehör, wie Bahnhöfe und Signale, über die

¹¹⁰ So *Reindl*, ¹1901, § 1 RHPfLG Anm. 6, S. 48f.; i. E. genauso *Eger*, ⁷1912, § 1 RHPfLG Anm. 7 I, S. 96; *Endemann*, ³1885, § 1 RHPfLG Anm. 3, S. 42f.

¹¹¹ Für die Tierhalterhaftung *Schmalhorst*, Tierhalterhaftung, 2002, 82; für die Kfz-Halterhaftung v. *Gadow*, Zählung, 2002, 227f.; *Hess*, Gefährdungshaftung, 1978, 90; jeweils m. w. N. Das Reichsgericht hielt die Tierhalterhaftung juristischer Personen sogar für „selbstverständlich“, s. RGZ 75, 225, 227 (1911).

¹¹² Zur Novelle der Tierhalterhaftung v. 30.5.1908, mit der die Gefährdungshaftung für Nutztierhalter wieder abgeschafft wurde, s. bereits oben → bei Fn. 74–77.

¹¹³ Vgl. BT-Drs. 2/3536, S. 14 (Begründung WHG); *Friese*, ¹1950, § 1a RHPfLG Anm. II 4, S. 140f.; *Biermann*, 1949, § 1a RHPfLG Anm. I, S. 138 mit Auszug aus amtlicher Gesetzesbegründung in Fn. 4; BT-Drs. 11/4247, S. 18f. (Begründung UmweltHG).

¹¹⁴ Vgl. nur BeckOGK/*Walter*, 1.1.2022, § 7 StVG Rn. 76ff.; GZ/*Greger*, ⁶2021, Rn. 3.205f.; FPK/*Piontek*, ¹⁰2019, § 1 HPfLG Rn. 27; FPK/*Kayser*, ¹⁰2019, § 2 HPfLG Rn. 43; BFM/*Reiff*, ²2017, § 89 WHG Rn. 84; *Staudinger/Kobler*, 2017, § 1 UmweltHG Rn. 85.

rollenden Fahrzeuge und über die Beamten und Angestellten die Herrschaft führt und daß er namentlich für den Verkehr die nötigen Anweisungen erläßt und die Fahrpläne festsetzt“.¹¹⁵ Im Zweifel, d.h. wenn die beiden Abgrenzungskriterien nicht in derselben Person erfüllt sind, soll der Verfügungsgewalt das größere Gewicht zukommen, weil sie den Unternehmer in die Lage versetzt, die Gefahren des Betriebs abzuwenden oder zu verringern.¹¹⁶ Ähnlich soll es für die Anlagenhaftung nach § 2 HPfLG, § 89 Abs. 2 WHG und § 1 UmweltHG darauf ankommen, „wer die tatsächliche Herrschaft über die Anlage und ihr Zubehör hat und die für ihren Betrieb notwendigen Anweisungen erteilen kann“.¹¹⁷ Der Anlagenbetreiber muss nach einer treffenden Formulierung „Herr der Gefahr“ sein.¹¹⁸ Die Verfügungsgewalt des Halters i. S. von § 7 Abs. 1 StVG wird darin gesehen, dass er als Fahrzeugbenutzer Anlass, Ziel und Zeit seiner Fahrten selbst bestimmen kann.¹¹⁹

Wie kann nun aber ein Unternehmensträger die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Gefahrenquelle ausüben, wenn es sich nicht um einen Einzelunternehmer handelt, sondern z. B. um eine Aktiengesellschaft oder OHG? Es wird zwar vielfach betont, dass in unternehmerischen Zusammenhängen „der Rechtsträger“ Adressat der Gefährdungshaftung sei und nicht etwa Organe oder Mitarbeiter.¹²⁰ Eine nähere Begründung wird dafür aber selten gegeben. In Betracht kommen die üblichen zwei Möglichkeiten¹²¹: Man kann dem Unternehmensträger die Verfügungsgewalt einzelner natürlicher Personen zu rechnen oder davon ausgehen, dass das Unternehmen als organisatorische Einheit die Gefahrenquelle kontrolliert und der Unternehmensträger für das Unternehmen einstehen muss. Überzeugender ist der zweite Ansatz.

a) Zurechnung?

Erwägt man zunächst einen Zurechnungsansatz, stellt sich die Frage nach einer passenden Zurechnungsnorm und möglichen Zurechnungsträgern. Man könnte an § 31 BGB denken, der jedoch nach wohl herrschender Ansicht für die Be-

¹¹⁵ RGZ 146, 340, 341 f. (1935); vgl. auch BGH VersR 1985, 764, 765; RGZ 75, 7, 9 (1910); RGZ 66, 376, 379 (1907); FPK/*Piontek*,¹⁰2019, § 1 HPfLG Rn. 36.

¹¹⁶ RG Warn 1912, Nr. 221; Warn 1911 Nr. 438; BeckOGK/*Vogeler*, 1.9.2022, § 1 HPfLG Rn. 72; FPK/*Piontek*,¹⁰2019, § 1 HPfLG Rn. 23; *Friese*,¹1950, § 1 RHPfLG Anm. B III 1, S. 48. Vgl. auch RGZ 96, 204, 209 (1919); RG JW 1920, 556 f. (Nr. 10) m. Anm. *Seligsohn*.

¹¹⁷ So für § 2 HPfLG BGH VersR 2008, 1214, Rn. 9; VersR 2008, 825, Rn. 17; NJW-RR 2007, 823, Rn. 10; FPK/*Kayser*,¹⁰2019, § 2 HPfLG Rn. 43, 45.

¹¹⁸ OLG Düsseldorf, r+s 2003, 79, 80; BeckOGK/*Ballhausen*, 1.12.2022, § 2 HPfLG Rn. 53; FPK/*Kayser*,¹⁰2019, § 2 HPfLG Rn. 45.

¹¹⁹ OLG Hamm, NJW 2013, 1248, 1249; HKD/*P. König*,⁴⁶2021, § 7 StVG Rn. 14; BHHJ/*Burmann*,²⁶2020, § 7 StVG Rn. 5.

¹²⁰ So z. B. SZDK/*Schwendner*,⁵⁷2022, § 89 WHG Rn. 68; Staudinger/*Kobler*, 2017, § 1 UmweltHG Rn. 87 f.; *Schmidt-Salzer*, 1992, § 1 UmweltHG Rn. 312; *Kiethe*, DVBl 2004, 1516, 1520; *Cosack*, Umwelthaftung, 1999, 74 f.; *Erl*, Umwelthaftungsrecht, 1998, 64.

¹²¹ Ausf. oben → § 5 A I.

gründung der Gefährdungshaftung von juristischen Personen und Personengesellschaften nicht heranzuziehen ist,¹²² wenn es um eine Haftung für gefährliche Anlagen oder Verkehrsmittel geht; nur für die sog. Handlungshaftung wird dies überwiegend anders gesehen.¹²³ Soweit überhaupt Gründe genannt werden, wird zur Erklärung meist angeführt, die Anwendung des § 31 BGB sei nicht nötig, weil juristische Personen und Personengesellschaften selbst unmittelbar – ohne Zurechnung – aus Gefährdungstatbeständen haften könnten.¹²⁴ Das Problem der Verfügungsgewalt wird allerdings nicht angesprochen. Prinzipielle dogmatische Gründe stehen einer Anwendung des § 31 BGB m. E. nicht entgegen, jedoch könnte nur an die Verfügungsgewalt von Repräsentanten angeknüpft werden, was unnötig beschränkt erscheint.

Von Greger stammt die zu § 7 StVG entwickelte These, man könne die Verfügungsgewalt durch einen Vertreter ausüben lassen. Das Gesetz fordere nicht, dass der Halter die für den Einsatz des Kraftfahrzeugs erforderlichen Anweisungen selbst erteile. Vor allem bei größeren Unternehmen wäre dies „lebensfremd“ und bei juristischen Personen sei eine solche Konstruktion „schon begrifflich nicht möglich“.¹²⁵ Wer im Rahmen einer entsprechenden „Ermächtigung“ handele, übe die Verfügungsgewalt für den anderen aus und nur dieser sei dann Halter. Damit erklärt Greger, warum die Rechtsprechung typischerweise juristische Personen und Personengesellschaften als Halter z. B. von Betriebsfahrzeugen ansieht und nicht etwa die Organe oder persönlich haftenden Gesellschafter,¹²⁶ obwohl man die Verfügungsgewalt eigentlich bei diesen sehen müsste, wenn es bei der Bestimmung des Halters wirklich um eine am Tatsächlichen orientierte Betrachtungsweise ginge. Unklar bleibt, welche Anforderungen an die Vertretung zu stellen sein sollen. Außerdem scheint es – auch wenn Greger nicht auf die Verfügungsgewalt als solche, sondern die Anweisungen zu ihrer Ausübung abstellt – vom Ansatz her problematisch, den für Rechtsgeschäfte entwickelten Vertretungsgedanken auf ein Verhältnis anzuwenden, das nach allgemeiner Auffassung ein rein tatsächliches ist.

Möglich wäre auch, die Verfügungsgewalt des Unternehmensträgers mithilfe des sog. Organbesitzes und der Besitzdienerschaft nach § 855 BGB zu begrün-

¹²² BeckOK-BGB/Schöpflin, ⁶⁴2022, § 31 Rn. 12; jurisPK-BGB/D. U. Otto, ⁹2020, § 31 Rn. 40; Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 47; RSD/Achenbach, ¹⁴2018, Kap. 2 Rn. 3448; BFM/Reiff, ²2017, § 89 WHG Rn. 84; Soergel/Hadding, ¹³2000, § 31 Rn. 20; Altmeyden, NJW 1996, 1017, 1024; Altmeyden, ZIP 1995, 881, 888, Fn. 67; Küpperfabrenberg, Haftungsbeschränkungen, 2005, 58. Anders MünchKommBGB/Leuschner, ⁹2021, § 31 Rn. 20; Staudinger/Weick, 2005, § 31 Rn. 7; RGRK/Steffen, ¹²1982, § 31 Rn. 1. Zu einer möglichen Erklärung für diesen „Meinungsstreit“ vgl. unten → § 10 B III 2.

¹²³ Dazu noch unten → C III.

¹²⁴ So etwa Küpperfabrenberg, Haftungsbeschränkungen, 2005, 58. Zur Konkretisierung eines solchen Ansatzes sogleich unten → b.

¹²⁵ GZ/Greger, ⁵2014, § 3 Rn. 264; knapper GZ/Greger, ⁶2021, Rn. 3.184. Zustimmung zur Möglichkeit der Vertretung BeckOGK/A. Walter, 1.1.2022, § 7 StVG Rn. 76.

¹²⁶ GZ/Greger, ⁶2021, Rn. 3.202; GZ/Greger, ⁵2014, § 3 Rn. 267 m. N.

den.¹²⁷ In der Literatur wird ein solcher Ansatz soweit ersichtlich nicht vertreten, obwohl die Verfügungsgewalt im Sinne der Gefährdungshaftung durchaus mit der tatsächlichen Sachherrschaft des unmittelbaren Besitzers in Verbindung gebracht wird.¹²⁸ In rechtsdogmatischer Hinsicht scheint auch dieser Ansatz vertretbar, allerdings wirkt er künstlich und ist relativ kompliziert. Ein Vorteil gegenüber der Anwendung des § 31 BGB wäre immerhin, dass sich mithilfe der Besitzdienerschaft auch die Verfügungsgewalt einfacher Mitarbeiter zurechnen ließe. Allerdings passen die besitzrechtlichen Institute vor allem auf den Besitz einzelner Sachen. Die Verfügungsgewalt, an die die Gefährdungshaftungstatbestände anknüpfen, geht jedoch hierüber hinaus. Das zeigt sich am deutlichsten bei § 1 HPflG, wo sich die Verfügungsgewalt auf den gesamten Bahnbetrieb bezieht, nicht etwa einen einzelnen Zug.¹²⁹ Aber auch bei der Anlagenhaftung nach § 89 Abs. 2 WHG, § 1 UmweltHG, § 2 HPflG, §§ 25, 26 AtG wäre es recht konstruiert, die Verfügungsgewalt über die Anlage aus den Besitzpositionen einzelner Leitungspersonen und Mitarbeiter „zusammenzupuzzeln“ oder sie pauschal der Unternehmensleitung zuzuordnen.

b) Unternehmen

Macht man sich klar, welchem Zweck das Kriterium der Verfügungsgewalt dient, wird deutlich, dass es auf eine Individualisierung konkreter „Gewaltinhaber“ und eine Zurechnung der Verfügungsgewalt zum Unternehmensträger nicht ankommt. Vielmehr ist das Kriterium von vornherein normativ zu verstehen und kann unmittelbar auf das Unternehmen bezogen werden.

Aus funktionaler, am Telos der Gefährdungshaftung orientierter Sicht kann entscheidend nur sein, wer in der Lage ist, die Schadensverursachung durch die Gefahrenquelle zu kontrollieren, weil er einerseits die Durchführung effizienter Schadensvermeidungsmaßnahmen veranlassen und andererseits den Gebrauch der Gefahrenquelle auf das ökonomisch optimale Maß beschränken kann.¹³⁰ Das Kriterium der Verfügungsgewalt folgt ohne Weiteres aus dem Präventionszweck der Gefährdungshaftung, weil nur derjenige, der tatsächlich auf das Schadenspotenzial der Gefahrenquelle einwirken kann, ein sinnvoller Adressat von Präventionsanreizen ist. Es muss bei der Bestimmung des Haftpflichtigen also neben der Frage, wer auf die Einhaltung der im Verkehr erfor-

¹²⁷ Vgl. dazu nur BGH NJW 2015, 1678, 1679, Rn. 19; BGHZ 57, 166, 167 = NJW 1972, 43; BGHZ 56, 73, 77 = NJW 1971, 1358; MünchKommBGB/F. Schäfer, ⁹2023, § 854 Rn. 41–48; K. Schmidt, GesR, ⁴2002, § 10 III, S. 266–271. Zum Organbesitz ausf. Michael M. Cohen, Organbesitz, 2016; Brand, Organbesitz, 2015.

¹²⁸ So z. B. Staudinger/Kohler, 2017, § 1 UmweltHG Rn. 86; SP/Salje, ²2005, § 1 UmweltHG Rn. 21.

¹²⁹ Vgl. BeckOGK/Vogeler, 1.9.2022, § 1 HPflG Rn. 72; FPK/Piontek, ¹⁰2019, § 1 HPflG Rn. 36–40.

¹³⁰ Dazu schon oben → A I 2.

derlichen Sorgfalt hinwirken kann, vor allem darum gehen, wer über die Existenz der Gefahrenquelle entscheidet und den Kreis ihrer Aktivitäten bestimmt.¹³¹ Vor allem die Überlegung, wer die Aktivität der Gefahrenquelle einschränken und diese ggf. sogar stilllegen könnte, wenn er meint, dass sich ihr Einsatz nicht mehr lohnt, ist für die Bestimmung des Ersatzpflichtigen hilfreich.¹³² Dabei geht es nicht um die Beherrschung der Gefahrenquelle in der konkreten Situation, aus welcher der Schaden resultiert, und folglich auch nicht um tatsächliche Sachherrschaft i. S. des unmittelbaren Besitzes,¹³³ sondern es geht um die *abstrakt-generelle* Beherrschung der Gefahrenquelle, die den Halter oder Betreiber situationsübergreifend in die Lage versetzt, die Schadenswahrscheinlichkeit und das Schadensausmaß zu steuern.¹³⁴

In Unternehmen lässt sich aber die Gefahrbeherrschung in diesem Sinne nicht immer konkreten Führungskräften oder Mitarbeitern zuordnen, deren Verfügungsgewalt man dann dem Unternehmensträger zurechnen könnte. Es wäre z. B. absurd, die Verfügungsgewalt über eine Industrieanlage den Frauen und Männern in der Kontrollwarte zuzuordnen und bei jedem Schichtwechsel von einer veränderten Zurechnung zum Unternehmensträger auszugehen. Genauso wenig würde es den realen Verhältnissen gerecht, die Verfügungsgewalt über einen Eisenbahnbetrieb bei der Zugführerin oder dem Fahrdienstleiter zu verorten und dann danach zu fragen, wie sich die haftungsrechtliche Verantwortung dem Unternehmensträger als Arbeitgeber zurechnen lässt. Generell auf die Geschäftsleitung abzustellen, weil diese in allen wichtigen Fragen zur Letztentscheidung befugt ist, wäre ebenfalls unnötig kompliziert und letztlich nicht zielführend. Abgesehen davon, dass es durchaus sein kann, dass auf unteren Hierarchieebenen über den Einsatz und die Stilllegung von Gefahrenquellen entschieden wird, z. B. über Ausdünnung des Fuhrparks oder über technische Innovationen, mit denen sich das Ausmaß der Nutzung gefährlicher Anlagen verringern lässt, kommt es für die Zwecke der Gefährdungshaftung auf die interne Aufgabenverteilung im Unternehmen schlicht nicht an. Es ist nicht nötig, die konkret für die Schadensvermeidung jeweils zuständigen Verantwortungsträger zu individualisieren, weil sich die Gefahrbeherrschung auch dem *Unternehmen als Organisation* zuordnen lässt, in der zahlreiche Mitarbeiter auf unterschiedlichen Ebenen darauf hinwirken, dass von den im Interesse des Unternehmens betriebenen Gefahrenquellen keine übermäßigen Gefahren für Dritte und die Allgemeinheit ausgehen. Es kommt nicht darauf an, ob für die

¹³¹ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 833 Rn. 32.

¹³² Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 II 1b, S. 614, § 84 III 1b, S. 619.

¹³³ Der BGH hat vielmehr klargestellt, dass eine vorübergehende Besitzentziehung die Verfügungsgewalt nicht berührt, s. BGH NJW 1978, 1920; Staudinger/Eberl-Borges, 2022, § 833 Rn. 94; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 833 Rn. 34.

¹³⁴ Staudinger/Eberl-Borges, 2022, § 833 Rn. 94; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 I 2a, S. 605; Wolfgang Lorenz, Gefährdungshaftung, 1992, 198.

Schadensvorsorge in Hinblick auf die konkrete Anlage oder das Verkehrsmittel ein oder mehrere Mitarbeiter zuständig sind, ob und ggf. inwieweit die Entscheidungsfindung automatisiert ist oder wie man die Aufsicht organisiert hat. Für die Verfügungsgewalt i. S. der Gefährdungshaftung genügt eine funktional verstandene Gefahr(vermeidungs)zuständigkeit, für die bei gewerblich genutzten Gefahrenquellen ohne weiteres auf das Unternehmen in seiner Gesamtheit abgestellt werden kann. Aus der tatsächlichen Gefahrveranlassung und -beherrschung durch das Unternehmen folgt dann ohne Weiteres die rechtliche Verantwortung des Unternehmensträgers.

Rechtsdogmatisch lässt sich dieses Verständnis dadurch stützen, dass das Kriterium der Verfügungsgewalt zunächst für § 1 RHPfG (heute § 1 HPfG) entwickelt wurde, also den Gefährdungshaftungstatbestand, der am deutlichsten unternehmensbezogen formuliert ist. Zwar ist anerkannt, dass selbst dieser Tatbestand keine kommerzielle Tätigkeit voraussetzt, die Eisenbahn also insbesondere nicht mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden muss.¹³⁵ Aber in den allermeisten Fällen ist Betriebsunternehmer i. S. des § 1 RHPfG/HPfG eben doch ein Unternehmensträger, typischerweise eine Handelsgesellschaft. Man sah jedoch von Anfang an keine Schwierigkeiten darin, die Verfügungsgewalt ohne jede Individualisierung direkt dem jeweiligen Unternehmen zuzuordnen. Entscheidend war in den einschlägigen Fällen immer nur, welches von mehreren Unternehmen den Einsatz der Züge und der sonstigen Betriebsmittel steuern konnte, also z. B. über Ort, Zeit und Dauer ihrer Nutzung zu entscheiden hatte.¹³⁶ Die Gefahrbeherrschung wurde direkt bei den jeweiligen Unternehmen als Organisationen gesehen und die Haftung automatisch dem Unternehmensträger zugeordnet. Wer in der Binnenordnung des Unternehmens für die Schadensvorsorge zuständig war, auf welchen Hierarchieebenen oder nach welchen Entscheidungsprozessen die Kontrolle ausgeübt wurde, spielte hingegen nie eine Rolle. Die Gefährdungshaftung der Bahnunternehmer nach § 1 RHPfG war also als echte Unternehmenshaftung konzipiert und dieses Grundverständnis prägte auch das Kriterium der Verfügungsgewalt. Die Verfügungsgewalt wurde unternehmensbezogen verstanden und dieses Verständnis blieb auch erhalten, als das Kriterium später zur Konkretisierung weiterer Gefährdungshaftungstatbestände herangezogen wurde. Heute ist die unternehmensbezogene Sichtweise in allen Fällen geboten, in denen als Haftungsadressat ein Unternehmensträger in Betracht kommt. Es gilt also allgemein, dass Gefahrenquellen in Unternehmen vom jeweiligen Unternehmen beherrscht werden.

¹³⁵ Dazu schon oben → bei Fn. 78.

¹³⁶ Vgl. nur RGZ 146, 340, 341 f. (1935); RGZ 96, 204, 209 (1919); RGZ 75, 7, 8 (1910); RGZ 66, 376, 378 (1907).

3. Gebrauch auf eigene Rechnung

Die zweite Voraussetzung der Halter- oder Betreibereigenschaft wirft weniger dogmatische Schwierigkeiten auf. Neben der tatsächlichen Verfügungsgewalt wird verlangt, dass der potenzielle Haftungsadressat die Anlage oder das Fahrzeug auf eigene Rechnung in Gebrauch hat. Damit ist gemeint, dass der Halter oder Betreiber zumindest zum Teil die Kosten der Gefahrenquelle trägt und die Nutzungen daraus zieht.¹³⁷ Dafür genügt nicht, dass jemand aus der Gefahrenquelle Vorteile zieht oder daraus Nachteile hat, weil diese Kriterien zu unbestimmt wären und gerade die Gruppe der mittelbaren Profiteure in vielen Fällen unübersehbar groß sein wird.¹³⁸ Das Gebrauchen auf eigene Rechnung ist deshalb enger zu verstehen: Es geht in erster Linie darum, wer für die Betriebskosten der Gefahrenquelle aufzukommen hat¹³⁹ und wer das wirtschaftliche Risiko ihres Verlustes trägt. Bei einem Kraftfahrzeug kommt es also z. B. darauf an, wer Kraftstoff, Reparaturen, Versicherung usw. bezahlt und wen zeit- oder schadensbedingte Wertminderungen treffen.¹⁴⁰ Daneben spielt für das Kriterium des Gebrauchs auf eigene Rechnung eine Rolle, wem die Nutzungen zustehen und zwar in einem rechtstechnischen, an § 100 BGB orientierten Sinn (also nicht einfach „der Nutzen“, weil dies wieder darauf hinauslaufen würde, auf das allzu vage Kriterium der Vorteilsziehung abzustellen).

Hinter diesen Kriterien zur Identifizierung desjenigen, der die wirtschaftlichen Lasten trägt, steckt, wie bereits erläutert,¹⁴¹ der durch den Präventionszweck der Gefährdungshaftung motivierte Internalisierungsgedanke. Die Gefährdungshaftung soll denjenigen treffen, bei dem auch die sonstigen Kosten sowie die Erlöse aus dem Gebrauch der Gefahrenquelle zusammenlaufen, weil nur das Zusammenführen aller relevanten ökonomischen Größen bei einer Person die Durchführung einer umfassenden Kosten-Nutzen-Analyse ermöglicht, auf deren Grundlage sich entscheiden lässt, ob und ggf. in welchem Umfang die Gefahrenquelle geschaffen und erhalten werden soll. Besonders deutlich hat dies der BGH in einer Entscheidung zur Tierhalterhaftung ausgedrückt, in welcher er die Haftung als „Preis“ der erlaubten Gefährdung bezeichnete und ferner erklärte, es handele sich sozusagen um „Betriebskosten einer gefahrträchtigen ‚Veranstaltung‘“.¹⁴²

Aus diesen Zusammenhängen erhellt, dass das Kriterium des Gebrauchs auf eigene Rechnung in unternehmensbezogenen Sachverhalten typischerweise zum Unternehmensträger führen wird, weil er die maßgeblichen Kosten trägt und auch die Nutzungen aus dem Gebrauch der Gefahrenquelle ihm zustehen

¹³⁷ RGZ 91, 269, 271 (1917).

¹³⁸ Dazu schon oben → A I 1.

¹³⁹ GZ/Greger, 62021, Rn. 3.180.

¹⁴⁰ BHHJ/Burmann, 262020, § 7 StVG Rn. 74.

¹⁴¹ Oben → A I 2a.

¹⁴² BGH NJW-RR 1988, 655, 656.

und nicht einzelnen Organmitgliedern oder Mitarbeitern. Es ist der Unternehmensträger, der die Betriebskosten trägt, in dessen Namen und auf dessen Rechnung ggf. eine (Betriebs-)Haftpflchtversicherung abgeschlossen wird und den z. B. als Eigentümer typischerweise die Wertminderung der Anlage oder des Verkehrsmittels trifft. Auf die Rechtsform kommt es nicht an, sofern der Unternehmensträger rechtsfähig und damit vermögensfähig ist.

Insgesamt zeigt sich also, dass eine funktionale Interpretation der maßgeblichen Kriterien dazu führt, dass Unternehmensträger gleich welcher Rechtsform unmittelbar und ohne Zurechnung als Adressaten der Gefährdungshaftung in Betracht kommen. Die Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle hat das Unternehmen inne, die resultierende Verantwortung trifft den Unternehmensträger. Dieser trägt typischerweise auch die Kosten der Gefahrenquelle und zieht die Nutzungen. Die Fokussierung auf das Unternehmen und den Unternehmensträger wird den präventiven Zwecken der Gefährdungshaftung besser gerecht als eine individualistische Betrachtungsweise. Denn für wirksame Sorgfaltsanreize und eine effiziente Steuerung des Aktivitätsniveaus ist nur entscheidend, dass die Schadenskosten im Unternehmen internalisiert werden. Ist dies gewährleistet, darf man ruhig darauf vertrauen, dass innerhalb des Unternehmens als Organisation die nötigen Maßnahmen ergriffen werden.

II. Verhaltens- und Verschuldenszurechnung?

Nachdem nun das Haftungsmodell der Unternehmens-Gefährdungshaftung genauer herausgearbeitet wurde, soll noch die Frage vertieft werden, ob und ggf. welchen Platz es darin für die Zurechnung menschlichen Verhaltens und Verschuldens gibt. In der Literatur wird teilweise der Eindruck erweckt, bei der Verkehrsmittel- und Anlagenhaftung gehe es um bewegliche Sachen oder Industrieanlagen, die für sich genommen besonders gefährlich seien.¹⁴³ Das ist so pauschal nicht richtig. Niemand braucht sich vor Autos, Eisenbahnen oder Flugzeugen zu fürchten, solange sie in der Garage, im Depot oder im Hangar stehen. Dasselbe gilt in der Regel für Fabriken und andere Anlagen, die noch nicht oder nicht mehr betrieben werden und dann meist nicht gefährlicher sind als Büro- oder Wohngebäude, die nur der Haftung nach §§ 836–838 BGB unterfallen. Verkehrsmittel und Industrieanlagen werden erst dadurch gefährlich, dass sie *betrieben* werden, weil nur so Kausalketten angestoßen werden, an deren Ende Menschen verletzt oder Sachen beschädigt werden können.

Doch nicht nur die abstrakte Gefährlichkeit von Anlagen und Verkehrsmitteln ergibt sich in der Regel erst im Zusammenspiel mit menschlichem Verhal-

¹⁴³ Präzise hingegen Schirmer, RW 2018, 453, 459: „Verkettung von maschineller Fortbewegungskraft und menschlicher Unzulänglichkeit“ (zu § 7 StVG).

ten, auch bei der konkreten Schadensverursachung spielen Menschen oft die tragende Rolle. *Deutsch* bezeichnete die Betriebshaftung sogar als „verdeckte Handlungshaftung“, weil meist der menschliche Umgang mit der Gefahr zum Schaden führe.¹⁴⁴ Die konkrete Gefährlichkeit der jeweiligen Gefahrenquelle beruht in der Regel nur zu einem kleinen Teil auf der Unbeherrschbarkeit der eingesetzten Technik und zu einem weitaus größeren auf fehlerhaften Mensch-Maschine-Interaktionen¹⁴⁵ oder schlicht auf „menschlichem Versagen“.¹⁴⁶

Das wirft die Frage auf, welche Bedeutung der Zurechnung menschlichen Verhaltens und Verschuldens bei der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung zukommt. In der Frühphase der Gefährdungshaftung war die Zurechnung für die Haftungsbegründung durchaus relevant, seither wurde diese aber mehr und mehr vom Denken in menschlichen Fehlerquellen gelöst und stattdessen die sog. Betriebsgefahr als zentrales Kriterium der Haftung etabliert. Heute ist anerkannt, dass es einer Verhaltens- oder Verschuldenszurechnung i.S. der §§ 31, 278, 831 BGB nicht bedarf, um die Haftung zu begründen. Die entscheidende Frage in Bezug auf menschliche Fehler ist vielmehr, ob sich in ihnen (auch) die spezifische Gefährlichkeit der Gefahrenquelle realisiert, oder ob sie – z.B. als höhere Gewalt – jenseits der Betriebsgefahr liegen, für die der Unternehmer unbedingthaftet. Zu einer echten Verschuldenszurechnung kommt es nur noch im Bereich des Schadensrechts, konkret bei § 254 BGB und den speziellen Quotenregelungen des Gefährdungshaftungsrechts.

1. Haftungsbegründung

Die Erkenntnis, dass menschliches Verhalten oder Verschulden für die Begründung von Ansprüchen aus Gefährdungshaftung nur relevant ist, soweit es den spezifischen Gefahrzusammenhang berührt, setzte sich nur allmählich durch. Die Entwicklung vollzog sich von einer in der Gefährdungshaftung enthaltenen strikten Geschäftsherrnhaftung zu einer Haftung für Gefahrenquellen.

a) Rückblick

In den Anfangsjahren der Gefährdungshaftung, als deren dogmatische Grundlagen und insbesondere die ihr zugrunde liegenden, von der Verschuldenshaftung abweichenden Haftungsprinzipien noch nicht völlig verstanden waren, war es nicht unüblich, die Gefährdungshaftung mit den individualistischen Ka-

¹⁴⁴ *Deutsch*, HaftungsR, 1976, 370.

¹⁴⁵ Für die Haftung nach § 7 StVG anschaulich *Schirmer*, RW 2018, 453, 457 ff. In den Beratungen über das RHPfG 1871 findet sich das Argument, die Haftung der Eisenbahnunternehmen lasse sich als Haftung für vermutetes Verschulden ansehen, weil die Technik mittlerweile so sicher geworden sei, dass jeder Unfall den Schluss auf menschliches Fehlverhalten als wahrscheinliche Ursache nahelege, s. RTV, Bd. 1, 1871, S. 206.

¹⁴⁶ Vgl. dazu grundlegend *Reason*, Human Error, 1990.

tegorien der Verschuldenshaftung zu beschreiben. So teilte *Eger* in den ersten Auflagen seines Kommentars zum RHPfG 1871 die Haftpflicht nach § 1 in vier Kategorien ein, nämlich die Haftung des Eisenbahnunternehmers für (1) eigene Handlungen, (2) Handlungen seiner Leute, Beamten und Arbeiter, (3) Handlungen dritter Personen und (4) die Funktionen des Bahnkörpers, der Betriebsmittel, Materialien etc.¹⁴⁷ Dem stellte er die beiden in § 1 RHPfG ausdrücklich erwähnten Haftungsausschlussgründe des eigenen Verschuldens des Geschädigten und der höheren Gewalt gegenüber. Die (damals noch nicht so genannte¹⁴⁸) Gefährdungshaftung war hier noch nicht als Haftung für besondere Gefahrenquellen charakterisiert, sondern als verschuldensunabhängige Verhaltens- und Sachhaftung. Besonders erwähnenswert fand man damals, dass in der Gefährdungshaftung auch eine strikte Einstandspflicht des Geschäftsherrn für seine Gehilfen enthalten war (*respondeat superior*),¹⁴⁹ welche die h. M. für das allgemeine Deliktsrecht ablehnte, weil sie mit dem Verschuldensprinzip unvereinbar sei.¹⁵⁰ Schon in den Beratungen über § 25 PrEG 1838 war die strikte Geschäftsherrnhaftung ein wichtiges Thema¹⁵¹ und für das RHPfG drängte sich die Frage nach der Geschäftsherrnhaftung schon deshalb auf, weil das Gesetz von Anfang an nicht nur die Gefährdungshaftung der Eisenbahnunternehmer in § 1 enthielt, sondern auch die strikte Repräsentantenhaftung der Bergwerks-, Steinbruch-, Gruben- und Fabrikbetreiber in § 2 (heute § 3 HPfG). Es bestand Einigkeit darüber, dass § 1 die deutlich weitergehende Haftung begründete und eine strikte Geschäftsherrnhaftung mitenthielt. In den Beratungen über das RHPfG hatte der Abgeordnete *Reichensperger* (Zentrum) beantragt, in § 1 ausdrücklich festzuschreiben, dass der Unternehmer insbesondere auch für Fehler seiner Mitarbeiter hafte,¹⁵² jedoch hielt die Mehrheit eine derartige Klarstellung für entbehrlich, weil an der Geltung dieses Grundsatzes im Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung ohnehin kein Zweifel bestehen könne.¹⁵³ Dem-

¹⁴⁷ *Eger*, ¹1876, § 1 RHPfG Anm. 6 A, S. 60; *Eger*, ³1886, § 1 RHPfG Anm. 6 A, S. 77.

¹⁴⁸ Der Begriff wurde von *M. Rümelin* geprägt, der sich auch um die Herausarbeitung der Zurechnungsgründe verdient gemacht hat, s. *M. Rümelin*, Schadenszurechnung, 1896, 45 f. und passim. Vgl. auch *M. Rümelin*, Schadensersatz, 1910, 5 (m. Fn. 1); *Müller-Erbach*, AcP 106 (1910), 309, 351 ff., 360 ff.; *G. Rümelin*, AcP 88 (1898), 285, 295.

¹⁴⁹ *Seligsohn*, ²1931, § 1 RHPfG Anm. 156; *Eger*, ¹1876, § 1 RHPfG Anm. 6 A, S. 61–64; *M. Rümelin*, Schadensersatz, 1910, 27 (m. Fn. 2); *Mataja*, Schadensersatz, 1888, 62; *Westerkamp*, in: Hb HandelsR, 1885, 616, 653 f.

¹⁵⁰ Vgl. zur Diskussion in den Beratungen über das BGB oben → Einl. A I 1.

¹⁵¹ Justizminister *v. Mühler* hatte z. B. gefordert, es solle ausdrücklich geregelt werden, dass der Bahnunternehmer für jede fehlerhafte Beschaffenheit der Bahn und für jedes Versehen seiner Beamten, Aufseher oder Wärter hafte, vgl. *Stumpf*, RB 1938, 1056, 1090 f.

¹⁵² RTV, Bd. 1, 1871, S. 442 f., Bd. 3, 1871, S. 183. Der beantragte Zusatz lautete: „Der Betriebs-Unternehmer haftet insbesondere auch für die durch seine Angestellten und Arbeiter bei Gelegenheit ihrer Dienst-Verrichtungen verursachten Beschädigungen eines Menschen.“ Vgl. auch noch RTV, Bd. 1, 1871, S. 582, Bd. 3, 1871, S. 228.

¹⁵³ So insb. der Bundesbevollmächtigte *Falk*, RTV, Bd. 1, 1871, S. 452: „absolut nicht notwendig“, S. 589: „versteht sich von selbst“. Vgl. auch schon a. a. O., S. 206.

entsprechend konnte *Eger* in seinem Kommentar schlicht feststellen: „Nach § 1 des Reichsgesetzes haftet der Betriebsunternehmer für die Handlungen seiner Leute unbedingt, gleichviel ob er eine physische oder juristische Person ist.“¹⁵⁴

Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurden die der Gefährdungshaftung zugrunde liegenden Haftungsprinzipien genauer herausgearbeitet. Das RHPfLG und die darauf gestützten Entscheidungen weckten zunehmend auch akademisches Interesse. Außerdem stellte das Reichsgericht im berühmten Funkenflug-Fall von 1886 – allerdings gestützt auf die *actio negatoria* und damit zunächst auf das Nachbarrecht beschränkt – die erlaubte Gefährdung als selbstständigen Haftungsgrund neben das Verschuldensprinzip.¹⁵⁵ Großen Anteil an der theoretischen Durchdringung des neuen Haftungsprinzips hatte dann die Untersuchung *M. Rümelins* über die „Gründe der Schadenszurechnung“ von 1896.¹⁵⁶ Darin wurde nicht nur der Begriff der Gefährdungshaftung geprägt,¹⁵⁷ sondern die Gefährdungshaftung wurde auch erstmals in einiger Ausführlichkeit als Haftung für „besondere Betriebsgefahren“ beschrieben.¹⁵⁸ Es gehe um Gefährdungen, die im Interesse der Allgemeinheit erlaubt und daher nicht schuldhaft seien, die jedoch nicht auf Kosten der Betroffenen durchgeführt werden dürften, sondern deren wirtschaftliche Folgen zu den „Generalkosten des Unternehmens“ gehörten.¹⁵⁹ Damit war die bereits erläuterte Internalisierungsfunktion der Gefährdungshaftung deutlich ausgesprochen. Und es war etabliert, dass man für deren Begründung nicht an ein Verhalten des Betriebsunternehmers oder seiner Mitarbeiter anzuknüpfen hatte und dass es auch keiner dogmatischen Behelfskonstruktionen wie einer unwiderleglichen Verschuldensvermutung bedurfte. Vielmehr rückte in den Mittelpunkt, ob sich in dem entstandenen Schaden die spezifische Betriebsgefahr realisiert hatte. Nur in diesem Zusammenhang – und nicht als eigenständiges Element der Gefährdungshaftung – kann auch das Verhalten oder Verschulden von Mitarbeitern relevant werden. Folgerichtig formulierte das Reichsgericht wenige Jahre nach der Jahrhundertwende: „Der Bahnbetriebsunternehmer haftet unbedingt für Handlungen seiner Leute in Ausübung ihres Dienstes gleichwie für Mängel seiner Betriebsmittel [...]; es gehört das zur *Betriebsgefahr*, welche der Unternehmer dem *Dritten* gegenüber zu verantworten hat.“¹⁶⁰ Und auch *Eger* sortierte

¹⁵⁴ *Eger*, 1876, § 1 RHPfLG Anm. 6 A, S. 61.

¹⁵⁵ RGZ 17, 103, 104 (1886). Vgl. auch RGZ 30, 114, 116f. (1892).

¹⁵⁶ *M. Rümelin*, Schadenszurechnung, 1896.

¹⁵⁷ Siehe schon oben → Fn. 148.

¹⁵⁸ *M. Rümelin*, Schadenszurechnung, 1896, 20f., 45f., 51, 54.

¹⁵⁹ *M. Rümelin*, Schadenszurechnung, 1896, 45f.; vgl. auch schon *Mataja*, Schadensersatz, 1888, 23 ff.

¹⁶⁰ RGZ 61, 56, 64 (1905) (Herv. im Original). Vgl. auch RG JW 1914, 96, Nr. 25; RG EE 26, 188, Nr. 153 (1909).

nun seine Ausführungen zur Leutehaftung der Bahnunternehmer beim Gefahrzusammenhang bzw. beim Ausschlussgrund der höheren Gewalt ein.¹⁶¹

b) Gegenwart

Heute wird in der Kommentarliteratur nicht mehr behauptet, dass die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung eine strikte Geschäftsherrnhaftung mitumfasse, wohl auch weil derartige Feststellungen als „undogmatisch“ empfunden werden. Denn die Gefährdungshaftung begründet eben keine Haftung für (eigenes oder fremdes) Verschulden, um die es bei der Geschäftsherrnhaftung geht, sondern eine Haftung für besondere Gefahrenquellen, die konzeptionell ohne Verhaltens- oder Verschuldenszurechnung auskommt.¹⁶² Die Haftung der gewerblichen Anlagenbetreiber und Fahrzeughalter ist also eine echte direkte Unternehmenshaftung, welche den gefahrsspezifischen Zusammenhang völlig auf den Unternehmensträger fokussiert und sich im Übrigen nicht darum kümmert, wer auf welche Weise zur Realisierung der Gefahr beigetragen hat. Die Unternehmensleitung, die Mitarbeiter und die Betriebsmittel erscheinen als „untrennbares Ganzes“¹⁶³ – das Unternehmen – und es wird nur danach gefragt, ob der Schaden aus der Sphäre des Unternehmens stammt und ob er dem gefahrsspezifischen Risikozusammenhang zuzurechnen ist. Die konkrete Schadensursache kann dabei durchaus ein individueller menschlicher Fehler sein, solange ein hinreichender Zusammenhang mit der Betriebsgefahr besteht. Eine Entlastung des Unternehmensträgers nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB kommt in diesen Fällen nicht in Betracht,¹⁶⁴ weil die Haftung nicht an das menschliche Fehlverhalten anknüpft, sondern an die Betriebsgefahr. So haftet der Bahnunternehmer auch dann aus § 1 HPPfG, wenn ein Zug „nur“ deshalb entgleist, weil der (sorgfältig ausgewählte und überwachte) Zugführer ohnmächtig wird,¹⁶⁵ oder wenn es zu einer Kollision mit einem Auto kommt, weil ein Schrankenwärter seine Aufgabe nicht erfüllt.¹⁶⁶ Weniger offensichtlich (aber wohl noch zu bejahen) ist der gefahrsspezifische Zusammenhang, wenn jemand dadurch verletzt wird, dass ihn das Zugpersonal in Ausübung seiner betrieblichen Befugnisse aus dem Zug wirft,¹⁶⁷ oder wenn ein Zugbegleiter während der Fahrt stolpert und einen Fahrgast mit Kaffee verbrüht.¹⁶⁸ Auch für andere Gefährdungshaf-

¹⁶¹ Eger, ⁷1912, § 1 RHPfG Anm. 11 I, S. 134f., 136f.

¹⁶² Vgl. BGHZ 79, 259, 262 = NJW 1981, 983; BGHZ 37, 311, 317 = NJW 1962, 1676, 1677.

¹⁶³ So Eger, ⁷1912, § 1 RHPfG Anm. 11 I, S. 135. Vgl. auch RG JW 1903, 316, Nr. 17.

¹⁶⁴ Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 93; Staudinger/Kohler, 2017, § 1 UmweltHG Rn. 1; Schmidt-Salzer, 1992, § 1 UmweltHG Rn. 312; s. auch schon M. Rümelin, Schadensersatz, 1910, 27 (Fn. 2): „Wo eine Haftung für Betriebsgefahren schlechthin besteht, ist selbstverständlich der Exkulpationsbeweis des § 831 ausgeschlossen.“

¹⁶⁵ So der Sachverhalt in BGH VersR 1978, 1163.

¹⁶⁶ BGH LM HPPfG § 1 Nr. 5 (1952); RGZ 142, 356 (1933); RG JW 1938, 1651.

¹⁶⁷ Vgl. RG JW 1903, 403, Nr. 18.

¹⁶⁸ Vgl. AG Berlin-Tiergarten, NJW 2008, 237, 238.

tungen wird hervorgehoben, dass Fehlverhalten von Mitarbeitern in aller Regel zur Betriebsgefahr gehört und daher den spezifischen Gefährdungszusammenhang allenfalls durchbricht, wenn es außerhalb der übertragenen Verrichtungen liegt.¹⁶⁹ Die Haftung knüpft aber stets an die realisierte Gefährdung an und ist in diesem Sinne keine Haftung für fremdes Verhalten.

c) Ausblick

Hiervon abweichend ist in jüngerer Zeit für die Schweiz der Vorschlag diskutiert worden, im Gesetz ausdrücklich festzuschreiben, dass im Rahmen der Gefährdungshaftung auch für fremdes Verhalten gehaftet wird. Art. 51 des letztlich nicht umgesetzten Vorentwurfs eines Bundesgesetzes zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts aus dem Jahr 2000 lautete: „Die Person, die eine besonders gefährliche Tätigkeit betreibt, hat für alle Personen einzustehen, die mit ihrer Billigung dabei mitwirken.“ Ausweislich eines den Entwurf erläuternden Berichts sollten mit der Vorschrift Grundsätze bekräftigt werden, die in Rechtsprechung und Lehre fest verankert seien.¹⁷⁰ Die Gefährdungshaftung bedinge „automatisch“ eine Haftung ihres Adressaten für das Verhalten aller Personen, die zur Verwirklichung des charakteristischen Risikos beigetragen haben. Diesen Grundsatz wolle die neue Vorschrift in Erinnerung rufen. Vor allem solle „ganz klar“ festgehalten werden, dass die Haftung für fremdes Verhalten im Rahmen der Gefährdungshaftung, anders als sonst im Schweizer Recht – vgl. Art. 55 Abs. 1 OR –, unabhängig von jedem Verschulden des Geschäftsherrn gelte, auch wenn Spezialgesetze teilweise den gegenteiligen Eindruck erweckten.¹⁷¹

Ausgehend von der Diskussion in der Schweiz erreichte das Thema auch die Beratungen über die Harmonisierung des Deliktsrechts.¹⁷² Allerdings wurde weder in Art. 5:101, 5:102 PETL noch in Art. VI.-3:202–3:208 DCFR eine Art. 51 des Schweizer Vorentwurfs entsprechende Vorschrift aufgenommen.¹⁷³ Das bedeutet aber nicht, dass man eine Haftung für menschliche Fehler im Rahmen der Gefährdungshaftung abgelehnt hätte; vielmehr hielt man offenbar für selbstverständlich, dass die Gefährdungshaftung eine echte Unternehmenshaftung sein kann, bei der Unternehmensleitung, Mitarbeiter und Betriebsmit-

¹⁶⁹ Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 93; FPK/Kayser, ¹⁰2019, § 2 HPfIG Rn. 72; Schmidt-Salzer, 1992, § 1 UmweltHG Rn. 309; Gieseke, ZfW 1962, 4, 23.

¹⁷⁰ Widmer/Wessner, Revision, 2000, 147.

¹⁷¹ Widmer/Wessner, Revision, 2000, 148. Konkret genannt wird Art. 58 Abs. 4 des Straßenverkehrsgesetzes, wonach der Halter für das Verschulden des Fahrzeugführers und mitwirkender Hilfspersonen wie für eigenes Verschulden verantwortlich ist.

¹⁷² Galand-Carval, in: PETL Liability Others, 2003, 289, Rn. 3; Widmer, in: PETL Liability Others, 2003, 259, Rn. 4.

¹⁷³ Eine vergleichbare Vorschrift findet sich aber in § 1306 Abs. 2 ABGB des Diskussionsentwurfs der Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadensersatzrecht (Version Juni 2007), abgedruckt bei Koziol, Grundfragen, 2010, 334.

tel als einheitliches Ganzes angesehen werden und alle Folgen unmittelbar den Unternehmensträger treffen. So heißt es in den Erläuterungen zu Art. 5:102 PETL, die Ausübung einer gefährlichen Aktivität setze nicht voraus, dass die ersatzpflichtige Person selbst eigenhändig an der Aktivität beteiligt war („does not [...] require that the person ultimately liable had been directly and actively involved in the activity in the sense of ‚hands-on‘ action“).¹⁷⁴

Das ist der überzeugendere Ansatz, da eine Vorschrift wie Art. 51 des Schweizer Vorentwurfs davon ablenken könnte, dass die Gefährdungshaftung *rechtlich* nicht an individuelles menschliches Verhalten anknüpft, auch wenn darin *tatsächlich* oft eine entscheidende Ursache für die Schadensentstehung liegen wird. Die Haftung für gegenständliche Gefahrenquellen ist von ihrer Konzeption her eine entindividualisierte, auf das Unternehmen bezogene Haftung, die keiner Zurechnung bedarf. Soweit menschliches Verhalten zur Schadensverursachung beiträgt, ist allein entscheidend, ob es im Rahmen des spezifischen Gefahrzusammenhangs liegt, z.B. weil ein Mitarbeiter bei der Gefahrbeherrschung einen Fehler macht, oder ob es diesen durchbricht, sodass sich der Schaden nicht als Verwirklichung der Betriebsgefahr ansehen lässt, sondern nur noch als Folge eines individuellen menschlichen Fehlers.

2. Höhere Gewalt

Nur um eine andere Perspektive auf den Gefahrzusammenhang geht es beim Haftungsausschlussgrund der höheren Gewalt, da auch dieser nur Risiken ausschließen soll, die nicht mehr in den spezifischen Gefahrzusammenhang fallen, weil sie z.B. mit dem Bahnbetrieb „nichts zu tun haben“ und bei rechtlicher Bewertung allein einem „Drittereignis“ zugerechnet werden können.¹⁷⁵

In der Rechtspraxis ist verschiedentlich die Frage aufgekommen, ob das Verhalten eines Unternehmensmitarbeiters ein solches Drittereignis sein kann, das sich dem Unternehmer nicht mehr zurechnen lässt. Dies wird heute allgemein verneint, wenn der Mitarbeiter im Rahmen der ihm übertragenen Verrichtungen gehandelt hat.¹⁷⁶ Zur Begründung wird das Kriterium eines von außen auf den Betrieb der Anlage oder des Fahrzeugs einwirkenden Ereignisses herangezogen, das die höhere Gewalt neben den beiden weiteren Kriterien der Außergewöhnlichkeit und der Unabwendbarkeit des fraglichen Ereignisses prägt. Das Kriterium eines von außen kommenden Ereignisses wird dabei strikt unternehmensbezogen verstanden, sodass Handlungen von Unternehmensangehörigen typischerweise der inneren Sphäre des Unternehmensträgers als Haftungsadressaten zugerechnet werden und damit schon von vornherein nicht als höhere

¹⁷⁴ B. A. Koch, PETL Commentary, 2005, Art. 5:101 Rn. 13.

¹⁷⁵ So BGH NZV 1988, 100. Vgl. auch *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 698.

¹⁷⁶ FPK/*Piontek*, ¹⁰2019, § 1 HPfG Rn. 165; FPK/*Kayser*, ¹⁰2019, § 2 HPfG Rn. 48; *Friese*, ¹1950, § 1a RHPfG Anm. C I 2a, S. 88 f.; *Tavakoli*, Privatisierung, 2001, 283.

Gewalt in Betracht kommen. Wer als Unternehmensangehöriger innerhalb des Unternehmens tätig ist, ist Teil der die Gefahrenquelle beherrschenden Organisation und wirkt daher grundsätzlich nicht von außen, sondern von innen auf den Betrieb der Gefahrenquelle ein. Das gilt auch, wenn der Mitarbeiter z. B. gegen gesetzliche Vorschriften oder interne Arbeitsanweisungen verstößt und deshalb bei der Schadensverursachung mit seiner individuellen menschlichen Fehlbarkeit in Erscheinung tritt. Folglich hat schon das Reichsgericht höhere Gewalt in einem Fall verneint, in dem ein Bahnarbeiter zwei eiserne Schienenheber aus einem fahrenden Zug geworfen und so einen Bahnwärter verletzt hatte.¹⁷⁷ Der BGH hat sogar betont, dass von höherer Gewalt „keine Rede“ sein könne, „wenn ein Unfall bei Anwendung der höchst möglichen Sorgfalt von den im Betrieb tätigen Eisenbahnbediensteten hätte vermieden werden können“.¹⁷⁸ Die Grenze ist erst erreicht, wenn der Mitarbeiter nicht mehr im Rahmen der ihm übertragenen Verrichtungen, also nicht mehr für das Unternehmen handelt, wofür nach h. M. die diesbezüglichen Kriterien der §§ 31, 831 BGB heranzuziehen sind.¹⁷⁹ Der Mitarbeiter wird also wie jeder Dritte behandelt, wenn er quasi als Privatperson eine Schadensursache setzt, die mit der Betriebsgefahr nichts mehr zu tun hat. Auch dies entspricht der unternehmens- bzw. organisationsbezogenen Perspektive auf die Gefahrbeherrschung und das Merkmal der höheren Gewalt.

3. Haftungsquoten

Während die Haftungs begründung also strikt unternehmensbezogen ist, scheint es bei der Bestimmung von Haftungsquoten gemäß §§ 9, 17 StVG, §§ 34, 41 LuftVG, §§ 4, 13 HPfLG, § 11 UmweltHG und § 254 BGB doch noch zu einer echten Verhaltens- und Verschuldenszurechnung zu kommen. Denn die in diesen Vorschriften geregelte Quotenbildung richtet sich nach den „Umständen“ und hängt insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Wer aus Gefährdungshaftung haftet, muss sich in diesem Zusammenhang auch die von ihm zu verantwortende Betriebsgefahr entgegenhalten lassen.

Die allgemeine Betriebsgefahr kann zudem erhöht sein, wenn besondere Umstände vorliegen, die nicht schon „schlechthin und regelmäßig“ mit dem Betrieb verbunden sind.¹⁸⁰ Die Gerichte unterscheiden im Kern zwei Fallgruppen:¹⁸¹

¹⁷⁷ RGZ 1, 253, 254 (1880); vgl. auch RG JW 1903, 316, Nr. 17; RG EE 6, 222f., Nr. 140 (1888).

¹⁷⁸ BGH LM HPfLG § 1 Nr. 5 (1952).

¹⁷⁹ Vgl. FPK/Piontek, ¹⁰2019, § 1 HPfLG Rn. 165.

¹⁸⁰ So schon RG JW 1920, 434 Nr. 4 m. Anm. v. der Leyen. Vgl. zur erhöhten Betriebsgefahr auch Böhmer, 1954, § 3 SHG Anm. 37; Köndgen, VOR 1972, 152; Böhmer, MDR 1958, 19; Böhmer, NJW 1956, 8; Böhmer, RdK 1950, 50, 51.

¹⁸¹ Vgl. FPK/Piontek, ¹⁰2019, § 4 HPfLG Rn. 23.

Einerseits ist von einer erhöhten Betriebsgefahr auszugehen, wenn Umstände vorliegen, die den Betrieb objektiv gefährlicher machen. Das wurde im Bereich der Eisenbahnhaftung z.B. bejaht für vorhandene, aber nicht geschlossene Schranken an einem Bahnübergang,¹⁸² Defekte an technischen Sicherungssystemen wie Bremsen, Signalen oder Beleuchtung¹⁸³ und schlecht erkennbare, z.B. von Bäumen verdeckte Warnschilder oder Ampeln.¹⁸⁴

Andererseits nehmen die Gerichte eine erhöhte Betriebsgefahr an, wenn auf Seiten des Haftpflichtigen ein schuldhaftes Verhalten zu berücksichtigen ist. Das kann ein eigenes Verhalten des Anlageninhabers, Halters oder Bahnunternehmers sein, aber auch das Verhalten eines Repräsentanten oder Verrichtungsgehilfen oder einer anderen bei der Gefahrbeherrschung tätigen Person. So geht der BGH für die Kraftfahrzeughalterhaftung davon aus, dass als ein die allgemeine Betriebsgefahr des Fahrzeugs erhöhender Umstand „eine fehlerhafte oder verkehrswidrige Fahrweise der bei dem Betrieb tätigen Personen“ in Betracht kommt¹⁸⁵ und auch bei den anderen Anlagen- und Verkehrsmittelhaftungen sind individuelle menschliche Fehler gefahrerhöhend zu berücksichtigen.¹⁸⁶ Aus dogmatischer Sicht ist diese Berücksichtigung von Verschuldensbeiträgen über das Vehikel der erhöhten Betriebsgefahr sehr umstritten; sie entspricht jedoch, wie im Folgenden gezeigt werden soll, der unternehmensbezogenen Sichtweise, die auch sonst die Gefährdungshaftung prägt.

a) Grundsätze

Hervorzuheben ist zunächst, dass ein schuldhaftes Verhalten zwar in vielen Fällen die Gefahr auch objektiv erhöht, so etwa, wenn ein Schrankenwärter fahrlässig versäumt, die Bahnschranken rechtzeitig vor Eintreffen eines Zuges zu schließen und deshalb ein Bahnübergang ungesichert ist,¹⁸⁷ dass die Gerichte aber dennoch oft nicht (oder nicht nur) auf diese Gefahrerhöhung abstellen, sondern explizit die Bedeutung des Verschuldens für die Quotenbildung betonen.¹⁸⁸ In der Literatur wird deshalb zum Teil gefordert, die Rechtsprechung solle in solchen Fällen nicht von einer „erhöhten Betriebsgefahr“ sprechen, son-

¹⁸² BGH VersR 1953, 26 f.; VRS 3, 217, 219 f. (1951).

¹⁸³ BGH VersR 1960, 609, 610; vgl. auch RGZ 171, 354, 357 f. (1943).

¹⁸⁴ BGH NZV 1994, 146, 147 f.; VersR 1966, 65, 66; VRS 3, 217, 219 f. (1951). Vgl. auch FPK/*Piontek*,¹⁰2019, § 4 HPfLG Rn. 24–26; *Böhmer*, 1954, § 3 SHG Anm. 42, 47–53.

¹⁸⁵ So ausdrücklich BGH NJW 2005, 1351, 1354. Die Anrechnung ist st. Rspr., s. BGH NJW 2013, 3235, 3237, Rn. 20; NJW 2000, 3069, 3070 f.; VersR 1981, 354, 355; VersR 1965, 712, 713; VersR 1959, 729, 732; NJW 1957, 99 f.; BGHZ 12, 124, 128 = NJW 1954, 594, 595; RGZ 140, 386, 391 f. (1933); RG JW 1933, 830, 831; RGZ 139, 302, 304 f. (1932).

¹⁸⁶ BeckOGK/C. *Förster*, 1.1.2023, § 41 LuftVG Rn. 10; FPK/*Piontek*,¹⁰2019, § 4 HPfLG Rn. 23; *Böhmer*, 1954, § 3 SHG Anm. 45, 54, 56.

¹⁸⁷ So im Fall BGH VersR 1953, 26; vgl. aus jüngerer Zeit OLG Hamm, NJW 2016, 332.

¹⁸⁸ Besonders deutlich BGH VersR 1953, 26, 27; RG JW 1936, 1899, 1900 (beide zu § 1 HPfLG). Für einschlägige Entscheidungen zu § 7 StVG s. schon oben → Fn. 185.

dern das Verschulden als eigenständigen „Umstand“ i.S. von §§ 17 StVG, 41 LuftVG, 13 HPfLG oder § 254 BGB berücksichtigen.¹⁸⁹ Das ist aber nur dann unproblematisch, wenn die schuldhaft handelnde Person mit dem Adressaten der Gefährdungshaftung identisch ist, also z.B. wenn der mit überhöhter Geschwindigkeit fahrende und so einen Unfall verursachende Fahrer eines Kraftfahrzeugs gleichzeitig auch dessen Halter ist.¹⁹⁰ Außerhalb der Kraftfahrzeughalterhaftung und vor allem bei unternehmensbezogenen Sachverhalten wird dies jedoch nur selten der Fall sein, selbst wenn man als eigenes Handeln des Haftpflichtigen in entsprechender Anwendung des § 31 BGB auch das Handeln sämtlicher Repräsentanten ansieht.

Für die Berücksichtigung des Verschuldens von Personen, die sich nicht mit dem Haftpflichtigen identifizieren lassen, gilt hingegen § 254 Abs. 2 S. 2 BGB, dessen Wertungen zudem auch im Rahmen von Abwägungen nach §§ 17 StVG, 41 LuftVG, 13 HPfLG berücksichtigt werden müssen. Danach ist für die Zwecke der Quotenbildung im Rahmen von rechtlichen Sonderbeziehungen eine Verschuldenszurechnung entsprechend § 278 BGB möglich;¹⁹¹ im Übrigen greift die Rechtsprechung, trotz fehlender Nennung in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB, auf § 831 BGB zurück.¹⁹² Allerdings wird § 831 BGB nicht herangezogen, um ein eigenes Auswahl- oder Überwachungsver schulden des Geschäftsherrn bei der Bestimmung der Haftungsquote zu berücksichtigen und erst recht geht es nicht um die Verschuldensvermutung, deren Anwendung im Rahmen der Quotenbildung die Gerichte vielmehr ausdrücklich ablehnen.¹⁹³ Stattdessen kommt § 831 BGB in seiner Funktion als Zurechnungsnorm¹⁹⁴ zum Einsatz, um das etwaige Verschulden eines Verrichtungsgehilfen in die Quote einbeziehen zu können.

¹⁸⁹ So z.B. BeckOK-BGB/S. Lorenz, ⁶⁴2022, § 254 Rn. 56; MünchKommBGB/Oetker, ⁹2022, § 254 Rn. 115.

¹⁹⁰ So im Fall BGH NJW 2004, 772, 773. Vgl. auch BGH NJW 2000, 3069, 3070f.

¹⁹¹ Eine starke Mindermeinung will unabhängig vom Bestehen einer Sonderverbindung bei der Quotenbildung § 278 BGB anwenden, wodurch ein Rückgriff auf § 831 BGB entbehrlich würde, vgl. zu dieser Diskussion m.w.N. MünchKommBGB/Oetker, ⁹2022, § 254 Rn. 128–130; Staudinger/Höpfner, 2021, § 254 Rn. 95–98; Lange/G. Schiemann, Schadensersatz, ³2003, § 10 XI 4, S. 596f., § 10 XI 6, S. 605–607.

¹⁹² St. Rspr., vgl. nur BGH NJW-RR 1995, 248, 252; NJW 1980, 2573, 2575; VersR 1975, 133, 134; BGHZ 3, 46, 49 (1951); BGHZ 1, 248, 249, 251f. = NJW 1951, 477f.; RGZ 164, 264, 269 (1940); RGZ 142, 356, 359 (1933); RGZ 79, 312, 319 (1912); MünchKommBGB/Oetker, ⁹2022, § 254 Rn. 138; Wochner, Schadensteilungsnorm, 1972, 184.

¹⁹³ BGH NJW 2012, 2425, 2426, Rn. 12f.; NJW 2007, 506f., Rn. 15; NJW 1995, 1029f.; NJW 1967, 622, 625; NJW 1957, 99; BeckOK-BGB/S. Lorenz, ⁶⁴2022, § 254 Rn. 55; MünchKommBGB/Oetker, ⁹2022, § 254 Rn. 111; Erman/Ebert, ¹⁶2020, § 254 Rn. 84; a. A. Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 60; Staudinger/Höpfner, 2021, § 254 Rn. 121; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 832 Rn. 8; Lange/G. Schiemann, Schadensersatz, ³2003, § 10 XII 3, S. 616f.; Looschelders, Mitverantwortlichkeit, 1999, 584f.; Belling/Riesenhuber, ZZP 108 (1995), 445, 465ff.; differenzierend Medicus, FS U. Huber, 2006, 437ff.

¹⁹⁴ Dazu schon oben → § 5 C II. Ablehnend zur Berücksichtigung des Gehilfenverhaltens Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 57.

Normalerweise wird aber auch der Exkulpationsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zugelassen, d.h. das Verschulden des Verrichtungsgehilfen wird nur berücksichtigt, wenn der Geschäftsherr nicht nachweist, dass er den Gehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht hat.

Genau in diesem Punkt weicht jedoch die Rechtsprechung zur erhöhten Betriebsgefahr ab. Denn hier wird das schuldhafte Verhalten von Hilfspersonen als gefahrerhöhend angesehen, ohne dass sich der Betriebsunternehmer oder Halter nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten könnte. Es entspricht vielmehr der ständigen Rechtsprechung, dass eine solche Entlastung von vornherein nicht in Betracht kommt.¹⁹⁵ Wer für eine Gefahrenquelle verantwortlich ist, die einer Gefährdungshaftung unterliegt, muss sich also im Rahmen der Quotenbildung das Verschulden seiner Gehilfen *strikt* zurechnen lassen. Das scheint den Wertungen der §§ 254 Abs. 2 S. 2, 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu widersprechen und ist deshalb in der Literatur immer wieder kritisiert worden.¹⁹⁶

b) Erklärungen

Warum Gehilfenverschulden bei der Quotenbildung ohne Entlastungsmöglichkeit Berücksichtigung finden soll, hat die Rechtsprechung nicht immer einheitlich begründet. Einige frühe Entscheidungen des Reichsgerichts lesen sich so, als hätten die Richter nicht auf das schuldhafte Gehilfenverhalten selbst, sondern auf die resultierende objektive Gefahrerhöhung abstellen wollen.¹⁹⁷ In einer im Jahr 1933 ergangenen Entscheidung zu § 17 KFG (heute § 17 StVG) betonte das Reichsgericht aber, das Gehilfenverschulden sei ggf. *neben* der erhöhten Betriebsgefahr zu berücksichtigen.¹⁹⁸ Einen Konflikt mit den Wertungen der §§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB, 831 Abs. 1 S. 2 BGB gab es in dieser Entscheidung nicht, weil das Reichsgericht die Exkulpation des Geschäftsherrn bereits verneint hatte, das Gehilfenverschulden also nach allgemeiner Meinung berücksichtigungsfähig war. Entscheidungen wie diese haben der Rechtsprechung zur erhöhten Betriebsgefahr aber den Vorwurf eingebracht, es werde mitunter derselbe Umstand doppelt bei der Quotenbildung berücksichtigt, weil sich das Gehilfenverschulden und die dadurch verursachte objektive Gefahrerhöhung letztlich nicht voneinander unterscheiden ließen.¹⁹⁹

¹⁹⁵ BGH NJW 2013, 3235, 3237, Rn. 20; VersR 1965, 712, 713; VersR 1959, 729, 732; BGHZ 12, 124, 129 = NJW 1954, 594; VRS 3, 217, 219 (1951); RG JW 1914, 96f., Nr. 25 = DR 1913 Nr. 3290f.; EE 26, 188f., Nrn. 153f. (1909); MünchKommBGB/Oetker, ⁹2022, § 254 Rn. 115; FPK/Piontek, ¹⁰2019, § 4 HPfG Rn. 23; Böhmer, 1954, § 3 SHG Anm. 45.

¹⁹⁶ Biermann, ³1953, § 1 SHG Anm. IV, S. 53f.; Biermann, 1949, § 1 RHPfG Anm. IX, S. 116f.; Köndgen, VOR 1972, 152, 170; E. Meyer, VAE 12 (1941), 188, 188; a. A. (die Rechtsprechung verteidigend) Roth, Haftungseinheiten, 1982, 110f.

¹⁹⁷ RGZ 93, 96, 98 (1918); RG Warn 1915, Nr. 58, S. 79; JW 1914, 96, Nr. 25 = DR 1913 Nr. 3290f.; EE 26, 188f., Nr. 153f. (1909); RGZ 56, 154, 157 (1903).

¹⁹⁸ RGZ 142, 356, 368 (1933).

¹⁹⁹ Lange/G. Schiemann, Schadensersatz, ³2003, § 10 XII 4, S. 618f.; Esser/E. Schmidt,

Anders war die Ausgangslage in einer einen Bahnunfall betreffenden Entscheidung aus dem Jahr 1936: Hier hatte das Berufungsgericht die Haftung des Eisenbahnunternehmens aus § 831 BGB ausdrücklich abgelehnt, dann aber das Verschulden des Verrichtungsgehilfen im Rahmen der Abwägung nach § 17 KFG berücksichtigt (die Haftung ergab sich aus § 25 PrEG). Das Reichsgericht sah darin kein Problem, weil zu den relevanten Umständen i.S. des § 17 KFG „das Verschulden der Angestellten der Eisenbahn“ ebenso gehöre „wie ggf. ein Verschulden eines Angestellten des Kraftfahrzeughalters“.²⁰⁰ Zum Beleg verwies das Gericht auf die Entscheidung aus dem Jahr 1933, ohne sich jedoch damit auseinanderzusetzen, dass dort – anders als im jetzt entschiedenen Fall – die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht gelungen war.

Ähnliche Schwankungen und Ungereimtheiten lassen sich auch in der Rechtsprechung des BGH nachweisen. Auch er wich der Frage nach der Verschuldenszurechnung zunächst aus und betonte erst einmal nur, infolge eines Mitarbeiterfehlers könne die Betriebsgefahr objektiv erhöht sein und diese objektive Gefahrerhöhung sei bei der Quotenbildung zu berücksichtigen.²⁰¹

Nur wenig später berücksichtigte der BGH dann aber in einem anderen Fall das schuldhafte Verhalten eines Gehilfen explizit als weiteren Umstand *neben* der Betriebsgefahr und ging dennoch von einer strikten Zurechnung ohne Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB aus.²⁰² Zwar ging es um eine Quotenbildung nach § 8 SHG und § 9b RHPfG,²⁰³ also nicht um eine unmittelbare Anwendung des § 254 BGB, aber doch trat in dieser Entscheidung der Konflikt mit den Wertungen der §§ 254 Abs. 2 S. 2, 831 Abs. 1 S. 2 BGB deutlich hervor. Denn wenn das Gehilfenverschulden als eigenständiger Umstand i.S. von § 254 Abs. 1 BGB oder einer der anderen Quotenbildungsnormen berücksichtigt werden soll, müsste nach der oben erwähnten allgemeinen Rechtsprechung zu §§ 254 Abs. 2 S. 2, 831 Abs. 1 S. 2 BGB²⁰⁴ dem Geschäftsherrn eigentlich die Möglichkeit eingeräumt werden, sich zu entlasten.

Offenbar störte diese Widersprüchlichkeit auch die Richter des BGH. Denn beginnend mit der Ackerlehm-Entscheidung aus dem Jahr 1953²⁰⁵ gingen sie dazu über, das schuldhafte Verhalten von Hilfspersonen nicht mehr *neben* der Betriebsgefahr zu berücksichtigen. Vielmehr geht die Rechtsprechung seither

SchuldR AT 2, § 2000, § 35 IV 4, S. 289f.; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit, 1999, 591 f.; *Köndgen*, VOR 1972, 152, 171 f.

²⁰⁰ RG JW 1936, 1899, 1900.

²⁰¹ BGH VRS 3, 217, 219 (1951).

²⁰² BGH VersR 1953, 26, 27.

²⁰³ § 9b RHPfG regelte eigentlich die Bestimmung von Haftungsquoten bei Beteiligung mehrerer Anlagen nach § 1a RHPfG, also Elektrizitäts- oder Gasanlagen. Erst mit der Novelle des HPfG von 1978 wurde in § 13 HPfG eine einheitliche Quotenbildungsnorm geschaffen, die nun ausdrücklich auch Eisenbahnen nach § 1 HPfG einbezog.

²⁰⁴ Oben bei → Fn. 192.

²⁰⁵ BGHZ 12, 124, 128 f. = NJW 1954, 594, 595.

davon aus, dass das Verschulden der Hilfsperson die Betriebsgefahr erhöhe und dass nur die so erhöhte Betriebsgefahr (und nicht das Verschulden selbst) als relevanter Umstand i.S. von §§ 17 StVG, 41 LuftVG, 13 HPfLG und § 254 BGB für die Bestimmung der Haftungsquote maßgeblich sei.²⁰⁶

c) Bewertung

Was auf den ersten Blick wie ein Taschenspielertrick aussieht, der scheinbar verdecken soll, dass Gehilfenverschulden bei der Quotenbildung berücksichtigt wird, ohne dass die Gerichte gemäß den allgemeinen Grundsätzen zu § 254 Abs. 2 S. 2 BGB eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zulassen würden, erweist sich bei genauerem Hinsehen als sachgerechte Lösung. Denn letztlich zeigt sich hier einmal mehr, dass die Gefährdungshaftung für Anlagen und Verkehrsmittel als echte direkte Unternehmenshaftung konzipiert ist.

Gefahrveranlassung und Gefahrbeherrschung werden nicht bei einzelnen Leitungspersonen oder Mitarbeitern gesehen, deren Verhalten zur Begründung der Gefährdungshaftung dem Unternehmensträger erst zugerechnet werden müsste, sondern bei dem Unternehmen als organisierte, persönliche und sachliche Mittel umfassende Wirtschaftseinheit.²⁰⁷ Deshalb traf schon das Reichsgericht das Richtige, als es in einem der ersten Fälle zur erhöhten Betriebsgefahr formulierte: „Die auch bei sorgfältiger Auswahl der Betriebsbeamten vorkommenden Mängel und Versehen in der Ausführung der Betriebshandlungen sind eben Mängel des Betriebs [...]“. Die Gefährdungshaftungstatbestände weisen die Gefahrverantwortung dem Unternehmen als solchem zu und lassen daher den Unternehmensträger für die gefahr-spezifischen Schadenskosten unmittelbar eintreten. Die Rechtsfigur der erhöhten Betriebsgefahr erstreckt diese Sichtweise lediglich vom haftungsbegründenden Tatbestand auf die Ebene der Quotenbildung: auch bei der Bestimmung der Haftungsquoten und der hierfür maßgeblichen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge ist das Unternehmen als Einheit zu betrachten, sodass *jegliche* Beiträge von Unternehmensangehörigen zusätzlich zu etwaigen Sachgefahren in die Abwägung einzustellen sind, ohne dass eine Exkulpation nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB möglich wäre. Für die Entlastungsmöglichkeit ist im Rahmen der unternehmensbezogenen Konzeption der Gefahrenquellenverantwortung kein Platz, weil sie lediglich sicherstellen soll, dass der Geschäftsherr im Rahmen der Verschuldenshaftung für Gehilfendelikte nur haftet, wenn ihn selbst ein Verschuldensvorwurf trifft; im Rahmen der Gefährdungshaftung wird jedoch ganz selbstverständlich auch ohne eigenes Verschulden für fremdes Verschulden gehaftet, sofern es sich im Rahmen des gefahr-spezifischen Zusammenhangs hält.²⁰⁸ Es ist dann nur konse-

²⁰⁶ Siehe die Nachweise in → Fn. 185 und 186.

²⁰⁷ Dazu schon oben → I 2b.

²⁰⁸ Dazu schon oben → 1b.

quent, dasselbe schuldhaftes Verhalten auch bei der Quotenbildung nicht außen vor zu lassen, sondern sämtliche Fehler bei der Gefahrenquellenbeherrschung im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Allerdings geht es genau genommen auch in diesem Zusammenhang nicht um eine Verhaltens- oder Verschuldenszurechnung, sondern um eine präzise Bestimmung des Gefährzusammenhangs, der menschliche Fehler typischerweise genauso mitumfasst wie technische Defekte und andere Ursachen, solange sie sich auf eine Gefahrenquelle beziehen, für die der Gesetzgeber eine Gefährdungshaftung vorgesehen hat. Daraus erklärt sich auch, warum sogar das Verschulden solcher Personen bei der Quotenbildung Berücksichtigung finden kann, die weder Repräsentanten noch Erfüllungsgehilfen noch Verrichtungsgehilfen i. S. der §§ 31, 278, 831 BGB sind, deren Verhalten also dem Haftungsadressaten normalerweise unter keinen Umständen zurechenbar wäre.²⁰⁹ Der Gefährzusammenhang absorbiert das individuelle Verhalten.

III. Fazit

Die Unternehmens-Gefährdungshaftung in Form der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung ist eine echte direkte Unternehmenshaftung, die ohne Zurechnung menschlichen Verhaltens auskommt. Als Haftungsadressaten kommen alle Unternehmensträger in Betracht, unabhängig von ihrer Rechtsform. Das Kriterium der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle, eines von zwei Hauptkriterien zur Bestimmung des Haftpflichtigen, ist unter Berücksichtigung des Zwecks der Gefährdungshaftung normativ zu interpretieren; typischerweise wird dann davon auszugehen sein, dass das Unternehmen als organisatorische Einheit die Verfügungsgewalt ausübt. Eine wie auch immer geartete Individualisierung ist entbehrlich. Insbesondere ist es nicht erforderlich, auf die Entscheidungsbefugnis oder tatsächliche Sachherrschaft einzelner Leitungspersonen oder Mitarbeiter abzustellen und deren so begründete Verfügungsgewalt dem Unternehmensträger zuzurechnen. Unmittelbar auf das Unternehmen abzustellen, ist deshalb geboten, weil die Gefährdungshaftung vor allem dazu dient, dem Unternehmen wirksame Anreize zur Schadensvermeidung zu setzen. Dafür ist jedoch nur erforderlich, dass die Schadenskosten im Unternehmen internalisiert werden, denn der Fokus liegt auf der Kontrolle der unternehmerischen Aktivität. Auf individuelles menschliches Verhalten kommt es für diese Zwecke nicht an. Das zweite Kriterium, der Gebrauch der Gefahrenquelle auf eigene Rechnung, führt in der Regel unmittelbar zum Unterneh-

²⁰⁹ BGHZ 12, 124, 129 = NJW 1954, 594, 595; MünchKommBGB/Oetker, ⁹2022, § 254 Rn. 115; Staudinger/Höpfner, 2021, § 254 Rn. 107.

mensträger. Denn dieser trägt typischerweise die Kosten der Gefahrenquelle und ihm stehen auch die Nutzungen zu.

Ungeachtet der unternehmensbezogenen Perspektive wird im Rahmen der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung selbstverständlich auch für individuelle menschliche Fehler gehaftet. Die Haftung beruht jedoch nicht auf Zurechnung. Es kommt allein darauf an, dass sich das menschliche Verhalten im Rahmen des gefahrspezifischen Zusammenhangs hält. Ist das der Fall, hat sich in der Rechtsverletzung also – wenn auch vermittelt durch individuelles (Fehl-)Verhalten – die besondere Gefährlichkeit der Gefahrenquelle realisiert, dann ist die Haftung zu bejahen. Haftungsbe gründend bleibt jedoch stets der Gefah rzusammenhang, nicht das individuelle Verhalten. Einer auf individuelles Fehlverhalten bezogenen Zurechnungsnorm, wie sie u. a. für das Schweizer Recht vorgeschlagen worden ist, bedarf es daher nicht.

Die unmittelbar auf das Unternehmen in seiner Gesamtheit gerichtete Perspektive der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung setzt sich auch bei der Bildung von Haftungsquoten fort. Die Rechtsfigur der erhöhten Betriebsgefahr, die oft als verdeckte Verschuldenszurechnung entgegen §§ 254 Abs. 2 S. 2, 831 Abs. 1 S. 2 BGB kritisiert wird, erweist sich bei genauerer Betrachtung als sachgerecht. Denn in ihr kommt zum Ausdruck, dass im Rahmen der Quotenbildung alle Umstände relevant sind, die den schadensursächlichen Beitrag des Unternehmens charakterisieren. Dazu gehört aber nicht nur eine etwaige Erhöhung der Sachgefahr, sondern auch gefahrerhöhendes Verhalten der Unternehmensangehörigen. Auch in diesem Zusammenhang ist das Unternehmen als Einheit zu betrachten, weil es das Unternehmen als Organisation ist, das die Gefahrenquelle beherrscht und Maßnahmen zur Schadensvermeidung treffen oder notfalls die Gefahrenquelle stilllegen kann.

C. Handlungshaftung

Beginnend mit § 22 Abs. 1 WHG a. F. (heute § 89 Abs. 1 WHG) im Jahr 1957 hat der Gesetzgeber auch gefährliche Tätigkeiten zum Gegenstand von Gefährdungshaftungstatbeständen gemacht. Diese sog. Handlungshaftung unterscheidet sich von der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung dadurch, dass sie nicht an das Betreiben einer gegenständlich verkörperten Gefahrenquelle anknüpft, sondern an eine schlichte Tätigkeit, die für sich genommen als besonders gefährlich angesehen wird. Zur Handlungshaftung gehören heute vor allem § 89 Abs. 1 WHG, § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG und § 32 Abs. 1 GenTG.²¹⁰ Gemäß § 89

²¹⁰ Umstritten ist, ob auch die Produkthaftung nach § 1 ProdHG und die Arzneimittelhaftung nach § 84 AMG als Gefährdungshaftungen anzusehen sind oder ob die Anknüpfung an

Abs. 1 S. 1 WHG ist zum Schadensersatz verpflichtet, wer in ein Gewässer „Stoffe einbringt oder einleitet oder wer in anderer Weise auf ein Gewässer einwirkt und dadurch die Wasserbeschaffenheit nachteilig verändert“.²¹¹ § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG begründet einen Schadensersatzanspruch, wenn „infolge der Ausübung einer in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 [BBergG] bezeichneten Tätigkeiten“ ein Bergschaden verursacht wird.²¹² Dazu gehören u. a. das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen einschließlich diverser Hilfstätigkeiten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG) sowie das Wiedernutzbarmachen der Oberfläche während und nach der Bergbautätigkeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 BBergG).²¹³ Dritter wichtiger Fall der Handlungshaftung ist die Haftung nach § 32 Abs. 1 GenTG, wonach der Betreiber i. S. von § 3 Nr. 7 GenTG zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet ist, wenn „infolge von Eigenschaften eines Organismus, die auf gentechnischen Arbeiten beruhen“ ein geschütztes Rechtsgut verletzt wird.²¹⁴ Diese Haftung wird in der Literatur als „mittelbare“ Handlungshaftung eingeordnet,²¹⁵ weil sie nicht direkt an die gentechnischen Arbeiten nach

einen Fehler und Beschränkungen wie § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHG dazu führen, dass es sich um Verschuldenshaftungen handelt. Für Ersteres u. a. *Rolland*, ProdHR, 1990, § 1 ProdHaftG Rn. 7; *Taschner*, ZEuP 2012, 560ff.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 I 4a, S. 611; *Taschner*, NJW 1986, 611f.; *Diederichsen*, NJW 1978, 1281, 1289f. Für Letzteres – m. E. überzeugend – u. a. MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, Einl. ProdHaftG Rn. 18–23; *Kötz*, FS W. Lorenz, 1991, 109ff.; *Schlechtriem*, FS Rittner, 1991, 545, 546, 559.

²¹¹ Zur Einordnung als Handlungshaftung *Staudinger/Kohler*, 2017, § 89 WHG Rn. 1, 31; *BFM/Reiff*, ²2017, § 89 WHG Rn. 4, 11; *Medicus/S. Lorenz*, SchuldR II, ¹⁸2018, § 84 Rn. 4; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 V 1a, S. 631; *Larenz*, VersR 1963, 593f. (die letzten beiden zu § 22 Abs. 1 WHG a. F.); vgl. auch BT-Drs. 2/3536, S. 14.

²¹² *Staudinger/Kohler*, 2017, §§ 114–121 BBergG Rn. 1; *BWKVM/Wolfgang Schubert*, ²2016, § 114 BBergG Rn. 35; *v. Bar*, in: Verh. 62. DJT, 1998, A 39–40; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 V 3a, S. 641. Umstritten ist allerdings, ob es sich bei § 114 Abs. 1 BBergG um eine reine Gefährdungshaftung handelt. Die heute wohl h. M. in der bergrechtlichen Literatur geht von einem Mischtatbestand aus, der in Bezug auf Grundstücksschäden als Aufopferungshaftung zu qualifizieren sei, in Bezug auf alle übrigen Schäden als Gefährdungshaftung. Die Gesetzesmaterialien sprechen aber dafür, dass der Gesetzgeber eine (einheitliche) Gefährdungshaftung im Sinn hatte, s. BT-Drs. 8/1315, S. 141, 143f.; *Jens Petersen*, Duldungspflicht, 1996, 39f. Zur Diskussion siehe *PSG/Schulte*, ³2020, § 114 BBergG Rn. 2, 26f.; *Staudinger/Kohler*, 2017, §§ 114–121 BBergG Rn. 2; *BWKVM/Wolfgang Schubert*, ²2016, Vor §§ 110–125 BBergG Rn. 36–44; *Kühne*, FS Deutsch, 1999, 203, 214ff.

²¹³ § 114 Abs. 1 Alt. 2 BBergG, der daran anknüpft, dass ein Schaden durch eine der in § 2 Abs. 1 Nr. 3 BBergG bezeichneten Einrichtungen, also eine Betriebsanlage oder Betriebseinrichtung, verursacht wird, wird hingegen allgemein als Anlagenhaftung angesehen, vgl. *Staudinger/Kohler*, 2017, §§ 114–121 BBergG Rn. 1; *BWKVM/Wolfgang Schubert*, ²2016, § 114 BBergG Rn. 35; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 V 3a, S. 641.

²¹⁴ Gentechnische Arbeiten sind nach der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 2 GenTG u. a. die Erzeugung gentechnisch veränderter Organismen (lit. a) und deren Vermehrung, Lagerung, Zerstörung oder Entsorgung (lit. b).

²¹⁵ *Staudinger/Kohler*, 2017, §§ 32–37 GenTG Rn. 2 m. w. N.; *Deutsch*, VersR 1990, 1041; vgl. auch BT-Drs. 11/5622, S. 33; *Landsberg/Lülling*, 1991, § 32 GenTG Rn. 6. A. A. *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 V 4a, S. 642: Handlungs- und Anlagenhaftung; *Grigo*, Emissionen, 2002, 146: Haftung für „schadensstiftendes Objekt“.

§ 3 Nr. 2 GenTG anknüpft, sondern an die Eigenschaften eines Organismus (vgl. dazu § 3 Nrn. 1, 1a und 3 GenTG), der gentechnisch bearbeitet wurde.

Wegen der Anknüpfung an eine gefährliche „Handlung“ wird in der Literatur verbreitet vertreten, dass sich eine Handlungshaftung eines Unternehmens-trägers, sofern es sich nicht um einen Einzelunternehmer handelt, nur durch Zurechnung menschlichen Verhaltens begründen lasse. Deshalb hält die wohl herrschende Meinung eine Anwendung des § 31 BGB für geboten, und auch § 831 BGB wird für die Begründung der Handlungshaftung mitunter herangezogen, wobei sehr umstritten ist, ob dem so verantwortlichen Geschäftsherrn auch die Möglichkeit der Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zuzubilligen ist. Andererseits werden in der Literatur auch unmittelbar organisationsbezogene Ansätze vertreten. Zudem hat sich oben²¹⁶ bereits gezeigt, dass auch gefährliche Anlagen und Verkehrsmittel nicht *per se* gefährlich sind, sondern weil sie durch Menschen betrieben werden. Das weckt Zweifel, ob die Unternehmenshaftung bei der Handlungshaftung wirklich anders begründet werden muss als bei der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung, was im Folgenden untersucht werden soll. Dafür wird wieder zunächst das Modell der Unternehmenshaftung genauer beleuchtet und sodann die Frage der Verhaltens- und Verschuldenszurechnung vertieft. Vorab soll noch kurz auf die in der Literatur umstrittene Frage eingegangen werden, ob die Handlungshaftung ihren Platz im Recht der Gefährdungshaftung überhaupt verdient, oder ob es sich bei ihr um einen systemwidrigen Fremdkörper handelt – denn träfe Letzteres zu, verlören auch die Streitigkeiten um die Unternehmenshaftung an Gewicht.

I. Vorbemerkung

In der Literatur wird teilweise kritisiert, bloße Tätigkeiten seien keine ausreichende Grundlage für die Anknüpfung einer Gefährdungshaftung. Aus funktionaler, am Telos der Gefährdungshaftung orientierter Sicht erweist sich die Handlungshaftung jedoch als sachlich gerechtfertigt.

1. Kritik an der Handlungshaftung

Die Handlungshaftung ist vor allem aus dogmatischer Sicht immer wieder kritisiert worden.²¹⁷ So hat etwa *Larenz* mit Blick auf § 22 Abs. 1 WHG a.F. (heute § 89 Abs. 1 WHG) bemängelt, der Haftung fehle ein hinreichender Zurech-

²¹⁶ Bei → Fn. 143–144.

²¹⁷ Vgl. etwa *Medicus*, SchuldR II, ¹⁴2007, § 118; *Hager*, JZ 1990, 397, 399; *Larenz*, SchuldR BT, ¹²1981, § 77 IX 2, S. 733. Skeptisch auch *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 39 Rn. 5; *Deutsch/Abrens*, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 573. Ausdrücklich anders *Esser/Weyers*, SchuldR BT 2, ⁸2000, 286; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 V 1a, S. 632.

nungsgrund. Denn mangels einer gegenständlich verkörperten Gefahrenquelle, deren Risiko demjenigen zur Last falle, der sie beherrsche und der den Nutzen von ihr habe, das Risiko daher bei den Kosten einkalkulieren könne, lasse sich die Handlungshaftung nicht mehr als Gefährdungshaftung einordnen.²¹⁸ Weil lediglich „menschliches Tun“ in Frage stehe, aber kein Verschulden verlangt werde, handele es sich bei § 22 Abs. 1 WHG a. F. um „eine echte Durchbrechung des die Haftung für eigenes Handeln sonst bestimmenden Verschuldensgrundsatzes“.²¹⁹ Die Gefährdungshaftung soll danach also nur für gegenständlich verkörperte Gefahrenquellen (also insbesondere Industrieanlagen und Verkehrsmittel) sachgerecht sein, wohingegen schlichte Tätigkeiten – seien sie noch so gefährlich – dem Verschuldensprinzip unterfallen sollen.

Ähnliches ist auch in der deutschen Reformdebatte über die Schaffung einer Generalklausel für die Gefährdungshaftung gelegentlich geäußert worden. So hat *Kötz* in seinem 1981 veröffentlichten Gutachten für das Bundesministerium der Justiz unter Ablehnung früherer Vorschläge von *Deutsch*²²⁰ und *Will*²²¹ dafür plädiert, einen allgemein gefassten Gefährdungshaftungstatbestand auf Fälle zu beschränken, in denen es sich „um Anlagen, Sachen oder Stoffe“ handele, also um gegenständlich verkörperte Gefahrenquellen.²²² Dafür spreche die Kontinuität mit dem (damals) geltenden Recht, welches die Gefährdungshaftung für bestimmte Anlagen, Betriebsmittel und Energieträger vorsehe, bei Gefährdungen „mit bloßer Hand“ den Handelnden aber nur dann ersatzpflichtig mache, wenn er bei hinreichender Sorgfalt das Schadensereignis hätte verhindern können.²²³ Den Unfallwagnissen bestimmter technischer Risiken könne sich der Bürger nicht entziehen und gerade bei technischen Anlagen und Einrichtungen bestehe ein besonderes Bedürfnis, die Geschädigten von dem typischen Risiko der Unaufklärbarkeit betriebsinterner Abläufe zu entlasten. Auch wäre es für die Rechtsprechung schwierig, zu ermitteln, welches menschliche Tun als besonders gefährlich anzusehen sei und welches nicht, zumal sich konkrete Anhaltspunkte für die Beurteilung des Vorliegens einer besonderen Gefahr im Gesetzeswortlaut nicht bezeichnen ließen.²²⁴

²¹⁸ *Larenz*, SchuldR BT, ¹²1981, § 77 IX 2, S. 732f.; ähnlich *Esser*, SchuldR BT, ⁴1971, § 114 VI 1, S. 488; skeptisch auch *Deutsch*, JZ 1971, 244, 248. Anders noch *Larenz*, VersR 1963, 593, 602f.: Einordnung als Gefährdungshaftung.

²¹⁹ *Larenz*, SchuldR BT, ¹²1981, § 77 IX 2, S. 732f.

²²⁰ *Deutsch*, HaftungsR, 1976, 383ff. Ähnlich schon *Deutsch*, VersR 1971, 1, 4f.

²²¹ *Will*, Quellen, 1980, 274–277, 277–280, 328; ähnlich *Strickler*, Gefährdungshaftung, 1982, 146–147, 151f.

²²² *Kötz*, in: Gutachten, 1981, 1779, 1796ff. Ähnlich schon *Weitnauer*, in: Angleichung, 1971, 147, 158f.; *v. Caemmerer*, Gefährdungshaftung, 1971, 21; *Kötz*, AcP 170 (1970), 1, 24–26, 41; *Weitnauer*, VersR 1970, 585, 598. Vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Haftung, 1966, 58ff.

²²³ § 114 BBergG ist am 1.1.1982 in Kraft getreten, § 32 GenTG am 1.7.1990. Lediglich § 89 Abs. 1 WHG (§ 22 Abs. 1 WHG a. F.) ist älter, stand aber eben lange allein.

²²⁴ *Kötz*, in: Gutachten, 1981, 1779, 1798.

Auch im Rahmen der Projekte zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung ist die Frage aufgekommen, ob die Gefährdungshaftung nur für gegenständlich verkörperte Gefahrenquellen vorgesehen werden sollte oder auch für gefährliche Aktivitäten.²²⁵ Für letzteres hat sich die European Group on Tort Law entschieden, die in Art. 5:101 PETL eine Gefährdungshaftung daran anknüpft, dass jemand eine außergewöhnlich gefährliche Aktivität ausübt („*carries on an abnormally dangerous activity*“).²²⁶ Der Wortlaut der Vorschrift ist von den US-amerikanischen Restatements beeinflusst, die ebenfalls eine allgemein formulierte Haftung für „*abnormally dangerous activities*“ vorsehen.²²⁷ Das Gegenmodell findet sich in Art. VI.-3:202 bis 3:206 DCFR, wo nicht nur zugunsten des Enumerationsprinzips auf eine Generalklausel verzichtet wird, sondern überdies eine Gefährdungshaftung nur für gegenständlich verkörperte Gefahrenquellen vorgesehen ist (namentlich Grundstücke, Tiere, fehlerhafte Produkte, Kraftfahrzeuge sowie gefährliche Substanzen und Emissionen).

Wagner hat in dieser Debatte für eine Beschränkung der Gefährdungshaftung auf Anlagen und Stoffe plädiert und dies einerseits mit der größeren Rechtssicherheit begründet, andererseits damit, dass das Maß an Gefährdung, das der Mensch „mit seiner bloßen Hand zu verbreiten vermag“, definitionsgemäß kein „besonderes“ sei, weil dieses Gefährdungspotenzial jedem Rechtssubjekt zu Gebote und Kontrolle stehe.²²⁸ Gegenständlich verkörperte Gefahrenquellen seien in der Gesellschaft hingegen ungleich verteilt, weshalb sich insoweit eine Gefährdungshaftung – mit Esser²²⁹ – auch unter dem Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit rechtfertigen lasse.²³⁰

2. Bewertung

Der Gedanke der ungleichen Verteilung von Gefahrenquellen in der Gesellschaft findet sich auch in der US-amerikanischen Literatur, dort vor allem bei Vertretern einer rechtsphilosophisch ausgerichteten Deliktsrechtstheorie. Besonders bekannt sind Fletchers „*paradigm of reciprocity*“ und seine These, die strikte Haftung des Schädigers für besonders gefährliche Aktivitäten rechtfertige sich dadurch, dass dieser den Geschädigten einem größeren Risiko aussetze

²²⁵ Werro/Palmer/Hahn, in: *Strict Liability*, 2004, 387, 400f.; B. A. Koch/Koziol, in: *PETL Strict Liability*, 2002, 395, Rn. 51.

²²⁶ Ähnlich auch Art. 50 des (gescheiterten) Schweizer Vorentwurfs über die Revision des Haftpflichtrechts v. 9.10.2000, abgedruckt in *ZEuP* 2001, 758, 761 f.

²²⁷ *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, § 20 (2010); *Restatement (Second) of Torts*, §§ 519–520 (1977); B. A. Koch, *PETL Commentary*, 2005, S. 103, Rn. 9.

²²⁸ Wagner, in: *Grundstrukturen*, 2003, 189, 290.

²²⁹ Esser, *Gefährdungshaftung*, 1969, 69 ff.

²³⁰ Wagner, in: *Grundstrukturen*, 2003, 189, 290; ähnlich auch schon Wagner, *JZ* 1991, 175, 176 unter Berufung auf Adams, *Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985, 88–119, insb. 105 f. Zum Zweck der Gefährdungshaftung bereits oben → A I.

als umgekehrt der Geschädigte den Schädiger.²³¹ Man könne dann – anders als bei reziproken Risiken – nicht mehr davon ausgehen, dass sich Schäden langfristig von selbst ausgleichen, sondern müsse die Verteilungsgerechtigkeit durch eine strikte Haftung für die Schaffung nicht-reziproker Risiken aktiv gewährleisten.

Allerdings sind diese Überlegungen keineswegs auf gegenständlich verkörperte Gefahrenquellen und deren ungleiche Verteilung in der Gesellschaft beschränkt, sondern sie beziehen sich einerseits auf jede denkbare Risikoschaffung und fokussieren sich andererseits auf die bilaterale Beziehung zwischen den konkreten Parteien. In der Tat dürfte sich ein Gerechtigkeitsargument zwar an die besondere Gefährlichkeit der Gefahrenquelle anknüpfen lassen, nicht jedoch an ihre gegenständliche Verkörperung als Anlage, Sache oder ähnliches.²³² Denn es ist nicht ersichtlich, warum es unter dem Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit einen Unterschied machen soll, ob die außergewöhnlich große Gefährdung auf einer gegenständlich verkörperten Gefahrenquelle beruht oder auf einer schlichten Tätigkeit – in beiden Fällen wäre eine vom Reziprozitätsparadigma abweichende besondere Gefährdung gegeben. Außerdem sind nicht nur verkörperte Gefahrenquellen in der Gesellschaft ungleich verteilt, sondern auch die Berechtigungen zur Ausübung gefährlicher Aktivitäten. Das gilt besonders für wirtschaftliche Aktivitäten, die bei der Handlungshaftung des deutschen Rechts im Mittelpunkt stehen.²³³

Aus ökonomischer Sicht hat die Gefährdungshaftung vor allem den Vorteil, dass sie dem Schädiger nicht nur Anreize für sorgfältiges Verhalten setzt, sondern auch für die Wahl des effizienten Aktivitätsniveaus.²³⁴ Da der Schädiger auch die Kosten unverschuldeter Schäden zu tragen hat, wird er die erwarteten Schäden in seine Betriebskosten einrechnen und daraus möglicherweise den Schluss ziehen, dass sich die schadensträchtige Tätigkeit gar nicht mehr oder nur noch in eingeschränktem Maße lohnt. Ein vergleichbarer Internalisierungseffekt geht auch vom Grundsatz *casum sentit dominus* aus, allerdings treffen die Anreize hier den Geschädigten, nicht den Schädiger.²³⁵ Ökonomisch gesehen kann sich das Problem ergeben, dass das Haftungsrecht nicht in der Lage ist, die unverschuldeten Schäden sowohl dem Schädiger als auch dem Geschädigten zuzuweisen, also beiden Seiten Anreize für ein effizientes Aktivitätsniveau zu vermitteln.²³⁶ Die unverschuldeten Schäden trägt eben entweder der Schädiger (Gefährdungshaftung) oder der Geschädigte (*casum sentit dominus*). Wie oben bereits

²³¹ Fletcher, Harv. L. Rev. 85 (1972), 537, 543ff. Vgl. auch Geistfeld, N.Y.U. L. Rev. 91 (2016), 1517, 1560; Coleman, Risks and Wrongs, 2002, 252ff.; Keating, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 193, 203ff.

²³² So auch schon Esser/Weyers, SchuldR BT 2, ⁸2000, 286.

²³³ Dazu sogleich → II 1a.

²³⁴ Dazu bereits ausf. oben → A I 2a.

²³⁵ Dazu bereits oben → A II 1.

²³⁶ H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, ⁶2020, 296; Cooter/Ulen, Law & Economics, ⁶2012, 213;

erläutert²³⁷ sollte die Entscheidung danach getroffen werden, ob es wichtiger ist, dass Aktivitätsniveau des Schädigers oder das des Geschädigten zu steuern. Beispiel: Werden trotz Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aus einer Fabrik umweltschädliche Abwässer in einen Fluss eingeleitet und wird dadurch eine Forellenzucht flussabwärts gefährdet, kann das Haftungsrecht die unverschuldeten Schäden nur entweder dem Betreiber der Fabrik oder dem Forellenzüchter zuweisen. Nur einer von beiden erhält Anreize, durch eine Veränderung seiner Aktivität am konkreten Standort auf eine Verringerung des erwarteten Schadens hinzuwirken (also z.B. weniger Abwässer einzuleiten oder Forellen anderswo zu züchten). Es kommt letztlich darauf an, ob man eher das Betreiben der Fabrik oder das Betreiben der Forellenzucht für steuerungsbedürftig hält. Dafür wäre eigentlich auf die *relative Gefährlichkeit* der jeweiligen Aktivitäten abzustellen, wobei sich die Gefährlichkeit danach bestimmt, in welchem Umfang trotz Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt noch Schäden drohen.²³⁸

Mit der Anknüpfung der Gefährdungshaftung an die „besondere Gefährlichkeit“ der Gefahrenquelle wird dies näherungsweise erreicht, weil eine gewisse Plausibilität dafür spricht, dass eine besonders gefährliche Tätigkeit des Schädigers gefährlicher ist als die – wie auch immer zu qualifizierende – Tätigkeit des Geschädigten. Die *gegenständliche Verkörperung* der Gefahrenquelle spielt hingegen auch in diesen ökonomischen Erwägungen keine Rolle. Die generelle Kritik an der Handlungshaftung ist daher unbegründet.

II. Modell der Unternehmenshaftung

Die Handlungshaftung knüpft nicht an die Kontrolle über eine gefährliche Sache an, sondern an eine schlichte Tätigkeit, die auch ohne Sachbezug für besonders gefährlich gehalten wird. Es geht z.B. darum, dass Schadstoffe in ein Gewässer „eingebracht“ oder „eingeleitet“ werden (vgl. § 89 Abs. 1 WHG) oder darum, dass jemand gentechnisch veränderte Organismen erzeugt (§ 32 Abs. 1 GenTG). Wegen dieser Bezugnahme auf (menschliche?) Tätigkeiten wird verbreitet davon ausgegangen, dass es für die Handlungshaftung einer Verhaltenszurechnung bedarf, wenn Haftungsadressat ein Unternehmensträger ist, der selbst nicht handeln kann, also insbesondere eine Gesellschaft. Demgegenüber soll im Folgenden gezeigt werden, dass auch die Handlungshaftung eine echte direkte Unternehmenshaftung ist, die unmittelbar auf das Unternehmen und den Unternehmensträger bezogen ist, und ohne Zurechnung individueller menschlicher Handlungen auskommt.

Shavell, Foundations, 2004, 203f.; Miceli, Economics, 1997, 28f.; Shavell, Accident Law, 1987, 29f. Grundlegend Shavell, J. Legal Stud. 9 (1980), 1, 17ff.

²³⁷ → A II 1.

²³⁸ Shavell, J. Legal Analysis 10 (2018), 1, 19f.

1. Handlungen?

Zweifelhaft ist schon, ob die sog. Handlungshaftung überhaupt eine menschliche Handlung voraussetzt.²³⁹ Das wird in der Literatur zwar mitunter beiläufig behauptet,²⁴⁰ soweit ersichtlich jedoch nirgends weiter ausgeführt oder begründet. Dagegen spricht, dass das Erfordernis einer menschlichen Handlung in den §§ 823 ff. BGB eine spezifische Funktion erfüllt, die bei der Gefährdungshaftung nicht benötigt wird: Die Handlung ist dort Bezugspunkt und Gegenstand der Prüfung von Unrecht und Verschulden.²⁴¹ Nur für die Tat eines Menschen scheint das rechtliche Urteil bzw. die Bewertung angemessen, sie sei „rechtswidrig“ und „schuldhaft“. Auf eine abgehende Lawine, die ein Haus zerstört, oder einen bissigen Hund, der ein Kind verletzt, lassen sich solche Wertungen nicht sinnvoll beziehen. Die Gefährdungshaftung setzt aber weder Unrecht noch Verschulden voraus. Das heißt nicht, dass es hier für die weitere Prüfung keines Bezugspunkts bedürfte, aber immerhin, dass dieser nicht mit dem Bezugspunkt der Verschuldenshaftung identisch sein muss. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die sog. Handlungshaftung nicht an menschliche Handlungen anknüpft, sondern an wirtschaftliche Aktivitäten und dass diese Aktivitäten im Rechtssinne auch einem Unternehmensträger unmittelbar zugeordnet werden können, der als solcher selbst nicht handlungsfähig ist.

a) (Wirtschaftliche) Aktivitäten

Die Gefährdungshaftung lässt sich sinnvollerweise nur auf einen Vorgang beziehen, der mindestens die folgenden drei Bedingungen erfüllt: Er muss sich erstens einem Vermögensträger zuordnen lassen, denn nur wer Vermögen haben kann, taugt auch als Haftungsadressat.²⁴² Von ihm muss sich zweitens sagen lassen, er sei Ausgangspunkt der kausalen Herbeiführung eines Rechtsgutsverletzung. Denn die Verwirklichung eines objektiven Verletzungstatbestands ist – anders als die Unrechts- und Verschuldensprüfung – auch bei der Gefährdungshaftung unverzichtbar. Und er muss drittens geeignet sein, als Anknüpfungspunkt für den spezifischen Gefahrzusammenhang zu dienen, der für die Gefährdungshaftung das Element der objektiven Zurechnung ersetzt, um den Haftungstatbestand sachgerecht zu begrenzen.

²³⁹ Zum Handlungsbegriff des Deliktsrechts vgl. nur BGHZ 98, 135, 137 = NJW 1987, 121; BGHZ 39, 103, 106 = NJW 1963, 953; Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 74a; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 66; *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 5 Rn. 1 ff.; *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, ¹²2022, Rn. 1541–1544; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 1, S. 361; *Larenz*, FS Dölle, 1963, 169, 176 ff.

²⁴⁰ So z. B. *Hager*, JZ 1990, 397, 399.

²⁴¹ *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 5 Rn. 6. Ausf. → § 6 C III 1. Vgl. zum Strafrecht *Roxin/Greco*, StrafR AT I, ⁵2020, § 8 Rn. 1–4; *Kühl*, StrafR AT, ⁸2017, § 2 Rn. 2 f.

²⁴² Dazu schon → Einl. A bei Fn. 3

Diese Anforderungen können jedoch nicht nur durch menschliche Handlungen erfüllt werden, sondern auch durch wirtschaftliche Aktivitäten, die sich unmittelbar einem Unternehmen und damit einem Unternehmensträger zuordnen lassen.²⁴³ Wenn z. B. eine Aktiengesellschaft im oben beschriebenen Sinne die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Fabrik ausübt, deren Kosten trägt und die Nutzungen zieht, und deshalb im Rechtssinne als „Betreiberin“ der Fabrik anzusehen ist,²⁴⁴ dann lässt sich ohne Schwierigkeiten sagen, dass die Aktiengesellschaft die Fabrik betreibt, Rohstoffe beschafft, Güter produziert usw., weil es sich hierbei um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt, die schon nach allgemeinem Sprachverständnis typischerweise dem „Unternehmen“ zugeordnet werden und die sich auch im Rechtssinne auf das Unternehmen und den Unternehmensträger beziehen lassen. Wird infolge des Fabrikbetriebs ein Rechtsgut verletzt, z. B. weil umweltschädliche Stoffe entweichen und sich auf einer landwirtschaftlich genutzten Fläche in der Nachbarschaft ablagern, lässt sich genauso mühelos ein ursächlicher Zusammenhang herstellen zwischen der wirtschaftlichen Aktivität, die Fabrik zu betreiben, und der darauf beruhenden Rechtsgutsverletzung. Auch die Prüfung des gefahrspezifischen Zusammenhangs lässt sich auf diesen Bezugspunkt beziehen, weil für die Haftung aus § 1 UmweltHG entscheidend ist, ob sich in der Rechtsgutsverletzung die besondere Gefährlichkeit der Anlage realisiert hat oder nicht.

Nichts anderes gilt für die schlichten Tätigkeiten, die Gegenstand der sog. Handlungshaftung sind und ohne Bezug zu einer verkörperten Gefahrenquelle auskommen. Auch sie müssen keine menschlichen Handlungen sein, weil die entsprechenden Gefährdungshaftungstatbestände keine Anforderungen formulieren, die sich nur auf menschliches Verhalten beziehen lassen. Verlangt wird nur, dass die Tätigkeit Ausgangspunkt einer zur Rechtsgutsverletzung führenden Kausalkette sein kann und sinnvoller Bezugspunkt für die Prüfung des spezifischen Gefährdungs Zusammenhangs ist. Das lässt sich für menschliche Handlungen zweifellos bejahen, trifft aber auch auf unternehmerische Aktivitäten zu. Zwar mag deren Heranziehung im Vergleich zu menschlichen Handlungen grob und unpräzise erscheinen, weil wirtschaftliche Tätigkeiten, gerade wenn sie auf Organisationen bezogen werden, weniger eng umgrenzt scheinen als menschliche Handlungen. Jedoch ist eine feinere Aufschlüsselung der Aktivität für die Zwecke der Gefährdungshaftung nicht erforderlich, weil Unrechts- und Verschuldensfragen hier keine Rolle spielen und die Haftung allein über den spezifischen Gefährdungs Zusammenhang sachgerecht begrenzt wird.

Dass auch der Gesetzgeber für die Handlungshaftung nicht zwingend eine menschliche Handlung voraussetzt, zeigt sich, wenn man die entsprechenden Gefährdungshaftungstatbestände und insbesondere ihren jeweiligen systemati-

²⁴³ Vgl. zu diesen Zusammenhängen auch schon → § 6 C III 1.

²⁴⁴ Vgl. → B I 2.

schen Zusammenhang näher analysiert. Es ist leicht zu erkennen, dass mit dem Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 BBergG, der Erzeugung, Vermehrung, Lagerung, Zerstörung und Entsorgung gentechnisch veränderter Organismen i.S. von § 3 Nr. 2 GenTG oder dem Einbringen oder Einleiten von Stoffen in ein Gewässer i.S. von § 89 Abs. 1 S. 1 WHG wirtschaftliche Aktivitäten beschrieben werden, die sich oft unmittelbar einem Unternehmen bzw. Unternehmensträger zuordnen lassen. Dafür spricht vor allem, dass alle genannten Tätigkeiten auch Gegenstand von Genehmigungserfordernissen sind und dass Genehmigungsinhaber typischerweise der Unternehmensträger ist. So knüpft nicht nur § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG an Bergbautätigkeiten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 BBergG an, sondern auch die Erlaubnis- und Bewilligungserfordernisse der §§ 6 ff. BBergG. Wer bergfreie Bodenschätze aufsuchen oder gewinnen will, muss z. B. vorher gemäß § 6 S. 1 BBergG eine Erlaubnis, eine Bewilligung oder Bergwerkseigentum beantragen. Die Berechtigungen können gemäß § 6 S. 2 BBergG nur natürlichen oder juristischen Personen oder Personenhandelsgesellschaften erteilt oder verliehen werden. Ein ähnlicher Zusammenhang besteht im Gentechnikrecht: Der Haftungstatbestand des § 32 Abs. 1 GenTG knüpft an gentechnische Arbeiten an, die gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 GenTG nur in gentechnischen Anlagen durchgeführt werden dürfen. Deren Errichtung und Betrieb bedarf gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 GenTG einer Genehmigung, wenn in der Anlage gentechnische Arbeiten der Sicherheitsstufe 3 oder 4 durchgeführt werden sollen.²⁴⁵ Die Anlageneignungsberechtigung berechtigt auch zur Durchführung der im Genehmigungsbescheid genannten gentechnischen Arbeiten, § 8 Abs. 1 S. 3 GenTG. Und auch das Einbringen und Einleiten von Stoffen in ein Gewässer ist nicht nur Anknüpfungspunkt für die Gefährdungshaftung nach § 89 Abs. 1 WHG, sondern auch eine Gewässerbenutzung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG, die nach § 8 Abs. 1 WHG grundsätzlich einer Erlaubnis oder Bewilligung bedarf.²⁴⁶

Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass die maßgeblichen Tätigkeiten von Unternehmen ausgeübt werden können und dass dann der Unternehmensträger die erforderliche Genehmigung einholen muss, die jedoch für das gesamte Unternehmen als Einheit gilt. Wenn z. B. ein Saatguterzeuger ein Labor betreibt, in dem gentechnisch veränderte Organismen vermehrt werden, bedarf der Unternehmensträger einer Genehmigung nach § 8 Abs. 1 S. 1 GenTG und ist dann im Rechtsinne derjenige, der die gentechnischen Arbeiten ausführt. Stattdessen auf die einzelnen Mitarbeiter abzustellen, wäre widersprüchlich, denn dann müssten diese persönlich über entsprechende Genehmigungen verfügen. Dieselbe

²⁴⁵ Die Errichtung und der Betrieb gentechnischer Anlagen, in denen gentechnische Arbeiten der Sicherheitsstufe 1 oder 2 durchgeführt werden sollen, sind der zuständigen Behörde anzuzeigen (Stufe 1) bzw. anzumelden (Stufe 2), § 8 Abs. 2 S. 1 GenTG.

²⁴⁶ In der ursprünglichen Fassung des WHG v. 27.7.1957 wird der Erlaubnis- bzw. Bewilligungsinhaber verschiedentlich als „Unternehmer“ bezeichnet.

Sichtweise lässt sich auf die Haftungstatbestände übertragen und zwar auch, wenn es in der konkreten Situation an einer Genehmigung fehlt, was der Haftung natürlich nicht entgegensteht. Es ist das Unternehmen, das die jeweiligen wirtschaftlichen Aktivitäten ausübt und es ist der Unternehmensträger, der dafür ordnungs- und haftungsrechtlich einstehen muss.

b) Objektive Finalität

Der Schlussfolgerung, dass sich die Handlungshaftung an wirtschaftliche Aktivitäten anknüpfen und unmittelbar auf Unternehmen und Unternehmensträger beziehen lässt, steht nicht entgegen, dass der BGH für die Haftung aus § 89 Abs. 1 WHG ein „zweckgerichtetes Verhalten“ verlangt, das über die bloße Verursachung des Hineingelangens schädlicher Stoffe in das Gewässer hinausgeht.²⁴⁷ Dies ist zwar in der Literatur gelegentlich so verstanden worden, dass subjektive Finalität i. S. eines vorsätzlichen oder bewussten Einbringens oder Einleitens erforderlich ist.²⁴⁸ Die h. M. geht jedoch zu Recht davon aus, dass die Anforderungen des § 89 Abs. 1 WHG damit überdehnt würden, weil die vom Gesetzgeber gewollte Gefährdungshaftung so in eine Verschuldenshaftung verwandelt würde.²⁴⁹ Auch der BGH verlangt nur, dass das haftungsbegründende Verhalten „nach seiner objektiven Eignung darauf abzielt“, dass umweltgefährdende Stoffe in ein Gewässer gelangen.²⁵⁰ Das sei regelmäßig nur bei Handlungen der Fall, die unmittelbar auf ein Gewässer einwirken, nicht hingegen bei solchen, die lediglich mittelbar die Beschaffenheit des Wasser beeinflussen. Entscheidend ist die Perspektive eines neutralen Beobachters: Sah der maßgebliche Vorgang von außen betrachtet so aus, als sei das Einbringen, Einleitungen oder Einwirken nicht bloß unerwünschte Nebenfolge, sondern Ziel der jeweiligen Tätigkeit gewesen? Der BGH hat die objektive Finalität in diesem Sinne z. B. verneint für das Ausbringen von Streusalz durch einen Winterdienst und das Besprühen einer landwirtschaftlichen Nutzfläche mit Pflanzenschutzmitteln.²⁵¹ In beiden Fällen waren die aufgebrauchten Stoffe in ein Gewässer versickert, objektiv waren die Tätigkeiten nach Ansicht des BGH jedoch darauf nicht angelegt. Auf die konkrete Vorstellung der handelnden Personen kam es nicht an. Die Beispiele zeigen anschaulich, dass auch die Prüfung der Zweckgerichtetheit ohne Schwierigkeiten unmittelbar auf wirtschaftliche Tätigkeiten von Unternehmen bezogen werden kann.

²⁴⁷ BGH NVwZ-RR 2007, 754 f., Rn. 12 f.; VersR 2002, 1555; BGHZ 124, 394, 396 f. = NJW 1994, 1006 f.; BGHZ 103, 129, 134 = NJW 1988, 1593, 1594.

²⁴⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 84 V 1c, S. 634 f.; *Wernicke*, NJW 1958, 772, 773.

²⁴⁹ *Czychowski/Reinhardt*, ¹²2019, § 89 WHG Rn. 16; *BFM/Reiff*, ²2017, § 89 WHG Rn. 15; *Staudinger/Kohler*, 2017, § 89 WHG Rn. 35 f.; *Seuser*, NuR 2013, 248, 251.

²⁵⁰ BGHZ 124, 394, 396 f. = NJW 1994, 1006 f.

²⁵¹ BGH NVwZ-RR 2007, 754 f., Rn. 12 f.; BGHZ 124, 394, 396 f. = NJW 1994, 1006 f.

2. Unternehmen

Macht man sich klar, dass die Tatbestände der Handlungshaftung an wirtschaftliche Aktivitäten anknüpfen und dass sich diese unmittelbar einem Unternehmen zuordnen lassen, ohne dass es einer weiteren Individualisierung bedürfte, ergibt sich fast zwangsläufig, dass der Haftung nach § 89 Abs. 1 WHG, § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG und § 32 Abs. 1 GenTG insgesamt eine organisationsbezogene Perspektive zugrunde liegt, die es erlaubt, die gesamte Tatbestandsverwirklichung von vornherein auf ein Unternehmen zu beziehen.²⁵² Denn die Gefährdungshaftung nach diesen Vorschriften setzt weiter nur voraus, dass es infolge der jeweils maßgeblichen Aktivität zu einer Rechtsgutsverletzung kommt und dass sich in diesem Erfolg der spezifische Gefährdungszusammenhang realisiert, welcher der jeweiligen Gefährdungshaftung zugrunde liegt. Bei der Haftung nach § 89 Abs. 1 WHG kommt es z. B. darauf an, dass die Einwirkung ihrer Natur nach typischerweise für das Wasser gefährlich ist und dass sie sich generell eignet, die Beschaffenheit des Wasser nachteilig zu verschlechtern.²⁵³ Dass es für diese rein objektiven Kriterien keiner weiteren Individualisierung bedarf, liegt auf der Hand. Im Ergebnis ist also auch die Handlungshaftung eine echte Unternehmenshaftung, die keiner Zurechnung bedarf.

Dem entspricht auch die praktische Anwendung der Haftungstatbestände durch die Gerichte. Die meiste Rechtsprechung gibt es zu § 89 Abs. 1 WHG, der mit Abstand ältesten Handlungshaftung. Der BGH legt seinen diesbezüglichen Entscheidungen typischerweise eine organisationsbezogene Perspektive zugrunde. So hat er z. B. in einem Fall, in dem mehrfach etwa 500 kg einer umweltschädlichen Chemikalie aus einer Großkläranlage der BASF AG in den Rhein gelangt waren, den technischen Vorgang des „Einleitens“ von vornherein bei der beklagten Aktiengesellschaft verortet und keine Anstalten gemacht, die Verantwortung weiter zu individualisieren.²⁵⁴ Die Beklagte habe die Abwässer „bewusst und planmäßig“ dem Rhein zugeführt, wofür sie auch eine behördliche Erlaubnis hatte. Mehr war nicht erforderlich – insbesondere kam es nicht darauf an, ob jemand und ggf. wer im Unternehmen der Beklagten davon wusste, dass die Abwässer die umweltschädliche Chemikalie enthielten, weil diese in der Kläranlage der Beklagten nicht ordnungsgemäß abgebaut worden war. Für die Gefährdungshaftung nach § 22 Abs. 1 WHG a. F. (heute § 89 Abs. 1 WHG) sei eine solche Kenntnis oder Unkenntnis nicht relevant, das Risiko, dass die Kläranlage nicht richtig funktioniert und die Abwässer daher nicht unschädlich gemacht werden, trage die Beklagte.

Ähnlich argumentierte der BGH auch in einem Fall, in dem aus einer Schachtanlage solehaltiges Grubenwasser in einen Fluss gelangt war, dessen Wasser

²⁵² Auch die Literatur formuliert oft unternehmensbezogen, vgl. nur *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, 131994, § 84 V 1b, S. 632 f.

²⁵³ BGHZ 103, 129, 136 f. = NJW 1988, 1593, 1595.

²⁵⁴ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 103, 129, 134 f. = NJW 1988, 1593, 1594 f.

deshalb von der Klägerin nicht mehr für ihren Gewerbebetrieb genutzt werden konnte.²⁵⁵ Das Einleiten des Grubenwassers wurden von vornherein dem beklagten Bergbauverein zugeordnet und der BGH betonte, dass es auf subjektive Elemente für den Gefährdungstatbestand des § 22 Abs. 1 WHG a. F. nicht ankomme. Ganz ähnlich verfuhr er auch in zahlreichen Fällen, in denen verunreinigte Abwässer aus einer Kanalisation in das Grundwasser oder in ein Oberflächengewässer gelangt waren.²⁵⁶ Auch hier wurde die Tätigkeit des Einleitens stets ohne Weiteres den meist kommunalen Betreibern der Kanalisationen zugeordnet, ohne dass die relevante „Handlung“ näher konkretisiert worden wäre. Das bestätigt, dass auch die Handlungshaftung eine echte Unternehmens- bzw. Organisationshaftung ist, die sich auf wirtschaftliche Tätigkeiten und nicht notwendigerweise auf menschliche Handlungen bezieht.

III. Verhaltens- und Verschuldenszurechnung?

Ungeachtet der vorstehenden Grundsätze wird in der Literatur vielfach vertreten, dass im Rahmen der Handlungshaftung eine Verhaltens- oder Verschuldenszurechnung notwendig sein könne. Wie bei der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung stellt sich die Frage einerseits mit Blick auf die Haftungsbegründung, andererseits mit Blick auf die Schadensberechnung.

1. Haftungsbegründung

Ist Haftungsadressat ein Unternehmensträger, der selbst nicht handlungsfähig ist, wird oft geradezu selbstverständlich davon ausgegangen, dass § 31 BGB anwendbar sei. Auch der BGH hat dies schon angenommen. Sehr umstritten ist in der Literatur hingegen die Anwendbarkeit des § 831 BGB und vor allem der Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB.

a) Streitthemen

Anders als nach der hier vertretenen Auffassung wird in der Literatur, oft allerdings recht unreflektiert, davon ausgegangen, dass die Handlungshaftung an eine menschliche Handlung anknüpfe und dass daher die Haftung solcher Unternehmens- und Organisationsträger, die selbst nicht handlungsfähig sind, auf Zurechnung beruhe. Nach h. M. im umweltrechtlichen Schrifttum soll deshalb im Rahmen der Haftung nach § 89 Abs. 1 WHG ergänzend § 31 BGB zur Anwendung kommen können²⁵⁷ und auch in der zivilrechtlichen Literatur wird

²⁵⁵ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1981, 2416.

²⁵⁶ Vgl. BGH VersR 2003, 254 f.; BGHZ 103, 129 ff. = NJW 1988, 1593 ff.; BGHZ 62, 351 ff. = NJW 1974, 1770 ff.; BGHZ 55, 180 ff. = NJW 1971, 617 ff.

²⁵⁷ LR/M. Petersen, ⁹⁹2022, § 89 WHG Rn. 44; SZDK/Schwendner, ⁵⁷2022, § 89 WHG

dies vielfach so gesehen.²⁵⁸ Das Einleiten usw. soll also als Tun oder Unterlassen eines Repräsentanten anzusehen sein, welches dann über § 31 BGB dem Unternehmensträger zugerechnet wird. Auch der BGH hat in einer frühen Entscheidung zu einer Stiftung als Trägerin einer Privatschule ausgeführt, diese hafte für das Einleiten ungereinigter Abwässer in einen Bach aus § 22 Abs. 1 WHG a. F. (heute § 89 Abs. 1 WHG) und „§§ 31, 89 BGB“.²⁵⁹ In vielen anderen Fällen hat der BGH hingegen, wie erläutert, organisationsbezogen argumentiert und Unternehmen oder Gemeinden selbst als Einleiter usw. angesehen ohne § 31 BGB oder die zuständigen Repräsentanten zu erwähnen.²⁶⁰

Während die ergänzende Heranziehung des § 31 BGB im Schrifttum einhellig bejaht wird, ist die Anwendbarkeit des § 831 BGB sehr umstritten.²⁶¹ Der BGH hat sie früher einmal erwogen, aber offen gelassen.²⁶² Die heute wohl herrschende Meinung im Schrifttum geht davon aus, dass es eines Rückgriffs auf § 831 BGB zur Begründung einer Unternehmenshaftung nach § 89 Abs. 1 WHG trotz des handlungsbezogenen Wortlauts nicht bedürfe und dass die Anwendung des § 831 BGB rechtsdogmatisch auch nicht statthaft wäre.²⁶³

Die früher dominierende Ansicht, in Fällen, in denen das Einleiten usw. von einer Hilfsperson ausgehe, sei auf § 831 BGB abzustellen, wird heute seltener vertreten.²⁶⁴ Gestützt wird sie u. a. auf das Argument, § 831 BGB nicht anzuwenden komme einer Erweiterung der Gefährdungshaftung gleich, welche jedoch dem Gesetzgeber vorbehalten sei.²⁶⁵ Umstritten ist innerhalb dieser Ansicht, ob und

Rn. 64; *Czychowski/Reinhardt*, ¹²2019, § 89 WHG Rn. 11; *BFM/Reiff*, ²2017, § 89 WHG Rn. 32f.; *Staudinger/Kohler*, 2017, § 89 WHG Rn. 52; *Landsberg/Lülling*, 1991, § 22 WHG Rn. 26; *Breuer/Gärditz*, *WasserR*, ⁴2017, Rn. 1474; *Seuser*, *NuR* 2013, 248, 255; *Köhler*, *DRiZ* 1972, 17, 19; anders *BeckOK-UmweltR/Hilf*, ⁶⁵2022, § 89 WHG Rn. 26: „Analogie“.

²⁵⁸ *Grüneberg/Ellenberger*, ⁸²2023, § 31 Rn. 2; *BeckOK-BGB/Schöpflin*, ⁶⁴2022, § 31 Rn. 12; *jurisPK-BGB/D. U. Otto*, ⁹2020, § 31 Rn. 40.

²⁵⁹ BGH *VersR* 1970, 625, 626.

²⁶⁰ Oben → II 2.

²⁶¹ Gemeint ist hier nur die Anwendung des § 831 BGB im Rahmen der Gefährdungshaftung nach § 89 Abs. 1 WHG, nicht in Bezug auf eine ggf. konkurrierende Deliktshaftung z. B. aus § 823 Abs. 1 BGB. Insoweit besteht an der Anwendbarkeit des § 831 BGB kein Zweifel, s. nur *Grüneberg/Sprau*, ⁸²2023, § 831 Rn. 4 m. w. N.

²⁶² BGH *NJW* 1976, 1686.

²⁶³ *BeckOK-UmweltR/Hilf*, ⁶⁵2022, § 89 WHG Rn. 27; *LR/M. Petersen*, ⁹⁹2022, § 89 WHG Rn. 45; *BFM/Reiff*, ²2017, § 89 WHG Rn. 27ff.; *Staudinger/Kohler*, 2017, § 89 WHG Rn. 53; *ausf. Reiff*, in: *FS M. Schröder*, 2012, 627, 630–635; früher auch schon *Schimikowski*, *Umwelt- risiken*, 1991, Rn. 166; *J. Schröder*, *BB* 1976, 63, 69; *Aschenberg*, *ZfW* 1968, 250, 254, Fn. 12; *Theisel*, *BB* 1965, 637, 639.

²⁶⁴ *SZDK/Schwendner*, ⁵⁷2022, § 89 WHG Rn. 65; *Staudinger/Bernau*, 2022, § 831 Rn. 93; *Czychowski/Reinhardt*, ¹²2019, § 89 WHG Rn. 12; *Breuer/Gärditz*, *WasserR*, ⁴2017, Rn. 1474 (jeweils ohne Diskussion der neuen h. M.); aus der älteren Literatur *Balensiefen*, *Umwelthaf- tung*, 1994, 203f., 212; *Gieseke*, *ZfW* 1962, 4, 7, 23; *Wernicke*, *NJW* 1958, 772, 775; vgl. auch *OLG Köln*, *ZfW* 1988, 374, 375.

²⁶⁵ *Staudinger/Bernau*, 2022, § 831 Rn. 93; *zust. Reiff*, in: *FS M. Schröder*, 2012, 627, 634. (der selbst aber ablehnt, § 831 BGB anzuwenden).

ggf. in welchem Umfang der Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zuzulassen ist. Einige Autoren wollen die Entlastungsmöglichkeit ohne Einschränkung zulassen,²⁶⁶ weil man nicht nur einen Teil der Vorschrift anwenden könne.²⁶⁷ Andere wollen zwar ebenfalls keine Einschränkungen vornehmen, weisen aber darauf hin, dass schon eine Haftung nach § 31 BGB gegeben sei, wenn die Handlungen des Mitarbeiters durch Anordnungen der Unternehmensleitung gedeckt sind.²⁶⁸ Wieder andere halten eine Entlastung nach Maßgabe des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB für zu weitgehend und wollen sie in die eine oder andere Richtung beschränken, z. B. auf Fälle, in denen der Geschäftsherr das Verhalten des Gehilfen nicht ohne Weiteres hätte verhindern können.²⁶⁹ Vertreten wird auch, der Geschäftsherr müsse sich zumindest entlasten können, wenn der Gehilfe außerhalb der übertragenen Verrichtung handelt.²⁷⁰ Das ist keine Selbstverständlichkeit. Denn wenn man § 831 BGB nicht anwendet, sondern die Haftung und ihre Grenzen unmittelbar aus § 89 Abs. 1 WHG ableitet, fällt nicht nur die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB weg, sondern auch die übrigen Beschränkungen der Vorschrift.

b) Bewertung

Die in der Literatur zur Handlungshaftung diskutierten Probleme lösen sich m. E. auf, wenn man sauber zwischen direkter und indirekter Unternehmenshaftung unterscheidet. Um eine direkte Unternehmens-Handlungshaftung nach § 89 Abs. 1 WHG, § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG oder § 32 Abs. 1 GenTG zu begründen, ist es nicht angezeigt, auf §§ 31, 831 BGB zurückzugreifen, weil Regelungsgegenstand beider Normen nach der hier vertretenen Ansicht nur die indirekte Unternehmenshaftung ist.²⁷¹ Eine solche indirekte Haftung ist im Anwendungsbereich der Handlungshaftung zwar denkbar, in den meisten Unternehmenshaftungsfällen wird es jedoch um eine direkte Haftung gehen.

aa) Direkte Haftung

Oben²⁷² wurde bereits gezeigt, dass sich eine direkte Unternehmenshaftung als echte Organisationshaftung unmittelbar aus den Tatbeständen der Handlungs-

²⁶⁶ *Balensiefen*, Umwelthaftung, 1994, 212; *Gieseke*, ZfW 1962, 4, 23.

²⁶⁷ In diesem Sinne *Bartholmes*, Verantwortlichkeit, 2006, 129, der aber selbst ein differenziertes Konzept vertritt, das dem hier vertretenen Ansatz nahekommt. Insbesondere geht er davon aus, dass eine persönliche Haftung von Mitarbeitern nach § 89 Abs. 1 WHG (damals noch § 22 Abs. 1 WHG a.F.) möglich und dann auch die Anwendung des § 831 Abs. 1 BGB geboten sei. Dessen ungeachtet könne ein Unternehmen aber auch direkt als Einbringer usw. ohne Rückgriff auf § 831 BGB haften, a. a. O., S. 126 ff.

²⁶⁸ *Breuer/Gärditz*, WasserR, 42017, 1474, Fn. 384.

²⁶⁹ *Köhler*, DRiZ 1972, 17, 19.

²⁷⁰ So *Czychowski/Reinhardt*, 122019, § 89 WHG Rn. 12; zust. *SZDK/Schwendner*, 572022, § 89 WHG Rn. 65; *Seuser*, NuR 2013, 248, 255.

²⁷¹ Ausf. dazu unten → § 10 B, C.

²⁷² → II 2.

haftung heraus begründen lässt. § 89 Abs. 1 WHG, § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG und § 32 Abs. 1 GenTG lassen sich auf wirtschaftliche Aktivitäten anwenden, die unmittelbar einem Unternehmensträger zugeordnet werden können. Einer Verhaltenszurechnung bedarf es dafür nicht, vielmehr ist für alle maßgeblichen Umstände auf das Unternehmen als Organisation abzustellen.

Der h. M. ist zuzustimmen, dass § 831 BGB im Regelfall auf § 89 Abs. 1 WHG nicht passt, weil die Vorschrift nicht für eine Verhaltenszurechnung konzipiert ist²⁷³ und weil im Anwendungsbereich der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung für den Entlastungsbeweis kein Raum ist.²⁷⁴ Entsprechendes gilt für die anderen Handlungshaftungen nach dem BBergG und dem GenTG. Warum aber das Verhalten einfacher Mitarbeiter direkt aus § 89 Abs. 1 WHG heraus zugerechnet werden soll, das Verhalten von Repräsentanten hingegen nach § 31 BGB, ist nicht verständlich.²⁷⁵ In beiden Fällen geht es letztlich um die Frage, ob wegen einer Gewässerverschmutzung der Unternehmensträger mit einer Schadensersatzpflicht belastet werden soll. Das ist jedoch allein durch Auslegung des § 89 WHG zu ermitteln. Danach kann, wie bereits diskutiert, auch ein Unternehmen oder eine sonstige Organisation (z. B. eine Gemeinde) unmittelbar als Einbringer usw. anzusehen sein, weil die Gefährdung des Gewässers auf die wirtschaftliche Aktivität der Organisation zurückzuführen ist. Dafür kommt es nicht darauf an, welche Mitarbeiter tatsächlich tätig werden, sondern wer rechtlich als Beherrscher der Gefahrensituation anzusehen ist. Bei unternehmerischen Sachverhalten wird dies in aller Regel das Unternehmen sein, sodass die Haftung den Unternehmensträger trifft.

Richtig ist, dass § 89 Abs. 1 WHG und die anderen Tatbestände der Handlungshaftung wie alle Gefährdungshaftungen daran anknüpfen, dass eine spezifische Gefahr geschaffen wird, und dass sich die Gefahrschaffung vom Normzweck her unmittelbar dem Betriebsinhaber, also dem Unternehmensträger, zuordnen lässt.²⁷⁶ Auch wird zu Recht betont, dass mit den handlungsbezogenen Begriffen des Einleitens usw. nicht nur die Haftpflicht nach § 89 Abs. 1 WHG beschrieben wird, sondern auch die Erlaubnispflicht nach §§ 8 Abs. 1, 9 WHG, und dass allgemein anerkannt sei, dass die Erlaubnispflicht den Unter-

²⁷³ BeckOK-UmweltR/Hilf, 65/2022, § 89 WHG Rn. 27; Staudinger/Kohler, 2017, § 89 WHG Rn. 53; Kotulla, 2011, § 89 Rn. 4; Grigo, Emissionen, 2002, 132.

²⁷⁴ SZDK/Schwendner, 57/2022, § 89 WHG Rn. 65; Czychowski/Reinhardt, 12/2019, § 89 WHG Rn. 12; Schimikowski, Umweltrisiken, 1991, Rn. 166; Nawrath, Umweltchemikalien, 1982, 93; J. Schröder, BB 1976, 63, 69.

²⁷⁵ Reiff, in: FS M. Schröder, 2012, 627, 635 f. begründet den Unterschied damit, dass die juristische Person als „geistiges Konstrukt“ selbst nicht handeln könne und ihr deshalb die Handlungen ihrer Organe zugerechnet werden müssten. Das erklärt aber nicht, warum die Zurechnung von Gehilfenverhalten unmittelbar auf § 89 Abs. 1 WHG gestützt werden soll, die Zurechnung von Organverhalten jedoch nicht.

²⁷⁶ Staudinger/Kohler, 2017, § 89 WHG Rn. 53; Reiff, in: FS M. Schröder, 2012, 627, 634; Janke-Weddige, ZfW 1988, 381, 382; Nawrath, Umweltchemikalien, 1982, 92, 94.

nehmensträger treffe.²⁷⁷ Das zeigt, dass das WHG die wassergefährdenden Benutzungen wertend zuordnet, selbst wenn sie verhaltensbezogen formuliert sind. Zutreffend ist auch, dass es für die Zuschreibung der Verantwortlichkeit keinen Unterschied machen kann, ob der Betriebsinhaber persönlich oder durch Hilfspersonen tätig wird.²⁷⁸

Der organisationsbezogene Ansatz spiegelt sich auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Beispiele wurden oben²⁷⁹ bereits gegeben. Wie der BGH sich das Haftungsmodell der Handlungshaftung in Bezug auf Unternehmen vorstellt, hat er bisher noch nicht im Einzelnen erläutert.²⁸⁰ Aufschlussreich ist die Forellenteich-Entscheidung zu § 22 Abs. 1 WHG a. F. (§ 89 Abs. 1 WHG). Darin erklärte der BGH, aus diesem Haftungstatbestand könne auch jemand haften, „der bei dem haftungsbegründenden Vorgang selbst nicht ‚Hand angelegt‘ hat“.²⁸¹ Denn die Herrschaft über den Vorgang des Einbringens usw. könne „auch eine geistige, durch Befehle, Anweisungen und dergleichen ausgeübte Herrschaft sein“. Die hier entwickelte Idee der geistigen Herrschaft über den Vorgang des Einbringens usw., die auch in der Literatur akzeptiert worden ist,²⁸² erlaubt und verlangt eine flexible Zuordnung des maßgeblichen Haftungsrisikos nach teleologischen Gesichtspunkten.²⁸³ Entscheidend ist, wer wirtschaftlich für die Gefahrenquelle einstehen soll, weil er über Art und Ausmaß der Gefährdung entscheiden kann, in rechtsökonomischer Terminologie also über das Aktivitätsniveau bestimmt. Wenn es aus dieser Sicht geboten ist, die Haftung unmittelbar bei dem Unternehmensträger zu verorten – und das wird in der Praxis oft so sein –, dann ist dies direkt aus § 89 Abs. 1 WHG, § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG und § 32 Abs. 1 GenTG heraus möglich.

bb) Indirekte Haftung

Davon zu unterscheiden ist die Situation, in der sich ergibt, dass ein Repräsentant oder Verrichtungsgehilfe *persönlich* Adressat des § 89 Abs. 1 WHG, § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG oder § 32 Abs. 1 GenTG ist. Dies wird bei unternehmerischen Sachverhalten eher die Ausnahme sein, ist aber nicht unmöglich. Entspricht

²⁷⁷ BFM/Reiff, ²2017, § 89 WHG Rn. 28; Reiff, in: FS M. Schröder, 2012, 627, 634; Bartholmes, Verantwortlichkeit, 2006, 127 f. (zu § 22 WHG a. F.).

²⁷⁸ J. Schröder, BB 1976, 63, 69.

²⁷⁹ → II 2.

²⁸⁰ Mit Ausnahme der in → Fn. 259 zitierten Entscheidung, in welcher der BGH auf §§ 31, 89 BGB abgestellt hat. Daran wurde jedoch später nicht mehr angeknüpft.

²⁸¹ Hierzu und zum Folgenden BGH, NJW 1976, 1686.

²⁸² LR/M. Petersen, ⁹⁹2022, § 89 WHG Rn. 44; BeckOK-UmweltR/Hilf, ⁶⁵2022, § 89 WHG Rn. 27; SZDK/Schwendner, ⁵⁷2022, § 89 WHG Rn. 65; Czychowski/Reinhardt, ¹²2019, § 89 WHG Rn. 11; Geigel/Rau, ²⁸2020, Kap. 24 Rn. 14.

²⁸³ Wagner, in: HdWb UmweltR, Bd. 1, ²1994, Sp. 954, 967 meint, der BGH habe damit die verhaltensbezogenen Merkmale des § 89 Abs. 1 WHG (damals noch § 22 Abs. 1 WHG a. F.) „normativ überhöht“. Letztlich handelt es sich aber um nichts anderes als teleologische Auslegung. Wie hier Reiff, in: FS M. Schröder, 2012, 627, 634.

beispielsweise eine Mitarbeiterin Altöl in ein Gewässer, nachdem sie auf einer Dienstfahrt mit einem *privaten* Kraftfahrzeug eine Panne erlitten und einen Ölwechsel durchgeführt hat, trifft das Verhaltensgebot des § 89 Abs. 1 WHG die Mitarbeiterin persönlich. Denn sie ist es, die als Halterin des Fahrzeugs auch die Gefahrenquelle „Altöl“ beherrscht. Damit ist es auch die Mitarbeiterin, die für eine fachgerechte Entsorgung des Öls verantwortlich ist, und nicht das Unternehmen. Weil die Autofahrt in dienstlichem Interesse erfolgt, kann die Mitarbeiterin aber trotzdem i. S. von § 831 Abs. 1 S. 1 BGB „in Ausführung der Verrichtung“ handeln. In diesem Fall träte dann eine indirekte Haftung des Unternehmensträgers neben die Haftung der Mitarbeiterin.²⁸⁴

2. Haftungsquoten

Während es also für die Begründung der Unternehmenshaftung auch im Bereich der Handlungshaftung keiner Verhaltenszurechnung bedarf, gilt für die Quotenbildung im Rahmen der Schadensberechnung dasselbe, was oben bereits für die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung ausgeführt wurde.²⁸⁵ Wenn es wegen eines Mitverschuldens des Geschädigten nach § 254 BGB (ggf. i. V. m. § 118 BBergG, § 32 Abs. 3 S. 1 GenTG) auf die jeweiligen Verursachungs- und Verschuldensbeiträge ankommt, kann über § 31 BGB bzw. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB i. V. m. § 831 Abs. 1 BGB auch das Verhalten und Verschulden von Repräsentanten und Gehilfen Berücksichtigung finden. Vorrangig ist aber auch hier eine organisationsbezogene Betrachtung, die sich in der Rechtsprechung unter dem Schlagwort der „erhöhten Betriebsgefahr“ vollzieht. Bereits als Teil der Betriebsgefahr und nicht erst als weitere Umstände i. S. von § 254 Abs. 1 BGB können danach auch verhaltens- und verschuldensbezogene Elemente berücksichtigt werden, sofern sie die Gefahrbeherrschung durch das Unternehmen charakterisieren. Denn zur Betriebsgefahr, für die das Unternehmen bzw. der Unternehmensträger verantwortlich ist, gehören von vornherein alle Umstände, welche die gefährliche Aktivität des Unternehmens prägen und dazu können auch Handlungen der Unternehmensangehörigen beitragen.

IV. Fazit

Insgesamt ergibt sich also, dass auch die Handlungshaftung als echte Unternehmenshaftung konzipiert werden kann und dass die Rechtsprechung trotz der handlungsbezogenen Formulierung des § 89 Abs. 1 WHG, § 114 Abs. 1 Alt. 1 BBergG und § 32 Abs. 1 GenTG vielfach bereits einen unternehmens- bzw. organisationsbezogenen Ansatz verfolgt. Man kann dies damit erklären, dass die

²⁸⁴ Vgl. dazu auch noch unten → § 10 B III 2.

²⁸⁵ → B II 3.

genannten Vorschriften nicht notwendigerweise an menschliche Handlungen anknüpfen, sondern an wirtschaftliche Aktivitäten, die sich oft unmittelbar einem Unternehmen und so einem Unternehmensträger zuordnen lassen. Das ergibt sich u. a. aus dem systematischen Zusammenhang zwischen den Haftungsnormen und den Genehmigungstatbeständen, die sich ihrerseits erkennbar auf das Unternehmen als Organisation beziehen. Es ist dann im Rechtssinne das Unternehmen, das die gefährliche Tätigkeit ausübt, und der Unternehmensträger ist für die resultierenden Schäden unmittelbar verantwortlich. Einer Anknüpfung an individuelles menschliches Verhalten bedarf es danach für die Begründung der Unternehmens-Handlungshaftung in der Regel nicht. Das bedeutet auch, dass die §§ 31, 831 BGB grundsätzlich nicht herangezogen werden müssen. In seltenen Fällen kommt allerdings (auch) eine indirekte Unternehmenshaftung in Betracht, nämlich dann, wenn ein Repräsentant oder Mitarbeiter persönlich einen Tatbestand der Handlungshaftung verletzt und die Haftung des Unternehmensträgers daran angeknüpft werden soll.

D. Haftungskanalisation

Abschließend soll im Folgenden noch gewürdigt werden, dass die Unternehmens-Gefährdungshaftung oft mit einer Kanalisation der Haftung einhergeht. Damit ist gemeint, dass die Haftung rechtlich oder wirtschaftlich auf einige wenige oder sogar nur einen einzigen Haftungsadressaten zugeschnitten ist. Im Mittelpunkt steht dabei in der Regel der Unternehmensträger.

I. Rechtliche Kanalisation

Eine *rechtliche* Kanalisation der Haftung findet sich in einigen internationalen Abkommen. So kann z. B. ein Schadensersatzanspruch wegen eines nuklearen Ereignisses nach Art. 6 Abs. a des Pariser Atomhaftungsübereinkommens (PÜ) „nur gegen den Inhaber der Kernanlage“ geltend gemacht werden und in Abs. b desselben Artikels wird nochmals betont, es hafte „niemand sonst“.²⁸⁶ Damit wird die persönliche Haftung von Repräsentanten und Mitarbeitern ausgeschlossen, aber auch die Haftung der Reaktorhersteller und der Zulieferer und Beförderer von Kernbrennstoffen sowie die Haftung aller sonstigen Lieferanten

²⁸⁶ Übereinkommen v. 29.7.1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie i. d. F. des Zusatzprotokolls v. 28.1.1964 und des Protokolls v. 16.11.1982 (BGBl. II 1985, 964), geändert durch Änderungsprotokoll v. 12.2.2004 (BGBl. II 2008, 902). Eine ähnliche Haftungskanalisation enthält Art. II Abs. 2 des Übereinkommens v. 25.5.1962 über die Haftung der Inhaber von Reaktorschiffen (BGBl. II 1975, 977).

und Dienstleister. In Hinblick auf den Transport von Kernmaterialien zu See wird die Haftungskanalisation durch das Brüsseler Übereinkommen von 1971 (BÜ) verstärkt.²⁸⁷ Von der Kanalisation der Haftung auf den Inhaber der Kernanlage durch PÜ und BÜ gibt es nur wenige Ausnahmen: Bedeutsam ist vor allem, dass der Schadensersatzanspruch nach Art. 6 Abs. a PÜ auch gegen den Versicherer besteht, wenn das nationale Recht einen solchen Direktanspruch zulässt. Das ist in Deutschland allerdings nicht der Fall, da § 14 Abs. 1 S. 1 AtG die Geltung des § 115 VVG ausdrücklich ausschließt. Die Vorsatzhafung natürlicher Personen nach Art. 6 Abs. c UAbs. i PÜ wird auch in anderen Ländern schon wegen der vergleichsweise geringen Zahlungsfähigkeit der meisten natürlichen Personen im Fall der Fälle keine große Hilfe sein. Die Haftungskanalisation wird dadurch abgesichert, dass Art. 6 Abs. c UAbs. ii PÜ auch die konkurrierende Haftung aus anderen Anspruchsgrundlagen ausschließt, also z. B. nach § 823 Abs. 1 BGB.

Ähnliche, wenn auch weniger strikte Haftungskanalisationen finden sich auch im sog. Ölhaftungsübereinkommen von 1992²⁸⁸ sowie in bisher nicht in Kraft getretenen internationalen Abkommen über die Beförderung von Gefahrgütern.²⁸⁹ Hier ist die Haftung zwar nicht ausdrücklich auf eine einzelne Person zugeschnitten, jedoch wird die Haftung vieler „typischer“ Schädiger ausgeschlossen, z. B. diejenige der Mitarbeiter und der sonstigen Hilfspersonen.²⁹⁰

II. Wirtschaftliche Kanalisation

Auch wo die Haftung nicht rechtlich auf eine Person, insbesondere einen Unternehmensträger kanalisiert ist, wird es oft *de facto* so sein, dass der gesamte Schaden im Ergebnis von einer Person getragen wird. Man spricht insoweit von wirtschaftlicher Kanalisation. Auch sie trifft in der Regel den Unternehmensträger, wenn ein Unternehmen die Gefahrenquelle kontrolliert.

²⁸⁷ Art. 1 u. 2 des Übereinkommens über die zivilrechtliche Haftung bei der Beförderung von Kernmaterial auf See v. 17.12.1971 (BGBl. II 1975, 1026).

²⁸⁸ Übereinkommen v. 29.11.1969 über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden (BGBl. II 1975, 301, 305) i. d. F. des Protokolls v. 27.11.1992 (BGBl. II 1994, 1150), geändert durch Entschl. v. 18.10.2000 (BGBl. II 2002, 943, 944).

²⁸⁹ Übereinkommen v. 3.5.1996 über Haftung und Entschädigung für Schäden bei der Beförderung schädlicher und gefährlicher Stoffe auf See (sog. HNS-Übereinkommen 1996, ABl. EG 2002 L 337/55, 57), geändert durch Änderungsprotokoll v. 30.4.2010 (sog. HNS-Übereinkommen 2010, s. dazu Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 5.4.2017, ABl. EU 2018 C 298/283); Übereinkommen v. 10.10.1989 über die Haftung bei der Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße, auf der Schiene und mit Binnenschiffen (sog. CRTD; deutsche Übersetzung abgedruckt in VersR 1992, 806 ff.).

²⁹⁰ Art. III Abs. 4 des Ölhaftungsübereinkommens (→ Fn. 288); Art. 5 Abs. 7 der CRTD (→ Fn. 289); Art. 7 Abs. 5 des HNS-Übereinkommens (→ Fn. 289).

Die Unternehmens-Gefährdungshaftung ist – sowohl in der Variante der Anlagen- oder Verkehrsmittelhaftung als auch in der Variante der Handlungshaftung – typischerweise eine exklusive Haftung des Unternehmensträgers. Es haften aus dem Gefährdungshaftungstatbestand also z.B. nicht auch noch die verantwortlichen Repräsentanten und Mitarbeiter. Das ist unumstritten für solche Tatbestände, die bereits unternehmensbezogen formuliert sind, also z.B. § 1 HPfLG oder §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 BBergG, die den Bahnbetriebsunternehmer und den Bergbauunternehmer adressieren.²⁹¹ Aber auch bei offen formulierten Tatbeständen wie § 7 Abs. 1 StVG trifft die Haftung in der Regel exklusiv den Unternehmensträger. So ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass Halterin eines Firmenwagens regelmäßig der Unternehmensträger ist und nicht etwa der Repräsentant oder Mitarbeiter, dem das Fahrzeug im alltäglichen Betrieb anvertraut ist.²⁹²

Nicht ausgeschlossen ist in der Regel, dass die verantwortlichen Mitarbeiter im Außenverhältnis aus Verschulden haften. Öffnet also z.B. ein Anlagentechniker in einem Chemiewerk ein falsches Ventil, sodass umweltschädliche Schadstoffe in die Umgebung abgegeben werden und eine landwirtschaftliche Fläche in der Nachbarschaft verseuchen, kann eine persönliche Fahrlässigkeitshaftung aus § 823 Abs. 1 BGB begründet sein. Gerade in solchen Konstellationen kommt es aber eben oft zu einer wirtschaftlichen Haftungskanalisation: Da der Anspruch aus Gefährdungshaftung gegen den Unternehmensträger deutlich leichter zu begründen ist, werden die verantwortlichen Mitarbeiter meistens im Außenverhältnis nicht belangt. Davon unberührt bleibt natürlich das Innenverhältnis zum Unternehmensträger als Arbeitgeber.

III. Bewertung

Die rechtliche Haftungskanalisation wird oft damit gerechtfertigt, dass sie einer effizienten Risikotragung dient. Dafür soll zunächst eine sog. Pyramidisierung der Versicherungsverträge vermieden werden. Darunter versteht man, dass auf jeder Wertschöpfungsstufe jeweils auch die Haftungsrisiken aller nachfolgenden Stufen einbezogen werden, wodurch es zu einer Vervielfachung der Risikodeckung, aber eben auch der Versicherungsprämien kommt.²⁹³ Die Haf-

²⁹¹ FPK/Piontek, ¹⁰2019, § 1 HPfLG Rn. 34; Staudinger/Kohler, 2017, §§ 114–121 BBergG Rn. 20; Keich, Organmitglieder, 2012, 248; vgl. auch KMH/Brock/Stoll, ³2022, § 84 AMG Rn. 21 ff.; Rehmann, ⁵2020, § 84 AMG Rn. 2, § 4 AMG Rn. 20.

²⁹² BayObLGSt 1985, 23, 24; OLG Düsseldorf, NJW 1971, 65; BayObLG, NJW 1968, 2073; OLG Celle, JW 1937, 1074f.; jurisPK-StVR/Laws/Lohmeyer/Vinke, ²2022, § 7 StVG Rn. 261 ff.; HKD/P. König, ⁴⁶2021, § 7 StVG Rn. 22.

²⁹³ BT-Drs. 11/892, 46 (Denkschrift zu den Protokollen v. 25.5.1984 zur Änderung des Ölhaftungsübereinkommens 1969); Ziff. 15 des Exposé des motifs zum Pariser Atomhaftungsübereinkommen v. 29.7.1960 (→ Fn. 286), abgedruckt bei Fischerhof, ²1978, S. 899 ff.;

tung wird dafür typischerweise bei demjenigen konzentriert, der die Gefahrenquelle am besten beherrschen kann und somit am ehesten in der Lage ist, das Risiko gering zu halten.²⁹⁴ Es müssen sich dann beispielsweise nicht alle Zulieferer von Nukleartechnik gegen die Haftungsrisiken eines von ihnen (mit-)verursachten nuklearen Störfalls versichern, sondern die Haftpflichtversicherung wird bei dem Inhaber des Kraftwerks konzentriert, um die Transaktions- und Risikokosten insgesamt möglichst niedrig zu halten. Dem entspricht, dass die genannten Haftungsregime typischerweise eine Versicherungspflicht für den durch die Kanalisierung besonders verpflichteten Haftungsadressaten aufstellen.²⁹⁵ Mit dem Ziel der effizienten Risikotragung zumindest reflexartig verbunden, mitunter wohl auch beabsichtigt, ist die wirtschaftliche Schonung der Zulieferbetriebe, Dienstleister usw., die zum Teil auf industriepolitischen Erwägungen beruht.²⁹⁶ Hinsichtlich der von der Haftung freigestellten Mitarbeiter werden außerdem sozialpolitische Gründe angeführt.²⁹⁷

Außerdem wird argumentiert, die Kanalisierung diene dem Schutz der Geschädigten. Diese sollen in die Lage versetzt werden, den Anspruchsgegner mühelos zu identifizieren und ihre Ansprüche effektiv durchzusetzen.²⁹⁸ Die Kanalisierung schafft klare Verhältnisse und verhindert, dass die Geschädigten von einem Akteur zum nächsten verwiesen werden. Gleichzeitig soll das Kompensationsprinzip dadurch weitestgehend gewahrt bleiben, dass über Pflichtversicherungen²⁹⁹ und zusätzliche Entschädigungsfonds³⁰⁰ sichergestellt wird, dass die Geschädigten auch bei einer finanziellen Überforderung des primär Haftpflichtigen einen Ausgleich für ihre Schäden erhalten.³⁰¹

Kehrseite der Haftungskanalisierung ist, dass die Sorgfaltsanreize für die privilegierten Schädiger verwässert werden können.³⁰² Wer weiß, dass er selbst bei grobem Verschulden kraft Gesetzes von jeder Haftung freigestellt ist, hat kei-

Frenz/Raetzke, 2019, § 25 AtG Rn. 70; Fischerhof, ³1978, Vor § 25 AtG Rn. 3; A. Kaiser, *Gefahrguttransporte*, 2010, 139.

²⁹⁴ A. Kaiser, *Gefahrguttransporte*, 2010, 11 (zur CRTD), 36 (zum HNS-Übereinkommen), 93 (zum Ölhaftungsübereinkommen), 286 f. (eigene Empfehlungen).

²⁹⁵ Art. 10 Abs. a PÜ (→ Fn. 286); Art. III Abs. 2 des Reaktorschiffübereinkommens (→ Fn. 286); Art. VII Abs. 1 des Ölhaftungsübereinkommens (→ Fn. 288); Art. 13 Abs. 1 der CRTD (→ Fn. 289); Art. 12 Abs. 1 des HNS-Übereinkommens (→ Fn. 289).

²⁹⁶ Herber, *RabelsZ* 34 (1970), 223, 240 f.

²⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 7/2299, 61 (Denkschrift zum Ölhaftungsübereinkommen 1969)

²⁹⁸ Ziff. 15 des Exposé des motifs (→ Fn. 293); Kaiser, *Gefahrguttransporte*, 2010, 11 (zur CRTD), 36 (zum HNS-Übereinkommen), 286 f. (eigene Empfehlungen).

²⁹⁹ Oben → Fn. 295.

³⁰⁰ Vgl. dazu z. B. das Übereinkommen v. 18.12.1971 über die Errichtung eines Internationalen Fonds zur Entschädigung für Ölverschmutzungsschäden (BGBl. II 1975, 301, 320), i. d. F. des Änderungsprotokolls v. 27.11.1992 (BGBl. II 1994, 1150, 1169), dieses wiederum geändert durch Entschl. v. 18.10.2000 (BGBl. II 2002, 943, 947).

³⁰¹ BT-Drs. 7/2299, 61 (Denkschrift zum Ölhaftungsübereinkommen 1969).

³⁰² Faure, in: PETL *Strict Liability*, 2002, 361, Rn. 94; Faure, *ERPL* 4 (1996), 85, 94; Faure, *Eur. J. L. & Econ.* 2 (1995), 21, 28.

nen Grund, in Risikovorsorge und Schadensvermeidung zu investieren. Das betrifft z.B. im Bereich der Atomenergie nicht nur das Betriebspersonal, sondern auch Zulieferer von Anlagen- und Sicherheitstechnik. Die unzureichenden Sorgfaltsanreize durch die fehlende Außenhaftung lassen sich aber bis zu einem gewissen Grad durch ergänzende Anreize im Innenverhältnis kompensieren, da die maßgeblichen Akteure typischerweise durch Verträge miteinander verbunden sind.³⁰³ So kann das Personal durch materielle und immaterielle Verhaltensanreize im Rahmen der Arbeitsverhältnisse zu einem sorgfältigen Verhalten motiviert werden und Kauf-, Werk- und Dienstleistungsverträge mit Lieferanten usw. lassen sich ggf. so gestalten, dass auch die haftungsbefreiten Personen entsprechend ihres Einflusses auf die Gefahrenquelle in die Verantwortung genommen werden. Allerdings verbleibt eine Restunsicherheit, weil im Rahmen der Vertragsgestaltung Spielräume bestehen. Außerdem liegt auf der Hand, dass die Haftungsverschiebung im Innenverhältnis die Zwecke der Haftungskanalisation im Außenverhältnis gefährden kann. Wenn erhebliche Haftungsrisiken im Innenverhältnis drohen, können doch wieder Anreize bestehen, sich gegen diese Risiken zu versichern. Insgesamt sind die ökonomischen Wirkungen der Haftungskanalisation also ambivalent.

E. Ergebnisse

Die Unternehmens-Gefährdungshaftung ist im geltenden Recht weitgehend als echte Unternehmenshaftung konstruiert. Zwar gibt es zwischen der Gefährdungshaftung und der Unternehmenshaftung keinen normativen Zusammenhang in dem Sinne, dass Gefährdungshaftung Unternehmenshaftung sein sollte oder Unternehmenshaftung Gefährdungshaftung. Denn die Gefährdungshaftung dient in erster Linie der Prävention und hat gegenüber der Verschuldenshaftung den Vorteil, dass sie dem Haftungsadressaten wirksame Anreize auch für die Wahl eines effizienten Aktivitätsniveaus setzt. Dies ist aber nicht nur bei unternehmerischen Tätigkeiten geboten, sondern grundsätzlich bei allen Aktivitäten, die eine besondere Gefährlichkeit aufweisen. Es lässt sich nicht sagen, dass unternehmerische Tätigkeiten grundsätzlich gefährlicher wären als andere Tätigkeiten und deshalb ist es richtig, dass die Gefährdungshaftung funktions- und nicht statusbezogen angeknüpft wird, dass sie also nicht speziell Unternehmen adressiert, sondern Beherrscher von Gefahrenquellen.

³⁰³ Mit Ausnahme der Atomhaftungsübereinkommen lassen die hier diskutierten Abkommen die Regressmöglichkeiten der im Außenverhältnis haftenden Person unberührt, vgl. Art. III Abs. 5 des Ölhaftungsübereinkommens (→ Fn. 288); Art. 5 Abs. 9 der CRTD (→ Fn. 289); Art. 7 Abs. 6 des HNS-Übereinkommens (→ Fn. 289).

Echte Unternehmenshaftung ist die Unternehmens-Gefährdungshaftung vor allem in dem Sinne, dass sie eine organisationsbezogene Haftung ist, die ohne Zurechnung menschlichen Verhaltens auskommt. Das gilt zunächst für die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung und dort für die Haftungsbegründung. Die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle, an welche die Gefährdungshaftungstatbestände typischerweise anknüpfen, lässt sich in der Regel bei dem Unternehmen verorten, das als organisatorische Einheit auf die Schadensvermeidung hinwirkt und ggf. in der Lage wäre, die Gefahrenquelle stillzulegen. Die Verantwortung trifft den Unternehmensträger, der außerdem in der Regel derjenige ist, der die Kosten der Gefahrenquelle trägt und die Nutzungen aus ihr zieht. Einer Zurechnung individuellen menschlichen Verhaltens bedarf es für die Haftungsbegründung nicht. Allerdings erstreckt sich die Haftung ohne Weiteres auch auf Schäden, die von Menschen verursacht werden, soweit sie sich im Rahmen des spezifischen Gefahrzusammenhangs halten. Auch bei der Quotenbildung im Rahmen der Schadensberechnung ist primär das Unternehmen in seiner Gesamtheit zu betrachten und über die Rechtsfigur der erhöhten Betriebsgefahr sind alle relevanten Umstände einschließlich individueller Verursachungsbeiträge unmittelbar zu berücksichtigen.

Ähnliches gilt für die Handlungshaftung, deren Tatbestände aus systematischen Gründen so auszulegen sind, dass sie nicht nur menschliche Handlungen, sondern auch und vor allem wirtschaftliche Tätigkeiten erfassen, die sich unmittelbar Unternehmen bzw. Unternehmensträgern zuordnen lassen. Entgegen einer verbreiteten Ansicht in der Literatur kommt daher auch die Handlungshaftung grundsätzlich ohne Verhaltenszurechnung aus und kann unmittelbar auf das Unternehmen als Organisation bezogen werden. Das bedeutet auch, dass es nicht nötig ist, §§ 31, 831 BGB für die Haftungsbegründung heranzuziehen. Für die Quotenbildung im Rahmen der Schadensberechnung gilt dasselbe wie bei der Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung, d. h. auch insoweit ist primär eine unternehmensbezogene Perspektive geboten.

Folge der Unternehmens-Gefährdungshaftung kann eine rechtliche oder wirtschaftliche Kanalisierung der Haftung sein, sodass z. B. die persönliche Außenhaftung von Repräsentanten und Mitarbeitern rechtlich ausgeschlossen ist oder doch zumindest praktisch an Bedeutung verliert.

§ 8 Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung

Nachdem sich im vorigen Kapitel gezeigt hat, dass sich die Unternehmens-Gefährdungshaftung als echte Unternehmenshaftung konzipieren lässt, soll nun in den folgenden beiden Kapiteln die Unternehmens-Verschuldenshaftung näher untersucht werden. Weil die Verschuldenshaftung an schuldhaftes, d. h. vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten anknüpft, wird im Allgemeinen davon ausgegangen, dass juristische Personen und Personengesellschaften, die in einem natürlichen Sinne weder handlungs- noch verschuldensfähig sind, als solche nicht unmittelbar aus Verschulden haften können. Für die Unternehmenshaftung würde dies bedeuten, dass es für die Haftungsbegründung stets einer Verhaltens- und Verschuldenszurechnung bedarf, wenn der Unternehmens-träger kein Einzelunternehmer ist. Demgegenüber wird im Folgenden die These vertreten, dass sich auch die Unternehmens-Verschuldenshaftung oft als echte Unternehmenshaftung konzipieren lässt und dass meist sogar nur ein spezifisch organisationsbezogener Ansatz den Zwecken des Haftungsrechts gerecht wird. Das soll zunächst für die Fahrlässigkeitshaftung illustriert werden, bevor dann in § 9 auf die Vorsatzhaftung eingegangen wird.

Der BGH und die h. L. erkennen an, dass die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung eine direkte Unternehmenshaftung i. S. der in § 3¹ erarbeiteten Definition sein kann, Unternehmensträger gleich welcher Rechtsform also selbst als Adressaten deliktischer Verhaltenspflichten in Betracht kommen. Geläufige Beispiele sind die grundstücksbezogenen Verkehrssicherungspflichten (Streupflicht usw.) oder die Verkehrspflichten der Hersteller im Rahmen der Produzentenhaftung. Allerdings wird allgemein davon ausgegangen, dass für die Verletzung der Pflicht und erst recht für die Verletzung der sog. „inneren Sorgfalt“ an das Verhalten natürlicher Personen anzuknüpfen ist. Ist der Unternehmens-träger kein Einzelunternehmer, sondern eine Gesellschaft, wird vor allem das Verhalten von Repräsentanten i. S. des § 31 BGB für maßgeblich gehalten. Nach dem hier sog. *Kleindiek*-Modell² lassen sich die Pflicht des Unternehmensträgers und das Verschulden eines Repräsentanten zu einem originären Delikt des Unternehmensträgers verbinden. Man muss sich dafür die Unternehmenspflicht als Pflicht des Repräsentanten denken und danach fragen, ob dieser sich hypo-

¹ → § 3 A II.

² Dazu bereits oben → § 1 A II 4, B VI 2a.

thetisch pflichtwidrig verhalten hat. Die objektive Pflichtverletzung und eine etwaige Verletzung der inneren Sorgfalt werden dem Unternehmensträger dann nach § 31 BGB zugerechnet. Die Rechtsprechung wendet zudem auch § 831 BGB auf die Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers an, rechnet also *de facto* nicht nur Repräsentanten-, sondern auch Gehilfenverschulden zu und konstruiert daraus ein unechtes Unternehmensdelikt. Die Anwendung des § 831 BGB hat aber den Nachteil, dass sich der Unternehmensträger selbst bei objektiver Verletzung *seiner eigenen Pflichten* nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann, was oben als noch verfehlt kritisiert wurde als die Entlastung bei echten Gehilfendelikten.³

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass dieser Ansatz einer unechten, auf Zurechnung beruhenden Unternehmenshaftung aus dogmatischer Sicht unnötig kompliziert ist und dass er, wenn man ihn ernst nehmen würde, zu rechtspolitisch unbefriedigenden Ergebnissen führen müsste. Geboten ist vielmehr in den allermeisten Fällen eine echte Unternehmenshaftung i. S. einer Organisationshaftung (dazu ausführlich → § 6 C). Denn nur so lassen sich die Zwecke des Haftungsrechts auch gegenüber Unternehmen realisieren. Die Rechtsprechung verfolgt bereits in vielerlei Hinsicht einen solchen originär unternehmensbezogenen Ansatz, insbesondere bei der Feststellung der objektiven Pflichtverletzung. Das ist auch richtig, weil mit einer auf Repräsentanten oder Gehilfen bezogenen Prüfung die Schadensvermeidungspotenziale des Unternehmens nur unzureichend erfasst würden. Eine individualisierende Perspektive nimmt die Rechtsprechung vor allem hinsichtlich der inneren Sorgfalt ein, bei welcher sie u. a. prüft, ob die drohende Schädigung erkennbar und vermeidbar war. Es wird sich jedoch zeigen, dass dieser Ansatz verfehlt ist. Die Prüfung der Fahrlässigkeit kann und sollte von vornherein ausschließlich auf das Unternehmen als organisatorische Einheit bezogen werden. Die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung lässt sich so als echte Unternehmenshaftung rekonstruieren. Nur in seltenen Fällen, in denen sich ausschließlich ein individuelles Fehlverhalten realisiert, kann man stattdessen eine unechte, auf Zurechnung beruhende Unternehmenshaftung erwägen. Diese Thesen werden im Folgenden ausführlich begründet, wofür zunächst in Teil A auf die Elemente der Fahrlässigkeit näher eingegangen wird, bevor anschließend die echte und die unechte Unternehmenshaftung diskutiert werden (Teile B und C).

³ Vgl. insb. → § 2 C II 3b, § 5 C II 3.

A. Vorüberlegungen zur Fahrlässigkeit

Bevor die Einzelheiten des Modells der Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung dargelegt werden können, ist zunächst auf die Voraussetzungen der Fahrlässigkeitshaftung näher einzugehen. Denn nicht alle Elemente der Fahrlässigkeit sind so hinreichend geklärt, dass sie ohne Weiteres der Unternehmenshaftung zugrunde gelegt werden könnten. Vergleichsweise wenige Probleme wirft das im Mittelpunkt der Fahrlässigkeitsprüfung stehende Erfordernis einer objektiven (Sorgfalts-)Pflichtverletzung auf. Hingegen liegt weitgehend im Dunkeln, was unter der sog. „inneren Sorgfalt“ zu verstehen ist, auf welche es nach Rechtsprechung und h. L. zusätzlich ankommen soll.

I. Grundlagen

Anders als die zweite wichtige Verschuldensform, der Vorsatz, ist die Fahrlässigkeit im BGB ausdrücklich definiert. Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Bei der Fahrlässigkeitshaftung des Deliktsrechts geht es also darum, dass der Schädiger durch sein Verhalten eine Rechtsverletzung herbeiführt, die eine sorgfältige Person nicht herbeigeführt hätte. Traditionell stellt man vor allem darauf ab, ob der Schädiger mit seinem Verhalten eine Sorgfaltspflicht verletzt hat.

In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH jedoch formuliert, von einem Verstoß gegen das Sorgfaltsgebot des § 276 Abs. 2 BGB sei auszugehen, „wenn nach einem objektivierten Beurteilungsmaßstab der Handelnde in seiner konkreten Lage den drohenden rechtswidrigen Erfolg seines Verhaltens voraussehen und vermeiden konnte“.⁴ Auch die Literatur fokussiert sich mitunter stark auf die beiden Elemente der Voraussehbarkeit und der Vermeidbarkeit der Schädigung.⁵ Richtig ist, dass von Fahrlässigkeit keine Rede sein kann, wenn die Gefahr objektiv nicht erkennbar war oder wenn objektiv unvermeidbar war, dass sich die Gefahr realisiert. Denn auch die sorgfältigste Person hätte dann den Schaden nicht verhindern können. Allerdings bedeutet dies nicht, dass sich die Fahrlässigkeit in den Kriterien der Voraussehbarkeit und der Vermeidbarkeit erschöpfen würde. Denn dass die drohende Schädigung (tatsächlich) erkennbar und vermeidbar war, sagt noch nichts darüber aus, ob sie rechtlich vermieden werden *musste*. Der BGH betont im Zusammenhang mit den Verkehrs-

⁴ BGH NJW-RR 1996, 981.

⁵ BeckOK-BGB/S. Lorenz, ⁶⁴2022, § 276 Rn. 17; BeckOGK/Schaub, 1.12.2022, § 276 BGB Rn. 57; MünchKommBGB/Grundmann, ⁹2022, § 276 Rn. 53; Jauernig/Stadler, ¹⁸2021, § 276 Rn. 23; Erman/Ulber, ¹⁶2020, § 276 Rn. 14; Looschelders, SchuldR AT, ²⁰2022, § 23 Rn. 7; Larenz, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 20 III, S. 282.

pflichten völlig zu Recht, dass ein allgemeines Verbot, andere zu gefährden, „utopisch“ wäre. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sei daher genügt, „wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält“.⁶ Auch erkennbare und vermeidbare Schädigungen müssen also nicht immer vermieden werden, sondern nur, wenn die Rechtsordnung dies für „erforderlich“ erklärt. Es geht also mit anderen Worten darum, ob der Schädiger *rechtlich verpflichtet* war, den Schaden zu vermeiden und ob er diese Pflicht verletzt hat. Dieses an sich selbstverständliche Erfordernis der Sorgfaltspflichtverletzung droht verloren zu gehen, wenn man Fahrlässigkeit nur noch über die Elemente der Voraussehbarkeit und der Vermeidbarkeit definiert.

Der Hauptgrund für die reduzierten Definitionen in Rechtsprechung und Literatur dürfte darin liegen, dass die objektive Pflichtverletzung im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB und im Rahmen der Verkehrspflichthaftung als eigenständiges, vor dem Verschulden zu prüfendes Tatbestandsmerkmal angesehen wird. Sie wird daher typischerweise schon bejaht worden sein, wenn die Sprache auf das Merkmal der Fahrlässigkeit kommt. Es mag dann nahe liegen, die Pflichtverletzung im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung nicht nochmal anzusprechen und diese Prüfungsebene stattdessen mit den Merkmalen der „Erkennbarkeit“ und der „Vermeidbarkeit“ anzureichern.⁷ Unabhängig davon, wie man das Verhältnis von Pflichtverletzung und Fahrlässigkeit im Einzelnen sieht, dürfte aber heute weitgehend unstreitig sein, dass eine Fahrlässigkeitshaftung *ohne* Pflichtverletzung nicht in Betracht kommt.⁸ Lebhaft diskutiert wird hingegen, ob sich die Fahrlässigkeit in der Pflichtverletzung erschöpft oder ob und ggf. welche weiteren Anforderungen daneben noch erfüllt sein müssen. Im Kern geht es um die Frage, ob zur Fahrlässigkeit nicht nur die Verletzung der äußeren Sorgfalt gehört, also die objektive Pflichtverletzung, sondern – so sieht es die wohl h. M. – auch noch die Verletzung der inneren Sorgfalt. Bevor auf diesen Streitpunkt und seine Bedeutung für die Unternehmenshaftung näher

⁶ St. Rspr., z. B. BGH NJW 2021, 1090, 1091, Rn. 9; NZM 2019, 893, 894, Fn. 14; NJW 2014, 2104, 2105, Rn. 9; BGHZ 195, 30, 33 = NJW 2013, 48, Rn. 7; NJW-RR 2011, 888, 889, Rn. 9; BGH r+s 2010, 300, 301, Rn. 6.

⁷ Zu diesen Merkmalen ausf. unten → IV 2b, c.

⁸ Grüneberg/*Grüneberg*, ⁸²2023, § 276 Rn. 8; Soergel/*Pfeiffer*, ¹³2014, § 276 Rn. 76f. A. A. offenbar *Brüggemeier*, *HaftungsR*, 2006, 52ff., der meint, für die Fahrlässigkeit als Verschuldensform sei eine Verhaltenspflicht „ohne Bedeutung“ und es deshalb (entgegen *Wagner*) ablehnt, Fahrlässigkeit und Pflichtwidrigkeit gleichzusetzen. Richtig ist daran, dass bei unmittelbaren Rechtsverletzungen die Existenz einer entgegenstehenden Verhaltenspflicht (nicht deren Verletzung!) so offensichtlich sein kann, dass sie keiner Erwähnung bedarf. Das bedeutet aber nicht, dass die Pflicht nicht bestünde und erst recht nicht, dass es auf die Verletzung der Pflicht nicht ankäme. In diesem Sinne sind auch *Schwartz*' Erläuterungen zum Restatement (Third) of Torts zu verstehen, auf die sich *Brüggemeier* für seine Ansicht fälschlicherweise beruft, s. General Principles, Discussion Draft (5.4.1999), § 6 Comment a; vgl. auch *Physical & Emotional Harm* (2010), § 6 Comment f, § 7 Comment a.

eingegangen wird, sind im Folgenden zunächst die Grundlagen des Erfordernisses einer objektiven Pflichtverletzung genauer darzustellen.

II. Pflichtverletzung

Zentrales Element der Fahrlässigkeit ist, wie soeben gesehen, nicht die Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Schädigung, sondern die objektive Sorgfaltspflichtverletzung. Diese wiederum besteht schlicht darin, dass sich der Schädiger anders verhält als es die Rechtsordnung vorgibt. Eine der berühmtesten Formulierungen dieses Gedankens geht auf den englischen Richter *Baron Alderson* zurück, der mit folgender Fahrlässigkeitsdefinition gleich noch den Maßstab der *reasonable person* etablierte: „Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do.“⁹ Bezogen auf das deutsche Haftungsrecht, jedoch unter Hinweis auf das erste U.S. Restatement of Torts formulierte *Wiethölter*, bekennender Anhänger eines objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs, fahrlässig sei „ein Verhalten, das den Anforderungen im Verkehr nicht genügt“.¹⁰ Dasselbe meint wohl auch *Brüggemeier*, wenn er schreibt, es gehe um die Feststellung, „ob das empirische Verhalten des Verursachers dem Sorgfaltsstandard entsprochen hat oder nicht. [...] Nicht mehr und nicht weniger ist das Geheimnis der Fahrlässigkeit.“¹¹ Nicht recht nachvollziehbar ist allerdings, warum er es ablehnt, das Unterschreiten der geforderten Sorgfalt als „Sorgfaltspflichtverletzung“ zu bezeichnen.¹² Wenn die Rechtsordnung eine bestimmte Sorgfalt verlangt, darf man ruhig sagen, dass sie hierzu *verpflichtet* und jeder Verstoß daher eine *Pflichtverletzung* ist.¹³

Die entscheidende Frage der Fahrlässigkeitshaftung ist somit, welche Sorgfalt die Rechtsordnung verlangt, welches „Verhaltensprogramm“ sie also vorgibt.¹⁴ Dieses hypothetische Alternativverhalten ist dann mit dem tatsächlichen Verhalten des Schädigers zu vergleichen, um festzustellen, ob er pflichtwidrig dahinter zurückgeblieben ist.¹⁵ Wie das rechtlich gebotene Verhalten genau bestimmt wird, ist im hiesigen Kontext auch deshalb relevant, weil später zu un-

⁹ *Blythe v Birmingham Waterworks Co* [1856] 156 E.R. 1047, 1049.

¹⁰ *Wiethölter*, Rechtfertigungsgrund, 1960, 49.

¹¹ *Brüggemeier*, HaftungsR, 2006, 51.

¹² So aber *Brüggemeier*, HaftungsR, 2006, 52. Vgl. auch schon oben → Fn. 8.

¹³ Ob man besser von einer (Sorgfalts-)Obliegenheit sprechen sollte, wenn die Pflicht als solche nicht durchsetzbar ist, sondern „nur“ der Begründung einer Haftung dient (so insb. *Jansen*, AcP 216 (2016), 112, 218, 230f.), ist eine andere Frage. M.E. ist es unschädlich, bei dem etablierten Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung zu bleiben.

¹⁴ *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 900f.; vgl. auch schon *Heck*, Grundriß, 1929, 76f.

¹⁵ *Esser/E. Schmidt*, SchuldR AT 2, §2000, 84.

tersuchen sein wird, ob die Rechtsordnung spezielle Verhaltensanforderungen für Unternehmen formuliert und ob deren Verletzung eine Unternehmens-Fahrlässigkeit begründen kann.¹⁶ Im Folgenden soll daher genauer beleuchtet werden, welche Kriterien die Rechtsprechung heranzieht, um zu überprüfen, ob der Schädiger objektiv eine Sorgfaltspflicht verletzt hat. Dafür ist zunächst kurz auf den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab einzugehen und zu erläutern, dass sich die Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung aus zivilprozessualen Gründen typischerweise auf konkrete Schadensvermeidungsmaßnahmen bezieht. Anschließend wird gezeigt, dass die Rechtsprechung zwar vielfach mit vereinfachten Ersatzmaßstäben wie der „durchschnittlichen Vergleichsperson“ operiert, dass sie jedoch gerade in komplexeren Fällen oft ökonomisch argumentiert und dass dies aus teleologischen Gründen auch richtig ist.

1. Objektiver Maßstab

Es entspricht der ganz h. M., dass im Zivilrecht – anders als im Strafrecht¹⁷ – für die Fahrlässigkeit kein individueller, sondern ein auf die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter objektiv-abstrakter Sorgfalsmaßstab gilt.¹⁸ Es geht also nicht darum, welches Verhalten von dem konkreten Schädiger erwartet werden konnte; seine persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sind für die Beurteilung nach § 276 Abs. 2 BGB grundsätzlich ohne Belang. Der Schädiger kann sich deshalb z. B. nicht von der Haftung befreien, indem er sich darauf beruft, er sei intellektuell oder emotional überfordert gewesen, sondern er muss für sein Verhalten auch einstehen, wenn es aus seiner persönlichen Lage heraus entschuldbar erscheinen mag.¹⁹ Entscheidend ist nur, ob der Schädiger diejenige Sorgfalt beachtet hat, die nach den Erfordernissen des Verkehrs in der konkreten Situation erwartet werden musste.²⁰

a) Rechtfertigung

Der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab kann dazu führen, dass vom Schädiger mehr verlangt wird, als er persönlich zu leisten imstande ist, und dass er auf Schadensersatz haftet, obwohl ihm moralisch kein Vorwurf zu machen ist. Das

¹⁶ Dazu ausf. unten → B III.

¹⁷ Vgl. nur *Roxin/Greco*, Strafr AT I, ⁵2020, § 24 Rn. 54; *Kühl*, Strafr AT, ⁸2017, § 17 Rn. 89ff.

¹⁸ St. Rspr., z. B. BGH NJW 2001, 1786, 1787; NJW 2000, 2812, 2813; NJW 2000, 2737, 2740; NJW 1995, 1150, 1151; NJW 1988, 909; BGHZ 39, 281, 283 = NJW 1963, 1609, 1610; BGHZ 8, 138, 140 = NJW 1953, 257; BGHZ 5, 318, 319 = NJW 1952, 779; RGZ 95, 16, 17 (1919); RGZ 68, 422, 423 (1908); RG JW 1904, 357, Nr. 8. *Grüneberg/Grüneberg*, ⁸²2023, § 276 Rn. 15; *MünchKommBGB/Grundmann*, ⁹2022, § 276 Rn. 55f.; *MünchKommBGB/Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 38ff.; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 276 Rn. 29.

¹⁹ BGH NJW 2001, 1786, 1787.

²⁰ BGH NJW 1988, 909.

wird mitunter als ungerecht empfunden und als Abweichung von einem rechtsethisch verstandenen Verschuldensprinzip angesehen,²¹ zeigt aber nur, dass es bei der zivilrechtlichen Fahrlässigkeit nicht um Vorwerfbarkeit geht. Es wäre verfehlt, das zivilrechtliche Verschulden moralisch zu überhöhen.²² Anders als im Strafrecht kann man nicht nur den „Täter“ und seine Tat in den Blick nehmen. Denn im Zivilrecht dient das Kriterium der Fahrlässigkeit in erster Linie dazu, die Schadenskosten sachgerecht zu verteilen, und deshalb ist notwendigerweise auch der Geschädigte in die Betrachtung miteinzubeziehen.

Mit moralischen Maßstäben lässt sich das Problem der Schadensverteilung schon deshalb nicht lösen, weil sich der Geschädigte oft ebenfalls nicht vorwerfbar verhalten hat und es daher genauso ungerecht erscheinen kann, die Schadenskosten bei ihm zu belassen. Jede Rücksichtnahme auf individuelle Defizite des Schädigers würde aber im Rahmen der Schadensverteilung zwangsläufig auf Kosten des Geschädigten erfolgen, der seinen Schaden dann *wegen persönlicher Umstände des Schädigers* nicht ersetzt bekäme. Der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab trägt demgegenüber den berechtigten Interessen des Rechtsverkehrs Rechnung, weil er den Schädiger daran misst, welches Verhalten von einer Person in der jeweiligen Lage generell erwartet werden konnte.²³ Im Ergebnis darf sich jeder darauf verlassen, dass die anderen die in der jeweiligen Situation erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen oder das Haftungsrisiko tragen, sollte es daran fehlen.

Aus funktionaler Sicht ist der objektive Maßstab deshalb geboten, weil nur der Schädiger in der Lage ist, gegen seine individuelle Defizite anzukämpfen und durch Fortbildung, Übung usw. seine Kenntnisse und Fähigkeiten möglichst nah an das objektiv Erforderliche heranzubringen. Der objektive Maßstab vermittelt also wichtige Anreize zur Schadensvermeidung.²⁴ Das zeigt sich

²¹ Aus jüngerer Zeit z.B. *Canaris*, *VersR* 2005, 577, 579 (m. Fn. 14); *Widmer*, in: *Grundstrukturen*, 2003, 147, 175 f.; *Koziol*, *AcP* 196 (1996), 593, 600 f.; *Larenz/Canaris*, *SchuldR BT*, 13/1994, § 75 I 2g, S. 353 f.; *Larenz*, *SchuldR AT*, 14/1987, § 20 III, S. 286 f. Teils sehr deutliche Kritik äußerten die frühen Subjektivisten, vgl. z.B. *Planck/Siber*, 4/1914, § 276 Anm. 2b β bb), S. 221 f. („Enklave von Verursachungshaftung“, „willkürlich und prinzipienlos abgegrenzt“); *Kreß*, *SchuldR AT*, 1929, 327; *Enneccerus*, *BGB AT*, 12/1928, § 197 I 3a, S. 551–552 (m. Fn. 6); *v. Tuhr*, *BGB AT*, Bd. II/2, 1918, 489; *F. Leonhard*, *FG Enneccerus*, 1913, 1, 50 ff. und passim (S. 57: „grausames Recht“); *Brodmann*, *AcP* 99 (1906), 327, 370 („ungerecht“, „barbarisch“).

²² Dazu noch unten → IV 4.

²³ *Grüneberg/Grüneberg*, 82/2023, § 276 Rn. 15; *MünchKommBGB/Grundmann*, 9/2022, § 276 Rn. 55; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 276 Rn. 29. Grundlegend zum Verkehrsschutz auch schon *Holmes*, *Common Law*, 1881, 108: „If, for instance, a man is born hasty and awkward, is always having accidents and hurting himself or his neighbors, no doubt his congenital defects will be allowed for in the courts of Heaven, but his slips are no less troublesome to his neighbors than if they sprang from guilty neglect. His neighbors accordingly require him, at his proper peril, to come up to their standard, and the courts which they establish decline to take his personal equation into account.“

²⁴ *MünchKommBGB/Wagner*, 8/2020, § 823 Rn. 42; *Wagner*, *DeliktsR*, 14/2021, Kap. 5 Rn. 24; *Wagner*, in: *Grundstrukturen*, 2003, 189, 265 ff.

gerade im unternehmerischen Bereich: Erlaubte man einem Öllieferanten, sich darauf zu berufen, er sei im Rahmen seiner Ausbildung nicht darauf hingewiesen worden, dass nach dem Tankvorgang mit einem Überdruck zu rechnen ist und dass die Schlauchkupplung deshalb nur schrittweise geöffnet werden darf,²⁵ hätte der Unternehmer einen Grund weniger, sich um eine gute, den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Ausbildung zu bemühen. Ähnlich wäre es, wenn sich ein Lastwagenfahrer, der das Lastreglerventil an seinem Fahrzeug falsch eingestellt hat und deshalb ins Schleudern geraten ist, damit entlasten könnte, es sei aus keinem Handbuch zu ersehen, wie das Ventil in der konkreten Situation hätte eingestellt werden müssen.²⁶ Besonders offenkundig wird diese wichtige Funktion des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs ferner in der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, wo völlig zu Recht immer wieder betont wird, es müsse der jeweilige medizinische Standard gelten, auch wenn die konkret handelnde Person diesen nach ihren persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten möglicherweise nicht erreichen konnte.²⁷ Nicht unproblematisch ist vor diesem Hintergrund allerdings die Rechtsprechung, dass über dem Standard liegende Kenntnisse und Fähigkeiten der handelnden Person haftungsverschärfend wirken können.²⁸ Denn damit wird ein Anreiz gesetzt, auf den Erwerb solcher besonderen Qualifikationen lieber zu verzichten.²⁹

Zur Schadensvermeidung trägt der objektive Maßstab ferner auch dadurch bei, dass er dem Handelnden einen Anreiz setzt, sich gar nicht erst in Situationen zu begeben, denen er nicht gewachsen ist.³⁰ Wer über die zur Gefahrbeherrschung erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse nicht verfügt, wird sich angesichts der drohenden Haftung umso genauer überlegen, ob er die schadensträchtige Tätigkeit nicht lieber ganz unterlassen sollte. Daraus erklärt sich auch, warum die Rechtsprechung von der Anwendung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs abrückt, wenn andernfalls die gesellschaftliche Teilhabe strukturell benachteiligter Gruppen, z. B. alter Menschen oder solcher mit Behinderung, auf dem Spiel stünde.³¹ Im unternehmerischen Bereich können solche Privile-

²⁵ Vgl. den Fall BGH NJW 1995, 1150, der jedoch die persönliche Haftung des Tankwagenfahrers betraf. Vgl. dazu schon oben → § 4 B I 1a bei Fn. 61–64.

²⁶ So der Fall BGH VersR 1968, 395.

²⁷ BGH NJW 2001, 1786, 1787; BGHZ 144, 296, 305 f. = NJW 2000, 2737, 2740; NJW 1999, 1778, 1779; NJW 1995, 776, 777; NJW 1993, 2989, 2990; MünchKommBGB/Wagner, ⁹2023, § 630a Rn. 143 ff.; LKL/Katzenmeier, ArztR, ⁸2021, Kap. X Rn. 20; Deutsch/Spickhoff, MedizinR, ⁷2014, Rn. 328. Vgl. auch § 630a Abs. 2 BGB.

²⁸ BGH NJW 1987, 1479, 1480.

²⁹ Vgl. *Ben-Shabar/Porat*, N.Y.U. L. Rev. 91 (2016), 627, 663 ff. Für einen Rechtfertigungsversuch s. MünchKommBGB/Wagner, ⁹2023, § 630a Rn. 145 (komparativer Kostenvorteil des Spezialisten).

³⁰ Vgl. BGH NJW 1988, 909 m. w. N. Grundlegend aus ökonomischer Sicht *Shavell*, *Accident Law*, 1987, 75; ferner *Posner*, *Economic Analysis*, ⁹2014, 196.

³¹ BVerfG NJW 2016, 3013, 3014; Grüneberg/Grüneberg, ⁸²2023, § 276 Rn. 17; MünchKommBGB/Grundmann, ⁹2022, § 276 Rn. 66; Deutsch, Fahrlässigkeit, ²1995, 130 f. Es stellt

gierungen allerdings keine Rolle spielen, sondern hier muss es dabei bleiben, dass jeder den allgemeinen Anforderungen an die jeweilige Berufsgruppe zu genügen hat. Das erkennen selbst Anhänger eines subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs wie *Koziol* an, der die Ausübung von „Sachverständigentätigkeiten“³² einem objektiven Maßstab unterstellen will, um nicht ausreichend qualifizierte Personen von solchen Tätigkeiten fernzuhalten.³³

Für den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab spricht ferner, dass es sich dabei rechtsvergleichend gesehen um den dominanten Ansatz handelt.³⁴ Wichtige Ausnahme ist das österreichische Zivilrecht, das einen subjektiven Maßstab zur Anwendung bringt.³⁵ In der Schweiz sind hingegen in jüngerer Zeit rechtspolitische Vorschläge einer „Resubjektivierung“ gescheitert.³⁶ Auch Art. 4:102 (1) PETL und Art. VI.-3:102 (b) DCFR definieren den Sorgfaltsmaßstab objektiv („reasonable person“, „reasonably careful person“).³⁷

b) Typisierung

Der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab wird allerdings nicht derart absolutiert, dass das Verhalten aller Schädiger an demselben Maßstab gemessen würde. Vielmehr orientieren sich die Gerichte für die Bestimmung von Sorgfaltsmaßstäben in der Regel an Verkehrskreisen, definieren also z. B. spezielle Maßstäbe für unterschiedliche Alters- oder Berufsgruppen. Aus funktionaler Sicht wird damit der Tatsache Rechnung getragen, dass sich die Schadensvermeidungsmöglichkeiten und Schadensvermeidungskosten potenzieller Schädiger unterscheiden können.³⁸ So kann es für den konkreten Schädiger mehr oder weniger aufwendig sein, die Gefahrenquelle zu sichern. Ein junger, gesunder Mensch kann z. B. einer Streupflicht leichter nachkommen als ein alter oder kranker.

sich allerdings die Frage, warum man die Kosten dieser sozialpolitisch erwünschten Privilegierung den Geschädigten aufbürdet und nicht der Allgemeinheit, z. B. durch steuerfinanzierte Haftpflichtversicherungen oder Haftungsfonds.

³² *Koziol* nimmt damit Bezug auf § 1299 ABGB, dessen S. 1 auch für Gewerbebetreibende gilt: „Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Noth freywillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den nothwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten.“

³³ *Koziol*, AcP 196 (1996), 593, 608.

³⁴ Vgl. *Widmer*, in: PETL Fault, 2005, 331, Rn. 16–19; *Wagner*, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 256 ff.

³⁵ *Koziol*, in: PETL Fault, 2005, 11, Rn. 21–24; *Koziol*, AcP 196 (1996), 593, 595 f.

³⁶ Art. 48a des Vorentwurfs v. 9.10.2000, abgedruckt in ZEuP 2001, 758, 761. Dazu *Widmer/Wessner*, Revision, 2000, 119 ff.; *CHK/Chr. Müller*, 2016, Art. 41 OR Rn. 11. Vgl. auch den strikt objektiv formulierten Art. 46 des Entwurfs für ein „Schweizer Obligationenrecht 2020“, dazu *Fellmann/C. Müller/Werro*, OR 2020, 2013, Art. 46 Rn. 9–12; Mitt. des Bundesamtes für Justiz (CH) v. 31.1.2018, <https://t1p.de/9kjq> (abgerufen am 28.12.2022).

³⁷ Vgl. aber auch Art. 4:102 (2) PETL.

³⁸ *Shavell*, Accident Law, 1987, 73 ff.

Das kann es rechtfertigen, für den jungen, gesunden Menschen einen höheren Sorgfaltsmaßstab festzusetzen oder für den alten oder kranken einen geringeren. Denn ein Durchschnittsmaßstab würde von Letzterem zu viel verlangen, von Ersterem aber zu wenig.³⁹ Allerdings ist für die Gerichte nicht immer zu erkennen, wer individuell über welche Schadensvermeidungsfähigkeiten verfügt. Es wäre auch nicht sinnvoll, einen unendlich hohen Aufwand zu betreiben, um diese Informationen einzuholen, weil die Vorteile begrenzt sind. Außerdem würde eine solche Subjektivierung die oben⁴⁰ beschriebenen Anreize unterlaufen, sich nicht in gefährliche Situationen zu begeben und schadensträchtige Tätigkeiten möglichst zu unterlassen. Die Typisierung nach Verkehrskreisen geht einen Mittelweg: Sie trägt offenkundigen, leicht erkennbaren Unterschieden zwischen verschiedenen Gruppen von Schädigern Rechnung, berücksichtigt jedoch nicht die persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften des konkreten Schädigers. Der Maßstab bleibt also im Kern objektiv.

2. Maßnahmenbezogene Prüfung

In der Literatur wird teilweise der Eindruck erweckt, die Pflichtverletzung sei so zu prüfen, dass man zunächst bestimmt, wie sich eine sorgfältige Person in der Situation des Schädigers verhalten hätte und dann danach fragt, ob das tatsächliche Verhalten des Schädigers dahinter zurückgeblieben ist (also als „Soll-Ist-Vergleich“).⁴¹ Die Bestimmung der optimalen Sorgfalt spielt gerade in der ökonomischen Analyse eine große Rolle, wo man sie als Minimum der Summe aus Schadenskosten und Schadensvermeidungskosten definiert. Die Gerichte sollen also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt i. S. des § 276 Abs. 2 BGB so „einstellen“, dass der Schädiger motiviert wird, alle Sorgfaltsmaßnahmen zu ergreifen, deren Kosten geringer sind als die Kosten der dadurch vermiedenen Schäden.⁴² Dadurch sollen die gesamtgesellschaftlichen Kosten möglichst gering gehalten werden, um die Gesamtwohlfahrt zu maximieren. Dem wird oft entgegengehalten, die Gerichte verfügten nicht über die notwendigen Informationen, um die erforderliche Sorgfalt in diesem Sinne zu bestimmen.⁴³ Die Schwierigkeit, den Soll-Standard festzulegen, ist jedoch keine Besonderheit der ökonomischen Analyse. Das Verhalten einer hypothetischen, sorgfältigen Vergleichsperson zu definieren, fällt auch mit nicht-ökonomischen Ansätzen schwer, vielleicht sogar noch schwerer, weil schon das Ziel und die Kriterien oft unklar sind.⁴⁴

³⁹ Vgl. mit einem Zahlenbeispiel *Posner*, *Economic Analysis*, 92014, 196.

⁴⁰ → a.

⁴¹ So z. B. *Brüggemeier*, *HaftungsR*, 2006, 57, 61.

⁴² *MünchKommBGB/Wagner*, 82020, Vor § 823 Rn. 55; *Wagner*, *DeliktsR*, 142021, Kap. 4 Rn. 13; *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch*, 62020, 204 ff.

⁴³ *Soergel/Pfeiffer*, 132014, § 276 Rn. 86; *Eidenmüller*, *AcP* 197 (1997), 80, 105 f.; *Taupitz*, *AcP* 196 (1996), 114, 155 ff.; *Eidenmüller*, *Effizienz*, 1995, 429 f.

⁴⁴ Dazu noch unten → 3c.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die Gerichte gar nicht so vorgehen, dass sie erst die erforderliche Sorgfalt i.S. des § 276 Abs. 2 BGB abstrakt definieren und dann das Verhalten des Schädigers daran messen würden. Vielmehr wird das Prüfungsprogramm maßgeblich durch die Prozesssituation definiert, die dem Geschädigten die Bürde auferlegt, einen Sorgfaltsverstoß des Schädigers darzulegen und ggf. zu beweisen. Der Geschädigte wird dazu typischerweise entweder eine konkrete Maßnahme benennen, die der Schädiger hätte unterlassen sollen, weil sie sorgfaltswidrig war, oder er wird konkrete Sorgfaltsmaßnahmen anführen, die der Schädiger nicht ergriffen hat, nach Ansicht des Geschädigten aber hätte ergreifen müssen.⁴⁵ So oder so ist die Prüfung der Fahrlässigkeit durch den Parteivortrag stark vorstrukturiert und beschränkt sich von vornherein auf vergleichsweise konkrete Schadensvermeidungsprojekte und deren Bewertung.

Wird Fahrlässigkeit bejaht, wird im Urteil (mindestens) eine konkrete Sorgfaltsmaßnahme benannt, die der Schädiger unterlassen hat, die eine sorgfältige Vergleichsperson jedoch ergriffen hätte. Was sonst noch alles zur optimalen Sorgfalt gehört hätte, ist dann nicht weiter relevant. So hat der BGH z.B. im Dentisten-Fall ein fahrlässiges Verhalten bejaht, weil der Dentist mit einer ungesicherten Nervnadel gearbeitet hatte, obwohl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eine Sicherung der Nadel verlangt hätte.⁴⁶ Die Fahrlässigkeitsprüfung fokussierte sich von vornherein auf die unterlassene Sicherung der Nadel, auf das weitere hypothetische Verhalten eines sorgfältigen Vergleichs-Dentisten kam es nicht an. Generell geht der BGH heute für das Arzthaftungsrecht davon aus, dass der maßgebliche Sorgfaltsstandard unterschritten wird, wenn der Behandelnde von einer medizinisch gebotenen Vorgehensweise absieht.⁴⁷ Der Geschädigte muss also zur Begründung der Fahrlässigkeit „nur“ zeigen, dass mindestens eine erforderliche Vorsichtsmaßnahme unterlassen wurde. Eine ähnliche Argumentationsstruktur findet sich in zahlreichen anderen Fällen, in denen die Haftung aus Fahrlässigkeit bejaht wird. Stets wird entweder ein konkretes Verhalten benannt, dass der Schädiger hätte unterlassen sollen oder es wird umgekehrt gerügt, dass der Schädiger eine konkrete Maßnahme unterlassen hat, obwohl sie in der konkreten Situation geboten gewesen wäre. So hat der BGH z.B. die Haftung des Veranstalters eines Eishockey-Bundesligaspiels damit begründet, es habe eine erforderliche Plexiglasverkleidung an den Längsseiten des Eishockeyfelds gefehlt,⁴⁸ und die Haftung der Betreiberin einer

⁴⁵ Für das US-amerikanische Recht grundlegend *Grady*, J. Legal Stud. 18 (1989), 139 ff.; für das deutsche Recht ausf. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 62020, 228–230, 233 f.

⁴⁶ BGHZ 8, 138, 141 = NJW 1953, 257, 258.

⁴⁷ Vgl. BGH NJW 2003, 2311, 2313; NJW 1996, 779, 780; NJW 1989, 2321, 2322; NJW 1988, 2949, 2950.

⁴⁸ BGH NJW 1984, 801, 802. Vgl. auch BGH NJW-RR 2013, 1490, 1491: Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht durch fehlende Schutzwand bei Mäharbeiten.

Trampolinanlage damit, es wäre ein spezifischer Warnhinweis nötig gewesen.⁴⁹ Im Fokus der Fahrlässigkeitsprüfung stand also jeweils eine konkrete Maßnahme, deren Unterlassung den Sorgfaltsverstoß begründete.

Wird Fahrlässigkeit verneint, werden typischerweise Schritt für Schritt die vom Geschädigten vorgeschlagenen Sorgfaltsmaßnahmen geprüft und jeweils für nicht erforderlich erklärt. So hat der BGH z.B. im Fall eines Autoscooter-Unfalls Anfang der 1970er-Jahre u. a. geprüft, ob der Betreiber verpflichtet war, a) selbst oder durch seine Gehilfen den Benutzern beim Aussteigen behilflich zu sein, b) die Autoscooter mit Sicherheitsgurten auszustatten, c) die Sicherheitsgurte mit einer technischen Vorrichtung auszustatten, die eine vorzeitiges Öffnen des Gurtes verhindert hätte, d) der zwölfjährigen Klägerin die Nutzung des Autoscooters zu verbieten, e) durch eine weithin sichtbare Warntafel oder eine Lautsprecheransage die Benutzer darauf hinzuweisen, dass sie die Fahrzeuge erst verlassen dürfen, wenn nach Abschaltung des elektrischen Betriebs ein akustisches Signal ertönt. Für keine dieser hypothetischen Sorgfaltsmaßnahmen ließ sich der BGH davon überzeugen, dass sie i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich gewesen wäre. Wichtig ist im hiesigen Zusammenhang vor allem, wie der BGH methodisch vorgeht: Es wird nicht erst abstrakt definiert, wie sich ein sorgfältiger Autoscooter-Betreiber verhalten hätte und dann das Verhalten des Beklagten damit verglichen, sondern der BGH verengt die Prüfung von vornherein auf die konkreten, vom Kläger gerügten Sorgfaltsmaßnahmen. Das Prüfungsprogramm und vor allem der Bedarf an Informationen wird dadurch stark vereinfacht, weil es nur darum geht, ob eine der vorgeschlagenen Maßnahmen erforderlich gewesen wäre. Das Beispiel ist frei gegriffen, die Prüfungsmethodik findet sich aber genauso in anderen Entscheidungen, in denen Fahrlässigkeit verneint wurde.⁵⁰ In der Gesamtschau wird deutlich, dass die Pflichtwidrigkeit meist bezogen auf konkrete Maßnahmen geprüft wird, und zwar ohne dass zunächst abstrakt die optimale Sorgfalt definiert würde.

3. Konkretisierung der erforderlichen Sorgfalt

Hat man einmal eine Maßnahme identifiziert, deren Unterlassung einen Sorgfaltsverstoß darstellen könnte, stellt sich die Frage, wie genau zu prüfen ist, ob die Maßnahme i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich war. Mitunter können die Gerichte dafür auf Rechtsnormen oder sonstige Regelwerke zurückgreifen, denen sich Verhaltensregeln für bestimmte Situationen entnehmen lassen. In eher einfach gelagerten Fällen greifen sie außerdem auf den Vergleichsmaßstab eines verständigen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises zurück. Beides soll im Folgenden kurz illustriert werden, soweit es für die Unternehmenshaftung

⁴⁹ BGH NJW 2008, 3775, 3776, Rn. 12.

⁵⁰ Vgl. etwa BGH NJW 2021, 1090, 1091 ff., Rn. 7 ff.; NJW 2007, 762, 763 f., Rn. 12 ff.; NJW-RR 2005, 251, 252 f.; VersR 1985, 641 f.; VersR 1979, 1163 ff.

relevant ist. Fehlt es an konkretisierenden Vorschriften und lässt sich auch nicht intuitiv entscheiden, ob eine Maßnahme erforderlich war oder nicht, stellt sich die Frage, wie die erforderliche Sorgfalt „eigentlich“ zu bestimmen ist. In der Literatur konkurrieren hierfür im Wesentlichen zwei Ansätze: Einerseits wird argumentiert, es müsse auf Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung entschieden werden, andererseits wird vorgeschlagen, der Erforderlichkeitsprüfung eine Kosten-Nutzen-Analyse zugrunde zu legen. Auch hierauf ist im Folgenden einzugehen, wobei sich zeigen wird, dass die Rechtsprechung in komplexen Fällen eher der ökonomischen Betrachtung zuneigt und dass dies in teleologischer Hinsicht überzeugt.

a) Rechtsnormen, Regelwerke

Die erforderliche Sorgfalt i. S. von § 276 Abs. 2 BGB wird in vielen Fällen nicht *ad hoc* definiert, sondern anderen Rechtsnormen oder sonstigen Regelwerken entnommen, die für den jeweiligen Verkehrskreis eine gewisse Verbindlichkeit haben. Eine Sonderrolle kommt den Schutzgesetzen i. S. von § 823 Abs. 2 BGB zu, weil sie nicht nur den Verhaltensmaßstab der Fahrlässigkeit prägen, sondern oft auch den Rechts- und Rechtsgüterschutz im Vergleich zu § 823 Abs. 1 BGB erweitern. Die Formulierung von Sorgfaltspflichten durch den Gesetzgeber, aber auch durch Branchenverbände, Normungsorganisationen usw. kann die Gerichte bei der Feststellung des gebotenen Verhaltens entlasten. Denn auch in Rechtsnormen wie der StVO und Regelwerken wie den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften oder bestimmten DIN-Normen geht es um den sachgerechten Umgang mit Gefahren und deshalb kann eine gewisse Plausibilität dafür sprechen, dass bei einem Verstoß gegen eine solche Vorschrift auch die erforderliche Sorgfalt i. S. des § 276 Abs. 2 BGB außer Acht gelassen wurde. So ist es etwa in der Regel bei Verstößen gegen die Vorgaben des Straßenverkehrsrechts, z. B. das Rechtsfahrgebot gemäß § 2 Abs. 2 StVO oder die in § 3 StVO vorgegebenen Höchstgeschwindigkeiten. Auch wenn der Gesetzgeber Vorgaben für die sichere Verwahrung brennbarer Flüssigkeiten,⁵¹ die Herstellung technischer Arbeitsmittel⁵² oder das Räumen und Streuen von Gehwegen bei Schneeglätte⁵³ macht, definiert er damit die erforderliche Sorgfalt und ein Verstoß gegen die Rechtsnorm indiziert eine Sorgfaltspflichtverletzung.⁵⁴ Voraussetzung dieser Gleichsetzung bzw. Indizwirkung ist allerdings, dass die

⁵¹ Vgl. den Fall BGH VersR 1961, 231.

⁵² Vgl. BGH VersR 1984, 270.

⁵³ Vgl. z. B. BGH VersR 1967, 685.

⁵⁴ BGH NJW 1985, 1774, 1775; VersR 1984, 270, 271; BGHZ 51, 91, 103 f. = NJW 1969, 269, 274; BGH NJW 1968, 1279, 1281; VersR 1967, 685, 686; VersR 1956, 190, 191; RGZ 113, 293, 294 f. (1926); RGZ 91, 72, 76 (1917); zumindest für die Verletzung der äußeren Sorgfalt auch *Deutsch/Abrens*, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 293.

Rechtsnorm das gebotene oder verbotene Verhalten hinreichend konkret umschreibt.⁵⁵

b) Vergleichsperson

Vor allem in eher einfach gelagerten Fällen stellt die Rechtsprechung mitunter darauf ab, wie sich andere Angehörige des jeweiligen Verkehrskreises verhalten hätten. Hier findet sich einerseits ein quasi-empirischer Ansatz, bei dem die Gerichte damit argumentieren, was z.B. in der jeweiligen Branche üblich war.⁵⁶ Teilweise greifen sie dafür auf Einlassungen von Sachverständigen oder eine verschriftlichte Branchenübung zurück, oft bleiben die entsprechenden Feststellungen aber auch eher spekulativ.⁵⁷ Dazu passt, dass der BGH in ständiger Rechtsprechung betont, die Verkehrssitte sei nur ein erster Anhaltspunkt, entscheidend sei nach § 276 Abs. 2 BGB nicht die *übliche*, sondern die *erforderliche* Sorgfalt.⁵⁸ Wovon die Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises überzeugt waren und wie sich tatsächlich gewöhnlicherweise verhielten, ist also letztlich nicht maßgeblich. Neben dem quasi-empirischen findet sich deshalb auch noch ein normativer Ansatz, bei dem die Gerichte einen „verständigen“ Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises heranziehen, um die erforderliche Sorgfalt zu bestimmen.⁵⁹ Dabei handelt es sich um eine hypothetische Vergleichsperson, der ein bestimmtes „Soll-Verhalten“ zugeschrieben wird, das dann mit dem tatsächlichen Verhalten des Schädigers verglichen werden kann. Wie das Verhalten der verständigen Vergleichsperson bestimmt wird, liegt weitgehend im Dunkeln.⁶⁰ Oftmals wird ihr offenbar einfach ein Verhalten zugeschrieben, das den Richtern intuitiv vernünftig erscheint. Für komplexere Fälle ist der Maßstab eines verständigen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises kaum zu gebrauchen, weil er sich empirisch nicht überprüfen lässt und die zugrunde liegenden Wertungen oft vage bleiben.

⁵⁵ Vgl. BGHZ 116, 104, 114f. = NJW 1992, 1039, 1042; MünchKommBGB/Wagner, § 2020, § 823 Rn. 606.

⁵⁶ Vgl. BGHZ 66, 208, 210 = NJW 1976, 1353; BGHZ 65, 304, 308 = MDR 1976, 381; BGH NJW 1971, 1881, 1882; GRUR 1971, 328, 329.

⁵⁷ BGH NJW 1994, 2232, 2233: Es sei jedem Menschen offenkundig, dass bei einem Treppensturz in eine Glasscheibe Verletzungen entstehen können; BGH VersR 1978, 869: Ein vorsichtiger Privatmann werde vor dem Schlafengehen dafür Sorge tragen, dass der Inhalt benutzter Aschenbecher in einer Art und Weise aufbewahrt wird, die die Gefahr eines Brandes ausschließt; OLG Köln, NJW-RR 1990, 793, 794: Es sei gerichtsbekannt, dass ein nicht unerheblicher Teil der städtischen Bevölkerung die Giftigkeit von Eiben kenne.

⁵⁸ BGH NJW 1965, 1075; BGHZ 23, 288, 290 = NJW 1957, 746; BGHZ 8, 138, 140f. = NJW 1953, 257f.; BGHZ 5, 318, 319 = NJW 1952, 779; RGZ 102, 47, 49 (1921).

⁵⁹ BGH NJW 2007, 762, 763, Rn. 11; NJW 2006, 2326, Rn. 7; NJW 2006, 610, 611, Rn. 10; NJW-RR 2003, 1459, 1460; VersR 1978, 869; VersR 1975, 812.

⁶⁰ Kritisch auch Weyers, Unfallschäden, 1971, 390: „Leerformel“.

c) *Interessenabwägung*

Das führt zu der Frage, wie der Maßstab der erforderlichen Sorgfalt i.S. des § 276 Abs. 2 BGB zu bestimmen ist, wenn er nicht bereits durch Rechtsvorschriften oder andere Regelwerke vorgeprägt ist und auch allgemeine Vernunft-erwägungen kein eindeutiges Ergebnis hervorbringen. In der Literatur werden im Wesentlichen zwei Ansätze vertreten, nämlich einerseits, dass über die erforderlichen Maßnahmen im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden sei und andererseits, dass eine Kosten-Nutzen-Analyse maßgeblich sein soll. Die Verfechter einer Interessenabwägung wollen einen gerechten Ausgleich zwischen dem berechtigten Interesse des Schädigers an der Wahrung seiner Handlungsfreiheit und dem ebenfalls berechtigten Interesse des Geschädigten am Schutz seiner Rechtsgüter schaffen. Dafür sollen als Kriterien u. a. herangezogen werden die Schutzwürdigkeit der bedrohten Rechtsgüter, die soziale Nützlichkeit des Verhaltens des Schädigers, die soziale Üblichkeit des Verhaltens, die Selbstschutzmöglichkeiten des Geschädigten, die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, die Beherrschbarkeit und Steuerbarkeit des Risikos und die wirtschaftliche und persönliche Zumutbarkeit möglicher Sorgfaltsmaßnahmen.⁶¹

Ein solch breiter, ganz unterschiedliche Kriterien umfassender Ansatz verschafft den Gerichten weite Beurteilungsspielräume und verspricht Einzelfallgerechtigkeit. Er hat aber den Nachteil, dass er sehr offen ist, weil nicht nur die relevanten Abwägungsfaktoren nicht abschließend sind, sondern außerdem klare Maßstäbe für ihre Gewichtung fehlen.⁶² Als Richtschnur bleibt letztlich nur übrig, dass aus der gesamten Abwägungsmasse irgendwie ein möglichst gerechtes Ergebnis gewonnen werden soll. Man darf den Gerichten zwar durchaus zutrauen, dass sie auch ohne konkretere Vorgaben in den allermeisten Fällen zu sinnvollen Lösungen kommen werden. Es bleibt aber doch unbefriedigend, dass die Entscheidungskriterien so sehr im Ungefähren bleiben. Rechtspolitisch betrachtet ist dies vor allem deshalb ein Problem, weil die Parteien oft nicht mit hinreichender Sicherheit vorhersehen könnten, welche Sorgfalt von ihnen verlangt wird. Die Vorhersehbarkeit des Sorgfaltsmaßstabes ist aber wichtig für die Präventionsfunktion der Haftung. Denn nur wer weiß, welches Verhalten von ihm verlangt wird, kann sich darauf exakt einstellen. Verbleiben Unsicherheiten, kann dies dazu führen, dass der potenzielle Schädiger mehr oder weniger Sorgfalt übt, als eigentlich geboten wäre, und dass sein Verhalten somit nicht dem rechtlich gewünschten Verhalten entspricht.⁶³ Je größer die Unsicherheit

⁶¹ Vgl. Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 99–107; Staudinger/Caspers, 2019, § 276 Rn. 45–49; Wilhelmi, Risikoschutz, 2009, 231 ff.; v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 112 ff.; U. Huber, FS Wahl, 1973, 301, 308 ff.; Münzberg, Verhalten, 1966, 259 ff.

⁶² Ähnlich MünchKommBGB/Grundmann, ⁹2022, § 276 Rn. 62.

⁶³ Vgl. H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, ⁶2020, 219 f.; Shavell, Accident Law, 1987, 79 ff.

über den Sorgfaltsmaßstab ist, desto unwahrscheinlicher wird es, dass eine optimale Steuerungswirkung erreicht werden kann.

Gerade im unternehmerischen Bereich wiegt dieser Nachteil eines offenen Fahrlässigkeitsmaßstabes schwer. Denn speziell für Entscheidungsträger in Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie sich typischerweise um rational-abwägende Entscheidungen bemühen und daher für ökonomische Anreize grundsätzlich besonders empfänglich sind.⁶⁴ Wird die Anreizwirkung der Fahrlässigkeitshaftung jedoch verwässert, weil die Maßstäbe nicht klar sind und die Rechtsanwendung nicht hinreichend vorhersehbar ist, dann kann es zu einer Überabschreckung sinnvoller wirtschaftlicher Aktivitäten kommen, die aus wohlfahrtsökonomischer Sicht problematisch wäre.

d) Kosten-Nutzen-Analyse

Mit dem offenen Ansatz einer umfassenden Interessenabwägung konkurriert die Vorstellung, über die erforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen sei auf Grundlage einer Kosten-Nutzen-Analyse zu entscheiden. Dahinter steht die Überzeugung, dass dies der Präventionsfunktion des Haftungsrechts am besten entspricht. Außerdem bietet der ökonomische Ansatz vergleichsweise klare Kriterien und ein präzises Ziel. Denn es werden nur Kosten in die Abwägung einbezogen und die Aufgabe besteht schlicht darin, deren Summe möglichst gering zu halten. Gerade für den unternehmerischen Bereich erweist sich dieser Ansatz zur Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt als gut geeignet, weil er dem Kalkül unternehmerischer Entscheidungsprozesse entspricht und klare Anreize setzt.⁶⁵ Dies wird im Folgenden zunächst weiter veranschaulicht. Sodann soll gezeigt werden, dass auch die Rechtsprechung im Kontext der Unternehmenshaftung vielfach bereits dem ökonomischen Ansatz folgt.

aa) Theorie

Aus rechtsökonomischer Sicht ist der Sorgfaltsmaßstab i. S. des § 276 Abs. 2 BGB so festzulegen, dass die Summe aus Schadenskosten und Schadensvermeidungskosten minimiert wird. Dahinter steht das in aller Klarheit erstmals von *Calabresi* formulierte Ziel, mithilfe des Haftungsrechts die volkswirtschaftlichen Kosten von Unfällen zu reduzieren.⁶⁶ Verteilungspolitische Erwägungen haben dabei grundsätzlich außer Betracht zu bleiben. Für die ökonomisch fundierte Fahrlässigkeitsprüfung ist die sog. Learned-Hand-Formel ein guter Ausgangspunkt.⁶⁷ Danach hat der Schädiger fahrlässig gehandelt, wenn die Scha-

⁶⁴ Dazu schon oben → § 2 A I.

⁶⁵ Vgl. *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 789f., der den Fahrlässigkeitsmaßstab nur für Unternehmen auf Grundlage einer Kosten-Nutzen-Analyse bestimmen will.

⁶⁶ *Calabresi*, *Costs*, 1970, 26ff.

⁶⁷ Grundlegend *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947, *Learned Hand*). Vgl. dazu *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 62020, 202f.

densvermeidungskosten geringer waren als der Schaden multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts. Allerdings ist eine Grenzkostenbetrachtung nötig, um Kosten und Nutzen einer konkreten Schadensvermeidungsmaßnahme zu bewerten. Das führt zur sog. marginalisierten Learned-Hand-Formel, wonach fahrlässig handelt, wer zusätzliche Sorgfaltsaufwendungen unterlässt, obwohl er damit die Schadenskosten stärker senken könnte, als er die Schadensvermeidungskosten erhöhen würde.⁶⁸ Dadurch wird dem potenziellen Schädiger ein Anreiz gesetzt, die Gesamtkosten aus Schaden und Schadensvermeidung möglichst gering zu halten.

Der rechtsökonomisch orientierte Kosten-Nutzen-Test für die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs basiert auf einer einfachen Idee, die auch ohne ökonomische Erwägungen intuitiv überzeugend ist: Ein Verhalten ist sozial unerwünscht, wenn seine Nachteile seine Vorteile überwiegen und sozial erwünscht, wenn es andersherum ist. Soll das Haftungsrecht sozial erwünschtes Verhalten anreizen, sozial unerwünschtes Verhalten jedoch abschrecken, muss in Summe für die Gesellschaft nachteiliges Verhalten (mindestens⁶⁹) als fahrlässig angesehen werden. Denn dann erhält der Schädiger durch die Haftung einen Anreiz, sozial unerwünschtes Verhalten zu unterlassen.⁷⁰

In Bezug auf konkrete Sorgfaltsmaßnahmen lässt sich daraus die Aussage ableiten, dass die Unterlassung einer bestimmten Maßnahme fahrlässig ist, wenn ihre Vorteile größer wären als ihre Nachteile, ihr Nutzen also höher als ihre Kosten. Der Nutzen einer Sorgfaltsmaßnahme besteht typischerweise darin, dass sie die erwarteten Schadenskosten senkt, die sich aus dem Produkt von Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe ergeben (erwartete Schadenskosten $S = \text{Schadenswahrscheinlichkeit } p \text{ mal Schadenshöhe } X$). Um den Nutzen einer konkreten Maßnahme zu bestimmen, ist also die Differenz aus den erwarteten Schadenskosten *ohne* die Sorgfaltsmaßnahme und den erwarteten Schadenskosten *mit* der Sorgfaltsmaßnahme zu bilden (Nutzen $N = S^{\text{alt}} - S^{\text{neu}} = pX^{\text{alt}} - pX^{\text{neu}}$). Dem Nutzen sind anschließend noch die Kosten der Sorgfaltsmaßnahme (K) gegenüberzustellen, um zu ermitteln, ob ihre Unterlassung fahrlässig wäre oder nicht. Die Unterlassung ist fahrlässig, wenn der Nutzen der Sorgfaltsmaßnahme höher wäre als ihre Kosten. Es gilt also:

$$pX^{\text{alt}} - pX^{\text{neu}} > K$$

An einem Beispiel:⁷¹ Besteht bei einem Eishockeyspiel ohne Plexiglaswände an den Längsseiten des Spielfeldes eine 1 %ige Wahrscheinlichkeit, dass ein Zuschauer durch einen abirrenden Puck verletzt wird und einen Schaden i. H. von

⁶⁸ H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, 2020, 203.

⁶⁹ Zur Vorsatzhaftung noch ausf. unten → § 9 A.

⁷⁰ Vgl. Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm (2010), § 3, Comment e.

⁷¹ Frei nach BGH NJW 1984, 801 ff. Für eine detaillierte Berechnung, die auch verlorene Zinserträge und Betriebskosten berücksichtigt, vgl. das Wildschutzzaun-Beispiel bei H.-B.

15.000 Euro erleidet, und kann diese Wahrscheinlichkeit durch die Errichtung von Plexiglaswänden auf 0,1 % gesenkt werden, dann liegt der Nutzen dieser Maßnahme bei 135 Euro pro Spiel ($0,01 \cdot 15.000 - 0,001 \cdot 15.000$). Kostet die Errichtung der Plexiglaswände 120.000 Euro und geht man davon aus, dass sie eine Lebensdauer von 1.000 Spielen haben, dann wäre es fahrlässig, die Wände nicht zu errichten, denn in 1.000 Spielen würden damit 135.000 Euro gespart. Die erwarteten Schadenskosten ohne die Maßnahme würden sich nämlich auf 150.000 Euro belaufen, mit der Maßnahme sinken die erwarteten Schadenskosten hingegen auf 15.000 Euro. Mit Schadensvermeidungskosten i.H. von 120.000 Euro könnten also Schadenskosten i.H. von 135.000 Euro eingespart werden, was zeigt, dass die Errichtung der Wände sinnvoll ist.

Gerade im Vergleich mit dem Ansatz einer offenen Interessenabwägung hat der rechtsökonomische Ansatz den Vorteil, dass er die relevanten Abwägungsfaktoren deutlich konkretisiert und außerdem einen präzisen Maßstab dafür bietet, mit welchem Ziel die Abwägung durchzuführen ist. Das erhöht die Rechtssicherheit hinsichtlich der Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs und ermöglicht es den Parteien, ihr Verhalten tatsächlich an den rechtlichen Vorgaben auszurichten. Damit lässt sich eher eine verhaltenssteuernde Wirkung erreichen als mit einem weniger eindeutigen Maßstab, dem die Parteien keine klaren Verhaltensregeln entnehmen können.⁷² Vor allem aber ist das Effizienzkriterium gut geeignet, über den Ausgleich der widerstreitenden Interessen möglichst neutral zu entscheiden. Will man nicht der Handlungsfreiheit des Schädigers oder dem Integritätsinteresse der Geschädigten pauschal Vorrang einräumen und sich damit von vornherein auf eine der beiden Seiten schlagen, kann es nur darum gehen, das Ausmaß der jeweiligen Belastungen zu quantifizieren und nach der Lösung zu suchen, die die Belastungen insgesamt möglichst gering hält. Die bei dem Schädiger anfallenden Schadensvermeidungskosten und die bei den Geschädigten anfallenden Schadenskosten bieten ein sinnvolles Maß für die jeweiligen Belastungen und auf ihre Summe abzustellen stellt sicher, dass die Interessen beider Seiten gleichmäßig berücksichtigt werden. Damit wird auch ein elementares Gerechtigkeitskriterium verwirklicht, weil allein nach objektiven Kriterien entschieden wird.

Das Hauptargument gegen den ökonomischen Ansatz lautet, er führe nur zu einer „Scheinrationalität“,⁷³ weil die für die ökonomischen Berechnungen erforderlichen Daten in der Praxis meist nicht verfügbar seien.⁷⁴ Es sei dann

Schäfer/Ott, Lehrbuch, ⁶2020, 235 f. Vgl. auch schon Kötz/H.-B. Schäfer, in: *Judex oeconomicus*, 2003, 1, 6 ff.

⁷² Vgl. schon oben → bei Fn. 63.

⁷³ So ausdrücklich Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 86. Ähnlich Larenz/Canaris, *SchuldR BT*, ¹³1994, § 76 III 4h, S. 417; Taupitz, *AcP* 196 (1996), 114, 164 f.

⁷⁴ Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 86; Eidenmüller, *Effizienz*, 1995, 429 f.; Larenz/Canaris, *SchuldR BT*, ¹³1994, § 76 III 4h, S. 417.

ehrlicher, die widerstreitenden Interessen offen abzuwägen und damit deutlich zu machen, dass es bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs nicht um eine empirische Frage gehe, sondern um eine rechtliche Bewertung. Dazu ist hier nur zweierlei zu sagen:⁷⁵ Zum einen dürften die erwarteten Schadenskosten in unternehmerischen Zusammenhängen oftmals gut bekannt sein, weil sich Unternehmen darum bemühen, die ökonomischen Folgen ihrer Aktivitäten zu antizipieren und nicht unerheblichen Aufwand betreiben, um Haftungsrisiken *ex ante* möglichst präzise abzuschätzen. Die Schadensvermeidungskosten lassen sich ohnehin gut kalkulieren, da sie unmittelbar bei dem schädigenden Unternehmen auflaufen. Will das konkrete Schädigerunternehmen die Informationen nicht offenlegen, können die Gerichte eine sekundäre Darlegungslast annehmen, auf Antrag des Klägers Sachverständige befragen oder mit Schätzungen arbeiten. Zum anderen ist kein besonders hohes Maß an Präzision erforderlich, weil nur ermittelt werden muss, ob der Nutzen einer Maßnahme *größer* wäre als ihre Kosten. Dafür müssen weder der Nutzen noch die Kosten genau bekannt sein, solange sich die Relation näherungsweise bestimmen lässt.

Teilweise scheint die Befürchtung zu bestehen, eine rein ökonomische Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs könne dazu führen, dass sich andere relevante Umstände nicht mehr hinreichend berücksichtigen lassen.⁷⁶ In der Sache stellen aber auch die offenen Interessenabwägungsansätze vor allem auf Kriterien ab, die sich in die oben genannten ökonomischen Variablen übersetzen lassen. Das gilt z.B. für die Schutzwürdigkeit der bedrohten Rechtsgüter, die in der Schadenshöhe X Berücksichtigung findet oder die wirtschaftliche und persönliche Zumutbarkeit möglicher Sorgfaltsmaßnahmen, die sich in den Schadensvermeidungskosten K widerspiegelt. Auch immaterielle Werte können entgegen einer verbreiteten Ansicht⁷⁷ als Teil der erwarteten Schadenskosten berücksichtigt werden, nur muss der anzusetzende Betrag eben geschätzt werden. Dass damit keine unüberwindbaren Schwierigkeiten verbunden sind, zeigt die umfangreiche Entscheidungspraxis zu § 253 BGB.

bb) Praxis

Der BGH hat den ökonomischen Ansatz zur Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabs bisher nicht offen akzeptiert,⁷⁸ sondern gelegentlich sogar ausdrücklich abgelehnt, allein auf Grundlage einer Kosten-Nutzen-Analyse zu entschei-

⁷⁵ Für ausführliche Er widerungen vgl. etwa *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 4 Rn. 25; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, ⁶2020, 230, 236; *Kötz/H.-B. Schäfer*, in: *Judex oeconomicus*, 2003, 1, 8 ff.

⁷⁶ Vgl. *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 164 f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 4h, S. 417.

⁷⁷ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 76 III 4h, S. 417.

⁷⁸ Anders als z.B. das OLG Rostock (NJW 2006, 3650, 3653) und Gerichte in den USA und in Israel, vgl. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, ⁶2020, 205.

den.⁷⁹ Dabei scheint es ihm vor allem darum zu gehen, nicht-ökonomische Argumente nicht von vornherein auszuschließen und sich Entscheidungsspielräume zu erhalten. Dessen ungeachtet zeigt sich aber, dass der BGH gerade in unternehmerischen Sachverhalten oft ökonomisch argumentiert.⁸⁰

So hat der für die Mehrzahl der deliktsrechtlichen Streitigkeiten zuständige VI. Zivilsenat des BGH bereits 1984 betont, welche Maßnahmen zur Schadensvermeidung zu treffen seien, richte sich vor allem nach der Intensität und Häufigkeit der Gefährdung. Auch der finanziellen Belastung des Schädigers sollte immerhin eine „gewisse, wenn auch untergeordnete Bedeutung“ zukommen.⁸¹ 1986 betonte derselbe Senat dann, der Schadensverhütungsaufwand müsse „stets in einem angemessenen Verhältnis zu der Wahrscheinlichkeit und dem Ausmaß eines etwaigen Schadens stehen“, wobei diese Relation und die Zumutbarkeit der Schadensverhütung aufgrund einer Betrachtung „ex ante“ zu beurteilen seien.⁸² In beiden Fällen stützte sich der VI. Zivilsenat also in der Sache auf die drei Variablen der Learned-Hand-Formel, nämlich die Schadensvermeidungskosten (K), die Schadenshöhe (X) und die Schadenswahrscheinlichkeit (p). Nur wird keine strenge Relation in dem Sinne hergestellt, dass Fahrlässigkeit unbedingt zu bejahen sei, wenn K größer ist als das Produkt aus p und X . Vielmehr bleibt die abschließende Wertung offen.

Auch im Wasserrutschen-Fall hat der VI. Zivilsenat auf eine Kosten-Nutzen-Betrachtung zurückgegriffen: Es ging um die Frage, welche Sicherheitsvorkehrungen die Betreiberin eines Schwimmbads treffen muss, um die Gefahr zu verringern, dass Benutzer einer Wasserrutsche aufeinander „aufrutschen“ und sich dabei verletzen. Der Senat hielt für eine Rutsche wie im Streitfall, die ein eher geringes Gefälle aufwies, für ausreichend, dass die Betreiberin den Benutzern bestimmte Verhaltensregeln vorgegeben hatte. Eine dauerhafte Überwachung der Rutsche durch eine Videoanlage oder einen an der Rutsche anwesenden Bademeister verlangte er hingegen genauso wenig wie eine Ampelanlage. Zur Begründung verwiesen die Richter auf den „nicht unerheblichen Kostenaufwand“.⁸³ In der Entscheidung wird allerdings auch erklärt, es gebe schwere Verletzungen, „denen mit allen Mitteln und ohne Berücksichtigung des finanziellen Aufwands begegnet werden“ müsse und es sei bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Maßnahme „nicht primär auf Kostengesichtspunkte [...] abzustellen“; vielmehr könnten bei ernsthafter „Gefahr erheblicher Verletzungen“ technische Einrichtungen zur Regelung des Benutzerverhaltens „auch beim

⁷⁹ So etwa BGH NJW 1984, 801, 802. Vgl. aber für die Produzentenhaftung BGHZ 181, 253, 259f. = NJW 2009, 2952, 2953f., Rn. 18, wo der VI. Zivilsenat offenbar zustimmend auf den US-amerikanischen *risk-utility-test* Bezug nimmt.

⁸⁰ Weitere Nachweise bei Kötz/H.-B. Schäfer, in: *Judex oeconomicus*, 2003, 1, 13f.

⁸¹ BGH NJW 1984, 801, 802.

⁸² BGH NJW-RR 1986, 1029, 1030.

⁸³ BGH NJW-RR 2005, 251, 253.

Anfall erheblicher Kosten unerlässlich sein“.⁸⁴ Das ist aber (mit Ausnahme der wohl übertriebenen⁸⁵ Behauptung, bestimmte Schäden müssten ohne Rücksicht auf die Kosten vermieden werden) kein Widerspruch zum ökonomischen Ansatz, sondern bestätigt nur, dass die Anforderungen an Sicherheitsvorkehrungen vom Ausmaß und von der Wahrscheinlichkeit der Gefahr abhängen, sodass besonders großen Gefahren erforderlichenfalls auch mit besonders teuren Maßnahmen begegnet werden muss.

Nur wenig später betonte der VI. Zivilsenat in einem der Limonadenflaschen-Fälle, Sicherungsmaßnahmen seien „umso eher zumutbar“, „je größer die Gefahr und die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung sind“.⁸⁶ Damit stützte er sich erneut auf die drei aus ökonomischer Sicht zentralen Variablen, nämlich die Schadensvermeidungskosten, die Schadenshöhe und die Schadenswahrscheinlichkeit. Interessant ist an dieser Entscheidung vor allem auch, dass der Senat von vornherein auf eine konkrete Maßnahme abstellt und letztlich anhand einer vereinfachten Grenzkostenbetrachtung entscheidet. Denn der Kläger hatte gerügt, der beklagte Getränkehändler hätte die Limonadenflaschen in den Verkaufsräumen kühlen müssen, um das Risiko von Flaschenexplosionen zu verringern. Der BGH verneinte, dass diese Maßnahme i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich sei und zwar u. a. mit dem Argument, eine Kühlung würde das Risiko von Flaschenexplosionen im Laden nur geringfügig verringern und rechtfertige daher nicht den mit der Kühlung verbundenen Aufwand.⁸⁷ In der Sache stellten die Richter damit auf die Differenz zwischen den erwarteten Schadenskosten ohne die Sorgfaltsmaßnahme und den erwarteten Schadenskosten mit der Maßnahme ab und verglichen den so ermittelten Nutzen der konkreten Schadensvermeidungsmaßnahme mit ihren Kosten.

In der Sache genauso, sprachlich aber (bewusst oder unbewusst) noch stärker an die Learned-Hand-Formel angelehnt, hat der u. a. für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des BGH im Juli 2018 formuliert, die „Zumutbarkeit von Sicherungsvorkehrungen“ sei „unter Abwägung der Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung, der Gewichtigkeit möglicher Schadensfolgen und des mit etwaigen Sicherungsvorkehrungen verbundenen Aufwands zu bestimmen“. Zum Beleg berief er sich ausdrücklich auf das Wasserrutschen-Urteil des VI. Zivilsenats.⁸⁸ Der u. a. für das Staatshaftungsrecht zuständige III. Zivilse-

⁸⁴ BGH NJW-RR 2005, 251, 253.

⁸⁵ Der Senat hat später zumindest implizit anerkannt, dass selbst höchstrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben nur im Rahmen des „Zumutbaren“ zu schützen seien, vgl. BGHZ 181, 253, 259 f. = NJW 2009, 2952, 2953 f., Rn. 18.

⁸⁶ BGH NJW 2007, 762, 763, Rn. 11. Ähnlich schon BGH NJW-RR 2005, 251, 253: „Der Aufwand, den der Verkehrssicherungspflichtige zu treiben hat, richtet sich auch nach den möglichen Verletzungsfolgen [...]“.

⁸⁷ BGH NJW 2007, 762, 763, Rn. 15.

⁸⁸ BGH NJW 2018, 2956, 2957, Rn. 18. Vgl. auch Grüneberg/*Sprau*, ⁸²2023, § 823 BGB Rn. 51.

nat hat die Formel des VII. Zivilsenats wenig später übernommen,⁸⁹ ebenso in kürzester Zeit einige Landgerichte und Oberlandesgerichte.⁹⁰ Es scheint sich also zu konsolidieren, dass es sich bei den drei Kriterien der Schadensvermeidungskosten, der Schadenshöhe und der Schadenswahrscheinlichkeit um die entscheidenden Größen für die Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt handelt. Offen ist vor allem noch, welches Verhältnis von Schadensvermeidungskosten und erwarteten Schadenskosten die Gerichte für Fahrlässigkeit voraussetzen, ob sie also eine schlichte Vergleichsoperation im Sinne der Learned-Hand-Formel genügen lassen (was aus wohlfahrtsökonomischer Sicht richtig wäre) oder ob sie eine bestimmte Mindstdifferenz zwischen den beiden Vergleichsgrößen verlangen werden.⁹¹

III. Zwischenfazit

Im Mittelpunkt der Fahrlässigkeitsprüfung steht nach alledem die Feststellung einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung, die sich danach bemisst, ob sich der Schädiger so verhalten hat, wie es in der konkreten Situation geboten war. Für die Festlegung des Sorgfaltsmaßstabs kommt es nicht auf individuelle Eigenschaften und Fähigkeiten des Schädigers an, sondern allenfalls auf seinen Verkehrskreis, also z.B. die Berufsgruppe, der er angehört oder die Branche, in welcher er tätig ist. Welches Verhalten und welche Sorgfalt geboten waren, lässt sich also unabhängig von der Person des jeweiligen Schädigers bestimmen, weil der Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB nicht personen- sondern situationsbezogen ist. Entscheidend ist die Gefahrenlage, die in der jeweiligen Situation bestanden hat, weil sich aus ihr ergibt, welche Maßnahmen sinnvollerweise durchzuführen waren.

Da den Geschädigten typischerweise die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der objektiven Pflichtverletzung trifft, verengt sich die Fahrlässigkeitsprüfung typischerweise von vornherein auf konkrete Sorgfaltsmaßnahmen, deren Unterlassung der Geschädigte gerügt hat. Die Prüfung ist dadurch stark

⁸⁹ BGHZ 223, 95, 99f. = NJW 2019, 3516, 3517f., Rn. 15.

⁹⁰ OLG Hamm, Beschl. v. 19.2.2021 – 9 U 172/20, juris Rn. 12; OLG Brandenburg, NJW-RR 2020, 1222, 1223, Rn. 13; LG Münster, Urt. v. 12.7.2019 – 8 O 288/18, juris Rn. 24; LG Hamburg, Verfügung v. 23.5.2019 – 309 S 55/18, juris Rn. 6; LG Bonn, Urt. v. 12.2.2019 – 8 S 143/18, juris Rn. 4.

⁹¹ In der Literatur wird z.B. argumentiert, es könnten Schadensvermeidungskosten geboten sein, welche die erwarteten Schadenskosten mehr oder weniger stark übersteigen, vgl. nur Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 86. M.E. sollte leichte Fahrlässigkeit schon bejaht werden, wenn die Schadensvermeidungskosten nur geringfügig unter den erwarteten Schadenskosten liegen. Die Höhe der Differenz sollte dann vor allem dafür herangezogen werden, zwischen leichter, mittlerer und grober Fahrlässigkeit zu differenzieren. Letztere wäre z.B. zu bejahen, wenn die Schadensvermeidungskosten besonders deutlich unter den erwarteten Schadenskosten lägen, was natürlich weiter konkretisiert werden müsste.

vorstrukturiert: Es wird nicht erst abstrakt-generell das objektiv erforderliche Verhalten definiert und dann das tatsächliche Verhalten des Schädigers daran gemessen, sondern es wird nur gefragt, ob eine konkrete Sorgfaltsmaßnahme erforderlich gewesen wäre oder nicht.

Welches Verhalten die Rechtsordnung fordert, lässt sich mitunter speziellen Rechtsvorschriften entnehmen, z. B. Schutzgesetzen i. S. von § 823 Abs. 2 BGB. Auch Regelwerke wie die Unfallverhütungsvorschriften der Unfallversicherungsträger oder DIN-Normen können herangezogen werden, um die erforderliche Sorgfalt zu konkretisieren. In einfachen Fällen hilft sich die Rechtsprechung außerdem mit allgemeinen Vernunftabwägungen, die sie oft auf eine hypothetische Vergleichsperson wie den „verständigen Angehörigen“ des jeweiligen Verkehrskreises projiziert. Wo solche Hilfsmittel nicht zur Verfügung stehen und insbesondere in komplexen Fällen wird jedoch ein anspruchsvollerer Maßstab benötigt. In der Literatur konkurrieren die Idee einer offenen Interessenabwägung und der rechtsökonomische Ansatz, über die erforderliche Sorgfalt mithilfe einer Kosten-Nutzen-Analyse zu entscheiden. Gerade auch mit Blick auf unternehmerische Sachverhalte ist hier der ökonomische Ansatz präferiert worden, weil er besser geeignet ist, den Parteien wirksame Anreize für ein sozial erwünschtes Verhalten zu setzen.

Für die Unternehmenshaftung bedeutet dies, wie unten noch genauer zu zeigen sein wird,⁹² dass die Feststellung der objektiven Pflichtverletzung in Bezug auf den Unternehmensträger bzw. das Unternehmen keine größeren Probleme aufwirft. Die weitgehend entpersonalisierte Prüfung der Pflichtverletzung führt dazu, dass es in der Regel nicht erforderlich ist, eine Führungskraft oder einen Mitarbeiter als verantwortlichen „Pflichtverletzer“ zu identifizieren. Vielmehr genügt auch in Bezug auf Unternehmen grundsätzlich die Feststellung, dass eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen wurde, die hätte durchgeführt werden müssen. Die h. M. verlangt jedoch neben der objektiven Pflichtverletzung für die Fahrlässigkeit noch einen Verstoß gegen die sog. „innere Sorgfalt“. Was es damit auf sich hat und ob sich hieraus Probleme für die Unternehmenshaftung ergeben, ist im nächsten Abschnitt zu klären.

IV. Fahrlässigkeitsschuld

Rechtsprechung und h. L. gehen davon aus, dass das Verschulden im Sinne des Fahrlässigkeitsdelikts nicht allein durch die objektive Pflichtverletzung geprägt wird, sondern dass zum Fahrlässigkeitsverschulden weitere Elemente gehören. Welche das sind, ist allerdings umstritten. Strittig ist zumindest für einzelne Elemente auch, ob sie bereits die Fahrlässigkeit als solche mitprägen oder ob sie

⁹² Unten → B III.

als eigenständige Merkmale *neben* der Fahrlässigkeit das Verschulden ausmachen. Diese Unklarheit hängt auch mit der wiederum kontrovers diskutierten Frage zusammen, ob die Fahrlässigkeit nur Verschuldensform ist oder nur Unrechtselement oder beides oder mal das eine und mal das andere.⁹³ Darauf soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden. Für die Konzeption der Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung kommt es nur darauf an, welche Elemente überhaupt neben der objektiven Pflichtverletzung zu prüfen sind und welche Probleme sich dabei in Bezug auf Unternehmen ergeben können.

Gesetzlich geregelt ist in den §§ 827, 828 BGB nur, dass jede Verschuldenshaftung neben Vorsatz oder Fahrlässigkeit auch noch voraussetzt, dass der Schädiger verantwortungsfähig ist. Lebhaft diskutiert wird darüber, ob neben einer objektiven Pflichtverletzung auch noch erforderlich ist, dass der Schädiger die sog. „innere Sorgfalt“ verletzt. Der BGH bejaht dies und prüft vor allem, ob die Gefahr erkennbar und der Schaden vermeidbar war. Die Einzelheiten liegen aber weitgehend im Dunkeln. Ferner wird davon ausgegangen, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum dem Fahrlässigkeitsverschulden entgegenstehen kann und dasselbe wird teilweise für Entschuldigungsgründe vertreten. Hingegen geht nur eine Mindermeinung davon aus, dass im Rahmen des Verschuldens auch noch zu prüfen ist, ob das objektiv pflichtwidrige Verhalten dem Schädiger persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann.

Viele der genannten Elemente haben einen subjektiven Einschlag und scheinen auf den ersten Blick nur auf Menschen zu passen, weil z. B. nur Menschen Gefahren erkennen oder sich über die Rechtslage irren können. Es ließe sich daher argumentieren, dass die genannten Elemente einer echten Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung entgegenstehen, weil sie Umstände für das Fahrlässigkeitsverschulden für relevant erklären, die sich nicht auf Unternehmen oder Unternehmensträger beziehen lassen. Deshalb soll im Folgenden untersucht werden, welche Bedeutung den genannten Elementen für die Feststellung eines Fahrlässigkeitsdelikts wirklich zukommt.

1. Verantwortlichkeit

Unstreitig setzt jede Verschuldenshaftung neben Vorsatz oder Fahrlässigkeit weiter voraus, dass der Schädiger für sein Verhalten verantwortlich ist, vgl. §§ 827, 828 BGB. Für juristische Personen und Personengesellschaften wird eine originäre Deliktsfähigkeit in diesem Sinne mitunter verneint. Allerdings ist oben⁹⁴ bereits ausgeführt worden, dass sich dieses Verständnis nicht mehr pauschal aufrechterhalten lässt, seit anerkannt ist, dass juristische Personen und

⁹³ Vgl. dazu MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 29ff.; Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 823 Rn. 152f.; Looschelders, FS Martinek, 2020, 405ff.; Spickhoff, JuS 2016, 865, 871 f. und passim; Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2535 ff.

⁹⁴ → § 6 C II.

Personengesellschaften wegen der Verletzung eigener Pflichten unmittelbar aus §§ 823 ff. BGB haften können, ohne dass es dafür eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts bedarf. Angesichts des heutigen Stands der Dogmatik der Unternehmenshaftung lässt sich nicht mehr bestreiten, dass sämtliche Unternehmensträger zumindest „deliktshaftungsfähig“ sind, was oben in Anlehnung an §§ 827, 828 BGB mit dem Begriff der Unternehmensverantwortlichkeit beschrieben wurde. Eine Unternehmensverantwortlichkeit in diesem Sinne ist für jede direkte Unternehmenshaftung und damit auch für die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung vorauszusetzen. Allerdings wird man sie durchweg bejahen können, da nicht ersichtlich ist, warum man jemals die Haftungsfähigkeit eines Unternehmensträgers im Einzelfall ausschließen sollte.⁹⁵

2. Innere Sorgfalt

Der BGH und die wohl immer noch h. L. gehen davon aus, dass zur Fahrlässigkeit nicht nur eine objektive Pflichtverletzung als Verstoß gegen die sog. „äußere Sorgfalt“ gehört, sondern außerdem ein Verstoß gegen die sog. „innere Sorgfalt“.⁹⁶ Der BGH prüft die objektive Pflichtverletzung oft schon im Unrechtstatbestand, insbesondere bei mittelbaren Rechtsgutsverletzungen und damit auch in den praktisch so wichtigen Verkehrspflichtfällen. Hinsichtlich des Verschuldens i. e. S. verlangt er dann nur noch einen Verstoß gegen die innere Sorgfalt, der allerdings durch die objektive Pflichtverletzung indiziert sein soll.⁹⁷ Wohl auch deshalb spielt die Prüfung der inneren Sorgfalt in der Entscheidungspraxis so gut wie keine Rolle. Daher ist auch weitgehend unklar, was genau sich dahinter verbirgt. In der Literatur werden sehr unterschiedliche Ansätze vertreten, der BGH prüft vor allem die Erkennbarkeit der Gefahr und die Vermeidbarkeit des Schadens. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, sind diese beiden Elemente jedoch schon für die Feststellung der objektiven Pflichtverletzung erforderlich. Für die innere Sorgfalt als eigenständiges Element der Fahrlässigkeitsschuld bleibt daher nichts übrig – sie ist überflüssig.

⁹⁵ Auch dazu schon oben → § 6 C II.

⁹⁶ BGH r+s 2012, 460, 461, Rn. 6; NJW 1994, 2232, 2233; NJW 1986, 2757, 2758; NJW 1984, 1958, 1959; BGHZ 80, 186, 197, 199 = NJW 1981, 1603, 1605 f.; BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, § 823 BGB Rn. 456; Staudinger/J. Hager, 2021, § 823 Rn. E 72; Staudinger/J. Hager, 2017, § 823 Rn. A 5; Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 81; RGRK/Steffen, ¹²1989, § 823 Rn. 414; Abrens/Spickhoff, DeliktsR, 2022, § 8 Rn. 12 ff.; Looschelders, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 13; Deutsch/Abrens, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 135–139; Raab, JuS 2002, 1041, 1047; Deutsch, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 385–395; Deutsch, JZ 1988, 993 ff.; v. Bar, JuS 1988, 169, 173; v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 175 ff.; U. Huber, FS E. R. Huber, 1973, 253, 265 ff. A. A. Münch-KommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 34–37; Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 26; Spickhoff, JuS 2016, 865, 871 f.; Brüggemeier, FS E. Schmidt, 2005, 33, 57; Kötz, DeliktsR, ⁸1998, Rn. 118; Brüggemeier, DeliktsR, 1986, Rn. 113.

⁹⁷ BGH r+s 2012, 460, 461, Rn. 6; NJW 1994, 2232, 2233; NJW 1986, 2757, 2758; VersR 1985, 641 f. Zustimmung v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 174.

a) Problembeschreibung

Es ist bemerkenswert, dass annähernd sechzig Jahre nachdem *Deutsch* die Differenzierung zwischen äußerer und innerer Sorgfalt seiner Konzeption der Fahrlässigkeit zugrunde legte⁹⁸ und vierzig Jahre nachdem der BGH die Begriffe erstmals in einem Urteil aufgriff⁹⁹ immer noch nicht wirklich geklärt ist, worum es eigentlich genau geht. *Deutsch* beschreibt die innere Sorgfalt als „intellektuell-emotionalen Vorgang“, der sich einerseits auf die Erkenntnis der Norm und ihrer Tatbestandsmerkmale richte, andererseits auf die Erbringung äußerer Sorgfalt.¹⁰⁰ Viele seiner Formulierungen klingen, als wolle er auf das Vorstellungsbild des konkreten Schädigers abstellen, also einen subjektiven Maßstab an die innere Sorgfalt anlegen.¹⁰¹ So schreibt er, es gehe um die „Zurechnung zum Willen“¹⁰² und diese sei nur möglich, wenn auch der „persönliche Bereich“ betroffen sei.¹⁰³ Zudem sei ein Schluss von der Verletzung der äußeren Sorgfalt auf die Verletzung der inneren Sorgfalt deshalb geboten, weil sich „psychische Vorgänge“ nicht beweisen ließen.¹⁰⁴ Einmal hat er sogar von der „inneren-subjektiven Seite der Sorgfalt“ gesprochen.¹⁰⁵ Zu diesen subjektivierenden Formulierungen passt, dass sich *Deutsch* der Sorgfalt in seinen grundlegenden Schriften auch aus sprachlicher und psychologischer Sicht nähert und sich außerdem an bekennenden „Subjektivisten“ und an der Strafrechtstheorie orientiert,¹⁰⁶ dass er jedoch im Zusammenhang mit seiner Differenzierung zwischen äußerer und innerer Sorgfalt nicht auf den zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB eingeht.¹⁰⁷

⁹⁸ *Deutsch*, Fahrlässigkeit, 1963, 93 ff.; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, ²1995, 93 ff.

⁹⁹ BGHZ 80, 186, 197, 199 = NJW 1981, 1603, 1605 f.

¹⁰⁰ *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 388; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, ²1995, 93 ff.

¹⁰¹ Vgl. ergänzend zu den Zitaten im nachfolgenden Text insb. *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 387–389; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, ²1995, 93 ff.; *Deutsch*, AcP 193 (1993), 86, 87 f.; *Deutsch*, JZ 1988, 993 ff.

¹⁰² *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 903; *Deutsch*, JZ 1988, 993, 994.

¹⁰³ *Deutsch*, JZ 1988, 993, 994.

¹⁰⁴ *Deutsch*, JZ 1988, 993, 996.

¹⁰⁵ *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 908; ähnlich *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, DeliktsR, ⁹2017, 99.

¹⁰⁶ *Deutsch* hat sich für die Unterscheidung von äußerer und innerer Sorgfalt u.a. auf *Brodmann* und *F. Leonhard* bezogen – beides überzeugte Subjektivisten – und außerdem Anleihen bei *Engisch* genommen, dessen Überlegungen primär auf den strafrechtlichen – und damit ebenfalls subjektiven – Fahrlässigkeitsmaßstab bezogen waren. Vgl. einerseits *Deutsch*, Fahrlässigkeit, ²1995, 94 (m. Fn. 6 f.); *Deutsch*, JZ 1988, 993, 994 (m. Fn. 8 f.); und andererseits *Engisch*, Untersuchungen, 1930, 269 ff.; *F. Leonhard*, FG Enneccerus, 1913, 1, 42 ff.; *Brodmann*, AcP 99 (1906), 327, 369 f.

¹⁰⁷ Vgl. etwa *Deutsch*, Fahrlässigkeit, ²1995, 93 ff.; *Deutsch*, JZ 1988, 993 ff. (§ 276 Abs. 2 BGB bzw. damals noch § 276 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. wird nicht erwähnt und es wirkt, als seien die Aussagen überpositiv gemeint).

Auch in der Rechtsprechung des BGH zeigen sich im Zusammenhang mit der inneren Sorgfalt immer wieder subjektivierende Tendenzen.¹⁰⁸ So hat der BGH in einem Fall, in dem die objektive Pflichtverletzung darin bestand, dass der Eigentümer eines Mehrfamilienhauses nicht bruchsicheres Fensterglas in der Außenwand eines Treppenhauses verbaut hatte, die Frage aufgeworfen, ob der Hauseigentümer möglicherweise „aus besonderen persönlichen Gründen“ nicht zur Abwehr der Gefahr verpflichtet gewesen sei, „weil er etwa nicht erkennen konnte, daß er ein anderes Glas in die Außenwand einbauen lassen mußte“.¹⁰⁹ Der BGH hat also entweder entgegen § 276 Abs. 2 BGB auf den konkreten Schädiger abgestellt oder sehr ungünstig formuliert. In einer anderen Entscheidung, in der es um eine fahrlässige Brandstiftung durch zwei zehnjährige Jungen ging, schreibt der BGH, es könne an der „personalen (subjektiven) Seite der Fahrlässigkeit“ fehlen, wenn das Verhalten „für den Minderjährigen typischerweise nicht vermeidbar“ war.¹¹⁰ Hier ergibt sich zwar aus dem weiteren Kontext und der Verwendung des Wortes „typischerweise“, dass der BGH nicht auf die Vermeidbarkeit für die konkreten Jungen abstellen wollte, doch schon die Bezugnahme auf eine vermeintliche „personale“ oder „subjektive“ Seite der Fahrlässigkeit wirft aus dogmatischer Sicht Fragen auf.

Denn wie oben¹¹¹ bereits ausführlich erläutert wurde, folgt die h.M. einschließlich des BGH einem objektiven Fahrlässigkeitsbegriff, der auf individuelle Eigenschaften und Fähigkeiten des konkreten Schädigers keine Rücksicht nimmt. Aus Gründen des Verkehrsschutzes kommt es nicht darauf an, welche Sorgfalt vom konkreten Schädiger in der jeweiligen Situation tatsächlich erwartet werden konnte, sondern allein darauf, was zur Bewältigung der Gefahr objektiv erforderlich war. Es wäre deshalb verfehlt, die objektive Pflichtverletzung unter Berufung auf ein vermeintliches Erfordernis innerer Sorgfalt zusätzlich an einem subjektiven, am konkreten Schädiger orientierten Maßstab zu überprüfen. Das entspräche dem Ansatz des Strafrechts, wo die h.M. als Teil des Unrechtstatbestands eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung verlangt, für die Feststellung der Schuld jedoch weiter danach fragt, ob dem Täter aus seinem Verhalten persönlich ein Vorwurf gemacht werden kann.¹¹² Im Zivilrecht ist jedoch für eine solche Zweiteilung in objektive und subjektive Sorgfaltswidrigkeit wegen der eindeutigen Festlegung auf einen objektiven Fahrlässigkeitsmaß-

¹⁰⁸ Vgl. außer den Beispielen im Text auch noch BGHZ 80, 186, 199 = NJW 1981, 1603, 1606, wo auf die Erkennbarkeit der Gefahr für die konkrete Beklagte abgestellt wird.

¹⁰⁹ So BGH NJW 1994, 2232, 2233. Kritisch hierzu auch MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 32.

¹¹⁰ So BGH NJW 1984, 1958, 1959 unter Verweis auf BGH VersR 1970, 568, 569, wo es allerdings um grobe Fahrlässigkeit ging, die nach h.M. anders als die einfache Fahrlässigkeit ein Element subjektiver Vorwerfbarkeit enthält.

¹¹¹ → II 1.

¹¹² Sog. Zweistufigkeitslehre, vgl. dazu nur Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 24 Rn. 54 m. zahlr. N.; Kühl, StrafR AT, ⁸2017, § 17 Rn. 8–10, 89 ff.

stab in § 276 Abs. 2 BGB kein Raum. Die Fahrlässigkeit des Zivilrechts kennt also, anders als vom BGH in den oben zitierten Entscheidungsbegründungen suggeriert, keine Entlastung „aus besonderen persönlichen Gründen“ und sie hat auch keine „personale, subjektive Seite“, die von der objektiven Pflichtverletzung zu unterscheiden wäre.

Die innere Sorgfalt darf deshalb, anders als im älteren Schrifttum mitunter offen gefordert,¹¹³ nicht als Vehikel genutzt werden, um subjektive Elemente in die Fahrlässigkeitsprüfung hineinzuschleusen. Das wird in der neueren Literatur auch anerkannt. So heißt es in der jüngsten Auflage des Lehrbuchs von *Deutsch* und *H.-J. Ahrens*, die innere Sorgfalt sei am „Maßstab der objektiven Typisierung“ zu messen¹¹⁴ und *Spickhoff* meint, die Annahme, bei der inneren Sorgfalt gehe es um einen subjektiven Verschuldensvorwurf, sei ein Missverständnis bzw. eine Fehlinterpretation.¹¹⁵ Auch die innere Sorgfalt ist also, wenn überhaupt, objektiv zu prüfen.¹¹⁶ Es bleibt die Frage, was Inhalt dieser Prüfung sein soll. Bei *Deutsch* verbinden sich mit dem Begriff der inneren Sorgfalt so unterschiedliche Themen wie die Gutgläubigkeit bei § 932 Abs. 2 BGB, der Verbotsirrtum, die Typisierung der Fahrlässigkeit nach Verkehrskreisen, die Unzumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens und die Berücksichtigung besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten.¹¹⁷ Die meisten Anhänger der inneren Sorgfalt legen ihr ein deutlich engeres Verständnis zugrunde und betonen, es gehe vor allem um die Erkennbarkeit der Gefahr und die Vermeidbarkeit des Schadens,¹¹⁸ wohlgerichtet nicht aus Sicht des konkreten Schädigers, sondern nach einer objektiv-typisierten Betrachtung. Auch der BGH prüft vor allem, ob die Gefahrenlage in der jeweiligen Situation *ex ante* erkennbar war und ob deshalb ein pflichtgemäßes Verhalten erwartet werden konnte.¹¹⁹

Während die Literatur mitunter betont, dass äußere und innere Sorgfalt wechselseitig aufeinander bezogen seien, sodass auch die innere Sorgfalt Voraussetzung der äußeren sein könne,¹²⁰ folgt der BGH einem strikt unidirektionalen Modell, in welchem die Prüfung der inneren Sorgfalt der Prüfung der

¹¹³ So etwa *U. Huber*, FS E. R. Huber, 1973, 253, 270f., 279f.

¹¹⁴ *Deutsch/Ahrens*, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 136; genauso jetzt *Ahrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 8 Rn. 14; anders noch *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen, ³1995, Rn. 121.

¹¹⁵ *Spickhoff*, JuS 2016, 865, 871; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2536.

¹¹⁶ Vgl. auch noch *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 177 ff.

¹¹⁷ *Deutsch*, JZ 1988, 993, 996.

¹¹⁸ *Soergel/Pfeiffer*, ¹³2014, § 276 Rn. 81.

¹¹⁹ Vgl. etwa BGH NJW 1994, 2232, 2233; VersR 1990, 1289, 1291; NJW 1986, 2757, 2758; NJW 1984, 1958, 1959; BGHZ 80, 186, 199 = NJW 1981, 1603, 1606; BGH VersR 1976, 149, 151.

¹²⁰ *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 26; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530, 2536; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, ²1995, 94f.; *Fabarius*, Sorgfalt, 1991, 77–102, 147f.; *Larenz*, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 20 IV, S. 289–291; *Stathopoulos*, FS Larenz, 1983, 631, 634ff.; wohl auch *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 13.

äußeren Sorgfalt stets nachgelagert ist.¹²¹ Das liegt daran, dass er beide Komponenten auf unterschiedliche Ebenen des Deliktsaufbaus verteilt: Der Verstoß gegen die äußere Sorgfalt, d. h. die objektive Pflichtverletzung, wird zum Unrechtstatbestand gezählt, während der Verstoß gegen die innere Sorgfalt das „Verschulden“ ausmachen soll.¹²² Das ist eine unglückliche Terminologie, weil nach der Konzeption des Gesetzes die Pflichtverletzung das zentrale Merkmal der Fahrlässigkeit ist (vgl. § 276 Abs. 2 BGB) und die Fahrlässigkeit wiederum als Verschuldensform angesehen wird (vgl. §§ 276 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 u. 2 BGB). Für das „Vorziehen“ der Pflichtwidrigkeitsprüfung in den Unrechtstatbestand mag es gute Gründe geben; es ändert aber nichts daran, dass die objektive Pflichtwidrigkeit (auch) das Fahrlässigkeitsverschulden charakterisiert. Das bedeutet nicht, dass man die Prüfung der Pflichtwidrigkeit sinnlos verdoppeln müsste, man sollte aber auch nicht den Eindruck erwecken, sie habe mit dem Verschulden nichts zu tun. Unabhängig von der (Geschmacks-)Frage des „richtigen“ Prüfungsaufbaus muss vielmehr der Sache nach grundsätzlich gelten: Pflichtwidrigkeit = Fahrlässigkeit = Verschulden.

Anders als in der Literatur teilweise vorgeschlagen,¹²³ prüft der BGH die objektive Pflichtverletzung auch nicht zweimal anhand von verschiedenen Maßstäben, also z. B. einmal *ex post* und einmal *ex ante* oder erst am abstrakt-generellen Maßstab der „Sorgfalt im Höchstmaß“ und dann nochmal konkret-typisierend am Maßstab des jeweiligen Verkehrskreises. Vielmehr entnimmt er § 276 Abs. 2 BGB offenbar einen einheitlichen Maßstab und zieht diesen nicht nur für die Bestimmung von Sorgfaltspflichten i. S. der Fahrlässigkeit heran, sondern auch für die Bestimmung von Verkehrs- oder Verhaltenspflichten, die nach seinem Verständnis im Unrechtstatbestand bei mittelbaren Rechtsverletzungen und Unterlassungsdelikten relevant werden. Insbesondere begrenzt der BGH mit § 276 Abs. 2 BGB auch die Reichweite der Verkehrspflichten.¹²⁴ Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass der Schädiger nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge treffen muss. Vielmehr sei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt i. S. des § 276 Abs. 2 BGB genügt, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die maßgebliche Verkehrsauffassung für erforderlich hält. In diesem Zusammenhang wird vom BGH ausdrücklich bereits auf den jeweiligen Verkehrskreis und den Kontext

¹²¹ Das zeigt sich am deutlichsten daran, dass der BGH davon ausgeht, die Verletzung der äußeren Sorgfalt indiziere die Verletzung der inneren Sorgfalt, vgl. oben → bei Fn. 97.

¹²² Zu Recht kritisch zu dieser „Verquickung mit dem Deliktsaufbau“ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 37; tendenziell auch *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 904; *Deutsch*, JZ 1988, 993, 996.

¹²³ Staudinger/J. Hager, 2017, § 823 Rn. A 6; Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 81; *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 385; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 3d, S. 369f.; *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 172 ff.; wohl auch *Larenz*, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 20 IV, S. 289–291. Zu Recht kritisch MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 446.

¹²⁴ Vgl. z. B. BGH NJW 2018, 2956, 2957, Rn. 18; NJW 2006, 2326, Rn. 7 m. w. N.

der jeweiligen Situation Bezug genommen: „Daher reicht es anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren und die den Umständen nach zuzumuten sind.“¹²⁵ Der BGH unterscheidet also nur sprachlich, nicht aber inhaltlich zwischen „Verkehrspflichten“ und „Sorgfaltspflichten“.¹²⁶

b) Erkennbarkeit der Gefahr

Wie erwähnt prüft die Rechtsprechung neben einer objektiven Pflichtverletzung/Verletzung der äußeren Sorgfalt vor allem noch, ob die Gefahrenlage und die daraus folgende Pflichtenstellung des Schädigers erkennbar waren.¹²⁷ Wenn die Entscheidungspraxis auch nicht völlig eindeutig ist,¹²⁸ spricht vieles dafür, dass die Erkennbarkeit in diesem Sinne nach dem Verständnis des BGH die wichtigste Voraussetzung der inneren Sorgfalt ist, es also andersherum an einer Verletzung der inneren Sorgfalt fehlt, wenn die Gefahrenlage nicht erkennbar war.¹²⁹ Im oben bereits erwähnten Treppenhaus-Fall, in welchem die Pflichtverletzung darin bestand, dass nicht bruchsauferes Fensterglas in der Außenwand eines Treppenhauses verbaut worden war, wurde die Erkennbarkeit der Gefahr problematisiert, weil der Hauseigentümer selbst kein Baufachmann war und sich auf einen Architekten verlassen hatte. Der BGH bejahte sie jedoch und damit das Verschulden, weil er meinte, die gefährliche Bauweise sei offenkundig gewesen.¹³⁰ Ist der Pflichtenträger eine Gesellschaft, wird für die Erkennbarkeit auf die Repräsentanten i. S. des § 31 BGB abgestellt. So verwies der BGH in einem Fall, in dem Abdeckroste über den Lichtschächten eines Kaufhauses objektiv pflichtwidrig nicht gegen unbefugtes Abheben gesichert worden waren, im Rahmen der Verschuldensprüfung darauf, dass die verfassungsmäßigen Vertreter bei gebotener Prüfung hätten erkennen können, dass die Kaufhausbetrei-

¹²⁵ St. Rspr., vgl. nur BGH VersR 2021, 787, 788, Rn. 24; VersR 2021, 452, 455, Rn. 25; VersR 2020, 180 f., Rn. 14; NJW 2018, 2956, 2957, Rn. 18; BGHZ 195, 30, 33 = NJW 2013, 48 f., Rn. 7; NJW 2008, 3778, Rn. 10; NJW 2006, 610, 611, Rn. 10.

¹²⁶ Besonders deutlich BGH NJW 1985, 620, unter 2b; BGHZ 80, 186, 193 = NJW 1981, 1603, 1604; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 60, 445 f.

¹²⁷ Die Tatsachenfrage, wie die Gefahrenlage einzuschätzen ist, und die Rechtsfrage, welche Sorgfaltspflichten daraus folgen, lassen sich nicht sinnvoll trennen, denn welche Sorgfalt erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Ausmaß der Gefahr. Es lässt sich daher in diesem Zusammenhang auch kaum zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtümern unterscheiden. Wer die Gefahrenlage verkennt, irrt meist auch über die Sorgfaltspflicht, und wer die Sorgfaltspflicht verkennt, hat wahrscheinlich auch schon die Gefahrenlage falsch eingeschätzt.

¹²⁸ In BGH NJW 1984, 1958, 1959 wird z. B. nicht auf die Erkennbarkeit der Gefahr, sondern auf die Vermeidbarkeit des schädigenden Verhaltens abgestellt, vgl. dazu → c.

¹²⁹ Vgl. nur BGH NJW 1994, 2232, 2233; VersR 1990, 1289, 1291; NJW 1986, 2757, 2758; BGHZ 80, 186, 199 = NJW 1981, 1603, 1606; VersR 1976, 149, 151.

¹³⁰ BGH NJW 1994, 2232, 2233.

berin zur Sicherung der Abdeckroste verpflichtet war.¹³¹ Auch in der Literatur wird die Erkennbarkeit der Gefahrenlage als wichtigstes Element der inneren Sorgfalt angesehen.¹³²

Problematisch ist, dass es in Rechtsprechung und Literatur mit Blick auf die Erkennbarkeit der Gefahr immer wieder zu Subjektivierungen kommt. Ein Beispiel ist die Apfelschorf-I-Entscheidung, in der es darum ging, ob die beklagte Herstellerin eine nachträgliche Instruktionspflicht verletzt hatte. Für die Frage der inneren Sorgfalt hinsichtlich des möglicherweise pflichtwidrigen Unterlassens einer Produktwarnung hielt der BGH für maßgeblich, „ob *dieser* Hersteller die entsprechenden Erkenntnismöglichkeiten hatte oder sich hätte verschaffen müssen“.¹³³ Nur einen Satz zuvor hatte der BGH bereits festgestellt, dass für die objektive Instruktionspflichtverletzung des Herstellers nachgewiesen werden müsse, „daß nach dem für dessen Handeln maßgebenden Stand der Wissenschaft, der Technik usw. die Gefahr erkennbar war und zumutbare Möglichkeiten der Gefahrenabwehr vorhanden waren“.¹³⁴ Die Erkennbarkeit der Gefahr wird hier also doppelt geprüft bzw. in einen objektiven und einen subjektiven Teil zerlegt. Die objektive Erkennbarkeit, also die Erkennbarkeit für einen sorgfältigen Vergleichshersteller in der Position der Beklagten, wird schon für die Feststellung der objektiven Pflichtverletzung verlangt und folglich im Unrechtstatbestand geprüft.¹³⁵ Für die Frage der inneren Sorgfalt, also das Verschulden i. e. S., soll es hingegen auch noch auf die subjektive Erkennbarkeit aus der Perspektive der Beklagten ankommen.

Dabei ist es jedoch nicht geblieben. Einen dezidiert anderen Ansatz vertritt der BGH in der Airbag-Entscheidung, in der es um die Haftung der BMW AG für Gesundheitsschäden ging, die durch einen fehlausgelösten Airbag verursacht worden waren. Der BGH prüft hier parallel Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB und nach dem Produkthaftungsgesetz. Streitig war u. a., ob und ggf. ab wann die Beklagte hätte erkennen können, dass es zu Fehlauflösungen der Airbags kommt und dass dies die Fahrzeuginsassen gefährdet. Die Beklagte hatte sich auf einen sog. Entwicklungsfehler berufen, also darauf, dass der Produktfehler nach dem damaligen Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkennbar war. Der BGH bestätigte seine Rechtsprechung, dass dieser Einwand auch für die deliktische Haftung relevant sei, weil es bei einer solchen Lage „an der für einen Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen objektiven

¹³¹ BGH VersR 1976, 149, 151.

¹³² Vgl. *Looschelders*, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 13; *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 26; *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 388.

¹³³ BGHZ 80, 186, 199 = NJW 1981, 1603, 1606 (Herv. C.K.). Zu Recht kritisch Münch-KommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 32.

¹³⁴ BGHZ 80, 186, 198f. = NJW 1981, 1603, 1606.

¹³⁵ Genauso die Apfelschorf-II-Entscheidung BGHZ 80, 199, 204 = NJW 1981, 1606, 1608: „Für die Feststellung eines objektiven Verstoßes gegen eine Verkehrspflicht ist [...] Voraussetzung, daß die Pflichtenstellung überhaupt erkennbar war.“

Pflichtwidrigkeit des Herstellers fehlt“.¹³⁶ Er betont sodann, ein Entwicklungsfehler setze voraus, dass die potenzielle Gefährlichkeit des Produkts im Zeitpunkt seiner Inverkehrgabe „nach dem damaligen Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkannt werden konnte, weil die Erkenntnismöglichkeiten (noch) nicht weit genug fortgeschritten waren“.¹³⁷ Es folgt der entscheidende Satz: „Für die Erkennbarkeit maßgeblich ist das objektiv zugängliche Gefahrenwissen; auf die subjektiven Erkenntnismöglichkeiten des einzelnen Herstellers kommt es nicht an“. Der Maßstab für die Erkennbarkeit sei nach § 823 Abs. 1 BGB derselbe wie nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHG.

Nun mag man argumentieren, die Airbag-Entscheidung betreffe die Produzentenhaftung und diese sei eben ein Sonderfall. Dass es auf die „subjektiven Erkenntnismöglichkeiten“ des Schädigers nicht ankommen kann, folgt aber nicht aus den Besonderheiten der Produzentenhaftung, sondern unmittelbar aus § 276 Abs. 2 BGB. Denn ob der Schädiger eine Gefahr erkennt, hängt maßgeblich davon ab, welche Sorgfalt er aufwendet, um sich über die Gefahrenlage zu informieren.¹³⁸ Ist etwa ein Baum innerlich morsch und daher umsturzgefährdet, mag dies für einen Laien nicht ohne Weiteres erkennbar sein, er wird aber in der Regel Klarheit schaffen können, indem er einen Sachverständigen hinzuzieht. Ob der Schädiger die Gefahr erkennen *muss*, kann sinnvollerweise nur davon abhängig gemacht werden, welche Informationssorgfalt i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich ist. Denn die Gefahr, also die mögliche Schädigung, zu erkennen, ist notwendige Voraussetzung dafür, den Schaden zu vermeiden, und wenn der Gesetzgeber hinsichtlich der Schadensvermeidung die erforderliche Sorgfalt verlangt, dann muss dies auch für die Vorbereitungshandlung der Gefahrerkennung gelten. Richtigerweise ist die Frage des gebotenen Informationsaufwands also in die Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt miteinzubeziehen. Auch der Informationsaufwand kann unterschiedlich groß sein. Der Eigentümer des Baumes kann z. B. den Baum selbst untersuchen, einen befreundeten Hobbygärtner fragen oder ein professionelles Gartenbauunternehmen mit der Prüfung beauftragen. Nicht jeder Aufwand ist aber in Anbetracht der drohenden Schäden angemessen. Es wird also ein Maßstab benötigt und einen anderen Maßstab als § 276 Abs. 2 BGB bietet das Gesetz nicht an.

Richtigerweise ist die Erkennbarkeit der Gefahr also nur einmal zu prüfen und zwar objektiv, als Vorstufe der Frage, welche konkreten Schadensvermeidungsmaßnahmen erforderlich sind.¹³⁹ Entscheidend wäre also in den eingangs erwähnten Fällen gewesen, ob ein i. S. von § 276 Abs. 2 BGB *sorgfältiger Haus-*

¹³⁶ BGHZ 181, 253, 264 = NJW 2009, 2952, 2955, Rn. 27.

¹³⁷ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 181, 253, 265 = NJW 2009, 2952, 2955, Rn. 28.

¹³⁸ Vgl. zum Folgenden auch MünchKommBGB/*Grundmann*, 92022, § 276 Rn. 68 ff.

¹³⁹ Zutreffend daher die Formulierung in der Apfelschorf-II-Entscheidung BGHZ 80, 199, 204 = NJW 1981, 1606, 1608: „Für die Feststellung des objektiven Verstoßes gegen eine Verkehrspflicht ist [...] Voraussetzung, daß die Pflichtenstellung überhaupt erkennbar war.“

eigentümer im Jahr 1990 erkannt hätte, dass die Verglasung einer Treppenhausewand mit gewöhnlichem Fensterglas wegen des an Treppen bestehenden Sturzrisikos die Gefahr schwerer Schnittverletzungen heraufbeschwor und ob eine *sorgfältige* Kaufhausbetreiberin im Jahr 1972 erkannt hätte, dass ungesicherte Abdeckroste von Unbefugten entfernt und die nicht mehr abgedeckten Luftschächte so zu gefährlichen Fallgruben werden konnten. Für die deliktische Haftung unerheblich ist hingegen, ob die konkreten Beklagten oder ihre Repräsentanten i. S. des § 31 BGB (analog) nach ihren jeweiligen Fähigkeiten subjektiv in der Lage waren, die jeweiligen Gefahren zu erkennen.

In der Literatur wird heute überwiegend anerkannt, dass die Erkennbarkeit der Gefahr ausschließlich objektiv zu prüfen ist.¹⁴⁰ Wenn dies aber so ist, stellt sich unweigerlich die Frage, was es eigentlich rechtfertigen soll, die Erkennbarkeitsprüfung von der Prüfung der objektiven Pflichtverletzung zu trennen und sie – wie es der BGH teilweise tut – erst auf der Ebene des Verschuldens zu prüfen. Einen angeblich aus dem Gesetz folgenden dreistufigen Deliktsaufbau respektieren zu wollen, wäre sicher kein ausreichender Grund.¹⁴¹ Auch wenn man die Prüfung der Pflichtverletzung in den Unrechtstatbestand vorzieht – sei es generell, sei es nur in Bezug auf mittelbare Rechtsverletzungen und Unterlassungsdelikte – ändert dies nichts daran, dass mit der objektiven Pflichtwidrigkeit grundsätzlich auch das Verschulden feststeht. Es gibt dann keine Notwendigkeit, die Verschuldensprüfung um zusätzliche Elemente zu erweitern, nur um diese „Stufe“ der Deliktsprüfung zu erhalten.

Bei genauerem Hinsehen ergibt es keinen Sinn, die Prüfung, ob die Gefahrenlage objektiv erkennbar war, von der Prüfung der objektiven Pflichtverletzung zu trennen und die Erkennbarkeitsprüfung einer getrennten „Verschuldensebene“ zuzuordnen. Ist die Gefahrenlage objektiv nicht erkennbar, hätte auch eine i. S. von § 276 Abs. 2 BGB sorgfältige Person keine Sorgfaltsmaßnahmen ergriffen und ein entsprechendes Verhalten des Schädigers wäre nicht pflichtwidrig. Hätte also im obigen Beispiel auch eine sorgfältige Person nicht erkannt, dass der Baum morsch ist, dann hätte auch eine sorgfältige Person nichts zur Beseitigung der Gefahr unternommen. Fällt der Baum um und beschädigt er z. B. ein parkendes Fahrzeug, dann hat der Eigentümer nicht pflichtwidrig und damit nicht fahrlässig gehandelt, weil er sich genauso verhalten hat wie sich auch ein i. S. von § 276 Abs. 2 BGB sorgfältiger Baumeigentümer verhalten hätte. Die in der Literatur oft vertretene Ansicht, es sei sinnvoll, in einer solchen Situation das Verhalten des Baumeigentümers als objektiv pflichtwidrig

¹⁴⁰ MünchKommBGB/*Grundmann*, 92022, § 276 Rn. 68; MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 823 Rn. 38; RGRK/*Steffen*, 121989, § 823 Rn. 415; *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 8 Rn. 14, 16; *Medicus/S. Lorenz*, SchuldR I, 222021, § 30 Rn. 11; *Brüggemeier*, DeliktsR, 1986, Rn. 113. A. A. offenbar *Deutsch*, Allg. HaftungsR, 21996, Rn. 387–389; *Deutsch*, Fahrlässigkeit, 21995, 93 ff.; *Deutsch*, AcP 193 (1993), 86, 87 f.

¹⁴¹ Dagegen zu Recht MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 823 Rn. 37.

einzustufen, dann aber wegen der fehlenden Erkennbarkeit das Verschulden zu verneinen,¹⁴² ist widersprüchlich und mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren: Denn Verschulden i. S. von Fahrlässigkeit bedeutet nach § 276 Abs. 2 BGB nur, dass das Verhalten objektiv pflichtwidrig war. Es macht auch wenig Sinn, zwischen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten zu unterscheiden, sie dann aber alle am immer gleichen Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB zu messen. Dass die Rechtsprechung nicht nur die Reichweite von „Sorgfaltspflichten“ nach § 276 Abs. 2 BGB bestimmt, sondern auch die Reichweite der „Verkehrspflichten“ wurde aber oben schon festgestellt.¹⁴³ Die Rechtsordnung stellt nach diesem Verständnis keine Pflichten auf, deren Erfüllung nicht i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich wäre, und das ist auch richtig so.¹⁴⁴ Denn wenn ein Verhalten nicht i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich ist, dann bedeutet dies, dass es sozial nicht erwünscht ist – oder nach hiesigem Verständnis: dass es wohlfahrtsökonomisch nicht optimal ist. Anders als z. B. *Canaris* meint, gibt es keine allgemeinen rechtlichen Gebote, morsche Bäume zu fällen oder andere Menschen nicht mit einer Krankheit anzustecken,¹⁴⁵ denn das würde bedeuten, Verhaltenspflichten unabhängig vom Aufwand zu formulieren. Nähme man solche Gebote ernst, müsste es zu einer enormen Verschwendung von Ressourcen kommen. Die Rechtsordnung kann deshalb sinnvollerweise nur verlangen, dass morsche Bäume gefällt und Ansteckungen verhindert werden, wenn dies mit einem vertretbaren Aufwand möglich ist. Ansonsten sollen die Bäume eben stehen bleiben und die Viren übertragen werden. § 276 Abs. 2 BGB regelt nicht nur, welche Sorgfaltsmaßnahmen geboten sind, sondern im Umkehrschluss auch, welche unterbleiben können.

Aus alledem folgt: Schon die Feststellung der objektiven Pflichtverletzung ist von der Erkennbarkeit der Gefahr abhängig. Diese ist ausschließlich objektiv zu prüfen, bemisst sich also danach, ob eine verständige Vergleichsperson in der jeweiligen Situation die Gefahr erkannt hätte. Ob die Gefahr für den konkreten Schädiger erkennbar war und erst recht, ob dieser sie tatsächlich erkannt hat, ist unerheblich. Für die Unternehmenshaftung bedeutet dies, was unten noch näher auszuführen sein wird,¹⁴⁶ dass für die Feststellung der Erkennbarkeit nicht auf konkrete Repräsentanten oder Gehilfen abgestellt werden darf, denn dies liefe auf eine Subjektivierung der Fahrlässigkeit hinaus.

¹⁴² Vgl. *Deutsch/Abrens*, DeliktsR, 62014, Rn. 135–139; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, 131994, § 75 II 3d, S. 369 f.; *Stathopoulos*, FS Larenz, 1983, 631, 638 ff.; *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 172 ff. Vgl. auch *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 8 Rn. 12 ff.

¹⁴³ Oben → bei Fn. 124.

¹⁴⁴ A. A. *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, 131994, § 75 II 3d, S. 369 f.; *Stathopoulos*, FS Larenz, 1983, 631, 638 ff.; *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 172 ff.; *Larenz*, FS Dölle, 1963, 169, 189 ff.; *Stoll*, AcP 162 (1963), 203, 209 f.; *Werner Lorenz*, JZ 1961, 433, 436 f.

¹⁴⁵ *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, 131994, § 75 II 3d, S. 369 f.

¹⁴⁶ Vgl. insb. → B III 3a.

c) Vermeidbarkeit des Schadens

Neben der Erkennbarkeit der Gefahr wird zur inneren Sorgfalt oft noch die Vermeidbarkeit des Schadens gezählt. Auch der BGH ist davon schon ausgegangen, nämlich in dem bereits genannten Fall, in dem zwei Zehnjährige eine Scheune in Brand gesetzt hatten.¹⁴⁷ Es stellen sich im Wesentlichen dieselben Probleme wie bei der Erkennbarkeit der Gefahr. Zum einen ist auch die Vermeidbarkeit ausschließlich objektiv zu bestimmen.¹⁴⁸ Das wird in der Literatur oft verkannt, so in dem Lehrbuchbeispiel, dass ein Grundstückseigentümer seiner Streupflicht nur deshalb nicht gerecht wird, weil er plötzlich schwer erkrankt, sein sonst zuverlässiger Wecker ausnahmsweise nicht klingelt oder er auf der Straße von einem betrunkenen Autofahrer angefahren wird.¹⁴⁹ Den Grundstückseigentümer zu „entschuldigen“ würde bedeuten, einen subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab anzulegen. Denn objektiv war – das wird unterstellt – das Streuen geboten und mehr ist nicht erforderlich. Ein verständiger Hauseigentümer hätte eben gestreut; auf das subjektive Unvermögen des Schädigers, sich in der konkreten Situation pflichtgemäß zu verhalten, kommt es nicht an. Man darf nicht den Fehler machen, die objektive Prüfung so stark zu individualisieren, dass sie auf eine subjektive Prüfung hinausläuft, also z. B. auf einen verständigen Hauseigentümer abzustellen, der wie der Schädiger von einem Auto angefahren wurde. Damit würde man die praktischen Vorzüge des objektiven Maßstabs preisgeben.¹⁵⁰ Natürlich kann das Ergebnis im Einzelfall ungerecht erscheinen, was das Beispiel anschaulich belegt. Aber § 276 Abs. 2 BGB soll eben nicht die gerechte Lösung des einzelnen Falles ermöglichen, sondern ist am Typischen orientiert. Der konkrete Schädiger hätte streuen müssen, weil alle anderen Hauseigentümer in derselben Situation auch streuen mussten, und der Verkehr deshalb erwarten durfte, dass gestreut werden würde.

Zum anderen gilt auch für die Frage der Vermeidbarkeit, dass sie der Feststellung einer objektiven Pflichtverletzung notwendigerweise vorgelagert ist, weil die Verursachung eines Schadens, der objektiv unvermeidbar war, nicht pflichtwidrig sein kann. Wenn also z. B. eine 100 % sichere Warenproduktion nicht möglich ist und deshalb immer wieder „Ausreißer“ vorkommen, also Fabrikationsfehler, die mit einer gewissen geringen Wahrscheinlichkeit auftreten und zwar statistisch vorhersehbar, jedoch konkret nicht vermeidbar sind,¹⁵¹ dann ergibt es keinen Sinn, den Hersteller trotzdem zu verpflichten, kein einziges fehlerhaftes Produkt in den Verkehr zu bringen. Denn diese Pflicht wäre nicht

¹⁴⁷ BGH NJW 1984, 1958 f.

¹⁴⁸ Ebenso MünchKommBGB/Grundmann, ⁹2022, § 276 Rn. 77.

¹⁴⁹ Vgl. Staudinger/J. Hager, 2021, § 823 Rn. E 70; Medicus/Jens Petersen, BR, ²⁸2021, Rn. 659; v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, 176; Weitnauer, KF 1961, 28, 31.

¹⁵⁰ Dazu ausf. oben → II 1a.

¹⁵¹ Vgl. dazu Staudinger/Oechsler, 2021, § 3 ProdHaftG Rn. 104; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 976 f.; ProdHaft-HdB/v. Westphalen, ³2012, § 48 Rn. 6.

nur für den konkreten Hersteller unerfüllbar, sondern auch für ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen und somit würde eine Rechtspflicht aufgestellt, die objektiv unerfüllbar ist. Entscheidend kann nur sein, welche vermeidbaren Fehler vermieden werden mussten. Es muss also erst geklärt werden, welche Schadensvermeidungsmaßnahmen möglich sind und dann, welche davon zur erforderlichen Sorgfalt i. S. von § 276 Abs. 2 BGB gehören. Nur wenn der Schädiger eine Maßnahme unterlässt, die möglich und erforderlich war, handelt er pflichtwidrig und damit fahrlässig.

Insgesamt zeigt sich also, dass von der inneren Sorgfalt als eigenständigem Element der Fahrlässigkeitsschuld nichts übrig bleibt. Die beiden zentralen Elemente – die Erkennbarkeit der Gefahr und die Vermeidbarkeit des Schadens – werden bereits für die Feststellung einer objektiven Pflichtverletzung benötigt. Sie sind ebenfalls ausschließlich objektiv zu prüfen, d. h. es kommt nur darauf an, ob eine sorgfältige Vergleichsperson die Gefahr erkannt hätte und ob sie in der Lage gewesen wäre, den Schaden zu verhindern. Ob sich dies mit dem Begriff der inneren Sorgfalt gut beschreiben lässt, ist eine rein terminologische Frage. Angesichts der klaren Regelung des § 276 Abs. 2 BGB wäre es jedenfalls verfehlt, Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit nicht nur objektiv, sondern zusätzlich nochmal in „subjektiver“ Form zu prüfen.

3. Verbotsirrtum

Eine weitere Problematik betrifft die Frage, ob die objektive Sorgfaltspflicht, also das jeweilige *rechtliche Verhaltensgebot*, objektiv erkennbar war. Sie lässt sich mitunter nur schwer von der Erkennbarkeit der Gefahrenlage trennen. Denn ob und in welchem Umfang eine Sorgfaltspflicht besteht, hängt vor allem von der Gefahrenlage ab, sodass auch die Fragen der Rechts- und der Tatsachenkenntnis aufs Engste miteinander verwoben sind.¹⁵² Es gibt aber zumindest eine Konstellation, in der *nur* die Erkennbarkeit der Rechtslage in Frage steht, nämlich die, dass die Rechtsprechung trotz unveränderter Gefahrenlage strengere Pflichten formuliert, weil sich die Auffassung durchgesetzt hat, dass für die jeweilige Situation ein größeres Maß an Sorgfalt verlangt werden muss, als bisher gedacht. Die (fehlende) Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht wird oft als „Verbotsirrtum“¹⁵³ beschrieben und teilweise als weitere Fallgruppe der inneren Sorgfalt angesehen,¹⁵⁴ teilweise aber auch als eigenständiges Element der Fahrlässigkeitsschuld.¹⁵⁵

¹⁵² Dazu schon oben → Fn. 127.

¹⁵³ So z. B. MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 53–55; Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 823 Rn. 152a; offen lassend Staudinger/J. Hager, 2017, § 823 Rn. A 1. Die Bezeichnung ist nicht unproblematisch, weil sie an § 17 StGB erinnert, wo es darum geht, dass dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun (subjektiver Maßstab).

¹⁵⁴ So z. B. Fuchs/Pauker/Baumgärtner, DeliktsR, ⁹2017, 99; Deutsch, AcP 202 (2002), 889, 908; v. Bar, JuS 1988, 169, 173; Deutsch, JZ 1988, 993, 996.

¹⁵⁵ So wohl MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 53.

Die Rechtsprechung erkennt an, dass die fehlende Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht dazu führen kann, dass keine Fahrlässigkeit gegeben ist, hat sich aber einer genaueren dogmatischen Einordnung dieser Fallgruppe bisher enthalten.

Die bekanntesten BGH-Urteile zu dieser Problematik betreffen den Skipisten-Fall und den Blitzpfeil-Fall:¹⁵⁶ Im Skipisten-Fall bejahte der BGH zunächst eine objektive Pflichtverletzung der beklagten Schleppliftbetreiberin, weil sie nicht dafür gesorgt hatte, dass die in eine Skipiste integrierten scharfkantigen Eisenstützen ihres Lifts mit aufpralldämpfendem Material wie Schaumstoff oder Strohsäcken abgepolstert wurden. Jedoch verneinte der BGH sodann ein Verschulden der Beklagten, weil er der Ansicht war, der Pflichtverstoß sei auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht erkennbar gewesen.¹⁵⁷ Das wird damit begründet, dass deutsche Gerichte bis zum Zeitpunkt des Unfalls (Ende 1981) im Rahmen der Pistensicherungspflicht nur Sicherungen gegen atypische und verdeckte Gefahren verlangt hatten, die Liftstützen aber weithin sichtbar waren. Ein anderslautendes Urteil des österreichischen OGH hielt der BGH für unmaßgeblich, weil es in der Literatur keinen vollen Zuspruch gefunden hatte. Ferner hatten deutsche Fachkreise für Verhältnisse wie im Streitfall bis zum damaligen Zeitpunkt keine Sicherung von Liftstützen gefordert. Auch bei voller Würdigung des Grundsatzes, dass es nicht auf die übliche, sondern auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ankommt,¹⁵⁸ könne es der Beklagten bei dieser Sachlage „nicht angelastet werden, daß sie sich damals nicht für verpflichtet gefühlt hat, die Stützen ihres Liftes zu sichern“.¹⁵⁹

Ganz ähnlich entschied der BGH im Blitzpfeil-Fall. Hier ging es um die Anfang der 1990er-Jahre umstrittene Frage, ob die Deutsche Bundesbahn ihrer Verkehrssicherungspflicht in Bezug auf leicht zu erkletternde Eisenbahnwaggons dadurch genüge, dass sie an den Waggons Blitzpfeile angebracht hatte, um auf die Lebensgefahr hinzuweisen, die besteht, wenn man sich der Oberleitung nähert. Der BGH hielt, in Übereinstimmung mit dem OLG Hamm als Vorinstanz,¹⁶⁰ das Blitzpfeil-Symbol nicht für hinreichend aussagekräftig, weil sich daraus nicht ergab, dass die Gefahr von der Oberleitung herrührte.¹⁶¹ Er ging deshalb davon aus, es sei eine konkretere Warnung z. B. mit Piktogrammen oder Warntafeln erforderlich, vor allem um Kinder und Jugendliche besser zu schützen. Er bejahte also, dass die Beklagte ihre Verkehrssicherungspflicht objektiv verletzt hatte. Allerdings verneinte er sodann das Verschulden,¹⁶² weil das

¹⁵⁶ Vgl. auch noch BGHZ 96, 290, 298–300 = NJW 1986, 1162, 1163 f.; BGHZ 65, 304, 308 = MDR 1976, 381; BGHZ 64, 149, 154 f. = MDR 1975, 648.

¹⁵⁷ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1985, 620, 621.

¹⁵⁸ Dazu schon oben → II 1.

¹⁵⁹ BGH NJW 1985, 620, 621.

¹⁶⁰ OLG Hamm, Urt. v. 20.12.1993 – 6 U 237/92.

¹⁶¹ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1995, 2631 f.

¹⁶² Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1995, 2631, 2632. Ebenso später OLG Hamm, NJW-RR 2000, 692, 693 f.; VersR 1996, 1155 f.

OLG Hamm in zwei früheren, nicht allzu lange zurückliegenden Fällen den Blitzpfeil hatte genügen lassen¹⁶³ und weil der BGH selbst in einem der beiden Fälle die Revision nicht angenommen hatte.¹⁶⁴ Die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht der Beklagten seien erst durch das angefochtene Urteil verschärft worden. Bei dieser Sachlage sei für die Beklagte im Zeitpunkt der Schädigung „nicht erkennbar“ gewesen, dass sie ihrer Pflicht nicht in ausreichendem Maß nachgekommen war.

In der Literatur werden Fälle wie diese unterschiedlich eingeordnet. Teilweise wird argumentiert, solange die Rechtsprechung die (neue) Verhaltenspflicht nicht formuliert habe, könne sie wegen des Rückwirkungsverbots auch noch nicht gelten. Es sei daher logisch ausgeschlossen, dass der Schädiger mit seinem Verhalten eine Pflicht verletzen könne, die erst Monate oder Jahre später in einem Urteil formuliert wird.¹⁶⁵ Dagegen spricht aber schon, dass jeder Fall ein bisschen anders ist und passgenaue Sorgfaltspflichten deshalb immer nur *ad hoc* formuliert werden.¹⁶⁶ Frühere Entscheidungen in ähnlichen Fällen können Orientierung bieten, lassen sich aber nie eins zu eins auf eine neue Situation übertragen. Umgekehrt wird behauptet, wenn man den objektiven Sorgfaltmaßstab ernst nehme, könne ein Irrtum über die Sorgfaltspflicht nie entlasten.¹⁶⁷ Dem steht die These von *Wilhelmi* nahe, man könne den Verbotsirrtum nur mit einem subjektivierten Verschuldensbegriff erklären.¹⁶⁸ Beides wäre richtig, wenn man wirklich – wie bei § 17 StGB – auf eine Fehlvorstellung des konkreten Schädigers abstellen würde. Der Begriff „Verbotsirrtum“ suggeriert das in der Tat. Der BGH verwendet ihn aber in den einschlägigen Fällen nicht und geht auf das Vorstellungsbild des Schädigers überhaupt nicht ein. Interessanterweise betrafen sowohl der Skipisten-Fall als auch der Blitzpfeil-Fall Unternehmen – die Bayerische Zugspitzbahn und die Deutsche Bundesbahn – und es wird nirgends konkretisiert, dass sich tatsächlich jemand geirrt hätte, geschweige denn wer. Das legt nahe, dass es auf einen Irrtum im Sinne einer konkreten Fehlvorstellung über die Sorgfaltspflicht gar nicht ankommt, sondern dass sich die Prüfung von vornherein auf die Vermeidbarkeit des Irrtums verlagert, oder andersherum und näher an der Rechtsprechung: auf die Erkennbarkeit der jeweils maßgeblichen Sorgfaltspflicht.

Die entscheidende Frage ist natürlich wieder: Erkennbarkeit für wen – subjektiv für den konkreten Schädiger oder objektiv für eine sorgfältige Vergleichs-

¹⁶³ OLG Hamm, Urt. v. 19.2.1990 – 6 U 144/89; OLG Hamm, Urt. v. 7.6.1988 – 9 U 182/87, VersR 1990, 913.

¹⁶⁴ BGH, Beschl. v. 10.10.1989 – VI ZR 271/88.

¹⁶⁵ So etwa *Brüggemeier*, FS E. Schmidt, 2005, 33, 56; *Jansen*, Struktur, 2003, 450f.; *Brüggemeier*, DeliktsR, 1986, Rn. 114. Dagegen berechnete Kritik bei MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 54.

¹⁶⁶ Ähnlich MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 54.

¹⁶⁷ v. *Bar*, GemDeliktsR, Bd. 2, 1999, Rn. 233.

¹⁶⁸ *Erman/Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 152a.

person an seiner Stelle? Und die Antwort kann wieder nur lauten: Es muss ein objektiver Maßstab gelten, denn alles andere wäre mit § 276 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren. Allerdings dürften sich in den hier diskutierten Fällen nur selten Unterschiede zwischen der objektiven und der subjektiven Perspektive ergeben. Denn auch eine sorgfältige Person wird kurzfristige Rechtsprechungsänderungen in der Regel nicht vorhersehen können. Allerdings kann eine Entlastung nur in Betracht kommen, wenn es bereits eine unmittelbar einschlägige Rechtsprechung gab und sich diese relativ überraschend ändert.¹⁶⁹ Der Blitzpfeil-Fall ist ein gutes Beispiel, weil die früheren Urteile ebenfalls die Deutsche Bundesbahn und exakt dasselbe Symbol betrafen, die Sachverhalte also sehr ähnlich waren. Das ist aber selten: In den allermeisten Fällen gibt es keine so gut passenden Präjudizien und es muss dann dabei bleiben, dass die objektive Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht nur voraussetzt, dass die Gefahrenlage erkennbar war. Denn eine verständige Vergleichsperson könnte dann selbst nach § 276 Abs. 2 BGB ermitteln, was von ihr erwartet wird.¹⁷⁰

Wird die Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht – wie es richtig ist – objektiv bestimmt, dann liegt nahe, sie wie die objektive Erkennbarkeit der Gefahr und die objektive Vermeidbarkeit des Schadens bereits als Voraussetzung der objektiven Pflichtwidrigkeit anzusehen.¹⁷¹ Denn wenn die Sorgfaltspflicht objektiv nicht erkennbar war, ein etwaiger Verbotsirrtum also objektiv unvermeidbar war, dann hätte auch eine sorgfältige Vergleichsperson nicht anders handeln können als der Schädiger gehandelt hat. Wenn der Schädiger aber so handelt wie eine sorgfältige Vergleichsperson, dann bedeutet dies normalerweise, dass er sich nicht pflichtwidrig und damit nicht fahrlässig verhalten hat. Hätte also im Skipisten-Fall auch eine sorgfältige Skipistenbetreiberin nicht erkennen können, dass eine Absicherung der Liftstützen rechtlich geboten war, dann hätte auch eine sorgfältige Skipistenbetreiberin die Stützen nicht abgesichert. Worin soll dann aber der Sorgfaltsverstoß liegen, wenn sich die beklagte Skipistenbetreiberin genauso verhält? Es zeigt sich also: Auch die Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht ist kein eigenständiges Element der Fahrlässigkeitsschuld, sondern notwendige Bedingung der objektiven Pflichtwidrigkeit.

4. Vorwerfbarkeit

Eine naheliegender Einwand gegen die Konzeption einer echten Unternehmenshaftung wäre, dass Fahrlässigkeit und/oder Verschulden einen persönlichen Vorwurf implizieren und dass ein solcher allenfalls möglich wäre, wenn Unternehmensträger ein Einzelunternehmer ist. Handelt es sich jedoch um eine Gesellschaft, würde ein moralischer Vorwurf keinen Sinn ergeben. Ein genaue-

¹⁶⁹ Ähnlich MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 55.

¹⁷⁰ Vgl. hierzu MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 55.

¹⁷¹ v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 2, 1999, Rn. 233.

rer Blick zeigt jedoch, dass eine wie auch immer geartete Vorwerfbarkeit im Zivilrecht weder zur Fahrlässigkeit noch zum Verschulden gehört und dass sie deshalb auch keine Hürde für die Unternehmenshaftung darstellt.

a) *Fahrlässigkeitsvorwurf*

Was zunächst die Fahrlässigkeit angeht, lässt sich feststellen, dass sie in Rechtsprechung und Literatur in der Tat immer wieder als vorwerfbares Verhalten beschrieben wird. So schreibt etwa *Larenz*, der „Vorwurf der Fahrlässigkeit“ gehe dahin, dass es der Verpflichtete an der nötigen Sorgfalt, Achtsamkeit oder Umsicht habe fehlen lassen.¹⁷² Gegen solche Formulierungen ist nichts einzuwenden, wenn damit lediglich gesagt werden soll, der Schädiger habe sich nicht so verhalten, wie er sich gemäß den Anforderungen der Rechtsordnung objektiv hätte verhalten sollen. Nicht richtig wäre es jedoch, damit die weitere Aussage zu verbinden, das Verhalten des Schädigers sei aus moralischer Sicht zu verurteilen. Dies entspräche zwar dem historischen Verständnis der Fahrlässigkeit als „Schuldform“,¹⁷³ würde jedoch den heutigen Stand der Rechtsentwicklung nicht richtig wiedergeben. Denn es ist bloß die Kehrseite des von der ganz h. M. akzeptierten objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs,¹⁷⁴ dass für eine subjektive, am konkreten Schädiger orientierte Betrachtung kein Raum verbleibt. Es ist deshalb verfehlt, wenn der BGH formuliert, die Verwirklichung des objektiven Tatbestands eines Schutzgesetzes könne den Schluss auf einen „subjektiven Schuldvorwurf“ nahelegen.¹⁷⁵ Objektiv fahrlässiges Verhalten kann moralisch verwerflich sein oder auch nicht – für die Fahrlässigkeit als rechtliche Kategorie kommt es darauf nicht an.

In der Literatur ist früh beschrieben worden, dass die Anwendung des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs für den konkreten Schädiger eine Haftung ohne persönliche Schuld bedeuten kann.¹⁷⁶ Auch der BGH hat z. B. in Entscheidungen zum Arzthaftungsrecht betont, dass der Schädiger für objektiv sorgfaltswidriges Verhalten haftungsrechtlich auch dann einzustehen hat, wenn sein Handeln „aus seiner persönlichen Lage heraus entschuldbar erscheinen mag“.¹⁷⁷ Selbst wenn ein Arzt also den medizinischen Standard „nur“ verletzt, weil er ihn mangels Qualifikation oder Erfahrung gar nicht einhalten kann, verhält er sich anders als es in der konkreten Situation geboten wäre und handelt somit

¹⁷² *Larenz*, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 20 III, S. 282.

¹⁷³ Dafür noch *v. Caemmerer*, KF 1961, 19, 25 f. Vgl. für ältere, subjektivierende Ansätze insb. *Planck/Siber*, ⁴1914, § 276 Anm. 2b β bb), S. 221 f.; *Kreß*, SchuldR AT, 1929, 327 (m. Fn. 12); *Enneccerus*, BGB AT, ¹²1928, § 197 I 3a, S. 551 f. (m. Fn. 6); *v. Tuhr*, BGB AT, Bd. II/2, 1918, 489; *F. Leonhard*, FG Enneccerus, 1913, 1, passim; *Brodmann*, AcP 99 (1906), 327, 369 f.

¹⁷⁴ Dazu schon oben → II 1.

¹⁷⁵ BGH NJW 1992, 1039, 1042.

¹⁷⁶ *Soergel/R. Schmidt*, ¹⁰1967, § 276 Rn. 16; *Wieacker*, JZ 1957, 535, 537; *Oertmann*, DR 1922, 5, 6; vgl. auch *Larenz*, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 20 III, S. 286 f.

¹⁷⁷ BGH NJW 2001, 1786, 1787.

fahrlässig i.S. von § 276 Abs. 2 BGB. Ob man in solchen Fällen noch von Verschuldenshaftung sprechen kann, ist eine Frage der Definition. Versteht man, wie dies auch heute noch weit verbreitet ist,¹⁷⁸ Verschulden als persönliche Vorwerfbarkeit, liegt auf der Hand, dass der objektive Maßstab diejenigen, die der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht gerecht werden *können*, einer verschuldensunabhängigen Haftung unterwirft.¹⁷⁹ Versteht man Verschulden als Pflichtwidrigkeit (und sei es über den „Umweg“ der Fahrlässigkeit, also Pflichtwidrigkeit = Fahrlässigkeit = Verschulden), fällt es hingegen nicht schwer, objektiv pflichtwidriges, jedoch persönlich nicht vorwerfbares Verhalten als schuldhaft anzusehen. Man entfernt sich damit zwar vom historischen Wortsinne der „Schuld“, jedoch nicht vom Gesetz, welches einerseits die Fahrlässigkeit objektiv definiert (§ 276 Abs. 2 BGB), sie aber andererseits als Verschuldensform einordnet (vgl. nur § 823 Abs. 1 BGB: „vorsätzlich oder fahrlässig“ und § 823 Abs. 2 S. 2 BGB: „Verschulden“).

Widersprüchlich wäre es allerdings, in der objektiv definierten Fahrlässigkeit eine Verschuldensform zu sehen, das Verschulden aber als persönliche Vorwerfbarkeit zu qualifizieren. Genau in dieser Vorstellung scheint aber ein großer Teil der Lehre verfangen zu sein, der einerseits daran festhält, die Fahrlässigkeit objektiv zu bestimmen, andererseits aber meint, es handele sich um eine Verschuldensform und Verschulden bedeute persönliche Vorwerfbarkeit.¹⁸⁰ Wie das logisch funktionieren soll, bleibt offen. Vermutlich handelt es sich um eine Verkürzung, mit der man zum Ausdruck bringen will, dass objektiv pflichtwidriges Verhalten in den meisten Fällen persönlich vorwerfbar ist.¹⁸¹ Das ist auch richtig, denn dass der konkrete Schädiger subjektiv zur Beachtung der erforderlichen Sorgfalt nicht in der Lage ist, ist in der Praxis die Ausnahme. Rechtlich kommt es darauf aber gar nicht an, weil das Gesetz für den „Fahrlässigkeitsvorwurf“ eben keine persönliche Vorwerfbarkeit verlangt.¹⁸² Es ist deshalb zumindest irreführend, Fahrlässigkeit als Verschuldensform und Verschulden als persönliche Vorwerfbarkeit zu definieren.

b) Verschuldensvorwurf

Vom Ansatz her schlüssig sind hingegen Konzepte, welche zwar am objektiven Fahrlässigkeitsbegriff festhalten (und somit die klare Festlegung des § 276 Abs. 2 BGB respektieren), dann aber *außerhalb* der Fahrlässigkeit noch ein Element

¹⁷⁸ Grüneberg/Grüneberg, ⁸²2023, § 276 Rn. 5; Erman/Ulber, ¹⁶2020, § 276 Rn. 4; Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 41 f.; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, ¹²2022, Rn. 644.

¹⁷⁹ So in der Tat v. Caemmerer, KF 1961, 19, 26.

¹⁸⁰ Vgl. etwa Grüneberg/Grüneberg, ⁸²2023, § 276 Rn. 5, 12, 15; Erman/Ulber, ¹⁶2020, § 276 Rn. 4, 14 f.; Fikentscher/Heinemann, SchuldR, ¹²2022, 644, 651.

¹⁸¹ In diesem Sinne z.B. Canaris, VersR 2005, 577, 579; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 I 2g, S. 353 f.

¹⁸² Wie hier u. a. Deutsch/Abrens, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 143.

der Vorwerfbarkeit prüfen wollen. Der bekannteste Vorstoß dieser Art stammt von *Nipperdey*, der als Verfechter der Lehre vom Verhaltensunrecht dafür plädierte, die Fahrlässigkeit i. S. des § 276 Abs. 2 BGB als Teil des Unrechtstatbestands zu prüfen, auf der Ebene des Verschuldens aber zusätzlich danach fragen wollte, ob dem Schädiger ein persönlicher Schuldvorwurf in dem Sinne gemacht werden könne, dass er sich „für das Unrecht *entschieden* habe, *obschon er sich habe rechtmäßig verhalten und für das Recht entscheiden können*“.¹⁸³ Schuld sei normativ zu verstehen als Unwerturteil der Rechtsordnung über den Täter; sie setze eine rechtswidrige Handlung voraus, „die dem Täter deshalb persönlich vorgeworfen wird, weil sie auf einer pflichtwidrigen Motivation beruht“. Zivilrechtliches Verschulden definiert *Nipperdey* daher als „persönliche Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung“.¹⁸⁴

In der jüngeren Literatur vertritt *Wilhelmi* ein ähnliches Konzept.¹⁸⁵ Ausgangspunkt ist für ihn die in vielen Paragraphen des BGB zum Ausdruck kommende Unterscheidung zwischen Unrecht und Verschulden. Weil jedoch auch für *Wilhelmi* die Fahrlässigkeit als objektive Pflichtwidrigkeit schon den Unrechtstatbestand ausmacht (und zwar unabhängig von der Begehungsart¹⁸⁶), will er der Eigenständigkeit des Verschuldens durch dessen Subjektivierung gerecht werden.¹⁸⁷ Der objektive Maßstab schränkt seiner Meinung nach die Freiheitssphäre des Schädigers zu sehr ein und ermögliche daher „keine taugliche Abgrenzung der Freiheitssphären der Beteiligten“.¹⁸⁸

Der BGH hat eine solche „besondere[] Schuldprüfung“ nach einem „individuelle[n], die besondere Persönlichkeitsartung berücksichtigende[n] Beurteilungsmaßstab“ allerdings zu Recht abgelehnt.¹⁸⁹ Zwar mag man *Nipperdey* darin zustimmen, dass man § 276 BGB nicht unbedingt so verstehen muss, dass darin die Verantwortlichkeit des Schädigers abschließend geregelt ist,¹⁹⁰ aber es gibt außer den kaum verallgemeinerungsfähigen Vorschriften der §§ 827, 828 BGB auch keine Anhaltspunkte dafür, dass es außer auf Vorsatz und Fahrlässigkeit für das Verschulden noch auf weitere, individuelle Umstände ankommen soll. Dagegen spricht u. a. die Systematik des § 823 BGB, wo in Abs. 1 von „vorsätzlich oder fahrlässig“ begangenen Rechtsverletzungen die Rede ist, während Abs. 2 ein „Verschulden“ verlangt, obwohl – das geht aus den Gesetzesmaterialien hervor¹⁹¹

¹⁸³ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Hb. 2, ¹⁵1960, 1319 (Herv. im Original); siehe außerdem *Nipperdey*, KF 1959, 3, 4; *Nipperdey*, NJW 1957, 1777, 1780 ff.

¹⁸⁴ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Hb. 2, ¹⁵1960, 1319.

¹⁸⁵ Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 152a; *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 314 ff.

¹⁸⁶ Vgl. dazu Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 7 m. w. N.

¹⁸⁷ *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 317 ff.

¹⁸⁸ *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 339.

¹⁸⁹ BGHZ 24, 21, 26 = NJW 1957, 785, 786.

¹⁹⁰ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT, Hb. 2, ¹⁵1960, 1323.

¹⁹¹ Mot. Bd. I, S. 281: „Unter ‚Verschulden‘ wird ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten verstanden.“

und ist seit jeher allgemeine Ansicht¹⁹² – in der Sache dasselbe gemeint ist. Ganz ähnlich nimmt § 276 Abs. 1 S. 1 BGB auf „Vorsatz und Fahrlässigkeit“ Bezug, um das Vertretenmüssen bzw. die Verantwortlichkeit des Schuldners zu definieren, während § 278 S. 1 BGB von „Verschulden“ spricht. Daran ist deutlich zu erkennen, dass sich das Verschulden nach der Konzeption des Gesetzgebers in der Fahrlässigkeit erschöpfen kann. Nicht überzeugend ist daher *Wilhelmi* Argument, die Subjektivierung des Verschuldens sei Konsequenz seiner gesetzlich fixierten Eigenständigkeit. Es wirkt widersprüchlich, die Eigenständigkeit des Verschuldens vor allem gesetzessystematisch zu begründen, die gesetzlichen Festlegungen zum Inhalt des Verschuldens jedoch für unmaßgeblich zu halten. Warum soll man entgegen der gesetzlichen Systematik Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente ansehen dürfen, dann aber daran gehindert sein, auch noch von der eigenständigen Verschuldensprüfung und dem dreistufigen Deliktsaufbau abzurücken?¹⁹³

Noch wichtiger als diese systematischen Erwägungen ist aber, dass jede Subjektivierung i. S. einer zusätzlichen Vorwerfbarkeitsprüfung, auf welcher Ebene auch immer, die wichtigen Funktionen des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs gefährden würde, nämlich einerseits den Rechtsverkehr vom Risiko „unterdurchschnittlicher Schädiger“ zu entlasten und andererseits solchen Schädigern zusätzliche Anreize zur Schadensvermeidung zu setzen.¹⁹⁴ Die Handlungsfreiheit des Schädigers schützen zu wollen,¹⁹⁵ ist demgegenüber kein überzeugendes Argument. Denn zum einen ist die Freiheit des Geschädigten nicht weniger schutzwürdig, zum anderen ist es zuvorderst Aufgabe des Gesetzgebers, die jeweiligen Freiheitssphären gegeneinander abzugrenzen. Wenn der Gesetzgeber meint, Kausalität und objektiv definierte Fahrlässigkeit seien dafür sachgerechte Kriterien, dann ist dies zu respektieren. Dass es daneben *generell* auf persönliche Vorwerfbarkeit ankommen soll, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Es folgt insbesondere nicht aus §§ 827, 828 BGB, die lediglich eng begrenzte Ausnahmen formulieren.¹⁹⁶

5. Entschuldigungsgründe

Weil es bei der zivilrechtlichen Haftung nicht um persönliche Vorwerfbarkeit geht, ist hier – anders als im Strafrecht mit seinen strikt täterbezogenen Maß-

¹⁹² Vgl. nur *Grüneberg/Grüneberg*, ⁸²2023, § 276 Rn. 5; *Fikentscher/Heinemann*, *SchuldR*, ¹²2022, Rn. 646; *Larenz/Canaris*, *SchuldR* BT, ¹³1994, § 75 I 2b, S. 351.

¹⁹³ Zu Recht kritisch auch *MünchKommBGB/Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 39.

¹⁹⁴ Dazu schon ausf. oben → A II 1a.

¹⁹⁵ So *Wilhelmi*, *Risikoschutz*, 2009, 339ff.

¹⁹⁶ Vgl. BGH NJW 1984, 1958, 1959 m. w. N.; BGH NJW 1970, 1038, 1039 = JZ 1970, 616, 617 m. Anm. *Teichmann*; *MünchKommBGB/Grundmann*, ⁹2022, § 276 Rn. 55; *Staudinger/Oechsler*, 2021, § 827 Rn. 1; *Deutsch*, *Allg. HaftungsR*, ²1996, Rn. 451; a. A. *Wilhelmi*, *Risikoschutz*, 2009, 327ff.

stäben – auch kein Raum für eine wie auch immer geartete „Entschuldigung“ des Schädigers.¹⁹⁷ In den meisten der ohnehin nur sehr wenigen Fälle, die in der Literatur mitunter als Beleg für die vermeintliche Existenz zivilrechtlicher Entschuldigungsgründe herangezogen werden, fehlt es bereits am objektiv pflichtwidrigen Verhalten, also der Fahrlässigkeit. So ist es etwa, wenn eine Moped-Fahrerin auf die Gegenfahrbahn ausweicht und dort seitlich einen PKW streift, weil es keine andere Möglichkeit gibt, einen Frontalzusammenstoß mit einem anderen Fahrzeug zu verhindern.¹⁹⁸ Auch ein sorgfältige Vergleichsperson hätte also nicht anders gehandelt. Genauso ist es, wenn ein 14-jähriger Junge einen anderen mit einer Tomate bewirft – ob er dazu durch natürlichen Abwehrwillen oder Spieltrieb „hingerissen“ wurde, ist nicht von Belang.¹⁹⁹ Selbst im Fall des „DDR-Lockspitzels“²⁰⁰ wäre schon die Pflichtwidrigkeit zu verneinen gewesen, wenn dem Beklagten im Falle einer Verweigerung der Zusammenarbeit mit der Stasi derart schwerwiegende Konsequenzen gedroht hätten, dass die Denunziation auch aus objektiver Sicht das „kleinere Übel“ war. Andernfalls hätte man seine Haftung ruhig bejahen können.

Das BGB bringt nirgends zum Ausdruck, dass derjenige, der die Grenzen von Notwehr oder Notstand überschreitet, trotzdem von Haftung frei sein soll, und die Übertragung der §§ 33, 35 StGB in das Zivilrecht versteht sich wegen der unterschiedlichen Zielsetzungen nicht von selbst.²⁰¹ Da persönliche Vorwerfbarkeit keine Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung ist, kann fehlende oder verminderte Vorwerfbarkeit auch nicht entlasten.

V. Fazit

Aus alledem folgt: Die Fahrlässigkeit des deutschen Deliktsrechts erschöpft sich in der objektiven Pflichtwidrigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB).²⁰² Daneben kommt es nur noch auf die Verantwortungsfähigkeit i. S. der §§ 827, 828 BGB an. Eine

¹⁹⁷ A. A. die h. L., z. B. Grüneberg/Grüneberg, ⁸²2023, § 276 Rn. 7; BeckOGK/Schaub, 1.12.2022, § 276 BGB Rn. 40; MünchKommBGB/Grundmann, ⁹2022, § 276 Rn. 166–170; Staudinger/J. Hager, 2017, § 823 Rn. A 4; Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 214–216; Looschelders, SchuldR BT, ¹⁷2022, § 59 Rn. 27; Deutsch, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 436–447; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 2d, S. 364.

¹⁹⁸ So der Fall BGHZ 92, 357, 358 = NJW 1985, 490, 491.

¹⁹⁹ Anders offenbar BGH LM § 828 BGB Nr. 1 (1952).

²⁰⁰ Vgl. BGHZ 127, 195, 210 = NJW 1995, 256, 259.

²⁰¹ Wer wie z. B. Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 214 f. für eine analoge Anwendung der §§ 33, 35 StGB im Zivilrecht plädiert, müsste sich deshalb mit der strafrechtsdogmatischen Begründung der Entschuldigungsgründe und den dahinter stehenden Strafzweckerwägungen genauer auseinandersetzen und darlegen, warum eine Analogie trotz der unterschiedlichen Zwecke von Strafrecht und Haftungsrecht geboten ist.

²⁰² Ähnlich MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 29–37; Brüggemeier, HaftungsR, 2006, 57 ff.; Brüggemeier, DeliktsR, 1986, Rn. 114.

darüber hinausgehende Fahrlässigkeitsschuld gibt es im Deliktsrecht – anders als im Strafrecht – nicht. Die Erkennbarkeit der Gefahr, die Vermeidbarkeit des Schadens und die Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht sind objektiv zu prüfen und bereits notwendig, um eine objektive Pflichtverletzung bejahen zu können. War die Gefahr oder die Pflicht objektiv nicht erkennbar oder der Schaden objektiv unvermeidbar, dann hätte auch eine sorgfältige Vergleichsperson den Schaden nicht verhindert. Keines der Elemente ist zusätzlich subjektiv zu prüfen. Trotz ihrer objektiven Definition ist Fahrlässigkeit nach dem BGB eine Verschuldensform. Die objektive Fahrlässigkeitshaftung verletzt daher nicht das *gesetzliche* Verschuldensprinzip, denn das BGB setzt für die Verschuldenshaftung keine persönliche Vorwerfbarkeit voraus. Um „Schuld“ im moralischen Sinne geht es nicht. Das ist auch richtig so, weil persönliche Vorwerfbarkeit für die sachgerechte Verteilung von Schäden – anders als für die Beurteilung von Strafwürdigkeit – kein sinnvoller Maßstab ist.

Das Ergebnis ist vom Ansatz der Rechtsprechung weniger weit entfernt als man meinen könnte. In der praktischen Rechtsanwendung spielen die Prüfung der Fahrlässigkeitsschuld und die von der h.M. befürwortete Unterscheidung von äußerer und innerer Sorgfalt kaum eine Rolle.²⁰³ Denn die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Verletzung der äußeren Sorgfalt entweder die Verletzung der inneren Sorgfalt indiziert oder dass ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt spricht.²⁰⁴ Der Geschädigte muss also „nur“ die Verletzung eines hinreichend konkreten Schutzgesetzes oder einer Verkehrs- bzw. Sorgfaltspflicht darlegen und ggf. beweisen, dann obliegt es dem Schädiger, sich hinsichtlich der inneren Sorglosigkeit zu entlasten, also – wenn man das bisherige Verständnis der Rechtsprechung zugrunde legt – z. B. zu zeigen, dass die Gefahrenlage oder die daraus folgende Pflichtenstellung objektiv (!) nicht erkennbar war. Das wird gerade in unternehmerischen Zusammenhängen ohnehin nur selten gelingen, sodass der Fahrlässigkeitsschuld, selbst wenn man deren Prüfung im Haftungsrecht entgegen der hier vertretenen Ansicht nicht schon für dogmatisch verfehlt hält, zumindest in diesem Kontext praktisch gesehen allenfalls eine geringe Bedeutung zukommt.

Mit der Reduktion der Fahrlässigkeit auf die objektive Pflichtwidrigkeit findet das deutsche Deliktsrecht Anschluss an den europäischen Standard.²⁰⁵ Im französischen Deliktsrecht versteht man unter einer *faute* i. S. von Art. 1240 CC

²⁰³ So auch *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 26.

²⁰⁴ BGH r+s 2012, 460, 461, Rn. 6; NJW 1994, 2232, 2233; NJW 1986, 2757, 2758; BGHZ 116, 60, 73 = NJW 1992, 560, 562; BGHZ 80, 186, 199 = NJW 1981, 1603, 1606; BLP/*Repgen*, ⁴2019, § 276 Rn. 16a; BLP/*Katzenmeier*, ⁴2019, § 823 Rn. 42; *Staudinger/J. Hager*, 2021, § 823 Rn. E 72; *Soergel/Spickhoff*, ¹³2005, § 823 Rn. 179; *Abrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 8 Rn. 15; *Deutsch/Abrens*, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 138; *v. Bar*, JuS 1988, 169, 173 f.; *v. Bar*, Verkehrspflichten, 1980, 302 f.; *Deutsch*, HaftungsR, 1976, 279.

²⁰⁵ Vgl. *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 39.

(früher Art. 1382 CC) schlicht ein pflichtwidriges Verhalten²⁰⁶ und auch im englischen Recht ist zentrales Element der Haftung aus *negligence* eine objektive Pflichtverletzung (*breach of duty*).²⁰⁷ In Art. 4:101 PETL wird die Verschuldenshaftung u. a. an eine fahrlässige Verletzung des maßgeblichen Verhaltensstandards geknüpft und die Fahrlässigkeit wird in den Materialien als rein objektiver Maßstab definiert, der nur voraussetzt, dass die Sorgfalt außer Acht gelassen wurde, die vernünftigerweise erwartet werden konnte.²⁰⁸ Auch in Art. VI.-3:102 DCFR wird für Fahrlässigkeit nur gefordert, dass der Schädiger eine Verhaltenspflicht verletzt, weil sein Verhalten z. B. nicht dem entspricht, was in einem Schutzgesetz verlangt wird oder was von einer in vernünftigem Maße sorgfältigen Person (*reasonably careful person*) in der Situation des jeweiligen Falles zu erwarten gewesen wäre.

Für die weiteren Erwägungen zur Unternehmenshaftung ist vor allem von Bedeutung, dass alle Elemente der Fahrlässigkeit objektiv zu prüfen sind. Denn das bedeutet, dass es keine Voraussetzungen gibt, die sich nur auf einzelne Menschen beziehen ließen. Merkmale wie die Erkennbarkeit der Gefahr werden nicht subjektiv nach dem Vorstellungsbild bestimmter Repräsentanten oder Gehilfen geprüft, sondern objektiv mithilfe von hypothetischen Vergleichspersonen. Es kommt daher auch nicht darauf an, die Verantwortlichkeiten innerhalb des Unternehmens im Einzelnen aufzuschlüsseln und z. B. abzugrenzen, wessen Vorstellungen und „Irrtümer“ relevant sind, wenn eine Fahrlässigkeitshaftung des Unternehmensträgers begründet werden soll. Vielmehr wird es aus teleologischen Gründen meistens sogar geboten sein, nicht auf einzelne Führungskräfte oder Mitarbeiter abzustellen, sondern als Vergleichsmaßstab ein sorgfältig organisiertes „Vergleichsunternehmen“ heranzuziehen. Denn nur so lassen sich die spezifischen Schadensvermeidungspotenziale von Unternehmen richtig erfassen. Das soll im Folgenden näher erläutert werden.

B. Echte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung

Nachdem nun die Anforderungen an die Fahrlässigkeit geklärt sind, soll im Folgenden die Struktur der direkten Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung genauer analysiert werden. Dafür sei zunächst daran erinnert, dass es hierbei um Situationen geht, in denen die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert sind. Typische

²⁰⁶ Galand-Carval, in: PETL Fault, 2005, 89, Rn. 10f.; Wagner, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 224f. m. zahlr. N.

²⁰⁷ Horsey/Rackley, Tort Law, 42015, 38f.; Deakin/Adams, Tort Law, 82019, 85ff.; Wagner, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 220ff.; Heuston/Buckley, Torts, 21996, 195f.

²⁰⁸ Widmer, PETL Commentary, 2005, Art. 4:101 Rn. 4.

Beispiele sind Verkehrspflichten, die den Unternehmensträger z. B. als Grundstückseigentümer, Arbeitgeber oder Warenproduzenten treffen können, aber auch originär unternehmensbezogene Pflichten in Spezialgesetzen (z. B. im Kartellrecht oder Kapitalmarktrecht). Rechtsprechung und h. L. gehen davon aus, dass solche Unternehmenspflichten von den Unternehmensangehörigen verletzt werden können und dass sich die Pflicht des Unternehmensträgers und deren Verletzung durch einen Repräsentanten oder Gehilfen zu einem Fahrlässigkeitsdelikt addieren lassen, für welches originär und exklusiv der Unternehmensträger haftet. Dieses Haftungsmodell ist oben²⁰⁹ als unechte direkte Unternehmenshaftung bezeichnet worden, weil es an eine Unternehmenspflicht anknüpft, aber auf der Zurechnung individuellen Verschuldens beruht.

Demgegenüber soll im Folgenden die These vertreten werden, dass die direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung im Grundsatz als echte Unternehmenshaftung konzipiert werden sollte,²¹⁰ weil dies den Zwecken des Haftungsrechts besser gerecht wird. Soll die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung dazu dienen, den Unternehmensangehörigen wirksame Anreize zu setzen, die erforderlichen Schadensvermeidungsmaßnahmen zu ergreifen, dann muss die Haftung primär auf das *Unternehmen* als organisatorische Einheit ausgerichtet werden. Insbesondere kann für die zentralen Fragen, welche Sorgfaltsmaßnahmen möglich und zumutbar sind, nicht auf einzelne Repräsentanten oder Gehilfen abgestellt werden, sondern nur auf das Unternehmen als Ganzes. Anders als von der Rechtsprechung suggeriert, kommt es auch für einzelne Elemente wie die Erkennbarkeit der Gefahr oder die Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht nicht auf das Vorstellungsbild der Unternehmensleitung oder einzelner Mitarbeiter an, sondern auf ein *sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen* in der jeweiligen Branche. Dies ist die richtige Perspektive, um die möglichen Sorgfaltsmaßnahmen zu identifizieren und auf Basis einer Kosten-Nutzen-Analyse zu entscheiden, welche davon auszuführen gewesen wären und welche nicht. Der so ermittelte Soll-Maßstab ist anschließend mit den tatsächlichen Aktivitäten des jeweiligen Schädigerunternehmens abzugleichen. Hat das Unternehmen eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen, die ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen ergriffen hätte, ist eine Unternehmens-Fahrlässigkeit zu bejahen und der Unternehmensträger haftet. Einer Zurechnung individuellen Verschuldens bedarf es nicht. Vielmehr birgt jedes Abweichen von der unternehmensbezogenen Perspektive die Gefahr, dass die Schadensvermeidungspotenziale des Unternehmens und die relevanten Kosten nicht richtig erfasst werden, obwohl es diese Größen sind, an denen sich die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung aus teleologischen Gründen ausrichten sollte.

²⁰⁹ → § 3 A II 2.

²¹⁰ Nur wenn eindeutig ein individuelles Verschulden im Vordergrund steht, kann der Begründungsansatz einer unechten, auf Zurechnung beruhenden Unternehmenshaftung intuitiver und daher vorzugswürdig sein, vgl. dazu noch unten → C.

Dieses Modell einer echten Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung ist nachfolgend ausführlich zu erläutern. In Einklang mit den vorigen Ausführungen in Teil A wird die objektive Pflichtverletzung als einziges Element der Fahrlässigkeit angesehen. Auf die Pflichtenstellung des Unternehmensträgers ist nur kurz einzugehen, weil sie in § 4²¹¹ bereits ausführlich diskutiert wurde. Der Schwerpunkt liegt vielmehr auf der Typisierung des Pflichtenmaßstabs und der Konkretisierung der unternehmensbezogenen Kosten-Nutzen-Analyse.

I. Unternehmenspflichten

In § 4 ist bereits erläutert worden, dass Unternehmensträger, auch wenn es sich nicht um Einzelunternehmer, sondern um Gesellschaften handelt, selbst Adressaten deliktischer Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten sein können. Das liegt auf der Hand, wenn der Gesetzgeber Pflichten eindeutig unternehmensbezogen formuliert, was vor allem im Sonderdeliktsrecht vorkommt, z. B. im Datenschutzrecht, im Kartellrecht oder im Kapitalmarktrecht. Aber auch allgemeine deliktische Pflichten können unmittelbar den Unternehmensträger treffen, wenn sie an eine Eigenschaft oder Funktion anknüpfen, die sich dem Unternehmensträger zuordnen lässt. So kann der Unternehmensträger z. B. als Grundstückseigentümer oder Anlagenbetreiber verkehrssicherungspflichtig sein und ihn treffen natürlich auch solche Pflichten, die sich auf unternehmerische Tätigkeiten beziehen, also z. B. die Verkehrspflichten des Herstellers im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB.

Nur zu erinnern ist an dieser Stelle daran, dass Unternehmensträger schon nach h. M. originär für Delikte haften können, die aus einer Unternehmenspflicht und dem hypothetisch pflichtwidrigen Verhalten eines Repräsentanten oder Gehilfen „zusammengesetzt“ werden und dass dies nahelegt, sämtliche Unternehmensträger zumindest als „deliktshaftungsfähig“ anzusehen. Für letzteres war oben in Anlehnung an §§ 827, 828 BGB der Begriff der Unternehmensverantwortlichkeit vorgeschlagen worden, der offen lässt, ob das Delikt selbst begangen oder per Zurechnung konstruiert wird.²¹²

Ferner wurde oben²¹³ bereits erläutert, dass aus funktionaler Sicht nichts dagegen spricht, den Unternehmensträger bzw. das Unternehmen als „handlungsfähig“ i. S. des Deliktsrechts anzusehen. Zwar kann ein Unternehmen nicht im natürlichen Sinne handeln, es lassen sich ihm aber in rechtlicher Hinsicht die wirtschaftlichen Aktivitäten zuordnen, die von dem Unternehmen als wirtschaftlicher und sozialer Einheit ausgeübt werden, also letztlich von den Unter-

²¹¹ → § 4 B.

²¹² → § 6 C II.

²¹³ → § 6 C III.

nehmensangehörigen, soweit sie für das Unternehmen tätig werden. Eine konkrete wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens lässt sich ohne größere Schwierigkeiten als Ausgangspunkt einer Kausalkette ansehen, die zu einem Schaden führen kann. Ein einfaches Beispiel ist das Inverkehrbringen eines Produkts: Es handelt sich dabei um eine wirtschaftliche Tätigkeit, die sich unmittelbar dem jeweiligen Herstellerunternehmen zuordnen lässt und die als Handlungsäquivalent darauf untersucht werden kann, ob sie adäquat-kausal einen bestimmten Erfolg verursacht hat und objektiv pflichtwidrig war.

Durch die Anerkennung der haftungsrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit und die Zuordnung wirtschaftlicher Aktivitäten zum Unternehmensträger wird es möglich, diesen als eigenständiges Haftungssubjekt anzuerkennen und eine echte Unternehmenshaftung zu begründen.

II. Typisierung

Wie oben bereits erläutert,²¹⁴ bestimmen die Gerichte den Sorgfaltsmaßstab i. S. des § 276 Abs. 2 BGB nicht individuell für den konkreten Schädiger, aber meist auch nicht in Bezug auf einen verständigen „Durchschnittsmenschen“, sondern orientiert an einem verständigen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises. Aus funktionaler Sicht trägt die Differenzierung nach Verkehrskreisen vor allem der Tatsache Rechnung, dass Personen meist unterschiedlich gut in der Lage sind, Gefahren zu erkennen und Schäden zu vermeiden und dass sich deshalb die jeweiligen Schadensvermeidungspotenziale und Schadensvermeidungskosten erheblich unterscheiden können. Da es jedoch aufwendig wäre, diese Größen individuell zu ermitteln und weil dadurch außerdem die Vorzüge des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs zum Teil verloren gingen, wird mit der Typisierung ein Mittelweg eingeschlagen. Es wird zwar nicht an die Schadensvermeidungsmöglichkeiten des konkreten Schädigers angeknüpft, wohl aber an die Möglichkeiten, die einem Angehörigen seines Verkehrskreises typischerweise zur Verfügung stehen. Von einem alten Menschen wird dann z. B. nur verlangt, was von alten Menschen erwartet werden kann.

Mit Blick auf unternehmerische Tätigkeiten fragt die Rechtsprechung typischerweise danach, welche Sicherheitsvorkehrungen ein „verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger“ des jeweiligen Verkehrskreises für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren.²¹⁵ Als Verkehrskreis wird in der Regel die jeweilige Branche oder Berufsgruppe angesehen. Der Betreiber einer Autowaschstraße wird also z. B.

²¹⁴ → A II 1b.

²¹⁵ BGH NJW 2018, 2956, 2957, Rn. 18; NJW 2014, 2104, 2105, Rn. 9; NJW 2007, 1683, 1684, Rn. 15; NJW 2006, 2326, Rn. 7; VersR 1978, 869, jeweils m. w. N.

daran gemessen, wie sich ein vernünftiger Betreiber einer solchen Anlage verhalten hätte²¹⁶ und wer Wohnungen vermietet, muss den Anforderungen gerecht werden, die für Wohnungsvermieter gelten.²¹⁷ Eine Bank muss die halbautomatischen Glastüren ihrer Filiale so sichern, wie eine vernünftige Bank es getan hätte²¹⁸ und wer eine gefährliche Sport- oder Spielanlage betreibt, muss diejenigen Vorkehrungen treffen, die ein verständiger, umsichtiger Betreiber einer solchen Anlage getroffen hätte.²¹⁹

In der Literatur wird mitunter vorgeschlagen, den Sorgfaltsmaßstab für unternehmerische Tätigkeiten generell § 347 Abs. 1 HGB zu entnehmen.²²⁰ Nach dieser Vorschrift hat, wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, für die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ einzustehen. Mit *K. Schmidts* überzeugender Lehre vom Handelsrecht als „Außenprivatrecht der Unternehmen“²²¹ lässt sich dies in doppelter Hinsicht verallgemeinern: Zum einen ist der Sorgfaltsmaßstab des „ordentlichen Unternehmers“ für alle Unternehmensträger geboten, nicht nur für Kaufleute, zum anderen ist auch der Begrenzung auf Handelsgeschäfte keine Bedeutung beizumessen, sondern auch in Bezug auf die außervertragliche und insbesondere die deliktische Haftung von diesem Maßstab auszugehen.²²² An die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers sind meistens höhere Anforderungen zu stellen als an die Sorgfalt von Privatpersonen, weil Unternehmer wegen ihrer Professionalität typischerweise über bessere Schadensvermeidungsmöglichkeiten verfügen und Schäden daher effektiver und/oder zu geringeren Kosten vermeiden können. Allerdings kann der Maßstab eines ordentlichen Unternehmers immer nur einen ersten Anhaltspunkt bieten und ist, wie die genannten Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, in der Regel noch weiter zu typisieren, also z. B. auf eine konkrete Branche zu beziehen.

Wesentliche Unterschiede, die eine Typisierung rechtfertigen, können sich in Bezug auf jedes einzelne Element der Kosten-Nutzen-Analyse ergeben, also z. B. die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß von Schäden, die möglichen Sorgfaltsmaßnahmen und deren Kosten. So wird man von großen Unternehmen oft andere Sicherheitsvorkehrungen erwarten können als von kleinen, z. B. weil ihnen Maßnahmen zur Verfügung stehen, die kleinen Unternehmen nicht möglich sind oder weil sich durch Größen- und Verbundvorteile (*economies of scale*,

²¹⁶ Vgl. BGH NJW 2018, 2956, 2957, Rn. 17 f.

²¹⁷ Vgl. BGH NJW 2006, 2326, Rn. 7.

²¹⁸ BGH NJW 2010, 1967, Rn. 6.

²¹⁹ BGH NJW 2008, 3775, 3776, Rn. 9 f.; NJW 2008, 3778, Rn. 10 f.

²²⁰ MünchKommHGB/*K. Schmidt*, ⁴2018, § 347 Rn. 4, 11 f., 15.

²²¹ MünchKommHGB/*K. Schmidt*, ⁵2021, Vor § 1 Rn. 6; *K. Schmidt*, HandelsR, ⁶2014, § 2 Rn. 10–51; *K. Schmidt*, JBl 2004, 31, 32 f.; *K. Schmidt*, JZ 2003, 585, 586, 596 f.; *K. Schmidt*, JBl 1995, 341, 346 ff.; *K. Schmidt*, JuS 1985, 249, 252 ff. und passim.

²²² MünchKommHGB/*K. Schmidt*, ⁴2018, § 347 Rn. 4, 11 f., 15; anders jetzt MünchKommHGB/*Maultzsch*, ⁵2021, § 347 Rn. 5. Vgl. auch Oetker/*Pamp*, ⁷2021, § 347 HGB Rn. 3.

economies of scope) Schäden zu geringeren Kosten vermeiden lassen. Unterschiede bestehen oft auch hinsichtlich der Möglichkeit zur Informationsbeschaffung und des internen Informationsmanagements. Das klingt auch in der Rechtsprechung gelegentlich an, insbesondere in Entscheidungen zur Wissenszurechnung mithilfe von Wissensorganisationspflichten.²²³ Mit Blick auf die verkehrssichere Baugestaltung von Mehrfamilienhäusern hat der BGH formuliert, an eine Wohnungsbaugesellschaft seien strengere Anforderungen zu stellen als an einen Privatmann.²²⁴ Ein weiteres konkretes Beispiel bietet die Apfelschorf-II-Entscheidung, in welcher der BGH hinsichtlich der Pflicht des Herstellers, sich über neue Entwicklungen in Wissenschaft und Technik auf dem Laufenden zu halten, erklärte, „bei Unternehmen von der Größe der Beklagten, die ihre Produkte in der ganzen Welt vertreiben“ gehöre dazu, die Ergebnisse wissenschaftlicher Kongresse und Fachveranstaltungen zu verfolgen sowie das gesamte internationale Fachschrifttum auszuwerten.²²⁵

Nicht zu vernachlässigende Unterschiede bestehen oft auch hinsichtlich der Gefahren, die typischerweise mit der jeweiligen unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind. So hat der BGH in einem Fall, in dem es um die Sorgfaltspflichten eines Recyclingunternehmens für Bauschutt ging, jüngst erklärt, es könne nicht auf eine Unfallverhütungsvorschrift für das Metallrecycling abgestellt werden, weil Unfallverhütungsvorschriften immer die Berufserfahrungen in einem bestimmten Gewerbe abbilden und deshalb Ausdruck der Gefährlichkeit bestimmter, dort typischer Handlungsweisen seien.²²⁶ Während Metallschrott häufig Explosionskörper enthalte, zählten Detonationen bei der Zerkleinerung von Betonteilen nicht zu den typischen Gefahren des Bauschuttrecyclings und somit sei auch nicht dieselbe Sorgfalt geboten. Ähnlich hatte der BGH früher schon begründet, warum sich ein Humanmediziner sorgfältiger fortbilden müsse als ein Tierarzt:²²⁷ Zwar müssten alle Berufs- und Gewerbetreibenden grundsätzlich mit der eigenen Leistung auf der Höhe der Zeit bleiben. Der Humanmediziner befasse sich jedoch mit dem Leben und der Gesundheit von Menschen, der Tierarzt nur mit wertvollen Sachen (§ 90a BGB gab es noch nicht). Es könne daher sinnvoll sein, die Grenzen der Zumutbarkeit für den Tierarzt eher an den Anforderungen zu messen, die für einen mit wertvollen Maschinen befassten Techniker oder einen Kunstrestaurator gelten.

Hervorzuheben ist schließlich noch, dass strikt zu unterscheiden ist zwischen den Anforderungen, die an das Unternehmen als Organisation zu stellen sind und den Anforderungen, die für einzelne Führungskräfte und Mitarbeiter

²²³ Vgl. dazu schon oben → § 5 D I 2.

²²⁴ BGH NJW 1994, 2232, 2233.

²²⁵ BGHZ 80, 199, 203 = NJW 1981, 1606, 1608. Erstbeklagte war das US-amerikanische Chemieunternehmen E. I. du Pont de Nemours and Company („DuPont“).

²²⁶ Hierzu und zum Folgenden BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 18.

²²⁷ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1977, 1102f.

gelten. Denn die Schadensvermeidungsmöglichkeiten und relevanten Kosten sind für das Unternehmen in seiner Gesamtheit anders zu beurteilen als für einzelne Unternehmensangehörige, was sogleich²²⁸ noch im Einzelnen konkretisiert werden wird. Deshalb kommt es für die Haftung *des Unternehmensesträgers* z.B. im Bereich der Produzentenhaftung nicht darauf an, ob ein sorgfältiger Produktdesigner, Ingenieur oder Fabrikarbeiter den Produktfehler verhindert hätte, sondern darauf, was von einem *sorgfältigen Herstellerunternehmen* in der jeweiligen Situation insgesamt zu erwarten war.

III. Pflichtverletzung

Im Folgenden soll nun genauer erläutert werden, warum es aus teleologischen Gründen geboten ist, die einzelnen Elemente der Fahrlässigkeit bei der direkten Unternehmenshaftung typischerweise unternehmensbezogen zu prüfen, also mit Blick auf das Unternehmen als Einheit. Dafür wird die oben²²⁹ vorgenommene Konkretisierung der Fahrlässigkeit zugrunde gelegt, d.h. es wird davon ausgegangen, dass sich die Fahrlässigkeit in der Pflichtverletzung erschöpft und dass sie objektiv-typisierend und maßnahmenbezogen auf Grundlage einer Kosten-Nutzen-Analyse zu prüfen ist. Echte Unternehmens-Fahrlässigkeit ist also zu bejahen, wenn das schädigende Unternehmen mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme nicht ergriffen hat, die ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen derselben Branche ergriffen hätte, weil mit ihr die erwarteten Schadenskosten der jeweiligen wirtschaftlichen Aktivität stärker gesenkt worden wären, als sich die Schadensvermeidungskosten erhöht hätten.

Die einzelnen Elemente der Unternehmens-Fahrlässigkeit werden nachfolgend jeweils für sich genommen analysiert. Dabei wird sich erweisen, dass die Schadenspotenziale des Unternehmens und die relevanten Kosten in der Regel nur richtig erfasst werden können, wenn auf das Unternehmen als Ganzes und nicht nur auf einzelne Führungskräfte oder Mitarbeiter abgestellt wird. Jede andere als die unternehmensbezogene Perspektive müsste daher zwangsläufig zu einer Anreizsetzung führen, die aus wohlfahrtsökonomischer Sicht nicht optimal ist. Aber auch wer den rechtsökonomischen Ansatz nicht überzeugend findet, kann, wenn es um die Haftung des Unternehmensträgers geht, sinnvollerweise kaum dafür plädieren, die Pflichtverletzung individualistisch zu prüfen. Denn entweder müsste dann schon die Sorgfaltspflicht als solche an einem verständigen Repräsentanten oder Gehilfen ausgerichtet werden, was in der Literatur niemand vertritt, oder es muss so getan werden, als würde ein Repräsentant oder Gehilfe eine Pflicht verletzen, die ihn nicht nur persönlich gar nicht

²²⁸ Insb. → III 1, 3, 4.

²²⁹ → A.

trifft, sondern die auch nicht danach bemessen wurde, was ein verständiger Repräsentant oder Gehilfe an seiner Stelle getan hätte, sondern danach, was von einem sorgfältig organisierten Unternehmen zu erwarten war.²³⁰ Das liefe auf ziemlich hypothetische, weitgehend irrealen Erwägungen hinaus, die sich in der Praxis kaum durchhalten lassen und auch nicht sachgerecht wären.

Es ist daher wenig überraschend, dass auch die Rechtsprechung die objektive Pflichtverletzung typischerweise unternehmensbezogen prüft, was im Folgenden ebenfalls veranschaulicht werden soll. Erst für das Verschulden im engeren Sinne, also die oben bereits diskutierten Fragen der Fahrlässigkeitsschuld, stellen die Gerichte typischerweise auf Repräsentanten oder Gehilfen ab. Das liegt allerdings auch daran, dass sie hier oft auf einen subjektivierenden Maßstab zurückgreifen, was mit § 276 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren ist.²³¹ Richtigerweise sind auch Fahrlässigkeitsmerkmale wie die Erkennbarkeit der Gefahrenlage rein objektiv zu prüfen und zwar nicht am Maßstab eines verständigen Geschäftsleiters oder Mitarbeiters, sondern am Maßstab eines sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmens.

1. Maßnahme

Eine Pflichtverletzung i. S. von § 276 Abs. 2 BGB setzt voraus, dass der Schädiger mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen hat, die ein verständiger Angehöriger seines Verkehrskreises in der jeweiligen Situation ergriffen hätte. Ausgangspunkt der Pflichtwidrigkeitsprüfung ist daher stets die Frage, welche konkreten Sorgfaltsmaßnahmen in Betracht gekommen wären. Für die Unternehmenshaftung sind alle Maßnahmen relevant, die ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen hätte durchführen können. Gleichgültig ist, auf welcher Hierarchieebene oder von welchem konkreten Mitarbeiter über die Durchführung der Maßnahme zu entscheiden gewesen wäre oder wer sie hätte umsetzen müssen. Es spielt auch keine Rolle, ob dafür z. B. ein arbeitsteiliges Vorgehen erforderlich gewesen wäre. Allerdings kann sich die Pflichtwidrigkeitsprüfung von vornherein nur auf solche Maßnahmen beziehen, die objektiv möglich waren und von denen sich sagen lässt, dass sie die Wahrscheinlichkeit der konkreten Rechtsverletzung verringert hätten, da es andernfalls an der (Quasi-)Kausalität fehlen würde. Auch über die Frage, welche Sorgfaltsmaßnahmen möglich gewesen wären, ist aber anhand des Maßstabs eines sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmens zu entscheiden.

²³⁰ So wohl in der Tat *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 356.

²³¹ Dazu bereits oben → A IV 2b, c.

a) Auswahl

Geht es darum, ob sich die Haftung eines Unternehmensträgers begründen lässt, ist die Prüfung der Pflichtwidrigkeit grundsätzlich auf alle Sorgfaltsmaßnahmen zu beziehen, die das Unternehmen als organisatorische Einheit hätte ausführen können. Da die Darlegungs- und Beweislast für die objektive Pflichtverletzung typischerweise den Geschädigten trifft, verengt sich die Prüfung in praktischer Hinsicht von vornherein auf solche Maßnahmen, deren Unterlassung der Geschädigte in seinem Vortrag als pflichtwidrig gerügt hat.²³² Es gibt aber keinen vernünftigen Grund, zu verlangen, dass der Geschädigte näher konkretisiert, wen innerhalb des Unternehmens die Verantwortung dafür traf, die jeweilige Maßnahme zu ergreifen. Er muss lediglich darlegen und ggf. beweisen, dass ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen die Maßnahme durchgeführt hätte und dass das Schädigerunternehmen dies unterlassen hat. Wie sich zeigen wird, verlangen auch die Gerichte nicht mehr.

aa) Theorie

Soll die Unternehmenshaftung zumindest auch dazu dienen, die Unternehmensangehörigen dazu anzuhalten, die Schäden aus der wirtschaftlichen Aktivität des Unternehmens auf das wohlfahrtsökonomisch optimale Maß zu begrenzen,²³³ dann muss sich die Prüfung der Pflichtwidrigkeit grundsätzlich auf alle Sorgfaltsmaßnahmen erstrecken, die durch das Unternehmen als Organisation veranlasst werden könnten. Denn wenn eine Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflicht an einen Unternehmensträger adressiert ist und nicht an einzelne Leitungspersonen oder Mitarbeiter (was ohne Weiteres möglich wäre), dann ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Steuerungswirkung in Bezug auf das gesamte Unternehmen bezweckt ist und nicht nur in Bezug auf einzelne Unternehmensangehörige. Es soll also die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens gesteuert werden und nicht das Verhalten einzelner Führungspersonen oder Mitarbeiter. Bezieht man aber den präventiven Zweck des Haftungsrechts auf das gesamte Unternehmen, dann müssen sämtliche Maßnahmen in die Betrachtung einbezogen werden, die aus dem Unternehmen heraus ergriffen werden könnten. Andernfalls würden möglicherweise relevante Schadensvermeidungspotenziale außer Acht gelassen und das Ergebnis der Kosten-Nutzen-Analyse, das darüber entscheidet, ob von einer Unternehmens-Fahrlässigkeit auszugehen ist, könnte verzerrt werden.

Entscheidend ist, dass es der Unternehmensträger wäre, der die Kosten der jeweiligen Schadensvermeidungsmaßnahme zu tragen hätte. Er wird schließlich gerade deshalb zum Haftungsadressaten erkoren, *weil* er die Schadensvermeidungskosten trägt und durch eine Internalisierung der Schadenskosten erreicht

²³² Dazu schon oben → A II 2.

²³³ Zu den Zielen der Unternehmenshaftung bereits ausf. oben → § 2 B I.

werden soll, dass beide Kostenarten in einer Hand zusammengeführt werden.²³⁴ Die Unternehmensleitung wird sich dann darum bemühen, die Summe aus Schadenskosten und Schadensvermeidungskosten zu minimieren und würde damit nicht nur das beste Ergebnis für das Unternehmen bewirken, sondern quasi „nebenbei“ auch das wohlfahrtsökonomisch optimale Maß an Unfallkosten erreichen. Wer die Entscheidung über die jeweilige Sorgfaltsmaßnahme trifft und wer sie auszuführen hat, ist unerheblich, solange sie sich kostentechnisch dem Unternehmensträger zuordnen lässt. Richtig ist natürlich, dass die Entscheidung typischerweise von einem Unternehmensangehörigen getroffen wird, der rechtlich befugt ist, solche Entscheidungen auf Unternehmenskosten zu treffen. Darauf kommt es aber für die Zwecke der Maßnahmenauswahl nicht an, sondern entscheidend ist nur, dass es Unternehmensressourcen wären, die zur Verhinderung drohender Schäden eingesetzt würden.

Unerheblich ist auch, auf welcher Hierarchieebene über die Schadensvermeidungsmaßnahme zu entscheiden wäre und auf welcher Ebene und von welchen Mitarbeitern sie umgesetzt werden müsste. Genauso wenig kommt es darauf an, ob ein einzelner Mitarbeiter in der Lage wäre, die jeweilige Sorgfaltsmaßnahme zu ergreifen oder ob diese arbeitsteilig von mehreren Unternehmensangehörigen zu realisieren wäre. Es ist auch nicht entscheidend, ob überhaupt eigenes Personal zum Einsatz käme oder ob Externe, z. B. ein anderes Unternehmen, mit der Maßnahme beauftragt würden. Auch technische Schutzvorkehrungen können natürlich zu den relevanten Maßnahmen gehören.

Stattdessen darauf abzustellen, welche Maßnahmen einzelne Unternehmensangehörige ergreifen könnten und dann deren Unterlassen dem Unternehmensträger zuzurechnen, wäre nicht sinnvoll, weil man Gefahr liefe, wichtige Schadensvermeidungspotenziale zu übersehen oder falsch zu bewerten. In Unternehmen als arbeitsteiligen Organisationen lassen sich Sorgfaltsmaßnahmen nicht immer konkreten Mitarbeitern zuordnen. Vielmehr kann es sein, dass kein Mitarbeiter die entsprechende Maßnahme allein umsetzen könnte, dass aber das Unternehmen als Ganzes, d. h. die Belegschaft als „Team“²³⁵ dazu in der Lage wäre. Verengte man den Blick von vornherein auf die Handlungsmöglichkeiten einzelner Mitarbeiter, würde man der Tatsache nicht gerecht, dass Unternehmen über Schadensvermeidungspotenziale verfügen können, die erst durch das koordinierte Zusammenwirken mehrerer Personen möglich werden. Genauso bliebe außer Betracht, dass Unternehmen oft über finanzielle und technische Ressourcen verfügen, die ihre Spielräume und Einflussmöglichkeiten im Vergleich mit denen einzelner Menschen deutlich erweitern.

²³⁴ Vgl. dazu → § 2 A I, B I.

²³⁵ Vgl. dazu *Blair/Stout*, Va. L. Rev. 85 (1999), 247 ff.

bb) Praxis

In Übereinstimmung mit den vorgenannten Grundsätzen beziehen Geschädigte ihren Vortrag heute typischerweise von vornherein auf das gesamte Unternehmen und auch die Gerichte prüfen tendenziell unternehmensbezogen, welche Sorgfaltsmaßnahmen in Betracht gekommen wären. Es wird also nicht für einzelne Repräsentanten oder Mitarbeiter geprüft, welche Maßnahmen sie hätten ergreifen können und dann weiter danach gefragt, ob ihr Unterlassen pflichtwidrig war und ob sich die Fahrlässigkeit des Repräsentanten oder Gehilfen nach § 31 oder § 831 BGB dem Unternehmensträger zurechnen lässt. Vielmehr wird mehr oder weniger offen danach gefragt, ob *das Unternehmen* in seiner Gesamtheit, also als wirtschaftliche und soziale Einheit, Sorgfaltsmaßnahmen unterlassen hat, deren Durchführung geboten gewesen wäre.

Ein anschauliches Beispiel bietet der 1985 vom BGH entschiedene Kühlturm-Fall²³⁶: Die Eltern des Klägers waren bei einem Verkehrsunfall ums Leben gekommen, der sich in unmittelbarer Nähe eines Kraftwerks ereignet hatte. Sie waren mit ihrem PKW auf eisglatter Fahrbahn ins Schleudern geraten und gegen einen Baum geprallt. Der Kläger nahm die Betreiberin des Kraftwerks auf Schadensersatz in Anspruch. Für das Revisionsverfahren war davon auszugehen, dass die Glatteisbildung auf Emissionen aus dem Kühlturm des Kraftwerks zurückzuführen war. Der BGH prüfte eine Reihe möglicher Sorgfaltsmaßnahmen, verneinte jedoch letztlich eine Pflichtverletzung. Konkret ging es u. a. darum, (1) ob die Beklagte zusätzliche technische Maßnahmen hätte ergreifen müssen, um die Emission von Dampfschwaden einzudämmen, (2) ob sie verpflichtet war, zusätzliche Warnschilder aufzustellen, (3) ob sie ihre Streupflicht verletzt hatte, (4) ob sie die zuständigen Behörden über die Straßenverhältnisse hätte benachrichtigen müssen, (5) ob sie verpflichtet war, eine Geschwindigkeitsbegrenzung anzuordnen und (6) ob sie die Straße hätte sperren müssen. Der BGH verneinte überwiegend schon die entsprechenden Pflichten, hinsichtlich der Streupflicht hielt er einen Verstoß nicht für erwiesen.

Auffällig ist, dass ungeachtet der Tatsache, dass die verschiedenen Maßnahmen von Mitarbeitern auf unterschiedlichen Hierarchiestufen durchgeführt werden müssten, keinerlei Individualisierung erfolgt. Es wird also nicht danach gefragt, wer für die technische Umrüstung des Kühlturms, das Aufstellen zusätzlicher Schilder, die Erfüllung der Streupflicht usw. zuständig gewesen wäre und ob von den jeweiligen Mitarbeitern zu erwarten war, dass sie die entsprechenden Maßnahmen ergreifen, sondern es wird von vornherein auf das Unternehmen als Ganzes abgestellt. Ausgangspunkt der unternehmensbezogenen Argumentation im Kühlturm-Fall ist die Tatsache, dass die Unternehmensträgerin als Betreiberin des Kraftwerks unmittelbare Pflichtenadressatin war. Es lag daher aus teleologischen Gründen nahe, sämtliche Schadensvermeidungs-

²³⁶ Hierzu und zum Folgenden BGH VersR 1985, 641 f.

möglichkeiten des Unternehmens in die Betrachtung miteinzubeziehen und so hatte der Kläger auch vorgetragen. Der BGH hat die unternehmensbezogene Perspektive übernommen und es dürfte sich dabei auch nicht bloß um eine sprachliche Vereinfachung handeln. Denn es war nicht so, dass z. B. alle möglichen Sorgfaltsverstöße nur verschiedene Ausprägungen desselben Organisationsverschuldens gewesen wären und dass man deshalb sagen könnte, der BGH habe zwar immer von der „Beklagten“ gesprochen, eigentlich aber deren Geschäftsleitung gemeint. Denn nicht alle gerügten Sorgfaltsverstöße lassen sich als Organisationspflichtverletzungen ansehen und unmittelbar bei der Geschäftsleitung verorten. Das mag zwar z. B. für die Frage gelten, ob zusätzliche Investitionen in technische Maßnahmen zum Schutz vor Dampfemissionen notwendig gewesen wären; aber ob der Streudienst der Beklagten schnell genug und an den richtigen Stellen gestreut hat oder ob Mitarbeiter der Beklagten die Ordnungsbehörden über die schlechten Straßenverhältnisse hätten informieren müssen, betrifft jeweils unterschiedliche Organisationseinheiten und zwar tendenziell solche auf unteren Ebenen in der Unternehmenshierarchie. Richtig war der Ansatz des BGH natürlich trotzdem: Es wäre absurd, die einzelnen möglichen Sorgfaltsmaßnahmen erst einzelnen Mitarbeitern oder Teams zuzuordnen und dann jeweils danach zu fragen, ob diese ihre Pflichten verletzt haben und ob sich die jeweiligen Pflichtverstöße irgendwie dem Unternehmensträger zurechnen lassen. Geht es um die Haftung des Unternehmensträgers wegen der Verletzung originärer Unternehmenspflichten würde eine solch individualistischer Ansatz zwangsläufig in die Irre führen.

Es lassen sich auch Fälle finden, in denen der BGH die Verantwortlichkeit für die jeweiligen Sorgfaltsmaßnahmen mehr oder weniger stark individualisiert. Allerdings ergeben sich daraus für die Frage der Maßnahmenauswahl regelmäßig keine Konsequenzen. Ein Beispiel ist das Urteil zum Eisenbahnunfall von Rheinweiler: Hier war ein Schnellzug entgleist, weil der Lokführer den Zug aus ungeklärten Gründen vor einer Kurve nicht abbremste.²³⁷ Es starben 23 Menschen, mehr als 120 weitere wurden verletzt, darunter die Kläger. Der BGH prüfte im Zusammenhang mit den möglichen Sorgfaltsmaßnahmen u. a., (1) ob eine andere technische Gestaltung des Triebwagens nötig gewesen wäre, (2) ob die sog. Sifa-Anlage, die für ein automatisches Abbremsen des Zuges sorgte, wenn der Lokführer nicht regelmäßig einen Schalter betätigte, auf ein kürzeres Intervall hätte eingestellt werden müssen, (3) ob ein zweiter Lokführer hätte mitfahren müssen, (4) ob vor der Kurve eine sog. Indusi-Anlage hätte verbaut werden müssen, die den Zug durch elektromagnetische Beeinflussung vom Gleis aus abbremsen hätte und (5) ob der Fahrplan wegen eines früheren ähnlichen Unglücks so umzugestaltet gewesen wäre, dass der Zug insgesamt mit einem geringeren Tempo gefahren wäre. Anders als im Kühlturm-Fall stellt der

²³⁷ Hierzu und zum Folgenden BGH VersR 1978, 1163 ff.

BGH hier durchweg darauf ab, ob die Organe der beklagten Bundesbahn die Maßnahmen hätten ergreifen können und müssen. Das dürfte aber schlicht daran liegen, dass es in der Sache ausschließlich um technische oder organisatorische Maßnahmen ging, über deren Umsetzung wohl tatsächlich auf oberen Hierarchieebenen zu entscheiden gewesen wäre, weil sie mit weitreichenden Veränderungen des Bahnbetriebs einhergegangen wären. Es gibt aber keine Anhaltspunkte dafür, dass der BGH nicht auch solche Schadensvermeidungsmaßnahmen in die Prüfung einbezogen hätte, die von Mitarbeitern auf unteren Hierarchieebenen durchzuführen gewesen wären.

b) Möglichkeit

In die Prüfung der Pflichtwidrigkeit sind von vornherein nur solche Sorgfaltsmaßnahmen einzubeziehen, die dem Haftungsadressaten möglich sind. Auch hierfür ist im Rahmen der Unternehmenshaftung auf das Unternehmen als Ganzes abzustellen, nicht auf einzelne Leitungspersonen oder Mitarbeiter. Objektiv unmögliche Maßnahmen, die niemand ausführen kann, spielen aus naheliegenden Gründen in der Rechtsprechung keine Rolle. Gelegentlich kommt es aber vor, dass der Geschädigte das Unterlassen einer Sorgfaltsmaßnahme rügt, die zwar irgendwem möglich gewesen wäre, nicht aber einer verständigen Vergleichsperson in der Situation des Schädigers.²³⁸ Der Übergang zwischen typisiert-subjektiver Unmöglichkeit und (wirtschaftlicher) Unzumutbarkeit²³⁹ kann dabei fließend sein: So hat der BGH in einem der Limonadenflaschen-Fälle bezüglich der Haftung eines Einzelhändlers betont, der Zustand der Flasche falle in den Verantwortungsbereich des Herstellers, dem der Gesetzgeber im Produkthaftungsgesetz die Haftung für fehlerhafte Produkte zugewiesen habe.²⁴⁰ Das lässt sich so deuten, dass der BGH meint, ein verständiger Einzelhändler könne den Flaschenzustand nicht beeinflussen (weil er dafür in die Verantwortungssphäre des Herstellers eingreifen müsste) oder so, dass dies zwar möglich wäre (insbesondere durch Einwirkung auf den Hersteller), dass der BGH dies aber von vornherein nicht für erforderlich hält.

Eine konkrete Sorgfaltsmaßnahme kann dem Haftungsadressaten auch rechtlich unmöglich sein. So hatte der Kläger im Kühlturm-Fall gerügt, die beklagte Kraftwerksbetreiberin hätte angesichts der Glatteisgefahr eine Geschwindigkeitsbegrenzung anordnen oder die Straße sperren müssen. Hierzu stellte der BGH lediglich knapp fest, die Beklagte sei zu solchen Maßnahmen nicht befugt gewesen.²⁴¹ Auch insoweit wird also auf das Unternehmen abgestellt. Der dahinter stehende Sachgrund lässt sich verallgemeinern: Insbesonde-

²³⁸ Zu Beispielen siehe sogleich im Text.

²³⁹ Dazu noch unten → 3, 4.

²⁴⁰ BGH NJW 2007, 762, 763, Rn. 14.

²⁴¹ BGH VersR 1985, 641, 642.

re wenn die Schadensvermeidungsmöglichkeit von rechtlichen Befugnissen abhängt, kann es für die Unternehmenshaftung nur auf die Rechtsstellung des Unternehmens bzw. Unternehmensträgers ankommen und nicht auf Befugnisse einzelner Leitungspersonen oder Mitarbeiter.

Ein anschauliches Beispiel für die unternehmensbezogene Perspektive auf die möglichen Sorgfaltsmaßnahmen bietet die Airbag-Entscheidung des BGH, die auch den nach § 276 Abs. 2 BGB gebotenen objektiv-typisierenden Ansatz nochmals verdeutlicht. Der BGH weist in seiner Urteilsbegründung u. a. darauf hin, dass nur solche Sicherungsmaßnahmen erforderlich sein könnten, die nach dem vorhandenen neuesten Stand der Wissenschaft und Technik konstruktiv möglich sind.²⁴² Die Möglichkeit der Gefahrvermeidung sei gegeben, wenn nach gesichertem Fachwissen der einschlägigen Fachkreise praktisch einsatzfähige Lösungen zur Verfügung stünden.²⁴³ Der Hersteller sei hingegen nicht verpflichtet, solche Sicherheitskonzepte umzusetzen, die bisher nur „auf dem Reißbrett erarbeitet“ oder noch in der Erprobung befindlich seien. Könnten bestimmte Risiken nach dem maßgeblichen Stand von Wissenschaft und Technik nicht vermieden werden, sei unter Abwägung von Art und Umfang der Risiken, der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung und des mit dem Produkt verbundenen Nutzens zu prüfen, ob das gefahrträchtige Produkt überhaupt in den Verkehr gebracht werden dürfe.²⁴⁴ Entscheidend waren also nicht die konkreten Möglichkeiten der BMW AG, sondern es kam darauf an, welche Sicherheitsvorkehrungen aus objektiver Sicht *ex ante* zur Verfügung standen, um Gesundheitsschäden durch fehlausgelöste Airbags zu verhindern.

c) (Quasi-)Kausalität

Schon nach den allgemeinen Anforderungen an jede Deliktshaftung können außerdem solche Maßnahmen von vornherein unberücksichtigt bleiben, die nicht zur Rechtsverletzung beigetragen haben oder – im Falle einer Unterlassung – die Rechtsverletzung nicht verhindert hätten. Deshalb konnte der BGH im Kühlturm-Fall offen lassen, ob die beklagte Kraftwerksbetreiberin ihren Streudienst richtig organisiert hatte,²⁴⁵ denn es stand fest, dass der eingerichtete Bereitschaftsdienst in der konkreten Situation richtig auf die Glatteisgefahr reagiert hatte. Die vom Kläger gerügten personellen und organisatorischen Versäumnisse hatten sich also jedenfalls nicht ausgewirkt (keine Quasikausalität eines etwaigen Organisationsmangels).

Insgesamt ergibt sich also, dass hinsichtlich der Frage, welche möglichen Maßnahmen in die Prüfung der Pflichtwidrigkeit einzubeziehen sind, auf das

²⁴² BGHZ 181, 253, 258 = NJW 2009, 2952, 2953, Rn. 16.

²⁴³ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 181, 253, 259 = NJW 2009, 2952, 2953, Rn. 16.

²⁴⁴ BGHZ 181, 253, 259 = NJW 2009, 2952, 2953, Rn. 17.

²⁴⁵ BGH VersR 1985, 641, 642.

Unternehmen als Ganzes abzustellen ist, wenn die Haftung des Unternehmens-trägers begründet werden soll. Davon geht auch die Rechtsprechung aus, die bezüglich der möglichen Sorgfaltsmaßnahmen in der Regel nicht danach differenziert, auf welcher Hierarchieebene die Maßnahme zu ergreifen gewesen wäre. Relevant sind alle Maßnahmen, die ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen hätte veranlassen können und die auf Kosten des Unternehmens-trägers durchgeführt worden wären. Von vornherein nicht in Betracht kommen solche Maßnahmen, die einem sorgfältigen Vergleichsunternehmen tatsächlich oder rechtlich nicht möglich wären oder die die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nicht verringert hätten, weil dann das Unterlassen der Maßnahme nicht quasikausal für die Rechtsverletzung war.

2. Nutzen

Der wohl schwierigste Teil der Fahrlässigkeitsprüfung ist die Bewertung, ob mindestens eine unterlassene Sorgfaltsmaßnahme i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich gewesen wäre. Wie oben bereits erläutert,²⁴⁶ ist dafür zumindest in komplexeren Fällen eine Kosten-Nutzen-Analyse durchzuführen. Das Unterlassen einer konkreten Sorgfaltsmaßnahme ist danach pflichtwidrig, wenn sie die Schadenskosten stärker gesenkt hätte, als die Schadensvermeidungskosten gestiegen wären. Zu betonen ist nochmals, dass es nicht darum geht, einfach nur die erwarteten Schadenskosten mit den Schadensvermeidungskosten zu vergleichen, sondern dass eine Grenzkostenbetrachtung notwendig ist, die darauf abstellt, wie die beiden Größen durch die Sorgfaltsmaßnahme jeweils verändert werden. Denn die erwarteten Schadenskosten werden ihrerseits durch den Sorgfaltsaufwand beeinflusst und die Learned-Hand-Formel beschreibt daher die erforderliche Sorgfalt nur korrekt, wenn man die Formel auf die jeweiligen Veränderungen der Schadens- und der Schadensvermeidungskosten bezieht (sog. „marginalisierte“ Learned-Hand-Formel).²⁴⁷

Um zunächst den Nutzen einer hypothetischen Schadensvermeidungsmaßnahme zu ermitteln, ist darauf abzustellen, welchen Effekt ihre Durchführung auf die Schadenskosten gehabt hätte. Es sind also die erwarteten Schadenskosten ohne die Sorgfaltsmaßnahme und die erwarteten Schadenskosten mit der Maßnahme einander gegenüberzustellen und die Differenz zu bilden. Die erwarteten Schadenskosten ergeben sich dabei aus dem Produkt aus Schadenshöhe (X) und Schadenswahrscheinlichkeit (p). Kommt es also z. B. bei einem Straßenradrennen²⁴⁸ mit einer Wahrscheinlichkeit von 5 % in einer bestimmten Kurve zu Unfällen und belaufen sich die Schäden ohne Sicherung durchschnittlich auf 10.000 Euro, lassen sich die voraussichtlichen Kosten aber auf 2.000

²⁴⁶ → A II 3d.

²⁴⁷ Vgl. H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, 62020, 203.

²⁴⁸ Vgl. BGH NJW-RR 1986, 1029.

Euro senken, indem der Veranstalter die Leitplanke in der Kurve mit Strohballen, Matratzen o.ä. abpolstert, dann beläuft sich der Nutzen dieser Sorgfaltsmaßnahme auf 400 Euro (8.000 Euro x 0,05).

Als Besonderheit der Unternehmenshaftung ist nur zu beachten, dass nach den oben²⁴⁹ dargestellten Grundsätzen alle Maßnahmen zu berücksichtigen sind, die durch das Unternehmen als Organisation veranlasst werden können. Im Übrigen ist die Feststellung des Nutzens eine empirische Frage.

a) pX ohne Maßnahme

Ausgangspunkt der Nutzenbetrachtung muss die Frage sein, welcher Schaden ohne die Maßnahme drohen würde. Der tatsächlich eingetretene Schaden, auf den der Geschädigte seinen Schadensersatzanspruch stützt, ist ein erster Anhaltspunkt, aber nicht mehr. Notwendig ist vielmehr, die Schadenswahrscheinlichkeit und die Schadenshöhe aus der *Ex-ante*-Sicht zu beurteilen, also danach zu fragen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Schadens vor dem schädigenden Ereignis war und in welcher Höhe zu diesem Zeitpunkt Schäden drohten. Man darf also insbesondere nicht den Fehler machen, aus dem Umstand, dass tatsächlich ein Schaden eingetreten ist oder dass dieser besonderes hoch ausfiel, darauf zu schließen, *ex ante* seien die Schadenswahrscheinlichkeit oder der drohende Schaden hoch gewesen (sog. Rückschaufehler).²⁵⁰ Das tatsächliche Schadensereignis kann ein Sonderfall sein, der über die statistische Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe wenig aussagt.

Das Schadenspotenzial unternehmerischer Tätigkeiten ist oft größer als dasjenige privater Handlungen. Das liegt einerseits daran, dass Unternehmen häufiger gefährliche Tätigkeiten ausüben. So betont die Rechtsprechung z. B., dass an Öllieferanten und ihr Personal bei dem Befüllen von Heizöltanks besonders strenge Anforderungen zu stellen seien, weil es sich dabei um einen besonders fahrenträchtigen Vorgang handelt, der zu schweren Schäden führen kann.²⁵¹ Für Tiefbauunternehmer betont der BGH, dass sie bei Bauarbeiten an öffentlichen Straßen äußerste Vorsicht walten lassen und sich der unverhältnismäßig großen Gefahren bewusst sein müssten, die durch eine Beschädigung von Strom-, Gas-, Wasser- oder Telefonleitungen hervorgerufen werden können.²⁵² Leben und Gesundheit von Menschen seien bei unsachgemäßer Ausführung derartiger Arbeiten gefährdet, insbesondere bei Berührung eines Starkstromkabels oder durch die Folgen ausströmenden Gases. Ferner führe ein Ausfall der Versorgungsleitungen in Gewerbebetrieben, Krankenhäusern und dergleichen

²⁴⁹ → 1.

²⁵⁰ Vgl. dazu *Wagner*, DeliktsR, 142021, Kap. 4 Rn. 27.

²⁵¹ BGH NJW 1993, 2740; NJW 1984, 233, 234; NJW 1983, 1108, 1109.

²⁵² Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1971, 1313, 1314. Vgl. außerdem BGH VersR 1969, 542; VersR 1967, 859, 861; NJW 1961, 1523.

oft zu erheblichen Schäden. Auch die strengen Anforderungen an Ärzte und andere Angehörige von Heilberufen werden vor allem damit begründet, dass sich ihre Tätigkeit auf das Leben und die Gesundheit von Menschen bezieht und daher bei unzureichender Sorgfalt Gefahren für höchstrangige Rechtsgüter drohen.²⁵³ Für Chemieunternehmen hat der BGH strenge Anforderungen an die Lagerung und Vernichtung von Abfällen formuliert, weil von ihnen typischerweise erhebliche Umweltgefahren ausgehen.²⁵⁴

Daneben spielt eine große Rolle, dass unternehmerische Aktivitäten oft einen deutlich weiteren Wirkungskreis haben, weil sie oftmals gerade darauf angelegt sind, Produkte und Dienstleistungen einer möglichst großen Zahl von Kunden anzubieten. Das zeigt sich z. B. bei der Produzentenhaftung, wo es in der Regel nicht um Produkte geht, die schon für sich genommen besonders gefährlich wären, sondern wo sich ein großes Schadenspotenzial vor allem daraus ergibt, dass Fehler im Rahmen der Massenfertigung tendenziell sehr viele Produkte betreffen können. Das zeigen anschaulich große Rückrufaktionen z. B. in der Lebensmittelbranche, im Automobilssektor oder bei Spielwaren, die oft sechs- oder sogar siebenstellige Produktzahlen betreffen. Auch in deutlich kleinerem Rahmen kann sich bereits zeigen, dass Schadensrisiken durch unternehmerische Tätigkeiten potenziert werden. So hat der BGH einen Gastwirt strengeren Anforderungen hinsichtlich der brandsicheren Entsorgung von Abfällen unterworfen als einen Privatmann, weil in einer Gaststätte typischerweise mehr feuergefährliche Abfälle zusammenkommen.²⁵⁵

Wichtig ist gerade in „Massenfällen“, dass ein sinnvoller Bezugsrahmen für die Ermittlung des erwarteten Schadens gefunden werden muss. Geht es z. B. darum, ob an einem Tankwagen ein zusätzliches Sicherheitsventil installiert werden sollte, dann ist für den Nutzen nicht auf einen einzelnen Tankvorgang abzustellen, sondern der Nutzen ist über die gesamte Betriebsdauer des Ventils bzw. des Fahrzeugs zu ermitteln, also auf die Gesamtzahl der Tankvorgänge zu beziehen, bei denen das Ventil das Risiko eines Schadens senken würde. Alternativ kann der Nutzen natürlich auf einen kürzeren Vergleichszeitraum heruntergerechnet werden, z. B. auf ein Jahr, allerdings muss man dann für die Kosten der Maßnahme entsprechend vorgehen. Auch der Ermittlung der Schadenskosten, die ohne die jeweilige Sorgfaltsmaßnahme zu erwarten waren, ist dann der jeweilige Bezugsrahmen zugrunde zu legen, also z. B. derselbe Zeitraum und ggf. dieselbe Produktionsgröße.

²⁵³ BGH NJW 1977, 1102, 1103.

²⁵⁴ BGH NJW 1976, 46, 47.

²⁵⁵ BGH VersR 1978, 869f.

b) pX mit Maßnahme

Der Nutzen einer Sorgfaltsmaßnahme ergibt sich daraus, in welchem Umfang sie die Schadenskosten senkt. Den Schadenskosten, wie sie ohne die Maßnahme aus der *Ex-ante*-Sicht zu erwarten waren sind also die Schadenskosten gegenüberzustellen, mit denen bei Durchführung der Maßnahme zu rechnen gewesen wäre. Aus der Differenz der erwarteten Schadenskosten mit der Maßnahme und den erwarteten Schadenskosten ohne die Maßnahme ergibt sich der Nutzen ($N = pX^{\text{neu}} - pX^{\text{alt}}$). Die Ermittlung der Schadenskosten, wie sie sich mit der Sorgfaltsmaßnahme ergeben hätten, erfordert eine weitgehend hypothetische Betrachtung, weil die Sorgfaltsmaßnahme tatsächlich nicht durchgeführt wurde. In der Praxis wird es aber in der Regel möglich sein, die Kosten zumindest näherungsweise abzuschätzen.²⁵⁶

Der Geschädigte muss mindestens darlegen und ggf. beweisen, dass die unterlassene Sorgfaltsmaßnahme die erwarteten Schadenskosten tatsächlich gesenkt hätte. Denn wenn sich schon nicht feststellen lässt, dass die Maßnahme entweder die Schadenswahrscheinlichkeit oder die Schadenshöhe verringert hätte, fehlt es an einem Nutzen, der die Kosten der Maßnahme aufwiegen könnte. Schon ein feststellbarer Nutzen in diesem Sinne ist keine Selbstverständlichkeit, wie Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen. So gelangte der BGH in einem der Limonadenflaschen-Fälle nicht zu der Überzeugung, dass eine Kühlung von Getränkeflaschen im Einzelhandel das Risiko von Flaschenexplosionen insgesamt senken würde.²⁵⁷ Zwar ist die Gefahr solcher Explosionen temperaturabhängig, sodass eine Kühlung der Flaschen das Risiko, dass es im Laden zu einer Explosion kommt, tatsächlich senken kann. Allerdings betonte der BGH, der Einzelhändler würde mit einer solchen Kühlung „zugleich neue Gefahren schaffen“, weil die Wahrscheinlichkeit steige, dass es zu einer Explosion komme, wenn der Kunde die gekühlte Flasche mit einer wesentlich wärmeren Hand berühre oder sie nach dem Einkauf in ein warmes Fahrzeug verbringe. In solchen Fällen kann die Kosten-Nutzen-Analyse kurz ausfallen, weil es bereits an einem feststellbaren Nutzen fehlt, der den Kosten der Sorgfaltsmaßnahme gegenübergestellt werden könnte.

Mitunter geht es um Maßnahmen, die die relevanten Schadenskosten auf null reduzieren, also Schäden der fraglichen Art vollständig ausschließen würden. So war es etwa in einem Fall, in dem der BGH darüber zu entscheiden hatte, ob eine Kaufhausbetreiberin ihre Verkehrssicherungspflicht dadurch verletzt hatte, dass sie Abdeckroste über Luftschächten vor den Schaufenstern ihres Kaufhauses nicht gegen unbefugtes Abheben gesichert hatte.²⁵⁸ Als Sicherungsmaßnahme kam in Betracht, die Roste einzuzementieren oder zu verriegeln. Damit

²⁵⁶ Dazu schon oben → bei Fn. 75.

²⁵⁷ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2007, 762, 763, Rn. 15.

²⁵⁸ BGH VersR 1976, 149–151.

wäre das Risiko, dass Passanten in die fünf bis sechs Meter tiefen Luftschächte stürzen und sich verletzen, gänzlich ausgeschlossen worden. Die Schadenskosten mit der Maßnahme sind dann mit 0 Euro anzusetzen und der Nutzen ergibt sich unmittelbar aus den Schadenskosten ohne die Maßnahme, also im Beispiel daraus, wie wahrscheinlich solche Stürze waren und mit welchen Schäden gerechnet werden musste.

Oft werden Sorgfaltsmaßnahmen die Schadenswahrscheinlichkeit oder die Schadenshöhe zwar senken, aber das Risiko von Schäden nicht auf null reduzieren. So ist es z. B., wenn Autos mit zusätzlichen Sicherheitsmerkmalen ausgestattet werden, die zwar nicht ausschließen, dass es zu Unfällen kommen kann, aber doch deren Wahrscheinlichkeit senken (z. B. Brems- oder Spurhalteassistenten) oder wenigstens die Schäden reduzieren (z. B. Sicherheitsgurte oder Airbags). In solchen Fällen zeigt sich die Relevanz der Grenzkostenbetrachtung und es ist darauf abzustellen, wie die jeweilige Maßnahme die erwarteten Schadenskosten gesenkt hätte, in welchem Umfang also die Schadenswahrscheinlichkeit oder die Schadenshöhe gegenüber der Lage reduziert worden wäre, wie sie ohne die Maßnahme bestanden hat.

3. Kosten

Steht der Nutzen einer Sorgfaltsmaßnahme fest, ist er anschließend mit den Kosten der Maßnahme zu vergleichen. Übersteigt der Nutzen die Kosten, ist es aus den oben²⁵⁹ erläuterten, am Präventionszweck der Haftung orientierten Gründen teleologisch gerechtfertigt, die Unterlassung der Sorgfaltsmaßnahme als pflichtwidrig und somit als fahrlässig zu qualifizieren. Denn Ziel muss es danach sein, die Summe aus Schadenskosten und Schadensvermeidungskosten zu minimieren, und dazu leistet jede Maßnahme einen Beitrag, welche die Schadenskosten stärker senkt, als sie die Schadensvermeidungskosten erhöht.

Die Kosten der Sorgfaltsmaßnahme lassen sich grob in zwei Kategorien einteilen, nämlich einerseits die eigentlichen Sorgfaltskosten und andererseits die hier sog. Vorbereitungskosten. Als Sorgfaltskosten werden im Folgenden die Kosten bezeichnet, die für die Durchführung der eigentlichen Sorgfaltsmaßnahme anfallen, also z. B. die Kosten, die dadurch entstehen, dass eine Wohnungsbaugesellschaft in den Treppenhäusern ihrer Immobilien bruchsicheres Fensterglas verbaut.²⁶⁰ Vorbereitungskosten sind hingegen Kosten, die schon früher anfallen und zwar für Vorbereitungsmaßnahmen, die den Schädiger erst in die Lage versetzen, sich später in der schadensträchtigen Situation sorgfältig zu verhalten. Ein wichtiges Beispiel sind Informationskosten, die anfallen, weil sich der Schädiger z. B. über die bestehenden Schadensrisiken oder mögliche Sorgfaltsmaßnahmen und ihre jeweiligen Schadensvermeidungspotenziale in-

²⁵⁹ → A II 3d aa.

²⁶⁰ Vgl. BGH VersR 1969, 665 f.

formiert. Auch Forschungs- und Entwicklungskosten gehören hierher, wenn sie z. B. dazu dienen, neue Sicherheitsvorkehrungen zu entwickeln und diese für einen praktischen Einsatz zu erproben.

Für das Verständnis der Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung ist von großer Bedeutung, dass die Schadensvermeidungskosten für jeden Schädiger anders ausfallen können, weil sie stark von den jeweiligen Schadensvermeidungsmöglichkeiten abhängen. Erhebliche Unterschiede können sich sogar mit Blick auf ein und dieselbe Maßnahme ergeben. Das war oben²⁶¹ schon am Beispiel der Streupflicht illustriert worden, die ein junger und gesunder Mensch leichter erfüllen kann, als ein alter oder kranker. Genauso kann es für ein großes, forschungsstarkes Unternehmen leichter sein, die Fortentwicklung von Wissenschaft und Technik im Blick zu behalten und neue Sicherheitstechnologien zügig in seine Produkte zu integrieren als für ein kleines, mittelständiges Unternehmen. Deshalb ist es für die korrekte Bewertung der Schadensvermeidungskosten besonders wichtig, eine unternehmensbezogene Perspektive einzunehmen, was im Folgenden konkretisiert werden soll.

a) Vorbereitungskosten

Zunächst ist näher zu untersuchen, welche Vorbereitungskosten für die Bestimmung der Unternehmens-Fahrlässigkeit relevant sind. Zu den Vorbereitungskosten werden hier alle Kosten gezählt, die für vorbereitende Maßnahmen aufzuwenden sind, mit denen der Schädiger die Voraussetzungen dafür schafft, später in der schadensträchtigen Situation die eigentliche Sorgfaltsmaßnahme durchführen zu können. Hierzu zählen insbesondere auch Maßnahmen, die dem Schädiger dabei helfen können, die Gefahrenlage und die daraus folgende Pflichtenstellung zu erkennen oder mögliche Schadensvermeidungsprojekte zu identifizieren, sich also über die für die Schadensvermeidung relevanten Umstände genauer zu informieren. Diese Aspekte spielen auch in der Rechtsprechung eine große Rolle. Allerdings ist bisher kein eindeutiges Konzept erkennbar, wie die Gerichte generell mit Vorbereitungsmaßnahmen im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung umgehen wollen.

aa) Theorie

Die Bedeutung der Vorbereitungskosten lässt sich am besten am Beispiel der hier sog. Gefahreninformationskosten veranschaulichen. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Erkennbarkeit der Gefahr als ein zentrales Merkmal der Fahrlässigkeit anzusehen ist.²⁶² Oftmals wird jedoch schlicht davon ausgegangen, die Erkennbarkeit der Gefahr sei Voraussetzung der Fahr-

²⁶¹ → A II 1b.

²⁶² BGH NJW-RR 2006, 965, 966, Rn. 12; NJW-RR 1995, 1173; NJW 1994, 2232, 2233; DB 1975, 640; BGHZ 39, 281, 285 f. = NJW 1963, 1609, 1610; Grüneberg/Grüneberg, ⁸²2023,

lässigkeit; sei die Gefahr *ex ante* für eine sorgfältige Vergleichsperson nicht vorhersehbar gewesen, könne dem Schädiger ein Fahrlässigkeitsvorwurf nicht gemacht werden.²⁶³ Die Gefahrenkenntnis des Schädigers ist aber keine feststehende Größe, sondern durch Investitionen in den Erwerb und die Verarbeitung von Informationen beeinflussbar. Das gilt für Privatleute genauso wie für Unternehmen. Bestimmte Kenntnisse können bei einer verständigen Vergleichsperson ohne Weiteres als gegeben vorausgesetzt werden, andere lassen sich hinzuerwerben, wodurch allerdings Kosten entstehen, die sich als Gefahreninformationskosten bezeichnen lassen. Die Erkennbarkeit der Gefahr ist damit letztlich eine Kostenfrage.²⁶⁴ Es kann also nicht darum gehen, ob der Schädiger bzw. eine verständige Vergleichsperson die Gefahr erkennen *konnte*, sondern es muss darum gehen, ob sie erkannt werden *musste*.

Will man dem Schädiger Anreize setzen, sich sachgerecht über die Gefahrenlage zu informieren, ist es am einfachsten die Gefahreninformationskosten bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs i. S. von § 276 Abs. 2 BGB mitzuberücksichtigen. Die Gefahreninformationskosten sind dann also in die Kosten-Nutzen-Analyse einzubeziehen und als Teil der Schadensvermeidungskosten den vermiedenen Schadenskosten gegenüberzustellen.²⁶⁵ Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass zusätzliche Investitionen in die Gefahrenkenntnis genau wie zusätzliche Investitionen in die Schadensvermeidung im engeren Sinne nur sinnvoll sind, soweit dadurch die Summe aus Schadenskosten und Schadensvermeidungskosten (einschließlich der Informations- und sonstigen Vorbereitungskosten) gesenkt werden kann. Dabei ergibt sich das schadenskosten-senkende Potenzial von Investitionen in Informationserwerb und Informationsverarbeitung vor allem daraus, dass bessere Informationen über die Gefahrenlage den potenziellen Schädiger in die Lage versetzen können, überhaupt oder mit besseren Sicherheitsvorkehrungen auf die Gefahr zu reagieren. Die Verbesserung der Gefahrenkenntnis hat also für sich genommen noch keinen positiven Effekt auf die erwarteten Schadenskosten, kann aber eine wichtige Vorbereitungsmaßnahme sein, um später sachgerecht und vor allem kostensenkend auf die Gefahrenlage einwirken zu können.

Um die Gefahreninformationskosten bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs angemessen zu berücksichtigen, ist davon auszugehen, dass die verständige Vergleichsperson zu dem Zeitpunkt, in dem über die Durchführung der Sorgfaltsmaßnahme zu entscheiden ist, über ein optimales Informationsniveau

§ 276 Rn. 20; MünchKommBGB/Grundmann, ⁹2022, § 276 Rn. 68–72; NK-BGB/Dauner-Lieb, ⁴2021, § 276 Rn. 15; Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 108–120.

²⁶³ So z. B. BGH NJW-RR 2006, 965, 966, Rn. 12; NJW-RR 1996, 981; NJW 1994, 2232, 2233; VersR 1976, 166, 167 f.; Grüneberg/Grüneberg, ⁸²2023, § 276 Rn. 20.

²⁶⁴ H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, ⁶2020, 210 f.; Arlen, in: Oxford Handbook, 2017, 41, 50 ff.; Shavell, Accident Law, 1987, 77 ff.

²⁶⁵ H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, ⁶2020, 211.

verfügt, d. h. es ist danach zu fragen, welche Maßnahmen ein sorgfältiger Angehöriger des jeweiligen Verkehrskreises treffen würde, wenn er die Gefahrenkenntnis hätte, die von einer solchen Person zu erwarten ist.²⁶⁶ Ein Sorgfaltsverstoß des Schädigers kann dann entweder darin bestehen, dass er sich die erforderliche Gefahrenkenntnis nicht verschafft hat und deshalb geradezu zwangsläufig verkennen musste, dass er eine im Verkehr erforderliche Sorgfaltsmaßnahme hätte ergreifen müssen oder darin, dass er sich zwar die erforderliche Gefahrenkenntnis verschafft hat, darauf jedoch trotzdem nicht mit der erforderlichen Maßnahme reagiert. Durch die Einbeziehung der Gefahrinformationskosten in die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs wird sichergestellt, dass die Möglichkeit, die eigene Gefahrenkenntnis zu verbessern, auf angemessene Weise in die Fahrlässigkeitsprüfung einbezogen wird. Legte man einen anderen als den optimalen Informationsstand zugrunde, würde man dem Schädiger Fehlanreize setzen, nicht in zusätzliches Gefahrwissen zu investieren. Denn die Informationsbeschaffung ist immer mit Kosten verbunden.

Wichtig ist, dass die Erkennbarkeit der Gefahr wie die Fahrlässigkeit insgesamt nach dem objektivem Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB zu bestimmen ist, also nicht nach den individuellen Möglichkeiten des Schädigers, sondern nach den Erfordernissen des Verkehrs.²⁶⁷ Es kommt folglich nicht darauf an, was der konkrete Schädiger über die Gefahr wusste oder hätte wissen können, sondern es ist auf einen verständigen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises abzustellen. Richtet sich der Anspruch gegen einen Unternehmensträger, kommt es somit darauf an, welche Gefahrenkenntnis in der konkreten Situation von einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen zu erwarten war und in welchem Umfang ein solches Unternehmen vorab in Informationsbeschaffung und Informationsverarbeitung investiert hätte.²⁶⁸

Macht man sich klar, wie wichtig Gefahrinformationskosten und sonstige Vorbereitungskosten für die Festlegung des richtigen Sorgfaltsmaßstabs sind, liegt auf der Hand, dass sie, wenn es um die Haftung eines Unternehmensträgers geht, unternehmensbezogen bestimmt werden müssen. Insbesondere kann nicht auf die Gefahrenkenntnis und Informationsmöglichkeiten einzelner Unternehmensangehöriger abgestellt werden, weil man damit die relevanten Informationskosten völlig falsch einschätzen würde. Unter anderem aus der Diskussion über die Wissenszurechnung in Unternehmen und anderen arbeitsteiligen Organisationen²⁶⁹ ist bekannt, dass eine individualistische Sichtweise auf „Unternehmenswissen“ den tatsächlichen Informationsprozessen in Unternehmen

²⁶⁶ Grundlegend *Shavell*, J. Legal Stud. 21 (1992), 259, 260f., 268–270 (*negligence rule based on the level of care that is optimal given optimal acquisition of information* als optimale Regel neben *strict liability*).

²⁶⁷ Zutreffend BGH NJW-RR 1995, 1173; DB 1975, 640 m. w. N.

²⁶⁸ Vgl. schon oben → II.

²⁶⁹ Dazu oben → § 5 D I 2 und unten → § 9 B III.

nicht gerecht wird.²⁷⁰ Die Informationserwerbs- und Informationsverarbeitungsfähigkeiten des Unternehmens als Organisation können sich erheblich von den entsprechenden Fähigkeiten der Unternehmensangehörigen unterscheiden. Das liegt nicht zuletzt daran, dass sich das unternehmerische Wissensmanagement heute vorrangig in IT-Systemen vollzieht und dass die Generierung und Verarbeitung von Wissen zu einem immer größeren Teil automatisiert und ohne menschliches Zutun erfolgt. Man denke z. B. an Schadensfälle, die von Kunden oder Dritten über Online-Formulare direkt in Datenbanken von Versicherern eingetragen und anschließend automatisiert verarbeitet werden. Ohne Weiteres denkbar ist auch, dass Schadensdaten von (selbstlernenden) Algorithmen analysiert werden, die selbstständig typische Fehlerquellen in den unternehmerischen Prozessen und eventuell auch mögliche Abhilfemaßnahmen identifizieren. Durch die zunehmende Verbreitung maschinellen Lernens und künstlicher Intelligenz wird sich das automatisiert gewonnene und vor allem in Datenbanken gespeicherte Unternehmenswissen immer weiter davon entkoppeln, was sich kognitiv in den Köpfen der Unternehmensangehörigen abspielt. Das präsente Wissen von Leitungspersonen und Mitarbeitern macht daher schon heute nur noch eine kleine Teilmenge des gesamten Unternehmenswissens aus und diese Teilmenge wird sich in Zukunft immer weiter verringern. Will man aber zur Bestimmung des richtigen Sorgfaltsmaßstabs die Frage beantworten, von welcher Gefahrenkenntnis in der konkreten Situation auszugehen war, kann typischerweise vorhandenes Datenbankwissen nicht außer Betracht bleiben. Vielmehr ist danach zu fragen, über welche Gefahrenkenntnis ein ordentliches Unternehmen in der jeweiligen Situation verfügt hätte und zwar unter Einschluss einer sorgfältigen Informationsbeschaffung und Informationsverarbeitung, mit welchen Mitteln auch immer.

Die Rechtsprechung wird dem leider nicht immer gerecht, weil sie oft auf die Erkennbarkeit für Gehilfen oder Repräsentanten abstellt und außerdem nicht selten einen subjektiven Maßstab anlegt. Das soll im Folgenden näher veranschaulicht und kritisiert werden.

bb) Praxis

In Übereinstimmung mit den genannten Grundsätzen bezieht die Rechtsprechung Vorbereitungsmaßnahmen einschließlich solcher zu Gefahrerkennung durchaus in die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs ein. Am deutlichsten zeigen dies Fälle, in denen es sogar ausschließlich darum geht, ob sich der Schädiger hinreichend über mögliche Gefahren informiert hat. Den Entscheidungen scheint hier oftmals das Verständnis zugrunde zu liegen, dass die Rechtsverletzung vermieden worden wäre, wenn der Schädiger das Risiko richtig erkannt hätte („Gefahr erkannt, Gefahr gebannt“). Ein gutes Beispiel bieten die Tief-

²⁷⁰ Vgl. dazu auch ausf. *Guski*, ZHR 184 (2020), 363, 376 ff. und passim.

baufälle. Der BGH geht in st. Rspr. davon aus, dass sich Tiefbauunternehmen vor der Durchführung von Erdarbeiten an öffentlichen Straßenflächen nach der Existenz und dem Verlauf unterirdisch verlegter Versorgungsleitungen erkundigen müssen, weil öffentliche Verkehrsflächen regelmäßig dazu genutzt werden, dem öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag dienende Leitungen dort zu verlegen.²⁷¹ Der BGH verlangt nicht nur, dass Erkundigungen bei den kommunalen Bauämtern eingeholt werden, sondern bejaht außerdem im Allgemeinen eine Erkundigungspflicht gegenüber den zuständigen Versorgungsunternehmen. Wenn dies nicht weiterhilft, muss sich der Tiefbauunternehmer die erforderliche Gewissheit durch andere geeignete Maßnahmen verschaffen, etwa durch Probebohrungen oder Ausschachtungen von Hand. Ein weiteres aktuelles Beispiel ist der bereits erwähnte Weltkriegsbomben-Fall, in dem es vor allem darum ging, welche Maßnahmen ein Recyclingunternehmen für Bauschutt ergreifen muss, um sicherzustellen, dass sich in Betonteilen aus Abbruchmaßnahmen keine unerkannten Explosivkörper verbergen.²⁷²

Ob eine Gefahr erkannt werden musste, prüfen die Gerichte in vielen Fällen – wie es richtig ist – objektiv-typisierend und unternehmensbezogen. Ein gutes Beispiel ist die Produzentenhaftung, wo der BGH für die Frage, ob ein unvermeidbarer Entwicklungsfehler vorliegt, darauf abstellt, ob die potenzielle Gefährlichkeit des Produkts im Zeitpunkt seiner Inverkehrgabe nach dem damaligen Stand von Wissenschaft und Technik erkannt werden konnte oder nicht. In der Airbag-Entscheidung hat das Gericht klargestellt, dass für diese Beurteilung das objektiv zugängliche Gefahrenwissen maßgeblich ist; auf die subjektiven Erkenntnismöglichkeiten des einzelnen Herstellers komme es nicht an.²⁷³ Das ist der zutreffende Ansatz, wobei eine Typisierung nach Verkehrskreisen durchaus statthaft wäre, sodass man an das Gefahrwissen eines Start-up-Unternehmens geringere Anforderungen stellen könnte als im konkreten Fall an die BMW AG. Ähnlich ist der BGH in der Apfelschorf-II-Entscheidung vorgegangen, wo er im Zusammenhang mit der Produktbeobachtungspflicht der Beklagten, einem der weltweit größten Unternehmen der chemischen Industrie, erklärte, zu der Pflicht, sich über die Entwicklung von Wissenschaft und Technik auf dem Laufenden zu halten gehöre „bei Unternehmen von der Größe der Beklagten, die ihre Produkte in der ganzen Welt vertreiben“ auch die Verfolgung der Ergebnisse wissenschaftlicher Kongresse und Fachveranstaltungen sowie die Auswertung des gesamten internationalen Fachschrifttums.²⁷⁴ Auch Beispiele außerhalb der Produzentenhaftung sind leicht zu finden. So begründet der BGH die strengen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten von Öllieferan-

²⁷¹ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW-RR 2006, 674, 675, Rn. 8; NJW 1996, 387; VersR 1985, 1147f.; VersR 1983, 152f.; NJW 1971, 1313, 1314.

²⁷² BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 15 ff.

²⁷³ BGHZ 181, 253, 264 f. = NJW 2009, 2952, Rn. 27 f.

²⁷⁴ BGHZ 80, 199, 203 = NJW 1981, 1606, 1608.

ten beim Befüllen von Heizöltanks u. a. damit, dass der Öllieferer als Fachmann die Gefahren des Einfüllvorgangs in der Regel eher erkenne und beherrsche als der Kunde.²⁷⁵ Das dürfte objektiv-typisierend gemeint sein, denn es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der BGH für die Haftung des Unternehmensträgers auf die Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Unternehmers oder seiner Mitarbeiter abstellen würde.

Der BGH differenziert auch vielfach zutreffend zwischen der zu erwartenden Gefahrenkenntnis einzelner Mitarbeiter und dem Gefahrenwissen, das von Unternehmen und sonstigen Organisationen, z. B. Gemeinden, erwartet werden kann. Das belegt z. B. der Drehpilz-Fall, in dem es darum ging, welche Anforderungen an die Wartung von Spielgeräten auf öffentlichen Spielplätzen zu stellen sind.²⁷⁶ Die Klägerin, ein 12-jähriges Mädchen, war erheblich verletzt worden, weil beim Spielen ein Drehpilz plötzlich zusammengebrochen war, an den sie und ein anderes Kind sich gehängt hatten. Der Unfall war darauf zurückzuführen, dass der Stahlrohrmast des Spielgeräts unterhalb des Sandbodens durchgerostet war. Verklagt war nur noch der verantwortliche Gärtnermeister, die Haftung der Stadt war bereits rechtskräftig bejaht worden. Der BGH betonte jedoch, der Beklagte habe die Gefahr nicht erkennen müssen. Die spezifische Gefahren unterirdischer Rostschäden hätten zwar den für die Aufstellung der Spielgeräte Verantwortlichen, nicht aber dem Beklagten als Gärtnermeister bekannt sein müssen. Ähnlich hat der BGH auch schon in früheren Fällen zwischen den Informationspflichten der ausführenden Mitarbeiter und denen ihrer Vorgesetzten differenziert.²⁷⁷

In diesen Fällen deutet sich aber bereits an, dass der BGH die Erkennbarkeit der Gefahr und der daraus folgenden Sorgfaltspflichten oft aus einer individualistischen Perspektive beurteilt. Es wird also nicht darauf abgestellt, über welches Wissen das jeweilige Unternehmen oder die jeweilige Organisation verfügen musste, sondern es wird – zumindest den Formulierungen nach – geprüft, welches Wissen von einzelnen Personen im Unternehmen zu erwarten war.²⁷⁸ So wird im Drehpilz-Fall z. B. auf diejenigen abgestellt, die für die Aufstellung der Spielgeräte verantwortlich waren. Ähnlich geht der BGH in den meisten Fällen vor, in denen er die Erkennbarkeit der Gefahr erst im Anschluss an die Feststellung der objektiven Pflichtverletzung thematisiert, also im Rahmen des

²⁷⁵ BGH NJW 1993, 2740; NJW 1984, 233, 234; NJW 1983, 1108, 1109; NJW 1978, 1576; VersR 1964, 632. Vgl. aber auch schon oben → § 4 B I 1a bei Fn. 62–64.

²⁷⁶ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 1988, 48, 49.

²⁷⁷ Z. B. BGH VersR 1978, 963, 964 (geringe Anforderungen an Gefahrenkenntnis eines Monteurs, der die Glühbirne einer Ampel austauscht, ggf. höhere Anforderungen an diejenigen, die für technische Einrichtung und Schaltplan der Ampel verantwortlich sind); BGH NJW 1965, 815 f. (Straßenwärter ohne forsttechnische Spezialkenntnisse muss Pilzinfektion und Vermorschung eines Baumes nicht erkennen, jedoch muss in Dienstanweisung erläutert werden, wie Bäume genau zu untersuchen sind).

²⁷⁸ Vgl. außer den im Text genannten Beispielen z. B. noch BGH NJW 1984, 801, 802.

Verschuldens i. e. S. oder als Teil der „inneren Sorgfalt“. Dass dieser Ansatz schon für sich genommen nicht überzeugt, weil auch die Erkennbarkeit der Gefahr wegen der eindeutigen Regelung des § 276 Abs. 2 BGB und aus teleologischen Gründen objektiv zu prüfen ist und weil sie der Frage, ob der Schädiger eine Pflicht verletzt hat, logisch vorgelagert ist, wurde oben²⁷⁹ bereits ausgeführt. Aber auch die mit der verfehlten Subjektivierung oftmals einhergehende Individualisierung kann nicht überzeugen. Denn wenn man z. B. nur auf die Erkenntnismöglichkeiten der Geschäftsleitung abstellt, läuft man Gefahr, wichtige Informationsprozesse in anderen Organisationseinheiten des Unternehmens unberücksichtigt zu lassen und den Sorgfaltsmaßstab für die Unternehmens-Fahrlässigkeit zu niedrig anzusetzen. Im Ergebnis erhielten die Unternehmensangehörigen unzureichende Verhaltensanreize, die Ressourcen des Unternehmens für eine optimale Schadensprävention einzusetzen.

Auch unter diesem Aspekt ist es daher problematisch, wenn der BGH hinsichtlich der Erkennbarkeit von Gefahren in Treppenhäusern darauf abstellt, welche Anforderungen an die „Organe einer Wohnungsbaugesellschaft“ zu stellen sind²⁸⁰ oder wenn er in einer Entscheidung zur Produzentenhaftung erklärt, „den für die Konstruktion verantwortlichen verfassungsmäßig berufenen Vertretern der Beklagten“ hätte bewusst sein müssen, dass aus Sicherheitsgründen eine andere Konstruktion des Produkts erforderlich gewesen wäre.²⁸¹ Verfehlt ist auch, wenn der BGH in dem bereits erwähnten Fall, in welchem die Abdeckroste über den Luftschächten vor den Schaufenstern eines Kaufhauses nicht gegen unbefugtes Abheben gesichert worden waren, darauf abstellt, dass die verfassungsmäßigen Vertreter des beklagten Unternehmens fahrlässig die Pflicht zur Verkehrssicherung verletzt hätten, weil sie bei gebotener Prüfung hätten erkennen können, dass die Beklagte verpflichtet war, die Abdeckroste gegen unbefugtes Abheben zu sichern.²⁸² Geht es um die Haftung des Unternehmensträgers, sollte vielmehr darauf abgestellt werden, welche Erkenntnismöglichkeiten insgesamt in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen verfügbar wären – unter Einschluss aller Mitarbeiter und der IT-gestützten Wissensermittlung –, weil sich nur so richtig ermitteln lässt, welche Sorgfaltsmaßnahmen aus objektiv-typisierender Sicht geboten waren.

Ob der BGH dies wirklich anders sieht, ist trotz der genannten Beispiele nicht klar. Denn er formuliert zwar oft individualistisch, scheint sich aber in den einschlägigen Fällen für die tatsächliche Aufgabenverteilung im Unternehmen gar nicht zu interessieren. So wird zwar in der soeben erwähnten Entscheidung zur Produzentenhaftung, in der es um die verkehrssichere Konstruktion von Pferdeboxen ging, erklärt, die für die Konstruktion verantwortlichen ver-

²⁷⁹ → A IV 2b.

²⁸⁰ BGH NJW 1994, 2232, 2233; VersR 1969, 665, 666.

²⁸¹ BGH NJW 1990, 906, 907.

²⁸² BGH VersR 1976, 149, 151.

fassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten hätten erkennen müssen, dass das bisherige Design für Pferde gefährlich war. Später in derselben Entscheidung wird aber nur noch allgemein auf die Konstrukteure abgestellt und nirgendwo finden sich Ausführungen dazu, wer die Pferdebox tatsächlich konstruiert hatte und ob die Geschäftsleitung in die Entscheidung über die problematische Konstruktion eingebunden war. Auch im Kaufhaus-Fall wird zwar behauptet, die verfassungsmäßigen Vertreter der Kaufhausbetreiberin hätten das Problem mit den Abdeckrosten erkennen können und müssen, auf die Unternehmensorganisation und konkrete Zuständigkeiten wird jedoch nicht eingegangen. Selbst bei einem kleineren Unternehmen liegt nicht unbedingt auf der Hand, dass ausgerechnet die Geschäftsleitung hätte erkennen müssen, dass es notwendig war, die Roste einzuzementieren oder zu verriegeln. Das legt nahe, dass der BGH zwar formal auf die verfassungsmäßigen Vertreter abstellt – wohl um den Schein zu wahren, hier werde über § 31 BGB individuelles Verschulden zugerechnet – dass er aber in der Sache doch auf die Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmens als Organisation abstellt: Die Beklagte hätte die Gefahr, dass sich Passanten verletzen können, wenn Abdeckroste unbefugt entfernt werden, erkennen müssen, weil ein sorgfältig organisiertes Unternehmen dies erkannt hätte und sie hätte die Roste verriegeln müssen, weil auch dies von einem sorgfältigen Unternehmen zu erwarten war.

b) Sorgfaltskosten

Zweite wichtige Gruppe der Schadensvermeidungskosten sind die eigentlichen Sorgfaltskosten, also die Kosten, die für die Durchführung der Sorgfaltsmaßnahme anfallen. In vielen Fällen gehören die meisten Schadensvermeidungskosten in diese Kategorie, weil die Gefahren gut erkennbar sind und daher keine Vorbereitungsmaßnahmen erforderlich sind, um den Schädiger in die Lage zu versetzen, auf die Gefahr angemessen reagieren zu können. So war im oben bereits erwähnten Kühlturm-Fall²⁸³ klar ersichtlich, dass von der Anlage Dampfemissionen ausgingen und dass es durch Kondensation auf den umliegenden Straßen zu Glatteisbildung kommen konnte. Den drohenden Schäden sind dann im Wesentlichen die Kosten möglicher Sorgfaltsmaßnahmen gegenüberzustellen, also z.B. die Kosten einer technischen Umrüstung des Kühlturms, des Aufstellens von Warnschildern oder eines Streudienstes.

Auch diese Sorgfaltskosten im engeren Sinne können für jeden Schädiger anders ausfallen, weil sie stark davon abhängen, welche Schadensvermeidungsmöglichkeiten jeweils zur Verfügung stehen. Um den Sorgfaltsmaßstab für die Unternehmenshaftung richtig bemessen zu können, ist deshalb von großer Bedeutung, auch die Sorgfaltskosten unternehmensbezogen zu bestimmen. Entscheidend kann nur sein, zu welchen Kosten das Unternehmen als Ganzes be-

²⁸³ BGH VersR 1985, 641 f.

stimmte Sorgfaltsmaßnahmen durchführen könnte, was u. a. davon abhängt, welche personellen und sachlichen Ressourcen dem Unternehmen insgesamt zur Verfügung stehen. Hingegen kann es nicht darauf ankommen, wie die Sorgfaltskosten für einzelne Organisationseinheiten oder gar einzelne Mitarbeiter zu bemessen wären. Denn bei der Haftung des Unternehmensträgers geht es letztlich darum, wie die Unternehmensressourcen einzusetzen sind, um die aus der wirtschaftlichen Aktivität des Unternehmens resultierenden Schäden auf das gesamtwirtschaftlich optimale Maß zu senken. Dafür sind den Unternehmensangehörigen Anreize zu setzen, die Möglichkeiten des Unternehmens insgesamt auszuschöpfen und sinnvolle Schadensvermeidungsmaßnahmen zu ergreifen, wo immer es in den unternehmerischen Prozessen möglich ist.

Im Folgenden soll genauer erläutert werden, warum es im Rahmen der Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung einer unternehmensbezogenen Perspektive auf die Sorgfaltskosten bedarf und worauf dabei im Einzelnen zu achten ist. Wie zuvor in Bezug auf die Vorbereitungskosten ist außerdem zu untersuchen, wie die Rechtsprechung bisher verfährt, insbesondere, ob sich ihr Vorgehen mit dem gebotenen Ansatz deckt oder ob nachgesteuert werden sollte.

aa) Theorie

Bei Menschen können Sorgfaltskosten unterschiedlich ausfallen, weil jedes Individuum über andere Eigenschaften und Fähigkeiten verfügt, die sich bei der Durchführung von Sorgfaltsmaßnahmen als nützlich oder auch als hinderlich erweisen können. Nochmals sei an das Beispiel erinnert, dass ein alter oder kranker Mensch seiner Streupflicht nur unter größerer Mühe nachkommen kann als ein junger und gesunder Mensch. Obwohl die Maßnahme für beide identisch ist, bedeutet sie für den einen größeren Zeit- oder Kostenaufwand als für den anderen. Wollte man jedem Schädiger exakt die richtigen Verhaltensanreize setzen, müsste man daher den Sorgfaltsmaßstab eigentlich vollständig individualisieren, um bei jedem Schädiger genau die richtige Sorgfalt abzurufen. Wie oben bereits näher ausgeführt,²⁸⁴ steht dem in praktischer Hinsicht vor allem entgegen, dass sich individuelle Eigenschaften und Fähigkeiten oft nur mit großem Aufwand ermitteln lassen. Die Vorteile eines rein subjektiven Sorgfaltsmaßstabs würden durch höhere administrative Kosten schnell wieder zunichte gemacht. Mit dem objektiv-typisierenden Maßstab geht die Rechtsordnung einen Mittelweg: leicht erkennbare, typische Kostenunterschiede finden Berücksichtigung, individuelle Besonderheiten hingegen nicht.

Bei Unternehmen ergeben sich Kostenunterschiede in Bezug auf die Durchführung möglicher Sorgfaltsmaßnahmen vor allem dadurch, dass ihnen unterschiedliche Ressourcen zur Verfügung stehen, die sie für die Schadensvermeidung einsetzen können. Damit ist nicht lediglich gemeint, dass große,

²⁸⁴ → A II 1b.

kapitalkräftige Unternehmen Schäden leichter vermeiden können als kleine Unternehmen mit geringen finanziellen Mitteln, auch wenn es oft so sein wird. Unter dem Aspekt der zur Verfügung stehenden Ressourcen ist vor allem auch relevant, dass jedes Unternehmen auf sein jeweiliges Geschäftsmodell fokussiert ist und sich entsprechend spezialisiert, was natürlich auch Auswirkungen auf das vorhandene Know-how, die Innovationskraft, die Organisation der Unternehmensprozesse, die Kenntnisse und Fähigkeiten der Mitarbeiter, die vorhandenen Anlagen und Maschinen, die Vernetzung mit anderen Unternehmen, rechtliche Befugnisse usw. hat. Aus der jeweiligen Ausrichtung des Unternehmens ergibt sich daher auch, welche Sorgfaltsmaßnahmen zu welchen Kosten möglich sind und es liegt auf der Hand, dass man den wahren Verhältnissen nicht gerecht würde, wenn man nicht das Unternehmen als Ganzes, sondern z. B. nur einzelne Führungskräfte oder Mitarbeiter in den Blick nähme.

Man kann diese Zusammenhänge anhand von einfachen Beispielen veranschaulichen: Was zunächst die Unterschiede zwischen verschiedenen spezialisierten Unternehmen angeht, kann man z. B. an eine Situation wie im Rübenschnitzel-Fall denken, den der BGH in Jahr 1955 entschieden hat:²⁸⁵ Verklagt war die Deutsche Bundesbahn, die nacheinander mehreren Kunden jeweils denselben Güterwaggon für den Transport von Waren zur Verfügung gestellt hatte. Die Kunden waren selbst dafür verantwortlich, den Waggon zu be- und zu entladen und mussten ihn nach der Nutzung besenrein wieder zur Verfügung stellen. Ein erster Kunde nutzte den Waggon für den Transport von Altblei, ein zweiter transportierte Rübenschnitzel als Tierfutter an eine Landwirtin. Die Schnitzel wurden kontaminiert und einige Tiere starben. Jedes der drei Unternehmen wäre in der Lage gewesen, den Waggon gründlich zu reinigen: Der erste Kunde nach dem Transport des Bleis, der zweite vor dem Transport der Rübenschnitzel, die Bundesbahn in der Zwischenzeit. Die damit verbundenen Kosten wären aber wohl sehr unterschiedlich ausgefallen. Bei der Bahn darf man die größte Expertise hinsichtlich der Reinigung von Güterwaggons erwarten, außerdem geschultes Reinigungspersonal und die nötige technische Ausrüstung. Selbst über Erfahrungen mit der Entfernung giftiger Bleireste wird sie verfügen, wenn der Transport solcher Stoffe zu ihrem Angebot gehört. Diese Expertise darf man auch bei dem Kunden erwarten, der das Altblei hatte transportieren lassen, allerdings wird er nicht unbedingt über die nötigen Mittel verfügen, um Güterwaggons effektiv zu reinigen. Das dürfte auch auf den zweiten Kunden zutreffen, dessen Mitarbeiter wohl außerdem nicht gewusst hätten, wie man Bleireste rückstandslos entfernt. Während also die Bahn mit eigenen Mitteln und damit relativ kostengünstig für die Reinigung hätte sorgen können, wäre insbesondere dem zweiten Kunden wohl mangels Expertise und technischer Ausrüstung nichts anderes übrig geblieben, als ein Spezialunternehmen mit der Reinigung

²⁸⁵ BGHZ 17, 214 ff. = NJW 1955, 1314 ff.

zu beauftragen. Die jeweilige Ausrichtung auf einen bestimmten Unternehmensgegenstand kann also die Höhe der Sorgfaltskosten erheblich beeinflussen, auch wenn es objektiv um dieselbe Maßnahme geht.

Neben der Spezialisierung können zum Beispiel Größen- und Verbundvorteile (*economies of scale, economies of scope*) dazu führen, dass Sorgfaltskosten unterschiedlich ausfallen. Um an das Rübenschnitzel-Beispiel anzuknüpfen: Die Bahn hat nicht nur einen Güterwaggon zu reinigen, sondern tausende. Deshalb lohnt es sich für sie, passende Reinigungsanlagen zu bauen und die Reinigung zu einem großen Teil zu automatisieren. Außerdem kann sie Reinigungsmittel in großen Mengen günstiger einkaufen und Personal in größeren Gruppen anlernen und wahrscheinlich auch flexibler einsetzen.

Wichtig ist, dass auch für die Bewertung der Sorgfaltskosten grundsätzlich auf den objektiv-typisierenden Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden muss. Es kommt also nicht auf die Schadensvermeidungsmöglichkeiten des konkreten Schädigers an, sondern – wie immer – auf einen verständigen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises, bei Unternehmen auf ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen der jeweiligen Branche. Weitere Typisierungen z. B. nach Unternehmensgröße, Forschungsintensität o. ä. sind möglich und können sich anbieten, um erhebliche Kostenunterschiede z. B. infolge von Größenvorteilen oder unterschiedlicher Innovationskraft zu berücksichtigen. Wie schon bei den Vorbereitungskosten hat sich der Blick auf das Unternehmen als Ganzes zu richten, weil man wichtige Schadensvermeidungspotenziale außer Acht ließe, wenn man z. B. nur auf die Möglichkeiten bestimmter Organisationseinheiten oder einzelner Mitarbeiter abstellen würde. Viele Maßnahmen werden erst durch das Zusammenspiel unterschiedlicher Abteilungen möglich, so z. B., wenn im Risikomanagement häufige Fehlerquellen analysiert werden, die Entwicklungsabteilung eine neue technische Lösung erarbeitet und der operative Bereich diese dann umsetzt.

Will man mit der h. M. davon ausgehen, dass besondere Spezialkenntnisse und -fähigkeiten ungeachtet des objektiv-typisierenden Maßstabs eingesetzt werden müssen,²⁸⁶ müsste für die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung auch insoweit auf die besonderen Möglichkeiten des Unternehmens insgesamt abgestellt werden. Ein Beispiel wäre, dass ein Industrieunternehmen eine neue, vielleicht patentgeschützte Technologie für den Immissionsschutz entwickelt hat, die nur diesem Unternehmen zur Verfügung steht, also aus objektiv-typisierender Sicht in der jeweiligen Branche noch nicht i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich ist. Ähnlich wäre vorzugehen, wenn ein Unternehmen über bestimmte Rechte verfügt, die selbst einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen (noch) nicht zur Verfügung stehen (z. B. eine exklusive Genehmigung für

²⁸⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1987, 1479, 1480; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 40; Soergel/Spickhoff, ¹³2005, § 823 Rn. 143; RGRK/Steffen, ¹²1989, § 823 Rn. 411.

ein bestimmtes, bisher wenig erprobtes Verfahren). Allerdings sind oben²⁸⁷ bereits Zweifel geäußert worden, ob sich die Berücksichtigung von Spezialkenntnissen und -fähigkeiten aus rechtspolitischer Sicht überhaupt rechtfertigen lässt, weil sie zu Fehlanreizen führen kann.

bb) Praxis

Geht es um die Haftung des Unternehmensträgers, prüft die Rechtsprechung die Kosten der Sorgfaltsmaßnahme – wie es richtig ist – typischerweise unternehmensbezogen. Das wird ihr dadurch erleichtert, dass es in der Regel das schädigende Unternehmen ist, das sich darauf beruft, die vom Geschädigten angemahnte Sorgfaltsmaßnahme sei wirtschaftlich unzumutbar gewesen. Oft werden dann auch die Kosten der Maßnahme grob beziffert und zwar so, wie sie bei dem Unternehmensträger angefallen wären. Das ist, sofern spezifische Besonderheiten des konkreten Unternehmens außer Betracht bleiben, vom Ansatz her die richtige Perspektive. Denn es geht nicht darum, wie teuer die Maßnahme „objektiv“ gewesen wäre, also z. B. nicht darum, zu welchem Preis sie am Markt hätte eingekauft werden können. Entscheidend ist vielmehr, zu welchen Kosten die Maßnahme einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen möglich gewesen wäre, also unter typisierter Berücksichtigung etwaiger Spezialisierungsvorteile, Größenvorteile usw.

Deshalb ist es z. B. richtig, wenn die Rechtsprechung die strengeren Anforderungen an die Streupflicht von Gastwirten, Kino- und Theaterbetreibern usw. damit begründet, diesen sei die Verkehrssicherung auch abends und nachts mit verhältnismäßig einfachen Mitteln möglich, weil das nötige Personal ohnehin vorhanden sei, solange der Betrieb läuft.²⁸⁸ Denn dies führt dazu, dass die entsprechenden Unternehmer die Streupflicht zu niedrigeren Kosten erfüllen können als z. B. ein Ladeninhaber, der über die Öffnungszeiten hinaus Personal vorhalten oder einen professionellen Winterdienst beauftragen müsste.

Wenn sich die Gerichte unreflektiert auf Zahlen stützen, die das jeweilige Schädigerunternehmen hinsichtlich der Sorgfaltskosten vorträgt, besteht allerdings die Gefahr, dass der richtige Maßstab verfehlt wird. Denn auch die Sorgfaltskosten müssen, wie eben erläutert, objektiv-typisiert ermittelt werden. Es darf dem Schädigerunternehmen also z. B. nicht zugutekommen, wenn es in der Vergangenheit wenig in Sicherheitsvorkehrungen investiert hat und deshalb jetzt die konkret infrage stehende Maßnahme nur zu hohen Kosten umsetzen könnte, weil erst noch andere Nachrüstungen notwendig wären. Ausgangspunkt muss vielmehr ein sorgfältig organisiertes Unternehmen sein, das auch in der Vergangenheit schon alle i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlichen Maßnah-

²⁸⁷ → bei Fn. 28–29.

²⁸⁸ Vgl. BGH NJW 1985, 482, 483; NJW 1972, 903, 904; BGHZ 40, 379, 383 = NJW 1964, 814, 816.

men ergriffen hat. Bestehen Zweifel, ob die vorgetragene Sorgfaltskosten dem objektiv-typisierten Maßstab entsprechen, wird man im Zweifel einen Sachverständigen zu Rate ziehen müssen.

Im Großen und Ganzen wirft jedoch die Feststellung der relevanten Sorgfaltskosten vergleichsweise wenige Probleme auf, weil die Kosten unmittelbar bei dem jeweiligen Unternehmensträger anfallen und sich daher fast automatisch eine unternehmensbezogene Perspektive einstellt.

4. Zumutbarkeit?

Für die Kosten-Nutzen-Analyse, wie sie nach hiesigem Verständnis der Prüfung der objektiven Pflichtwidrigkeit zugrunde zu legen ist, bedarf es schließlich nur noch der Gegenüberstellung des Nutzens der fraglichen Sorgfaltsmaßnahme und ihrer Kosten. Wäre ihr Nutzen höher gewesen als ihre Kosten, hätte sie also die Schadenskosten stärker gesenkt als die Schadensvermeidungskosten erhöht, dann sind die objektive Pflichtwidrigkeit und mit ihr die Unternehmens-Fahrlässigkeit zu bejahen. Wären hingegen die Kosten höher gewesen als der Nutzen, sind Pflichtwidrigkeit und Fahrlässigkeit zu verneinen.

Der BGH orientiert sich zwar, wie oben²⁸⁹ bereits erläutert, für die Feststellung der Pflichtwidrigkeit immer stärker an der Schadenshöhe, der Schadenswahrscheinlichkeit und den Schadensvermeidungskosten und damit an den drei wesentlichen, der Kosten-Nutzen-Analyse zugrunde liegenden Kriterien. Er entscheidet aber über die Pflichtwidrigkeit bisher nicht strikt danach, ob der Nutzen einer Sorgfaltsmaßnahme deren Kosten überwogen hätte oder nicht.²⁹⁰ Stattdessen greift der BGH u. a. auf das deutlich weichere Kriterium der (wirtschaftlichen) Zumutbarkeit zurück, die er noch dazu oft mit einem subjektivierenden Einschlag prüft.²⁹¹ Es kann aber, wie in der Literatur zur Recht betont wird,²⁹² nicht auf die individuelle Leistungsfähigkeit des Schädigers ankommen, zum einen, weil dies mit § 276 Abs. 2 BGB nicht vereinbar wäre, zum anderen, weil man damit den Anteilseignern von schadensträchtigen Unternehmen einen offenkundig verfehlten Anreiz setzen würde, ihre Unternehmen unzureichend zu kapitalisieren, da sie darauf hoffen könnten, mittelbar in den Genuss eines mildereren Haftungsmaßstabs kommen zu können.

Der III. Zivilsenat hat die Prüfung der Zumutbarkeit in einer jüngeren Entscheidung zur Haftung eines Pflegeheims sogar ausdrücklich auf das Personal bezogen, obwohl ausschließlich die Haftung des Heimträgers zu beurteilen

²⁸⁹ → A II 3d bb.

²⁹⁰ Dazu schon oben → vor Fn. 91.

²⁹¹ Vgl. etwa BGH NJW-RR 2019, 1304, 1305, Rn. 19; NJW 2007, 762, 763f., Rn. 11, 15; BGHZ 112, 74, 75 = NJW 1991, 33, 34; BGH NJW 1972, 903f.

²⁹² BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, § 823 BGB Rn. 410; Staudinger/J. Hager, 2021, § 823 Rn. E 31; Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 35.

war.²⁹³ Das war mindestens schief formuliert. Denn wenn den Mitarbeitern z.B. wegen Überlastung nicht zuzumuten war, die Heimbewohner in einer Weise zu unterstützen, wie dies nach § 276 Abs. 2 BGB objektiv erforderlich gewesen wäre, dann hätte der Heimträger eben zusätzliches Personal einstellen müssen. Entscheidend kann nur sein, was dem Heimträger als Haftungsadressaten zuzumuten ist, wofür wiederum nur auf den Maßstab eines sorgfältig organisierten Pflegeheims abgestellt werden muss. In der Sache scheint das auch der III. Zivilsenat so zu sehen. Denn er stellt auch auf die „in vergleichbaren Heimen üblichen (gebotenen) Maßnahmen“ ab, die „mit einem vernünftigen finanziellen und personellen Aufwand realisierbar sind“.

Auch wenn nachvollziehbar ist, dass sich die Rechtsprechung Spielräume offenhalten will, ist zu beklagen, dass mit dem Kriterium der (wirtschaftlichen) Zumutbarkeit eine nicht unerhebliche Unsicherheit in die abschließende Abwägungsentscheidung hineingetragen wird. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen und klarere Verhaltensanreize zu setzen, wäre es überzeugender, die Gerichte würden auf einen strikteren Kosten-Nutzen-Test umschwenken.

IV. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass grundsätzlich alle wesentlichen Elemente der Pflichtwidrigkeitsprüfung auf das Unternehmen als Organisation bezogen werden können und dass dies aus teleologischen Gründen geboten ist, wenn es darum geht, eine direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung zu begründen. Will man den Unternehmensangehörigen Anreize setzen, die Unternehmensressourcen so einzusetzen, dass die Schäden aus der unternehmerischen Aktivität auf das gesamtwirtschaftlich optimale Maß gesenkt werden, darf man die Perspektive nicht künstlich auf einzelne Organisationseinheiten oder Mitarbeiter verengen, sondern muss auf das Unternehmen als Ganzes abstellen und prüfen, ob irgendwo im Unternehmen Sorgfaltsmaßnahmen unterblieben sind, die nach § 276 Abs. 2 BGB erforderlich gewesen wären.

Der strikt unternehmensbezogene Ansatz wird dadurch erleichtert, dass alle wesentliche Elemente der Pflichtwidrigkeitsprüfung objektiv-typisierend zu prüfen sind, sodass es immer nur auf ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen ankommt und nicht auf die speziellen Gegebenheiten im konkreten Schädigerunternehmen, über dessen Haftung zu entscheiden ist. Der objektiv-typisierende Maßstab gilt bereits für die Frage, welche Sorgfaltsmaßnahmen überhaupt möglich gewesen wären. Es sind alle Maßnahmen in die Betrachtung einzubeziehen, die ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen hätte durchführen können. Welcher Nutzen mit den möglichen Sorgfaltsmaßnahmen

²⁹³ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 223, 95, 99 = NJW 2019, 3516, 3517, Rn. 13.

erzielt worden wäre, ist im Wesentlichen eine empirische Frage, die keine größeren Schwierigkeiten aufwirft. Die Maßnahmekosten sind dann strikt unternehmensbezogen zu prüfen, weil sich die Kosten von Schädiger zu Schädiger stark unterscheiden können und nur eine Orientierung an den Möglichkeiten des Unternehmens sicherstellt, dass der Sorgfaltsmaßstab nicht zu streng und nicht zu milde festgesetzt wird. Auch für die Ermittlung der relevanten Kosten gilt der objektiv-typisierende Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB. Er gilt insbesondere auch für die hier sog. Vorbereitungsmaßnahmen, also z. B. Maßnahmen, mit denen das Unternehmen darauf hinwirkt, die Gefahrenlage oder die daraus resultierende Pflichtenstellung zu erkennen. Anders als in der Rechtsprechung verbreitet angenommen, sind die Erkennbarkeit der Gefahr und die Erkennbarkeit der Verhaltens-, Verkehrs- oder Sorgfaltspflicht nicht aus Sicht der Unternehmensleitung zu beurteilen, sondern es müssen alle Erkenntnismöglichkeiten in die Betrachtung einbezogen werden, die einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen zur Verfügung stünden. Dasselbe gilt für die Sorgfaltskosten im engeren Sinne, also die Kosten für die Durchführung der eigentlichen Sorgfaltsmaßnahme. Auch insoweit gilt der objektiv-typisierende Maßstab und es ist allein danach zu fragen, zu welchen Kosten ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen die relevante Sorgfaltsmaßnahme hätte durchführen können. Hätte der Nutzen einer Maßnahme deren Kosten überstiegen, ist die Pflichtwidrigkeit zu bejahen.

Wenn es darum geht, die Haftung eines Unternehmensträgers wegen der Verletzung einer Unternehmenspflicht zu begründen, ist die Pflichtwidrigkeit also insgesamt objektiv-typisierend und unternehmensbezogen zu prüfen. Dass neben der objektiven Pflichtwidrigkeit keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müssen, insbesondere nicht auch noch eine „innere Sorglosigkeit“ festgestellt werden muss, wurde bereits in Teil A erläutert. Die direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung ist daher im Grundsatz als echte Unternehmenshaftung ohne Individualisierung und ohne Zurechnung zu begründen.

C. Unehchte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung

Im Folgenden soll noch der Frage nachgegangen werden, welche Rolle neben der echten Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung für eine unehchte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung bleibt, die auf der Zurechnung individuellen Verschuldens beruht. Das soll am Beispiel des Gefahrgutkoordinator-Falles diskutiert werden, den der BGH Mitte der 1990er-Jahre zu entscheiden hatte und der für das Verständnis der Unternehmenshaftung m. E. äußerst erhellend ist. Im Ergebnis wird sich zeigen, dass es zwar aus methodischer Sicht keinen Grund gibt, die Möglichkeit einer unehchten Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung

prinzipiell auszuschließen, dass ihr praktischer Nutzen aber gering ist. Verfehlt wäre es insbesondere, eine unechte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung unter Zuhilfenahme von § 831 BGB zu begründen und dem Unternehmensträger die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu gewähren. Wie oben²⁹⁴ bereits näher ausgeführt, ist der Anwendungsbereich dieser Vorschrift vielmehr auf die indirekte Unternehmenshaftung zu beschränken.

I. Bedarf?

Zunächst zum Gefahrgutkoordinator-Fall:²⁹⁵ Die Deutsche Bundesbahn als Rechtsvorgängerin der Klägerin, der Deutschen Bahn AG, hatte erhebliche Sachschäden erlitten, weil auf einem ihrer Bahnhofsgelände ein sog. Wechselkoffer explodiert war, eine Art Container, der auf Eisenbahnwaggons oder Lastwagen transportiert werden kann. Der Wechselkoffer war mit Verdüner und Klebstoff beladen, obwohl er für Gefahrguttransporte nicht geeignet war. Für den Transport war die Beklagte verantwortlich, ein Schweizer Speditionsunternehmen, über den Einsatz des Wechselkoffers hatte ihr Gefahrgutkoordinator entschieden. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin war ohne Erfolg geblieben. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies zurück. Er bestätigte zwar die Entscheidung des Berufungsgerichts, dass eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB nicht in Betracht komme, weil kein Organisationsverschulden festzustellen sei. Allerdings sei das Berufungsgerecht zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich die Beklagte erfolgreich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlastet habe. Vielmehr sei bisher nicht nachgewiesen, dass die Beklagte den Gefahrgutkoordinator ausreichend überwacht habe. Dagegen spreche insbesondere, dass dieser über einen längeren Zeitraum Gefahrguttransporte in ungeeigneten Transportbehältnissen habe durchführen lassen, ohne dass dies aufgedeckt und verhindert worden wäre.

Nach der hier vertretenen, oben in Teil B ausführlich begründeten Ansicht wäre die Haftung der Beklagten schon als echte direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung zu bejahen gewesen. Die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich des Gefahrguttransports traf die Beklagte als Trägerin des Speditionsunternehmens. Sie war es, die den Speditionsauftrag vertraglich übernommen hatte und sie beherrschte rechtlich gesehen die Gefahrenquelle. Dass daneben möglicherweise auch der Gefahrgutkoordinator persönlich wegen seiner spezifischen Verantwortung für die Gefahrenquelle verkehrssicherungspflichtig war, ändert nichts daran, dass (auch) die Beklagte als Unternehmensträgerin unmittelbar

²⁹⁴ → § 5 C II, D III.

²⁹⁵ Zum Folgenden BGH NJW-RR 1996, 867 ff.

verpflichtet war. Das hat auch der BGH so gesehen.²⁹⁶ Es wäre also nach hiesigem Verständnis weiter danach zu fragen gewesen, ob die Beklagte mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen hat, die ein sorgfältig organisiertes Speditionsunternehmen ergriffen hätte, weil die Schadenskosten durch die Maßnahme stärker gesenkt worden wären, als sie die Schadensvermeidungskosten erhöht hätte. Für diese Prüfung wäre auf das Unternehmen als Ganzes abzustellen gewesen und alle Elemente der Fahrlässigkeit hätten nach einem objektiv-typisierenden Maßstab beurteilt werden müssen. Das Ergebnis könnte eindeutiger kaum sein: In einem sorgfältigen Speditionsunternehmen wäre die Eignung des Wechselkoffers überprüft worden, denn die Kosten dafür sind äußerst gering. Alle relevanten Informationen waren leicht verfügbar und es wäre nur ein geringer Zeitaufwand für die Prüfung nötig gewesen. Der Nutzen der Sicherheitsmaßnahme ist demgegenüber sehr groß, weil ungeeignete Wechselkoffer – wie der Fall zeigt – zu enormen Schäden führen können, die eine sorgfältige Überprüfung der Eignung des Wechselkoffers fast vollständig ausschließen kann. Die Pflichtwidrigkeit wäre also zu bejahen gewesen und weil Fahrlässigkeit i.S. von § 276 Abs. 2 BGB nichts weiter voraussetzt – insbesondere keine Verletzung einer wie auch immer gearteten „inneren Sorgfalt“ – war eine echte Unternehmens-Fahrlässigkeit gegeben.

Allerdings zeichnet sich der Fall durch zwei Eigenheiten aus, die ihn besonders anschaulich machen: Zum einen verneinte der BGH ausdrücklich ein Organisationsverschulden und damit eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB, sah also kein Versäumnis der Vorgesetzten des Gefahrgutkoordinators oder der Geschäftsleitung. Dadurch fokussierte er den Rechtsstreit ganz auf § 831 BGB und die Frage der Exkulpation. Das ist ungewöhnlich, weil er in vielen anderen Fällen, in denen über eine mögliche Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB gestritten wurde, umgekehrt vorgegangen ist und die Prüfung von § 831 BGB auf § 823 Abs. 1 BGB verlagert hat. Möglich wäre dies auch hier gewesen. Denn wenn tatsächlich, wie der BGH am Ende des Urteils ausführt, über einen längeren Zeitraum ein gefahrbringender Zustand im Unternehmen andauerte, weil der Gefahrgutkoordinator immer wieder falsche Transportbehältnisse auswählte, die Geschäftsleitung dies aber nicht bemerkte und deshalb auch nicht einschritt, dann ließe sich auf dem Boden der h. M. auch eine Haftung aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB begründen.²⁹⁷ Die andere Eigenheit des Falles besteht darin, dass schon das Berufungsgericht ausdrücklich eine Pflichtverletzung des Gefahrgutkoordinators bejaht hatte, obwohl es darauf für die Haftung aus § 831 BGB nach h. M. nicht angekommen wäre, weil die Vorschrift nur eine widerrechtliche Schädigung durch den Gehilfen voraussetzt.²⁹⁸

²⁹⁶ BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

²⁹⁷ Vgl. auch oben → § 6 B III.

²⁹⁸ Vgl. dazu noch ausf. unten → § 10 C II.

Nimmt man beides hin und geht man folglich davon aus, dass die Rechtsverletzung allein auf das Verhalten des Gefahrgutkoordinators zurückzuführen ist, dass sich also weitere, unternehmensbezogene Umstände nicht ausgewirkt haben, lässt sich die Frage aufwerfen, ob es in dogmatischer Hinsicht nicht „sauberer“ wäre, die Haftung der Beklagten als unechte Unternehmenshaftung zu begründen. Man würde dann nicht mithilfe des Maßstabs eines sorgfältigen Speditionsunternehmens eine echte Unternehmens-Fahrlässigkeit der Beklagten begründen, sondern davon ausgehen, dass die Verkehrssicherungspflicht der Beklagten und die Pflichtverletzung des Gefahrgutkoordinators zu einem unechten Unternehmensdelikt addiert würden, dass also der Beklagten das fahrlässige Verhalten des Gefahrgutkoordinators zuzurechnen wäre, wofür die h. M. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) heranziehen würde.²⁹⁹

Was wäre dadurch gewonnen? Es käme deutlicher zum Ausdruck, dass die Haftung der Beklagten ausschließlich auf einem Individualverschulden beruht. Unter diesem Aspekt kann es im Einzelfall intuitiver sein, die Unternehmenshaftung mit einer Verschuldenszurechnung zu begründen – die unechte Unternehmenshaftung erfüllt dann eine Klarstellungsfunktion, weil sie deutlicher als eine echte Organisationshaftung zum Ausdruck bringt, dass der Schaden durch einen einzelnen Unternehmensangehörigen verursacht wurde. Aber Unternehmenshaftungsfälle, in denen die gesamte Verantwortung bei einem Mitarbeiter liegt, sind heute schon die große Ausnahme und dürften durch zunehmende Automatisierung und Vernetzung in Zukunft weiter an Bedeutung verlieren. Auch scheint der Mehrwert der klareren Verantwortungszuschreibung gering, soweit es „nur“ darum geht, die Haftung des Unternehmensträgers zu begründen. Relevant ist die Frage der individuellen Verantwortung letztlich allein für die persönliche Haftung des Mitarbeiters sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis. Für die Unternehmenshaftung kann demgegenüber nur entscheidend sein, dass im Unternehmen eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen wurde, die nach § 276 Abs. 2 BGB erforderlich gewesen wäre. Es spricht also aus methodischer Sicht nichts dagegen, die Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung auch mithilfe der Zurechnungstechnik zu begründen, die praktischen Vorteile gegenüber einer echten Unternehmenshaftung sind jedoch gering.

II. Entlastung?

Nun könnte man argumentieren, wenn nur individuelles Fehlverhalten in Rede stehe, noch dazu solches eines einfachen Verrichtungsgehilfen, dann müsse man § 831 BGB anwenden, weil jede Nichtanwendung der Vorschrift dem Gesetz widerspräche. Das führt dann automatisch dazu, dass man, wie der BGH im

²⁹⁹ Dazu schon ausf. oben → § 1 A I 4, II 4, B VI 2b und § 5 C II.

Gefahrgutkoordinator-Fall, dem Geschäftsherrn die Möglichkeit einräumen muss, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten. Dem ist oben³⁰⁰ schon entgegengehalten worden, dass es – wenn man überhaupt eine unechte Unternehmenshaftung annehmen will – nicht zwingend ist, für ihre Begründung auf §§ 31, 831 BGB zurückzugreifen, weil sich deren Anwendungsbereich ohne dogmatische Verwerfungen auf die indirekte Unternehmenshaftung beschränken lässt, also Fälle, in denen ein Repräsentant oder Gehilfe eine persönliche Pflicht verletzt und der Unternehmensträger dafür einstehen soll, weil die Pflichtverletzung im Rahmen einer Tätigkeit für das Unternehmen erfolgte. Diese Fälle waren es, die dem Gesetzgeber vor Augen standen, als er in § 831 Abs. 1 S. 2 BGB die Möglichkeit vorsah, dass sich der Geschäftsherr hinsichtlich der Auswahl und Überwachung des Gehilfen entlasten kann.

Geht es jedoch darum, ob eine eigene Pflicht des Unternehmensträgers verletzt wurde, sind die §§ 31, 831 BGB nicht in gleichem Maße einschlägig. Deshalb müssen sie auch für eine etwaige Verschuldenszurechnung nicht herangezogen werden, was sich zumindest im Fall des § 831 BGB ohnehin nur unter gewissen Mühen rechtsdogmatisch sauber begründen lässt, weil die Vorschrift nach h.M. kein Verschulden des Gehilfen voraussetzt, sondern eigenes Verschulden des Geschäftsherrn vermutet, weshalb vielfach betont wird, es handle sich gerade nicht um eine Zurechnungsnorm.³⁰¹ Als Alternative ist oben, inspiriert durch das englische Recht und eine in jüngerer Zeit für die Wissenszurechnung immer häufiger vertretene Ansicht, bereits erläutert worden, dass es sinnvoller ist, für die Zurechnung unmittelbar auf die einschlägige Haftungsnorm abzustellen und nach deren Telos über die Reichweite der Zurechnung zu entscheiden.³⁰² Die Frage einer möglichen Entlastung stellt sich dann nicht, weil sich die Haftung von vornherein dadurch sinnvoll begrenzen lässt, dass man die Zurechnung nicht übermäßig ausweitet.

Ist über die Haftung des Unternehmensträgers wegen Verletzung einer eigenen Verkehrssicherungspflicht zu entscheiden, wäre nach dem haftungsnormbezogenen Ansatz nur das Verschulden derjenigen Mitarbeiter zuzurechnen, die mit der Beherrschung der Gefahrenquelle betraut waren, denen also die Gefahrzuständigkeit zugewiesen worden war.³⁰³ Pflichtverletzungen anderer Mitarbeiter würden hingegen eine Haftung des Unternehmensträgers nicht begründen. Im Gefahrgutkoordinator-Fall hätte sich die Beklagte danach die Fahrlässigkeit des Gefahrgutkoordinators zurechnen lassen müssen, weil dessen Hauptaufgabe darin bestand, sicherzustellen, dass für Gefahrguttransporte geeignete Transportbehältnisse verwendet werden. Es war also seine Aufgabe,

³⁰⁰ → § 5 C II, IV, D.

³⁰¹ Vgl. *Wandt*, Gesetzl. SchuldV, ¹¹2022, § 18 Rn. 4; *S. Lorenz*, JuS 2020, 821, 823; *Bork*, BGB AT, ⁴2016, Rn. 1301 Zu dieser Frage bereits oben → § 5 C II.

³⁰² → § 5 D.

³⁰³ Vgl. dazu schon oben → § 5 D III 1.

dafür zu sorgen, dass die Beklagte ihre Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich des Transports gefährlicher Stoffe und Gegenstände erfüllt. Der Beklagten die Möglichkeit einzuräumen, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten, war danach von vornherein verfehlt, weil nicht (nur) in Rede stand, dass der Gefahrgutkoordinator eine eigene, persönliche Verkehrssicherungspflicht verletzt hatte, sondern vor allem, dass er nicht dafür gesorgt hatte, dass die Verkehrssicherungspflicht des beklagten Unternehmensträgers erfüllt wird.

III. Fazit

Die Annahme einer unechten, auf Zurechnung individuellen Verschuldens beruhenden Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung ist möglich, ihr praktischer Nutzen erschöpft sich aber in der Klarstellung, dass die Rechtsverletzung auf einem Versäumnis eines einzelnen Unternehmensangehörigen beruht. Selbst in solchen Fällen lässt sich die Haftung des Unternehmensträgers ohne Weiteres als echte Unternehmenshaftung begründen, weil sich nichts daran ändert, dass aus dem Unternehmen heraus eine Sorgfaltsmaßnahme hätte ergriffen werden müssen, die nicht ergriffen wurde. Die Verantwortung zu individualisieren und die Haftung des Unternehmensträgers mit einer Verschuldenszurechnung zu begründen, kann aber mitunter intuitiver erscheinen. Verfehlt wäre es, dem Unternehmensträger die Möglichkeit einzuräumen, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu entlasten, wenn eine Unternehmenspflicht verletzt worden ist. Dogmatisch geboten ist dies nicht, da sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auf die indirekte Unternehmenshaftung beschränken lässt.

D. Ergebnisse

Die direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung lässt sich durchgängig als echte Unternehmenshaftung begründen. Fahrlässigkeit setzt nach § 276 Abs. 2 BGB nur voraus, dass sich der Schädiger nicht so sorgfältig verhalten hat, wie er sich hätte verhalten müssen; es bedarf also lediglich der Feststellung einer Sorgfaltspflichtverletzung. Dafür gilt ein objektiv-typisierender Maßstab, d. h. das Verhalten des Schädigers ist mit dem Verhalten eines sorgfältigen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises zu vergleichen. Zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs ist eine Kosten-Nutzen-Analyse durchzuführen, weil dies dem Präventionszweck der Haftung am besten entspricht. Eine offene Interessenabwägung, die in der Literatur als Alternative vorgeschlagen wird, ist nicht geeignet, wirksame Verhaltensanreize zu setzen. Fahrlässigkeit setzt nicht voraus, dass neben einer objektiven Pflichtverletzung noch weitere Umstände festge-

stellt werden, z. B. eine Verletzung der inneren Sorgfalt. Die Erkennbarkeit der Gefahr, die Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht und die Vermeidbarkeit des Schadens, die in diesem Zusammenhang oft angesprochen werden, sind bereits Voraussetzungen der objektiven Pflichtverletzung. Wie alle anderen relevanten Merkmale sind sie ausschließlich objektiv-typisierend zu prüfen; es kommt also nicht zusätzlich darauf an, ob der konkrete Schädiger seine Sorgfaltspflicht erkennen und den Schaden vermeiden konnte.

Ausgangspunkt der echten Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung ist die eigene Pflichtenstellung des Unternehmensträgers, in der zum Ausdruck kommt, dass mithilfe der Haftung die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens gesteuert werden soll. Die Pflichtverletzung ist dann objektiv-typisierend und unternehmensbezogen zu prüfen. Maßstab ist nach § 276 Abs. 2 BGB ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen. Merkmale wie die Branche oder die Unternehmensgröße können typisierend berücksichtigt werden, auf „subjektive“ Eigenschaften des konkreten Schädigerunternehmens kommt es jedoch nicht an. In die Pflichtwidrigkeitsprüfung sind alle Maßnahmen einzubeziehen, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen möglich gewesen wären und die die Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung gesenkt hätten. Die Maßnahmenauswahl erfolgt strikt unternehmensbezogen. Es ist also gleichgültig, wer innerhalb des Unternehmens über die Maßnahmen hätte entscheiden oder wer sie hätte ausführen müssen. Anschließend ist für jede relevante Sorgfaltsmaßnahme zu ermitteln, ob der Nutzen der Maßnahme deren Kosten überstiegen hätte, weil die Maßnahme die Schadenskosten stärker gesenkt hätte, als die Schadensvermeidungskosten erhöht worden wären. Wiederum ist eine unternehmensbezogene Perspektive einzunehmen, was insbesondere bei der Bewertung der Kosten von großer Bedeutung ist. Denn sowohl die Vorbereitungskosten, also z. B. Kosten für die Ermittlung der Gefahrenlage, als auch die eigentlichen Sorgfaltskosten hängen stark von den Möglichkeiten des jeweiligen Schädigers ab. Für die Unternehmenshaftung kann es nur darauf ankommen, zu welchen Kosten das Unternehmen als Ganzes den Schaden hätte vermeiden können, wobei Maßstab wiederum ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen sein muss. Es ist also danach zu fragen, zu welchen Kosten ein solches Unternehmen erkannt hätte, dass eine Gefahrenlage besteht und dass mit einer konkreten Maßnahme darauf reagiert werden kann, und zu welchen Kosten es die Maßnahme hätte durchführen können. Anschließend sind die so ermittelten Maßnahmekosten mit dem Nutzen der Maßnahme zu vergleichen. Hätte der Nutzen mindestens einer Sorgfaltsmaßnahme deren Kosten überstiegen und hätte deshalb ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen diese Maßnahme durchgeführt, hat das tatsächliche Schädigerunternehmen sie jedoch unterlassen, dann war dies objektiv pflichtwidrig und eine echte Unternehmens-Fahrlässigkeit ist zu bejahen.

Für die Begründung einer unechten, auf Zurechnung beruhenden Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung besteht daneben eigentlich kein Bedürfnis. Auch

wenn feststeht, dass die Rechtsverletzung allein auf einem individuellen Verschulden eines einzelnen Unternehmensangehörigen beruht, lässt sich eine echte Unternehmens-Fahrlässigkeit begründen, weil eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen wurde, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen durchgeführt worden wäre. Methodisch spricht jedoch nichts dagegen, die Unternehmenshaftung auch per Zurechnung zu begründen; dies kann im Einzelfall intuitiver sein oder aus Klarstellungsgründen geboten scheinen.

§ 9 Unternehmens-Vorsatzhaftung

Noch weit schwieriger als die Konstruktion der Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung stellt sich die Konstruktion der Unternehmens-Vorsatzhaftung dar.¹ Der BGH und die allgemeine Lehre gehen davon aus, dass Vorsatz im Zivilrecht wie im Strafrecht ein „Wissens-“ und ein „Wollenselement“ umfasse und dass es für beides auf kognitiv-psychologische Vorgänge ankomme, die sich in den Köpfen von Menschen vollziehen. Eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung, die ohne Zurechnung des Vorsatzes eines Repräsentanten oder Gehilfen auskäme, scheint daher allenfalls in Betracht zu kommen, wenn Unternehmensträger ein Einzelunternehmer ist. In der Tat geht der für das Deliktsrecht zuständige VI. Zivilsenat des BGH davon aus, dass eine juristische Person wegen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nur haften könne, wenn ein Repräsentant i.S. des § 31 BGB oder ein Verrichtungsgehilfe i.S. des § 831 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht hat.² Insbesondere lehnt es der Senat ausdrücklich ab, die Vorsatzhaftung einer juristischen Person mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung zu begründen,³ was den Weg zu einer echten Unternehmenshaftung ebnen könnte. In der Konzeption der Rechtsprechung ist die Unternehmens-Vorsatzhaftung also nach der oben in § 3⁴ getroffenen Unterscheidung zwingend eine indirekte Unternehmenshaftung.

Demgegenüber soll im Folgenden gezeigt werden, dass auch die Unternehmens-Vorsatzhaftung als direkte Unternehmenshaftung konstruiert werden kann und dass dies unter teleologischen Aspekten vielfach sogar geboten ist, weil ein rein individualistisches Verständnis der Vorsatzhaftung den besonderen Gegebenheiten in Unternehmen nicht gerecht wird und falsche Anreize für das unternehmerische Wissensmanagement und die Schadensvermeidung setzt. Ausgangspunkt der hiesigen Betrachtung ist die oben in § 4 bereits näher begründete These, dass auch bei § 826 BGB und anderen Vorsatztatbeständen sinnvoll zwischen Unternehmenspflichten und Organ- und Mitarbeiterpflicht-

¹ Vgl. auch *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 136: „Die Frage, in welchem Sinne ein Unternehmen vorsätzlich handeln kann, ist weitgehend ungeklärt.“

² BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; NJW 2017, 250, 251, Rn. 13; NJW-RR 2012, 404, Rn. 8. Dazu noch ausf. unten → B III 1b.

³ BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; NJW 2017, 250, 252f., Rn. 23.

⁴ → § 3 A.

ten differenziert werden kann.⁵ Adressiert ein Verhaltensgebot unmittelbar einen Unternehmensträger – was sich z.B. für die Prospekthaftung bejahen lässt, ebenso für betrügerische Anlageberatungen, die sog. Expertenhaftung oder in den Dieselfällen – kann auf dieser Grundlage weiter danach gefragt werden, ob sich die direkte Unternehmenshaftung nur als unechte, auf Zurechnung beruhende Unternehmenshaftung begründen lässt oder auch als Organisationshaftung.⁶ M.E. ist auch Letzteres möglich und die Vorsatzbegründung kraft Wissenszurechnung ist nicht der einzige Ansatz, mit dem sich eine echte direkte Unternehmenshaftung überzeugend begründen lässt. Insbesondere soll im Folgenden die These vertreten werden, dass der Vorsatz im Zivilrecht genauso wie die Fahrlässigkeit objektiviert werden kann und dass den Zielen des Haftungsrechts damit besser gedient wäre als mit dem faktisch-psychologischen Vorsatzbegriff der h.M. Das subjektive Vorsatzverständnis hat im Strafrecht seine Berechtigung, passt aber nicht zu der Funktion, die der Vorsatz im Deliktsrecht erfüllt. Legt man der Vorsatzprüfung ein objektives Verständnis zugrunde, wird auch die Annahme eines „Unternehmensvorsatzes“ möglich.

Das Kapitel folgt einer ähnlichen Struktur wie das vorige: Zunächst wird der Vorsatz im Allgemeinen, noch ohne spezifischen Bezug zur Unternehmenshaftung, näher analysiert. Dabei wird sich zeigen, dass der subjektive Vorsatzbegriff der h.M. in der praktischen Rechtsanwendung enorme Probleme bereitet, die sich durch den Zweck des Vorsatzerfordernisses im Zivilrecht nicht rechtfertigen lassen. Denn dieser Zweck – der m. E. vor allem darin besteht, eine Überabschreckung sozial nützlicher Aktivitäten sowie Überinvestitionen in die Beschaffung bestimmter Informationen zu verhindern – lässt sich auch mit einem weitgehend objektivierten Vorsatzbegriff erreichen, der ohne die Schwierigkeiten des subjektiven Vorsatzverständnisses auskommt. Dieser objektive Vorsatzbegriff müsste zwar daran anknüpfen, welche Informationen dem Schädiger tatsächlich zur Verfügung standen, könnte aber im Übrigen auf die Perspektive eines „verständigen Beobachters“ abstellen, anstatt wie die h.M. die Gedankenwelt des Schädigers für maßgeblich zu erklären. Das wird in Teil A im Einzelnen konkretisiert. In den weiteren Teilen wird dann erläutert, wie sich auf dieser Basis eine direkte Unternehmens-Vorsatzhaftung konstruieren lässt. In Teil B wird zunächst die Möglichkeit einer echten Unternehmenshaftung untersucht, wofür einerseits der objektive Vorsatzbegriff herangezogen wird, andererseits die Grundsätze der Wissenszurechnung. Anschließend wird in Teil C ausgeführt, inwieweit daneben noch Raum für eine unechte direkte Unternehmenshaftung besteht, die auf Zurechnung beruht.

⁵ → § 4 B I 3, C III.

⁶ Dazu schon oben → § 6 C.

A. Vorüberlegungen zum Vorsatz

Zunächst soll also näher untersucht werden, was im Zivilrecht unter Vorsatz zu verstehen ist und welche Funktionen das Vorsatzerfordernis insbesondere im Deliktsrecht erfüllt. Ausgangspunkt dieser Überlegungen muss das faktisch-psychologische und damit subjektive Vorsatzverständnis der h. M. sein, welches daher zunächst einer kritischen Analyse zu unterziehen ist. Dabei wird sich zeigen, dass mit dem subjektiven Vorsatzbegriff gerade in praktischer Hinsicht erhebliche Schwierigkeiten verbunden sind – insbesondere Beweisprobleme, die dazu führen, dass die Tatsachengerichte entweder (wie im Strafrecht) einen großen Aufwand zur Feststellung des Vorsatzes betreiben oder ihre Entscheidungen in erheblichem Maße auf Annahmen und Vermutungen stützen müssen. Die Praxis zeigt, dass sie sich oftmals für Letzteres entscheiden, wofür sie vom BGH auch Rückendeckung erhalten. Dass die Vorsatzfeststellung oft spekulativ erscheint, ist im Zivilrecht zwar weniger schlimm, als es im Strafrecht wäre. Dennoch bleibt unbefriedigend, dass an ein Merkmal angeknüpft wird, das sich gerade im Zivilprozess kaum sinnvoll nachweisen lässt. Deshalb wird im Weiteren genauer untersucht, ob sich der Vorsatz im Zivilrecht nicht ähnlich objektivieren ließe wie die Fahrlässigkeit. Dabei wird sich zeigen, dass die Zwecke des Vorsatzerfordernisses im Zivilrecht tatsächlich keine derart strenge Subjektivierung verlangen wie sie die h. M. vornimmt, sondern dass es nach dem Telos des Vorsatzkriteriums im Wesentlichen darauf ankommen sollte, welche Informationen dem Schädiger im Zeitpunkt der Schädigung zur Verfügung standen. Auf dieser Grundlage wird sodann ein Vorschlag für einen objektiven Vorsatzbegriff gemacht, der dann näher konkretisiert und gegen mögliche Einwände verteidigt wird.

Die Vorsatzhaftung ist vor allem relevant für die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung gemäß § 826 BGB, weil dieser Deliktstatbestand von vornherein nur an vorsätzliches Verhalten anknüpft. Fahrlässige Vermögensschädigungen sind also keine unerlaubten Handlungen und zwar auch nicht, wenn sie sittenwidrig sein sollten. Nicht vergessen sollte man daneben die Teilnehmerhaftung nach § 830 Abs. 2 BGB, für die in Anlehnung an §§ 26, 27 StGB ein „doppelter Gehilfenvorsatz“ verlangt wird – der Anstifter oder Gehilfe muss also Vorsatz sowohl bezüglich der geförderten Haupttat haben als auch hinsichtlich seines eigenen Tatbeitrags.⁷ Ferner spielt der Vorsatz bei der Amtshaftung nach § 839 BGB eine gewisse Rolle,⁸ weil hier das Verweisungsprivileg gemäß § 839

⁷ H.M., vgl. nur BeckOK-BGB/Spindler, ⁶⁴2022, § 830 Rn. 10; Staudinger/Eberl-Borges, 2022, § 830 Rn. 31, 46; NK-BGB/Katzenmeier, ⁴2021, § 830 Rn. 8 f.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 830 Rn. 39; jeweils m. w. N., auch zu a. A.

⁸ Vgl. etwa BGH NJW 1965, 962, 963.

Abs. 1 S. 2 BGB greift, wenn der Amtsträger nur fahrlässig gehandelt hat.⁹ Will der Geschädigte den Amtsträger persönlich in Anspruch nehmen, muss er also nachweisen, dass der Amtsträger seine Amtspflichten vorsätzlich verletzt hat.¹⁰ Auch für diverse Risikoausschlüsse des Versicherungsvertragsrechts ist Vorsatz relevant, z. B. die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer (vgl. §§ 81 Abs. 1, 103, 137 Abs. 1, 161 Abs. 1 S. 1, 162 Abs. 1 u. 2, 183 Abs. 1 u. 2, 201 VVG).

I. Subjektiver Vorsatz

Die h. M. versteht den Vorsatz streng subjektiv, stellt also darauf ab, was sich der konkrete Schädiger im Zeitpunkt der Schädigung vorgestellt hat. Auf der Tatbestandsebene ist der BGH von diesem Verständnis bisher nicht abgerückt. Davon zu unterscheiden ist aber die Beweisebene, wo der subjektive Ansatz durch diverse Erleichterungen erheblich relativiert wird. Da die Gedankenwelt des Schädigers empirisch nicht überprüfbar ist, müssen die Gerichte auf objektive Indizien und Erfahrungssätze zurückgreifen und damit letztlich objektiv-normativierend darüber entscheiden, ob sie dem Schädiger Vorsatz zuschreiben wollen oder nicht. Diese Melange aus subjektiven, objektiven und normativen Elementen stellt die Anwendungspraxis vor erhebliche Herausforderungen, die nicht immer befriedigend bewältigt werden.

1. Tatbestandsebene

Obwohl das Vorsatzerfordernis im Zivilrecht einem völlig anderen Zweck dient als im Strafrecht,¹¹ greifen die Zivilsenate des BGH auf strafrechtliche Definitionen zurück, um den Gegenstand des deliktischen Vorsatzes näher zu bestimmen. Richtet sich die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Paragraphen des StGB oder des OWiG, kommt ohnehin der strafrechtliche Vorsatzbegriff zur Anwendung, weil die Gerichte in ständiger Rechtsprechung davon ausgehen, dass der „Verschuldensmaßstab“ des Schutzgesetzes maßgeblich ist,¹² wenn bereits das Schutzgesetz selbst eine bestimmte „Verschuldensform“ voraussetzt.¹³ Doch auch im Übrigen, z. B. bei § 826 BGB, wo eine zivilrechtsautonome Aus-

⁹ Zur Amtshaftung schon oben → § 3 B II.

¹⁰ Die Haftung der Anstellungskörperschaft nach Art. 34 S. 1 GG bleibt davon unberührt, allerdings hat sie ab grober Fahrlässigkeit einen Regressanspruch, Art. 34 S. 2 GG.

¹¹ Dazu noch ausf. unten → III 1, 2.

¹² BGH NJW 2017, 2463 f., Rn. 16; NJW 2012, 3177, 3180, Rn. 22; NJW 1985, 134 f.; NJW 1962, 910, 911; RGZ 118, 312, 315 (1927); BeckOGK/Schaub, 1.12.2022, § 276 BGB Rn. 43; a. A. Mayer-Maly, AcP 170 (1970), 133, 159 ff.

¹³ Die dogmatische Ungereimtheit, dass der strafrechtliche Vorsatz nach ganz herrschender Meinung gar kein „Schuldelement“ ist, sondern subjektives Tatbestandsmerkmal, wird von der Rechtsprechung geflissentlich übergangen.

legung des Vorsatzkriteriums ohne systematische Verwerfungen möglich wäre, orientiert sich die Rechtsprechung im Grundsatz am strafrechtlichen Vorsatzverständnis.¹⁴ So soll auch der deliktische Vorsatz in Übereinstimmung mit der h.L. zum Strafrecht und der ständigen Rechtsprechung der Strafsenate des BGH ein „Wissens-“ und ein „Wollenselement“ enthalten.¹⁵ Schon die 1. Kommission hatte zu ihrem BGB-Entwurf formuliert, „in Übereinstimmung mit dem StGB“ bezeichne der Begriff „Vorsatz“ die auf „die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung“; „vorsätzlich“ sei somit gleichbedeutend mit „wissentlich und willentlich“.¹⁶ An diesem Verständnis hat sich bis heute im Zivilrecht nichts geändert. Der Vorsatz wird als faktisch-psychologisches Element verstanden, als „innere Tatsache“, die nur im Kopf des Schädigers existiert. Konkret muss der Handelnde nach dem Verständnis der Rechtsprechung die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss – z.B. die Rechts- oder Rechtsgutsverletzung bei § 823 Abs. 1 BGB, die Schutzgesetzverletzung bei § 823 Abs. 2 BGB oder die Vermögensschädigung bei § 826 BGB –, gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben.¹⁷

Wie im Strafrecht umfasst der Vorsatzbegriff auch im Zivilrecht nicht nur den unbedingten Vorsatz (Absicht und Wissentlichkeit; *dolus directus*), sondern auch den bedingten Vorsatz (*dolus eventualis*). Der bedingte Vorsatz unterscheidet sich vom unbedingten dadurch, dass der Erfolg nicht angestrebt und auch nicht als sicher vorausgesehen wird; vielmehr hält der Schädiger den Erfolgseintritt lediglich für möglich. Die h.M. hält dann das Wollenselement für entscheidend: Bedingt vorsätzlich handelt nach einer älteren zivilrechtlichen Definition, wer die Möglichkeit des Eintritts eines schadenstiftenden Erfolgs erkennt und den als möglich vorgestellten Erfolg in seinen Willen aufnimmt, mit ihm also für den Fall seines Eintritts einverstanden ist.¹⁸ Kürzer wird auch formuliert, dass der Schädiger den Erfolgseintritt als möglich erkannt und billigend in Kauf genommen haben muss.¹⁹ Jedenfalls reicht nach ständiger Rechtsprechung, der auch das zivilrechtliche Schrifttum folgt,²⁰ das bloße Erkennen der relevanten Tatumstände (kognitives Element, Wissensselement) nicht aus,

¹⁴ Der im Zivilrecht immer noch unbewältigte Streit über „Vorsatztheorie“ und „Schuldtheorie“ betrifft allein die Problematik des „Verbotsirrtums“, s. dazu MünchKommBGB/Grundmann, 92022, § 276 Rn. 158 ff.; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 68 f.

¹⁵ BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 61; NJW 2018, 1751, 1752, Rn. 13; NJW 2017, 250, 253, Rn. 25; NJW 2017, 88, 90, Rn. 23; BGH NJW-RR 2012, 404, Rn. 10.

¹⁶ Mot. Bd. I, S. 280.

¹⁷ BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 61; NJW 2018, 1751, 1752, Rn. 13; NJW 2017, 250, 253, Rn. 25; BGH NJW-RR 2012, 404, Rn. 10; Grüneberg/Grüneberg, 822023, § 276 Rn. 10.

¹⁸ BGHZ 7, 311, 313 = NJW 1952, 1291, 1292; vgl. BGH LM § 152 VVG Nr. 2 (1954).

¹⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2011, 347, 349, Rn. 20; NJW 1988, 2794, 2797; BGH NJW 1986, 180, 182; NJW 1971, 459, 460; VersR 1966, 1034, 1036; NJW 1965, 962, 963; ähnlich auch schon RGZ 143, 51 f. (1933); RGZ 123, 271, 278 (1929); RGZ 90, 106, 108 (1917).

²⁰ Vgl. nur BeckOGK/Schaub, 1.12.2022, § 276 BGB Rn. 45 ff.; Staudinger/Oechsler, 2021,

sondern es ist weiter erforderlich, dass der Schädiger den Erfolgseintritt *ex ante* gebilligt, sich also zumindest damit abgefunden hat (voluntatives Element, Wollenselement).²¹ Das kann etwa so sein, weil es ihm wichtiger war, ein anderes Ziel zu erreichen, als den Erfolg abzuwenden. Die h.M. zum Zivilrecht folgt also der sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie, die auch die Strafrechtspraxis dominiert. Während aber zum Strafrecht zahlreiche andere Vorsatztheorien existieren, die als Alternativen zur Billigungsformel lebhaft diskutiert werden,²² gibt es für das Zivilrecht keine entsprechende Diskussion. Selbst die sog. Vorstellungstheorie,²³ der ehemals sogar das Reichsgericht nahestand,²⁴ hat heute keine Anhänger mehr.²⁵

Besonderes Augenmerk legen die Zivilsenate des BGH auf die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, die auch im Zivilrecht die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit markiert und damit von entscheidender Bedeutung für die Haftung sein kann. Das gilt z. B. bei der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung gemäß § 826 BGB oder bei der Teilnehmerhaftung gemäß § 830 Abs. 2 BGB, die jeweils Vorsatz voraussetzen und, anders als insbesondere § 823 Abs. 1 BGB, Fahrlässigkeit nicht als gleichberechtigte Verschuldensform anerkennen. Für die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit verwendet der VI. Zivilsenat in ständiger Rechtsprechung eine Formel, die er direkt aus dem berühmtem Lederriemen-Fall des 5. Strafsenats²⁶ übernommen hat: Der bedingte Vorsatz unterscheidet sich von der bewussten Fahrlässigkeit dadurch, „dass der bewusst fahrlässig handelnde Täter darauf vertraut, der als möglich vorausgesehene Erfolg werde nicht eintreten, und aus diesem Grund die Gefahr in Kauf nimmt, während der bedingt vorsätzlich handelnde Täter sie deshalb in Kauf nimmt, weil er, wenn er sein Ziel nicht anders erreichen kann, es auch durch das unerwünschte Mittel erreichen will“.²⁷ Es ist also, wie der BGH in einer älteren Entscheidung formuliert hat, die „innere Willensrichtung“ des Schädigers zu erforschen,²⁸ denn es ist das

§ 826 Rn. 79; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 28; Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 45, 66 ff.; Soergel/Hönn, ¹³2005, § 826 Rn. 61; jeweils m. w. N.

²¹ Vgl. BGHZ 7, 311, 313 = NJW 1952, 1291, 1291.

²² Dazu noch unten → IV 1a.

²³ Dafür noch Endemann, BR, Bd. 1, ⁶1899, § 112, S. 482; v. Liszt, Deliktobligationen, 1898, 54 f.; v. Liszt, Lehrbuch, ³1888, § 38, S. 165 f. Anders später v. Liszt, Lehrbuch, ¹⁰1900, § 39, S. 150 f. Ablehnend z. B. Larenz, SchuldR AT, ¹⁴1987, § 20 II, S. 279 f.; Enneccerus/Nipperdey, BGB AT, Hb. 2, ¹⁵1960, § 210 II 2, S. 1304–1306; v. Tuhr, BGB AT, Bd. II/2, 1918, § 89 I, S. 482–484; Oertmann, ^{3/4}1910, § 276 Anm. 1a, S. 106 f.

²⁴ Vgl. nur RGZ 79, 55, 60 (1912); RGZ 56, 73, 78 (1903).

²⁵ Zuletzt E. Wolf, AcP 170 (1970), 181, 222 ff. (m. Fn. 66).

²⁶ BGHSt 7, 363, 370 = NJW 1955, 1688, 1690 m. Anm. Engisch.

²⁷ BGH NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 32; NJW 2009, 681, 684, Rn. 30. Ähnlich schon vor der Lederriemen-Entscheidung BGH LM § 152 VVG Nr. 2 = WKRS 1954, 13515, Rn. 23–25. Ausführlicher zur bewussten Fahrlässigkeit BGH NJW-RR 1998, 34, 35.

²⁸ BGH LM § 152 VVG Nr. 2 (1954).

Wollenselement, nicht das Wissensselement, das die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit trägt.²⁹ Auch im zivilrechtlichen Schrifttum werden bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit verbreitet danach unterschieden, ob der Schädiger auf einen guten Ausgang vertraut oder sich damit abfindet, dass der Schaden eintreten könnte.³⁰

Absolutes Mindestfordernis des Vorsatzes ist – ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Strafrecht (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) – die Kenntnis der relevanten Tatumstände. Der BGH hat immer wieder betont, dass es nicht genügt, wenn die relevanten Tatumstände lediglich „objektiv erkennbar“ waren und der Handelnde sie „hätte erkennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen“.³¹ In einer solchen Situation sei lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt.³² Weiterhin hat der BGH klargestellt, dass Vorsatz nicht immer bereits dann zu bejahen sei, wenn „ein vernünftig denkender Dritter“ in der maßgeblichen Situation „über Erkenntnisse in Bezug auf die relevanten Tatumstände verfügt hätte oder hätte verfügen müssen, auf Grund derer auf der Hand liegt, dass für ein Vertrauen in das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolgs kein Raum ist“.³³ Entgegen anderslautender Interpretationen lässt der BGH auf der Tatbestandsebene also ein Kennenmüssen unter keinen Umständen genügen. Selbst grob fahrlässige Unkenntnis kann die Tatumstandskenntnis nicht ersetzen. Auf der Beweisebene sind allerdings allerlei nachteilige Schlüsse zulässig, wenn der Schädiger vor relevanten Erkenntnissen bewusst die Augen verschließt.³⁴

Ebenso wenig ist der BGH bereit, auf der Tatbestandsebene vom Wollenselement abzurücken. So hat der IV. Zivilsenat jüngst in einer Entscheidung zu § 201 VVG, der den Krankenversicherungsschutz für den Fall ausschließt, dass der Versicherungsnehmer vorsätzlich die Krankheit bei sich selbst herbeiführt, klargestellt, dass auch ein durch extensive medizinische Aufklärung qualifiziertes Wissensselement für sich genommen nicht genüge, um bedingten Vorsatz zu begründen.³⁵ Es müsse außerdem ein Wollenselement hinzutreten und für dieses sei allein entscheidend, welche Vorstellung der Handelnde mit seinem Verhalten verbunden habe. Der II. Zivilsenat hat verschiedentlich betont, dass ein Bewusstsein der möglichen Rechtsgutsverletzung nicht mit ihrer Billigung

²⁹ Vgl. zum Strafrecht NK-StGB/Puppe, ⁵2017, § 15 Rn. 88 m. w. N.

³⁰ Vgl. nur MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 28; Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 73; Soergel/Hönn, ¹³2005, § 826 Rn. 64; jeweils m. w. N.

³¹ So wörtlich BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 25. Ähnliche Formulierungen finden sich auch in den anderen sogleich in → Fn. 32 zitierten Entscheidungen.

³² BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 62; NJW 2018, 1751, 1752, Rn. 13; NJW 2017, 250, 253, Rn. 25; NJW 2017, 88, 90, Rn. 26; NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 12; NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 32; NJW-RR 2012, 404, Rn. 10; BGH WM 1962, 527, 529 f.

³³ BGH NJW-RR 2012, 404, Rn. 9.

³⁴ Dazu sogleich → 2.

³⁵ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2017, 88, 90, Rn. 25 f.

gleichgesetzt werden dürfe, weil der Schädiger auch auf einen guten Ausgang vertraut haben könne.³⁶ Und auch der VI. Zivilsenat hat immer wieder Urteile aufgehoben, in denen Berufungsgerichte stark mit dem Wissenslement argumentiert, jedoch keine oder allenfalls formelhafte, nicht am Einzelfall orientierte Ausführungen zum Wollenselement gemacht hatten.³⁷ Der BGH legt also Wert darauf, dass die Tatsachengerichte sowohl das Wissens- als auch das Wollenselement des Vorsatzes sorgfältig begründen.

2. Beweisebene

Während der BGH also auf der Tatbestandsebene daran festhält, dass der zivilrechtliche Vorsatz wie der strafrechtliche streng subjektiv zu verstehen ist, macht er auf der Beweisebene teils weitreichende Zugeständnisse. Denn die größte Herausforderung des faktisch-psychologischen Vorsatzbegriffs der h. M. liegt offensichtlich darin, dass sich die Gedankengänge des Schädigers empirisch nicht nachprüfen lassen. Beweisrechtlich betrachtet sind Wissen und Wollen für den BGH „innere Tatsachen“. Denn es geht um tatsächliche Gegebenheiten, allerdings um psychisch-emotionale, die sich ausschließlich im Kopf des Handelnden vollziehen.³⁸ Dass der Schädiger vorsätzlich gehandelt habe, ist also eine „tatsächliche Behauptung“ i. S. von § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, über deren Wahrheitsgehalt der Tatrichter nach freier Überzeugung entscheiden muss. Als innere Tatsachen sind das Wissens- und das Wollenselement aber einem direkten Beweis nicht zugänglich, sodass ihr Vorliegen nur im Wege des Indizienbeweises aus äußeren Umständen erschlossen werden kann.³⁹ Am Ende einer solchen Beweiswürdigung steht zwingend ein normativer Schluss, also eine wertende Beurteilung durch den Tatrichter, die nicht wahr oder unwahr sein kann, sondern nur mehr oder weniger überzeugend. Die Feststellung der inneren Tatsachen „Wissen“ und „Wollen“ ist also nur teilweise eine empirische Frage, nämlich soweit es um den Nachweis der Indiztatsachen geht. Die Bewertung der Indiztatsachen und die darauf gestützten Schlussfolgerungen gehören zwar beweisrechtlich ebenfalls zur Tatsachenfeststellung, können aber nicht ohne rechtliche Wertungen auskommen.

Als Revisionsgericht hinterfragt der BGH wegen § 559 ZPO die Beweiswürdigung nicht in Gänze, sondern überprüft lediglich, ob sich das Tatsachengericht mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.⁴⁰

³⁶ BGH NJW 1988, 2794, 2797; BGHZ 7, 311, 313 = NJW 1952, 1291, 1292.

³⁷ Vgl. z. B. BGH NJW-RR 2013, 550, 552 f., Rn. 32 ff.

³⁸ Dazu schon oben → bei Fn. 15–17.

³⁹ BGH NJW 2019, 3638, 3641, Rn. 37; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 55; vgl. auch Soergel/Pfeiffer, ¹³2014, § 276 Rn. 75.

⁴⁰ St. Rspr., vgl. z. B. BGH NJW 2014, 1098, 1099, Rn. 26; NJW-RR 2012, 404, 405, Rn. 13;

Anders als für das Strafrecht⁴¹ hat der BGH für die Vorsatzfeststellung im Zivilrecht bisher auch kein allgemeines Prüfungsprogramm mit abstrakt-generellen Vorgaben formuliert, sondern überprüft die tatrichterliche Beweiswürdigung immer nur fallweise auf ihre Plausibilität. Hinsichtlich der Bewertung von Indiztatsachen und somit auch hinsichtlich der Feststellung der subjektiven Elemente der Vorsatzes ergeben sich daraus erhebliche Beurteilungsspielräume für den Tatrichter. Insbesondere ist er weitgehend frei darin, welche Überzeugung i. S. von § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO er aus den Indiztatsachen gewinnt, solange er seine Schlussfolgerung logisch und widerspruchsfrei begründet. Gerade deshalb ist es wichtig, dass der BGH auch prüft, ob der Tatrichter seiner Begründungspflicht nach § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO nachkommt. Auf dieser Grundlage hat er z. B. ein Urteil aufgehoben, in dem das Berufungsgericht zwar behauptet hatte, der 15jährige Schädiger habe einen von ihm verursachten Brand gewollt, aber keine „irgendwie geartete Begründung“ dafür geliefert hatte, wie es zu dieser Überzeugung gekommen war.⁴²

Nach den allgemeinen Grundsätzen über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, obliegt es dem Geschädigten, einen etwaigen Vorsatz des Schädigers darzulegen und zu beweisen.⁴³ Hinsichtlich des Vorsatzbeweises gewährt der BGH jedoch teils weitreichende Beweiserleichterungen und hat dies ausdrücklich damit begründet, dass sich auf den Vorsatz als innere Tatsache „ohnehin nur aus äußeren Umständen schließen lässt“.⁴⁴ Auf dieser Grundlage geht er etwa davon aus, dass es gerechtfertigt sein könne, im Einzelfall aus dem Wissen einer natürlichen Person auf deren Willen zu schließen.⁴⁵ Mit Blick auf § 826 BGB meint der BGH außerdem, dass sich aus der „Art und Weise des sittenwid-

NJW 2010, 3230, 3231, Rn. 14; NJW-RR 2005, 558; NJW 1997, 1917; HK-ZPO/I. Saenger, ⁹2021, § 286 Rn. 37; HK-ZPO/R. Koch, ⁹2021, § 559 Rn. 18.

⁴¹ Vgl. etwa BGHSt 63, 88, 93 f. = NJW 2018, 1621, 1623, Rn. 19: „Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht [...]. Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes [...]. Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalls an [...]. Dabei hat der Tatrichter die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz infrage stellenden Umstände in seine Erwägungen einzubeziehen [...]“.

⁴² BGH NJW 1983, 1739, 1740.

⁴³ BGH WM 2012 260, 261 Rn. 8 m. w. N.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 55; BLP/Luckey, ⁴2019, § 826 Rn. 4; BLP/Repgen, ⁴2019, § 276 Rn. 4.

⁴⁴ BGH NJW 2019, 3638, 3641, Rn. 37.

⁴⁵ BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 62; NJW 2017, 250, 253, Rn. 26.

rigen Handelns“ die Schlussfolgerung ergeben könne, dass der Schädiger mit Schädigungsvorsatz gehandelt habe.⁴⁶ Auch könne es „beweisrechtlich nahe liegen“, dass der Schädiger einen pflichtwidrigen Erfolg gebilligt habe, „wenn er sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des betroffenen Rechtsguts durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht“.⁴⁷ Allerdings dürfe von einer hohen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass der Handelnde mit dem Erfolg auch einverstanden war. Vielmehr sei immer eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles erforderlich.

Einige Verwirrung hat die ebenfalls zunächst zu § 826 BGB entwickelte, später auch bei § 830 Abs. 2 BGB zur Anwendung gebrachte⁴⁸ Rechtsprechungslinie gestiftet, wonach von vorsätzlichem Handeln auch auszugehen ist, „wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss“.⁴⁹ Dies ist in der Literatur verschiedentlich so verstanden worden, als wolle der BGH zumindest für bestimmte Situationen eine (bewusste?) grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichstellen.⁵⁰ Das hat der BGH jedoch *für die Tatbestandsebene* gerade mit Blick auf § 826 BGB immer wieder weit von sich gewiesen.⁵¹ So hat er z. B. in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 klargestellt: „Die Annahme des Berufungsgerichts, für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung könne grobe Fahrlässigkeit ausreichen, beruht auf einem grundlegend fehlerhaften Verständnis des § 826 BGB. Grobe Fahrlässigkeit in Bezug auf die Schädigung vermag eine Haftung aus § 826 BGB nicht zu begründen [...]“.⁵² Und schon früher hat er zu dieser Frage betont: „Eine andere Auffassung wäre [...] mit dem klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes nicht vereinbar.“⁵³ In der Tat zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass der BGH die Leichtfertigkeit in den relevanten Zusammenhängen nie in materiell-rechtlicher Hinsicht mit dem Vorsatz gleichgesetzt, sondern lediglich zugelassen hat, dass Tatgerichte *im Rahmen der Beweiswürdigung* aus leichtfertigem Handeln schlussfolgern, der Schädiger habe die Schädigung bzw. den jeweiligen tatbe-

⁴⁶ BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 62; BGHZ 129, 136, 177 = NJW 1995, 1739, 1749.

⁴⁷ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW-RR 2012, 404, 405, Rn. 11; BGHSt 46, 30, 35 = NJW 2000, 2364, 2365 f.; BGHZ 154, 11, 20 f. = NJW 2003, 1605, 1607.

⁴⁸ BGHZ 184, 365, 377, Rn. 39 = NJW 2010, 550, 552.

⁴⁹ St. Rspr., vgl. z. B. BGHZ 221, 229, 243 = NJW 2019, 3638, 3641, Rn. 40; BGHZ 184, 365, 377, Rn. 39 = NJW 2010, 550, 552; BGHZ 176, 281, 296 = NJW 2008, 2245, 2249, Rn. 46; BGH NJW 1991, 3282, 3283 f.; NJW-RR 1986, 1158, 1159; WM 1989, 1047, 1049; WM 1986, 904, 906; WM 1975, 559, 560.

⁵⁰ Vgl. Erman/Wilhelmi,¹⁶ 2020, § 826 Rn. 12; Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht, 2008, 66; Larenz/Canaris, SchuldR BT,¹³ 1994, § 78 III 1c, S. 454 f.; Honsell, JuS 1976, 621, 628; vgl. auch Hopt, AcP 183 (1983), 608, 633 („Denaturierung der Vorsatzhaftung“).

⁵¹ Vgl. auch BGH NJW 1962, 1766; NJW 1956, 1595; RGZ 143, 48, 51 (1933).

⁵² BGH NJW-RR 2009, 1207, 1210, Rn. 24.

⁵³ BGH NJW 1962, 1766.

standlichen Erfolg gewollt.⁵⁴ *Oechsler* hebt richtig hervor, dass es um die „Konkretisierung eines Erfahrungssatzes“ geht, der den Tatgerichten die Beweiswürdigung erleichtern soll: „Ab einem gewissen Schweregrad unterlaufen Fehlleistungen dem (beruflich erfahrenen) Täter nicht zufällig. Für sie liefert meist Schädigungsvorsatz die naheliegendste Erklärungsmöglichkeit [...]“⁵⁵

Es zeigt sich also, dass der BGH den zivilrechtlichen Vorsatz und seine beiden wesentlichen Bestandteile, das Wissens- und das Wollenselement, zwar subjektiv definiert, dass es aber auf der Beweisebene geradezu zwangsläufig zu Objektivierungen und Normativierungen kommt. Insbesondere hinsichtlich der Bewertung von Indiztatsachen, die für die Feststellung innerer Tatsachen unvermeidbar ist, und hinsichtlich der darauf gestützten Schlussfolgerungen gewährt der BGH den Tatsachengerichten weite Beurteilungsspielräume.

II. Kritik

Das Vorsatzverständnis der h. M. war nie unumstritten und wird gerade in jüngerer Zeit wieder verstärkt infrage gestellt, wobei die Diskussion bisher fast ausschließlich im Strafrecht stattfindet. Dort gehören die Fragen der richtigen Definition des Vorsatzes, seiner Abgrenzung von der bewussten Fahrlässigkeit und seiner Feststellung im Prozess zu den umstrittensten Themen überhaupt. In jüngerer Zeit hat vor allem die Problematik des Vorsatzbeweises neuerliche und erhöhte Aufmerksamkeit erhalten.⁵⁶ Um den zivilrechtlichen Vorsatzbegriff ist es hingegen über all die Jahre, in denen die Strafrechtler für ihre Disziplin um das richtige Vorsatzverständnis gerungen haben, vergleichsweise ruhig geblieben. Dabei zeigt eine nähere Analyse, dass sich auch hier – und besonders im Deliktsrecht – ähnliche Probleme stellen. Nur ihre Dringlichkeit ist eine andere, weil eben keine langjährigen Freiheitsstrafen in Rede stehen, sondern „nur“ die Frage, wie Schäden sachgerecht zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten zu verteilen sind. Das heißt aber nicht, dass der Kritik am Vorsatzverständnis der h. M. für das Deliktsrecht keine Bedeutung zuzumessen wäre. Richtig ist das Gegenteil, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

⁵⁴ Deutlich z. B. BGH NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 33: „Hinsichtlich der Beweisführung kann sich im Rahmen des § 826 BGB aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns, insb. dem Grad der Leichtfertigkeit des Schädigers, die Schlussfolgerung ergeben, dass er mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat.“ Genauso BGH NJW-RR 2013, 1448, 1450, Rn. 22.

⁵⁵ Staudinger/*Oechsler*, 2018, § 826 Rn. 98. In der Sache genauso Staudinger/*Oechsler*, 2021, § 826 Rn. 89 ff.; *Oechsler*, ZIP 2021, 929, 931.

⁵⁶ Vgl. nur *Puppe*, ZIS 2019, 409 ff.; *Deiters*, ZIS 2019, 401 ff.; *Hörnle*, NJW 2018, 1576 ff.; *Bosch*, Jura 2018, 1225 ff.; *Artkämper/Dannborn*, NStZ 2015, 241 ff.; *Puppe*, ZIS 2014, 66 ff.; *Fischer*, ZIS 2014, 97 ff.; *Puppe*, NStZ 2012, 409 ff.; *Koriath*, in: Grundfragen, 2010, 103 ff.; früher *Frisch*, GS K. Meyer, 1990, 533 ff.; *Hassemer*, GS Kaufmann, 1989, 289 ff.; *Hruschka*, FS Kleinknecht, 1985, 191 ff.; *Loos*, in: Rechtswissenschaft, 1980, 261 ff.

1. Verfehlte Rationalitätsprämisse

Die zum Strafrecht geäußerte Kritik beginnt schon damit, dass viele Beobachter das Vorsatzverständnis der h. M. in tatsächlicher Hinsicht für unrealistisch halten. Die Rechtsprechung arbeitet, wie oben erläutert,⁵⁷ sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht mit einer Zweiteilung des möglichen Vorstellungsbildes: Entweder vertraut der Täter auf einen guten Ausgang oder er akzeptiert einen schlechten. Dieses Entweder-oder erscheint zwar intuitiv plausibel, wird aber in der Literatur u. a. unter Berufung auf Erkenntnisse der Kognitionswissenschaft angezweifelt. Möglich sei auch, dass der Täter „zwischen Hoffen und Bangen schwanke“ oder sich bei der Tatausführung überhaupt keine Gedanken mache.⁵⁸ Oftmals sei es plausibel, dass der Täter darauf vertraue, die Rechtsgutsverletzung werde ausbleiben, und sie für den Fall ihres Eintritts dennoch in Kauf nehme.⁵⁹ Andererseits zeichneten sich vor allem Affekttäter typischerweise dadurch aus, dass sie im Eifer emotionaler Erregung gar nicht mehr klar dächten, also weder auf einen guten Ausgang vertrauten, noch den Erfolg billigend in Kauf nähmen.⁶⁰ Auch im Übrigen liege oft nahe, dass der Täter jeden Gedanken über den weiteren Geschehensablauf erfolgreich verdränge, was dann schon das Wissenselement infrage stelle. Das ist jüngst nochmals mit Blick auf die sog. Raserfälle betont worden.⁶¹ Das Problem bestehe, so formuliert *Puppe*, nicht nur darin, dass man dem Täter während der Tat nicht in den Kopf schauen könne,⁶² sondern schon darin, „dass man in diesem Kopf im Moment der Tat nichts von dem finden würde, was man sucht“.⁶³

Für das Deliktsrecht und konkret § 826 BGB wird argumentiert, dass Affektzustände und sonstige emotionale Extremsituationen hier, anders als häufig im Strafrecht, keine Rolle spielten.⁶⁴ Richtig ist sicher, dass ein planvoll-kalkulierendes Vorgehen des Schädigers im Anwendungsbereich des § 826 BGB und gerade bei unternehmerischen Aktivitäten oft näher liegt als z. B. bei Gewaltdelikten, um die es häufig im Strafrecht geht. Bedenkenswert ist aber, dass manche der unter § 826 BGB fallenden „unsauberen“ Geschäftspraktiken typischerweise in unternehmerischen Krisensituationen angestoßen werden.⁶⁵ Zudem ist

⁵⁷ Oben → bei Fn. 26–30.

⁵⁸ *Hörnle*, JZ 2019, 440, 442; *Grünwald*, JZ 2017, 1069, 1070; *Schünemann*, FS Hirsch, 1999, 363, 367 f.; vgl. auch *van Gelder*, in: Oxford Handbook, 2017, 166 f.; *S. Jones*, in: Oxford Handbook, 2017, 181 ff.; *van Gelder/de Vries*, Criminology 50 (2012), 637 ff.

⁵⁹ *Leitmeier*, NJW 2012, 2850, 2852.

⁶⁰ *Puppe*, ZIS 2019, 409, 411; *Hörnle*, JZ 2019, 440, 442; *Hörnle*, NJW 2018, 1576, 1577; *Puppe*, NStZ 2014, 183, 185 f.; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1, 5.

⁶¹ *Grünwald*, JZ 2017, 1069, 1070; *T. Walter*, NJW 2017, 1350, 1351.

⁶² Dazu sogleich unten → 2.

⁶³ *Puppe*, ZIS 2019, 409, 411; ähnlich schon *Puppe*, ZIS 2014, 66, 68.

⁶⁴ So z. B. MünchKommBGB/*Wagner*, § 2020, § 826 Rn. 30.

⁶⁵ Vgl. nur BGHZ 160, 134 ff. = NJW 2004, 2664 ff. (Infomatec I); NJW 2005, 2450 ff. (EM. TV); NZG 2008, 382 ff. (Comroad VI).

aus der empirischen Forschung zu Wirtschaftsdelikten bekannt, dass Unternehmensangehörige oft erst aus wirtschaftlichen Druck- oder Überforderungssituationen heraus zu illegitimen Mitteln greifen, z.B. weil sie die Hoffnung verloren haben, das eigene Unternehmen oder den eigenen Arbeitsplatz im fairen Wettbewerb noch retten zu können.⁶⁶ Im Einzelnen müsste man dies zwar insbesondere mit Blick auf konkrete Fallgruppen der Haftung nach § 826 BGB noch genauer untersuchen, aber es scheint sich auch für das Deliktsrecht zumindest nicht von selbst zu verstehen, dass der Schädiger immer eines der Vorstellungsbilder aufweist, von denen die h.M. ausgeht.

Man kann sich natürlich auf den Standpunkt stellen, dass dann, wenn sich eine Billigung des tatbestandlichen Erfolgs nicht feststellen lässt, weil der Schädiger z.B. völlig „im Rausch“ gehandelt oder jeden Gedanken an die Folgen seines Tuns verdrängt hat, eben kein Vorsatz gegeben ist. Streng juristisch gäbe es dann kein Problem, rechtspolitisch aber schon, weil ausgerechnet diejenigen privilegiert würden, die völlig gleichgültig und gedankenlos agieren, während reflektierte, abwägende Schädiger leichter in Anspruch genommen werden könnten. Das wäre für die typischen Vorsatzfälle des Deliktsrechts – §§ 823 Abs. 2, 826, 830 Abs. 2 BGB – kaum sachgerecht.

2. Beweisprobleme

Vor allem wird jedoch am faktisch-psychologischen Vorsatzverständnis der h.M. kritisiert, dass es den Tatrichter vor erhebliche Beweisprobleme stellt und ihm Schlussfolgerungen abverlangt, für die kaum brauchbare Maßstäbe existieren. Wie bereits ausgeführt lassen sich die wesentlichen Elemente des Vorsatzes als innere Tatsachen empirisch nicht nachweisen,⁶⁷ weil man dem Schädiger eben nicht in den Kopf schauen kann.⁶⁸ Es bleibt nur die Möglichkeit des Indizienbeweises, bei dem nicht die eigentliche Haupttatsache nachgewiesen wird (also z.B. die Tatumstandskenntnis oder das billigende Inkaufnehmen), sondern sog. Hilfstatsachen, die einen richterlichen Schluss auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen des streitigen Tatbestandsmerkmals rechtfertigen können.⁶⁹ Dadurch verlagert sich die Problematik aber nur auf die weiteren Fragen, ob und ggf. welche Indizien zuverlässige Rückschlüsse auf die Gedankenwelt des Täters erlauben und wie solche Schlussfolgerungen zu ziehen sind. Schon angesichts der menschlichen Individualität ist es problematisch, in diesem Zusammenhang mit Erfahrungssätzen zu arbeiten. Selbst wenn 99 % der Bevölkerung

⁶⁶ *Paha*, *Managerial and Decision Economics* 38 (2017), 992, 993 f.; *Alexander/Mark A. Cohen*, *Managerial and Decision Economics* 17 (1996), 421 ff.; vgl. auch *Huisman*, in: *Oxford Handbook*, 2017, 684 ff.

⁶⁷ Vgl. schon oben → I 2. Deutlich *MünchKommBGB/Wagner*, ⁸2020, § 826 Rn. 30; *Hörnle*, *NJW* 2018, 1576, 1577; *Puppe*, *NStZ* 1992, 576, 577.

⁶⁸ Vgl. *Grünwald*, *JZ* 2017, 1069, 1070.

⁶⁹ *MünchKommZPO/H. Pütting*, ⁶2020, § 286 Rn. 24 f.

in einer bestimmten Situation ein bestimmtes Vorstellungsbild hätten, heißt dies nicht, dass dieses Vorstellungsbild auch bei dem konkreten Täter in der konkreten Tatsituation vorgelegen haben muss. Es bleibt immer die Möglichkeit, dass man es mit einer atypischen Persönlichkeit zu tun hat, die auch dann noch ernsthaft auf einen guten Ausgang vertraut, wenn jeder andere die Hoffnung längst aufgegeben hätte oder die eine Rechtsgutsverletzung „billigt“, die jeder andere energisch von sich weisen würde. Man kann es wenden wie man will: *Sichere* Rückschlüsse auf innere Tatsachen lassen sich aus Indizien nicht ziehen.⁷⁰ Nun mag man sich damit beruhigen, dass sowohl nach § 261 StPO als auch nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO keine sicheren Schlüsse erforderlich sind, sondern dass es genügt, wenn der Tatrichter „überzeugt“ ist, dass der Täter vorsätzlich gehandelt hat. Nur wenn er dies nicht ist, greift im Strafrecht der Zweifelsgrundsatz und im Zivilrecht wäre die Deliktsklage abzuweisen. Das zeigt aber letztlich nur, welche enorme Bedeutung beim Indizienbeweis dem abschließenden richterlichen Schluss zukommt. Ist der Tatrichter aufgrund der festgestellten Hilfstatsachen vom Vorsatz des Täters überzeugt, dann ist der Vorsatz im Rechtssinne erwiesen – und sonst eben nicht.

Der Prozess der Vorsatzfeststellung endet also zwangsläufig mit einer empirisch nicht nachprüfaren Wertung, nämlich dem richterlichen Schluss von den festgestellten Indizien auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Vorsatzes. Dieser Schluss von den Hilfstatsachen auf die Haupttatsache setzt zwingend allgemeine Erfahrungssätze voraus.⁷¹ Man kommt also nicht umhin, das Verhalten des Täters – trotz dessen Individualität – anhand von Erkenntnissen zu bewerten, die aus dem Verhalten anderer Personen gezogen wurden. Hinzu kommt die subjektive Bewertung durch den Richter, wodurch zwangsläufig auch dessen Überzeugungen, Empfindungen usw. für die Entscheidung relevant werden.⁷² Trotzdem bleibt die Vorsatzfeststellung eine Tatsachenfeststellung, die das Revisionsgericht nur eingeschränkt nachprüfen kann (vgl. § 337 StPO, § 559 ZPO). *Wie* sich der Tatrichter seine Überzeugung bildet, bleibt somit weitgehend ihm selbst überlassen. Vor allem im Zivilrecht hält sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mit Vorgaben zurück, wohl um nicht in die freie Beweiswürdigung einzugreifen.⁷³ Die Schwierigkeiten des Nachweises innerer Tatsachen im Allgemeinen und des Vorsatzes im Besonderen sind somit vor allem von den Tatsacheninstanzen zu bewältigen. Gleichzeitig erlangen diese eine nicht unerhebliche Machtfülle,⁷⁴ weil eben einerseits die Tatsachenfeststellung mittels Indizienbeweis nicht empirisch verifizierbar ist, andererseits

⁷⁰ Puppe, NStZ 1992, 576, 577 meint zutreffend, möglich seien nur „Spekulationen“.

⁷¹ Hörnle, NJW 2018, 1576, 1577; Puppe, ZIS 2014, 66, 66.

⁷² Vgl. Drees, NStZ 2016, 672, 673.

⁷³ Anders teilweise im Strafrecht, vgl. schon oben → Fn. 41.

⁷⁴ Vgl. Puppe, NStZ 2014, 183, 186.

aber auch der an ihrem Ende stehende richterliche Schluss nicht als Rechtsproblem qualifiziert wird, das uneingeschränkt revisibel wäre.

Die Beweissituation ist in zivilrechtlichen Fällen oft deutlich schlechter als in strafrechtlichen. Schon allein wegen der weniger einschneidenden Rechtsfolgen wird in der Regel ein geringerer Aufwand betrieben, um das tatsächliche Geschehen aufzuklären. Auch sind die dafür zur Verfügung stehenden Mittel begrenzter. Es gibt keine Ermittlungsbehörden, deren Aufgabe es wäre, den Sachverhalt aufzuklären, und denen dafür hoheitliche Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung stünden. Stattdessen liegt die Darlegungs- und Beweislast auch für innere Tatsachen bei demjenigen, der sich auf ihr Vorliegen beruft. Bei einer auf Vorsatz gestützten Deliktsklage muss also der Geschädigte darlegen und ggf. beweisen, dass der Schädiger den jeweiligen Tatbestand bewusst und gewollt verwirklicht hat.⁷⁵ Anders als im Strafprozess wird im Zivilprozess oft nicht einmal der Versuch unternommen, die eigentliche Tatsituation aufzuklären. Die Tat liegt in der Regel länger zurück als im Strafprozess, es gibt oft keine unmittelbar auf die Tat bezogenen Indizien (Augenzeugen, Tatortfunde usw.) und selbst der Täter ist für den Geschädigten bzw. den Tatrichter in vielen Fällen nicht greifbar. Das liegt auf der Hand, wenn Deliktsklagen – wie jüngst in den Dieselfällen – nicht gegen den oder die Täter persönlich, sondern auf Grundlage der §§ 31, 831 BGB gegen deren Arbeitgeber erhoben werden. Der Täter ist dann nur Zeuge, der gemäß § 384 Abs. 2 ZPO das Zeugnis verweigern kann, wenn ihm – bei vorsätzlichen Taten eher die Regel als die Ausnahme – eine Strafverfolgung droht.⁷⁶ Doch auch wenn der Täter persönlich verklagt ist und sich auf eine Parteivernehmung nach §§ 445, 446 ZPO einlässt, werden die Erkenntnisse oft überschaubar bleiben. Auch im Strafprozess durchaus relevante Daten zu Vorgeschichte, Persönlichkeitsstruktur, Nachtatverhalten usw., aus denen sich mitunter wenigstens die Überzeugung gewinnen lässt, dem Täter sei die Tat zumindest generell zuzutrauen oder sie sei im Gegenteil völlig wesensfremd,⁷⁷ liegen im Zivilprozess meist nicht vor. Gerade bei wirtschaftlichen Sachverhalten werden zivilgerichtliche Schadensersatzprozesse oft von Anwälten „auf Aktenbasis“ geführt. Die feststellbaren Hilfstatsachen für den Indizienbeweis des Vorsatzes sind dann meist dürftig und die Grundlage für den richterlichen Schluss und die Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO dünn. Es ist daher kein Wunder, dass die Tatgerichte oft mit allgemeinen Erfahrungssätzen und (rechtlichen wie tatsächlichen) Vermutungen arbeiten oder gleich nach Beweislast entscheiden.

Die Zivilsenate des BGH zeigen sich bisher nicht gewillt, durch eine andere Definition des Vorsatzbegriffs oder konkrete Vorgaben für die Beweiswürdi-

⁷⁵ Vgl. BGH NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 31; BLP/Reppen, ⁴2019, § 276 Rn. 4.

⁷⁶ Vgl. dazu etwa BGH NJW-RR 2021, 1029, 1030f., Rn. 19f.

⁷⁷ Vgl. dazu etwa BGHSt 36, 1, 10 = NJW 1989, 781, 784; Puppe, NStZ 2014, 183, 186; Puppe, ZStW 103 (1991), 1, 7 m. w. N.

gung Abhilfe zu schaffen. Allgemeine Formeln wie die, dass bei § 826 BGB aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns auf den Schädigungsvorsatz geschlossen werden könne oder dass von vorsätzlichem Handeln auszugehen sei, wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen haben muss,⁷⁸ verschaffen der Tatsacheninstanz zwar einen erheblichen Beurteilungsspielraum, liefern aber kaum Anhaltspunkte dafür, wie dieser Spielraum auszufüllen ist. Dem Tatrichter bleibt daher oft nichts anders übrig, als sich mithilfe der spärlichen ihm zur Verfügung stehenden Informationen einfühlend in die jeweilige Tatsituation hineinzudenken und sich auf dieser doch eher wackeligen Grundlage für oder gegen das Vorliegen des Vorsatzes zu entscheiden.

3. Manipulierbarkeit

Aus der empirischen Nichterweislichkeit des Vorsatzes und dem Umstand, dass am Ende jeder Tatsachenfeststellung mittels Indizienbeweis notwendigerweise ein wertender richterlicher Schluss steht, der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist, wird für das Strafrecht mitunter gefolgert, die Vorsatzfeststellung sei manipulierbar.⁷⁹ Das kann sich der Täter durch geschicktes Einlassungsverhalten zunutze machen,⁸⁰ aber auch die durch die Wertungsoffenheit der Vorsatzfeststellung für den Tatrichter entstehenden Beurteilungsspielräume sind nicht unproblematisch. Der BGH erkennt an, dass Indizien wie Erregung, Wut oder Aggressivität des Täters oft ambivalent sind und daher genauso gut dahin gewertet werden können, dass der Täter die Rechtsgutsverletzung billigend in Kauf genommen hat (ihm war „alles egal“) als auch dahin, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat (er hat an die Möglichkeit des Erfolgseintritts gar nicht gedacht).⁸¹ Ein Tatrichter, der sich mit solchen Umständen konfrontiert sieht, kann also weitgehend frei entscheiden, von welcher inneren Willensrichtung des Täters er sich i. S. des § 261 StPO überzeugen lässt.⁸² Er muss nur darauf achten, dass sich kein Widerspruch zu anderen Beweisanzeichen ergibt und dass sein Schluss nicht gegen Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstößt. *Puppe* hat den Eventualvorsatz nach der Billigungstheorie gar als „Leerbegriff“⁸³ gebrandmarkt, der „jeder willkürlichen Handhabung zu-

⁷⁸ Dazu schon oben → I 2.

⁷⁹ NK-StGB/*Puppe*, ⁵2017, § 15 Rn. 44; *Roxin/Greco*, StrafR AT I, ⁵2020, § 12 Rn. 81; *Herzberg*, JZ 2018, 122, 126; *T. Walter*, NJW 2017, 1350, 1351 f.; *A. Schiemann*, NStZ 2017, 24; *Leitmeier*, NJW 2012, 2850, 2853; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1, 7 ff. Ein illustrativer Rechtsprechungsüberblick findet sich bei NK-StGB/*Puppe*, ⁵2017, § 15 Rn. 88 ff.

⁸⁰ *Trück*, NStZ 2005, 233, 239.

⁸¹ Vgl. nur BGH NStZ-RR 2013, 89, 90; BeckRS 2013, 15925, Rn. 13; NStZ 2009, 629, 630; *Liebhart*, NStZ 2016, 134, 137; *Puppe*, NStZ 2014, 183, 184 f.

⁸² LK-StGB/*Vogel/Bülte*, ¹³2020, § 15 Rn. 109a; *Puppe*, NStZ 2014, 183, 186; *Puppe*, ZIS 2014, 66, 69. Vgl. auch MünchKommStGB/*Schneider*, ⁴2021, § 212 Rn. 79 ff.

⁸³ Ebenso *Trück*, NStZ 2005, 233, 235: „Leerformel“.

gänglich“ sei und es daher gestatte „jedem berechtigten oder unberechtigten rechtspolitischen Anliegen zur Geltung zu verhelfen“.⁸⁴

In der strafrechtlichen Literatur wird durchaus anerkannt, dass der weite Spielraum, der sich aus den Problemen mit der Vorsatzfeststellung ergibt, von den Gerichten in den allermeisten Fällen genutzt wird, um sachgerechte, (schuld-)angemessene Lösungen zu finden.⁸⁵ Die Manipulierbarkeit lässt sich genauso für „gute“ Ergebnisse nutzen wie für „schlechte“ und führt so im besten Falle zu mehr Einzelfallgerechtigkeit.⁸⁶ Manches spricht dafür, dass der BGH den Begriff des Vorsatzes und die Vorgaben für seinen Beweis bewusst offen hält, um den Tatsacheninstanzen nicht den Weg zur „richtigen“ Lösung des jeweiligen Falles zu verbauen.⁸⁷ Der weite Bewertungsspielraum versetzt den Tatrichter, der sich den direktesten Eindruck von Tat und Täter verschaffen kann, in die Lage, alle relevanten Umstände des Falles zu würdigen und auf dieser Grundlage eine fundierte Entscheidung zu treffen. Dabei darf man ihm ruhig zugestehen, auch schon die Bejahung oder Verneinung einzelner Tatbestandsvoraussetzungen vom Ende her zu denken, also in die Betrachtung einzustellen, auf welches Ergebnis (welche Strafe, welche Rechtsfolge) die einzelnen Schlüsse hinauslaufen. Allerdings liegt auf der Hand, dass bei einem solchen Vorgehen vieles von der Qualität und dem Verantwortungsbewusstsein der Richterinnen und Richter in den Tatsacheninstanzen abhängt.

Auch für das Zivilrecht ist der Einwand, die Vorsatzfeststellung sei in gewisser Weise manipulierbar und der Tatrichter könne das gewünschte Ergebnis ggf. „herbeischreiben“, nicht völlig von der Hand zu weisen. Da die Beweislage im Zivilprozess wegen der institutionellen und verfahrensrechtlichen Unterschiede in der Regel dürftiger ist als im Strafprozess und da der BGH im Zivilrecht weit weniger Vorgaben zu Beweisanzeichen, Erfahrungssätzen und möglichen Schlussfolgerungen macht als im Strafrecht, sind die Spielräume für den Tatrichter im Zivilrecht noch größer. Die strukturelle Offenheit des Vorsatzbegriffs und seines Beweises ist hier zwar in rechtspolitischer Hinsicht weniger problematisch, weil die infrage stehenden Rechtsfolgen weniger schwerwiegend sind und es deshalb eher hinnehmbar erscheint, wenn sich die Vorsatzfeststellung gelegentlich im Ungefähren vollzieht oder auf Spekulationen beruht. Gleichzeitig scheint es aber gerade wegen der harmloseren Rechtsfolgen weniger wichtig, jedem Einzelfall gerecht zu werden. Der mitunter im Strafrecht zur „Feststellung“ der inneren Gedankenwelt des Täters betriebene Aufwand wäre im Zivilprozess schlicht nicht zu leisten. Er würde auch keinen Sinn ergeben, weil die Vorsatzfeststellung hier nicht die wichtigste Vorfrage einer angemesse-

⁸⁴ Puppe, ZStW 103 (1991), 1, 9.

⁸⁵ Vgl. T. Walter, NJW 2017, 1350, 1352; Puppe, ZStW 103 (1991), 1, 7 (zum BGH).

⁸⁶ Schweiger, HRRS 2018, 407, 411; A. Schiemann, NStZ 2017, 24.

⁸⁷ Vgl. auch LK-StGB/Vogel/Bülte, ¹³2020, § 15 Rn. 126: „Streben nach Einzelfallgerechtigkeit“; Schweiger, HRRS 2018, 407, 411; T. Walter, NJW 2017, 1350, 1352.

nen Schuldbewertung und Bestrafung ist, sondern lediglich einer sachgerechten Schadensverteilung dient. Das wirft die Frage auf, ob angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen im Zivilrecht nicht auch ein weniger komplexer Vorsatzbegriff zur Anwendung kommen könnte.⁸⁸

Auch für das Zivilrecht darf man darauf vertrauen, dass der Tatrichter in der Regel bestrebt sein wird, die ihm durch die Vagheit des Vorsatzbegriffs und die eingeschränkten Möglichkeiten seiner Feststellung eingeräumten Spielräume dazu zu nutzen, den vor ihm liegenden Fall sachgerecht zu lösen. Hier besteht nun aber eine weitere praktische Hürde: Da das zivilrechtliche Vorsatzverständnis anders als die Fahrlässigkeitsdefinition des § 276 Abs. 2 BGB nicht eigenständig entwickelt, sondern schlicht aus dem Strafrecht übernommen wurde, liegt es nahe, dass der Tatrichter verkennt, wie er seinen Spielraum nutzen soll – es fehlt ein klares Ziel. Plausibel wäre die Intuition, es gehe – wie im Strafrecht – um Vorwerfbarkeit: Der Vorsatztäter begeht ein größeres Unrecht als der Fahrlässigkeitstäter und wenn der Tatrichter zu der Überzeugung gelangt, der Schädiger habe sich besonders verwerflich verhalten, dann wird das Vorsatzurteil schon sachgerecht sein. Damit würde der Tatrichter jedoch das Ziel verfehlen. Denn es ist heute für das Deliktsrecht (und wohl auch allgemein für den zivilrechtlichen Vorsatz⁸⁹) anerkannt, dass es nicht um Vorwerfbarkeit geht.⁹⁰ Alternativ könnte man argumentieren, der Tatrichter solle seinen Bewertungsspielraum nutzen, um einen gerechten Schadensausgleich herbeizuführen. Doch stellt sich die Frage, ob es dafür überhaupt nötig ist, sich mit der Gedankenwelt des Schädigers auseinanderzusetzen (oder zumindest so zu tun). Dass die Vorstellungen und Motive des Täters für den strafrechtlichen Schuldvorwurf relevant sein können, liegt auf der Hand. Dass es für einen gerechten Schadensausgleich darauf ankommen soll, was der Schädiger wusste oder wollte, ist weit weniger offensichtlich. Zumindest kann man auch unter diesem Aspekt hinterfragen, ob nicht ein einfacheres Vorsatzverständnis möglich wäre, das denselben Zweck erfüllt wie der subjektive Begriff der h. M., aber weniger Probleme in der praktischen Anwendung aufwirft.⁹¹

4. Zweckverfehlung?

Die strafrechtliche Kritik gipfelt mitunter in der Schlussfolgerung, mit dem Vorsatzverständnis der h. M. ließen sich Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit nicht sachgerecht abgrenzen, sodass die wichtigste Aufgabe der Vorsatz-

⁸⁸ Dazu noch ausf. unten → IV.

⁸⁹ Der BGH betont, dass Arglist und Vorsatz gleichzusetzen sind und jeweils ohne moralisches Unwerturteil auskommen, vgl. BGHZ 117, 363, 368 = NJW 1992, 1953, 1954; BGHZ 109, 327, 333 = NJW 1990, 975, 976; MünchKommBGB/*Armbrüster*,⁹2021, § 123 Rn. 18; Staudinger/*Singer/Finckenstein*, 2021, § 123 Rn. 49.

⁹⁰ BGH NJW 2001, 1786, 1787; *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 23 f.; *Deutsch/Abrens*, DeliktsR, ⁶2014, Rn. 143; *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385, 436 ff.

⁹¹ Dazu unten → IV.

definition verfehlt werde. Notwendig sei eine Abgrenzung, die den erheblichen Strafbarkeitsunterschieden zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Taten gerecht werde. Abstrakt wird der zentrale Unterschied vielfach darin gesehen, dass sich der Vorsatztäter anders als der Fahrlässigkeitstäter bewusst für das Unrecht entscheide.⁹² Auf der Grundlage der Billigungstheorie bleibe davon jedoch, so wird mitunter kritisiert, nur der feine Unterschied zwischen einem „nur vagen“ und einem „ernsthaften“ Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs übrig.⁹³ Diese Differenzierung sei aber zu geringfügig, um die drastischen Unterschiede zwischen den Sanktionen zu rechtfertigen, die das Gesetz für vorsätzliche und fahrlässige Taten vorsieht.⁹⁴

Für das Zivilrecht wird selten hinterfragt, warum das Gesetz überhaupt an Vorsatz anknüpft, was vermutlich mit der eher geringen Bedeutung der Vorsatzhaftung zu tun hat. Wie im Strafrecht könnte es darum gehen, den größeren Unrechtsgehalt von Vorsatztaten zu erfassen. Hingegen dürfte selbst im Deliktsrecht der Aspekt der Vorwerfbarkeit keine Rolle spielen, weil es hier nicht um schuldangemessenes Strafen geht, sondern um eine sachgerechte Schadensverteilung. Genauer wird auf die konkreten Zwecke des zivilrechtlichen Vorsatzerfordernisses sogleich unter III zurückzukommen sein.

5. Fazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der subjektive Vorsatzbegriff der h. M. in der praktischen Rechtsanwendung erhebliche Probleme aufwirft. Da sich empirisch weder feststellen lässt, was der Täter wusste, noch was er wollte, sind Geschädigte und Tatrichter für die Vorsatzfeststellung auf Indizien angewiesen. Die Beweislage in Bezug auf die konkrete Tatsituation ist in Zivilprozessen aber meist dürftig, sodass wirklich aussagekräftige Indizien selten zur Verfügung stehen. Auch hat der BGH für das Zivilrecht bisher nur wenige Vorgaben dafür gemacht, welche Indizien für die Vorsatzfeststellung relevant sind und anhand welcher Erfahrungssätze sie von den Tatgerichten bewertet werden sollen. Damit respektiert er den Grundsatz freier Beweiswürdigung und verschafft den Tatrichtern weite Beurteilungsspielräume. Anders als im Strafrecht, wo Einzelfallgerechtigkeit von kaum zu überschätzender Bedeutung ist, ist im Zivilrecht allerdings weniger offensichtlich, dass die Beurteilungsspielräume nötig wären, um die Zwecke des Vorsatzerfordernisses verwirklichen zu können. Denn anders als im Strafrecht geht es im Deliktsrecht nicht darum, ein schuldangemessenes Urteil über Tat und Täter zu fällen, sondern darum, einen Schaden sachgerecht zwischen Schädiger und Geschädigtem zu verteilen. Dass dafür bei der

⁹² Vgl. LKH/Heger, ³⁰2023, § 15 StGB Rn. 3; Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 12 Rn. 21 ff.; Köhl, StrafR AT, ⁸2017, § 5 Rn. 11; Hassemer, GS Kaufmann, 1989, 289, 295.

⁹³ NK-StGB/Puppe, ⁵2017, § 15 Rn. 44; vgl. schon Puppe, ZStW 103 (1991), 1, 11 f.

⁹⁴ NK-StGB/Puppe, ⁵2017, § 15 Rn. 44; Grünewald, JZ 2017, 1069, 1071 f.

Gefährdungshaftung und der Fahrlässigkeitshaftung ausschließlich objektive Kriterien herangezogen werden, weckt Zweifel, dass bei der Vorsatzhaftung ein subjektiver Maßstab notwendig ist. Somit stellt sich die Frage, ob sich nicht auch der Vorsatz objektivieren ließe, um den Problemen der Vorsatzfeststellung aus dem Weg zu gehen und dennoch sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Das hängt letztlich vom Zweck des Vorsatzerfordernisses im Zivilrecht ab und soll im Folgenden genauer untersucht werden.

III. Zweck des Vorsatzes

Bevor der Versuch einer Neuinterpretation des zivilrechtlichen Vorsatzerfordernisses unternommen werden soll, ist zunächst zu analysieren, warum das Zivilrecht und insbesondere das Deliktsrecht in bestimmten Normen an Vorsatz anknüpfen. Obwohl auf der Hand liegt, dass der Vorsatz im Zivilrecht anderen Zwecken dient als im Strafrecht, wird die Orientierung des zivilrechtlichen Vorsatzbegriffs am Strafrecht bisher nicht hinterfragt. Das dürfte vor allem damit zu tun haben, dass die Vorsatzhaftung in Theorie und Praxis des Zivilrechts eine untergeordnete Rolle spielt und daher die Zwecke des zivilrechtlichen Vorsatzkriteriums weitgehend im Dunkeln liegen. Sie lassen sich jedoch insbesondere auf der Grundlage rechtsökonomischer Erkenntnisse relativ klar umschreiben. Zur besseren Abgrenzung soll zuvor noch ein kurzer Blick auf das Vorsatzkriterium im Strafrecht geworfen werden.

1. Strafrecht

Im Strafrecht muss der Vorsatz so definiert und von der Fahrlässigkeit abgegrenzt werden, dass er die beträchtlichen Strafbarkeitsunterschiede zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten rechtfertigen kann.⁹⁵ Die großen Unterschiede in der Bestrafung vorsätzlicher und fahrlässiger Taten gründen vor allem auf den unterschiedlichen Strafraumen; zudem erklärt § 46 Abs. 1 S. 1 StGB die „Schuld des Täters“ zur Grundlage für die Zumessung der Strafe. Der Vorsatz wird zwar nach heute h.M. im Strafrecht nicht mehr als Schuldelement angesehen, als subjektives Tatbestandsmerkmal prägt er jedoch das Unrecht der Tat⁹⁶ und dieses wiederum ist ein wesentlicher Bestandteil des „Verantwortlichkeitssachverhaltes“, auf den sich das Schuldurteil bezieht.⁹⁷ In der Schuld

⁹⁵ Das gilt natürlich erst recht, wenn – wie im Regelfall (vgl. § 15 StGB) – überhaupt nur die vorsätzliche Rechtsgutsverletzung unter Strafe steht, die fahrlässige Tat also nicht strafbar ist. Dann muss der Vorsatz die Strafbarkeit als solche legitimieren können.

⁹⁶ Vgl. nur LK-StGB/Vogel/Bülte, ¹³2020, Vor § 15 Rn. 53; SchSch/Sternberg-Lieben/Schuster, ³⁰2019, § 15 StGB Rn. 8; Kübl, StrafR AT, ⁸2017, § 5 Rn. 1 ff.

⁹⁷ Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 19 Rn. 16: „Alle Unrechtselemente sind also mittelbar auch Schuld- und Verantwortlichkeitskriterien“.

spiegeln sich also die Art und die Schwere des begangenen Unrechts wider und Vorsatzunrecht wiegt hier von vornherein schwerer als Fahrlässigkeitsunrecht.⁹⁸ Dementsprechend ist mit der Vorsatzschuld typischerweise ein schwererer Vorwurf verbunden als mit der Fahrlässigkeitsschuld. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird z. B. mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft (§ 212 Abs. 1 StGB), für die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) markiert dieses Strafmaß bereits die Obergrenze des Strafrahmens. Vielfach sind lediglich fahrlässige Verletzungen gar nicht unter Strafe gestellt (vgl. § 15 StGB), so etwa bei der Sachbeschädigung (§ 303 StGB).

Die Maßgeblichkeit der Schuld für die Strafbarkeit ist durch das verfassungsrechtlich fundierte Schuldprinzip⁹⁹ vorgegeben, dessen wesentliche Funktion darin liegt, der Strafgewalt des Staates eine „deontologische Schranke“ zu setzen und so die Freiheit des Bürgers zu schützen.¹⁰⁰ Denn die Strafe ist ein Grundrechtseingriff von herausragender Intensität.¹⁰¹ Das liegt für die Freiheitsstrafe auf der Hand, trifft aber auch für die Geldstrafe zu, die – anders als Geldbußen nach dem OWiG oder sonstige nichtstrafrechtliche Sanktionen – gemäß § 43 S. 1 StGB in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden kann. Es ist diese besondere Qualität der Strafe, die den Sonderstatus des Strafrechts begründet und die Geltung des Schuldprinzips erforderlich macht.¹⁰² Das Schuldprinzip besagt im Kern, dass jede Strafe Schuld voraussetzt,¹⁰³ woraus man wiederum ableitet, dass nach dem Grundgesetz ohne Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsschuld keine Strafe verhängt werden darf.¹⁰⁴ Nach dem Gebot der schuldangemessenen Strafe, das aus dem Schuldprinzip abgeleitet wird und somit ebenfalls verfassungsrechtlich abgesichert ist, muss zudem jede staatlich

⁹⁸ Jescheck/Weigend, StrafR AT, ⁵1996, 243.

⁹⁹ Das Schuldprinzip wird auf das Rechtsstaatsprinzip sowie auf Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG gestützt, vgl. u. a. BVerfGE 123, 267, 413 = NJW 2009, 2267, 2289; BVerfGE 95, 96, 140 = NJW 1997, 929, 932; BVerfGE 90, 145, 173 = NJW 1994, 1577, 1579; BVerfGE 80, 367, 378 = NJW 1990, 563, 564; BVerfGE 20, 323, 331 = NJW 1967, 195, 196; Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, 53e–53l; Heinrich A. Wolff, AöR 124 (1999), 55, 56 und passim. Im Lissabon-Urteil BVerfGE 123, 267, 413 = NJW 2009, 2267, 2289 hat das BVerfG das Schuldprinzip unter den Schutz der Ewigkeitsgarantie gemäß Art. 79 Abs. 3 GG gestellt (bestätigt durch BVerfGE 140, 317, 343 = NJW 2016, 1149, 1152f., Rn. 53).

¹⁰⁰ Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 3 Rn. 51.

¹⁰¹ Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 2 Rn. 1f–1g: „Mit einer Strafe hat man immer dann zu tun, wenn die Reaktion auf besonders vorwerfbares Verhalten ein Übel verkörpert, das den Betroffenen [...] als Menschen berührt.[...] Rechte, die einem schon deshalb zustehen, weil man ein Mensch ist, sind insbesondere die in Art. 2 II GG genannten, also Leben, Leib und Freiheit [...]. Prototyp der Strafe ist heutzutage [...] also die Freiheitsstrafe.“

¹⁰² Das BVerfG hält das Schuldprinzip aber auch bei strafrechtsähnlichen Sanktionen für einschlägig, vgl. nur BVerfGE 58, 159, 162f. = NJW 1981, 2457; BVerfGE 42, 261, 262f. = NJW 1976, 1883; BVerfGE 20, 323, 331 = NJW 1967, 195, 196.

¹⁰³ Vgl. die in → Fn. 99 genannten Entscheidungen.

¹⁰⁴ LK-StGB/Vogel/Bülte, ¹³2020, Vor § 15ff. Rn. 46; Roxin/Greco, StrafR AT I, ⁵2020, § 19 Rn. 53i.

verhängte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters stehen.¹⁰⁵

Das Charakteristische der Vorsatzschuld wird darin gesehen, dass sich der Täter für die mögliche Rechtsgutsverletzung und damit „gegen das Recht“ entscheidet; es soll diese Auflehnung sein, die den besonderen Unwertgehalt der Vorsatztat ausmacht und die härtere Bestrafung rechtfertigt.¹⁰⁶ In diesem Sinne hat auch der Große Senat für Strafsachen 1952 in seinem Grundsatzbeschluss zum Verbotsirrtum erklärt: „Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können.“¹⁰⁷

Schon wegen des Schuldprinzips und des daraus abgeleiteten Gebots der schuldangemessenen Strafe kommt das Strafrecht nicht umhin, die Kenntnisse und Fähigkeiten des konkreten Täters in die Bewertung der Tat einzubeziehen. Deshalb wird z.B. die Fahrlässigkeit – anders als gemäß § 276 Abs. 2 BGB im Zivilrecht – im Strafrecht (auch) subjektiv geprüft, also danach gefragt, ob der Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten und seinem Erfahrungswissen in der Lage war, das objektiv erforderliche Maß an Sorgfalt zu erbringen bzw. ob er die ihm individuell obliegende Sorgfaltspflicht erfüllt hat.¹⁰⁸ In der Tat ist zweifelhaft, ob eine Objektivierung des strafrechtlichen Fahrlässigkeitsvorwurfs mit dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip vereinbar wäre.¹⁰⁹ Und erst recht kann es nicht verwundern, dass zur Bestimmung des strafrechtlichen Vorsatzes zwar allerlei „objektivierende“ Theorien vertreten werden, dass sie jedoch letztlich alle an tatsächlich bei dem konkreten Täter vorhandene Wissens- und/oder Wollenselemente anknüpfen. Mit *Vogel* lässt sich feststellen, dass ein strenger „Objektivismus“ im modernen deutschen Strafrecht nicht vertreten wird¹¹⁰ und man kann hinzufügen, dass dies auf dem Boden des Grundgesetzes wohl auch nicht möglich wäre.

Kurz gesagt: Im Strafrecht prägt der Vorsatz die Schuld und ist somit wichtige Voraussetzung dafür, dass nicht gegen das Schuldprinzip verstoßen wird.

¹⁰⁵ BVerfGE 133, 168, 198 = NJW 2013, 1058, 1060, Rn. 55; BVerfGE 120, 224, 253 f. = NJW 2008, 1137, 1142; BVerfGE 110, 1, 13 = NJW 2004, 2073; BVerfGE 109, 133, 171 = NJW 2004, 739, 745; BVerfGE 86, 288, 313 = NJW 1992, 2947, 2948; BVerfGE 45, 187, 228 = NJW 1977, 1525, 1526; BVerfGE 20, 323, 331 = NJW 1967, 195, 196.

¹⁰⁶ Statt vieler *Roxin/Greco*, Strafr AT I, ⁵2020, § 12 Rn. 23; *Frister*, Strafr AT, ⁹2020, Kap. 11 Rn. 1; *Frisch*, Vorsatz, 1983, 111.

¹⁰⁷ BGHSt 2, 194, 200 = NJW 1952, 593, 594.

¹⁰⁸ *SchSch/Sternberg-Lieben/Schuster*, ³⁰2019, § 15 StGB Rn. 118f.; *Roxin/Greco*, Strafr AT I, ⁵2020, § 24 Rn. 114ff.; *Kühl*, Strafr AT, ⁸2017, § 17 Rn. 89ff.

¹⁰⁹ Zu Recht skeptisch *Roxin/Greco*, Strafr AT, ⁵2020, § 19 Rn. 53i.

¹¹⁰ *Vogel*, GA 2006, 386, 388. *Vogel* nennt als Ausnahme und Abkehr von diesem Konsens die von *G. Jakobs* in ZStW 114 (2002) 584ff. entwickelte Lehre über die Gleichstellung von Tatsachenkenntnis und Tatsachengleichgültigkeit, die *Vogel* jedoch sogleich als „flagrante Verletzung des Art. 103 II GG“ brandmarkt.

Schuld ist aber immer persönlich und deshalb kann im Strafrecht nur ein subjektives Vorsatzverständnis zur Anwendung kommen.

2. Zivilrecht

Im Zivilrecht und vor allem auch im Deliktsrecht ist die Ausgangslage eine andere als im Strafrecht: Das verfassungsrechtliche Schuldprinzip gilt hier nicht und die Verschuldenshaftung braucht daher nicht an persönliche Vorwerfbarkeit anzuknüpfen. Vielmehr ist Raum für einen gewissen Pragmatismus, der einfach handhabbaren Maßstäben auch dann noch den Vorzug geben kann, wenn dies zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit gehen sollte. Bestes Beispiel ist der objektive Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB, der im Einzelfall zu Härten und Ungerechtigkeiten führen kann,¹¹¹ für das Zivilrecht aber trotzdem überzeugend ist. Ähnlich pragmatisch auch mit dem Vorsatzkriterium umzugehen, ist für das Zivilrecht nicht von vornherein ausgeschlossen, setzt aber voraus, dass Klarheit über den Zweck des Vorsatzerfordernisses besteht. Dass der Vorsatz im Zivilrecht denselben Zweck erfüllt wie im Strafrecht versteht sich schon wegen der unterschiedlichen Ausgangssituationen nicht von selbst. Im Folgenden soll daher untersucht werden, warum das Zivilrecht und insbesondere das Deliktsrecht in bestimmten Normen an Vorsatz anknüpfen. Dabei wird die Prämisse zugrunde gelegt, dass die Alternative zur Vorsatzhaftung in der Regel nicht wäre, dass das Gesetz gar keine Haftung vorsieht, sondern vielmehr, dass eine Haftung schon bei Fahrlässigkeit begründet wäre, denn die Fahrlässigkeitshaftung entspricht im Zivilrecht dem Normalfall. Von diesem Ansatz aus wird im Folgenden die These vertreten, dass mit der Beschränkung der Haftung auf Vorsatz vor allem eine Überabschreckung vermieden werden soll, die drohen würde, wenn in bestimmten Fällen schon für Fahrlässigkeit gehaftet würde. Darüber hinaus wird argumentiert, dass mit dem Vorsatzerfordernis außerdem verhindert werden soll, dass der Schädiger einen zu hohen Aufwand betreibt, um bestimmte Informationen zu beschaffen.

a) Strafe? Schuld?

Zunächst liegt auf der Hand, dass das Vorsatzerfordernis im Zivilrecht nicht dazu dient, eine schuldangemessene Strafe vorzubereiten und dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip Rechnung zu tragen. Zwar knüpft auch das BGB an den Vorsatz mitunter strengere Rechtsfolgen als an die Fahrlässigkeit, z. B. in den §§ 197 Abs. 1 Nr. 1, 202 Abs. 1, 273 Abs. 2, 276 Abs. 3, 393 BGB. Genauso ist es, wenn nur vorsätzliches Verhalten zum Schadensersatz verpflichtet, wie es etwa bei § 826 und § 830 Abs. 2 BGB der Fall ist. Es handelt sich aber bei solchen zivilrechtlichen „Sanktionen“ schon aus formellen Gründen nicht um Stra-

¹¹¹ Dazu schon oben → § 8 A II 1, IV 4.

fen.¹¹² Die mit Schadensersatzpflichten verbundenen Grundrechtseingriffe sind auch in materieller Hinsicht von viel geringerer Qualität. Deshalb gilt für die gesetzliche oder gerichtliche Anordnung von Schadensersatzpflichten nicht das Schuldprinzip, das den strafrechtlichen Sanktionen vorbehalten ist, sondern nur der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Anders als im Strafrecht (vgl. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB) beeinflusst das Ausmaß des Verschuldens im Zivilrecht auch nicht die Schwere der Rechtsfolge. Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich gemäß § 249 Abs. 1 BGB allein nach der Höhe des Schadens. Schon die 1. Kommission hat das sog. Gradationsprinzip, wonach der Umfang der Schadensersatzpflicht je nach Art und Grad des Verschuldens abzustufen gewesen wäre, klar abgelehnt und dazu festgestellt: „Die Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muß bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern gehalten werden.“¹¹³ In § 823 Abs. 1 BGB stehen Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichberechtigt nebeneinander, ein kategorialer Unterschied wie im StGB wird nicht gemacht. Es macht also für den Schadensersatzanspruch des Geschädigten keinen Unterschied, ob der Schädiger z.B. eine Körperverletzung oder Sachbeschädigung vorsätzlich oder „nur“ fahrlässig herbeiführt – der Schädiger schuldet in beiden Fällen nicht mehr und nicht weniger als den vollständigen Ausgleich des Schadens (Prinzip der Totalreparation).¹¹⁴

Die h.M. geht daher heute davon aus, dass zivilrechtliches Verschulden nicht voraussetzt, dass dem Schädiger persönlich ein Vorwurf zu machen ist.¹¹⁵ Für das Fahrlässigkeitsdelikt hat man daraus schon vor langer Zeit die richtigen Konsequenzen gezogen und fragt nicht danach, ob der Schädiger nach seinen individuellen Eigenschaften in der Lage gewesen wäre, die Rechtsgutsverletzung zu vermeiden. Da im Deliktsrecht das Schuldprinzip nicht gilt, ist es anders als im Strafrecht unproblematisch, vom Schädiger mehr zu verlangen als er persönlich zu leisten imstande ist. Das zeigt sich anschaulich daran, dass im Zivilrecht selbst eine Gefährdungshaftung unproblematisch ist, während eine strafrechtliche Gefährdungshaftung wohl verfassungswidrig wäre.¹¹⁶

¹¹² Das gilt auch für Schmerzensgeldansprüche (vgl. dazu insb. BGHZ 128, 117, 120ff. = NJW 1995, 781 ff.) und würde sogar für *punitive damages* gelten, wenn man das oben in → Fn. 101 wiedergegebene Kriterium anlegt. Vgl. aber auch C. Schäfer, AcP 202 (2002), 397, 405 f. und passim, der von der Existenz einer zivilrechtlichen Strafe ausgeht.

¹¹³ Mot. Bd. II, S. 17f. Vgl. zum Gradationsprinzip auch Wagner, in: KF, 2006, 5, 14 ff.; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 456 f.

¹¹⁴ Vgl. nur BeckOGK/O. Brand, 1.3.2022, § 249 BGB Rn. 62 ff.; NK-BGB/U. Magnus, 42021, Vor §§ 249 ff. Rn. 30 ff.; MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 823 Rn. 86.

¹¹⁵ BGH NJW 2001, 1786, 1787; Soergel/Spickhoff, 132005, Vor § 823 Rn. 39; Deutsch/Abrens, DeliktsR, 62014, Rn. 143; Brüggemeier, AcP 182 (1982), 385, 436 ff. Speziell zum Vorsatzerfordernis bei § 826 BGB Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 12.

¹¹⁶ Vgl. Roxin/Greco, StrafR AT I, 52020, § 19 Rn. 53j. A. A. LK-StGB/Vogel/Bülte, 132020, Vor § 15 ff. Rn. 48.

b) Freiheitsschutz

Im Zivilrecht wird regelmäßig schon für Fahrlässigkeit gehaftet, sodass sich die reine Vorsatzhaftung demgegenüber als Beschränkung ansehen lässt. So wird für die Verursachung reiner Vermögensschäden außerhalb von Spezialtatbeständen und Schutzgesetzen nach § 826 BGB nur gehaftet, wenn der Schädiger den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat (und sein Verhalten außerdem als sittenwidrig zu bewerten ist). Intuitiv wird deshalb oft davon ausgegangen, die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz diene dazu, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Schädigers zu schützen.¹¹⁷ Dieser Gedanke findet sich auch in der Entstehungsgeschichte des BGB, konkret im Zusammenhang mit den Beratungen über den späteren § 826 BGB. In § 705 des Entwurfs der 1. Kommission war die Sittenwidrigkeitshaftung noch durch Verweis auf die anderen beiden Generalklauseln geregelt, wäre also auch bei Fahrlässigkeit möglich gewesen. *Jakubezky*, der neben *Planck* als führender Kopf der 2. Kommission angesehen wird,¹¹⁸ schrieb dazu 1892: „Die Vorschrift [...] dürfte auf vorsätzliches Thun (oder Unterlassen) zu beschränken sein; bei der Ausdehnung auf Fahrlässigkeit liegt die Gefahr einer ungebührlichen Beschränkung der persönlichen Freiheit allzu nahe.“¹¹⁹ Tatsächlich wurde § 705 des 1. Entwurfs dann durch das Reichsjustizamt neu formuliert und in eine reine Vorsatzhaftung umgewandelt und die 2. Kommission ist dabei geblieben.¹²⁰

Die Vorstellung, die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz schütze die Handlungsfreiheit des Schädigers, geht in die richtige Richtung, bleibt aber vage. Unklar bleibt, warum die Handlungsfreiheit des Schädigers z. B. bei § 826 oder § 830 Abs. 2 BGB eine reine Vorsatzhaftung gebieten soll, nicht aber z. B. auch bei § 823 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB, es sei denn, ein Schutzgesetz knüpft bereits an vorsätzliche Verstöße an. Auch bleibt offen, warum die Handlungsfreiheit des Geschädigten offenbar keine Rolle spielen soll. Es lässt sich also unter Verweis auf die Handlungsfreiheit des Schädigers nicht erklären, warum genau und in welchen Situationen eine Vorsatzhaftung geboten ist. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, lässt sich die freiheitsschützende Funktion der Vorsatzhaftung aber noch weiter konkretisieren.

c) Vermeidung von Überabschreckung

Das bereits in den Beratungen über das BGB geäußerte Gefühl, eine Fahrlässigkeitshaftung könne die persönliche Freiheit übermäßig beschränken und müsse daher in bestimmten Fällen durch eine Vorsatzhaftung ersetzt werden, lässt sich

¹¹⁷ Vgl. *Faust*, AcP 210 (2010), 555, 558; *Picker*, FS Medicus, 1999, 397, 436f.

¹¹⁸ Vgl. *Finkenauer*, ZRG GA 131 (2014), 325, 361.

¹¹⁹ *Jakubezky*, Bemerkungen, 1892, 165.

¹²⁰ Protokoll der 83. Sitzung v. 12.9.1892, abgedruckt bei: *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Beratung, SchuldR III, 1983, S. 892f.

heute insbesondere auf Grundlage rechtsökonomischer Erkenntnisse genauer spezifizieren. Es geht vor allem um die Gefahr, dass potenzielle Schädiger aufgrund von Unsicherheiten, die mit der Festlegung des Sorgfaltsmaßstabs und der Bewertung ihres tatsächlichen Verhaltens verbunden sind, das Risiko einer Fahrlässigkeitshaftung überschätzen können. Das kann dazu führen, dass sie einen zu hohen Sorgfaltsaufwand betreiben oder die schadensträchtige Aktivität übermäßig einschränken, was besonders problematisch ist, wenn von der Aktivität ein hoher sozialer Nutzen ausgeht.

Die Anwendung des Fahrlässigkeitsmaßstabs ist in der Realität oft mit Unsicherheiten verbunden. Wie gesehen,¹²¹ setzt sie Informationen voraus, die den Parteien, aber auch den Gerichten, nicht immer präzise bekannt sein werden, z. B. über die Kosten und den Nutzen einer Sorgfaltsmaßnahme. Die Schwierigkeit, den richtigen Sorgfaltsmaßstab *ex ante* zu erkennen, kann dazu führen, dass der Schädiger nicht die optimale Sorgfalt walten lässt.¹²² Er wird sich an dem orientieren, was er als Sorgfaltsmaßstab *erwartet* und das wird nicht immer der tatsächlich geforderten Sorgfalt entsprechen. Unsicherheitsquellen sind u. a. mögliche Fehler der Gerichte bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs oder der Bewertung der tatsächlich ergriffenen Maßnahmen sowie mögliche Fehler des Schädigers bei der Prognose der gerichtlichen Entscheidung.¹²³ Nimmt der Schädiger einen Sorgfaltsmaßstab an, der unter der tatsächlich geforderten Sorgfalt liegt, wird seine Sorgfalt hinter der optimalen Sorgfalt zurückbleiben. Geht er von einem Maßstab aus, der über der tatsächlich geforderten Sorgfalt liegt, wird er sich übersorgfältig verhalten. Oft wird der Schädiger nur eine Prognose treffen können, welche Sorgfaltsmaßnahmen die Gerichte mit welcher Wahrscheinlichkeit für erforderlich halten könnten. Wie er sich verhält, hängt dann u. a. von den Informationen ab, über die er verfügt, und auch seine Risikoeinstellung wird oft eine wichtige Rolle spielen.¹²⁴

Aus theoretischer Sicht kann Unsicherheit über den Fahrlässigkeitsmaßstab genauso gut zu einer Überabschreckung wie zu einer Unterabschreckung führen. Es ist eine empirische Frage, wie der Schädiger die jeweiligen Wahrscheinlichkeiten einschätzt und es hängt u. a. von diesen Wahrscheinlichkeiten, den Sorgfaltskosten und den erwarteten Schadenskosten ab, ob es sich lohnt, mehr oder weniger als die optimale Sorgfalt aufzuwenden.¹²⁵

¹²¹ Oben → § 8 II 3d aa.

¹²² Vgl. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 62020, 219f.; *Arlen*, in: Oxford Handbook, 2017, 41, 55ff.; *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 62012, 221f.; *Shavell*, Accident Law, 1987, 79ff.; *Calfee/Craswell*, Va. L. Rev. 70 (1984), 965ff.; *Craswell/Calfee*, J.L. Econ. & Org. 2 (1986), 279, 280, 298f.

¹²³ *Shavell*, Accident Law, 1987, 79f., 82.

¹²⁴ Zum letztgenannten Aspekt *Craswell/Calfee*, J.L. Econ. & Org. 2 (1986), 279, 300ff.

¹²⁵ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch, 62020, 219f. (mit einem Zahlenbeispiel); *Calfee/Craswell*, Va. L. Rev. 70 (1984), 965, 981ff. Modellhafte Annäherungen finden sich bei *Craswell/Calfee*, J.L. Econ. & Org. 2 (1986), 279, 280ff.

Befürchtet der Gesetzgeber für eine konkrete Situation eine Überabschreckung infolge der mit dem Fahrlässigkeitsmaßstab verbundenen Unsicherheiten, kann er stattdessen auf einen strengeren Maßstab wie die grobe Fahrlässigkeit oder den Vorsatz ausweichen. Dadurch werden die Unsicherheiten zwar nicht restlos beseitigt, weil auch die Anwendung dieser Maßstäbe nicht exakt vorherzusehen ist. Tendenziell ist aber davon auszugehen, dass diese Maßstäbe ein höheres Maß an Präzision aufweisen als die (einfache) Fahrlässigkeit.¹²⁶ Vor allem aber verschiebt sich die Linie, ab welcher der Schädiger realistisch mit einer Haftung rechnen muss. Zur Veranschaulichung kann man sich zehn Verhaltensweisen auf einer Skala von „völlig harmlos“ bis „extrem gefährlich“ vorstellen: Der Schädiger weiß vielleicht nicht sicher, ob z. B. die Verhaltensweise Nr. 2 noch als „nicht fahrlässig“ bewertet würde oder schon als „leicht fahrlässig“ oder mit jeweils welcher Wahrscheinlichkeit ein Gericht die Verhaltensweise Nr. 7 noch als „einfach fahrlässig“ oder schon als „grob fahrlässig“ oder gar „vorsätzlich“ ansehen würde. Je später die Haftung eingreift, desto mehr Verhaltensweisen gibt es jedoch, die der Schädiger gefahrlos oder mit nur geringem Risiko ausführen kann.

Wie problematisch eine Überabschreckung wäre, hängt auch davon ab, wie wertvoll die betroffenen Tätigkeiten für die Gesellschaft sind. Verhaltensweisen, die keinerlei sozialen Nutzen haben,¹²⁷ dürfen gut und gern auf null reduziert werden. Sozial nützliche Tätigkeiten verdienen hingegen den Schutz der Rechtsordnung, wobei im Zivilrecht oft das Problem besteht, dass zwei nützliche Tätigkeiten aufeinander treffen, die eine deshalb nur auf Kosten der anderen geschont werden kann. Die unter § 826 BGB fallenden Verhaltensweisen (z. B. bewusste Täuschungen) sind zwar als solche schon definitionsgemäß sittenwidrig, sie sind aber oft aufs Engste mit normalen wirtschaftlichen Aktivitäten verbunden, die einen hohen gesellschaftlichen Nutzen haben (z. B. Anlageberatungen, Kreditvergaben oder Expertenauskünften).¹²⁸ Ähnlich kann es bei § 830 Abs. 2 BGB sein – man denke nur an die im Zivilrecht im Vergleich zum Strafrecht durchaus häufige sog. neutrale Beihilfe durch berufstypische Handlungen.¹²⁹ Der Ausschluss der Fahrlässigkeitshaftung rechtfertigt sich in beiden Fällen also auch dadurch, dass verhindert werden soll, dass die sozial erwünschten Haupttätigkeiten wegen der damit verbundenen Schadens- und Haftungsrisiken reduziert werden. Bei § 826 BGB kommt zweierlei hinzu: Zum einen sind reine Vermögensschäden aus wohlfahrtsökonomischer Sicht weniger problema-

¹²⁶ H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, 62020, 364, 367.

¹²⁷ Voraussetzung dafür wäre, dass der private Nutzen des Schädigers nicht als sozialer Nutzen anerkannt wird. Denn einen solchen privaten Nutzen wird es immer geben, da sich anders nicht erklären lässt, warum der Schädiger überhaupt gehandelt hat.

¹²⁸ Vgl. H.-J. Mertens, ZHR 143 (1979), 174, 177f.

¹²⁹ Vgl. dazu BGH NJW 2012, 3177, 3180, Rn. 27; MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 830 Rn. 29ff.; v. Hein, AcP 204 (2004), 761 ff.

tisch als z. B. Körperverletzungen oder Sachbeschädigungen, weil sie oft einen nicht unerheblichen Umverteilungsanteil enthalten:¹³⁰ Wenn die A das Auto des B zerstört, ist damit eine gesellschaftliche Ressource unwiederbringlich verloren. Wenn A den B stattdessen durch Täuschung dazu bringt, ihr das Auto zu überlassen, ist der private Verlust genauso groß, aber die Ressource ist noch da.¹³¹ Zum anderen sind Vermögensinteressen mangels Verkörperung mitunter schwerer zu erkennen, was dazu führen kann, dass der Schädiger möglicherweise weniger zuversichtlich ist als z. B. bei Eigentumsverletzungen, dass es ihm immer gelingen wird, etwaige Vermögensschädigungen durch die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt abzuwenden.¹³²

Wichtig ist, dass es erst die Unsicherheit über die Anwendung des Fahrlässigkeitsmaßstabs ist, die das Problem einer möglichen Überabschreckung hervorruft. Wäre der Fahrlässigkeitsmaßstab eindeutig bestimmt und für den potenziellen Schädiger *ex ante* ohne Schwierigkeiten erkennbar, könnte er die Haftung schlicht dadurch abwenden, dass er die geforderte Sorgfalt erbringt.¹³³ Selbst wenn der erwartete Schaden deutlich über den Sorgfaltkosten liegt, und deshalb eine vergleichsweise hohe Haftung droht, gäbe es keinen Grund, vorsichtshalber mehr als die erforderliche Sorgfalt aufzuwenden. Wenn der Schädiger weiß, dass ihn bereits die erforderliche Sorgfalt von der Haftung befreit und er diese sicher erkennt, braucht er darüber nicht hinauszugehen. Nur weil die Bestimmung des Sorgfaltmaßstabs und seine Anwendung auf das konkrete Schädigerverhalten in der Praxis mit Unsicherheiten verbunden sind und der Schädiger deshalb oft nicht sicher voraussehen kann, ob sein Verhalten als fahrlässig bewertet werden würde oder nicht, entsteht für ihn ein Anreiz, sich übersorgfältig zu verhalten oder die schadensträchtige Aktivität übermäßig zu reduzieren, um einer möglichen Haftung aus dem Weg zu gehen. Will der Gesetzgeber eine solche Überabschreckung vermeiden, kann er ihr entgegensteuern, indem er einen präziseren und/oder weniger strengen Haftungsmaßstab vorsieht und so das Haftungsrisiko des Schädigers begrenzt. Die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz wird dem gerecht, weil die Vorsatzhaftung gut zu prognostizieren und weniger streng ist als die Fahrlässigkeitshaftung.

¹³⁰ MünchKommBGB/Wagner, § 826 Rn. 15 f.; H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, 62020, 362 f.; Wagner, ZHR 181 (2017), 203, 264 f.; H.-B. Schäfer, AcP 202 (2002), 808, 814.

¹³¹ Aus gesamtgesellschaftlicher Sicht liegt das Problem in solchen Fällen u. a. darin, dass das Vertrauen in gesellschaftliche Umverteilungsmechanismen wie den Markt geschwächt wird. Erzwangene oder erschwindelte Transaktionen sind i. d. R. weniger effizient als freiwillige. Zudem könnte ein Ressourcenschaden z. B. dadurch entstehen, dass B (und jeder, dem ähnliches widerfährt) künftig mehr Zeit aufwendet, um zu verhindern, dass er nochmal in vergleichbarer Weise über den Tisch gezogen wird.

¹³² Vgl. dazu Faust, AcP 210 (2010), 555, 559.

¹³³ H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch, 62020, 364.

d) Senkung von Informationskosten

Die Schwierigkeiten, die in der Praxis mit der Anwendung des Fahrlässigkeitsmaßstabs verbunden sein können, erklären für sich genommen allerdings noch nicht, warum für bestimmte Fälle gerade auf Vorsatz abgestellt werden sollte und nicht auf einen anderen Maßstab mit vergleichbar hoher Präzision wie die grobe Fahrlässigkeit. Um sich der Antwort auf diese Frage zu nähern, hilft es, sich in die Situation des Schädigers hineinzusetzen und sich zu fragen, wie er außer durch eine Anpassung seines Sorgfaltsniveaus sonst noch auf die unsichere Haftungssituation reagieren könnte. Eine Möglichkeit wurde bereits angedeutet: Der Schädiger könnte die schadensträchtige Aktivität insgesamt reduzieren, z. B. weil er das Haftungsrisiko überschätzt und meint, es würde den Nutzen übersteigen, oder weil er in Anbetracht der unsicheren Lage nicht bereit ist, das Risiko einzugehen.¹³⁴ Der Effekt ist aus der ökonomischen Analyse der Gefährdungshaftung bekannt.¹³⁵ Um zu verstehen, warum er auch im hiesigen Zusammenhang auftritt, muss man sich klarmachen, dass die Fahrlässigkeitshaftung in ihrer praktischen Anwendung für den Schädiger Elemente einer strikten Haftung aufweisen kann, wenn das Gericht z. B. den Sorgfaltsmaßstab zu hoch anlegt oder fälschlicherweise davon ausgeht, der Schädiger habe mit seinem Verhalten das erforderliche Sorgfaltsniveau unterschritten. Sollte der Schädiger umgekehrt das Haftungsrisiko unterschätzen, kann er darauf natürlich auch mit einer Ausweitung seiner Aktivität reagieren.

Für das Verständnis der Vorsatzhaftung ist aber eine dritte Handlungsoption noch wichtiger: Der Schädiger könnte auf die Unsicherheit mit dem Versuch reagieren, die Unsicherheit zu beseitigen. Er kann zwar wenig tun, um seine Prognose über die mögliche Entscheidungsfindung des Gerichts zu verbessern, zumal er noch nicht weiß, ob und ggf. wo er verklagt werden wird. Er kann sich aber bemühen, möglichst präzise Informationen über sein eigenes Verhalten einzuholen und dieses selbst in rechtlicher Hinsicht möglichst zutreffend zu bewerten. *Parker* spricht von der Generierung von „*self-characterizing information*“.¹³⁶ In diesem Zusammenhang ist auch relevant, dass, wie oben bereits näher ausgeführt,¹³⁷ eine unzureichende Informationsbeschaffung schon für sich genommen einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründen kann, weil die Gerichte nicht danach fragen, ob sich der Schädiger in Anbetracht der ihm tatsächlich zur Verfügung stehenden Informationen sorgfältig verhalten hat, sondern danach, ob er sich

¹³⁴ Vgl. *Parker*, Va. L. Rev. 79 (1993), 741, 772 ff. (mit dem illustrativen Beispiel einer möglicherweise drohenden, aber nicht sicher vorsehbaren Todesstrafe bei Geschwindigkeitsüberschreitungen im Straßenverkehr), ferner 780–782; *Khanna*, B.U. L. Rev. 79 (1999), 355, 394; *Faust*, AcP 210 (2010), 555, 558 f.

¹³⁵ Vgl. dazu schon oben → § 7 A I 2 a.

¹³⁶ *Parker*, Va. L. Rev. 79 (1993), 741, 744 f. und passim; zust. zu Parkers Ansatz *Khanna*, B.U. L. Rev. 79 (1999), 355, 395.

¹³⁷ → § 8 B III 3a aa, bb.

sorgfältig verhalten hat auf Grundlage der Informationen, die eine sorgfältige Person an seiner Stelle besessen hätte. An einem Beispiel: Würden auch fahrlässige Vermögensverletzungen unter § 826 BGB fallen, müsste z. B. ein Sachverständiger, der ein Wertgutachten über ein Grundstück erstellt, nicht nur mit einer Haftung rechnen, wenn er bewusst einen bedeutsamen Mangel verschweigt, sondern auch, wenn er einen Mangel verschweigt, den er gar nicht bemerkt hat, aber hätte bemerken können. Will er sicher gehen, dass er nicht haftet, müsste er die erforderliche Sorgfalt aufwenden, wozu hier auch die Informationsbeschaffung in Bezug auf etwaige Mängel gehören würde. Der Aufwand dafür kann durchaus beträchtlich sein und deutlich über dem liegen, was für die sorgfältige Anfertigung eines Gutachtens auf Basis bereits vorhandener Informationen nötig wäre.

Drohen wegen der beschriebenen Unsicherheiten bei der Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabs und der Selbsteinschätzung des eigenen Verhaltens Überinvestitionen in die Informationsbeschaffung, bestünden also bei einer Fahrlässigkeitshaftung Anreize, mehr Geld für die Gewinnung selbstcharakterisierender Informationen auszugeben, als aus wohlfahrtsökonomischer Sicht wünschenswert ist (was wegen der bereits beschriebenen Umverteilungsproblematik wiederum bei reinen Vermögensschäden besonders nahe liegt), kann der Gesetzgeber stattdessen einen Haftungsmaßstab vorsehen, mit dem er von dem Schädiger nur verlangt, dass er auf Grundlage der Informationen, *die er bereits hat*, die richtige Entscheidung trifft.¹³⁸ Es besteht dann für den Schädiger keine Notwendigkeit, weitere Informationen zu beschaffen und hierfür ggf. ineffiziente Kosten aufzuwenden. So kann verhindert werden, dass über den Haftungsmaßstab Wissensobligationen geschaffen werden, die aus gesamtgesellschaftlicher Sicht nicht effizient wären. Theoretisch kommen dafür zwei Maßstäbe in Betracht, die sich nach dem oben bereits beschriebenen Ansatz der h. M. hinsichtlich des Wissenslements nicht unterscheiden: die *bewusste* Fahrlässigkeit (ggf. qualifiziert als *bewusste grobe* Fahrlässigkeit) und der Vorsatz. Interessanterweise gibt es aber im BGB keinen Paragraphen, der allein auf bewusste Fahrlässigkeit abstellen würde. Stattdessen wird durchweg an Vorsatz angeknüpft, der an das Wissenslement allerdings dieselben Anforderungen stellt: Erforderlich ist mindestens die Kenntnis der tatbestandsrelevanten Umstände, bloßes Kennenmüssen reicht nicht. Das ist für den potenziellen Schädiger entlastend, denn er kann sich darauf verlassen, dass ihm zur Begründung der Haftung allenfalls Kenntnisse vorgehalten werden, über die er tatsächlich verfügt. Hingegen kann ihm im Rahmen der Vorsatzhaftung nicht zum Vorwurf gemacht werden, er hätte sich zusätzliche Kenntnisse beschaffen müssen.¹³⁹ Damit werden die Anreize reduziert, in eine ineffiziente Informations-

¹³⁸ Vgl. *Parker*, Va. L. Rev. 79 (1993), 741, 773 f., 782 f. Vgl. auch schon *Koller*, JZ 1998, 75, 78.

¹³⁹ Vgl. nur BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 62; NJW 2018, 1751, 1752, Rn. 13; BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 25; NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 12.

beschaffung zu investieren: Der Schädiger erhalte durch zusätzliche Investitionen in die Informationsbeschaffung zwar größere Gewissheit über die rechtliche Bewertung seines eigenen Verhaltens, könnte aber im schlimmsten Fall sogar seine Haftung ausweiten, weil diese gerade an die bei dem potenziellen Schädiger tatsächlich vorhandenen Kenntnisse anknüpft.

Auf der Hand liegt jedenfalls: Wenn es darum geht, ineffiziente Aufwendungen für die Beschaffung von Informationen zu vermeiden, dann muss das beim Schädiger vorhandene *Wissen* das entscheidende Merkmal sein. Demgegenüber verlieren zwei andere Elemente an Bedeutung, die nach h.M. ebenfalls zum Vorsatz gehören, nämlich das aus diesem Wissen gewonnene *Bewusstsein* der Tatbestandsverwirklichung und deren *Billigung*. Denn hier stellt sich keine vergleichbare Kostenproblematik: Um aus vorhandenem Wissen ein bestimmtes Bewusstsein zu gewinnen, muss der Schädiger es lediglich kognitiv richtig verarbeiten. Das mag nicht immer einfach sein, kostet aber nur Zeit. Genauso ist es mit der Billigung: Wie sich der Schädiger innerlich zu der erkannten Tatbestandsverwirklichung positioniert, ist eine Frage, die sich allein in seinem Kopf abspielt und keine Kosten in der Außenwelt verursacht. Nur die Beschaffung von Informationen führt in nennenswertem Umfang zu sozialen Kosten und deshalb ist es auch nur in Bezug auf die Informationsbeschaffung wichtig, dass der Gesetzgeber sinnvolle Verhaltensanreize setzt. Ob er an Kenntnis oder Kennenmüssen anknüpft, macht unter dem Aspekt der Informationskosten einen großen Unterschied, ob daneben noch ein Willenselement verlangt wird, ist hingegen aus wohlfahrtsökonomischer Sicht kaum relevant.

3. Fazit

Es zeigt sich also, dass die reine Vorsatzhaftung, wie sie z. B. in § 826 und § 830 Abs. 2 BGB realisiert ist, gegenüber der im zivilen Haftungsrecht sonst üblichen Fahrlässigkeitshaftung zu einer Privilegierung des Schädigers führt, mit der im Wesentlichen zwei Funktionen erfüllt werden sollen: Zum einen soll eine Überabschreckung sozial nützlicher wirtschaftlicher Aktivitäten verhindert werden, die bei einer Fahrlässigkeitshaftung dadurch drohen würde, dass die Anwendung des Fahrlässigkeitsmaßstabs für potenzielle Schädiger in der Praxis nicht mit 100 %iger Sicherheit vorhergesehen werden kann. Es besteht die Gefahr, dass die Strenge des Sorgfaltsmaßstabs überschätzt wird und dass potenzielle Schädiger sich dann übersorgfältig verhalten und/oder ihre Aktivitäten stärker einschränken als dies aus gesamtwirtschaftlicher Sicht optimal wäre. Wo der Gesetzgeber eine solche Überabschreckung befürchtet, kann er stattdessen auf den Vorsatzmaßstab zurückgreifen, dessen Anwendung einerseits von potenziellen Schädigern vergleichsweise präzise prognostiziert werden kann und der andererseits als gegenüber der Fahrlässigkeit weniger strenger Maßstab die Verhaltensspielräume der Schädiger vergrößert.

Zum anderen kann mit dem Vorsatzerfordernis verhindert werden, dass potenzielle Schädiger Anreize erhalten, zur Haftungsvermeidung übermäßig in die Beschaffung von Informationen zu investieren. Die mit der Anwendung des Fahrlässigkeitsmaßstabs verbundenen Unsicherheiten können dazu führen, dass potenzielle Schädiger versuchen, ihre Informationslage zu verbessern und so die bestehenden Unsicherheiten zu verringern. Außerdem kann die Fahrlässigkeitshaftung selbst an eine unzureichende Informationsbeschaffung anknüpfen, weil pflichtwidrig auch handelt, wer sich nur deshalb nicht sorgfältig verhält, weil er mangels sorgfältiger Informationsbeschaffung die Gefahr oder seine Pflicht nicht erkennt. Befürchtet der Gesetzgeber Überinvestitionen in Informationskosten, kann er auf den Vorsatzmaßstab zurückgreifen, um klarzustellen, dass die Haftung nur an tatsächlich vorhandene Kenntnisse anknüpft, nicht an Kenntnisse, die der Schädiger tatsächlich nicht hatte, aber hätte haben müssen. Knüpft die Haftung nur an vorhandene Kenntnisse an, werden die Anreize für eine übermäßige Informationsbeschaffung reduziert und im Gegenteil sogar eher Anreize gesetzt, sich von Informationen fernzuhalten. Das kann zwar neue Probleme hervorrufen,¹⁴⁰ führt aber zweifellos erstmal zu niedrigeren Informationskosten und kann daher aus wohlfahrtsökonomischer Sicht geboten sein. Geht man davon aus, dass mit dem Vorsatzerfordernis vor allem die Beschaffung von Informationen und die daraus resultierenden Informationskosten reguliert werden sollen, liegt auf der Hand, dass es für den Vorsatz zentral auf die tatsächlichen Kenntnisse des Schädigers ankommen muss und dass das Wollenselement demgegenüber an Bedeutung verliert.

IV. Objektiver Vorsatz

Angesichts der erheblichen Schwierigkeiten, die der subjektive Vorsatzbegriff der h.M. in der Rechtspraxis aufwirft, und der Tatsache, dass das Wollenselement aus funktionaler Sicht für den zivilrechtlichen Vorsatz weit weniger bedeutsam ist als das Wissensselement, ist es erstaunlich, dass das Vorsatzverständnis der h.M. für das Deliktsrecht und auch sonst für das Zivilrecht praktisch nicht hinterfragt wird. Während die Diskussion über die verschiedenen Vorsatztheorien in der Strafrechtswissenschaft zu den lebendigsten Kontroversen überhaupt gehört, gibt es für das Zivilrecht keine vergleichbare Debatte. Dabei läge zumindest eine Auseinandersetzung mit den sog. kognitiven Theorien des Strafrechts nahe, die das Wissensselement gegenüber dem Wollenselement des Vorsatzes stärker betonen oder sogar ganz ohne Wollenselement auskommen. Erklären lässt sich das Schweigen der Zivilrechtswissenschaft eigentlich nur da-

¹⁴⁰ Vgl. dazu noch unten → IV 2c, B II 2.

mit, dass die reine Vorsatzhaftung im Zivilrecht im Vergleich mit der Fahrlässigkeitshaftung eine eher geringe Rolle spielt.

Erstaunlich ist auch, dass nie versucht wurde, den zivilrechtlichen Vorsatzbegriff nach dem Vorbild der objektiven Fahrlässigkeit zu objektivieren. Zwar ist auf die bemerkenswerte Kluft zwischen der objektiv-generalisierenden Fahrlässigkeitsdefinition des § 276 Abs. 2 BGB und der im Gesetz nicht enthaltenen, aber seit jeher gebräuchlichen subjektiven Definition des Vorsatzes gelegentlich hingewiesen worden,¹⁴¹ Veränderungen im Verständnis des Vorsatzbegriffes haben sich dadurch jedoch nicht ergeben. Mitunter ist immerhin eine „Normativierung“ des zivilrechtlichen Vorsatzes beschrieben¹⁴² oder offen eingefordert¹⁴³ worden. Allerdings hat dies immer sogleich auch entsprechende Gegenbewegungen hervorrufen.¹⁴⁴ Dass man sich an einer Objektivierung des zivilrechtlichen Vorsatzes bisher nicht versucht hat, ist nicht nur wegen der Zweifel am faktisch-psychologischen Begriff der Rechtsprechung überraschend, sondern auch, weil selbst zum Strafrecht zumindest „objektivierende“ Ansätze durchaus vertreten werden.¹⁴⁵

Allerdings dominiert der subjektive Vorsatzbegriff auch die Deliktsrechte im Ausland. So verwendet z. B. das US-amerikanische *Restatement (Third) of Torts* einen subjektiven Vorsatzbegriff, der noch dazu auf Absicht und Wissentlichkeit beschränkt ist.¹⁴⁶ Auch im englischen Deliktsrecht setzen *intention* und *malice* zwingend ein *mental element* voraus.¹⁴⁷ Ebenso orientieren sich die Rechtsordnungen des romanischen Rechtskreises am Strafrecht und definieren den Vorsatz subjektiv.¹⁴⁸ Auch Art. VI.-3:101 DCFR verwendet einen subjektiven Vorsatzbegriff, allerdings zeigen sich die Verfasser in den erläuternden Materialien zumindest in Bezug auf Unternehmen und andere Organisationen offen für ein stärker objektivierendes Vorsatzverständnis.¹⁴⁹

Demgegenüber wird im Folgenden die These vertreten, dass sich der zivilrechtliche Vorsatz ohne größere Schwierigkeiten objektivieren lässt und dass

¹⁴¹ So z. B. von *Deutsch*, Allg. HaftungsR, ²1996, Rn. 340.

¹⁴² AK-BGB/*Teubner*, 1979, § 826 Rn. 9; *H.-J. Mertens*, ZHR 143 (1979), 174, 182 f.

¹⁴³ So wohl MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 826 Rn. 42; *Wagner*, JZ 2017, 522, 525; *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, 266 f., 272, der eine Gleichbehandlung von Wissen und bewusstem Nichtwissen (*blind-eye knowledge*) fordert, welche mit dem überkommenen Vorsatzbegriff nicht zu vereinbaren ist, weil echte und nicht bloß unterstellte Tatsachenkenntnis gemeinhin als absolutes Mindestanforderungsmerkmal des Vorsatzes gilt, vgl. dazu schon oben → I 1 bei Fn. 31–34 sowie § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und *Roxin/Greco*, StrafR AT I, ⁵2020, § 12 Rn. 96–97. Zum Ganzen noch ausf. unten → 2c.

¹⁴⁴ Gegen *Mertens* (→ Fn. 142) z. B. *Staudinger/Oechsler*, 2018, § 826 Rn. 98; *Rümker*, ZHR 143 (1979), 195, 203.

¹⁴⁵ Deutlich z. B. von *Puppe* und *Herzberg*, dazu sogleich unten → 1a.

¹⁴⁶ *Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm* (2010), § 1.

¹⁴⁷ *Mulheron*, Tort Law, ²2020, 691 ff.; *Horsey/Rackley*, Tort Law, ⁴2015, 401; *Cane*, Oxford J. L. Stud. 20 (2000), 533, 534 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *v. Bar*, GemDeliktsR, Bd. 2, 1999, § 2 Rn. 237.

¹⁴⁹ *v. Bar/Clive*, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3115 f. Dazu → bei Fn. 335.

dadurch die praktischen Anwendungsprobleme mit dem subjektiven Vorsatzbegriff beseitigt werden könnten, ohne dass der Zweck und insbesondere die verhaltenssteuernde Funktion des Vorsatzkriteriums im Zivilrecht gefährdet würden. Zwar könnte die Objektivierung zu weniger Einzelfallgerechtigkeit führen, dieser Nachteil würde jedoch wie bei der objektiven Fahrlässigkeit des § 276 Abs. 2 BGB durch die praktischen Vorzüge mehr als aufgewogen. Die Anreizsetzung könnte durch einen objektiven Vorsatzbegriff sogar verbessert werden, weil seine Anwendung besser vorhersehbar wäre. Nicht zu verachten ist im hiesigen Kontext natürlich auch, dass man mit einem objektiven Vorsatzbegriff zudem besser in der Lage wäre, die besonderen Herausforderungen der Unternehmens-Vorsatzhaftung zu bewältigen.

1. Objektivieren – aber wie?

Ist einmal erkannt, welchen Zwecken die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz dient – nämlich dazu, sozial nützliche Aktivitäten in Unsicherheitssituationen nicht übermäßig abzuschrecken und ineffiziente Informationsaufwendungen zu verhindern – kann man sich der Antwort auf die Frage nähern, wie der Begriff des Vorsatzes zweckmäßigerweise zu definieren ist. Dabei ist nicht nur das Telos im Auge zu behalten, sondern es ist auch nach einer Lösung zu suchen, die die oben¹⁵⁰ beschriebenen Schwierigkeiten mit dem subjektiven Vorsatzbegriff der h. M. minimiert. Auch in Anbetracht des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs nach § 276 Abs. 2 BGB, liegt es nahe, eine entsprechende Objektivierung des Vorsatzes zu erwägen. Nicht disponibel ist dabei angesichts der Zwecke des Vorsatzerfordernisses der größere Teil des Wissenslements: Soll mit dem Vorsatzkriterium auch verhindert werden, dass zu viel in die Beschaffung von Informationen investiert wird, darf mit der Haftung nur an vorhandenes Wissen angeknüpft werden. Weitgehend verzichtbar scheint demgegenüber die weitere Anforderung des Wissenslements, dass der Schädiger die ihm zur Verfügung stehenden Informationen kognitiv zu einem *Bewusstsein* der Tatbestandsverwirklichung verarbeitet haben muss. Auch dem Wollenselement kommt im Zivilrecht teleologisch gesehen keine tragende Bedeutung zu, weil hier anders als im Strafrecht mit der Vorsatzhaftung nicht sanktioniert werden soll, dass der Schädiger sich gegen das Recht entschieden hat.¹⁵¹ Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden für die Objektivierung des Vorsatzes zwei Ansätze diskutiert werden: Zum einen soll erwogen werden, ob man das Wollenselement insgesamt fallen lassen und stattdessen allein daran anknüpfen könnte, dass der Schädiger in Kenntnis der tatbestandsrelevanten Umstände gehandelt hat. Zum anderen ist zu diskutieren, ob man das Verhalten des Schädigers aus der Perspektive eines verständigen Beobachters bewerten könnte,

¹⁵⁰ → II.

¹⁵¹ Vgl. zu diesem Zweck des strafrechtlichen Vorsatzes oben → bei Fn. 106–107.

also danach ob es wie vorsätzliches oder wie nicht vorsätzliches Verhalten aussah. Der zweite Ansatz ist m. E. für das Zivilrecht vorzuziehen, was in den beiden folgenden Abschnitten im Einzelnen erläutert werden soll.

a) *Verzicht auf das Wollenselement?*

Wenn es aus funktionaler Sicht bei der Abgrenzung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitshaftung vor allem darum geht, lediglich an bereits vorhandenes Wissen und nicht an „Wissenmüssen“ anzuknüpfen, um für Unsicherheitslagen keine sozial unerwünschte Informationsbeschaffung anzureizen, dann liegt es auf den ersten Blick nahe, für die Objektivierung des Vorsatzes an die sog. kognitiven Vorsatztheorien aus dem Strafrecht anzuknüpfen. Zu ihnen gehören die sog. Möglichkeits- oder Vorstellungstheorie, die Wahrscheinlichkeitstheorie, die Risikotheorie von *Frisch*, die Lehre von der Vorsatzgefahr von *Puppe* und die Lehre von der unabgeschirmten/unmittelbaren Gefahr von *Herzberg*.¹⁵² Der gemeinsame Kern dieser Ansätze besteht darin, dass sie für den bedingten Vorsatz lediglich eine bestimmte Vorstellung von der Gefahr der Tatbestandsverwirklichung verlangen. Ist die Gefahr hinreichend groß und konkret, manifestiere sich schon im Weiterhandeln des Täters seine Entscheidung gegen das geschützte Rechtsgut.¹⁵³ Ein über den Handlungswillen hinausgehendes, auf die Rechtsgutsverletzung bezogenes voluntatives Element wird daher von diesen Lehren nicht gefordert. Insbesondere soll es entgegen der h. M. und ihr nahestehender Ansichten nicht darauf ankommen, ob der Täter die Rechtsgutsverletzung gebilligt oder für den Fall ihres Eintritts hingenommen hat, ob er damit einverstanden war o. ä. Untereinander unterscheiden sich die kognitiven Lehren vor allem dadurch, welche Anforderungen sie an die objektiv bestehende Gefahr und die darauf bezogene Vorstellung des Täters stellen.

Mit dem Verzicht auf das Wollenselement gehen die kognitiven Theorien einen richtigen Schritt in die oben¹⁵⁴ vorgezeichnete Richtung, das tatsächlich beim Täter vorhandene Wissen als zentrales Element des Vorsatzes anzusehen. Für das Zivilrecht gehen sie jedoch nicht weit genug. Als Theorien über das strafrechtliche Vorsatzverständnis müssen die strafrechtlichen kognitiven Lehren zwei Grenzen akzeptieren, die im Zivilrecht nicht bestehen. Zum einen besagt § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, dass „nicht vorsätzlich“ handelt, wer „bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“. Zum anderen verlangt das verfassungsrechtlich fundierte Schuldprinzip, wie gesehen,¹⁵⁵

¹⁵² Vergleichende Überblicke z. B. bei MünchKommStGB/*Joecks/Kulhanek*, 42020, § 16 Rn. 33–42; SchSch/*Sternberg-Lieben/Schuster*, 302019, § 15 StGB Rn. 74–79; *Roxin/Greco*, StrafR AT I, 52020, § 12 Rn. 41–52.

¹⁵³ Vgl. *Frister*, StrafR AT, 92020, Kap. 11 Rn. 22–25; *Frister*, ZIS 2019, 381, 382; *Harro Otto*, StrafR, 72004, § 7 Rn. 36; *Frisch*, Vorsatz, 1983, 262f.; *Schmidhäuser*, JuS 1980, 241, 249.

¹⁵⁴ → III 2c, d.

¹⁵⁵ Dazu bereits oben → III 1.

dass die Tat dem Täter individuell zum Vorwurf gemacht werden kann. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind im Strafrecht die wichtigsten Weichen auf dem Weg zur Schuldfeststellung und daher notwendigerweise subjektiv zu definieren. Das erkennen auch die kognitiven Lehren an: Einige bestreiten lediglich die Sinnhaftigkeit einer Trennung zwischen kognitiven und voluntativen Elementen und gehen von einem einheitlichen Gedankenprozess aus, für den sie jedoch z. B. verlangen, dass der Täter das Risiko „ernstgenommen“ oder dass er sich die Möglichkeit der Erfolgsherbeiführung „konkret“ oder „wirklich“ vorgestellt haben muss.¹⁵⁶ Bei einer derartigen Qualifizierung des Wissenselements sind die Unterschiede zur h. M. in der Sache gering.¹⁵⁷ Auch im Übrigen wird von den Vertreterinnen und Vertretern kognitiver Lehren in aller Regel nicht nur verlangt, dass der Täter die relevanten Tatumstände kannte, sondern dass er sie für sich richtig verarbeitet hat, dass ihm die Gefahr der Tatbestandsverwirklichung also konkret vor Augen stand.¹⁵⁸ Mit anderen Worten: Es wird nicht bloß *Kenntnis* verlangt, sondern ein konkretes *Bewusstsein* der möglichen Tatbestandsverwirklichung. *Frister* beschreibt dies als „Subsumtionsvorgang“, der den Täter erst in die Lage versetze, sich für oder gegen die Rechtsgutsverletzung zu entscheiden (wenn auch nur durch sein Weiterhandeln) und der deshalb sowohl nach § 16 StGB als auch unter teleologischen Aspekten (Schuld, Strafe) für den Vorsatz unverzichtbar sei.¹⁵⁹

Selbst *Puppes* „Lehre von der Vorsatzgefahr“, die von den strafrechtlichen Theorien dem hiesigen Vorschlag wohl am nächsten steht, nimmt als Ausgangspunkt die „wirkliche Vorstellung des Täters über Art und Ausmaß der Gefahr“ und damit ein subjektives Element.¹⁶⁰ Der Täter muss sich nach dieser Lehre „bewusst sein“, dass überhaupt eine Gefahr der Tatbestandsverwirklichung besteht.¹⁶¹ Auch *Herzberg* setzt für seine Lehre von der unabgeschirmten/unmittelbaren Gefahr als selbstverständlich voraus, dass das „Erfassen“ der möglichen Tatbestandsverwirklichung durch den Täter nach seinem Bewusstseinsgrad für ein Kennen i. S. von § 16 StGB ausreicht.¹⁶² Zu Recht schreibt daher *Vogel*: „Ein strenger ‚Objektivismus‘, wonach Vorsatz unabhängig von einem psychischen Substrat zugeschrieben wird, ist im modernen deutschen Strafrecht bis in jüngste Zeit nicht vertreten worden.“¹⁶³

¹⁵⁶ *Frisch*, Vorsatz, 1983, 192–201, 341; *Schmidhäuser*, JuS 1980, 241, 244f., 250; *H. Schröder*, FS Sauer, 1949, 207, 231.

¹⁵⁷ *SchSch/Sternberg-Lieben/Schuster*, 302019, § 15 StGB Rn. 74; *Roxin/Greco*, StrafR AT I, 52020, § 12 Rn. 43.

¹⁵⁸ Vgl. etwa *Herzberg*, JuS 1986, 249, 255: „Risikobild im Kopf des Täters“.

¹⁵⁹ *Frister*, ZIS 2019, 381, 384. *Frister* meint allerdings weiter, dass *Puppe* auf diesen Subsumtionsvorgang verzichte, was hier jedoch bezweifelt wird (s. Text bei → Fn. 161).

¹⁶⁰ NK-StGB/*Puppe*, 52017, § 15 Rn. 68, 72.

¹⁶¹ NK-StGB/*Puppe*, 52017, § 15 Rn. 70.

¹⁶² *Herzberg*, JuS 1986, 249, 261.

¹⁶³ *Vogel*, GA 2006, 386, 388. Dazu schon oben → Fn. 110.

Nun ist es aber natürlich so, dass es sich auch bei dem Wissenselement, wenn man es nicht als Vorhandensein von Informationen o.ä. definiert, sondern als konkretes *Bewusstsein* des Schädigers von der möglichen Tatbestandsverwirklichung, um einen empirisch nicht überprüfbaren, kognitiven Vorgang im Kopf des Täters handelt, der all die Schwierigkeiten aufwirft, die auch mit der Feststellung des Wollenselements verbunden sind. Die oben¹⁶⁴ beschriebenen Probleme mit dem Beweis des Vorsatzes und seiner Manipulierbarkeit werden also nicht gelöst, wenn man zwar das Wollenselement zur Seite schiebt, gleichzeitig aber Anforderungen an das Wissenselement stellt, die sich genauso wenig empirisch überprüfen lassen und die deshalb dieselbe rechtspolitische Kritik auf sich ziehen müssen.¹⁶⁵ Nicht von ungefähr geht der BGH davon aus, dass nicht nur das Wollenselement, sondern auch das Wissenselement eine „innere Tatsache“ ist, die nur mithilfe von Indizien und Erfahrungssätzen zumindest im Rechtsinne bewiesen werden kann.¹⁶⁶ Auch mithilfe der kognitiven Ansätze lassen sich die beschriebenen Probleme also allenfalls abmildern, nicht jedoch beseitigen.¹⁶⁷ Für das Strafrecht dürfte dies angesichts dessen, was auf dem Spiel steht, richtig sein: Wegen der weitreichenden Folgen der Vorsatzfeststellung für Schuld und Strafe wird es hier ohne ein Einfühlen in die Täterpersönlichkeit und seine Gedankenwelt nicht gehen können.¹⁶⁸

Im Zivilrecht wäre es hingegen wegen der abweichenden Funktion des Vorsatzerfordernisses möglich, nicht nur das Wollenselement fallenzulassen, sondern auch noch das Wissenselement um das Bewusstsein der möglichen Tatbestandsverwirklichung zu bereinigen. Die Vorsatzhaftung ließe sich dann daran anknüpfen, welche Informationen dem Schädiger zur Verfügung standen, unabhängig davon, wie er sie kognitiv verarbeitet hat. Dass die unterbliebene oder falsche Informationsverarbeitung nicht vorwerfbar sein muss und der Schädiger daher auch haften könnte, obwohl ihn keine „Schuld“ trifft, ist für das Zivilrecht kein Hindernis. Denn auch der objektive Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB kennt solche Elemente einer strikten Haftung.¹⁶⁹ Auf Willen und Bewusstsein zu verzichten, wäre also ein gangbarer Weg. Er wird hier trotzdem nicht präferiert, weil er sich auch vom rechtstechnischen Ansatz her weit vom subjektiven Vorsatzverständnis der h.M. entfernt und daher wohl kaum eine Chance hätte, sich in der Praxis durchzusetzen. Aussichtsreicher scheint es, einen nicht ganz so radikalen Ansatz zu verfolgen.

¹⁶⁴ → II 2, 3.

¹⁶⁵ Vgl. LKH/Heger, ³⁰2023, § 15 StGB Rn. 25; Kübl, StrafR AT, ⁸2017, § 5 Rn. 71 f.

¹⁶⁶ BGH NJW 2019, 3638, 3641, Rn. 37; vgl. auch BGH NZI 2021, 720, 721, Rn. 11; NZI 2016, 837, 838, Rn. 12; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 47.

¹⁶⁷ Vgl. Frister, ZIS 2019, 381, 386.

¹⁶⁸ Vgl. auch Schweiger, HRRS 2018, 407, 411.

¹⁶⁹ Dazu schon oben → § 8 A II 1a, IV 4.

b) Außenperspektive

Während der Strafrechtslehre bei der Definition des Vorsatzes durch § 16 Abs. 1 S. 1 StGB und das Schuldprinzip aus guten Gründen die Hände gebunden sind, ist man bei Überlegungen zum zivilrechtlichen Vorsatzbegriff von solchen Zwängen frei. Man kann somit deutlich weitergehen als es im Strafrecht zulässig wäre, um die oben¹⁷⁰ beschriebenen Probleme mit der Abgrenzung und Feststellung des Vorsatzes zu überwinden. Insbesondere ist es im Zivilrecht möglich, den Vorsatz von vornherein so zu definieren, dass es für seinen Beweis auf „innere Tatsachen“ nicht ankommt. Dafür kann man nicht nur, wie eben diskutiert, in der Anwendungspraxis besonders problematische, unter teleologischen Gesichtspunkten aber weitgehend nutzlose Kriterien wie das Bewusstsein der Tatbestandsverwirklichung oder das Willenselement aus der Vorsatzdefinition entfernen. Man kann auch erwägen, den Vorsatz nicht aus der Innensicht des Schädigers zu bewerten, sondern aus der Außenperspektive eines verständigen Beobachters. Dies hätte gegenüber dem Ansatz, die Vorsatzdefinition auf die bloße Tatsachenkenntnis zu reduzieren, zwei Vorteile: Zum einen könnte an der überkommenen Vorsatzdefinition einschließlich des Willenselements festgehalten werden, was auf eine größere Akzeptanz hoffen lässt. Der Begriff des Vorsatzes würde sich nicht ändern, es würde nur aus einer anderen Perspektive über sein Vorliegen entschieden. Zum anderen würde man sich mit der Objektivierung mithilfe einer verständigen Vergleichsperson an den Maßstab des § 276 Abs. 2 BGB und die dahinter stehenden Wertungen anlehnen,¹⁷¹ was einerseits die Umstellung in praktischer Hinsicht erleichtern dürfte und andererseits aus systematischen Gründen überzeugt.

Legt man der Feststellung des Vorsatzes nicht die Innenperspektive des Schädigers, sondern die Außenperspektive eines neutralen Beobachters zugrunde, wäre konkret nicht danach zu fragen, was der Schädiger im maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich gedacht und gewollt hat, sondern danach, von welchem Vorstellungsbild des Schädigers ein neutraler Beobachter ausgegangen wäre, der das Verhalten des Schädigers betrachtet hätte. Dieser Gedanke findet sich in ähnlicher Form bereits bei *Puppe*, die ihn so formuliert: „Das Verhalten des Täters ist dann Ausdruck der Maxime, dass die Verletzung des anderen sein soll oder doch sein darf, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle nur dann so hätte handeln können, wenn er den Erfolg tatsächlich gewollt oder doch gebilligt hätte [...]“.¹⁷² Weil *Puppe* jedoch eine strafrechtliche Vorsatztheorie entwirft, kann sie aus den oben¹⁷³ diskutierten Gründen bei

¹⁷⁰ → II 2, 3.

¹⁷¹ Dazu schon oben → § 8 A II 1, 3b.

¹⁷² NK-StGB/*Puppe*,⁵2017, § 15 Rn. 68. Vgl. auch *Puppe*, StraFR AT,⁵2023, § 9 Rn. 5; *Puppe*, ZIS 2019, 409, 411; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1, 14f.

¹⁷³ → III 1 bei Fn. 108–110.

dieser objektiven Formel nicht stehen bleiben, sondern muss doch in erheblichem Maße an die innere Vorstellungswelt des Täters anknüpfen. So hält sie die „wirkliche Vorstellung des Täters über Art und Ausmaß der Gefahr“ für maßgeblich und fragt danach, ob die Schaffung der Gefahr „nach der Vorstellung des Täters“ eine taugliche Erfolgsherbeiführungsmethode ist.¹⁷⁴ Für das Zivilrecht lässt sich die Außensicht auf das Verhalten des Schädigers hingegen ohne solche Relativierungen nutzbar machen.

Für das US-amerikanische Deliktsrecht hat *Hylton* – unter Anlehnung an die grundlegende, weitgehend objektive Lehre von *Holmes* – einen ähnlichen Vorschlag gemacht: „If the facts are such that the average person would not have acted in the way the defendant did, knowing what the defendant must have known, unless he intended to harm the victim or at least was content with harming the victim as a step toward some other goal, then a court will infer intent to harm“.¹⁷⁵ Auch diese Vorsatzbeschreibung geht in die richtige Richtung, indem sie das Vorstellungsbild des Täters durch einen objektiven Maßstab ersetzt. Allerdings drohen hier Tatbestands- und Beweisebene zu verschwimmen („a court will infer“) und die Formulierung zum relevanten Wissen („knowing what the defendant must have known“) rückt arg weit in die Nähe zur Fahrlässigkeit. Wenn das Vorsatzerfordernis, wie oben bereits diskutiert,¹⁷⁶ vor allem sicherstellen soll, dass der Schädiger keinen ineffizienten Aufwand betreibt, um Informationen zu beschaffen, darf jedoch mit der Vorsatzdefinition nicht an Wissen angeknüpft werden, dass der Schädiger nicht hatte, aber hätte haben können. Ob Wissen tatsächlich vorhanden war oder nur hätte vorhanden sein müssen, markiert nach hier vertretener Ansicht die unverrückbare Abgrenzungslinie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit.¹⁷⁷

In Anbetracht dieser Überlegungen wird hier folgende Vorsatzdefinition vorgeschlagen und den weiteren Erwägungen zugrunde gelegt:

Der Schädiger handelt vorsätzlich, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle und mit seinen Kenntnissen nur so gehandelt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte.

Diese Definition zeichnet sich durch Folgendes aus: Sie hält am Wissens- und am Wollenselement fest und knüpft damit an das Vorsatzverständnis der h.M. an. Allerdings wird nur für das Wissensselement darauf abgestellt, welche Informationen dem Schädiger tatsächlich zur Verfügung standen. Hier bleibt also ein gewisses subjektives Element erhalten, allerdings ist nicht entscheidend, ob und ggf. wie das Wissen kognitiv vom Schädiger verarbeitet wurde, sondern nur, dass er darauf Zugriff hatte. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen,

¹⁷⁴ NK-StGB/*Puppe*, 52017, § 15 Rn. 68, 72.

¹⁷⁵ *Hylton*, Val. U. L. Rev. 44 (2010), 1217, 1226.

¹⁷⁶ → III 2c, d.

¹⁷⁷ Dazu noch unten → 2c.

dass die Vorsatzhaftung anders als die Fahrlässigkeitshaftung keine Anreize setzen soll, tatbestandsrelevantes Wissen erst noch zu beschaffen. Für das Bewusstsein der Tatbestandsverwirklichung und das Wollenselement kommt es hingegen nicht darauf an, was sich der Schädiger tatsächlich vorgestellt hat, sondern darauf, wie ein verständiger Beobachter sein Verhalten deuten würde. Hierfür kann wie bei § 276 Abs. 2 BGB ggf. nach Verkehrskreisen typisiert werden.¹⁷⁸ Würde ein verständiger Angehöriger des jeweiligen Verkehrskreises das Verhalten des Schädigers so interpretieren, dass er die Tatbestandsverwirklichung gewollt oder doch zumindest billigend in Kauf genommen hat, wäre der Vorsatz zu bejahen, andernfalls zu verneinen.

2. Konkretisierung

Die soeben hergeleitete objektive Vorsatzdefinition soll im Folgenden weiter konkretisiert werden. Wann würde ein neutraler Beobachter davon ausgehen, dass der Schädiger die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hat? Welche tatsächlichen Umstände können dafür von Bedeutung sein? Und welche rechtlichen Wertungen kann man der Beurteilung zugrunde legen? Bevor auf diese, das objektive Wollenselement betreffenden Fragen eingegangen wird, ist zunächst noch klarzustellen, welche Anforderungen auch bei einem objektiven Vorsatzbegriff an das Wissenselement zu stellen sind.

a) Umstandskennntnis

Aus den obigen Ausführungen zum Telos der zivilrechtlichen Vorsatzhaftung¹⁷⁹ ergibt sich, dass unverzichtbare Voraussetzung des Vorsatzes ist, dass der Schädiger im Zeitpunkt seiner Handlung die tatbestandsrelevanten Umstände kennt. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass ihm Anreize gesetzt werden, in die Beschaffung zusätzlicher Informationen zu investieren, was das Vorsatzkriterium jedoch gerade verhindern soll. Es kommt für die Tatumsstandskennntnis auf die tatsächlichen Kenntnisse des konkreten Schädigers an, sodass insoweit ein gewisses subjektives Element auch bei der objektiven Vorsatzprüfung erhalten bleibt. Allerdings muss nicht an Wissen angeknüpft werden, dass infolge von kognitiven Prozessen im Gehirn des Täters vorhanden ist, sondern es besteht Spielraum, auch Akten- oder Datenbankwissen und dergleichen zu berücksichtigen, sofern dieses Wissen von dem Schädiger ohne Weiteres (d. h. ohne größeren Kostenaufwand) abgerufen werden könnte. Denn dieses Wissen muss nicht mehr beschafft werden, sondern unterliegt bereits dem Zugriff des Schädigers, sodass man den Zweck des Vorsatzkriteriums nicht unter-

¹⁷⁸ Wie bei der Fahrlässigkeit – Stichwort: „Gruppenfahrlässigkeit“ – wären partielle Subjektivierungen denkbar, wovon hier jedoch abgesehen werden soll.

¹⁷⁹ → III 2.

läuft, wenn man davon ausgeht, dass der Schädiger dieses Wissen abrufen und verarbeitet. Darauf wird unten bei der weiteren Konkretisierung der Unternehmens-Vorsatzhaftung ausführlich zurückzukommen sein.¹⁸⁰

Auch der BGH und die h.L. gehen davon aus, dass Mindestvoraussetzung vorsätzlichen Verhaltens ist, dass der Schädiger die relevanten Tatumstände kennt.¹⁸¹ Allerdings verstehen sie das Wissenselement kognitiv-psychologisch und sehen es als innere Tatsache an, die nur im Kopf des Schädigers existiert. Demgegenüber stellt der umfassendere Kenntnisbegriff, wie er hier zugrunde gelegt wird, geringere Anforderungen an den Nachweis und die Feststellung des Vorsatzes, weil von der nötigen Kenntnis z. B. schon ausgegangen werden könnte, wenn der Geschädigte zeigt, dass die relevante Information dem Schädiger zugegangen ist. Die praktischen Unterschiede dürften allerdings gering sein. Denn auch die h.M. würde die Tatsache, dass der Schädiger eine Information erhalten hat, typischerweise als Indiz dafür ansehen, dass er sie auch zur Kenntnis genommen hat und wird daher meist mithilfe eines allgemeinen Erfahrungssatzes vom Zugang der Information auf Kenntnis schließen.

b) Bewusstsein

Ein größerer praktischer Unterschied dürfte sich daraus ergeben, dass die hier vorgeschlagene Vorsatzdefinition nicht verlangt, dass sich der Schädiger die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung konkret bewusst gemacht hat.¹⁸² Das wurde oben¹⁸³ bereits damit begründet, dass die kognitive Verarbeitung der Tatumstandskenntnis durch den Schädiger im Zivilrecht aus funktionaler Sicht keine Bedeutung hat, weil der Schädiger hier nicht dafür bestraft werden soll, dass er sich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat. Es kommt deshalb nicht darauf an, dass er die drohende Rechtsverletzung als solche erkennt. Erst recht ist nicht zu verlangen, dass der Schädiger im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehandelt hat.¹⁸⁴ Die Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit sollte m. E. im Zivilrecht nicht daran anknüpfen, dass der Vorsatztäter verwerflicher handelt als der Fahrlässigkeitstäter, weil er das Unrecht seiner Tat erkennt und trotzdem weiterhandelt. Es geht vielmehr darum, mit einer unterschiedlich strengen Haftung auf zwei verschiedene Informationslagen zu reagieren, um dem Schädiger einerseits wirksame Anreize für eine effiziente

¹⁸⁰ → B II 2, III 2.

¹⁸¹ Vgl. BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 25; NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 12; NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 32; NJW-RR 2012, 404, Rn. 10.

¹⁸² Vgl. zu dieser Anforderung BGH NJW 2000, 2896, 2897; NJW 1971, 459, 460; BGH LM § 152 VVG Nr. 2 (1954); MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 28; Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 826 Rn. 14. Zum Strafrecht vgl. *Frister*, ZIS 2019, 381, 384.

¹⁸³ → III 2d.

¹⁸⁴ Dafür jedoch die für das Zivilrecht immer noch herrschende Vorsatztheorie, vgl. dazu mit berechtigter Kritik MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 48f.; *Sack*, NJW 2006, 945, 946f. Für die h.M. vgl. nur *Staudinger/Oechsler*, 2021, § 826 Rn. 67ff. m. w. N.

Schadensprävention zu setzen, ohne ihn jedoch andererseits zu veranlassen, ineffiziente Aufwendungen für die Beschaffung von Informationen zu tätigen oder aus Sorge vor einer schwer zu kalkulierenden Haftung eine sozial erwünschte Tätigkeit übermäßig stark einzuschränken.¹⁸⁵

Die Rechtsprechung verlangt demgegenüber nicht nur, dass der Schädiger die relevanten Umstände kennt, sondern auch, dass er sie in dem Sinne kognitiv richtig verarbeitet, dass ihm die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung bewusst vor Augen steht. So wird z. B. für § 826 BGB verlangt, dass sich der Schädiger bewusst gemacht hat, dass infolge seines Verhaltens ein anderer einen Schaden erleiden könnte.¹⁸⁶ Schon an das Wissensselement werden also Anforderungen gestellt, die sich eigentlich nur nachprüfen ließen, wenn man dem Schädiger in den Kopf schauen könnte. Daher muss die Rechtsprechung auch schon für die Feststellung der Tatumstandskenntnis und konkret des Bewusstseins der möglichen Tatbestandsverwirklichung mit Indizien und Erfahrungssätzen arbeiten, was oft auf Spekulationen über das Vorstellungsbild des Schädigers hinausläuft. Die hier vorgeschlagene Entsubjektivierung des Vorsatzbegriffs ist bemüht, solche Künstlichkeiten zu vermeiden und knüpft nur an solche Umstände an, die sich empirisch vergleichsweise mühelos nachweisen lassen. Auf das Bewusstsein der Tatbestandsverwirklichung als kognitiv-psychologisches Element trifft dies nicht zu und da es aus funktionaler Sicht entbehrlich scheint, sprechen m. E. die besseren Gründe dafür, ein solches Bewusstsein für den Vorsatz künftig nicht mehr zu verlangen.

c) *Kennenmüssen*

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung wird hier daran festgehalten, dass die Anforderung, dass der Schädiger die tatbestandsrelevanten Umstände gekannt haben muss, nicht dadurch ersetzt werden kann, dass er sie hätte kennen können oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vielleicht sogar hätte kennen müssen.¹⁸⁷ Selbst wenn sich die relevanten Umstände dem Schädiger hätten aufdrängen müssen, ihre Verkennung also vielleicht sogar grob fahrlässig war, kann dies die positive Kenntnis der maßgeblichen Informationen nicht ersetzen.¹⁸⁸ Wie der BGH zu recht betont, kommt in einer solchen Situation lediglich eine Fahrlässigkeitshaftung in Betracht.¹⁸⁹ Gerade wenn man

¹⁸⁵ Dazu bereits ausf. oben → III 2c, d.

¹⁸⁶ BGH NJW 2000, 2896, 2897; RGZ 143, 48, 51 (1933); RGZ 123, 271, 277 (1929); RGZ 90, 106, 109 (1917); RGZ 79, 55, 60 (1912); RGZ 58, 214, 216 (1904); RGZ 57, 239, 241 (1904); Prot. Bd. VI, S. 202.

¹⁸⁷ Vgl. BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 62; NJW 2017, 250, 253, Rn. 25; NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 12; NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 32; NJW-RR 2012, 404, Rn. 10; WM 1962, 257.

¹⁸⁸ Vgl. BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 62; NJW 2017, 250, 253, Rn. 25.

¹⁸⁹ BGH NJW 2020, 1962, 1969, Rn. 62; NJW 2017, 250, 253, Rn. 25; NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 12; NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 32; NJW-RR 2012, 404, Rn. 10.

das Vorsatzerfordernis auch unter dem Aspekt der Vermeidung von Informationskosten interpretiert, wie es hier getan wird, darf die Differenzierung zwischen positiver Kenntnis und fahrlässiger Unkenntnis nicht aufgeweicht werden. Ließe man bloßes Kennenmüssen für den Vorsatz genügen, wenn auch nur unter bestimmten Umständen, würde man damit die Informationskostenvorteile der Vorsatzhaftung zunichtemachen. Man würde eine ihrer wesentlichen Funktionen unterlaufen, die sie zudem klar von der Haftung aus Fahrlässigkeit abgrenzt, für die auch ein Kennenmüssen genügt.

Aus funktionaler Sicht liegt auf der Hand, dass die Anknüpfung der Vorsatzhaftung an positive Kenntnis dem Schädiger Anreize setzen kann, sich von den relevanten Kenntnissen fernzuhalten. In der Literatur wird deshalb teilweise erwogen, für das Wissenselement ausreichen zu lassen, dass sich der Schädiger den tatbestandsrelevanten Umständen bewusst verschließt (sog. *wilful blindness*).¹⁹⁰ Auf dem Boden der h.M. wäre dies nur im Rahmen der Beweiswürdigung möglich, weil auf der Tatbestandsebene positive Kenntnis verlangt wird. Zu beachten ist allerdings, dass sich selbst aus gröbster Leichtfertigkeit des Schädigers typischerweise nur auf das Wollenselement des Vorsatzes schließen lässt, nicht jedoch auf das Wissenselement. Es ist plausibel, von einem völlig gleichgültigen Verhalten des Schädigers darauf zu schließen, ihm sei „alles egal“ und er nehme daher auch eine mögliche Rechtsgutsverletzung billigend in Kauf. Nicht plausibel ist hingegen, aus einem solchen Verhalten darauf zu schließen, dem Schädiger sei die Möglichkeit des Erfolgseintritts bewusst gewesen. Im Gegenteil: Wenn sich der Schädiger so leichtfertig verhält, dass er sich die konkrete Situation überhaupt nicht vergegenwärtigt, spricht mehr dafür, dass ihm auch die Möglichkeit der Schädigung nicht ins Bewusstsein gelangt ist. Von einem bewusstem Sichverschließen (also bewusster Unkenntnis) auf Kenntnis zu schließen, ist außerdem unlogisch, verstößt also gegen Denkgesetze und müsste daher zur Aufhebung eines so begründeten Urteils wegen fehlerhafter Tatsachenfeststellung führen.

Auf der Beweisebene lassen sich Kenntnis und Unkenntnis also nicht gleichbehandeln. Eine Alternative bestünde darin, bereits auf der Tatbestandsebene der Vorsatzhaftung das Erfordernis der Tatumstandskennntnis neu zu interpretieren und für bewusste Unkenntnis zu öffnen.¹⁹¹ Mit dem hier vertretenen Ansatz wäre dies möglich, allerdings ist es m.E. nicht überzeugend. Wie oben bereits erläutert wurde,¹⁹² ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Deliktshaftung dort auf Vorsatz begrenzt, wo eine Fahrlässigkeitshaftung nicht zweckmäßig scheint, weil sie zu einer Überabschreckung und/oder ineffizien-

¹⁹⁰ So MünchKommBGB/Wagner, § 2020, § 826 Rn. 42; Wagner, ZHR 181 (2017), 203, 266 f., 272; vgl. auch Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 98; Oechsler, ZIP 2021, 929, 931 (der stärker betont, es gehe um eine Frage der Beweiswürdigung).

¹⁹¹ In diese Richtung Wagner (→ Fn. 190).

¹⁹² → III 2c, d.

ten Informationsaufwendungen führen würde. Wenn aber die Vorsatzhaftung gerade auch dazu dient, übermäßige Investitionen in die Beschaffung von Informationen zu verhindern, dann wäre es widersprüchlich, ihre Kriterien aufzuweichen, damit der Schädiger doch wieder in die Informationsbeschaffung investiert. Mit anderen Worten: Dass der Schädiger der Haftung entgehen kann, indem er sich bewusst unwissend hält, ist keine unerwünschte Nebenfolge der Vorsatzhaftung, sondern notwendig, um den Zweck der Beschränkung der Haftung auf Vorsatz zu erfüllen. Entweder ist also die Vorsatzhaftung für eine bestimmte Fallgruppe angemessen und es muss dabei bleiben, dass nur gehaftet wird, wenn der Schädiger die relevanten Umstände positiv kannte, oder sie ist es nicht und sollte im jeweiligen Kontext durch eine Fahrlässigkeitshaftung ersetzt werden. An der Vorsatzhaftung festzuhalten, jedoch vom Kenntniselement abzurücken, ergibt aus teleologischer Sicht keinen Sinn.

d) Wollenselement

Die größte Veränderung bringt der hier vorgeschlagene objektive Vorsatzmaßstab hinsichtlich der Prüfung des Wollenselements. Denn ob davon auszugehen ist, dass der Schädiger die Verwirklichung des Tatbestands billigend in Kauf genommen hat, wird bei der objektiven Vorsatzprüfung nicht mehr nach dem Vorstellungsbild des Schädigers entschieden, sondern aus der Sicht eines verständigen Beobachters. Letztlich geht es aber auch in diesem Zusammenhang vor allem darum, die praktische Rechtsanwendung zu vereinfachen. Die meisten Kriterien, welche die Rechtsprechung heute heranzieht, würden auch in Zukunft relevant bleiben. Die Tatgerichte bräuchten aber nicht mehr so zu tun, als wüssten sie, was im Zeitpunkt der Tat kognitiv-psychologisch im Kopf des Schädigers vorgegangen ist und sie wären nicht mehr auf Indizien und Erfahrungssätze angewiesen, um ihre Spekulationen über die Gedankenwelt des Schädigers zu plausibilisieren. Stattdessen könnten sie von vornherein objektiv-typisierend entscheiden und die maßgeblichen Tatumstände in den Mittelpunkt ihrer Argumentation stellen. Der normativierende Maßstab eines verständigen Beobachters würde sie außerdem in die Lage versetzen, ihre Entscheidungen stärker am Telos der Vorsatzhaftung auszurichten.

aa) Maßstab

Nach dem hier vorgeschlagenen objektiven Vorsatzmaßstab handelt der Schädiger vorsätzlich, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle und mit seinen Kenntnissen nur so gehandelt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte.¹⁹³ Für das Wollenselement kommt es also nicht darauf an, ob der Schädiger die Tatbestandsverwirklichung tatsächlich gebilligt hat, sondern darauf, ob es für einen

¹⁹³ → 1b.

verständigen Beobachter der Tatsituation so aussah, als habe der Schädiger die Verwirklichung des Tatbestands gebilligt. Ein solcher Beobachter wird zugrunde legen, dass sich der Schädiger vernünftig verhält und deshalb von einem Vorstellungsbild des Schädigers ausgehen, das ihm in Anbetracht der Umstände plausibel erscheint. Das bedeutet vor allem, dass es – anders als zumindest im Grundsatz für die h. M. – nicht darauf ankommt, ob der Schädiger eine „atypische“ Persönlichkeit aufweist, also z. B. besonders optimistisch oder pessimistisch ist oder ob er sich mehr oder weniger Gedanken macht als eine durchschnittliche Vergleichsperson. Wie bei § 276 Abs. 2 BGB kommt es auf individuelle Eigenschaften und Fähigkeiten des konkreten Schädigers nicht an, sondern allenfalls darauf, wovon bei einem typischen Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises auszugehen ist. Es kann also grundsätzlich ein „normales“ oder „vernünftiges“ Verhalten unterstellt werden.

Ein bedeutender Unterschied zu § 276 Abs. 2 BGB besteht darin, dass die Hilfsfigur eines verständigen Beobachters bei der objektiven Vorsatzhaftung nicht dazu dient, einen Soll-Maßstab zu definieren, mit dem dann das tatsächliche Verhalten des Schädigers noch abgeglichen werden müsste. Vielmehr geht es von vornherein darum, das Verhalten des Schädigers mithilfe eines normativen Maßstabs als vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zu bewerten. Die Hilfsfigur dient vor allem dazu, dafür eine sinnvolle Perspektive zu gewinnen, die von der Gedankenwelt des konkreten Schädigers unabhängig ist.

Dadurch, dass es nicht auf individuelle Eigenschaften und Fähigkeiten des konkreten Schädigers ankommt, sondern dass sich die Bewertung seines Verhaltens an einer verständigen Vergleichsperson orientiert, wird die praktische Rechtsanwendung gegenüber dem subjektiven Vorsatzbegriff der h. M. erheblich vereinfacht. Es kommt z. B. nicht darauf an, ob der Schädiger die Folgen seines Handelns aus individuellen Gründen falsch eingeschätzt hat und die Gerichte müssen sich daher auch mit entsprechenden Schutzbehauptungen nicht mehr auseinandersetzen. Entscheidend ist nur, wie eine verständige Vergleichsperson die Situation eingeschätzt hatte. Es wäre also z. B. unerheblich, ob sich der konkrete Schädiger über den Deckungsschutz einer Erlösausfallversicherung geirrt und daher nicht gemerkt hat, dass er falsche Angaben in einem Fondsprospekt macht,¹⁹⁴ sondern darauf, ob eine verständige Person an seiner Stelle, die Versicherungspolice richtig verstanden hätte. Ist dies zu bejahen, wäre weiter davon auszugehen, dass der Schädiger mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat, weil jemand, der bewusst einen falschen Prospekt herausgibt, typischerweise mit dem Vorsatz handelt, die Anleger zu täuschen und zu schädigen. Genauso wenig kommt es für die Frage, ob der Schädiger Anleger durch ein nicht ausreichend gedecktes Garantieverprechen vorsätzlich geschädigt hat, darauf an, ob der konkrete Schädiger erkannt hat, dass die gebildeten Rückstel-

¹⁹⁴ Vgl. BGH NJW-RR 2012, 404 f.

lungen zur Deckung der Kapitalerhaltungsgarantie nicht ausreichen würden.¹⁹⁵ Entscheidend wäre vielmehr, ob ein verständiger Angehöriger des jeweiligen Verkehrskreises anhand der dem Schädiger zur Verfügung stehenden Informationen erkannt hätte, dass das vorhandene Kapital nicht genügt. Ist davon auszugehen, wäre auch der Schädigungsvorsatz zu bejahen, weil jemand, der ein ungedecktes Garantieverprechen abgibt, um Anleger zum Abschluss eines Vertrags zu motivieren, typischerweise billigend in Kauf nimmt, dass er die Anleger täuscht und folglich auch schädigt.

bb) Kriterien

Wie lässt sich nun konkretisieren, ob ein verständiger Mensch in der Situation und mit den Kenntnissen des Schädigers nur so gehandelt hätte wie der Schädiger, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte? Um diese Frage zu beantworten, braucht man das Rad nicht neu zu erfinden, sondern kann sich an den Kriterien orientieren, welche die Rechtsprechung heute schon auf der Ebene der Beweiswürdigung heranzieht. Der Vorteil des objektiven Vorsatzbegriffs liegt nicht darin, dass er gänzlich andere Kriterien zur Anwendung bringen würde, sondern vor allem darin, dass er es den Gerichten erlaubt, objektiv-typisierend mit den jeweiligen Tatumständen zu argumentieren, ohne zusätzlich für den Einzelfall überprüfen zu müssen, ob in der Person des konkreten Schädigers besondere Umstände vorliegen, die im jeweiligen Kontext eine abweichende subjektive Bewertung erfordern.

Ein wichtiges objektives Kriterium, das dafür spricht, dass eine verständige Person die Tatbestandsverwirklichung gebilligt hätte, wenn sie so gehandelt hätte, wie der Schädiger, ist das Ausmaß der jeweiligen Gefahr. Dieses Kriterium steht auch im Zentrum der „objektivierenden“ Vorsatzlehren zum Strafrecht.¹⁹⁶ Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass der Täter, wenn die Gefahr hinreichend „groß“ ist, vernünftigerweise nicht weiterhandeln kann, ohne sich damit zugleich für die Rechtsgutsverletzung zu entscheiden. Die früher auch für das Zivilrecht vertretene Vorstellungstheorie¹⁹⁷ und die verschiedenen Möglichkeits- und Wahrscheinlichkeitslehren¹⁹⁸ nähern sich der Gefahr quantitativ. Man könnte sich danach z. B. auf den Standpunkt stellen, dass der Täter immer vorsätzlich handelt, wenn er erkennt, dass es zu mindestens 80 % wahrscheinlich ist, dass er das Rechtsgut verletzen wird, und trotzdem weitermacht. Dieselbe Struktur liegt auch der Wissentlichkeit, also dem *dolus directus* 1. Grades zugrunde, für den auch von der h. M. kein voluntatives Element verlangt

¹⁹⁵ Vgl. BGH NJW-RR 2013, 550ff.

¹⁹⁶ Vgl. LK-StGB/Vogel/Bülte, 132020, § 15 Rn. 124; Kübl, StrafR AT, 82017, § 5 Rn. 66. Besonders deutlich Ruppenthal, Tötungsvorsatz, 2017, 283: „Vorsätzlich handelt, wer bewusst eine qualifizierte Gefahr schafft.“

¹⁹⁷ Dazu oben → bei Fn. 23.

¹⁹⁸ Dazu schon oben → bei Fn. 152.

wird, wenn der Täter sicher weiß oder doch für höchstwahrscheinlich hält, dass durch sein Verhalten ein Rechtsgut verletzt wird.¹⁹⁹ Auch hier ist die Frage vor allem, wo man die Grenze zieht, welchen Wahrscheinlichkeitsgrad man also verlangt, um davon auszugehen, dass schon das „Handeln in Kenntnis“ der Tatbestandsverwirklichung zwingend den Vorsatz begründet.

Vor allem *Herzberg* (unabgeschirmte/unmittelbare Gefahr)²⁰⁰ und *Puppe* (Maßstab allgemeiner Vernunft, taugliche Erfolgsherbeiführungsmethode)²⁰¹ haben sich demgegenüber um qualitative Kriterien bemüht. Für *Herzberg* kommt es für den Vorsatz nicht darauf an, daß der Täter die erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern daß er eine ernstzunehmenden Gefahr erkannt hat.²⁰² Er verlangt ein „qualifiziert riskantes Verhalten“, wovon er vor allem ausgeht, wenn der Täter den weiteren Kausalverlauf aus der Hand gibt, wenn zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolgs also keine Zwischenschritte mehr erforderlich sind, auf deren Ausbleiben der Täter vertrauen könnte. Kann der Täter hingegen darauf vertrauen, dass er selbst oder das Opfer den Eintritt des Erfolgs noch verhindern werden, ist die Gefahr noch abgeschirmt und nicht qualifiziert. *Puppe* betont demgegenüber, auch mittelbare Gefahren könnten sehr groß sein und nennt als Beispiel eine Sprengfalle, die das ahnungslose Opfer erst noch auslösen muss.²⁰³ Sie stellt stattdessen darauf ab, ob das Verhalten des Täters mit einer derart hohen Wahrscheinlichkeit dazu führen wird, dass der Erfolg eintritt, dass der Täter, wenn er weiterhandelt, die Verantwortung für den Erfolg vernünftigerweise nicht ablehnen kann.²⁰⁴ Ausgangspunkt ist die wirkliche Vorstellung des Täters über Art und Ausmaß der Gefahr; nur darüber, ob angesichts dieser Gefahr auf ein Ausbleiben des Erfolgs vertraut werden konnte, wird nach dem Vernunftmaßstab entschieden.

Für das Zivilrecht und das hier vorgeschlagene objektive Vorsatzkriterium scheinen sowohl die quantitativen als auch die qualitativen Ansätze brauchbar. Das würde wohl auch der BGH so sehen, der für die Feststellung des zivilrechtlichen Vorsatzes als wichtiges Indiz ansieht, ob das Verhalten des Schädigers besonders gefährlich war. So hat er z. B. formuliert, es könne „beweisrechtlich naheliegen“, dass der Schädiger einen pflichtwidrigen Erfolg gebilligt hat, „wenn er sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des betroffenen Rechtsguts durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder

¹⁹⁹ Vgl. RGSt 5, 314, 317 (1881); LK-StGB/*Vogel/Bülte*, 132020, § 15 Rn. 93; *Jescheck/Weigend*, StrafR AT, 51996, § 29 III 2, S. 298 f.; *Engisch*, Untersuchungen, 1930, 176. A. A. StrafR-HdB/*Duttge*, Bd. II, 2020, § 35 Rn. 21.

²⁰⁰ *Herzberg*, JZ 2018, 122, 125 f.; *Herzberg*, JuS 1986, 249, 253 ff.

²⁰¹ NK-StGB/*Puppe*, 52017, § 15 Rn. 64, 66, 68, 69, 72; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 1, 17 f.

²⁰² *Herzberg*, JuS 1986, 249, 262.

²⁰³ NK-StGB/*Puppe*, 52017, § 15 Rn. 65.

²⁰⁴ NK-StGB/*Puppe*, 52017, § 15 Rn. 68.

nicht“.²⁰⁵ Allerdings meint der BGH auch, der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts könne nicht das einzige Kriterium für die Frage sein, ob der Handelnde mit dem Erfolg auch einverstanden war,²⁰⁶ und verlangt zusätzlich eine umfassende Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls. An dieser Stelle unterscheiden sich der Ansatz des BGH und der hier gemachte Vorschlag, denn der objektive Maßstab soll eine umfassende Einzelfallprüfung gerade entbehrlich machen. War die Gefahr objektiv so groß, dass ein verständiger Beobachter davon ausgegangen wäre, dass der Schädiger die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat, kommt es nach hiesigem Verständnis nicht mehr darauf an, was der Schädiger tatsächlich wollte.

Ein weiteres objektives Kriterium, das die Rechtsprechung im Rahmen der Beweiswürdigung oft heranzieht, ist der Umstand, dass der Schädiger besonders leichtfertig gehandelt hat. Konkret formuliert der BGH z.B. für § 826 BGB, von vorsätzlichem Handeln sei auch auszugehen, „wenn der Schädiger so leichtfertig gehandelt hat, dass er eine Schädigung des anderen Teils in Kauf genommen haben muss“.²⁰⁷ In der Sache genauso hat er für die Teilnehmerhaftung nach § 830 Abs. 2 BGB entschieden.²⁰⁸ Bei leichtfertigem Verhalten, das der groben Fahrlässigkeit ähnelt, geht es nicht so sehr darum, dass die Gefahr für sich genommen besonders groß wäre, sondern dass ein erhebliches Missverhältnis besteht zwischen dem Ausmaß der Gefahr und den Bemühungen des Schädigers, den Schaden möglichst zu vermeiden. Oft ergreift der Schädiger gar keine Schutzvorkehrungen oder unterlässt zusätzliche Maßnahmen, deren Zweckmäßigkeit auf der Hand liegt.²⁰⁹ Die darin zum Ausdruck kommende Gleichgültigkeit können die Tatgerichte im Rahmen der Beweiswürdigung dahin deuten, dem Schädiger sei die Schadensvermeidung egal gewesen und er habe somit die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf genommen. Auch dieses Kriterium lässt sich ebenso zur Konkretisierung des objektiven Maßstabes heranziehen, zumal es ohnehin bereits stark objektiviert ist.

Letztlich nur ein Unterfall leichtfertigen Verhaltens sind Situationen, in denen sich der Schädiger der Tatsachenkenntnis bewusst verschließt und trotzdem handelt. Ein solches Verhalten wird von der Rechtsprechung als Indiz dafür herangezogen, dass der Schädiger die Verwirklichung des Tatbestands billigend in Kauf genommen hat²¹⁰ und genauso lässt sich ein entsprechendes Verhalten

²⁰⁵ BGH NJW-RR 2013, 1448, 1450, Rn. 22; NJW-RR 2013, 550, 552, Rn. 33; BGH NJW-RR 2012, 404f., Rn. 11; NJW 2004, 446, 448; NJW-RR 2002, 740.

²⁰⁶ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW-RR 2012, 404f., Rn. 11.

²⁰⁷ St. Rspr., vgl. z.B. BGHZ 221, 229, 243 = NJW 2019, 3638, 3641, Rn. 40; BGHZ 176, 281, 296 = NJW 2008, 2245, 2249, Rn. 46; BGH NJW 1991, 3282, 3283 f.; NJW-RR 1986, 1158, 1159; WM 1989, 1047, 1049; WM 1986, 904, 906; WM 1975, 559, 560.

²⁰⁸ BGHZ 184, 365, 377, Rn. 39 = NZG 2010, 550, 552.

²⁰⁹ BGHZ 184, 365, 379, Rn. 43 = NZG 2010, 550, 553.

²¹⁰ Vgl. BGH NZG 2012, 1303, 1305, Rn. 31; BGHZ 184, 365, 377, Rn. 39 = NZG 2010, 550, 552; BGHZ 176, 281, 296 = NJW 2008, 2245, 2249, Rn. 46.

für den objektiven Vorsatzbegriff fruchtbar machen. Denn wenn jemand vor den Folgen seines Handelns bewusst die Augen verschließt, dann deutet dies darauf hin, dass er sein Ziel um jeden Preis erreichen will und deshalb mögliche Zweifel von vornherein unterdrückt.

Die objektiven Kriterien, welche die Rechtsprechung heute im Rahmen der Beweiswürdigung heranzieht, können also auch zur Konkretisierung des objektiven Vorsatzbegriffs herangezogen werden. Der Hauptunterschied liegt darin, dass sie im Rahmen der objektiven Vorsatzprüfung nicht lediglich Indizien sind, mit denen die Haupttatsache „Billigung durch den Schädiger“ nachgewiesen werden soll, sondern dass sie unmittelbar für die wertende Zuschreibung des Vorsatzes auf Grundlage einer objektiv-typisierenden Bewertung des Verhaltens des Schädigers herangezogen werden können.

3. Mögliche Einwände

Um die Diskussion des objektiven Vorsatzbegriffs abzurunden, sollen abschließend einige naheliegende Einwände gegen das hier vorgeschlagene Konzept diskutiert werden. Sie lassen sich zum einen ableiten aus Kritikpunkten, die gegen die objektivierenden Vorsatzlehren im Strafrecht vorgebracht werden. Zum anderen gibt es zivilrechtspezifische Bedenken, die auf der Hand liegen. Es wird sich jedoch zeigen, dass keiner der Einwände so schwer wiegt, dass deshalb vom objektiven Verständnis abzulassen wäre.

a) Gesetzesverletzung?

Leicht entkräften lässt sich der mögliche Einwand, ein objektives Vorsatzverständnis sei mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren. Der Vorsatz ist – anders als die Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 2 – im BGB nicht definiert. Zwar ist bekannt, dass die 1. Kommission der Ansicht war, zivilrechtlicher und strafrechtlicher Vorsatz stimmten überein und „vorsätzlich“ sei gleichbedeutend mit „wissentlich und willentlich“.²¹¹ Aber das wird man mehr als 130 Jahre später kaum für maßgeblich halten können, wenn doch die Schwierigkeiten mit der Abgrenzung und Feststellung des subjektiven Vorsatzes in der Zwischenzeit offenkundig geworden sind. Deutlich näher liegt, die Definition des Vorsatzes an seiner *Funktion* auszurichten, wie es oben²¹² getan wurde. Und es war immerhin der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber, der die Weisheit besaß, die zivilrechtliche Fahrlässigkeit aus Gründen des Verkehrsschutzes objektiv zu definieren und damit vom Strafrecht abzuweichen. Man kann dies durchaus so interpretieren, dass das zivilrechtliche Verschulden vom Strafrecht emanzipiert und auf die Zwecke des Schadensersatzrechts ausgerichtet werden sollte. Mit der Objektivierung

²¹¹ Mot. Bd. I, S. 280.

²¹² → III 2 c, d.

des Vorsatzes würde dann nur vollendet, was in § 276 Abs. 2 BGB (bzw. früher § 276 Abs. 1 S. 2 BGB a.F.) immer schon angelegt war, nämlich die Objektivierung des zivilrechtlichen Verschuldens insgesamt und seine Befreiung von der „Schuld“ i. S. von persönlicher Vorwerfbarkeit.

b) Zu eng?

Den objektivierenden Wissenstheorien des Strafrechts wird u. a. vorgeworfen, sie könnten solche Fälle nicht gut erfassen, in denen die Gefahr objektiv gering ist, der Täter aber die Rechtsgutsverletzung anstrebt, also absichtlich handelt.²¹³ Als Beispiel wird häufig genannt, dass der Täter aus einer miserablen Schussposition auf jemanden schießt – soll dann wegen der objektiv geringen Gefahr Vorsatz verneint und nur eine fahrlässige Tötung angenommen werden, wenn der Täter entgegen aller Wahrscheinlichkeit trifft?

Puppe verweist zur Verteidigung ihrer Theorie u. a. darauf, dass nicht der Wille, sondern die Handlung rechtlich zu bewerten sei,²¹⁴ und für das Zivilrecht wird man erst recht betonen dürfen, dass Schadensersatzansprüche nicht davon abhängen sollten, ob der Schädiger mehr oder weniger böse Gedanken gehegt hat. Außerdem wird die qualifizierte Gefahr hier nur als Hilfskriterium verstanden, aus dem sich ergeben kann, dass ein verständiger Beobachter aus dem Verhalten des Schädigers folgern würde, dieser habe die Rechtsgutsverletzung gewollt. Diese Bewertung des Verhaltens aus der Außenperspektive bleibt aber der eigentliche Maßstab. Wie aber soll ein verständiger Beobachter den Schuss im Beispiel anders deuten als so, dass der Schädiger die andere Person wohl treffen wollte? Ein Schuss ohne jeden Sinn wäre schließlich noch unvernünftiger als einer mit geringer Erfolgswahrscheinlichkeit.

Ein echtes Problem ergibt sich also erst, wenn es wenigstens zwei plausible Erklärungsansätze für das Verhalten gibt und das tatsächlich Gewollte weniger wahrscheinlich ist als die Alternative. So wäre es etwa, wenn man das Beispiel um ein Wildschwein ergänzt, das in der Nähe des Geschädigten umherläuft. Dann wäre die vernünftiger Erklärung, dass die Absicht des Schädigers dem Tier galt und nicht dem Menschen. Mit dem objektiven Vorsatzbegriff lässt sich ein Schädigungsvorsatz in Bezug auf den Menschen dann nicht bejahen, selbst wenn feststünde, dass der Schädiger subjektiv tatsächlich den Menschen treffen wollte. Die h.M. hat hier hingegen rechtlich kein Problem, denn Absicht ist natürlich subjektiver Vorsatz. In praktischer Hinsicht gerät sie aber wieder in die bekannten Schwierigkeiten. Denn ihr dient die objektive Gefahr oft als wichtiges Indiz für die Vorsatzfeststellung und wenn es daran fehlt und das Verhalten des Täters zudem anders besser erklärt werden kann als mit der zu

²¹³ Vgl. *Roxin/Greco*, Strafr AT I, 52020, § 12 Rn. 51; *Frister*, Strafr AT, 92020, Kap. 11 Rn. 27; *Roxin*, FS Rudolphi, 2004, 243, 250 f.

²¹⁴ NK-StGB/*Puppe*, 52017, § 15 Rn. 78; ähnlich SK-StGB/*Stein*, 92017, § 16 Rn. 47.

beweisenden Schädigungsabsicht, dann wird die Vorsatzfeststellung meist sehr schwierig. Theoretisch möglich bliebe sie natürlich. Aber die wenigen Fälle, in denen man dadurch vielleicht zu gerechteren Ergebnissen käme, dürften es zumindest für das Zivilrecht nicht rechtfertigen, auf die erheblichen Praktikabilitätsgewinne des objektiven Vorsatzmaßstabs zu verzichten.

c) *Zu weit?*

Anders herum wird den Wissenstheorien auch vorgeworfen, sie würden die Vorsatzhaftung übermäßig ausweiten, weil sie mit der erkannten qualifizierten Gefahr nur ein Kriterium für maßgeblich hielten, während die h. M. zumindest auf der Beweisebene eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände verlange und damit dem Einzelfall besser gerecht werde.²¹⁵ Für das Zivilrecht dürfte diese Kritik nicht relevant sein. Der Aufwand, der hier für die Vorsatzfeststellung betrieben wird, ist viel geringer als im Strafrecht.²¹⁶ Eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände wird vom BGH nicht ausdrücklich verlangt²¹⁷ und wegen des Aufwands wäre dies auch nicht sachgerecht.

Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass der Nachweis des Vorsatzes leichter wird, wenn der Schädiger sich nicht mehr damit verteidigen kann, er habe das relevante Wissen kognitiv nicht richtig verarbeitet oder die Tatbestandsverwirklichung schlicht nicht gewollt. Der Geschädigte muss nur noch darlegen und ggf. beweisen, dass der Schädiger alle relevanten Informationen hatte, und ggf. plausibilisieren, dass das Verhalten des Schädigers objektiv nahelegt, dieser habe die Tatbestandsverwirklichung gewollt. Die Bewertung des Verhaltens mithilfe des Maßstabs eines verständigen Beobachters ist dann Sache der Gerichte. Dass die Anwendung des Vorsatzkriteriums dadurch erheblich erleichtert würde, ist m. E. jedoch ein klarer Vorzug des objektiven Vorsatzbegriffs, weil dadurch sowohl der Rechtssicherheit als auch der Prozessökonomie gedient wäre. Der bisher für die Vorsatzfeststellung betriebene Aufwand ist m. E. bezogen auf das Zivilrecht unnötig hoch, weil die Elemente des *Bewusstseins* und der *Billigung* der Tatbestandsverwirklichung aus funktionaler Sicht keinen relevanten Beitrag leisten.²¹⁸ Ausgehend vom Telos der Vorsatzhaftung ist die Kenntnis der relevanten Umstände entscheidend und diese kann vergleichsweise einfach festgestellt werden.

Überdies dürften die Gerichte auch heute schon mit Skepsis reagieren, wenn der Schädiger vorträgt, er habe die mögliche Tatbestandsverwirklichung – trotz

²¹⁵ MR/Gaede, ²2020, § 15 StGB Rn. 23; LK-StGB/Vogel/Bülte, ¹³2020, § 15 Rn. 128; SchSch/Sternberg-Lieben/Schuster, ³⁰2019, § 15 StGB Rn. 12–14; Roxin/Greco, Strafr AT I, ⁵2020, § 12 Rn. 50; Schweiger, HRRS 2018, 407, 411; Kübl, Strafr AT, ⁸2017, § 5 Rn. 68a; Roxin, FS Rudolphi, 2004, 243, 251 ff.

²¹⁶ Oben → bei Fn. 75–77.

²¹⁷ Anders im Strafrecht, vgl. dazu oben → bei Fn. 41.

²¹⁸ Dazu bereits oben → III 2d.

Kenntnis der relevanten Umstände – als solche nicht erkannt oder sie jedenfalls nicht gewollt. Denn es wird oft naheliegen, dass es sich um eine bloße Schutzbehauptung handelt. Es scheint auch nicht abwegig, dass die Zivilgerichte bereits heute vielfach so vorgehen, wie es hier vorgeschlagen wird, dass sie dem Schädiger also aus der Außenperspektive ein bestimmtes Vorstellungsbild zuschreiben, anstatt der Frage nachzugehen, was er wirklich wusste und wollte. Auf der *Beweisebene* sind bereits heute zahlreiche Vereinfachungen möglich, z. B. wie beschrieben der Schluss von einer bekannten großen Gefahr auf die Billigung des Erfolgs.²¹⁹ An den Ergebnissen der Rechtsprechung würde sich daher m. E. gar nicht viel ändern – der entscheidende Vorteil des vorgeschlagenen objektiven Ansatzes ist seine größere Praktikabilität.

d) Unklarer Maßstab?

Schließlich liegt noch der Einwand nahe, der Maßstab eines verständig denkenden und handelnden Menschen, den man sich anstelle des Schädigers vorzustellen habe, um dessen Verhalten als vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zu bewerten, sei zu unbestimmt.²²⁰ Dagegen spricht aber für das hier allein interessierende Zivilrecht bereits, dass man sich auch für die Prüfung der Fahrlässigkeit vielfach an einem „vernünftigen Durchschnittsmenschen“ orientiert, um das Verhalten des Schädigers zu bewerten.²²¹ Auch international ist der *reasonable person standard* im Zivilrecht ein fest etabliertes Hilfsmittel.²²² Erinnerung sei außerdem an die Bedeutung des objektiven Empfängerhorizonts für die Auslegung von Willenserklärungen,²²³ an der sich anschaulich zeigt, dass die Außenperspektive gut geeignet ist, um subjektive Elemente wie den Willen im Interesse des Verkehrsschutzes zu objektivieren. Genau darum geht es aber auch im hiesigen Zusammenhang. Im Übrigen wird auf die vorstehenden Konkretisierungen verwiesen, die den Maßstab weiter spezifizieren.²²⁴

V. Fazit

Nach alledem lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass es an der Zeit ist, den subjektiven Vorsatzbegriff aus dem Zivilrecht zu verabschieden und ihn durch

²¹⁹ Dazu ausf. oben → 2d bb.

²²⁰ Vgl. LKH/Heger, ³⁰2021, § 15 StGB Rn. 25 a. E.; Roxin/Greco, Strafr AT I, ⁵2020, § 12 Rn. 49; Kühl, Strafr AT, ⁹2017, § 5 Rn. 68a; Roxin, FS Rudolphi, 2004, 243, 253 f.

²²¹ Vgl. Wagner, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 22. Ausf. bereits oben → § 8 A II 3b.

²²² Vgl. etwa Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, ³1996, 623.

²²³ Vgl. MünchKommBGB/Säcker, ⁹2021, Einl. BGB Rn. 161–165; MünchKommBGB/Busche, ⁹2021, § 133 Rn. 12–16; NK-BGB/Looschelders, ⁴2021, § 133 Rn. 41–44; Stöbr, JuS 2010, 292 ff.; Bork, BGB AT, ⁴2016, Rn. 527.

²²⁴ → 2d bb.

ein objektives Vorsatzverständnis zu ersetzen. Die subjektive Interpretation des Vorsatzes durch die h. M. wirft in der praktischen Rechtsanwendung erhebliche Schwierigkeiten auf, ohne dass dies durch die Zwecke des zivilrechtlichen Vorsatzkriteriums gerechtfertigt wäre. Für das Strafrecht lässt sich argumentieren, dass die Verlagerung aller maßgeblichen Fragen auf die Beweisebene wichtig ist, um dem Tatgericht die nötigen Spielräume zu verschaffen, damit es unter Berücksichtigung aller Besonderheiten des jeweiligen Falles ein gerechtes Urteil fällen kann, das der jeweiligen Tat und der Schuld des konkreten Täters gerecht wird. Im Zivilrecht geht es aber nicht um Schuld und Strafe und deshalb ist es auch nicht im gleichen Maße erforderlich, die individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten des konkreten Schädigers in die Vorsatzprüfung einzubeziehen. In der Praxis ist dies ohnehin nur eingeschränkt möglich, weil die Beweislage hinsichtlich der konkreten Tatsituation im Zivilprozess meist viel schlechter ist als im Strafprozess. Die Tatgerichte argumentieren daher heute schon oft mit objektiven Umständen, müssen aber so tun, als würden sie aus diesen Indizien mithilfe von allgemeinen Erfahrungssätzen auf die Gedankenwelt des konkreten Schädigers schließen können. Feststellungen zum Vorsatz sind daher in Zivilurteilen oft oberflächlich und wirken nicht selten spekulativ. Auch lässt sich eine gewisse Manipulierbarkeit der Vorsatzfeststellung nicht leugnen. Da außerdem aus funktionaler Sicht ein Mehrwert dieser Pseudo-Subjektivierung nicht ersichtlich ist, bietet es sich an, in Anlehnung an den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB auch den zivilrechtlichen Vorsatzbegriff zu objektivieren.

Aus funktionaler Sicht verwirklicht das Vorsatzkriterium gegenüber der im Zivilrecht sonst üblichen Fahrlässigkeitshaftung eine Haftungsbeschränkung, die eine Überabschreckung sozial nützlicher Aktivitäten verhindern soll. Diese könnte sich daraus ergeben, dass die Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs bei der Fahrlässigkeitshaftung für potenzielle Schädiger in der Regel nicht 100 %ig sicher vorhersehbar ist. Außerdem geht es darum, ineffiziente Informationskosten zu verhindern. Während der Fahrlässigkeitsmaßstab dem Schädiger Anreize setzt, sich die Informationen zu beschaffen, über die eine sorgfältige Vergleichsperson verfügen würde, setzt der Vorsatzmaßstab eher Anreize, sich von bestimmtem Wissen fernzuhalten. Wo unter Geltung des Fahrlässigkeitsmaßstabs Überinvestitionen in die Wissensbeschaffung drohten, also Informationskosten verursacht würden, denen kein adäquater sozialer Nutzen gegenüber stünde, kann es sinnvoll sein, dem mit dem Vorsatzkriterium entgegenzuwirken. Zentrales und unverzichtbares Element auch des objektiven Vorsatzbegriffs muss daher die Kenntnis der tatbestandsrelevanten Umstände sein. Demgegenüber sind das Bewusstsein der Tatbestandsverwirklichung und deren Billigung aus funktionaler Sicht letztlich nicht relevant.

Für die Objektivierung des Vorsatzes ist hier konkret vorgeschlagen worden, das Verhalten des Schädigers aus der Außenperspektive eines verständigen Be-

obachters als vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zu bewerten. Danach handelt der Schädiger vorsätzlich, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle und mit seinen Kenntnissen nur so gehandelt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte. Nur für die Tatumstandskenntnis ist also auf das Wissen abzustellen, wie es dem Schädiger tatsächlich zur Verfügung stand. Das Wollenselement kann hingegen unter Würdigung der konkreten Tatsituation normativ zugeschrieben werden, wobei das Telos der Vorsatzhaftung maßgeblich zu berücksichtigen ist. Wichtigstes objektives Kriterium, das für die Zuschreibung des Vorsatzes von Bedeutung ist, ist die objektive Gefährlichkeit des Verhaltens des Schädigers. Daneben können weitere Umstände herangezogen werden, auf welche sich die Rechtsprechung auch heute schon im Rahmen der Beweiswürdigung stützt, etwa die Tatsache, dass der Schädiger leichtfertig handelt oder dass er bewusst die Augen vor den Folgen seines Handelns verschließt. Der Vorteil des objektiven Vorsatzbegriffs liegt vor allem darin begründet, dass er nicht verlangt, dass die Gerichte sich zusätzlich mit dem Vorstellungsbild des konkreten Schädigers auseinandersetzen. Sie können von vornherein objektiv-typisierend argumentieren und müssen nicht so tun, als würde aus objektiven Indizien auf innere Tatsachen geschlossen. Dadurch wird die Rechtsanwendung erheblich vereinfacht, außerdem werden die wirklichen Entscheidungskriterien transparent gemacht. Subjektive Eigenheiten des jeweiligen Schädigers, z. B. eine besondere Naivität oder Gedankenlosigkeit, bleiben genauso außer Betracht wie bei der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB.

B. Echte Unternehmens-Vorsatzhaftung

Auf der Grundlage der vorstehenden Überlegungen zum Vorsatzbegriff soll nun im Folgenden untersucht werden, ob sich eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung konstruieren lässt und welche Vorteile sich dadurch ggf. ergeben. Erinnerung sei nochmal daran, dass der BGH wegen seines subjektiven Vorsatzverständnisses von einer streng individualistischen Konzeption der Vorsatzdelikte ausgeht. Im Fondsprospekt-Urteil²²⁵ hat er in Bezug auf § 826 BGB betont, dass eine Prospekthaftung nicht damit begründet werden könne, dass alle relevanten Informationen im Hause der beklagten Aktiengesellschaft vorhanden gewesen seien.²²⁶ Selbst wenn man das Wissensmoment des Vorsatzes mithilfe einer Wissenszusammenrechnung begründe, fehle es jedenfalls am Wollenselement. Die zumindest billigende Inkaufnahme der Schädigung eines an-

²²⁵ Dazu bereits oben → § 1 B VII und sogleich unten → III 1b.

²²⁶ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 24 ff.

deren setze damit korrespondierende Kenntnisse derselben natürlichen Person voraus und könne deshalb nicht losgelöst von diesen beurteilt werden. Seien die maßgeblichen Kenntnisse auf mehrere Personen innerhalb eines Unternehmens verteilt, komme die Unterstellung einer billigenden Inkaufnahme einer Fiktion gleich. Im Ergebnis müsste regelmäßig auf das Wollenselement verzichtet werden, was § 826 BGB nicht gerecht werde.

Der BGH geht auf dieser Grundlage davon aus, dass eine Unternehmens-Vorsatzhaftung nur indirekt über §§ 31, 831 BGB begründet werden kann. Anders als bei der Fahrlässigkeitshaftung erkennt er nicht einmal an, dass Unternehmensträger selbst Adressaten von Vorsatzhaftungstatbeständen sein können, obwohl einige anerkannte Fallgruppen zu § 826 BGB recht eindeutig auf den Unternehmensträger verweisen (z. B. Prospekthaftung, betrügerische Anlageberatung, Dieselfälle, Marktmachtmissbrauch). Vielmehr geht der BGH wegen des subjektiven Vorsatzverständnisses davon aus, dass nur natürliche Personen Adressaten von Vorsatzhaftungstatbeständen sein können und dass erst deren persönliche Haftung dann ggf. Anknüpfungspunkt einer weiteren Haftung des Unternehmensträgers sein kann. Die Unternehmens-Vorsatzhaftung wird also weiterhin ausschließlich nach dem Schuldbeitrittsmodell²²⁷ begründet, das für die Fahrlässigkeitshaftung weitgehend überwunden ist und das oben²²⁸ kritisiert wurde, weil sich damit nicht ausreichend zwischen der Haftung des Unternehmensträgers einerseits und der persönlichen Haftung seiner Repräsentanten und Verrichtungsgehilfen differenzieren lässt. Demgegenüber wird hier, wie in § 4²²⁹ bereits erläutert wurde, davon ausgegangen, dass auch Vorsatzhaftungstatbestände ausschließlich Unternehmensträger adressieren können und dass ihre Haftung dann entweder durch Zurechnung oder als echte Unternehmenshaftung begründet werden muss.

Im Mittelpunkt der echten Unternehmens-Vorsatzhaftung steht die u. a. durch den Fondsprospekt-Fall aufgeworfene Frage, ob sich ein Unternehmensvorsatz auch organisationsbezogen begründen lässt, also ohne an Wissen und Wollen einer konkreten natürlichen Person anzuknüpfen. Dabei geht es vor allem darum, neben individuellen Vorsatzdelikten auch organisationspezifische Risiken erfassen zu können, die sich z. B. aus Arbeitsteilung und einer damit zusammenhängenden Wissensaufspaltung ergeben. Eine Möglichkeit dafür wäre die Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung, die der BGH im Fondsprospekt-Fall erwogen, aber mit deutlichen Worten abgelehnt hat. Ob dies überzeugend ist, soll im Folgenden gründlich untersucht werden. Zuvor soll aber auf eine zweite Möglichkeit eingegangen werden, echten Unternehmensvorsatz zu begründen, nämlich die Anwendung des objektiven Vorsatz-

²²⁷ Dazu oben → § 1 B VI 2a und im Einzelnen unten → § 10 A I, III.

²²⁸ → § 3 B, C III 1.

²²⁹ → § 4 A I 1, B I 3.

begriffs.²³⁰ Dieser ist vorstehend in Teil A bereits hergeleitet und ausführlich begründet worden. Neben der dort erläuterten größeren Praktikabilität hätte der objektive Vorsatzbegriff den weiteren Vorteil, dass er sich vergleichsweise einfach auch auf Unternehmen und andere Organisationen anwenden lässt. Das soll im Folgenden im Einzelnen veranschaulicht werden.

I. Unternehmenspflichten

Ausgangspunkt jeder direkten Unternehmenshaftung ist die Feststellung, dass ein Haftungstatbestand unmittelbar einen Unternehmensträger adressiert.²³¹ Für die Fahrlässigkeitshaftung kommt es vor allem darauf an, wen die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten treffen. Dabei entspricht es heute nahezu einhelliger Meinung, dass originärer Pflichtenadressat auch ein nicht menschlicher Unternehmensträger sein kann, also etwa eine juristische Person oder eine Personengesellschaft, was z. B. nahelegt bei grundstücksbezogenen Verkehrssicherungspflichten oder den Herstellerpflichten der Produzentenhaftung. Da man mit Blick auf die Fahrlässigkeitshaftung ohnehin gewohnt ist, in Pflichten zu denken, lassen sich diese auch gut für die Bestimmung des Haftungsadressaten heranziehen. Die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten können z. B. nur den Unternehmensträger adressieren oder nur einen Repräsentanten oder Gehilfen persönlich. Möglich ist auch, dass sich die jeweiligen Pflichtenkreise überschneiden, sodass es in einem Unternehmen mehrere Haftungsadressaten gibt.

Für die Vorsatzhaftung spielen Pflichten im Allgemeinen keine vergleichbare Rolle. Dennoch ist es – wie oben in § 4 erläutert wurde²³² – auch hier sinnvoll, in unternehmerischen Zusammenhängen klar zu unterscheiden, ob Adressat der Haftung ein Unternehmensträger oder ein einzelner Unternehmensangehöriger persönlich ist. Denn es ergibt durchaus Sinn, hinsichtlich der Anforderungen an die Haftung danach zu differenzieren, ob es um die Haftung eines Unternehmensträgers geht oder um die Haftung eines einzelnen Menschen. Für diese Differenzierung lassen sich auch die Verhaltensgebote der Vorsatzhaftung in Pflichten übersetzen: § 826 BGB verpflichtet dazu, andere nicht sittenwidrig vorsätzlich zu schädigen, § 830 Abs. 2 BGB verpflichtet dazu, anderen zu ihren unerlaubten Handlungen nicht vorsätzlich Beihilfe zu leisten usw. Bricht man die Pflichten dann noch auf konkrete Fallgruppen herunter, lässt sich wie bei

²³⁰ Für einen dritten Ansatz vgl. Öry, Kollektivität, 2020, 127 ff., die für das Wissenselement auf das Unternehmenswissen abstellt und für das Wollenselement auf den „unternehmerischen Nutzen“. Letzteres ist m. E. nicht überzeugend, weil das Kosten-Nutzen-Prinzip keinen hinreichenden Bezug zum Telos der Vorsatzhaftung (→ A III 2) aufweist.

²³¹ Dazu bereits ausf. → § 3 A II und § 4 B.

²³² → § 4 A I 1, B I 3.

der Fahrlässigkeitshaftung recht mühelos zwischen Unternehmens- und Individualpflichten unterscheiden.²³³ Unternehmenspflichten sind z. B. die Pflicht, keine fehlerhaften Prospekte über Kapitalanlagen herauszugeben, die Pflicht, Kunden im Rahmen der Anlageberatung nicht bewusst zu täuschen oder die Pflicht, keine Fahrzeuge mit illegalen Abschaltvorrichtungen in den Verkehr zu geben. Individualpflichten sind z. B. solche Pflichten, die sich von vornherein nur an Organe richten, z. B. die auch unter § 826 BGB fallende Pflicht, Insolvenzen nicht zu verschleppen.

Die Identifizierung originärer Unternehmenspflichten kann m. E. auch im Bereich der Vorsatzhaftung Ausgangspunkt einer direkten Unternehmenshaftung sein, weil es hier genauso wie bei Fahrlässigkeitshaftung sinnvoll ist, zwischen der Unternehmenshaftung einerseits und der persönlichen Haftung von Repräsentanten und Gehilfen andererseits zu unterscheiden. Der Ansatz der h. M. führt hingegen dazu, dass immer ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt angenommen werden muss, um die Haftung des Unternehmensträgers begründen zu können. Es besteht die Gefahr, dass die persönliche Haftung der Unternehmensangehörigen dadurch tendenziell überdehnt wird und diesen falsche Anreize gesetzt werden, obwohl es eigentlich „nur“ darum geht, die Grundlage für eine Haftung des Unternehmensträgers zu schaffen. Eine Differenzierung zwischen Unternehmenspflichten und Individualpflichten ermöglicht eine bessere Feinsteuerung, weil die vorsätzliche Verletzung einer Unternehmenspflicht zu einer originären Haftung des Unternehmensträgers führen kann, ohne dass gleichzeitig eine persönliche Haftung des vorsätzlich handelnden Repräsentanten oder Gehilfen angenommen werden müsste. Ob dieser auch persönlich haftet, hängt davon ab, ob er nicht nur eine Unternehmenspflicht, sondern auch eine eigene Individualpflicht vorsätzlich verletzt hat.

II. Objektiver Unternehmensvorsatz

Ist eine Unternehmenspflicht festgestellt, kann die Unternehmenshaftung entweder als Organisationshaftung oder mithilfe der Zurechnungstechnik begründet werden. Ein praktisches Bedürfnis für eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung kann sich dabei vor allem dadurch ergeben, dass Wissen in Unternehmen und anderen Organisationen typischerweise auf unterschiedliche natürliche Personen verteilt und außerdem in zunehmenden Maße in Datenbanken gespeichert ist. Das „Unternehmenswissen“ kann somit deutlich umfangreicher sein als das Wissen einzelner oder sogar aller unternehmensangehörigen Personen. Würde man nur auf das Wissen abstellen, das bei einzelnen

²³³ Dazu ausf. oben → § 4 B I 3, C III.

Repräsentanten oder Mitarbeitern vorhanden ist und – wie der BGH²³⁴ – außerdem verlangen, dass sich für dieselbe Person auch noch das Wollenselement nachweisen lässt, würde man der Unternehmensleitung Anreize setzen, die handelnden Personen von „gefährlichem“ Wissen fernzuhalten. In jedem Fall hinge die Haftung des Unternehmensträgers von der Güte des unternehmerischen Wissensmanagements ab, wobei ein schlechteres Wissensmanagement tendenziell zu weniger Haftung führen würde. Diese Anreizsetzung ist in der Literatur speziell mit Blick auf das Fondsprospekt-Urteil zu Recht kritisiert worden.²³⁵

Für die Begründung einer echten Unternehmens-Vorsatzhaftung kann außer auf die Grundsätze der Wissenszurechnung²³⁶ auch auf den objektiven Vorsatzbegriff zurückgegriffen werden, wie er in Teil A vorgeschlagen wurde. Der objektive Vorsatzbegriff befreit das Vorsatzkriterium von faktisch-psychologischen Elementen, die sich nur in den Köpfen von Menschen vollziehen, und stellt stattdessen auf äußere Umstände wie das tatsächlich vorhandene Wissen oder die objektive Gefährlichkeit des Verhaltens des Schädigers ab. Im Übrigen arbeitet er mit einem normativierenden Vergleichsmaßstab, der sich am Telos der Vorsatzhaftung orientiert. Es liegt deshalb schon intuitiv nahe, dass sich der objektive Vorsatzbegriff besser für eine direkte Unternehmens-Vorsatzhaftung fruchtbar machen lässt als der subjektive Begriff der h.M. Wie genau das funktionieren könnte, soll im Folgenden erläutert werden.

1. Objektiver Maßstab

Für die objektive Vorsatzprüfung ist oben²³⁷ vorgeschlagen worden, das Verhalten des Schädigers nicht nach seinem eigenen Vorstellungsbild zu bewerten, sondern aus der Außenperspektive eines verständigen Beobachters. Konkret handelt ein Schädiger danach vorsätzlich, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle und mit seinen Kenntnissen nur so gehandelt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte. Wie lässt sich dieser Maßstab auf Unternehmen übertragen? Muss nun auf ein verständig denkendes und handelndes Unternehmen abgestellt werden und was soll man sich darunter vorstellen? M.E. ist das weder nötig noch zielführend. Vielmehr ist offen anzuerkennen, dass die Vorsatzhaftung ursprünglich mit Blick auf natürliche Personen konzipiert wurde und deshalb eigentlich nur auf diese passt. Will man den Vorsatz nicht gänzlich uminterpretieren, also z. B. um das Bewusstsein der Tatbestandsverwirklichung und das Wol-

²³⁴ BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; NJW 2017, 250, 251 ff., Rn. 13, 27.

²³⁵ Gsell, EWiR 2021, 365, 366; Wagner, JZ 2017, 522, 524 f.

²³⁶ Dazu unten → III.

²³⁷ → A IV 1b.

lenselement bereinigen, was oben²³⁸ abgelehnt wurde, weil ein solcher Ansatz wohl keine Chance hätte, in der Rechtspraxis akzeptiert zu werden, wird man daran festhalten müssen, dass die Vorsatzprüfung auf eine natürliche Person bezogen werden muss. Der objektive Vorsatzmaßstab hat aber immerhin den Vorteil, dass die Bezugsperson keine echte natürliche Person sein muss, sondern dass eine hypothetische Vergleichsperson genügt. Dieser Person wird ein vernünftiges Verhalten unterstellt, wodurch es möglich wird, normative Wertungen in die Vorsatzprüfung einfließen zu lassen.

Für die Unternehmenshaftung kann man letztlich genau denselben Maßstab anwenden, sich also einen verständigen Menschen anstelle des Unternehmens denken. Ein Unternehmen „handelt“ also vorsätzlich, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle und mit seinen Kenntnissen nur so gehandelt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte. Ausgangspunkt ist die konkrete Situation, in der sich das Unternehmen bei der Tatbestandsverwirklichung befunden hat und es ist davon auszugehen, dass die verständige Vergleichsperson über alle Informationen verfügt, die auch dem Unternehmen zur Verfügung standen. Für das Wollenselement ist aber darauf abzustellen, welches Vorstellungsbild man aus der Außenperspektive einem Menschen zuschreiben würde, der sich so verhalten hat, wie das Unternehmen in der jeweiligen Situation. Dabei ist auch für die Unternehmens-Vorsatzhaftung natürlich nicht von einer natürlichen Handlung des Unternehmens auszugehen, sondern an seine wirtschaftliche Aktivität anzuknüpfen, die sich unmittelbar dem Unternehmensträger zuordnen lässt.²³⁹ Diese Aktivität ist als Handlung der Vergleichsperson zu denken und so als vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zu bewerten.

Für die Begründung der Unternehmens-Vorsatzhaftung mithilfe des objektiven Vorsatzbegriffs hat man sich also einen Menschen anstelle des Unternehmens zu denken. Dadurch wird auch am besten dem sog. Gleichstellungsargument Rechnung getragen, das die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Wissenszurechnung entwickelt hat.²⁴⁰ Danach soll ein Geschädigter gegenüber einer juristischen Person oder einem sonstigen Unternehmens- oder Organisationsträger nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden als gegenüber einer natürlichen Person. Das Gleichstellungsargument wird im Schrifttum häufig kritisiert, weil es die strukturelle Ungleichheit von natürlichen und juristischen Personen verkenne,²⁴¹ doch damit wird man ihm nicht gerecht. Das

²³⁸ → A IV 1a.

²³⁹ Dazu schon oben → § 6 C III.

²⁴⁰ BGH BeckRS 2011, 1685, Rn. 16; BGHZ 132, 30, 35–37 = NJW 1996, 1339, 1340; BGHZ 109, 327, 332f. = NJW 1990, 975, 976; *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491, 505; zust. *Medicus*, KF 1994, 4, 15; *Canaris*, Bankvertragsrecht, ³1988, Rn. 106.

²⁴¹ *Guski*, ZHR 184 (2020), 363, 368f.; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 190ff.; *M. Walter*, Wissenszurechnung, 2005, 246ff.; *Buck*, Wissen, 2001, 320ff.; *Baum*, Wissenszurechnung, 1999, 176ff.; *Koller*, JZ 1998, 75, 77ff.

Gleichstellungsargument besagt nicht, dass natürliche und juristische Personen gleich zu behandeln seien, *weil sie gleich seien*, sondern weil es aus teleologischen Gründen geboten ist, eine Norm, die auf natürliche Personen zugeschnitten ist, aber auch juristische Personen adressiert (z.B. § 463 S. 2 BGB a.F.²⁴²), möglichst zweckentsprechend auch auf juristische Personen anzuwenden. Da der Zweck der Norm aber ein einheitlicher ist, folgt *daraus* (und nicht etwa aus einer vermeintlichen Gleichheit der Adressaten, die auch bei natürlichen Personen nicht gegeben ist), dass die Norm möglichst einheitlich anzuwenden ist. Vorsatzhaftungen sind *per se* auf natürliche Personen zugeschnitten, weil nur Menschen im natürlichen Sinne wissen und wollen können. Trotzdem gibt es Vorsatzhaftungstatbestände, die auch juristische Personen adressieren (z.B. § 463 S. 2 BGB a.F., nach hiesiger Ansicht aber auch die Tatbestände des Deliktsrechts, insbesondere § 826 BGB²⁴³). Die Anwendung muss durch den Normzweck bestimmt werden, der für die Vorsatzhaftung oben²⁴⁴ bereits ausführlich beschrieben wurde. Eine einheitliche Anwendung lässt sich am besten dadurch erreichen, dass man denselben Maßstab zugrunde legt, und für die objektive Vorsatzhaftung eignet sich aus den ebenfalls schon erläuterten Gründen am besten die Leitfigur eines verständigen Durchschnittsmenschen, die im Haftungsrecht auch sonst zur Anwendung kommt.

2. Umstandskennntnis

Aus funktionalen Gründen muss auch für die objektive Vorsatzhaftung verlangt werden, dass der Schädiger die tatbestandsrelevanten Umstände positiv kannte.²⁴⁵ Andernfalls würde die informationskostenbegrenzende Wirkung des Vorsatzkriteriums gefährdet und ein zentrales Kriterium für die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit ginge verloren (Tatumstandskennntnis/bloßes Kennenmüssen). Schon für den objektiven Vorsatzmaßstab im Allgemeinen wurde allerdings oben erläutert, dass es nicht darauf ankommt, dass der Schädiger die ihm zur Verfügung stehenden Informationen richtig verarbeitet und daraus das Bewusstsein gewonnen hat, er werde möglicherweise ein fremdes Recht verletzen.²⁴⁶ Auch muss nicht unbedingt an Wissen angeknüpft werden, das kognitiv im Gehirn eines Menschen gespeichert ist, sondern es genügt, dass der Schädiger ohne größere Schwierigkeiten auf das Wissen zugreifen könnte, weil es z.B. als Akten- oder Datenbankwissen seiner Kontrolle unterliegt. Prinzipiell nicht ausreichend wäre hingegen, dass die Informationsbeschaffung aus externen Quellen möglich ist, weil dadurch Kosten entstehen.²⁴⁷

²⁴² Dazu noch unten → III 1a.

²⁴³ Dazu schon oben → § 4 B I 3.

²⁴⁴ → A III 2.

²⁴⁵ Ausf. oben → A IV 2a.

²⁴⁶ → A IV 2b.

²⁴⁷ Dazu schon oben → vor Fn. 180.

Für die Frage, welches Wissen für die Zwecke der objektiven Unternehmens-Vorsatzhaftung als Wissen des Unternehmens gelten soll, welche Kenntnisse also für die Anwendung des objektiven Maßstabs dem verständigen Vergleichsmenschen zu unterstellen sind, kann auf die etablierten Grundsätze der Wissenszurechnung zurückgegriffen werden. Danach wird heute vor allem darauf abgestellt, welches Wissen – sobald es das Unternehmen einmal erreicht hat – typischerweise dokumentiert wird, wobei der digitalen Speicherung in unternehmerischen Zusammenhängen die wichtigste Rolle zukommt. Dabei ist auf das Unternehmen als solches abzustellen und dieses als Einheit zu behandeln, weil sich nur so das Betriebs- und Organisationsrisiko richtig zuordnen lässt.²⁴⁸ Ob typischerweise dokumentiertes („aktenmäßig festgehaltenes“) Wissen vorliegt, hängt u. a. davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit *ex ante* das Wissen später rechtserheblich werden kann.²⁴⁹ Subjektiv wird also nur bestimmt, ob das Unternehmen überhaupt jemals „wissend“ geworden ist. Ob das Wissen zum Zeitpunkt der tatbestandlichen Handlung bzw. Aktivität noch vorhanden war, richtet sich hingegen nach einem objektiven Maßstab, der an einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen orientiert ist.

Der BGH arbeitet heute vor allem mit sog. Wissensorganisationspflichten. Die Wissenszurechnung beruht nach seinem Verständnis auf dem Gedanken, dass in einer Organisation wichtige Informationen typischerweise in Akten oder in elektronischen Dateien festgehalten werden und für die handelnden Personen verfügbar sind (Dokumentationsargument).²⁵⁰ Hieraus folge eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation. Dazu gehöre zunächst die grundsätzliche Pflicht, wichtige Informationen zu speichern (Informationsspeicherungspflicht). Welches Wissen gespeichert werden muss, hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit es später rechtserheblich werden kann. Dasselbe gilt für die Frage, wie lange bestimmte Informationen gespeichert werden müssen. Weiter sei notwendig, dass wichtige Informationen von der Stelle, die sie erlangt hat, auch an andere Stellen in der Organisation weitergegeben werden, für welche die Informationen ebenfalls relevant sind (Informationsweiterleitungspflicht). Und schließlich sei zu verlangen, dass diese anderen Stellen auch von sich aus Informationen abfragen, wenn sie bei ihnen gebraucht werden (Informationsabfragepflicht).

Diese Grundsätze sind in der Rechtsprechung fest etabliert und es bietet sich daher an, sie auch für die Lösung der hiesigen Problematik heranzuziehen. Zu betonen ist, dass es hier nicht darum geht, den Vorsatz als solchen und insbe-

²⁴⁸ Vgl. schon *Canaris*, Bankvertragsrecht, ³1988, Rn. 800. Ähnlich auch *Öry*, Kollektivität, 2020, 130, die jedoch das Konzept der Wissensorganisationspflichten ablehnt.

²⁴⁹ Vgl. BGH BeckRS 2011, 1685, Rn. 16; *Bobrer*, DNotZ 1991, 124, 126ff. Grundlegend BGHZ 132, 30, 35–39 = NJW 1996, 1339, 1340f.

²⁵⁰ Hierzu und zum Folgenden BGH BeckRS 2011, 1685, Rn. 16; BGHZ 132, 30, 35–39 = NJW 1996, 1339, 1340f.

sondere das Wollenselement mithilfe der Wissenszurechnung zu begründen, was der BGH im Fondsprospekt-Urteil abgelehnt hat.²⁵¹ Vielmehr geht es nur darum, das Unternehmenswissen als solches anhand der Grundsätze der Wissenszurechnung zu bestimmen. Ob es zulässig wäre, das Wissensselement des Vorsatzes durch eine Wissenszusammenrechnung zu begründen, hat der BGH im Fondsprospekt-Fall ausdrücklich offen gelassen.²⁵² M.E. sprechen die besseren Gründe dafür. Der BGH wendet die Grundsätze der Wissenszurechnung in allen möglichen Sachbereichen an, von der Verjährung bis zum gutgläubigen Erwerb.²⁵³ Es ist nicht ersichtlich, warum man damit nicht auch das Wissensselement der Vorsatzhaftung begründen sollte, wenn über die Haftung eines Unternehmensträgers zu entscheiden ist. Eine strikt individualistische Perspektive auf Unternehmenswissen würde den Informationsprozessen in Unternehmen nicht gerecht und würde der Unternehmensleitung verfehlte Anreize für eine ineffiziente, sachlich verfehlte Wissensaufspaltung setzen.

3. Wollenselement

Für das Wollenselement muss bei der objektiven Vorsatzprüfung nicht an die Vorstellungen einer konkreten natürlichen Person angeknüpft werden, sondern das Verhalten des Schädigers wird aus der Außenperspektive eines verständigen Beobachters als vorsätzlich oder nicht vorsätzlich bewertet. Es kommt darauf an, ob ein verständig denkender und handelnder Mensch in der Situation des Schädigers und mit seinen Kenntnissen nur so gehandelt hätte wie der Schädiger, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte. Für die Unternehmenshaftung ist die Maßfigur eines verständigen Menschen nicht durch ein verständiges Vergleichsunternehmen o. ä. auszutauschen, sondern man hat sich anstelle des Unternehmens einen einzelnen Menschen zu denken, der mit den Informationen, über die das Unternehmen als Ganzes verfügt, die jeweilige wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens ausübt. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Vorsatzhaftung ihrer Konzeption nach auf Menschen ausgerichtet ist. Außerdem entspricht dieser Ansatz, wie bereits erläutert,²⁵⁴ dem sog. Gleichstellungsargument.

Die Anwendung des objektiven Vorsatzmaßstabs auf Unternehmen bzw. Unternehmensträger gelingt ohne größere Mühe. Steht z. B. wie im Fondsprospekt-Fall des BGH fest, dass in einem Unternehmen, das Immobilienfonds vertreibt, bekannt war, dass eines der Fondsgrundstücke mit umweltgefährdenden Stoffen belastet sein könnte, wurde dies jedoch im dazugehörigen Fondspro-

²⁵¹ Dazu sogleich unten → III.

²⁵² BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 26.

²⁵³ MünchKommBGB/C. *Schubert*, 2021, § 166 Rn. 58 ff.; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 169; *Bork*, BGB AT, 2016, Rn. 1655 ff.; *Schilken*, Wissenszurechnung, 1983, 233 ff.

²⁵⁴ → 1.

pekt nicht erwähnt,²⁵⁵ dann lässt sich eine vorsätzliche Schädigung der Anleger bejahen. Denn ein verständig handelnder und denkender Mensch hätte in derselben Situation und mit denselben Kenntnissen den Fondsprospekt nicht herausgegeben, wenn er nicht eine Schädigung der Anleger zumindest billigend in Kauf genommen hätte. Als Wissen der Vergleichsperson ist das gesamte Unternehmenswissen zugrunde zu legen, welches mithilfe der Grundsätze über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung zu ermitteln ist. Der Altlastenverdacht ist danach als bekannt vorauszusetzen, weil es sich für einen Anbieter von Immobilienfonds um eine derart wichtige Information handelt, dass sie intern gespeichert und weitergeleitet werden muss. Der Umstand, dass das Wissen die maßgeblichen Entscheidungsträger möglicherweise nicht erreicht hat, wäre unerheblich, weil es für die Begründung des Unternehmensvorsatzes nur auf das Unternehmenswissen ankommt, nicht auf das Wissen einzelner Personen. Stellt man sich dann für die objektive Prüfung des Wollenselements vor, dass einer einzelnen natürlichen Person der Altlastenverdacht bekannt ist, dass sie aber trotzdem den Fondsprospekt ohne diese Information herausgibt, dann läge für einen verständigen Beobachter nahe, dass diese Person eine Schädigung der Anleger billigend in Kauf nimmt. Das ergibt sich schon daraus, dass das Risiko einer Schädigung enorm groß ist. Denn als Schaden gilt nach der Rechtsprechung schon der unerwünschte Vertrag²⁵⁶ und dass die Anleger die Verträge nicht oder jedenfalls nicht zu denselben Konditionen abgeschlossen hätten, wenn sie richtig informiert worden wären, liegt auf der Hand. Der Altlastenverdacht führt zwangsläufig dazu, dass die Fondsanteile weniger wert sind. Es gibt objektiv auch keine Anhaltspunkte dafür, trotzdem auf einen guten Ausgang des Geschehens zu vertrauen und eine verständige Vergleichsperson hätte dies ohne Weiteres erkannt.

Ähnlich wären die Dieselfälle zu beurteilen: Für das Wissensselement des Unternehmensvorsatzes müssten die Abgasmanipulationen zumindest in denjenigen Unternehmen als bekannt gelten, in denen die jeweiligen Motoren konstruiert und/oder gebaut worden sind (z.B. der Volkswagen AG hinsichtlich des Motors EA189). Denn bei der Kenntnis von den Manipulationen handelt es sich um eine derart wesentliche Information, dass nach den Grundsätzen der Wissenszurechnung von einer Speicher- und Weiterleitungspflicht auszugehen ist. Ob die Manipulation nur den Ingenieuren in der Entwicklungsabteilung oder auch der Unternehmensleitung bekannt war, wäre unerheblich, weil sich die Wissensorganisationspflichten allein nach der objektiven Relevanz der jeweiligen Information bemessen. Genauso wenig käme es deshalb darauf an, warum die Information, die jedenfalls in der Entwicklungsabteilung unstreitig bekannt

²⁵⁵ BGH NJW 2017, 250ff.; vgl. dazu noch ausf. unten → III 1b.

²⁵⁶ Vgl. BGHZ 225, 316, 335f. = NJW 2020, 1962, 1967f., Rn. 45ff.; NJW-RR 2015, 275, 276, Rn. 19; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 248f.; MünchKommBGB/Wagner, § 2020, § 826 Rn. 70; Soergel/Hönn, 132005, § 826 Rn. 58.

war, die Unternehmensleitung möglicherweise nicht erreicht hat. Denn das Risiko einer unzureichenden internen Wissensorganisation trifft allein den Unternehmensträger. Für das Wollenselement wäre sodann zu fragen, ob ein verständig denkender und handelnder Mensch, der von der Manipulation Kenntnis hatte, die Fahrzeuge nur in den Verkehr gebracht hätte, wenn er eine Schädigung der Autokäufer gewollt oder doch gebilligt hätte. Das wird man bejahen müssen. Denn wie im Fondsprospekt-Fall liegt der Vermögensschaden i. S. des § 826 BGB bereits im Abschluss des unerwünschten Vertrages und es ist offensichtlich, dass die Käufer die Verträge ohne die Täuschung jedenfalls nicht zu denselben Konditionen abgeschlossen hätten. Das Verschweigen einer für den Käufer derart zentralen Information lässt objektiv nur den Schluss zu, dass der Schädiger in Kauf nimmt, dass der Käufer einen von ihm so nicht gewünschten Vertrag abschließt, also geschädigt wird.

Anders wäre es etwa, wenn das schädigende Unternehmen optimistische Versprechungen macht, die sich zwar später als falsch herausstellen, im Zeitpunkt des Versprechens aber objektiv vertretbar waren. So war es z. B. in den Kombassan-Fällen, in denen man den Anlegern versprochen hatte, sie könnten ihre Kapitalanlagen jederzeit zurückgeben, was zunächst auch realistisch schien, dann jedoch u. a. durch eine Wirtschaftskrise in der Türkei zunichte gemacht wurde.²⁵⁷ Der BGH verneinte u. a. den Schädigungsvorsatz, weil er davon ausging, die Entscheidungsträger der Beklagten hätten auf einen guten Ausgang vertraut.²⁵⁸ In solchen Fällen zeigen sich die praktischen Vorteile des objektiven Vorsatzbegriffs gerade in unternehmerischen Zusammenhängen. Der Geschädigte muss nicht für eine konkrete natürliche Person in der Unternehmensorganisation behaupten, sie habe seine Schädigung billigend in Kauf genommen, sondern er kann von vornherein objektiv-typisierend und unternehmensbezogen argumentieren. Auch die Gerichte müssen für die Bejahung oder Verneinung der Unternehmens-Vorsatzhaftung nicht so tun, als hätten sie das Vorstellungsbild konkreter Personen ergründet. In den Kombassan-Fällen wirkte dies arg künstlich, weil auf den Vorstand einer ausländischen Aktiengesellschaft abgestellt wurde, dessen Mitglieder in keiner Weise individualisiert wurden und über die offenbar auch nichts bekannt war.²⁵⁹ Der BGH stellte deshalb allein darauf ab, dass die Rücknahmeversprechen, als sie gemacht wurden, noch erfüllt werden konnten und auch wurden.²⁶⁰ Das ist ein plausibler Ansatz, lässt aber vom faktisch-psychologischen Vorsatzbegriff nicht viel übrig. Bestimmt

²⁵⁷ Vgl. BGH NJW 2014, 2797 ff.; NJW-RR 2014, 830 f.; NJW-RR 2014, 614 f.; NJW-RR 2013, 1448 ff.; ZIP 2010, 1122 ff.

²⁵⁸ BGH NJW-RR 2013, 1448, 1450, Rn. 22.

²⁵⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2013, 1448, 1450, Rn. 22 f. Ähnlich oberflächlich war die Argumentation in den Brokerfällen, die ebenfalls gegen Unternehmen im Ausland gerichtet waren, vgl. insb. BGH WM 2011, 1028, 1030 f., Rn. 28 ff.; NJW-RR 2011, 551, 553 f., Rn. 49 ff.; BGHZ 184, 365, 378 ff., Rn. 41 ff. = NZG 2010, 550, 552 f.

²⁶⁰ BGH NJW-RR 2013, 1448, 1450, Rn. 23.

man das Wollenselement von vornherein objektiv, fragt man also danach, ob ein verständig denkender und handelnder Mensch die Rücknahmeversprechen nur abgegeben hätte, wenn er eine Schädigung der Anleger billigend in Kauf genommen hätte, lässt sich dasselbe, richtige Ergebnis ohne dogmatische Verwerfungen erreichen. Da *ex ante* nicht erkennbar war, dass später eine Situation eintreten würde, in der die Rücknahmeversprechen nicht mehr erfüllt werden können, hätte eine verständige Vergleichsperson die Versprechen auch ohne Schädigungsabsicht abgeben können. Es war in der konkreten Situation objektiv gerechtfertigt, auf einen guten Ausgang zu vertrauen. Wer innerhalb des Unternehmens welche Kenntnisse hatte und wer sich welche Vorstellungen gemacht hat, ist für den Unternehmensvorsatz nicht relevant.

Insgesamt zeigt sich also, dass sich eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung mithilfe des objektiven Vorsatzmaßstabs vergleichsweise einfach begründen lässt. Für das Wissensselement wird das gesamte relevante Unternehmenswissen zugrunde gelegt, das nach den Grundsätzen der Wissenszurechnung bestimmt werden kann. Für das Wollenselement denkt man sich anstelle des Unternehmens einen verständigen Menschen, der die jeweilige Tätigkeit des Unternehmens mit den Informationen ausübt, die dem Unternehmen zur Verfügung standen. Müsste man für die Vergleichsperson davon ausgehen, dass sie die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf genommen hat, ist der Unternehmensvorsatz zu bejahen, ansonsten ist er zu verneinen. Praktische Schwierigkeiten wie bei der Anwendung des subjektives Vorsatzbegriffs der h. M. werden von vornherein vermieden, weil nicht auf einzelne Personen in der Unternehmensorganisation und deren Gedankenwelt abgestellt wird, sondern ausschließlich äußere Umstände zugrunde gelegt werden. Außerdem werden – anders als nach dem Ansatz des BGH – keine Fehlanreize für eine künstliche Aufspaltung des Unternehmenswissens gesetzt, weil das Wissensselement mit den normativen Kriterien der Wissenszurechnung bestimmt wird.

III. Unternehmensvorsatz kraft Wissenszurechnung

Auf Grundlage des subjektiven Vorsatzbegriffs der h. M. scheint eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung von vornherein ausgeschlossen, weil Gesellschaften und andere nicht menschliche Unternehmensträger die faktisch-psychologischen Kriterien dieses Vorsatzbegriffs nicht erfüllen können. Ungeachtet dessen wird in jüngerer Zeit verstärkt darüber diskutiert, ob sich eine Unternehmens-Vorsatzhaftung mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung begründen lässt.²⁶¹ Ein Grund dafür ist das bereits erwähnte Fondsprospekt-Urteil des BGH, in dem er ein solches Vorgehen aller-

²⁶¹ Vgl. Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 119ff.; MünchKommBGB/Wagner, § 2020,

dings klar abgelehnt hat.²⁶² Das Kammergericht hatte jedoch vorher anders entschieden²⁶³ und auch in den Dieselskandal-Fällen haben Gerichte zur Begründung der Haftung aus § 826 BGB verschiedentlich mit den Grundsätzen der Wissenszurechnung argumentiert.²⁶⁴ Auch in der Literatur wird teilweise vertreten, dass eine Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung eine sinnvolle Ergänzung der Unternehmenshaftung wäre.²⁶⁵ Die wohl h. L. geht hingegen mit dem BGH davon aus, dass sich eine echte Unternehmenshaftung mithilfe der Wissenszurechnung nicht konstruieren lasse und Unternehmens-Vorsatzhaftung daher immer indirekte, auf §§ 31, 831 BGB gestützte Haftung sei.²⁶⁶

Eine Unternehmens-Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung wäre eine echte Unternehmenshaftung i. S. der in § 3²⁶⁷ vorgenommenen Unterscheidung, weil ihr die Idee zugrunde liegt, Wissen und Handeln unterschiedlicher Unternehmensangehöriger rechtlich zu einem originären Vorsatzdelikt des Unternehmensträgers zu verbinden. Die Haftung ist also nicht darauf angewiesen, dass zunächst ein Vorsatzdelikt eines einzelnen Repräsentanten oder Verrichtungsgehilfen begründet wird. Vielmehr würde mithilfe der Wissenszurechnung ein echtes Unternehmensdelikt konstruiert, das unabhängig von der persönlichen Haftung natürlicher Personen angenommen werden kann.

Aus funktionaler Sicht gibt es eine deutliche Überschneidung zwischen der Unternehmens-Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung und der objektiven Unternehmens-Vorsatzhaftung, wie sie im vorigen Abschnitt vorgeschlagen wurde. Wäre letztere bereits allgemein akzeptiert, bedürfte es einer Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung nicht. Da dies jedoch nicht der Fall ist, soll die Alternative einer Unternehmens-Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung im Folgenden genauer untersucht werden. Dabei ist zunächst ein Blick auf die Rechtsprechung zu werfen, die einen solchen Ansatz keineswegs einhellig ablehnt. Sodann ist vor allem näher zu untersuchen, ob und ggf. wie sich eine Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung dogmatisch begründen lässt. Denn der BGH hat im Fondsprospekt-Urteil vor allem argumentiert, eine solche Haftung sei mit dem Vorsatzverständnis der h. M. nicht vereinbar.

§ 826 Rn. 39 ff.; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 164, 178 ff.; *Wagner*, JZ 2017, 522, 524 f.; *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, 271 f.; *Reuter*, ZIP 2017, 310, 313 und passim.

²⁶² BGH NJW 2017, 250, 252 f., Rn. 23, 26.

²⁶³ KG BeckRS 2016, 17728, Rn. 48 ff.

²⁶⁴ Vgl. etwa OLG Naumburg, BeckRS 2019, 51205, Rn. 35 ff.

²⁶⁵ So insb. MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸²⁰²⁰, § 826 Rn. 40; *Wagner*, JZ 2017, 522, 524 f.; zust. *Jauernig/Teichmann*, ¹⁸²⁰²¹, § 826 Rn. 5; *Gsell*, EWiR 2021, 365, 366.

²⁶⁶ Vgl. nur *Grüneberg/Sprau*, ⁸²⁰²³, § 826 Rn. 13; *Staudinger/Oechsler*, 2021, § 826 Rn. 121 f.; *Ahrens/Spickhoff*, DeliktsR, 2022, § 32 Rn. 26 ff., jeweils m. w. N.

²⁶⁷ → § 3 A.

1. Rechtsprechung

Bevor genauer auf das Fondsprospekt-Urteil und die Argumentation des VI. Zivilsenats in dieser Entscheidung eingegangen wird, ist zunächst eine Rechtsprechungslinie des V. Zivilsenats zu betrachten, der die Möglichkeit einer Unternehmens-Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung bereits bejaht hat. Die Entscheidungen betreffen § 463 S. 1 BGB a.F., der infolge der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Januar 2002 außer Kraft getreten ist. Vergleicht man die Ansätze beider Senate, fällt sofort auf, dass sie unterschiedlicher kaum sein könnten. Während der V. Zivilsenat die Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung klar bejaht hat, lehnt der VI. Zivilsenat sie genauso klar ab. Vergleicht man die jeweiligen Begründungen, spricht wenig dafür, dass sich die unterschiedlichen Ansätze damit erklären lassen, dass es einerseits um das Vertragsrecht ging und andererseits um das Deliktsrecht. Vielmehr unterscheiden sich die Ansätze der beiden Senate vor allem methodisch: Während der V. Zivilsenat offen teleologisch argumentiert hat, stützt sich der VI. Zivilsenat im Fondsprospekt-Urteil vor allem auf den Vorsatzbegriff.

a) § 463 S. 2 BGB a. F.

Die deutsche Diskussion über die Möglichkeit, Vorsatz mit zugerechnetem Wissen zu begründen, begann mit der viel diskutierten Schlachthof-Entscheidung des V. Zivilsenats aus dem Jahr 1989.²⁶⁸ Das Urteil betraf § 463 S. 2 BGB a.F., wonach der Käufer statt der Wandelung (also der Rückabwicklung des Kaufvertrags, wie sie heute durch einen Rücktritt bewirkt würde) Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen konnte, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hatte. Im Fall war die Kaufsache ein mit einem Schlachthof bebautes Grundstück. Der Fehler bestand darin, dass die Decken in einem Teil des Gebäudes so einsturzgefährdet waren, dass das Landratsamt als zuständige Baubehörde weniger als zwei Jahre nach der Übergabe an den Käufer die Nutzung untersagte. Die Vertreter der Verkäuferin, einer Stadt, hatten die Baumängel während der Vertragsverhandlungen nicht erwähnt, obwohl das Landratsamt die Mängel bereits mehr als 15 Jahre zuvor in einer Ordnungsverfügung an die Stadt festgestellt hatte und der Schlachthof seither mehrfach von Mitarbeitern des Landratsamts und der Stadt besichtigt worden war. Der Käufer verlangte Schadensersatz nach § 463 S. 2 BGB a.F. Die Stadt bestritt, den Fehler arglistig verschwiegen zu haben und berief sich vor allem

²⁶⁸ BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975. Die Vorsatzproblematik war schon früher aufgefunden, vgl. RG, SeuffA 77 Nr. 65, S. 110–112 (1921) und RGZ 81, 433, 435–437 (1913). In der Literatur wurde dies jedoch, soweit ersichtlich, nicht aufgegriffen. In den Monografien von *Schilken* (Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983) und *Oldenbourg* (Die Wissenszurechnung, 1934) wird die Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung nicht diskutiert.

darauf, die an den Vertragsverhandlungen mit dem Käufer beteiligten Mitarbeiter hätten den Fehler nicht gekannt.

Der V. Zivilsenat gab dem Kläger recht und bejahte den Anspruch aus § 463 S. 2 BGB a. F. Was die Wissenszurechnung als solche anging, konnte das Gericht an damals schon einigermaßen fest etablierte Grundsätze anknüpfen, die im Wesentlichen auf der Idee der Organzurechnung beruhten.²⁶⁹ Als juristische Person müsse sich die Stadt die Kenntnisse aller ihrer vertretungsberechtigten Organwalter zurechnen lassen, also auch solcher, die an dem zu beurteilenden Rechtsgeschäft (hier: dem Grundstückskaufvertrag) nicht mitgewirkt oder davon nicht einmal gewusst hätten.²⁷⁰ Selbst das Ausscheiden eines Organvertreters aus dem Amt stehe dem Fortdauern der Wissenszurechnung nicht entgegen, was der Senat sodann vor allem teleologisch begründete.²⁷¹ Die Frage der Wissenszurechnung lasse sich nicht „mit logisch-begrifflicher Stringenz“, sondern nur „in wertender Beurteilung“ entscheiden. Jedenfalls für die Frage der „Risikoverteilung bei Grundstücksgeschäften“ erschien es dem Senat „im Interesse des Verkehrsschutzes“ geboten, der Stadt das ihr durch Organvertreter einmal vermittelte, typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen auch weiterhin zuzurechnen. Nur so lasse sich die strukturelle Besonderheit der organisatorischen Aufspaltung gemeindlicher Funktionen ausgleichen und sicherstellen, dass der Bürger, der einer Gemeinde im Zweifel sogar erhöhtes Vertrauen entgegenbringe, nicht schlechter gestellt werde, „als wenn er es, nur, mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hätte“. Im Ergebnis musste sich die beklagte Stadt die Kenntnisse eines früheren Bürgermeisters von der Ordnungsverfügung und des aktuellen stellvertretenden Bürgermeisters von einer Ortsbesichtigung entgegen halten lassen, obwohl beide mit dem Verkauf des Schlachthofs an den Kläger nichts zu tun hatten.

Spannender ist für die hier interessierende Thematik des Unternehmensvorsatzes, wie aus dem zugerechneten Wissen Arglist wurde. Diese entspricht nach damaligem wie nach heutigem Verständnis dem Vorsatz, setzt also entgegen der allgemeinsprachlichen Wortbedeutung keine moralisch verwerfliche Gesinnung voraus.²⁷² Der BGH stellte zunächst im Einklang mit der bekannten Definition des Vorsatzes fest, neben dem Wissenselement sei weiter zumindest erforderlich, dass der Verkäufer „mit der Möglichkeit rechnet und billigend in Kauf nimmt“, dass er dem Käufer einen offenbarungspflichtigen Fehler ver-

²⁶⁹ Vgl. dazu etwa *K. Schmidt*, *GesR*, 42002, § 10 V, S. 284 ff.

²⁷⁰ BGHZ 109, 327, 330 f. = NJW 1990, 975, 976. Vorher schon BGH NJW 1984, 1953, 1954; BGHZ 41, 282, 287 = NJW 1964, 1367; BGH WM 1959, 81, 84; BGHZ 20, 149, 152 f. = NJW 1956, 869; RG JW 1935, 2044; RG, *SeuffA* 77 Nr. 65, S. 110, 112 (1921).

²⁷¹ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 109, 327, 332 f. = NJW 1990, 975, 976.

²⁷² BGH NJW 2007, 3057, 3059, Rn. 29; BGHZ 109, 327, 333 = NJW 1990, 975, 976; Münch-KommBGB/*Armbrüster*, 92021, § 123 Rn. 18; *Staudinger/Singer/Finckenstein*, 2017, § 123 Rn. 49. Ausf. *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43, 52 ff. und passim.

schweigt.²⁷³ Solle aber der Bürger, wie ausgeführt, in seinem Vertrauen geschützt werden und aus der Eigenart der gemeindlichen Organisation keinen Nachteil erfahren, so erscheine es interessengerecht, die Gemeinde auch hinsichtlich dieser weiteren Elemente des bedingten Vorsatzes nicht besser zu stellen als eine natürliche Person.²⁷⁴ Bei einer natürlichen Person könne nach der Lebenserfahrung (also auf der Beweisebene) von der Kenntnis eines schwerwiegenden verborgenen Mangels (hier: dem Baumangel und der drohenden Nutzungsuntersagung), „auf die Einsicht und die Billigung geschlossen werden“. Eine entsprechende Behandlung der juristischen Person rechtfertige sich umso eher, als damit kein moralisches Unwerturteil verbunden sei. Denn ein solches sei für die Arglist schon allgemein nicht erforderlich. Erst recht verflüchtige sich ein etwa verbleibender Vorwurf gegenüber der juristischen Person in dem Maße, in dem ihr Einzelwissen verschiedener natürlicher Personen „kumulativ, gleichsam mosaikartig“ zugerechnet werde. Dabei gehe es „nicht um eine Sanktion für moralisch vorwerfbares Verhalten, sondern um eine angemessene Risikoverteilung zwischen Bürger und Gemeinde“.²⁷⁵

In späteren Entscheidungen hat der BGH die Grundsätze der Wissenszurechnung immer weiter konkretisiert und zwar – bis entsprechende Fälle nach Außerkrafttreten des § 463 S. 2 BGB a.F. zum 1. Januar 2002 zunächst nicht mehr auftraten – gerade auch mit Blick auf die Arglist- bzw. Vorsatzhaftung.²⁷⁶ Er hat seine Rechtsprechung auch keineswegs auf öffentlich-rechtliche Körperschaften beschränkt, sondern sie ganz selbstverständlich auch auf Unternehmen bzw. Unternehmensträger bezogen.²⁷⁷ Eine im hiesigen Kontext wichtige Klarstellung erfolgte durch den V. Zivilsenat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000, die § 892 Abs. 2 BGB betraf:²⁷⁸ Danach ist eine Zurechnung der Kenntnisse von Mitarbeitern einer juristischen Person oder einer am Rechtsverkehr teilnehmenden nicht rechtsfähigen Organisation (gemeint waren Behörden) nur zulasten der juristischen Person oder nicht rechtsfähigen Organisation zulässig, nicht dagegen zulasten ihrer Organe oder Mitglieder.²⁷⁹ Dies begründete der Senat damit, dass die Wissenszurechnung „der Geltendmachung von

²⁷³ BGHZ 109, 327, 332f. = NJW 1990, 975, 976.

²⁷⁴ Hierzu und zum Folgenden BGHZ 109, 327, 333 = NJW 1990, 975, 976.

²⁷⁵ Kritisch zu diesem Satz *Flume*, AcP 197 (1997), 441, 443: „Mit dieser These, es gehe um eine Risikoverteilung, ist der Arglisttatbestand vollends aufgegeben.“

²⁷⁶ Vgl. etwa BGH BeckRS 2011, 1685, Rn. 23f.; NJW 1999, 3777, 3778; BGHZ 132, 30, 34–39 = NJW 1996 1339, 1340f.; BGH NJW 1996, 1205f.; BGH NJW 1995, 2159, 2160f.; BGHZ 117, 104, 106–109 = NJW 1992, 1099, 1100.

²⁷⁷ Vgl. nur BGH NJW 2019, 661; NJW 2016, 2569; BKR 2016, 345; BKR 2016, 341; NJW 2010, 602; BGHZ 183, 112 = NJW 2010, 596; BGH NJW-RR 2006, 771; NJW 1999, 425; BGHZ 135, 202 = NJW 1997, 1917; BGHZ 132, 30 = NJW 1996, 1339; BGH NJW 1996, 1205; NJW 1995, 2159; BGHZ 117, 104 = NJW 1992, 1099; BGH NJW 1994, 1953; auch schon RG, SeuffA 77 Nr. 65, S. 110 (1921).

²⁷⁸ BGH NJW 2001, 359, 360.

²⁷⁹ Vgl. auch *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, 209f.

Unkenntnis entgegen[steht], ohne dass sie eine tatsächlich fehlende Kenntnis ersetzt“.²⁸⁰ Deshalb sei sie grundsätzlich nicht geeignet, „Wissen“ „außerhalb derjenigen Struktureinheit zu begründen, deren Aufgaben wahrzunehmen waren“. Es wird hier also, m. E. völlig zu Recht, betont, dass durch die Wissenszurechnung kein echtes Wissen begründet wird (was eigentlich selbstverständlich ist, weil Zurechnungssubjekt i. d. R. ein nicht menschlicher Unternehmensträger ist), sondern dass es darum geht, trotz fehlenden Wissens die Anwendung einer Norm zu ermöglichen, die Wissen voraussetzt.²⁸¹

Auf die Frage, wie aus zugerechnetem Wissen Arglist bzw. Vorsatz wird, ist der BGH in späteren Entscheidungen zu § 463 S. 2 BGB a. F. soweit ersichtlich nicht mehr ausführlicher eingegangen. In der Literatur ist die Begründung eines Unternehmens- oder Organisations-Vorsatzes nach Art des Schlachthof-Urteils zwar aus rechtspolitischer Sicht gelegentlich verteidigt,²⁸² aus rechtsdogmatischer Sicht jedoch ganz überwiegend abgelehnt worden.²⁸³ *Grigoleit* hat sie als einen „Akt methodischer Alchemie“ kritisiert, durch den „aus Wissensmüssen Wissen und aus Fahrlässigkeit Vorsatz“ gezaubert werde.²⁸⁴ In der Sache wird vor allem bemängelt, dass eine Verletzung sog. Wissensorganisationspflichten,²⁸⁵ die heute bei der Wissenszurechnung im Mittelpunkt steht,²⁸⁶ nur einen Fahrlässigkeitsvorwurf begründen könne. Arglist und Vorsatz setzten ein voluntatives Element voraus, das sich durch Wissenszurechnung nicht konstruieren lasse.²⁸⁷ Im Wege des Anscheinsbeweises von Kenntnis auf einen entsprechenden Willen zu schließen, sei nur bei natürlichen Personen und nur bei echter Kenntnis plausibel.²⁸⁸ Ein solcher Schluss sei aber logisch ausgeschlossen, wenn der Haftungsadressat selbst nicht wollen könne. Dieses Argument verkennt jedoch, dass es bei der Wissenszurechnung natürlich nicht darum geht, quasi im Wege einer Beweiswürdigung auf echtes Wissen oder echten Vorsatz des Organisationsträgers zu schließen. Es geht vielmehr darum, Normen mit subjektiven Tatbestandselementen wie Arglist und Vorsatz sachgerecht auf Or-

²⁸⁰ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2001, 359, 360.

²⁸¹ Dazu noch ausf. unten → 3.

²⁸² Vgl. etwa *Schlechtriem*, FS Heiermann, 1995, 281 ff.

²⁸³ Kritisch z. B. NK-BGB/*Dauner-Lieb*, 2021, § 276 Rn. 11; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 195 f.; *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, 93 f.; *Buck*, Wissen, 2001, 330 ff.; *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43, 52 ff.; *Flume*, AcP 197 (1997), 441, 442 f.; *Schlechtriem*, FS Heiermann, 1995, 281, 292; *Waltermann*, NJW 1993, 889, 893 ff.; *Waltermann*, AcP 192 (1992), 182, 215 f.; vgl. auch schon *Reinking/Kippels*, ZIP 1988, 892, 895.

²⁸⁴ *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 196.

²⁸⁵ Grundlegend BGHZ 132, 30, 36 ff. = NJW 1996, 1339, 1340 f.; vgl. → bei Fn. 250.

²⁸⁶ Andere Ansätze der Wissenszurechnung wie Organzurechnung und Wissensvertretung bleiben jedoch relevant, vgl. etwa BGH NJW 2019, 661, 667, Rn. 89.

²⁸⁷ In diesem Sinne z. B. NK-BGB/*Dauner-Lieb*, 2021, § 276 Rn. 11; *Rachlitz*, Wissen, 2022, 308; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 195 f.; *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 1998, 43, 56 f.; vgl. auch *Staudinger/Oechsler*, 2021, § 826 Rn. 121; *Reuter*, ZIP 2017, 310, 313.

²⁸⁸ *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, 94; *Flume*, AcP 197 (1997), 441, 442 f.

ganisationen bzw. deren Träger anzuwenden, obwohl die subjektiven Elemente bei diesen nicht vorliegen können. Es geht also, wie *Grigoleit* richtig betont, um richterliche Rechtsfortbildung,²⁸⁹ die begründungsbedürftig ist. Der V. Zivilsenat hielt eine solche Rechtsfortbildung hinsichtlich der Arglisthaftung nach § 463 S. 2 BGB a. F. für erforderlich, um die Norm sachgerecht auf Organisationsträger anwenden zu können.²⁹⁰

b) § 826 BGB

In den letzten Jahren ist die Frage in den Vordergrund gerückt, ob sich auch die Vorsatzhaftung nach § 826 BGB mithilfe der Wissenszurechnung begründen lässt. Genauso lässt sich dies für § 830 Abs. 2 BGB diskutieren oder für die Vorsatzvariante des § 823 Abs. 1 BGB oder für § 823 Abs. 2 BGB, sofern das Schutzgesetz nur vorsätzlich verletzt werden kann.²⁹¹ Die These, dass eine deliktische Vorsatzhaftung mithilfe der Wissenszurechnung begründet werden kann, wurde wohl zuerst von *Wagner* vertreten.²⁹² Das Kammergericht hat sie in einem Prospekthaftungsfall aufgegriffen, der später auch den BGH beschäftigt hat und von dem oben schon gelegentlich die Rede war. Hier soll nun der Sachverhalt etwas ausführlicher skizziert werden, weil der Fall für den heutigen Stand der Unternehmens-Vorsatzhaftung von kaum zu überschätzender Bedeutung ist.²⁹³ Die beklagte Aktiengesellschaft war Initiatorin eines Immobilienfonds und Mitherausgeberin des dazugehörigen Fondsprospekts. Das Fondsgrundstück gehörte zu einem größeren Gelände, auf dem früher ein Gaswerk gestanden hatte und das seit 1989 im Altlastenverdachtsflächenkataster der Stadt Berlin eingetragen war. Die Beklagte war seit 1990 Eigentümerin zahlreicher Grundstücke auf dem Gelände, darunter das Fondsgrundstück. In den Jahren 1990 und 1993 wurden in öffentlichem Auftrag Gutachten zur Altlastensituation auf dem früheren Gaswerksgelände erstattet. Mit Bescheid vom 8. November 1994 erteilte die zuständige Baubehörde der Beklagten eine Baugenehmigung für den Abriss verschiedener Gebäude, darunter auch solche auf dem Fondsgrundstück. In der Baugenehmigung wurde ausdrücklich auf erhebliche

²⁸⁹ *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 177 ff.

²⁹⁰ Vgl. auch noch unten → 3.

²⁹¹ Vorsicht ist bei Strafgesetzen geboten, weil diese nur natürliche Personen adressieren, vgl. dazu BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 28 und oben → § 4 B I 2a.

²⁹² MünchKommBGB/*Wagner*, 62013, § 826 Rn. 36; zust. *Riehm*, DAR 2016, 12, 15. Mit derselben Stoßrichtung MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 40; *Wagner*, JZ 2017, 522, 524 f.; zust. *Jauernig/Teichmann*, 182021, § 826 Rn. 5; *Gsell*, EWiR 2021, 365, 366. Anderer Akzent jedoch bei *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, 265–267, 272: im Grundsatz keine Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung, es sei denn, die Unternehmensleitung hat sich der Kenntnisnahme bewusst verschlossen (*wilful blindness*).

²⁹³ Zum Folgenden KG BeckRS 2016, 17728, Rn. 1 ff.; BGH NJW 2017, 250, 251. Das KG erließ am selben Tag ein weiteres Urteil in einer Parallelsache, das in WM 2015, 2365 veröffentlicht ist. Das dazugehörige Revisionsurteil ist BeckRS 2016, 17389.

Bodenverunreinigungen verwiesen, die durch die Gutachter festgestellt worden waren. In dem am 5. Dezember 1994 emittierten Fondsprospekt wurden die Verunreinigungen nicht erwähnt, überhaupt fand das Thema Altlastenverdacht keine Erwähnung. Die Kläger traten der Fondsgesellschaft Ende Dezember 1994 als Gesellschafter bei. Nachdem die Bodenverunreinigungen öffentlich wurden, verlangten sie von der Beklagten Schadensersatz, u. a. wegen des fehlenden Hinweises im Prospekt.

Das Kammergericht bejahte den Anspruch aus § 826 BGB. Für die Begründung des Vorsatzes ließ es dahinstehen, ob der Vorstand der beklagten Gesellschaft bei der Prospektherausgabe persönlich Kenntnis von dem Altlastenverdacht hatte.²⁹⁴ Denn die Beklagte müsse jedenfalls das bei ihren Sachbearbeitern vorhandene und in ihrem Hause auch dokumentierte Wissen um die Altlastenproblematik nach den Grundsätzen der Wissenszurechnung bzw. Wissenszusammenrechnung gegen sich gelten lassen. Die Rechtsprechung des BGH zu § 463 S. 2 BGB a. F. sei auf die Prospekthaftung nach § 826 BGB übertragbar. Sie solle das Risiko aus der Wissensaufteilung demjenigen zuweisen, der sie veranlasst habe und sie durch zweckmäßige Organisation beherrschen könne. Die Erwerber von Fondsanteilen seien genauso schutzwürdig wie die Käufer bei § 463 S. 2 BGB a. F. Auch in der Literatur werde die Ansicht vertreten, die Grundsätze der Wissenszurechnung könnten zur Vorsatzbegründung bei § 826 BGB herangezogen werden – zitiert wird der eingangs erwähnte Vorstoß *Wagners*. Dass der BGH die Wissenszurechnung bei § 199 BGB bzw. früher bei § 852 BGB a. F. nicht (richtiger wäre: nicht uneingeschränkt²⁹⁵) anwende, beruhe auf den Besonderheiten der Verjährung. Der Rest war dann nicht mehr schwer: Dass der Altlastenverdacht bei der Beklagten aktenkundig war, war unstreitig und wäre wegen der entsprechenden Hinweise in der Baugenehmigung und den Gutachten auch nicht zu leugnen gewesen. Ein voluntatives Element wurde in loser Anlehnung an die Schlachthof-Entscheidung des BGH nicht verlangt, weil auch bei natürlichen Personen aus den objektiven Umständen auf den Schädigungsvorsatz geschlossen werde.

Der BGH, konkret der für das Deliktsrecht zuständige VI. Zivilsenat, sah die Sache diesmal völlig anders. Schon die für § 826 BGB erforderliche Sittenwidrigkeit lasse sich nicht so pauschal bejahen, wie es das Kammergericht getan hatte.²⁹⁶ Auch die Ausführungen zum Schädigungsvorsatz seien verfehlt. Selbst wenn zur Begründung des Wissenselements des Vorsatzes auch im Deliktsrecht eine Wissenszusammenrechnung zulässig wäre (was der Senat immerhin offen ließ), fehle es jedenfalls am Wollenselement.²⁹⁷ Die Billigung der Schädigung eines anderen setze damit korrespondierende Kenntnisse derselben

²⁹⁴ Hierzu und zum Folgenden KG BeckRS 2016, 17728, Rn. 48 ff.

²⁹⁵ Vgl. zu diesen Fällen und ihren Besonderheiten schon oben → § 5 D I 2.

²⁹⁶ BGH NJW 2017, 250, 251–253, Rn. 14–23.

²⁹⁷ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 26.

natürlichen Person voraus und könne deshalb nicht losgelöst von diesen beurteilt werden. Seien die maßgeblichen Kenntnisse auf mehrere Personen innerhalb einer juristischen Person verteilt, komme die Unterstellung einer der juristischen Person bzw. ihrem Organ zuzurechnenden billigenden Inkaufnahme der Schädigung ohne diesbezügliche Feststellungen einer Fiktion gleich.²⁹⁸ Hier gebe es keine Lebenserfahrung, wonach von der Kenntnis auf die Billigung geschlossen werden könnte. So sei im Streitfall zwar in tatsächlicher Hinsicht die Feststellung des Kammergerichts nachvollziehbar, dass im Hause der Beklagten die Informationen und damit die Kenntnisse über den konkreten Altlastenverdacht vorhanden waren. Es gebe aber keine Anhaltspunkte dafür, welche voluntativen Elemente im Hinblick auf die Schädigung der Anleger vorhanden waren. Erst recht sei nicht vorstellbar, wie sich diese in tatsächlicher Hinsicht zu einer Billigung der Schädigung zusammenfügen lassen sollten. Im Ergebnis müsste regelmäßig in Fällen, in denen sich das kognitive Element des Vorsatzes nur durch Zusammenrechnung der im Hause der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse herstellen lasse, in tatsächlicher Hinsicht auf die positive Feststellung des Wollenselements verzichtet werden. Auch dies werde der Vorschrift des § 826 BGB nicht gerecht.

Auch wenn sich der VI. Zivilsenat am Ende bemüht, seine Ausführungen auf das Deliktsrecht und konkret auf § 826 BGB zu beschränken, lässt die Begründung keinen Zweifel, dass der Senat generell wenig davon hält, eine echte direkte Unternehmens-Vorsatzhaftung per Wissenszurechnung zu begründen. Damit hat er sich in Frontstellung zum V. Zivilsenat begeben, der die Rechtsprechung zu § 463 S. 2 BGB a. F. maßgeblich entwickelt hat.²⁹⁹ Aber auch der VII.³⁰⁰ und der XI. Zivilsenat³⁰¹ haben die Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung anerkannt und bestätigend an die Rechtsprechung des V. Zivilsenats angeknüpft. Angesichts dieser auffällig unterschiedlichen Sichtweisen hätte man erwartet, dass sich der VI. Zivilsenat ausführlich mit dem Ansatz des V. Zivilsenats auseinandersetzt und insbesondere auf dessen Erklärungen zum Wollenselement in der Schlachthof-Entscheidung eingeht. Zwar kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass wegen der unterschiedlichen Kontexte – Vertragsrecht einerseits, Deliktsrecht andererseits – kein Fall des § 132 Abs. 2 GVG vorlag, der eine Befassung des Großen Senats für Zivilsachen geboten hätte. Doch liegen die Fälle nah beieinander, weil es im Kern jeweils darum geht, ob einem Unternehmen oder einer Organisation bzw. dem jeweiligen Träger eine Vorsatzhaftung auferlegt werden kann, obwohl kein einziger Mitarbeiter des Unternehmens oder der Organisation vorsätzlich gehandelt hat.

²⁹⁸ Vgl. auch *Rachlitz*, Wissen, 2022, 315 f.; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 177.

²⁹⁹ Vgl. nur die Leitentscheidungen BGHZ 132, 30 = NJW 1996, 1339 (Basaltwolle) und BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975 (Schlachthof).

³⁰⁰ BGHZ 117, 318, 320 f. = NJW 1992, 1754 f. (Arglisthaftung im Werkrecht).

³⁰¹ BGH NJW 2010, 602, 603 f., Rn. 23 f. (Arglisthaftung bei verbundenen Geschäften).

Der VI. Zivilsenat nähert sich dieser großen Frage ohne jede Fantasie. Die Annahme einer Billigung durch die juristische Person hält er für eine Fiktion (man fühlt sich an *Savigny* erinnert, der die juristische Person als bloß fingiertes Rechtssubjekt bezeichnete, allerdings nicht um ihr die rechtliche Anerkennung zu verweigern, sondern gerade um diese zu begründen³⁰²). In tatsächlicher Hinsicht, so meinen die Richterinnen und Richter, fehle es an voluntativen Elementen und ohne diese könne es nicht gehen. Genau das sah der V. Zivilsenat freilich anders. Er hat nicht behauptet, bei einer juristischen Person oder einem sonstigen Organisationsträger könne in tatsächlicher Hinsicht (also im Wege der Beweiswürdigung) von lediglich zugerechnetem Wissen auf das Wollen geschlossen werden. Niemand vertritt heute ernsthaft die Ansicht, die juristische Person als reines Rechtskonstrukt könne *in tatsächlicher Hinsicht* selbst irgendetwas wissen oder wollen. Das heißt aber nicht, dass dies auch für die rechtliche Bewertung das letzte Wort sein müsste. Der V. Zivilsenat hielt das nicht für „interessengerecht“ und war der Meinung, eine „angemessene Risikoverteilung“ sei so nicht zu erreichen.³⁰³ Der Bürger müsse so *gestellt werden*, als wenn er es nur mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hätte. Der V. Zivilsenat hat also in erster Linie teleologisch argumentiert, in seinen eigenen Worten: „nicht mit logisch-begrifflicher Stringenz“, sondern „in wertender Beurteilung“.³⁰⁴ Er hat nicht der juristischen Person Vorsatz unterstellt, sondern er hat sie *behandelt* wie eine natürliche Person, der man Vorsatz unterstellen würde.³⁰⁵ Das ist ein wichtiger Unterschied.

Man hätte sich auch vom VI. Zivilsenat im Fondsprospekt-Urteil eine nähere Untersuchung der Frage gewünscht, ob das erreichte Ergebnis (keine Haftung aus § 826 BGB, obwohl die Altlastenproblematik im Unternehmen bekannt war) interessengerecht ist. Das versteht sich wahrlich nicht von selbst, weil so den Fondsanlegern das Risiko einer Wissensaufspaltung im Unternehmen des Fondsinitiators auferlegt wird, was intuitiv erstmal nicht naheliegt.³⁰⁶ Auch hätte man gern mehr darüber erfahren, warum der Senat offenbar meint, seine Entscheidung entspreche nicht nur dem Begriff des Vorsatzes, sondern auch dem Zweck der Vorsatzhaftung bzw. des § 826 BGB. In der Literatur hat das Urteil aus dogmatischer Sicht Zustimmung³⁰⁷ erhalten, aus rechtspolitischer

³⁰² Vgl. v. *Savigny*, System, Bd. 2, 1840, 236 ff.; dazu *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, 1983, § 1 I 2, S. 3 ff.

³⁰³ BGHZ 109, 327, 333 = NJW 1990, 975, 976.

³⁰⁴ BGHZ 109, 327, 331 = NJW 1990, 975, 976.

³⁰⁵ BGHZ 109, 327 = NJW 1990, 975, Ls. b): „Ist die Gemeinde hiernach so zu behandeln, als hätte sie beim Verkauf den Fehler gekannt, so kann sie auch hinsichtlich der weiteren subjektiven Elemente des (bedingten) Vorsatzes nach § 463 S. 2 BGB nicht besser gestellt werden als eine natürliche Person, für die diese Vorsatzelemente dann zu vermuten sind.“

³⁰⁶ Genauer dazu sogleich unten → 2.

³⁰⁷ BeckOK-BGB/Förster, ⁶⁴2022, § 826 Rn. 51; Staudinger/Oechsler, 2021, § 826 Rn. 121; Reuter, ZIP 2017, 310, 313; Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160, 186 f.

Sicht hingegen Kritik auf sich gezogen.³⁰⁸ Bemängelt wird vor allem, es werde ein Anreiz geschaffen, sich von unangenehmen Informationen fernzuhalten. Denn die Rechtsprechung prämiere denjenigen, der sein Unternehmen so organisiert, dass Wissen nicht weitergeleitet oder womöglich sogar unterdrückt wird.³⁰⁹ Der VI. Zivilsenat hat sich von dieser Kritik allerdings nicht beeindrucken lassen, sondern seinen Ansatz in einem seiner zahlreichen Urteile zum Dieselskandal jüngst nochmal bestätigt.³¹⁰ Der Begründung hat er nichts mehr hinzugefügt, sodass sich unverändert die Frage stellt, ob sich die Ablehnung der Unternehmens-Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung auch teleologisch rechtfertigen lässt. Verneint man dies, bejaht man also vielmehr mit dem V. Zivilsenat die Notwendigkeit einer solchen Haftung, schließt sich aus methodischer Sicht die Frage an, ob man wegen der (vermeintlichen?) Enge der Vorsatzdefinition eine Unternehmens-Vorsatzhaftung trotzdem ablehnen muss (sozusagen mit „logisch-begrifflicher Stringenz“) oder ob der Vorsatzbegriff hinreichend offen ist, um den teleologischen Vorgaben Rechnung tragen zu können (ob er also eine „wertende Beurteilung“ erlaubt).

2. Teleologische Bewertung

Das Telos der Vorsatzhaftung wurde oben³¹¹ bereits erläutert. Mit der Vorsatzhaftung soll vor allem eine Überabschreckung verhindert werden, die bei der Fahrlässigkeitshaftung daraus folgen kann, dass die Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt i. S. von § 276 Abs. 2 BGB und die Beurteilung eines konkreten Verhaltens nach diesem Maßstab in der Praxis oft mit Unsicherheiten verbunden sind. Das Problem ist dort besonders groß, wo ohnehin schon eine Überabschreckung droht, also z. B. bei reinen Vermögensschäden (Stichwort: Umverteilungsschaden).³¹² Eine Rolle spielt auch, wie nützlich die abgeschreckte Aktivität für die Gesellschaft wäre. Ein weiterer Vorteil der Vorsatzhaftung liegt darin, dass sie Überinvestitionen in die Beschaffung von Informationen verhindert. Dazu kann es kommen, wenn der Schädiger unsicher ist, ob sein eigenes Verhalten den Fahrlässigkeitsmaßstab verletzen könnte und er deshalb großen (Informations-)Aufwand betreibt, um diese Frage zu klären. Das kann erwünscht sein, weshalb zur erforderlichen Sorgfalt i. S. von § 276 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch gehört, dass die nötigen Informationen eingeholt werden. Es kann aber Situationen geben, in denen die Informationsbeschaffung aus wohlfahrtsökonomischer Sicht ineffizient wäre und dann kann es sich für den Ge-

³⁰⁸ Jauernig/Teichmann, ¹⁸2021, § 826 Rn. 5; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 826 Rn. 41; Gsell, EWiR 2021, 365, 366; Wagner, JZ 2017, 522, 524f.

³⁰⁹ Wagner, JZ 2017, 522, 525. Dazu sogleich → 2.

³¹⁰ BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23 (konkret zur Sittenwidrigkeit, für die der BGH in Täuschungsfällen eine bewusste, also vorsätzliche Täuschung verlangt).

³¹¹ → A III 2c, d.

³¹² Vgl. dazu oben → bei Fn. 130–131.

setzgeber empfehlen, statt einer Fahrlässigkeitshaftung eine Vorsatzhaftung vorzusehen. Der Schädiger muss dann nur aus den vorhandenen Informationen die richtigen Schlüsse ziehen (nach h. M. soll er sogar nur haften, wenn er tatsächlich die richtigen Schlüsse gezogen hat – *Bewusstsein* der Tatbestandsverwirklichung). Er muss sich jedoch nicht vorhalten lassen, dass er weitere Informationen hätte beschaffen sollen. Das Vorsatzkriterium stellt also sicher, dass der Schädiger nicht schon deshalb haftet, weil er bestimmte tatbestandsrelevante Umstände hätte kennen können oder kennen müssen. (Über-)Investitionen in die Informationsbeschaffung lohnen sich also nicht.

Folgt man der Anreiz- und Informationskostenlogik, dann liegt auf der Hand, welchen Sinn die Vorsatzbegründung mithilfe der Wissenszurechnung hat:³¹³ Sie soll verhindern, dass Unternehmensträger einer Vorsatzhaftung entgehen können, indem vorhandenes (!) Wissen auf unterschiedliche Unternehmensangehörige verteilt wird. Einfach gesagt: Eine Wissensaufspaltung soll sich nicht lohnen. Oder anders herum: Den Unternehmensangehörigen sollen wirksame Anreize gesetzt werden, damit Wissen, das für die Prävention von Schäden außerhalb des Unternehmens relevant ist, an die Organisationseinheiten innerhalb des Unternehmens gelangt, in denen über die Prävention entschieden wird. Anders als man vielleicht meinen könnte, ist es keineswegs so, dass sich aus der Wissenszurechnung von vornherein keine Anreize ergäben, weil der Unternehmensträger so oder so haften würde: Entweder die Unternehmensleitung organisiert ein ordentliches Wissensmanagement, dann haftet der Unternehmensträger, weil die relevanten Entscheidungsträger alle nötigen Kenntnisse haben und folglich vorsätzlich handeln, oder man kümmert sich nicht um das Wissensmanagement und haftet dann eben aus Wissenszurechnung. Das würde vernachlässigen, dass die Unternehmensangehörigen auf Grundlage und unter Auswertung des tatsächlich vorhandenen Wissens den Schaden verhindern können und – wenn die Haftung richtig eingestellt ist – wirksame Anreize haben, dies auch zu tun.³¹⁴ Der Vorteil der Haftungsvermeidung wird typischerweise auch so groß sein, dass er die zusätzlichen Kosten für ein besseres Wissensmanagement leicht kompensieren kann.

Ein besseres Beispiel als den Fondsprospekt-Fall könnte man sich kaum ausdenken: Bei einer ausschließlich individualistischen Konzeption der Vorsatzhaftung – wie sie der VI. Zivilsenat vertritt – ist es für einen Fondsemittenten am besten, wenn derjenige, der den Prospekt unterzeichnet, möglichst wenige Informationen über das Investitionsobjekt erhält. Man muss gar nicht unterstellen, er werde nun planmäßig von den unternehmerischen Informationsflüssen ferngehalten, zumal dann ggf. eine mittelbare Täterschaft derjenigen möglich

³¹³ Vgl. zum Folgenden *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, 234f., 260f.; *DeMott*, Duke J. Comp. & Int. L. 13 (2003), 291, 297ff.; *Khanna*, B.U. L. Rev. 79 (1999), 355, 409.

³¹⁴ Vgl. dazu schon oben → § 2 B I 1.

wäre, die sich das ausgedacht haben. Aber es gibt für die Unternehmensleitung eben auch keinen Grund, die zuständigen Projektmitarbeiter anzuweisen, Gutachten oder behördliche Verfügungen mit relevanten Informationen (z. B. über eine Bodenverseuchung) an die Abteilung weiterzuleiten, die den Prospekt entwirft, oder zumindest die Unternehmensleitung zu informieren. Stattdessen kann das Unternehmen gleich doppelt sparen, wenn es die Wissensorganisation vernachlässigt: Einmal dadurch, dass die Kosten für das Wissensmanagement geringer ausfallen, denn es werden weniger Zeit und Geld in die Dokumentation, Weiterleitung und den Abruf von Informationen investiert. Und nochmal dadurch, dass der Unternehmensträger auf diese Weise der Vorsatzhaftung entgeht und somit die Schadenskosten nicht trägt, weil dem Unternehmen aus rechtlicher Sicht kein (Vorsatz-)Vorwurf zu machen ist.³¹⁵

Nun ließe sich einwenden, es sei widersprüchlich, einerseits zu behaupten, die Vorsatzhaftung als solche diene u. a. dazu, Überinvestitionen in die Beschaffung von Informationen zu vermeiden,³¹⁶ andererseits aber einer Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung das Wort zu reden, um Investitionen in die Wissensorganisation anzureizen. Man darf aber nicht alle Arten von Informationskosten in einen Topf werfen: Die *Beschaffung* von Informationen ist aufwendig und kann hohe Kosten verursachen. Für das Wissensmanagement, insbesondere die *Speicherung* bereits vorhandener Informationen und den anlassbezogenen *Abruf*, gilt dies jedoch nicht in gleichem Maße.³¹⁷ Insoweit ist auch zu beachten, dass alle für das Unternehmen relevanten Informationen heute ohnehin digital erfasst und verarbeitet werden und dass das risikobezogene Informationsmanagement in aller Regel nur einen Bruchteil der gesamten unternehmerischen Wissensorganisation ausmachen wird. Die nötigen IT-Systeme mitsamt Rechenkapazitäten, Datenbanken, Software usw. müssen somit nicht extra angeschafft werden, sondern werden auch für andere Unternehmensprozesse benötigt und sind daher ohnehin vorhanden. Die Mehrkosten des risikobezogenen Informationsmanagements dürften daher typischerweise gering sein. Das rechtfertigt es, die Vorsatzhaftung so auszugestalten, dass Anreize für eine schadenspräventive unternehmensinterne Informationsverarbeitung gesetzt werden, andererseits aber daran festzuhalten, dass keine Anreize für eine Beschaffung zusätzlicher Informationen *von außen* gesetzt werden sollen. Auch dieser Unterschied lässt sich am Fondsprospekt-Fall veranschaulichen: Die Beschaffung konkreter Informationen über die Altlastensituation dürfte kostspielig gewesen sein, was sich schon daran zeigt, dass zwei Gutachten in Auftrag gegeben wurden. Auch wurden immer wieder Bodenproben entnommen und labortechnisch untersucht. Wird nur für Vorsatz gehaftet, können solche Maß-

³¹⁵ Zu Recht kritisch MünchKommBGB/Wagner, § 826 Rn. 41, der eine „massive Privilegierung“ juristischer Personen beklagt.

³¹⁶ So oben → A III 2c, d.

³¹⁷ Skeptischer noch Koller, JZ 1998, 75, 78.

nahmen zur Informationsbeschaffung unterbleiben, denn gehaftet wird nur bei positiver Kenntnis. Ist die Kenntnis jedoch erst einmal vorhanden (im Fall hatte die Stadt die Bodenuntersuchungen veranlasst und die Ergebnisse an die Fondsinitiatorin weitergegeben), ist die Dokumentation und Weiterleitung im Unternehmen typischerweise zu sehr geringen Kosten möglich. Das wäre auch im Fall so gewesen. Denn es hätte schon genügt, wenn die zuständigen Projektmitarbeiter angewiesen worden wären, derart relevante Informationen wie die Altlastenproblematik an den Vorstand zu melden, und wenn sie dies getan hätten. Zwei E-Mails hätten also schon gereicht. Solche frappierenden Unterschiede zwischen Informationsbeschaffungskosten einerseits und Informationsmanagementkosten andererseits rechtfertigen es, auf Anreize für das Informationsmanagement auch dort nicht zu verzichten, wo Anreize für die Informationsbeschaffung unerwünscht sind.

Aus der Anreiz- und Informationskostenlogik wird aber auch klar, worum es bei der Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung nicht geht: Es soll nicht erreicht werden, dass der Unternehmensträger haftet, weil das Unternehmen bestimmte Informationen nicht hatte, die es aber hätte haben können oder müssen. In einer solchen Situation ließe sich tatsächlich nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf begründen. Die in der Literatur verbreitete These, die Wissenszurechnung führe zu einer Gleichsetzung von Kennen und Kennenmüssen und zwar insbesondere, wenn sie mithilfe der Verletzung von Wissensorganisationspflichten begründet wird,³¹⁸ beruht auf einem Missverständnis: Es wird keineswegs der handelnden natürlichen Person das maßgebliche Wissen zugerechnet und dann wegen ihres „Handelns in Kenntnis der relevanten Tatumstände“ *ihr* Vorsatz bejaht. Im Schlachthof-Fall wurde nicht dem Bürgermeister, der den Kaufvertrag unterschrieben hatte, das Wissen von den Baumängeln zugerechnet und dann auf dieser Grundlage unterstellt, dass *er* vorsätzlich gehandelt habe. Das wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn es auch um die persönliche Haftung des Bürgermeisters gegangen wäre. Die Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung ist aber eine reine Organisationshaftung. Der BGH hat immer schon betont, dass das Wissen *dem Unternehmens- oder sonstigen Organisationsträger* zugerechnet werde und dieser dann so zu behandeln sei, wie eine vorsätzlich handelnde natürliche Person. Schaut man aber, wie es richtig ist, nicht auf die handelnde natürliche Person, sondern auf die *Organisation*, dann wird deutlich, dass es in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen stets um Wissen ging, das – wenn auch möglicherweise zu einem früheren Zeitpunkt³¹⁹ – tatsächlich innerhalb der Organisation *vorhanden* war.

³¹⁸ Vgl. BeckOGK/*Spindler*, 1.11.2022, § 826 BGB Rn. 25; Staudinger/*Oechsler*, 2021, § 826 Rn. 121; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 177 ff.

³¹⁹ In einigen Fällen war der maßgebliche Wissensträger zwischenzeitlich aus der Organisation ausgeschieden. Nach der Rechtsprechung zu den Wissensorganisationspflichten ist solches Wissen weiter zu berücksichtigen, wenn und soweit das Wissen seiner Bedeutung nach

Diese Überlegung zum Zurechnungssubjekt zeigt auch, dass es bei der Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung – nach der Konzeption des V. Zivilsenats und der hier vertretenen Auffassung – nicht um Fälle geht, in denen sich die Unternehmensleitung tatbestandsrelevanten Kenntnissen bewusst verschließt. Die These, die Fälle der Wissenszurechnung wiesen eine Nähe zur Rechtsfigur der sog. bewussten Tatsachenblindheit (*wilful blindness*) auf, stammt von *Wagner*.³²⁰ Ihr liegt jedoch wie der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats ein personalistisches Verständnis zugrunde, das hier nicht geteilt wird und das m. E. auch nicht den etablierten Grundsätzen der Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung entspricht. Denn der BGH hat in der Schlachthof-Entscheidung eben nicht Wissen und Wollen des Bürgermeisters untersucht, sondern in allen seinen Erwägungen unmittelbar auf die Gemeinde abgestellt. Das war auch richtig, denn es war die Gemeinde und nicht der Bürgermeister, die Partei des Kaufvertrags war und die somit objektiv ihre Pflichten verletzt hatte. Den Fondsprospekt-Fall könnte man zwar in der Tat auch so lösen, dass man – wenn man eine persönliche Pflicht des zuständigen Vorstandsmitglieds gegenüber den Anlegern bejaht³²¹ – von einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung durch dieses Vorstandsmitglied ausgeht (mit der Folge, dass das Vorstandsmitglied auch persönlich aus § 826 BGB haften würde) und die Haftung der Fondsinitiatorin dann aus § 31 BGB ableitet, also eine indirekte Unternehmenshaftung annimmt. Dann wäre auch Raum für eine Prüfung, ob das Vorstandsmitglied trotz fehlender Tatsachenkenntnis aus § 826 BGB haften kann, weil es sich den relevanten Tatsachen bewusst verschlossen hat. Darum geht es jedoch bei der Vorsatzbegründung mithilfe der Wissenszurechnung nicht. Diese dient vielmehr dazu, eine *direkte* Haftung des Unternehmensträgers gerade auch in solchen Fällen zu ermöglichen, in denen kein Unternehmensangehöriger das Delikt verwirklicht hat,³²² weil die relevanten Kenntnisse und die tatbestandsmäßige Handlung auseinanderfallen. Die Kenntnisse werden unmittelbar dem Unternehmensträger zugerechnet³²³ und dieser wird so behandelt wie eine natürliche Person, die mit diesen Kenntnissen gehandelt hätte. Betrachtet man jedoch das Unternehmen in seiner Gesamtheit, scheint es unnötig, mit bewusster Tatsachenblindheit zu argumentieren. Denn im Unternehmen war das Wissen tatsächlich vorhanden (vgl. nochmals den Fondsprospekt-Fall).

noch vorhanden sein müsste, vgl. nur BGH BeckRS 2011, 1685, Rn. 16. Es geht aber immer um Wissen, das irgendwann tatsächlich in der Organisation vorhanden war.

³²⁰ Vgl. MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 42; *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, 266 f. Tendenziell wie hier MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 40.

³²¹ Dazu bereits ausf. oben → § 4 B I 3, C III.

³²² So ausdrücklich auch MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 826 Rn. 40.

³²³ Vgl. nochmals BGH NJW 2001, 359, 360 m. w. N.

3. Dogmatische Reinterpretation

Es hat sich gezeigt, dass die Annahme einer Organisations- bzw. Unternehmens-Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung in den Entscheidungen zu § 463 S. 2 BGB a.F. aus teleologischer Sicht gerechtfertigt war und der VI. Zivilsenat unter diesem Aspekt gut daran täte, eine solche Haftung auch für das Deliktsrecht anzuerkennen. Das heißt aber noch nicht, dass sich eine derartige echte direkte Unternehmens-Vorsatzhaftung ohne Organ- oder Mitarbeiterdelikt auch methodisch sauber begründen lässt. Die in der Literatur geäußerte Kritik an der Schlachthof-Entscheidung ist keine rechtspolitische, sondern eine rechtsdogmatische – man stört sich vor allem an der „alchemistischen“ Vorsatzkonstruktion.³²⁴ Für das Deliktsrecht dürften die Bedenken noch größer sein, weil man sich an die individualistische Perspektive auf den Schädiger gewöhnt hat und seltener als im Vertragsrecht organisationsbezogen argumentiert. Unter Beachtung des faktisch-psychologischen Vorsatzbegriffs der h.M. scheint es einleuchtend, wenn der VI. Zivilsenat im Fondsprospekt-Urteil sinngemäß schreibt, die Unterstellung des Wollenselements bei einem Auseinanderfallen von Wissen und Handlung komme einer Fiktion gleich und habe mit echtem Vorsatz nichts zu tun. Und doch bedeutet dies nicht, dass eine originäre Unternehmens-Vorsatzhaftung methodisch unzulässig wäre.

Ein erster möglicher Lösungsweg führt über die oben³²⁵ vorgeschlagene Objektivierung des Vorsatzbegriffs. Verzichtet man auf das Bewusstsein der Tatbestandsverwirklichung und deren Billigung *als subjektive Elemente* und fragt stattdessen danach, ob ein verständig denkender und handelnder Mensch an der Stelle und mit den Kenntnissen des Schädigers nur so gehandelt hätte, wenn er die Tatbestandsverwirklichung gewollt oder doch gebilligt hätte, dann lösen sich die Probleme mit der Unterstellung des voluntativen Elements in Luft auf. Das erleichtert auch die Konstruktion der Unternehmens-Vorsatzhaftung, für die oben³²⁶ bereits erläutert wurde, dass das objektive Vorsatzverständnis ohne Weiteres auch auf Unternehmen übertragen werden kann, an deren Stelle man sich aber trotzdem einen verständigen Menschen zu denken hat.

Aber auch wenn man für natürliche Personen am faktisch-psychologischen d.h. subjektiven Vorsatzverständnis der h.M. festhalten will, bedeutet das nicht, dass es von vornherein methodisch unzulässig wäre, eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung zu konstruieren. Zuzugeben ist den Kritikern dieses Ansatzes allerdings, dass die Begründung der Haftung im Schlachthof-Fall dogmatisch nicht überzeugt. Das beginnt schon damit, dass der V. Zivilsenat überhaupt so viel Wert auf die Wissenszurechnung legt, obwohl doch nicht erst die Annahme einer vorsätzlichen

³²⁴ Vgl. nochmals *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 196.

³²⁵ → A IV.

³²⁶ → B II 1.

Täuschung durch die Gemeinde arg fiktiv ist, sondern schon die Annahme, sie – die Gemeinde als juristische Person – habe Kenntnis von den Baumängeln gehabt. Das ist schon in logischer Hinsicht schwer zu begreifen und dürfte einer der Hauptgründe dafür sein, dass fälschlicherweise immer wieder davon ausgegangen wird, mithilfe der Wissenszurechnung werde das relevante Wissen dem handelnden Organwalter oder Mitarbeiter zugerechnet.³²⁷ Richtig ist: Die Zurechnung erfolgt zulasten des Unternehmens- oder sonstigen Organisations-trägers.³²⁸ Schaut man genau hin, erkennt man, dass man im Schlachthof-Fall gleich drei Fiktionen ausmachen könnte: Zuerst wird fingiert, die Gemeinde habe den Baumangel gekannt, was genau genommen noch gar nicht zum konkret verlangten Vorsatz gehört. Sodann wird das Täuschungsbewusstsein fingiert, das sich nicht schon aus der Kenntnis des Mangels ergibt, sondern weiter voraussetzt, dass der Täuschende erkennt oder zumindest für möglich hält, dass der Getäuschte den Mangel nicht kennt und außerdem den Vertrag bei Kenntnis des Mangels gar nicht oder nicht zu denselben Konditionen abschließen würde. Und schließlich wird fingiert, die Gemeinde habe die Täuschung gebilligt. Man hätte auch schreiben können, es werde eben der Vorsatz fingiert, mit allen seinen Elementen. Jedenfalls hatte die Gemeinde als juristische Person natürlich kein einziges subjektives Element selbst verwirklicht – weil sie dazu schlicht nicht in der Lage ist.

Aber was heißt eigentlich „fingiert“? Der V. Zivilsenat hat selbst von Fiktionen nicht gesprochen, sondern präzise benannt, worum es geht: Die Gemeinde sei zu *behandeln*, als hätte sie den Baumangel gekannt und könne auch hinsichtlich des bedingten Vorsatzes *nicht besser gestellt werden* als eine natürliche Person, bei der man von der Kenntnis der relevanten Tatsachen auf die Billigung der Täuschung schließen würde.³²⁹ Es ging also mit anderen Worten gar nicht darum, nachzuweisen oder auch nur zu fingieren, dass die Gemeinde von der Täuschung gewusst und diese gewollt hätte. Es ging darum, eine Norm (§ 463 S. 2 BGB a.F.), die subjektive Elemente voraussetzt, die bei einer juristischen Person nicht vorliegen können, trotzdem sinnvoll auf eine juristische Person anzuwenden, weil andernfalls ein Ergebnis gedroht hätte, das weder dem Normzweck gerecht geworden noch rechtspolitisch überzeugend gewesen wäre. Es ging also um eine richterliche Rechtsfortbildung,³³⁰ welche dadurch notwendig wurde, dass § 463 S. 2 BGB a.F. daran anknüpfte, dass „der Verkäufer“ einen Fehler arglistig verschwiegen hat und dass davon auszugehen war,

³²⁷ Sogar der BGH macht dies gelegentlich falsch, vgl. z. B. BeckRS 2011 1685, Rn. 24.

³²⁸ Besonders deutlich BGH NJW 2001, 359, 360: „Die Zurechnung findet zu Lasten der juristischen Person oder Personengesellschaft statt, nicht zu Lasten ihrer Organe oder vertretungsberechtigten Mitglieder.“ In der Sache genauso BGHZ 132, 30, 35–39 = NJW 1996, 1339, 1340f.; BGHZ 109, 327, 330–332 = NJW 1990, 975, 976.

³²⁹ BGHZ 109, 327, 332f. = NJW 1990, 975, 976.

³³⁰ So zutreffend *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 177 ff., der allerdings skeptisch ist, ob sich eine Rechtsfortbildung auch bei § 826 BGB rechtfertigen ließe.

dass die Norm auch gelten sollte, wenn der Verkäufer – wie so oft – eine juristische Person oder ein sonstiger Unternehmensträger ist. Das BGB regelt aber nirgends, wie der Vorsatz eines Unternehmensträgers zu bestimmen ist. Man kann dafür auf § 166 BGB abstellen oder auf § 31 BGB, vielleicht auch auf § 123 Abs. 2 BGB oder § 278 BGB oder § 831 Abs. 1 BGB. In jedem Fall bewegt man sich aber im Bereich der Rechtsfortbildung, denn keine dieser Normen regelt unmittelbar das aufgeworfene Problem. Warum soll man dann nicht gleich auf § 463 S. 2 BGB a.F. abstellen und nach dem Telos *dieser* Norm entscheiden, in welchen Fällen ein Unternehmensträger behandelt werden soll wie eine natürliche Person, die arglistig täuscht?³³¹ M.E. hat der V. Zivilsenat genau das getan, wenn er es auch nicht so begründet hat. Letztlich hat er im Wege der Rechtsfortbildung entschieden, dass es für die Frage des Unternehmens-Vorsatzes bzw. der Unternehmens-Arglist bei § 463 S. 2 BGB a.F. nur darauf ankommen sollte, ob die relevanten Umstände im Unternehmen bekannt waren. Auch angesichts der Vereinfachungen, die für die Feststellung von Täuschungsbewusstsein und Billigung bei natürlichen Personen gelten, vor allem aber um eine sachgerechte Anwendung des § 463 S. 2 BGB a.F. auf juristische Personen zu ermöglichen, hat er für die Tatbestandskenntnis das Wissen der Organisation ausreichen lassen und die übrigen subjektiven Merkmale für juristische Personen praktisch aus dem Tatbestand gestrichen.

M.E. ist das die plausibelste Erklärung der Schlachthof-Entscheidung und auch in anderen Fällen der Vorsatzhaftung sollte man so vorgehen. Wenn eine Haftungsnorm unmittelbar an einen Unternehmensträger adressiert ist, gleichzeitig aber Vorsatz voraussetzt, dann sollte man *der Haftungsnorm* durch teleologische Auslegung entnehmen, wann von einer Vorsatzhaftung des Unternehmensträgers auszugehen ist. Dabei kann sich ergeben, dass eine Haftung des Unternehmensträgers aus teleologischen Gründen auch als echte Unternehmenshaftung möglich sein soll, also ohne persönliches Delikt eines Unternehmensangehörigen. Es liegt dann nahe, *für diesen Zweck*, also nur für die Begründung der Unternehmens-Vorsatzhaftung auf die eigentlich zum Vorsatz gehörenden subjektiven Elemente des Bewusstseins der Tatbestandsverwirklichung und ihrer Billigung zu verzichten. Denn sie können bei Gesellschaften und anderen nicht menschlichen Unternehmensträgern nicht vorliegen. Die Auslegung der Haftungsnorm kann also ergeben, dass eine echte Unternehmenshaftung möglich sein soll, und dass dafür lediglich ein Wissenselement zu verlangen ist. Ferner kann es aus den oben erläuterten teleologischen Gründen zur Vermeidung von Fehlanreizen geboten sein, für das Wissenselement auf die Grundsätze der

³³¹ Allgemein wird für die Wissenszurechnung zu Recht oft betont, maßgeblich müsse die sog. Wissensnorm sein, also diejenige Vorschrift, die an Wissen anknüpft und für deren Anwendung eine Wissenszurechnung erwogen wird, vgl. z.B. *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 160, 176 ff. und passim; *M. Walter*, Wissenszurechnung, 2005, 52 ff.; *Goldschmidt*, Wissenszurechnung, 2001, 84 ff. und passim. Dazu auch schon ausf. oben → § 5 D I 2.

Wissenszurechnung zurückzugreifen, also das gesamte relevante Unternehmenswissen zu berücksichtigen.

Auch mit Blick auf § 826 BGB ließe sich m. E. argumentieren, dass es in eindeutig unternehmensbezogenen Fallgruppen wie der Prospekthaftung, der Kapitalanlagehaftung oder den Dieselfällen aus teleologischen Gründen geboten ist, eine echte Unternehmenshaftung zuzulassen, weil es erkennbar um die Lenkung unternehmerischer Tätigkeiten geht und die Erreichung des Normzwecks gefährdet wäre, wenn die Haftung durch Arbeitsteilung und/oder Wissensaufspaltung unterlaufen werden könnte. Wie bei § 463 S. 2 BGB a. F. kann es daher geboten sein, die Haftung unmittelbar an den Unternehmensträger zu adressieren und für die Unternehmens-Vorsatzhaftung nur ein Wissenselement und kein Wollenselement zu verlangen. Das lässt sich auch damit rechtfertigen, dass es das Wissenselement und nicht das Wollenselement ist, welches für die Anreizwirkung der Vorsatzhaftung von entscheidender Bedeutung ist.³³² Zudem liegt es aus funktionaler Sicht nahe, für die Bestimmung des relevanten Wissens auf das gesamte Unternehmenswissen abzustellen, um der Unternehmensleitung keine Fehlanreize für eine Wissensaufspaltung zu setzen. Für die Bestimmung des Unternehmenswissens kann man auf die Grundsätze der Wissenszurechnung zurückgreifen. Denn der Unternehmensträger ist nicht bloß Zurechnungssubjekt für die Handlungen, Erklärungen usw. der Organe und Mitarbeiter, sondern er ist auch und vielleicht sogar in erster Linie Träger *des Unternehmens* als Organisation. Als solchem sind ihm die Risiken des unternehmerischen Wissensmanagements zuzuweisen. Die Rechtsprechung zu den sog. Wissensorganisationspflichten³³³ trägt dem bereits Rechnung, denn sie hat die Wissenszurechnung weitgehend entindividualisiert.³³⁴ Auch insoweit ist aber zu beachten, dass die Wissenszurechnung nie Selbstzweck ist. Nicht die Grundsätze der Wissenszurechnung entscheiden daher über die Frage der Unternehmens-Vorsatzhaftung, sondern die jeweilige Haftungsnorm.

4. Ergebnis

Es zeigt sich also, dass sich eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung auch mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung begründen lässt, dass diese Begriffe aber bei weitem nicht ausdrücken, worum es eigentlich geht. Anders als sonst im Rahmen der Wissenszurechnung ist nicht lediglich zu entscheiden, welches Wissen für die Anwendung einer bestimmten Norm als Wissen eines Unternehmensträgers gelten soll. Vielmehr geht es um

³³² Dazu bereits oben → A III 2c, d.

³³³ Grundlegend BGHZ 132, 30, 35–39 = NJW 1996, 1339, 1340f.; Taupitz, KF 1994, 16, 25ff.; vgl. auch Naumann/Siegel, ZHR 181 (2017), 273ff.; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2011, 609ff. Ausf. bereits oben → II 2 und § 5 D I 2.

³³⁴ Vgl. dazu auch Guski, ZHR 184 (2020), 363, 372ff. und passim.

eine umfassende Rechtsfortbildung, die dazu führen kann, dass Vorsatzhaftungstatbestände weitgehend uminterpretiert werden, um ihre unmittelbare Anwendung auf nicht menschliche Unternehmensträger zu ermöglichen. Ausgangspunkt dieser Rechtsfortbildung ist immer die konkrete Haftungsnorm: Aus ihrem Zweck kann sich ergeben, dass die Norm auch Unternehmensträger adressiert und die Unternehmenshaftung auch als echte Organisationshaftung ohne Zurechnung eines Repräsentanten- oder Gehilfendelikts möglich sein soll. Dafür kann sprechen, dass aus einer Norm spezifisch unternehmensbezogene Pflichten abgeleitet werden – man denke bei § 826 BGB z.B. an Prospekthaftung, Kapitalanlagebetrug oder Dieselfälle – und deshalb nahe liegt, dass für die Haftung auf das Unternehmen als Einheit abzustellen ist und nicht auf einzelne Repräsentanten oder Gehilfen. Denn wenn die Haftungsnorm funktional gesehen dazu dient, wirksame Anreize für die Steuerung einer unternehmerischen Aktivität zu setzen, spricht wenig dafür, die Haftung an Arbeitsteilung oder Wissensaufspaltung scheitern zu lassen.

Ergibt sich danach, dass in Hinblick auf eine konkrete Haftungsnorm eine originäre Unternehmenshaftung geboten ist, stellt sich die weitere Frage, wie für diesen Zweck das jeweilige Vorsatzerfordernis zu interpretieren ist. Soll die Haftungsnorm aus teleologischen Gründen eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung ermöglichen, kann dies bedeuten, dass im Wege der Rechtsfortbildung für die Unternehmenshaftung auf ein voluntatives Vorsatzelement ganz zu verzichten ist, weil nicht menschliche Unternehmensträger als solche nicht in der Lage sind, einen Willen zu bilden. Die Vorsatzprüfung verlagert sich dann für die Zwecke der Unternehmenshaftung vollständig auf das Wissenselement, dem aus funktionaler Sicht – Vermeidung einer Überabschreckung, Senkung von Informationskosten – ohnehin die größere Bedeutung zu kommt. Um der Unternehmensleitung keine Fehlanreize für eine Wissensaufspaltung zu setzen, ist für das Wissenselement regelmäßig das gesamte Unternehmenswissen zu berücksichtigen. Für dessen Bestimmung lassen sich die Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung anwenden. Hier findet die Wissenszurechnung also innerhalb der Unternehmens-Vorsatzhaftung einen legitimen Anwendungsbereich. Die für die Begründung einer echten Unternehmenshaftung erforderliche Rechtsfortbildung geht hierüber jedoch hinaus, weil sie vor allem auch beinhaltet, das Vorsatzkriterium für die Zwecke der Unternehmenshaftung weitgehend zu entsubjektivieren und das Unternehmenswissen zum einzig maßgeblichen Kriterium zu erklären.

Wichtig ist, die Grundsätze der Wissenszurechnung nicht unreflektiert für die Begründung der Unternehmens-Vorsatzhaftung heranzuziehen, sondern das Telos der jeweiligen Haftungsnorm im Blick zu behalten. Aus der konkreten Haftungsnorm kann sich durchaus ergeben, dass die Unternehmenshaftung nur als indirekte, auf §§ 31, 831 BGB gestützte Unternehmenshaftung möglich sein soll oder dass zwar eine direkte Haftung möglich ist, aber nicht das gesam-

te Unternehmenswissen für die Begründung der Unternehmenshaftung relevant sein soll. Ergeben sich aus einer Haftungsnorm eindeutig unternehmensbezogene Pflichten – die Fallgruppen des § 826 BGB sind ein Beispiel – wird die Möglichkeit, die Vorsatzhaftung als echte Unternehmenshaftung zu begründen, allerdings eher die Regel als die Ausnahme sein. Es liegt dann nahe, für die Begründung der Unternehmenshaftung maßgeblich auf das relevante Unternehmenswissen abzustellen und dieses mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung zu bestimmen.

Abschließend sei noch erwähnt, dass dieses Ergebnis auch den Vorstellungen der Verfasserinnen und Verfasser des DCFR entspricht, die in den Erläuterungen zu ihrem Entwurf ebenfalls davon ausgehen, dass eine Vorsatzhaftung von Unternehmen und anderen Organisationen auch mithilfe einer Wissenszusammenrechnung begründet werden kann.³³⁵ Auf dieser Grundlage soll eine Unternehmens-Vorsatzhaftung selbst dann in Betracht kommen, wenn kein einziger Repräsentant oder Mitarbeiter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Auch nach dieser Konzeption kann es also im Bereich der Vorsatzhaftung zu einer originären Unternehmenshaftung ohne persönliche Außenhaftung unternehmensangehöriger natürlicher Personen kommen.

IV. Fazit

Für die Begründung einer echten Unternehmens-Vorsatzhaftung stehen also (mindestens) zwei gangbare Wege zur Verfügung: Die Haftung kann mithilfe des objektiven Vorsatzmaßstabs begründet werden oder als Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung. Für den ersten Ansatz, die objektive Unternehmens-Vorsatzhaftung, ist danach zu fragen, ob ein verständig denkender und handelnder Mensch an der Stelle und mit den Informationen des Unternehmens die schädigende Tätigkeit des Unternehmens nur ausgeübt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch billigend in Kauf genommen hätte. Für das Wissensselement des Vorsatzes ist darauf abzustellen, welche Informationen dem Unternehmen als Ganzes tatsächlich zur Verfügung standen. Hierfür kann auch auf die Grundsätze der Wissenszurechnung zurückgegriffen werden. Über das Wollenselement ist dann mithilfe des Maßstabs einer verständigen Vergleichsperson zu entscheiden, wobei man sich für die Zwecke der Unternehmenshaftung einen Menschen anstelle des Unternehmens denken muss. Für die Bewertung des Verhaltens als vorsätzlich oder nicht vorsätzlich ist allein auf äußere Umstände abzustellen, z. B. die besondere Gefährlichkeit der jeweiligen Aktivität. Wegen des objektiv-normativierenden Maßstabs kommt es nicht darauf an, einzelne natürliche Personen zu identifizieren und

³³⁵ v. Bar/Clive, DCFR Full Edition, Vol. 4, 2009, 3115 f.

Mutmaßungen über ihre Gedankenwelt anzustellen. Entscheidend ist, von welchem Vorstellungsbild ein verständiger Beobachter ausgegangen wäre, wenn die Schädigung durch einen Menschen verursacht worden wäre.

Alternativ kann die Unternehmens-Vorsatzhaftung mithilfe der Grundsätze der Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung begründet werden. Diese sind für die Begründung des Wissenselements unmittelbar einschlägig. Schwieriger ist die Konstruktion des Wollenselements. Der V. Zivilsenat hat in der Schlachthof-Entscheidung offen teleologisch argumentiert, juristische Personen dürften nicht besser gestellt werden als natürliche Personen. Effektiv hat er damit für Unternehmen und andere Organisationsträger das Wollenselement aus dem Vorsatz gestrichen. Der VI. Zivilsenat hat sich im Fondsprospekt-Fall dagegen verwehrt. Unter teleologischen Aspekten sprechen jedoch die besseren Gründe für den Ansatz des V. Zivilsenats, auch wenn er auf eine recht weitreichende Rechtsfortbildung hinausläuft. Für die verhaltenssteuernde Funktion der Vorsatzhaftung ist das Wissenselement deutlich wichtiger als das Wollenselement, das zum Schuldprinzip des Strafrechts passt, im Zivilrecht aber keinen sinnvollen Zweck erfüllt. Zudem würde ein individualistisches Verständnis der Unternehmens-Vorsatzhaftung dazu führen, dass Fehlanreize für eine Wissensaufspaltung gesetzt würden. Die Vorsatzbegründung kraft Wissenszurechnung stellt demgegenüber sicher, dass die Unternehmenshaftung auch organisationsbezogen begründet werden kann. Ob dies geboten ist, muss durch Auslegung der jeweiligen Haftungsnorm ermittelt werden. Eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung ist vor allem dort geboten, wo sich aus Haftungsnormen eindeutig unternehmensbezogene Pflichten ergeben.

Beide Ansätze unterscheiden sich vor allem in ihren jeweiligen Begründungswegen, werden aber in praktischer Hinsicht oft zu denselben Ergebnissen führen. So stimmen beide Ansätze darin überein, dass sie für die Begründung des Unternehmensvorsatzes vor allem auf das Wissenselement des Vorsatzes abstellen. Zudem wird für die Bestimmung des Wissenselements jeweils eine unternehmensbezogene Perspektive eingenommen und auf die Grundsätze der Wissenszurechnung zurückgegriffen. Das Wollenselement wird beim ersten Ansatz entsubjektiviert und mithilfe des Maßstabs einer verständigen Vergleichsperson objektiv-normativierend zugeschrieben, beim zweiten Ansatz wird es praktisch immer unterstellt und damit bedeutungslos. Die objektive Unternehmens-Vorsatzhaftung hat m. E. den Vorteil, dass sie den Vorsatzbegriff als solchen weitgehend intakt lässt und nur den subjektiven durch einen objektiven Maßstab ersetzt. Die Vorsatzbegründung kraft Wissenszurechnung verzichtet demgegenüber praktisch komplett auf das Wollenselement und führt dadurch zu einem stärkeren Bruch mit dem Vorsatzbegriff der h. M. Andererseits ist dieser Ansatz durch die Rechtsprechung des V. Zivilsenats bereits praktisch erprobt, während die objektive Vorsatzhaftung bisher nur als Idee existiert. Beide Ansätze sind jedoch dogmatisch vertretbar und unter teleologischen Aspekten einer rein in-

dividualistischen Konzeption der Unternehmens-Vorsatzhaftung überlegen. Zwingend ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt vorauszusetzen, wie es der VI. Zivilsenat tut, wird den Erfordernissen der Unternehmens-Vorsatzhaftung nicht gerecht.

C. Unechte Unternehmens-Vorsatzhaftung

Anders als bei der Fahrlässigkeitshaftung erkennt der BGH im Anwendungsbereich der Vorsatzhaftung keine unechte direkte Unternehmenshaftung an, bei welcher die maßgebliche Verhaltenspflicht unmittelbar an den Unternehmens-träger adressiert ist, die Haftung jedoch letztlich auf einer Zurechnung individuellen Verschuldens beruht. Dieses Modell, dessen Grundlagen und Funktionsweise maßgeblich von *Kleindiek* herausgearbeitet wurden,³³⁶ wird von der h.M. vor allem herangezogen, um die Verkehrspflichthaftung nicht menschlicher Unternehmens- und Organisationsträger zu begründen.³³⁷ Es hat den Vorteil, dass damit eine originäre Unternehmenshaftung begründet werden kann, die nicht von der persönlichen Haftung eines Repräsentanten oder Gehilfen abhängig ist. Bei der Vorsatzhaftung findet das Modell jedoch bisher keine Entsprechung. Hier geht die Rechtsprechung unter Zustimmung der h.L. davon aus, dass die Unternehmenshaftung nur als indirekte Haftung begründet werden kann, also nach Maßgabe des sog. Schuldbeitrittsmodells. Um die Haftung eines Unternehmensträgers zu begründen, muss der Geschädigte also zeigen, dass ein Repräsentant oder Verrichtungsgehilfe den objektiven und subjektiven Tatbestand eines Vorsatzdelikts verwirklicht hat und dass der Unternehmensträger für dieses Delikt nach § 31 oder § 831 BGB einstehen muss.³³⁸

Demgegenüber soll im Folgenden die These vertreten werden, dass es auch im Anwendungsbereich der Vorsatzhaftung zweckmäßig ist, in bestimmten Fällen eine unechte Unternehmenshaftung zuzulassen. Ein Bedarf für dieses Haftungsmodell besteht nicht nur bei der Fahrlässigkeitshaftung, sondern auch bei der Vorsatzhaftung, weil es auch hier sinnvoll sein kann, eine Unternehmenshaftung anzunehmen, ohne gleichzeitig ein persönliches Repräsentanten- oder Gehilfendelikt zu bejahen. Anders als es die h.M. für die Fahrlässigkeitshaftung annimmt, wird hier allerdings nicht davon ausgegangen, dass die Zurechnung des individuellen Verschuldens – also des Vorsatzes – nur mithilfe von §§ 31, 831 BGB erfolgen kann. Vielmehr wird auf das haftungsnormbezogene

³³⁶ *Kleindiek*, Deliktshaftung, 1997, 355 ff. und passim.

³³⁷ Dazu bereits oben → § 1 A II 4, B VI 2a und § 3 C I 1, III.

³³⁸ BGH NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; NJW 2017, 250, 251, Rn. 13; NJW-RR 2012, 404, Rn. 8; vgl. auch MünchKommBGB/*Wagner*, § 826 Rn. 38.

Zurechnungsmodell zurückgegriffen, das oben in § 5³³⁹ entwickelt wurde. Auf dieser Grundlage kann es auch dazu kommen, dass dem Unternehmensträger für die Begründung einer originären Unternehmens-Vorsatzhaftung auch der Vorsatz eines Verrichtungsgehilfen zuzurechnen ist, ohne dass sich der Unternehmensträger demgegenüber gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten könnte. Voraussetzung ist aber immer, dass der Unternehmensträger selbst Haftungsadressat ist, dass also zunächst eine unmittelbar unternehmensbezogene Verhaltenspflicht identifiziert wird. Insoweit wird auf die Ausführungen oben in Teil B³⁴⁰ verwiesen, die ihrerseits auf § 4 Bezug nehmen.

I. Haftungsnormbezogene Zurechnung

Hat man eine Unternehmenspflicht identifiziert, stellt sich für die Begründung der direkten Unternehmens-Vorsatzhaftung als nächstes die Frage, ob sich mithilfe der oben in Teil B diskutierten Ansätze ein echter Unternehmensvorsatz begründen lässt, also entweder mithilfe des objektiven Vorsatzbegriffs, der unmittelbar auf das Unternehmen als Organisation angewendet wird oder als Vorsatz kraft Wissenszurechnung. Ist dies nicht möglich oder scheint es nicht sinnvoll, weil es nicht darum geht, ein typisches Organisationsrisiko (z. B. Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung) sachgerecht zu bewältigen, sondern offenkundig ist, dass der Schaden durch die vorsätzliche Handlung eines einzelnen Mitarbeiters herbeigeführt wurde, stellt sich die Frage, ob dessen Vorsatz dem Unternehmensträger zugerechnet werden kann. Es ist also zu entscheiden, wessen Vorsatz für die Zwecke der Unternehmens-Vorsatzhaftung als Vorsatz des Unternehmens gelten soll. Oben³⁴¹ ist bereits begründet worden, dass es dogmatisch nicht zwingend und rechtspolitisch auch nicht sinnvoll ist, für die Zurechnung allein auf §§ 31, 831 BGB abzustellen, wenn der Unternehmensträger selbst unmittelbar Haftungsadressat ist. Denn diesen Vorschriften liegt konzeptionell die Annahme zugrunde, dass der Repräsentant oder Gehilfe selbst Adressat der Haftung ist; den Erfordernissen einer direkten Unternehmenshaftung werden sie nur unzureichend gerecht. Das gilt besonders für § 831 BGB und die dort vorgesehene Möglichkeit des Entlastungsbeweises.³⁴²

Als Alternative wurde in § 5³⁴³ u. a. in Anlehnung an das englische Deliktsrecht vorgeschlagen, über die Frage der Zurechnung mithilfe der jeweiligen Haftungsnorm zu entscheiden. Es ist also durch Auslegung des jeweiligen Haftungstatbestands und insbesondere nach Maßgabe des jeweiligen Normzwecks

³³⁹ → § 5 D.

³⁴⁰ → B I.

³⁴¹ → § 5 C.

³⁴² Siehe dazu auch noch sogleich → unter II.

³⁴³ → § 5 D.

zu ermitteln, wessen Vorsatz als Vorsatz des Unternehmens zu gelten hat. Für die Generalklauseln des BGB-Deliktsrechts und insbesondere § 826 BGB ist dafür wiederum nach Fallgruppen zu differenzieren, weil sich nur aus den spezifischen, von der Rechtsprechung formulierten Verhaltenspflichten hinreichende Anhaltspunkte dafür gewinnen lassen, auf welche Mitarbeiter es für die Unternehmens-Vorsatzhaftung ankommen soll. Für die Prospekthaftung nach § 826 BGB läge etwa nahe, dass sich das Unternehmen bzw. der Unternehmens-träger zumindest einen etwaigen Schädigungsvorsatz der Mitarbeiter zurechnen lassen muss, die mit der Erstellung des jeweiligen Prospekts betraut sind. Ebenso wird man genügen lassen, wenn derjenige vorsätzlich handelt, der den Prospekt unterzeichnet. Auf welcher Hierarchieebene die maßgeblichen Personen beschäftigt sind und ob sie als Repräsentanten i.S. des § 31 BGB oder als Verrichtungsgehilfen i.S. des § 831 BGB anzusehen sind, sollte für die Begründung der Haftung des Unternehmensträgers unerheblich sein.

Für die Bestimmung des individuellen Vorsatzes sollte nach hier vertretener Ansicht – wie überall im Deliktsrecht – der objektive Vorsatzbegriff zur Anwendung kommen.³⁴⁴ Das Modell der unechten Unternehmens-Vorsatzhaftung hängt hiervon aber nicht ab, sondern lässt sich genauso gut auf Grundlage des subjektiven Vorsatzbegriffs realisieren. Es muss festgestellt werden, dass ein Mitarbeiter, dessen Vorsatz für die Zwecke der Unternehmens-Vorsatzhaftung in der jeweiligen Situation als Vorsatz des Unternehmens zu gelten hat, tatsächlich mit Vorsatz gehandelt hat. Der Vorsatz muss den Anforderungen der jeweiligen Haftungsnorm gerecht werden, sich also z. B. bei § 826 BGB auf die Vermögensschädigung beziehen. Mit der Rechtsprechung zu §§ 31, 831 BGB³⁴⁵ ist davon auszugehen, dass der konkrete Zurechnungsträger für die Begründung der Unternehmenshaftung nicht notwendigerweise identifiziert werden muss, solange feststeht, dass eine Person, die in den Kreis der möglichen Zurechnungsträger fällt, vorsätzlich gehandelt hat. Diesen Nachweis zu erbringen kann allerdings gerade bei Anwendung des subjektiven Vorsatzbegriffs schwierig sein, wenn ein konkreter Täter nicht bekannt ist.³⁴⁶

II. Entlastung?

Sollte sich erweisen, dass eine Unternehmenspflicht vorsätzlich durch einen Mitarbeiter verletzt wurde, der „eigentlich“ als Verrichtungsgehilfe i.S. von

³⁴⁴ Vgl. oben → A IV.

³⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1973, 1602, 1603; NJW 1968, 247, 248; RGZ 159, 283, 290 f. (1939); RG JW 1932, 2076; Warn 1919 Nr. 189, S. 137 f.; RGZ 89, 136 f. (1916); RGZ 87, 1, 3 f. (1915); Münch-KommBGB/Wagner, ⁸2020, § 823 Rn. 123.

³⁴⁶ Vgl. zu dem entsprechenden Problem im schweizerischen Unternehmensstrafrecht BaslKomm-StrafR/Niggli/Gfeller, ⁴2019, Art. 102 StGB Rn. 56 f.

§ 831 BGB einzustufen ist und nicht als Repräsentant i. S. von § 31 BGB, stellt sich abschließend die Frage, ob man dem Unternehmen nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB die Möglichkeit einräumen muss, sich von der Haftung zu befreien, indem er nachweist, dass er (als Einzelunternehmer) oder seine Repräsentanten den Gehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht haben. M.E. ist das nicht der Fall. Etwas formalistisch lässt sich bereits damit argumentieren, dass § 831 BGB nach dem hier gemachten Vorschlag insgesamt nicht zur Anwendung kommt, weil für die Zurechnung des Mitarbeitervorsatzes nicht auf § 831 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) abgestellt wird, sondern unmittelbar auf die jeweils einschlägige materielle Haftungsnorm, also z. B. § 826 BGB. Wie oben in § 5³⁴⁷ bereits erläutert wurde, lässt sich der Anwendungsbereich der §§ 31, 831 BGB ohne dogmatische Verwerfungen auf die indirekte Unternehmenshaftung beschränken, also auf Fälle, in denen ein Repräsentant oder Gehilfe eine persönliche Pflicht verletzt und der Unternehmensträger dafür einstehen soll, weil die Pflichtverletzung im Rahmen einer Tätigkeit für das Unternehmen erfolgte. Es waren diese Fälle, die dem Gesetzgeber vor Augen standen, als er in § 831 Abs. 1 S. 2 BGB die Möglichkeit vorsah, dass sich der Geschäftsherr hinsichtlich der Auswahl und Überwachung des Gehilfen entlasten kann.

Vor allem aber ist es auch nach den Zwecken der Unternehmenshaftung nicht geboten, eine Entlastung des Unternehmensträgers zuzulassen, wenn es um eine Verletzung seiner eigenen Pflichten geht.³⁴⁸ Denn wenn ein Haftungstatbestand den Unternehmensträger als solchen adressiert, dann kommt darin zum Ausdruck, dass es aus funktionaler Sicht um eine Steuerung der jeweiligen unternehmerischen Aktivität geht. Mit den Verhaltenspflichten richten sich auch die Verhaltensanreize nicht an einzelne Repräsentanten oder Mitarbeiter, sondern an den Unternehmensträger und damit mittelbar an das Unternehmen als Organisation. Der Unternehmensträger haftet nicht lediglich für ein fremdes Delikt, sondern er haftet für die Verletzung einer eigenen, originären Unternehmenspflicht. Nur der Vorsatz wird ihm zugerechnet, weil er z. B. als juristische Person oder Personengesellschaft selbst nicht in der Lage ist, vorsätzlich zu handeln. Das ändert jedoch nichts daran, dass Ausgangspunkt der Haftung in den hier diskutierten Fällen – anders als bei der indirekten Unternehmenshaftung nach §§ 31, 831 BGB³⁴⁹ – die objektive Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers ist, und dies rechtfertigt es auch, eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zuzulassen.

Geht es also z. B. darum, dass ein Kundenberater eines Finanzdienstleisters einen Kunden dazu veranlasst, sein Anlagekonto immer wieder umzuschichten, obwohl dies nicht im Interesse des Kunden liegt, sondern lediglich dazu

³⁴⁷ → § 5 C IV, D III.

³⁴⁸ Vgl. dazu auch schon → § 2 C II 3b, § 5 C II 2.

³⁴⁹ Dazu ausf. → § 10.

dient, dem Unternehmen Provisionseinnahmen zu verschaffen (sog. Churning),³⁵⁰ sollte man dem Finanzdienstleister nicht die Möglichkeit gewähren, sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB von der Haftung zu befreien. Denn die Pflicht, keine unnötigen Provisionen zu schinden, richtet sich auch und wohl sogar in erster Linie an den jeweiligen Unternehmensträger, also hier den Finanzdienstleister. Denn dieser ist es, der von der Provisionsschinderei profitiert und dessen unternehmerische Tätigkeit mit dem entsprechenden Verhaltensgebot reguliert werden soll. Fragt man weiter, wer die Unternehmenspflicht verletzen kann und wessen Vorsatz für die Zwecke der Unternehmenshaftung als Unternehmensvorsatz zu gelten hat, liegt nahe, die Kundenberater in die Gruppe der möglichen Zurechnungsträger einzuschließen. Eine Entlastung wäre nicht möglich, weil der Kundenberater nicht (nur) eine persönliche Verhaltenspflicht verletzt, sondern auch und vor allem eine originäre Unternehmenspflicht. Ähnlich wäre es, wenn eine Kundenbetreuerin einer Bank nicht verhindert, dass ein Kunde Gelder von einem Geschäftskonto veruntreut,³⁵¹ denn die Pflicht (z.B. nach dem Geldwäschegesetz), auffällige Zahlungsvorgänge zu melden und ggf. zu unterbinden ist in erster Linie eine Pflicht der Bank (vgl. § 2 GwG). Auch hier sollte daher eine Entlastung nicht zugelassen werden, weil es um die Verletzung einer Unternehmenspflicht geht.

Genauso wenig wäre eine Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB in den Dieselfällen anzuerkennen und zwar unabhängig davon, wer über die Verwendung der Abschaltvorrichtungen entschieden hat. In den vom BGH entschiedenen Fällen kam es hierauf letztlich nicht an, weil die Haftung auf § 31 BGB und die Grundsätze der sekundären Darlegungslast gestützt werden konnte. Der BGH hat jedoch in Bezug auf „weitere Personen“, die möglicherweise in die Entwicklung und Verwendung der illegalen Software eingebunden waren, erklärt, es komme insoweit eine Haftung der Volkswagen AG „jedenfalls nach §§ 826, 831 BGB“ in Betracht, wonach der Geschäftsherr für einen Verrichtungsgehilfe hafte, „wenn er sich bezüglich dessen Auswahl und Überwachung nicht entlasten kann“.³⁵² Im konkreten Fall wäre eine solche Entlastungsmöglichkeit m. E. aber nicht sachgerecht gewesen, weil die Pflicht, keine Fahrzeuge mit illegalen Abschaltvorrichtungen in den Verkehr zu bringen eine originäre Unternehmenspflicht ist, die an die Volkswagen AG adressiert ist und nicht an ihre Mitarbeiter. Das ergibt sich unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 u. 2 der europäischen Kfz-Typengenehmigungs-VO (EG) 715/2007,³⁵³ der an den Hersteller des jeweiligen Fahrzeugs adressiert ist. Selbst wenn man also davon ausgeht, dass ein einzelner Ingenieur die gesamte Manipulation erdacht und um-

³⁵⁰ Vgl. BGH NJW-RR 2000, 51, 52.

³⁵¹ Vgl. BGHZ 176, 281, 297 = NJW 2008, 2245, 2249, Rn. 48.

³⁵² BGH NJW 2021, 918, 920f., Rn. 25; NJW 2020, 1179, 1184f., Rn. 43; NJW 2020, 1962, 1967, Rn. 43.

³⁵³ ABl. L 171/1.

gesetzt hätte und dass dieser Ingenieur von seinen Vorgesetzten sorgfältig ausgewählt und überwacht worden war, wäre m.E. eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zuzulassen. Vielmehr ist ausgehend von der Tatsache, dass mit der Manipulation eine originäre Unternehmenspflicht verletzt wurde, nach dem Zweck des § 826 BGB zu entscheiden, wessen Vorsatz für die Zwecke der Unternehmenshaftung als Vorsatz des Fahrzeugherstellers gelten soll. Da der BGH das Charakteristische der Dieselfälle vor allem darin sieht, dass unter Ausnutzung der Arglosigkeit und des Vertrauens der Fahrzeugkäufer Fahrzeuge in den Verkehr gebracht wurden, für die wegen der illegalen Abschalteneinrichtungen keine Typengenehmigung hätte erteilt werden dürfen,³⁵⁴ liegt es nahe, für die Frage des Schädigungsvorsatzes jedenfalls auf die Mitarbeiter abzustellen, die mit der Entwicklung der Emissionskontrollsysteme betraut waren oder das Typengenehmigungsverfahren vorbereitet haben. Denn da die Verhaltenspflicht an den Unternehmensträger adressiert ist, ist davon auszugehen, dass eine unternehmensbezogene Betrachtung geboten ist und dass sich der verhaltenssteuernde Zweck des § 826 BGB mindestens auf diejenigen Organisationseinheiten innerhalb des Unternehmens erstreckt, die mit der regulierungsbedürftigen Tätigkeit befasst sind. Eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zu erlauben, würde ein individualistisches Element in die Haftungsbegründung hineinragen, das der Sache jedoch nicht angemessen ist, weil es in den Dieselfällen eben um die Verletzung einer Unternehmenspflicht geht und nicht um die Verletzung einer Individualpflicht.

III. Fazit

Wo eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung mithilfe des objektiven Vorsatzbegriffs oder kraft Wissenszurechnung nicht in Betracht kommt, ist also eine unechte, auf Zurechnung beruhende Unternehmenshaftung zu erwägen. Ausgangspunkt ist auch hier die Feststellung, dass eine Verhaltenspflicht nicht an einzelne Unternehmensangehörige persönlich adressiert ist, sondern an den Unternehmensträger. Denn dadurch wird signalisiert, dass eine verhaltenssteuernde Wirkung nicht nur mit Blick auf einzelne Mitarbeiter bezweckt ist, sondern in Bezug auf das ganze Unternehmen. Es geht also nicht um die Lenkung individuellen Verhaltens, sondern darum, eine unternehmerische Aktivität zu regulieren. Das kann es rechtfertigen, für die Frage, wessen Vorsatz für die Zwecke der Unternehmenshaftung als Vorsatz des Unternehmens gelten soll, nicht auf §§ 31, 831 BGB abzustellen, denen eine individualistische Konzeption zugrunde liegt, sondern unmittelbar auf die materielle Haftungsnorm, die den Unternehmensträger adressiert, also z. B. § 826 BGB.

³⁵⁴ Grundlegend BGHZ 225, 316, 321 ff. = NJW 2020 1962, 1963, Rn. 13 ff.

Verletzt ein Verrichtungsgehilfe vorsätzlich eine originäre Unternehmenspflicht, ist es nicht gerechtfertigt, dem Unternehmensträger die Möglichkeit einzuräumen, sich gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB von der Haftung zu befreien. Damit würde der Tatsache nicht ausreichend Rechnung getragen, dass die Verhaltenspflicht an den Unternehmensträger gerichtet ist und nicht an den Verrichtungsgehilfen. Es macht aus funktionaler Sicht einen Unterschied, ob ein Haftungstatbestand unmittelbar den Unternehmensträger adressiert und somit auf die Steuerung der unternehmerischen Aktivität abzielt oder ob er an einen einzelnen Mitarbeiter gerichtet ist, für dessen individuelles Verhalten Anreize gesetzt werden sollen. Der Anwendungsbereich des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB lässt sich ohne dogmatische Verwerfungen auf den zweiten Fall beschränken. Geht es hingegen um eine direkte Unternehmenshaftung, ist die Vorschrift nicht anzuwenden, weil damit sachwidrig ein individualistisches Element in die Begründung der Unternehmenshaftung hineingetragen würde.

D. Ergebnisse

Entgegen der h. M. ist die Unternehmens-Vorsatzhaftung nicht ausschließlich nach dem Schuldbeitrittsmodell, also nicht allein als indirekte Unternehmenshaftung zu konzipieren. Das u. a. der Fondsprospekt-Entscheidung des BGH zugrunde liegende Verständnis, die Haftung eines nicht menschlichen Unternehmensträgers aus einem Vorsatzhaftungstatbestand setze voraus, dass ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB oder ein Verrichtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB den objektiven und subjektiven Tatbestand der Anspruchsgrundlage verwirklicht hat, wird den besonderen Gegebenheiten in Unternehmen nicht gerecht. Sollen von der Vorsatzhaftung nicht nur wirksame Anreize für die Steuerung individuellen Verhaltens ausgehen, sondern ist gleichermaßen eine Lenkung unternehmerischer Aktivitäten bezweckt, was z. B. in vielen zu § 826 BGB entwickelten Fallgruppen zum Ausdruck kommt (z. B. Prospekthaftung, Dieselfälle, Marktmachtmissbrauch, betrügerische Anlageberatung), kann die Unternehmenshaftung nicht rein individualistisch begründet werden.

Ausgangspunkt einer direkten Unternehmens-Vorsatzhaftung ist stets eine Verhaltenspflicht, die unmittelbar den Unternehmensträger adressiert. Bei den Generalklauseln des BGB-Deliktsrechts ist dafür auf die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen abzustellen, denen sich meist eindeutig entnehmen lässt, an wen sich die Haftung richtet. Ist ein Unternehmensträger als Haftungsadressat identifiziert, gibt es zwei Möglichkeiten, die Haftung zu begründen: Sie kann entweder als echte Unternehmenshaftung begründet werden, die ohne Zurechnung eines individuellen Repräsentanten- oder Gehilfenvorsatzes auskommt oder als unechte Unternehmenshaftung, die auf einer sol-

chen Zurechnung beruht. Während die echte Unternehmenshaftung vor allem auch ermöglicht, spezifische Organisationsrisiken zu erfassen, die sich z. B. durch Arbeitsteilung oder Wissensaufspaltung ergeben, lässt sich mit der unechten Unternehmenshaftung daran anknüpfen, dass zwar eine Unternehmenspflicht verletzt wurde, dass die vorsätzliche Verletzung der Pflicht jedoch eindeutig einem konkreten Unternehmensangehörigen zugeordnet werden kann. Die Haftungs begründung per Zurechnung kann dann einfacher sein.

Für die Konzeption der echten direkten Unternehmens-Vorsatzhaftung wurden hier zwei Vorschläge gemacht: Zum einen kann der objektive Vorsatzbegriff zum Einsatz kommen, dessen Überlegenheit gegenüber dem subjektiven Vorsatzbegriff der h. M. oben in Teil A ausführlich begründet wurde. Zum anderen kann eine echte direkte Unternehmens-Vorsatzhaftung nach dem Modell der Schlachthof-Entscheidung des BGH begründet werden, also mithilfe der Grundsätze über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung.

Nach dem hier für das Deliktsrecht vorgeschlagenen objektiven Vorsatzbegriff, handelt der Schädiger vorsätzlich, wenn ein verständig denkender und handelnder Mensch an seiner Stelle und mit seinen Kenntnissen nur so gehandelt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte. Damit betont der objektive Vorsatzbegriff das Wissenselement, bei dem es sich unter teleologischen Gesichtspunkten um den zentralen Bestandteil des Vorsatzkriteriums handelt. Denn damit wird gegenüber der im Zivilrecht sonst üblichen Fahrlässigkeitshaftung eine Haftungsbeschränkung realisiert, die vor allem verhindern soll, dass es zu einer Überabschreckung sozial nützlicher Aktivitäten kommt und dass potenzielle Schädiger übermäßig in die Beschaffung von Informationen investieren. Um diesen Zwecken gerecht zu werden, muss für die Vorsatzprüfung daran angeknüpft werden, welche Informationen dem Schädiger tatsächlich zur Verfügung standen. Das Wollenselement wird beim objektiven Vorsatzbegriff hingegen aus der Perspektive eines verständigen Beobachters bewertet, womit die erheblichen praktischen Schwierigkeiten vermieden werden, die nach dem Konzept der h. M. mit der Feststellung der Gedankenwelt des Schädigers verbunden sind.

Der vorgeschlagene objektive Vorsatzbegriff hat nicht nur praktische Vorteile, sondern eignet sich außerdem gut für die Begründung einer echten Unternehmens-Vorsatzhaftung. Für das Wissenselement ist auf das gesamte Unternehmenswissen abzustellen, das mithilfe der Grundsätze über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung bestimmt werden kann. Für das Wollenselement hat man sich einen verständigen Menschen in der Situation und mit den Informationen des Unternehmens zu denken und zu fragen, ob dieser die unternehmerische Tätigkeit nur ausgeübt hätte, wenn er die Verwirklichung des fraglichen Tatbestands gewollt oder doch gebilligt hätte.

Alternativ kann eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung auch nach dem Modell der Schlachthof-Entscheidung des V. Zivilsenats des BGH begründet

werden. Nach hiesigem Verständnis beruht dieses Modell im Kern auf einer normzweckorientierten Rechtsfortbildung der jeweils maßgeblichen Wissensnorm. Um eine sachgerechte Anwendung der Wissensnorm gegenüber Unternehmensträgern bzw. Unternehmen zu ermöglichen, kann es geboten sein, das jeweilige Vorsatzerfordernis fast völlig auf das Wissensselement zu reduzieren und über das Unternehmenswissen mithilfe der Grundsätze über die Wissenszurechnung und Wissenszusammenrechnung zu entscheiden.

Beide Ansätze – die Begründung der Unternehmens-Vorsatzhaftung mithilfe des objektiven Vorsatzbegriffs und die Unternehmens-Vorsatzhaftung kraft Wissenszurechnung – zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nur kein vollständig verwirklichtes Vorsatzdelikt eines konkreten Repräsentanten oder Gehilfen voraussetzen, sondern dass sie nicht einmal für die Begründung des Vorsatzes selbst auf einen einzelnen Unternehmensangehörigen abstellen. Vielmehr wird der Vorsatz von vornherein unternehmensbezogen geprüft und ausschließlich dem Unternehmen bzw. Unternehmensträger zugeordnet.

Das unterscheidet die beiden Ansätze der echten Unternehmenshaftung von der unechten Unternehmenshaftung, die darauf beruht, dem Unternehmensträger das individuelle vorsätzliche Verhalten eines konkreten Unternehmensangehörigen zuzurechnen. Auch hier wird jedoch an die Verletzung einer Unternehmenspflicht angeknüpft, sodass es nicht um ein Individualdelikt geht, für das der Unternehmensträger nach §§ 31, 831 BGB eintreten muss, sondern um ein unechtes Unternehmensdelikt, das ohne persönliche Haftung eines Repräsentanten oder Gehilfen auskommt. Für die Fahrlässigkeitshaftung wird dieser Ansatz auch von der h. M. anerkannt (*Kleindiek-Modell*) und für die Unternehmens-Vorsatzhaftung hat er genauso seine Berechtigung. Denn auch hier ist es sachgerecht, zwischen den Verhaltenspflichten des Unternehmensträgers und den Verhaltenspflichten einzelner Unternehmensangehöriger zu unterscheiden. Geht es um die Verletzung einer Unternehmenspflicht ist nach der hier vertretenen Ansicht durch Auslegung der jeweils maßgeblichen Haftungsnorm zu ermitteln, wessen Vorsatz für die Zwecke der Unternehmenshaftung als Vorsatz des Unternehmens gelten soll. Bei Generalklauseln wie § 826 BGB ist auf die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen abzustellen. Im Ergebnis kann es zu einer Verschuldenszurechnung kommen, die von der Reichweite der §§ 31, 831 BGB abweicht. Auch die Möglichkeit einer Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ist nicht anzuerkennen, weil man damit der Tatsache nicht gerecht würde, dass die Verhaltenspflicht unmittelbar den Unternehmensträger adressiert, es also um eine direkte Unternehmenshaftung geht.

Teil 5

Indirekte Unternehmenshaftung

Nachdem nun die direkte Unternehmenshaftung mit ihren theoretischen Grundlagen und wichtigsten Ausprägungen ausführlich gewürdigt wurde, ist abschließend noch auf die verbleibende Rolle und dogmatische Konstruktion der indirekten Unternehmenshaftung einzugehen. In diesem Zusammenhang soll auch gezeigt werden, dass sich mit den in dieser Arbeit vorgeschlagenen Differenzierungen und einer Emanzipierung der direkten Unternehmenshaftung die oben in § 1 diskutierten dogmatischen Verwerfungen in der bisherigen Entscheidungspraxis erheblich reduzieren ließen. Insbesondere verlören methodisch fragwürdige Umwege und Behelfskonstruktionen im Anwendungsbereich der §§ 31, 831 BGB an Bedeutung, wenn die Dogmatik der direkten Unternehmenshaftung wie vorstehend in den Teilen 3 und 4 vorgeschlagen auf ein eigenes Fundament gestellt und von diesen Normen gelöst würde. Deren Anwendung könnte dann weitgehend auf ihre ursprüngliche Funktion zurückgeführt werden, wodurch die Dogmatik der indirekten Unternehmenshaftung merklich entlastet würde. Das soll im Folgenden im Einzelnen ausgeführt und veranschaulicht werden, wofür an die oben in § 3 dargelegte Theorie der Unternehmenshaftung angeknüpft wird. Danach ist unter einer indirekten Unternehmenshaftung eine Haftung zu verstehen, die nicht an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpft, sondern an die Verletzung einer persönlichen Pflicht eines Unternehmensangehörigen. Die entscheidende Weichenstellung zwischen der direkten und der indirekten Unternehmenshaftung ist also die oben in § 4 ausführlich diskutierte Frage der Pflichtenstellung. Während die direkte Unternehmenshaftung ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt auskommt und daher letztlich als Haftung für ein eigenes Delikt des Unternehmens bzw. Unternehmensträgers konzipiert ist, sollte die indirekte Haftung als Haftung für ein fremdes Delikt (re-)konstruiert werden, um beide Haftungsarten möglichst klar voneinander abzugrenzen.

§ 10 Grundlagen und Konkretisierung

Auch wenn die maßgeblichen deliktischen Pflichten in unternehmerischen Zusammenhängen meist an den Unternehmensträger und nicht an die Unternehmensangehörigen persönlich adressiert sind, ist die indirekte Unternehmenshaftung neben der direkten keineswegs bedeutungslos. Richtig ist zwar, dass sich die Unternehmenshaftung, wenn man den hier beschriebenen Pflichtenansatz beherzigt und ihn insbesondere auch bei der Haftung nach § 823 Abs. 2 und § 826 BGB sowie nach Sonderdeliktsrecht konsequent berücksichtigt, noch weitaus häufiger als direkte Haftung begründen lassen wird, als es der bisherigen Entscheidungspraxis entspricht, die sich bisher vor allem bei der Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB um eine Pflichtendifferenzierung bemüht. Wo jedoch tatsächlich die Verletzung einer persönlichen Pflicht des handelnden Organwalters oder Verrichtungsgehilfen in Rede steht, bleibt die Begründung einer indirekten Unternehmenshaftung mithilfe der §§ 31, 831 BGB relevant. Entscheidend ist also, immer sorgfältig zwischen den deliktischen Pflichten des Unternehmensträgers und denen der Unternehmensangehörigen zu differenzieren. Außerdem ist zu beachten, dass das deutsche Recht – anders als die meisten anderen europäischen Rechtsordnungen – zwei verschiedene Arten der indirekten Unternehmenshaftung kennt, nämlich einerseits die hier sog. *echte* indirekte Unternehmenshaftung, die den Unternehmensträger strikt für die unerlaubten Handlungen von Unternehmensangehörigen einstehen lässt (vgl. § 31 BGB, § 3 HPflG, § 3 BinSchG, § 480 HGB, § 14 Abs. 7 MarkenG) und andererseits die hier sog. *unechte* indirekte Unternehmenshaftung, die zusätzlich von einem eigenen Verschulden des Unternehmensträgers als Geschäftsherrn abhängig ist (§ 831 BGB).¹ Beide Haftungsarten sind in theoretischer Hinsicht bereits gut aufgearbeitet, weshalb es im Folgenden vor allem darum gehen soll, ob sich aus den Überlegungen in den vorigen Kapiteln Rückschlüsse ziehen lassen, die zur Lösung der oben in § 1 diskutierten dogmatischen und rechtspolitischen Probleme beitragen können.

¹ Vgl. dazu schon oben → § 3 A I 1.

A. Grundlagen

Oben in § 3² ist die indirekte Unternehmenshaftung in theoretischer Hinsicht bereits durch drei Merkmale charakterisiert und von der direkten Unternehmenshaftung abgegrenzt worden, die auch für das deutsche Recht zu einem klareren Verständnis beitragen können: (1) Sie ist strukturell als Haftung für fremdes Delikt konzipiert, während es sich bei der direkten Unternehmenshaftung konzeptionell um eine Eigenhaftung handelt, (2) sie ist unabhängig von einer Zurechnung, während die direkte Unternehmenshaftung auf eine Zurechnung angewiesen sein kann und (3) sie tritt als zusätzliche Haftung neben die persönliche Haftung des handelnden Unternehmensangehörigen, während die direkte Unternehmenshaftung ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt auskommt, also den Unternehmensträger exklusiv haften lässt. Anhand dieser Differenzierungsmerkmale lässt sich die indirekte Unternehmenshaftung deutlich von der direkten unterscheiden und die bisher in der Praxis immer wieder vorkommenden Vermengungen und Verwirrungen lassen sich vermeiden. Damit ließe sich auch ein Beitrag dazu leisten, die Unternehmenshaftung und die persönliche Haftung von Repräsentanten und Mitarbeitern besser voneinander zu trennen, was in der Praxis bisher nicht immer überzeugend gelingt.³

I. Haftung für fremdes Delikt

Am klarsten lässt sich die indirekte Unternehmenshaftung als Haftung für fremdes Delikt konzipieren: Sämtliche objektiven und subjektiven Merkmale des jeweiligen Haftungstatbestands müssten durch eine einzelne natürliche Person verwirklicht werden und der Unternehmensträger haftet für das daraus resultierende Delikt, wenn er mit dieser Person in einer bestimmten rechtlichen Beziehung steht. Besonders konsequent ist dieses Haftungsmodell in der *vicarious liability* des englischen und US-amerikanischen Deliktsrechts verwirklicht, wo dem Geschäftsherrn auch persönliche Haftungsbeschränkungen seiner Gehilfen zugutekommen, weil seine Haftung von einem Gehilfendelikt abhängig ist.⁴ Ähnlich ist es bei der deutschen Amtshaftung nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB.⁵ Im deutschen Deliktsrecht ist die Lage hingegen (ähnlich wie in der Schweiz und in Österreich) deutlich komplexer, weil zwischen den strikten Haftungen nach § 31 BGB und Spezialnormen sowie der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB zu unterscheiden ist.

² → § 3 A I.

³ Vgl. dazu auch schon → § 1 B VIII und § 4 C.

⁴ Dazu → § 3 B I.

⁵ Dazu → § 3 B II.

Die dogmatische Konzeption des § 31 BGB ist von der Rechtsprechung bisher uneinheitlich, wenn nicht sogar widersprüchlich charakterisiert worden: Einerseits haben die Gerichte betont, die Vorschrift bewirke, dass die rechtsfähigen Personenvereinigungen durch ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter „selbsthandelnd in Erscheinung“ träten und sich deren unerlaubte Handlungen „als eigene anrechnen lassen“ müssten.⁶ Andererseits hat der BGH hervorgehoben, § 31 BGB sei „keine haftungsbegründende, sondern eine haftungszuweisende Norm, die einen Haftungstatbestand voraussetzt“.⁷ Über § 31 BGB werde die unerlaubte Handlung des verfassungsmäßig berufenen Vertreters „lediglich der juristischen Person als Haftungsmasse zugerechnet“. Unerlässliche Voraussetzung dieser Zurechnung sei aber, „daß das Organ, also eine natürliche Person, eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begangen hat“. Ähnlich hatte früher das Reichsgericht im Zusammenhang mit der persönlichen Haftung formuliert: „Täter einer unerlaubten Handlung ist vor allem und in erster Linie diejenige physische Person des Vorstandes eines Vereins, die durch die von ihr begangene Handlung Schaden gestiftet hat.“⁸ Letztlich kommen in den Gegensätzlichkeiten dieser Formulierungen die beiden unterschiedlichen Funktionen des § 31 BGB zum Ausdruck, die von der h. M. anerkannt werden: Einerseits handele es sich um eine Zurechnungsnorm, mit der sich die Haftung des Verbands auch ohne Organdelikt begründen lasse, andererseits werde ein Schuldbeitritt für den Fall angeordnet, dass ein Organwalter ein Delikt vollständig verwirklicht hat. Zur erstgenannten Funktion des § 31 BGB wurde oben⁹ schon Stellung genommen. Für die indirekte Unternehmenshaftung wird nur die zweitgenannte Funktion gebraucht, die der BGH damit beschreibt, es handele sich bei § 31 BGB um eine „haftungszuweisende Norm“. Soweit diese Funktion betroffen ist, ist für § 31 BGB – anders als für § 831 BGB¹⁰ – anerkannt, dass es immer eines vollständig verwirklichten Organdelikts als Anknüpfungspunkt für die Haftung des Verbands bedarf. Das wird daraus gefolgert, dass § 31 BGB an eine „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung anknüpft“. Dementsprechend wird zu Recht verlangt, dass der Organwalter schuldhaft gehandelt haben muss¹¹ und ebenso wird man voraussetzen müssen, dass der Organwalter deliktsfähig war. Denn nur so lässt sich im „haftungszuweisenden“ Anwendungsbereich des § 31 BGB sicherstellen, dass die Haftung wirklich an ein Delikt angeknüpft wird. Persönliche Haftungsprivilegien z. B. nach §§ 104 ff. SGB VII kann man hingegen, wenn sie ih-

⁶ BGH WM 1959, 80, 81; RGZ 162, 129, 169 (1939); RGZ 91, 72, 75 f. (1917).

⁷ Hierzu und zum folgenden BGHZ 99, 298, 302 = NJW 1987, 1193, 1194.

⁸ RG JW 1924, 1155, 1156. Vgl. dazu *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 48 ff.

⁹ Ausf. → § 5 C I.

¹⁰ Dazu sogleich bei → Fn. 13 und ausf. unten → C II.

¹¹ HK-BGB/Dörner, ¹¹2022, § 31 Rn. 7; BeckOGK/Offenloch, 1.8.2022, § 31 BGB Rn. 102; Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 48; Soergel/Hadding, ¹³2000, § 31 Rn. 13.

rem Zweck nach nicht auch gegenüber dem Verband eingreifen, außer Betracht lassen,¹² weil sie nicht infrage stellen, dass tatsächlich ein Delikt begangen wurde. Sie sollen vielmehr aus übergeordneten Gründen lediglich verhindern, dass Schadensersatzansprüche durchgesetzt werden können.

Weitaus größere Schwierigkeiten bereitet auch in dieser Hinsicht § 831 BGB, der unter zweierlei Aspekten nicht dem theoretischen Leitbild einer Haftung für fremdes Delikt entspricht: Zum einen betont der BGH, dass für die Geschäftsherrnhaftung im Grundsatz kein Verschulden des Gehilfen erforderlich ist und somit kein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt. In der Literatur wird dies dahingehend beschrieben, dass sich der Tatbestand der unerlaubten Handlung nach § 831 BGB aus der widerrechtlichen, jedoch nicht unbedingt schuldhaften Tat des Gehilfen und dem vermuteten ursächlichen Verschulden des Geschäftsherrn zusammensetze.¹³ Allerdings ist heute auch anerkannt, dass § 831 BGB zwar eine eigene Anspruchsgrundlage ist, dass er jedoch kein selbstständiges Delikt beschreibt, sondern dass das Verhalten des Geschäftsherrn und des Gehilfen zumindest zusammengenommen einem der Tatbestände der §§ 823 ff. BGB entsprechen muss, weil der Geschäftsherr nach § 831 BGB nicht für Taten haften soll, die gar keine Delikte wären, wenn eine Person allein gehandelt hätte.¹⁴ Das ist insbesondere für Herbeiführung reiner Vermögensschäden relevant, weil § 831 BGB aufseiten des Geschäftsherrn Fahrlässigkeit genügen lässt, sodass, wenn man in Bezug auf den Gehilfen tatsächlich kein Verschulden verlangen würde, eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden möglich wäre, obwohl eine solche in §§ 823 ff. BGB gerade nicht vorgesehen ist. Der BGH verlangt deshalb bei Vorsatzdelikten doch, dass der Gehilfe vorsätzlich gehandelt haben muss und in der Literatur wird verbreitet davon ausgegangen, dass auch bei Fahrlässigkeitsdelikten ein Verschulden des Gehilfen verlangt werden sollte, womit ein großer Schritt in Richtung einer echten Haftung für fremdes Delikt gemacht würde. Darauf wird unten¹⁵ noch zurückzukommen sein.

Die zweite Abweichung von einer idealtypischen Haftung für fremdes Delikt ist in dem Umstand zu sehen, dass § 831 BGB zusätzlich ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn voraussetzt. Daraus wird mitunter gefolgert, die Geschäftsherrnhaftung sei am besten als Eigenhaftung charakterisiert. Der BGH hat formuliert, die Haftung aus § 831 BGB sei „eine Haftung für vermutetes eigenes Verschulden und vermuteten ursächlichen Zusammenhang eines Schadens durch einen Verrichtungsgehilfen“.¹⁶ Auch das

¹² So auch BeckOGK/*Offenloch*, 1.8.2022, § 31 BGB Rn.108; a.A. Staudinger/*Weick*, 2005, § 31 Rn. 11; *Unberath*, JuS 2004, 662 ff.

¹³ Soergel/*Krause*,¹³2005, § 831 Rn. 1; *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 786; *Renner*, Hilfspersonen, 2002, 41; vgl. auch schon RGZ 142, 356, 368 (1933).

¹⁴ Vgl. dazu nur MünchKommBGB/*Wagner*,⁸2020, § 831 Rn. 34 ff.

¹⁵ → C II.

¹⁶ BGHZ 32, 53, 59 = NJW 1960, 860, 862; vgl. auch schon BGHZ 1, 248, 251 = NJW 1951, 477, 478.

Reichsgericht hatte stark betont, dass der Geschäftsherr nach § 831 BGB ein „eigenes (vermutetes) unerlaubtes Verhalten“ zu vertreten habe.¹⁷ In der Literatur hat sich *H. H. Jakobs* am vehementesten dagegen ausgesprochen, in der Haftung nach § 831 BGB eine Haftung für fremdes Delikt zu sehen.¹⁸ Von ihm stammt die These, die Haftung aus § 831 BGB gehe materiell-rechtlich nicht über die Haftung aus § 823 BGB hinaus und § 831 BGB regle letztlich nur die Beweislast.¹⁹ Das ist aber falsch, weil der Geschäftsherr aus § 831 BGB auch für (vorsätzliche) Vermögensdelikte seiner Gehilfen haftet, selbst wenn ihm seinerseits nur eine fahrlässige Auswahl- oder Überwachungspflichtverletzung anzulasten ist. Aus § 823 BGB kann sich jedoch eine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden nicht ergeben und auch sonst fügt sich eine solche Haftung in das System des deliktsrechtlichen Vermögensschutzes nach dem BGB nicht ein. Genauso ist heute anerkannt, dass eine Haftung aus § 831 BGB nicht in Betracht kommt, wenn der Gehilfe sorgfaltsgemäß gehandelt hat, weil der Geschäftsherr sonst für seine Gehilfen strenger haften würde als für sein eigenes Verhalten.²⁰ Beides zeigt, dass das Charakteristische der Haftung nach § 831 BGB das Gehilfendelikt ist und nicht die Auswahl- und Überwachungspflichtverletzung der Geschäftsherrn.²¹ Dem entspricht, dass der spätere § 831 in den Beratungen über das BGB konzeptionell als Haftung für fremdes Delikt diskutiert wurde, was sich z. B. daran zeigt, dass die Vorschrift immer wieder mit dem früheren Art. 1384 CC (heute Art. 1242 CC) verglichen wurde.²² Der BGB-Gesetzgeber wollte durchaus eine Haftung für fremdes Delikt regeln, nur eben keine strikte, sondern eine verschuldensabhängige. So lässt sich die Geschäftsherrnhaftung auch heute noch am besten verstehen: Sie ist eine Haftung für fremdes Delikt, setzt aber zusätzlich ein eigenes (vermutetes) Verschulden des Geschäftsherrn voraus.

II. Keine Zurechnung

Selbst für die Situation, dass der Organwalter einen Deliktstatbestand vollständig verwirklicht hat, ist der BGH in der Vergangenheit davon ausgegangen, über § 31 BGB werde „die unerlaubte Handlung des Organs lediglich der juris-

¹⁷ RGZ 151, 296, 297 (1936); RGZ 140, 386, 392 (1933); RGZ 78, 107, 109 (1911).

¹⁸ *H. H. Jakobs*, *VersR* 1969, 1061, 1062 ff.; zustimmend *Staudinger/Bernau*, 2022, § 831 Rn. 5. In der Tendenz ähnlich *Fundel*, *Gehilfenfehlverhalten*, 1999, 153; *Kupisch*, *JuS* 1984, 250, 251.

¹⁹ Zustimmend *MünchKommBGB/Wagner*, 82020, § 831 Rn. 11.

²⁰ Dazu noch unten → C II 2.

²¹ Vgl. dazu auch noch *MünchKommBGB/Wagner*, 82020, § 831 Rn. 54.

²² Vgl. etwa *Mot. Bd. II*, S. 736; *Prot. Bd. II*, S. 603; *MünchKommBGB/Wagner*, 82020, § 831 Rn. 1; *Flume*, *BGB AT*, Bd. I/2, 1983, § 11 III 4, S. 394.

tischen Person als Haftungsmasse zugerechnet“.²³ Dementsprechend wird auch in der Literatur vielfach vertreten, die „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ werde der juristischen Person nach § 31 BGB als eigene zugerechnet,²⁴ und nicht selten meint man, darin einen Ausdruck der Organtheorie zu erkennen.²⁵ Aus der Eigenzurechnung werden auch konkrete Konsequenzen gezogen, z. B. dass es nach § 276 Abs. 3 BGB nicht möglich sei, zugunsten des Verbandes die Haftung wegen Vorsatzes eines Organwalters auszuschließen (keine Anwendung des § 278 S. 2 BGB),²⁶ dass § 393 BGB auch eine Aufrechnung durch den Verband ausschließe, gegen den sich die Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung nur wegen § 31 BGB richtet,²⁷ oder dass ein lediglich fahrlässiges Mitverschulden des Gläubigers im Rahmen der Abwägung nach § 254 BGB nicht zu berücksichtigen sei, wenn der Verband aus § 31 BGB für eine vorsätzliche unerlaubte Handlung eines Organwalters haftet.²⁸ Andererseits wird jedoch auch argumentiert, § 31 BGB verwirkliche seine Funktion als haftungszuweisende Norm schlicht dadurch, dass er eine Haftung für fremdes Delikt anordne.²⁹ Diese Funktion, die oben³⁰ bereits als Schuldbeitrittsfunktion bzw. Haftungsfunktion des § 31 BGB charakterisiert wurde, war anders als die Zurechnungsfunktion, die nach h. M. für die Begründung einer direkten Unternehmenshaftung benötigt wird,³¹ im Grundsatz immer unstrittig. Nur über die Frage, ob die Haftung als Eigenhaftung des Verbandes kraft Zurechnung angesehen werden soll oder als Haftung für fremdes Delikt, ist bisher keine Einigkeit erzielt worden.

Wie oben³² bereits erläutert, erfüllt die Annahme einer Eigenzurechnung in Fällen, in denen ein Organwalter ein Delikt vollständig verwirklicht hat, keinen sinnvollen Zweck, weil es für die Haftung des Verbandes keinen Unterschied macht, ob das Delikt rechtlich als sein eigenes behandelt wird oder als fremdes Delikt des Organwalters.³³ Daran ändern auch die Erwägungen zur Anwendung bzw. Nichtanwendung der §§ 276 Abs. 3, 278 S. 2, 393, 254 BGB nichts.

²³ BGHZ 99, 298, 302 = NJW 1987, 1193, 1194.

²⁴ Vgl. etwa MünchKommBGB/Leuschner, ⁹2021, § 31 Rn. 1, 24; v. Deylen, Haftung, 2010, 29, 64; K. Schmidt, GesR, ⁴2002, § 10 I 2c, S. 253.

²⁵ Grüneberg/Ellenberger, ⁸²2023, § 31 Rn. 1; K. Schmidt, GesR, ⁴2002, § 10 I 2b, S. 251 f. A. A. v. Bar, FS Kitagawa, 1992, 279, 285; Flume, BGB AT, Bd. I/2, 1983, § 11 III 1, 2, S. 381–388; Landwehr, AcP 164 (1964), 482, 503 ff.

²⁶ BGHZ 13, 198, 202 f. = NJW 1954, 1193, 1194; Grüneberg/Ellenberger, ⁸²2023, § 31 Rn. 4; MünchKommBGB/Leuschner, ⁹2021, § 31 Rn. 28.

²⁷ BGHZ 172, 169, 171 f. = NJW 2007, 2490, 2491, Rn. 8; BeckOGK/Offenloch, 1.8.2022, § 31 BGB Rn. 140; MünchKommBGB/Schlüter, ⁹2022, § 393 Rn. 5.

²⁸ BGH NJW 1991, 3208, 3210; NJW 1984, 921, 922; Grüneberg/Grüneberg, ⁸²2023, § 254 Rn. 49; MünchKommBGB/Oetker, ⁹2022, § 254 Rn. 136.

²⁹ R. Westerhoff, Organ, 1993, 169; Landwehr, AcP 164 (1964), 482, 506.

³⁰ → § 1 A II 2.

³¹ Dazu schon oben → § 1 A II 4, B VI und § 5 C I.

³² → § 3 A I 2.

³³ So zutreffend v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, Rn. 169 f.

Denn die Idee der Eigenzurechnung liefert für sich genommen ohnehin noch kein inhaltliches Argument, mit dem sich überzeugend eine bestimmte Auslegung dieser Normen vertreten ließe. Ob man sich das Delikt als eigenes Delikt des Verbands vorstellt oder ob man davon ausgeht, dass dieser für das fremde Delikt eines Organwalters haftet, ist letztlich nur eine bestimmte Sichtweise, ein Bild, das die Funktionsweise des § 31 BGB anschaulich machen soll. Dogmatische Konsequenzen sollte man allein daraus nicht ziehen. Wie die §§ 276 Abs. 3, 278 S. 2, 393, 254 BGB auf vorsätzliche unerlaubte Handlungen von Organwaltern anzuwenden sind, kann man nicht mit einem Bild entscheiden, sondern ausschließlich nach dem Zweck dieser Normen. Für das dogmatische Verständnis der indirekten Unternehmenshaftung und der Rolle, die § 31 BGB dabei spielt, scheint es hingegen einfacher, nicht von einer Eigenzurechnung auszugehen, sondern von einer schlichten Haftung für fremdes Delikt. Denn darin kommt deutlicher zum Ausdruck, dass Anknüpfungspunkt der Haftung ein vollständig verwirklichtes Organelikt ist. Außerdem lässt sich die Anwendung der Zurechnungstechnik so insgesamt auf die direkte Unternehmenshaftung beschränken, was zu einer klareren Unterscheidung beider Arten der Unternehmenshaftung beiträgt.³⁴ Funktional soll die indirekte Unternehmenshaftung den Geschädigten in die Lage versetzen, seinen Anspruch nicht nur gegen den Organwaller persönlich, sondern *auch* gegen den Verband durchzusetzen, weil andernfalls die Verhaltensanreize sowohl für den Verband bzw. seine Leitung als auch für den Organwaller unzureichend sein könnten.³⁵

Für § 831 BGB entspricht es bereits allgemeiner Meinung, dass das Delikt des Gehilfen dem Geschäftsherrn nicht als eigenes zugerechnet wird, sondern dass es immer ein fremdes Delikt bleibt.³⁶ Im Rahmen der indirekten Unternehmenshaftung reduziert sich der grundlegende konzeptionelle Unterschied zwischen § 31 und § 831 BGB also darauf, dass die Geschäftsherrnhaftung zusätzlich ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn erfordert.

III. Keine Schuldübernahme

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die persönliche Haftung des Organwalters durch die Haftung des Verbands nach § 31 BGB unberührt bleibt.³⁷ Die Vorschrift regelt also keine Schuldübernahme, sondern einen

³⁴ Dazu bereits oben → § 3 A I 2.

³⁵ Vgl. dazu schon oben → § 2 B I 1.

³⁶ Vgl. etwa *Wandt*, Gesetzl. SchuldV, 112022, § 18 Rn. 4; *S. Lorenz*, JuS 2020, 821, 823; *Bork*, BGB AT, 42016, Rn. 1301, die betonen, § 831 BGB sei keine Zurechnungsnorm.

³⁷ BGHZ 194, 26, 35, Rn. 24; BGH NJW 1996, 1535, 1536; BGHZ 109, 297, 302 = NJW 1990, 976, 977; BGHZ 56, 73, 77 = NJW 1971, 1358 f.; RG JW 1924, 1155, 1156 f.; RGZ 28, 238, 242 (1890). Ausf. hierzu *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 39 ff.

Schuldbeitritt. Das wird auch von der h. L. so gesehen.³⁸ Allerdings mehren sich in jüngerer Zeit die Stimmen, die sich u. a. in Anlehnung an die Amtshaftung und rechtsvergleichende sowie rechtsökonomische Überlegungen dafür aussprechen, den handelnden Organwaller im Grundsatz von der Haftung freizustellen, wenn er, wie § 31 BGB es verlangt, „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ handelt, also im Rahmen seiner Tätigkeit für den Verband.³⁹ Dazu ist oben⁴⁰ schon angemerkt worden, dass eine auf § 31 BGB gestützte persönliche Haftungsprivilegierung problematisch ist, weil sie zu einer doppelten Diskriminierung führt: Organwaller i. S. des § 31 BGB würden dadurch nicht nur besser gestellt als einfache Verrichtungsgehilfen i. S. des § 831 BGB, sondern auch als Führungskräfte in Unternehmen, die nicht von einer Gesellschaft, sondern von einem Einzelunternehmer getragen werden. Denn in beiden Fällen kann § 31 BGB nach h. M. nicht zur Anwendung kommen. Es lässt sich aber nicht überzeugend rechtfertigen, dass Verrichtungsgehilfen im Außenverhältnis strenger haften sollen als Mitglieder der Unternehmensleitung und genauso wenig vermag es zu überzeugen, dass die persönliche Haftung von Leitungspersonen davon abhängen soll, ob Unternehmensträger eine Gesellschaft ist oder ein Einzelunternehmer. Auch in Bezug auf § 831 BGB werden freilich Beschränkungen der persönlichen Haftung diskutiert, z. B. nach dem Vorbild der Costedoat-Entscheidung der französischen *Cour de Cassation* ein allgemeiner Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit.⁴¹ Der BGH hat jedoch betont, dass er sich nicht für befugt hält, die deliktische Außenhaftung der Arbeitnehmer im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu beschränken,⁴² weil sich für die Lösung des sozialpolitischen Problems der Arbeitnehmerhaftung unterschiedliche Lösungen denken lassen und es in erster Linie dem Gesetzgeber obliegt, die betroffenen Interessen miteinander abzuwägen und auszugleichen. Solange der Gesetzgeber also die bisherige Rechtslage nicht ändert, muss es somit dabei bleiben, dass Organwaller und Verrichtungsgehilfen auch persönlich haften, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit für das Unternehmen ein Delikt begehen.

Ein persönliche Haftung des handelnden Organwalters oder Gehilfen kommt freilich nur in Betracht, wenn sich tatsächlich ein persönliches Delikt feststellen lässt, was nach hier vertretener Ansicht bei allen Deliktsarten voraussetzt, dass eine persönliche deliktische Pflicht verletzt wurde und nicht bloß eine Pflicht des Unternehmensträgers.⁴³ Den Schlüssel für eine sachgerechte Begrenzung

³⁸ Vgl. nur MünchKommBGB/*Leuschner*, 2021, § 31 Rn. 35; Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 75 ff.; Soergel/*Hadding*, 132000, § 31 Rn. 28, jeweils m. w. N.

³⁹ *Grunst*, Geschäftsleiter, 2016, 7 ff. und passim; *Schirmer*, Körperschaftsdelikt, 2015, 185 ff. und passim; zust. *Schürnbrand*, ZHR 180 (2016), 131 ff.

⁴⁰ → § 3 A I 3.

⁴¹ Dafür z. B. *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771, 808 f. Vgl. mit ähnlicher Stoßrichtung und rechtsvergleichender Argumentation *Fountoulakis/Mäsch*, ZEuP 2011, 461 ff.

⁴² BGH VersR 1989, 1197, 1198 f.

⁴³ Dazu ausf. → § 4 A I 1, II, C.

der persönlichen Haftung von Führungskräften und einfachen Arbeitnehmern hält man somit m. E. mit der Bestimmung der jeweiligen Pflichtenstellungen in der Hand. Denn wenn es an einer persönliche Pflicht fehlt, kommt auch eine persönliche Haftung von vornherein nicht in Betracht. In unternehmerischen Sachverhalten ist sorgfältig zwischen Unternehmenspflichten und persönlichen Pflichten von Organwaltern und Gehilfen zu unterscheiden, wofür die oben⁴⁴ näher dargestellten Kriterien zur Bestimmung und Begrenzung deliktischer Pflichten herangezogen werden können, also insbesondere Gefahrverursachung, Gefahrbeherrschung, Vertrauensschutz und Kosten-Nutzen-Prinzip. Die Rechtsprechung ist bei der Pflichtenbestimmung in der Vergangenheit teilweise erstaunlich undifferenziert vorgegangen, insbesondere, wenn es um die Verkehrspflichthaftung einfacher Arbeitnehmer ging. Zwar hat der BGH in der Wachmann-Entscheidung⁴⁵ sorgfältig zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten des Wachmanns sowie zwischen dessen vertraglichen Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber und etwaigen deliktischen Pflichten gegenüber der Geschädigten differenziert. In zahlreichen anderen Fällen ist die persönliche Haftung von Arbeitnehmern aber vergleichsweise unreflektiert bejaht worden.⁴⁶ Das dürfte einerseits damit zusammenhängen, dass der BGH relativ großzügig von einer unmittelbaren Rechtsverletzung ausgeht und im Unrechtstatbestand auf die Feststellung einer Pflichtverletzung ganz verzichtet, wenn eine enge räumliche und zeitliche Nähe zwischen der Handlung des jeweiligen Mitarbeiters und der Rechtsverletzung besteht. Andererseits ordnet er offenbar zumindest die tatsächliche Gefahrbeherrschung ganz selbstverständlich den handelnden Arbeitnehmern zu, z. B. wenn ein Tankwagenfahrer eine Schlauchkupplung unvorsichtig von einem Tank löst,⁴⁷ wenn ein Mitarbeiter eines Spielautomatenunternehmens bei der regelmäßigen Wartung und Entleerung eines Automaten dessen fehlende Standicherheit nicht erkennt⁴⁸ oder wenn eine Praktikantin in einer Orthopädischen Klinik eine Patientin nicht deutlich und eindringlich vor der Kippgefahr eines Duschstuhls warnt.⁴⁹ Darin liegt die Gefahr, dass das Verhalten von Arbeitnehmern mit direktem Kontakt zu Kunden und Dritten haftungsrechtlich strenger bewertet wird als das Verhalten von Mitarbeitern im „Innendienst“.⁵⁰ Wie oben⁵¹ bereits ausgeführt, sollte das Kriterium der Gefahrbeherrschung in unternehmerischen Sachverhalten zurückhaltend herangezogen werden, weil es praktisch immer auf die handelnden Unternehmensangehörigen verweist

⁴⁴ → § 4 B I 1b.

⁴⁵ BGH NJW 1987, 2510, 2511.

⁴⁶ Vgl. dazu auch schon → § 4 C I.

⁴⁷ So der Fall BGH NJW 1995, 1150 ff.

⁴⁸ So BGH VersR 1993, 198 f.

⁴⁹ So BGH NJW 1991, 2960 f.

⁵⁰ Kritisch dazu auch MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 139.

⁵¹ → § 4 C I.

(auch im Wachmann-Fall war es der Wachmann, der die Gefahr tatsächlich beherrschte), unter teleologischen Aspekten aber meist mehr dafür spricht, die rechtliche Verantwortung für die Gefahren der unternehmerischen Aktivität exklusiv dem Unternehmensträger zuzuordnen.

B. Verbandshaftung (§ 31 BGB)

Im Folgenden soll nun näher untersucht werden, ob und ggf. inwieweit sich die oben in § 1 im Zusammenhang mit der Verbandshaftung nach § 31 BGB beschriebenen dogmatischen und rechtspolitischen Probleme vor dem Hintergrund der bisher in dieser Arbeit angestellten Überlegungen lösen oder abmildern lassen. Die Haftung für Organdelikte ist im Sinne der oben in § 3 vorgenommenen Unterscheidung als echte indirekte Unternehmenshaftung anzusehen, was sie mit der Repräsentantenhaftung nach § 3 HPfG und der strikten Geschäftsherrnhaftung nach § 3 BinSchG, § 480 HGB und § 14 Abs. 7 MarkenG gemein hat, aber von der verschuldensabhängigen Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB unterscheidet. Für die Organhaftung nach § 31 BGB ist lediglich festzustellen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Verbandes in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen ein Delikt oder eine sonstige „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ begangen hat. Das Delikt muss vollständig verwirklicht sein. Die Haftung des Verbandes tritt dann neben die persönliche Haftung des Organs.

I. Repräsentantenhaftung?

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass nach §§ 30, 31 BGB über den Wortlaut hinaus auch für solche Personen gehaftet werde, „denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren“ (sog. Repräsentantenhaftung).⁵² Während in der Literatur schon länger argumentiert wird, die Repräsentantenhaftung lasse sich nur noch als analoge Anwendung der §§ 30, 31 BGB rechtfertigen,⁵³ stützte sich

⁵² BGHZ 196, 340, 343 f. = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 12; NJW 1998, 1854, 1856; BGHZ 49, 19, 21 f. = NJW 1968, 391 f.; MünchKommBGB/*Leuschner*, 92021, § 31 Rn. 14 f. Grundlegend *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, 196 ff. und passim; *Steindorff*, AcP 170 (1970), 93, 105 ff.; *Eckstein*, AcP 114 (1916), 114, 115 ff.

⁵³ Kritisch z. B. *Staudinger/Coing*, 121980, § 31 Rn. 27, 34; zustimmend *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, 1983, § 11 III 2, S. 388; *Hassold*, JuS 1982, 583, 587 m. w. N.

der BGH in methodischer Hinsicht zunächst auf eine erweiternde Auslegung des Begriffs des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“.⁵⁴ Mittlerweile geht er ebenfalls von einer Analogie aus.⁵⁵ Das Reichsgericht war hingegen der Ansicht, eine analoge Anwendung der §§ 30, 31 BGB sei „nicht angängig“,⁵⁶ womit es wohl meinte, dass die Voraussetzungen nicht gegeben seien. Auch in der Literatur wird insbesondere das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke mitunter bezweifelt⁵⁷ und zwar zu Recht. Das wurde oben⁵⁸ bereits ausführlicher dargelegt. Über die späteren §§ 31, 831 BGB und die Frage der Einführung einer strikten Geschäftsherrnhaftung nach dem Vorbild des damaligen Art. 1384 CC (heute Art. 1242 CC) ist in den Beratungen über das BGB ausführlich diskutiert worden. Der BGB-Gesetzgeber hat sich klar gegen eine strikte Geschäftsherrnhaftung entschieden und deutlich betont, dass juristische Personen insoweit nicht schlechter gestellt werden sollten als Einzelunternehmer. Danach sollten also auch Verbände nicht strikt für ihre Mitarbeiter haften, sondern eben nur für ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter, die es in Einzelunternehmen nicht gibt und nicht geben kann. §§ 30, 31 BGB sind nicht als haftungsrechtliche, sondern als spezifisch verbandsrechtliche Normen konzipiert worden und dass man darin an die Verfassung bzw. Satzung des Verbandes angeknüpft hat, war keineswegs ein Versehen. Die Rechtsprechung zur Repräsentantenhaftung ist daher, wie oben gezeigt,⁵⁹ mit der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren und sollte aufgegeben werden.

Was aus rechtspolitischer Sicht auf den ersten Blick als großer Rückschritt hinter den bereits erreichten Stand der Unternehmenshaftung scheinen mag, erweist sich bei näherem Hinsehen als weit weniger problematisch, als man meinen könnte: Ein guter Teil der Fälle, in denen die Rechtsprechung die Grundsätze der Repräsentantenhaftung herangezogen hat, sind gar nicht als indirekte, sondern als direkte Unternehmenshaftung begründet worden oder hätten jedenfalls genauso gut oder besser als direkte Unternehmenshaftung begründet werden können. Es ging also gar nicht um eine Repräsentantenhaftung, sondern um Repräsentantenzurechnung. Das gilt z. B. für die Krankenhausfälle, in denen die jeweiligen Krankenhaussträger nach § 31 BGB für Behandlungsfehler von Chef- oder Oberärzten verantwortlich gemacht wurden,⁶⁰ weil sich darin immer auch eine Verletzung der eigenen Fürsorgepflicht des Krankenhaussträgers gegenüber dem Patienten sehen lässt, also ein Fall der direkten Unternehmenshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Von einem solchen kann man auch

⁵⁴ Vgl. nur BGHZ 49, 19, 21 f. = NJW 1968, 391 f.

⁵⁵ BGHZ 196, 340, 343 = NJW 2013, 3366, 3367, Rn. 11.

⁵⁶ RG JW 1938, 1651.

⁵⁷ Besonders ausführlich *Schmitz*, Arbeitnehmer, 1994, 62 ff. m. w. N.

⁵⁸ → § 1 B IV.

⁵⁹ → § 1 B IV 2, 3.

⁶⁰ Z. B. BGHZ 101, 215, 218 = NJW 1987, 2925; BGH NJW 1986, 776, 777; BGHZ 95, 63, 70 = NJW 1985, 2189, 2191; BGHZ 77, 74, 78 f. = NJW 1980, 1901, 1902.

ausgehen, wenn der für das innerbetriebliche Transportwesen zuständige Abteilungsleiter eines größeren Unternehmens auf dessen Werksgelände einen Verladevorgang beaufsichtigt und dabei eine Anweisung gibt, durch deren Ausführung es zu einem Unfall kommt.⁶¹ Denn dadurch wird auch die Verkehrssicherungspflicht des Unternehmensträgers verletzt. Ebenso lässt sich nach hier vertretener Ansicht eine direkte Unternehmenshaftung nach § 826 BGB begründen, wenn ein Filialleiter im Namen einer Stadtparkasse eine falsche Auskunft über die Kreditwürdigkeit einer Kundin erteilt.⁶² Denn die Auskunft ist von der Sparkasse erbeten und es ist in erster Linie deren Pflicht, also eine Unternehmenspflicht, und nicht eine persönliche Pflicht des Filialleiters, die Auskunft wahrheitsgemäß zu erteilen. Geht es jedoch um eine direkte und nicht um eine indirekte Unternehmenshaftung, muss für die dann ggf. notwendige Verhaltens- oder Verschuldenszurechnung nicht auf § 31 BGB zurückgegriffen werden, sondern über die Zurechnung ist, wie oben in § 5⁶³ näher erläutert, nach dem Zweck der jeweiligen Haftungsnorm zu entscheiden. Oft wird sich die Haftung sogar organisationsbezogen begründen lassen, weil ein individuelles Versäumnis nicht im Vordergrund steht.

Schwieriger sind solche Fälle zu beurteilen, in denen das Verhalten des Repräsentanten in einer Straftat besteht. Denn aus dem Strafrecht kann sich eine eigene Pflicht des Unternehmensträgers nur ergeben, wenn es sich bei ihm um einen Einzelunternehmer handelt.⁶⁴ Gesellschaften sind hingegen nicht straffähig, sondern können allenfalls gemäß § 30 OWiG mit einer Geldbuße belegt werden. Geht es also z. B. darum, die Haftung einer Gesellschaft für ein Repräsentantendelikt nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 oder § 266 StGB zu begründen, kommt insoweit nur eine indirekte Unternehmenshaftung in Betracht, und diese kann, wenn man § 31 BGB auf Repräsentanten nicht mehr anwendet, nur auf § 831 BGB gestützt werden. Auch in solchen Fällen sind die Grundsätze der Repräsentantenhaftung in der Vergangenheit herangezogen worden und nicht selten dürfte es dabei darum gegangen sein, die Anwendung des § 831 BGB und die Möglichkeit des Entlastungsbeweises auszuschließen. Ein praxisrelevantes Beispiel sind die Handelsvertreterfälle, in denen es typischerweise darum geht, dass ein selbstständiger Handelsvertreter (vgl. 84 Abs. 1 HGB), der z. B. für eine Anlageberatungsgesellschaft Geschäfte vermittelt oder in deren Namen abschließt, Kunden betrügt oder Kundengelder veruntreut.⁶⁵ Hier kommt erschwerend hinzu, dass selbstständige Handelsvertreter nur als Verrichtungsge-

⁶¹ So der Fall BGH VersR 1962, 664f.

⁶² Vgl. etwa BGH NJW 1984, 921, 922; vgl. auch BGHZ 13, 198, 202f. = NJW 1954, 1193, 1194.

⁶³ → § 5 D.

⁶⁴ Dazu bereits oben → § 4 B I 2a.

⁶⁵ Vgl. nur BGHZ 196, 340ff. = NJW 2013, 3366ff.; BGH NJW-RR 2005, 756ff.; NJW 1998, 1854ff.; BGHZ 49, 19, 21f. = NJW 1968, 391f.

hilfen i.S. des § 831 BGB angesehen werden können, wenn sie bei Ausübung ihrer Tätigkeiten weisungsgebunden sind,⁶⁶ was eher selten der Fall sein dürfte. Auch Fälle, in denen Filialleiter von Banken Kunden betrogen oder Gelder veruntreut hatten, hat die Rechtsprechung schon mithilfe der Repräsentantenhaftung gelöst.⁶⁷ In solchen Konstellationen kann es schwieriger werden, zu sachgerechten Lösungen zu kommen, wenn man die Haftung nach §§ 30, 31 BGB wieder auf ihren ursprünglichen Anwendungsbereich zurückführt. Denn eine direkte Unternehmenshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Vorschriften des StGB lässt sich evtl. nicht begründen, weil aus dem StGB keine Pflichten für Gesellschaften folgen. Allerdings ist stets zu erwägen, ob nicht eine direkte Unternehmenshaftung auf § 826 BGB gestützt werden kann. Denn die Pflicht zur anleger- und produktgerechten Beratung und eine etwaige Vermögensbetreuungspflicht sind auch und in erster Linie Pflichten des jeweiligen Finanzdienstleisters, also Unternehmenspflichten, und es scheint daher nicht fernliegend, dass sich ein Anspruch gegen den Unternehmensträger unabhängig von strafrechtlichen Vorschriften aus § 826 BGB herleiten lässt. Für die Zurechnung gilt dann wiederum der haftungsnormbezogene Ansatz.

Wo sich eine direkte Unternehmenshaftung nicht begründen lässt, müsste man, wenn §§ 30, 31 BGB mangels eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters nicht anwendbar sind, auf § 831 BGB zurückgreifen und ggf. auch den Entlastungsbeweis zulassen. Das mag man rechtspolitisch für verfehlt halten. Es entspricht aber der gesetzlichen Regelung und die ist, solange der Gesetzgeber nicht nochmal tätig wird, unbedingt zu respektieren.

II. Körperschaftliches Organisationsverschulden?

Mit der Repräsentantenhaftung konzeptionell verwandt und aus dogmatischer Sicht ähnlich problematisch ist die Entscheidungspraxis zum körperschaftlichen Organisationsverschulden.⁶⁸ Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Organisationsmangel, der zur Haftung der Gesellschaft aus § 31 BGB führt, „allein schon darin erblickt werden [kann], daß kein verfassungsmäßig berufener Vertreter für den fraglichen Aufgabenkreis bestellt worden ist“.⁶⁹ Für das Presserecht hat er dies dahin konkretisiert, dass „Verleger und Herausgeber einen besonders gefährlichen Beitrag, mit dem ehr- oder persönlichkeitsrechtliche Beeinträchtigungen verbunden sind, grundsätzlich entweder selbst überprüfen oder dem damit beauftragten Dritten Organstellung i.S. von

⁶⁶ BGH NJW 1998, 1854, 1857; NJW 1956, 1715f.

⁶⁷ BGH NJW 1977, 2259ff.; OLG Nürnberg, NJW-RR 1988, 1319f.

⁶⁸ Dazu ausf. oben → § 1 B V.

⁶⁹ BGHZ 24, 200, 213 = GRUR 1957, 494, 498. Vgl. auch BGH NJW 1998, 1854, 1857; BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

§§ 30, 31 BGB verschaffen [müssen], so daß sie für sein Verschulden ohne Entlastungsmöglichkeit einzustehen haben“.⁷⁰ Die dogmatische Herleitung der Rechtsfigur des körperschaftlichen Organisationsverschuldens liegt weitgehend im Dunkeln. Es spricht einiges dafür, dass sie sich aus missverständlichen Formulierungen des Reichsgerichts zum betrieblichen Organisationsverschulden bei § 823 Abs. 1 BGB verselbstständigt hat.⁷¹ Der BGH stützt seine Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsverschulden allerdings auf § 31 BGB und hält sie folglich im Zusammenhang mit sämtlichen Deliktsarten für anwendbar, insbesondere auch vorsätzlichen Vermögensdelikten i.S. des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. entsprechenden Schutzgesetzen oder i.S. des § 826 BGB, bei denen die Haftung nicht mit einer lediglich fahrlässigen Organisationspflichtverletzung begründet werden kann.⁷² In der Literatur wird die Figur des körperschaftlichen Organisationsmangels überwiegend als dogmatisch nicht überzeugend begründbar kritisiert und gefordert, sie zugunsten einer noch konsequenteren Durchführung der Repräsentantenhaftung aufzugeben.⁷³ Dazu ist oben⁷⁴ schon bemerkt worden, dass die Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsmangel weiter geht als die zur Repräsentantenhaftung, weil sie sich nach dem Verständnis des BGH auch auf Nicht-Repräsentanten beziehen kann, z.B. einen selbstständigen Rechtsanwalt, der für einen Verlag ein Sachbuch auf mögliche Persönlichkeitsrechtsverletzungen prüft.⁷⁵ Außerdem steht, wie gesehen, auch die Repräsentantenhaftung in methodischer Hinsicht auf tönernen Füßen und beide Instrumente führen mit ihrer Verankerung in § 31 BGB zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Privilegierung von Einzelunternehmern. Wie die Repräsentantenhaftung ist das körperschaftliche Organisationsverschulden daher insgesamt aufzugeben.

Erneut erweist sich, dass der Preis für diese dogmatische Bereinigung weit geringer wäre, als man vielleicht meinen könnte. Denn wie schon bei der Repräsentantenhaftung lässt sich zeigen, dass es sich in den maßgeblichen Fällen um Fälle der direkten Unternehmenshaftung handelt, in denen nach hier vertretener Ansicht eine Haftung des Unternehmensträgers auch ohne Rückgriff auf § 31 BGB begründet werden kann. Besonders deutlich belegen dies die Pressefälle, die in der Entscheidungspraxis zum körperschaftlichen Organisationsverschulden klar dominieren.⁷⁶ Die Pflicht, ein „heißes Eisen“ gründlich auf

⁷⁰ BGH NJW 1998, 250, 252. Vgl. auch BGH NJW 1980, 2810, 2811; NJW 1965, 685, 686; NJW 1963, 904; BGHZ 39, 124, 130 = GRUR 1963, 490, 492; BGHZ 24, 200, 212f. = NJW 1957, 494, 498.

⁷¹ Dazu oben → § 1 bei Fn. 234–237.

⁷² Vgl. BGH NJW 1998, 1854, 1857; NJW 1977, 2259, 2260.

⁷³ MünchKommBGB/*Leuschner*, 2021, § 31 Rn. 34; MünchKommBGB/*Wagner*, 82020, § 823 Rn. 106; *Larenz*, BGB AT, 71989, 169; *Flume*, BGB AT, Bd. I/2, 1983, 387;

⁷⁴ → § 1 B V.

⁷⁵ So im Fall BGH NJW 1980, 2810f.

⁷⁶ → Fn. 70.

mögliche Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu überprüfen, ist in erster Linie eine Pflicht des jeweiligen Verlags, also eine Unternehmenspflicht und keine persönliche Pflicht der (Chef-)Redakteure. Das schließt nicht aus, dass auch die Redakteure persönlich deliktisch verpflichtet sein können und dass die Unternehmenshaftung dann auch als indirekte Haftung über §§ 31, 831 BGB begründet werden kann. Jedenfalls aber treffen die maßgeblichen Verkehrs- und Sorgfaltspflichten den Unternehmensträger, sodass die Haftung (auch) wie oben in den Teilen 3 und 4 beschrieben begründet werden kann. Neben einer Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens mithilfe des haftungsnormbezogenen Ansatzes kommt also insbesondere auch eine organisationsbezogene Begründung der Haftung in Betracht: Dafür ist vor allem danach zu fragen, ob ein sorgfältig organisiertes Presseunternehmen die jeweilige Persönlichkeitsverletzung verhindert hätte, das beklagte Presseunternehmen also mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen hat, die nach dem Maßstab einer Kosten-Nutzen-Analyse objektiv erforderlich und zumutbar gewesen wäre.⁷⁷ Wenn sich dabei ergibt, dass die Rechtsverletzung ohne Weiteres erkennbar war und daher einem sorgfältig organisierten Unternehmen nicht „durchgerutscht“ wäre, lässt sich eine Fahrlässigkeitshaftung des Unternehmensträgers aus § 823 Abs. 1 BGB bejahen, ohne dass weiter danach gefragt werden müsste, wer im Einzelnen unternehmensintern für die Prüfung des jeweiligen Druckerzeugnisses zuständig war. Ergibt sich hingegen, dass die Rechtsverletzung z. B. wegen einer unklaren Tatsachen- oder Rechtslage als solche auch für ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen mit zumutbarem Aufwand nicht erkennbar oder nicht vermeidbar gewesen wäre, ist eine Fahrlässigkeitshaftung zu verneinen. Jedenfalls lässt sich die Haftung als direkte Unternehmenshaftung begründen oder ablehnen, ohne dass es dafür notwendigerweise einer Individualisierung der handelnden Personen bedürfte. Selbst wenn man im konkreten Fall eine Lösung mithilfe des Zurechnungsansatzes für sachgerechter hielte, müsste die Zurechnung, wie oben in § 5⁷⁸ dargelegt, nicht unbedingt mithilfe von § 31 BGB begründet werden. Wo eine direkte Unternehmenshaftung möglich ist, gibt es daher schon kein praktisches Bedürfnis für die dogmatisch und rechtspolitisch verfehlte Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsverschulden.

Genauso lassen sich typischerweise diejenigen Fälle lösen, in denen es um die Verletzung klassischer Verkehrssicherungspflichten geht,⁷⁹ denn diese Pflichten obliegen in unternehmerischen Zusammenhängen in der Regel dem Unternehmensträger und nicht den Unternehmensangehörigen persönlich. Als problematischer erweisen sich wiederum die Fälle, in denen es um Vorsatzdelikte

⁷⁷ Dazu ausf. → § 8 B III.

⁷⁸ → § 5 D.

⁷⁹ Vgl. etwa den Fall BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

geht, insbesondere Straftaten. Der BGH hat die Rechtsfigur des körperschaftlichen Organisationsverschuldens auch in solchen Fällen herangezogen.⁸⁰ Eine direkte Unternehmenshaftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Vorschriften des StGB kommt jedoch nicht in Betracht, weil sich aus dem StGB keine Unternehmenspflichten ergeben. Wiederum ließe sich eine direkte Unternehmenshaftung aber möglicherweise auf § 826 BGB stützen. Denn wenn ein als Außendienstmitarbeiter eines Finanzdienstleisters tätiger Handelsvertreter Kunden des Unternehmens betrügt oder Anlagegelder veruntreut⁸¹ oder wenn sich ein Zweigstellenleiter einer Großbank so verhält,⁸² dann werden dadurch in der Regel auch deliktische Pflichten des Unternehmensträgers berührt.⁸³ Im Übrigen, wenn also eine direkte Unternehmenshaftung nicht möglich ist und kein verfassungsmäßig berufener Vertreter i. S. der §§ 30, 31 BGB gehandelt hat, könnte die Haftung eben nur auf § 831 BGB gestützt werden, auch wenn dies bedeutet, dass sich der Unternehmensträger ggf. entlasten kann. Allein der Umstand, dass die Entlastungsmöglichkeit in rechtspolitischer Hinsicht nicht überzeugt, kann es nicht rechtfertigen, die Haftung nach § 31 BGB über das methodenkonform erreichbare Maß hinaus auszudehnen.

III. Anknüpfungstat

Wenig Probleme bereitet bei § 31 BGB das Erfordernis eines Organdelikts oder einer entsprechend zu behandelnden Anknüpfungstat – gerade im Vergleich zu § 831 BGB, wo sich hinter der Frage, was genau unter einer „widerrechtlichen Schädigung“ durch den Gehilfen zu verstehen ist, erhebliche dogmatische Schwierigkeiten verbergen.⁸⁴ § 31 BGB vereinfacht die Dinge dadurch, dass er an eine „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ anknüpft, also die vollständige Verwirklichung eines Haftungstatbestands voraussetzt. Typischerweise geht es um eine unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB, also ein klassisches Organdelikt. Aber auch soweit das Organ wegen einer rechtmäßigen Handlung persönlich haftet, z. B. aus Gefährdungshaftung oder nach § 228 S. 2 oder § 904 S. 2 BGB kann sich hieran eine Haftung des Verbands nach § 31 BGB anknüpfen.⁸⁵ Im Folgenden soll insbesondere kurz auf die Gefährdungshaftung eingegangen werden, weil darüber in der Literatur eine gewisse Verwirrung besteht, die sich jedoch leicht auflösen lässt.

⁸⁰ Vgl. nur BGH NJW 1998, 1854, 1857; NJW 1977, 2259, 2260.

⁸¹ So der Fall BGH NJW 1998, 1854 ff.

⁸² So BGH NJW 1977, 2259 ff.

⁸³ Dazu schon oben im Text nach → Fn. 67.

⁸⁴ Dazu unten → C II.

⁸⁵ Vgl. dazu nur MünchKommBGB/Leuschner, 92021, § 31 Rn. 20.

1. Unerlaubte Handlung

Zuvor ist der Vollständigkeit halber klarzustellen, dass sich im Kernanwendungsbereich des § 31 BGB, der Haftung für klassische Organelikte, typischerweise keine größeren Schwierigkeiten in Bezug auf die Anknüpfungstat ergeben. Der Organwahrer muss den objektiven und subjektiven Tatbestand des jeweiligen Deliktstatbestands vollständig verwirklicht haben. Der BGH hat diesen Grundsatz u. a. in den Dieselfällen mit Blick auf § 826 BGB besonders betont.⁸⁶ Er gilt aber genauso für alle anderen Deliktsarten, wenn eine indirekte Unternehmenshaftung zu beurteilen ist. Ob das Delikt auf einem positiven Tun oder auf einem Unterlassen beruht, ist unerheblich. Allerdings ist bei der Prüfung etwaiger Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten darauf zu achten, dass tatsächlich der jeweilige Organwahrer persönlich verpflichtet ist und nicht bloß der Unternehmensträger. Eine indirekte Unternehmenshaftung nach § 31 BGB knüpft immer an ein persönliches Delikt des Organwahrers an und dieses setzt immer voraus, dass eine persönliche deliktische Pflicht verletzt wurde.⁸⁷ Es genügt allerdings auch, wenn die objektive Pflichtverletzung und somit das Verschulden gesetzlich vermutet werden.⁸⁸ Eine Identifikation des verantwortlichen Organwahrers ist nicht zwingend erforderlich.⁸⁹ Allerdings ist sorgfältig zu prüfen, ob sich ohne Individualisierung tatsächlich mit dem notwendigen Überzeugungsgrad feststellen lässt, dass die Rechtsverletzung auf ein Organelikt zurückzuführen ist und nicht auf andere Ursachen wie ein Gehilfendelikt, die Tat eines Dritten oder Zufall. Dass die Identifikation entbehrlich scheint, kann in praktischer Hinsicht dafür sprechen, dass sich in der Rechtsverletzung kein individuelles Fehlverhalten realisiert hat, sondern ein Organisationsrisiko, was dann eher eine direkte Unternehmenshaftung nahelegen würde. Die unerlaubte Handlung, an die sich die Haftung nach § 31 BGB anknüpft, kann sich auch aus Sonderdeliktsrecht ergeben, z. B. aus § 9 UWG. Allerdings ist auch insoweit darauf zu achten, dass sich aus dem jeweiligen Tatbestand deliktische Pflichten für den Organwahrer persönlich ergeben müssen und nicht bloß solche für den Unternehmensträger.

2. Gefährdungshaftung

Etwas näher soll im Folgenden die Gefährdungshaftung betrachtet werden, weil hier gewisse Unklarheiten zu bestehen scheinen, die sich mit dem in dieser Arbeit entworfenen Gedankengerüst leicht aufklären lassen. Betrachtet man die

⁸⁶ BGH BeckRS 2021, 40781, Rn. 23; BeckRS 2021, 40834, Rn. 22; NJW 2021, 1669, 1671, Rn. 23; vgl. auch schon BGH NJW 2017, 250, 251, Rn. 13.

⁸⁷ Dazu ausf. oben → § 4 C.

⁸⁸ Vgl. v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, Rn. 176.

⁸⁹ MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 823 Rn. 123; Soergel/Hadding, 132000, § 31 Rn. 12; v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, Rn. 177, jeweils m. w. N.

Literatur zu § 31 BGB, drängt sich der Eindruck auf, es sei umstritten, ob die Vorschrift für die Begründung einer Verbandshaftung aus einem Gefährdungshaftungstatbestand anwendbar ist oder nicht. Denn einerseits wird dort ausgeführt, einer Anwendung des § 31 BGB bedürfe es bei der Gefährdungshaftung nicht; die juristische Person sei als Halterin, Anlagenbetreiberin usw. selbst unmittelbar aus dem jeweils einschlägigen Gefährdungshaftungstatbestand verantwortlich.⁹⁰ Vertreter der reinen Schuldbeitrittslehre, die eine Anwendung des § 31 BGB als Zurechnungsnorm ablehnen, meinen hierzu außerdem, die Vorschrift passe nicht auf die Gefährdungshaftung, weil deren Tatbestände typischerweise nur die juristische Person adressierten und deshalb von deren Repräsentanten persönlich nicht verwirklicht werden könnten.⁹¹ Nur wenn ein Gefährdungshaftungstatbestand auf ein konkretes Verhalten abstellt, was vor allem bei der sog. Handlungshaftung z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG der Fall ist, sei ausnahmsweise § 31 BGB für die Verhaltenszurechnung heranzuziehen.⁹² Dem scheinbar gänzlich entgegengesetzt finden sich in der Literatur andererseits knappe Feststellungen, wonach § 31 BGB auch für die Gefährdungshaftung gelten soll.⁹³ Diese stehen oft im Zusammenhang mit Hinweisen darauf, dass die „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ i. S. des § 31 BGB nicht verschuldet sein müsse, sodass der Verband danach auch in Bezug auf verschuldensunabhängige Haftungen des Organwalters z. B. aus Selbsthilfe- und Notstandshandlungen (vgl. §§ 231, 904 S. 2 BGB) oder eben aus Gefährdungshaftung mitverantwortlich sein könne.⁹⁴

Obwohl sich Vertreter beider Ansichten durchaus in einem Meinungsstreit wähen,⁹⁵ handelt es sich wahrscheinlich schlicht um ein Missverständnis, welches sich in Luft auflöst, wenn man die in dieser Arbeit getroffene Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Unternehmenshaftung zugrunde legt. Richtig ist zunächst, dass es für die Begründung der Gefährdungshaftung eines Unternehmensträgers unmittelbar aus einem Gefährdungshaftungstatbestand heraus keines Rückgriffs auf § 31 BGB bedarf. Der Unternehmensträger kann – vermittelt durch das Unternehmen als Organisation und die Gesamtheit

⁹⁰ BeckOK-BGB/Schöpflin, ⁶⁴2022, § 31 Rn. 12; jurisPK-BGB/D. U. Otto, ⁹2020, § 31 Rn. 40; Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 47; RSD/Achenbach, ¹⁴2018, Kap. 2 Rn. 3448; Soergel/Hadding, ¹³2000, § 31 Rn. 20; Küpperfahrenberg, Haftungsbeschränkungen, 2005, 58; Altmeyen, NJW 1996, 1017, 1024; Altmeyen, ZIP 1995, 881, 888, Fn. 67.

⁹¹ Altmeyen, NJW 1996, 1017, 1024.

⁹² So z. B. Grüneberg/Ellenberger, ⁸²2023, § 31 Rn. 2; BeckOK-BGB/Schöpflin, ⁶⁴2022, § 31 Rn. 12; jurisPK-BGB/D. U. Otto, ⁹2020, § 31 Rn. 40. Dazu schon oben → § 7 C III.

⁹³ MünchKommBGB/Leschner, ⁹2021, § 31 Rn. 20; Staudinger/Weick, 2005, § 31 Rn. 7; RGRK/Steffen, ¹²1982, § 31 Rn. 1; Friedrich, DStR 1994, 100, 101; Martinek, Repräsentantenhaftung, 1979, 45.

⁹⁴ Vgl. nur MünchKommBGB/Leschner, ⁹2021, § 31 Rn. 20; Staudinger/Weick, 2005, § 31 Rn. 8; RGRK/Steffen, ¹²1982, § 31 Rn. 1; Martinek, Repräsentantenhaftung, 1979, 45.

⁹⁵ Vgl. etwa Staudinger/Schwennicke, 2019, § 31 Rn. 47; Küpperfahrenberg, Haftungsbeschränkungen, 2005, 58.

der Unternehmensangehörigen – selbst Halter, Anlageninhaber usw. sein und als solcher aus dem jeweiligen Gefährdungshaftungstatbestand haften. Es handelt sich dann um eine echte direkte Unternehmenshaftung, deren Einzelheiten in § 7⁹⁶ dargestellt wurden. Nach Maßgabe des jeweiligen Tatbestandes hat der Unternehmensträger in diesem Zusammenhang auch für ein etwaiges Fehlverhalten seiner Organwalter einzustehen, ohne dass es dafür auf eine Anwendung des § 31 BGB ankäme.⁹⁷ Alle Zurechnungsfragen lassen sich unmittelbar aus dem jeweiligen Gefährdungshaftungstatbestand heraus beantworten, wofür vor allem zu untersuchen ist, ob der jeweils maßgebliche spezifische Gefährdungszusammenhang gegeben ist. Dies wird bei Handlungen von Organwaltern, die sich auf die Beherrschung der Gefahrenquelle und ihres Risikopotenzials beziehen (z. B. Beschaffung unsicherer Technik, Unterlassen von Sicherheitsvorkehrungen), meist ohne Weiteres zu bejahen sein. So sehen es offenbar auch die Gerichte, die Unternehmensträger ganz selbstverständlich aus Gefährdungshaftungstatbeständen für verantwortlich erklären, ohne dafür auf § 31 BGB zurückzugreifen oder zu erklären, warum sie dies für entbehrlich halten.⁹⁸

Davon zu unterscheiden ist die indirekte Unternehmenshaftung, die sich auch darauf beziehen kann, dass ein Organwalter persönlich aus Gefährdungshaftung verantwortlich ist, selbst wenn praktische Anwendungsfälle selten sein dürften. Voraussetzung ist, dass der Organwalter selbst Adressat eines Gefährdungshaftungstatbestands ist, den er somit in eigener Person verwirklichen kann. Handelt er dabei i. S. des § 31 BGB in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen, tritt die Haftung des Unternehmensträgers neben die persönliche Haftung des Organwalters. Denkbar wäre dies z. B., wenn ein Organwalter mit einem *privaten* Kraftfahrzeug eine dienstliche Verrichtung ausführt und dabei in einen Verkehrsunfall verwickelt wird. Die Halterhaftung nach § 7 Abs. 1 StVG trifft dann nur den Organwalter, der als Privatperson Halter des Fahrzeugs ist. Daneben kann jedoch der Unternehmensträger aus § 31 BGB haften. Entgegen einer vereinzelt gebliebenen Ansicht setzt die Vorschrift nämlich keine rechtswidrige Handlung des Organwalters voraus,⁹⁹ sondern greift immer dann, wenn sich ein Organwalter – aus welchem Grund auch immer, aber natürlich nur in amtlicher Eigenschaft – haftpflichtig macht. Die 2. Kommission hat eine zunächst vorgesehene Beschränkung auf widerrechtliche

⁹⁶ → § 7 B I, II, C II, III.

⁹⁷ Dazu ausf. → § 7 B II, C III.

⁹⁸ Vgl. nur BGH NJW 2011, 1961; NJW 1999, 3119; NJW-RR 1986, 572; NJW 1982, 1589; NJW 1982, 763; BGHZ 55, 96 f. = NJW 1971, 509; OLG Frankfurt, VersR 1995, 1362; OLG Celle, VersR 1972, 469 (jeweils zur Haftung eines Reitvereins aus § 833 S. 1 BGB); BGHZ 88, 70, 71 f. = NJW 1983, 2445; BGH NJW-RR 1991, 281 (beide zur Haftung eines Flugsportvereins aus § 33 Abs. 1 S. 1 LuftVG).

⁹⁹ So offenbar *Altmeyden*, NJW 1996, 1017, 1024; anders wohl *v. Bar*, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, Rn. 176, der offenbar nur verneint, dass es sich bei dieser Anwendung des § 31 BGB um eine deliktische Organhaftung handelt.

Handlungen bewusst gestrichen, weil nach dem Telos des § 31 BGB eine Haftung der Körperschaft auch in solchen Fällen geboten sei, in denen das Gesetz eine Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Schädigers anerkenne.¹⁰⁰ Man dachte dabei zwar vor allem an den heutigen § 231 BGB, daneben möglicherweise auch an den systematisch verwandten heutigen § 904 S. 2 BGB. Das teleologische Argument überzeugt aber genauso für die Gefährdungshaftung: § 31 BGB soll letztlich alle Fälle erfassen, in denen der Vorgang, aus dem die Haftung des Organwalters resultiert, wirtschaftlich (auch) der Körperschaft zugutekommt. Denn der BGB-Gesetzgeber hat § 31 entscheidend mit dem Vorteil-Nachteil-Prinzip gerechtfertigt.¹⁰¹ Dann muss eine indirekte Haftung des Unternehmensträgers aber auch in Bezug auf eine persönliche Gefährdungshaftung eines Organwalters möglich sein, der z. B. ein privates Kraftfahrzeug oder Luxustier im Unternehmensinteresse einsetzt.

IV. Rechtsfolgen

§ 31 BGB knüpft an eine „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ an, setzt dem Wortsinn nach also voraus, dass der Organwaller auch persönlich haftet. Das bedeutet nicht, dass man die Vorschrift nicht auch als Zurechnungsnorm anwenden und eine Haftung des Verbands ohne persönliche Haftung des Organwalters begründen könnte,¹⁰² allerdings bewegt man sich dann eben im Bereich der Rechtsfortbildung und sollte dies aus Gründen der Methodenehrlichkeit auch so benennen. Der Wortlaut des § 31 BGB legt jedenfalls eine „Doppelhaftung“ von Organwaller und Verband nahe und so haben die Gerichte die Vorschrift auch immer verstanden.¹⁰³ Organwaller und Verband haften gemäß § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner,¹⁰⁴ denn danach ist nur erforderlich, dass für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden „mehrere nebeneinander verantwortlich“ sind und genau das ordnet § 31 BGB an. Die Einzelheiten des Innenregresses sind hoch umstritten,¹⁰⁵ zumal es weder eine dem § 840 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift gibt,¹⁰⁶ noch eine ver-

¹⁰⁰ Prot., S. 1051 = Mugdan I, S. 618.

¹⁰¹ Mot. I, S. 102f. = Mugdan I, S. 408f.

¹⁰² Dazu bereits ausf. oben → § 5 C I.

¹⁰³ Siehe die Nachweise oben → in Fn. 37.

¹⁰⁴ BGHNJW 2005, 2450, 2451 f.; Grüneberg/*Ellenberger*,⁸²2023, § 31 Rn. 13; MünchKommBGB/*Leuschner*,⁹2021, § 31 Rn. 35; Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 94; Soergel/*Hadding*,¹³2000, § 31 Rn. 28; *v. Bar*, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, Rn. 177.

¹⁰⁵ Vgl. nur *J. Koch*, AktG,¹⁶2022, § 93 Rn. 96 ff.; MünchKommAktG/*Spindler*,⁵2019, § 93 Rn. 194 f.; *J. Koch*, AG 2012, 429 ff.; *J. Koch*, FS Winter, 2011, 327 ff.

¹⁰⁶ Für eine analoge Anwendung auf die Organhaftung MünchKommBGB/*Leuschner*,⁹2021, § 31 Rn. 35; Soergel/*Hadding*,¹³2000, § 31 Rn. 28; a. A. Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 95 (Anwendung der §§ 27 Abs. 3, 670 BGB).

gleichbar ausdifferenzierte Rechtsprechung wie die zum innerbetrieblichen Schadensausgleich bei unerlaubten Handlungen einfacher Arbeitnehmer.¹⁰⁷

1. Haftung des Verbands

Die Einzelheiten der Haftung des Unternehmensträgers sind weitgehend durch die oben¹⁰⁸ dargelegten Grundlagen der indirekten Unternehmenshaftung vorbestimmt. § 31 BGB wird nur noch in seiner Funktion als haftungszuweisende Norm benötigt, die einen Schuldbeitritt des Verbands zur persönlichen Haftung des Organwalters anordnet. Die Haftung des unternehmenstragenden Verbands ist eine Haftung für fremdes Delikt, die ohne Zurechnung auskommt. § 31 BGB wird in diesem Zusammenhang so angewendet, wie sich dies schon die 1. Kommission vorgestellt hat, die aus „Zweckmäßigkeitserücksichten“ und als Antwort auf ein „schwer von der Hand zu weisende[s] Verkehrsbedürfnis[]“ lediglich sicherstellen wollte, dass die Körperschaft „verantwortlich“ ist „für unerlaubte Handlungen, welche der Vorstand bzw. ein Mitglied desselben in Ausübung seiner Vertretungsmacht begeht“. Die Körperschaft sei „für alle widerrechtlichen, zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen des Vertreters verantwortlich zu machen, sofern nur dieselben in Ausübung der Vertretungsmacht begangen sind“.¹⁰⁹ Die Haftung des Verbands tritt also neben die persönliche Haftung des Organwalters und ist in Bestand und Höhe von ihr abhängig. Ist der Schadensersatzanspruch gegen den Organwalter nach § 254 BGB zu kürzen, so gilt dies auch gegenüber dem Verband. Hat der Organwalter ein Vorsatzdelikt begangen und ist der Anspruch deshalb selbst dann nicht zu kürzen, wenn dem Geschädigten seinerseits eine Fahrlässigkeit anzulasten ist,¹¹⁰ gilt dies auch zulasten des Verbands, aber nicht, weil der Vorsatz des Organwalters ein eigener Vorsatz des Verbands wäre,¹¹¹ sondern weil die Haftung des Verbands von der des Organwalters abgeleitet ist.

2. Haftung des Organwalters

Hinsichtlich der persönlichen Haftung des Organwalters kann weitgehend auf die oben¹¹² gemachten Ausführungen verwiesen werden. Mit der ständigen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Haftung des Verbands nach § 31

¹⁰⁷ Für eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf Organwalter *Wilhelmi*, NZG 2017, 681 ff.; *Bachmann*, ZIP 2017, 841 ff.

¹⁰⁸ → § 3 A I.

¹⁰⁹ Mot. I, S. 102f. = Mugdan I, S. 409.

¹¹⁰ Vgl. zu diesem Grundsatz BGH NJW 2018, 1751, 1753, Rn. 21; NJW 2002, 1643, 1646; NJW 1992, 310, 311; BGHZ 76, 216, 218 = NJW 1980, 1518f.; Grüneberg/*Grüneberg*,⁸²2023, § 254 Rn. 59; MünchKommBGB/*Oetker*,⁹2022, § 254 Rn. 113.

¹¹¹ So tendenziell BGH NJW 1991, 3208, 3210; NJW 1984, 2087, 2088.

¹¹² → A III.

BGB die Haftung des Organwalters nicht verdrängt.¹¹³ Die Vorschrift ordnet also einen gesetzlichen Schuldbeitritt an, keine haftungsbefreiende Schuldübernahme. Der Unterschied zu Art. 34 S. 1 GG, der für die Amtshaftung genau entgegengesetzt vorgeht, rechtfertigt sich vor allem daraus, dass öffentlich-rechtliche Körperschaften praktisch nie zahlungsunfähig werden. Die persönliche Haftung des Organwalters ist hingegen von Bedeutung, um die Geschädigten vor den Risiken einer Insolvenz der Gesellschaft zu schützen. Dabei geht es nicht so sehr darum, dass der Organwalter tatsächlich als „Ausfallschuldner“ in Anspruch genommen werden kann (was in der Praxis vorkommt, aber selten ist), sondern eher darum, dass der Organwalter Anreize erhält, zur Vermeidung seiner persönlichen Haftung etwaige Schadensersatzansprüche anderweitig abzusichern, z. B. indem er auf eine ausreichende Kapitalausstattung der Gesellschaft hinwirkt und/oder dafür sorgt, dass ein ausreichender Versicherungsschutz besteht.¹¹⁴ Die persönliche Haftung des Organwalters ergibt sich nicht aus § 31 BGB, sondern unmittelbar aus dem jeweiligen Deliktstatbestand, den der Organwalter mit seinem Verhalten verwirklicht hat, also aus §§ 823 ff. BGB und den Tatbeständen des Sonderdeliktsrechts. Wie oben¹¹⁵ bereits dargestellt, setzt dies insbesondere voraus, dass die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten den Organwalter persönlich treffen und nicht bloß den Unternehmensträger. Sind die deliktischen Pflichten ausschließlich an den Unternehmensträger gerichtet, kommt eine persönliche Haftung des Organwalters und damit auch eine indirekte Unternehmenshaftung nach § 31 BGB von vornherein nicht in Betracht. Die Haftung lässt sich dann nur als direkte Unternehmenshaftung begründen. Darin liegt nach hier vertretener Ansicht auch der Schlüssel für eine sachgerechte Begrenzung der persönlichen Haftung der handelnden Personen.

V. Analogie Einzelunternehmer?

§ 31 BGB ist eine spezifisch verbandsrechtliche Norm, wofür nicht nur der Wortlaut und die systematische Stellung im Vereinsrecht sprechen, sondern auch die Entstehungsgeschichte und der Normzweck. Die 2. Kommission hob hervor, es gehe ihr mit dem späteren § 31 BGB nur darum, „diejenige Haftung der Körperschaft zu regeln, die auf dem besonderen Verhältnisse derselben zu ihren Organen beruhe“. Ob verschuldensunabhängig für Handlungen Dritter gehaftet werden soll, sei hingegen eine Frage, die „für juristische Personen nicht anders entschieden werden könne, als für natürliche“.¹¹⁶ Der Gesetzgeber hat sie

¹¹³ Vgl. die Nachweise oben → in Fn. 37.

¹¹⁴ Vgl. dazu *Kraakman*, Yale L.J. 93 (1984), 857, 869 ff.

¹¹⁵ → § 4 A II, C.

¹¹⁶ Prot. Bd. I, S. 523.

in aller Klarheit verneint und in § 831 BGB geregelt, dass die Haftung für fremde Delikte von einem eigenen Verschulden des Geschäftsherrn abhängig sein soll, auch wenn dieses vermutet wird. Die h.M. folgert aus der verbandsrechtlichen Natur des § 31 BGB und der Tatsache, dass mit § 831 BGB eine klare Regelung für sämtliche anderen Fälle zur Verfügung steht, zu Recht, dass eine analoge Anwendung des § 31 BGB auf Einzelunternehmer nicht in Betracht kommt.¹¹⁷ Gleichzeitig wird § 31 BGB als Allheilmittel angesehen, wenn es darum geht, die Haftung von Verbänden zu begründen, ohne § 831 BGB anzuwenden. Die Heranziehung des § 31 BGB als Zurechnungsnorm belegt dies genauso anschaulich wie die Ausweitung der Organhaftung zur Repräsentantenhaftung und die Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsverschulden. Aus rechtspolitischer Sicht ist es allerdings problematisch, dass diese Instrumente nur zur Anwendung kommen sollen, wenn die Haftung eines Verbandes zu beurteilen ist, nicht aber, wenn es um einen Einzelunternehmer geht. Denn dadurch haften Gesellschaften als Unternehmensträger für Versäumnisse ihres Leitungspersonals strenger als Einzelunternehmer, was nicht nur nachweislich dem Willen des Gesetzgebers widerspricht, sondern vor allem auch zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung führt, aus der sich überdies Fehlanreize ergeben.¹¹⁸ In der Literatur sind daher immer wieder Versuche unternommen worden, die Anwendung des § 31 BGB oder des dahinter stehenden Rechtsgedankens auf Einzelunternehmer zu begründen¹¹⁹ – angesichts der klaren gesetzlichen Regelung der §§ 31, 831 BGB sind sie jedoch alleamt nicht überzeugend.¹²⁰

Das Problem wird zwar nicht gelöst, aber doch deutlich reduziert, wenn man, wie oben in den Teilen 3 und 4 vorgeschlagen, die direkte Unternehmenshaftung auf ein eigenes dogmatisches Fundament stellt, und in diesem Zusammenhang andere Zurechnungsmechanismen wie die haftungsnormbezogene Zurechnung gegenüber der Anwendung des § 31 BGB als Zurechnungsnorm stärkt. In seiner Funktion als haftungszuweisende Norm könnte § 31 BGB dann, wie oben¹²¹ dargestellt, weitgehend wieder auf seinen ursprünglichen Anwendungsbereich zurückgeführt werden, wodurch sich auch die Ungleichbehandlung von Gesellschaften und Einzelunternehmern reduzieren ließe. Insbesondere könnte die Rechtsprechung zur Repräsentantenhaftung genauso aufgegeben werden wie die Rechtsprechung zum körperschaftlichen Organisationsverschulden, wodurch Einzelunternehmer und Gesellschaften hinsichtlich

¹¹⁷ Vgl. BeckOGK/*Offenloch*, 1.8.2022, § 31 BGB Rn. 41; MünchKommBGB/*Leuschner*, 9/2021, § 31 Rn. 11; Erman/*Westermann*, 16/2020, § 31 Rn. 2; Staudinger/*Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 113; Soergel/*Hadding*, 13/2000, § 31 Rn. 8. Dazu schon → § 1 B IV 3.

¹¹⁸ Dazu bereits ausf. oben → § 1 B IV 3, V.

¹¹⁹ Vgl. etwa *K. Schmidt*, ZHR 155 (1991), 306, 308; *Steindorff*, AcP 170 (1970), 93, 103 ff.; *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1742 und passim.

¹²⁰ Ablehnend bereits oben → § 1 B IV 3.

¹²¹ → I, II.

der Haftung für unerlaubte Handlungen ihrer Führungskräfte wieder gleichbehandelt würden: Eine indirekte Unternehmenshaftung würde sich, sofern nicht ein verfassungsmäßig berufener Vertreter i.S. der §§ 30, 31 BGB gehandelt hat, in beiden Fällen ausschließlich aus § 831 BGB ergeben. Darin läge kein Rückschritt in längst überwundene Zeiten, in denen das Recht der Unternehmenshaftung weitgehend dysfunktional war. Denn in den meisten Fällen stünde mit der direkten Unternehmenshaftung eine wirkungsvolle Alternative zur Verfügung. Nur die indirekte Unternehmenshaftung würde für alle Unternehmensträger so ausgestaltet wie sie nach h.M. nur noch für Einzelunternehmer ausgestaltet ist, wie sie aber nach dem Willen des BGB-Gesetzgebers für alle Unternehmensträger ausgestaltet sein sollte: als verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung, als Haftung für fremdes Delikt, die zusätzlich von einem Auswahl- oder Überwachungsverschulden abhängig ist. Nur für unerlaubte Handlungen von Organwaltern würden Gesellschaften weiter strikt haften. Insoweit ergibt sich aber keine Ungleichbehandlung und damit auch kein rechtspolitisches Problem, weil Einzelunternehmer eben keine Organe und somit auch keine Organwalter haben. Die Abgrenzung der §§ 31, 831 BGB würde damit auch wieder deutlich näher an den Wortsinn der beiden Vorschriften herangeführt, was der Rechtsklarheit dienlich wäre.

Eine analoge Anwendung des § 31 BGB auf Einzelunternehmer ist also nach hier vertretener Ansicht nicht möglich. Sie ist aber auch nicht nötig, wenn man die diversen Ausuferungen in der Entscheidungspraxis zu § 31 BGB zu einem guten Teil wieder rückgängig macht. Die Problematik des Einzelunternehmers zeigt anschaulich, dass die Herausforderungen der Unternehmenshaftung unabhängig von § 31 BGB gelöst werden müssen.¹²² Die Vorschrift ist angesichts ihrer spezifisch verbandsrechtlichen Natur nicht in der Lage, als Zentralnorm der deliktischen Unternehmenshaftung zu dienen.

VI. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass sich die mit der Verbandshaftung verbundenen dogmatischen und rechtspolitischen Probleme nur dadurch beseitigen oder zumindest abmildern lassen, dass methodengerecht nicht begründbare Rechtsfiguren wie die Repräsentantenhaftung und das körperschaftliche Organisationsverschulden aufgegeben werden. Ihre Herleitung ist vom Wortsinn des § 31 BGB nicht gedeckt und als Rechtsfortbildungen lassen sie sich nicht rechtfertigen, weil es angesichts der klaren gesetzlichen Regelung in den §§ 31, 831 BGB an einer Regelungslücke fehlt. Wie auch die h.M. richtig anerkennt, kommt eine analoge Anwendung des § 31 BGB auf Einzelunternehmer nicht in Betracht, was in der

¹²² In diese Richtung auch schon v. Bar, FS Kitagawa, 1992, 279, 287.

Rechtspraxis zu einem problematischen Auseinanderlaufen der Haftung von Gesellschaften und von Einzelunternehmern für ihr jeweiliges Führungspersonal geführt hat. Durch eine Aufgabe der Repräsentantenhaftung und des körperschaftlichen Organisationsverschuldens könnte dieses Problem auf einen Schlag beseitigt werden. Die Anwendung des § 31 BGB im Rahmen der indirekten Unternehmenshaftung ließe sich dadurch auf den Bereich zurückführen, der dem Wortsinn der Norm entspricht und die methodisch fragwürdigen Überdehnungen würden entbehrlich. Im Übrigen wäre § 831 BGB anzuwenden, der nach der Konzeption des Gesetzes die eigentliche Zentralnorm der Haftung für fremdes Delikt und damit auch der indirekten Unternehmenshaftung ist. Problematische „Haftungslücken“ durch die Möglichkeit des Entlastungsbeweises müssten nicht drohen, wenn gleichzeitig die Eigenständigkeit der direkten Unternehmenshaftung, wie in den vorigen Kapiteln ausgeführt, anerkannt und gestärkt würde. Es steht damit ein schlagkräftiges und der indirekten Haftung in vielerlei Hinsicht überlegenes Instrument zur Verfügung, mit dem sich die Unternehmenshaftung unabhängig von der Rechtsform des jeweiligen Unternehmensträgers flexibel und normzweckgerecht begründen und von der persönlichen Haftung abgrenzen lässt. Die Haftung nach § 31 BGB könnte auf diese Weise wieder auf ihren Kernbereich reduziert werden: Die Haftung von Verbänden für unerlaubte Handlungen ihrer Organwalter.

C. Geschäftsherrnhaftung (§ 831 BGB)

Die dogmatischen und rechtspolitischen Probleme des deutschen Rechts der Unternehmenshaftung werden typischerweise auf die misslungene Regelung des § 831 BGB und insbesondere die darin enthaltene Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn zurückgeführt. Auch oben in § 1 standen die mit der Geschäftsherrnhaftung verbundenen Probleme an der Spitze der Analyse der gegenwärtigen Lage des Unternehmenshaftungsrechts. Im Folgenden soll nun näher untersucht werden, ob und ggf. inwieweit sich auf der Grundlage der bisher in dieser Arbeit angestellten Überlegungen Verbesserungen im Verständnis und in der Anwendung des § 831 BGB erzielen lassen. Die Geschäftsherrnhaftung nach dieser Vorschrift ist oben in § 3¹²³ als *unechte* indirekte Unternehmenshaftung eingeordnet worden, weil sie anders als die Organhaftung nach § 31 BGB, aber auch anders als die Geschäftsherrnhaftung in den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen sowie nach Art. 6:102 PETL und Art. VI.-3:201 DCFR, nicht als strikte Haftung ausgestaltet ist, sondern von einem Verschulden des Geschäftsherrn abhängt, wenn dieses auch gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet

¹²³ → § 3 A I 1.

wird. Zur Begründung der Geschäftsherrhaftung aus § 831 BGB ist festzustellen, dass ein Verrichtungsgehilfe in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zugefügt hat. Anders als bei § 31 BGB ist hier umstritten, ob der Gehilfe ein Delikt vollständig verwirklicht haben muss. Die größten Probleme bereitet die Möglichkeit des Geschäftsherrn, sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB von der Haftung zu entlasten, da sie nicht nur zu Recht als rechtspolitisch verfehlt gilt, sondern auch dogmatische Schwierigkeiten aufwirft. Weitgehende Einigkeit besteht hingegen darüber, dass die Haftung des Geschäftsherrn neben die persönliche Haftung des Gehilfen tritt.

I. Haftungsadressat, Pflichtenstellung

In unternehmerischen Sachverhalten ist Geschäftsherr i. S. des § 831 BGB regelmäßig der Unternehmensträger und nicht etwa ein für das Personalwesen zuständiges Mitglied der Unternehmensleitung oder der unmittelbare Vorgesetzte des Verrichtungsgehilfen.¹²⁴ Die Kanalisierung der Haftung auf den Unternehmensträger ist unabhängig von dessen Rechtsform, gilt also z. B. auch für Kapitalgesellschaften. Deshalb haftet z. B. der Geschäftsführer einer GmbH persönlich nicht aus § 831 BGB für Delikte, die in seinem Verantwortungsbereich von Unternehmensangehörigen begangen werden. Das hat der BGH schon früh unmissverständlich klargestellt: „Geschäftsherr der Bediensteten einer GmbH ist grundsätzlich nur die GmbH selbst, da sie eigene Rechtspersönlichkeit besitzt (§ 13 GmbHG).“¹²⁵ In der Baustoff-Entscheidung hat der BGH zudem konkretisiert, dass auch die Organstellung eines GmbH-Geschäftsführers nicht in die Pflichtenstellung des § 831 Abs. 1 BGB einrücken lasse.¹²⁶ Nur weil Organwalter *de facto* zumindest mittelbar die Geschäftsherrnpflichten der Gesellschaft erfüllen, bedeutet dies also nicht, dass sie auch persönlich als Geschäftsherrn aus § 831 Abs. 1 BGB deliktisch verpflichtet wären. Vielmehr ist die Unternehmensleitung lediglich im Innenverhältnis verpflichtet, auf die Erfüllung der Geschäftsherrnpflichten des Unternehmensträgers hinzuwirken. Auch die Anwendung des § 831 Abs. 2 BGB auf Gesellschaftsorgane hat der BGH verneint.¹²⁷ Danach trifft die gleiche Verantwortlichkeit wie den Geschäftsherrn auch denjenigen, „welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt“. Der Anstel-

¹²⁴ Grundlegend BGH NJW 1974, 1371, 1372. Vgl. außerdem BGHZ 125, 366, 375 = NJW 1994 1801, 1803; BGHZ 109, 297, 304 = NJW 1990, 976, 978; Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 105 ff.; MünchKommBGB/Wagner, § 831 Rn. 58.

¹²⁵ BGH NJW 1974, 1371 f.

¹²⁶ BGHZ 109, 297, 304 = NJW 1990, 976, 978. Bestätigend u. a. BGHZ 125, 366, 375 = NJW 1994, 1801, 1803.

¹²⁷ BGH NJW 1974, 1371, 1372. Bestätigend u. a. BGHZ 125, 366, 375 = NJW 1994, 1801, 1803. Vgl. dazu MünchKommBGB/Wagner, § 831 Rn. 58 f.

lungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers soll dafür nach Ansicht des BGH jedoch nicht genügen, weil dessen Rechtsstellung „jedenfalls im Haftpflichtrecht“ entscheidend durch seine Organstellung geprägt werde und daher insoweit „das gesellschaftsrechtliche Element“ den Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer bestimme.¹²⁸ Der BGH hält also das im Anstellungsvertrag eines Gesellschaftsorgans zum Ausdruck kommende vertragliche Element jedenfalls im Kontext des Deliktsrechts nicht für prägend und eine vertragliche Übernahme i. S. von § 831 Abs. 2 BGB daher in diesen Fällen nicht für gegeben.

Wenn aber somit regelmäßig nur der Unternehmensträger als Geschäftsherr i. S. des § 831 BGB anzusehen ist und folglich auch die Pflichten zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen i. S. des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unmittelbar und exklusiv den Unternehmensträger treffen, mag es verwundern, dass die Geschäftsherrnhaftung hier als indirekte Unternehmenshaftung eingeordnet wird. Denn oben in § 3¹²⁹ war eine Haftung wegen Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers als direkte Unternehmenshaftung definiert worden. Der vermeintliche Widerspruch löst sich auf, wenn man sich klar macht, dass die Geschäftsherrnhaftung deutscher Prägung ein komplexes Kombinationsprodukt aus Versäumnissen des Gehilfen und des Geschäftsherrn ist, das im Regelfall nicht bloß eine sondern zwei Pflichtverletzungen voraussetzt.¹³⁰ Es muss nicht nur der Geschäftsherr seine Aufsichts- oder seine Überwachungspflicht verletzen, sondern es muss, wie im nächsten Abschnitt noch näher zu erläutern ist, im Regelfall auch der Gehilfe eine deliktische Pflicht verletzen, damit i. S. des § 831 Abs. 1 S. 1 BGB von einer widerrechtlichen Schädigung durch den Gehilfen ausgegangen werden kann. Die Geschäftsherrnhaftung beruht also typischerweise auf einer doppelten Pflichtverletzung, wobei die Pflichtverletzung des Geschäftsherrn gesetzlich vermutet wird. Sie lässt sich ebenso gut als Haftung wegen eigener Pflichtverletzung ansehen wie als Haftung wegen fremder Pflichtverletzung. Wegen dieser Doppeldeutigkeit fällt die Einordnung in das oben näher beschriebene System der Unternehmenshaftung nicht leicht. Ihre charakteristische Prägung erhält die Geschäftsherrnhaftung jedoch vor allem durch die Anknüpfung an ein Gehilfendelikt. Man würde weder ihrer dogmatischen Struktur noch ihrer funktionalen Eigenständigkeit gerecht, wenn man die Geschäftsherrnhaftung wie eine beliebige Verkehrspflichtverletzung einordnen würde. Insbesondere ließe sich damit kaum erklären, warum überhaupt gesteigerte Anforderungen an das Gehilfenverhalten gestellt werden und der Geschäftsherr nicht einfach für jede Schädigung durch einen Gehilfen haftet. Dahinter steht das Bestreben, das Sys-

¹²⁸ BGH NJW 1974, 1371, 1372.

¹²⁹ → § 3 A II 1.

¹³⁰ Vgl. dazu auch MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 34 ff., 54.

tem des deliktischen Rechtsgüterschutzes nicht ausfransen zu lassen, und dafür wird in allen problematischen Fällen, z. B. bei Vorsatzdelikten, verlangt, dass der Gehilfe (nicht der Geschäftsherr) den objektiven und subjektiven Tatbestand des jeweiligen Delikts verwirklicht haben muss. Historisch ist die Geschäftsherrhaftung auch in der verschuldensabhängigen Variante des § 831 BGB als Haftung für fremdes Delikt angesehen worden¹³¹ und auch im Rahmen der Rechtsvergleichung wird sie typischerweise in diesem Zusammenhang diskutiert.¹³² Obwohl auch an die Verletzung eigener Pflichten des Geschäftsherrn angeknüpft wird, scheint es daher aus systematischen Gründen sachgerecht, die Haftung aus § 831 BGB primär als Haftung für fremdes Delikt und damit als Fall der indirekten Unternehmenshaftung einzustufen, wenn auch als „unechte“, weil eben nicht nur an ein Gehilfendelikt angeknüpft wird.

Unabhängig von diesen theoretisch-konzeptionellen Überlegungen lässt sich jedenfalls festhalten, dass die Pflichten zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen in unternehmerischen Sachverhalten typischerweise unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert sind. Damit weist die Geschäftsherrhaftung nach § 831 BGB auch Elemente einer direkten Unternehmenshaftung auf. Das ist vor allem für die Frage von Bedeutung, wie ein etwaiges Auswahl- und Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn zu prüfen ist, wenn es sich dabei um einen Unternehmensträger handelt und für diesen vorgetragen wird, er sei nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlastet. Darauf wird unten noch zurückzukommen sein (→ III).

II. Gehilfendelikt

Anders als bei § 31 BGB, wo sich schon aus dem Wortlaut ergibt, dass der Organwalter einen Deliktstatbestand vollständig verwirklicht haben muss, weil sich andernfalls keine „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ feststellen lässt, ist für § 831 BGB umstritten, welche Anforderungen an die „widerrechtliche Schädigung“ durch den Gehilfen zu stellen sind und ob sich dahinter ebenfalls ein vollständig verwirklichtes Delikt verbirgt. Letzteres wird vom BGH im Grundsatz verneint. In Fortschreibung einer weit zurückreichenden Rechtsprechung des Reichsgerichts geht er vielmehr getreu dem Wortlaut des § 831 BGB davon aus, dass die schadensursächliche Handlung des Verrichtungsgehilfen nur rechtswidrig sein muss, nicht aber schuldhaft.¹³³ Konsequenz

¹³¹ MünchKommBGB/Wagner, 82020, § 831 Rn. 1; HKK/Kannowski, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 3 ff.; J. Horn, Gehilfenhaftung, 2007, 121 ff.; Seiler, JZ 1967, 525 ff.

¹³² Fedtke/Magnus, in: PETL Liability Others, 2003, 105, Rn. 1 ff.; Wagner, in: Grundstrukturen, 2003, 189, 295 ff.; v. Bar, GemDeliktsR, Bd. 1, 1996, § 2 Rn. 179 ff.

¹³³ BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20; ZIP 2010, 1122, 1126, Rn. 38; NJW 1996, 3205, 3207; VersR 1974, 243, 244; BGHZ 24, 21, 29 = 1957, 785, 786; BGH NJW 1956, 1715.

umgesetzt würde dies bedeuten, dass der Geschäftsherr aus § 831 BGB haften kann, obwohl er nicht haften würde, wenn er anstelle des Gehilfe selbst gehandelt hätte. Hat z. B. ein angestellter Handwerker in der Wohnung eines Kunden ohne Fahrlässigkeit eine Vase umgeworfen, könnte der Arbeitgeber dafür aus § 831 BGB haften, wenn es ihm nicht gelingt, den Entlastungsbeweis zu führen, obwohl er nicht aus § 823 Abs. 1 BGB haften würde, wenn dasselbe ihm selbst passiert wäre. Der BGH versucht diese Konsequenz mit einer Reihe dogmatischer Kunstgriffe zu verhindern, die aber allesamt nicht wirklich überzeugen. Die Einzelheiten dieser Rechtsprechung sind bereits oben in § 1¹³⁴ dargestellt worden. Bei Vorsatzdelikten verlangt der BGH, ungeachtet seiner sonstigen Linie, dass der Gehilfe vorsätzlich gehandelt haben muss.¹³⁵ Eine starke Strömung in der Literatur will diesen Ansatz verallgemeinern und generell verlangen, dass der Gehilfe den jeweiligen Deliktstatbestand vollständig – also einschließlich des jeweiligen Verschuldenserfordernisses – verwirklicht haben muss.¹³⁶ Das ist der überzeugendere Ansatz, wie im Folgenden für die unterschiedlichen Deliktsarten im Einzelnen gezeigt werden soll. Wie die Haftung nach § 31 BGB sollte auch die Geschäftsherrnhaftung am besten als Haftung für fremdes Delikt verstanden werden.

1. Vorsatzhaftung

Die wenigsten dogmatischen Schwierigkeiten bereiten Vorsatzdelikte. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass, wenn ein Deliktstatbestand über das „allgemeine Verschulden“ hinaus „subjektive Elemente“ voraussetzt, die subjektiven Voraussetzungen in der Person des Verrichtungsgehilfen erfüllt sein müssen. Das wird von den Gerichten vor allem für Vorsatzdelikte und konkret für § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. mit strafrechtlichen Schutzgesetzen bejaht.¹³⁷ Eine Haftung des Geschäftsherrn gemäß §§ 831, 826 BGB kommt also z. B. nur in Betracht, wenn der Gehilfe mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat. Der Vorsatz des Gehilfen wird nicht vermutet, die Darlegungs- und Beweislast obliegt also nach allgemeinen Grundsätzen dem Geschädigten.¹³⁸ Entgegen dem allgemeinen Grundsatz, dass für eine widerrechtliche Schädigung i. S. des § 831 BGB nicht erforderlich ist, dass der Gehilfe schuldhaft gehandelt hat, wird hier also zumindest *de facto* doch ein echtes Gehilfendelikt verlangt. Damit soll verhindert werden, dass der deliktische Rechtsgüterschutz über das

¹³⁴ → § 1 B II.

¹³⁵ Dazu sogleich unter → 1.

¹³⁶ Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 831 Rn. 13; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 38; Soergel/Krause, ¹³2005, § 831 Rn. 36; Brüggemeier, HaftungsR, 2006, 122, Fn. 593; Kupisch, JuS 1984, 250, 253 f.; v. Caemmerer, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 122 ff.

¹³⁷ BGH NJW 2014, 1380, 1381, Rn. 11; ZIP 2010, 1122, 1126, Rn. 38; NJW 1986, 1715; LM § 831 BGB Fc Nr. 1 (1951); RGZ 163, 21, 30 (1940); RGZ 76, 35, 48 (1911).

¹³⁸ BGH ZIP 2010, 1122, 1126, Rn. 38 m. w. N.

in den §§ 823 ff. BGB angelegte System hinaus ausgeweitet wird, was insbesondere mit Blick auf reine Vermögensschäden von Bedeutung ist. Würde man für eine Haftung des Geschäftsherrn aus §§ 831, 826 BGB nicht verlangen, dass der Gehilfe mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat, könnte es dazu kommen, dass der Geschäftsherr haftet, obwohl selbst eine Zusammenschau der jeweiligen Kausalbeiträge des Gehilfen und des Geschäftsherrn kein Verhalten erkennen lässt, das dem in § 826 BGB beschriebenen Delikt entspräche. Denn aufseiten des Geschäftsherrn wird für die Haftung aus § 831 BGB nur Fahrlässigkeit verlangt, die noch dazu gesetzlich vermutet wird. Würde man für die Haftung aus §§ 831, 826 BGB ausreichen lassen, dass die Vermögensschädigung durch den Gehilfen widerrechtlich war, was sich nach h.M. aus der Sittenwidrigkeit ergibt,¹³⁹ und auch die Anforderungen an das Verschulden des Geschäftsherrn nicht erhöhen, könnte im Ergebnis auch für lediglich fahrlässig herbeigeführte reine Vermögensschäden gehaftet werden (z.B. für eine Art „fahrlässigen Betrug“), obwohl der Gesetzgeber in §§ 823 ff. BGB eine solche Haftung gerade nicht vorsehen wollte.

Bei strafrechtlichen Schutzgesetzen wie § 263 oder 266 StGB kommt hinzu, dass subjektive Elemente wie Vorsatz oder Bereicherungsabsicht bereits zum subjektiven Tatbestand gezählt werden und nicht erst zur Schuld, sodass ihre Verwirklichung stets Voraussetzung der (strafrechtlichen) Rechtswidrigkeit ist. Dies ist auch bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen, weil für einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz i.S. dieser Vorschrift grundsätzlich zu verlangen ist, dass sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand des Schutzgesetzes verwirklicht wurde. Der entscheidende Grund ist auch insoweit, dass andernfalls der deliktische Rechtsgüterschutz weiter ausgedehnt würde als vom Gesetzgeber intendiert: Verboten und strafrechtlich sanktioniert sind z.B. nach §§ 263, 266 StGB nur der vorsätzliche Betrug und die vorsätzliche Untreue, nicht auch entsprechende fahrlässige Verhaltensweisen (vgl. § 15 StGB). Wenn aber z.B. die fahrlässige Untreue keine Straftat ist, kann daraus über § 823 Abs. 2 BGB auch kein Delikt werden. Denn mit dieser Vorschrift sollen die in anderen Rechtsgebieten getroffenen Wertungen für die Bestimmung des deliktischen Rechtsgüterschutzes herangezogen werden;¹⁴⁰ die Wertung, dass eine fahrlässige Untreue als unerlaubte Handlung angesehen werden soll, lässt sich dem StGB jedoch gerade nicht entnehmen. Würde man bei der Anwendung des § 831 BGB auf das Vorsatzerfordernis verzichten, könnte der Geschäftsherr aus §§ 831, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. strafrechtlichen Schutzgesetzen für Schäden haften, deren Herbeiführung selbst dann nicht den Anforde-

¹³⁹ BGH NJW 1979, 162, 163; Grüneberg/*Sprau*, ⁸²2023, § 826 Rn. 1; Jauernig/*Teichmann*, ¹⁸2021, § 826 Rn. 9; *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 118.

¹⁴⁰ Staudinger/*J. Hager*, 2021, § 823 Rn. G 1 ff.; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 532; Soergel/*Spickhoff*, ¹³2005, § 823 Rn. 181 ff.; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, 1998, 59 ff.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 77 I 1, S. 430–432.

rungen eines Straftatbestands entspräche, wenn man das Verhalten des Gehilfen und das des Geschäftsherrn zusammen betrachten würde.

Dementsprechend ist auch in der Literatur unumstritten, dass subjektive Elemente in der Person des Verrichtungsgehilfen vorliegen müssen, wenn diese über das allgemeine Verschulden hinaus Voraussetzung der unerlaubten Handlung sind und dieser ihr Gepräge geben.¹⁴¹ *Canaris* hat zu Recht betont, es wäre „geradezu willkürlich“ wenn eine Beschränkung der Haftung auf vorsätzliches Handeln nur deshalb entfiel, weil ein Gehilfe gehandelt hat.¹⁴² Streitig ist nur, ob der Ansatz auf subjektive Elemente wie den Vorsatz zu beschränken ist oder ob nicht allgemein, d. h. auch für Fahrlässigkeitsdelikte, verlangt werden sollte, dass grundsätzlich sämtliche Anforderungen des jeweiligen Deliktstatbestands in der Person des Gehilfen verwirklicht sein müssen.

2. Fahrlässigkeitshaftung

Der BGH hält zumindest in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte im Grundsatz daran fest, dass ein Verschulden des Gehilfen für die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB nicht erforderlich ist.¹⁴³ Er knüpft damit an eine gefestigte Rechtsprechung des Reichsgerichts an, das seinen Ansatz u. a. damit begründet hatte, der Begriff der Widerrechtlichkeit könne in § 831 BGB keine andere Bedeutung haben als in § 823 BGB, wo er jedoch von Vorsatz und Fahrlässigkeit unterschieden werde.¹⁴⁴ Außerdem sei § 831 BGB als Haftung für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn konzipiert und ein solches könne auch vorliegen, wenn der Gehilfe schuldlos handle, z. B. weil ihn der Geschäftsherr falsch instruiere oder zu einer Verrichtung gebrauche, für die ihm die nötigen Kenntnisse oder Fähigkeiten fehlen. Darüber hinaus ist in der Literatur betont worden, ein Verschulden des Geschäftsherrn könne sich auch daraus ergeben, dass er einen deliktsunfähigen Gehilfen einsetze.¹⁴⁵ Der BGH will sich also im Grundsatz damit begnügen, dass § 831 BGB bereits aufseiten des Geschäftsherrn ein Verschulden voraussetzt und meint, dass es daneben nicht auch noch eines Verschuldens des Gehilfen bedürfe. Das entspricht dem Verständnis der Norm als zusammengesetzter Deliktstatbestand, der eine lediglich widerrechtliche Schädigung durch den Gehilfen mit einem Verschulden des Geschäftsherrn kombiniere.¹⁴⁶ Wenn ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäfts-

¹⁴¹ Grüneberg/*Sprau*, ⁸²2023, § 831 Rn. 8; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 79 III 2c, S. 479; differenzierend *Fikentscher/Heinemann*, SchuldR, ¹²2022, Rn. 1669 (nur „natürlicher Vorsatz“ erforderlich, kein „Vorsatz als Schuldform“).

¹⁴² *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 79 III 2c, S. 479.

¹⁴³ Vgl. BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20; ZIP 2010, 1122, 1126, Rn. 38; NJW 1996, 3205, 3207; VersR 1974, 243, 244; BGHZ 24, 21, 29 = NJW 1957, 785, 786.

¹⁴⁴ RGZ 142, 356, 362 f. (1933); RGZ 129, 55, 60 (1930); RGZ 50, 60, 66 f. (1901).

¹⁴⁵ Vgl. dazu v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 120, 122 f.

¹⁴⁶ Vgl. MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 831 Rn. 34.

herrn positiv feststeht, lässt sich dessen Haftung in den hier allein interessierenden Fahrlässigkeitsfällen freilich bereits oft auf § 823 Abs. 1 BGB stützen.¹⁴⁷ Das zeigt, dass es bei der Diskussion über die richtige Auslegung des Merkmals der widerrechtlichen Schädigung auch darum geht, wer für welche Elemente des § 831 die Beweislast trägt. Konkret stellt sich die Frage, welche Art von Gehilfenverhalten ausreicht, um daran die Verschuldensvermutung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB anknüpfen zu können.

Es liegt auf der Hand, dass die Entscheidung des Streits über die Bedeutung des Gehilfenverschuldens bzw. der Gehilfenfahrlässigkeit bei § 831 BGB auch davon abhängt, was man überhaupt unter Verschulden und Fahrlässigkeit versteht. In § 8¹⁴⁸ ist dargelegt worden, dass die Fahrlässigkeit m. E. auf die objektive Pflichtverletzung zu reduzieren ist und dass es darüber hinaus keines Verschuldens i. e. S., insbesondere keiner Verletzung einer wie auch immer zu verstehenden „inneren Sorgfalt“ bedarf. Auch subjektive oder subjektivierende Anforderungen wie die persönliche Vorwerfbarkeit sind dort unter Verweis auf den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB abgelehnt worden. Doch selbst wenn man wie die h. M. neben der objektiven Pflichtverletzung für die Fahrlässigkeit oder die Fahrlässigkeitsschuld auch noch eine „innere Sorglosigkeit“ verlangt, kommt ihr in der Regel keine größere Bedeutung zu. Der BGH hat die praktische Relevanz dieser Anforderung dadurch erheblich beschränkt, dass er davon ausgeht, dass eine feststehende Verletzung der äußeren Sorgfalt, also die objektive Pflichtverletzung, entweder die Verletzung der inneren Sorgfalt indiziert oder dass in solchen Fällen ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt spricht.¹⁴⁹ Das Verschuldenserfordernis reduziert sich also zumindest in praktischer Hinsicht im Wesentlichen auf die objektive Pflichtverletzung. Deren Stellung und Funktion im Rahmen der Deliktsprüfung wird von der h. M. unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob der Schädiger die Rechtsverletzung unmittelbar durch positives Tun herbeigeführt hat oder ob sie nur mittelbar auf sein Tun zurückzuführen ist oder nur auf einem Unterlassen beruht.¹⁵⁰ Während die h. M. in der ersten Konstellation eine objektive Pflichtverletzung erst für das Verschulden voraussetzt, wird sie in der zweiten Konstellation schon als Teil des Unrechtstatbestands verlangt. Dementsprechend scheint es sinnvoll, auch hinsichtlich der Frage, ob für eine Haftung aus § 831 BGB eine Fahrlässigkeit des Gehilfen und somit regelmäßig ein

¹⁴⁷ Dafür muss die Auswahl- und Überwachungspflichtverletzung allerdings kausal für die Schädigung durch den Gehilfen sein, wohingegen der BGH bei § 831 BGB insoweit weniger streng ist, vgl. dazu MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 54.

¹⁴⁸ → § 8 A.

¹⁴⁹ BGH r+s 2012, 460, 461, Rn. 6; BGH NJW 1994, 2232, 2233 m. w. N.

¹⁵⁰ Vgl. NK-BGB/Katzenmeier, ⁴2021, § 823 Rn. 101 f.; Soergel/Spickhoff, ¹³2005, § 823 Rn. 18; Ahrens/Spickhoff, DeliktsR, 2022, § 7 Rn. 7 ff.; Medicus/S. Lorenz, SchuldR II, ¹⁸2018, § 72 Rn. 7 f.; Larenz/Canaris, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 3b, S. 365 ff.; Larenz, FS Dölle, 1963, 169, 193; v. Caemmerer, KF 1961, 19 ff.

vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt zu verlangen ist, danach zu unterscheiden, ob der Verrichtungsgehilfe die Rechtsverletzung unmittelbar oder mittelbar bzw. durch ein Unterlassen herbeiführt.

a) Verkehrspflichthaftung

Wie in § 1¹⁵¹ bereits ausführlich dargestellt, bedient sich die Rechtsprechung verschiedener Begründungsansätze, um einerseits daran festzuhalten, dass für die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB nicht erforderlich ist, dass der Gehilfe fahrlässig gehandelt haben muss, andererseits jedoch unbillige Ergebnisse zu vermeiden, die sich ergeben könnten, wenn der Geschäftsherr tatsächlich auch für pflichtgemäßes Verhalten seiner Gehilfen haften müsste. So ist z. B. argumentiert worden, ein fehlendes Verschulden des Gehilfen könne dafür sprechen, dass auch ein sorgfältig ausgewählter und beaufsichtigter Gehilfe nicht anders gehandelt hätte, und dass deshalb ein etwaiges Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn für die Schädigung jedenfalls nicht kausal geworden ist (vgl. § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB).¹⁵² Denn hat sich der Gehilfe pflichtgemäß verhalten, liegt es nicht unbedingt nahe, dass er noch vorsichtiger gewesen wäre, wenn ihn der Geschäftsherr sorgfältig ausgewählt und überwacht hätte.¹⁵³ Außerdem hat schon das Reichsgericht zu Recht betont, dass eine Haftung aus § 831 BGB nicht in Betracht kommt, wenn der Geschäftsherr, hätte er anstelle des Gehilfen selbst gehandelt, dafür nicht aus §§ 823 ff. BGB haftbar gewesen wäre.¹⁵⁴ Damit lassen sich Fälle sachgerecht lösen, in denen zur Überzeugung des Gerichts *feststeht*, dass der Gehilfe pflichtgemäß gehandelt hat. Denn für eine eigene pflichtgemäße Handlung würde weder der Geschäftsherr noch sonst jemand aus den verschuldensabhängigen Tatbeständen der §§ 823 ff. BGB haften.

Im berühmten Straßenbahn-Fall aus dem Jahr 1957 genügte dies nicht mehr, weil gerade nicht erwiesen war, ob sich die Gehilfen pflichtgemäß oder pflichtwidrig verhalten hatten. Der Große Senat für Zivilsachen hielt dies keineswegs für unerheblich, wie man angesichts des Grundsatzes, dass es für die Haftung aus § 831 BGB auf ein Verschulden des Gehilfen nicht ankommen soll, meinen könnte, sondern stellte, zunächst beschränkt auf das schon damals streng regulierte Verkehrswesen, den Satz auf, „daß bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßem) Verhalten eines Teilnehmers am Straßen- oder Eisenbahnverkehr eine rechtswidrige Schädigung nicht vorliegt“.¹⁵⁵ Allerdings ging er auf dem Boden

¹⁵¹ → § 1 B II.

¹⁵² Vgl. BGHZ 4, 1, 3 f. = NJW 1951, 418, 419; RGZ 135, 149, 155 (1932).

¹⁵³ Möglich ist dies aber schon, weshalb der BGH für die Kausalitätentlastung nicht schon den Nachweis genügen lässt, dass der Gehilfe schuldlos gehandelt hat, vgl. BGHZ 4, 1, 4 = NJW 1951, 418, 419 m. w. N. Vgl. auch RGZ 135, 149, 155 (1932).

¹⁵⁴ Grundlegend RG JW 1936, 2394, 2396.

¹⁵⁵ BGHZ 24, 21, 26 = NJW 1957, 785, 786.

der Erfolgsunrechtslehre davon aus, dass die Rechtswidrigkeit grundsätzlich schon durch die Rechtsgutsverletzung indiziert sei und ordnete das verkehrsrichtige Verhalten daher lediglich als Rechtfertigungsgrund ein, dessen Vorliegen die Rechtswidrigkeit ausnahmsweise entfallen lassen könne. In Bezug auf § 831 BGB war er der Ansicht, dass die Beweislast für das verkehrsrichtige Verhalten von Verrichtungsgehilfen der Geschäftsherr tragen müsse, was sich aus der Einordnung als Rechtfertigungsgrund ergab. In jüngerer Zeit hat der BGH außerdem mit dem Schutzzweck der Norm argumentiert, um zu begründen, dass eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB jedenfalls auscheiden muss, wenn der Gehilfe pflichtgemäß gehandelt hat.¹⁵⁶

Interessant ist, dass nahezu alle Fälle, in denen sich der BGH entgegen seinem Grundsatz, dass es für § 831 BGB auf ein Verschulden des Gehilfen nicht ankommen soll, unter einem der genannten Aspekte doch damit befasst, ob sich der Gehilfe pflichtwidrig verhalten hat, mittelbare Rechtsverletzungen oder Unterlassungen betreffen. Das gilt z. B. für den Straßenbahn-Fall, in welchem es konkret darum ging, ob ein Schaffner und ein Fahrer der beklagten Straßenbahngesellschaft den Kläger dadurch widerrechtlich an seiner Gesundheit geschädigt hatten, dass sie die Straßenbahn zu früh abfahren ließen, wodurch der Kläger, der gerade die vordere Plattform des Motorwagens besteigen wollte, stürzte und mit dem Fuß unter die Bahn geriet.¹⁵⁷ Die beiden Gehilfen haben also nicht unmittelbar auf den Körper des Klägers eingewirkt, sondern Handlungen ausgeführt, die für sich genommen ein geringes Gefährdungspotenzial hatten (Abfahrtsignal, Anfahren des Zuges) und erst in Verkettung mit weiteren Umständen zu der Körperverletzung führten. Ganz ähnlich war es im Hühner Eintopf-Fall, der wohl wichtigsten Leitentscheidung des Reichsgerichts zur Problematik des Gehilfenverschuldens: Fraglich war, ob das Küchenpersonal der beklagten Gastwirtin den Ehemann der Klägerin dadurch widerrechtlich geschädigt hatte, dass es nicht verhinderte, dass ein Knochenstück in einen Eintopf geriet, an welchem der Gast dann erstickte.¹⁵⁸ Auch hier ist von einer lediglich mittelbaren Rechtsverletzung auszugehen, weil der Gast allein durch die Zubereitung des Eintopfs noch nicht getötet worden wäre. Ein weiteres Beispiel bietet der jüngst vom BGH entschiedene Weltkriegsbomben-Fall, in welchem u. a. zu beurteilen war, ob ein Baggerführer des beklagten Recyclingunternehmers das Eigentum mehrerer Grundstückseigentümer widerrechtlich geschädigt hatte, indem er mit einem Zangenbagger Bauschutt zerkleinerte, woraufhin ein im Bauschutt verborgener Blindgänger aus dem Zweiten Weltkrieg explodierte und Gebäude auf benachbarten Grundstücken beschädigt wurden.¹⁵⁹ Da der Baggerführer mit der Steuerung des Baggers nicht unmittelbar auf die

¹⁵⁶ Vgl. BGH VersR 2020, 180, 181, Rn. 20; NJW 1996, 3205, 3207.

¹⁵⁷ BGHZ 24, 21 f. = NJW 1957, 785 (hier ohne Sachverhalt).

¹⁵⁸ RG JW 1936, 2394.

¹⁵⁹ BGH VersR 2020, 180 ff.

Beschaffenheit der Grundstücke eingewirkt hat, ist auch hier nur von einer mittelbaren Rechtsverletzung auszugehen.

Bei mittelbaren Rechtsverletzungen und Unterlassungen entspricht es aber heute der ganz h.L., dass schon für die Feststellung der Rechtswidrigkeit eine objektive Pflichtverletzung des Schädigers zu verlangen ist,¹⁶⁰ weil andernfalls sämtliche Handlungen als rechtswidrig qualifiziert werden müssten, die irgendwie für die Rechtsverletzung kausal geworden sind. Die Rechtswidrigkeitsindikation der Lehre vom Erfolgsunrecht wird nur noch für sachgerecht gehalten, wenn jemand den tatbestandlichen Erfolg unmittelbar herbeiführt, womit gemeint ist, dass zwischen Handlung und Erfolg keine wesentlichen Zwischenschritte liegen.¹⁶¹ Im Übrigen soll die Lehre vom Handlungsunrecht zur Anwendung kommen, wonach eine Handlung nicht schon dadurch rechtswidrig wird, dass sie i.S. der *conditio-sine-qua-non*-Formel eine Rechtsverletzung herbeigeführt hat, sondern erst dadurch, dass sie gegen Verhaltensgebote der Rechtsordnung verstößt. Auch der BGH hat sich in jüngerer Zeit offen zur sog. Kombinationstheorie bekannt,¹⁶² während er früher vor allem betonte, dass er im Grundsatz an der Erfolgsunrechtslehre festhalte.¹⁶³ Auch in älteren Entscheidungen hatte er jedoch durchaus schon hervorgehoben, dass es bereits an einem rechtswidrigen Verhalten und nicht erst am Verschulden fehlen kann, wenn der Schädiger pflichtgemäß gehandelt hat.¹⁶⁴ Außerdem lässt sich kaum bezweifeln, dass die gesamte Verkehrspflichtdogmatik (auch) dazu dient, in Übereinstimmung mit der Lehre vom Handlungsunrecht bereits die Verwirklichung des Unrechtstatbestands von einer Pflichtverletzung abhängig zu machen. Der BGH prüft die Verletzung von Verkehrspflichten vor dem Verschulden und setzt sie gerade auch zur Begrenzung der Haftung aus mittelbaren Verletzungen und Unterlassungen ein. Außerdem hat er betont, dass die Verkehrspflichten „verhaltensbezogen“ seien, „nicht erfolgsbezogen“.¹⁶⁵ Der Sache nach geht der BGH also wie die h.L. davon aus, dass die Rechtswidrigkeit der Handlung des Schädigers zumindest bei mittelbaren Verletzungen und Unterlassungen nicht durch die Rechtsverletzung indiziert wird, sondern dass dafür ein (Verkehrs-)Pflichtverstoß festgestellt werden muss.

Wenn das aber so ist, und davon wird hier ausgegangen, dann wäre die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB in allen oben genannten Fällen von

¹⁶⁰ Vgl. BeckOGK/*Spindler*, 1.11.2022, § 823 BGB Rn. 78 f.; NK-BGB/*Katzenmeier*, 42021, § 823 Rn. 101 f.; Soergel/*Spickhoff*, 132005, § 823 Rn. 18; *Looschelders*, SchuldR BT, 172022, § 59 Rn. 3 f.; *Medicus/S. Lorenz*, SchuldR II, 182018, § 72 Rn. 7 f.

¹⁶¹ Zur Differenzierung vgl. *Medicus/S. Lorenz*, SchuldR II, 182018, § 72 Rn. 7.

¹⁶² BGH NJW-RR 2020, 1099, 1100, Rn. 14; NJW 2007, 1683, 1684, Rn. 12.

¹⁶³ Vgl. BGH NJW 1996, 3205, 3207; NJW 1993, 2614; BGHZ 118, 201, 207 = NJW 1992, 2014, 2015; BGHZ 90, 255, 257 f. = NJW 1984, 2207; jeweils m. w. N.

¹⁶⁴ Besonders deutlich BGH VersR 1978, 1626, 1627. Vgl. auch BGH r+s 2014, 96, 97, Rn. 15; NJW-RR 2003, 1459, 1460; VersR 1975, 812 (Unglück, kein Unrecht).

¹⁶⁵ BGHZ 80, 199, 204 = NJW 1981, 1606, 1608.

einer Verkehrspflichtverletzung des Gehilfen abhängig gewesen, ohne dass es dafür auf die hypothetische Eigenhaftung des Geschäftsherrn, den vermeintlichen Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens oder den Schutzzweck der Norm angekommen wäre. Denn von einer widerrechtlichen Schädigung durch den Gehilfen kann bei mittelbaren Rechtsverletzungen und Unterlassungen nach diesem Verständnis nur ausgegangen werden, wenn der Gehilfe objektiv pflichtwidrig gehandelt hat. Schon weil es um eine lediglich mittelbare Rechtsverletzung ging, wäre für die Feststellung einer widerrechtlichen Schädigung im Straßenbahn-Fall zu prüfen gewesen, ob der Fahrer und/oder der Schaffner objektiv pflichtwidrig gehandelt hatten, als sie die Bahn anfahren ließen. Genauso hätte eine Haftung nach § 831 BGB im Hühnereintopf-Fall nur in Betracht kommen können, wenn das Küchenpersonal pflichtwidrig gehandelt hatte und auch im Weltkriegsbomben-Fall hätte eine widerrechtliche Schädigung durch den Baggerführer nur bejaht werden können, wenn ihm ein Pflichtverstoß anzulasten gewesen wäre. Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung des Gehilfen ist – entgegen der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen im Straßenbahn-Fall – dem Geschädigten aufzuerlegen,¹⁶⁶ denn nach der Systematik des § 831 Abs. 1 BGB trägt er die Beweislast für die widerrechtliche Schädigung und wenn die Widerrechtlichkeit von der Pflichtverletzung abhängt, dann muss der Geschädigte eben auch diese beweisen. Die entgegengesetzte, kaum begründete Entscheidung des BGH erklärt sich daraus, dass es Ende der 1950er Jahre noch nicht üblich war, hinsichtlich der Rechtswidrigkeitsindikation zwischen unmittelbaren und mittelbaren Rechtsverletzungen zu unterscheiden.¹⁶⁷ Deshalb ging der BGH offenbar ganz selbstverständlich davon aus, dass die Widerrechtlichkeit i. S. des § 831 BGB auch bei lediglich mittelbarer Verursachung im Grundsatz bereits mit der Rechtsverletzung feststehe und dass das verkehrsrichtige Verhalten deshalb nur als Rechtfertigungsgrund eingeordnet werden könne. Richtigerweise ist heute jedoch davon auszugehen, dass eine objektive Pflichtverletzung des Gehilfen bei mittelbaren Verletzungen und Unterlassungen bereits festgestellt werden muss, um eine widerrechtliche Schädigung i. S. des § 831 Abs. 1 S. 1 BGB bejahen zu können und dass die Darlegungs- und Beweislast insoweit den Geschädigten trifft.

Das wirft die Frage auf, was bei mittelbaren Verletzungen von dem Grundsatz übrig bleibt, dass es für die Haftung aus § 831 BGB auf ein Gehilfenverschulden nicht ankommen soll. Für die objektive Pflichtverletzung hat er jeden-

¹⁶⁶ So mit unterschiedlichen Begründungen die h. L., vgl. etwa BeckOGK/*Spindler*, 1.11. 2022, § 831 BGB Rn. 36; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 831 Rn. 38; Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 831 Rn. 13; Soergel/*Krause*, ¹³2005, § 831 Rn. 36 f.

¹⁶⁷ Die Unterscheidung hat sich erst in den 1960er-Jahren etabliert, vgl. grundlegend *Larenz*, FS Dölle, 1963, 169, 192 ff.; *Stoll*, AcP 162 (1963), 203, 209 ff.; v. *Caemmerer*, KF 1961, 19 ff.; v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 71 ff.

falls keine Bedeutung mehr, denn diese ist wie beschrieben schon als Teil des Unrechtstatbestands zu verlangen. Es bleibt dann, außer der Deliktsfähigkeit, auf die unten noch gesondert eingegangen werden soll,¹⁶⁸ nur das hier sog. Verschulden i. e. S., also die „innere Sorglosigkeit“. Die kann man bei § 831 BGB in der Tat für entbehrlich halten. Allerdings ist oben¹⁶⁹ bereits dargelegt worden, dass es des Erfordernisses einer Verletzung der inneren Sorgfalt generell nicht bedarf, sondern dass sich die Fahrlässigkeit in der objektiven Pflichtwidrigkeit erschöpft. Das bedeutet also: Bei mittelbaren Verletzungen ist es zwar richtig, dass ein Verschulden des Gehilfen nicht eigenständig zu prüfen ist, das liegt aber vor allem daran, dass eine objektive Pflichtverletzung schon für die Feststellung einer widerrechtlichen Schädigung erforderlich ist und dass es weitere Verschuldenselemente nicht gibt. Umgekehrt bedeutet dies, dass für die Haftung aus § 831 BGB in diesen Fällen im Ergebnis doch ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt zu verlangen ist.

b) Unmittelbare Rechtsverletzungen

Es bleibt dann noch die Frage zu klären, ob und ggf. inwieweit es auf ein Verschulden des Gehilfen ankommt, wenn dieser die Rechtsverletzung unmittelbar herbeigeführt hat. Folgt man auch insoweit der Lehre vom Handlungsunrecht,¹⁷⁰ gilt dasselbe wie bei mittelbaren Rechtsverletzungen: Eine objektive Pflichtverletzung ist bereits für die Verwirklichung des Unrechtstatbestands und damit für die widerrechtliche Schädigung i. S. des § 831 Abs. 1 S. 1 BGB zu verlangen. Die h.M. hält jedoch für unmittelbare Rechtsverletzungen an der Lehre vom Erfolgsunrecht fest und meint, die Rechtswidrigkeit werde schon durch die Rechtsverletzung indiziert.¹⁷¹ Danach würde, um auf das eingangs genannte Beispiel zurückzukommen, ein angestellter Handwerker, der in der Wohnung eines Kunden ohne Fahrlässigkeit eine Vase umwirft, rechtswidrig, aber unverschuldet das Eigentum des Kunden verletzen und die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB ließe sich nur bejahen, wenn man dafür kein Verschulden des Gehilfen und somit kein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt verlangt. Genau solche Fälle scheint die Rechtsprechung im Blick zu haben, wenn sie betont, dass es für die Geschäftsherrnhaftung keines Gehilfenschuldens bedürfe, weil § 831 BGB nicht an ein Verschulden des Gehilfen, sondern an ein solches des Geschäftsherrn anknüpfe. Wenn aber *feststeht*, dass

¹⁶⁸ → 5.

¹⁶⁹ → § 8 A IV 2.

¹⁷⁰ Dafür Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 823 Rn. 7; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 823 Rn. 4–27; *Wagner*, DeliktsR, ¹⁴2021, Kap. 5 Rn. 14–20; *D. Schwab/Löhnig*, ZivilR, ²⁰2016, Rn. 270–272; *Harke*, Bes. SchuldR, 2011, Rn. 524; *Wilhelmi*, Risikoschutz, 2009, 112 ff.

¹⁷¹ BeckOGK/*Spindler*, 1.11.2022, § 823 BGB Rn. 78f.; NK-BGB/*Katzenmeier*, ⁴2021, § 823 Rn. 101 f.; *Soergel/Spickhoff*, ¹³2005, § 823 Rn. 18; *Medicus/S. Lorenz*, SchuldR II, ¹⁸2018, § 72 Rn. 7f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 75 II 3b, S. 365–367.

der Gehilfe die erforderliche Sorgfalt nicht verletzt hat, müsste nun der auf die Hühnereintopf-Entscheidung zurückgehende Satz greifen, dass eine Haftung aus § 831 BGB nicht in Betracht kommt, wenn der Geschäftsherr, hätte er anstelle des Gehilfen selbst gehandelt, dafür nicht aus §§ 823 ff. BGB haftbar gewesen wäre.¹⁷² Weil aber die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB mindestens Fahrlässigkeit voraussetzt, diese jedoch nicht vorlag, wäre die Haftung aus § 831 BGB zu verneinen. Das fehlende Gehilfenverschulden ist hier also sehr wohl streitentscheidend, denn die Haftung des Geschäftsherrn scheitert letztlich daran, dass das Verhalten des Gehilfen kein Delikt ergibt.

Übrig bleibt die Konstellation, dass *nicht feststeht*, ob der Gehilfe schuldhaft gehandelt hat. Im Beispiel wäre klar, dass der Handwerker die Vase umgestoßen hat, aber nicht, ob er dabei die erforderliche Sorgfalt außer Acht ließ. Nach der Rechtsprechung müsste man wegen der Rechtswidrigkeitsindikation der unmittelbaren Eigentumsverletzung eine widerrechtliche Schädigung durch den Handwerker bejahen und den Geschäftsherrn haften lassen, wenn dieser sich nicht entlastet, wofür drei Möglichkeiten zur Verfügung stehen: erstens der Nachweis, dass der Gehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht wurde (§ 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB), zweitens der Nachweis, dass der Schaden auch entstanden wäre, wenn der Gehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht worden wäre (Kausalitätsentlastung, § 831 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB) und drittens der Nachweis, dass sich der Gehilfe ordnungsgemäß verhalten, also nicht pflichtwidrig gehandelt hat (Rechtfertigungsgrund verkehrsrichtigen Verhaltens). Die letzten beiden Möglichkeiten sind, anders als in der Literatur manchmal suggeriert,¹⁷³ funktional gesehen nicht identisch. Denn die Rechtsprechung lässt für die Kausalitätsentlastung gerade nicht den Nachweis genügen, dass der Gehilfe ohne Verschulden gehandelt hat, sondern verlangt, dass der Geschäftsherr nachweist, dass auch ein sorgfältig ausgewählter und überwachter Gehilfe „nicht anders hätte handeln können“ als der tatsächlich eingesetzte Gehilfe.¹⁷⁴ Jedenfalls würde die Verschuldensvermutung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB bereits eingreifen, wenn der Geschädigte nur nachweist, dass sein Eigentum durch den Gehilfen unmittelbar verletzt wurde, und alles Weitere wäre eine Frage der Entlastung. Hier und nur hier würde also auf Grundlage der h. M. tatsächlich der Grundsatz zur Geltung kommen, dass es für die Haftung aus § 831 BGB auf ein Gehilfenverschulden nicht ankommt.

Jedoch: Selbst wenn der Gehilfe die Rechtsverletzung mit seinem Verhalten unmittelbar herbeigeführt hat, ist dies allein eine schwache Grundlage für die Verschuldensvermutung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. Umstritten ist schon, ob die Rechtswidrigkeitsindikation sachgerecht ist – Anhänger der Lehre vom Hand-

¹⁷² Dazu schon oben → bei Fn. 154.

¹⁷³ Vgl. Erman/*Wilbelmi*, ¹⁶2020, § 831 Rn. 13; *Medicus/Jens Petersen*, BR, ²⁸2021, Rn. 782; dagegen *Larenz/Canaris*, SchuldR BT, ¹³1994, § 79 III 2c (m. Fn. 48).

¹⁷⁴ BGHZ 4, 1, 4 = NJW 1952, 418, 419; RG JW 1934, 2973.

lungsunrecht lehnen dies ab.¹⁷⁵ Noch problematischer ist aber, allein an die Verursachung des Erfolgs, sei sie auch unmittelbar mit der Handlung des Gehilfen verbunden, die Vermutung zu knüpfen, der Geschäftsherr habe den Gehilfen nicht sorgfältig ausgewählt und überwacht. Das veranschaulicht das Beispiel: Der Umstand allein, dass der Handwerker die Vase umgestoßen hat, taugt allenfalls als schwaches Indiz dafür, dass Gehilfe nicht sorgfältig ausgewählt oder überwacht wurde. Denn solange nicht feststeht, dass die Beschädigung auf einer Fahrlässigkeit beruht, steht auch nicht fest, dass sie hätte verhindert werden müssen. Es ist zwar richtig, dass die Rechtsordnung schon die Eigentumsverletzung als solche missbilligt, konkret lässt sie für die Prävention jedoch genügen, dass die erforderliche Sorgfalt aufgewendet wird. Eine auf *Stoll* und *von Caemmerer* zurückgehende Ansicht in der Literatur geht daher zu Recht davon aus, dass § 831 BGB so ausgelegt werden muss, dass die Verschuldensvermutung erst gerechtfertigt ist, wenn das Verhalten des Verrichtungsgehilfen den Schluss darauf zulässt, dass er vom Geschäftsherrn nicht sorgfältig ausgewählt oder überwacht worden ist.¹⁷⁶ Dafür ist jedoch grundsätzlich zu verlangen, dass sich der Gehilfe objektiv pflichtwidrig verhalten haben muss, weil nur dann ein hinreichender Anhaltspunkt dafür besteht, dass der Geschäftsherr den Gehilfen nicht sorgfältig genug ausgewählt oder überwacht haben könnte. Alternativ wird erwogen, auch ein unverschuldetes Verhalten des Gehilfen genügen zu lassen, wenn dieser deliktsunfähig oder für die übertragene Aufgabe offensichtlich ungeeignet war,¹⁷⁷ weil auch diese Umstände ein Verschulden des Geschäftsherrn nahelegen. Im Grundsatz muss aber gelten, dass das Verschulden des Gehilfen für die Haftung nach § 831 BGB *nicht* entbehrlich ist, sondern dass ein pflichtwidriges Gehilfenverhalten und damit regelmäßig ein vollständig verwirklichtes Gehilfen delikt zu verlangen ist, um die Verschuldensvermutung zu stützen. Die Beweislast muss – entgegen der Rechtsprechung – der Geschädigte tragen, weil § 831 Abs. 1 S. 2 BGB dem Geschäftsherrn nur die Beweislast für das Auswahl- und Überwachungsverschulden auferlegt, sodass alle übrigen Voraussetzungen der Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen der Geschädigte nachweisen muss.

Letztlich bleibt somit vom vermeintlichen Grundsatz, dass es für die Haftung aus § 831 BGB auf ein Gehilfenverschulden nicht ankomme, nichts übrig. Bei mittelbaren Rechtsverletzungen fehlt es bereits an der Rechtswidrigkeitsindikation und schon für die Feststellung einer widerrechtlichen Schädigung durch den Gehilfen ist zu verlangen, dass sein Verhalten objektiv pflichtwidrig war. Genauso muss aber auch bei unmittelbaren Rechtsverletzungen eine

¹⁷⁵ Vgl. die Nachweise oben → in Fn. 170.

¹⁷⁶ Erman/*Wilhelmi*, ¹⁶2020, § 831 Rn. 13; MünchKommBGB/*Wagner*, ⁸2020, § 831 Rn. 38; Soergel/*Krause*, ¹³2005, § 831 Rn. 35f.; *Kupisch*, JuS 1984, 250, 253; v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 119ff.; *Stoll*, JZ 1958, 137f.

¹⁷⁷ Soergel/*Krause*, ¹³2005, § 831 Rn. 36; *Kupisch*, JuS 1984, 250, 253; v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, 49, 119ff.; *Stoll*, JZ 1958, 137f.

Pflichtverletzung des Gehilfen nachgewiesen werden, weil erst ein pflichtwidriges Verhalten eine ausreichende Grundlage für die Verschuldensvermutung des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB bietet. Auf über die Pflichtverletzung hinausgehende Verschuldenselemente kommt es – wie stets¹⁷⁸ – nicht an. Im Ergebnis bedeutet dies, dass für die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB grundsätzlich ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt zu verlangen ist.

3. Persönliche Pflicht

Es hat sich also erwiesen, dass für die Haftung aus § 831 BGB letztlich in allen denkbaren Varianten erforderlich ist, dass der Gehilfe objektiv pflichtwidrig gehandelt hat. Das gilt auch für Vorsatzdelikte, für die auch der BGH verlangt, dass der Gehilfe den objektiven und subjektiven Tatbestand des jeweiligen Delikts vollständig verwirklicht haben muss, was aus den oben¹⁷⁹ bereits näher dargelegten Gründen auch bei Vorsatzdelikten von einer Pflichtverletzung abhängig gemacht werden sollte. Zu betonen ist an dieser Stelle nochmals, dass die verletzte Pflicht eine persönliche Pflicht des Gehilfen sein muss und nicht lediglich eine Pflicht des Unternehmensträgers. Wird eine Pflicht des Unternehmensträgers verletzt, handelt es sich um einen Fall der direkten Unternehmenshaftung und § 831 BGB kann allenfalls als Zurechnungsnorm herangezogen werden, worauf oben¹⁸⁰ bereits eingegangen wurde. In seinem originären Anwendungsbereich, um den es hier nur noch geht, begründet § 831 BGB hingegen eine verschuldensabhängige Haftung für fremdes Delikt, im hiesigen Kontext eine unechte indirekte Unternehmenshaftung. Die Haftung knüpft an ein Gehilfendelikt an und ein solches setzt bei allen Deliktsarten voraus, dass eine persönliche Pflicht des Gehilfen verletzt wurde. In der Rechtsprechung wird bisher nicht immer hinreichend zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers/Geschäftsherrn und den persönlichen Pflichten des Gehilfen differenziert,¹⁸¹ weil man offenbar meint, es mache keinen Unterschied, ob § 831 BGB herangezogen wird, um eine Haftung des Unternehmensträgers wegen Verletzung einer Unternehmenspflicht zu begründen oder den Unternehmensträger wegen eines Gehilfendelikts haften zu lassen. Ein wichtiger Unterschied liegt aber darin, dass der Gehilfe nur in der zweiten Variante auch persönlich haftet. Verletzt der Gehilfe hingegen nur eine Unternehmenspflicht, begeht er selbst kein Delikt und der Unternehmensträger haftet exklusiv. Wie oben¹⁸² näher dargelegt, sollte § 831 BGB für diese Fälle gar nicht herangezogen werden, weil es nicht angemessen ist, dem Unternehmensträger die Entlastung nach § 831

¹⁷⁸ Dazu ausf. oben → § 8 A IV.

¹⁷⁹ → § 3 C III 1, § 4 A II, B I 3, C III.

¹⁸⁰ → § 5 C II.

¹⁸¹ Dazu schon kritisch oben → § 4 C.

¹⁸² → § 2 C I 2b, II 3b, § 5 C II, IV, D, § 8 C II, § 9 C II.

Abs. 1 S. 2 BGB zu ermöglichen, wenn es nicht um ein Gehilfendelikt, sondern um die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers geht. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist vielmehr auf die indirekte Unternehmenshaftung zu beschränken. Dafür ist aber an die Verletzung einer persönlichen Pflicht des Gehilfen anzuknüpfen.

Einige Fälle, in denen der BGH die Haftung mithilfe von § 831 BGB begründet hat, wären danach nicht nach dieser Vorschrift, sondern besser mit dem oben in den Teilen 3 und 4 beschriebenen Instrumentarium der direkten Unternehmenshaftung zu lösen. Das gilt insbesondere für viele Verkehrspflichtfälle, weil die maßgeblichen Pflichten hier oft den Unternehmensträger treffen. So wäre es etwa auch mit den bereits diskutierten Fällen, die Anlass für die verschiedenen Differenzierungen zum Gehilfenverschulden waren: Die für die Entscheidung des Hühnereintopf-Falles maßgebliche Pflicht, Gästen keine übermäßig gefährlichen Speisen zu servieren, sollte in erster Linie der Gastwirtin als Unternehmensinhaberin auferlegt werden. Genauso ist die Pflicht, ein sicheres Ein- und Aussteigen der Fahrgäste einer Straßenbahn zu ermöglichen, primär als Pflicht der Straßenbahngesellschaft anzusehen. Und schließlich sollte auch die Pflicht, Bauschutt so zu zerkleinern, dass es dadurch nicht zu einer Gefährdung der Nachbarschaft kommt, in erster Linie den Recyclingunternehmer als Unternehmensinhaber treffen. Ob daneben auch von persönlichen Pflichten der handelnden Unternehmensangehörigen auszugehen ist, was nach hier vertretener Ansicht nicht nur für deren persönliche Haftung, sondern auch für die indirekte Unternehmenshaftung nach § 831 BGB entscheidend ist, muss in jedem Einzelfall nach den allgemeinen Grundsätzen über die Begründung und Begrenzung deliktischer Pflichten¹⁸³ gründlich geprüft werden. In den genannten Beispielen wären Zweifel angebracht. Denn das Kriterium der Gefahrveranlassung, der Vertrauensgrundsatz und das Kosten-Nutzen-Prinzip verweisen recht eindeutig auf die jeweiligen Unternehmensträger und dass das Kriterium der Gefahrbeherrschung in unternehmerischen Sachverhalten nicht vorschnell herangezogen werden sollte, um persönliche deliktische Pflichten von Mitarbeitern zu begründen, ist oben¹⁸⁴ schon hervorgehoben worden.

Nur wenn nach den allgemeinen Grundsätzen eine persönliche Pflicht des Gehilfen zu bejahen ist, was im Bereich der Verkehrspflichthaftung z. B. in Betracht kommt, wenn der Gehilfe, etwa als angestellter Arzt oder Schwimmmeister,¹⁸⁵ besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt, kann ein Gehilfendelikt zu bejahen sein, an welches sich dann eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB anknüpfen kann.¹⁸⁶ Ist gleichzeitig eine Unternehmenspflicht verletzt, kann die Haftung wahlweise als direkte oder als indirekte

¹⁸³ Dazu oben → § 4 B I 1b.

¹⁸⁴ → § 4 C I bei Fn. 232.

¹⁸⁵ Vgl. etwa BGHZ 217, 50, 56 f. = NJW 2018, 301, 302 f., Rn. 18 f.

¹⁸⁶ Ähnlich Soergel/Krause, ¹³2005, § 823 Anh. II Rn. 69.

Unternehmenshaftung begründet werden. Die Begründung einer direkten Unternehmenshaftung wird oft einfacher sein, weil sich die Unternehmenspflicht meist leichter feststellen lässt als eine persönliche Pflicht des handelnden Mitarbeiters und weil außerdem bei der direkten Unternehmenshaftung keine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht kommt. Von Sonderfällen wie der Produzentenhaftung abgesehen obliegt dem Geschädigten aber in jedem Fall der Nachweis, dass objektiv pflichtwidrig gehandelt wurde.

4. Individualisierung

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass der Geschädigte bei § 831 BGB den Verrichtungsgehilfen nicht identifizieren muss, sondern dass es im Gegenteil dem Geschäftsherrn obliegt, nähere Angaben zu den handelnden Personen zu machen, wenn er sich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten will.¹⁸⁷ Dem wird man im Grundsatz folgen können, weil für die indirekte Unternehmenshaftung genügt, dass ein Gehilfendelikt begangen wurde, gleichgültig von wem. Allerdings muss der Geschädigte nachweisen, dass ein Gehilfe objektiv pflichtwidrig gehandelt hat, was Ausführungen zur Pflichtenstellung des Gehilfen erfordern kann und ohne Identifizierung möglicherweise schwierig ist. Unmöglich ist es aber nicht, weil die persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen vor allem von ihrer Stellung innerhalb des Unternehmens und ihrem Aufgabebereich abhängen, nicht unbedingt von individuellen persönlichen Merkmalen. Im Übrigen ist ggf. an eine sekundäre Darlegungslast des Geschäftsherrn zu denken. Vielfach wird es aber ohnehin so sein, dass Schwierigkeiten mit der Individualisierung des Gehilfen nahelegen, dass es vor allem um die Verletzung einer Unternehmenspflicht geht und dass sich in deren Verletzung eher ein Organisationsrisiko realisiert hat als ein individuelles Versäumnis eines einzelnen Gehilfen. Nicht von ungefähr betreffen die meisten Fälle, in denen der BGH die Frage der Individualisierung diskutiert hat, die Produzentenhaftung,¹⁸⁸ und würden folglich heute als Fälle der direkten Unternehmenshaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB gelöst werden.

5. Deliktsfähigkeit

Mit der h. L. ist für eine Haftung aus § 831 BGB nicht zu verlangen, dass der Gehilfe deliktsfähig gewesen sein muss.¹⁸⁹ Dafür spricht u. a. die systematische

¹⁸⁷ Vgl. BGH NJW 1973, 1602, 1603; NJW 1968, 247, 248; VersR 1959, 104, 105; VersR 1958, 107, 108; VersR 1953, 242; RGZ 159, 283, 290 (1939); RGZ 87, 1, 3f. (1915); RG Warn 1914 Nr. 53, S. 79; Warn 1909 Nr. 507, S. 490; RGZ 70, 379, 380f. (1909).

¹⁸⁸ So z. B. BGH NJW 1973, 1602, 1603; NJW 1968, 247, 248; VersR 1959, 104, 105; VersR 1953, 242. Vgl. auch schon RGZ 87, 1, 3f. (1915).

¹⁸⁹ MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 38; Erman/Wilhelmi, ¹⁶2020, § 831 Rn. 13; S. Lorenz, JuS 2020, 821.

Nähe zu § 832 BGB, der im Kern genauso strukturiert ist wie § 831 BGB, dessen Zweck aber verfehlt würde, wenn die Norm nicht auch auf deliktsunfähige Aufsichtsbedürftige i.S. der §§ 827, 828 BGB anwendbar wäre. Außerdem kann auch die Handlung eines Deliktsunfähigen ausreichende Grundlage für die Verschuldensvermutung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB sein, sofern nur der Gehilfe pflichtwidrig gehandelt hat. Insoweit ergibt sich also ein Unterschied zwischen § 31 und § 831 BGB, der intuitiv nicht naheliegt, sich aber letztlich daraus erklärt, dass § 31 BGB an eine „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ anknüpft, während für die Anwendung des § 831 BGB nicht unbedingt verlangt wird, dass der Gehilfe auch persönlich haftet.¹⁹⁰ Praktisch gesehen wird dies aber in aller Regel der Fall sein, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht die Haftung nach § 831 BGB ausnahmslos davon abhängig macht, dass der Gehilfe pflichtwidrig gehandelt haben muss. Im Ergebnis sind §§ 31, 831 BGB dann weitgehend ähnlich als Haftung für fremdes Delikt konstruiert, mit den beiden Unterschieden, dass § 831 BGB nicht die Deliktsfähigkeit des Gehilfen voraussetzt und dass er in Abs. 1 S. 2 dem Geschäftsherrn die Möglichkeit einräumt, sich von der Haftung zu entlasten.

III. Entlastungsbeweis

Auch wenn die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB hier als Haftung für fremdes Delikt und als Fall der indirekten Unternehmenshaftung eingeordnet wird, weil es vor allem das Gehilfendelikt ist, das die Haftung prägt,¹⁹¹ ist natürlich anzuerkennen, dass die Haftung des Geschäftsherrn außerdem davon abhängt, dass dieser bei der Auswahl und Überwachung des Gehilfen nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung des Gehilfen, deren Verletzung gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird, obliegt in unternehmerischen Sachverhalten typischerweise unmittelbar dem Unternehmensträger als Geschäftsherrn und nicht einem oder mehreren Unternehmensangehörigen persönlich.¹⁹² Das gilt auch, wenn Unternehmensträger eine Gesellschaft ist. Die h. M. wendet dann jedenfalls § 31 BGB an, um der Gesellschaft ein etwaiges Auswahl- und Überwachungsverschulden ihrer Repräsentanten zuzurechnen. Genauso müsste man eine Anwendung des § 831 BGB in seiner Funktion als Zurechnungsnorm zulassen,¹⁹³ auch wenn dadurch ggf. weitere Entlastungsbeweise hinsichtlich der Auswahl- und Überwachungspersonen (sog. Zwischenpersonen) erforderlich

¹⁹⁰ Vgl. auch § 840 Abs. 2 BGB, wo zum Ausdruck kommt, dass Geschäftsherr und Verrichtungsgehilfe nebeneinander haften können, aber nicht müssen.

¹⁹¹ Dazu bereits oben → A I.

¹⁹² Dazu oben → I.

¹⁹³ Vgl. dazu schon oben → § 5 C II.

würden („Entlastungskette“), was die praktische Anwendung des § 831 BGB noch komplexer machen würde, als sie ohnehin schon ist.¹⁹⁴ Die Rechtsprechung vermeidet diese Konsequenz durch eine den Wortsinn übersteigende Anwendung des § 31 BGB, ein Ausweichen auf die heute in § 823 Abs. 1 BGB vertortete „allgemeine Oberaufsicht“ durch den Unternehmensinhaber bzw. die Repräsentanten und allgemein dadurch, dass sie die konkreten Auswahl- und Überwachungspersonen oft nicht präzise benennt. Außerdem hat der BGH in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Möglichkeit eines dezentralisierten Entlastungsbeweises anerkannt, um auch mit Blick auf Großunternehmen der Tatsache Rechnung zu tragen, dass § 831 BGB konzeptionell an ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn anknüpft. Die damit verbundenen, bis heute weitgehend ungelösten Probleme sind oben in § 1¹⁹⁵ bereits ausführlich dargestellt und diskutiert worden. Sie lassen sich schlagwortartig dahin zusammenfassen, dass der dezentralisierte Entlastungsbeweis zu einer Privilegierung von Großunternehmen führt, weil bei ihnen effektiv nur die Mitarbeiter auf den oberen Hierarchieebenen sorgfältig ausgewählt und überwacht werden müssten. Der BGH hat den dezentralisierten Entlastungsbeweis zwar nicht ausdrücklich aufgegeben, ihn jedoch seit vielen Jahren nicht mehr erwähnt.¹⁹⁶ Die Probleme der Entlastung in Großunternehmen sind damit freilich nicht gelöst. Die Gerichte haben u. a. durch die extensive Anwendung des § 31 BGB und das Ausweichen auf § 823 Abs. 1 BGB oft zufriedenstellende Ergebnisse erreicht. Allerdings ist oben¹⁹⁷ gezeigt worden, dass sich damit nicht alle Schwierigkeiten beseitigen lassen, insbesondere weil § 31 BGB nicht zur Anwendung kommen kann, wenn Unternehmensträger ein Einzelunternehmer ist, und weil es nicht möglich ist, die Haftung auf § 823 Abs. 1 BGB zu stützen, wenn es um die Herbeiführung eines reinen Vermögensschadens geht.

In der Literatur wird von einer durchaus beachtlichen Mindermeinung gefordert, vom Geschäftsherrn müsse für die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt werden, dass er nachweist, dass der Verrichtungsgehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht *worden ist* – entweder von ihm selbst oder von etwaigen Zwischenpersonen.¹⁹⁸ Wenn tatsächlich eine Zwischenperson mit der Auswahl und Überwachung des Gehilfen betraut war, läuft dies freilich darauf hinaus, dem Geschäftsherrn ein etwaiges Verschulden der Zwischenperson zuzurechnen. Das wird von einem Teil der Literatur offen zugestanden und mitunter auf eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB gestützt, die der BGH allerdings

¹⁹⁴ Zur Entlastung in Großunternehmen bereits ausf. oben → § 1 B III.

¹⁹⁵ → § 1 B III.

¹⁹⁶ Skeptisch bereits BGH NJW 1968, 247, 248.

¹⁹⁷ → § 1 B III 3.

¹⁹⁸ Grüneberg/Sprau, ⁸²2023, § 831 Rn. 11; BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, § 831 BGB Rn. 46; Baums, FS Lukes, 1989, 623, 624 ff.; H. H. Jakobs, VersR 1969, 1061, 1069; Helm, AcP 166 (1966), 389, 398; Enneccerus/H. Lehmann, SchuldR, ¹⁵1958, § 241 III 1c, S. 982.

in der Gutsverwalter-Entscheidung ausdrücklich abgelehnt hat.¹⁹⁹ Eine Alternative wäre eine Zurechnung nach § 831 BGB, wodurch sich aber wieder das Problem der Kettenentlastung stellen würde, weil eine Zurechnung nach der Struktur der Norm nur erfolgen könnte, wenn auch die Zwischenperson nicht sorgfältig ausgewählt oder überwacht wurde. Interessanterweise entspricht der in Deutschland nur von einer Minderheit vertretene Ansatz, nur danach zu fragen, *ob* die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung verletzt worden ist, nicht aber danach, durch wen sie verletzt wurde, in der Schweiz sogar der h.L. zur Geschäftsherrnhaftung nach Art. 55 OR.²⁰⁰ Dort wird die Geschäftsherrnhaftung allerdings konsequenterweise nicht als Verschuldenshaftung eingeordnet, sondern als sog. „milde Kausalhaftung“.

In einer gewissen Nähe zu diesen Konzepten, aber doch mit anderer Akzentuierung wird im Folgenden der Ansatz vertreten, dass die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB in Anlehnung an die in § 8²⁰¹ zur Fahrlässigkeitshaftung gemachten Ausführungen unternehmensbezogen zu prüfen ist, also mit Blick auf das Unternehmen als Organisation. Es kommt danach nicht darauf an, welche Unternehmensangehörigen im Einzelnen für die Auswahl und Überwachung des Gehilfen verantwortlich waren, ob diese Personen pflichtwidrig gehandelt haben und wie sich ihre individuellen Versäumnisse dem Unternehmensträger zurechnen lassen, sondern es ist lediglich festzustellen, dass innerhalb des Unternehmens im Zusammenhang mit der Auswahl und Überwachung des Gehilfen mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme unterblieben ist, die i. S. von § 276 Abs. 2 BGB objektiv erforderlich gewesen wäre. Damit wird nicht nur der Tatsache Rechnung getragen, dass für die Bestimmung der erforderlichen Maßnahmen unter teleologischen Gesichtspunkten letztlich nur auf das Unternehmen als Ganzes bzw. ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen abgestellt werden kann, sondern es werden auch dogmatisch und/oder rechtspolitisch fragwürdige Figuren wie die dezentralisierte Entlastung oder die Verschuldenszurechnung mithilfe von § 278 oder § 831 BGB entbehrlich gemacht. Die Ergebnisse ähneln weitgehend denen, die auch die Rechtsprechung erreicht. Die maßgeblichen Entscheidungskriterien werden aber deutlicher.

1. Unternehmensbezogene Entlastung

Im Folgenden soll zunächst unter Bezugnahme auf die oben in § 8 zur Fahrlässigkeitshaftung angestellten Überlegungen dargelegt werden, wie die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unternehmensbezogen geprüft werden kann und warum dies dem Zweck der Norm besser entspräche als ein individualistischer Ansatz, der auf Versäumnisse einzelner Unternehmensangehöriger ab-

¹⁹⁹ BGHZ 4, 1, 3 f. = NJW 1952, 418, 419.

²⁰⁰ Vgl. schon oben → § 6 A II.

²⁰¹ → § 8 B.

stellt und diese dem Unternehmensträger zurechnet. Anschließend soll gezeigt werden, dass sich zumindest gewisse Tendenzen in diese Richtung auch in der Rechtsprechung nachweisen lassen.

a) *Theorie*

Ausgangspunkt der unternehmensbezogenen Prüfung der Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ist, wie allgemein bei der Unternehmens-Fahrlässigkeithaftung,²⁰² die unmittelbare Verpflichtung des Unternehmensträgers, weil sich daraus schließen lässt, dass nicht das Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger gesteuert werden soll, sondern sämtliche Tätigkeiten innerhalb des Unternehmens, soweit sie mit dem Normzweck in Zusammenhang stehen. Andernfalls hätte es nahegelegen, die Pflicht an einzelne Unternehmensangehörige persönlich zu adressieren. Geschäftsherr i. S. des § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ist jedoch in unternehmerischen Sachverhalten regelmäßig ausschließlich der Unternehmensträger, wie oben²⁰³ bereits dargelegt wurde. Er ist es also, dem die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung primär auferlegt ist und die entscheidende Interpretationsfrage lautet, welche Schlüsse daraus zu ziehen sind, dass der Pflichtenadressat nicht bloß eine einzelne natürliche oder juristische Person ist, sondern auch und in erster Linie der Träger einer sozialen Organisation, des Unternehmens, in dem sich mehrere Menschen zur Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Zwecke zusammengeschlossen haben.

Akzeptiert man als Ausgangspunkt, dass über die Adressierung des Unternehmensträgers die wirtschaftliche Aktivität des Unternehmens dem Präventionszweck der Haftung unterworfen werden soll, dann liegt nahe, dass die Pflichtverletzung auch bei § 831 BGB unternehmensbezogen zu prüfen ist. Es kommt also darauf an, welche Sorgfaltsmaßnahmen in Bezug auf die Auswahl und Überwachung des fraglichen Gehilfen innerhalb des jeweiligen Unternehmens i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlich waren und ob mindestens eine dieser Maßnahme unterblieben ist. Die Prüfung der Fahrlässigkeit erfolgt also auch hier, wie es oben²⁰⁴ allgemein für die Unternehmens-Fahrlässigkeithaftung dargestellt wurde, strikt maßnahmenbezogen. Wegen der Beweislastumkehr nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB obliegt es jedoch nicht dem Geschädigten, mindestens eine Maßnahme zu benennen, die objektiv erforderlich war, aber nicht durchgeführt wurde, sondern es ist dem Unternehmensträger auferlegt, nachzuweisen, dass *alle* objektiv erforderlichen Maßnahmen ergriffen wurden, was schon vom Ansatz her deutlich weiter geht und ohne Weiteres plausibel macht, warum eine erfolgreiche Entlastung in der Praxis so schwierig ist.

²⁰² → § 8 B I, § 4 B.

²⁰³ → I.

²⁰⁴ → § 8 A II 2, B III 1.

Maßstab für die Bestimmung relevanter Sorgfaltsmaßnahmen und die Prüfung ihrer Erforderlichkeit ist nach § 276 Abs. 2 BGB ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen.²⁰⁵ Merkmale wie Branche und Unternehmensgröße können typisierend berücksichtigt werden, auf „subjektive“ Eigenschaften des Unternehmens, dessen Träger der Geschäftsherr i.S. des § 831 BGB ist, kommt es jedoch nicht an. In die Pflichtwidrigkeitsprüfung sind alle mit der Auswahl und Überwachung des Gehilfen in Zusammenhang stehenden Sorgfaltsmaßnahmen einzubeziehen, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen möglich gewesen wären und die die Wahrscheinlichkeit des Gehilfendelikts gesenkt hätten. Die Bestimmung relevanter Maßnahmen erfolgt strikt unternehmensbezogen. Es ist also gleichgültig, wer innerhalb des Unternehmens über die Maßnahmen hätte entscheiden oder wer sie hätte ausführen müssen. Das ist nötig, damit die im jeweiligen Unternehmen insgesamt bestehenden Schadensvermeidungsmöglichkeiten richtig erfasst werden. Wenn in einem sorgfältig organisierten Unternehmen zu erwarten wäre, dass der Gehilfe vor der Einstellung ein polizeiliches Führungszeugnis vorlegen muss oder dass seine Arbeit mindestens einmal wöchentlich stichprobenartig überprüft wird, dann sollte das Unterlassen dieser Maßnahmen für § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unabhängig davon relevant sein, welcher Mitarbeiter auf welcher Hierarchieebene dafür verantwortlich gewesen wäre, das Führungszeugnis einzufordern oder die Arbeitsergebnisse zu kontrollieren. Jeder andere als der unternehmensbezogene Ansatz müsste dazu führen, dass die Unternehmensleitung bzw. die Unternehmensangehörigen unzureichende Verhaltensanreize erhalten und der Zweck des § 831 BGB gegenüber Unternehmen verfehlt würde. Erklärte man z. B. das Unterlassen der stichprobenartigen Überprüfung nur deshalb für irrelevant, weil die zuständige Zwischenperson kein Repräsentant i.S. des § 31 BGB war, würden dadurch die Anreize für die Durchführung dieser Maßnahme unterlaufen. Es ist deshalb zur Erreichung des Normzwecks des § 831 BGB geboten, für die Frage, welche Sorgfaltsmaßnahmen in Zusammenhang mit der Auswahl und Überwachung des Gehilfen möglich gewesen wären, auf das Unternehmen als Ganzes abzustellen.

Die unternehmensbezogene Perspektive ist auch bei der weiteren Prüfung des Auswahl- oder Überwachungsverschuldens i.S. des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB zugrunde zu legen. Zunächst ist für jede relevante Sorgfaltsmaßnahme zu ermitteln, ob der Nutzen der Maßnahme deren Kosten überstiegen hätte, weil die Maßnahme die Schadenskosten stärker gesenkt hätte, als die Schadensvermeidungskosten erhöht worden wären.²⁰⁶ Meist wird sich dies schon auf Grundlage von Schätzungen mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lassen. Die unternehmensbezogene Prüfung ist hier vor allem wichtig, um die Kosten der Sorg-

²⁰⁵ Vgl. dazu schon oben → § 8 B II.

²⁰⁶ Dazu bereits oben → § 8 A II 3d, B III.

faltsmaßnahme richtig zu bestimmen. Denn sowohl die Vorbereitungskosten, also z. B. Kosten für die Ermittlung der mit dem Einsatz von Gehilfen verbundenen Risiken, als auch die eigentlichen Sorgfaltskosten, also die Kosten konkreter Auswahl- und Überwachungsmaßnahmen, hängen stark von den Möglichkeiten des jeweiligen Unternehmens bzw. eines sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmens ab. Dabei können wiederum z. B. die Branche und die Unternehmensgröße relevant werden. So wird z. B. ein Logistikunternehmen mit einigen hundert Lastwagen infolge von Größen- und Spezialisierungsvorteilen zu geringeren Kosten in der Lage sein, die Fahrzeuge mit technischen Instrumenten zur Überwachung der Fahrer (z. B. modernen Fahrtenschreibern) auszustatten als ein deutlich kleineres Logistikunternehmen oder eine Bäckerei, die lediglich einen Lastwagen hält, um damit morgens ihre Waren ausliefern zu lassen. Auch der Nutzen etwaiger Sorgfaltsmaßnahmen kann unterschiedlich ausfallen, weil z. B. von der Art der transportierten Waren abhängt, welche Schäden drohen, wenn ein nicht ausreichend überwachter Fahrer einen Fehler macht. Würde man für die Kosten-Nutzen-Analyse nicht auf das Unternehmen abstellen, sondern auf einzelne Unternehmensangehörige, liefe man Gefahr, etwaige Sorgfaltsmaßnahmen wirtschaftlich falsch zu bewerten, was auch deshalb misslich wäre, weil es tatsächlich in aller Regel der Unternehmensträger ist, der die Kosten der Sorgfaltsmaßnahmen trägt. Für die Unternehmenshaftung kann es deshalb nur darauf ankommen, zu welchen Kosten das Unternehmen als Ganzes den Schaden hätte vermeiden können, wobei Maßstab wie stets ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen sein muss. Anschließend sind die so ermittelten Kosten der Maßnahmen mit deren Nutzen zu vergleichen, der ebenfalls objektiv-typisierend und unternehmensbezogen zu bestimmen ist. Für eine erfolgreiche Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB muss das Unternehmen also zeigen, dass es alle mit der Auswahl und Überwachung des fraglichen Gehilfen in Zusammenhang stehenden Sorgfaltsmaßnahmen ergriffen hat, die ein sorgfältiges Vergleichsunternehmen ergriffen hätte, weil sie jeweils einen Nutzen versprochen, der größer ist als die durch die Durchführung der Maßnahme verursachten Kosten.

Für die unternehmensbezogene Prüfung einer möglichen Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ist es nicht nötig, die für die Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen zuständigen Zwischenpersonen zu identifizieren oder deren individuelles Auswahl- oder Überwachungsverschulden dem Geschäftsherrn zuzurechnen. Der Ansatz ähnelt somit den Literaturansichten, die davon ausgehen, der Geschäftsherr müsse für die Entlastung zeigen, dass der Gehilfe sorgfältig ausgewählt und überwacht wurde, egal von wem.²⁰⁷ Allerdings ist der unternehmensbezogene Ansatz präziser, weil er auch die Frage beantwortet, wie zu bestimmen ist, welche Sorgfaltsmaßnahmen in der konkreten Situa-

²⁰⁷ Vgl. die Nachweise oben in → Fn. 198.

tion erforderlich waren. Dafür ist ein Bezugsobjekt erforderlich und dies kann, wenn Geschäftsherr ein Unternehmensträger ist, sinnvollerweise nur das Unternehmen sein bzw. ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen.

b) Praxis

Die Entscheidungspraxis ist von diesem Ansatz nicht so weit entfernt, wie man vielleicht meinen könnte. Das lässt sich beispielhaft an einigen Entscheidungen zeigen, in denen der BGH die Anforderungen an die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ausführlicher diskutiert hat. Im Lichtbogen-Fall war der Kläger dadurch schwer verletzt worden, dass zwei Schaltwärter des erstbeklagten Stromnetzbetreibers eine Stromleitung wieder zuschalteten, obwohl der Kläger in der Nähe der Leitung noch mit Grabungsarbeiten beschäftigt war, wovon die Schaltwärter Kenntnis hatten.²⁰⁸ Das Berufungsgericht hatte eine widerrechtliche Schädigung bejaht, ging jedoch davon aus, dass sich die Erstbeklagte erfolgreich für die beiden Gehilfen entlastet habe. Der BGH hingegen hielt die Feststellungen zum Entlastungsvortrag für ungenügend und beanstandete hinsichtlich der Entlastung in Bezug auf das Auswahlverschulden konkret, dass Angaben „zur beruflichen Qualifikation und persönlichen Eignung“ der Gehilfen sowie „Nachweise über deren Vorkenntnisse und frühere Tätigkeiten sowie Angaben zur Dauer der jeweiligen Beschäftigungsverhältnisse“ fehlten.²⁰⁹ Die Annahme der Entlastung in Bezug auf das Überwachungsverschulden kritisierte er, weil das Berufungsgericht nur festgestellt hatte, dass die Gehilfen wiederholt theoretisch und praktisch geschult worden waren. Die Erstbeklagte hätte aber auch kontrollieren müssen, „ob ihre Gehilfen sich bei Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben den Unterweisungen entsprechend verhalten“ haben. Ob und mit welchem Ergebnis die Erstbeklagte derartige regelmäßige Kontrollen vorgenommen habe, lasse sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Der BGH verlangt hier also eine Auseinandersetzung mit konkreten Sorgfaltsmaßnahmen wie der Überprüfung der Berufsqualifikation oder einer regelmäßigen Kontrolle der Arbeit der Gehilfen, geht aber nicht darauf ein, wer dafür innerhalb des Unternehmens zuständig wäre. Zwischenpersonen und Zurechnungsfragen scheinen für die Prüfung der Entlastung genauso wenig eine Rolle zu spielen wie Hierarchien, sondern es geht nur darum, welche Maßnahmen erforderlich waren und ob sie ergriffen wurden.

Im oben²¹⁰ bereits diskutierten Gefahrgutkoordinator-Fall hat der BGH von der Beklagten für die Entlastung verlangt, im Einzelnen konkret darzutun, „in welchen zeitlichen Intervallen und mit welchem Inhalt der Gefahrgutkoordinator der Geschäftsleitung der Beklagten über seine Tätigkeit berichtet und ob

²⁰⁸ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW 2003, 288 ff.

²⁰⁹ BGH NJW 2003, 288, 290.

²¹⁰ Ausf. → § 8 C.

anlässlich solcher Berichte die Geschäftsleitung den Gefahrgutkoordinator stichprobenartig aufgefordert hat, seine Sicherungsmaßnahmen für einzelne Gefahrguttransporte zu erläutern und insbesondere darüber zu berichten, von wem er die Behälter mit welchem Sicherheitsstandard für welches Gefahrgut bezogen hat“. ²¹¹ Nur auf diese Weise könne die Beklagte den hohen Anforderungen genügen, „die für Gefahrguttransporte an die Kontrollpflicht des Dienstherrn zu stellen sind“. Hier wird zwar immer wieder die Geschäftsleitung erwähnt, in der Sache geht es aber vor allem um die Frage, welche Aufsichtsmaßnahmen hinsichtlich eines Mitarbeiters erforderlich sind, der innerhalb eines Speditionsunternehmens darüber entscheidet, welche Behältnisse für Gefahrguttransporte verwendet werden. Das ist auch richtig so, weil es das Geschäftsfeld des Unternehmens ist, welches das Gefahrenpotenzial prägt und weil u. a. von der Art und der Größe des Unternehmens und der von ihm bearbeiteten Aufträge abhängt, welche Überwachungsmaßnahmen hinsichtlich des Verrichtungsgehilfen erforderlich und zumutbar sind.

Ähnlich ist die Lage in den Kraftfahrer-Fällen, für die der BGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass an die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich der Überwachung des Fahrers im Interesse der Verkehrssicherheit strenge Anforderungen zu stellen sind. ²¹² In einer Entscheidung aus dem Jahr 1983 hat der BGH erläutert, dass es zur Überprüfung eines ordnungsgemäßen Fahrverhaltens eines angestellten Kraftfahrers unter Umständen geboten sein kann, dass der „der Arbeitgeber oder sein Vertreter“ Kontrollfahrten vornimmt, bei denen er aus einem anderen Fahrzeug die Fahrten des Verrichtungsgehilfen beobachtet. ²¹³ Obwohl hier wiederum auf den Unternehmensinhaber bzw. die Repräsentanten abgestellt wird, liegt es angesichts der konkret diskutierten Maßnahme fern, dass der BGH wirklich den Grundsatz aufstellen wollte, der Unternehmensinhaber oder ein Repräsentant i. S. des § 31 BGB müsse selbst tätig werden, die Kontrollfahrten also persönlich durchführen. Näher liegt wiederum die Interpretation, dass hier ausgehend von der Art des jeweiligen Unternehmens und der Funktion des Verrichtungsgehilfen bestimmt wird, dass im fraglichen Kontext zu den i. S. von § 276 Abs. 2 BGB erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen auch Kontrollfahrten gehörten. Wer sie konkret hätte ausführen müssen, scheint für den Fall nicht entscheidend zu sein.

Die Beispiele zeigen, dass der BGH für die Bestimmung der maßgeblichen Sorgfaltspflichten oft mit den Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens und insbesondere mit der Gefahrenlage argumentiert, die aus dem Unternehmensgegenstand und der Tätigkeit des Gehilfen folgt. Steht fest, dass eine objektiv erforderliche Auswahl- oder Überwachungsmaßnahme unterblieben ist,

²¹¹ Hierzu und zum Folgenden BGH NJW-RR 1996, 867, 868.

²¹² Vgl. BGH NJW 1997, 2756, 2757; VersR 1961, 330, 332; Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 157.; MünchKommBGB/Wagner, ⁸2020, § 831 Rn. 45 f.

²¹³ BGH VersR 1984, 67.

spricht wenig dafür, dass der BGH die Haftung aus § 831 BGB daran scheitern lassen würde, dass die Durchführung der Maßnahme nicht dem Unternehmensinhaber bzw. einem Repräsentanten i. S. des § 31 BGB oblag. Und das wäre auch nicht richtig: Wie dargelegt muss bei einem Unternehmensträger als Geschäftsherrn nicht nur der Nachweis verlangt werden, dass der Unternehmensinhaber bzw. die Repräsentanten sorgfaltsgemäß gehandelt haben, sondern dass alle Maßnahmen ergriffen wurden, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen ergriffen worden wären.

2. Kein dezentralisierter Entlastungsbeweis

Die unternehmensbezogene Prüfung der Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB würde auch den dezentralisierten Entlastungsbeweis entbehrlich machen, der in der Literatur zu Recht kritisiert wird, weil er zu einer ungerechtfertigten Privilegierung von Großunternehmen führt.²¹⁴ Das lässt sich am besten anhand der Gutsverwalter-Entscheidung veranschaulichen, der maßgeblichen Leitentscheidung des BGH zum dezentralisierten Entlastungsbeweis.²¹⁵ Die Klägerin war durch ein Pferd verletzt worden, das ein 16-jähriger Arbeiter geführt hatte. Geschäftsherr war der beklagte Eigentümer eines Hofguts, mit der Anleitung und Überwachung des Arbeiters war jedoch der Gutsverwalter als Zwischenperson betraut. Der BGH entschied, der Beklagte müsse für die Entlastung nur zeigen, dass er den Gutsverwalter sorgfältig ausgewählt und überwacht hat, nicht hingegen, dass auch der Arbeiter sorgfältig ausgewählt und überwacht worden ist. Das Berufungsgericht hatte zuvor konkret gerügt, dem Arbeiter hätten nähere Anweisungen hinsichtlich der Benutzung des Pferdes gegeben werden müssen. Für den unternehmensbezogenen Ansatz wäre dies die einzig entscheidende Frage gewesen. War dem Arbeiter tatsächlich eine Anweisung nicht erteilt worden, die in einem Unternehmen wie dem des Beklagten objektiv erforderlich und zumutbar war, dann müsste die Entlastung daran scheitern. Auf die neben der Sache liegende Frage, ob der Gutsbesitzer den Verwalter sorgfältig ausgewählt und überwacht hatte, wäre es nicht angekommen.

Es ist nicht zu leugnen, dass der Gutsbesitzer im Ergebnis *de facto* dafür einstehen müsste, dass der Gutsverwalter eine objektiv erforderliche Anweisung nicht erteilt hat, was nach einer Haftung ohne bzw. für fremdes Verschulden aussieht, die der Regelung des § 831 BGB zu widersprechen scheint. Rechtlich würde der Gutsbesitzer jedoch nicht für das Versäumnis seines Verwalters haften, sondern für die Verletzung *seiner eigenen Pflicht*, den Gehilfen sorgfältig auszuwählen und zu überwachen. Das Gesetz verpflichtet eben den Gutsbesitzer als Geschäftsherrn und nicht den Verwalter. Deshalb kommt es auch nicht zu einer vom BGB-Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnten Haftung für fremdes

²¹⁴ Dazu bereits ausf. oben → § 1 B III 3.

²¹⁵ BGHZ 4, 1 ff. = NJW 1952, 418 f.

Delikt, denn ein Delikt des Verwalters liegt mangels persönlicher Pflicht nicht vor. Verpflichtet war nur der Gutsbesitzer und dessen Pflicht ist objektiv verletzt. Daran ändert sich nichts dadurch, dass er den Verwalter mit der Erfüllung der Pflicht beauftragt hatte.²¹⁶ Lässt man die objektive Pflichtverletzung, wie es § 276 Abs. 2 BGB entspricht, für die Fahrlässigkeit genügen,²¹⁷ und erkennt man an, dass der Gesetzgeber die so definierte Fahrlässigkeit trotz fehlender persönlicher Vorwerfbarkeit als „Verschulden“ eingeordnet hat, ist die Haftung des Gutsbesitzers durchaus noch als Haftung für eigenes Verschulden anzusehen. Dem allgemeinen Sprachverständnis mag dies nicht entsprechen, der gesetzlichen Regelung aber schon.

3. Rechtspolitische Bewertung

Abschließend ist zu betonen, dass, auch wenn man dem hier vorgeschlagenen Ansatz folgt, die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB rechtspolitisch verfehlt bleibt. Die unternehmensbezogene Prüfung der Entlastung würde deren praktische Handhabung erleichtern und problematische Figuren wie den dezentralisierten Entlastungsbeweis entbehrlich machen. Sie würde aber nichts daran ändern, dass der Geschäftsherr, auch wenn er ein Unternehmensträger ist, für ein Gehilfendelikt nur haftet, wenn der Gehilfe nicht sorgfältig ausgewählt oder überwacht wurde. Die gesetzliche Entscheidung für eine verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung ist zu respektieren und lässt sich nicht einfach „weginterpretieren“. Überzeugend ist sie aber nicht, was oben²¹⁸ vor allem mit rechtsökonomischen und rechtsvergleichenden Argumenten ausführlich begründet wurde. Wie in den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen sollte der Geschäftsherr auch im deutschen Recht unabhängig von einer weiteren Pflichtverletzung strikt für sämtliche Delikte haften, die Verrichtungsgehilfen in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begehen. Denn bei den so entstehenden Schadenskosten handelt es sich ökonomisch gesehen um Kosten der unternehmerischen Aktivität, die bei dem Unternehmensträger internalisiert werden sollten, damit die Unternehmensleitung und die Gehilfen wirksame Verhaltensanreize erhalten.²¹⁹

IV. Rechtsfolgen

Geht man mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass die Anwendung des § 831 BGB voraussetzt, dass der Gehilfe objektiv pflichtwidrig gehandelt haben

²¹⁶ Vgl. zu Ansätzen nicht haftungsbefreiend delegierbarer Pflichten → § 6 A I 1.

²¹⁷ Vgl. dazu bereits oben → § 8 A IV.

²¹⁸ → § 1 B I.

²¹⁹ Vgl. dazu auch schon oben → § 2 B I.

muss, liegt auf der Hand, dass es auch im Anwendungsbereich der Geschäftsherrnhaftung typischerweise zu einer „Doppelhaftung“ kommt: Der Gehilfe haftet für sein Delikt unmittelbar aus dem jeweiligen Deliktstatbestand, der Geschäftsherr haftet daneben aus § 831 BGB. Nur wenn der Gehilfe nicht deliktsfähig ist, was in der Praxis selten vorkommen dürfte, kann es ausnahmsweise dazu kommen, dass der Geschäftsherr aus § 831 BGB haftet, obwohl der Gehilfe persönlich für das Delikt nicht verantwortlich ist. Im Übrigen gilt, dass der Geschäftsherr und der Verrichtungsgehilfe gemäß § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner haften, was übrigens nochmals belegt, dass auch die Geschäftsherrnhaftung letztlich eine Haftung für fremdes Delikt ist.²²⁰ Denn sonst würden Geschäftsherr und Gehilfe nicht für dieselbe unerlaubte Handlung haften, sondern für zwei verschiedene. Für den Innenregress ordnet § 840 Abs. 2 BGB eigentlich an, dass der Gehilfe den Schaden allein zu tragen hat, was damit begründet wird, dass der Gehilfe aus erwiesenem Verschulden haftet, während das Verschulden des Geschäftsherrn nur vermutet wird (auch wenn es natürlich trotzdem positiv feststehen kann).²²¹ Die Rechtsprechung ist dabei bekanntlich nicht geblieben, sondern bemisst die Ansprüche im Innenverhältnis heute nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs.²²² Danach muss der Gehilfe nur bei größtem Verschulden allein für den Schaden aufkommen. Im Übrigen ist der Arbeitgeber an der Kostentragung zu beteiligen, weil ihm und nicht dem Gehilfen das Betriebsrisiko zuzuweisen ist.

1. Haftung des Geschäftsherrn

Gerade im Vergleich mit der einfach strukturierten Haftung nach § 31 BGB, ergeben sich bei der Geschäftsherrnhaftung nicht unerhebliche Schwierigkeiten dadurch, dass sie einerseits im Kern eine Haftung für fremdes Delikt ist, andererseits aber zusätzlich die Verletzung einer eigenen Pflicht des Geschäftsherrn voraussetzt. Es liegt deshalb weniger nahe, die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB in Bestand und Höhe von der persönliche Haftung des Gehilfen abhängig zu machen, was sich schon daran zeigt, dass der Geschäftsherr auch exklusiv haften kann, wenn der Gehilfe deliktsunfähig ist. Dennoch scheint es unter Berücksichtigung der oben²²³ dargelegten Grundlagen in dogmatischer Hinsicht geboten, die Haftung nach § 831 BGB möglichst weitgehend als Haftung für fremdes Delikt zu denken, was es auch ermöglichen würde, das Verständnis der deutschen Geschäftsherrnhaftung nicht weiter als nötig von den Geschäftsherrnhaftungen anderer europäischer Rechtsordnungen zu ent-

²²⁰ Dazu schon oben → A I.

²²¹ Vgl. dazu nur Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 14.

²²² Vgl. BAG NZA 2013, 622, 624, Rn. 20; NZA 2011, 345, 347f.; BGHZ 157, 9, 16f. = NJW 2004, 951, 953; BAGE 78, 56 = NZA 1994, 1083, 1085f.; BAGE 5, 1, 7 = NJW 1958, 235, 237. Ausf. dazu bereits oben → § 2 C I 2b.

²²³ → A I.

fernen. Als einziger, wenn auch beachtlicher Unterschied verbliebe, dass sich der Geschäftsherrn nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann.

Konsequenz dieser Sichtweise wäre, dass die Haftung aus § 831 BGB in weitgehender Übereinstimmung mit der Haftung aus § 31 BGB im Grundsatz als gesetzlicher Schuldbeitritt konzipiert würde, was vor allem Folgen für die Bestimmung der Anspruchshöhe hätte. Wäre der Anspruch gegen den Gehilfen nach § 254 BGB zu kürzen, so müsste dies auch gegenüber dem Geschäftsherrn gelten. Abzuwägen wären in erster Linie das Verschulden des Gehilfen und ein etwaiges Mitverschulden des Geschädigten. Die Auswahl- oder Überwachungspflichtverletzung des Geschäftsherrn könnte zusätzlich berücksichtigt werden, wobei danach zu unterscheiden wäre, ob der Geschäftsherr nur nicht entlastet ist, oder ob sein Verschulden positiv feststeht.²²⁴ Entgegen der h. M. müsste eine bloße Fahrlässigkeit des Geschädigten auch gegenüber der Haftung des Geschäftsherrn unberücksichtigt bleiben, wenn der Gehilfe vorsätzlich gehandelt hat,²²⁵ weil das Vorsatzdelikt des Gehilfen auch die Geschäftsherrnhaftung prägt und diese von der Haftung des Gehilfen abgeleitet ist. Der hier von abweichende Ansatz der h. M. führt zu wenig überzeugenden Ergebnissen, weil sie Erwägungen, die sonst erst für das Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Gehilfen eine Rolle spielen, in das Außenverhältnis zum Geschädigten überträgt und diesen zwingt, für den vollen Anspruch nicht nur gegen den Geschäftsherrn, sondern außerdem gegen den Gehilfen persönlich vorzugehen. Versteht man die Haftung nach § 831 BGB konsequent als Haftung für fremdes Delikt, kann der Anspruch gegen den Gehilfen nicht höher ausfallen als der gegen der Geschäftsherrn. Wohl aber kann der Geschäftsherr auf einen höheren Betrag haften als der Gehilfe, weil zu seinen Lasten auch noch das Auswahl- oder Überwachungsverschulden zu berücksichtigen ist – zumindest, wenn ein solches positiv erwiesen ist.

2. Haftung des Gehilfen

Hinsichtlich der persönlichen Haftung des Verrichtungsgehilfen kann weitgehend auf die oben²²⁶ bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Haftung des Gehilfen ist unabhängig von der Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB und ergibt sich unmittelbar aus dem jeweiligen Deliktstatbestand, den der Gehilfe mit seinem Verhalten verwirklicht hat, also aus §§ 823 ff. BGB oder einem Tatbestand des Sonderdeliktsrechts. Die persönliche Haftung des Gehilfen wird durch die Geschäftsherrnhaftung nicht verdrängt²²⁷ und im Au-

²²⁴ Der BGH berücksichtigt bei § 254 BGB nur feststehendes Verschulden, nicht bloß vermutetes Verschulden, vgl. BGH NJW 2012, 2425, 2425, Rn. 10ff. m. w. N. Dazu Staudinger/Bernau, 2022, § 831 Rn. 59f.; Belling/Riesenhuber, ZZZP 108 (1995), 445ff.

²²⁵ Vgl. dazu MünchKommBGB/Oetker, 92022, § 254 Rn. 113 m. zahlr. N.

²²⁶ → A III.

²²⁷ Vgl. schon RG DR 1911 Nr. 1745 m. w. N.

ßenverhältnis zum Geschädigten auch sonst nicht eingeschränkt. Wie § 31 BGB ordnet also auch § 831 BGB einen Schuldbeitritt an und keine Schuldübernahme. Sämtliche Vorstöße, die in der Literatur in Richtung einer Beschränkung der persönlichen Außenhaftung der Arbeitnehmer unternommen wurden,²²⁸ sind erfolglos geblieben. Der BGH lehnt es ab, die Haftung gegenüber dem Geschädigten durch Rechtsfortbildung zu beschränken und verweist insoweit auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.²²⁹ In rechtspolitischer Hinsicht ist die Außenhaftung einfacher Arbeitnehmer allerdings schwerer zu rechtfertigen als die Außenhaftung der Organwalter, weil einfache Arbeitnehmer in der Regel nicht veranlassen können, dass die Ansprüche der Geschädigten anderweitig abgesichert werden, z.B. durch Versicherungen,²³⁰ und weil soziale Aspekte eine größere Rolle spielen.

Eine persönliche Haftung des Gehilfen kommt freilich nur in Betracht, wenn dieser ein Delikt begangen hat, was nach der hier vertretenen Ansicht bei allen Deliktsarten von einer Pflichtverletzung abhängig zu machen ist. In unternehmerischen Sachverhalten ist, wie bereits mehrfach betont, sorgfältig zwischen den Pflichten des Unternehmensträgers und den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen zu unterscheiden.²³¹ Ein Gehilfendelikt kann nur festgestellt werden, wenn der Gehilfe persönlich verpflichtet war, die Rechtsverletzung zu vermeiden. Über die Bestimmung der maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten lässt sich also die Reichweite der persönlichen Haftung sachgerecht bestimmen und, soweit dies durch den jeweiligen Normzweck oder übergeordnete Prinzipien geboten ist, auch begrenzen. Die Einzelheiten sind oben²³² bereits ausführlich dargelegt worden. Sind die deliktischen Pflichten aber ausschließlich an den Unternehmensträger gerichtet, kommt eine persönliche Haftung des Verrichtungsgehilfen und damit auch eine indirekte Unternehmenshaftung nach § 831 BGB von vornherein nicht in Betracht. Die Haftung lässt sich dann nur als direkte Unternehmenshaftung begründen, die an die Verletzung der Unternehmenspflicht anknüpft. Dass diese Möglichkeit besteht, macht aber deutlich, dass es zur Begründung der Unternehmenshaftung nicht erforderlich ist, die persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen übermäßig auszudehnen. Vielmehr sind die Pflichten des Unternehmensträgers sorgfältig herauszuarbeiten und zu konkretisieren, wie dies heute z.B. bei der Produzentenhaftung bereits selbstverständlich ist. Die Haftung kann dann als direkte Unternehmenshaftung unabhängig von § 831 BGB und ohne die möglicherweise teleologisch nicht gebotene Nebenfolge einer persönlichen Haftung der handelnden Gehilfen begründet werden.

²²⁸ Dazu bereits oben → § 3 A I 3.

²²⁹ BGHZ 108, 305, 309 f. = VersR 1989, 1197, 1198 f.

²³⁰ Zu diesem Aspekt oben → bei Fn. 114.

²³¹ Dazu ausf. → § 4 B, C.

²³² → § 3 C III 1, § 4 A II, C.

V. Fazit

Es hat sich gezeigt, dass sich einige der oben in § 1 beschriebenen dogmatischen und rechtspolitischen Probleme im Anwendungsbereich des § 831 BGB beseitigen oder zumindest abmildern lassen, wenn man der in dieser Arbeit zugrunde gelegten Differenzierung von direkter und indirekter Unternehmenshaftung folgt, die Geschäftsherrnhaftung als indirekte Unternehmenshaftung konzipiert und die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unternehmensbezogen prüft. Wie die Verbandshaftung nach § 31 BGB und die Geschäftsherrnhaftung der meisten anderen europäischen Rechtsordnungen sollte auch die Haftung nach § 831 BGB ihrer Struktur nach als Haftung für fremdes Delikt verstanden werden. Die Analyse der Anforderungen, die an eine „widerrechtliche Schädigung“ durch den Gehilfen zu stellen sind, hat ergeben, dass grundsätzlich ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt zu verlangen ist. Das ist für Vorsatzdelikte unstreitig und ergibt sich für Fahrlässigkeitsdelikte, denen eine mittelbare Rechtsverletzung zugrunde liegt, daraus, dass mit der h. M. schon für die Feststellung der Verwirklichung des Unrechtstatbestands ein pflichtwidriges Verhalten des Gehilfen zu verlangen ist, sodass das vermeintlich entbehrliche Gehilfenverschulden und letztlich auch ein vollständig verwirklichtes Delikt bereits feststehen, wenn die Voraussetzungen einer widerrechtlichen Schädigung gegeben sind. Für unmittelbare Rechtsverletzungen geht die h. M. hingegen davon aus, dass die Rechtswidrigkeit bereits durch die Rechtsverletzung indiziert wird, sodass es auf eine Pflichtverletzung des Gehilfen erst für das Verschulden ankäme, das jedoch nach wiederum h. M. für die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB entbehrlich sein soll. Allerdings hat sich erwiesen, dass mit einer in der Literatur vertretenen Ansicht davon auszugehen ist, dass auch insoweit ein pflichtwidriges Handeln des Gehilfen zu verlangen ist, weil die unmittelbare Rechtsverletzung allein keine ausreichende Grundlage für die Verschuldensvermutung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ist. Letztlich ist also für alle Deliktsarten davon auszugehen, dass im Grundsatz ein vollständig verwirklichtes Gehilfendelikt verlangt werden muss.

Von einer echten Haftung für fremdes Delikt unterscheidet sich die Haftung nach § 831 BGB dadurch, dass sie außer von einem Delikt des Gehilfen auch noch davon abhängt, dass der Geschäftsherr seine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung des Gehilfen verletzt haben muss. In unternehmerischen Sachverhalten ist Geschäftsherr in der Regel der Unternehmensträger, den damit auch die entsprechenden Verkehrs- und Sorgfaltspflichten treffen. Deren Verletzung wird gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet. Die Entlastung ist nach hier vertretener Ansicht unternehmensbezogen zu prüfen, wofür die oben in § 8 beschriebene Methodik zur Anwendung kommen kann. Für eine erfolgreiche Entlastung muss der Unternehmensträger zeigen, dass in Bezug auf die Auswahl und Überwachung des fraglichen Gehilfen alle Sorgfaltsmaßnah-

men ergriffen wurden, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen ergriffen worden wären, weil sie i.S. von § 276 Abs. 2 BGB objektiv erforderlich waren. Wer innerhalb des Unternehmens für die Umsetzung der Maßnahmen zuständig war, ist für die Entlastung des Unternehmensträgers unerheblich. Es bedarf daher keiner Identifizierung der mit der Auswahl und Überwachung betrauten Zwischenpersonen oder einer Zurechnung individuellen Verschuldens. Auch die umstrittene Figur des dezentralisierten Entlastungsbeweises wird dadurch entbehrlich. Es kommt nur darauf an, ob mindestens eine objektiv erforderliche Maßnahme unterblieben ist, und welche Maßnahmen im konkreten Fall erforderlich waren, ist wie allgemein bei der Fahrlässigkeit anhand des Maßstab eines sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmens bzw. auf Grundlage einer Kosten-Nutzen-Analyse zu bestimmen.

Ist ein Gehilfendelikt erwiesen und hat sich der Unternehmensträger nicht erfolgreich nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlastet, kommt es zu einer gesamtschuldnerischen Haftung des Unternehmensträgers und des Gehilfen. Die Haftung des Geschäftsherrn ist in Bestand und Höhe weitgehend von der persönlichen Haftung des Gehilfen abhängig. Eine generelle Beschränkung der Außenhaftung des Gehilfen kommt nicht in Betracht. Allerdings ist stets gründlich zu prüfen, ob der Gehilfe tatsächlich eine persönliche Pflicht verletzt hat oder lediglich eine Pflicht des Unternehmensträgers. Ist Letzteres der Fall, ist die Haftung des Unternehmensträgers als direkte Unternehmenshaftung zu begründen und eine persönliche Haftung des Gehilfen kommt nicht in Betracht.

D. Ergebnisse

Die indirekte Unternehmenshaftung, die vor allem auf §§ 31, 831 BGB zu stützen ist, lässt sich weitgehend einheitlich als Haftung für fremdes Delikt strukturieren. Sie setzt zunächst ein persönliches Organ- oder Gehilfendelikt voraus. Im Anwendungsbereich des § 31 BGB ergibt sich dies bereits daraus, dass die Vorschrift eine „zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“ voraussetzt. Aber auch für § 831 BGB ist oben gezeigt worden, dass das Erfordernis einer „widerrechtlichen Schädigung“ durch den Gehilfen so verstanden werden muss, dass grundsätzlich ein vollständig verwirklichtes Delikt zu verlangen ist. Die Feststellung eines Organ- oder Gehilfendelikts setzt allerdings stets voraus, dass der Organwalter oder Gehilfe eine persönliche deliktische Pflicht verletzt hat und nicht bloß eine Pflicht des Unternehmensträgers. Eine Pflichtverletzung ist nach den oben in § 4 dargelegten Grundsätzen bei allen Deliktsarten zu verlangen, also z.B. auch bei Vorsatzdelikten und bei Fahrlässigkeitsdelikten, die auf einer unmittelbaren Rechtsverletzung beruhen. Ob die maßgeblichen

Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltspflichten den Organwalter oder Gehilfen persönlich treffen oder den Unternehmensträger, ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Bestimmung und Begrenzung deliktischer Pflichten zu entscheiden. Wichtige Kriterien sind die Gefahrveranlassung, die Gefahrbeherrschung, der Vertrauensgrundsatz und das Kosten-Nutzen-Prinzip. In unternehmerischen Sachverhalten werden diese Kriterien oft allein auf den Unternehmensträger verweisen, nicht auf einzelne Unternehmensangehörige. Die persönliche Pflichtenstellung ist deshalb immer sorgfältig zu prüfen, weil davon nicht nur die Möglichkeit einer persönlichen Haftung des handelnden Organwalters oder Gehilfen abhängt, sondern auch die Möglichkeit einer indirekten Unternehmenshaftung.

Die Haftung nach § 831 BGB ist nicht als echte indirekte Unternehmenshaftung ausgestaltet, welche die Haftung unmittelbar und ausschließlich an das Delikt des Unternehmensangehörigen anknüpfen würde, sondern als unechte indirekte Unternehmenshaftung, die zusätzlich voraussetzt, dass eine auf den handelnden Mitarbeiter bezogene Auswahl- oder Überwachungspflicht des Unternehmensträgers als Geschäftsherrn verletzt worden ist. Die damit verbundenen Probleme lassen sich erheblich reduzieren, wenn die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unternehmensbezogen geprüft wird. Es ist dann nicht danach zu fragen, wer im Unternehmen konkret für die Auswahl und Überwachung des fraglichen Gehilfen zuständig war und ob sich ein individuelles Auswahl- oder Überwachungsverschulden feststellen lässt, das dem Unternehmensträger z. B. nach § 31 oder § 831 BGB zugerechnet werden könnte. Vielmehr ist zu prüfen, ob sich mindestens eine auf die Auswahl oder Überwachung des Gehilfen bezogene Sorgfaltsmaßnahme identifizieren lässt, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen durchgeführt worden wäre, weil sie i. S. von § 276 Abs. 2 BGB objektiv erforderlich war, die im konkreten Fall jedoch unterblieben ist. Die Beweislast trägt nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB der Unternehmensträger als Geschäftsherr, sodass letztlich nachgewiesen werden muss, dass sämtliche Sorgfaltsmaßnahmen ergriffen wurden, die von dem fraglichen Unternehmen im jeweiligen Kontext zu erwarten waren. Die unternehmensbezogene Prüfung der Entlastung ist aus denselben Gründen geboten wie allgemein die unternehmensbezogene Prüfung der Fahrlässigkeit, wenn es um die Verletzung einer Unternehmenspflicht geht. Die Adressierung der deliktischen Pflichten an den Unternehmensträger signalisiert, dass nicht nur das Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger gesteuert werden soll, sondern sämtliche Tätigkeiten innerhalb des Unternehmens, die mit dem Schadensrisiko in Zusammenhang stehen, auf das sich die jeweilige Haftungsnorm bezieht. Würde man bei der Beurteilung der möglichen Präventionsmaßnahmen, ihrer Kosten und ihres Nutzens nicht auf das Unternehmen bzw. ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen abstellen, sondern z. B. auf die Möglichkeiten einzelner Unternehmensangehöriger, dann würde man die innerhalb des Un-

ternehmens bestehenden Möglichkeiten zur Schadensvermeidung nicht richtig erfassen und wirtschaftlich falsch bewerten.

Ist ein Organ- oder Gehilfendelikt festgestellt und steht im Falle des § 831 BGB außerdem fest, dass die Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB misslungen ist, dann haften der Organwalter oder Gehilfe und der Unternehmensträger grundsätzlich als Gesamtschuldner. Das Organ- oder Gehilfendelikt wird dem Unternehmensträger nicht als eigenes Delikt zugerechnet, sondern er haftet für das in seiner Risikosphäre begangene fremde Delikt. Die Haftung des Unternehmensträgers wird von der persönlichen Haftung abgeleitet und ist in Bestand und Umfang grundsätzlich von dieser abhängig. Das hat z. B. zur Folge, dass auch die Haftung des Unternehmensträgers zu reduzieren oder zu beschränken ist, wenn der Organwalter oder Gehilfe nicht den vollen Schaden ersetzen muss oder von einer persönlichen Haftungsprivilegierung profitiert. Die Haftung des Unternehmensträgers verdrängt nicht die persönliche Haftung des Organwalters oder Gehilfen. Die indirekte Unternehmenshaftung ist also als Schuldbeitritt und nicht als Schuldübernahme konzipiert. Die entscheidende Weichenstellung für die persönliche Außenhaftung von Organwaltern und Gehilfen ist die Entscheidung darüber, ob diese persönlich deliktisch verpflichtet sind oder ob die maßgeblichen Verhaltens-, Verkehrs- und Sorgfaltpflichten nur den Unternehmensträger treffen. Ist nur der Unternehmensträger verpflichtet, ist die Unternehmenshaftung nach den oben in den Teilen 3 und 4 dargelegten Grundsätzen als direkte Unternehmenshaftung zu begründen und eine persönliche Haftung der für die Pflichterfüllung zuständigen Organwalter oder Gehilfen kommt von vornherein nicht in Betracht. Nur wenn sich feststellen lässt, dass die handelnden Personen (auch) persönlich verpflichtet waren und dass sie nicht bloß eine Unternehmenspflicht, sondern (auch) eine eigene deliktische Pflicht verletzt haben, ist die Grundlage einer persönlichen Haftung gegeben. Die Unternehmenshaftung kann dann (ggf. zusätzlich) als indirekte Haftung nach §§ 31, 831 BGB begründet werden.

Zusammenfassung

1. Der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber hat die deliktische Schadensersatzhaftung von Unternehmensträgern individualistisch konzipiert. Leitbild war der Einzelunternehmer und Zentralnorm des Unternehmenshaftungsrechts sollte § 831 BGB sein. Mit der Entscheidung, die Geschäftsherrnhaftung von einem (vermuteten) Verschulden des Geschäftsherrn abhängig zu machen, sollte auch für arbeitsteilige Prozesse am Verschuldensprinzip festgehalten werden. Eine strikte Haftung war außerhalb der Spezialgesetzgebung nur gemäß § 31 BGB für Gesellschaften hinsichtlich der Delikte ihrer Organe und Organmitglieder vorgesehen. Alternative Ansätze für die Unternehmenshaftung wie eine Ausweitung der Unternehmens-Gefährdungshaftung, eine Repräsentantenhaftung nach dem Vorbild des § 2 RHPfG (heute § 3 HPfG) oder eine strikte Geschäftsherrnhaftung wie nach Art. 1384 CC (heute Art. 1242 CC) wurden in den Beratungen über das BGB diskutiert, aber verworfen.¹ Schon bald nach dessen Inkrafttreten erwies sich die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung jedoch als ungeeignetes Fundament für die Unternehmenshaftung. Die Haftung von einem eigenen Auswahl- oder Überwachungsver schulden des Geschäftsherrn abhängig zu machen, passt nicht auf Großunternehmen, in denen der Unternehmensinhaber nicht in der Lage ist, alle Gehilfen persönlich auszuwählen und zu überwachen. Vor allem aber schien die Entlastung oft unbillig, weil sich in Schäden, die von Verrichtungsgehilfen in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen verursacht werden, typischerweise Unternehmensrisiken realisieren, die nicht von Geschädigten oder Gehilfen, sondern vom Unternehmensinhaber getragen werden sollten. Auch deshalb gilt die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung heute allgemein als verfehlt.² Die Rechtsprechung hat sich mit allerlei dogmatischen Innovationen darum bemüht, die Folgen der verfehlten Grundkonzeption der Unternehmenshaftung abzumildern. Dazu zählen die Annahme eigener Pflichten des Unternehmensträgers, selbst wenn es sich um eine im natürlichen Sinne nicht handlungsfähige Gesellschaft handelt, die Annahme allgemeiner Aufsichts- und Organisationspflichten, die Heranziehung des § 31 BGB als Zurechnungsnorm, die Ausweitung der Organhaftung zur sog. Repräsentantenhaftung, das sog. körperschaftliche Organisa-

¹ → Einl. A I 1.

² → § 1 B I.

tionsverschulden, die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vertragsrechts, die Anerkennung unternehmensspezifischer Beweislastregeln und die Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich.³

2. Heute ist die deliktische Unternehmenshaftung im Wesentlichen vierspurig konstruiert.⁴ Erste Spur ist die Gefährdungshaftung, die nicht an individualistische Merkmale wie ein Verschulden anknüpft und daher die wenigsten Probleme aufwirft. Zweite Spur der Unternehmenshaftung ist die Haftung des Unternehmensinhabers für eigene Delikte, an deren Stelle bei Gesellschaften die Organ- bzw. Repräsentantenhaftung tritt. Sie ist ebenfalls weitgehend unproblematisch, weil jeweils an ein vollständig verwirklichtes Delikt einer einzelnen natürlichen Person angeknüpft wird. Dritte Spur ist die Geschäftsherrnhaftung, die nach der ursprünglichen Konzeption des BGB-Gesetzgebers die Hauptlast der Unternehmenshaftung hätte tragen sollen, die sich jedoch aus den genannten Gründen in der Anwendungspraxis als weitgehend dysfunktional erwiesen hat. Sie ist auch von ihrer Struktur her schwer zu handhaben, weil die Rechtsprechung davon ausgeht, dass das Delikt aus der widerrechtlichen Schädigung durch den Gehilfen und dem Verschulden des Geschäftsherrn zusammensetzen ist. Vierte Spur der Unternehmenshaftung ist die hier sog. Verbundhaftung, deren wichtigster, nicht aber einziger Fall die Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB ist. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass die deliktischen Pflichten unmittelbar an den Unternehmensträger adressiert sind, dass für die schuldhafte Pflichtverletzung jedoch auf einen Unternehmensangehörigen abgestellt wird. Die Unternehmenshaftung beruht hier also auf Zurechnung, wofür die Gerichte vor allem auf § 31 BGB, daneben wohl auch auf § 831 BGB abstellen. Diese Art der Haftung war im ursprünglichen BGB bereits angelegt, hat aber durch die umfangreiche Rechtsprechung zu Verkehrspflichten nach § 823 Abs. 1 BGB sowie zu betrieblichen Organisationspflichten von Unternehmensträgern erheblich an Bedeutung gewonnen.⁵

3. Die dogmatische Weiterentwicklung der Unternehmenshaftung durch die Rechtsprechung hat nicht alle Probleme der ursprünglichen Konzeption des BGB-Gesetzgebers gelöst und außerdem neue geschaffen.⁶ Durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 31 BGB, die starke Betonung eigener deliktischer Pflichten des Unternehmensträgers, das Ausweichen ins Vertragsrecht und die Vorgaben zum innerbetrieblichen Schadensausgleich ist der praktische Anwendungsbereich des § 831 BGB zwar erheblich reduziert worden. Soweit die Vorschrift noch zur Anwendung kommt, leben ihre Probleme jedoch fort. Die Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn ist rechtspolitisch ver-

³ → Einl. A I 2, § 1 B I 3.

⁴ → § 1 A.

⁵ → Einl. A I 2, § 1 A I 4, II 4.

⁶ → Einl. A I 3, § 1 B.

fehlt⁷ und die Konzeption eines zusammengesetzten Delikts aus Gehilfentat und Geschäftsherrnverschulden wirft dogmatische Schwierigkeiten auf.⁸ Außerdem ist es nicht gelungen, das schwierige Problem der Entlastung in Großunternehmen befriedigend zu lösen.⁹ Die von der Rechtsprechung zugelassene dezentralisierte Entlastung ist rechtspolitisch verfehlt, weil sie große Unternehmen gegenüber kleinen privilegiert. Dem Geschäftsherrn das Auswahl- und Überwachungsverschulden etwaiger Zwischenpersonen zuzurechnen, hat der BGH in der Gutsverwalter-Entscheidung als Verstoß gegen die gesetzliche Regelung abgelehnt. Anders als in der Literatur zum Teil suggeriert, hat sich die Problematik der Entlastung in Großunternehmen durch die diversen Ausweichbewegungen der Rechtsprechung nicht erledigt. Das wird besonders deutlich, wenn Unternehmensträger ein Einzelunternehmer ist, weil dann nach überzeugender h. M. § 31 BGB nicht zur Anwendung kommen kann, und wenn dem Gehilfen ein Vermögensdelikt zur Last gelegt wird, weil dann auch ein Ausweichen auf § 823 Abs. 1 BGB nicht möglich ist.

4. Die Ausweitung der Organhaftung nach § 31 BGB zur Repräsentantenhaftung ist methodisch nicht haltbar:¹⁰ Der Gesetzgeber hat § 31 BGB als spezifisch verbandsrechtliche Norm konzipiert und sich bewusst gegen eine allgemeine Repräsentantenhaftung entschieden. Nur für Delikte von verfassungsmäßig berufenen Vertretern sollten Gesellschaften strikt haften, im Übrigen sollte auch für sie § 831 BGB gelten. Für eine analoge Anwendung des § 31 BGB fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Rechtspolitisch gesehen ist die Repräsentantenhaftung ambivalent: Für sie spricht, dass eigentlich eine strikte Haftung des Geschäftsherrn für sämtliche Gehilfen geboten wäre und dass jede Ausweitung des Vertreterbegriffs i. S. der §§ 30, 31 BGB diesem Ergebnis näherkommt. Andererseits führt sie aber auch zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Privilegierung von Einzelunternehmern gegenüber Gesellschaften, weil § 31 BGB für erstere nicht gilt, sodass sie auch für Leitungspersonen nur nach § 831 BGB haften.¹¹ Dadurch kommt es zu einer problematischen Ungleichbehandlung und zu Fehlanreizen hinsichtlich der Rechtsformwahl. Die dogmatischen Bedenken in Bezug auf die Repräsentantenhaftung gelten in verschärftem Maße auch für die Figur des sog. körperschaftlichen Organisationsverschuldens.¹² Auch sie wird vom BGH auf § 31 BGB gestützt und gilt daher nur für Gesellschaften, nicht für Einzelunternehmer. Außerdem entfernt sich dieser Ansatz noch weiter von der gesetzlichen Regelung, weil danach sogar für Pflichtverletzungen von Nicht-Repräsentanten gehaftet werden soll. Die Problematik des

⁷ → § 1 B I.

⁸ → § 1 B II.

⁹ → § 1 B III.

¹⁰ → § 1 B IV 2.

¹¹ → § 1 B IV 3.

¹² → § 1 B V.

Einzelunternehmers zeigt, dass § 31 BGB nicht als Zentralnorm der Unternehmenshaftung taugt.

5. Als problematisch erweist sich außerdem, dass es den Gerichten bisher nicht gelungen ist, die Unternehmenshaftung von der individualistischen Grundkonzeption des BGB-Deliktsrechts zu lösen. Das zeigt sich bereits an der Verbundhaftung, weil diese zwar an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpft, nach dem Konzept der h.M. jedoch weiter voraussetzt, dass dem Unternehmensträger das individuelle Verschulden eines Unternehmensangehörigen zugerechnet werden kann.¹³ Nach dem hier sog. *Kleindiek*-Modell kommt als Zurechnungsnorm § 31 BGB in Betracht; nach wohl h.L. kann aber auch § 831 BGB eine ähnliche Funktion erfüllen. Das dogmatische Konzept der Rechtsprechung ist gerade in Bezug auf die Verletzung von Unternehmenspflichten durch Verrichtungsgehilfen unklar. Jedenfalls hat auch sie bisher keine entindividualisierte Feststellung des Verschuldens anerkannt. Insbesondere ist das sog. Organisationsverschulden kein Verschulden des Unternehmens als Organisation, sondern ein individuelles Verschulden des Unternehmensinhabers oder eines Organwalters beim Organisieren der unternehmerischen Angelegenheiten. Noch individualistischer ist die Unternehmenshaftung für Vorsatzdelikte konstruiert, was in jüngerer Zeit vor allem der Fondsprospekt-Fall und die Dieselfälle in Erinnerung gerufen haben.¹⁴ Der BGH geht davon aus, dass Gesellschaften aus § 826 und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. strafrechtlichen Schutzgesetzen nur haften können, wenn ein einzelner Unternehmensangehöriger den objektiven und subjektiven Tatbestand des jeweiligen Delikts vollständig verwirklicht hat; die Haftung der Gesellschaft kann dann aus § 31 oder § 831 BGB folgen. Die Unternehmenshaftung ist hier also nach dem sog. Schuldbeitrittsmodell konzipiert, eine Verbundhaftung soll bei Vorsatzdelikten nicht möglich sein. Außerdem hat der BGH ausdrücklich abgelehnt, die Vorsatzhaftung organisationsbezogen mithilfe der Grundsätze über die Wissenszurechnung zu begründen.

6. Auch das schwierige Problem der persönlichen Haftung der Unternehmensangehörigen ist bisher nicht befriedigend gelöst.¹⁵ Die weitgehend individualistische Konzeption des Unternehmenshaftungsrechts führt dazu, dass individuelle Fehler stärker in den Fokus rücken als organisatorische und systemische Schadensrisiken. Eine Begrenzung der Außenhaftung von Leitungspersonen und Arbeitnehmern lehnt der BGH jedoch ab. Entsprechende Vorstöße in der Literatur haben sich nicht durchsetzen können. Noch offen ist die Bewertung jüngerer Vorschläge von *Grunst* und *Schirmer*, die unabhängig voneinander vorgeschlagen haben, § 31 BGB so zu verstehen, dass die Haftung für

¹³ → § 1 A I 4, II 4, B VI.

¹⁴ → Einl. A I 3, § 1 B VII.

¹⁵ → § 1 B VIII.

Organ- bzw. Repräsentantendelikte im Grundsatz exklusiv den Verband trifft, also als haftungsbefreiende Schuldübernahme. Dagegen ist hier eingewandt worden, dass es sachlich nicht gerechtfertigt ist, Leitungspersonen weitergehend von der Haftung zu befreien als sonstige Arbeitnehmer und dass es wiederum zu einer Ungleichbehandlung von Gesellschaften und Einzelunternehmern bzw. ihres jeweiligen Führungspersonals käme, weil § 31 BGB auf letztere nicht anwendbar ist.¹⁶ Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich, dass sich die Probleme der Unternehmenshaftung nicht mit § 31 BGB lösen lassen.

7. Die Unternehmenshaftung dient aus rechtsökonomischer Sicht dazu, Schadenskosten bei dem Unternehmensträger zu internalisieren, damit sie bei unternehmerischen Entscheidungen berücksichtigt werden.¹⁷ Dadurch sollen den Unternehmensangehörigen Anreize gesetzt werden, die erforderlichen Sorgfaltsmaßnahmen zu ergreifen und die schadensträchtige Aktivität auf ein volkswirtschaftlich effizientes Maß zu begrenzen. Die Schadensinternalisierung ist im Rahmen der gesetzlichen Haftungstatbestände zu realisieren. Sie gelingt vergleichsweise gut bei Delikten, die vollständig von einem einzelnen Unternehmensangehörigen verwirklicht werden und zwar auch, wenn es sich um einen Verrichtungsgehilfen i. S. des § 831 BGB handelt.¹⁸ Die Außenhaftung des Unternehmensträgers kann dann zwar an § 831 Abs. 1 S. 2 BGB scheitern, durch vertragliche Lösungen und die Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich werden die Schadenskosten aber doch oft dem Unternehmensträger zugewiesen. Als problematisch erweist sich die Schadensinternalisierung bei Verbunddelikten, die auf der Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers beruhen und in denen sich auch Organisationsrisiken realisieren können.¹⁹ Soweit hier § 831 BGB zur Anwendung kommt, was selten, aber doch möglich ist, kann sich das Problem ergeben, dass sich der Unternehmensträger als Geschäftsherr ggf. nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten kann, dass aber auch kein Verrichtungsgehilfe persönlich haftet, weil „nur“ eine Unternehmenspflicht verletzt wurde. Eine Internalisierung der Schadenskosten über das Innenverhältnis ist dann, anders als bei der klassischen Geschäftsherrnhaftung, nicht möglich. Das ist deshalb problematisch, weil die Adressierung der deliktischen Pflichten an den Unternehmensträger zum Ausdruck bringt, dass die Aktivität des Unternehmens reguliert werden soll.

8. Die Lösung der Probleme der Unternehmenshaftung wird teilweise darin gesehen, die verschuldensabhängige Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB durch eine strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip *respondeat superior* zu ersetzen, wie sie in den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen existiert. Konkrete Vorschläge für eine solche Änderung sind bereits mehrfach

¹⁶ → § 3 A I 3.

¹⁷ → § 2 B.

¹⁸ → § 2 C I.

¹⁹ → § 2 C II.

gemacht worden,²⁰ wurden jedoch nicht umgesetzt. Die Einführung einer strikten Geschäftsherrnhaftung wäre zweifellos sinnvoll, weil sie die verfehlte Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsherrn beseitigen und problematische Figuren wie die Repräsentantenhaftung und das körperschaftliche Organisationsverschulden überflüssig machen würde. Sie wäre jedoch wegen ihrer individualistischen Konzeption kein Allheilmittel, was hier durch Vergleiche mit dem englischen Deliktsrecht und der deutschen Amtshaftung veranschaulicht wurde, wo eine solche Haftung existiert.²¹ Es hat sich gezeigt, dass es unabhängig von der Ausgestaltung der Geschäftsherrnhaftung ein unabweisbares Bedürfnis für zwei unterschiedliche Arten der Unternehmenshaftung gibt: die hier sog. *indirekte* Unternehmenshaftung, die als Haftung für fremdes Delikt konzipiert ist, und die hier sog. *direkte* Unternehmenshaftung, die an die Verletzung einer eigenen Pflicht des Unternehmensträgers anknüpft.²² Die indirekte Unternehmenshaftung knüpft an ein Repräsentanten- oder Gehilfendelikt an und führt zu einer gesamtschuldnerischen Haftung des Unternehmensträgers und des Unternehmensangehörigen, der das Delikt begangen hat. Die maßgeblichen deliktischen Pflichten sind an den Unternehmensangehörigen persönlich gerichtet, nicht an den Unternehmensträger. Diese Art der Unternehmenshaftung ist hier als *echte indirekte* Unternehmenshaftung bezeichnet worden, wenn sie auf einer Organ- oder strikten Geschäftsherrnhaftung beruht und als *unechte indirekte* Unternehmenshaftung, wenn wie bei § 831 BGB zusätzlich ein Geschäftsherrnverschulden verlangt wird. Die direkte Unternehmenshaftung beruht auf einer Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers. Sie kommt ohne Repräsentanten- oder Gehilfendelikt aus und führt daher zu einer exklusiven Haftung des Unternehmensträgers ohne gleichzeitige persönliche Haftung eines Unternehmensangehörigen. Sie ist hier als *unechte direkte* Unternehmenshaftung bezeichnet worden, wenn sie auf Zurechnung individuellen Verschuldens zum Unternehmensträger beruht und als *echte direkte* Unternehmenshaftung, wenn die Haftung ohne Individualzurechnung unmittelbar bezogen auf das Unternehmen als Organisation begründet werden kann.

9. Die direkte Unternehmenshaftung – die im deutschen Recht vor allem bei der Verkehrspflichthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB bereits anerkannt ist – hat gegenüber der indirekten Unternehmenshaftung entscheidende Vorteile und zwar auch dann, wenn die Geschäftsherrnhaftung verschuldensunabhängig ausgestaltet ist.²³ Durch die Differenzierung der eigenen Pflichten des Unternehmensträgers von den persönlichen Pflichten der Unternehmensangehörigen wird es möglich, eine Unternehmenshaftung zu begründen, ohne gleichzeitig die persönliche Außenhaftung eines Unternehmensangehörigen zu bejahen.

²⁰ → Einl. A II 1.

²¹ → § 3 B.

²² → § 3 A.

²³ → § 3 C III.

Die Unternehmenshaftung und die Organ- und Arbeitnehmerhaftung können so unabhängig voneinander entwickelt werden. Dazu gehört auch, dass es möglich wird, für die Begründung der Unternehmenshaftung nicht nur auf individuelles Verschulden abzustellen, sondern auch organisationsspezifische Versäumnisse im Zusammenhang mit Arbeitsteilung, Wissensaufspaltung o.ä. zu berücksichtigen. Außerdem können spezielle Beweislastregeln für die Unternehmenshaftung formuliert werden, wie es der BGH z.B. bei der Produzentenhaftung getan hat. Wegen solcher Vorteile gibt es auch in anderen Ländern einen Trend, neben der indirekten auch die direkte Unternehmenshaftung zu stärken, was außer durch einen Vergleich mit dem englischen Recht auch unter Bezugnahme auf jüngere Reformdiskussionen in Frankreich, Österreich und der Schweiz sowie die Debatte über die europäische Deliktsrechtsvereinheitlichung (PETL, DCFR) veranschaulicht wurde.²⁴ Diese Entwicklungen zeigen, dass die Problematik der Unternehmenshaftung über die Frage der sachgerechten Ausgestaltung der Geschäftsherrnhaftung hinausreicht.

10. Angesichts ihrer Vorteile gegenüber der indirekten Unternehmenshaftung stellt sich die Frage, ob die direkte Unternehmenshaftung nicht auch außerhalb ihres bisherigen Anwendungsbereichs zum Einsatz kommen kann. Das ist zu bejahen. Nicht nur bei § 823 Abs. 1 BGB, sondern bei allen Deliktstatbeständen kann zwischen Unternehmenspflichten und persönlichen Pflichten von Unternehmensangehörigen unterschieden werden.²⁵ Unternehmenspflichten können sich also nicht nur aus § 823 Abs. 1 BGB, sondern auch aus § 823 Abs. 2 und aus § 826 BGB sowie aus den Tatbeständen des Sonderdeliktsrechts ergeben.²⁶ An wen die deliktischen Pflichten gerichtet sind, ist durch Auslegung der jeweiligen Haftungsnorm und unter Rückgriff auf die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zu ermitteln. Ergibt sich, dass die maßgeblichen Pflichten primär den Unternehmensträger treffen, kann es auch bei § 823 Abs. 2 und § 826 BGB sowie im Sonderdeliktsrecht zu einer exklusiven Haftung des Unternehmensträgers unabhängig von einem Repräsentanten- oder Gehilfendelikt kommen. Dadurch wird es möglich, im gesamten Deliktsrecht präzise zwischen der Unternehmenshaftung und der persönlichen Haftung der Unternehmensangehörigen zu unterscheiden und beide Haftungsarten getrennt voneinander dem jeweiligen Normzweck entsprechend zu entwickeln. Wichtige Kriterien für die Abgrenzung der jeweiligen Pflichtenkreise sind die Gefahrschaffung, die Gefahrbeherrschung, das Vertrauensschutzargument und das Kosten-Nutzen-Prinzip.²⁷ Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit nicht immer ausreichend zwischen Unternehmenspflichten und persönlichen Pflichten von Unternehmensangehörigen differenziert. Das ist bedenklich, weil eine

²⁴ → § 3 C II.

²⁵ → § 4 A II.

²⁶ → § 4 B.

²⁷ → § 4 B I 1b, c.

sorgfältige Pflichtendifferenzierung auch der Schlüssel zu einer sachgerechten Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung ist.²⁸

11. Ist eine eigene Pflicht des Unternehmensträgers festgestellt, kann die Unternehmenshaftung dadurch begründet werden, dass dem Unternehmensträger die schuldhafte Verletzung der Pflicht durch einen Unternehmensangehörigen zugerechnet wird (unechte direkte Unternehmenshaftung).²⁹ Auf diese Weise ist nach h.M. vor allem die Verkehrspflichthaftung von Gesellschaften zu begründen. Der Ansatz eignet sich aber genauso für jede andere Verletzung von Unternehmenspflichten. Problematisch ist, welche Normen als Zurechnungsnormen herangezogen werden können und welche Personen folglich als Zurechnungsträger in Betracht kommen. Die Zurechnung auf die Organtheorie oder auf § 31 BGB zu stützen, ist möglich, allerdings ist der Kreis der möglichen Zurechnungsträger zu eng.³⁰ Auch § 831 BGB lässt sich durchaus als Zurechnungsnorm heranziehen, allerdings müsste man auch die Entlastung zulassen, was bei einer Verletzung eigener Pflichten des Unternehmensträgers noch verfehlt scheint als bei der klassischen Geschäftsherrnhaftung.³¹ § 278 BGB auf die Verletzung deliktischer Unternehmenspflichten anzuwenden, hat der BGH zu Recht abgelehnt.³² Um dennoch zu einer Zurechnung zu kommen, die den Bedürfnissen der Unternehmenshaftung gerecht wird, ist hier ein haftungsnormbezogener Zurechnungsansatz vorgeschlagen worden, nach dem über die Zurechnung unmittelbar nach dem Zweck der jeweiligen Haftungsnorm zu entscheiden ist.³³ Inspirationen dafür wurden im englischen Deliktsrecht und bei der deutschen Wissenszurechnung gefunden. Außerdem hat sich gezeigt, dass im wirtschaftsrechtlichen Sonderdeliktsrecht teilweise schon aus normenhierarchischen Gründen geboten ist, für die Zurechnung auf die Haftungsnorm abzustellen und vermeintlich einschlägige Zurechnungsnormen außer Betracht zu lassen. Auch für das BGB-Deliktsrecht ist eine haftungsnormbezogene Zurechnung geboten, soweit eine Zurechnung mithilfe der möglichen Zurechnungsnormen dem Zweck der Haftungsnorm nicht gerecht würde.

12. Die direkte Unternehmenshaftung kann auch unabhängig von einer Individualzurechnung begründet werden (echte direkte Unternehmenshaftung). Ein Beispiel ist die Unternehmens-Gefährdungshaftung, die ohne individualistische Anspruchsvoraussetzungen auskommt und daher kein Zurechnungsbedürfnis entstehen lässt. Eine Unternehmens-Verschuldenshaftung ohne Zurechnung zu begründen, ist schwieriger. Als ungeeignet haben sich erfolgsbezogene Konzepte wie die nicht haftungsbefreiend delegierbaren Pflichten und das

²⁸ → § 4 C.

²⁹ → § 5 A.

³⁰ → § 5 B, C I.

³¹ → § 5 C II. Vgl. auch schon § 1 B I.

³² → § 5 C III.

³³ → § 5 D.

Modell der verhaltenslosen Zustandszurechnung erwiesen, weil sie sich nicht mit dem Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB vereinbaren bzw. einen Bezugspunkt für die Bestimmung der deliktischen Pflichten vermissen lassen.³⁴ Die Unternehmens-Verschuldenshaftung als quasi-strikte Unternehmenshaftung zu rekonstruieren, bei der alle individualistischen Anspruchsvoraussetzungen durch unternehmensspezifische Beweislastregeln faktisch aus dem Prüfungsprogramm eliminiert würden, hat sich ebenfalls nicht als gangbarer Weg erwiesen, weil damit die Entscheidung des Gesetzgebers unterlaufen würde, auch die Unternehmenshaftung prinzipiell als Verschuldenshaftung auszugestalten.³⁵ Als Alternative ist hier erwogen worden, die Unternehmenshaftung als Organisationshaftung zu begründen, bei der für die Haftungsbegründung nicht auf das Verhalten und Verschulden einzelner Unternehmensangehöriger abgestellt würde, sondern auf das Unternehmen als wirtschaftliche und soziale (Organisations-)Einheit. Ob dies möglich ist, kann letztlich wiederum nur unter Bezug auf die jeweilige Haftungsnorm und ihren Zweck entschieden werden.³⁶ Die allgemeinen Deliktsvoraussetzungen Deliktsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Verschuldensfähigkeit haben sich jedenfalls nicht als unüberwindbare Hindernisse erwiesen.³⁷ Insbesondere hat sich gezeigt, dass sämtliche Unternehmensträger zumindest „deliktshaftungsfähig“ sind und dass als Grundlage einer deliktischen Haftung nicht nur menschliche Handlungen sondern auch wirtschaftlichen Aktivitäten von Unternehmen in Betracht kommen, was auch durch einen Vergleich mit der Störerhaftung veranschaulicht wurde. Die Problematik verlagert sich damit auf die Frage, ob und ggf. wie sich ein Unternehmensverschulden begründen lässt.

13. Wo für die Haftungsbegründung kein Verschulden erforderlich ist, lässt sich die Unternehmenshaftung unproblematisch als echte direkte Unternehmenshaftung konzipieren. Das gilt vor allem für die Unternehmens-Gefährdungshaftung, die bereits nach h. M. weitgehend unternehmensbezogen zu begründen ist. Ein Prinzip der strikten Unternehmenshaftung ist dem geltenden Recht allerdings nicht zu entnehmen.³⁸ Die Anlagen- und Verkehrsmittelhaftung z. B. nach §§ 1, 2 HPfLG, § 89 Abs. 2 WHG, § 1 UmweltHG, § 7 StVG oder § 33 LuftVG kommt ohne Individualzurechnung aus.³⁹ Um den Unternehmensträger als Haftungsadressaten zu bestimmen, kann die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Gefahrenquelle dem Unternehmen zugeordnet werden, für das der Unternehmensträger unmittelbar einzustehen hat. Das Kriterium des Gebrauchs auf eigene Rechnung verweist ohnehin meist auf den Unterneh-

³⁴ → § 6 A.

³⁵ → § 6 B.

³⁶ → § 6 C I.

³⁷ → § 6 C II–IV.

³⁸ → § 7 A II.

³⁹ → § 7 B I, II.

mensträger. Im Rahmen des gefahrsspezifischen Zusammenhangs wird auch für individuelle Fehler von Unternehmensangehörigen haftet, ohne dass es dafür einer Zurechnung bedürfte. Auch bei der sog. Handlungshaftung z. B. nach § 89 Abs. 1 WHG, § 32 Abs. 1 GenTG oder § 114 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BBergG bedarf es entgegen der wohl h.L. keiner Verhaltenszurechnung, weil nicht (nur) auf menschliche Handlungen abgestellt wird, sondern (auch) auf wirtschaftliche Aktivitäten von Unternehmen.⁴⁰ Dafür kann der Unternehmensträger wiederum unmittelbar verantwortlich gemacht werden. Daneben kommt eine indirekte Unternehmenshaftung in Betracht, wenn ein Unternehmensangehöriger den Tatbestand der Handlungshaftung persönlich verwirklicht. Häufig wird das allerdings nicht vorkommen, weil ein zentrales Merkmal der Unternehmens-Gefährdungshaftung die zumindest wirtschaftliche Kanalisierung der Haftung auf den Unternehmensträger ist.⁴¹

14. Die direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung, insbesondere die Verkehrspflichthaftung, ist nach h.M. von einer Zurechnung individuellen Verschuldens abhängig – der Unternehmensträger haftet, wenn seine Pflicht durch einen Unternehmensangehörigen schuldhaft verletzt wird. Die objektive Pflichtverletzung wird von den Gerichten allerdings typischerweise bereits unternehmensbezogen geprüft. Das ist auch richtig so: Sollen die Zwecke der Fahrlässigkeitshaftung auch gegenüber Unternehmen erreicht werden, ist für die direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung auf das Unternehmen abzustellen und nicht auf einzelne Unternehmensangehörige.⁴² Maßstab für die erforderliche Sorgfalt i. S. des § 276 Abs. 2 BGB ist ein sorgfältig organisiertes Vergleichsunternehmen. Es sind alle Sorgfaltsmaßnahmen in die Betrachtung einzubeziehen, die in einem solchen Unternehmen hätten ergriffen werden können. Eine objektive Pflichtverletzung ist zu bejahen, wenn mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme unterblieben ist, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen durchgeführt worden wäre, weil sie die Schadenskosten stärker gesenkt hätte, als die Schadensvermeidungskosten erhöht worden wären. Sämtliche Elemente der Pflichtwidrigkeitsprüfung sind objektiv-typisierend und unternehmensbezogen zu prüfen. Ein Zurechnungsbedürfnis sehen die Gerichte vor allem mit Blick auf das über die objektive Pflichtverletzung hinausgehende Verschulden i. e. S. (Fahrlässigkeitsschuld), für welches man insbesondere noch einen Verstoß gegen die sog. innere Sorgfalt verlangt, der allerdings durch die objektive Pflichtverletzung indiziert sein soll. Richtigerweise ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Fahrlässigkeit gemäß § 276 Abs. 2 BGB in der objektiven Pflichtwidrigkeit erschöpft.⁴³ Die Erkennbarkeit der Gefahrenlage und der Sorgfaltspflicht sowie die Vermeidbarkeit des Schadens,

⁴⁰ → § 7 C II, III.

⁴¹ → § 7 D.

⁴² → § 8 A II, B.

⁴³ → § 8 A IV.

die mitunter der inneren Sorgfalt zugeschlagen werden, sind ausschließlich objektiv zu prüfen und bereits in die Pflichtwidrigkeitsprüfung einzubeziehen. Im Rahmen der direkten Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung ist auch insoweit auf das Unternehmen als Ganzes abzustellen. Die Fahrlässigkeit von subjektiven Elementen wie einer individuellen Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit für den konkreten Schädiger oder einer persönliche Vorwerfbarkeit abhängig zu machen, wäre mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren. Die direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung lässt sich also prinzipiell als echte direkte Unternehmenshaftung begründen, die ohne Zurechnung auskommt.

15. Steht fest, dass die Verletzung der Unternehmenspflicht auf ein individuelles Versäumnis eines einzelnen Unternehmensangehörigen zurückzuführen ist, spricht methodisch gesehen nichts dagegen, die direkte Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung mithilfe einer Zurechnung zu begründen.⁴⁴ Der Mehrwert eines solchen Vorgehens ist allerdings gering, weil auch die unternehmensbezogene Begründung stets möglich ist. Jedenfalls sollte für die Zurechnung nicht allein auf §§ 31, 831 BGB abgestellt werden, sondern es ist nach dem hier präferierten haftungsnormbezogenen Zurechnungsansatz danach zu fragen, wessen Fahrlässigkeit nach dem Zweck der jeweiligen Haftungsnorm als Fahrlässigkeit des Unternehmensträgers gelten soll. Eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB kommt nicht in Betracht, weil die direkte Unternehmenshaftung nicht an ein Gehilfendelikt anknüpft.

16. Entgegen der insbesondere vom BGH vertretenen Ansicht kann auch die Unternehmens-Vorsatzhaftung als direkte Unternehmenshaftung begründet werden, die ohne Organ- oder Gehilfendelikt auskommt. Auch bei Vorsatzdelikten kann zwischen eigenen Pflichten des Unternehmensträgers und persönlichen Pflichten von Unternehmensangehörigen unterschieden werden.⁴⁵ Für die Begründung einer echten direkten Unternehmens-Vorsatzhaftung, die nicht auf eine Individualzurechnung gestützt ist, haben sich zwei Ansätze als brauchbar erwiesen. Der Unternehmensvorsatz kann mithilfe des objektiven Vorsatzbegriffs begründet werden, der hier allgemein für das Deliktsrecht vorgeschlagen wurde, weil er Schwierigkeiten des subjektiven Vorsatzbegriffs der h. M. vermeidet, den Zwecken der Vorsatzhaftung aber mindestens genauso gut entspricht.⁴⁶ Danach ist für die Feststellung des Unternehmensvorsatzes zu untersuchen, ob ein verständig denkender und handelnder Mensch an der Stelle und mit den Informationen des Unternehmens die schädigende Tätigkeit nur ausgeübt hätte, wenn er die Verwirklichung des Tatbestands gewollt oder doch billigend in Kauf genommen hätte.⁴⁷ Für die Bestimmung des Unternehmenswissens kann auf die Grundsätze der Wissenszurechnung zurückgegriffen wer-

⁴⁴ → § 8 C.

⁴⁵ → § 4 A I 1, B I 3, C III.

⁴⁶ → § 9 A.

⁴⁷ → § 9 B II.

den. Über das Wollenselement wird nicht faktisch-psychologisch, sondern objektiv-normativierend entschieden. Alternativ kann eine echte Unternehmens-Vorsatzhaftung nach dem Modell der Schlachthof-Entscheidung des V. Zivilsenats des BGH begründet werden.⁴⁸ Auch danach ist über das Unternehmenswissen nach den Grundsätzen der Wissenszurechnung zu entscheiden, auf das Wollenselement wird hingegen im Wege der Rechtsfortbildung praktisch vollständig verzichtet. Maßgeblich ist dafür der Zweck der jeweiligen Haftungsnorm. Beide Ansätze betonen das Wissensselement des Vorsatzes, was aus teleologischer Sicht geboten ist. Denn die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz dient im Zivilrecht dazu, eine Überabschreckung sozial nützlicher Aktivitäten und übermäßige Informationsaufwendungen zu verhindern.⁴⁹ Diese negativen Effekte würden bei einer Fahrlässigkeitshaftung drohen, weil die Anwendung des Fahrlässigkeitsmaßstabs in der praktischen Rechtsanwendung mit Unsicherheiten verbunden ist. Die Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung setzt Anreize, das im Unternehmen vorhandene Wissen sorgfältig zu organisieren, nicht aber zusätzliches Wissen von außen zu beschaffen.

17. Auch die direkte Unternehmens-Vorsatzhaftung kann alternativ mithilfe einer Individualzurechnung begründet werden, wenn feststeht, dass ein einzelner Unternehmensangehöriger den erforderlichen Vorsatz aufwies. Auch in diesem Zusammenhang sollte für die Zurechnung nicht allein auf §§ 31, 831 BGB abgestellt werden, sondern es sollte der haftungsnormbezogene Zurechnungsansatz zur Anwendung kommen. Es ist also nach dem Zweck der jeweiligen Haftungsnorm, z.B. § 826 BGB, darüber zu entscheiden, wessen Vorsatz als Vorsatz des Unternehmensträgers gelten soll. Eine Entlastung nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB kommt wiederum nicht in Betracht, weil die Haftung auf der Verletzung einer Unternehmenspflicht beruht.

18. Neben der direkten Unternehmenshaftung bleibt die indirekte Unternehmenshaftung relevant, die nicht auf der Verletzung einer Unternehmenspflicht beruht, sondern im Grundsatz an ein Organ- oder Gehilfendelikt anknüpft. Wird die direkte Unternehmenshaftung wie hier vorgeschlagen in ihrer Eigenständigkeit gestärkt, kann die indirekte Unternehmenshaftung als Haftung für fremdes Delikt rekonstruiert werden, wodurch sich dogmatische Schwierigkeiten bereinigen und rechtspolitische Probleme lösen lassen.⁵⁰ Die Verbandshaftung nach § 31 BGB ist auf ihren ursprünglichen Anwendungsbereich – die Haftung für unerlaubte Handlungen verfassungsmäßig berufener Vertreter – zurückzuführen. Methodengerecht nicht begründbare Figuren wie die Repräsentantenhaftung und das körperschaftliche Organisationsverschulden sind aufzugeben.⁵¹ Die verfehlte Privilegierung der Einzelunternehmer wird da-

⁴⁸ → § 9 B III.

⁴⁹ → § 9 A III 2c, d.

⁵⁰ → § 10 A. Vgl. auch → § 3 A I.

⁵¹ → § 10 B I, II.

durch beendet. Haftungslücken drohen nicht, weil die direkte Unternehmenshaftung als wirksame Alternative zur Verfügung steht. Die persönliche Haftung der Organwaller wird durch die Verbandshaftung nicht verdrängt. Beide setzen aber voraus, dass ein Organdelikt begangen wurde, der Organwaller also eine persönliche deliktische Pflicht verletzt hat und nicht bloß eine Unternehmenspflicht.⁵² Auch für die Geschäftsherrnhaftung nach § 831 BGB ist grundsätzlich zu verlangen, dass der Gehilfe ein Delikt begangen, also insbesondere eine persönliche deliktische Pflicht verletzt hat.⁵³ Lediglich bei fehlender Deliktsfähigkeit des Gehilfen kann es dazu kommen, dass nur der Geschäftsherr aus § 831 BGB haftet, nicht auch der Gehilfe persönlich aus dem jeweiligen Deliktstatbestand. Der Entlastungsbeweis gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ist nach dem Modell der echten direkten Unternehmenshaftung unternehmensbezogen zu prüfen.⁵⁴ Es ist also danach zu fragen, ob eine Auswahl- oder Überwachungsmaßnahme unterblieben ist, die in einem sorgfältig organisierten Vergleichsunternehmen durchgeführt worden wäre. Einer Individualisierung der ggf. verantwortlichen Zwischenperson und einer Zurechnung individuellen Verschuldens bedarf es nicht. Der dezentralisierte Entlastungsbeweis wird dadurch entbehrlich. Die persönliche Haftung des Gehilfen wird durch die Geschäftsherrnhaftung nicht verdrängt. Beide setzen aber voraus, dass ein Gehilfendelikt begangen wurde. Der Gehilfe muss also eine persönliche deliktische Pflicht verletzt haben und nicht bloß eine Unternehmenspflicht.⁵⁵

⁵² → § 10 B IV.

⁵³ → § 10 C II.

⁵⁴ → § 10 C III.

⁵⁵ → § 10 C IV.

Anhang

A. Deutsche Reformentwürfe

I. Akademie für Deutsches Recht

*Beschlüsse 1. Lesung (Mai 1941)*¹

§ 29 Haftung für Gehilfen

(I) Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten rechtswidrig zufügt.

(II) ¹Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr nachweist, daß den Verrichtungsgehilfen kein Verschulden trifft. ²Es bleibt jedoch auch in diesem Falle bei der Ersatzpflicht des Geschäftsherrn, wenn er nicht außerdem nachweist, daß er bei der Auswahl und bei der Beaufsichtigung des Gehilfen, sowie bei der ihm etwa obliegenden Beschaffung von Gerätschaften und dergleichen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre. ³Hat der Geschäftsherr aus zwingenden Gründen, namentlich wegen des Umfangs des Betriebes, den Gehilfen nicht selbst ausgewählt und beaufsichtigt oder die Gerätschaften nicht selbst beschafft, so befreit ihn von der Ersatzpflicht nur der Nachweis, daß die mit der Auswahl und der Beaufsichtigung oder der Beschaffung der Gerätschaften betrauten Personen hierbei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre.

(III) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, der für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 2 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

¹ Entnommen aus *W. Schubert*, Akademie für Deutsches Recht, Bd. III 5, 1993, 279. Der Text ist bis auf die Nummerierung identisch mit § 6 des Teilentwurfs, der bereits in der sog. Denkschrift veröffentlicht wurde, s. *Nipperdey*, Grundfragen, 1940, 91.

*Beschlüsse 2. Lesung (Januar 1943)*²§ 28 Haftung für Gehilfen³

Wer einen Gehilfen bestellt, haftet für den Schaden, den dieser bei seiner Tätigkeit einem anderen rechtswidrig zufügt,

1. wenn er nicht nachweist, daß weder ihn selbst noch einen seiner zur Bestellung oder Beaufsichtigung herangezogenen Angestellten ein Verschulden trifft;
2. wenn der Schaden von dem Gehilfen verschuldet ist und mit der Verrichtung nach der Lebenserfahrung eine Gefährdung fremder Rechtsgüter verbunden war;
3. wenn der Schaden auf einer eigenartigen Gefahr beruht, die die Anwendung des § 39 begründet.

§ 39 Allgemeine Gefährdungshaftung

(I) Wer ein Unternehmen betreibt, das für andere nach der Lebenserfahrung eigenartige Gefahren mit sich bringt, muß, auch wenn keine Sonderregelung besteht, für die in Auswirkung dieser Gefahren entstandenen Personen- und Sachschäden einstehen.

(II) Für höhere Gewalt steht er nicht ein.

(III) Die Haftung ist unter Berücksichtigung der Belange des Geschädigten und des Haftenden sowie der Gesamtwirtschaft angemessen zu begrenzen.

*II. Referentenentwurf 1967*⁴

§ 831 BGB

Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist, wenn der andere in Ausführung der Verrichtung durch eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene unerlaubte Handlung einem Dritten einen Schaden zufügt, neben dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

² Entnommen aus *W. Schubert*, Akademie für Deutsches Recht, Bd. III 1, 1988, 144f.

³ Bei *W. Schubert*, Akademie für Deutsches Recht, Bd. III 5, 1993, 328f. ist noch eine weitere Fassung der Vorschrift über die Geschäftsherrnhaftung wiedergegeben, die inhaltlich mit § 28 des Entwurfs 2. Lesung identisch ist (bis auf einen zusätzlichen Abs. 4, der in § 28 fehlt), sprachlich jedoch etwas geschliffener wirkt. Warum stattdessen die bei *W. Schubert* a. a. O. auf S. 331 wiedergegebene Fassung in die Zusammenstellung für das Volksgesetzbuch aufgenommen wurde, ist nicht bekannt.

⁴ Entnommen aus *Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf, Bd. I, 1967, 4.

*III. Gutachten 1981*⁵

§ 831 BGB

¹Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, hat für den Schaden einzustehen, den der andere einem Dritten in Ausführung der Verrichtung widerrechtlich zufügt. ²Die Ersatzpflicht des Geschäftsherren nach Satz 1 ist ausgeschlossen, wenn den Gehilfen kein Verschulden trifft.

B. Ausländische Reformentwürfe

I. Schweiz

*Vorentwurf von Widmer/Wessner (2000)*⁶

Art. 49 VE

II. Haftung für Hilfspersonen

1. Im Allgemeinen

Wer sich einer Hilfsperson bedient, haftet für den Schaden, den diese in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht, es sei denn, er beweise, dass er bei der Auswahl, bei der Unterweisung und bei der Überwachung dieser Hilfsperson alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten.

Art. 49a VE

2. In Unternehmungen

Die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet für den Schaden, der im Rahmen dieser Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.

⁵ Entnommen aus *v. Bar*, in: Gutachten, 1981, 1681, 1762.

⁶ Entnommen aus ZEuP 2001, 758 ff.

*Obligationenrecht 2020 (2013)*⁷

Art. 58 OR 2020

C. Organisationshaftung

I. Im Allgemeinen

Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht beweist, dass er die 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.

Art. 59 OR 2020

II. Bei kaufmännischen Unternehmen

Ein kaufmännisches Unternehmen haftet für den Schaden, der im Rahmen der Tätigkeit des Unternehmens verursacht wird, wenn es nicht beweist, dass die Organisation des Betriebs geeignet war, den Schaden zu verhüten.

*II. Österreich**Diskussionsentwurf (Juni 2007)*⁸

Besorgungsgehilfen

§ 1306 ABGB-E

(1) ¹Besteht kein Schuldverhältnis, so haftet der Geschäftsherr für die durch das Fehlverhalten von Hilfspersonen verursachten Schäden, wenn der Geschädigte beweist, dass der Gehilfe untüchtig war oder der Geschäftsherr ihn nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat. ²Ist der Geschäftsherr Unternehmer, so trifft ihn die Beweislast.

(2) Bei besonderer Gefahr (§ 1303) und bei Quellen hoher Gefahr (§ 1304) haftet der Geschäftsherr jedenfalls auch für das Fehlverhalten seiner Besorgungsgehilfen.

(3) ¹Wer eine Tätigkeit zur selbstständigen Durchführung übernimmt, ist kein Besorgungsgehilfe. ²Der Geschäftsherr haftet nur, wenn er ihn nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat.

(4) ¹Der Geschäftsherr haftet auch für das Versagen technischer Hilfsmittel, die er gleich einem Besorgungsgehilfen einsetzt, wenn der Geschädigte beweist, dass die Hilfsmittel ungeeignet waren, der Geschäftsherr sie nicht sorgfältig

⁷ Entnommen aus *Huguenin/Hilty*, OR 2020, 2013, 182 ff.

⁸ Entnommen aus *Koziol*, Grundfragen, 2010, 332 ff.

ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat. ²Ist der Geschäftsherr Unternehmer, so trifft ihn die Beweislast.

(5) ¹Der Geschäftsherr haftet darüber hinaus für das Fehlverhalten von Personen, die in seinem Tätigkeitsbereich eine leitende Stellung mit eigenen Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen einnehmen. ²Juristische Personen haben jedenfalls für ihre satzungsmäßigen Organe einzustehen.

Fehlerhaftes Verhalten in Unternehmen

§ 1302 ABGB-E

(1) ¹Wer aus wirtschaftlichen oder beruflichen Interessen ein Unternehmen betreibt, haftet für den durch einen Fehler im Unternehmen, seiner Erzeugnisse und Dienstleistungen verursachten Schaden. ²Der Unternehmer haftet nicht, wenn er beweist, dass die zur Abwendung des Schadens erforderliche Sorgfalt angewendet wurde.

(2) ¹Fehler ist jede Abweichung von dem Standard, der nach der Darbietung, dem Stand von Wissenschaft und Technik sowie den Verkehrsgewohnheiten beim Unternehmen, seinen Erzeugnissen und Dienstleistungen erwartet werden darf. ²Der Fehler ist vom Geschädigten zu beweisen.

(3) Reine Vermögensschäden sind nach dieser Bestimmung nicht zu ersetzen.

III. Frankreich

*Entwurf des Justizministeriums (März 2017)*⁹

Article 1242-1

La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement.

C. Einheitsrecht

*I. Principles of European Tort Law (PETL)*¹⁰

Art. 4:202 Unternehmenshaftung

(1) Wer in seinem aus wirtschaftlichen oder beruflichen Interessen auf Dauer betriebenen Unternehmen Hilfspersonen oder technische Hilfsmittel einsetzt, haftet für jene Schäden, die durch einen Fehler des Unternehmens oder seiner

⁹ Entnommen aus *S. Huber/Kleinschmidt, Reform, 2021, 164.*

¹⁰ Entnommen aus *European Group on Tort Law, Principles, 2005, 209 ff.*

Erzeugnisse verursacht werden, sofern er nicht nachweist, dass er gemäß dem erforderlichen Sorgfaltsmaßstab gehandelt hat.

(2) Ein solcher Fehler ist jede Abweichung von den Standards, die vernünftigerweise vom Unternehmen oder seinen Erzeugnissen erwartet werden können.

Art. 6:102 Haftung für Hilfspersonen

(1) Soweit Hilfspersonen im Rahmen ihres Aufgabenbereiches tätig werden, dabei aber den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab (Art. 4:102) verletzen, haftet ihr Geschäftsherr für den dadurch verursachten Schaden.

(2) Ein selbständiger Unternehmer ist keine Hilfsperson im Sinne dieses Artikels.

II. Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹¹

VI. – 1:103: Scope of application

VI. – 1:101 (Basic rule) and VI. – 1:102 (Prevention):

- (a) apply only in accordance with the following provisions of this Book;
- (b) apply to both legal and natural persons, unless otherwise stated;
- (c) do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules; and
- (d) do not affect remedies available on other legal grounds.

VI. – 3:201: Accountability for damage caused by employees and representatives

(1) A person who employs or similarly engages another is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged:

- (a) caused the damage in the course of the employment or engagement; and
- (b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the causation of the damage.

(2) ¹Paragraph (1) applies correspondingly to a legal person in relation to a representative causing damage in the course of their engagement. ²A representative is a person who is authorised to effect juridical acts on behalf of the legal person by its constitution.

¹¹ Entnommen aus: *v. Bar/Clive/Schulte-Nölke*, DCFR Outline Edition, 2009, 395 ff.

Literaturverzeichnis

- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985.
- Abrens, Hans-Jürgen/Spickhoff, Andreas*, Deliktsrecht mit Wirtschaftsdeliktsrecht, München 2022.
- AK-BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Reihe Alternativkommentare, hrsg. v. Wassermann, Rudolf, Bd. 3: Besonderes Schuldrecht, Neuwied 1979 (zit.: AK-BGB/Bearbeiter).
- Alexander, Cindy R./Cohen, Mark A.*, New Evidence on the Origins of Corporate Crime, *Managerial and Decision Economics* 17 (1996), 421 ff.
- Altmeyen, Holger*, Haftung der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft für Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, *ZIP* 1995, 881 ff.
- , Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für Delikte, *NJW* 1996, 1017 ff.
- , Haftung für Delikte „aus dem Unternehmen“, dargestellt am Fall „Dieselgate“, *ZIP* 2016, 97 ff.
- Apathy, Peter*, Schadenersatzreform – Gefährdungshaftung und Unternehmerhaftung, *JBl* 2007, 205 ff.
- Arlen, Jennifer H.*, The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability, *J. Legal Stud.* 23 (1994), 832 ff.
- , Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence, in: Harel, Alon/Hylton, Keith N. (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltenham 2012, 144 ff.
- , Economics of Tort Law, in: Parisi, Francesco (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Oxford 2017, 41 ff.
- Arlen, Jennifer H./Kraakman, Reinier H.*, Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes, *N.Y.U. L. Rev.* 72 (1997), 687 ff.
- Armour, John/Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier H./Pargendler, Mariana*, What Is Corporate Law?, in: Kraakman, Reinier H./Armour, John/Davies, Paul L./Enriques, Luca/Hansmann, Henry B./Hertig, Gérard/Hopt, Klaus J. (Hrsg.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3. Aufl., Oxford 2017, 1 ff.
- Aronson, Elliot/Wilson, Timothy D./Akert, Robin M.*, *Sozialpsychologie*, 8. Aufl., Hallbergmoos 2014.
- Artkämper, Heiko/Dannhorn, Reinhold*, Argumentation zur Feststellung oder Ablehnung eines bedingten Tötungsvorsatzes, *NStZ* 2015, 241 ff.
- Aschenberg, Paul-Dieter*, Neue Aspekte und Rechtsprechung zur Haftung nach § 22 WHG, *ZfW* 1968, 250 ff.
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe H./Müllbert, Peter O.* (Hrsg.), *Wertpapierhandelsrecht*, 7. Aufl., Köln 2019 (zit.: ASM/Bearbeiter).
- Babusiaux, Ulrike/Witz, Claude*, Das neue französische Vertragsrecht – Zur Reform des Code civil, *JZ* 2017, 496 ff.

- Bachmann, Gregor*, Möglichkeiten und Grenzen einer bürgerlich-rechtlichen Informationshaftung, in: Bachmann, Gregor/Schäfer, Carsten/Casper, Matthias/Veil, Rüdiger (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Baden-Baden 2007, 93 ff.
- , Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen: Gutachten E, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten, München 2014.
- , Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, 841 ff.
- Balensiefen, Gotthold A.*, Umwelthaftung, Baden-Baden 1994.
- Ballerstedt, Kurt*, Arbeitskraft und Handlungsbegriff, JZ 1953, 389 ff.
- , Was ist Unternehmensrecht?, in: Pawlowski, Hans-Martin/Wiese, Günther/Wüst, Günther (Hrsg.), Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, München 1977, 15 ff.
- Bamberg, Hugo*, Zur Lehre von der Deliktsfähigkeit juristischer Personen, Berlin 1898.
- v. Bar, Christian*, Anm. BGH Urt. v. 15.5.1979 – Az. VI ZR 230/76, JZ 1979, 725 ff.
- , Verkehrspflichten, Köln 1980.
- , Anm. LG Göttingen Urt. v. 17.12.1980 – Az. 8 O 197/79, VersR 1981, 760 f.
- , 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: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Bd. II, Köln 1981, 1681 ff.
- , Zur Bedeutung des Beweglichen Systems für die Dogmatik der Verkehrspflichten, in: Bydlinski, Franz/Krejci, Heinz/Schilcher, Bernd/Steininger, Viktor (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien 1986, 63 ff.
- , Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten, JuS 1988, 169 ff.
- , Zur Struktur der Deliktshaftung von juristischen Personen, ihren Organen und ihren Verrichtungsgehilfen, in: Leser, Hans Georg (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht: Festschrift für Zentaro Kitagawa, Berlin 1992, 279 ff.
- , Diskussionsbeitrag, KF 1993, 37.
- , Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 1, München 1996.
- , Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung für Massenschäden?: Gutachten A, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des Zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten, München 1998.
- , Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 2, München 1999.
- , Moderne Deliktsrechtspflege in den Zwängen einer wilhelminischen Kodifikation, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus J./Roxin, Claus/Schmidt, Karsten/Widmaier, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 1, München 2000, 595 ff.
- v. Bar, Christian/Clive, Eric* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Volume 4, München 2009 (zit.: DCFR Full Edition).
- v. Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, München 2009 (zit.: DCFR Outline Edition).
- Bartholmes, Thomas*, Umweltrechtliche Verantwortlichkeit als mittelbarer Verursacher von Umwelteinwirkungen, Berlin 2006.

- Basler Kommentar zum Strafrecht*, Bd. 1: Art. 1–136 StGB, hrsg. v. Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: *BaslKomm-StrafR/Bearbeiter*).
- Baum, Marcus*, Die Wissenszurechnung, Berlin 1999.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 21. Aufl., München 2017 (zit.: *BH/Bearbeiter*).
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 3. Bd., 4. Aufl., Köln 2019 (zit.: *BLP/Bearbeiter*).
- Baums, Theodor*, Die Einführung der Gefährdungshaftung durch F.C. von Savigny, ZRG GA 104 (1987), 277 ff.
- , Haftung für Verrichtungsgehilfen nach deutschem und schweizerischem Recht, in: Leßmann, Herbert/Großfeld, Bernhard/Vollmer, Lothar (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes, Köln 1989, 623 ff.
- Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf*, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009.
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang*, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB, 10. Aufl., München 2021.
- Beck, Hanno*, Behavioral Economics, Wiesbaden 2014.
- BeckOGK: beck-online.GROSSKOMMENTAR*, hrsg. v. Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Zivilrecht), München (zit.: *BeckOGK/Bearbeiter*).
- BeckOK-BGB: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, hrsg. v. Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 64. Edition 2022, München (zit.: *BeckOK-BGB/Bearbeiter*).
- BeckOK-DatenschutzR: Beck'scher Online-Kommentar zum Datenschutzrecht*, hrsg. v. Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan, 42. Edition 2022, München (zit.: *BeckOK-DatenschutzR/Bearbeiter*).
- BeckOK-UmweltR: Beck'scher Online-Kommentar zum Umweltrecht*, hrsg. v. Giesberts, Ludger/Reinhardt, Michael, 65. Edition 2023, München (zit.: *BeckOK-UmweltR/Bearbeiter*).
- Beckers, Markus*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, Konstanz 1996.
- Behrens, Peter*, Die Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts für das Arbeitsrecht, ZfA 1989, 209 ff.
- Belling, Detlev W./Riesenhuber, Karl*, Beweislastumkehr und Mitverschulden, ZZP 108 (1995), 445 ff.
- Bender, Bernd*, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1974.
- , Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., Karlsruhe 1981.
- Ben-Shabar, Omri/Porat, Ariel*, Personalizing Negligence Law, N.Y.U. L. Rev. 91 (2016), 627 ff.
- Berendes, Konrad/Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Wasserhaushaltsgesetz: WHG, 2. Aufl., Berlin 2017 (zit.: *BFM/Bearbeiter*).
- Berg, Werner/Mäsch, Gerald* (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl., Hürth 2022 (zit.: *BM/Bearbeiter*).
- Bertus, Jana*, Emittentenhaftung und Entlastung, Berlin 2020.
- Bettermann, Karl August*, Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, 299 ff.
- , Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 3, 2. Halbband, Berlin 1959, 779 ff.
- , Vom Sinn der Amtshaftung, JZ 1961, 482 f.

- Biermann, Franz*, Kommentar zum Haftpflichtgesetz, Münster 1949.
- , Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschaden, 3. Aufl., Münster 1953.
- Billmann, Ernst*, Haftung der juristischen Personen für die zum Schadensersatz verpflichtenden außerkontraktlichen Handlungen ihrer Vertreter, München 1906.
- Bisson, Frank*, Die Haftung des Organs für die Verletzung von Pflichten der juristischen Person, GmbHR 2005, 1453 ff.
- BK: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 41–63 OR, 5. Aufl., Bern 2021 (zit.: BK/Bearbeiter).
- BK-GG: Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, hrsg. v. Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, 218. Aktualisierung, Heidelberg 2022 (zit.: BK-GG/Bearbeiter).
- Blair, Margaret M./Stout, Lynn A.*, A Team Production Theory of Corporate Law, Va. L. Rev. 85 (1999), 247 ff.
- Blaschczok, Andreas*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, Köln 1993.
- , Kommentar, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen 1999, 157 ff.
- v. Bodenhausen, Eckard*, Haftung des Geschäftsherrn für Verrichtungsgehilfen im Straßen- und Schienenverkehr, Frankfurt am Main 2000.
- Böhmer, Emil*, Der Begriff der erhöhten Betriebsgefahr, RdK 1950, 50 f.
- , Das Sachschadenhaftpflichtgesetz, Berlin 1954.
- , Zum Streit um die erhöhte Betriebsgefahr, NJW 1956, 8 f.
- , „Allgemeine“ und „erhöhte“ Betriebsgefahr, MDR 1958, 19 f.
- Bohrer, Michael*, Wissenszurechnung bei Organen juristischer Personen, DNotZ 1991, 124 ff.
- Boldt, Gerhard/Weller, Herbert/Kühne, Gunther/Von Mäßenhausen, Hans-Ulrich* (Hrsg.), Bundesberggesetz (BBergG), 2. Aufl., Berlin 2016 (zit.: BWKVM/Bearbeiter).
- Bork, Reinhard*, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237 ff.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.
- Bosch, Nikolaus*, Bedingter Vorsatz und Indizienbeweis, Jura 2018, 1225 ff.
- Brand, Marco*, Der Organbesitz, Tübingen 2015.
- Brandes, Thomas*, Die Haftung für Organisationspflichtverletzung, Frankfurt am Main 1994.
- Brandstätter, Hermann/Schuler, Heinz*, Persönliche Verhaltens- und Leistungsbedingungen, in: Schuler, Heinz/Moser, Klaus (Hrsg.), Lehrbuch Organisationspsychologie, 6. Aufl., Bern 2019, 19 ff.
- Brehm, Wolfgang/Berger, Christian*, Sachenrecht, 4. Aufl., Tübingen 2022.
- Breuer, Rüdiger/Gärditz, Klaus Ferdinand*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl., München 2017.
- Brickey, Kathleen F./Taub, Jennifer*, Corporate and White Collar Crime, 6. Aufl., New York 2017.
- Brodmann*, Ueber die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers, AcP 99 (1906), 327 ff.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Besonderes Schuldrecht, 46. Aufl., München 2022.
- Brüggemeier, Gert*, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982), 385 ff.
- , Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, WM 1982, 1294 ff.

- , Deliktsrecht, Baden-Baden 1986.
- , Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes, JZ 1990, 24 ff.
- , Organisationshaftung, AcP 191 (1991), 33 ff.
- , Prinzipien des Haftungsrechts, Baden-Baden 1999.
- , Unternehmenshaftung – Enterprise Liability, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht, Tübingen 2004, 147 ff.
- , Unternehmenshaftung – Enterprise Liability, HAVE 2004, 162 ff.
- , Fahrlässigkeitshaftung, in: Brüggemeier, Gert (Hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg 2005, 33 ff.
- , Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin 2006.
- , Gefährdungshaftung, Unternehmenshaftung, Verschuldenshaftung, HAVE 2013, 87 ff.
- , Grundstrukturen des zivilrechtlichen Delikts, AcP 219 (2019), 771 ff.
- Buck, Petra*, Wissen und juristische Person, Tübingen 2001.
- Buerschaper, Cornelius*, Organisationen – Kommunikationssystem und Sicherheit, in: Badke-Schaub, Petra/Hofinger, Gesine/Lauche, Kristina (Hrsg.), Human Factors, Dordrecht 2012, 165 ff.
- Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern* (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts – Referentenentwürfe, Bonn 1976.
- Bundesministerium der Justiz*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, Bd. I: Wortlaut, Karlsruhe 1967.
- , Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, Bd. II: Begründung, Karlsruhe 1967.
- Bunte, Hermann* (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 2 Bd., 14. Aufl., Hürth 2022 (zit.: *Bunte/Bearbeiter*).
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten/Lieder, Jan* (Hrsg.), Aktiengesetz: AktG, 5. Aufl., Heidelberg 2021 (zit.: *BKL/Bearbeiter*).
- Burmann, Michael/Heß, Rainer/Hühnermann, Katrin/Jahnke, Jürgen*, Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl., München 2022 (zit.: *BHHJ/Bearbeiter*).
- Busnelli, Francesco Donato/Comandé, Giovanni*, Italy, in: Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, The Hague 2002, 207 ff.
- Bydlinski, Franz*, Deliktshaftung juristischer Personen für ihre „Organe“: Gemeineuropäisches Rechtsgut oder überholte Theorie?, in: Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (Hrsg.), Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000: Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung, Stuttgart 2001, 9 ff.
- v. *Caemmerer, Ernst*, Wandlungen des Deliktsrechts, in: v. Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, 49 ff.
- , Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, KF 1961, 19 ff.
- , Reform der Gefährdungshaftung, Berlin 1971.
- , Reformprobleme der Haftung für Hilfspersonen, ZfRV 1973, 241 ff.
- , Objektive Haftung, Zurechnungsfähigkeit und „Organhaftung“, in: Jakobs, Horst Heinrich/Knobbe-Keuk, Brigitte/Picker, Eduard/Wilhelm, Jan (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1978, 359 ff.
- Calabresi, Guido*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale L.J. 70 (1961), 499 ff.

- , *The Costs of Accidents*, New Haven 1970.
- Calfee, John E./Craswell, Richard*, Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, *Va. L. Rev.* 70 (1984), 965 ff.
- Campbell, Neill/Armour, John*, *Demystifying the Civil Liability of Corporate Agents*, Cambridge L.J. 62 (2003), 290 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, *Bankvertragsrecht*, 3. Aufl., Berlin 1988.
- , Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, *JBl* 1995, 2 ff.
- , Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, *VersR* 2005, 577 ff.
- Cane, Peter*, *Mens Rea in Tort Law*, Oxford J. L. Stud. 20 (2000), 533 ff.
- Catala, Pierre*, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2006.
- Cavanagh, Neil*, *Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault*, *J. Crim. L.* 75 (2011), 414 ff.
- Chapman, Bruce*, *Corporate Tort Liability and the Problem of Overcompliance*, *S. Cal. L. Rev.* 69 (1996), 1679 ff.
- Chappuis, Christine/Werro, Franz*, *La responsabilité civile : à la croisée des chemins*, *ZSR* 122 (2003), 237 ff.
- CHK: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Bd. Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: *CHK/Bearbeiter*).
- Choudhury, Barnali/Petrin, Martin*, *Corporate Duties to the Public*, Cambridge 2019.
- Coase, Ronald*, *The Nature of the Firm*, *Economica* 4 (1937), 386 ff.
- , *The Problem of Social Cost*, *J.L. & Econ.* 3 (1960), 1 ff.
- Cohen, Michael Maxim*, *Organbesitz und Organgewahrsam*, Berlin 2016.
- Coleman, Jules L.*, *Risks and Wrongs*, Oxford 2002.
- Cooter, Robert/Ulen, Thomas S.*, *Law & Economics*, 6. Aufl., Boston 2012.
- Cosack, Tilman*, *Die Gefährdungshaftung im Vordringen*, *VersR* 1992, 1439 ff.
- , *Umwelthaftung im faktischen GmbH-Konzern*, Frankfurt am Main 1999.
- Craswell, Richard/Calfee, John E.*, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, *J.L. Econ. & Org.* 2 (1986), 279 ff.
- Croley, Steven P.*, *Vicarious Liability in Tort: On the Sources and Limits of Employee Reasonableness*, *S. Cal. L. Rev.* 69 (1996), 1705 ff.
- Cronin, Alison*, *Corporate Criminality and Liability for Fraud*, Abingdon 2018.
- Czychowski, Manfred/Reinhardt, Michael*, *Wasserhaushaltsgesetz: WHG*, 12. Aufl., München 2019.
- Dagtolou, Prodromos*, *Zur Reform des Staatshaftungsrechts*, *VerwArch* 65 (1974), 345 ff.
- Dauner-Lieb, Barbara*, *Wissenszurechnung im Gewährleistungsrecht – Ethische Neutralisierung der Arglist?*, in: Hönn, Günther/Konzen, Horst/Kreutz, Peter (Hrsg.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Neuwied 1998, 43 ff.
- Davies, Paul L.*, *Introduction to Company Law*, 2. Aufl., Oxford 2010.
- Davies, Paul L./Worthington, Sarah E.*, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 10. Aufl., London 2016.
- Deakin, Simon*, *The Evolution of Vicarious Liability*, Vortrag an der University of Cambridge, 8. November 2017, Transkript abrufbar auf der Website der Universität unter <https://t1p.de/hcbsj> (abgerufen am 28.12.2022).
- , *Organisational Torts: Vicarious Liability versus Non-Delegable Duty*, *Cambridge L.J.* 77 (2018), 15 ff.
- Deakin, Simon/Adams, Zoe*, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 8. Aufl., Oxford 2019.

- Deetz*, Der Haftungsgrund bei den unerlaubten Handlungen des BGB, Gruchot 64 (1920), 164 ff.
- Deiters, Mark*, Bedingter Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess, ZIS 2019, 401 ff.
- DeMott, Deborah*, When is a Principal Charged with an Agent's Knowledge?, Duke J. Comp. & Int. L. 13 (2003), 291 ff.
- Denck, Johannes*, Der Schutz des Arbeitnehmers vor der Außenhaftung, Heidelberg 1980.
- , Über Grenzfälle der Außenhaftung des Arbeitnehmers, BB 1989, 1192 ff.
- Deutsch, Erwin*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln 1963.
- , Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, 244 ff.
- , Methode und Konzept der Gefährdungshaftung, VersR 1971, 1 ff.
- , Haftungsrecht, Köln 1976.
- , Die Fahrlässigkeit als Außerachtlassung der äußeren und inneren Sorgfalt, JZ 1988, 993 ff.
- , Haftung und Rechtsschutz im Gentechnikrecht, VersR 1990, 1041 ff.
- , Rezension Fabarius, AcP 193 (1993), 86 ff.
- , Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl., Köln 1995.
- , Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 3. Aufl., Köln 1995.
- , Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln 1996.
- , Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers, NJW 2000, 1745 ff.
- , Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002), 889 ff.
- Deutsch, Erwin/Abrens, Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, 6. Aufl., München 2014.
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht, 7. Aufl., Berlin 2014.
- v. Deylen, Catherine*, Die deliktische Haftung juristischer Personen nach deutschem, französischem und englischem Recht, Frankfurt am Main 2010.
- Dieckmann, Andreas*, 30 Jahre „Baustoff-Entscheidung“ und ihre Relevanz für die Organaußenhaftung von heute, ZGR 2020, 1039 ff.
- Diederichsen, Uwe*, Zum Entlastungsbeweis für Verrichtungsgehilfen, ZRP 1968, 60 f.
- , Wohin treibt die Produzentenhaftung?, NJW 1978, 1281 ff.
- Diederichsen, Uwe/Wagner, Gerhard*, Das UmweltHG zwischen gesetzgeberischer Intention und interpretatorischer Phantasie, VersR 1993, 641 ff.
- Dietzel, Gottfried T. W.*, Zur Neuordnung des Amtshaftungsrechts, JZ 1969, 48 ff.
- Dörner, Heinrich*, Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung, JuS 1987, 522 ff.
- Drees, Rainer*, Anm. BGH Urt. v. 13.7.2016 – Az. 1 StR 128/16, NStZ 2016, 672 f.
- Dreher, Meinrad*, Die persönliche Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern nach außen und die innergesellschaftliche Aufgabenverteilung, ZGR 1992, 22 ff.
- , Die persönliche Außenhaftung von Geschäftsleitern auf Schadensersatz bei Kartellrechtsverstößen, WuW 2009, 133 ff.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II: Art. 20–82, 3. Aufl., Tübingen 2015 (zit.: *Dreier/Bearbeiter*).
- Dreier, Nils*, Die Verkehrspflichthaftung des Geschäftsführers der GmbH, Berlin 2002.
- Drexler, Josef*, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 161 (1997), 491 ff.
- Dubischar, Roland*, Inhalt und Schutzbereich von Bewachungsverträgen, NJW 1989, 3241 ff.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert*, Grundgesetz Kommentar, hrsg. v. Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H., 99. Erglfg., München 2022 (zit.: *DHS/Bearbeiter*).

- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz* (Hrsg.), Handlungsgesetzbuch: HGB, 2 Bd., 4. Aufl., München 2020 (zit.: *EBJS/Bearbeiter*).
- Eberlein, Harald*, Die Risiken des Berufskraftfahrers aus arbeitsrechtlicher Sicht, BB 1989, 621 ff.
- Eckardt, Diederich*, Persönliche Organ- und Gehilfenhaftung für Verkehrspflichtverletzungen im Unternehmen, in: Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, Stuttgart 1997, 61 ff.
- Eckstein, Ernst*, Die Haftung für unerlaubte Handlungen des Repräsentanten, AcP 114 (1916), 114 ff.
- Eden, Eike*, Haften Geschäftsführer persönlich gegenüber Kartellgeschädigten auf Schadensersatz?, WuW 2014, 792 ff.
- Eger, Georg*, Das Reichs-Haftpflicht-Gesetz, 1. Aufl., Breslau 1876, 3. Aufl., Breslau 1886, 7. Aufl., Hannover 1912.
- Ehrenzweig, Albert A.*, Negligence Without Fault: Trends Toward an Enterprise Liability for Insurable Loss, Berkeley 1951.
- , Products Liability in the Conflict of Laws – Toward a Theory of Enterprise Liability under “Foreseeable and Insurable Laws“ (II), Yale L.J. 69 (1960), 794 ff.
- , Vicarious Liability in the Conflict of Laws – Toward a Theory of Enterprise Liability under “Foreseeable and Insurable Laws“ (III), Yale L.J. 69 (1960), 978 ff.
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1995.
- , Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse, AcP 197 (1997), 80 ff.
- Ekkenga, Jens*, Fragen der deliktischen Haftungsbegründung bei Kursmanipulationen und Insidergeschäften, ZIP 2004, 781 ff.
- Endemann, Friedrich*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 6. Aufl., Berlin 1899.
- Endemann, Wilhelm*, Die Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerke usw. für die bei deren Betriebe herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, 3. Aufl., Berlin 1885.
- Endres, Alfred/Staiger, Brigitte*, Ökonomische Aspekte des Umwelthaftungsrechts, in: Ahrens, Martin/Simon, Martin (Hrsg.), Umwelthaftung, Risikosteuerung und Versicherung, Berlin 1996, 79 ff.
- Engisch, Karl*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930.
- Enneccerus, Ludwig*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Einleitung, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Marburg 1928.
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Hbd. 2, 15. Aufl., Tübingen 1960.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hrsg. v. Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid, 23. Aufl., München 2023 (zit.: *ErfK/Bearbeiter*).
- Erl, Michael*, Einführung in das Umwelthaftungsrecht, Landsberg 1998.
- Erman, Walter* (Begr.), BGB, hrsg. v. Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg, 2 Bd., 16. Aufl., Köln 2020 (zit.: *Erman/Bearbeiter*).
- Esser, Josef*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München 1941.
- , Theorie und System einer allgemeinen Deutschen Schadensordnung, Deutsche Rechtswissenschaft 7 (1942), 65 ff.
- , Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, AcP 148 (1943), 121 ff.
- , Die Zweispurigkeit unseres Haftungsrechts, JZ 1953, 129 ff.

- , Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., München 1969.
- , Schuldrecht, Bd. II: Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Heidelberg 2000.
- Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo*, Schuldrecht, Bd. II: Besonderer Teil, Teilband 2: Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl., Heidelberg 2000.
- EuArbRK: Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht*, hrsg. v. Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut, 4. Aufl., München 2022 (zit.: *EuArbRK/Bearbeiter*).
- European Group on Tort Law*, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien 2005 (zit.: *PETL Commentary*).
- Fabarius, Maria-Elisabeth*, Äußere und innere Sorgfalt, Köln 1991.
- Fages, Bertrand*, Der Entwurf für ein neues französisches Haftungsrecht: Grundstruktur und Bewertung, in: Huber, Stefan/Kleinschmidt, Jens (Hrsg.), Die Reform des französischen Haftungsrechts im europäischen Kontext, Tübingen 2021, 11 ff.
- Faure, Michael G.*, Economic Models of Compensation for Damage Caused by Nuclear Accidents: Some Lessons for the Revision of the Paris and Vienna Conventions, *Eur. J. L. & Econ.* 2 (1995), 21 ff.
- , Economic Aspects of Environmental Liability: An Introduction, *ERPL* 4 (1996), 85 ff.
- , Economic Analysis, in: Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, The Hague 2002, 361 ff.
- Faure, Michael G./Hartlief, T.*, Towards an Expanding Enterprise Liability in Europe?, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 3 (1996), 235 ff.
- Faust, Florian*, Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, *AcP* 210 (2010), 555 ff.
- Fedtke, Jörg/Magnus, Ulrich*, Liability for Damage Caused by Others under German Law, in: Spier, Jaap (Hrsg.), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, The Hague 2003, 105 ff.
- Fellmann, Walter/Müller, Christoph/Werro, Franz*, Art. 46–63 OR 2020, in: Huguenin, Claire/Hilty, Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020, Zürich 2013.
- Ferran, Eilis*, Corporate Attribution and the Directing Mind and Will, *L. Q. Rev.* 127 (2011), 239 ff.
- Fezer, Karl-Heinz*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, *JZ* 1986, 817 ff.
- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 2 Bd., 3. Aufl., München 2016 (zit.: *FBO/Bearbeiter*).
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*, Schuldrecht, 12. Aufl., Berlin 2022.
- Filthaut, Werner/Piontek, Sascha/Kayser, Alke*, Haftpflichtgesetz: HPfG, 10. Aufl., München 2019 (zit.: *FPK/Bearbeiter*).
- Finkenauer, Thomas*, Karl Jacubezky und das BGB, *ZRG GA* 131 (2014), 325 ff.
- Fischer, Thomas*, Bewerten, Beweisen, Verurteilen, *ZIS* 2014, 97 ff.
- Fischerhof, Hans*, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Baden-Baden 1978.
- Fischinger, Philipp S.*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2015.
- FK: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, hrsg. v. Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk/Seelinger, Daniela, 103. Aktualisierung, Köln 2022 (zit.: *FK/Bearbeiter*).
- Fleischer, Holger*, Deliktische Geschäftsführerhaftung gegenüber außenstehenden Dritten im englischen Gesellschaftsrecht, *ZGR* 2000, 152 ff.

- , Kommentar, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht*, Tübingen 2004, 184 ff.
- , Zur Privatsphäre von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern: Organpflichten, organschaftliche Zurechnung und private Umstände, *NJW* 2006, 3239 ff.
- Fleming, John G.*, *The Law of Torts*, 9. Aufl., Sydney 1998.
- Fletcher, George P.*, Fairness and Utility in Tort Theory, *Harv. L. Rev.* 85 (1972), 537 ff.
- Flume, Werner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I/2, Berlin 1983.
- , Körperschaftliche juristische Person und Personenverband, in: Musielak, Hans-Joachim/Schurig, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, Stuttgart 1987, 147 ff.
- , Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bei Kauf und Werkvertrag, *AcP* 197 (1997), 441 ff.
- Foerste, Ulrich*, Nochmals: Persönliche Haftung der Unternehmensleitung – die zweite Spur der Produkthaftung?, *VersR* 2002, 1 ff.
- Fountoulakis, Christiana/Mäsch, Gerald*, Unternehmens- und Individualhaftung: Quo vadis Europa?, *ZEuP* 2011, 461 ff.
- Freitag, Robert*, Überfällige Konvergenz von privatem und öffentlichem Recht der Anlageberatung, *ZBB* 2014, 357 ff.
- French, Derek/Mayson, Stephen W./Ryan, Christopher L.*, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 33. Aufl., Oxford 2016.
- Frenz, Walter* (Hrsg.), *Atomrecht*, Baden-Baden 2019 (zit.: *Frenz/Bearbeiter*).
- Friedrich, Walter J.*, *Grundlagen und ausgewählte Probleme des Vereinsrechts (Teil II)*, *DStR* 1994, 100 ff.
- Friese, Hans*, *Reichshaftpflichtgesetz*, München 1950.
- Frisch, Wolfgang*, *Vorsatz und Risiko*, Köln 1983.
- , Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion, in: Dehnicke, Diether/Geppert, Klaus (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin 1990, 533 ff.
- Frister, Helmut*, *Vorsatzdogmatik in Deutschland*, *ZIS* 2019, 381 ff.
- , *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., München 2020.
- Fritsch, Michael*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 10. Aufl., München 2018.
- Fritzsche, Jörg*, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Berlin 2007.
- Fuchs, Maximilian/Pauker, Werner/Baumgärtner, Alex*, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, 9. Aufl., Berlin 2017.
- Fuld, Ludwig*, *Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909*, Hannover 1909.
- Fundel, Stefan Andreas*, *Die Haftung für Gehilfenfehlverhalten im Bürgerlichen Recht*, Tübingen 1999.
- v. *Gadow, Olaf*, *Die Zählung des Automobils durch die Gefährdungshaftung*, Berlin 2002.
- Galand-Carval, Suzanne*, France, in: Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, The Hague 2002, 127 ff.
- , Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others: Part I – General Questions, in: Spier, Jaap (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague 2003, 289 ff.
- , Liability for Damage Caused by Others under French Law, in: Spier, Jaap (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague 2003, 85 ff.

- , Fault under French Law, in: Widmer, Pierre (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Fault*, The Hague 2005, 89 ff.
- Gamillscheg, Franz/Hanau, Peter*, *Die Haftung des Arbeitnehmers*, 2. Aufl., Karlsruhe 1974.
- Gasteyer, Thomas/Goldschmidt, Christof-Ulrich*, *Wissenszurechnung bei juristischen Personen und im Konzern*, AG 2016, 116 ff.
- Gebrlein, Markus*, Zur Haftung der juristischen Person, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.), *Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag*, München 2010, 205 ff.
- Geigel, Reinhart*, *Der Haftpflichtprozess*, hrsg. v. Haag, Kurt, 28. Aufl., München 2020.
- Geissler, Dennis/Ströbel, Lukas*, *Datenschutzrechtliche Schadensersatzansprüche im Musterfeststellungsverfahren*, NJW 2019, 3414 ff.
- Geistfeld, Mark A.*, Should Enterprise Liability Replace the Rule of Strict Liability for Abnormally Dangerous Activities?, *UCLA L. Rev.* 45 (1998), 611 ff.
- , Hidden in Plain Sight: The Normative Source of Modern Tort Law, *N.Y.U. L. Rev.* 91 (2016), 1517 ff.
- v. *Gierke, Julius*, *Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts*, ZHR 108 (1941), 140 ff.
- v. *Gierke, Otto*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887.
- , *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, Leipzig 1895.
- , *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig 1902.
- , *Deutsches Privatrecht*, Bd. 3, München 1917.
- Gieseke, Paul*, *Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem neuen deutschen Wasserrecht*, ZfW 1962, 4 ff.
- Giesen, Dieter*, *Warenherstellerhaftung ohne Verschulden?*, NJW 1968, 1401 ff.
- , *Die Haftung des Warenherstellers*, NJW 1969, 582 ff.
- , Anm. BGH Urt. v. 19.6.1973 – Az. VI ZR 178/71, JR 1973, 503 f.
- Gilead, Israel*, *Tort Law and Internalisation*, *Int'l Rev. L. & Econ.* 17 (1997), 589 ff.
- Giliker, Paula*, *Vicarious Liability in Tort*, Cambridge 2010.
- , Vicarious Liability ‘On the Move’ The English Supreme Court and Enterprise Liability, *J. Eur. Tort L.* 4 (2013), 306 ff.
- , *Analysing Institutional Liability for Child Sexual Abuse in England and Wales and Australia: Vicarious Liability, Non-delegable Duties and Statutory Intervention*, *Cambridge L.J.* 77 (2018), 506 ff.
- Gobert, James*, *Corporate Criminality: Four Models of Fault*, *Legal Studies* 14 (1994), 393 ff.
- , *Corporate Criminality: New Crimes for the Times*, *Crim. L. Rev.* 1994, 722 ff.
- Goldschmidt, Christof-Ulrich*, *Die Wissenszurechnung*, Berlin 2001.
- , *Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf*, ZIP 2005, 1305 ff.
- Grady, Mark F.*, *Untaken Precautions*, *J. Legal Stud.* 18 (1989), 139 ff.
- Greger, Reinhard/Zwickel, Martin*, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, 6. Aufl., Köln 2021, 5. Aufl., Berlin 2014 (zit.: *GZ/Bearbeiter*).
- Grigo, Frank T.*, *Die Haftung für Emissionen im deutschen und europäischen Recht*, Hamburg 2002.
- Grigoleit, Hans Christoph*, *Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung*, ZHR 181 (2017), 160 ff.
- Griss, Irmgard*, *Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, JBl 2005, 273 ff.

- Gross, Benedict/Kucharz, Noemi*, Organisationsverschulden in Krankenhäusern: Systematisierung von Pflichten der sorgfältigen Organisation, *MedR* 2018, 143 ff.
- Grüneberg, Christian et al.*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 82. Aufl., München 2023 (zit.: *Grüneberg/Bearbeiter*).
- Grunewald, Barbara*, Die Haftung von Organmitgliedern nach Deliktsrecht, *ZHR* 157 (1993), 451 ff.
- , Wissenszurechnung bei juristischen Personen, in: Beisse, Heinrich/Lutter, Marcus/Närger, Heribald (Hrsg.), Festschrift für Karl Beusch zum 68. Geburtstag am 31. Oktober 1993, Berlin 1993, 301 ff.
- Grünwald, Anette*, Anm. LG Berlin 27.2.2017 – Az. 251 Js 52/16, *JZ* 2017, 1069 ff.
- Grunst, Christian*, Der Geschäftsleiter im Deliktsrecht, München 2016.
- Grünwald, Michael*, Die deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationsdefizite, Baden-Baden 1999.
- Gsell, Beate*, Anm. BGH Urt. v. 8.3.2021 – Az. VI ZR 505/19, *EWiR* 2021, 365 f.
- Guski, Roman*, Was wissen Verbände? Zur „Wissenszurechnung“ im Gesellschaftsrecht, *ZHR* 184 (2020), 363 ff.
- Haas, Ulrich*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, München 1997.
- , Die Disziplinierung des GmbH-Geschäftsführers im Interesse der Gesellschaftsgläubiger (Teil II), *WM* 2006, 1417 ff.
- Habersack, Mathias/Mülbert, Peter O./Schlitt, Michael* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl., Köln 2019 (zit.: *HMS/Bearbeiter*).
- Habersack, Mathias/Zickgraf, Peter*, Deliktsrechtliche Verkehrs- und Organisationspflichten im Konzern, *ZHR* 182 (2018), 252 ff.
- Habetha, Joachim W.*, Deliktsrechtliche Geschäftsführerhaftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung, *DZWir* 1995, 272 ff.
- Hack, Frank Sebastian*, Vorstandsverantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen, Frankfurt am Main 2012.
- Hacker, Philipp*, Verhaltensökonomik und Normativität, Tübingen 2017.
- Hafter, Ernst*, Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903.
- Hager, Günter*, Umwelthaftung und Produkthaftung, *JZ* 1990, 397 ff.
- Hamson, C.J.*, Actual Fault and Personal Negligence, *Cambridge L.J.* 23 (1965), 195 ff.
- Hannigan, Brenda*, *Company Law*, 5. Aufl., Oxford 2018.
- Harke, Jan Dirk*, Besonderes Schuldrecht, Berlin 2011.
- , Wissen und Wissensnormen, Berlin 2017.
- Harris, Ron*, The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business, *Wash. & Lee L. Rev.* 63 (2006), 1421 ff.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 5. Aufl., München 2021 (zit.: *HH/Bearbeiter*).
- Hartmann, Bernd J.*, Öffentliches Haftungsrecht, Tübingen 2013.
- Hartwig, Fritz*, Die Haftung juristischer Personen für Delikte, Breslau 1899.
- Hassemer, Winfried*, Kennzeichen des Vorsatzes, in: Dornseifer, Gerhard/Horn, Eckhard/Schilling, Georg/Schöne, Wolfgang/Struensee, Eberhard/Zielinski, Diethart (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, 289 ff.
- Hassold, Gerhard*, Die Lehre vom Organisationsverschulden, *JuS* 1982, 583 ff.
- Hattenhauer, Hans*, Die Akademie für Deutsches Recht, *JuS* 1986, 680 ff.
- Hauß, Fritz*, Diskussionsbeitrag, in: DJT (Hrsg.), *Verhandlungen des Dreiundvierzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. II: Sitzungsberichte, München 1960.

- Heck, Philipp*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Heger, Martin*, Die Entwürfe für ein Verbandssanktionenrecht als Grundlage für die geplante Überarbeitung der Unternehmenssanktionen, JZ 2022, 115 ff.
- Heidenbain, Martin*, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, Berlin 1965.
- v. *Hein, Jan*, Neutrale Beihilfe im Zivilrecht, AcP 204 (2004), 761 ff.
- Heinze, Christian*, Der kartelldeliktische Schadensersatzanspruch nach der Richtlinie 2014/104/EU – Baustein oder Fremdkörper im europäischen Haftungsrecht?, ZEuP 2020, 281 ff.
- Heinze, Meinhard*, Rechtsnachfolge in Unterlassen, Tübingen 1973.
- Heiss, Klaus*, Der dezentralisierte Entlastungsbeweis und die Versuche zu seiner Überwindung, Augsburg 1969.
- Hellgardt, Alexander*, Die deliktische Außenhaftung von Gesellschaftsorganen für unternehmensbezogene Pflichtverletzungen, WM 2006, 1514 ff.
- , Kapitalmarktdeliktsrecht, Tübingen 2008.
- , Europarechtliche Vorgaben für die Kapitalmarktinformationshaftung, AG 2012, 154 ff.
- Helm, Johann Georg*, Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgelhilfen, AcP 166 (1966), 389 ff.
- Henderson, James H.*, Why Negligence Dominates Tort, UCLA L. Rev. 50 (2002), 377 ff.
- Hentschel, Peter/König, Peter/Dauer, Peter*, Straßenverkehrsrecht, 46. Aufl., München 2021 (zit.: HKD/Bearbeiter).
- Herber, Rolf*, Das internationale Übereinkommen über die Haftung für Schäden durch Ölverschmutzung auf See, RabelsZ 34 (1970), 223 ff.
- Herrmann, Elke*, Der Störer nach § 1004 BGB, Berlin 1987.
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249 ff.
- , Setzt „vorsätzliches Handeln“ (§ 15 StGB) ein „Wollen“ der Tatbestandsverwirklichung voraus?, JZ 2018, 122 ff.
- Hess, Jürgen*, Die Bestimmung des Ersatzpflichtigen in der Gefährdungshaftung, Tübingen 1978.
- Heuston, Robert Francis Vere/Buckley, R. A.*, Salmond and Heuston on the Law of Torts, 21. Aufl., London 1996.
- HK-BGB: BGB Handkommentar*, bearb. v. Schulze, Reiner et al., 11. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: HK-BGB/Bearbeiter).
- HK-UWG: UWG Handkommentar*, hrsg. v. Götting, Horst-Peter/Nordemann, Axel, 3. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit.: HK-UWG/Bearbeiter).
- HK-ZPO: ZPO Handkommentar*, hrsg. v. Saenger, Ingo, 9. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit.: HK-ZPO/Bearbeiter).
- HKK: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. III, Tbd. 2: §§ 657–853, hrsg. v. Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard, Tübingen 2013 (zit.: HKK/Bearbeiter).
- Hofinger, Gesine*, Fehler und Unfälle, in: Badke-Schaub, Petra/Hofinger, Gesine/Lauche, Kristina (Hrsg.), Human Factors, Dordrecht 2012, 39 ff.
- Holle, Philipp Maximilian*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, Tübingen 2014.
- Holmes, Oliver Wendell*, The Theory of Torts, Am. L. Rev. 7 (1873), 652 ff.
- , The Common Law, Boston 1881.

- Hommelhoff, Peter/Schwab, Martin*, Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers und sein Regreß gegen die Gesellschafter, in: Hönn, Günther/Konzen, Horst/Kreutz, Peter (Hrsg.), Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, 263 ff.
- Honsell, Heinrich*, Probleme der Haftung für Auskunft und Gutachten, JuS 1976, 621 ff.
- Honsell, Heinrich/Isenring, Bernhard/Kessler, Martin A.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013.
- Hopt, Klaus J.*, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich, AcP 183 (1983), 608 ff.
- (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB, 42. Aufl., München 2023 (zit.: *Hopt/Bearbeiter*).
- Horder, Jeremy*, Ashworth's Principles of Criminal Law, 10. Aufl., Oxford 2022.
- Horn, Adolf*, Die Gehilfenhaftung für mangelhafte Aufsicht und Organisation nach § 823 und § 831 BGB, Köln 1968.
- Horn, Jens*, Die Entstehung der Vorschriften zur Gehilfenhaftung im Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 2007.
- Horner, Susanne/Kaulartz, Markus*, Rechtliche Herausforderungen durch Industrie 4.0: Brauchen wir ein neues Haftungsrecht? – Deliktische und vertragliche Haftung am Beispiel „Smart Factory“, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Internet der Dinge: Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, Edewecht 2015, 501 ff.
- Hörnle, Tatjana*, Vorsatzfeststellung in „Raser-Fällen“, NJW 2018, 1576 ff.
- , Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie „bedingter Vorsatz“, JZ 2019, 440 ff.
- Horsey, Kirsty/Rackley, Erika*, Tort Law, 4. Aufl., Oxford 2015.
- Horton Rogers, W. V.*, Liability for Damage Caused by Others under English Law, in: Spier, Jaap (Hrsg.), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, The Hague 2003, 63 ff.
- Horwitz, Morton J.*, Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory, W. Va. L. Rev. 88 (1985), 173 ff.
- Hruschka, Joachim*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Gössel, Karl Heinz/Kauffmann, Hans (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht, München 1985, 191 ff.
- Hsiao, Mark W.H.*, Abandonment of the Doctrine of Attribution in favour of Gross Negligence Test in the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, Company Lawyer 30 (2009), 110 ff.
- Huber, Ulrich*, Verschulden, Gefährdung und Adäquanz, in: Müller, Klaus/Soell, Hermann (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg 1973, 301 ff.
- , Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, in: Forsthoff, Ernst/Weber, Werner/Wiecker, Franz (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber, Göttingen 1973, 253 ff.
- Huber, Stefan/Kleinschmidt, Jens* (Hrsg.), Die Reform des französischen Haftungsrechts im europäischen Kontext, Tübingen 2021.
- Huguenin, Claire/Hilty, Reto M.* (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 / Code des obligations suisse 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Projet relatif à une nouvelle partie générale, Zürich 2013.
- Huisman, Wim*, Offender Decision Making in Corporate and White-Collar Crime, in: Bernasco, Wim/van Gelder, Jean-Louis/Elffers, H. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Offender Decision Making, Oxford 2017, 684 ff.
- Hüttner, Manfred*, Betriebswirtschaftslehre, Berlin 1990.
- Hylton, Keith N.*, Intent in Tort Law, Val. U. L. Rev. 44 (2010), 1217 ff.

- Ihrig, Hans-Christoph*, Wissenszurechnung im Kapitalmarktrecht – untersucht anhand der Pflicht zur Ad-hoc-Publizität gemäß Art. 17 MAR, ZHR 181 (2017), 381 ff.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. hrsg. v. Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel, Bd. 2: GWB, München 2020, 5. Aufl. hrsg. v. Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Körber, Torsten, Bd. 2: GWB, München 2014 (zit.: IM/Bearbeiter).
- Jäggi, Peter*, Diskussionsbeitrag, ZSR 1967, 754 ff.
- Jakobs, Günther*, Strafrecht, 2. Aufl., Berlin 1991.
- , Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114 (2002), 584 ff.
- Jakobs, Horst Heinrich*, Über die Notwendigkeit einer Reform der Geschäftsherrenhaftung, VersR 1969, 1061 ff.
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 bis 853, Berlin 1983.
- Jakubezky, Karl*, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, München 1892.
- Janke-Weddige, Jan Stefan*, Zur Einleiterhaftung gemäß § 22 Abs. 1 WHG, ZfW 1988, 381 ff.
- Jansen, Nils*, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003.
- , Gesetzliche Schuldverhältnisse, AcP 216 (2016), 112 ff.
- Jauernig, Othmar* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, hrsg. v. Stürner, Rolf, 18. Aufl., München 2021 (zit.: Jauernig/Bearbeiter).
- Jaun, Manuel*, Zur gegenwärtigen und künftigen „ratio legis“ der Geschäftsherrenhaftung, in: Geiser, Thomas/Koller, Thomas/Reusser, Ruth/Walter, Hans Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung: Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 581 ff.
- , Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Bern 2007.
- Jehner, Hansgeorg*, Die Bestimmung des Störers im Sinne des § 1004 I 1 BGB und die Begründung seiner Haftung, Tübingen 1971.
- Jellinek, Walter*, Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, JZ 1955, 147 ff.
- Jensen, Michael C./Meckling, William H.*, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, J. Fin. Econ. 3 (1976), 305 ff.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- John, Uwe*, Die organisierte Rechtsperson, Berlin 1977.
- , Rezension Martinek, AcP 181 (1981), 150 ff.
- Jones, Shayne*, Personality and Offender Decision Making: The Theoretical, Empirical, and Practical Implications for Criminology, in: Bernasco, Wim/van Gelder, Jean-Louis/Elffers, H. (Hrsg.), The Oxford Handbook of Offender Decision Making, Oxford 2017, 181 ff.
- Jones, William K.*, Strict Liability for Hazardous Enterprise, Colum. L. Rev. 92 (1992), 1705 ff.
- Jovy, Michael*, Der Begriff der „Bestellung“ im § 831 des Bürgerlichen Gesetzbuches, AbR 37 (1912), 78 ff.
- Jüchser, Alexander*, Die Beteiligung am Kartell, Hamburg 2014.

- jurisPK-BGB: juris Praxiskommentar BGB*, hrsg. v. Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus, 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit.: *jurisPK-BGB/Bearbeiter*).
- jurisPK-StVR: juris Praxiskommentar Straßenverkehrsrecht*, hrsg. v. Freymann, Hans-Peter/Wellner, Wolfgang, 2. Aufl., Saarbrücken 2022 (zit.: *jurisPK-StVR/Bearbeiter*).
- Kahn, Julius/Weih, Christian*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., München 1910.
- Kaiser, Anne*, Haftung für Gefahrguttransporte in Europa, Göttingen 2010.
- Kamann, Hans-Georg/Ohlhoff, Stefan/Völcker, Sven* (Hrsg.), Kartellverfahren und Kartellprozess, München 2017 (zit.: *KOV/Bearbeiter*).
- Katzenstein, Matthias*, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB: Zu den Grundlagen negatorischer Haftung, AcP 211 (2011), 58 ff.
- Keating, Gregory C.*, Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents, S. Cal. L. Rev. 74 (2000), 193 ff.
- , The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability, Vand. L. Rev. 54 (2001), 1285 ff.
- Keich, Thomas*, Organmitglieder von Kapitalgesellschaften im System des Umweltschadensgesetzes, Berlin 2012.
- Keller, Dirk*, Die deliktische Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Fehlverhalten im Unternehmensbereich, Frankfurt am Main 2002.
- Kershaw, David*, Company Law in Context, 2. Aufl., Oxford 2012.
- Khanna, Vikramaditya S.*, Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, Harv. L. Rev. 109 (1996), 1477 ff.
- , Is the Notion of Corporate Fault A Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea, B.U. L. Rev. 79 (1999), 355 ff.
- Kiethe, Kurt*, Persönliche Haftung von Organen von Kapitalgesellschaften im Umweltrecht – Außenhaftung durch öffentliches Recht, DVBl 2004, 1516 ff.
- Kindler, Peter*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., München 2019.
- Kirchgässner, Gebhard*, Homo oeconomicus, 3. Aufl., Tübingen 2008.
- Klar, Lewis*, Vicarious Liability, in: Sappideen, Carolyn/Vines, Prue (Hrsg.), Fleming's The Law of Torts, 10. Aufl., Pyrmont 2011, 437 ff.
- Klein, Nico C.*, Dogmatische Stolpersteine bei der Bestimmung von Schutzgesetzen – aufgezeigt anhand des Musterbeispiels der wertpapierhandelsrechtlichen Wohlverhaltensregeln, WM 2016, 862 ff.
- Kleindiek, Detlef*, Deliktshaftung und juristische Person, Tübingen 1997.
- Klingmüller, Fritz*, Die Haftung für Vereinsorgane nach § 31 BGB, Breslau 1900.
- Klöhn, Lars*, Die (Ir-)Relevanz der Wissenszurechnung im neuen Recht der Ad-hoc-Publizität und des Insiderhandelsverbots, NZG 2017, 1285 ff.
- Koch, Bernhard A.*, Art. 4:202 Enterprise Liability, in: European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien 2005.
- , Art. 5:101 Abnormally Dangerous Activities, in: European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien 2005.
- Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut*, Comparative Conclusions, in: Koch, Bernhard A./Koziol, Helmut (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, The Hague 2002, 395 ff.
- Koch, Jens*, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochen (Hrsg.), Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, 327 ff.

- , Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 ff.
- , Die Ad-hoc-Publizität: Veröffentlichungs- oder Wissensorganisationspflicht?, AG 2019, 273 ff.
- , Aktiengesetz: AktG, 16. Aufl., München 2022.
- Koenen, Martin*, Die Zurechnung von Organverhalten bei juristischen Personen, Köln 1991.
- Köhler, Helmut*, Zur Schadenshaftung nach § 22 Wasserhaushaltsgesetz, DRiZ 1972, 17 ff.
- , Die Haftung des Betriebsinhabers für Wettbewerbsverstöße seiner Angestellten und Beauftragten (§ 13 IV UWG), GRUR 1991, 344 ff.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 41. Aufl., München 2023 (zit.: KBF/Bearbeiter).
- Kohn, Joachim*, Der Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2019, 498 ff.
- Koller, Ingo*, Probleme des Haftungsausschlusses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, VersR 1980, 1 ff.
- , Wissenszurechnung, Kosten und Risiken, JZ 1998, 75 ff.
- , Zu den Grenzen des Anlegerschutzes bei Interessenkonflikten, ZBB 2007, 197 ff.
- Köndgen, Johannes*, Die sogenannte erhöhte Betriebsgefahr im Haftungsrecht des Straßenverkehrs, VOR 1972, 152 ff.
- König, Carsten*, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 217 (2017), 611 ff.
- Körber, Torsten/König, Carsten*, Haftungsrecht 4.0, in: Frenz, Walter (Hrsg.), Handbuch Industrie 4.0: Recht, Technik, Gesellschaft, Berlin 2020, 257 ff.
- Korch, Stefan*, Haftung und Verhalten, Tübingen 2015.
- Koriath, Heinz*, Über den Vorsatz und wie man ihn beweisen könnte, in: Koriath, Heinz/Radtke, Henning/Jehle, Jörg-Martin/Krack, Ralf (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Göttingen 2010, 103 ff.
- Kornhauser, Lewis A.*, An Economic Analysis of the Choice Between Enterprise and Personal Liability for Accidents, Cal. L. Rev. 70 (1982), 1345 ff.
- Kötz, Hein*, Haftung für besondere Gefahr, AcP 170 (1970), 1 ff.
- , Gefährdungshaftung: Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Bd. II, Köln 1981, 1779 ff.
- , Diskussionsbeitrag, KF 1990, 14 ff.
- , Ziele des Haftungsrechts, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin 1990, 643 ff.
- , Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz, Tübingen 1991, 109 ff.
- , Deliktsrecht, 8. Aufl., Neuwied 1998.
- Kötz, Hein/Schäfer, Hans-Bernd*, Wildschutzzaun, in: Kötz, Hein/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Judex oeconomicus: 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht, Tübingen 2003, 1 ff.

- Koziol, Helmut*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadensersatzrecht?, AcP 196 (1996), 593 ff.
- , Fault under Austrian Law, in: Widmer, Pierre (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Fault*, The Hague 2005, 11 ff.
- , Die außervertragliche Unternehmerhaftung im Diskussionsentwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, JBl 2006, 18 ff.
- , Grundfragen des Schadensersatzrechts, Wien 2010.
- Kraakman, Reinier H.*, Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls, Yale L.J. 93 (1984), 857 ff.
- , Vicarious and Corporate Civil Liability, in: Faure, Michael G. (Hrsg.), *Tort Law and Economics*, 2. Aufl., Cheltenham 2009, 134 ff.
- , Economic Policy and the Vicarious Liability of Firms, in: Arlen, Jennifer H. (Hrsg.), *Research Handbook on the Economics of Torts*, Cheltenham 2013, 234 ff.
- Krause, Rüdiger*, Die Beschränkung der Außenhaftung des Arbeitnehmers, VersR 1995, 752 ff.
- Kreß, Hugo*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
- Krüger, Gottfried*, Die Haftung der juristischen Personen aus unerlaubten Handlungen nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche, Berlin 1901.
- Kügel, Wilfried/Müller, Rolf-Georg/Hofmann, Hans-Peter* (Hrsg.), *Arzneimittelgesetz: AMG*, 3. Aufl., München 2022 (zit.: *KMH/Bearbeiter*).
- Kühl, Kristian*, Strafrecht, 8. Aufl., München 2017.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl., München 2020 (zit.: *KB/Bearbeiter*).
- Kühne, Gunther*, Das Bergschadensrecht im System der außervertraglichen Schadenshaftung, in: Ahrens, Hans-Jürgen/v. Bar, Christian/Fischer, Gerfried/Spickhoff, Andreas/Taupitz, Jochen (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Deutsch: Zum 70. Geburtstag*, Köln 1999, 203 ff.
- Kupisch, Berthold*, Die Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB), JuS 1984, 250 ff.
- Küpperfabrenberg, Jan*, Haftungsbeschränkungen für Verein und Vorstand, Berlin 2005.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger, Martin*, Strafrecht: StGB, bearb. v. Heger, Martin, 30. Aufl., München 2023 (zit.: *LKH/Heger*).
- Landes, William M./Posner, Richard A.*, The Positive Economic Theory of Tort Law, Ga. L. Rev. 15 (1981), 851 ff.
- Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, hrsg. v. Beckmann, Martin/Durner, Wolfgang/Mann, Thomas/Röckinghausen, Marc, 99. Erglfg., München 2022 (zit.: *LR/Bearbeiter*).
- Landsberg, Gerd/Lülling, Wilhelm*, Umwelthaftungsrecht, Köln 1991.
- Landwehr, Götz*, Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel, AcP 164 (1964), 482 ff.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003.
- Larenz, Karl*, Rezension zu Nipperdey (Hrsg.), Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, DR 1940, 629 f.
- , Die Schadenshaftung nach dem WHG im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe, VersR 1963, 593 ff.
- , Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht, in: v. Caemmerer, Ernst/Nikisch, Arthur/Zweigert, Konrad (Hrsg.), *Vom Deutschen zum Europäischen Recht: Festschrift für Hans Dölle*, Bd. 1, Tübingen 1963, 169 ff.
- , Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2: Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981.

- , Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- , Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2: Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker*, Arztrecht, 8. Aufl., München 2021 (zit.: LKL/Bearbeiter).
- Lehmann, Gustav*, Körperverletzungen und Tötungen auf deutschen Eisenbahnen und die Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes, Erlangen 1869.
- Leitmeier, Lorenz*, Bedingter Vorsatz bei Tötungsdelikten – Hemmschwellentheorie ohne Erklärungswert, NJW 2012, 2850 ff.
- Lenel, Otto*, Zur Deliktshaftung der juristischen Person, DJZ 1902, 9 ff.
- Lenz, Lukas*, Haftung ohne Verschulden in deutscher Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Münster 1995.
- Leonhard, Franz*, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, in: Mitglieder der Juristischen Fakultät zu Marburg a. L. (Hrsg.), Festgaben für Ludwig Enneccerus, Marburg 1913, 1 ff.
- Leonhard, Marc*, Grundfragen der Unternehmenshaftung unter Einbeziehung von § 330 ZGB-DDR, in: Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, Stuttgart 1997, 43 ff.
- Lieb, Manfred*, Anm. BGH Urt. v. 3.6.1975 – Az. VI ZR 192/73, JZ 1976, 526 ff.
- Liebhart, Christian*, Die Gesamtwürdigung im Indizienverfahren, NStZ 2016, 134 ff.
- Liebscher, Thomas*, Zurechnung als Rechtsproblem, ZIP 2019, 1837 ff.
- Limbach, Francis*, Die französische Reform des Vertragsrechts und weiterer Rechtsgebiete, GPR 2016, 161 ff.
- Linardatos, Dimitrios*, Künstliche Intelligenz und Verantwortung, ZIP 2019, 504 ff.
- v. Liszt, Franz*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl., Berlin 1888.
- , Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898.
- , Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. Aufl., Berlin 1900.
- LK-StGB: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. Aufl. hrsg. v. Cirener, Gabriele/Radtke, Henning/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas/Schluckebier, Wilhelm, Bd. 1: Einleitung, §§ 1–18, Berlin 2020 (zit.: LK-StGB/Bearbeiter).
- Loening, Edgar*, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, Frankfurt am Main 1879.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen* (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020 (zit.: LMRKM/Bearbeiter).
- Löning, George A.*, Die Haftung für Verrichtungsgehilfen im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen, in: Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, München 1940, 50 ff.
- Loos, Fritz*, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen 1980, 261 ff.
- Looschelders, Dirk*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999.
- , Die haftungsrechtliche Relevanz außergesetzlicher Verhaltensregeln im Sport, JR 2000, 265 ff.
- , Das Verhältnis von Rechtswidrigkeit, Pflichtverletzung und Verschulden bei der vertraglichen und der deliktischen Haftung, in: Omlor, Sebastian (Hrsg.), Weltbürger-

- liches Recht: Festschrift für Michael Martinek zum 70. Geburtstag, München 2020, 405 ff.
- , Schuldrecht Allgemeiner Teil, 20. Aufl., München 2022.
- , Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl., München 2022.
- Lorenz, Egon, Probleme der beschränkten Haftung des Schiffseigners, ZfB 1975, 491 ff.
- Lorenz, Stephan, Haftung aus § 831 BGB, JuS 2020, 821 ff.
- , Roma locuta, causa finita – Die „Dieselskandal“-Entscheidung des BGH, NJW 2020, 1924 ff.
- Lorenz, Werner, Fortschritte der Schuldrechtsdogmatik, JZ 1961, 433 ff.
- Lorenz, Wolfgang, Die Gefährdungshaftung des Tierhalters nach § 833 Satz 1 BGB, Berlin 1992.
- Lutter, Marcus, Zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers aus deliktischen Schäden im Unternehmen, ZHR 157 (1993), 464 ff.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter, GmbH-Gesetz, bearb. v. Bayer, Walter/Hommelhoff, Peter/Kleindiek, Detlef, 20. Aufl., Köln 2020 (zit.: LH/Bearbeiter).
- Lutter, Marcus/Overrath, Hans-Peter, Der Vermieter als Störer nach § 1004 BGB, JZ 1968, 345 ff.
- MacKinnon, Catharine A., In Their Hands: Restoring Institutional Liability for Sexual Harassment in Education, Yale L.J. 125 (2016), 2038 ff.
- Maier-Reimer, Georg, Schutzgesetze – Verhaltensnormen, Sanktionen und ihr Adressat, NJW 2007, 3157 ff.
- Managerhaftung-HdB: Handbuch Managerhaftung, hrsg. v. Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H., 3. Aufl., Köln 2017 (zit.: Managerhaftung-HdB/Bearbeiter).
- v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Grundgesetz: GG, hrsg. v. Huber, Peter Michael/Voßkuhle, Andreas, Bd. 2: Art. 20–82, 7. Aufl., München 2018, (zit.: MKS/Bearbeiter).
- Mankiw, Nicholas Gregory/Taylor, Mark P., Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl., Stuttgart 2021.
- Marburger, Peter, Schadenszurechnung und Schadensverteilung, KF 1990, 4 ff.
- Martinek, Michael, Repräsentantenhaftung, Berlin 1979.
- , Rezension Kleindiek, AcP 198 (1998), 612 ff.
- Mataja, Victor, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888.
- Matusche-Beckmann, Annemarie, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001.
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim (Hrsg.), Strafgesetzbuch: StGB, 2. Aufl., München 2020 (zit.: MR/Bearbeiter).
- Mayer-Maly, Theo, Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts, AcP 170 (1970), 133 ff.
- McIvor, Claire, The Use and Abuse of the Doctrine of Vicarious Liability, Common L. World Rev. 35 (2006), 268 ff.
- McKendrick, Ewan, Vicarious Liability and Independent Contractors – A Re-examination, Mod. L. Rev. 53 (1990), 770 ff.
- McKinney, William M., Treatise on the Law of Fellow-Servants, Northport 1890.
- Medicus, Dieter, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts – aus zivilrechtlicher Sicht, in: Breuer, Rüdiger/Kloepfer, Michael/Marburger, Peter/Schröder, Meinhard (Hrsg.), Umweltschutz und Privatrecht, Düsseldorf 1990, 5 ff.
- , Zur deliktischen Eigenhaftung von Organpersonen, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz, Tübingen 1991, 155 ff.

- , Probleme der Wissenszurechnung, KF 1994, 4 ff.
- , Rezension Kleindiek, ZHR 162 (1998), 352 ff.
- , Die Außenhaftung des Führungspersonals juristischer Personen im Zusammenhang mit Produktmängeln, GmbHR 2002, 809 ff.
- , Verschuldensabwägung bei Beweislastumkehr, in: Baums, Theodor/Wertenbruch, Johannes/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber: Zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, 437 ff.
- , Schuldrecht II, 14. Aufl., München 2007.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht II, 18. Aufl., München 2018.
- , Schuldrecht I, 22. Aufl., München 2021.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, Bürgerliches Recht, 28. Aufl., München 2021.
- Merkel, Rudolf*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895.
- Mertens, Hans-Joachim*, Der Referentenentwurf zur Änderung des Schadensersatzrechts, FamRZ 1968, 130 ff.
- , Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung, ZHR 143 (1979), 174 ff.
- , Verkehrspflichten und Deliktsrecht, VersR 1980, 397 ff.
- Mertens, Hans-Joachim/Mertens, Georg*, Zur deliktischen Eigenhaftung des Geschäftsführers einer GmbH bei Verletzung ihm übertragener organisatorischer Pflichten, JZ 1990, 488 ff.
- Meyer, Andreas/Veil, Rüdiger/Rönnau, Thomas* (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, München 2018 (zit.: MVR/Bearbeiter).
- Meyer, Ernst*, Rezension Biermann, VAE 12 (1941), 188.
- Meyer, Th.*, Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerlaubten Handlungen, DR 1924, 312 ff.
- Miceli, Thomas J.*, Economics of the Law, New York 1997.
- , The Economic Approach to Law, 3. Aufl., Stanford 2017.
- Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz): GmbHG, hrsg. v. Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica, 2 Bd., 3. Aufl., München 2017 (zit.: MHLS/Bearbeiter).
- Ministerium der Justiz (DDR)*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975, 2. Aufl., Berlin 1985.
- Mittelsdorf, Kathleen*, Unternehmensstrafrecht im Kontext, Heidelberg 2007.
- Morell, Alexander*, Nachfrage, Angebot und Märkte, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Tübingen 2017, 45 ff.
- Moréteau, Olivier*, Art. 6:102 Liability for Auxiliaries, in: European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien 2005.
- Morgan, Jonathan*, Liability for Independent Contractors in Contract and Tort: Duties to Ensure that Care is Taken, Cambridge L.J. 74 (2015), 109 ff.
- , Vicarious Liability for Independent Contractors, Professional Negligence 31 (2015), 235 ff.
- Mulheron, Rachael*, Principles of Tort Law, Cambridge 2016.
- , Principles of Tort Law, 2. Aufl., Cambridge 2020.
- Müller, Hans-Friedrich*, Grenzenlose Organhaftung für Patentverletzungen?, GRUR 2016, 570 ff.
- Müller-Erbach, Rudolf*, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910), 309 ff.

- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG*, hrsg. v. Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne, Bd. 2: §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019 (zit.: MünchKommAktG/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, 8. u. 9. Aufl. hrsg. v. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina, München, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, 9. Aufl. 2021, Bd. 2: Schuldrecht AT I, 9. Aufl. 2022, Bd. 3: Schuldrecht AT II, 9. Aufl. 2022, Bd. 5: §§ 535–630h, 9. Aufl. 2023, Bd. 7: §§ 705–853, 8. Aufl. 2020, Bd. 8: §§ 854–1296, 9. Aufl. 2023; 6. Aufl. hrsg. v. Säcker/Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Rebmann, Kurt, München, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, 2012, Bd. 5: §§ 705–853, 2013 (zit.: MünchKommBGB/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, hrsg. v. Fleischer, Holger/Goette, Wulf, Bd. 2: §§ 35–52, 4. Aufl., München 2023 (zit.: MünchKommGmbHG/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB*, 5. Aufl. hrsg. v. Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten, München, Bd. 1: §§ 1–104a, 2021, Bd. 5: §§ 343–406, 2021; 4. Aufl. hrsg. v. Schmidt, Karsten, München, Bd. 5: §§ 343–406, 2018 (zit.: MünchKommHGB/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG)*, hrsg. v. Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen, 2. Bd., 3. Aufl., München 2022 (zit.: MünchKommUWG/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB*, 4. Aufl. hrsg. v. Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, München, Bd. 1: §§ 1–37, 2020, Bd. 4: §§ 185–262, 2021 (zit.: MünchKommStGB/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz: VVG*, hrsg. v. Langheid, Theo/Wandt, Manfred, Bd. 3: Nebengesetze, Systematische Darstellungen, 2. Aufl., München 2017 (zit.: MünchKommVVG/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, hrsg. v. Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas, 3 Bd., 6. Aufl., München 2020 (zit.: MünchKommZPO/Bearbeiter).
- Münzberg, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt am Main 1966.
- Nater, Hans, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäß OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Bern 1970.
- Naumann, Klaus-Peter/Siegel, Daniel P., Wissensorganisation, ZHR 181 (2017), 273 ff.
- Nawrath, Axel, Die Haftung für Schäden durch Umweltchemikalien, Frankfurt am Main 1982.
- Neuner, Jörg, Das nachbarrechtliche Haftungssystem, JuS 2005, 385 ff.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020.
- Neuner, Robert, Respondeat Superior In The Light Of Comparative Law, La. L. Rev. 4 (1941), 1 ff.
- Newark, F. H., Bad Law, Northern Ireland Legal Quarterly 17 (1966), 469 ff.
- Nietsch, Michael, Die Garantenstellung von Geschäftsleitern im Außenverhältnis, CCZ 2013, 192 ff.
- Nipperdey, Hans Carl, Inwieweit haftet ein Berufsverein der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer für unzulässige Kampfhandlungen, und welche Änderungen des deutschen Rechtes sind hier, zugleich unter Beobachtung ausländischer Vorbilder, empfehlenswert?, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des Vierunddreißigsten Deutschen Juristentags, Bd. 1, Berlin 1926, 395 ff.
- , (Hrsg.), Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, München 1940.

- , Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777ff.
- , Rechtswidrigkeit und Schuld im Zivilrecht, KF 1959, 3 ff.
- Nitschke, Manfred*, Die Anwendbarkeit des im § 31 BGB enthaltenen Rechtsgedankens auf alle Unternehmensträger, NJW 1969, 1737ff.
- NK-BGB: NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, Bd. 1: Allgemeiner Teil, hrsg. v. Heidel, Thomas/Hüfstege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich, 4. Aufl., Baden-Baden 2021, Bd. 2: Schuldrecht, hrsg. v. Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner, 3 Tbd., 4. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit.: NK-BGB/Bearbeiter).
- NK-DatenschutzR: NomosKommentar Datenschutzrecht*, hrsg. v. Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmann, Indra, Baden-Baden 2019 (zit.: NK-DatenschutzR/Bearbeiter).
- NK-StGB: NomosKommentar Strafgesetzbuch*, hrsg. v. Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, 3 Bd., 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: NK-StGB/Bearbeiter).
- Noack, Ulrich/Servatius, Wolfgang/Haas, Ulrich* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, 23. Aufl., München 2022 (zit.: NSH/Bearbeiter).
- Nobbe, Gerd*, Verjährung von Forderungen im Bank- und Kapitalmarktrecht in der Praxis, ZBB 2009, 93 ff.
- Nolan, Virginia E./Ursin, Edmund*, Enterprise Liability and the Economic Analysis of Tort Law, Ohio St. L.J. 57 (1996), 835 ff.
- Odersky, Walter*, „Aktenwissen“ – Kenntnis – Arglist – Analogie, in: Brandner, Hans Erich/Hagen, Horst/Stürner, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß, Köln 2000, 135 ff.
- Oechsler, Jürgen*, Die Anwendung des § 826 BGB in Konzernfällen, ZIP 2021, 929 ff.
- Oertmann, Paul*, Die Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis, DR 1922, 5 ff.
- Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB, 7. Aufl., München 2021 (zit.: Oetker/Bearbeiter).
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 2, Tbd. 1: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1995.
- Ogorek, Regina*, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Köln 1975.
- Obly, Ansgar*, Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, GRUR 2017, 441 ff.
- Obly, Ansgar/Sosnitza, Olaf*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 8. Aufl., München 2023 (zit.: OS/Bearbeiter).
- Oldenbourg, Hans*, Die Wissenszurechnung, Mannheim 1934.
- Ormerod, David C./Laird, Karl*, Smith and Hogan's Criminal Law, 14. Aufl., Oxford 2015.
- Öry, Marika*, Kollektivität im Haftungsrecht, Tübingen 2020.
- Ossenbühl, Fritz*, Anm. BGH Urt. v. 11.1.2007 – Az. III ZR 302/05, JZ 2007, 690f.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013.
- O'Sullivan, Julie R.*, Federal White Collar Crime, 6. Aufl., St. Paul 2016.
- Otto, Hansjörg/Schwarze, Roland/Krause, Rüdiger*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl., Berlin 2014 (zit.: OSK/Bearbeiter).
- Otto, Harro*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., Berlin 2004.

- Owen, David G., *Products Liability Law*, 3. Aufl., St. Paul 2015.
- Paal, Boris P., Schadensersatzansprüche bei Datenschutzverstößen, MMR 2020, 14 ff.
- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO BDSG*, 3. Aufl., München 2021 (zit.: PP/Bearbeiter).
- Paba, Johannes, Antitrust Compliance: Managerial Incentives and Collusive Behavior, *Managerial and Decision Economics* 38 (2017), 992 ff.
- Parker, Jeffrey S., The Economics of Mens Rea, *Va. L. Rev.* 79 (1993), 741 ff.
- Paternoster, Raymond/Simpson, Sally, Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime, *Law & Soc’y Rev.* 30 (1996), 549.
- , A Rational Choice Theory of Corporate Crime, in: Clarke, Ronald V. (Hrsg.), *Routine activity and rational choice*, 2. Aufl., New Brunswick 2008, 37 ff.
- Payne, Jennifer, Corporate Attribution and the Lessons of Meridian, in: Davies, Paul S./Pila, Justine (Hrsg.), *The Jurisprudence of Lord Hoffmann: A Festschrift in Honour of Lord Leonard Hoffmann*, London 2015, 357 ff.
- Petersen, Jens, *Duldungspflicht und Umwelthaftung*, München 1996.
- Petersen, Julius, Wieweit soll der Arbeitgeber für außerkontraktliches Verschulden seiner Arbeiter haften?, in: DJT (Hrsg.), *Verhandlungen des Achtzehnten deutschen Juristentages*, Bd. 1: Gutachten, Berlin 1886, 275 ff.
- Petrin, Martin, *Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz*, Zürich 2004.
- v. d. Pfordten, Dietmar, *Rechtsphilosophie*, München 2013.
- Picker, Eduard, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, Bonn 1972.
- , Negatorische Haftung und Geldabfindung – Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme, in: Medicus, Dieter/Mertens, Hans-Joachim/Nörr, Knut Wolfgang/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart 1992, 625 ff.
- , Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübingen 1993, 315 ff.
- , Gutachterhaftung: Außervertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Medicus*, Köln 1999, 397 ff.
- , *Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz*, Tübingen 2019.
- Piens, Reinhart/Schulte, Hans-Wolfgang/Graf Vitzthum, Stephan, *Bundesberggesetz*, 3. Aufl., Stuttgart 2020 (zit.: PSG/Bearbeiter).
- Planck, Gottlieb (Begr.), *Planck’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl. hrsg. v. Strohal, Emil, Berlin, Bd. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1–240), 1913, Bd. 2/1: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil, §§ 241–432), 1914; Bd. 2/2: Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil, §§ 433–853), 1928 (zit.: Planck/Bearbeiter).
- Planck, Gottlieb (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 1907 (zit.: Planck/Bearbeiter).
- Plath, Kai-Uwe (Hrsg.), *DSGVO/BDSG*, 3. Aufl., Köln 2018 (zit.: Plath/Bearbeiter).
- Pleyer, Klemens, Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum, *AcP* 156 (1958), 291 ff.
- , § 1004 BGB und das „nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis“, *JZ* 1959, 305 ff.
- , Anm. BGH Urt. v. 21.9.1960 – Az. V ZR 89/59, *JZ* 1961, 499 ff.
- , Die Einstandspflicht des Unternehmers für seine Mitarbeiter im Rahmen des § 1004 BGB, *AcP* 161 (1962), 500 ff.

- Poelzig, Dörte, Private enforcement im deutschen und europäischem Kapitalmarktrecht, ZGR 2015, 801 ff.
- , Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., München 2021.
- Polinsky, Alan Mitchell, An Introduction to law and economics, 4. Aufl., New York 2011.
- Posch, Martin, Die materielle Verantwortlichkeit des Bürgers und der Betriebe im Zivilrecht, Staat und Recht 19 (1970), 1111 ff.
- , Grundsätze des Haftungsrechts im Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, RabelsZ 51 (1987), 334 ff.
- Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014.
- Priest, George L., The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law, J. Legal Stud. 14 (1985), 461 ff.
- ProdHaft-HdB: Produkthaftungshandbuch, hrsg. v. Foerste, Ulrich/Westphalen, Friedrich, Graf v., 3. Aufl., München 2012 (zit.: ProdHaft-HdB/Bearbeiter).
- Prütting, Hanns, Sachenrecht, 37. Aufl., München 2020.
- Puppe, Ingeborg, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991), 1 ff.
- , Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH, NStZ 1992, 576 f.
- , Feststellen, zuschreiben, werten: semantische Überlegungen zur Begründung von Strafurteilen und deren revisionsrechtlicher Überprüfbarkeit, NStZ 2012, 409 ff.
- , Beweisen oder Bewerten: Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz, ZIS 2014, 66 ff.
- , Tötungsvorsatz und Affekt – Über die neue Rechtsprechung des BGH zum *dolus eventualis* in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalthandlungen, NStZ 2014, 183 ff.
- , Der dolus eventualis und sein Beweis, ZIS 2019, 409 ff.
- , Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Raab, Thomas, Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht, JuS 2002, 1041 ff.
- Rabin, Robert L., Some Thoughts on the Ideology of Enterprise Liability, Md. L. Rev. 55 (1996), 1190 ff.
- Rachlitz, Richard, Wissen – Vorsatz – Zurechnung, Tübingen 2022.
- Raiser, Thomas, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969.
- , Unternehmensziele und Unternehmensbegriff, ZHR 144 (1980), 206 ff.
- , Unternehmen und juristische Person, in: Hadding, Walther (Hrsg.), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, Berlin 1999, 489 ff.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., München 2015.
- Reason, James T., Human error, Cambridge 1990.
- , Managing the risks of organizational accidents, Farnham 1997.
- , Human error: models and management, BMJ 320 (2000), 768 ff.
- Rehmann, Wolfgang A., Arzneimittelgesetz (AMG), 5. Aufl., München 2020.
- Reichert, Bernhard/Schimke, Martin/Dauernheim, Jörg (Hrsg.), Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl., Köln 2018 (zit.: RSD/Bearbeiter).
- Reiff, Peter, Die Anwendbarkeit der §§ 31 und 831 BGB im Rahmen der Handlungshaftung für Gewässerschäden aus § 89 Abs. 1 WHG, in: Ruffert, Matthias (Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts: Festschrift für Professor Dr. Meinhard Schröder zum 70. Geburtstag, Berlin 2012, 627 ff.
- Reindl, Max, Das Reichshaftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871, München 1901.

- Reineke, Werner*, Die Haftung der juristischen Person für die Handlungen ihrer Vertreter und Gehülfen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Minden 1900.
- Reinhardt, Rudolf*, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des Ein- und vierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1: Gutachten, Tübingen 1955.
- Reinking, Kurt/Kippels, Georg*, Arglisthaftung und Organisationsverschulden, ZIP 1988, 892 ff.
- Renner, Cornelius*, Die deliktische Haftung für Hilfspersonen in Europa, Berlin 2002.
- Reuber, Klaus*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, Berlin 1990.
- Reuter, Alexander*, Wissenszurechnung in Unternehmen, ZIP 2017, 310 ff.
- RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs* („Reichsgerichtsratekommentar“), hrsg. v. Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 12. Aufl., Berlin, Bd. I: §§ 1–240, 1982, 12. Lfg.: §§ 434–534, 1974, Bd. II/5: §§ 812–831, 1989, Bd. II/6: §§ 832–853, 1989 (zit.: RGRK/Bearbeiter).
- Rhomberg, Edmund*, Körperschaftliches Verschulden, München 1899.
- Riehm, Thomas*, „Dieselgate“ und das Deliktsrecht, DAR 2016, 12 ff.
- Rittner, Fritz*, Die werdende juristische Person, Tübingen 1973.
- , Aktiengesellschaft oder Aktienunternehmen?, ZHR 144 (1980), 330 ff.
- Robbins, Stephen P./Judge, Timothy A.*, Essentials of Organizational Behavior, 14. Aufl., Harlow 2017.
- Roberto, Vito*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.
- Roberto, Vito/Petrin, Martin*, Organisationsverschulden aus zivilrechtlicher Sicht, in: Niggli, Marcel A./Amstutz, Marc (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen: Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 69 ff.
- Rödl, Florian*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, Baden-Baden 2015.
- Rogge, Ingo*, Selbständige Verkehrspflichten bei Tätigkeiten im Interesse Dritter, Köln 1997.
- Rohe, Mathias*, Gründe und Grenzen deliktischer Haftung – die Ordnungsaufgaben des Deliktsrechts (einschließlich der Haftung ohne Verschulden) in rechtsvergleichender Betrachtung, AcP 201 (2001), 117 ff.
- Rolland, Walter*, Produkthaftungsrecht, Köln 1990.
- Roth, Herbert*, Haftungseinheiten bei § 254 BGB, München 1982.
- Rott, Peter*, Stellvertretungsrecht und Verbraucherschutz, in: Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (Hrsg.), Droit de la consommation: Liber Amicorum Bernd Stauder, Genève 2006, 405 ff.
- Rottkemper, Michael*, Deliktische Außenhaftung der Leitungsorganmitglieder rechtsfähiger Körperschaften, Frankfurt am Main 1996.
- Roxin, Claus*, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in: Rogall, Klaus/Puppe, Ingeborg/Stein, Ulrich/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, 243 ff.
- Roxin, Claus/Greco, Luís*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020.
- Rümelin, Gustav*, Culpahaftung und Causalhaftung, AcP 88 (1898), 285 ff.
- Rümelin, Max*, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen BGB zur Schadensersatzpflicht, Freiburg im Breisgau 1896.

- , Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.
- Rümker, Dietrich*, Gläubigerbenachteiligung durch Gewährung und Belassung von Krediten, ZHR 143 (1979), 195 ff.
- Rupp, Hans Heinrich*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl., Tübingen 1991.
- Ruppenthal, Miriam*, Der bedingte Tötungsvorsatz, Berlin 2017.
- Ruth, Rudolf*, Rezension zu Weigert, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, AcP 126 (1926), 353.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz: GG, 9. Aufl., München 2021 (zit.: Sachs/Bearbeiter).
- Sack, Rolf*, Der subjektive Tatbestand des § 826 BGB, NJW 2006, 945 ff.
- Saenger, Kurt*, Erläuterung des § 31 bürgerlichen Gesetzbuches, Weimar 1903.
- Sajnovits, Alexander*, Ad-hoc-Publizität und Wissenszurechnung, WM 2016, 765 ff.
- Salje, Peter/Peter, Jörg*, Umwelthaftungsgesetz: UmweltHG, 2. Aufl., München 2005 (zit.: SP/Bearbeiter).
- Sandberger, Andreas*, Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, Baden-Baden 1997.
- Sandmann, Bernd*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, Tübingen 2001.
- v. Savigny, Friedrich Carl*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, Berlin 1840.
- Schäfer, Alfred/Bonk, Heinz Joachim*, Staatshaftungsgesetz (StHG), München 1982 (zit.: SB/Bearbeiter).
- Schäfer, Carsten*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), 397 ff.
- Schäfer, Hans-Bernd*, Haftung für fehlerhafte Wertgutachten aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, AcP 202 (2002), 808 ff.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2020.
- Schäfer, Maxi*, Das neue Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft – ein Paradigmenwechsel innerhalb des deutschen Strafrechts?, wistra 2021, 89 ff.
- Schäfer, Susanne*, Die Deliktsfähigkeit juristischer Personen, Frankfurt am Main 2001.
- Schaub, Harald*, Wahrnehmung, Aufmerksamkeit und »Situation Awareness« (SA), in: Badke-Schaub, Petra/Hofinger, Gesine/Lauche, Kristina (Hrsg.), Human Factors, Dordrecht 2012, 63 ff.
- Scheuner, Ulrich*, Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DÖV 1955, 545 ff.
- Schiemann, Anja*, Anm. BGH Urt. v. 26.4.2016 – Az. 2 StR 484/14, NStZ 2017, 24.
- Schilken, Eberhard*, Wissenszurechnung im Zivilrecht, Bielefeld 1983.
- Schilling, Wolfgang*, Das Aktienunternehmen, ZHR 144 (1980), 136 ff.
- Schimikowski, Peter*, Haftung für Umweltrisiken, Sankt Augustin 1991.
- Schirmer, Jan-Erik*, Das Körperschaftsdelikt, Tübingen 2015.
- , Robotik und Verkehr, RW 2018, 453 ff.
- Schlechtriem, Peter*, Angleichung der Produkthaftung in der EG, VersR 1986, 1033 ff.
- , Dogma und Sachfrage: Überlegungen zum Fehlerbegriff des Produkthaftungsgesetzes, in: Löwisch, Manfred/Schmidt-Leithoff, Christian/Schmiedel, Burkhard (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München 1991, 545 ff.
- , Organisationsverschulden als zentrale Zurechnungskategorie, in: Doerry, Jürgen/Watzke, Hans-Georg (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag, Wiesbaden 1995, 281 ff.

- Schmalhorst, Regine*, Die Tierhalterhaftung im BGB von 1896, Frankfurt am Main 2002.
- Schmidhäuser, Eberhard*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit“), JuS 1980, 241 ff.
- Schmidt, Eike*, Zur Dogmatik des § 278 BGB, AcP 170 (1970), 502 ff.
- Schmidt, Karsten*, Vom Handelsrecht zum Unternehmens-Privatrecht?, JuS 1985, 249 ff.
- , Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, Hamburg 1987.
- , Rezension Reuber, ZHR 155 (1991), 306 ff.
- , Haftung und Zurechnung im Unternehmensbereich – Grundlagen im Zivil- und Versicherungsrecht, KF 1993, 4 ff.
- , Gehilfenhaftung – Leutehaftung – Unternehmenshaftung: Handelsrechtsgeschichte als Aufruf zu modernem und rechtsschöpferischem Umgang mit Zivilrechtsproblemen, in: Schmidt, Karsten/Schwark, Eberhard (Hrsg.), Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung: Festschrift für Peter Raisch zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin 1995, 189 ff.
- , Wozu noch Handelsrecht?, JBl 1995, 341 ff.
- , Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.
- , Fünf Jahre „neues Handelsrecht“, JZ 2003, 585 ff.
- , Der Entwurf eines Unternehmensgesetzbuchs – eine rechtspolitische Analyse, JBl 2004, 31 ff.
- , Handelsrecht, 6. Aufl., Köln 2014.
- Schmidt-Salzer, Joachim*, Produkthaftung Bd. III/1 Deliktsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1990.
- , Kommentar zum Umwelthaftungsrecht, Heidelberg 1992.
- , Unternehmens- und Mitarbeiterhaftung im deutschen und europäischen Produkt- und Umwelthaftungsrecht, in: Ahrens, Martin/Simon, Martin (Hrsg.), Umwelthaftung, Risikosteuerung und Versicherung, Berlin 1996, 59 ff.
- Schmitz, Frank W.*, Die deliktische Haftung für Arbeitnehmer, Berlin 1994.
- Schmolke, Klaus Ulrich*, Private Enforcement und institutionelle Balance, NZG 2016, 721 ff.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch: StGB, bearb. v. Eser, Albin et al., 30. Aufl., München 2019 (zit.: SchSch/Bearbeiter).
- Schröder, Horst*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, in: Wegner, Artur (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949, Berlin 1949, 207 ff.
- Schröder, Jochen*, Die wasserrechtliche Gefährdungshaftung nach § 22 WHG in ihren bürgerlichrechtlichen Bezügen, BB 1976, 63 ff.
- Schubert, Werner* (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Bd. I: Ausschluß für Aktienrecht, Berlin 1986.
- , (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Bd. III 1: Volksgesetzbuch Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, Berlin 1988.
- , Einleitung, in: Schubert, Werner (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Bd. III 1: Volksgesetzbuch Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, Berlin 1988, 1 ff.
- , (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Bd. III 4: Ausschluß für Personen-, Vereins- und Schuldrecht 1937–1939, Berlin 1993.
- , (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Bd. III 5: Ausschluß für Schadensersatzrecht, Ausschluß für das Recht der Betätigungsverträge, Ausschluß für landwirtschaftliches Pachtrecht, Berlin 1993.

- , Das Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3.5.1909, ZRG GA 2000, 238 ff.
- Schünemann, Bernd*, Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, 363 ff.
- Schürnbrand, Jan*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007.
- , Rezension Schirmer, ZHR 180 (2016), 131 ff.
- Schwab, Dieter/Löhnig, Martin*, Einführung in das Zivilrecht, 20. Aufl., Heidelberg 2016.
- Schwab, Martin*, Keine Pflicht des Recyclingunternehmers zur Suche nach einbetonierten Bomben im Bauschutt, JuS 2020, 272 ff.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl., München 2020 (zitiert: SZ/Bearbeiter).
- Schwartz, Gary T.*, The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability, Ga. L. Rev. 15 (1981), 963 ff.
- , The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law, Ga. L. Rev. 26 (1992), 601 ff.
- , The Hidden and Fundamental Issues of Employer Vicarious Liability, S. Cal. L. Rev. 69 (1996), 1739 ff.
- , Liability for Damage Caused by Others under U.S. Law, in: Spier, Jaap (Hrsg.), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, The Hague 2003, 279 ff.
- Schweiger, Theresa*, Zur Tendenz der Normativierung der Vorsatzfeststellung am Beispiel der aktuellen Raser-Fälle, HRRS 2018, 407 ff.
- Sealy, L. S.*, The Corporate Ego and Agency Untwined, Cambridge L.J. 1995, 507 ff.
- Seibt, Christoph H.*, Europäische Finanzmarktregulierung zu Insiderrecht und Ad hoc-Publizität, ZHR 177 (2013), 388 ff.
- Seibt, Christoph H./Wollenschläger*, Revision des Marktmissbrauchsrechts durch Marktmissbrauchsverordnung und Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Marktmanipulation, AG 2014, 593 ff.
- Seidel, Andreas*, Die wertende Wissenszurechnung, Tübingen 2021.
- Seiler, Hans Hermann*, Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht, JZ 1967, 525 ff.
- Seitz, Björn*, Vorsatzausschluss in der D&O-Versicherung – endlich Licht im Dunkeln!, VersR 2007, 1476 ff.
- Seligsohn, Franz*, Haftpflichtgesetz, 2. Aufl., Berlin 1931.
- Senders, John W./Moray, Neville*, Human Error, Hillsdale 1991.
- Seuser, Anna Alexandra*, Die Haftung für nachteiligen Gewässeränderungen und die Sanierung von Gewässern (§§ 89, 90 WHG), NuR 2013, 248 ff.
- Sharkey, Catherine M.*, Institutional Liability for Employees' Intentional Torts, Val. U. L. Rev. 53 (2018), 1 ff.
- Shavell, Steven*, Strict Liability versus Negligence, J. Legal Stud. 9 (1980), 1 ff.
- , The Judgment Proof Problem, Int'l Rev. L. & Econ. 6 (1986), 45 ff.
- , Economic Analysis of Accident Law, Cambridge, Mass. 1987.
- , Liability and the Incentive to Obtain Information About Risk, J. Legal Stud. 21 (1992), 259 ff.
- , Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge, Mass. 2004.
- , The Mistaken Restriction of Strict Liability to Uncommon Activities, J. Legal Analysis 10 (2018), 1 ff.

- Sieder, Frank/Zeitler, Herbert/Dahme, Heinz/Knopp, Günther-Michael*, Wasserhaushaltsgesetz Abwasserabgabengesetz, hrsg. v. Gößl, Thomas/Rossi, Matthias, 57. Erglfg., München 2022 (zit.: SZDK/Bearbeiter).
- Simitis, Spiros*, Grundfragen der Produzentenhaftung, Tübingen 1967.
- , Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, in: DJT (Hrsg.), Verhandlungen des Siebenundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten, München 1968.
- SK-StGB: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hrsg. v. Wolter, Jürgen, Bd. 1: §§ 1–37, 9. Aufl., Köln 2017 (zit.: SK-StGB/Bearbeiter).
- Smith, John Cyril*, Case Comment British Steel, Crim. L. Rev. 1995, 654 ff.
- Sobota, Katharina*, Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen 1997.
- Soergel, Hans Theodor* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart, 13. Aufl., Bd. 1: Allgemeiner Teil 1, §§ 1–103, 2000, Bd. 3/2: Schuldrecht 1/2, §§ 243–304, 2014; Bd. 12: Schuldrecht 10, §§ 823–853, 2005; 10. Aufl., Bd. 2: Schuldrecht I (§§ 241–610), 1967 (zit.: Soergel/Bearbeiter).
- Sonnenberger, Hans Jürgen*, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016, Erster Teil: Quellen der Schuldverhältnisse, ZEuP 2017, 6 ff.
- , Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016, Zweiter Teil: Allgemeine Vorschriften, régime général, und Beweis, preuve, der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten, ZEuP 2017, 778 ff.
- Spickhoff, Andreas*, Gesetzesverstoß und Haftung, Köln 1998.
- , Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, 2530 ff.
- , Die Grundstruktur der deliktischen Verschuldenshaftung, JuS 2016, 865 ff.
- Spiecker gen. Döhmann, Indra*, Zur Zukunft systemischer Digitalisierung – Erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen, CR 2016, 698 ff.
- Spindler, Gerald*, Rezension Kleindiek, AG 2002, 111 f.
- , Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl., Göttingen 2011.
- , Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, DB 2016, 937 ff.
- , Digitale Wirtschaft – analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, JZ 2016, 805 ff.
- Spiro, Karl*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- StaatsR-HdB: Handbuch des Staatsrechts*, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, hrsg. v. Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, 3. Aufl., Heidelberg 2010 (zit.: StaatsR-HdB/Bearbeiter).
- Stathopoulos, Michael*, Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, 631 ff.
- v. *Staudinger, J.* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, §§ 21–79, Neubearb. 2019, Neubearb. 2005, §§ 90–124, 130–133, Neubearb. 2021, §§ 249–254, Neubearb. 2021, §§ 255–304, Neubearb. 2019, § 823 A–D, Neubearb. 2017, §§ 823 E–I, 824, 825, Neubearb. 2021, §§ 826–829, ProdHaftG, Neubearb. 2021, §§ 830–838, Neubearb. 2022, §§ 839, 839a, Neubearb. 2020, Umwelthaftungsrecht, Neubearb. 2017, §§ 985–1011, Neubearb. 2019; 12. Aufl., Einleitung, Allgemeiner Teil, §§ 1–89, 1980 (zit.: Staudinger/Bearbeiter).

- Steege, Hans*, Organisationspflichten und Organisationsverschulden, Legitimation, Haftungs begründung und Haftungsvermeidung, Baden-Baden 2022.
- Steffen, Erich*, Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung für Umweltschäden, in: Breuer, Rüdiger/Kloepfer, Michael/Marburger, Peter/Schröder, Meinhard (Hrsg.), Umweltschutz und Privatrecht, Düsseldorf 1990, 71 ff.
- , Haftung im Wandel, ZVersWiss 1993, 13 ff.
- Steindorff, Ernst*, Repräsentanten- und Gehilfenversagen und Qualitätsregelungen in der Industrie, AcP 170 (1970), 93 ff.
- Stevens, Robert*, Torts and Rights, Oxford 2007.
- , Vicarious liability or vicarious action?, L. Q. Rev. 123 (2007), 30 ff.
- Stöhr, Alexander*, Der objektive Empfängerhorizont und sein Anwendungsbereich im Zivilrecht, JuS 2010, 292 ff.
- Stoll, Hans*, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, 137 ff.
- , Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963), 203 ff.
- Stone, Christopher D.*, The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct, Yale L.J. 90 (1980), 1 ff.
- StrafR-HdB: Handbuch des Strafrechts*, hrsg. v. Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian, Bd. 2: Strafrecht Allgemeiner Teil I, Heidelberg 2020 (zit.: *StrafR-HdB/Bearbeiter*).
- Strickler, Hanspeter*, Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, Zürich 1982.
- Stumpf, Berthold*, Die Entstehung des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838, Die Reichsbahn (RB) 1938, 1056 ff.
- Swoboda, Ernst*, Die Neugestaltung des Schadensersatzrechts, ZHR 109 (1942), 269 ff.
- Sykes, Alan O.*, The Economics of Vicarious Liability, Yale L.J. 93 (1984), 1231 ff.
- , The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines, Harv. L. Rev. 101 (1988), 563 ff.
- Taschner, Hans Claudius*, Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, NJW 1986, 611 ff.
- , Produkthaftung – Noch einmal: Verschuldenshaftung oder vom Verschulden unabhängige Haftung?, ZEuP 2012, 560 ff.
- Taupitz, Jochen*, Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, KF 1994, 16 ff.
- , Ökonomische Analyse des Haftungsrechts – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), 114 ff.
- Tavakoli, Anusch Alexander*, Privatisierung und Haftung der Eisenbahn, Baden-Baden 2001.
- Terré, François*, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris 2011.
- Teubner, Gunther*, Digitale Rechtssubjekte?, AcP 218 (2018), 155 ff.
- Theisel, Helmut*, Probleme der wasserrechtlichen Gefährdungshaftung, BB 1965, 637 ff.
- Thomale, Chris*, Kapitalmarktinformationshaftung ohne Vorstandswissen, NZG 2018, 1007 ff.
- Thommen, Jean-Paul/Achleitner, Ann-Kristin/Gilbert, Dirk Ulrich/Hachmeister, Dirk/Jarchow, Svenja/Kaiser, Gernot*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 9. Aufl., Wiesbaden 2020.
- Thöne, Meik*, Autonome Systeme und deliktische Haftung, Tübingen 2020.

- Todd, Stephen*, Vicarious Liability on the Move – But Where Should It Stop?, *J. Int'l & Comp. L.* 7 (2020), 1 ff.
- Tofaris, Stelios*, Vicarious Liability and Non-Delegable Duty for Child Abuse in Foster Care: A Step Too Far?, *Mod. L. Rev.* 79 (2016), 884 ff.
- , The negligence liability of local authorities for failure to protect children from abuse: where to draw the line?, *Professional Negligence* 34 (2018), 190 ff.
- Tröger, Tobias*, Arbeitsteilung und Vertrag, Tübingen 2012.
- Trück, Thomas*, Die Problematik der Rechtsprechung des BGH zum bedingten Tötungsvorsatz, *NStZ* 2005, 233 ff.
- v. Tuhr, Andreas*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1910.
- , Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2/2, Berlin 1918.
- Ulmer, Peter*, Die deliktische Haftung aus der Übernahme von Handlungspflichten, *JZ* 1969, 163 ff.
- Ulmer, Peter/Habersack, Matthias/Löbbe, Marc* (Hrsg.), GmbHG Großkommentar, Bd. II: §§ 29–52, 2. Aufl., Tübingen 2014 (zit.: UHL/Bearbeiter).
- Unberath, Hannes*, Deliktische Haftung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und gestörte Gesamtschuld, *JuS* 2004, 662 ff.
- Unger, Joseph*, Handeln auf eigene Gefahr, Jena 1893.
- Vahs, Dietmar/Schäfer-Kunz, Jan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 8. Aufl., Stuttgart 2021.
- van Gelder, Jean-Louis*, Dual-Process Models of Criminal Decision Making, in: Bernasco, Wim/van Gelder, Jean-Louis/Elffers, H. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Offender Decision Making*, Oxford 2017, 166 ff.
- van Gelder, Jean-Louis/de Vries*, Traits and States: Integrating Personality and Affect into A Model of Criminal Decision Making, *Criminology* 50 (2012), 637 ff.
- Vehreschild, Matthias*, Die Verkehrspflichthaftung des GmbH-Geschäftsführers, Frankfurt am Main 1999.
- VersR-HdB: Versicherungsrechts-Handbuch*, hrsg. v. Beckmann, Roland Michael/Matusche-Beckmann, Annemarie, 3. Aufl., München 2015 (zit.: VersR-HdB/Bearbeiter).
- Verse, Dirk A.*, Organwalterhaftung und Gesetzesverstoß, *ZHR* 170 (2006), 398 ff.
- Vines, Prue*, Introduction, in: Sappideen, Carolyn/Vines, Prue (Hrsg.), *Fleming's The Law of Torts*, 10. Aufl., Pyrmont 2011, 3 ff.
- Vogel, Joachim*, Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes, *GA* 2006, 386 ff.
- Vollmer, Lothar*, Haftungsbefreiende Übertragung von Verkehrssicherungspflichten, *JZ* 1977, 371 ff.
- Waespi, Oliver*, Organisationshaftung, Bern 2005.
- Wagner, Gerhard*, Die Aufgaben des Haftungsrechts – eine Untersuchung am Beispiel der Umwelthaftungsrechts-Reform, *JZ* 1991, 175 ff.
- , Haftung, in: Kimminich, Otto/v. Lersner, Heinrich/Storm, Peter-Christoph (Hrsg.), *Handwörterbuch des Umweltrechts: Bd. I: Abfallabgabe – Mosel*, 2. Aufl., Berlin 1994, 954–982.
- , Persönliche Haftung der Unternehmensleitung: die zweite Spur der Produkthaftung?, *VersR* 2001, 1057 ff.
- , Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden 2003, 189 ff.
- , Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206 (2006), 352 ff.

- , Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen*, Karlsruhe 2006, 5 ff.
- , Reform des Schadensersatzrechts, *JBl* 2008, 2 ff.
- , Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes – Versuch einer Neubegründung, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Köln 2009, 589 ff.
- , Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, *ZHR* 178 (2014), 227 ff.
- , Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *RabelsZ* 80 (2016), 717 ff.
- , Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe, *ZGR* 2016, 112 ff.
- , Anm. BGH Urt. v. 28.6.2016 – Az. VI ZR 536/15, *JZ* 2017, 522 ff.
- , Wissenszurechnung: Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Grundlagen, *ZHR* 181 (2017), 203 ff.
- , Steuerung unternehmerischen Verhaltens durch Verbandsstrafen – Präventionsgewinne durch Sanktionierung von Unternehmen?, *NZWiSt* 2018, 399 ff.
- , Verantwortlichkeit im Zeichen digitaler Techniken, *VersR* 2020, 717 ff.
- , Deliktsrecht, 14. Aufl., München 2021.
- , Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette, *ZIP* 2021, 1095 ff.
- Waldkirch, Conrad*, *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht*, Tübingen 2018.
- Walter, Maria*, *Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht*, Bern 2005.
- Walter, Tonio*, *Der vermeintliche Tötungsvorsatz von „Rasern“*, *NJW* 2017, 1350 ff.
- Waltermann, Raimund*, *Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts*, *AcP* 192 (1992), 182 ff.
- , Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften, *NJW* 1993, 889 ff.
- Wandt, Manfred*, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 11. Aufl., München 2022.
- Wantzen, Kai*, *Unternehmenshaftung und Enterprise Liability*, Tübingen 2007.
- Weigert, Hans Werner*, *Die ausservertragliche Haftung von Grossbetrieben für Angestellte*, Berlin 1925.
- Weinrib, Ernest Joseph*, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Mass. 1995.
- , Corrective Justice in a Nutshell, *U. Toronto L.J.* 52 (2002), 349 ff.
- Weissmann, Andrew*, *A New Approach to Corporate Criminal Liability*, *Am. Crim. L. Rev.* 44 (2007), 1319 ff.
- Weitnauer, Hermann*, *Zum Schutz der absoluten Rechte*, *KF* 1961, 28 ff.
- , Die Haftung des Warenherstellers, *NJW* 1968, 1593 ff.
- , Aktuelle Fragen des Haftungsrechts, *VersR* 1970, 585 ff.
- , Haftung für gefährliche Anlagen, in: Institut für das Recht der Europäischen Gemeinschaften der Universität Köln (Hrsg.), *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa*, Köln 1971, 147 ff.
- Weller, Marc-Philippe/Kaller, Luca/Schulz, Alix*, *Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland*, *AcP* 216 (2016), 387 ff.
- Wells, Celia*, *Corporate liability for crime: the neglected question*, *Int'l Banking & Fin. L.* 14 (1995), 42 ff.
- , *Corporations and Criminal Responsibility*, 2. Aufl., Oxford 2001.
- Wenzel, Joachim*, *Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht*, *NJW* 2005, 241 ff.

- Wernicke, Gefährdungshaftung nach §22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958, 772 ff.
- Werro, Franz/Palmer, Vernon Valentine/Hahn, Anne-Catherine, Synthesis and survey of the cases and results, in: Werro, Franz/Palmer, Vernon Valentine (Hrsg.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Bern 2004, 387 ff.
- Westen, Klaus, Zur Frage einer Garantie- und Risikohaftung für sogenannte „Verkehrspflichtverletzungen“, in: Esser, Josef/Thieme, Hans (Hrsg.), *Festschrift für Fritz von Hippel*, Tübingen 1967, 591 ff.
- Westerhoff, Daniela, *Die deliktische Außenhaftung geschäftsführender Organwalter von Kapitalgesellschaften*, Hamburg 2014.
- Westerhoff, Ralph, *Organ und (gesetzlicher) Vertreter*, München 1993.
- Westerkamp, Die Haftpflicht, in: Endemann, Wilhelm (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, Leipzig 1885, 616 ff.
- Wetzel, Rita, *Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen (unter besonderer Berücksichtigung der Wissenszurechnung)*, Tübingen 1971.
- Weyers, Hans-Leo, *Unfallsschäden*, Frankfurt am Main 1971.
- White, G. Edward, *The Intellectual Origins of Torts in America*, Yale L.J. 86 (1977), 671 ff.
- Wicke, Hartmut, Haftung für Verrichtungsgehilfen in der europäischen Rechtsgeschichte, in: Thier, Andreas/Pfeifer, Guido/Grzimek, Philipp (Hrsg.), *Kontinuitäten und Zäsuren in der europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1999, 165 ff.
- , *Respondeat Superior*, Berlin 2000.
- , *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, 4. Aufl., München 2020.
- Widmer, Pierre, *Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law*, in: Spier, Jaap (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague 2003, 259 ff.
- , *Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene*, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden 2003, 147 ff.
- , *Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution)*, in: Widmer, Pierre (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Fault*, The Hague 2005, 331 ff.
- , *Art. 4:101 Fault*, in: *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wien 2005.
- Widmer, Pierre/Wessner, Pierre, *Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf und Erläuternder Bericht*, 2000, abrufbar beim schweizerischen Bundesamt für Justiz unter <https://t1p.de/ekbws> (abgerufen am 28.12.2022).
- Wieacker, Franz, *Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht*, JZ 1957, 535 ff.
- Wiethölter, Rudolf, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, Karlsruhe 1960.
- Wigmore, John H., *Tripartite Division of Torts*, Harv. L. Rev. 8 (1894–1895), 200 ff.
- Wilburg, Walter, *Der Unternehmer im Schadensrecht*, in: *Universität Graz (Hrsg.), Wissenschaftliches Jahrbuch 1940*, Graz 1940, 51 ff.
- , *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg 1941.
- Wilhelmi, Rüdiger, *Risikoschutz durch Privatrecht*, Tübingen 2009.

- , Beschränkung der Organhaftung und innerbetrieblicher Schadensausgleich, NZG 2017, 681 ff.
- Wilkinson, Meaghan*, Corporate Criminal Liability – The Move towards Recognising Genuine Corporate Fault, Canterbury L.Rev. 9 (2003), 142 ff.
- Will, Michael R.*, Quellen erhöhter Gefahr, München 1980.
- Williams, Glanville*, Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?, L. Q. Rev. 72 (1956), 522 ff.
- Windbichler, Christine*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., München 2017.
- Winfield, Percy Henry*, The Abolition of the Doctrine of Common Employment, Cambridge L.J. 10 (1949), 191 ff.
- Witting, Christian*, So v HSBC Bank Plc: Banks, Dangerous Documents and Other People's Money, L. Q. Rev. 126 (2010), 39 ff.
- , Street on Torts, 15. Aufl., Oxford 2018.
- Wochner, Manfred*, Einheitliche Schadensteilungsnorm im Haftpflichtrecht, Heidelberg 1972.
- Wolf, Ernst*, Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970), 181 ff.
- Wolf, Manfred*, Schuldnerhaftung bei Automatenversagen, JuS 1989, 899 ff.
- Wolff, Hans Julius*, Organschaft und juristische Person, Berlin 1933.
- Wolff, Heinrich A.*, Der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ als Verfassungsrechtssatz, AöR 124 (1999), 55 ff.
- Worthington, Sarah E.*, Sealy and Worthington's Text, Cases, and Materials in Company Law, 11. Aufl., Oxford 2016.
- , Corporate Attribution and Agency: Back to Basics, L. Q. Rev. 133 (2017), 118 ff.
- Wybitul, Tim/Haß, Detlef/Albrecht, Jan Philipp*, Abwehr von Schadensersatzansprüchen nach der Datenschutz-Grundverordnung, NJW 2018, 113 ff.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Die Haftung für gefährliche Anlagen in den EWG-Ländern sowie in England und den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1966.
- , Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Sachverzeichnis

- Abgasmanipulation 1, 122f., 262, 383f., 643f.
- Absicht 585, 613, 630f., 645, 707
- Ackerlehm-Fall 468
- ADHGB 4, 79
- Ad-hoc-Publizitätshaftung 261f., 268ff., 342ff., 355, 398f.
 - Organisationshaftung 269f., 343f., 398f.
- Aggregation 220f., 225
- Airbag-Fall 140f., 162, 423, 525f., 553, 563
- Akademie für Deutsches Recht 12, 13f., 151f., 208, 431, 751f.
- Aktivitätsniveau 113f., 248, 438ff., 443, 457, 476f.
- Allgemeindelikt 237
- Amerikanisches Recht, *siehe* US-amerikanisches Recht
- Amtshaftung 157, 159, 185ff., 206, 224, 583f., 685, 699
 - Rechtsfolgen 200ff.
 - Verschulden 192ff.
 - Voraussetzungen 187ff.
- Amtspflichtverletzung 186, 189ff., 195f.
- Anknüpfungstat 279f., 693ff.
- Anlageberatung 16, 351f., 582, 607, 635, 637, 664, 673, 689
- Anlagenhaftung 14, 433, 447ff., 450f., 453, 457, 472
- Apfelschorf-I-Fall 377, 525,
- Apfelschorf-II-Fall 525f., 545, 563
- Äquivalenzprinzip 338, 341
- Arbeitnehmerhaftung 126f., 159f., 271ff., 685f., 732
 - Außenhaftung 159f., 275ff., 685ff., 732
 - Beschränkung 159f., 275ff., 685ff., 732
 - England 181ff.
 - Frankreich 159, 181f., 685
 - Freistellung 8, 126f.
 - Innenverhältnis 8, 51f., 126f., 697f.
 - Regress 8, 126f.
 - Sonderdeliktsrecht 263f., 267f.
 - Unternehmenskosten 52, 55, 124, 143f.
- Arbeitsteilung 31, 57, 61f., 111, 132ff., 136f., 221f., 388, 444f., 549
 - Produkthaftung 138f., 207, 337f., 390f.
 - Störerhaftung 411, 412f.
 - Unternehmenspflichten 305f., 314, 316
- ärztlicher Heileingriff 232
- Audi AG 382
- äußere Sorgfalt 499ff., 506ff., 519, 522
 - Beweislast 377, 522f.
 - Staatshaftung 195f.
- Auswahlverschulden 4, 6f., 54, 64, 157f., 309f., 681f., 720ff., 726
- Automatisierung 16, 110, 129, 137f., 139f., 378, 406, 411, 454f., 562, 576
- Autonome Systeme 14, 16, 138
- Avant-project Catala* 213f.

- Badarmaturen-Fall 266
- Basaltwolle-Fall 330, 331f., 653
- Baustoff-Fall 44, 89, 273, 283, 284, 305, 311, 364f., 703
- Beamtenhaftung 163, 185ff., 187f., 189f., 192f., 193f., 199, 203
- Berufshaftung 244, 253f.
- Berufspflicht 237f., 253f., 274f.
 - Begriff 237, 254
- Beschützergarant 244, 252, 275
- Beseitigungsanspruch 406ff., 416ff.
 - Staatshaftung 202
- Betriebsgefahr 458, 460ff.
 - erhöhte 464ff., 488, 494
- Betriebsunternehmer 32, 431, 435, 442, 448ff., 455

- Beweiserleichterung 16, 54, 116, 122, 138, 222 f., 374 ff., 386 ff., 389 ff., 425, 445, 589
 Beweislast 52 f., 222 f.
 – Fahrlässigkeit 505 f., 516 f., 548
 – Gehilfendelikt 58 f., 61 f., 706 ff., 708 ff.
 – Geschäftsherrnhftung 12, 63, 151 f., 207 f., 209, 682, 706, 709 ff., 720 ff., 735 f.
 – Staatshaftung 195 f., 197
 – Störerhaftung 417
 – Unternehmen 7 f., 14, 95 f., 445, 720 ff.
 – Vorsatzhaftung 259, 381 ff., 589 f., 595, 706
 Beweislastumkehr 212 f., 376 ff.
 – Begründung 207, 376 ff., 389 ff.
 – Krankenträger 380 f.
 – Produkthaftung 2, 15 f., 140 f., 207, 376 ff., 390 f.
 – Umwelthaftung 379 f.
 – Unternehmenshaftung 212 f., 215 f., 222 f., 374 ff., 425, 432
 Bewusstsein der Tatbestandsverwirklichung 611, 614, 616 f., 618, 620, 621 f.
 bezogene Norm 290, 323, 334, 348
 Bienenflug-Fall 118, 234
 Billigungstheorie 586, 587 f., 596 f., 599, 611, 629, 631 f., 652 f.
 Blitzpfeil-Fall 531 ff.
 BMW AG 140 f., 525 f., 553, 563
bounded rationality 104 f., 121, 125, 592 f.
 Britisches Recht *siehe* Englisches Recht
 Brokerhaftung 388, 644
 Brunnensalz-Fall 360, 361, 378

casum sentit dominus 106, 114, 146, 439, 443, 476
cheapest cost avoider 124 f.
cheapest insurer 124 f.
 Coase-Theorem 124
corrective justice 433, 434
 Costedoat-Fall 159, 181 f., 685
culpa in contrahendo 7, 55, 177, 332

 D&O-Versicherung 123, 127, 141 f.
 Darlegungslast, sekundäre *siehe* sekundäre Darlegungslast
 Datenschutz 270 f., 335 ff., 397
 – England 176
 – Organisationshaftung 270 f., 336 f., 397
 – Organisationsrisiko 397
 – Pflichten 85, 165, 236 f., 270 f., 335 f., 542
 – Zurechnung 335 ff., 355
 DCFR 216 ff., 756
 – Fahrlässigkeitshaftung 216 ff., 395, 503, 540
 – Gefährdungshaftung 14, 462 f., 475
 – Geschäftsherrnhftung 12, 53, 153, 216, 702 f., 756
 – Organisationsverschulden 217 f., 221, 395 f.
 – Organtheorie 300
 – Unternehmenshaftung 22, 216 ff., 228, 395 f., 420, 432, 665, 743
 – Vorsatzhaftung 216 f., 220 f., 395, 613, 665
 – Wissenszurechnung 220 f., 395
 Deliktshaftungsfähigkeit 400 f., 421 f., 519, 542
 Deliktsrecht
 – England 20 f., 53, 154, 156, 163 f., 171 ff., 324 ff., 367 ff., 539 f. *siehe auch* Englisches Recht
 – EU 25, 262 ff., 334 ff., 396 ff.
 – europäisches 20 ff., 208 ff., 262 ff., 334 ff., 396 ff., 755 f.
 – Frankreich 4, 21, 53, 163, 213 f., 299, 394, 430, 432, 755 *siehe auch* Französisches Recht
 – Harmonisierung 26, 214 ff., 348, 395 f., 420
 – Individualismus 1 ff., 9 f., 13, 15 f., 17 f., 25, 31, 93 f., 101, 102 ff., 118 f., 121 ff., 141 ff.
 – Österreich 12 f., 21 f., 53, 157, 211 ff., 221 f., 393 f., 432, 503, 679, 754 f. *siehe auch* Österreichisches Recht
 – Schweiz 12 f., 21 f., 53, 157, 208 ff., 221 f., 299 f., 317 f., 366 f., 373, 392 f., 432, 462 f., 503, 679, 722, 753 f. *siehe auch* Schweizer Recht
 Deliktsrechtsvereinheitlichung 26, 214 ff., 348, 395 f., 420
 Dentisten-Fall 505
 Desinfektions-Fall 130, 131, 145

- dezentralisierter Entlastungsbeweis 9, 31, 35, 42, 46, 62 ff., 152, 316, 318, 367, 383, 721 f., 728 f.
- Bewertung 67 ff., 728 f.
- Dieselfälle 1 f., 10, 19, 28, 52, 95 f., 101, 122 f., 259 f., 262, 381 ff., 386 f., 582, 595, 643 f., 663 f., 671 f., 694
- Dieselskandal 1 f., 19, 95 f., 381 ff., 386, 646, 655
- Digitalisierung 16, 137 f.
- directing mind and will* 167, 325 f., 328
- distributive justice* 433
- dolus directus* 585, 626 f.
- dolus eventualis* 585 f. *siehe auch*
- Vorsatz, bedingter
- Doppelhaftung 44 f., 92, 96 f., 169, 181 ff., 185, 202 f., 296 f., 697, 729 f.
- Draft Common Frame of Reference *siehe* DCFR
- Drehpilot-Fall 564
- economies of scale* 544 f., 569 *siehe auch* Größenvorteile
- economies of scope* 544 f., 569 *siehe auch* Verbundvorteile
- Effektivitätsprinzip 338, 341 f.
- Eigenhaftung 44, 186 f., 208, 300, 366, 413, 679, 681, 712 f.
- Eigenzurechnung 158, 291, 296 ff., 301 f., 683 f.
- Einpersonendelikt 119 ff., 146 f., 171
- Einwilligungstheorie 586
- Einzelunternehmer 1, 9, 24 f., 31 ff., 41, 45 f., 77 ff., 83, 98 ff., 160, 253, 256, 291, 308 f., 361, 581, 670, 688 f., 699 ff.
- Zurechnung 291, 295, 308 f., 321, 341, 350, 354
- Emittentenhaftung 85, 176, 236 f., 268 ff., 288, 342 ff., 398 f.
- Empfängerhorizont, objektiver 632
- Englisches Recht 20 f., 171 ff., 324 ff., 367 ff.
- Arbeitgeberhaftung 163 f., 368 f.
 - Arbeitnehmerhaftung 181 ff.
 - Arbeitsschutzrecht 175 f.
 - *close connection test* 180
 - *common employment* 163 f., 369
 - *control test* 172 f.
 - Datenschutz 176
 - Emittentenhaftung 176
 - *employee's tort theory* 156
 - *employer's tort theory* 156, 179
 - *exemplary damages* 183
 - Geschäftsherrnhaftung 53, 171 ff. *siehe auch respondeat superior*
 - *identification doctrine* 165, 299, 325, 328
 - *illegality defence* 299
 - *independent contractors* 20 f., 173 f., 367 ff., 373 f.
 - *institutional liability* 21, 171 f.
 - *intention* 613
 - Kartellrecht 175
 - Krankenhausfälle 173 f., 369
 - *malice* 613
 - *negligence* 368, 499, 539 f.
 - *negligent misrepresentation* 177 f., 220
 - *non-delegable duties* 20 f., 91, 164, 179, 367 ff., 372 f., 424
 - Organtheorie 325
 - Produkthaftung 176
 - *regulatory offences* 164 f.
 - *respondeat superior* 156, 171 ff., 299, 324 f. *siehe auch vicarious liability*
 - *Salmond test* 180
 - Umweltrecht 175 f.
 - *unenforceable tort theory* 179
 - Unternehmenshaftung 20 f., 154, 171 ff., 182 f., 184 f., 324 ff.
 - Unternehmensstrafrecht 164 f., 324 f.
 - *vicarious liability* 20 f., 154 f., 156 ff., 171 ff., 292, 324 ff., 367, 369 f., 679
 - *volenti non fit iniuria* 178
 - Zurechnung 324 ff.
- enterprise liability* 14, 23, 228, 431 f.
- Entlastung 21 f., 210, 212, 221, 336 f., 395, 533
- Entlastungsbeweis 9, 12, 35, 62 ff., 67, 81, 124, 171 f., 207 f., 313 ff., 318 f., 354 f., 378 f., 576 ff., 668, 669 ff., 720 ff.
- Anforderungen 6 f., 35, 54, 62 ff., 361 f., 386 ff., 720 ff., 726 ff., 733 f.
 - dezentralisiert *siehe* dezentralisierter Entlastungsbeweis
 - Einzelunternehmer 34 f., 78
 - Gefährdungshaftung 461, 467 ff., 483 ff.

- Gesellschaften 42 f., 72
- Großunternehmen 4, 9, 46, 62 ff., 316, 721, 728 f.
- rechtsökonomische Kritik 34 f., 43, 48 ff., 101, 143 ff., 314 f., 729
- rechtsvergleichende Kritik 53
- Störerhaftung 412 f., 415, 417
- Verkehrspflichten 39, 45, 47, 84, 86, 91 f., 101, 128 ff., 143 f., 295, 576 ff.
- Entschuldigungsgründe 518, 537 f.
- Entwicklungsfehler 525 f., 563
- Enumerationsprinzip 430 f., 475
- Erfolgshaftung 92 f., 234 f., 372
- Erfolgsunrecht 57 f., 231 f., 710 ff., 714
- Erfolgsvermeidungspflicht 231, 234 f., 372
- Erfüllungsgehilfe 7, 55, 320, 470
- erhöhte Betriebsgefahr 464 ff.
- Erkennbarkeit 497 ff., 519, 524 ff.
- EU-Deliktsrecht 25, 262 ff., 334 ff., 396 ff.
- Expertenhaftung 33, 285, 582, 607
- externer Effekt 50, 103 f., 144 f., 145 f., 436 ff.

- Fahrlässigkeit
 - erforderliche Sorgfalt 506 ff., 546 ff.
 - Erkennbarkeit 497 ff., 519, 524 ff.
 - grobe 52, 126 f., 427, 516, 521, 590, 607, 609 f.
 - Interessenabwägung 507, 509 f., 512, 572
 - Kosten-Nutzen-Analyse 93, 507, 509, 510 ff., 541 f., 554 ff., 558 ff., 571 f., 692, 725
 - leichte 52, 126 f., 516, 607
 - objektive 500 ff., 521 f., 527 f., 534 ff., 603, 617
 - Pflichtverletzung 497 f., 499 ff., 546 ff.
 - Strafrecht 500, 501, 520 f., 586 f., 600 ff.
 - subjektive 500 f., 503, 520 ff., 529, 534 f., 537
 - Typisierung 503 f., 522, 529, 543 ff., 553, 563, 567, 569, 572 f.
 - Unternehmen 17 f., 93, 349 ff., 540 ff., 573 ff.
 - Vermeidbarkeit 497 ff., 519, 529 f.
 - Vorwerfbarkeit 500 f., 533 ff.
 - Zumutbarkeit 571 f.
- Fahrlässigkeitshaftung 17 f., 83 ff., 349 ff., 495 ff., 708 ff.
- Fahrlässigkeitsschuld 365, 517 ff., 538 f., 547, 601, 709, 746
- Fehlerforschung 111
- Feuerlöscher-Fall 166 f., 298, 307
- Feuerwerkskörper-Fall 66, 129, 131, 144
- Fiktionshaftung 80
- Filialleiter 40, 72 f., 74, 78, 160, 326, 689 f.
- Filialleiter-Fall 72 f.
- Folgenbeseitigung 202
- Fondsprospekt-Fall 2, 10, 28, 94 f., 101, 220 f., 260, 382, 634 ff., 638, 641 f., 642 ff., 645 ff., 651 ff., 654 f., 656 f., 659, 660, 666, 673, 740
- Forellenteich-Fall 487
- Französisches Recht 213 f.
 - Arbeitnehmerhaftung 159, 181 f., 685
 - Deliktshaftung 156
 - *faute* 539 f.
 - Gefährdungshaftung 430 f.
 - Geschäftsherrnhaftung 4, 12, 53, 156, 157, 163, 213 f., 215
 - Organhaftung 163, 213 f., 299, 394
 - Organisationsverschulden 21, 214, 221 f., 394, 420
 - Organtheorie 213 f., 300
 - Reform 21, 213 f., 392, 420, 743, 755
 - Unternehmensehaftung 213 f., 225, 425, 432
 - Unternehmensstrafrecht 300
- Freiheitsschutz 605
- Fremdzurechnung 3 f., 63 ff., 158, 166 f., 297, 301 f., 315 ff.
- Funkenflug-Fall 460
- Fürsorgepflicht 244, 245, 250 f., 252 ff., 274, 284, 286, 688

- Gefahr
 - Erkennbarkeit 497 ff., 519, 524 ff.
- Gefahrbeherrschung 235, 238, 248 f., 275 f., 277 f., 359, 454 f., 469, 686 f.
- Gefährdungshaftung 4 f., 13 f., 32 f., 38 f., 234 f., 405 f., 429 ff., 694 ff.
 - Aktivitätsniveau 113 f., 437 f., 440, 443, 444 f., 476 f., 487
 - Einzelunternehmer 32 f.
 - Enumerationsprinzip 430 f., 475

- Generalklausel 13f., 430f., 445f., 474, 475, 752
- Geschichte 4f., 13, 32, 38f., 441f., 449f., 458ff.
- Gesellschaften 32, 38f., 405f., 449f.
- Harmonisierung 14, 404, 432, 462f., 475
- Internalisierung 105, 113f., 115f., 117f., 436ff.
- Kanalisierung 489ff.
- Prävention 436ff., 439f., 446
- Rechtswidrigkeit 234f.
- Sorgfaltsniveau 109ff., 436ff., 457
- Unternehmen 32f., 38f., 429ff., 441ff., 447ff., 477ff.
- Verhaltenssteuerung 108ff., 436ff., 446
- Verhaltenszurechnung 39, 405f., 429f., 451ff., 457ff., 483ff.
- Verschuldenszurechnung 457ff., 464ff., 483ff.
- Verteilungsgerechtigkeit 433ff.
- Gefahrenlage
 - Erkennbarkeit 497ff., 519, 524ff.
- Gefahrgutkoordinator-Fall 130ff., 145, 573ff., 726f.
- Gefahrinformativkosten 559ff.
- gefährliche Aktivität 404, 405f., 471ff., 475
- Gefahrschaffung 235, 238, 246f., 261, 277f., 284, 469f., 486f., 718
- Gefahrveranlassung *siehe* Gefahrschaffung
- Gehilfe *siehe* Erfüllungsgehilfe, Verrichtungsgehilfe
- Gehilfendelikt 12, 15f., 18f., 55ff., 174ff., 705ff.
 - Beweislast 58ff., 706ff., 713, 716
- Gehilfenhaftung 4f., 7, 169, 182f., 206, 260 *siehe auch* Geschäftsherrhaftung
- Gemüseblatt-Fall 7
- Gerechtigkeit 251, 433ff., 475f., 509, 512, 597, 603, 614
- Geschäftsherrhaftung 11ff., 34f., 42f., 170ff., 702ff.
 - Einzelunternehmer 34f.
 - Entlastungsbeweis *siehe* Entlastungsbeweis
 - Gehilfendelikt *siehe* Gehilfendelikt
 - Gesellschaften 34f., 42f., 703ff.
 - Harmonisierung 12f., 22, 53, 153, 215f., 395, 702f.
 - Präventionsanreize 34f., 43, 48ff., 108ff., 729
 - Rechtsfolgen 159f., 729ff.
 - Rechtsökonomik 34f., 43, 48ff., 107ff., 123ff., 147ff.
 - Rechtsvergleich 12, 53, 62, 155, 170ff., 215, 679, 702f.
 - Reform 12f., 151ff., 207f., 751ff.
 - strikte 4f., 11ff., 34f., 122, 155, 156f., 170ff., 679
 - verschuldensabhängige 3f., 12, 34f., 47ff., 681f., 702ff.
 - Verschuldenszurechnung 42f., 63, 65, 316ff.
- Gesellschaft 24f., 37ff., 449f., 703ff.
 - siehe auch* Kapitalgesellschaft, Personengesellschaft
- Handlungsfähigkeit 27, 37, 109, 288, 298f., 401ff., 542f.
- Straffähigkeit 40f., 255f., 402f., 689
- Verschuldensfähigkeit 38, 39, 45f., 166, 290f., 420f.
- gewerblicher Rechtsschutz 267f., 273f., 346f., 416ff.
 - Störerhaftung 416ff.
- Glasfasern-II-Fall 273f.
- Größenvorteile 49f., 51, 112, 115, 544f., 569f., 725 *siehe auch* economies of scale
- Großunternehmen 31, 37, 51, 329, 349, 444
 - Entlastung 4, 9, 46, 62ff., 721, 728f.
- Gruppenfahrlässigkeit 503f., 620
- Gutsverwalter-Fall 35, 64ff., 318f., 721f., 728f., 739
- Haftung für eigenes Delikt 157, 162ff., 299f., 369f.
- Haftung für fremdes Delikt 14f., 18, 20, 155ff., 161, 172, 185, 205, 292, 299f., 325, 369f., 412, 679ff., 683f., 698, 701f., 705f., 717, 720, 730f., 734
- Haftungskanalisierung 97f., 276f., 363, 489ff.
 - Gefährdungshaftung 430, 489ff.
 - rechtliche 489f.
 - wirtschaftliche 490f.

- Haftungskonzentration 97f., 276f.
 Haftungsnorm 2f., 22f., 27, 168f., 293, 323ff., 389f., 420, 662f.
 – EU-Recht 263ff., 334ff.
 – Organisationshaftung 396ff.
 – Pflichtenadressat 229f., 237f., 263ff.
 – Vorsatzhaftung 662f., 663ff., 668f., 672
 – Zurechnung 289f., 290f., 321f., 323ff., 347ff., 577, 662f., 668f., 700
 Haftungsquote 464ff., 469ff., 488
 Halterhaftung 429ff., 447ff.
 Handelsgesellschaft 24f., 455, 480
 Handlung 13, 231f., 235, 283, 402ff., 419, 473, 478, 693f.
 – Aggregation 220f., 225
 – Deliktsrecht 231f., 400, 402f., 404, 405, 712
 – Grenzelement 402
 – Grundelement 402, 403f.
 – Lauterkeitsrecht 267f.
 – Strafrecht 402f.
 – Verbindungselement 402, 403f.
 – Zurechnung 288ff., 290f., 293ff., 663, 680, 682f.
 Handlungsäquivalent 401ff., 405ff., 418f., 478ff.
 Handlungsfähigkeit 33, 39, 47, 118f., 303f., 400, 401ff.
 – Geschäftsherr 42f., 157f.
 – juristische Person 37, 71, 162, 163ff., 209, 247, 296ff., 307f., 365f., 403f., 418f., 542f.
 – natürliche 6, 27, 75, 109, 246f., 296, 401, 369
 – rechtliche 71, 400, 401f., 421f.
 Handlungsfreiheit 443, 509, 512, 537, 605
 Handlungshaftung 33, 405f., 430, 458, 471ff.
 – Bergbau 472, 480
 – direkte Unternehmenshaftung 485ff., 685ff.
 – Gentechnik 437, 472f., 480f.
 – indirekte Unternehmenshaftung 487f., 685ff.
 – Kritik 473ff.
 – Unternehmenshaftung 33, 38f., 477ff., 482f., 491ff.
 – Zurechnung 33, 38f., 405f., 483ff.
 Handlungspflicht 230ff. *siehe auch* Verhaltenspflicht
 Handlungsstörer 407, 408, 410f.
 Handlungsunrecht 58, 60f., 90, 231f., 712, 714
 Harmonisierung
 – Deliktsrecht 26, 214ff., 348, 395f., 420
 – Gefährdungshaftung 462f.
 – Kartellrecht 338f., 341
 – Produkthaftung 264f.
 – Unternehmenshaftung 348, 355, 395f., 420
Hillyer-Fall 173f., 369
 Höhere Gewalt 378, 458, 463f., 752
 Hühnereintopf-Fall 57f., 60, 711, 713, 714f., 718
 Hühnerpest-Fall 15f., 140, 222, 374f., 376ff., 384,
independent contractors 20, 173f., 183, 367ff.
 Individualismus 1ff., 9f., 13, 15f., 17f., 25, 31, 93f., 101, 102ff., 118f., 121ff., 141ff.
 Individualpflicht 636f., 672 *siehe auch* Organpflicht, Mitarbeiterpflicht
 Individualrisiko 120ff., 128ff., 144, 147f., 204, 221, 227, 278, 288ff.
 Industrie 4.0 16
 Informationsabfragepflicht 330, 641
 Informationsasymmetrie 52, 125, 437
 Informationsbeschaffung 545, 561f., 609ff., 615, 624, 640, 655f., 657f.
 Informationshaftung 261f., 279, 286, 294
 Informationskosten 53, 558f., 559ff., 609ff., 612, 622f., 633, 656ff., 664
 Informationsmanagement 110, 132, 137, 221, 545, 657f.
 Informationsproblem 436
 Informationssorgfalt 526, 560f., 655
 Informationsspeicherungspflicht 641
 Informationsweiterleitungspflicht 330, 641
 Innenhaftung
 – Arbeitnehmer 120, 123, 124ff., 143f., 146f., 219f., 730
 – Organe 97, 141f., 277

- innerbetrieblicher Schadensausgleich 8, 51 f., 126 f., 144 f., 207, 355, 697 f., 730
- innere Sorgfalt 195, 292, 357, 364 ff., 370, 377, 390, 517 f., 519 ff., 573, 709, 714
- innere Tatsache 585, 588 ff., 593 ff., 617, 618, 621, 634
- Insolvenzverschleppung 97 f., 255, 279, 285, 637
- Internalisierung 52, 102 ff., 107 ff., 121 ff., 141 ff., 227, 436 ff., 548 f., 729
- italienisches Recht
 - Gefährdungshaftung 430 f.
 - Geschäftsherrnhaftung 53
- juristische Person 71, 296 f., 401, 654
 - als Unternehmensträger 24 f., 161 f., 229, 408, 661 f.
 - Besitz 84, 361 f.
 - Deliktsfähigkeit 162, 399 ff., 421 f., 518 f.
 - Gefährdungshaftung 405 f., 449 ff., 695 ff.
 - Geschäftsherrnhaftung 42 f., 157 f., 687 f., 702 ff.
 - Gleichstellungsargument 330, 432, 639 f., 642, 666, 688, 699 f.
 - Handlungsfähigkeit 366, 401 ff.
 - Organzurechnung 214 f., 217, 296 ff., 755
 - Pflichten 43 ff., 83 ff., 238 ff., 400 f., 542 f., 636 f., 670, 723
 - Störerhaftung 406 ff.
 - Straffähigkeit 10 f., 40, 255 f., 403
 - Verbandshaftung 4, 39 ff., 71 f., 75, 687 ff. *siehe auch* Repräsentantenhaftung
 - Verschuldensfähigkeit 401, 420 f.
 - Vorsatzhaftung 258 f., 581 ff., 637 ff., 645 ff.
 - Wissenszurechnung 329 ff., 640 ff., 648 ff.
 - Zurechnung 6, 291 ff., 458 ff.
 - Zustandshaftung 364 ff., 370 ff.
- Kapitalgesellschaft 23, 31, 37, 51, 71, 415, 703 *siehe auch* juristische Person
- Kapitalmarktrecht 268 ff., 342 ff. *siehe auch* Emittentenhaftung, Ad-hoc-Publizitätshaftung
 - Mitarbeiterhaftung 269 f.
 - Organhaftung 269 f.
 - Organisationshaftung 344
 - Schadensersatz 269 f., 342 f.
 - Unternehmenshaftung 268 ff., 342 ff.
 - Unternehmenspflichten 165, 268 ff., 342, 541 f.
 - Verschulden 344 f.
 - Wissenszurechnung 343 ff.
 - Zurechnung 342 ff.
- Kartellrecht 265 ff., 338 ff., 398
 - Harmonisierung 338 f., 341
 - Konzernhaftung 23 f., 265, 340
 - Marktmachtmissbrauch 262
 - Mitarbeiterhaftung 266 f.
 - Organhaftung 266 f.
 - Organisationshaftung 339 f., 341, 398
 - Schadensersatz 338 ff., 398
 - Unternehmensbegriff 23 f., 265 f., 340, 345, 398
 - Unternehmenshaftung 266 f., 338 f., 398
 - Unternehmenspflichten 165, 231, 265 ff., 338 f., 540 f., 542
 - Verhaltenszurechnung 339 f., 342
 - Verschulden 338 f., 340, 398
 - Verschuldenszurechnung 340 f., 342, 398
 - Zurechnung 339 ff.
- Kausalhaftung 105 f., 157 f., 366, 406 f.
 - Schweiz 367, 373, 393, 722
- Kausalitätentlastung 57, 58 f., 61, 69, 710, 715
- Kirch/Breuer-Fall 273, 283 f.
- Kleindiek-Modell 43 f., 87 f., 90, 142, 168 f., 260, 306, 308, 495 f., 675, 740
- Kleinunternehmer 31, 67, 566
- Kollektivität 93, 168, 401, 403, 422, 424
- Kombassan-Fälle 644 f.
- Kombinationstheorie 231 f., 712
- Konzernhaftung 23 f., 191, 331
 - Kartellrecht 265, 340
- Körperschaft 4, 24, 75, 77 f., 160, 162, 187, 296 ff., 649, 696 f.
- körperschaftliches Organisationsverschulden 7, 8 f., 28, 80 ff., 100, 242, 360, 690 ff., 700 f.
- Körperschaftsdelikt 97 f., 160, 276 f., 685 f.

- Körperschaftshaftung 163 f.
 Körperverletzungsdoktrin 232
 Kosten
 – private 49 f., 103 f., 436 ff.
 – soziale 49 f., 103 f., 106, 113 f., 146, 436 ff., 510 ff., 554 ff., 611
 Kosteninternalisierung 102 ff., 105 ff., 227, 235, 373 f., 436 ff., 456, 476, 548 f.
 – Unternehmenshaftung 107 ff., 117 ff., 729, 741
 Kosten-Nutzen-Analyse 93, 235, 438 f., 510 ff., 544 f., 554 ff., 571 f., 692, 725, 734
 Kosten-Nutzen-Prinzip 93, 235, 251 f., 278, 287, 636, 686, 718, 735
 Kraftfahrer-Fälle 727
 Kreditauskunft 120, 261 f., 353,
 Kühlturm-Fall 246, 550 f., 551 f., 552 f., 553, 566
 Kupolofen-Fall 103 ff., 106, 113, 114, 379 f.
- Lederriemen-Fall 586
 Leitungsperson 11, 45 f., 87, 165, 279 f., 281, 300, 303, 307, 347, 685, 700 *siehe auch* Repräsentant
Lennard's Carrying 163, 167, 299, 325, 327 f.
 Lichtbogen-Fall 726
 Lieferkette 24
 Limonadenflaschen-Fälle 236, 248, 515, 552, 557
- Marktkonzentration 435
 Marktversagen 103
Meridian 327 ff., 334
 Milzbrand-Fall 254
 Mitarbeiterhaftung 96 ff., 145, 158 ff., 218 ff., 271 ff., 684 ff., 731 f. *siehe auch* Arbeitnehmerhaftung
 – Außenhaftung 96 ff., 145, 160, 271 ff., 731 f.
 – Beschränkung 51 f., 97 f., 126, 159 f., 276, 685
 – Innenhaftung 51 f., 125, 143 f., 274
 Mitarbeiterpflicht 177, 254, 271 ff., 286 f., 581 f., 717 ff.
 mittelbare Rechtsverletzung 60, 231, 236, 240, 271 f., 276, 527, 711 ff.
- Mitverschulden 106, 146, 465 ff., 488, 683, 731
 – Betriebsgefahr 464
 – erhöhte Betriebsgefahr 464 ff., 488
 – Gehilfenverschulden 465 ff., 488, 731
 Möglichkeitstheorie 615, 626
 Mühlen-Fall 282 ff., 287
- neutrale Beihilfe 607
 nicht delegierbare Pflichten 91, 358 ff.
 Niederländisches Recht
 – Geschäftsherrnhaftung 53
non-delegable duties 20 f., 91, 164, 174, 179, 367 ff., 372 f.
 Nutzen
 – privater 49, 103 f., 113 f., 244, 251 f., 415, 436 f., 456 f., 607, 609
 – sozialer 103 f., 113 f., 436 f., 510 ff., 554 ff., 575, 579, 606 f., 633, 725
- Oberaufsicht 6, 359 f., 360 f., 721
 objektiver Empfängerhorizont 632
 Obligationenrecht 2020 210 f., 222, 392 f., 503, 754
 Omnibus-Fall 64, 67 f., 135, 316
 Ordnungswidrigkeit 11, 157, 164 f., 239, 255 ff., 258, 278 ff., 300, 307
 Organdelikt 19, 96 ff., 271 ff., 298 f., 680, 684, 693 ff., 749
 Organe 75 f., 300 ff., 304 f., 687 f.
 Organhaftung 40, 70, 304 ff., 687 ff., 700, 702
 – Außenhaftung 44, 97 f., 160, 271 ff., 276 f., 311, 697 f., 703, 740 f.
 – Innenhaftung 97, 283
 – Regress 123, 141 f. *siehe auch* D&O-Versicherung
 Organisationshaftung 17 ff., 24 f., 92 ff., 382, 391 ff., 496, 637 f., 658
 – Schweiz 209 ff., 393
 Organisationsmangel
 – körperschaftlicher *siehe* körperschaftliches Organisationsverschulden
 Organisationspflicht 16, 33 f., 68 f., 81 f., 91 f., 120 f., 134, 147, 221 f., 349, 359 f., 388, 393, 691
 – Amtshaftung 197
 – DCFR 217 f.

- Organisationsrisiko 15, 119, 128, 132 ff., 147 f., 210, 219, 221 f., 289, 356 ff., 668, 674
- Organisationsträger 6, 24 f., 198, 203 f., 218, 306, 371, 639, 650 f., 658
- Organisationsverschulden 2, 6, 9 f., 33 f., 67 ff., 131, 133 f., 302, 393, 423, 551, 574 f., 740
- Amtshaftung 196 ff.
 - betriebliches 33 f., 67 ff., 142, 295, 383, 691
 - Frankreich 222, 394, 420
 - Kartellrecht 341
 - körperschaftliches *siehe* körperschaftliches Organisationsverschulden
 - vorsätzliches 352
- Organpflicht 97 f., 271 ff., 284, 693 ff.
- Schutzgesetze 278 ff.
- Organtheorie 88, 165, 166, 289 f., 296 ff., 324 f., 683
- Bedeutung 166, 208 f., 296, 299 f., 324 f.
 - Bewertung 302 ff., 354
 - Frankreich 213 f.
 - Schweiz 208 f., 299 f.
 - Ursprung 88, 289 f., 296 ff.
- Organverschulden 43 f., 86 ff., 296 ff., 304 ff.
- Frankreich 222, 394
- Österreichisches Recht 12 f., 21, 156 f., 211 ff., 393 f., 754
- Fahrlässigkeit 503, 531
 - Gefährdungshaftung 211
 - Geschäftsherrnhaftung 12 f., 53, 156 f., 211 f.
 - Organisationshaftung 212 f., 221 f., 222, 393 f., 420
 - Organisationsverschulden 21, 211 ff., 221 f., 222, 393 f.
 - Reform 21, 211 ff., 225, 392, 396, 420, 743, 754
 - Unternehmenshaftung 21, 211 ff., 222, 225, 393 f., 432, 743
- overconfidence bias* 125
- paradigm of reciprocity* 475 f.
- Personalrisiko 134 ff.
- Personengesellschaft 31, 37
- als Unternehmensträger 24 f., 161, 229
 - Besitz 84
 - Deliktsfähigkeit 162, 399 f., 518 f.
 - Gefährdungshaftung 405 f., 449 ff.
 - Handlungsfähigkeit 401 f., 418 ff.
 - Pflichten 238 ff., 285, 542 f., 636 f.
 - Straffähigkeit 10, 40 f., 403
 - Vorsatzhaftung 258 f., 634 ff.
 - Zurechnung 37, 71, 290 ff., 661, 670
- persönliche Haftung 18 f., 90, 96 ff., 98, 158 ff., 271 ff., 684 ff., 693 ff., 705 ff.
- PETL 214 ff., 221, 395
- Beweislast 215 f., 222, 432
 - Fahrlässigkeit 503, 540
 - Gefährdungshaftung 14, 404, 462 f., 475
 - Geschäftsherrnhaftung 12, 53, 153, 215, 395, 702 f., 756
 - Organisationshaftung 215 f., 221, 395
 - Organzurechnung 215 f.
 - Unternehmenshaftung 22, 214 ff., 221, 228, 395, 420, 432, 743, 755 f.
- Pferdeboxen-Fall 140, 565 f.
- Pflichten 230 ff., 238 ff., 271 ff., 358 ff., 499 ff., 546 ff., 703 ff. *siehe auch* Sorgfaltspflicht, Verkehrspflicht
- nicht (haftungsbefreiend) delegierbare *siehe* nicht delegierbare Pflichten
 - persönliche 218 ff., 235 ff., 271 ff., 678
 - Unternehmen *siehe* Unternehmenspflichten
 - Unternehmensangehörige 218 ff., 235 ff., 271 ff., 693 ff., 705 ff.
 - Unternehmensträger 2, 6, 8, 9 f., 35 f., 43 f., 84 ff., 119, 161, 206, 238 ff., 542 f., 636 f. *siehe auch* Unternehmenspflichten
- Pflichtenadressat 160, 161, 175 ff., 218 ff., 230 f., 235 ff., 703 ff.
- Pflichtendifferenzierung 218 f., 235 ff., 259 f., 284 f., 743 f.
- Pflichtenträger *siehe* Pflichtenadressat
- Prävention 48 ff., 108 ff., 422 ff., 436 ff., 510 ff., 605 ff.
- Preiselastizität 112, 435
- Principles of European Tort Law *siehe* PETL
- Privatrechtsvereinheitlichung 12 f., 153, 208 ff., 225, 392 ff., 425, 475 *siehe auch* Harmonisierung

- probability neglect* 51, 125
 Produktbeobachtung 241, 563
 Produkthaftung 139 ff., 263 ff., 337 ff.,
 552
 – Harmonisierung 264 f.
 – Hersteller 263 f., 552
 – Kosten 25, 138 ff.
 – Organisationshaftung 15 f., 139 f., 397
 – Organisationsrisiko 138 ff., 338, 397
 – Unternehmenshaftung 15 f., 139 f., 230,
 263 f., 337 ff., 431 f.
 – Verschulden 264 f., 337 f.
 – Zurechnung 337 f.
 Produktionskosten 34, 113, 146, 263
 Produktrisiko 138 ff.
 Produzentenhaftung 140 f., 241, 349 f.,
 525 f., 556, 563
 – Ausreißer 529 f.
 – Beweislast 2, 14, 207, 222 f., 376 ff.,
 389 ff.
 – Entwicklungsfehler 525 f., 563 f.
 – Geschäftsherrnhaftung 129, 142,
 378 f.
 – Organisationshaftung 7 f., 15 f., 93 f.,
 140 f., 147 f., 241, 546
 – Organisationsrisiko 138 ff., 356, 376 ff.
 – persönliche Haftung 87, 144 f., 241,
 264, 732
 – Reaktionspflicht 349 f.
 – Rückruf 349 f.
 – Unternehmenshaftung 18, 36, 93 f.,
 140 f., 142, 207, 241, 546, 563
 – Verschulden 7 f., 140 f., 147 f., 207, 350,
 525 f., 565 f.
 – Warnpflicht 349 f.
 – Zurechnung 140 f., 350, 565 f.
Projet Terré 213 f.
 Prospekthaftung 259, 582, 634 f., 651 f.,
 663 f., 669, 673 *siehe auch* Fonds-
 prospekt-Fall
 Prozessrisiko 136 f.

 Quotenbildung 464 ff., 469 ff., 488, 494

 Raserfälle 592
rational choice 104 f.
 Rationalitätshypothese 103, 104 f., 510,
 592 f.

 Rechtsökonomik 48 ff., 97, 102 ff., 219 f.,
 227, 248, 249 f., 251, 436 ff., 510 ff.,
 605 ff., 729
 Rechtsträger 24 f., 76, 78 f., 248 f., 400,
 451
 Rechtsträgerprinzip 23 f., 192
 Rechtsusurpation 413 f.
 Rechtsvergleichung 53, 99, 156 ff., 171 ff.,
 208 ff., 324 ff., 366 ff., 392 ff., 503, 613,
 685, 705, 729
 Rechtswidrigkeit 57, 90, 190 f., 231 f.,
 710 ff. *siehe auch* Widerrechtlichkeit
 – Bewusstsein 621
 – Gefährdungshaftung 234 f.
 Rechtswidrigkeitsindikation 712 f.,
 715 ff.
 Reichshaftpflichtgesetz 4 f., 32, 76 f., 431,
 435, 439 f., 449 f., 455, 458 ff.
 Repräsentant 40, 42, 65 f., 306 f.
 – Außenhaftung 96 ff., 160, 276 ff., 684 ff.
 – unbekannter 386 ff.
 – Verschuldenszurechnung 42, 43 ff.,
 62 ff., 68 f., 86 ff., 141 f., 161, 166 ff., 207,
 294 f., 304 ff.
 Repräsentantendelikt 40 f., 44 f., 86 f.,
 96 f., 122 f., 158, 258 ff., 272, 689 f.
 Repräsentantenhaftung 4 f., 7, 39 ff., 67,
 70 ff., 82, 117 f., 122 f., 141 f., 156 f.,
 304 ff., 687 ff.
 – Kritik 34 f., 41, 74 ff., 77 ff., 307 ff.,
 687 ff.
 – Rechtsvergleich 208 ff., 324 ff., 756
 Repräsentantenpflicht 88 f., 271 ff.
 Repräsentation 4 f., 37, 40, 73 f., 166 f.,
 307
 Repräsentationsprinzip 73 f., 166 f., 307
respondeat superior 4, 11 f., 122 f., 153,
 155 f., 164, 171 ff., 185 ff., 203 f., 224,
 299, 324 ff., 416, 459, 741 f.
 Risikoaversion 51 f., 114 f.
 Risikokosten 51, 99, 146, 492
 Risikomanagement 51, 68 f., 138 f., 142,
 145 f., 242, 569
 Risikoprinzip 8, 409, 411, 415
 Risikosphärenhaftung 228, 413, 736
 Risikotheorie 615
 Risikotragung 14, 51 ff., 114 ff., 124 f.,
 146, 432, 444, 491 f.

- risk-utility-test* 514
 Rollfuhrunternehmer-Fall 254
 Rübenschmizel-Fall 136f., 569f.
 Rückschaufehler 555

 Sanktionsnorm 256, 258, 286, 328f.
 Schachtrahmen-Fall 209
 Schadenskosten 26, 34, 43, 48ff., 103ff.,
 107ff., 117ff., 227, 314f., 355, 435,
 436ff., 510ff., 554ff., 657
 – primäre 108ff.
 – sekundäre 108, 114f.
 – tertiäre 108, 115f.
 Schadensprävention 48ff., 108ff., 422ff.,
 436ff., 510ff., 605ff.
 Schadensvermeidung *siehe* Schadens-
 prävention
 Schadensvermeidungskosten 49f., 108ff.,
 145f., 218f., 436f., 503f., 510ff., 543ff.,
 546ff., 558ff., 579, 724
 Schädigungsabsicht 630f., 645
 Schlachthof-Fall 647ff., 652, 653, 658f.,
 660ff., 666, 674f., 748
 Schubstreben-Fall 66, 135f., 306
 Schuldbeitrittsmodell 43f., 86ff., 155ff.,
 158ff., 679ff., 683, 684f., 698f., 731f.
 – Vorsatzhaftung 94, 635, 667
 Schuldprinzip 10f., 324f., 449, 601ff.,
 615f., 618, 666
 Schuldrechtsmodernisierung 12, 14, 152,
 332, 647
 Schuldübernahme 158ff., 185f., 198, 202,
 684ff., 698f., 731f., 736
 Schutzgesetz 16, 54f., 69, 85, 165f., 233f.,
 239, 254ff., 257f., 278ff., 293, 387, 507,
 517, 706ff.
 – Mitarbeiterpflichten 278ff.
 – Organpflichten 278ff.
 – Strafrecht 11, 40f., 56f., 255ff., 279ff.,
 706ff.
 – Unternehmenspflichten 254ff., 262ff.,
 387
 – Vermögensschaden 69, 155, 605, 691
 – Verschulden 507, 539, 584f.
 – Verschuldensindikation 375f., 534
 Schutzpflicht 7, 55, 252f., 273, 332f.
 Schweizer Recht 21, 208ff., 317f., 366f.,
 392f., 432, 462f., 503
 – Fahrlässigkeit 503
 – Gefährdungshaftung 462f., 471
 – Geschäftsherrnhaftung 12f., 21, 53,
 157, 209, 317f., 366f., 722
 – nicht delegierbare Pflichten 366f.
 – Organisationshaftung 209ff., 221, 392f.
 – Organisationsverschulden 209, 392f.
 – Organschaft 208f., 299f.
 – Organtheorie 208f., 299f.
 – Produzentenhaftung 209
 – Reform 21, 209ff., 221, 392f., 396, 420,
 753f.
 – Unternehmenshaftung 21, 209ff., 221,
 225, 392f., 420, 432
 – Unternehmensstrafrecht 669
 Schweizer-Käse-Modell 132, 139
 Seilschloss-Fall 66
 Sekundäre Darlegungslast 2, 8, 10, 96,
 101, 122f., 223, 273f., 375, 381ff., 425,
 513, 671, 719
 Selbstversicherung 115
 Sicherheitskultur 110, 119, 132
 Sicherungspflicht 244ff. *siehe auch*
 Verkehrssicherungspflicht
 Sittenwidrigkeit 95, 233, 283f., 384f.,
 605, 607, 652f., 707
 – Unternehmen 19, 95f., 258, 382f.,
 384f., 388, 389, 581, 652f.
 Skanska-Fall 265
 Skipisten-Fall 531ff.
 Soll-Ist-Vergleich 504
 Sonderdeliktsrecht 85, 165f., 234, 236f.,
 238f., 262ff., 294, 334ff., 396, 542, 694,
 731
 Sorgfalt 58f., 109ff., 506ff., 546ff. *siehe*
auch Fahrlässigkeit
 Sorgfaltsanreize 49f., 87, 108ff., 422ff.,
 436ff., 440, 457, 492f., 510ff., 546ff.
 Sorgfaltskosten 108ff., 511ff., 558ff.,
 566ff., 606, 725
 – Vorbereitungskosten 558f., 559ff., 579,
 725
 Sorgfaltsmaßnahme 49f., 108ff., 219,
 504ff., 547ff.
 – Auswahl 145f., 251, 372, 504ff., 510ff.,
 548ff.
 – Erforderlichkeit 372f., 389, 510ff.,
 554ff.

- Möglichkeit 552 ff.
- Nutzen 511 ff., 554 ff.
- Unterlassen 49 f., 394, 517, 528
- Sorgfaltsmaßstab 319 f., 372 f., 506 ff., 523 f., 546 f.
- Sorgfaltsniveau 109 ff., 510 ff., 546 ff., 609
- Sorgfaltspflicht 36, 119, 230 f., 233 f., 351, 497 f., 507, 524, 528, 727 f., 732
 - Adressat 36, 153 ff., 161 ff., 169 f., 204, 218 ff., 235 ff., 542 f., 636 f., 694
 - Erkennbarkeit 50, 294, 524, 530 ff., 539, 573
 - Maßstab 319 f., 372 f., 506 ff., 523 f., 546 f.
- Sorgfaltspflichtverletzung 386, 497 ff., 516, 578 *siehe auch* Pflichtverletzung
- Staatshaftung 97, 154, 185 ff., 276 f.
 - direkte 186, 202, 203
 - indirekte 186 ff., 198, 200, 203
- Staatshaftungsgesetz 186, 193
- Störerhaftung 202, 268, 406 ff., 426
 - Bereichshaftung 414 f.
 - Eigentum 406 ff.
 - gewerblicher Rechtsschutz 268, 416 ff.
 - Kausalhaftung 406 f.
 - Unternehmensehaftung 406 ff., 408 ff., 411 ff.
 - Zurechnung 411, 412, 415, 417 f.
- Strafrecht 10 f., 164 f., 239, 255 ff., 300, 584 ff., 600 ff., 629 ff., 706 ff.
 - Dieselskandal 95 f., 122 f.
 - Fahrlässigkeit 500, 520 f.
 - Handlung 402 f.
 - objektive Zurechnung 290
 - Organhaftung 255, 279 ff., 287
 - Organtheorie 300
 - Schuld 404, 537 f., 598 f., 600 ff., 616 f.
 - Strafe 601 f., 616 f.
 - Unternehmen 10 f., 40 f., 105, 164 f., 239, 255 ff., 278 f., 280 f., 299, 324 f., 689 f. *siehe auch* Unternehmensstrafrecht
 - Vertreterhaftung 255, 279 ff., 287
 - Vorsatz 257, 581 f., 584 ff., 600 ff., 629 ff.
- Strafschadensersatz 183 f.
- Straßenbahn-Fall 58 ff., 99, 710 f., 713, 718
- Streupflicht 35 f., 127 f., 141, 143 f., 250, 291 f., 302, 309, 313 f., 320, 349, 351 f., 503 f., 529, 570
- superior risk bearer* 124 f.
- Sykes-Kriterium 117, 120, 121 f., 141
- Technikrisiko 137 f., 395
- technische Normen 507 f., 517
- Tesco Stores* 326
- Tesco Supermarkets* 326, 327, 328
- Theorie der realen Verbandspersönlichkeit 296 f., 325
- Tiefbau-Fälle 136 f., 555, 562 f.
- Tierhalterhaftung 13, 84 f., 429, 440, 441 f., 448, 450, 456
- Totalreparation 604
- Transaktionskosten 51 f., 52 f., 115, 124 f., 161, 492
- Treppenhaus-Fall 521, 524, 526 f., 558, 565
- Überabschreckung 97, 106, 204, 219, 510, 582, 603, 605 ff.
 - Vorsatzhaftung 605 ff., 611, 623 f., 655, 664, 674, 748
- Überwachungsgarant 244
- Überwachungsverschulden 4, 54, 57, 70, 157, 187, 309 f., 313, 383 f., 681, 720 ff.
- Umverteilungsschaden 443, 607 f., 610, 655
- Umwelthaftung 14, 103 f., 374 f., 379 f., 447 ff., 477, 487
 - Beweislast 222 f., 379 f.
 - Unternehmensehaftung 379 f., 447 ff.
- Unfallverhütungsvorschriften 507 f., 517, 545
- unmittelbare Rechtsverletzung 231 f., 240, 271 f., 276, 714 ff.
- Unrechtsschaden 433 f.
- Unterlassungsanspruch 326, 416
- Unterlassungsdelikt 60, 230, 232, 236, 523, 527
- Unternehmen 24, 111, 118 f., 401 ff., 453 ff., 478 ff.
 - Begriff 1, 24, 111, 118 f., 132, 140, 403
 - Deliktsfähigkeit 399 f.
 - Haftungsfähigkeit 1, 23, 403
 - Handlungsfähigkeit 118 f., 403 ff., 542 f.

- Kartellrecht 23 f., 265 f., 340, 345, 398
- Rechtsfähigkeit 1, 23, 371, 399 f., 403, 404 f.
- Risikoträger 14, 51 f., 55, 114 f., 124 f., 146, 432, 444
- Vermögensfähigkeit 1, 23
- Verschulden *siehe* Unternehmensverschulden
- Unternehmens-Arglist 662
- Unternehmens-Fahrlässigkeitshaftung 370 f., 495 ff., 540 ff., 573 ff., 723
- Unternehmens-Gefährdungshaftung 14 f., 38 f., 405 f., 429 ff., 447 ff., 471 ff.
- Unternehmenshaftung
 - Arten 3 ff., 30 ff., 169 f., 427 f.
 - Begriff 2, 23 f., 30 ff., 153 ff., 169 f.
 - direkte 26, 153 f., 161 ff., 169 f., 204 ff., 227 ff., 742
 - echte direkte 168, 170, 224, 430, 446 ff., 470, 477 ff., 540 ff., 634 ff., 742
 - echte indirekte 156 f., 158, 169 f., 678, 687, 735, 742
 - Entwicklung 1 ff., 6 ff., 17 ff., 29 ff., 151 ff., 205 ff., 208 ff., 458 ff.
 - Fahrlässigkeit 17 f., 19, 83 ff., 349 ff., 495 ff., 708 ff.
 - Funktion 107 ff., 218 ff., 227, 433 ff., 510 ff., 605 ff.
 - Harmonisierung 348, 355, 395 f., 420
 - indirekte 26, 153 f., 154 ff., 169 f., 170 ff., 677 ff., 742
 - Individualismus 1 ff., 9 f., 15 f., 17 f., 25, 31, 93 f., 101, 102 ff., 118 f., 121 ff., 141 ff.
 - quasi-strikte 14, 17, 374 ff., 425, 445, 745
 - strikte 13 f., 23, 228, 374, 430 f., 441 ff.
 - unechte direkte 168 f., 170, 224, 289, 291 ff., 573 ff., 667 ff., 742
 - unechte indirekte 157, 169 f., 678, 702 f., 717, 735, 742
 - Vorsatz 10, 19, 94 ff., 351 ff., 581 ff., 706 ff.
- Unternehmenskultur 110
- Unternehmensorganisationspflicht 33 f., 359 f., 361 *siehe auch* Organisationspflicht, Organisationsverschulden
- Unternehmenspflichten 84 ff., 238 ff., 542 f., 636 f.
- Unternehmens-Störerhaftung 406 ff.
- Unternehmensstrafrecht 10 f., 105, 239, 255, 280, 402 f.
 - England 164 f., 299, 300, 324 f.
 - Frankreich 300
 - Schweiz 669
 - USA 164 f., 299, 300
- Unternehmensträger 1, 24 f., 31, 37
 - Begriff 1, 24 f., 31, 37
 - Einzelunternehmer 24 f., 31 ff., 77 ff., 83, 160, 687 f., 699 ff.
 - Gesellschaft 1, 24 f., 37 ff., 51, 71, 238, 399 ff., 703
 - Haftungsfähigkeit 1, 400 f., 403, 418 f., 421, 519, 542, 745
 - Handlungsfähigkeit 6, 27, 37, 109, 238 f., 296 ff., 307 f., 401, 403, 418 f., 420, 449, 542 f.
 - Rechtsfähigkeit 1, 24 f., 421, 457
 - Rechtsform 23, 24 f., 78 f., 285, 371, 390, 400, 450, 457, 702
 - Vermögensfähigkeit 1, 75, 78, 421, 457
 - Verschuldensfähigkeit 1, 38 f., 71, 157, 166, 290 f., 401, 420
- Unternehmensträgerhaftung 23 *siehe auch* Unternehmenshaftung
- Unternehmensverantwortlichkeit 400 f., 519, 542 f.
- Unternehmensverschulden 93, 420 f., 540 ff., 634 ff., 745
- Unternehmensvorsatz 28, 582, 635, 637 ff., 645 ff., 668, 671, 747 f.
 - Wissenszurechnung 28, 641 f., 645 ff.
- Unternehmens-Vorsatzhaftung 581 ff., 634 ff., 667 ff.
- Unternehmenswissen 50, 329 ff., 561 f., 636, 637 f., 640 ff., 645 ff., 674 f.
- US-amerikanisches Recht 53, 154, 183 f.
 - Arbeitgeberhaftung
 - Deliktsrecht 53, 154, 183 f., 427
 - *enterprise liability* 14, 23, 228, 431 f.
 - Gefährdungshaftung 404, 475 f.
 - Geschäftsherrnhaftung 53
 - Produkthaftung 107, 514
 - *punitive damages* 183 f.
 - *real entity theory* 325
 - *respondeat superior* 183
 - *risk-utility-test* 514

- Unternehmenshaftung 107, 154, 156, 183 f.
- *vicarious liability* 53, 154, 156, 157 f., 158 f., 183, 292, 679
- Vorsatzbegriff 613, 619
- Usurpationstheorie 413 f.

- Verantwortungsdiffusion 111
- Verbandshaftung 28, 637 ff.
 - Staatshaftung 186 ff.
- Verbandssanktionengesetz 11
- Verbandsstrafrecht 10 f., 255
- Verbotssirrtum
 - Strafrecht 602
 - Zivilrecht 518, 522, 530 ff., 585
- Verbunddelikt 119, 127 ff., 421, 741
- Verbundhaftung 30, 35 f., 43 ff., 83 ff., 100 f. *siehe auch* *Kleindiek-Modell*
 - Einzelunternehmer 35 ff.
 - Fahrlässigkeit 84 ff., 540 ff.
 - Gesellschaften 43 ff.
 - Organisationshaftung 100, 118, 140 f., 391 ff.
 - Unternehmenspflicht 36, 43, 84 ff., 153 f., 165, 238 ff.
 - Vorsatzdelikte 101, 260, 634 ff.
 - Zurechnung 43 ff., 86 ff., 129 ff., 141 ff., 166 ff., 288 ff.
- Verbundvorteile 112, 115, 544 f., 569 *siehe auch* *economies of scope*
- verfassungsmäßig berufener Vertreter 7, 40, 41, 71 ff., 306 f., 680, 687 f., 690
- Verfügungsgewalt, tatsächliche 32, 235, 238, 245, 248 f., 271, 435, 438 f., 446, 448 f.
 - Gesellschaften 38, 405, 449 f., 450 ff., 470 f.
- Vergleichsunternehmen 389, 394, 529 f., 540, 541 ff., 546 ff., 572 f., 579 f., 641 f., 692, 722, 724 ff., 733 f., 735 f.
- Verhaltensanreize 17, 43, 48 ff., 109 ff., 185, 219 f., 225, 351 f., 423, 493, 565, 566 ff., 609 ff., 670, 684, 724, 729
- verhaltenslose Zustandszurechnung 92 f., 358, 364 ff.
 - Bewertung 370 ff., 424 f., 744 f.
- Verhaltensnorm 255 ff., 280, 340
- Verhaltensökonomik 104 f., 125
- Verhaltenspflicht 36, 43, 97, 165, 230 ff., 262 ff., 437, 498, 528, 532, 669 ff.
- Verhaltenspsychologie 51, 104, 125
- Verkehrsmittelhaftung 14, 32, 38, 293, 405, 447 ff., 494
- Verkehrspflicht 60, 84 ff., 233 f., 359 ff.
 - Adressat 40, 84 ff., 120, 127 f., 160, 230 ff., 236, 259 f., 272 ff., 540 f., 678, 686
 - Begründung 238, 244 ff.
 - Berufsgruppen 237, 253 f., 274 f. *siehe auch* Berufspflichten
 - Delegation 319 f., 321, 359 ff., 362 f.
 - Lauterkeitsrecht 267 f.
 - Maßstab 372, 523 f., 528
 - Produkthaftung 263 ff., 376 f.
- Verkehrspflichthaftung 18, 22 f., 26, 46 f., 85, 89, 96 f., 239 ff., 291 f., 540 ff., 710 ff.
 - Geschäftsherr 89, 704 f.
 - juristische Person 43 ff., 84 ff., 161, 302, 305 ff., 364 f.
 - Mitarbeiter 89 ff., 275 f., 277 f.
 - Organwalter 86 ff., 275 f., 277 f., 305 ff.
 - Unternehmen 18, 86 ff., 96 ff., 161, 238 ff., 387 f., 400 f., 445, 540 ff.
 - Zurechnung 35 f., 43 ff., 86 ff., 91 f., 304 ff., 315 ff., 387 f.
- verkehrsrichtiges Verhalten 58 f., 61, 99, 410 f., 710 ff.
- Verkehrssicherungspflicht 9, 36, 165, 200, 244 ff., 319 f., 349, 495, 577 f.
 - Adressat 6, 85, 206, 313, 542
 - Delegation 317 f., 319 f., 362 f.
 - sekundäre 237, 244
 - Übernahme 143 f., 295
 - Unternehmen 36, 165 f., 244 ff., 292, 495, 577 f., 636, 688 f., 692 f.
- Verlagshaftung 81, 85, 206, 242 f., 691 f.
- Vermeidbarkeit 497 ff., 519, 529 f.
- Verrichtungsgehilfe 8, 34 f., 42 f., 62 ff., 89 ff., 123 ff., 142 ff., 309 ff., 573 ff., 667 ff., 702 ff. *siehe auch* Geschäftsherrnhaftung
 - persönliche Haftung 8, 45, 96 ff., 159 f., 271 f., 731 f.
 - unbekannter 386 ff.
 - Zurechnung 89 ff., 295, 309 ff., 315 ff., 323 ff., 466 f.

- Verschulden 106, 118, 146, 368, 370 f., 420 f., 427, 497, 522 f., 527, 534 f.
- Ad-hoc-Publizität 344 f., 398 f.
- Amtshaftung 192 ff.
- Fahrlässigkeitshaftung *siehe* Fahrlässigkeit
- Geschäftsherr 4, 34 f., 42 f., 56, 63, 131, 157 f., 297 f., 313 f., 681 f., 699 f., 720 ff.
- Gradationsprinzip 604
- grobes 8
- Kartellrecht 341 f., 398
- Organisation *siehe* Organisationsverschulden
- Pflichten 231 ff., 235 ff.
- Produkthaftung 264 f., 337 f., 377 ff., 397
- Subjektivierung 536 ff.
- Unternehmen 7 f., 17 ff., 23, 37 f., 92 ff., 119, 133 f., 204 f., 347 ff., 356 f., 394 f., 396 ff.
- Vorsatzhaftung *siehe* Vorsatz
- Zurechnung *siehe* Verschuldenszurechnung
- Verschuldensfähigkeit 39, 291 f., 390, 420 f.
- Verschuldenshaftung 1, 27 f., 33 f., 94, 105 f., 231 ff., 228, 231 ff., 287, 367, 445, 534 f., 539, 603
- Automatisierung 138
- juristische Person 21, 37, 213 f., 289, 297 f., 303 f., 394
- Verschuldensmaßstab 584
- Verschuldensprinzip 4 f., 65, 198, 315, 357, 443, 460, 501
- Verschuldensvermutung 59, 466, 709, 715 ff.
- Verschuldensvorwurf 522, 533 f., 535 ff., 604
- Verschuldenszurechnung 9 f., 87 ff., 166 ff., 293 f., 347 ff., 573 ff., 667 ff.
- Gefährdungshaftung 457 ff., 483 ff.
- Versicherung 5, 14, 114 f., 199, 444, 456 f., 491 f., 584, 625, 699, 732
- Ausschlüsse 123, 584, 587
- Betriebshaftpflicht 51, 53, 123, 126, 141 f., 457
- D&O-Versicherung 123, 141 f.
- Pflichtversicherung 492
- Sozialversicherung 198 f., 256, 680 f.
- Unfallversicherung 517
- Verteilungsgerechtigkeit 433 ff., 475 f.
- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter 7, 55
- Vertragsrecht 7, 55, 379, 424, 647 ff., 660
- Vertrauensschutz 249 ff., 278, 287
- Vertreterhaftung 39 ff., 303 ff., 687 ff.
- ADHGB 4, 79
- Strafrecht 239, 255, 279 f.
- Vertretertheorie 296 f., 303
- vicarious liability* 20 f., 154, 156 ff., 171 ff., 183 f., 292, 324 f., 679
- *independent contractors* 174, 369 f.
- Strafrecht 164 f., 299, 324 f.
- VM Remonts 339 f., 342
- Volksgesetzbuch 12, 151, 752
- Volkswagen AG 1, 2, 19, 382 ff., 643 f., 671 f.
- Vorbereitungskosten 558 f., 559 ff., 579, 725
- Vorsatz 94 ff., 351 ff., 583 ff., 600, 612 ff., 637 ff.
- bedingter 585 ff., 615, 649, 661 f. *siehe auch dolus eventualis*
- Begriff 257, 582, 583 ff., 612 ff.
- Beweis 2, 8 f., 95 f., 381 ff., 588 ff., 593 ff., 596 ff.
- faktisch-psychologischer 583 ff., 585, 588, 593, 613, 638, 644 f., 645, 660, 748
- Funktion 582, 583, 598, 600 ff., 620 ff., 633, 666, 672, 674
- Indizien 584, 588 f., 591, 593 ff., 596, 599, 617, 622, 633 f.
- innere Tatsache 585, 588 f., 593 ff., 617 f., 634
- Nachprüfbarkeit 588 ff., 593 ff., 596 ff., 622
- objektiver 600, 612 ff., 637 ff.
- Strafrecht 581, 584 ff., 591 ff., 600 ff., 604, 615 ff., 618 f., 626 f., 629 ff.
- subjektiver 583 ff., 613, 630 f.
- Unternehmen 28, 582, 634 ff., 637 ff., 645 ff., 667 ff., 671, 747 f.
- Wissenselement 94, 288, 387, 581 ff., 620 f., 640 ff., 647 f., 674, 747 f.
- Wollenselement 94, 258, 288, 387, 581 ff., 615 ff., 624 ff., 642 ff., 648 ff., 674, 748

- Vorsatzgefahr 615, 616, 618f.
 Vorsatzhaftung 94ff., 351ff., 581ff., 706ff.
 vorsätzliches Organisationsverschulden
 352
 Vorsatzschuld 601f.
 Vorsatztheorie
 – kognitive 612, 615f., 617
 – Strafrecht 586, 612, 618f.
 – Zivilrecht 585, 621
 Vorstellungstheorie 586, 615, 626
- Wachmann-Fall 274, 686f.
 Wahrscheinlichkeitstheorie 615
 Wasserrutschen-Fall 514f.
 Weltkriegsbomben-Fall 409ff., 563,
 711ff.
 Widerrechtlichkeit 55ff., 90, 310ff., 378,
 412, 681, 693ff. *siehe auch* Rechtswid-
 rigkeit
wilful blindness 623f., 651, 659
 Willensfehler 167
 Winterwartung 35f.
 wirtschaftliche Aktivität 168, 401ff.,
 405f., 406ff., 418f., 425f., 478ff., 482ff.,
 548, 579, 639, 723
 – Handlungsäquivalent 401ff., 418, 422,
 425f., 543
 wirtschaftliche Einheit 248f., 371, 404
 – Kartellrecht 265, 340, 398
 Wirtschaftsdeliktsrecht 239, 262ff.,
 334ff., 347f., 355, 396ff.
 Wissensaufspaltung 119, 132, 147, 210,
 221, 333f., 635, 642, 656f., 663f., 666
 Wissensdokumentation 641, 657f.
 Wissensmanagement 95, 136f., 204, 333,
 562, 581, 638, 656f., 663
 Wissensnorm 324, 332ff., 355, 662, 674f.
 Wissensorganisation 330ff., 641, 643f.,
 657
 Wissensvertreter 329, 332, 650
 Wissenszurechnung 10, 94f., 258ff., 294,
 329ff., 641ff., 645ff.
 – Arglisthaftung 332f., 598, 647ff.
 – Organisationspflichten 330ff., 545,
 641, 643f., 650, 658f., 663
 – Organtheorie 296, 329ff.
 – Organzurechnung 329ff., 648, 650, 663
 – Stellvertreter 329f.
 – Vorsatzhaftung 10, 94f., 220f., 258ff.,
 294, 640ff., 645ff.
 – Wissensvertreter 329, 332, 650
 Wissenszusammenrechnung 10, 94f.,
 217, 258ff., 343ff., 581, 634ff., 642f.,
 645ff., 652f., 664f.
 Wissentlichkeit 585, 613, 626f.
Woodland 174, 368ff.
 Wurfpeil-Fall 89f., 91
- Zufallsschaden 106, 114, 439, 443, 476f.,
 694
 Zurechnung 158, 166ff., 288ff., 451ff.,
 457ff., 483ff., 645ff., 668f., 682ff.
 – Bedürfnis 158, 166ff., 291ff., 293f.,
 299, 318, 323f., 374f.
 – Begriff 290, 297
 – Gegenstand 293f., 316
 – haftungsnormbezogen 27, 323ff.,
 396ff., 577f., 668f., 690, 692, 700, 744
 – Organtheorie 88, 165, 166, 289f.,
 296ff., 324f., 683
 – Verschulden *siehe* Verschuldenszu-
 rechnung
 – Wissen *siehe* Wissenszurechnung
 – zurechnungsnormbezogen 84, 90,
 100f., 290f., 303ff., 321f., 744
 Zurechnungsnorm 37, 43f., 45, 84, 100f.,
 166, 290, 303ff., 321f., 323f., 331, 334f.,
 347ff., 374, 451f., 577, 680, 697f., 717
 Zurechnungstechnik 289ff., 356, 401,
 418, 576, 637, 684
 Zurechnungsträger 37, 40, 88, 166, 294f.,
 300ff., 306f., 318, 321f., 326ff., 334,
 347f., 354f., 669, 671, 744
 Zustandshaftung 93, 364ff., 372,
 408 *siehe auch* verhaltenslose Zu-
 standszurechnung
 Zustandsstörer 407f., 410
 Zweistufigkeitslehre 521
 Zwischenperson 35, 42f., 46, 64ff., 67ff.,
 151, 157, 315ff., 367, 720ff., 728f.