

Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte

Band 32

Respondeat Superior

Haftung für Verrichtungsgehilfen
im römischen, römisch-holländischen, englischen
und südafrikanischen Recht

Von

Hartmut Wicke



Duncker & Humblot · Berlin

Hartmut Wicke · Respondeat Superior

Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte

Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster,
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Regensburg

Band 32

Respondeat Superior

Haftung für Verrichtungsgehilfen
im römischen, römisch-holländischen, englischen
und südafrikanischen Recht

Von
Hartmut Wicke



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Wicke, Hartmut:

Respondeat Superior : Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht / Hartmut Wicke. – Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ; Bd. 32)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10139-1

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0937-3365

ISBN 3-428-10139-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☞

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1999 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhard Zimmermann LL.D., der die Fertigstellung der Arbeit mit großem Engagement begleitet und mich während meines gesamten Studiums fachlich und persönlich gefördert hat. Die Tätigkeit am Lehrstuhl habe ich als sehr bereichernd empfunden.

Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Henrich danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, Herrn Markus Sichert für die gründliche Durchsicht des Manuskripts. Für die Betreuung meiner Forschungsarbeiten in Stellenbosch möchte ich Herrn Prof. Dr. Max Loubser meinen Dank aussprechen.

Zu Dank verpflichtet bin ich ferner der Studienstiftung des Deutschen Volkes für die Gewährung eines Promotionsstipendiums sowie der ZEIT-Stiftung für die Finanzierung meines Studienaufenthalts in Südafrika. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die großzügige Bewilligung einer Druckbeihilfe.

Meinen Eltern möchte ich für die jahrelange Unterstützung und das andauernde Interesse an meiner Ausbildung nachdrücklich danken.

Nicht zuletzt gilt meiner Frau Julia herzlicher Dank für die vielfachen Aufmunterungen.

Regensburg, im August 1999

Hartmut Wicke

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung	23
I. Rechtspolitischer Hintergrund der Haftung für Verrichtungsgehilfen .	23
II. Die funktional begrenzte Gehilfenhaftung als europäisches Strukturprinzip	24
III. Der Exkulpationsbeweis in § 831 BGB als Eigenheit des deutschen Deliktsrechts	25
IV. Der Forschungsrahmen: Renaissance eines europaweiten ius commune	32
V. Thema und Gang der Untersuchung	38
§ 2 Haftung für Hilfspersonen im klassischen römischen Recht – Die antiken Grundlagen	42
I. Noxalhaftung	42
II. Haftung für Hilfspersonen im Rahmen von Sonderverbindungen	49
III. Prätorische Sondertatbestände	80
IV. Zusammenfassung	106
§ 3 Haftung für Verrichtungsgehilfen im römisch-holländischen Recht – Rechtsfortbildung durch Generalisierung	110
I. Bedeutung des römisch-holländischen Rechts in Geschichte und Gegenwart	110
II. Die römisch-holländischen Grundsätze der Haftung für Hilfspersonen	117
III. Zusammenfassung	152
§ 4 Haftung für Verrichtungsgehilfen in der englischen Rechtsgeschichte – Geburt eines fest etablierten common law Prinzips	155
I. Einführung	155
II. Frühe Zeugnisse der angelsächsischen Periode	157
III. Entstehung des common law	158
IV. Das vielschichtige Bild der Haftung für fremdes Handeln von der Entstehungsphase des common law bis zum Vorabend der industriellen Revolution	163
V. Durchbruch der modernen Lehre	188
VI. Zusammenfassung	213
§ 5 Vicarious liability im modernen englischen Recht – Bild einer strikten Haftung für Verrichtungsgehilfen	216
I. Die Sprache des Fallrechts	216
II. Haftung für employees	220

III.	Haftung für independent contractors	270
IV.	Haftung des principal für torts seines agent	289
V.	Rechtfertigung einer alten Lehre in moderner Zeit	307
VI.	Zusammenfassung	316
§ 6	Vicarious liability (middellike aanspreeklikheid) im südafrikanischen Recht – Begegnung zweier Rechtsfamilien	320
I.	Die Bedeutung des südafrikanischen Privatrechts für Europa	320
II.	Das Deliktsrecht zwischen common law und civil law	321
III.	Von den lokalen Anfängen zum Einheitsrecht: Modifiziertes englisches Recht auf gemeineuropäischer Grundlage	323
IV.	Nebenwirkungen der Anglisierung: Rechtsunsicherheiten zwischen vicarious liability und dem Vertragsrecht	335
V.	Die Grundsätze der vicarious liability im modernen südafrikanischen Recht	348
VI.	Zusammenfassung	411
§ 7	Zusammenfassung	416
I.	Europa und das ius commune	416
II.	Das Prinzip der funktional begrenzten Gehilfenhaftung	417
III.	Die antiken Grundlagen der modernen Haftungsregelungen	418
IV.	Rechtsfortbildung durch Generalisierung im römisch-holländischen Recht	423
V.	Haftung für Verrichtungsgehilfen in der Geschichte des common law: Richterliche Rechtsfortbildung auf der Grundlage des ius commune	427
VI.	Vicarious liability im modernen englischen Recht	429
VII.	Pragmatische Eintracht von civil law und common law in Südafrika	433
VIII.	Schluß	439
	Literaturverzeichnis	441
	Entscheidungsregister	467
	Sachwortverzeichnis	477

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	23
I. Rechtspolitischer Hintergrund der Haftung für Verrichtungsgehilfen .	23
II. Die funktional begrenzte Gehilfenhaftung als europäisches Strukturprinzip	24
III. Der Exkulpationsbeweis in § 831 BGB als Eigenheit des deutschen Deliktsrechts	25
1. Wege zur Umgehung der Entlastungsmöglichkeit	27
2. Die Reformdiskussion	30
IV. Der Forschungsrahmen: Renaissance eines europaweiten ius commune	32
1. Nutzen der historisch-komparativen Methode	36
2. England und das römische Recht	37
3. Haftung für Verrichtungsgehilfen und modernes Europarecht . . .	37
V. Thema und Gang der Untersuchung	38
§ 2 Haftung für Hilfspersonen im klassischen römischen Recht – Die antiken Grundlagen	42
I. Noxalhaftung	42
1. Die geschichtliche Entwicklung der Noxalhaftung	43
2. Noxa caput sequitur	45
3. Noxale und persönliche Haftung	47
4. Zusammenfassung	49
II. Haftung für Hilfspersonen im Rahmen von Sonderverbindungen . . .	49
1. Dominus sciens	53
2. Culpa	54
a) Negotium gestum	54
b) Locatio conductio rei	55
aa) Culpa in eligendo	56
bb) Von der deliktischen Haftung zur „culpa in habendo“ . . .	56
cc) Drei Fragen, eine Antwort	58
dd) Kontroverse und Entwicklung	60
c) Mandatum	61
3. Vertragsklauseln und Vertragsbruch	63
4. Gehilfenhaftung und custodia	64
a) Locatio conductio operis	68
aa) Diebstahlhaftung des Wäschereibesitzers (fullo) und des Schneiders (sarcinator)	68

bb) Sachbeschädigung	68
cc) Säulentransport: Gai. D. 19, 2, 25, 7	69
dd) Seetransport nach Minturnae	71
b) Commodatum und inspiciendum dare	73
aa) D. 13, 6, 20	74
bb) D. 19, 5, 20, 2	74
cc) D. 13, 6, 10, 1 – D. 13, 6, 12, 1	76
III. Prätorische Sondertatbestände	80
1. Nauta, caupo, stabularius	81
a) Actio de recepto	81
aa) Receptum-Haftung und custodia	81
bb) Ratio legis	83
cc) Begriff des receptum	84
b) Actio furti/damni in factum adversus nautas, caupones, stabularios	85
aa) Die pönale Natur der Klagen	86
bb) Culpa als Zurechnung	87
cc) Quasideliktische Haftung	90
c) Zum Nebeneinander von receptum-Haftung und den quaside- liktischen Klagen	91
d) Actio exercitoria und actio institoria	93
2. Effusum vel deiectum	96
a) Sozialer Hintergrund	96
b) Rechtsfolgen der actio de effusis vel deiectis	97
c) Haftung für fremdes Handeln	97
d) Strikte Verantwortlichkeit des Bewohners	98
e) Haftung für fremde Schuld?	99
f) Quasideliktische Haftung	100
g) Positum vel suspensum	100
3. Haftung der publicani	101
a) Von der statusgebundenen Noxalhaftung zur Verantwortlich- keit für Hilfspersonen	102
b) Der Gedanke der funktionalen Haftungsbegrenzung	104
IV. Zusammenfassung	106
§ 3 Haftung für Verrichtungsgehilfen im römisch-holländischen Recht – Rechtsfortbildung durch Generalisierung	110
I. Bedeutung des römisch-holländischen Rechts in Geschichte und Gegenwart	110
1. Die niederländische Schule	110
2. Das zweite Leben des römisch-holländischen Rechts am Kap der guten Hoffnung	111
a) Die Zeit der Ostindischen Kompanie	111
b) Die Britische Ära	112

c)	Römisch-holländisches Recht bis heute	114
II.	Die römisch-holländischen Grundsätze der Haftung für Hilfspersonen	117
1.	Die römischen Sondertatbestände im holländischen Gewand	119
a)	Nauta, caupo, stabularius	119
aa)	Receptum-Haftung und die actiones furti und damni in factum adversus nautas	120
bb)	Systematischer Standort	121
cc)	Die Quasidelikte im römisch-holländischen Recht	121
dd)	Unwiderlegliche Verschuldensvermutung	124
ee)	Actiones exercitoria und institoria	125
b)	Effusum vel deiectum	126
aa)	Bedeutung ungeachtet gewandelter sozialer Umstände in den Niederlanden?	127
bb)	Eigenverschulden des habitator?	127
cc)	Veränderungen in den Rechtsfolgen	128
dd)	Positum vel suspensum	130
c)	Haftung der publicani	131
d)	Zusammenfassung	132
2.	Niederländische Sonderbestimmungen	134
3.	Die Problematik der Gehilfenhaftung im allgemeinen	136
a)	Lohnhaftung	137
b)	Keine Haftung des Herrn für Delikte seiner Bediensteten in Abwesenheit eigenen Verschuldens	140
aa)	Ulrich Huber	140
bb)	Johannes van der Linden	141
c)	Unbeschränkte Gehilfenhaftung („in solidum“) bei Delikten in Ausführung der Arbeitspflichten	143
aa)	Johannes Voet	143
(1)	Unwiderlegliche Verschuldensvermutung	143
(2)	Drei Voraussetzungen	144
(3)	Entstehung eines neuen Grundsatzes	144
bb)	Weitere römisch-holländische Befürworter der Haftung „in solidum“	147
cc)	Die Position Pothiers	148
d)	Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes „communis error facit ius“	150
III.	Zusammenfassung	152
§ 4	Haftung für Verrichtungshelfen in der englischen Rechtsgeschichte – Geburt eines fest etablierten common law Prinzips	155
I.	Einführung	155
II.	Frühe Zeugnisse der angelsächsischen Periode	157
III.	Entstehung des common law	158

1.	Zu den Reformen Heinrichs II.	158
2.	Writs: trespass und case	160
IV.	Das vielschichtige Bild der Haftung für fremdes Handeln von der Entstehungsphase des common law bis zum Vorabend der industriellen Revolution	163
1.	Haftung des Herrn für seine Hausangehörigen auf lokaler Ebene .	165
2.	Die Rechtslage nach Bracton: felony und novel disseisin	166
a)	Felony: Auslieferungspflicht unter Strafandrohung	167
b)	Novel disseisin: Freiwillige Abhilfe oder Klage gegen den dominus	168
3.	Rechtsprechung der königlichen Gerichte seit der Regierungszeit Edwards I.: Befehl oder Kenntnis als Zurechnungsgrund	169
4.	Ausnahmefälle strikter Verantwortlichkeit	172
a)	Gesetzliche Haftung bestimmter Beamter	172
b)	Haftung für Brandschäden durch Hausangehörige und Gäste .	173
c)	Action of assumpsit und common callings	174
d)	Lex mercatoria	176
aa)	Entstehung eines europäischen Handelsrechts	176
bb)	Haftung für Hilfspersonen im Anwendungsbereich der lex mercatoria	180
(1)	Verantwortlichkeit des nauta	180
(2)	Die Haftung von Kaufleuten für ihre Gehilfen	182
e)	Doctor and Student	184
aa)	Die zweite Schicht des englischen Rechts: Equity	184
bb)	St. Germain und equity	186
cc)	Haftung für Hilfspersonen in Doctor and Student	187
V.	Durchbruch der modernen Lehre	188
1.	Die frühen Entscheidungen Lord Holts	190
a)	Boson v. Sandford (1691)	191
b)	Turberville v. Stampe (1698)	193
2.	Verfestigung des Grundgerüsts	196
3.	Blackstone	199
4.	Agency und vicarious liability	202
5.	Herausbildung einer elementaren Unterscheidung: servant und independent contractor	203
6.	Course of employment	206
7.	Trespass oder case?	208
8.	The great principle of social duty	209
9.	Common employment	211
VI.	Zusammenfassung	213
§ 5	Vicarious liability im modernen englischen Recht – Bild einer strikten Haftung für Verrichtungsgehilfen	216
I.	Die Sprache des Fallrechts	216

1.	Master und servant	216
2.	Employer und employee	218
3.	Principal und agent	219
II.	Haftung für employees	220
1.	Die Unterscheidung zwischen employee und independent contractor im allgemeinen	220
a)	Contract of service/contract for services	220
b)	Der „control test“	221
c)	Grenzen des control test: professionelle Angestellte	223
d)	Die moderne Auffassung: typologischer Ansatz	228
e)	Zwischenergebnis	235
2.	Sonderfälle einer employer-employee relationship	235
a)	Der ausgeliehene Gehilfe	235
b)	Juristische Personen als Geschäftsherren	238
c)	„The Crown“	241
3.	Der funktionale Haftungszusammenhang: in the course of employment	243
a)	Die Flut von Entscheidungen	243
b)	Die Voraussetzung im allgemeinen	245
c)	Wichtige Indizien für den Haftungszusammenhang	248
aa)	Weisung oder Erlaubnis des Geschäftsherrn	248
bb)	Verbot des Geschäftsherrn	249
cc)	Absichten des Gehilfen	250
dd)	Zeit und Ort der Arbeit	251
ee)	Eigentumsverhältnisse	255
ff)	Interessen des Geschäftsherrn	256
gg)	Natur der Arbeit	259
hh)	Fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten des Gehilfen ..	260
d)	Zusammenfassung	264
4.	Employee's tort	265
a)	Die rechtliche Grundlage der vicarious liability	265
b)	Die Problematik des innerbetrieblichen Schadensausgleichs und die Anrechnung des Mitverschuldens	268
III.	Haftung für independent contractors	270
1.	Haftung des employer bei eigenem Verschulden	271
2.	Begriff der „non-delegable duty“	272
3.	Vertrags- und Gefährdungshaftung	274
4.	Fallgruppen strenger Haftung des employer für das Verhalten eines independent contractor	276
a)	Arbeiten auf Straßen und öffentlich zugänglichen Orten; „public nuisance“	276
b)	Beeinträchtigung von Nachbargrundstücken; „private nuisance“	278
c)	Gefährliche Arbeiten	280

d)	„Statutory duties“	281
e)	Bestehen einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehung	282
aa)	Non-delegable duty des Arbeitgebers im Hinblick auf die Sicherheit seiner Arbeitnehmer	282
bb)	Haftung von Krankenhäusern gegenüber ihren Patienten .	284
cc)	Haftung für minicabs: Rogers v. Night Riders	285
5.	Collateral negligence	286
6.	Zusammenfassung	287
IV.	Haftung des principal für torts seines agent	289
1.	Die Problematik im allgemeinen	289
2.	Grundfall I: Haftung für Arglist eines agent im technischen Sinne	293
3.	Erweiterungen	295
a)	Haftung für Fahrlässigkeit eines agent im technischen Sinne .	295
b)	Haftung für Vermittler	295
c)	Haftung für diffamierende Äußerungen	296
4.	Grundfall II: Haftung des Kfz-Halters für den Fahrer	297
a)	Historische Entwicklung	298
b)	Das moderne Recht	301
c)	Ansätze einer Erweiterung	304
5.	Haftung von Partnern	305
6.	Zusammenfassung	306
V.	Rechtfertigung einer alten Lehre in moderner Zeit	307
1.	Respondeat superior und qui facit per alium, facit per se	308
2.	Culpa in eligendo und Beweisfragen	309
3.	Kontrolle und Unfallverhütung	309
4.	Risiko und Vorteil	310
5.	Deep pocket and loss distribution	311
VI.	Zusammenfassung .	316
§ 6	Vicarious liability (middellike aanspreeklikheid) im südafrikanischen Recht – Begegnung zweier Rechtsfamilien	320
I.	Die Bedeutung des südafrikanischen Privatrechts für Europa	320
II.	Das Deliktsrecht zwischen common law und civil law	321
III.	Von den lokalen Anfängen zum Einheitsrecht: Modifiziertes englisches Recht auf gemeineuropäischer Grundlage	323
1.	Eigenständig kritische Vorgehensweise: Die Lehre vom common employment im südafrikanischen Privatrecht	326
2.	Die stillprägende Kraft der Sprache und der Entwicklungsvorsprung des englischen Rechts	329
a)	Agency-Terminologie	330
b)	Der Begriff des independent contractor	332
3.	Das Placet der Appellate Division	333

IV.	Nebenwirkungen der Anglisierung: Rechtsunsicherheiten zwischen vicarious liability und dem Vertragsrecht	335
1.	Locatio conductio operarum und locatio conductio operis Colonial Mutual Life Assurance Society Ltd v. McDonald	336
2.	Das Verhältnis der deliktischen employer-employee relationship zum Dienstvertrag im allgemeinen	339
3.	Kontrolle in Abwesenheit eines Vertrages? Rodrigues and Others v. Alves and Others	341
4.	Bezahlung als Voraussetzung eines Dienstvertrages? Gibbins v. Williams, Muller Wright & Mostert Ingelyf en Andere	343
5.	Independent contractor, conductor operis, mandatary und agent ..	345
V.	Die Grundsätze der vicarious liability im modernen südafrikanischen Recht	348
1.	Haftung für employees	348
a)	Abgrenzung zwischen employee und independent contractor ..	348
aa)	Einführung des „dominant impression test“ in das südafrikanische Recht – Smit v. Workmen’s Compensation Commissioner	349
bb)	Der typologische Ansatz im Rahmen der vicarious liability	351
cc)	Der ausgeliehene Gehilfe	353
dd)	Master and servant relationship in Abwesenheit eines förmlichen Dienstvertrages	356
ee)	Juristische Personen als Geschäftsherren	357
ff)	Staatshaftung	360
(1)	Keine Haftung bei Ausübung gesetzlicher Pflichten – British South African Company v. Crickmore	361
(2)	Ausnahme bei Pflicht zu unabhängigem Handeln – Union Government (Minister of Justice) v. Thorne ..	361
(3)	Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze – Minister van Polisie v. Gamble en 'n Ander	362
b)	Der funktionale Haftungszusammenhang	364
aa)	Weisung, Erlaubnis oder Verbot des Geschäftsherrn	365
bb)	Absicht des Gehilfen	367
cc)	Zeit und Ort der Arbeit	368
(1)	Zeit und Ort bei Abweichung von einer vorgegebenen Wegstrecke – Feldman (Pty) Ltd v. Mall	369
(2)	Abweichung in zeitlicher und räumlicher Hinsicht als abstrakter Test – Viljoen v. Smith	373
dd)	Eigentum und Interessen des Geschäftsherrn	374
ee)	Die Natur der Arbeit und die Frage, ob der Gehilfe vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat	375
ff)	Die Schaffung eines Risikos als Test für die Haftung? ..	377
(1)	Minister of Police v. Rabie	379
(2)	Minister of Law and Order v. Ngobo	381

c)	Die Verwirklichung eines Delikts durch den Gehilfen und das Verhältnis zur Haftung des Geschäftsherrn	383
d)	Dogmatische Grundlage der Haftung des Geschäftsherrn	385
aa)	Deliktische Haftung?	386
(1)	Verursachung durch positives Handeln	387
(2)	Verursachung durch Unterlassen	388
bb)	Risikohaftung?	389
(1)	Der Ansatz von Scott	389
(2)	Kritik	391
cc)	Quasideliktische Haftung	393
2.	Haftung für independent contractors	394
a)	Rückblick	394
b)	Rechtslage seit Langley Fox Building Partnership (Pty) Ltd v. De Valence	396
3.	Vicarious liability für agents	399
a)	Haftung für Stellvertreter im technischen Sinne	399
b)	Haftung des principal bei Fehlen einer Vertretungsmacht	402
4.	Haftung des Kfz-Halters	404
a)	„A new head of vicarious liability?“	404
b)	Die positiven Haftungsvoraussetzungen	406
aa)	Erlaubnis des Halters	407
bb)	Kontrolle des Halters	407
cc)	Das Interesse des Halters	409
dd)	Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund	410
5.	Haftung von Partnern	411
VI.	Zusammenfassung	411
§ 7	Zusammenfassung	416
I.	Europa und das ius commune	416
II.	Das Prinzip der funktional begrenzten Gehilfenhaftung	417
III.	Die antiken Grundlagen der modernen Haftungsregelungen	418
IV.	Rechtsfortbildung durch Generalisierung im römisch-holländischen Recht	423
V.	Haftung für Verrichtungsgehilfen in der Geschichte des common law: Richterliche Rechtsfortbildung auf der Grundlage des ius commune	427
VI.	Vicarious liability im modernen englischen Recht	429
VII.	Pragmatische Eintracht von civil law und common law in Südafrika .	433
VIII.	Schluß	439
	Literaturverzeichnis	441
	Entscheidungsregister	467
	Sachwortverzeichnis	477

Abkürzungsverzeichnis

A	Appellate Division
a. A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AD	Appellate Division Reports
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
A.J.A.	Acting Judge of Appeal
ad ed.	ad edictum
Ad. & E.	Adolphus & Ellis' Reports
Afr.	Africanus
Alf.	Alfenus
All ER	All England Law Reports
All ER Rep	All England Law Reports Reprint
All SA	All South African Law Reports
AmJCompL	American Journal of Comparative Law
AmJLH	American Journal of Legal History
App. Cas.	Law Reports Appeal Cases, House of Lords, 1875–1890
ArchpraktRW	Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiet des Civilrechts, des Civilprozesses und des Criminalrechts
B.	Baron
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B. & Ald.	Barnewall & Alderson's King's Bench Reports
B. & C.	Barnewall & Cresswell's King's Bench Reports
B. & S.	Best & Smith's Queen's Bench Reports
BinnSchG	Binnenschiffahrtsgesetz
Black.W.	Sir William Blackstone's King's Bench Reports
Bos. & Pul.	Bosanquet & Puller's Common Pleas Reports
Bpk.	Beperk (= Limited)
Buch	Buchanan's Reports, Cape Supreme Court
Burr.	Burrow's King's Bench Reports

bzw.	beziehungsweise
C	Cape Provincial Division
C.	Codex Iustinianus
C.B.	Chief Baron
C.B.	Common Bench Reports
C. B. N. S.	Common Bench Reports
CILSA	The Comparative and International Law Journal of Southern Africa
C.J.	Chief Justice
CLR	Common Wealth Law Reports
CLY	Current Law Year Book
CPD	Reports of the Cape Provincial Division
Car. & P.	Carrington & Paine's Nisi Prius Reports
Carth.	Carthew's King's Bench Reports
Cas.t.Hard	Cases tempore Hardwicke, Lee's King's Bench Reports
Cels.	Celsus
Ch.	Law Reports, Chancery Division, seit 1890
ChD	Law Reports, Chancery Division, 1875–1890
Cl. & F.	Clark & Finnelly's House of Lords Cases
Co	Company
Coll.	Mosaicarum et Romanorum legum collatio
Comb.	Comberbach's King's Bench Reports
Corp	Corporation
Cowper	Cowper's King's Bench Reports
Cr. & M.	Crompton & Meeson's Exchequer Reports
D	Durban and Coast Local Division
D.	Digesten
d. h.	das heißt
DLR	Dominion Law Reports
Diss.	Dissertation
EDC	Reports of the Eastern Districts Courts
EDL	Reports of the Eastern Districts Local Division
E.R.	English Reports
EU	Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
E. & B.	Ellis & Blackburn's Queens's Bench Reports
East	East's Term Reports, King's Bench
Ed	Edward
Edms	Eiendoms (= Proprietary)
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Exch.	Exchequer Reports
f.	folgende Seite

ff.	folgende Seiten
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fußn.	Fußnote
Gai.	Gaius
Germ Abt	Germanistische Abteilung
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
H. Bl.	H. Blackstone's Common Pleas Reports
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
H. & C.	Hurlston & Coltman's Exchequer Reports
HaftpflG	Haftpflichtgesetz
Holt	Sir John Holt's Reports, King's Bench
ICR	Industrial Cases Reports
i. e.	im einzelnen
IP	Interpretatio zu den Paulussentenzen
IRLR	Industrial Relations Law Reports
insbes.	insbesondere
Inst.	Institutiones
Iul.	Iulianus
J.	Judge Justice
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.A.	Judge of Appeal
J.P.	Judge President
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KB	Law Reports, King's Bench Division
KIR	Knight's Industrial Reports
LAWSA	The Law of South Africa
L.C.	Lord Chancellor
L.J.	Lord Justice
LJMC	Law Journal Reports, Magistrates' Cases
LM	Das Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LQR	Law Quarterly Review
LR	Law Reports
LR Exch	Law Reports, Exchequer, 1865–1875
LR HL	Law Reports, English and Irish Appeals, 1866–75
LR QB	Law Reports, Queen's Bench, 1865–1875
LT	Law Times Reports
Lab.	Labeo
Ld. Raym.	Lord Raymond's King's Bench Reports

Leo.	Leonard's Reports
Lev.	Levinz's King's Bench and Common Pleas Reports
Liv.	Livius
Lloyd's Rep	Lloyd's List Law Reports
Ltd	Limited
MLR	Modern Law Review
M.R.	Master of the Rolls
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
M. & Rob.	Moody & Robinson's Nisi Prius Reports
M. & W.	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
Menz	Menzie's Reports, Cape Supreme Court
Minn.	Minnesota Supreme Court Reports
Mod.	Modern Reports
Moo.K.B.	Moore's King's Bench Reports
MüKo	Münchener Kommentar
N	Natal Provincial Division
NC	Northern Cape Division
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NLJ	New Law Journal
NLR	Natal Law Reports
NPD	Reports of the Natal Provincial Division
Ner.	Neratius
O	Orange Free State Provincial Division
OLG	Oberlandesgericht
OPD	Reports of the Orange Free State Provincial Division
OR	Official Reports, High Court of the South African Republic
PH	Prentice Hall Weekly Reports
PIQR	Personal Injuries and Quantum Reports
PS	Pauli Sententiae
Pap.	Papinianus
Paul.	Paulus
Pomp.	Pomponius
Pop.	Popham's King's Bench Reports
pr.	principium
Prot.	Protokolle
prov.	provinciale
Pty	Proprietary
Pvt	Private
QB	Law Reports, Queens' Bench, 1891–1901, seit 1952
Q. B.	Queen's Bench Reports (Adolphus & Ellis, New Series)
QBD	Law Reports Queen's Bench Division, 1875–1890
R	Rex (King)

RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, Entscheidungssammlung
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Rep	Reports
Rly.	Railway
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SA	South African Law Reports
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SALJ	South African Law Journal
SAR & H	South African Railways and Harbours
SC	Reports of the Cape Supreme Court
SC	Session Cases
SCA	Supreme Court of Appeal
SECL	South Eastern Cape Local Division
SLT	Scots Law Times
SWA	Supreme Court of South West Africa
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung)
Sab.	Sabinus
Salk.	Salkeld's King's Bench Reports
Skin.	Skinner's King's Bench Reports
St.	Statute
T	Transvaal Provincial Division
TH	Reports of the Witwatersrand High Court
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TLR	Times Law Reports
TPD	Reports of the Transvaal Provincial Division
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis
T. R.	Durnford & East's Term Reports
TS	Reports of the Transvaal Supreme Court
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
Tryph.	Tryphoninus
UCLA LRev	University of California at Los Angeles Law Review
Ulp.	Ulpianus
v.	versus
V.-C.	Vice-Chancellor

Vaugh.	Vaughan's Common Pleas Reports
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
W	Witwatersrand Local Division
WLD	Reports of the Witwatersrand Local Division
WLR	Weekly Law Reports
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHC	Zimbabwe High Court
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil

§ 1 Einführung

I. Rechtspolitischer Hintergrund der Haftung für Verrichtungsgehilfen

Im Zuge der Industrialisierung kam es in den europäischen Staaten zu einer Vergrößerung der Produktionsstätten, die zu einem sprunghaften Anstieg arbeitsteiligen Handelns führte. Als Folge dieser Entwicklung sind in den modernen Rechtsordnungen besondere schadensrechtliche Vorschriften notwendig geworden, die einen erhöhten Schutz außenstehender Dritter vor den spezifischen Gefahren begründen, die sich aus dem vermehrten Einsatz abhängiger Arbeitskräfte ergeben. Kraft der Verwendung von Maschinen und technischen Geräten können erfahrungsgemäß selbst bei geringen individuellen Fehlleistungen Schadensbeträge in einem Ausmaß entstehen, das die finanziellen Kapazitäten eines normalen Beschäftigten bei weitem übersteigt. Da ein Ersatzanspruch gegen den unmittelbar schadensursächlichen Gehilfen in vielen Fällen wirtschaftlich wertlos wäre, besteht ein rechtspolitisches Bedürfnis nach einer Verantwortlichkeit des regelmäßig solventeren Geschäftsherrn: „Respondeat superior.“

Eine solche Haftung rechtfertigt sich in erster Linie durch die Überlegung, daß der Arbeitgeber aufgrund der Beschäftigung von Hilfspersonen seinen Aktionsradius erweitern kann und als Kehrseite der Vorteile, die er aus der Arbeitsteilung zieht, auch für die damit verbundenen erhöhten Risiken für Unbeteiligte aufkommen muß.¹ Die Belastung mit der Verantwortlichkeit bedeutet für ihn im allgemeinen keine unverhältnismäßige Härte, da er sich gegen den Schadensfall versichern kann und der überschaubare finanzielle Aufwand für die erforderlichen Prämien bei Wirtschaftsbetrieben sogar üblicherweise in Form erhöhter Preise der angebotenen Waren und Dienstleistungen weitergeleitet wird. Die Problematik der außervertraglichen Gehilfenhaftung hat im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Standort bekanntlich in § 831. „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt“, ist danach zum Ersatz des Schadens verpflichtet, „den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt.“ Die Einstandspflicht ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl, Ausrüstung, Anweisung und Beaufsichtigung des Gehilfen die

¹ Vgl. zu diesem Nutzen-Risiko-Prinzip schon Ulp. D. 50, 17, 149: „Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet.“

verkehrserforderliche Sorgfalt angewandt hat oder wenn sein Verschulden für den Schadenseintritt nicht ursächlich war.

II. Die funktional begrenzte Gehilfenhaftung als europäisches Strukturprinzip

Der Gedanke einer Haftung für fremdes Fehlverhalten ist als solcher freilich nicht neu. Im römischen Recht traf entsprechend der damaligen Wirtschafts- und Gesellschaftsverfassung den *pater familias* eine strikte Verantwortlichkeit für sämtliche Delikte seiner Hauskinder und Sklaven.² Die Wurzeln dieser sogenannten „Noxalhaftung“ sind ihrerseits im Racherecht der frühromischen Gemeinschaft begründet, in dem die Zufügung eines Unrechts zu einer kollektiven Konfrontation zwischen der Sippe des Täters und des Verletzten geführt hatte. Ausgehend von der Verantwortlichkeit des Hausvaters für sein Gesinde hatten die römischen Juristen in Teilbereichen jedoch ansatzweise bereits so etwas wie eine moderne Gehilfenhaftung entwickelt, die auf der Bestellung eines Bediensteten zu einer Verrichtung beruht und in ihrem Umfang durch den Rahmen des Arbeitsverhältnisses beschränkt ist. So waren beispielsweise Schiffer, Wirte und Stallhalter (*nautae, caupones, stabularii*) für Diebstähle und Sachbeschädigungen verantwortlich, die von ihren Angestellten – Sklaven, aber auch freien Personen – innerhalb ihrer räumlichen Herrschaftssphäre verübt worden waren.³ Aus diesen und anderen Anfängen haben spätere Generationen rechtsfortbildend den Gedanken herauskristallisiert, daß nicht die Statusverbindung zwischen Herrn und Gesinde, sondern die Übertragung einer Aufgabe auf eine andere Person für die Annahme der Haftung entscheidend ist. So erklärt es sich, daß als Folge einer langwährenden Entwicklung im modernen Recht das Handeln des angestellten Gehilfen nach § 831 BGB „in Ausführung der Verrichtung“ liegen muß, um die Haftung des Geschäftsherrn herbeizuführen. Neben dem BGB finden sich vergleichbare Ansätze auch in den anderen europäischen Privatrechtssystemen: Nach den Grundsätzen der englischen „*vicarious liability*“ haftet der „*employer*“ für die „*torts*“ seines „*employee*“, die dieser „*in the course of his employment*“ verübt hat. Gemäß Artikel 1384 Abs. 5 *Code Civil* müssen „*préposés*“ „*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*“ gehandelt haben, um eine Einstandspflicht ihrer „*commettants*“ zu begründen, und schließlich ist, in etwas abgewandelter Form, nach Artikel 6:170 des neuen niederländischen *Burgerlijk Wetboek* ein Geschäftsherr für den Schaden verantwortlich, den der „*ondergeschikte*“ verursacht hat „*indien de kans op de fout door de*

² Kaser, RPr I, 163 ff., 630 ff.

³ Honsell/Mayer-Maly/Selb, RR, 260.

opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot.“⁴ Die Figur der *functional begrenzten Gehilfenhaftung* zählt zu den gesicherten Strukturprinzipien des gemeineuropäischen Privatrechts der Gegenwart und erscheint aus heutiger Sicht geradezu als eine Selbstverständlichkeit. Historisch läßt sich die Entwicklung von der Noxalhaftung hin zu den Regelungen der modernen Rechtsordnungen im Sinne des berühmten dictum von Henry Sumner Maine begreifen: „[W]e may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*.“⁵

III. Der Exkulpationsbeweis in § 831 BGB als Eigenheit des deutschen Deliktsrechts

Im Hinblick auf das deutsche Recht sind diese Zusammenhänge von besonderer Bedeutung, da § 831 BGB im Verhältnis zu anderen europäischen Regelungen trotz der offensichtlichen Gemeinsamkeiten in einem wesentlichen Aspekt eine Sonderstellung einnimmt. Die Verantwortlichkeit ist nach § 831 I 2 BGB nämlich anders als in den meisten anderen Ländern ausgeschlossen, wenn der Geschäftsherr „bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.“⁶ Schon zum Zeitpunkt des Erlasses der Vorschrift war die Legitimation der Entlastungsmöglichkeit des Arbeitgebers heftig umstritten.⁷ „Mit Unrecht

⁴ So Absatz 1 der Vorschrift. Wenn der „ondergeschikte“ im Dienst einer natürlichen Person stand und er nicht für einen Beruf oder ein Gewerbe dieser Person gearbeitet hat, haftet diese nach Absatz 2 nur dann, „indien die ondersgeschikte bij het begaan van de fout handelde ter vervulling van de hem opgedragen taak.“ Besondere Regelungen finden sich ferner in Art. 6:171, sowie in Art. 6:172 im Hinblick auf die Haftung für unabhängige Unternehmer und Vertreter. Zu den unterschiedlichen europäischen Bestimmungen im einzelnen vgl. von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, 189 ff.; derselbe, Vicarious Liability, 431 ff.; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung, 632 ff.

⁵ Maine, *Ancient Law*, 141. Siehe auch S. 140 f.: „Thus the status of the Slave has disappeared – it has been superseded by the contractual relation of the servant to his master ... So too the status of the Son under Power has no true place in the law of modern European societies.“

⁶ Neben Deutschland scheint sich eine entsprechende Exkulpationsmöglichkeit in Europa nur in Artikel 55 des Schweizer Obligationenrechts sowie in § 1315 des Österreichischen ABGB zu finden, vgl. van Maanen, *Vicarious Liability in a European Civil Code*, 306. Siehe ferner Magnus, *Elemente eines europäischen Deliktsrechts*, ZEuP 1998, 602, 614.

⁷ Vgl. im einzelnen Seiler, *Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht*, JZ 1967, 525; Fritsch, *Gehilfenhaftung*, insbesondere S. 127 ff.; Zweigert/Kötz,