

Prof. Dr. Melinda F. Lohmann / Theresa Preßler*

Die Rechtsfigur des Erfüllungsgehilfen im digitalen Zeitalter

Ein deutsch-schweizerischer Rechtsvergleich

Nicht nur hierzulande ist die Gehilfenfigur des § 278 BGB in den Fokus der KI-Debatte gerückt. Auch unser Schweizer Nachbar befasst sich mit der Idee künstlich intelligenter Erfüllungsgehilfen. Dieser Beitrag verbindet die Diskussionen über die Landesgrenzen hinweg und ergänzt sie um neue Ansätze. Er zeigt: Das Gehilfenkonzept funktioniert auch, wenn sich das Spektrum an Gehilfen wandelt.

I. Einleitung

[1] Künstliche Intelligenz (KI) wird die arbeitsteilige Wirtschaft revolutionieren. Nicht nur die Art und Weise der Aufgabenerfüllung, sondern die „Akteure“ verändern sich. Aus technischer Sicht ist KI ein Sammelbegriff für eine Reihe von Technologien, die Entscheidungen fällen, Empfehlungen aussprechen, Schlussfolgerungen ziehen oder Vorhersagen machen.¹ Der Schuldner kann sich diesen technologischen Fortschritt für seine Pflichterfüllung zunutze machen. Indem er etwa die Betreuung von Patienten an Pflegeroboter überträgt², medizinische Expertensysteme für die Diagnose bestimmter Krankheiten einsetzt³ oder Robo Advisors mit der Anlageberatung seiner Kunden betraut⁴, delegiert er vertraglich geschuldete Tätigkeiten an KI-Systeme. oder Robo Advisors mit der Anlageberatung seiner Kunden betrauen kann⁵, delegiert er die vertraglich geschuldeten Tätigkeiten an ein KI-System.

[2] Was bedeutet das für die Rechtsfigur des Erfüllungsgehilfen, die sowohl in Deutschland (§ 278 BGB⁶) als auch in der Schweiz (Art. 101 OR⁷) die Arbeitsteilung im Vertrag regelt?⁸ Die Frage stellt sich in beiden Rechtsordnungen aus folgendem Grund: Erfüllt das KI-System die Aufgabe nicht vertragsgemäß, ist der Schuldner hierfür nur verantwortlich, wenn ihm selbst ein Verhaltensvorwurf gemacht werden kann. Hat er die Delegation jedoch sorgfältig organisiert, sein KI-System also ordnungsgemäß überwacht, instruiert und ausgewählt, fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung. Müssen § 278 BGB und seine Schweizer Schwesternorm⁹ künftig auch auf sog. KI-Gehilfen Anwendung finden, um Zurechnungsketten bei der vertraglichen Arbeitsteilung aufrechtzuerhalten? Und wenn ja, über welche dogmatische Konstruktion?

[3] Die Frage, *wer* – oder vielmehr auch *was* – künftig Delegierte sein kann, ist fester Bestandteil einer Debatte, die sich mit der Übertragbarkeit rechtlicher Konzepte auf KI befasst und derzeit intensiv geführt wird. Die Idee der technischen Erfüllungsgehilfen ist an sich nicht neu: Bereits in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde erwogen, Automaten, Maschinen oder Computerprogramme in den Anwendungsbereich des Gehilfen-

* Die Autorin *Lohmann* ist Assistenzprofessorin für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Informationsrecht an der Universität St. Gallen und Direktorin der Forschungsstelle für Informationsrecht an der Universität St. Gallen (FIR-HSG). Die Autorin *Preßler*, Ref. iur., ist Referendarin am Kammergericht Berlin und Doktorandin bei Prof. Dr. Alexander Peukert an der Goethe-Universität, Frankfurt a.M. zu dem Thema „Künstlich intelligente Erfüllungsgehilfen“. Ab 1.12.2021 wird sie im Rahmen des u.g. Forschungsprojekts (Fn. 8) als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der FIR-HSG tätig sein. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 9.10.2021 abgerufen.

1 Weiterführend zu KI *Russell/Norvig*, Artificial Intelligence, 4. Aufl. 2021.

2 Z.B. der Assistenzroboter des Schweizer Robotikherstellers f&xp Robotics, abrufbar unter: <https://www.fp-robotics.com/de/care-robotics>.

3 Zu dem in den USA bereits zugelassenen KI-Diagnosesystem IDx-DR siehe die Pressemitteilung der U.S. Food & Drug Administration (FDA) vom 11.4.2018, FDA permits marketing of artificial intelligence-based device to detect certain diabetes-related eye problems, abrufbar unter: <https://beck-link.de/h47z2>.

4 Bekannte Robo Advisors sind Quirion, VTB Invest, Growney oder Scalable Capital, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/vergleich/robo-advisor-vergleich>.

5 *Wagner/Luyken*, FS Windbichler, 2020, 155.

6 Mit § 278 BGB ist hier und im Folgenden stets § 278 S. 1 Var. 2 BGB gemeint.

7 Mit Art. 101 OR ist hier und im Folgenden stets der erste Absatz des Art. 101 OR gemeint: „Wer die Erfüllung einer Schuldpflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch beauftragterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.“

8 Dies ist gleichzeitig die Kernfrage eines von dem Grundlagenforschungsfonds der Universität St. Gallen geförderten Forschungsprojekts an der FIR-HSG („Künstliche Intelligenz als Hilfsperson? Rechtliche Bewertung der Arbeitsteilung im digitalen Zeitalter“).

9 Ausführlich zur (umstrittenen) Rechtsnatur des Art. 101 OR *Gauch/Schluemp/Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, 11. Aufl. 2020, § 29 Rn. 3052. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich um eine Zurechnungsnorm.

konzepts einzubeziehen.¹⁰ Einen besonders fortschrittlichen Beitrag lieferte der Schweizer *Karl Spiro*,¹¹ dessen Erkenntnisse den deutschen Diskurs stark beeinflusst haben. Mit KI als einer neuen möglichen Gehilfengeneration erlebt diese Idee ihren zweiten Frühling. Während sich die wissenschaftliche Auseinandersetzung in Deutschland auf dem vorläufigen Höhepunkt befindet,¹² ist sie in der Schweiz weit weniger fortgeschritten. Es ist an der Zeit, die Diskussionen zusammenzuführen. Einen Anfang soll dieser Beitrag machen.

II. Zurechnungsgegenstand und Zurechnungsvorgang – eine Gegenüberstellung

[4] Das Verständnis von Zurechnungsgegenstand und Zurechnungsmechanismus ist für diese Untersuchung von zentraler Bedeutung. *Was beide Normen auf welche Weise zurechnen*, wird daher in einem ersten Schritt rechtsvergleichend analysiert. Ihr jeweiliger Wortlaut erweckt zunächst den Eindruck, dass diesbezüglich ein großer Unterschied besteht: Während § 278 BGB ein *Verschulden* der Gehilfen zurechnet, bezieht sich Art. 101 OR lediglich auf den von einer Hilfsperson *verursachten Schaden*. Dennoch eint die Normen mehr als sie trennt. Schon ein Blick in die Rechtsgeschichte legt eine enge Verwandtschaft offen. So stützte sich der deutsche Gesetzgeber bei Erlass des § 278 BGB explizit auf die Vorgängernorm des Art. 101 OR.¹³ Sie diente ihm als Vorbild. Wie zu zeigen sein wird, hat die dogmatische Entwicklung beider Normen dieses ursprüngliche Näheverhältnis unberührt gelassen. Trotz ihrer unterschiedlichen Zurechnungsgegenstände beruhen sie auf einem identischen Zurechnungsmechanismus. Dieser Prüfungsgleichlauf ist nicht zuletzt das Ergebnis einer modernen Interpretation des Verschuldens in § 278 BGB als ein Verschulden *sui generis*.

1. § 278 BGB

[5] § 278 BGB beinhaltet nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur eine Verschuldenszurechnung. Um die Norm auch bei der Delegation tätigkeitsbezogener Pflichten sinnvoll anwenden zu können, ist das Gehilfenverhalten als zweiter Zurechnungsgegenstand unbestritten.¹⁴ Keine Einigkeit besteht hingegen zu der Rechtsnatur des Gehilfenverschuldens.¹⁵ Die Idee der KI-Gehilfen hat diese Grundlagendebatte erneut angestoßen und gibt Anlass, sie kritisch zu reflektieren.

a) Einordnung als Verschulden *sui generis*

[6] Aus der Perspektive der Gehilfenfigur lässt sich fragen, was diese verschuldet haben soll. Einen Bezugspunkt für das Verschulden enthält die Norm nicht. Ihr wurde daher vorgehalten, unvollständig oder gar missverständlich zu sein.¹⁶ Die Antwort ist jedoch schnell gefunden, wenn man die Rolle und Funktion des § 278

BGB im Blick behält. Als Zurechnungsnorm findet sie innerhalb der Prüfung des Schadensersatzanspruchs gegen den Schuldner Anwendung, der seine Pflichterfüllung an den Gehilfen delegiert hat. In der Rechtsfolge der Verschuldenszurechnung kommt zum Ausdruck, dass ein Vertretenmüssen des Schuldners auf der Grundlage eines Verschuldens des Erfüllungsgehilfen beurteilt werden soll.¹⁷ Der Bezugspunkt dieses Gehilfenverschuldens muss folglich die Pflicht sein, die nicht den Gehilfen selbst, sondern den Schuldner gegenüber dem Gläubiger trifft.¹⁸ Diese Erkenntnis ist entscheidend, um das Gehilfenverschulden dogmatisch einzuordnen. Denn von dem Verschulden einer Person kann im rechtstechnischen Sinne nur gesprochen werden, wenn sie auch Adressat der Pflicht ist, um deren Verstoß es geht.¹⁹ Da sich die einschlägigen Vertragspflichten ausschließlich an den Schuldner richten, kann ihre Verletzung dem Gehilfen persönlich nicht vorgeworfen werden.²⁰ In der Literatur wurde daraus bereits zutreffend geschlossen, dass § 278 BGB kein klassisches Verschulden zurechnet.²¹ Rechtstechnisch gibt es kein *Gehilfenverschulden*, sondern nur ein *Gehilfenverhalten*²², das für die Prüfung des Vertretenmüssens des Schuldners erforderlich ist. Aus diesem Grund sollte das Verschulden in § 278 BGB als ein Verschulden *sui generis* bezeichnet und künftig in diesem Sinne interpretiert werden.

b) Zurechnung des Verschuldens *sui generis*

[7] Mit der Formulierung „in gleichem Umfang wie eigenes Verschulden“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass der Verschuldensvorwurf durch die Einstandspflicht für Gehilfen nicht weiter reichen soll, als wenn der Schuldner selbst gehandelt hätte (hypothetische Betrachtungsweise). Aus diesem Grund hat sich eine Prüfungsformel etabliert, die danach fragt, ob dem *Schuldner*, hätte er die Leistungshandlung selbst und auf glei-

¹⁰ Exemplarisch *Brunner*, Zum Risiko von Computerfehlleistungen bei der Abwicklung von Verträgen, 1970, passim; *Wolf* JuS 1989, 899, passim.

¹¹ *Spiro*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, 1984, § 48, 209 ff.

¹² Siehe etwa *Hacker* RW 2018, 243 (248 ff.); *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (157 ff.); *Klingbeil* JZ 2019, 718, passim.

¹³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1888, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 30; *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, 16 f.

¹⁴ BeckOGK-BGB/*Schaub* (Stand: 1.9.2021), § 278 Rn. 16.

¹⁵ Zu einem Ausschnitt über das Meinungsspektrum *Lorenz*, Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. I, 2000, 329 (374 ff.).

¹⁶ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 8. Aufl. 2000, 99.

¹⁷ *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, 401 f.

¹⁸ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 101 f.

¹⁹ *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, 34.

²⁰ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 101.

²¹ Kein „Verschulde[n] im engen Sinne“ heißt es bei *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, § 31 Rn. 383 und kein Verschulden im „technischen Sinn“ bei *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 101 und *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 44. Aufl. 2020, § 20 Rn. 33.

²² In diese Richtung auch *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 31 Rn. 383.

che Weise wie der Gehilfe vorgenommen, ein Verschuldensvorwurf gemacht werden könnte.²³ Dafür soll das pflichtverletzende Verhalten des Gehilfen gedanklich auf die Person des Schuldners projiziert werden.²⁴ Diese Projektion gelingt leicht, wenn es sich bei dem Schuldner um eine natürliche Person handelt, die faktisch ebenfalls in der Lage gewesen wäre, die delegierte Pflicht zu erfüllen. Sie gestaltet sich bereits um einiges schwieriger, wenn der Schuldner eine juristische Person oder Personengesellschaft ist, die nicht wie ein Mensch handeln kann. Die strikte Bezugnahme auf die Person des Schuldners bildet auch den Zeitgeist arbeitsteiliger Leistungserbringung nicht mehr ab. Wie *Tröger* pointiert herausstellt, mag diese Ausrichtung der Prüfformel „eine akkurate Beschreibung für den Hufschmied sein, der sich zum Beschlagen des Rappens seines Gesellen bedient, erhellt aber wenig, wenn der kommunale Krankenhausbetreiber die Herztransplantation durch angestellte Ärzte durchführen, oder der konglomerate Konzern Autos von seinen Zulieferern zusammenbauen (...) lässt.“ In einer arbeitsteiligen Wirtschaft entsteht mit dem Leistungsversprechen des Schuldners auf Gläubigerseite die Erwartung, dass die eingeschalteten Personen über die notwendigen Fähigkeiten verfügen, um dieses zu erfüllen.²⁵ Die hypothetische Prüfungsformel ist daher neu auszurichten: Anstatt das Gehilfenverhalten auf den Schuldner zu projizieren, ist *direkt* danach zu fragen, ob die von dem Gehilfen vorgenommene Leistungshandlung den vertraglich zugesicherten Sorgfaltsmaßstäben des Schuldners zuwiderläuft.²⁶ Wie noch zu zeigen sein wird, hat der vermeintlich erforderliche Umweg über die Person des Schuldners eine Anwendung des § 278 BGB auf KI unnötig verkompliziert und nach der Auffassung mancher²⁷ sogar gehindert.

c) Verschuldensfähigkeit der Gehilfenfigur

[8] Aufgrund der Einordnung als Verschulden *sui generis* kann aus dem Gesetzeswortlaut „Verschulden“ nicht zwingend abgeleitet werden, der Gehilfe müsse *verschuldensfähig* sein. Für die Zurechnung ist vielmehr nur die Verschuldensfähigkeit des Schuldners maßgeblich.²⁸ Entsprechend der amtlichen Überschrift regelt § 278 BGB *seine* „Verantwortlichkeit für Dritte“. Da nur ein Verhalten zugerechnet wird, kann die Norm rechtstechnisch auch bei einer verschuldensunfähigen Gehilfenfigur funktionieren. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der systematischen Zusammenschau mit § 276 I 2 BGB und der dortigen Verweisung auf §§ 827, 828 BGB.²⁹ Diese Normenkette ist für die Interpretation des Gehilfenverschuldens nicht heranzuziehen. § 276 I BGB muss auch im Deliktsrecht sinnvoll zur Anwendung gelangen können und daher die Deliktsfähigkeit des Schuldners sicherstellen. Nach einhelliger Auffassung beansprucht § 278 BGB im Rahmen deliktischer Ansprüche jedoch keine Geltung³⁰, so dass Wertungswidersprüche nicht zu befürchten sind. Auch aus dem

Blickwinkel der Risikoordnung wird diese Argumentation gestützt: War die fehlende Verschuldensfähigkeit bei der Delegation nicht erkennbar, trafe den Schuldner kein Auswahlverschulden und somit kein Fahrlässigkeitsvorwurf. Seine Haftung entfiel. Diese Risikoverteilung überzeugt nicht.³¹ Bei der Verschuldensunfähigkeit handelt es sich um einen anfänglichen oder im Verlauf der Pflichterfüllung auftretenden Defekt des Gehilfen.³² Das Risiko ist daher der Sphäre des Schuldners zuzuweisen.

2. Art. 101 OR

[9] Während die Schweizer Vorgängernorm, Art. 115 des alten Obligationenrechts von 1883 (aOR), den Schuldner noch für das *Verschulden* seiner Hilfsperson haften ließ,³³ bezieht sich Art. 101 OR lediglich auf den von ihr *verursachten Schaden*.³⁴ Eine Erklärung, warum das Verschuldenserfordernis fallen gelassen wurde, findet sich nicht. In der Gesetzesbegründung (sog. Botschaft) steht nur, dass der Artikel mit der Haftung für Verrichtungsgehilfen, also Art. 55 OR, „redaktionell und materiell in bessere Übereinstimmung“ gebracht werden sollte.³⁵ Nach *von Tuhr* sei dabei „[...] die erhebliche Verschiedenheit beider Tatbestände übersehen und eine Neuerung eingeführt worden, welche der Billigkeit entschieden widerspricht.“³⁶ Entsprechend würden die Gerichte „den neuen Wortlaut als redaktionelles Versehen behandeln und zur alten Regel zurückkehren [...]“. ³⁷ Das taten sie nicht. Lehre und Rechtsprechung haben stattdessen das Kriterium der hypothetischen Vorwerfbarkeit entwickelt. Danach ist (nur) zu prüfen, ob die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen wäre, wenn er sie selbst vorgenommen hätte.³⁸ Handelt es sich bei dem Schuldner

²³ MüKoBGB/*Grundmann*, 8. Aufl. 2019, § 278 Rn. 50.

²⁴ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 102.

²⁵ *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 403.

²⁶ So im Ergebnis auch *Lorenz*, Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. I, 329 (376 f.).

²⁷ Siehe *Klingbeil* JZ 2019, 718 (720 f.).

²⁸ So auch *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, 303 und BeckOGK-BGB/*Schaub*, § 278 Rn. 89 m.w.N.; a. A. *Klingbeil* JZ 2019, 718 (720) m. w. N.

²⁹ A. A. *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 31 Rn. 383; *Staudinger/Caspers*, BGB (Neubearb. 2019), § 278 Rn. 68.

³⁰ BeckOK-BGB/*Lorenz* (Stand: 1.8.2021), § 278 Rn. 3.

³¹ BeckOGK-BGB/*Schaub*, § 278 Rn. 89.

³² *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, § 20 Rn. 34.

³³ „Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienmitglieder, seiner Angestellten und Arbeiter. Ebenso sind juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, verantwortlich für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen.“

³⁴ *Spiro*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, § 60, 245.

³⁵ BBl 1905 II 1, 18; s. a. die parlamentarischen Beratungen Sten. Bull NR 1909, 529, 534 und Sten. Bull SR 1910, 169, 180.

³⁶ *Von Tuhr* SJZ 1921, 225 (226); kritisch *Hertner*, Die vertragliche Haftung für Hilfspersonen im alten und neuen schweizerischen Obligationenrecht, 1922, 51 ff.

³⁷ *Von Tuhr* SJZ 1921, 225 (226 f.).

³⁸ BSK-OR/*Widmer Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rn. 13; *Koller*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, 1980, Rn. 304; s. etwa BGE 130 III 591, E. 5.5.4; BGE 119 II 337, E. 3 c/aa.

um eine juristische Person, wird gefragt, ob die Handlung den Sorgfaltsmaßstäben zuwiderläuft, die der Vertragspartner nach dem Vertrauensprinzip erwarten durfte.³⁹

3. Zwischenergebnis

[10] Beide Zurechnungsnormen lassen sich nicht vollständig anhand ihres Wortlauts erfassen. § 278 BGB rechnet kein klassisches, sondern ein Verschulden *sui generis* zu. In Art. 101 OR ist das Erfordernis des Gehilfenverschuldens nicht (mehr) enthalten, stattdessen wird das Kriterium der hypothetischen Vorwerfbarkeit hineingelesen. Die Zurechnung funktioniert damit im Ergebnis gleich. Sie beruht auf einer Beurteilung des Gehilfenverhaltens nach den Sorgfaltsmaßstäben, zu denen sich der Schuldner verpflichtet hat.

III. KI als Delegierte

[11] Um § 278 BGB und Art. 101 OR direkt auf KI-Systeme anzuwenden, müssten sie Delegierte i.S.d. jeweiligen Vorschriften sein und damit unter den Begriff der „Personen“ bzw. „Hilfsperson“ gefasst werden können. Im deutschen Diskurs wurde eine direkte Anwendung meist nahezu reflexartig mit der Begründung verneint, dass sich KI-Systeme *obnehin* nicht unter den Personenbegriff subsumiert ließen.⁴⁰ Bei KI handelt es sich um ein gänzlich neues Phänomen. Wären für seine rechtliche Würdigung allein traditionelle Interpretationen der Tatbestandsmerkmale maßgebend, würde ein statisches, dem Gesetz *vermeintlich* zugrunde liegendes Vorstellungsbild verteidigt und ihm wenig Möglichkeit gelassen, am „Puls der Zeit“ zu bleiben. Gesetzesworte wie „Person“ bzw. „Hilfsperson“ sind immer wieder neu zu übersetzen, um der „Unselbstverständlichkeit des Normtexts“⁴¹ ausreichend Rechnung zu tragen.

1. KI als „Person“ i. S. d. § 278 BGB

[12] Wer als „Person“ i.S.d. BGB anzusehen ist, erschließt sich nicht ohne Weiteres durch einen Blick ins Gesetz. Weder im Allgemeinen noch im Besonderen Teil des BGB hat der Gesetzgeber den Begriff definiert. Während „Person“ im natürlichen Sprachgebrauch den Menschen als Individuum bezeichnet, ist der juristische Sprachgebrauch ungleich weiter. In der „sprachlich erzeugte[n] Kunstwelt“⁴² des Rechts haben sich zu der Person eine Vielzahl an Konzepten und Lehren herausgebildet, die sich im sog. „Personenrecht“ bündeln.⁴³ Als normatives Tatbestandsmerkmal kann die „Person“ Wertungen und Abstraktionen beinhalten, die unabhängig von der Wirklichkeitsebene sind.⁴⁴ Nach der grammatischen Auslegung können folglich nicht nur Menschen Delegierte i.S.d. § 278 BGB sein, da nicht nur Menschen Personen im rechtlichen Sinne sind. Dass ein

KI-System den Personenbegriff ausfüllt, ist danach zumindest vorstellbar.

[13] Gegen eine Subsumtion spricht aber die systematische Betrachtung der „Person“ im ersten Abschnitt des Allgemeinen Teils des BGB, der unter die Überschrift „Personen“ zum einen „Natürliche Personen“⁴⁵ (Titel 1) und zum anderen „Juristische Personen“ (Titel 2) fasst. In beiden Eingangsvorschriften des jeweiligen Titels trifft das Gesetz sodann Regelungen zur Rechtsfähigkeit. Während die Rechtsfähigkeit natürlicher Personen bereits originär aus der Verfassung folgt, vermitteln Erwerbstatbestände wie § 21 BGB einen Anspruch auf Erlangung der Rechtsfähigkeit und ermöglichen es bestimmten Gebilden zu einer juristischen Person, also einer Person im Rechtssinne, zu werden.⁴⁶ Damit wird weniger eine Erhabenheit, vielmehr eine Zweckgebundenheit⁴⁷ des Personenbegriffs offengelegt, was durchaus Potenzial für eine Anwendung auf KI bieten könnte. Die Gesetzssystematik lässt jedoch erkennen, dass dem Personenstatus zwingend die Rechtsfähigkeit anhaftet. Ein KI-System ist jedoch weder rechtsfähig noch kann es Rechtsfähigkeit erwerben. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Personenbegriff *innerhalb* des § 278 BGB auch Akteure erfasst, die weder natürliche noch juristische Personen sind. So kann die rechtsfähige Personengesellschaft i. S. d. § 14 II BGB, bspw. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), zwar auch als Nicht-Person Erfüllungsgehilfin sein.⁴⁸ Gleichwohl bleibt die Rechtsfähigkeit als kleinster gemeinsamer Nenner unter den Delegierten bestehen.

[14] Historisch betrachtet hatte der BGB-Gesetzgeber offenkundig keine KI-Systeme im Blick. Die Vorschrift des § 278 BGB trat mit dem BGB am 1.1.1900 in Kraft. Seitdem sind über 120 Jahre vergangen, ohne dass der Normgehalt wesentlich geändert wurde.⁴⁹ Auch wenn der historische Wille des Gesetzgebers ohnehin nur in Form einer Konsultationspflicht, aber keiner unbedingten Befolgungspflicht berücksichtigt werden müsste⁵⁰, sprechen die Gesetzesmaterialien nicht per se gegen eine Subsumtion. Aus den Motiven geht vielmehr hervor,

³⁹ BSK-OR/Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 101 Rn. 13.

⁴⁰ Exemplarisch John, Haftung für künstliche Intelligenz, 2007, 247; Hanisch, Haftung für Automation, 2010, 23, findet deutliche Worte: „Er [der Putzroboter] ist unzweifelhaft eine Sache und damit als Erfüllungsgehilfe schlichtweg nicht existent.“

⁴¹ Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 284.

⁴² Klingbeil AcP 217 (2017), 849 (855).

⁴³ Hierzu Thieme, Das Deutsche Personenrecht, 2003.

⁴⁴ Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, 74 f.

⁴⁵ Die vollständige Überschrift des ersten Titels wurde für die hiesigen Zwecke gekürzt.

⁴⁶ Sog. System der Normativbestimmungen Palandt/Ellenberger, 80. Aufl. 2021, § 1 Rn. 1, § 21 Rn. 1, Einf. v. § 21 Rn. 6.

⁴⁷ Das BGB versteht Person nicht im rechtsethischen, sondern rechtstechnischen Sinn, Palandt/Ellenberger, § 1 Rn. 1

⁴⁸ Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag, 384.

⁴⁹ BeckOGK-BGB/Schaub, § 278 Rn. 19.

⁵⁰ Möllers, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, § 6 Rn. 79; Kramer, Juristische Methodenlehre, 220.

dass die Normschöpfung maßgeblich von einem Garantiegedanken geleitet war.⁵¹ Nicht der Mensch als Delegierter stand bei der Konzeption der Gehilfenzurechnung im Mittelpunkt, sondern das Leistungsversprechen des Schuldners. Anthropozentrische Argumente gegen eine direkte Anwendung auf KI-Systeme finden damit bereits keine Stütze in ihrer Entstehungsgeschichte.

[15] Seit mehr als einem Jahrhundert wird der Zweck des § 278 BGB ergründet, entsprechend vielschichtig ist das Meinungsbild.⁵² Besonders überzeugend ist der Ansatz, Geschäfts- und Zurechnungskreis des Schuldners als zwei Seiten einer Medaille zu betrachten: Aus der Leistungspflicht des Schuldners folgt die Verantwortung für die hierzu erforderlichen Leistungshandlungen.⁵³ Delegiert der Schuldner (Teil-)Handlungen an einen Gehilfen, löst dieses Bedienen ein Risiko für den Gläubiger aus. Dieses Risiko besteht aber nicht nur darin, dass der Delegierte die geschuldete Leistungshandlung per se weniger sorgfältig ausführen könnte.⁵⁴ Das Risiko liegt darin begründet, dass ein dritter Akteur in das Vertragsgeschehen involviert wird, den der Gläubiger nicht kennt, nicht (mit-)ausgewählt hat und dessen Verhalten er weder kontrollieren noch einschätzen kann. Anders als der Gläubiger ist der Schuldner daher in der Lage, mögliche Schadensszenarien zu antizipieren und entsprechende Präventionsmaßnahmen zu ergreifen.⁵⁵ Nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner muss das Wirken des eingeschalteten Dritten seiner Risikosphäre zuordnen; der Dritte ist schließlich Gehilfe bei Erfüllung der *Schuldnerpflicht*. Die Zurechnung in § 278 BGB folgt damit simultan der Entscheidung des Schuldners, seinen Geschäftskreis durch Delegation zu erweitern. Prägend für das ausgelöste Risiko ist das Delegationsmoment,⁵⁶ nicht die Person des Gehilfen. Aus diesem Grund ist nicht von einem Personal⁵⁷-, sondern von einem *Delegationsrisiko* zu sprechen. Etablieren sich KI-Systeme faktisch als Gehilfen in der arbeitsteiligen Vertragserfüllung, ist nicht ersichtlich, warum dieser Gleichlauf von Geschäfts- und Zurechnungskreis anders als bei rechtsfähigen Akteuren beurteilt werden sollte. Bedenkt man zudem, dass § 278 BGB „prinzipiell jegliche Form von Arbeitsteiligkeit“⁵⁸ erfassen will, relativiert das zumindest die *norminterne* Bedeutung des Personenbegriffs vehement.

[16] Festzuhalten bleibt, dass das Konzept des Erfüllungsgehilfen nicht an den Personenstatus i.S.d. klassischen Personenkategorien anknüpft. Auch andere Akteure, also Nicht-Personen können die Gehilfenfigur ausfüllen. Ein KI-System als „Person“ aufzufassen, würde im Lichte dieser Auslegungserkenntnisse weniger „fremdkörperhaft“ anmuten, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Auch wenn der Zuweisung von Delegationsrisiken bei der Auslegung des § 278 BGB ein hoher Stellenwert beizumessen ist, vermag dies nicht darüber

hinwegzutragen, dass selbst ein weites Verständnis des Personenbegriffs die Rechtsfähigkeit miteinschließt. Würde man sich über ein solches konstitutives Erfordernis hinwegsetzen, wäre nicht unbedingt das innere System des § 278 BGB, aber das des BGB insgesamt, empfindlich gestört.

2. KI als „Hilfsperson“ i.S.d. Art. 101 OR

[17] Nach dem Wortlaut des Art. 101 OR gilt die Einstandspflicht für „Hilfspersonen, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer“. Diese Formulierung und diejenige in den weiteren Amtssprachen (Französisch und Italienisch) deuten zunächst darauf hin, dass primär menschliche Gehilfen gemeint sind. Im juristischen Sprachgebrauch umfasst der Begriff der „Person“ in der Schweiz jedoch rechtsfähige Subjekte, also natürliche und juristische Personen. Juristische Personen können somit Hilfspersonen sein.⁵⁹ Auch wenn daraus folgt, dass die Gehilfenfigur nicht allein auf den Menschen ausgerichtet ist, lässt der Wortlaut wenig Spielraum für die Subsumtion von Entitäten, die weder natürliche noch juristische Personen sind.

[18] Fraglich ist, ob aus einem systematischen Blickwinkel weitere Entitäten unter den Hilfspersonenbegriff fallen können. Hierzu ist die Diskussion zur Rechtsnatur der Personengesellschaften und ihrer Hilfspersonenqualität aufzugreifen: Die Rechtsnatur der Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR), also das Pendant zu der deutschen offenen Handelsgesellschaft (oHG), und der Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR) ist eine alte Streitfrage.⁶⁰ Nach herrschender Auffassung sind diese Personengesellschaften nicht rechtsfähig,⁶¹ womit eine direkte Anwendung des Art. 101 OR ausscheiden müsste. Dennoch bejaht ein Teil der Lehre die Hilfspersonenqualität der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.⁶² Bezeichnenderweise scheinen die Vertreter die-

⁵¹ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, 30; *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 16 f.

⁵² Einen Überblick geben BeckOGK-BGB/*Schaub*, § 278 Rn. 2 ff. und *Wendelstein* AcP 215 (2015), 70 (81 ff.).

⁵³ *Wendelstein* AcP 215 (2015), 70 (87 ff.); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, 297; *Palandt/Grüneberg*, § 278, Rn. 1; *BGH* NJW 1996, 464 (465).

⁵⁴ So auch *Wagner/Luyken*, FS Windbichler, 2020, 155 (173).

⁵⁵ *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 377 ff.

⁵⁶ So auch *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 96.

⁵⁷ *MüKoBGB/Grundmann*, § 278 Rn. 3; im KI-Kontext v.a. *Hacker* RW 2018, 243 (252 ff.).

⁵⁸ *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Tb. 2, 98.

⁵⁹ Etwa *Koller*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 193; *Gauch/Schluemp/Emmenegger*, Schweizerisches Obligationenrecht, § 29 Rn. 3018 f.

⁶⁰ *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 17.

⁶¹ Etwa *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 2 Rn. 84.

⁶² Etwa *BSK-OR/Widmer Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rn. 4; *Koller*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 193; *BK-OR/Weber/Emmenegger*, Art. 101 Rn. 39, Fn. 78.

ser Ansicht jedoch davon auszugehen, dass die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft rechtsfähig seien.⁶³ Aufgrund ihrer Verselbständigung im Außenverhältnis kämen sie als Hilfspersonen infrage.⁶⁴ Folgt man indes der herrschenden Meinung und qualifiziert die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft als nicht rechtsfähige Entitäten, können sie konsequenterweise auch keine Hilfspersonen sein. Der Begriff der Hilfsperson muss dann auf natürliche und juristische Personen begrenzt bleiben. Die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), also das Pendant zur deutschen GbR, ist nach einhelliger Ansicht nicht rechtsfähig,⁶⁵ entsprechend kann auch sie nicht Hilfsperson sein.⁶⁶ Eine systematische Betrachtung führt damit ebenfalls zum Ergebnis, dass nur natürliche und juristische Personen die Gehilfenfigur ausfüllen können.

[19] Gleiches gilt für die historische Auslegung des Hilfspersonenbegriffs. Die Ende des 18. Jahrhunderts in Kraft getretene Vorgängernorm (Art. 115 aOR) statuierte eine Einstandspflicht des Schuldners für das Verschulden der „seiner Autorität untergeordneten Familienmitglieder, seiner Angestellten und Arbeiter“.⁶⁷ Gemeint waren in erster Linie menschliche Gehilfen. Mit der Schaffung des Art. 101 OR wurde der Kreis der Dritten auf *sämtliche* Hilfspersonen erweitert.⁶⁸ Damit kamen auch juristische Personen als Hilfspersonen infrage; eine Erweiterung auf Nicht-Personen lässt sich daraus allerdings nicht ableiten.

[20] Einzig aus teleologischer Perspektive könnte ein KI-System unter den Begriff der Hilfsperson gefasst werden. Der Grund liegt darin, dass Art. 101 OR wie sein deutsches Pendant ausschließlich bezweckt, dem Schuldner das Delegationsrisiko zuzuweisen.⁶⁹ Ob es sich bei dem Gehilfen nun um einen Menschen, eine juristische Person oder eine KI handelt, ist auch nach Sinn und Zweck des Art. 101 OR wenig relevant. Die teleologischen Argumente können das Erfordernis der Rechtsfähigkeit jedoch nicht überbrücken, das aus grammatischer, systematischer und historischer Sicht konstitutiv ist.

IV. KI als Delegierte per analogiam

[21] KI-Systeme können de lege lata weder als Person noch als Hilfsperson angesehen werden.⁷⁰ Es offenbart sich eine Verantwortungslücke des Schuldners bei dem Einsatz von KI-Systemen, die ein Störgefühl hinterlässt. Warum soll seine Verantwortlichkeit davon abhängen, ob er die Durchführung der Erfüllungshandlungen an Personen delegiert oder ein KI-System damit betraut?⁷¹ Dass KI-Gehilfen immerhin *wie* Personen bzw. Hilfspersonen behandelt werden, ließe sich im Wege einer Einzelanalogie erreichen.⁷² In beiden Rechtsordnungen wäre hierfür jedoch eine Gesetzeslücke erforderlich.

1. Planwidrigkeit

[22] Die Annahme einer Gesetzeslücke erfordert zunächst „eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts“.⁷³ Diese Wertung darf sich jedoch nicht auf ein Rechtsgefühl des Rechtsanwenders stützen. Maßgebend ist eine Gesamtbetrachtung des geltenden Rechts und nicht ein „Wunschdenken de lege ferenda“.⁷⁴⁷⁵

[23] Im Unterschied zu § 831 BGB im Delikt hat der deutsche Gesetzgeber entschieden, dass der Schuldner sich nicht allein durch gute Leistungsorganisation einer Haftung entziehen können soll, wenn er Dritte für die Vertragserfüllung beizieht.⁷⁶ Aus diesem Grund hat er § 278 BGB geschaffen. Da die Zurechnung nach § 276 I 1 BGB an ein eigenes Verhalten anknüpft, wäre der Schuldner nur verantwortlich, wenn er seinen Gehilfen nicht sorgfältig ausgewählt, instruiert oder überwacht hat. Beschränkt man sich auch bei Einsatz von KI-Gehilfen auf diese Art von Pflichtenkanon und muss die direkte Anwendung des § 278 BGB verneint werden, wandelt sich die Leistungspflicht des Schuldners zu einer bloßen Organisationspflicht⁷⁷. Die Rechtslage stellt sich für den Vertrag folglich so dar, wie es die Rechtsordnung nur für den Einsatz von Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB vorgesehen hat. Dieses Ergebnis steht mit der gesetzgeberischen Grundentscheidung nicht im Einklang. Hieraus folgt die Planwidrigkeit.

[24] In der Schweiz verneinen *Widmer Lüchinger/Wiegand* im namhaften Basler Kommentar die Planwidrigkeit zumindest für herkömmliche Maschinen: Obschon dem Gesetzgeber der Einsatz von Maschinen als Hilfsmittel bekannt war, habe er die Einstandspflicht nur für Personen angeordnet.⁷⁸ Eine Lücke sei nur für technische Hilfsmittel anzunehmen, die der Gesetzgeber

⁶³ So *Koller*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 193, der von „rechtsfähigen Personengesellschaften“ spricht; *CHK-OR/Furrer/Wey*, Art. 101 Rn. 11, die der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft Rechtsfähigkeit zugestehen; s. a. *KuKo-OR/Lüchinger/Widmer Lüchinger*, Art. 562 Rn. 1 (für die Kollektivgesellschaft).

⁶⁴ *BSK-OR/Widmer Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rn. 4.

⁶⁵ *BSK-OR/Handschin*, Art. 530 Rn. 6.

⁶⁶ Etwa *BK-OR/Weber/Emmenegger*, Art. 101 Rn. 39, Fn. 78.

⁶⁷ Siehe Fn. 33.

⁶⁸ Siehe *Koller*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Rn. 100 f.

⁶⁹ *Schwenzer/Fountoulakis*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, § 23 Rn. 23.01.

⁷⁰ So bereits *Lohmann* (vorm. *Müller*) *AJP* 2014, 595 (600).

⁷¹ *Teubner AcP* 218 (2018), 155 (185 ff.).

⁷² Zu dieser Möglichkeit *Lohmann* (vorm. *Müller*) *AJP* 2014, 595 (600 f.); *Widmer Lüchinger*, *HAVE* 2019, 3 (13); *BSK-OR/Widmer Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rz. 9 a; *Chappuis/Winiger/Gurtner*, Responsabilité civile et nouvelles technologies, 2019, 45 (82 f.).

⁷³ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 22.

⁷⁴ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 214 f..

⁷⁵ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 59.

⁷⁶ *Staudinger/Caspers*, § 278 Rn. 1.

⁷⁷ *Wendelstein AcP* 215 (2015), 70 (89).

⁷⁸ *BSK-OR/Widmer Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rn. 9.

nicht habe bedenken können (wie etwa „Roboter“ oder „selbstlernende Algorithmen“).⁷⁹ Nach dieser Ansicht fehlt somit die Planwidrigkeit deshalb, weil der Gesetzgeber einen Sachverhalt bewusst nicht geregelt bzw. (implizit) negativ geregelt und damit qualifiziert geschwiegen habe.⁸⁰ Diese Position überzeugt nicht. Soweit die herkömmlichen Maschinen simple Hilfsmittel waren, realisierte sich ohnehin kein Delegationsrisiko. Nur weil bestimmte Maschinen zum Zeitpunkt des Normerlasses bereits als Hilfsmittel eingesetzt wurden, folgt daraus nicht, dass sich der Gesetzgeber auch mit ihrer Gehilfeneigenschaft befasst hat. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm lassen sich sodann keine Belege dafür finden, dass der Gesetzgeber diese Frage eingehend behandelt und dann qualifiziert geschwiegen habe. Auch für die Schweiz ist eine planwidrige Lücke zu bejahen.

2. Gleichheitsrechtliche Ähnlichkeit

[25] Die Schließung einer Gesetzeslücke verlangt zudem, dass der gesetzlich erfasste Sachverhalt sich mit dem unregulierten Sachverhalt gleichheitsrechtlich ähnelt.⁸¹ Die unmittelbare Wirkung einer Analogiebildung liegt dann in der Erstreckung einer Rechtsfolge, wobei damit *keine vollständige und schematische Übernahme* verbunden sein muss.⁸² In der deutschen Diskussion wurde ein Ähnlichkeitsschluss bereits von vornherein mit dem Argument abgelehnt, dass § 278 BGB keine Einstandspflicht für Sachen statuieren, die der Schuldner als Werkzeug für seine Pflichterfüllung einsetzt.⁸³ Es soll nicht bestritten werden, dass ein KI-System in der natürlichen Welt (noch) als Sache anzusehen ist. Ob KI-Systeme jedoch rechtlich *als* Sachen oder *wie* rechtsfähige Akteure zu behandeln sind, ist genau die Kernfrage, die sich derzeit im Großen und – zugeschnitten auf die vertragliche Gehilfenstellung – im Kleinen stellt. Ob eine Gleichbehandlung der Sachverhalte von KI-Gehilfen und rechtsfähigen Gehilfen geboten ist, muss anhand der gesetzlichen Wertungen untersucht werden.

a) Analogiefähigkeit der (Gehilfen-)Rechtsfähigkeit

[26] In der deutschen Lehre ist die *Analogiefähigkeit* der Rechtsfähigkeit verneint worden, da mit der Analogiebildung eine, wenn auch nur implizite Statusänderung einhergehe, die gewissermaßen in eine Quasi-Verleihung von Rechtsfähigkeit mündete.⁸⁴ Eine solche Grundsatzentscheidung könne nicht Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung sein.⁸⁵

aa) Kein Zuspruch von Rechtsfähigkeit bei Analogiebildung

[27] Es ist richtig, dass die Rechtsfähigkeit innerhalb der Tatbestandsmerkmale aufgrund ihrer weitreichen-

den Wirkung eine Sonderstellung einnimmt. Rechtsfähigkeit befördert ihren Träger zu einem Akteur in der Rechtswelt, der Rechte innehaben und Pflichten wahrnehmen kann.⁸⁶ Ob KI-Systemen längerfristig ein solcher Status zuteilwerden soll, ist künftig sorgfältig abzuwägen.⁸⁷ Durch eine Analogie zu § 278 bliebe diese Frage jedoch deshalb gänzlich unbeantwortet, weil die Erstreckung der Rechtsfolgen eben nur *sinngemäß* auf einen *ähnlichen*, also *nicht gleichen* Sachverhalt erfolgt.⁸⁸ Mit dieser normbezogenen Entscheidung würde demnach keineswegs impliziert, die KI sei umfänglich oder teilweise rechtsfähig.⁸⁹ Konkret würde damit nur ausgesagt, dass sich ein KI-System *wie* ein Gehilfe verhalten kann, aber keine Person i. S. d. § 278 BGB ist. Bereits mit dieser methodischen Klarstellung lassen sich die vorgebrachten Zweifel beiseitigen.

[28] Auch sonst ist nicht ersichtlich, warum die Rechtsfähigkeit als Regelungsmaterie prinzipiell von der richterlichen Rechtsfortbildung ausgenommen sein sollte. Die Kompetenz der Gerichte zur Ausfüllung von Gesetzeslücken ist verfassungsrechtlich austariert. Sie muss nicht für jedes Tatbestandsmerkmal positiv festgestellt werden. Bislang war die Analogiefähigkeit der Rechtsfähigkeit kein Thema in der Judikatur. Nur bezüglich der Befugnis zu der Verleihung von Teilrechtsfähigkeit hat sich der BGH in einer Entscheidung geäußert: „Die Anerkennung eines teilrechtsfähigen Subjekts ist (...) nur die rechtliche Konsequenz des von dem Gesetzgeber geäußerten Willens. Dass er sie nicht selbst ausdrücklich angeordnet hat, steht dem nicht entgegen, weil die Rechtsfähigkeit eine rechtstechnische Kategorie ist, die keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedarf, sondern auch in Form der Gesetzesauslegung ermittelt werden kann.“⁹⁰ Der Gesetzgeber hat die gerichtliche Verleihung von Teilrechtsfähigkeit bislang weder korrigiert noch beanstandet.⁹¹

⁷⁹ BSK-OR/Widmer *Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rn. 9.

⁸⁰ Reimer, *Juristische Methodenlehre*, Rn. 573.

⁸¹ Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 63.

⁸² Reimer, *Juristische Methodenlehre*, Rn. 591.

⁸³ John, *Haftung für künstliche Intelligenz*, 249; Schulz, *Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen*, 2015, 140 m. w. N.

⁸⁴ Die Frage, ob Vorschriften für rechtsfähige Akteure Gegenstand einer Analogie sein können, stellt sich normübergreifend. Sie wird im Rahmen von §§ 164 ff. BGB bspw. bei Effer-Ube RDi 2021, 169 (173) diskutiert.

⁸⁵ So Grapentin, *Vertragsschluss und vertragliches Verschulden beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz und Softwareagenten*, 2018, 97 zu der Rechtsfähigkeit des Stellvertreters; Heuer-James/Chibanguza/Stücker BB 2018, 2818 (2829).

⁸⁶ Palandt/Ellenberger, § 1 Rn. 1.

⁸⁷ Jüngst Riehm RDi 2020, 42.

⁸⁸ Reimer, *Juristische Methodenlehre*, Rn. 591.

⁸⁹ So auch jüngst Linke, *Digitale Wissensorganisation*, 2021, 263 im Kontext der Wissenszurechnung; Teubner spricht hingegen von einer Rechtsfähigkeit „per analogiam“, s. Rentsch AcP 218 (2018), 206 (208).

⁹⁰ Im Rahmen des Zuspruchs von Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) BGH NJW 2005, 2061 (2064).

⁹¹ Dies bei aller Kritik an der Teilrechtsfähigkeit einräumend, Lehmann AcP 207 (2007), 225 (233).

Ob es methodisch überzeugt, den Zuspruch von Teilrechtsfähigkeit als Ergebnis eines Auslegungsakts anzusehen oder ob es sich nicht um gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung handelt, wurde in der Lehre bislang nur sporadisch reflektiert und kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.⁹² Hält man den Analogieschluss zu einer Norm für rechtsfähige Akteure aus kompetenzrechtlicher Sicht für weniger einschneidend als die positive Verleihung von Teilrechtsfähigkeit, ließe sich die Befugnis der Gerichte im Wege eines Erstrecht-Schlusses begründen. Zumindest rechtstechnisch ist es ein bedeutender Unterschied, ob ein KI-System *wie* eine „Person“ i. S. d. § 278 BGB behandelt oder *als* teilrechtsfähiger Akteur unter den Personenbegriff subsumiert wird.

bb) Die Rechtsfähigkeit der Gehilfenfigur in § 278 BGB und Art. 101 OR

[29] Dass Rechtsfähigkeit teilbar ist und vom BGH für eine sachgerechte Problemlösung herangezogen wird, könnte ihre Analogiefähigkeit nahelegen. In der Schweiz hat sich die Teilrechtsfähigkeit nicht etabliert – für das deutsche Recht ein Anstoß, die Fragestellung auch unabhängig von einer Teilrechtsfähigkeit zu durchdenken und den Fokus zurück auf die *Gehilfenfigur* zu lenken. Schon die teleologische Auslegung des Personenbegriffs hat verdeutlicht, dass die Normen nicht *für* rechtsfähige Akteure entworfen wurden, sondern *um* die Zurechnung bei der Delegation von Schuldnerpflichten zu regeln. § 278 BGB ordnet über die Verhaltens- und Verschuldenszurechnung hinaus keine Eigenhaftung des Gehilfen als weitere Rechtsfolge an.⁹³ Wie das Schweizer Pendant verfolgt die Norm nicht das Ziel, dem Gläubiger einen *weiteren* Schuldner zur Verfügung zu stellen, sondern ihm seinen *bisherigen* Schuldner zu bewahren. Selbst wenn man § 278 BGB so interpretieren möchte, dass die Vorschrift stillschweigend davon ausgeht oder nahelegt, dass der Gehilfe auch Haftungssubjekt sein kann, folgte auch daraus kein zwingender Analogieausschluss. Die analoge Anwendung einer Norm setzt gerade nicht voraus, dass *alle* ihre Rechtsfolgen auf den unregulierten Sachverhalt erstreckt werden.

[30] In der Schweiz hat man die analoge Anwendung des Art. 101 OR auf KI-Gehilfen meist aufgrund ihrer fehlenden Rechtsfähigkeit verneint.⁹⁴ Dieses Argument wurde auch im deutschen Diskurs vorgebracht und mittlerweile mit dem Hinweis entschärft, dass die Analogie dieses Defizit gerade überwinden kann.⁹⁵ Die Analogiefähigkeit der (Gehilfen-)Rechtsfähigkeit ist damit zu bejahen. Diese Aussage lässt sich jedoch nicht verallgemeinern. Die Bedeutung der Rechtsfähigkeit eines eingeschalteten Dritten ist für jede Zurechnungsnorm gesondert zu ermitteln. Im Falle des Stellvertreters nach §§ 164 ff. BGB bzw. Art. 32 ff. OR ist dessen Teilnahme

am Rechtsverkehr bspw. anders ausgestaltet, da er im Unterschied zum Gehilfen nicht bloß faktisch, sondern rechtsgeschäftlich agiert.

b) Zurechnungsgegenstand

[31] Dass § 278 BGB Verhalten und Verschulden zurechnet, stellt für einen Teil der deutschen Lehre eine unüberwindbare Hürde für die Analogiebildung dar.⁹⁶ Dieses anthropozentrische Begriffspaar eigne sich nicht, um einen Zurechnungsgegenstand bei Einsatz von KI-Gehilfen zu identifizieren. Auch wenn ein intuitives Störgedühl nachvollziehbar ist, könnten diese semantischen Bedenken nur im Rahmen einer direkten, also schablonenhaften Normanwendung verfangen. Wie schon bei der Rechtsfähigkeit eingehend betont, ließe sich aus einer Analogie zu § 278 BGB nicht ableiten, dass sich ein KI-System im rechtlichen Sinne verhalten kann. Das faktische Agieren eines KI-Systems wäre lediglich das *Verhaltensäquivalent* zur Ausführungshandlung eines rechtsfähigen Gehilfen. Letzteres gilt für die Analogie zu Art. 101 OR gleichermaßen.

aa) Verhaltensäquivalent für § 278 BGB und Art. 101 OR

[32] Welches faktische Agieren kann das Delegationsrisiko auslösen? Die Beantwortung dieser Frage wird – wie bei menschlichen Gehilfen – maßgeblich von dem konkreten Einsatzfeld und der übertragenen Tätigkeit abhängen und ex post erfolgen müssen. Für die Gehilfenrolle ist jedenfalls nicht entscheidend, wie „intellektuell“ die jeweilige *Funktion* ist.⁹⁷ Auch menschliche Gehilfen übernehmen keineswegs nur kognitiv hochstehende Aufgaben; das Spektrum reicht vielmehr „vom einfachen Handlanger bis zur hochspezialisierten Fachkraft“.⁹⁸

bb) Kein Äquivalent für Verschulden *sui generis* erforderlich

[33] Aufgrund der Rechtsnatur des Verschulden *sui generis* ist ein Äquivalent entbehrlich. Einer Verschuldensfähigkeit bedarf es nicht und die neu ausgerichtete

⁹² Nach Ansicht von *Teubner* hat der BGH im Fall von WEG und GbR „praeter legem, wenn nicht extra legem“ beschränkte Rechtsfähigkeit verliehen, vgl. *Teubner* AcP 218 (2018), 155 (182).

⁹³ MüKoBGB/*Grundmann*, § 278 Rn. 1.

⁹⁴ BK-OR/*Weber/Emmenegger*, Art. 101 Rn. 41; *Büyüksagis* HAVE 2021, 12 (18); *Sidiropoulos* Sicherheit & Recht 2020, 49 (54); *Hürliemann-Kaup/Eitel/Hartmann/Haas/Nosetti*, Liber Amicorum Jörg Schmid, 2019, 217 (241).

⁹⁵ *Wagner/Luyken*, FS Windbichler, 155 (172).

⁹⁶ *Klingbeil* JZ 2019, 718 (720) m.w.N.

⁹⁷ BSK-OR/*Widmer Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rn. 9 a, berücksichtigen dieses Kriterium indessen im Rahmen der Planwidrigkeit.

⁹⁸ BSK-OR/*Widmer Lüchinger/Wiegand*, Art. 101 Rn. 3.

Prüfungsformel kann bei KI-Gehilfen ebenso problemlos funktionieren: Die Ausführungshandlung des KI-Systems ist anhand der Sorgfaltsmaßstäbe zu beurteilen, die für das jeweilige Vertragsverhältnis gelten. Steht das „Systemverhalten“ hiermit nicht im Einklang, folgt daraus ein Verschulden *sui generis*, das dem Schuldner zugerechnet wird.

cc) Hypothetische Prüfung bei KI

[34] Das „Systemverhalten“ des KI-Gehilfen muss demnach weder auf den Schuldner projiziert⁹⁹ noch muss umgekehrt der Schuldner in die Rolle des KI-Systems gedacht werden¹⁰⁰. Das Systemverhalten ist schlichtweg anhand des vertraglich geschuldeten Sorgfaltsmaßes abzugleichen. Stürzt die Bewohnerin eines Pflegeheims, weil der Pflegeroboter sie für einen Moment unbeaufsichtigt ließ, wäre der Heimbetreiber gem. § 278 BGB bzw. Art. 101 OR analog nur verantwortlich, wenn im konkreten Fall aufgrund der geltenden pflegerechtlichen Maßstäbe nur eine lückenlose Beaufsichtigung der geschuldeten Sorgfalt entsprochen hätte.¹⁰¹ Die Aufgabenerfüllung eines KI-Gehilfen würde damit anhand eines Standards bewertet, der für die Leistung einer durchschnittlichen menschlichen Pflegekraft gilt.¹⁰²

[35] Dieser anthropozentrische Maßstab¹⁰³ funktioniert grundsätzlich auch dann, wenn eine KI dieselbe Aufgabe *besser* ausführt als der Mensch. Dann stellt sich allerdings die Frage, ob das technisch erreichbare Plus realisiert werden sollte, indem man digitale Sorgfaltsmaßstäbe anlegt.¹⁰⁴ Dieser anthropozentrische Maßstab funktionierte hingegen von vornherein nicht, wenn eine KI Aufgaben genuin anders erfüllte oder genuin neue Aufgaben ausführte. Ein Vergleich zwischen Mensch und Maschine wäre hier nicht mehr möglich. Spätestens dann müsste über einen digitalen Sorgfaltsmaßstab nachgedacht werden. Dass ein solcher sich aufgrund der „Entwicklungsoffenheit und -dynamik“ der KI-Systeme nur schwer implementieren ließe, ist kein Hindernis.¹⁰⁵ Der Standard wird ja gerade erforderlich, weil die KI-Systeme unterschiedlich angeleitet, trainiert und von ihren Nutzern geprägt werden. Sie werden deshalb nicht einheitlich auf ein bestimmtes Problem reagieren. Das gilt aber für den menschlichen Gehilfen gleichermaßen.

dd) Ergebnis

[36] Über die Analogiebildung kann der Einsatz technischer Gehilfen wertungsmäßig so gelöst werden, als habe ein rechtsfähiger Akteur gehandelt. Entscheidend ist allein, ob sich im konkreten Sachverhalt ein Delegationsrisiko verwirklicht, ob also die KI als Delegierte auftrat.

V. Weiteres Lösungsrepertoire

1. Verleihung von Teilrechtsfähigkeit als Analogie-Alternative

[37] Das Konzept der Teilrechtsfähigkeit wurde in der deutschen Lehre jüngst als große Chance angepriesen, um Normen selektiv auf KI-Systeme anwenden und sie somit als neue Akteure schrittweise in den Rechtsverkehr integrieren zu können. Ein teilrechtsfähiges KI-System könnte als Erfüllungsgehilfe oder Stellvertreter agieren.¹⁰⁶ Analoge Konstruktionen müssten nicht bemüht werden.

[38] In der Schweiz hat sich die Teilrechtsfähigkeit hingegen nicht etabliert. Für den Schweizer Gesetzgeber gilt der Grundsatz: Rechtspersonen sind rechtsfähig und rechtsfähige Entitäten sind Rechtspersonen.¹⁰⁷ Dessen ungeachtet existieren in der Praxis Rechtsgebilde, die zwar keine rechtsfähigen Rechtspersonen sind, aber die dennoch in bestimmter Hinsicht gewisse Rechte und Pflichten genießen.¹⁰⁸ So nähern sich etwa die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft im Außenverhältnis der juristischen Person an.¹⁰⁹ Sie sind handlungs-, partei-, prozess- und betriebsfähig.¹¹⁰ Vor diesem Hintergrund wird in der Lehre teilweise vertreten, nach deutschem Vorbild eine dritte Kategorie (teil-)rechtsfähiger Nicht-Personen einzuführen.¹¹¹

[39] Aber auch für das deutsche Recht ist die Teilrechtsfähigkeit als Lösung für die Frage der Gehilfeneigenschaft kein Selbstläufer.¹¹² Aus der Sicht eines Amts- oder Landgerichts, das sich erstmalig mit einem KI-Sachverhalt befassen muss, hat die Analogie schon deshalb mehr Charme, weil sich das Gericht hier „nur“ zu einem Ähnlichkeitsschluss bekennen müsste. Die Judikatur zur Teilrechtsfähigkeit zeigt zudem, dass ihre Verleihung dem BGH obliegt. Sie bedeutet aber auch in der Sache keinen geringeren argumentativen Aufwand

⁹⁹ A.A. Klingbeil JZ 2019, 718 (721).

¹⁰⁰ A.A. für Maschinen *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, § 31 Rn. 386, da „man sich oft den Schuldner nicht gut in die Rolle (...) eines Kraftfahrzeugs oder eines Weckers“ denken könne.

¹⁰¹ Dieses Beispiel ist einer Entscheidung des OLG Karlsruhe nachgebildet, *OLG Karlsruhe* BeckRS 2019, 21515.

¹⁰² *Zech*, Gutachten zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, A79.

¹⁰³ Dazu *Hacker* RW 2018, 243 (257 ff.).

¹⁰⁴ *Wagner/Luyken*, FS Windbichler, 155 (172).

¹⁰⁵ So aber *Hacker* RW 2018, 243 (264).

¹⁰⁶ *Schirmer* JZ 2019, 711 (711); Beck/*Gruber*, *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, 133 (154 ff.).

¹⁰⁷ BK-ZGB/*Bucher/Aebi-Müller*, Art. 11 Rn. 21; zu dieser dualistischen Auffassung *Vonzun*, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften*, 2000, 68 ff.

¹⁰⁸ *Hürlimann-Kaup/Schmid*, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 Rn. 1144.

¹⁰⁹ *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, § 2 Rn. 165.

¹¹⁰ Art. 562 und Art. 602 OR; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, § 2 Rn. 165.

¹¹¹ *Vonzun*, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften*, 188 ff.; ZK-OR/*Handschin/Chou*, Art. 552 Rn. 59.

¹¹² Kritisch auch *Riehm* RD 2020, 42 (46 f.).

als eine Analogieprüfung, denn die Gehilfenrechtsfähigkeit müsste von den Richtern positiv, aus der Norm des § 278 BGB heraus, begründet werden.¹¹³

2. Vorschlag für Gesetzesanpassung von § 278 BGB und Art. 101 OR

[40] Sollte der Gesetzgeber die vertragliche Zurechnungsproblematik bei dem Einsatz von KI-Gehilfen lösen wollen, empfiehlt sich eine Revision des geltenden § 278 BGB:

„Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten wie eigenes Verschulden. Bedient sich der Schuldner zur Erfüllung einer Verbindlichkeit einer technischen Applikation, gilt Satz 1 entsprechend.“¹¹⁴

[41] Wie es bereits in anderen Vorschriften geschehen ist¹¹⁵, sollte der „Erfüllungsgehilfe“ nunmehr auch Einzug in „seine eigene“ Norm erhalten und als Tatbestandsmerkmal die „Personen“ ersetzen. Der neu eingefügte zweite Satz stellt den Einsatz maschineller und künstlich intelligenter Gehilfen dem Einsatz rechtsfähiger Gehilfen gleich. Die Formulierung „gilt entsprechend“¹¹⁶ bringt zum Ausdruck, dass diese Gleichstellung jedoch nur partiell erfolgt. Auf diese Weise kann der Gesetzgeber für technische Gehilfen auf das Verhalten und Verschulden als Zurechnungsgegenstände zurückgreifen, ohne sich konzeptionellen und semantischen Bedenken auszusetzen. Hervorzuheben ist, dass auf diese Weise die Ausführungen zu der Analogiebildung in Gesetzesform gegossen würden. Für die Frage, wie eine Anwendung der Vorschrift auf Subsumtions-ebene erfolgt, kann deshalb auf diesen Abschnitt (IV. 2.) verwiesen werden.

[42] Die Gedanken zum deutschen Recht lassen sich mutatis mutandis auch ins Schweizer Recht übertragen.¹¹⁷ Um den helvetischen Besonderheiten gerecht zu werden, böte sich bspw. folgende Formulierung an:

„Lässt der Schuldner die Erfüllung einer Schuldspflicht von einer technischen Applikation vornehmen, findet

die Bestimmung über die Haftung für Hilfspersonen entsprechende Anwendung.“

[43] Unter den offen gehaltenen Terminus der „technischen Applikation“ können sowohl einfache Maschinen als auch hochentwickelte KI-Systeme gefasst werden. Angeknüpft wird an ein *Bedienen* bzw. ein *Vornehmen*, das ein Delegationsrisiko auslöst. Diese gesetzgeberische Zurückhaltung eröffnet der Rechtspraxis künftig ausreichend Spielraum, neue Ausprägungen der Arbeitsteilung zu beurteilen. Rechtssicherheit besteht dahingehend, dass der Einsatz von Technik grundsätzlich die Rechtsfolge des § 278 BGB bzw. Art. 101 OR herbeiführen kann.

VI. Fazit

[44] Ob Pflegeroboter, Robo Advisor oder Diagnosesystem – das vertragliche Gehilfenrecht in § 278 BGB und Art. 101 OR ist gerüstet. Zwar scheidet eine direkte Anwendung mangels Rechtsfähigkeit aus. Die Weichen für eine analoge Anwendung sind jedoch gestellt: Da der Einsatz von KI-Systemen dieselben Delegationsrisiken wie der Einsatz rechtsfähiger Gehilfen auslösen kann, ist eine funktionale Äquivalenz der Sachverhalte zu bejahen. Eine Analogie trifft dabei keinerlei Aussage zu der Rechtsfähigkeit der KI-Systeme. Das Argument der fehlenden Verschuldensfähigkeit im deutschen Recht kann unter Hinweis auf die Rechtsnatur des Verschuldens *sui generis* entkräftet werden und greift für das Schweizer Recht von vornherein nicht. De lege ferenda würde sich eine gesetzgeberische Klärung anbieten, namentlich eine Ergänzung des geltenden § 278 BGB bzw. Art. 101 OR um einen Tatbestand für technische Applikationen.

¹¹³ Der Umfang der Rechtsfähigkeit einer Nicht-Person wäre im Einzelnen zu bestimmen, *Schirmer* JZ 2019, 711 (714).

¹¹⁴ Der derzeit geltende Satz 2 bliebe inhaltlich unberührt und würde zu Satz 3.

¹¹⁵ So auch in § 309 Nr. 7 und § 434 II 1 BGB.

¹¹⁶ Zu Analogieverweisungen siehe Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 232, abrufbar unter: <https://beck-link.de/p38m2>.

¹¹⁷ Entsprechend anwendbar wäre dann auch die umstrittene Freizeichnungsnorm im zweiten Absatz; kritisch zu Art. 101 II OR etwa BSK-OR/Widmer Lüchinger/Wiegand, Art. 101 Rn. 16.