

40 751-24 / 42,2

~~057 751-24~~
1/2

Neue Juristische Wochenschrift

42. JAHRGANG 1989
2. HALBBAND

~~057 751-24~~



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN UND FRANKFURT

Inhaltsverzeichnis

I. Verfasser der Aufsätze und kurzen Beiträge	S. III	scheidungen, die auch in der NJW-RR, NVwZ, NVwZ-RR, NStZ, NZA, NZV und LM zu finden sind	S. XVIII
II. Mitteilungen	S. V	1. Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) bis Band 79	S. XVIII
III. Buchbesprechungen	S. V	2. Bundesgerichtshof in Zivilsachen (BGHZ) bis Band 107	S. XVIII
1. Buchverfasser	S. V	3. Bundesgerichtshof in Strafsachen (BGHSt) bis Band 36	S. XIX
2. Buchbesprecher	S. VII	4. Bayerisches Oberstes Landesgericht in Zivilsachen (BayObLGZ) bis Band 1989	S. XX
IV. Entscheidungsregister – zeitlich geordnet	S. VIII	5. Bayerisches Oberstes Landesgericht in Strafsachen (BayObLGSt) bis Band 1988	S. XX
A. Verfassungsgerichte	S. VIII	6. Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE) bis Band 81	S. XX
B. Ordentliche Gerichte	S. VIII	7. Bundesarbeitsgericht (BAGE) bis Band 57	S. XXI
C. Verwaltungsgerichte	S. XIII	8. Bundessozialgericht (BSGE) bis Band 64	S. XXI
D. Arbeitsgerichte	S. XV	VI. Gesetzesregister	S. XXII
E. Sozialgerichte	S. XVI	VII. Sachregister	S. XXXII
F. Finanzgerichte	S. XVII	VIII. Abkürzungsverzeichnis	S. CXIX
G. Internationale und ausländische Gerichte	S. XVII	IX. Berichtigungen	S. CXXVIII
H. Verfahrensfortgang bei früher abgedruckten nicht rechtskräftigen Entscheidungen	S. XVII		
I. Vorlagebeschlüsse	S. XVII		
J. Anmerkungsverfasser	S. XVII		
V. Fundstellenverzeichnis für die in den Entscheidungssammlungen des BVerfG, der obersten Gerichtshöfe des Bundes und des BayObLG veröffentlichten Ent-			

I. Verfasser der Aufsätze und kurzen Beiträge

- Adomeit, Klaus**, Befristete Arbeitsverhältnisse – wieder verboten? 89 1715
- Ahrens, Hans-Jürgen**, Der Rechtsschutz des unversicherten deliktischen Schädigers beim Regreß des Sozialversicherungsträgers 89 1704
- Alexy, Hans**, Rechtsfragen des Aussiedlerzuzugs 89 2850
- Aulehner, Josef**, Informationelle Sicherheit oder „Sicherheitsstaat“? 89 2353
- Bartsch, Hans-Jürgen**, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes 1986-1989 89 3061
- Bergner, Ludwig**, Die Berücksichtigung veränderter Verhältnisse im „Erstverfahren“ über den Versorgungsausgleich und die Härteklausele des § 10a III VAHRG 89 1975
- Bleich, Susanne**, Die literarische und die juristische Hermeneutik – Ein Vergleich 89 3197
- Bornkamm, Joachim**, Die Gerichtsstandsbestimmung nach §§ 36, 37 ZPO 89 2713
- Brause, Hans Peter**, Zugang kaufmännischer Schreiben in Handelssachen 89 2520
- Brugger, Winfried**, Staatszwecke im Verfassungsstaat 89 2425
- Büttner, Helmut**, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts bis Mitte 1989 89 2777
- Burmeister, Thomas**, Gleichbehandlung durch öffentliche Versorgungsunternehmen 89 1657
- Christensen, Ralph**, Richterrecht – rechtsstaatlich oder pragmatisch? 89 3194
- Degenhart, Christoph**, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht 89 2435
- Deutsch, Erwin**, Aufklärungspflicht und Zusammenhangszusammenhang 89 2313
- Ditzen, Christa**, Das Menschenwürdegrundrecht des Kindes 89 2519
- Dörr, Claus**, Die Entwicklung des Güterrechts seit dem 1. EheRG 89 1953
- Dubischar, Roland**, Inhalt und Schutzbereich von Bewachungsverträgen 89 3241
- Düring, Ruth**, Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenzahnarzt und sozialversichertem Patienten nach dem Gesundheitsreform-Gesetz 89 2913
- Dyong, Hartmut**, Das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen 89 2374
- Eckert, Jörn**, Die Verjährung vertraglicher Schadensersatzansprüche gegen Rechtsanwälte und Steuerberater 89 2081
- Ehrlicke, Ulrich**, „Soft law“ Aspekte einer neuen Rechtsquelle 89 1908
- Endrös, Alfred**, Computergestützte Methodik für eine juristische Publikation 89 2587
- Etzel, Gerhard**, Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 1988 89 2993
- Fertig, Felicitas**, Wehrpflicht contra Elternrecht? 89 2796
- Firgau, Bernhard**, Steuerlich bedingte Vorteilminderungen beim Verfall 89 2112
- Fromm, Günter**, Das Sechste Gesetz zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes – Ende einer Odyssee 89 2378
- Fülbiel, Andreas**, Haftungseinheit bei mehreren gesamtschuldnerisch haftenden Ehepartnern 89 2801
- Gamerschlag, Hans Karl**, Nochmals: Nachvertragliches Wettbewerbsverbot und Karenzenschädigung 89 2870
- Gatzweiler, Norbert**, Die Verständigung im Strafprozeß – Standortbestimmung eines Strafverteidigers 89 1903
- Gaul, Hans Friedhelm**, Sachenrechtsordnung und Vollstreckungsordnung im Konflikt 89 2509
- Gerhardt, Michael**, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften 89 2233
- Gmach, Gertlieb**, Die Entwicklung des Steuerrechts 89 2094
- Gola, Peter**, Zur Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahre 1988 89 2595
- Graba, Hans-Ulrich**, Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen 89 2786
- Grabitz, Eberhard**, Europäisches Verwaltungsrecht – Gemeinschaftliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens 89 1776
- Gramm, Christof**, Rechtsfragen der staatlichen Aids-Aufklärung 89 2917
- Hackspiel, Sabine**, Opferentschädigung und Europäisches Gemeinschaftsrecht 89 2166
- Hager, Johannes**, Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten 89 1640
- Harders, Enno**, Zum Eigentum an Anlandungen oder: „Wem gehören die Küstengewässer?“ 89 2452
- Hauschka, Christoph E.**, Der Stand der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichung im Recht der privaten Wirtschaft drei Jahre vor Vollendung des Binnenmarktes 1992 89 3048
- Hempel, Dietmar**, Die Einstellung der Versorgung in der öffentlichen Versorgungswirtschaft 89 1652
- Hentschel, Peter**, Die Entwicklung des Straßenverkehrsrechts im Jahre 1988 89 1838
- Herden, Christian**, Die Entwicklung des Steuerrechts 89 2094
- Heusel, Wolfgang**, Resolutionen der Generalversammlung als Auslegungsmaßstab im deutschen Polizeirecht? 89 2174
- Hilger, Hans**, Die „Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten“ 89 2377
- Hillenkamp, Thomas**, Verfahrenshindernisse von Verfassungen wegen 89 2841
- Höfling, Wolfram**, Parteiorganisationen als Berufsverbände? 89 2518
- Hoeren, Thomas**, Das Washingtoner Abkommen zum Schutz des geistigen Eigentums an integrierten Schaltkreisen 89 2605
- Hofmann, Hasso**, Die Grundrechte 1789-1949-1989 89 3177
- Huba, Hermann**, Gleichbehandlung durch öffentliche Versorgungsunternehmen 89 1657
- Husmann, Johann Hermann**, Der unbezifferte Klagantrag als Abwehrrecht gegen unbillige Kostenlast und die Kostenvorschrift des § 92 II ZPO 89 3126

- Jacobs, Uwe Kai**, „Man soll die Stimmen wägen und nicht zählen“ – Über fragwürdige Begrenzungen des Mehrheitsprinzips 89 3205
- Jagenburg, Walter**, Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1988: VOB-Vertrag 89 2729
- , Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1988: BGB-Werkvertrag und Verfahrensfragen 89 2859
- Janiszewski, Horst**, Die neue Bußgeldkatalog-Verordnung 89 3113
- Jayne, Erik**, Erwachsenenadoption und Internationales Privatrecht 89 3069
- Kaiser, Mathias**, Zum Begriff der „Freizeitveranstaltung“ im Haustürwiderrufgesetz 89 1717
- Kalthoener, Elmar**, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts bis Mitte 1989 89 2777
- Keller, Rainer**, Die Genomanalyse im Strafverfahren 89 2289
- Kiefer, Thomas**, Gewährleistungsrechte ohne Vertrag? 89 3120
- Kiehl, Walter H.**, Das Ende der „kleinen Sexualdelikte“ 89 3003
- Klein, Eckart**, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates 89 1633
- Knütel, Rolf**, § 822 BGB und die Schwächen unentgeltlichen Erwerbs 89 2504
- Koch, Eckart**, Gewährleistungsvorbehalt, § 460 BGB und Vertragsabschluß 89 1658
- Koch, Harald**, Auslandskonkurs und Unterbrechung des Inlandsprozesses 89 3072
- Koch, Ulrich**, Die Entwicklung des Gesellschaftsrechts in den Jahren 1987/88 89 2662, 3130
- König, M. Michael**, Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i. S. des § 90 BGB 89 2604
- Kohler, Jürgen**, Geschäftsunfähigkeit und wechselseitiger Bereicherungsausgleich 89 1849
- Konzen, Horst**, Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG 89 2977
- Kopp, Ferdinand**, Religionsgemeinschaften als wirtschaftliche Vereine i. S. von § 22 BGB? 89 2497
- Kringe, Otto**, Gerichtlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsentscheidungen in der DDR 89 2450
- Lappe, Friedrich**, Die Entwicklung des Gerichts- und Notarkostenrechts im Jahr 1988 89 3254
- Leisner, Walter**, Urteilsverfassungsbeschwerde wegen Nichtvorlage bei Abweichung 89 2446
- Lesch, Heiko H.**, Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen 89 2309
- Lippert, Hans-Dieter**, Wem stehen die Ergebnisse eines Sachverständigengutachtens zu? 89 2935
- Löffler, Joachim**, Der Kernbereich der Mitgliedschaft als Schranke für Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften 89 2656
- Lüdtke-Handjery, Christian**, Zur Kostenrechtsnovelle vom 15. 6. 1989 89 2870
- Lutter, Marcus**, Das überholte Thesaurierungsgebot bei Eintragung einer Kapitalgesellschaft im Handelsregister 89 2649
- Maaß, Rainald**, Die Entwicklung des Kassenarztrechts seit dem Jahr 1979 89 2926
- Maier, Hans**, Dritte Gewalt und Grundgesetz – nach vierzig Jahren 89 3202
- Frhr. v., Maltzahn, Falk**, Aufrechnung mit einer bestrittenen Forderung 89 3143
- Medicus, Dieter**, Das Luxusargument im Schadensersatzrecht 89 1889
- zur Megede, Ekkehard**, Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV 89 2580
- Meincke, Jens Peter**, Einkommensteuerfolgen des Erbfalls und der Erbauseinandersetzung über Nichtbetriebsvermögen 89 3251
- Menzel, Hans-Joachim**, Genomanalyse im Arbeitsverhältnis und Datenschutz 89 2041
- Meyke, Rolf**, Die Funktion der Zeugenaussage im Zivilprozeß 89 2032
- Müssig, Peter**, Falsche Auskunftserteilung und Haftung 89 1697
- Mußnug, Reinhard**, Das Recht der Hochschullehrer zur Liquidation nach der BRAGO 89 2037
- Nickl, Werner**, Das steuerrechtliche Sachverständigengutachten im Unterhaltsprozeß 89 2091
- Nierwetberg, Rüdiger**, Keine Kostenbelastung des Beschuldigten bei Einstellung nach § 383 II StPO vor Schuldspruchreife? 89 1978
- Olivet, Peter**, Rechtsverständnis im Wandel 89 3187
- Otte, Karl**, Einkommen der Eltern und Arbeitslosenhilfe der Kinder 89 2800
- Otto, Franz**, Zivilrechtliche Auswirkungen von Baumschutzregelungen 89 1783
- Pardey, Frank**, Ersatz von Nebenkosten bei unfallbedingt stationärem Krankenhausaufenthalt 89 2314
- Pardey, Karl-Dieter**, Informationelles Selbstbestimmungsrecht und Akteneinsicht 89 1647
- Pawlowski, Hans-Martin**, Ehrfurcht vor Gott als schulisches Bildungsziel in Bayern 89 2240
- Peters, Butz**, Aktuelle Fragen des Rechts der Partnervermittlung 89 2793
- Pfennig, Günter**, Zur Vorwirkung bei „Demnächst“-Zustellungen ins Ausland 89 2172
- Pitschas, Rainer**, Informationelle Sicherheit oder „Sicherheitsstaat“? 89 2353
- Quaas, Michael**, Rechtsprobleme des Versorgungsvorganges nach dem Gesundheitsreformgesetz 89 2933
- Rabe, Hans-Jürgen**, Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften 89 3041
- Ramm, Thilo**, Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig 89 1708
- Renck, Ludwig**, Religionsfreiheit und das Bildungsziel der Ehrfurcht vor Gott 89 2442
- Renner, Klaus**, Das Reiten im Walde – Bemerkungen zu Art. 2 I GG 89 3261
- Rest, Alfred**, Neue Tendenzen im internationalen Umwelthaftungsrecht 89 2153
- Riegel, Ralf**, Grenzen des Schutzes des räumlich-gegenständlichen Bereichs der Ehe 89 2798
- Ropertz, Ulrich**, Die neue Heizkostenverordnung 89 2365
- Roßnagel, Alexander**, Datenschutz bei Praxisübergabe 89 2303
- Sack, Rolf**, Die mengenmäßige Beschränkung der Abgabe an Kunden i. S. von § 6 d UWG 89 2360
- Sandweg, Hans-Eberhard**, Ehebedingte Zuwendungen und ihre Drittwirkung 89 1965
- Schatzschneider, Wolfgang**, Die Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens 89 2371
- Scheffler, Gerhard**, Muß der Gläubiger aus einem Zug-um-Zug-Titel vollstrecken? 89 1848
- Scherer, Joachim**, Realakte mit „Doppelnatur“ 89 2724
- Schlegel, Bernd**, Einkommen der Eltern und Arbeitslosenhilfe der Kinder 89 2800
- Schlehofer, Horst**, Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten 89 2017
- Schmidt, Karsten**, Die gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmäßig 89 1712
- Schmidt-Räntsch, Jürgen**, Erlaß von Förderprogrammen durch den Rat der EG aufgrund Art. 128 EWGV 89 3071
- Schnapp, Friedrich E.**, Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenzahnarzt und sozialversichertem Patienten nach dem Gesundheitsreformgesetz 89 2913
- Schnellenbach, Helmut**, Personalpolitik in der Justiz 89 2227
- Schünemann, Bernd**, Die Verständigung im Strafprozeß – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung? 89 1895
- Schütz, Hans-Joachim**, Die EG-Kammer – Delegationsbefugnis und Geschäftsordnungsautonomie des Bundesrates 89 2160
- Schwachheim, Jürgen F.**, Verjährung von Ratenforderungen bei Teilzahlungskrediten 89 2026
- Schwark, Eberhard**, Neues Recht für Börsentermingeschäfte – Das Gesetz zur Änderung des Börsengesetzes 1989 89 2675
- Schwerdtner, Peter**, Erfolg und Arbeitserfolg 89 2987
- Schwintowski, Hans-Peter**, Haftung bei der Finanzierung von (atypisch) fehlgeschlagenen steuerbegünstigten Kapitalanlagen 89 2087
- Sendler, Horst**, Der Rechtsstaat im Bewußtsein seiner Bürger 89 1761
- Sieber, Ulrich**, Informationsrecht und Recht der Informationstechnik 89 2569
- Steinlechner, Wolfgang**, Elternrecht contra Wehrpflicht? 89 2797
- Stuhrmann, Gerd**, Zum Gesetz zur Änderung des Steuerreformgesetzes 1990 sowie zur Förderung des Mietwohnungsbaues 89 2110
- Sturmberg, Georg**, Die Veräußerung selbst genutzter oder leerstehender Häuser und Eigentumswohnungen – werkvertragliche Gewährleistung ohne Ende? 89 1832
- Taupitz, Jochen**, Zinsberechnungsklausel – dritter Akt 89 2242
- , Zur Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung zwischen Anwalt und Nichtanwalt über die Zahlung von Provisionen für die Vermittlung von Mandanten 89 2871
- Terpitz, Werner**, Benachrichtigungspflicht der Kreditinstitute im Falle der Nichteinlösung von Lastschriften 89 2740
- Tröndle, Herbert**, Lohnfortzahlung bei Schwangerschaftsabbruch 89 2990
- Vogel-Claussen, Wolfgang**, Der innerdeutsche Handel in der Rechtsprechung des EuGH 89 3058
- Vogt, Stefan**, Langer Donnerstag – Das Gesetz zur Einführung eines Dienstleistungsabends 89 2376
- Wagner, Hellmut**, Ist das Atomgesetz verfassungswidrig? 89 1825
- Wasmuth, Johannes**, Beschlagnahme von Patientenkarteen und Krankenscheinen im Strafverfahren wegen Abrechnungsbetruges des Arztes 89 2297
- Weber, Hermann**, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit 89 2217
- Weimar, Robert**, Der Einsatz der eigenen Arbeitskraft im Schadensersatzrecht 89 3246
- Weirich, Hans-Armin**, Von der Auflassungsvormerkung zur Eigentumsvormerkung 89 1979
- Wimmer, Raimund**, Wer gibt das neue anwaltliche Berufsrecht? 89 1772
- Wolf, Christian**, Die Verwendung eines Fernkopierers zur Dokumentenübermittlung 89 2592
- Wüstefeld, Hermann-Josef**, Die neue Heizkostenverordnung 89 2365
- Zaczyk, Rainer**, Kopie und Original bei der Urkundenfälschung 89 2515

Privatdozent Dr. Johannes Hager, München

Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit einer Entscheidung des BGH (NJW 1988, 2667) zum Mitverschulden des gesetzlichen Vertreters eines geschädigten Kindes. Er setzt sich hierbei insbesondere mit Fragen der gestörten Gesamtschuld und ihrem Vorrang gegenüber § 254 II 2 BGB auseinander und erörtert die Berechtigung des Erzieherprivilegs nach § 1664 I BGB im Verhältnis auch zu außenstehenden Schädigern.

I. Problematik

Die Diskussion, ob und inwieweit das Mitverschulden eines gesetzlichen Vertreters dem Geschädigten anzurechnen sei, hat durch eine BGH-Entscheidung jüngeren Datums¹ neue Nahrung erhalten.

Ein noch nicht ganz zweijähriges Kind hatte sich schwer verletzt, als es auf einem Kinderspielplatz vom Podest einer Rutsche fiel. Die beklagte Stadt, die den Spielplatz unterhielt und daher für den verkehrssicheren Zustand verantwortlich war, hatte die Rutsche auf einer Betonplatte montieren lassen, anstatt für einen weichen Untergrund zu sorgen, der Stürze aus solcher Höhe hätte abfedern können – etwa Sand oder Rasen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts wie auch des BGH haftet die Stadt angesichts des Verstoßes gegen die

1) BGHZ 103, 338 ff. = NJW 1988, 2667 ff.

Verkehrssicherungspflicht nach § 823 I BGB; diesem Aspekt braucht hier nicht näher nachgegangen zu werden. Recht kompliziert wird der Fall dadurch, daß möglicherweise der Vater des verletzten Kindes nicht sorgfältig genug aufgepaßt hatte, er aber durch die §§ 1664 I, 277 BGB privilegiert war. Das Berufungsgericht wollte jedoch dem Einwand des Mitverschuldens des gesetzlichen Vertreters schon aus Rechtsgründen keine Bedeutung beimessen; der BGH folgt ihm hierin.

So alltäglich dieser Sachverhalt auch sein mag, er berührt doch eine Reihe grundsätzlicher Probleme. Zum einen geht es um die Reichweite des § 254 II 2 BGB (dazu II), zum anderen um die Regeln der gestörten Gesamtschuld (dazu III). Beide Institute sind eng miteinander verzahnt; sie werden in ihrem Stellenwert indes eher zu hoch eingeschätzt, regeln sie doch – wie zu zeigen sein wird – ausschließlich das Konkursrisiko. Obendrein wird § 254 II 2 BGB durch die Grundsätze der gestörten Gesamtschuld überlagert (dazu IV). So ist aus-schlaggebend die Frage, ob sich das Haftungsprivileg zwischen Eltern und Kind auch außenstehenden Dritten gegenüber durchsetzt (dazu V).

II. Die Funktion des § 254 II 2 BGB

Nach § 254 II 2 BGB ist § 278 BGB entsprechend anzuwenden; der Anspruch des Geschädigten mindert sich also nicht nur bei eigenem Mitverschulden, sondern auch bei Verschulden von Hilfspersonen. Wie weit die Verweisung reicht, wird seit langem unterschiedlich beurteilt.

1. Nahezu einig ist man noch über den Ausgangspunkt. Ungeachtet der systematischen Stellung bezieht sich § 254 II 2 BGB nicht nur auf Satz 1 dieses Absatzes, also auf die Obliegenheit, den Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen bzw. den Schaden abzuwenden oder zu mindern, sondern auch auf Abs. 1. Die Mitwirkung von Gehilfen bei der Schadensentstehung muß sich der Geschädigte entgegenhalten lassen². § 254 II 2 BGB ist also zu lesen, als sei er ein selbständiger Abs. 3 der Vorschrift³. Dafür spricht nicht nur, daß die Übergänge zwischen § 254 I und II ohnedies fließend sind⁴. Insbesondere gibt es schwerlich ein überzeugendes Argument, das es erlauben könnte, die Mitverursachung aufgrund positiven Tuns der Hilfsperson gegenüber dem unterlassenen Hinweis auf einen drohenden Schaden in ungewöhnlicher Höhe zu bevorzugen, zumal eben § 254 II 2 BGB auch die Lage vor dem Schadenseintritt selbst betreffen kann⁵. Eine solche Diskrepanz aber wäre die Folge, wollte man § 254 II 2 BGB nicht berichtigend auslegen.

2. Darüber, wie die Verweisung auf § 278 BGB zu verstehen sei, wird dagegen seit langem gestritten, ohne daß sich bislang die eine oder andere Seite hätte durchsetzen können.

a) Die Rechtsprechung, in ihrem Schlepptau vor allem die Kommentarliteratur, versteht § 254 II 2 BGB als Rechtsgrundverweisung. Die Möglichkeit, dem Geschädigten das Mitverschulden seiner Gehilfen beim schädigenden Ereignis anzurechnen, setze voraus, daß bereits ein Schuldverhältnis, zumindest eine rechtsgeschäftsähnliche Sonderverbindung bestanden habe⁶. Der Symmetrie zwischen Schädiger und Geschädigtem wegen sei das Mitverschulden von Erfüllungsgehilfen diesem nur anzulasten, wenn umgekehrt der Schädiger für die Handlung seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen habe – und dazu bedürfe es eben einer Sonderrechtsbeziehung⁷. Das Argument der Symmetrie zwingt freilich dazu, den Beitrag von Verrichtungsgehilfen an der Schadensentstehung im deliktischen Bereich gem. § 831 BGB in Rechnung zu stellen⁸. § 254 II 2 BGB – der fiktive § 254 III BGB – sei demnach zu lesen: Die Vorschriften der §§ 31, 278, 831 gelten entsprechend⁹.

Bei einer unerlaubten Handlung braucht sich der Geschädigte demnach das Mitwirken seines Erfüllungsgehilfen, der nicht zugleich sein Verrichtungsgehilfe ist, ebensowenig entgegenhalten zu lassen wie dasjenige des gesetzlichen Vertreters; dieser fällt ja gleichermaßen nicht unter § 831 BGB. Hat ein Verrichtungsgehilfe zum Schaden beigetragen, so kann sich der Verletzte nach § 831 I 2 BGB entlasten¹⁰.

2) Vgl. etwa RGZ 75, 257 (258); 119, 152 (155); 140, 1 (7); BGHZ 1, 248 (249) = NJW 1951, 477; BGHZ 3, 46 (48) = LM § 254 (C) BGB Nr. 1; BGH, VersR 1975, 133 (134); Jauernig-Teichmann, BGB, 4. Aufl. (1987), § 254 Anm. 4a; Palandt-Heinrichs, BGB, 48. Aufl. (1989), § 254 Anm. 5 vor a; Erman-Sirp, BGB, 7. Aufl. (1981), § 254 Rdnr. 46; Grunsky, in: MünchKomm, 2. Aufl. (1984ff.), § 254 Rdnr. 76; Soergel-Mertens, BGB, 11. Aufl. (1978ff.), § 254 Rdnr. 89; Afff, in: RGRK, 12. Aufl. (1974ff.), § 254 Rdnr. 61; Staudinger-Medicus, BGB, 12. Aufl. (1978ff.), § 254 Rdnr. 76; Lange, Schadensersatz, 1979, § 10 XI 2; Larenz, Lehrb. d. SchuldR I, AT, 14. Aufl. (1987), § 31 Id; Fikentscher, SchuldR, 7. Aufl. (1985), § 55 VII 2a; implizit auch BGH, NJW 1980, 2080; BGHZ 103, 338 (342f.) = NJW 1988, 2667 (2668): Die Frage, ob ein Schuldverhältnis im Augenblick der Schadenszufügung bestanden haben muß, macht nur dann einen Sinn, wenn das Mitverschulden des Erfüllungsgehilfen generell auch bei § 254 I BGB zu berücksichtigen ist. Die h. M. wird abgelehnt von Esser-Schmidt, SchuldR I, AT, 6. Aufl. (1984), § 35 III 1.

3) Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 5 vor a; Erman-Sirp (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 46; Grunsky, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 76; Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 89; Staudinger-Medicus, (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 76; Larenz (o. Fußn. 2), § 31 Id; Fikentscher (o. Fußn. 2), § 55 VII 2a.

4) Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 89; Lange (o. Fußn. 2), § 10 XI 2.

5) Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 89; Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 76.

6) RGZ 62, 346 (349f.); 75, 257 (258); 119, 152 (155) m. w. Nachw. (dort lag mit dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis allerdings schon ein Schuldverhältnis vor, was das RG übersieht); 140, 1 (7f.); BGHZ 1, 248 (249ff.) = NJW 1951, 477; BGHZ 3, 46 (49ff.) = LM § 254 (C) BGB Nr. 1; BGHZ 5, 378 (385) = NJW 1952, 1050; BGHZ 33, 136 (140f.) = NJW 1961, 20; BGHZ 73, 190 (192) = NJW 1979, 973; BGH, NJW 1964, 1670 (1671); 1977, 1392 (1394); 1980, 2080; 1980, 2573 (2575); 1983, 1108 (1110); VersR 1962, 783 (784); 1970, 934 (936); 1975, 133 (134); OLG Düsseldorf, NJW 1973, 1802 (1803); Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 5 vor a; Erman-Sirp (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 47f.; Grunsky, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 77; Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 94; Afff, in: RGRK (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 62; Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 80; Fikentscher (o. Fußn. 2), § 55 VII 2h; ebenso BGHZ 9, 316 (318) = NJW 1953, 977; BGHZ 24, 325 (327f.) = NJW 1957, 1187; BGHZ 33, 247 (249) = NJW 1961, 211; BGH, NJW 1968, 1323 (1324) bei einem Vertrag zugunsten des Geschädigten; BGH, NJW 1972, 289 bei einer Drittschadensliquidation; unentschieden Jauernig-Teichmann (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 4; noch enger Rißmann, in: AK, 1979ff., § 254 Rdnr. 15, der selbst bei Bestehen eines Schuldverhältnisses nur den Einwand des Auswahl- und Überwachungsverschuldens zuläßt; ebenso Esser-Schmidt (o. Fußn. 2), § 35 III 1 von seinem Standpunkt aus, § 254 II 2 BGB beziehe sich nur auf § 254 II 1 BGB (vgl. Fußn. 2). Damit dürfte jedoch § 254 II 2 BGB seiner Funktion entgegen dem Wortlaut des Gesetzes entkleidet sein; das Auswahlverschulden fällt schon unter § 254 I BGB.

7) RGZ 62, 346 (349f.); 75, 257 (258); BGHZ 1, 248 (250) = NJW 1951, 477; BGH, NJW 1983, 1108 (1110); VersR 1975, 133 (134); Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 5 vor a; Erman-Sirp (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 48; Grunsky, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 77; Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 94; wohl auch Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 80.

8) RGZ 142, 357 (358); 164, 264 (269); BGHZ 1, 248 (249) = NJW 1951, 477; BGH, NJW 1972, 289; 1980, 2573 (2575); VersR 1970, 934 (936); 1975, 133 (134); Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 5a aa; Erman-Sirp (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 55; Grunsky, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 84; Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 105; Afff, in: RGRK (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 72; Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 87; angedeutet schon in RGZ 75, 257 (258f.); 79, 312 (319f.).

9) Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 94; Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 80. So war es auch in § 254 III eines „Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften“ vorgesehen. Nicht zu entscheiden ist hier, wer unter den Begriff des Erfüllungsgehilfen fällt; vgl. statt aller Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 85.

10) Vgl. nur Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 5 a aa; Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 95ff.; Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 82ff.

Zwei Besonderheiten darf man dabei nicht aus dem Auge verlieren: Zum einen rührt vom schädigenden Ereignis selbst ein Schuldverhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten her; ein Mitverschulden bei der Obliegenheit zur Schadensminderung wirkt daher stets nach § 278 BGB zu Lasten des Geschäftsherrn¹¹. Zum anderen soll die Mitwirkung eines bloßen Erfüllungsgehilfen den Anspruch des Geschädigten auch dann schmälern, wenn dieser auf rein deliktische Normen, etwa § 847 BGB, gestützt wird¹².

b) Die Mindermeinung, die aber in der Literatur überwiegen dürfte, versteht dagegen mit mancherlei Nuancen in der Abgrenzung und in der Begründung § 254 II 2 BGB als Rechtsfolgenverweisung¹³. Zu fordern, daß bereits vor dem schadensstiftenden Ereignis ein schuldrechtliches Band zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten geknüpft gewesen sei, würde willkürlichen Differenzierungen Tür und Tor öffnen. So sei es mehr als fragwürdig, daß bei Verletzungen im fahrenden Zug das Mitverschulden von Erfüllungsgehilfen anzurechnen sei, das Ergebnis bei einem Unfall auf dem Bahnsteig aber geradewegs umgekehrt laute¹⁴. Großenteils will man jedoch die Rechtsfolgenverweisung auf Erfüllungsgehilfen beschränken und nicht auf die gesetzlichen Vertreter ausdehnen. Das Kind könne sich seine Eltern nicht aussuchen; obendrein zöge es im rein deliktischen Bereich, anders als im Rahmen einer Vertragsbeziehung, auch keine Vorteile aus ihrem Handeln, die die Anrechnung des Mitverschuldens kompensieren könnten¹⁵.

c) Ohne sich auf eine erneute Diskussion einzulassen, folgt der BGH auch in seinem neuen Urteil der bisherigen Linie. Fehle es an der Sonderrechtsbeziehung, mindere auch das Mitverschulden des Vaters als des gesetzlichen Vertreters nicht den Anspruch des Kindes. Einiger knapper Sätze hält der BGH gerade noch die Frage für wert, ob das Benutzungsverhältnis, das dem zugelassenen Personenkreis ein bestimmtes Verhalten gebiete bzw. untersage, eine derartige Sonderverbindung schaffe. Er verneint sie, wie er auch die bloße Gefahr aufgrund der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht nicht als ausreichende Basis für die Anrechnung des Mitverschuldens akzeptiert¹⁶.

3. In seinen Konsequenzen – und dies veranschaulicht die Entscheidung des BGH – ist der Streit freilich weniger folgenreich, als es die anhaltende Diskussion vermuten läßt. § 254 II 2 BGB klärt nämlich nur die Verteilung des Risikos für den Fall, daß die Hilfsperson bzw. der gesetzliche Vertreter insolvent wird¹⁷.

a) Regelmäßig verletzt der Gehilfe, der an der Schädigung des Geschäftsherrn mitwirkt, diesem gegenüber eine Pflicht, mag sie auf Rechtsgeschäft, einer rechtsgeschäftsähnlichen Sonderverbindung oder auf Gesetz beruhen¹⁸. Das legt schon § 278 BGB nahe, der im originären Wirkungskreis eben an strengere Voraussetzungen als die bloße Kausalität anknüpft. Daß der Geschäftsherr nach dem Wortlaut des § 831 I BGB auch für den bloß rechtswidrig, nicht aber schuldhaft handelnden Verrichtungsgehilfen haftet, ist kein Gegenargument: Die Einstandspflicht ist in Wirklichkeit nicht gegeben; für einen mit aller erdenklichen Sorgfalt tätigen Verrichtungsgehilfen kann man sich stets entlasten¹⁹.

b) Demgemäß ist dem Geschädigten nicht nur der Schädiger verantwortlich, sondern auch sein eigener Gehilfe bzw. gesetzlicher Vertreter. Da jedoch der Verletzte den Ersatz seiner Einbußen nur einmal verlangen kann, besteht zwischen dem Schädiger und der Hilfsperson des Geschädigten ein Gesamtschuldverhältnis. Jener kann somit, sollte er den Verletzten abgefunden haben, vom Gehilfen bzw. gesetzlichen Vertreter nach § 426 I und II BGB partiellen Ausgleich verlangen; die Höhe der jeweiligen Quote richtet sich gem. § 254 BGB nach dem Grad der Verursachung bzw. des Verschuldens²⁰.

c) Dies rückt die Bedeutung des Meinungsstreits zurecht. Die §§ 254 II 2, 278 BGB ersparen es dem Schädiger, die ge-

samte Summe vorzustrecken und den Gehilfen bzw. gesetzlichen Vertreter in Regreß zu nehmen. Geschäftsherr und Gehilfe werden vom Gesetz wie eine Haftungseinheit behandelt; der Geschädigte muß die noch verbleibende Einbuße beim Gehilfen eintreiben und trägt konsequenterweise das Risiko seiner Insolvenz. Greift § 254 II 2 BGB dagegen nicht ein, liegen die Dinge geradewegs umgekehrt. Dem Schädiger fällt es zur Last, wenn sich der Gehilfe als zahlungsunfähig entpuppt. Solange dieser allerdings über die nötigen Mittel verfügt, erschöpft sich der Streit in der verschiedenartigen Abwicklungsmodalität.

III. Die gestörte Gesamtschuld

Freilich lag der vom BGH zu entscheidende Fall komplizierter. Der Vater haftete – was die Gerichte der unteren Instanzen offensichtlich nicht geklärt hatten – möglicherweise

11) RGZ 62, 346 (350); BGHZ 9, 316 (319f.) = NJW 1953, 977; OLG Düsseldorf, NJW 1973, 1802 (1803); Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 5b; Erman-Sirp (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 54; Grunsky, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 86; Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 107f.; krit., jedoch ohne sich zur Ablehnung durchzuringen, Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 82. Daß sich § 254 II 2 BGB auch auf den Fall des fehlenden Hinweises auf den drohenden Schaden bezieht, braucht entgegen der h. M. nicht mit dem zumindest problematischen Argument erklärt werden, durch die Schadensabwendungspflicht entstehe bereits ein gesetzliches Schuldverhältnis, für das § 278 BGB gelte (so indes Grunsky, in: MünchKomm [o. Fußn. 2], § 254 Rdnr. 86; ähnlich etwa RGZ 73, 1802 [1803f.]). Insoweit gibt es dann keine Zurechnung des Verschuldens des Gehilfen; der Geschädigte stünde sonst bei Unterlassen seines Erfüllungsgehilfen schlechter als bei dessen positivem Beitrag zum Schaden.

12) BGHZ 9, 316 (319f.) = NJW 1953, 977; BGHZ 24, 325 (327) = NJW 1957, 1187; BGHZ 90, 86 (90) = NJW 1984, 2087; BGH, NJW 1975, 867 (869); LM § 254 (E) BGB Nr. 2 (unter II 5); Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 254 Anm. 5a bb; Soergel-Mertens (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 104; Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 80; anders aber Medicus, Bürgerliches Recht, 14. Aufl. (1989), Rdnr. 871 für den Fall des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; skeptisch insoweit auch Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 88; a. A. etwa Fikentscher (o. Fußn. 2), § 55 VII 2a.

13) So etwa Lange (o. Fußn. 2), § 10 XI 6a; Enneccerus-Lehmann, SchuldR, 15. Bearb. (1958), § 16 II; Deutsch, HaftungsR I, 1976, S. 322f.; ähnlich Larenz (o. Fußn. 2), I § 31 Id, soweit die Obliegenheit auf den Mitverursacher übertragen sei (w. Nachw. auf die Mindermeinung dort S. 546, Fußn. 26).

14) Beispiel bei Lange (o. Fußn. 2), § 10 XI 6a. Daß dies im praktischen Ergebnis der Nichtanwendung des § 278 BGB auf § 254 BGB nahestehe, wie Lange, aaO, meint, stimmt nur für das Deliktsrecht, nicht für die vertragliche Haftung.

15) Larenz (o. Fußn. 2), I § 31 Id; Lange (o. Fußn. 2), § 10 XI 6b; von seinem Standpunkt aus, § 254 II 2 BGB sei nicht auf § 254 I BGB zu beziehen, auch Esser-Schmidt (o. Fußn. 2), § 35 III 3; als Argument insbesondere auch von h. M. genannt; vgl. Grunsky, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 77.

16) BGHZ 103, 338 (342ff.) = NJW 1988, 2667 (2668); zust. Lange, JZ 1989, 48.

17) Vgl. den Hinw. bei Larenz (o. Fußn. 2), I § 31 Id.

18) Rüßmann, in: AK (o. Fußn. 6), § 254 Rdnr. 13; Staudinger-Medicus (o. Fußn. 2), § 254 Rdnr. 82 („u. U.“); Larenz (o. Fußn. 2), I § 31 Id; Esser-Schmidt (o. Fußn. 2), § 35 III 3 m. Fußn. 92; Deutsch (o. Fußn. 13), S. 322f.; vgl. als Beispiel BGHZ 73, 190 (192ff.) = NJW 1979, 973 (unter Ablehnung der anderslautenden Entscheidung RG, Gruchot 65, 477); zust. zu dieser Entscheidung Hinz, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 1664 Rdnr. 6; Adelmann, in: AK (o. Fußn. 2), § 1664 Rdnr. 15; ferner BGH, LM § 254 (Ea) BGB Nr. 10; LG München I, VersR 1971, 1158f.

19) Mertens, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 831 Rdnr. 53. BGHZ 24, 21 (25ff.) = NJW 1957, 785 war zum selben Ergebnis über den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens gekommen; damit wäre § 831 I BGB schon tatbestandsmäßig nicht einschlägig. Der (wohl seltene) Fall, daß der Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfe mangels Verschuldensfähigkeit nicht haftet, braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Dann liegt jedenfalls Auswahlverschulden vor (Soergel-Wiedemann [o. Fußn. 2], § 275 Rdnr. 55; Mertens, in: MünchKomm [o. Fußn. 2], § 831 Rdnr. 54), was den Einwand des § 254 I BGB ohne Bezug auf § 278 BGB begründet.

20) Vgl. allg. etwa Palandt-Heinrichs (o. Fußn. 2), § 426 Anm. 4c; sowie speziell in der hier interessierenden Verknüpfung AK-Rüßmann (o. Fußn. 6), § 254 Rdnr. 13; Larenz (o. Fußn. 2), I § 31 Id.

wegen § 1664 I BGB seinerseits dem Sohn nicht. Die Norm läßt die Eltern nur für diejenige Sorgfalt einstehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen²¹. Sollte der Vater des geschädigten Kindes zwar leicht fahrlässig unzureichend aufgepaßt, aber dabei die eigenübliche Sorgfalt beachtet haben²², so wird die schadensrechtliche Abwicklung überlagert durch das Problem des Gesamtschuldregresses.

1. Das Privileg eines Schädigers kann auf einer vorangegangenen Vereinbarung der Parteien, aber auch auf gesetzlicher Anordnung beruhen. Paradedfälle sind neben § 1664 I BGB etwa die Milderung der Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Tätigkeit sowie § 636 RVO, der bei Arbeitsunfällen den Arbeitgeber nur für vorsätzliche Schädigung einstehen läßt.

Dieses Vorrecht führt zu Komplikationen, soweit ein nicht privilegierter Zweitschädiger für den Schaden mitverantwortlich ist und daher dem Geschädigten als Gesamtschuldner haftet. § 421 S. 1 BGB stellt es dem Geschädigten frei, den Zweitschädiger auf die gesamte Summe in Anspruch zu nehmen. Dieser wiederum scheint nach § 426 BGB beim Erstschädiger Rückgriff nehmen zu können, wodurch im Ergebnis aber dessen Vorrecht in Gefahr geriete. Im Prinzip läßt sich das Problem auf dreierlei Weise anpacken²³.

a) Zum einen könnte man daran denken, dem Gläubiger den ungekürzten Anspruch gegen den Zweitschädiger einzuräumen. Damit hätte der Erstschädiger zu befürchten, im Wege des Gesamtschuldregresses zum Ausgleich gemäß seinem Anteil an der Schadensentstehung herangezogen zu werden. Dem vorzubeugen, indem man den Rückgriff sperrt, würde jedenfalls bei einem auf Vertrag basierenden Haftungsausschluß einen – anerkanntermaßen unzulässigen – Vertrag zu Lasten Dritter bedeuten²⁴: Der Zweitschädiger, nicht der Geschädigte, hätte letztendlich den Nachteil aus der Abrede zwischen dem Erstschädiger und dem Geschädigten zu tragen, obgleich er an ihr nicht beteiligt war, sie nie gebilligt hatte. Bei Haftungserleichterungen durch Vertrag ist diese Lösung daher abzulehnen.

Vom Grundsatz her gilt das auch für gesetzlich normierte Privilegierungen²⁵; doch gibt es Ausnahmen. Ein Beispiel dafür ist die – rechtspolitisch mit Fug und Recht gescholtene – Subsidiaritätsklausel des Amtshaftungsrechts in § 839 I 2 BGB, der den Beamten und damit den Fiskus von der Haftung freistellt, soweit auch ein Dritter den Schaden zu verantworten hat.

b) Der zweite Weg wird mit dem Schlagwort der relativen Außenwirkung charakterisiert. Der Geschädigte kann nach den üblichen Regeln vom Zweitschädiger Ersatz der gesamten Einbuße fordern. Dieser kann den Erstschädiger gemäß seinem Anteil belangen, ohne sich das Vorrecht gegenüber dem Geschädigten entgegenhalten lassen zu müssen. Damit wird eine Lösung zu Lasten des in den Vertrag nicht einbezogenen Zweitschädigers vermieden. Der BGH hält sie bei vertraglichen Haftungserleichterungen für angemessen sowie bei einem Privileg aufgrund der ehelichen Lebensgemeinschaft nach § 1359 BGB²⁶.

Ob der Erstschädiger seinerseits vom Geschädigten Ausgleich verlangen kann, hängt von der Intention der Vereinbarung bzw. der gesetzlichen Regelung ab, namentlich davon, ob der Geschädigte die Einbuße letztendlich soll tragen müssen²⁷. Der Rückgriff ist bei einer Haftungserleichterung im Verhältnis zwischen dem Erstschädiger und dem Geschädigten jedoch regelmäßig zu bejahen²⁸. Das folgt bei rechtsgeschäftlichen Abreden unmittelbar aus dem Zweck der Vereinbarung selbst; ein solches Privileg hängt regelmäßig nicht an dem mehr oder weniger zufälligen Weg, auf dem der Geschädigte seine Ansprüche realisiert²⁹.

Das Ergebnis sieht bei gesetzlichen Haftungsbeschränkungen – etwa § 1359 BGB – nicht anders aus: Wenn andere Anspruchsgrundlagen nicht greifen, stützt sich die Forderung des Erstschädigers gegen

den Geschädigten auf § 812 I 1 Fall 1 BGB. Indem der Zweitschädiger die gesamte Schadenssumme beglich, hat er zugleich eine Leistung des Erstschädigers erbracht, nämlich die Begleichung seiner Ersatzpflicht, die dieser indes wegen § 1359 BGB nicht schuldet³⁰.

21) Die weitere Problematik, ob § 1664 I BGB auch gilt, wenn der Vater – wie im Fall des BGH – nicht das Sorgerecht hat, wird hier nicht näher untersucht (vgl. dazu BGHZ 103, 338 [345] = NJW 1988, 2667 [2668 f. m. w. Nachw.]).

22) Auch das Problem, ob sich § 1664 I BGB auf die Verletzung der Aufsichtspflicht bezieht, kann hier nicht näher erörtert werden (vgl. – bejahend – BGHZ 103, 338 [345 f.] = NJW 1988, 2667 [2669]; verneinend Hinz, in: MünchKomm [o. Fußn. 2], § 1664 Rdnr. 6 jeweils m. w. Nachw.).

23) Vgl. nur den Überblick bei *Soergel-M. Wolf* (o. Fußn. 2), § 426 Rdnrn. 41 ff.; *Medicus* (o. Fußn. 12), Rdnrn. 928 ff.; *Wurm*, JA 1986, 181 f. 24) BGHZ 12, 213 (218 f.) = NJW 1954, 875; 58, 216 (220) = NJW 1972, 942; BGH, NJW 1983, 624 (626); *Palandt-Heinrichs* (o. Fußn. 2), § 426 Anm. 5 a; *Soergel-M. Wolf* (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 42; *Larenz* (o. Fußn. 2), I § 37 III; v. *Caemmerer*, Gesammelte Schriften III, 1983, S. 414; *Wacke*, AcP 170 (1970), 68; *Wurm*, JA 1986, 181; *Burkert-Kirchdörfer*, JuS 1988, 342, 344; so hatten dagegen noch entschieden BGHZ 19, 114 (121 ff.) = NJW 1956, 217; BGH, NJW 1967, 982 f.; *OLG Düsseldorf*, NJW 1972, 113 (114) (abl. etwa *Weyer*, NJW 1972, 770 f.).

25) Ausdrücklich für § 636 RVO z. B. BGHZ 51, 37 (40) = NJW 1969, 236; BGHZ 54, 256 (260) = NJW 1970, 1844; BGHZ 61, 51 (53 f.) = NJW 1973, 1648; *Burkert-Kirchdörfer*, JuS 1988, 342.

26) So z. B. die Lösung bei BGHZ 11, 170 (174) = NJW 1954, 595 (§ 5 SHaftpFG); BGHZ 12, 213 (215 f.) m. w. Nachw. = NJW 1954, 875 (vertraglicher Haftungsausschluß); BGHZ 35, 317 (323) = NJW 1961, 1966 (vertragliche Haftungserleichterung, wahlweise § 1359 BGB); BGHZ 58, 216 (221) = NJW 1972, 942 (vertragliche Haftungserleichterung); BGH, NJW 1983, 624 (626) (Stillhaltepflicht aufgrund von § 1353 BGB); auch aufgrund der angeblichen Besonderheit der Störung durch diese Stillhaltepflicht *Holoch*, JR 1983, 243; ferner *Reinicke-Tiedtke*, Gesamtschuld und Schuldsicherung, 2. Aufl. [1988], S. 80 f.; *OLG Düsseldorf*, NJW 1978, 891 (Haftungserleichterung nach § 1664 I BGB); ebenso die Argumentation bei BGHZ 51, 37 (39 f.) = NJW 1969, 236; diesen Lösungsweg favorisieren ferner *Soergel-M. Wolf* (o. Fußn. 2), § 426 Rdnrn. 43 f.; *Selb*, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 21 (für die vertragliche und auf §§ 1359, 1664 I BGB basierende Haftungserleichterung, anders *ders.*, § 426 Rdnr. 23 im Anschluß an den BGH für die gesetzliche Haftungsfreistellung (worumter er § 426, 24 auch die Grundsätze der schadensgeneigten Tätigkeit faßt) unter Verneinung eines Gesamtschuldverhältnisses und Annahme der Regeln über die Teilung einer Gemeinschaft (§ 426, 20; abl. hierzu *Larenz* [o. Fußn. 2], § 37 III, Fußn. 38 a. E.); ferner *Selb*, Mehrheit von Gläubigern und Schuldern, 1984, § 7 IX 2 b und § 7 IX 3; v. *Caemmerer* (o. Fußn. 24), S. 414, 416 f.; *Hanau*, VersR 1967, 522, 523, 524, der ebenfalls die Grundsätze der schadensgeneigten Tätigkeit wie § 636 RVO behandelt; neustens wieder *Denck*, NZA 1988, 265 f.; vgl. auch die berichtende Darstellung bei *Nüßgens*, in: *Festschr. 25 Jahre BGH*, 1975, S. 105 ff. Daß der BGH heute § 1359 BGB auf Verkehrsunfälle nicht mehr anwendet (BGHZ 61, 101 [105 ff.] = NJW 1973, 1654), ändert an der grundsätzlichen Problematik nichts.

27) BGH, NJW 1983, 624 (626); *Soergel-M. Wolf* (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 43.

28) BGH, NJW 1983, 624 (626); *Selb*, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 21; v. *Caemmerer*, (o. Fußn. 24), S. 414; *Wurm*, JA 1986, 182; *Burkert-Kirchdörfer*, JuS 1988, 342, Fußn. 4; eine Ausnahme gilt dort, wo das Privileg nur auf eine Stundung hinausläuft (so der Fall *OLG Hamburg*, NJW-RR 1987, 915).

29) Daher ist der Einwand von *Medicus* (o. Fußn. 12), Rdnr. 931 und *Preißer*, JuS 1987, 710 (711), der Erstschädiger stehe bei dem Regreßzirkel schlechter, als wenn er den Schaden allein verursacht hätte, unbegründet. Er haftet in beiden Fällen nicht. Dies gilt auch und erst recht, wenn man sich der These der absoluten Außenwirkung anschließt; vgl. *Larenz* (o. Fußn. 2), I § 37 III.

30) Vgl. auch hierzu BGH, NJW 1983, 624 (626); der Rückgriff läßt sich dort freilich schon auf die Regeln der ehelichen Lebensgemeinschaft stützen. Die Konstruktion über § 812 BGB wird – soweit ersichtlich – nicht erörtert, die Lösung folgt aber aus den allgemeinen Regeln. Nach § 422 I 1 BGB wirkt die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner zugunsten der anderen. Die Erfüllung und die Leistungskondition sind einander komplementär zugeordnet. Die Leistungskondition hat ihren Platz, wo bei Vorliegen eines Rechtsgrundes Erfüllung eingetreten wäre (statt aller *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, § 5 I 3 d; *Reuter-Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 4 II 3 b). Mit der Leistung hat der Zweitschädiger daher versucht, eine nicht existente Schuld des Erstschädigers zu tilgen. Die Kondition steht jedenfalls dann dem Erstschädiger zu, wenn er die Leistung zurechenbar veranlaßt hatte, indem er nicht auf sein Haftungsprivileg hinwies, und so den Zweitschädiger hinderte, die entsprechende Einwendung zu erheben.

c) Als dritte Möglichkeit bietet sich schließlich die absolute Außenwirkung der Freistellung an – eine Variante, der man teilweise das Kürzel der „gestörten Gesamtschuld“ vorbeihält³¹. Der Geschädigte muß sich schon im Verhältnis zum Zweitschädiger die beschränkte Haftung des Erstschädigers entgegengesetzen lassen. Er kann infolgedessen von vornherein nur einen Anspruch durchsetzen, der um denjenigen Anteil gekürzt ist, der beim Gesamtschuldausgleich auf den Erstschädiger entfiel. Dieser These folgt der BGH für gesetzliche Haftungsprivilegien, hauptsächlich bei §§ 636 f. RVO, während sie von der h. L. für alle Arten von Vorrechten verfochten wird³².

2. Auch hier sollte der Aufwand nicht die relativ geringfügige praktische Bedeutung der Kontroverse verschleiern. Erneut beschränken sich die Unterschiede zwischen der These von der relativen und der absoluten Außenwirkung auf das Konkursrisiko.

a) Braucht sich der Zweitschädiger um das Haftungsprivileg des Erstschädigers beim Gesamtschuldausgleich im Normfall nicht zu kümmern, so kann er, folgt man der absoluten Außenwirkung, bereits den Anspruch des Geschädigten kürzen. Die relative Außenwirkung verweist ihn dagegen auf den Regreß gegen den Erstschädiger. Im ersten Fall taucht das Risiko der Insolvenz des Erstschädigers nicht auf, da insoweit der Geschädigte definitionsgemäß nicht auf den Privilegierten zugreifen kann. Folgt man dagegen der These der relativen Außenwirkung, so wird das Risiko der Insolvenz des Erstschädigers vom Zweitschädiger getragen³³. Der Erstschädiger wiederum geht leer aus, wenn der Geschädigte in Konkurs gefallen ist, nachdem der Zweitschädiger an ihn gezahlt hatte.

b) Diese beschränkte Funktion der Rückabwicklungsmodalitäten verliert insbesondere der BGH bei seiner Differenzierung aus den Augen. So ist nicht zu verstehen, warum man sich bei einem vertraglichen Privileg an der These der relativen Außenwirkung zu orientieren hat, während bei gesetzlichen Haftungserleichterungen die absolute Außenwirkung zu bevorzugen sein soll³⁴. Das ist um so weniger plausibel, als § 1359 BGB wie ein vertragliches Vorrecht behandelt wird³⁵, während das Gericht bei § 1664 I BGB jedenfalls im Ausgangspunkt einer Parallele zu § 636 RVO zuzuneigen scheint³⁶.

Die für die Abgrenzung genannten Argumente wiegen gering: Bei § 636 RVO soll es von vornherein an einem Gesamtschuldverhältnis fehlen, weswegen – so wird man zu folgern haben – nur die sofortige Kürzung des Anspruchs vorstellbar sei³⁷. Gerade so gut läßt sich aber die Gesamtschuld bejahen – eben mit der Besonderheit, daß sich einer der Schuldner auf § 636 RVO stützen kann. Worin der BGH den Unterschied zu einer vertraglichen Erleichterung ausmachen will, ist nicht zu erkennen. Ähnliche Vorbehalte gelten für die Begründung, der mit dem Schlagwort der gestörten Gesamtschuld beschriebene Konflikt entstehe durch das Zusammentreffen des deliktischen Haftpflichtrechts mit dem System der Sozialversicherung³⁸. Überlagern sich doch in exakt derselben Weise § 823 I BGB und eine vertragliche Freistellung von der Haftung. Allenfalls das Motiv des Rechtsgeschäfts mag von der Intention des Gesetzgebers abweichen, die § 636 RVO zugrundeliegt. Für die Entscheidung zwischen der relativen und der absoluten Außenwirkung ist damit jedoch nichts gewonnen. Die absolute Außenwirkung dem Gesetz selbst entnehmen zu wollen³⁹, geheimnist das gewünschte Ergebnis in § 636 RVO erst hinein.

c) Die Rücksicht auf die beteiligten Interessen gibt vielmehr den Ausschlag für eine einheitliche Lösung, und zwar zugunsten der These von der absoluten Außenwirkung. Der Anspruch des Geschädigten ist von vornherein gekürzt. Da er

einen Teil des Schadens ohnehin zu tragen hat, wird er durch diese Lösung nicht unbillig belastet. Im Gegenteil: Er hat kein

31) So z. B. BGHZ 94, 173 (174) = NJW 1985, 2261; *Soergel-M. Wolf* (o. FuBn. 2), § 426 Rdnr. 45; weiter ausgreifend dagegen die Formulierung in BGHZ 61, 51 (53) = NJW 1973, 1648, die sämtliche Lösungsalternativen unter den Topos des gestörten Gesamtschuldausgleichs zieht.

32) So die Lösung in BGHZ 61, 51 (53 ff., 55) = NJW 1973, 1648; BGH, NJW 1976, 1975; 1981, 760; 1987, 2445 (2446); *VersR* 1974, 888 (889) für §§ 636 f. RVO; BGHZ 94, 173 (176 ff.) = NJW 1985, 2261 für § 46 I BeamtVG; BGH, NJW 1987, 2669 (2670) für eine vertragliche Abrede, die den Zweitschädiger zu Lasten des gegenüber dem Geschädigten privilegierten Erstschädigers begünstigt; abl. hierzu *Denck*, NZA 1988, 266 ff.; *Burkert-Kirchdörfer* JuS 1988, 343 ff. Ebenso schon die Argumentation in BGHZ 51, 37 (39 f.) = NJW 1969, 236; BGHZ 54, 177 (180 f.) = NJW 1970, 1546; BGHZ 54, 256 (259 f.) = NJW 1970, 1844; BGHZ 55, 11 (15 f.) = NJW 1971, 194; BGHZ 58, 356 (359 f.) = NJW 1972, 1577; BGH, NJW 1971, 752 (753 f.). Die h. L. will dagegen alle Fälle, in denen ein Gesamtschuldner privilegiert ist, mit der These der absoluten Außenwirkung lösen; vgl. *Jauernig-Stürmer* (o. FuBn. 2), § 426 Anm. 5 ab (vertragliche Freistellung), § 426, 5 b (gesetzliche Freistellung); *Palandt-Hemrichs* (o. FuBn. 2), § 426 Anm. 5 a (vertragliche Freistellung), § 426 Anm. 5 b (gesetzliche Freistellung); *Erman-Westermann* (o. FuBn. 2), § 426 Rdnr. 6 (gesetzliche Freistellung), § 426 Rdnr. 13 (vertragliche Freistellung); ohne die Unterscheidung zwischen vertraglicher und gesetzlicher Privilegierung *Rußmann*, in: AK (o. FuBn. 6), § 426 Rdnr. 6; *Soergel-Zauner* (o. FuBn. 2), § 840 Rdnrn. 19 f.; *Larenz* (o. FuBn. 2), I § 27 III; *Esser-Schmidt* (o. FuBn. 2) § 39 II 2 b; *Fikentscher* (o. FuBn. 2), § 62 III 2 c; *Medius* (o. FuBn. 2), Rdnr. 934; *Lange*, JZ 1967, 401; *Lange* (o. FuBn. 2), § 11 A IV 2 b; *ders.*, JZ 1989, 49; *Deutsch* (o. FuBn. 13), S. 360 f.; *Reinicke-Tiedtke* (o. FuBn. 26), S. 80 f. (vgl. aber auch FuBn. 26); G. u. D. *Reinicke*, NJW 1954, 1641; *J. Präls*, JuS 1966, 402; *ders.*, *VersR* 1967, 678; *Keuk*, AcP 168 (1968), 181; *Böhmer*, MDR 1968, 13; *Sieg*, JZ 1969, 264; *Wacke*, AcP 170 (1970), 68; *Hilgert*, JA 1972 – ZR S. 103, 104; *Gitter*, JR 1974, 152; *Wurm*, JA 1986, 182; *Preißer*, JuS 1987, 711 f.; *Burkert-Kirchdörfer*, JuS 1988, 342; für vertragliche Freistellungen des Erstschädigers unter Zuhilfenahme der Rechtsfigur der Verwirkung auch *H. Stoll*, FamRZ 1962, 66; zögernd, i. E. aber zustimmend *Weber*, in: RGRK (o. FuBn. 2), § 426 Rdnrn. 33, 38, 40; ebenso für den Anspruch des Arbeitgebers gegen den Zweitschädiger, wenn dem Arbeitnehmer als dem Erstschädiger die Grundsätze der schadensgeneigten Tätigkeit zur Seite stehen, *OLG Karlsruhe*, OLGZ 1969, 157 (158 f.); speziell im Fall der §§ 1664 I, 277 BGB *Soergel-Strätz*, BGB 12. Aufl. (1987 ff.), § 1664 Rdnr. 7; *Adelmann*, in: RGRK (o. FuBn. 2), § 1664 Rdnr. 17; *Esser-Schmidt* (o. FuBn. 2), § 35 III 3; *Gernhuber*, Lehrb. d. FamilienR, 3. Aufl. (1980), § 49 III 6; a. A. – in Anlehnung an die hier besprochene Entscheidung – *Palandt-Diederichsen* (o. FuBn. 2), § 1664 Anm. 1 a; offengelassen in BGHZ 73, 190 (195 f.) = NJW 1979, 973.

33) Es ist nicht überzeugend, wenn G. u. D. *Reinicke*, NJW 1954, 1642 und – ihnen folgend – *Wurm*, JA 1986, 182, 200 dieses Risiko leugnen, da der Zweitschädiger den Freistellungsanspruch des Erstschädigers pfänden könne und deshalb nicht auf dem Schaden sitzen bleibe. Im Konkurs des Erstschädigers ist dieser Weg gerade verbaut. Der Freistellungsanspruch fällt in die Masse, der Gläubiger erhält nur die Quote (BGHZ 57, 78 [81 f.] = NJW 1971, 2218).

34) Vgl. die Nachw. in FuBn. 26 und 32.

35) BGHZ 35, 317 (323) = NJW 1961, 1966; *Nüßgens*, in: Festschr. 25 Jahre BGH, S. 106 f.

36) BGHZ 103, 338 (345) = NJW 1988, 2667 (2668 f.), wengleich das Gericht dann einen anderen Weg wählt; vgl. hierzu unten IV 3.

37) BGHZ 94, 173 (177) = NJW 1985, 2261, für den Anspruch aus § 847 BGB, da insoweit keine kongruente Unfallvorsorgeleistung gegeben sei; ebenso schon BGHZ 19, 114 (122) = NJW 1956, 217; ferner *Selb* (o. FuBn. 26) § 71 X 3; *Lange*, JZ 1989, 49. *Keuk*, AcP 168 (1968), 187 ff.; *ders.*, JZ 1972, 530 leugnet ein Gesamtschuldverhältnis, da es der Geschädigte nicht jeden der Schuldner in Anspruch nehmen könne und daher der Grund für die Verbindung der Verantwortungsbeiträge entfallen sei. Der Vorschlag überzeugt vor allem deswegen nicht, weil er dem Zweitschädiger den gesamten Schaden aufbürdet, wenn er von dem Privileg nichts erfährt, es in den Prozeß nicht einführen kann und verurteilt wird. Die Kondition gegen den Geschädigten wird durch die Rechtskraft gesperrt; der Rückgriff gegen den Erstschädiger scheitert am Fehlen einer Gesamtschuld (so konsequent *Lange*, JZ 1989, 49, FuBn. 15). Erstschädiger und Geschädigter könnten durch bloßes Verschweigen des Haftungsprivilegs den gesamten Schaden auf den Zweitschädiger abwälzen. Bei nachträglichem Erlaß wird jedenfalls der Ausgleich im Innenverhältnis nach ganz h. M. nicht tangiert (*Soergel-M. Wolf* [o. FuBn. 2], § 423 Rdnr. 1 m. v. Nachw.). Eine differenzierende Lösung einer vorgängigen bzw. nachträglichen Haftungsfreistellung – basierend auf einer rein begrifflichen Argumentation – dürfte die parallele Interessenlage nicht treffend widerspiegeln.

38) BGHZ 61, 53 (55) = NJW 1973, 1648, im Anschluß an v. *Caemmerer* (o. FuBn. 24), S. 416 f.

39) So indes *Soergel-M. Wolf* (o. FuBn. 2), § 426 Rdnr. 47.

schützenswertes Interesse daran, den Zweitschädiger auf den Gesamtschuldnerregreß zu verweisen und ihn dadurch Gefahr laufen zu lassen, in der Insolvenz des Erstschädigers zumindest partiell leer auszugehen. Auch darf er dem Erstschädiger nicht zumuten, ihn, den Geschädigten belangen zu müssen, und im Fall seiner Zahlungsunfähigkeit auf dem Schaden sitzen zu bleiben⁴⁰, also sein Privileg einzubüßen.

Keine Rolle spielt, ob die Haftungsfreistellung auf Gesetz oder auf vorangegangener Abrede beruht⁴¹. Dogmatische Bedenken, wie denn eine solche absolute Außenwirkung zu konstruieren sei⁴², fallen nicht sonderlich ins Gewicht: Daß der Zweitschädiger nicht den vollen Schaden soll zahlen müssen, ergibt sich aus dem Zweck der entsprechenden Vereinbarung bzw. aus dem Gesetz. Der Geschädigte handelt zumindest rechtsmißbräuchlich, wenn er vom Zweitschädiger mehr verlangt, als er letztendlich behalten darf – eine Forderung, deren einziger Sinn es sein kann, dem Zweitschädiger das Risiko der Insolvenz des Erstschädigers zu überbürden, das sich umgekehrt bei der hier vertretenen Lösung zur Gänze umgehen läßt⁴³.

Der Hinweis, der Regreßzirkel sei dem System des Zweiparteienprozesses besser angepaßt⁴⁴, vermag ebensowenig zu überzeugen wie der Einwand, der Gläubiger dürfe nicht mit der Verhandlung über den vielleicht strittigen internen Ausgleich zwischen den Schädigern belastet werden⁴⁵. Der Gläubiger selbst hat zu den Komplikationen durch die Haftungsfreistellung häufig erst beigetragen; vor allem hat er dem Interesse des Zweitschädigers zu weichen.

Der Regreßzirkel läßt sich dagegen nicht vermeiden, sofern das Privileg im Prozeß gegen den Zweitschädiger übersehen wurde⁴⁶. Dann bleibt nur die Abwicklung über Eck mit den geschilderten Risiken⁴⁷, dies auch dann, wenn etwa die Haftungsfreistellung nach § 636 RVO vernachlässigt worden war.

IV. Der Vorrang der Regeln der gestörten Gesamtschuld vor § 254 II 2 BGB

1. Die Parallelen zwischen § 254 II 2 BGB und den Regeln der gestörten Gesamtschuld sind nicht zu verkennen. Die These der relativen Außenwirkung entspricht der h. M. zu § 254 II 2 BGB, die die Norm als Rechtsgrundverweisung begreift, während die Ansicht, die Vorschrift meine nur die Rechtsfolge des § 278 BGB, mit der absoluten Außenwirkung korrespondiert. Schließt man sich der hier vertretenen Lösung an, daß der Geschädigte wegen der Haftungsprivilegierung des Erstschädigers den Zweitschädiger nur nach dessen Verpflichtung im Innenausgleich in Anspruch nehmen darf, so verliert die Kontroverse um die Interpretation des § 254 II 2 BGB weiter an Bedeutung. Ist nämlich der Gehilfe in seiner Haftung gegenüber dem Geschädigten privilegiert, so muß bereits im Außenverhältnis der Anspruch des Geschädigten gegen den Zweitschädiger entsprechend gekürzt werden. Das setzt weder ein Schuldverhältnis vor der unerlaubten Handlung voraus⁴⁸, noch kann sich der Geschäftsherr nach § 831 I 2 BGB entlasten. Das Mitverschulden des gesetzlichen Vertreters ist ihm anzurechnen, obgleich er diesen nicht steuern kann. All das ist den Regeln der gestörten Gesamtschuld zu entnehmen, die sich gegenüber § 254 II 2 BGB schon deswegen durchsetzen müssen⁴⁹, weil das Gegenteil zu Widersprüchen führt: Der Geschädigte stünde sonst ausgerechnet dann besser, wenn der privilegierte Schädiger sein gesetzlicher Vertreter war.

2. In dem so auf ihr wahres Maß zurechtgestutzten Umfang kann man es bei der herrschenden Interpretation des § 254 II 2 BGB belassen. Der Schädiger haftet für gesetzliche Vertreter und Erfüllungsgehilfen nicht, wo es nur um unerlaubte

Handlungen seiner Hilfspersonen geht und ihm der Entlastungsbeweis gelingt⁵⁰; das Insolvenzrisiko trägt dort der Geschädigte. Spiegelbildlich mag dem Schädiger, soweit eine Sonderrechtsbeziehung vor dem Schaden fehlte, die Gefahr zugemutet werden, daß die Hilfspersonen des Geschädigten sich als zahlungsunfähig entpuppen.

3. Die richtige Lösung des Falls scheint demnach auf der Hand zu liegen: Das verletzte Kind kann nur einen um den Mitverschuldensanteil des Vaters geminderten Anspruch durchsetzen.

Der BGH ist diesen Weg indes nicht gegangen. Ebenso-

40) J. Prölss, JuS 1966, 402.

41) Vgl. vor allem Larenz (o. Fußn. 2), I § 37 III; Wurm, JA 1986, 182; a. A. insbesondere Selb, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 20 bzw. 23; ders. (o. Fußn. 26), § 7 IX 2b bzw. § 7 IX 3; Hanau, VersR 1967, 523, 524; mit dieser Unterscheidung begründet auch BGH, NJW 1967, 982f. die abweichenden Urteile im BGHZ 12, 213ff. = NJW 1954, 875, einerseits und BGHZ 19, 114ff. = NJW 1956, 217, andererseits.

42) Insb. geltend gemacht von Selb, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 23; dems. (o. Fußn. 26), § 7 IX 3; dagegen z. B. Wurm, JA 1986, 182. – Es ist nicht einzusehen, warum nicht eine Beweiserleichterung zugunsten eines Schädigers den Anspruch des Geschädigten – nach dem Anteil des privilegierten Schädigers – soll mindern können; in Höhe des Anteils des nicht bevorrechtigten Schädigers bleibt er bestehen. Entgegen Selb, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 21 a. E. m. w. Nachw. steht nicht der Anspruch insgesamt zur Debatte. Obendrein ist das kein Argument gegen die absolute Außenwirkung; analoge Probleme stellen sich beim Regreßkreisel.

43) Hanau, VersR 1967, 523, der den Einwand „dolo facit...“ auch zugesteht, wenn die Rückabwicklung über einen Dritten erfolgen muß. Einer teleologischen Reduktion des Alles-oder-nichts-Prinzips (so J. Prölss, JuS 1966, 402) bedarf es demgegenüber nicht; desgl. ist es überflüssig, einen drittbegünstigenden Vertrag anzunehmen (so indes Palandt-Heinrichs [o. Fußn. 2], § 426 Anm. 5a). Daher überzeugt das Argument von BGH, NJW 1983, 624 (626), Aufgaben des Innenausgleichs sollten nicht auf das Außenverhältnis übertragen werden, in diesem Kontext nicht.

44) So Soergel-M. Wolf (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 43; Hanau, VersR 1967, 523, 524.

45) So Selb, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 21.

46) Insoweit ist Selb, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 21 und Soergel-M. Wolf (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 43 zuzustimmen; entgegen Soergel-M. Wolf (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 43 ist dies jedoch kein Argument gegen die absolute Außenwirkung, sondern nur die Konsequenz fehlender Einbringung im Prozeß.

47) Rüßmann, in: AK (o. Fußn. 6), § 426 Rdnr. 6; Larenz (o. Fußn. 2), I § 37 III. Dies gilt auch für § 636 RVO, der insb. bei mangelnder Kenntnis des Zweitschädigers vom Vorrecht des Nebentäters den Rückgriff nicht hindern darf, da sonst der Konflikt wieder auf dem Rücken des Zweitschädigers ausgetragen würde; a. A. Denck, NZA 1988, 267f. unter Hinweis auf BGH, LM § 426 BGB Nr. 27 = NJW 1967, 982f.; diese Rechtsprechung ist indes aufgegeben (vgl. die Nachw. in Fußn. 24); unklar Preißer, JuS 1987, 711 unter wohl nicht richtigem Hinweis auf Selb, in: MünchKomm (o. Fußn. 2), § 426 Rdnr. 21 und Larenz (o. Fußn. 2), I § 37 III; beide lassen den Regreßzirkel zu; zur Position Keuks, vgl. Fußn. 37. Problematisch ist der Fall, da der Zweitschädiger ohne Prozeß gezahlt hat. Insoweit dürfte in konsequenter Weiterentwicklung der These von der absoluten Außenwirkung ihm die Leistungskondition gegenüber dem Geschädigten zustehen. Anders ist es nach einem rechtskräftigen Urteil (vgl. Fußn. 30).

48) Das veranlaßt Jan Schröder, JR 1970, 47f., § 278 BGB in solchen Fällen unabhängig vom Vorliegen eines Schuldverhältnisses anzuwenden. Das läuft bei einer gestörten Gesamtschuld auf dasselbe Ergebnis hinaus wie der hier vertretene Ansatz. Ist dagegen keiner der Schädiger privilegiert, spricht das Argument der Symmetrie dagegen für die h. M.; vgl. unter IV 2.

49) Vgl. etwa Lange (o. Fußn. 2), § 10 XI 6c, Fußn. 273; auch BGHZ 103, 338 (344) = NJW 1988, 2667 (2668f.) geht zumindest implizit von dieser These aus, da er im Anschluß an die Prüfung der §§ 254 II 2, 278 BGB zu den Regeln der gestörten Gesamtschuld überschwenkt; vgl. auch BGHZ 73, 190 (195) = NJW 1979, 973.

50) Bei privilegierten Hilfspersonen kann der Geschädigte den Entlastungsbeweis zumindest mittelbar dadurch entwerfen, daß er den Freistellungsanspruch der Hilfsperson pfänden und sich überweisen läßt, um anschließend aus dem Freistellungsanspruch vorzugehen. Zur Vermeidung des Risikos der Insolvenz der Hilfsperson sollte man erwägen, in solchen Fällen bereits den Entlastungsbeweis des § 831 I 2 BGB abzuschneiden – eine Möglichkeit, die freilich bei gesetzlichen Vertretern nicht in Frage kommt.

nig schließt sich das Gericht jedoch, obgleich das von seinem Standpunkt aus konsequent gewesen wäre, der These der relativen Außenwirkung an. Scheinbar hat es erkannt, daß es damit nur weitere Streitigkeiten provoziert hätte, nämlich die Regreßprozesse, was weder Vater noch Kind genützt hätte. Sie trügen im Gegenteil noch die Kosten der zusätzlichen Verfahren.

a) Der *BGH* wendet sich vielmehr abrupt von seiner bisherigen Lösung ab; er verwirft die Haftung des aufsichtspflichtigen Vaters zur Gänze und entzieht damit beiden Abwicklungsmodalitäten den Boden. Der nach § 1664 I BGB privilegierte Schädiger „wachse“ schon gar nicht in die Regelung des § 840 I BGB „hinein“; damit fehle bereits das Gesamtschuldverhältnis, das „gestört“ werden könne. Voraussetzung sei stets, daß der Schaden zurechenbar mitgesetzt sei – und gerade daran fehle es bei der Haftungsfreistellung nach den §§ 1664 I, 277 BGB. Der Elternteil sei für einen Schaden nicht verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung nicht gegen die eigenübliche Sorgfalt verstoße und der Grad grober Fahrlässigkeit nicht erreicht werde. Das Ergebnis sei durchaus nicht unbillig. Der Zweitschädiger könne etwa auch keinen Rückgriff nehmen, sofern der Mitschädiger deliktunfähig sei. Der Anteil des Vaters sei mangels geeigneter Kriterien nicht zu bemessen. Obendrein sei es nicht einzusehen, warum ein Kind, dessen Vater leicht fahrlässig gehandelt habe, sich eine Kürzung des Schadens gefallen lassen müsse, während bei einem über § 277 BGB hinausgehenden Verschulden ein Abzug nicht zur Debatte stehe. Gerechtfertigt sei das Ergebnis durch die gesetzgeberische Würdigung und Bewertung der Familiengemeinschaft, die auch das „außenstehende“ Rechtsverhältnis als solches angehe⁵¹. Das Gericht mißt somit dem § 1664 I BGB Bedeutung auch im Verhältnis zum Zweitschädiger bei; das Haftungsprivileg wirkt – ähnlich wie § 839 I 2 BGB – zu seinen Lasten.

b) Sollte dies richtig sein⁵² – und es wird sich zeigen, daß das Ergebnis zutrifft –, wären Konsequenzen für den Einwand des Mitverschuldens nach § 254 II 2 BGB unvermeidlich. Fehlt es schon an der zurechenbaren Mitverursachung, so kann man sich den Streit um die korrekte Interpretation der Norm ersparen. Wenn schon der gesetzliche Vertreter seine Pflichten nicht zurechenbar verletzt hat, verliert die Frage, ob damit auch außerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses der Anspruch des Kindes auf Schadensersatz gemindert wird, ihren Sinn. Mit anderen Worten: Die Regeln der gestörten Gesamtschuld – hier die ausnahmsweise Wirkung eines Haftungsprivilegs auch im Außenverhältnis – setzen sich erneut gegenüber § 254 II 2 BGB durch.

V. Die Wirkung des Erzieherprivilegs gegenüber weiteren Schädigern

Das Urteil des *BGH* steht und fällt also mit seiner Prämissen, § 1664 I BGB entlaste den Vater auch gegenüber außenstehenden Schädigern.

1. Wenig triftig sind allerdings die vom *BGH* zunächst genannten Argumente.

a) Daß wegen § 1664 I BGB die Schädigung des Kindes dem Vater nicht zugerechnet werden könne, ist nicht mehr eine bare *petitio principii*. Gleiches ließe sich von jedem Haftungsprivileg behaupten. Warum § 1664 I BGB bereits die Zurechenbarkeit, § 636 RVO dagegen offenbar nur die konkrete Schadensersatzpflicht des Unternehmers ausschließen soll⁵³, ist nicht einsichtig. Der *BGH* bleibt jeden Beleg schuldig.

b) Nicht besser steht es mit dem Hinweis auf den fehlenden Rückgriff gegen den deliktunfähigen Mitschädiger. Ein derartiges abstraktes Risiko besteht immer, ohne daß bislang jemand auf die Idee gekommen wäre, deshalb die Zurechenbarkeit der Handlung des deliktfähigen Erstschädigers zu verneinen.

c) Auch das Problem, den konkreten Anteil an der Schadensursache zu bemessen, taucht stets auf und wird von der h. M. in Analogie zu § 254 BGB gelöst.

d) Natürlich braucht sich das Kind *grob fahrlässiges* Verhalten seines Vaters dann nicht anrechnen zu lassen, wenn man

im Rahmen des § 254 II 2 BGB der h. M. folgt. Es kann in der Tat billig sein, ihm das Risiko der Insolvenz des gesetzlichen Vertreters abzunehmen. Das ist jedoch ein Strukturelement der nun nicht mehr gestörten Gesamtschuld, wie erneut ein Vergleich mit § 636 RVO veranschaulicht: Der Zweitschädiger haftet in dem Augenblick auf den vollen Schadensersatz, da der Arbeitgeber vorsätzlich gehandelt hat; er kann jedoch bei diesem Regreß nehmen⁵⁴. Exakt parallel liegen die Dinge, wenn der Vater sich eine grob fahrlässige Verletzung seiner Aufsichtspflicht hat zuschulden kommen lassen.

2. Was bleibt, ist die Frage nach der Intention des § 1664 I BGB. Wenn auch die Argumente nicht überzeugen, so hat der *BGH* doch das richtige Ergebnis getroffen. Das Thema läßt sich hier nicht ausloten, einige Gedanken müssen genügen.

a) Der Sinn des § 1664 I BGB ist nicht nur schwer zu ergründen, die Norm ist auch rechtspolitisch alles andere als unangefochten⁵⁵. Die gebräuchlichen Topoi wie „Haftungs-“⁵⁶ und „Schicksalsgemeinschaft“⁵⁷ taugen kaum, die Vorrechte der Eltern zu untermauern, zumal wenn man bedenkt, wie intensiv Kinder auf ihre Eltern angewiesen sind⁵⁸.

Auf der anderen Seite gibt es gute Gründe für die Regelung, etwa die Chance für einen gewissen Freiraum in der Erziehung ohne das Damoklesschwert der Haftung bei jeder leicht fahrlässigen Verletzung der Aufsichtspflicht – ein Freiraum, der gerade dem Kind zu nützen imstande ist –, ferner den Anspruch des Kindes auf Unterhalt, der den Schaden wenn schon nicht kompensiert, so doch wenigstens abmildert. Schließlich wird den Schwierigkeiten Rechnung getragen, die die Durchsetzung des Anspruchs für das geschädigte Kind mit sich bringen könnte⁵⁹.

Das alles legitimiert § 1664 I BGB, der nun einmal geltendes Recht ist; es dürfte unstrittig sein, daß er nicht durch eine teleologische Reduktion zur Gänze seiner Wirkung entkleidet werden darf.

b) Damit ist freilich noch nichts über die Funktion des § 1664 I BGB zu Lasten des außenstehenden Schädigers gesagt. Wortlaut wie Entstehungsgeschichte widmen sich der Frage nicht. Doch sprechen gewichtige Argumente für eine derartige Wirkung des Privilegs. Denn häufig wird die unerlaubte Handlung des Schädigers von einer leicht fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung der Eltern begleitet. Das Kind lie-

51) *BGHZ* 103, 338 (347ff.) = *NJW* 1988, 2667 (2669) (Hervorhebung im Original) unter Aufgabe von *BGHZ* 35, 317 (322f.) = *NJW* 1961, 1966.

52) Zur Rechtfertigung der „Außenwirkung“ eines Erzieherprivilegs vgl. unten V.

53) Dies ist um so unverständlicher, als *BGHZ* 94, 173 (177) = *NJW* 1985, 2261 (zu § 46 I *BeamtVG*), die Gesamtschuld verneint, also – in der Terminologie von *BGHZ* 103, 338 (347f.) = *NJW* 1988, 2667 (2669) – die Zurechenbarkeit ablehnen müßte, und dennoch zur These der absoluten Außenwirkung kommt.

54) Vgl. *Esser-Schmidt* (o. Fußn. 2), § 35 III 3 für die Parallelproblematik des nach § 1833 I BGB nicht bevorrechtigten Vormunds. So wäre auch der Fall *BGHZ* 73, 190 (195) = *NJW* 1979, 973, zu entscheiden gewesen, wenn der grob fahrlässig handelnde Mutter gegenüber der Versicherung nicht das Privileg des § 67 II *VVG* (analog) zur Seite gestanden hätte (vgl. hierzu *Preißer*, *JuS* 1987, 712).

55) Krit. z. B. *Hinz*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 2), § 1664 Rdnr. 2; *Gernhuber* (o. Fußn. 32), § 49 III 6; *Beitzke*, *FamR*, 25. Aufl. (1988), § 26 II 1; wohl auch *Jauernig-Schlechtriem* (o. Fußn. 2), § 1664 Anm. 1.

56) *Palandt-Diederichsen* (o. Fußn. 2), § 1664 Anm. 1; *Adelmann*, in: *RGRK* (o. Fußn. 2), § 1664 Rdnr. 2.

57) *Adelmann*, in: *RGRK* (o. Fußn. 2), § 1664 Rdnr. 2; *Staudinger-Donau*, *BGB*, 10./11. Aufl. (1966), § 1664 Rdnr. 2; *Lange*, *JZ* 1989, 49.

58) *Hinz*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 2), § 1664 Rdnr. 2; *Gernhuber* (o. Fußn. 32), § 49 III 6.

59) Vgl. dazu auch die aus § 1618a BGB resultierende Pflicht, Schadensersatzansprüche nicht durchzusetzen; hierzu etwa *OLG Karlsruhe*, *VersR* 1977, 232 (233); *Jauernig-Schlechtriem* (o. Fußn. 2), § 1664 Anm. 4; *Staudinger-Coester* (o. Fußn. 2), § 1618a Rdnr. 46.

fe demgemäß fast durchweg Gefahr, seinen Anspruch jedenfalls teilweise nicht realisieren zu können. In der h. M., die in solchen Fällen das Verschulden des gesetzlichen Vertreters nicht nach § 254 II 2 BGB anrechnet⁶⁰, steckt also durchaus ein richtiger Kern, wenngleich die These angesichts des drohenden Regresses gegen die Eltern auf halbem Weg stehen bleibt. Die Belastung der Familie – mittelbar damit in vielen Fällen auch des Kindes – wird so nicht vermieden. Konsequenz zu Ende gedacht kann dem Kind nur durch die Ausweitung des § 1664 I BGB, seine Erstreckung auch auf den Rückgriff des Zweitschädigers geholfen werden. Das hat überdies den Vorteil, daß der Geschädigte in gleicher Weise bei einer bestehenden rechtsgeschäftlichen Verbindung zum Zweitschädiger geschützt wird. Die Differenzierung zwischen rein deliktischer und vertraglicher Beziehung, zu der die h. M. gezwungen ist, läßt sich oft nur schwer plausibel machen, namentlich wenn das Kind lediglich in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen ist⁶¹. Das Interesse des Zweitschädigers am Rückgriff hat demgegenüber zurückzutreten. Insbesondere bei der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht könnte auch die Präventionsfunktion des Deliktsrechts zum Teil unterlaufen werden, wenn es dem Zweitschädiger offen stünde, einen Teil des Schadens auf die Eltern abzuwälzen.

Ziel des § 1664 I BGB ist somit – und darin verdient der *BGH*⁶² Beifall – auch der Schutz der Familie im Außenverhältnis. Auf diesem Weg gewinnt der in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich nicht unproblematische § 1664 I BGB eine weitere Dimension, die die Norm insgesamt in neuem Licht erscheinen läßt: Sie entlastet die Eltern nicht nur von den Ansprüchen des Kindes, sondern auch von dem Rückgriff des Zweitschädigers⁶³.

Der Entscheidung des *BGH* ist daher im Ergebnis zu folgen; hilfreich wäre es freilich gewesen, hätte das Gericht sich auf die eigentlich ausschlaggebende Frage, die Funktion des § 1664 I BGB gegenüber dem Zweitschädiger, konzentriert.

VI. Zusammenfassung

1. Der Streit, ob § 254 II 2 BGB Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung ist, hat Auswirkungen nur für die Verteilung des Risikos der Insolvenz der Hilfsperson.

2. Die These von der relativen und der absoluten Außenwirkung bei der gestörten Gesamtschuld regelt ebenfalls nur das Konkursrisiko. Den Vorzug verdient die These der absoluten Außenwirkung.

3. Treffen beide Institute zusammen, so gehen die Regeln der gestörten Gesamtschuld vor. Grundsätzlich ist daher der Anspruch des Geschädigten gegen den Zweitschädiger zu kürzen, es sei denn, daß sich ein Haftungsprivileg auch zu Lasten des außenstehenden Zweitschädigers auswirken soll.

4. § 1664 I BGB begünstigt als Erzieherprivileg den gesetzlichen Vertreter nicht nur gegenüber dem Kind, sondern auch gegenüber einem außenstehenden Zweitschädiger.

60) Vgl. die Nachw. in Fußn. 6 und 15.

61) Vgl. zur Problematik *Soergel-Hadding* (o. Fußn. 2), Anh. nach § 328 Rdnr. 23 m. w. Nachw. als Anhänger der h. M.; a. A. insb. *Medicus* (o. Fußn. 12), Rdnr. 871.

62) *BGHZ* 103, 338 (349) = *NJW* 1988, 2667 (2669). – Anders mag es beispielsweise bei Verstößen im Straßenverkehr liegen. Hier sind die Eltern nicht in ihrer Funktion als Erzieher tätig, weswegen § 1664 I BGB teleologisch zu reduzieren sein dürfte.

63) *Lange*, *JZ* 1989, 50 bemängelt an der Lösung des *BGH*, sie benachteilige den deliktischen Spielkameraden des Geschädigten, der den gesamten Schaden auch dann zu erstatten habe, wenn die Eltern ihre Aufsichtspflicht verletzt hätten. Indes wurzelt die Haftung in der gesetzlichen Konzeption, die Jugendliche, wenn sie die Voraussetzungen des § 828 BGB nicht erfüllen, wie Erwachsene behandelt. Obendrein wird hier meist grobe Fahrlässigkeit der Eltern vorliegen. Damit, daß Kinder unüberlegt handeln, ist eher zu rechnen als mit Verstößen von Erwachsenen gegen eine Verkehrssicherungspflicht; entsprechend schärfer ist die Aufsichtspflicht.