

Zivilrecht: Schuldrecht, Schadensrecht**Semester:** Examen**Schwerpunkte:** Deliktsrecht, c.i.c., Elterliches Aufsichtsverschulden, Mitverschulden, Gestörte Gesamtschuld

Prof. Dr. Diederich Eckardt*

„Ansprüche eines verletzten Kindes bei mitwirkendem elterlichen Aufsichtsverschulden“

Sachverhalt

Die A-GmbH (im Folgenden: A) mit Sitz in Mainz betreibt eine Ladenkette, die sich dem Verkauf von Motorradzubehör widmet. U.a. befindet sich eine Filiale in Trier; allein verantwortlicher Filialleiter ist der kaufmännische Angestellte B.

An einem Samstagvormittag im Herbst 2019 betritt der passionierte Biker V zusammen mit seinem sechsjährigen Sohn S das Trierer Firmengelände, um sich die in der Lokalzeitung beworbene neue Kollektion von Motorradkombis im Hinblick auf eine geplante Neuanschaffung näher anzusehen. V geht allerdings nicht sofort in das Geschäft, sondern betrachtet zunächst eingehend die Ausstellungsstücke in den neben dem Eingang befindlichen Schaufenstern. S wird unterdessen langweilig; er klettert deshalb in ca. fünf Metern Entfernung von seinem Vater auf ein Geländer, das einen neben den Schaufenstern befindlichen, ca. zwei Meter tiefen Lichtschacht umgibt. Es gelingt S ohne Mühe, das von ihm bestiegene Geländerbauteil durch Gewichtsverlagerung ca. 20 cm vor und zurück zu bewegen, was er seinem Vater durch Zurufe mitteilt („Papa, kuck mal, ich kann schaukeln!“). V sieht kurz hin, unternimmt aber nichts, weil er der Meinung ist, dass riskantes Verhalten im Freien für „Männer“ einfach dazugehört, und er selbst in dieser Hinsicht ebenfalls zum Draufgängertum neigt. Etwa zehn Sekunden danach bricht das Geländerbauteil kurz oberhalb der Verankerung ab und kippt zusammen mit S auf den Betonboden des Lichtschachts. S erleidet hierbei multiple Knochenbrüche und muss einen langwierigen Krankenhausaufenthalt mit anschließender Rehabilitation über sich ergehen lassen.

Nachdem ein Sachverständiger festgestellt hat, dass das Geländerbauteil an den Bruchstellen infolge witterungsbedingter Korrosion bereits seit einigen Monaten erkennbar marode gewesen sein muss und deshalb schon geringen Belastungen nicht mehr standzuhalten vermochte, verlangt V für S – dessen materieller Schaden durch Versicherungen gedeckt ist – von A und B als Gesamtschuldnern ein Schmerzensgeld in Höhe von 10.000 Euro. Der Alleingeschäftsführer G der A weist diese Forderung u.a. unter Hinweis darauf zurück, dass die Verantwortung für die Sicherheit auf dem Trierer Firmengelände nach seinem Anstellungsvertrag bei dem Filialleiter B gelegen habe und er (= G) sich hinsichtlich der Auswahl, Instruktion, Ausrüstung und Kontrolle des B nichts vorzuwerfen habe (was zutrifft). B wiederum räumt zwar ein, sich das Geländer schon längere Zeit nicht mehr angesehen zu haben, sieht aber hinsichtlich der Haftung allein A in der Pflicht; es sei schließlich völlig normal, angesichts der Vielzahl der Aufgaben eines Filialleiters auch mal etwas zu vergessen, hierfür müsse doch wohl die Firma einstehen. G und B meinen außerdem, in erster Linie habe doch V es versäumt, auf seinen Sohn aufzupassen.

Erstellen Sie zu den Ansprüchen des S gegen A und B ein Rechtsgutachten! Sofern Ihr Lösungsvorschlag dazu führt, dass die durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen teilweise nicht mehr angesprochen werden, muss hilfsgutachtlich auf diese eingegangen werden. Sofern Sie zu dem Ergebnis kommen, dass V und B ein Verschulden an dem Unfall trifft, ist für die weitere Prüfung davon auszugehen, dass es sich jeweils um ein (gleich hohes) leichtes Verschulden handelt. Das Schmerzensgeld ist in der beanspruchten Höhe als angemessen zu unterstellen. Gehen Sie ferner davon aus, dass es keinerlei Vorschriften gibt, die besondere Sicherheitsanforderungen für solche Geländer aufstellen. Ansprüche nach §§ 836-838 BGB bleiben außer Betracht.

* Prof. Dr. Diederich Eckardt ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Trier.

Gliederung

A. Anspruch des S gegen A

- I. Anspruch aus § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB
 1. Schuldverhältnis
 2. Pflichtverletzung
 3. Vertretenmüssen
 4. Nachfristsetzung
 5. Schaden
 6. Mitverschulden
 7. Gestörte Gesamtschuld
- II. Anspruch aus § 823 I BGB
 1. Rechtsgutsverletzung
 2. Verletzungshandlung
- III. Anspruch aus § 831 I BGB
 1. Verrichtungsgehilfe
 2. Rechtswidrige Gehilfenhandlung
 3. Organisationspflichtverletzung des Geschäftsherren
- IV. Ergebnis zu den Ansprüchen gegen A

B. Ansprüche des S gegen B

- I. Anspruch aus § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB
- II. Anspruch aus § 823 I BGB
 1. Verletzungshandlung
 2. Rechtswidrigkeit und Verschulden
 3. Schaden
 4. Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung
 5. Mitverschulden
 6. Gestörte Gesamtschuld
- III. Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB
- IV. Ergebnis zu den Ansprüchen gegen B

C. Gesamtergebnis

D. Nachbemerktungen

- I. Zur Aufgabe
- II. Zur Lösung
- III. Noch ein paar Takeaways

Gutachten

A. Anspruch des S gegen A

I. Anspruch aus § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB

Zu prüfen ist zunächst ein Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 10.000 Euro gemäß § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB.¹

1. Schuldverhältnis

a) Dies setzt ein zwischen S und A bestehendes Schuldverhältnis voraus (§ 280 I 1 BGB). Ein Vertrag oder ein durch unmittelbare geschäftliche Kontakte begründetes vorvertragliches Schuldverhältnis (§ 311 II BGB) bestand zwischen S und A nicht. In Betracht kommt aber die Einbeziehung des S in den Schutzbereich eines zwischen V und A entstandenen vorvertraglichen Schuldverhältnisses i.S.v. § 311 II BGB. Ein vorvertragliches Schutzpflichtverhältnis ist zwischen V und A dadurch begründet worden, dass A zum Zweck der Vertragsanbahnung einen Verkehr eröffnet hat (nicht nur hinsichtlich der Verkaufsräume selbst, sondern auch für den Eingangs- und Schaufensterbereich und die Zuwege) und V sich mit zumindest latentem Willen zum Vertragsschluss in diesen von A beherrschten Gefahrenbereich begeben hat (§ 311 II Nr. 2 BGB).²

b) Zu untersuchen ist deshalb, ob S in dieses zwischen V und A bestehende vorvertragliche Schuldverhältnis einbezogen worden ist. Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines vorvertraglichen Schutzpflichtverhältnisses ist anerkanntermaßen nach den gleichen Kriterien möglich, wie sie für die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages („Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte“) gelten.³ Erforderlich ist hierfür deshalb zunächst die „Leistungsnähe“ des Dritten, d.h. dieser muss bestimmungsgemäß derart mit einer vertraglichen Leistung in Berührung kommen, dass er den gleichen Gefahren ausgesetzt ist wie der Gläubiger und deshalb nach Treu und Glauben ebenso wie dieser zu schützen ist.⁴ Für die Einbeziehung in ein vorvertragliches Schuldverhältnis – bei dem noch keine Erfüllungsansprüche existieren – bedeutet dies, dass der Dritte den durch eine Schutzpflichtverletzung des Schuldners entstehenden Gefahren in gleicher Weise ausgesetzt sein muss wie der Gläubiger selbst.⁵ Den Gefahren, die von der Beschaffenheit der zu dem Verkaufsgeschäft des A gehörenden Verkehrsflächen ausgehen, ist S als Begleiter des V ebenso ausgesetzt wie V selbst; er ist deshalb in gleichem Maße schutzbedürftig wie V. Notwendig ist ferner die „Gläubignähe“ des Dritten, d.h. der Gläubiger muss ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten haben; dieses ist insbesondere dann gegeben, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Dritten ein Näheverhältnis mit personenrechtlichem Einschlag besteht, aufgrund

dessen der Gläubiger dem Dritten zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist. V ist als Inhaber des elterlichen Sorgerechts (§ 1626 I 1 BGB) für das Wohl und Wehe des S verantwortlich.

Das Kriterium der „Erkennbarkeit“ verlangt, dass der Kreis der geschützten Dritten für den Schuldner vorhersehbar ist, um ihn nicht mit einer unzumutbaren Ausweitung seiner Haftung zu belasten und ihm die Möglichkeit zu geben, das Haftungsrisiko zu kalkulieren und ggf. zu versichern. Es ist sozialadäquat und üblich, dass minderjährige Kinder ihre Eltern beim Einkauf begleiten; eine für A unzumutbare und unvorhersehbare Ausweitung der Haftung ist mit der Einbeziehung des S also nicht verbunden. Dass B und G keine konkrete Kenntnis von der Anwesenheit des S hatten, ist unschädlich, da es nur auf die abstrakte Erkennbarkeit ankommen kann.

Schließlich muss insoweit ein besonderes Schutzbedürfnis des Dritten bestehen, als diesem ohne die Konstruktion eines Schuldverhältnisses mit Schutzwirkung für Dritte keine gleichwertigen vertraglichen Ansprüche gegen den Schuldner zustehen würden; dies trifft zu, da S sonst nur deliktische Ansprüche gegen A zustünden.

Die Voraussetzungen einer Einbeziehung des S in das zwischen V und A bestehende vorvertragliche Schuldverhältnis liegen daher vor.

1 Im Obersatz ist nur der Anspruchsinhaber S zu nennen; dass S durch seine Eltern vertreten wird, ist an dieser Stelle also nicht zu erwähnen. Inwieweit der Obersatz außer der eigentlichen Anspruchsgrundlage (= derjenigen Rechtsnorm, aus der sich die geprüfte Rechtsfolge ergibt, hier also § 280 I BGB) weitere Gesetzesbestimmungen oder Rechtsinstitute (wie hier „c.i.c.“ bzw. „vorvertragliches Schutzpflichtverhältnis“ und „Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte“) nennen sollte, ist Geschmacksache; m.E. ist vor allem Letzteres in der Regel entbehrlich.

2 § 311 II Nr. 2 BGB ist weit auszulegen und erfasst daher auch die Fälle, in denen es an konkreten Kaufabsichten noch fehlt, vgl. BeckOGK-BGB-*Herresthal*, Stand 01.11.2019, § 311 Rn. 287 ff.; es wäre aber auch die Zuordnung zu § 311 II Nr. 3 BGB vertretbar.

3 Die in BGHZ 66, 51 entwickelte Einbeziehung Dritter in den Kreis der Schutzpflichtbegünstigten nach den zum „Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte“ durch ergänzende Vertragsauslegung entwickelten Kriterien kann nach wie vor als anerkannt gelten, weil anderenfalls der Drittschutz vom meist zufälligen Zeitpunkt eines Vertragsschlusses zwischen Schuldner und Hauptgläubiger abhängen würde (ob diese Konstruktion, wie verschiedentlich angenommen wird, seit der Schuldrechtsreform eine positivrechtliche Grundlage in § 311 II Nr. 3 BGB oder § 311 III 1 BGB findet, ist m.E. sehr zweifelhaft; alternativ ist als Rechtsgrundlage nach wie vor ein auf dem Vertrauensschutzgedanken beruhendes, durch richterliche Rechtsfortbildung entwickeltes gesetzliches Schutzpflichtverhältnis anzunehmen; vgl. zum Meinungsstand BeckOGK-BGB-*Mäsch*, § 328 Rn. 155 ff., 162). Inwieweit man in der Klausur etwas zu den rechtsdogmatischen Grundlagen eines solchen Instituts schreiben sollte, ist Geschmacksache (leider auch, was den Korrektorengeschmack angeht); m.E. ist das nicht zwingend erforderlich, d.h. Ausführungen sollten allenfalls dann nachgetragen werden, wenn am Ende der Bearbeitung noch Zeit ist.

4 BeckOGK-BGB-*Mäsch*, § 328 Rn. 169 ff.

5 BeckOGK-BGB-*Herresthal*, § 311 Rn. 308.

2. Pflichtverletzung

Als Pflichtverletzung (§ 280 I 1 BGB) der A kommt die Verletzung der vorvertraglichen Schutzpflicht (§ 241 II BGB) in Betracht, die zu ihrem Verkaufsgeschäft gehörenden Verkehrsflächen, baulichen Anlagen und Gerätschaften so auszugestalten, dass den Rechtsgütern der Kunden und der mitgeschützten Dritten vor wie nach Vertragsschluss keine vermeidbaren Gefahren drohen. A hat diese Schutzpflicht verletzt, wenn das Geländerbauteil in seinem gegenwärtigen Zustand ein nicht akzeptables Verletzungsrisiko für die Kunden und ihre (kindlichen) Begleiter begründete und in diesem Zustand deshalb nicht belassen werden durfte. Das Geländerbauteil diente zur Absicherung eines Lichtschachts, der im Hinblick auf seine Tiefe von zwei Metern und den Betonboden eine Gefahrenstelle mit hohem Verletzungspotential bildete. Selbst bei einer Entfernung des Lichtschachts zu den Schaufenstern von fünf Metern lag es nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass Kunden und insbesondere die diese begleitenden Kinder noch bis zu dem Lichtschacht laufen und sich an das Geländer lehnen und an diesem herumturnen könnten. Ungeachtet der Ausrichtung des Geschäfts auf erwachsene Kunden (Motorradzubehör) waren dabei die notwendigen Sicherungsvorkehrungen zugleich im Hinblick auf herumlaufende Kinder auszurichten, da es üblich und sozialadäquat ist, dass Eltern ihre Kinder zum Einkaufen mitnehmen. Zwar gilt ein Vertrauensgrundsatz dahin, dass man mit rechtswidrigem und missbräuchlichem Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer grundsätzlich nicht zu rechnen braucht; jedoch ist das Herumklettern eines Kindes auf einem Geländer noch kein rechtswidriges und missbräuchliches Verhalten. A war deshalb verpflichtet, den Lichtschacht mit einem auch für herumturnende Kinder hinreichend standfesten Geländer zu versehen und dieses Geländer regelmäßig auf seine Standfestigkeit zu kontrollieren; diese Pflicht hat A verletzt.

3. Vertretenmüssen

A muss die Pflichtverletzung zu vertreten haben (§ 280 I 2 BGB).⁶

a) Zu erwägen ist zunächst fahrlässiges Verhalten (§ 276 I 1 BGB) der A-GmbH selbst, der das Handeln ihres Geschäftsführers G nach der für alle juristischen Personen geltenden Bestimmung des § 31 BGB zugerechnet wird. G hat sich nicht persönlich um die Erfüllung der nach §§ 311 I, 241 II BGB bestehenden Pflicht zur Schaffung und Erhaltung eines für die (potentiellen) Vertragspartner ungefährlichen Zustands des Betriebsgeländes gekümmert. Jedoch ist die Erfüllung solcher Pflichten auf Erfüllungsgehilfen delegierbar, wovon A in dem Anstellungsvertrag mit B Gebrauch gemacht hat. In einem solchen Fall verbleiben bei dem Geschäftsherrn zwar „unabwälbare Restpflichten“

wie insbesondere die Pflicht zu sorgsamer Auswahl, Instruktion und Überwachung des Erfüllungsgehilfen. Diese mitarbeiterbezogenen Organisationspflichten hat A – handelnd durch G – aber erfüllt und folglich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gewahrt.

b) In Frage kommt aber ein der A zurechenbares Verschulden des B.

aa) Als Zurechnungsgrundlage ist zunächst an eine „Repräsentantenhaftung“ analog § 31 BGB zu denken. B ist zwar nicht Organ der GmbH, jedoch erstreckt sich die „Repräsentantenhaftung“ analog § 31 BGB über die Vorstandsmitglieder und die satzungsmäßig berufenen besonderen Vertreter hinaus auf alle Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, so dass sie die juristische Person im Rechtsverkehr repräsentieren; dazu können auch die Leiter einer größeren Filiale gehören.⁷ Dass diese Voraussetzungen vorliegen, ist mit den zur Verfügung stehenden Informationen aber nicht feststellbar.

bb) Als weitere mögliche Zurechnungsgrundlage ist § 278 S. 1 Alt. 2 BGB zu untersuchen.

(1) Hiernach findet eine Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen statt, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner zum Zeitpunkt des Verletzungsverhaltens ein Schuldverhältnis oder eine äquivalente rechtliche Sonderverbindung bestand.⁸ Dies ist auch dann der Fall, wenn ein Dritter nach den Grundsätzen des „Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte“ in ein vorvertragliches Schutzpflichtverhältnis einbezogen ist. S war hier als geschützter Dritter in das zwischen V und A bestehende vorvertragliche Schutzpflichtverhältnis i.S.v. § 311 II BGB einbezogen.

(2) Die Anwendung von § 278 S. 1 BGB setzt ferner voraus, dass B Erfüllungsgehilfe der A war. Erfüllungs-

6 Der Umstand, dass das Vertretenmüssen nach § 280 I 2 BGB vermutet wird, ist in der Klausur im 1. Examen nur dann von Bedeutung, wenn es für das Ergebnis auf die Beweislast ankommt, d.h. bei explizit unaufklärbarer Tatsachenlage; sofern die Angaben im Sachverhalt eine Subsumtion ermöglichen, ist diese durchzuführen und die Verschuldensvermutung nicht zu erwähnen (dies gilt für die Beweislast generell).

7 Vgl. BeckOGK-BGB-*Offenloch*, § 31 Rn. 43, 71 ff., 83. Dass recht offensichtlich die Voraussetzungen einer Zurechnung nach § 278 S. 1 BGB vorliegen (siehe unter bb.), würde es sicher rechtfertigen, sogleich diese Bestimmung anzuwenden. Spätestens beim Anspruch aus § 823 I BGB (siehe unten II.2.b.) kann man der Frage der Anwendbarkeit von § 31 BGB aber ohnehin nicht mehr ausweichen, da dort nur § 31 BGB, nicht aber § 278 S. 1 BGB für die Zurechnung von Mitarbeiterverschulden herangezogen werden kann. Allerdings lässt sich mit einigem Recht bezweifeln, ob man die „Repräsentantenhaftung“ im Examen – selbst für eine Spitzennote – wirklich kennen muss.

8 BeckOGK-BGB-*Schaub*, § 278 Rn. 22 ff.

gehilfe ist, wer mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als dessen Hilfsperson tätig wird. Indem A dem B in dessen Anstellungsvertrag die Verantwortung für die Sicherheit auf dem Betriebsgelände übertragen hat, hat er diesen zur Wahrnehmung der ihm seinen Kunden gegenüber obliegenden vorvertraglichen Schutzpflichten eingesetzt. B war also im Hinblick auf die Wahrnehmung dieser Schutzpflichten Erfüllungsgehilfe des A.

cc) Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 I 1 BGB) durch B ist darin zu sehen, dass dieser es unterlassen hat, das Gelände auf das Nichtbestehen eines gefährlichen und objektiv pflichtwidrigen Zustands des Geländers zu kontrollieren und einen solchen Zustand ggf. zu beseitigen; denn im Hinblick auf die von dem schadhafte Gelände ausgehende Verletzungsgefahr waren unverzügliche Reparaturmaßnahmen geboten und von B als demjenigen, dem diese Aufgaben durch Delegation von A übertragen worden waren, eigenverantwortlich wahrzunehmen. Hierzu bestand insofern besonderer Anlass, als dieser Zustand bereits seit einigen Monaten allgemein und also auch dem B erkennbar war. Ein der A zuzurechnendes Verschulden des B liegt demnach vor. A hat die Pflichtverletzung folglich zu vertreten.

4. Nachfristsetzung

Ein Nachfristsetzungserfordernis (§ 281 I 1 BGB) als weitere Anspruchsvoraussetzung scheidet schon im Ansatz aus, da im vorvertraglichen Schutzpflichtverhältnis keine Erfüllungsansprüche bestehen; es kann sich mithin bei einem durch die Schutzpflichtverletzung verursachten Schaden unter keinen Umständen um einen „Schaden statt der Leistung“ (§ 280 III BGB) handeln.⁹

5. Schaden

Vorauszusetzen ist schließlich, dass dem S durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist.¹⁰ Aus der Pflichtverletzung der A resultierten multiple Knochenbrüche des B und hieraus wiederum eine Beeinträchtigung der Lebensführung, die einen als Schmerzensgeld ersatzfähigen immateriellen Schaden nach sich zieht (§ 253 II BGB).¹¹ Die Höhe der geforderten Geldentschädigung von 10.000 Euro ist laut Sachverhalt¹² angemessen.

6. Mitverschulden

Zu untersuchen ist ferner, ob der Anspruch des S wegen eines mitwirkenden Verschuldens bei der Schadensentstehung (§ 254 I BGB) zu mindern ist.

a) Hinsichtlich eines möglichen eigenen Mitverschuldens des sechsjährigen S ist allerdings schon fraglich,

ob dieses nicht mangels Verschuldensfähigkeit ausgeschlossen ist (§§ 276 I 2, 828 I BGB). Hierfür kommt es darauf an, ob ein Mitverschulden des Geschädigten i.S.v. § 254 I BGB auch dessen Verschuldensfähigkeit voraussetzt. Auch wenn es bei § 254 I BGB nicht um ein Verschulden im technischen Sinn geht, sondern um eine nach Treu und Glauben zur Anspruchskürzung führende Obliegenheitsverletzung, muss das im Ergebnis bejaht werden;¹³ denn die fehlende Verantwortlichkeit i.S.v. §§ 827 f. BGB ist unteilbar und schließt Rechtsnachteile unter dem Aspekt einer Obliegenheitsverletzung ebenso aus wie eine Verschuldenshaftung. Im Gesetz kommt dies nicht nur darin zum Ausdruck, dass der in § 254 I BGB verwendete Begriff „Verschulden“ auf § 276 BGB und damit über § 276 I 2 BGB eben auch auf §§ 827 f. BGB verweist, sondern auch in der erst unlängst eingefügten Bestimmung des § 828 II BGB, die ihre wesentliche Bedeutung gerade beim Mitverschulden eines im Straßenverkehr geschädigten Kindes hat und haben soll.

b) Zu erwägen ist aber ein dem S zuzurechnendes Mitverschulden des V als seines gesetzlichen Vertreters, da V es unterlassen hat, wirksam gegen das selbstgefährdende Verhalten des S einzuschreiten. Rechtlicher Ansatzpunkt hierfür ist die Verweisung des § 254 II 2 BGB auf § 278 BGB.

aa) Die systematische Stellung der Verweisung des § 254 II 2 BGB auf § 278 BGB – nämlich (nur) beim Mitverschulden hinsichtlich des Schadensumfangs

9 § 280 III BGB formuliert also gewissermaßen eine negative Tatbestandsvoraussetzung für den „einfachen“ Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB; man muss sich bei der Prüfung des § 280 I BGB deshalb immer (!) zumindest in knapper Form vergewissern, dass es sich bei dem geltend gemachten Schadensposten gerade nicht um „Schaden statt der Leistung“ handelt. Wo man diese Prüfung im Anspruchsaufbau ansiedelt, ist etwas Geschmackssache; m.E. sollte man das unmittelbar vor dem Schaden ansprechen.

10 Nicht „kausaler Schaden“, selbst wenn das viele schreiben – das Adjektiv „kausal“ bedeutet hier „ursächlich“, und ursächlich muss nicht der Schaden sein (wofür auch?), sondern die Pflichtverletzung (bzw. bei § 823 I BGB die Rechtsgutsverletzung) muss ursächlich für den Schaden sein; das wiederum steckt aber schon in der Formulierung „durch die Pflichtverletzung entstanden“.

11 Im „Spielplatz-Fall“ BGHZ 103, 338 ging es ebenfalls primär um Schmerzensgeld; zusätzlich beantragt war aber die Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich aller materiellen Schäden, soweit diese Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger übergegangen waren – in der Praxis stellt die Notwendigkeit, den Anspruchsübergang auf Sozialversicherungsträger (§ 116 SGB X) zu berücksichtigen, ein häufig auftretendes Problem dar.

12 Normalerweise sollte man in der Klausur nicht „lt. Sachverhalt“ o.Ä. schreiben, sondern die Sachverhaltsangaben ohne Weiteres zur Subsumtion verwenden. Gibt der Sachverhalt aber eine nicht weiter subsumtionsfähige „Fiktion“ vor – wie hier zur Höhe des Schmerzensgelds und zum Ausmaß des Mitverschuldens –, sollte man das m.E. aber ohne sprachliche Verrenkungen deutlich machen.

13 Ebenso die h.M., vgl. BeckOGK-BGB-Looschelders, § 254 Rn. 97 ff.

i.S.v. § 254 II 1 BGB – legt zwar nahe, dass diese gerade nicht auch für das Mitverschulden bei der Schadensentstehung i.S.v. § 254 I BGB gilt. Da dies jedoch eine teleologisch nicht begründbare Differenzierung hinsichtlich der Mitverantwortung Dritter zur Folge hätte, kann es sich hierbei nur um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handeln.¹⁴ Eine Zurechnung des Mitverschuldens Dritter kommt daher auch hinsichtlich der Schadensverursachung in Frage.

bb) Problematisch ist sodann, ob die Verweisung auf § 278 S. 1 BGB insofern eine Rechtsgrundverweisung darstellt, als die Zurechnung des Mitverschuldens von Gehilfen und gesetzlichen Vertretern wie im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm ausschließlich innerhalb bestehender Schuldverhältnisse und äquivalenter rechtlicher Sonderverbindungen stattfindet.¹⁵ Es kann dies aber hier dahinstehen, da es als ein solches Schuldverhältnis wiederum genügt, wenn ein Dritter nach den Grundsätzen des „Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte“ in ein vorvertragliches Schutzpflichtverhältnis einbezogen ist;¹⁶ im Hinblick auf S im Verhältnis zu A ist dieser Fall gegeben (siehe oben 1.b.).

cc) Nach dem Wortlaut des § 278 S. 1 BGB ist das Verschulden gesetzlicher Vertreter zuzurechnen; dies erfasst auch und gerade die Eltern eines minderjährigen Kindes (§§ 1626 I, 1629 I 1 BGB). Zwar ist fraglich, ob es dem Schutzbedürfnis des Minderjährigen gerecht wird, wenn Kinder gewissermaßen für ihre Eltern haften müssen; diese Einstandspflicht ist aber vom Gesetz gewollt und im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse *de lege lata* hinzunehmen.¹⁷

dd) V ist als sorgerechtigter Vater gesetzlicher Vertreter des S i.S.v. § 278 S. 1 Alt. 1 BGB.¹⁸ Die Eltern üben die elterliche Sorge zwar grundsätzlich gemeinschaftlich aus (§§ 1626 I, 1626a I, 1627 f., 1629 I 2 Hs. 1 BGB); im Rahmen der §§ 254 II 2, 278 BGB reicht jedoch das Mitverschulden eines Elternteils aus.¹⁹

ee) Entscheidend ist daher, ob V ein Mitverschulden i.S.v. § 254 I BGB zur Last fällt. In Betracht kommt eine Verletzung seiner elterlichen Aufsichtspflicht (§ 1631 I BGB) durch Nichteinschreiten gegen das Schaukeln des S auf dem Geländer. Die elterliche Aufsichtspflicht verlangt allerdings nicht, Kinder zur Vermeidung jeglicher Gefahr gewissermaßen an der kurzen Leine zu halten; denn ein Kind muss sich im Prozess des Erwachsenwerdens ausprobieren und Erfahrungen sammeln können.²⁰ Für eine Aufsichtspflichtverletzung spricht jedoch sowohl die erkennbare Intensität der Gefahr, nachdem das Ausmaß des Schaukelns den bevorstehenden Bruch deutlich gemacht hat, als auch die erkennbare Größe des angesichts der Tiefe des Lichtschachts drohenden Schadens; dass der Lichtschacht einen Betonboden hat, konnte V aus fünf Metern Entfernung zwar nicht sehen, damit war aber zu rechnen. Dem Aspekt, dass ein Kind den verantwortlichen

Umgang mit den Gefahren seiner Umwelt lernen muss und insofern einen gewissen Vertrauensvorschuss benötigt (vgl. § 1626 II 1 BGB), kann kein ausschlaggebendes Gewicht für das Gegenteil zukommen, da ein sechsjähriges Kind typischerweise altersbedingt noch nicht das Urteilsvermögen aufweist, das zur realistischen Einschätzung einer solchen Gefahr erforderlich ist, und für V erkennbar war, dass S das Ausmaß der Gefahr im konkreten Fall nicht bewusst war.

Die Pflichtverletzung war schadensursächlich, da V unter Berücksichtigung der Entfernung von fünf Metern einerseits, der bis zum Zusammenbruch des Gitters verbleibenden Zeitspanne von zehn Sekunden andererseits die Möglichkeit gehabt hätte, zu S zu eilen und ihn festzuhalten. Es kommt daher nicht darauf an, ob ein Verbot des Weiterschaukelns aussichtsreich gewesen wäre.

ff) Zu prüfen bleibt, ob die hinsichtlich des V womöglich einschlägige Haftungsmilderung des gesetzlichen Vertreters nach §§ 1664 I, 277 BGB zugleich sein zu Lasten des Kindes anrechenbares Mitverschulden ausschließt.

(1) § 1664 I BGB ist auf das Verhältnis zwischen S und seinem sorgerechtigten Vater V anzuwenden.²¹ Die Bestimmung führt zu einer Haftungsmilderung auf grobes Verschulden (§ 277 BGB), wenn ein leicht sorgfaltswidriges Verhalten des Elternteils dessen eigenüblicher Sorgfalt entspricht. V traf laut Bearbeiter-

14 § 254 II 2 BGB ist deshalb wie ein selbständiger dritter Absatz des § 254 BGB zu lesen, vgl. BeckOGK-BGB-Looschelders, § 254 Rn. 34, 270.

15 Ebenso die h.M., vgl. BeckOGK-BGB-Looschelders, § 254 Rn. 271 ff.

16 Ebenso die h.M., vgl. BeckOGK-BGB-Looschelders, § 254 Rn. 274 f., 277.

17 Ebenso die h.M., vgl. BeckOGK-BGB-Looschelders, § 254 Rn. 283. Den hiergegen bestehenden grundsätzlichen Bedenken, die womöglich sogar verfassungsrechtliche Qualität haben (siehe Nachbemerkung III.3.), kann und muss in einer zivilrechtlichen Examensklausur nicht weiter nachgegangen werden.

18 Dass V als „Vater“ das Sorgerecht hat, steht zwar nicht im Sachverhalt. Es ist dies aber unabhängig vom Familienstand der Eltern der gesetzliche Regelfall, der deshalb immer dann zugrunde zu legen ist, wenn der Sachverhalt nichts Gegenteiliges mitteilt (Musterbeispiele für denselben Denkansatz: unbeschränkte Geschäftsfähigkeit Volljähriger, gesetzlicher Güterstand bei Ehegatten).

19 BeckOGK-BGB-Looschelders, § 254 Rn. 283.

20 Hier können die gleichen Erwägungen herangezogen werden, wie man sie sich zur elterlichen Aufsichtspflichtverletzung i.S.v. § 832 I 2 BGB eingeprägt hat, vgl. dazu BeckOGK-BGB-Welthenhofer, § 832 Rn. 40 ff.

21 Nähere Kenntnisse zu § 1664 BGB können in der Examensklausur m.E. nicht erwartet werden (siehe Nachbemerkung I.2.). Es ist deshalb vollumfänglich als „richtig“ zu bewerten, wenn ein Bearbeiter ohne Weiteres von der Anwendbarkeit des § 1664 I BGB ausgeht, obwohl dies für Ansprüche des Kindes auf deliktischer Grundlage (vgl. BeckOGK-BGB-Becker, § 1664 Rn. 5-5.2) und speziell bei Aufsichtspflichtverletzungen (vgl. BeckOGK-BGB-Becker, § 1664 Rn. 20-20.2, 36) jeweils nicht unzweifelhaft ist.

vermerk lediglich ein leichtes Verschulden; da er selbst in Gestalt riskanten Verhaltens im Freien zum Draufgängertum neigt, entspricht sein leicht sorgfaltswidriges Verhalten zudem seiner eigenüblichen Sorgfalt. Die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung des § 1664 I BGB liegen also vor; V haftet gegenüber S nicht.

(2) Ob der Umstand, dass V im Verhältnis zu S wegen § 1664 I BGB nicht haftet, auch sein zu Lasten des S anrechenbares Mitverschulden im Verhältnis zu A als familienfremdem Schädiger ausschließt, ist nicht unzweifelhaft. Immerhin ließe sich argumentieren, die Haftungsmilderung solle nur den Eltern im Verhältnis zu ihrem Kind zugute kommen und müsse daher im Verhältnis zu familienfremden Dritten außer Betracht bleiben.²² Jedoch modifizieren §§ 1664 I, 277 BGB schon die von den Eltern dem Kind gegenüber geschuldete Sorgfalt; soweit diese Beschränkung reicht, sind sie auch nicht um der Vermögensinteressen Dritter willen zu größerer Vorsicht verpflichtet. Zudem kann die Frage einer „Außenwirkung“ der haftungsrechtlichen Privilegierung hier nicht anders behandelt werden als unter dem Aspekt der „gestörten Gesamtschuld“ (siehe unten 7.b.). Nicht zuletzt streitet der Gedanke, dass die dem Kind aufgezwungene elterliche Vertretung möglichst wenig zum Nachteil des Kindes gereichen darf, für die Berücksichtigung der Haftungsmilderung beim Mitverschulden.²³ Ein dem S zurechenbares Mitverschulden des V liegt demzufolge nicht vor.

7. Gestörte Gesamtschuld

Im Hinblick auf den schuldhaften Verursachungsbeitrag des V ist eine Anspruchskürzung mithin nur unter dem rechtlichen Aspekt der sog. gestörten Gesamtschuld denkbar.²⁴

a) Ohne die zugunsten des V in Frage kommende Haftungsprivilegierung des V aus § 1664 I BGB würde V dem S gemäß § 823 I BGB²⁵ ebenfalls auf Schadensersatz in Höhe von 10.000 Euro haften, denn er hat seine elterliche Aufsichtspflicht verletzt und dadurch rechtswidrig und schuldhaft die Schädigung des S mitverursacht (siehe oben 6.b.dd.).

A und V haften dem S gleichstufig auf Befriedigung desselben Leistungsinteresses; sie wären deshalb im Verhältnis zu S Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Da zugunsten des V aber, wie gesehen, die Haftungsprivilegierung des § 1664 I BGB eingreift, ist die Haftung des V gegenüber S ausgeschlossen und damit an sich zugleich der anteilige Gesamtschuldnerregress (§ 426 I, II BGB) durch A nach deren erfolgreicher Inanspruchnahme durch S. Es liegt daher das unter dem Stichwort „gestörte Gesamtschuld“ diskutierte Problem der Regressbehinderung aufgrund der Haftungsprivilegierung eines Schädigers bei einer Schädigermehrheit vor.

b) Fraglich ist aber, ob die Kürzung des Anspruchs gegen den Mitschädiger – im Umfang des Verursachungsbeitrags des privilegierten Schädigers – überhaupt eine angemessene Rechtsfolge der „gestörten Gesamtschuld“ darstellt. Für die meisten Konstellationen einer „gestörten Gesamtschuld“ ist dies richtigerweise zu bejahen; denn diese Lösung belastet zielsicher denjenigen, dessen Interessen durch den Haftungsausschluss ohnehin abgewertet sind. Speziell im Fall des § 1664 BGB muss eine Anspruchskürzung zum Nachteil des Kindes jedoch ausscheiden.²⁶ Zum einen ist zu berücksichtigen, dass der Zweck des Haftungsprivilegs hier über die Freistellung des schädigenden Elternteils hinausgeht und die Eltern-Kind-Beziehung generell vor einer zu engmaschigen Kontrolle von außen bewahren soll. Gegen eine Anspruchskürzung sprechen zudem die schutzwürdigen Interessen des Kindes, das sich seine gesetzlichen Vertreter nicht aussuchen konnte und sie grundsätzlich so hinnehmen muss, wie sie eben sind; es darf deshalb nicht unbeschränkt mit den durch sie verursachten Haftungsfolgen belastet werden (wie auch § 1629a BGB und im deliktischen Bereich die Nichtexistenz eines allgemeinen Haftungs- bzw. Zurechnungstatbestands zeigen). Der Anspruch des S gegen A ist deshalb nicht um den hälftigen Verursachungsbeitrag des V zu kürzen. S kann folglich von A aus § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II Zahlung von 10.000 Euro verlangen.

II. Anspruch aus § 823 I BGB

Zu prüfen ist sodann ein Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 10.000 Euro gemäß § 823 I BGB.

22 Wer das so sieht, braucht die im Anschluss erörterte Anspruchskürzung unter dem Aspekt der „gestörten Gesamtschuld“ nicht mehr zu erwähnen, denn der Verursachungsbeitrag des V darf natürlich keine doppelte Berücksichtigung finden.

23 Lehnt man mit dem BGH in den Fällen des § 1664 BGB eine Anspruchskürzung unter dem Aspekt der „gestörten Gesamtschuld“ ab (siehe unten 7.b.), so kann man hier kaum für eine Ausklammerung des § 1664 BGB votieren.

24 Vgl. BeckOGK-BGB-Becker, § 1664 Rn 25 ff.; ausführlich z.B. Mollenhauer, NJ 2011, 1 ff.

25 Ob § 1664 I BGB eine „Doppelfunktion“ hat, d.h. nicht nur den Sorgfaltsmaßstab, sondern zugleich eine ggf. mit § 823 I BGB konkurrierende eigenständige Anspruchsgrundlage regelt (so die h.M., vgl. BeckOGK-BGB-Becker, § 1664 Rn. 3-5), ist deshalb hier unerheblich; m.E. muss man das im Examen aber ohnehin nicht wissen (siehe Nachbemerkung I.2.). § 832 BGB ist natürlich nicht einschlägig; dort geht es umgekehrt um Schäden, die das Kind selbst einem Dritten zugefügt hat.

26 Ebenso die h.M., vgl. insbes. BGHZ 103, 338, 346 ff., wonach der nicht privilegierte Schädiger im Fall der gesetzlichen Haftungsprivilegierung nach § 1664 I BGB sogar endgültig auf dem Schaden sitzen bleiben soll, weil eine „fingierte Gesamtschuld“ hier – anders als im Fall des vertraglichen Haftungsverzichts – nicht angenommen werden könne. Dem ist aus den im Text angeführten Gründen ebenfalls zu folgen; allerdings muss das hier nicht weiter diskutiert werden, da der Problemkreis der „gestörten Gesamtschuld“ nach der Aufgabenstellung nur insoweit fallrelevant ist, als es um den Lösungsansatz der Anspruchskürzung geht.

1. Rechtsgutsverletzung

S hat multiple Knochenbrüche und damit eine Verletzung seines Körpers erlitten.

2. Verletzungshandlung

Als verletzungswirksames Verhalten der A kommt das pflichtwidrige Unterlassen in Betracht, für einen verkehrssicheren Zustand des Betriebsgeländes der Trierer Filiale der A zu sorgen.

a) Das Betriebsgelände stellt eine potentielle Gefahrenquelle dar. A trifft deshalb als Betriebsinhaberin unter dem Aspekt der Gefahrbeherrschung durch Organisationsgewalt über den Betrieb und die sächlichen und persönlichen Betriebsmittel eine Verkehrssicherungspflicht, dafür zu sorgen, dass den Rechten und Rechtsgütern Dritter aus dem Zustand der zum Betrieb gehörenden Bodenflächen, baulichen Anlagen und Gerätschaften keine vermeidbaren Risiken entstehen. A war deshalb verpflichtet, den Lichtschacht mit einem auch für herumtollende Kinder hinreichend standfesten Geländer zu versehen und dieses Geländer regelmäßig auf seine Standfestigkeit zu kontrollieren; diese Pflicht hat A – handelnd durch G, für den A nach § 31 BGB einzustehen hat – nicht selbst erfüllt (siehe oben A.II.).

b) Eine Verkehrssicherungspflicht kann jedoch auf Dritte, insbesondere Mitarbeiter, delegiert werden.²⁷ Hiervon hat A in dem Anstellungsvertrag mit B Gebrauch gemacht. Im Fall der Delegation von Verkehrssicherungspflichten verbleiben bei dem ursprünglich Verpflichteten zwar unabwäzbare Organisationspflichten hinsichtlich Auswahl, Instruktion, Ausrüstung und Kontrolle des mit der Ausführung der Sicherungspflicht Beauftragten;²⁸ diese Restpflichten hat A – handelnd durch G – jedoch erfüllt.

c) Dass B die an ihn übertragenen Pflichten ebenfalls nicht erfüllt hat, ist an dieser Stelle unerheblich; denn da B weder Organ noch „Repräsentant“ der A ist, muss A nicht analog § 31 BGB für sein Handeln einstehen (siehe oben II.3.b.aa.), und eine Zurechnung entsprechend § 278 S. 1 BGB scheidet im Anwendungsbereich des § 823 I BGB selbst dann aus, wenn parallel ein vertragliches oder vorvertragliches Schuldverhältnis besteht.²⁹

Ein pflichtwidriges Unterlassen der A liegt somit nicht vor. S hat folglich keinen Anspruch aus § 823 I BGB gegen A.³⁰

III. Anspruch aus § 831 I BGB

Zu untersuchen bleibt ein Anspruch des S gegen A auf Zahlung von 10.000 Euro aus § 831 I BGB.

1. Verrichtungsgehilfe

Voraussetzung hierfür ist, dass B als Verrichtungsgehilfe der A gehandelt hat. Verrichtungsgehilfe ist eine Person in einer organisatorisch abhängigen Stellung, der der Geschäftsherr eine Tätigkeit überträgt, die er faktisch durch Weisungen ausgestalten sowie jederzeit beschränken oder entziehen kann. B ist Angestellter der A und deshalb ungeachtet seiner Position als Filialeiter – die für eine Qualifikation als „Repräsentant“ der A allein nicht ausreicht (siehe oben II.3.b.aa.) – deren Verrichtungsgehilfe.

2. Rechtswidrige Gehilfenhandlung

B muss ferner in Ausführung der ihm übertragenen Tätigkeit eine rechtswidrige deliktische Handlung begangen haben. In Betracht kommt die Verursachung der Körperverletzung des S durch pflichtwidriges Unterlassen. Indem B es unterlassen hat, den für die Rechtsgüter Dritter gefährlichen Zustand des Geländers zu beseitigen, obwohl dieser Zustand bereits seit einigen Monaten allgemein und also dem B erkennbar war, handelte er pflichtwidrig; denn im Hinblick auf die von dem schadhafte Geländer ausgehende Verletzungsgefahr waren unverzügliche Reparaturmaßnahmen geboten und von B als demjenigen, dem diese Aufgaben durch Delegation von A übertragen worden waren, eigenverantwortlich wahrzunehmen (siehe oben I.3.b.cc.).

3. Organisationspflichtverletzung des Geschäftsherrn

Nach § 831 I 2 BGB muss der Geschäftsherr ferner eigene auf den Verrichtungsgehilfen bezogene Organisationspflichten verletzt haben.³¹ Da A – handelnd durch G – hinsichtlich der Auswahl, Instruktion, Ausrüstung und Kontrolle des B keine Versäumnisse zur

27 BeckOGK-BGB-Spindler, § 823 Rn. 429 ff.

28 BeckOGK-BGB-Spindler, § 823 Rn. 430 ff.

29 Man könnte noch überlegen, ob die auf B delegierten Verkehrs(sicherungs)pflichten als Schuldverhältnis bzw. rechtliche Sonderverbindung in Betracht kommen und so eine Zurechnung über § 278 S. 1 BGB ermöglichen; dies wird aber nahezu allgemein abgelehnt, um eine Umgehung von § 823 I 2 BGB zu vermeiden, vgl. BeckOGK-BGB-Looschelders, § 254 Rn. 276; BeckOGK-BGB-Spindler, § 823 Rn. 430, 434.

30 Ein Anspruch aus § 823 II BGB (i.V.m. § 229 StGB) scheidet ersichtlich aus den gleichen Gründen; er kann daher m.E. unerwähnt bleiben.

31 Dies wird wiederum vermutet, d.h. die Darlegungs- und Beweislast kehrt sich zum Nachteil des Geschäftsherrn um. Im Gutachten ist das aber, ebenso wie im Fall des § 280 I 2 BGB (siehe oben Fußn. 5), nur bei unaufgeklärter Tatsachenlage von Bedeutung; soweit die Angaben im Sachverhalt eine Subsumtion ermöglichen, hat diese zu geschehen, ohne die Beweislast bzw. Vermutungswirkung zu erwähnen.

Last fallen, ist die Haftung mithin ausgeschlossen. S hat demgemäß keinen Anspruch aus § 831 I BGB gegen A.

IV. Ergebnis zu den Ansprüchen gegen A

S kann folglich von A lediglich aus § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB Zahlung von 10.000 Euro verlangen.

B. Ansprüche des S gegen B

I. Anspruch aus § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB

Zu denken ist zunächst an einen Anspruch des S gegen B auf Zahlung von 10.000 Euro gemäß § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB, und zwar unter dem Aspekt einer Pflichtverletzung im vorvertraglichen Schutzpflichtverhältnis i.V.m. den Grundsätzen des „Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte“ im Hinblick auf die Schutzwirkungen des zwischen V und A intendierten Kaufvertrags. Dass der intendierte Vertrag allein mit A geschlossen werden sollte, steht der Entstehung von eigenen Schutzpflichten des B gemäß § 311 III BGB nicht prinzipiell entgegen; allerdings liegen die Voraussetzungen einer vertraglichen Dritthaftung nicht vor, da B kein eigenes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.³²

S hat demzufolge keinen Anspruch gegen B auf Zahlung von 10.000 Euro gemäß § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB.

II. Anspruch aus § 823 I BGB

Zu prüfen ist sodann ein Anspruch des S gegen B auf Zahlung von 10.000 Euro gemäß § 823 I BGB.

1. Verletzungshandlung

Fraglich ist, ob die Verletzung des Körpers des S durch ein pflichtwidriges Unterlassen des B verursacht worden ist. B hatte infolge Delegation seitens der A die an sich die A treffenden Verkehrssicherungspflichten zu erfüllen (siehe oben I.3.b.cc.).³³ Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass B diese Verkehrssicherungspflichten zugleich mit allen haftungsrechtlichen Konsequenzen als eigene übernommen hat. Gerade für Arbeitnehmer kann man die persönliche Pflichtenübernahme mit guten Gründen verneinen: Ob die Umstände, unter denen die übernommene Aufgabe zu erfüllen ist, die Beherrschung des zu vermeidenden Risikos leicht oder schwer machen, hängt von Faktoren ab, die dem Handelnden durch den Unternehmensträger vorgegeben sind, so vor allem die (Über-) Beanspruchung des Arbeitnehmers mit sonstigen Aufgaben sowie das Vorhandensein von technischen und menschlichen Hilfsmitteln und Kontrollmechanismen. Bestehen hier im Einzelfall Defizite, die ein verkehrsgerechtes Verhalten erschweren, kann dies dem

Handelnden nicht zur Last gelegt werden. Die Intensität der Verkehrspflichten in der Ausprägung, die sie durch die Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte gefunden hat, ist zudem nur für die Unternehmensträger gerechtfertigt, in deren wirtschaftlichen Interesse die gefahrbringende Tätigkeit vorgenommen wird, während die Belastung der Arbeitnehmer mit u.U. immens hohen Schadensersatzforderungen ihrer untergeordneten Stellung im Betrieb unangemessen ist.

Hiergegen spricht jedoch entscheidend die Präventionsfunktion des Haftungsrechts; sie erfordert es, dem Arbeitnehmer mit Außenwirkung eine Einstandspflicht für die Folgen seiner Fehler aufzuerlegen.³⁴ Die aufgezeigten Gegengründe sind zwar nicht von der Hand zu weisen; sie haben ihren Platz jedoch im Innenverhältnis, d.h. bei den Freistellungs- und Regressansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. Dass dem Arbeitnehmer damit das Risiko der Insolvenz des Arbeitgebers aufgebürdet wird, ist eher hinzunehmen als die Überwälzung des Insolvenzrisikos auf den Geschädigten. Selbst wenn man die angeführten Gegengründe für durchgreifend hielte, könnte der damit formulierte Einwand gegen das gesetzliche Haftungskonzept zudem nur *de lege ferenda* beachtlich sein.

B hat also eine mit „Außenwirkung“ auf ihn übergegangene Verkehrssicherungspflicht verletzt. Hätte er diese Pflicht erfüllt, wäre S nicht verletzt worden. B hat demzufolge durch ein pflichtwidriges Unterlassen die Verletzung des S verursacht.

2. Rechtswidrigkeit und Verschulden

Die Pflichtwidrigkeit des Unterlassens des B begründet zugleich die Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit (§ 276 I 1 BGB) seines Verhaltens.

3. Schaden

Dem S muss aus der Rechtsgutsverletzung ein Schaden entstanden sein; ersatzfähig ist auch unter diesem rechtlichen Aspekt das der Höhe nach angemessene Schmerzensgeld von 10.000 Euro.

32 Der Prüfungsansatz kombiniert also die Einbeziehung eines Dritten auf Gläubigerseite (mit dem Ziel, diesem Schadensersatzansprüche zu gewähren) mit der Einbeziehung eines Dritten auf Schuldnerseite (mit dem Ziel, diesem Pflichten aufzuerlegen und ihn bei deren Nichterfüllung zum Schadensersatz zu verpflichten). Es wäre m.E. aber vertretbar gewesen, diesen Prüfungsansatz in der klausurmäßigen Falllösung wegzulassen, da die Voraussetzungen des § 311 III BGB doch recht offensichtlich nicht vorliegen. Jedenfalls kann man mit dieser Begründung darauf verzichten, Schutzwirkungen des zwischen A und B geschlossenen Arbeitsvertrags zugunsten des S (mit der möglichen Folge eines Anspruchs aus einer Pflichtverletzung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) zu erwägen, da die fehlende Gläubigernähe des S nun wirklich evident ist.

33 BeckOGK-BGB-Spindler, § 823 Rn. 435 f.

34 Ebenso die h.M., vgl. BGHZ 108, 305, 307 ff.; BeckOGK-BGB-Spindler, § 823 Rn. 448 f.

4. Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung

Aus denselben Erwägungen, die bereits grundsätzlich gegen eine Außenhaftung von Arbeitnehmern geltend gemacht werden, ließe sich zugleich eine Anspruchskürzung unter dem rechtlichen Aspekt der – auf die Außenhaftung des Arbeitnehmers übertragenen – Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs (analog § 254 I BGB) vertreten. Indessen sprechen hiergegen die bereits angesprochenen Einwände, namentlich dass ein solcher Eingriff in das Haftungskonzept des BGB dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muss. Hinzu kommt, dass diese Haftungsbeschränkung ihren Rechtsgrund im Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hat; deshalb widerspräche ihre Anwendung im Verhältnis zu einem außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Dritten dem allgemeinen schuldrechtlichen Grundsatz, dass der Schuldner gegenüber dem Gläubiger keine Einwendungen aus einem Rechtsverhältnis zu einem Dritten herleiten kann.³⁵

5. Mitverschulden

Zu erörtern bleibt wiederum, ob dem S ein Mitverschulden des V nach §§ 254 II 2, 278 S. 1 BGB anspruchsmindernd zugerechnet werden kann. Dies ist schon im Ansatz fraglich, weil zwischen S und B – anders als zwischen S und A – zum Zeitpunkt der Schadensverursachung kein Schuldverhältnis oder eine äquivalenten Sonderbeziehung bestand: Zwar würde das Bestehen eines vorvertraglichen Schutzpflichtverhältnisses i.S.v. § 311 II BGB auch für den deliktischen Anspruch geeignet sein, die Zurechnung des Mitverschuldens gesetzlichen Vertreters oder eines Erfüllungsgehilfen gemäß §§ 254 II 2, 278 S. 1 BGB zu begründen.³⁶ B war jedoch weder intendierter Vertragspartner noch haftet er als Dritter i.S.v. § 311 III BGB für die Erfüllung der Schutzpflichten (siehe oben **B.I.**), und der Umstand, dass er zu A in einem Gesamtschuldverhältnis stehen würde, genügt richtiger Ansicht nach ebensowenig für die Zurechnung.³⁷

Es kommt daher hier auf die oben (**A.I.6.b.bb.**) offen gelassene Frage an, ob das Erfordernis einer rechtlichen Sonderbeziehung tatsächlich stets Geltung beansprucht.³⁸ Sie ist richtigerweise zu bejahen. Außerhalb von rechtlichen Sonderbeziehungen gibt es eine Haftung für rechtswidriges Verhalten Dritter unter den engen Voraussetzungen der §§ 31, 831 BGB; es würde einen nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch darstellen, beim Mitverschulden eine weitergehende Zurechnung des Verhaltens Dritter vorzunehmen als bei der Haftungs begründung. In verschiedenen Vorschriften außerhalb des BGB (z.B. § 6 I Hs. 2 ProdHG, § 9 StVG) statuiert das Gesetz zudem eine explizite Mitverschuldenszurechnung im außervertraglichen Bereich; diese Regelungen wären überflüssig, wenn das schon der allgemeinen Grundregel entspräche.

Ein anspruchsminderndes Mitverschulden des S liegt also nicht vor.³⁹

6. Gestörte Gesamtschuld

Im Hinblick auf den schuldhaften Verursachungsbeitrag des V kommt eine Anspruchskürzung deshalb wiederum nur unter dem rechtlichen Aspekt der „gestörten Gesamtschuld“ in Betracht. Entsprechend dem zu den Ansprüchen gegen A Ausgeführten (siehe oben **A.I.7.**) ist der Anspruch des S gegen B jedoch nicht um den hälftigen Verursachungsbeitrag des V zu kürzen.

S hat deshalb gegen B einen Anspruch auf Zahlung von 10.000 Euro gemäß § 823 I BGB.

35 Vgl. BeckOGK-BGB-*Maties*, § 611a Rn. 1710; BeckOGK-BGB-*Feuerborn*, § 619a Rn. 93. Folgt man der Gegenauffassung, so kommt es auch im Verhältnis zu einem außenstehenden Geschädigten auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich an; d.h. bei betrieblicher Veranlassung und unvorsätzlichem Handeln haftet der Arbeitnehmer nur nach Maßgabe einer Abwägung der Gesamtumstände von Schadensanlass und Schadensfolgen nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten, ggf. erfolgt Schadensteilung (vgl. hierzu BeckOGK-BGB-*Maties*, § 611a Rn. 1656 ff.; BeckOGK-BGB-*Feuerborn*, § 619a Rn. 44 ff.). Bei einer Lösung wie im Text steht man in der Examensklausur vor der nicht leicht zu beantwortenden Frage, ob man sicherheitshalber deswegen ein Hilfsgutachten machen soll (s. Nachbemerkung II. 5.) – ganz abwegig wäre das nicht, aber da der Sachverhalt gar nicht alle für eine sinnvolle Subsumtion unter die Kriterien des innerbetrieblichen Schadensausgleichs erforderlichen Angaben enthält, kann man m.E. nicht sagen, dass ein Hilfsgutachten hier zur vollständigen Verwertung der Sachverhaltsangaben notwendig ist.

36 Ebenso die h.M., vgl. BeckOGK-BGB-*Looschelders*, § 254 Rn. 277.

37 Vgl. BeckOGK-BGB-*Looschelders*, § 254 Rn. 282 gegen BGHZ 213, 1 Rn. 39 (das ist ein Detail, das man m.E. im Examen nicht kennen muss). Mein Lösungsvorschlag entscheidet sich hier einmal bewusst „gegen den BGH/die h.M.“ – das ist natürlich, Vertretbarkeit in Argumentation und Ergebnis vorausgesetzt, immer zulässig (und uneingeschränkt als „richtig“ zu bewerten), aber nicht immer tunlich, da man u.U. riskiert, einen von der amtlichen Lösungsskizze gründlich abweichenden Pfad einzuschlagen und die in der Aufgabe eingebauten Rechtsfragen teilweise auszulassen; sehenden Auges sollte man das daher nur machen, wenn in der Fallprüfung ohnehin nichts Wesentliches mehr folgt.

38 Auch diejenigen Autoren, die § 254 II 2 BGB als Rechtsfolgenverweisung verstehen und damit grundsätzlich das Erfordernis einer rechtlichen Sonderbeziehung verneinen, machen allerdings für die Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes häufig eine Ausnahme, vgl. BeckOGK-BGB-*Looschelders* § 254 Rn. 283 (zugleich dazu, dass die Einstandspflicht des Minderjährigen für das Aufsichtsverschulden seiner Eltern außerhalb von rechtlichen Sonderbeziehungen auch nicht über eine Analogie zu § 831 I BGB begründet werden kann). Statt die im Text behandelte streitige Rechtsfrage zu entscheiden, hätte man deshalb auch diesem Aspekt nachgehen können.

39 Wer hier anders entscheidet, kommt wiederum zu der Frage, ob § 1664 BGB auch im Rahmen des Mitverschuldens zu berücksichtigen ist; sie ist nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahen (siehe oben **A.I.6.b.ee.(2)**).

III. Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB

Eine konkurrierende Anspruchsgrundlage zugunsten des S auf Zahlung von 10.000 Euro durch B ergibt sich aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB, da B zugleich den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung durch Unterlassen rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat und es sich hierbei um eine drittschützende Rechtsnorm zugunsten der verletzten Person handelt.⁴⁰

IV. Ergebnis zu den Ansprüchen gegen B

S kann folglich von B sowohl aus § 823 I BGB als auch aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB Zahlung von 10.000 Euro verlangen.

C. Gesamtergebnis

S kann von A aus § 280 I i.V.m. §§ 311 II, 241 II BGB Zahlung von 10.000 Euro verlangen. S hat zudem gegen B einen Anspruch auf Zahlung von ebenfalls 10.000 Euro aus § 823 I BGB sowie aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB. A und B haften dem S gleichstufig auf Befriedigung desselben Leistungsinteresses und sind deshalb im Verhältnis zu S Gesamtschuldner (§ 421 BGB).⁴¹

D. Nachbemerktungen

I. Zur Aufgabe

1. Die Aufgabe geht auf eine von mir entworfene Examenklausur zurück, die im Frühjahr 2008 im rheinland-pfälzischen Staatsexamen gestellt worden ist (und vermutlich im Rahmen des „Ringtauschs“ auch in anderen Bundesländern, aber das erfährt man als Einreicher nicht). Im Trierer Examenklausurenkurs habe ich die Aufgabe im Mai 2019 erneut gestellt.

Die Aufgabe kombiniert die Fallkonstellationen aus mehreren bekannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. Am prominentesten ist zweifellos die „Gemüseblatt-Entscheidung“ BGHZ 66, 51 aus dem Jahr 1976, in der die Grundsätze zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte erstmals auf das heute in § 311 II BGB geregelte vorvertragliche Schuldverhältnis ausgedehnt wurden. Hinsichtlich der Ansprüche eines verletzten Kindes bei mitwirkendem elterlichen Aufsichtsverschulden liegt die im Jahr 1988 ergangene „Spielplatz-Entscheidung“ BGHZ 103, 338 zugrunde (bei der aber gerade kein vorvertragliches Schuldverhältnis vorlag). Die deliktische Außenhaftung von Arbeitnehmern, denen die Wahrnehmung von Verkehrssicherungspflichten übertragen worden ist, war Gegenstand der Entscheidung BGHZ 108, 305 aus dem Jahr 1989.

2. Ein spezifisches „Examensproblem“ der Ansprüche eines verletzten Kindes bei mitwirkendem elterlichen Aufsichtsverschulden besteht darin, dass die Bestim-

mung des § 1664 BGB hierfür an sich eine zentrale Rolle spielt, jedoch zum Familienrecht und damit zu denjenigen Rechtsmaterien gehört, die nach dem Prüfungsrecht aller Bundesländer nur teilweise und selbst insoweit lediglich „im Überblick“ beherrscht werden müssen (so in NRW nach § 11 II Nr. 1 e JAG u.a. die „Allgemeinen Vorschriften über die Verwandtschaft und die elterliche Sorge“); das bedeutet, dass „lediglich die gesetzlichen Grundstrukturen ohne vertieftes Wissen der Rechtsprechung und Literatur bekannt“ sein müssen (§ 11 IV JAG NRW). Dies beansprucht auch für traditionsreiche Standardprobleme Geltung, so dass es jedenfalls nicht negativ bewertet werden darf, wenn die Bestimmung des § 1664 BGB in der Examenklausur so angewendet wird, „wie sie im Gesetz steht“, ohne auf die hierzu in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Probleme einzugehen.

Hinsichtlich der deliktischen Außenhaftung von Arbeitnehmern, denen die Wahrnehmung von Verkehrssicherungspflichten übertragen worden ist, kann man im Hinblick darauf, dass die „Haftung im Arbeitsverhältnis“ ebenfalls nur „im Überblick“ Prüfungsgegenstand sein darf (§ 11 II Nr. 6 JAG NRW), mit einigem Recht die gleiche Frage aufwerfen. Hier ist sie aber gegenteilig zu beantworten: Es geht insoweit zunächst nicht um Arbeitsrecht, sondern um die Wahrnehmung übertragener Verkehrspflichten und damit um Deliktsrecht; erst dann, wenn man sich – entgegen der hier vertretenen Lösung – für die Übertragung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs auf die Außenhaftung des Arbeitnehmers entscheidet, wird tatsächlich die „Haftung im Arbeitsverhältnis“ geprüft. Dass diese Rechtsfrage gleichwohl kein Standardproblem bildet, fließt aber immerhin unter dem Aspekt des Schwierigkeitsgrads in die Bewertung ein.

3. Von § 1664 BGB abgesehen entstammen die in der Klausur zu erörternden Rechtsfragen überwiegend dem allgemeinen Schuldrecht sowie dem Deliktsrecht und damit den Kernbereichen des zivilrechtlichen Pflichtfachstoffs; sie betreffen zudem in der Regel Grundfragen bzw., wie hinsichtlich der „c.i.c. mit Schutzwirkung für Dritte“, des Mitverschuldens Dritter oder der „gestörten Gesamtschuld“, Standardprobleme des ersten juristischen Examens. Im Hinblick darauf, dass eine sachgemäße Falllösung insoweit teils vertiefte Kenntnisse und vor allem ein sehr sorgfältiges Arbeiten voraussetzte, und angesichts des Umfangs der Aufgabe sehe ich den Schwierigkeitsgrad der

40 Mehr würde ich dazu jedenfalls nicht schreiben, da für diesen Anspruch keine Besonderheiten gegenüber § 823 I BGB gelten. Selbst bei Nichterwähnung sollten hier keine nennenswerten Minuspunkte drohen.

41 Das Gesamtergebnis einschließlich der kurz anzusprechenden „Konkurrenzen“ wird in zivilrechtlichen Klausuren meist vergessen, gehört aber natürlich dazu. Auf das Innenverhältnis der Gesamtschuldner – für das es hier auf die spezifisch arbeitsrechtlichen Fragen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs ankommt – war nach der Aufgabenstellung aber nicht einzugehen.

Klausur gleichwohl im oberen Bereich des üblichen Spektrums; das muss dann bei der Bewertung berücksichtigt werden. Im Trierer Examensklausurenkurs ist die Arbeit allerdings auch mit dieser Maßgabe nicht gut ausgefallen; bei einer Misserfolgsquote von 32 % betrug die Durchschnittspunktzahl 5,4 P. (bei der Originalklausur im Jahr 2008 war es nach meiner Erinnerung aber etwas besser).

II. Zur Lösung

1. Wunschgemäß stelle ich hier keine „hausarbeitsmäßige“ Lösung mit umfassenden Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur vor, sondern eine Musterlösung, die an den realistischen Erwartungshorizont an eine Examensklausur angenähert ist. Die Begriffe „realistisch“ und „angenähert“ sind dabei allerdings notwendigerweise zu relativieren: Da es aus didaktischen Gründen nicht in Betracht kam, hier bewusst eine in wesentlichen Punkten unvollständige Lösung zu präsentieren, ist das Ergebnis immer noch „besser“ und vor allem vollständiger, als man in der Examensrealität selbst von einer hoch bewerteten Klausurbearbeitung erwarten würde. Dass es eine Vielzahl von Interpretations- und Subsumtionsfragen gibt, an denen man sich gut vertretbar anders entscheiden kann als hier vorgeschlagen, versteht sich von selbst; ich habe deshalb davon abgesehen, dies jeweils zu vermerken.

2. Ein kunstgerechtes Rechtsgutachten zeichnet sich nicht nur durch vollständige und in der Möglichkeitsform verfasste Obersätze und Prüfungsansätze aus, sondern vor allem durch eine mit Sorgfalt ausgeführte Subsumtion; die Feststellung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale muss hierfür in der Regel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht argumentativ abgesichert werden und darf sich nicht in einer – womöglich sogar weitgehend wörtlichen – Nacherzählung des Sachverhalts erschöpfen. Sich hierbei in der gesamten Klausur größtmögliche Mühe zu geben, ist in jedem Fall eine sinnvolle Investition. Dies gilt auch für die vor der Subsumtion meist erforderliche Erläuterung des betreffenden Tatbestandsmerkmals; dass diese in der Klausursituation meist nicht in der wörtlichen Wiedergabe der in Rechtsprechung und Literatur etablierten Definition bestehen kann (wie Sie sie in dieser Musterlösung finden), versteht sich von selbst und sollte einen als Examenskandidat/in nicht davon abhalten, es mit einer *ad hoc* zurechtgelegten Erläuterung zu versuchen.

3. Inwieweit es richtig bzw. ratsam ist, den Gutachtenstil durch stereotype Verwendung des Konjunktivs („könnte“/„müsste“/„wäre“) umzusetzen, ist bekanntlich streitig. Ich selbst plädiere dafür, dieses Stilmittel in der Examensklausur allenfalls zurückhaltend einzusetzen, weil es bei ständiger Wiederholung nicht nur den Leser ermüdet, sondern zugleich sehr „nach Anfangssemester klingt“ (was einem als

Examenskandidat/in ja nicht egal sein kann). Diese Musterlösung arbeitet deshalb bewusst mit den Formulierungsalternativen (von denen es aber natürlich noch viel mehr gibt – legen Sie sich für Ihre Examensklausuren welche zurecht!).

4. Ich bin kein Anhänger der Untergliederung der Falllösung in „Anspruch entstanden/Anspruch (nicht) untergegangen/Anspruch durchsetzbar“. ⁴² Sinnvoll ist ein solches Vorgehen aber jedenfalls nur dann, wenn Einwendungen und Einreden nach der Fallgestaltung überhaupt denkbar sind; daran fehlt es hier. Auf die in meiner Lösung der Übersichtlichkeit halber eingefügten Zwischenüberschriften sollten Sie im „Ernstfall“ ebenfalls verzichten (nicht aber auf Gliederungspunkte als solche [I., 1., a.] und Absätze!).

5. Sie finden im Bearbeitervermerk, wie es bei Prüfungsaufgaben im Examen die Regel ist, einen ausdrücklichen Hinweis auf die Notwendigkeit von „Hilfsgutachten“. Diese Musterlösung enthält aber keins, und das ist natürlich wieder typisch, weil der Aufgabensteller sich Fall und Lösung so ausdenkt, dass beides zueinander passt. Trotzdem kann man nicht nachdrücklich genug für das Hilfsgutachten „werben“ – in der Realität kann es viele Gründe geben, vom Lösungspfad abzuweichen (rechtsfehlerhafte ebenso wie gut vertretbare), und wer dann kein Hilfsgutachten macht, um den Sachverhalt vollumfänglich auszuwerten, lässt meist unnötig Punkte liegen. Besonders groß ist diese Gefahr, wenn die Probleme der Klausur wie an einer Perlenschnur hintereinander gereiht sind. In dieser Klausur ist das leider so (beim unter A. geprüften *c.i.c.*-Anspruch des S gegen A), und das ist schlecht – rückblickend wäre es besser gewesen, die Aufgabe so zu konstruieren, dass sich die wesentlichen Prüfungspunkte auf mehrere Anspruchsgrundlagen verteilen.

III. Noch ein paar Takeaways

Zum Schluss und nachdem der Fall gelöst ist, kann man das Ergebnis vielleicht noch einmal mit etwas Abstand betrachten. Folgende Aspekte erscheinen mir hervorhebenswert:

1. Was die Haftung des Unternehmensträgers angeht, ist zunächst hervorzuheben, dass dessen vertragliche bzw. vorvertragliche Schutzpflichten zugunsten des (künftigen) Vertragspartners und der in den Schutzbereich einbezogenen Dritten an sich nicht identisch sind mit den deliktischen, definitionsgemäß gegenüber jedermann bestehenden Verkehrspflichten, die aus der Gefahrbeherrschung hinsichtlich der räumlich-gegenständlichen Unternehmenssphäre ergeben; insbesondere hinsichtlich des Schutzes von Leib und Leben ist das aber mehr eine Frage der jeweils einschlägigen Terminologie und macht im praktischen Ergebnis keinen

⁴² Zu den Gründen vgl. *Ferovers*, ZJS 2015, 454 ff.

Unterschied. Wichtig ist aber vor allem das übereinstimmende Ergebnis im Falle des Einsatzes von Gehilfen zur Erfüllung dieser Pflichten: Der Unternehmensträger kann die Erfüllung der Schutzpflicht bzw. Verkehrspflicht auf Gehilfen delegieren. Ihm verbleiben aber auch in diesem Fall die spezifisch gehilfenbezogenen Sorgfaltspflichten (Organisationspflichten) hinsichtlich der Auswahl, Instruktion, Ausrüstung und Kontrolle des Gehilfen; deren Verletzung begründet nach allen rechtlichen Ansätzen – § 280 I BGB (ggf. i.V.m. § 311 II BGB), § 823 I BGB und § 831 I BGB – übereinstimmend eine Haftung des Unternehmensträgers schon aufgrund eigenen Verschuldens. Potentiell ergebnisrelevante Unterschiede zwischen diesen rechtlichen Ansätzen ergeben sich deshalb nur bei der Beweislast (die nach §§ 280 I 2, 831 I 2 BGB den Geschäftsherrn trifft, bei § 823 I BGB dagegen den Verletzten) sowie dann, wenn der Unternehmensträger diese eigenen Sorgfaltspflichten erfüllt hat, da es in diesem Fall auf eine Zurechnung des Gehilfenverschuldens ankommt und diese nur im Rahmen einer bestehenden rechtlichen Sonderverbindung stattfindet.

2. Vordergründig hängt die Zurechnung des Mitverschuldens von gesetzlichen Vertretern (und Erfüllungsgehilfen) davon ab, ob man § 254 II 2 BGB als Rechtsgrund- oder als Rechtsfolgenverweisung deutet. Aber auch im ersteren Fall ist der Geschädigte doch nicht rechtlos gestellt, sondern erwirbt regelmäßig Schadensersatzansprüche gegen den gesetzlichen Vertreter (bzw. Erfüllungsgehilfen). Im Regelfall führt also die bedingungslose Zurechnung des Mitverschuldens von gesetzlichen Vertretern (und Erfüllungsgehilfen) nur dazu, dass der Geschädigte sich von diesem holen muss und kann, was er von dem dritten Schädiger nicht mehr bekommt, und ein dauerhafter Rechtsnachteil erwächst dem Geschädigten nur, wenn der gesetzliche Vertreter (bzw. Erfüllungsgehilfe) in-

solvent ist. Umgekehrt führt die Interpretation als Rechtsgrundverweisung in den Fällen, in denen dies die Nichtzurechnung des Mitverschuldens von gesetzlichen Vertretern (und Erfüllungsgehilfen) zur Folge hat, zwar zunächst zu einer vollen Ersatzpflicht des dritten Schädigers; diese ist aber doch nur vorläufig, da er den Verursachungsanteil des gesetzlichen Vertreters (bzw. Erfüllungsgehilfen) im Wege des Gesamtschuldnerregresses bei diesem liquidieren kann, solange er nicht insolvent ist. Es geht also in der Regel nur um die richtige Zuweisung des Insolvenzrisikos.

3. Ist es eigentlich überhaupt verfassungsrechtlich legitim und rechtspolitisch überzeugend, dass ein Kind sich zu seinem Nachteil das Verschulden oder Mitverschulden seiner Eltern zurechnen lassen muss, wie § 278 S. 1 BGB (ggf. i.V.m. § 254 II 2 BGB) es vorsieht? Schon in den 1980er Jahren hat das Bundesverfassungsgericht⁴³ einmal deutlich gemacht, dass der Regelungsspielraum des Gesetzgebers seine Grenzen am Persönlichkeitsrecht des Kindes findet, das es ausschließe, unbegrenzt für Fehler der Sorgeberechtigten eintreten zu müssen; hierauf beruht die später eingefügte Haftungsbegrenzung durch § 1629a BGB. Es spricht m.E. viel dafür, aus dem gleichen Gedanken der Zurechnung elterlichen Verschuldens bzw. Mitverschuldens Grenzen zu setzen.⁴⁴ Das kann man – wie in dieser Klausurlösung geschehen – teilweise bereits *de lege lata* berücksichtigen, etwa dergestalt, dass zumindest außerhalb rechtlicher Sonderverbindungen eine Zurechnung elterlichen (Mit-)Verschuldens nicht stattfindet, oder durch Befürwortung der Lösung des BGH, wonach im Fall einer durch § 1664 BGB „gestörten“ Gesamtschuld keine Anspruchsminderung zu Lasten des Kindes stattfinden darf.

43 BVerfGE 72, 155, 172 f.

44 Vgl. Eckardt, ZJS 2008, 444, 453 f.