

Professor Dr. Thomas Riehm  
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches  
Privatrecht, Zivilverfahrensrecht  
und Rechtstheorie



**Vorlesung**  
**Gesetzliche Schuldverhältnisse**  
**Sommersemester 2019**

**Deliktsrecht**  
**(§§ 823 ff. BGB)**

I.	Grundlagen .....	4
1.	Ausgangspunkt: <i>Casum sentit dominus</i> .....	4
2.	„Drei kleine Generalklauseln“ statt einer „großen“ .....	4
3.	Der dreistufige Deliktsaufbau .....	6
a)	Tatbestandsmäßigkeit .....	6
b)	Rechtswidrigkeit .....	7
c)	Verschulden .....	7
4.	Anwendbarkeit des allgemeinen Deliktsrechts .....	7
II.	Verletzung von absoluten Rechten und Rechtsgütern (§ 823 I BGB) .....	8
1.	Rechtsgutsverletzung .....	8
a)	Leben, Körper und Gesundheit .....	9
aa)	Definitionen .....	9
bb)	Schockschäden .....	9
cc)	Ärztliche Behandlung/Kunstfehler .....	10
dd)	Ungewollte Schwangerschaft/Fehlgeschlagene Abtreibung .....	10
ee)	Vorgeburtliche Schädigungen .....	11
b)	Freiheit .....	11
c)	Eigentumsverletzung .....	12
d)	Sonstige Rechte .....	13
aa)	Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb .....	14
(1)	Anwendbarkeit .....	15
(2)	Schutzgegenstand .....	15
(3)	Betriebsbezogener Eingriff .....	15
(4)	Widerrechtlichkeit .....	15
(5)	Fallgruppen .....	16
bb)	Allgemeines Persönlichkeitsrecht .....	16
(1)	Anwendbarkeit .....	17
(2)	Schutzbereiche und Fallgruppen .....	18
(3)	Widerrechtlichkeit .....	20
(4)	Rechtsfolgen .....	21
cc)	Besitz? .....	22
dd)	Obligatorische Forderungen? .....	23
2.	Handlung .....	23
a)	Aktives Tun und Unterlassen .....	23
b)	Verletzung von Verkehrspflichten .....	24
aa)	Begründung von Verkehrspflichten .....	24
(1)	Eröffnung oder Duldung eines Verkehrs (Bereichshaftung) .....	24
(2)	Übernahme einer Aufgabe (Übernahmehaftung) .....	25
(3)	Vorangegangenes gefährdendes Tun (Ingerenz) .....	25
bb)	Inhalt und Umfang von Verkehrspflichten .....	25
cc)	Übertragung der Erfüllung auf Dritte .....	26
dd)	Fallgruppen .....	27
3.	Haftungsbegründende Kausalität .....	27
a)	Äquivalenzformel .....	28
b)	Adäquanzformel .....	29
c)	Schutzzweck der Norm .....	29
d)	Einzelfragen .....	30
aa)	Besondere Schadensanlagen .....	30
bb)	Psychisch vermittelte Kausalität .....	31
cc)	Dazwischentreten Dritter/Unterbrechung des Kausalzusammenhanges .....	31
dd)	Herausforderungsfälle/Rettungsfälle .....	32
ee)	Rechtmäßiges Alternativverhalten .....	34
ff)	Freiwillige Selbstgefährdung/Handeln auf eigene Gefahr .....	35
4.	Rechtswidrigkeit .....	35
a)	Notwehr (§§ 227 BGB, 32 StGB) .....	36
aa)	Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff .....	36
bb)	Erforderlichkeit der Notwehrhandlung .....	37
cc)	Verhältnismäßigkeit der Notwehrhandlung? .....	37
dd)	Irrtümer bei der Notwehr .....	37

b)	Notstand (§§ 228, 904 BGB, 34 StGB).....	38
aa)	Defensivnotstand (§§ 228 BGB, 34 StGB).....	38
(1)	Von einer Sache ausgehende Gefahr .....	38
(2)	Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.....	38
bb)	Aggressivnotstand (§ 904 BGB) .....	39
(1)	Voraussetzungen der Rechtfertigung.....	39
(2)	Aufopferungsanspruch (§ 904 S. 2 BGB) .....	39
c)	Selbsthilfe (§§ 229, 859 BGB) .....	40
d)	Einwilligung.....	40
aa)	Einwilligungsfähigkeit .....	40
bb)	Hinreichende Aufklärung.....	41
cc)	Schutzzweckzusammenhang.....	41
e)	Mutmaßliche Einwilligung/berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag.....	41
5.	Verschulden .....	42
a)	Verschuldensfähigkeit (§§ 827, 828 BGB) .....	42
aa)	Vorübergehender Ausschluss (§ 827 BGB).....	42
bb)	Verschuldensfähigkeit Minderjähriger (§ 828 BGB) .....	42
b)	Vorsatz oder Fahrlässigkeit.....	43
aa)	Vorsatz.....	43
bb)	Fahrlässigkeit.....	43
c)	Billigkeitshaftung (§ 829 BGB) .....	44
aa)	Rechtswidrige Schadenszufügung durch den Verschuldensunfähigen .....	44
bb)	Natürliches Verschulden?.....	45
cc)	Billigkeit .....	45
dd)	Subsidiarität.....	46
ee)	Rechtsfolge .....	46
III.	Weitere Tatbestände der Verschuldenshaftung.....	46
1.	Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 II BGB) .....	46
a)	Schutzgesetz .....	46
b)	Verletzung des Schutzgesetzes.....	48
c)	Rechtswidrigkeit .....	48
d)	Verschulden.....	48
2.	Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) .....	48
a)	Zufügung eines Schadens .....	48
b)	Sittenwidrigkeit .....	49
c)	Vorsatz des Schädigers .....	50
d)	Rechtsfolge .....	50
e)	Fallgruppen.....	50
IV.	Haftung für vermutetes Verschulden .....	51
1.	Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) .....	52
a)	Verrichtungsgehilfe .....	52
b)	Rechtswidrige Schadenszufügung durch den Verrichtungsgehilfen.....	53
c)	In Ausführung der Verrichtung .....	53
d)	Entlastungsbeweis (§ 831 I 2 BGB) .....	54
aa)	Widerlegung der Verschuldensvermutung .....	54
bb)	Widerlegung der Kausalitätsvermutung.....	55
V.	Gefährdungshaftung.....	55
1.	Grundlagen .....	55
2.	Haftung des Tierhalters (§ 833 BGB) .....	56
a)	Rechtsgutsverletzung .....	56
b)	Tier.....	57
c)	Kausalität .....	57
d)	Tierhaltereigenschaft des Anspruchsgegners.....	57
e)	Entlastungsbeweis (§ 833 S. 2 BGB) .....	57
aa)	Anwendungsbereich des Entlastungsbeweises.....	57
bb)	Inhalt des Entlastungsbeweises.....	58
VI.	Mehrheiten von Tätern (§ 830 BGB).....	58
1.	Nebentäterschaft (§ 840 BGB).....	58
2.	Mittäterschaft und Teilnahme (§ 830 I 1, II BGB) .....	59
3.	Alternativtäterschaft (§ 830 I 2 BGB).....	60

a) Unerlaubte Handlung des Anspruchsgegners (ohne Kausalität) .....	60
b) Handlungen mehrerer Beteiligten.....	61
c) Unauflösbarkeit der Kausalität.....	61
d) Feststehender Ersatzanspruch des Geschädigten .....	62
4. Haftung mehrerer Schädiger (§ 840 BGB) .....	62

## I. Grundlagen

1 Das Deliktsrecht betrifft – entsprechend der Terminologie des BGB – die Haftung für **unerlaubte Handlungen**. Das zentrale Charakteristikum des Deliktsrechts liegt darin, dass die betreffenden Haftungstatbestände keinen Vertrag und **keine vorvertragliche oder sonstige Sonderverbindung (vgl. §§ 241, 311 BGB)** zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten voraussetzen, sondern in allen Kontakten des Sozialverkehrs anwendbar sind. Die deliktsrechtlich sanktionierten Pflichten entstehen nicht durch die freiwillige Eingehung rechtlicher Bindung sondern sie bestehen zwischen allen Privatrechtssubjekten. Das Deliktsrecht begründet eine Haftung für Handlungen, die *jedermann* verboten (und in diesem Sinne unerlaubt) sind (**Jedermannhaftung**).

### 1. Ausgangspunkt: *Casum sentit dominus*

2 Außerhalb vertraglicher oder ähnlicher Sonderbeziehungen gilt zunächst der Grundsatz „casum sentit dominus“, d.h. der Zufall – also der Eintritt von Umständen, die keinem anderen im rechtlichen Sinne zurechenbar sind – geht ausschließlich zu Lasten des Rechtsgutträgers.<sup>1</sup> Das **allgemeine Lebensrisiko** fällt dem Rechtsgutträger zur Last. Jede **Überwälzung eines Schadens** auf einen Anderen bedarf daher eines **besonderen Grundes**, der den Schadensfall von der Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos unterscheidet. Dabei sind zwei grundlegend verschiedene Haftungsgründe zu unterscheiden: Einerseits die Haftung für unerlaubte Handlungen, d.h. für *rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten* (§§ 823 ff. BGB),<sup>2</sup> und andererseits die *Gefährdungshaftung*, d.h. die Haftung für spezifische Risiken, die mit bestimmten (als solchen generell erlaubten) Handlungen verbunden sind und typischerweise demjenigen zur Last fallen sollen, der einerseits die Gefahrenquelle kontrolliert und andererseits die mit dem Risiko korrespondierenden Vorteile genießt (z.B. §§ 833 S. 1 BGB, 7 StVG, 1 ProdHaftG, 1 HaftPflG).<sup>3</sup>

### 2. „Drei kleine Generalklauseln“ statt einer „großen“

3 Die Verfasser des BGB haben bewusst keine „große deliktsrechtliche Generalklausel“ im Sinne einer allgemeinen Haftung für jede rechtswidrige und schuldhafte Handlung<sup>4</sup> geschaffen. Allerdings ist das Deliktsrecht des BGB auch nicht als strenges System enumerativer Einzeltatbestände<sup>5</sup> konzipiert. Vielmehr liegt dem BGB ein kombiniertes Konzept aus (verhältnismäßig) präzisen Einzeltatbeständen und **drei „kleinen Generalklauseln“** zu Grunde, das auf dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes – präziser: des Schutzes einzelner Rechtsgüter – beruht und einen allgemeinen Vermögensschutz nur in engen Grenzen vorsieht.<sup>6</sup> Grundtatbestand – und zugleich eine der „drei kleinen Generalklauseln“ – ist § 823 I BGB, der eine Haftung für die (schuldhafte und rechtswidrige) Verletzung der dort genannten Rechtsgüter: Leben, Körper,

<sup>1</sup> Vgl. auch *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 75 I 2 (S. 351 ff.).

<sup>2</sup> S. dazu eingehend *Mohr*, Jura 2013, 567 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu eingehend unten Rn. 196 ff.

<sup>4</sup> Eine solche kennt etwa das französische Recht (Art. 1240 f. Code civil). Vgl. zu den Konsequenzen einer „großen Generalklausel“ etwa *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 13; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 7.

<sup>5</sup> So etwa der Ausgangspunkt des britischen *common law*.

<sup>6</sup> Vgl. eingehend *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 75 I 3 (S. 354 ff.).

Gesundheit, (Fortbewegungs-)Freiheit, Gesundheit und Eigentum statuiert. Eine „generalklauselartige Tendenz“ ist hier im Merkmal der „fahrlässigen widerrechtlichen Verletzung“ angedeutet, das letztlich über den Begriff der Fahrlässigkeit auf das allgemeine Konzept der Verkehrspflichten verweist. Die weiteren „kleinen Generalklauseln“ finden sich in § 823 II BGB in Gestalt der allgemeinen Verweisung auf Schutzgesetze und schließlich in § 826 BGB in dem Verweis auf die guten Sitten. Hinzu kommen schließlich weitere deliktische Einzeltatbestände in den §§ 824, 825, 831-839 BGB, die aber im Wesentlichen nur Modifikationen (insbesondere hinsichtlich der Beweislast) und Präzisierungen des § 823 I BGB darstellen.<sup>7</sup>

Der wesentliche Unterschied dieses Konzepts gegenüber einer großen deliktischen Generalklausel besteht in der **Beschränkung der geschützten Güter**, die sich implizit aus § 823 I BGB ergibt.<sup>8</sup> Denn der Begriff des **Eigentums** in § 823 I BGB umfasst gem. § 903 BGB nur das Eigentum an Sachen (§ 90 BGB), also an körperlichen Gegenständen. Sonstige Rechte i.S.v. § 823 I BGB sind nur absolute Rechte, keine rein relativen Rechte wie z.B. Forderungen<sup>9</sup>. Zudem ist der Begriff der Freiheit in § 823 I BGB auf die Fortbewegungsfreiheit beschränkt und umfasst gerade nicht die allgemeine Handlungsfreiheit.<sup>10</sup> Damit nimmt das BGB die sog. **primären Vermögensschäden**, die also **nicht als Folgeschaden einer Rechtsgutsverletzung** i.S.v. § 823 I BGB eintreten, ebenso wie Beeinträchtigungen der **allgemeinen Handlungsfreiheit** grundsätzlich von der deliktischen Haftung für fahrlässige Verletzungen aus. Primäre Vermögensschäden sind nur nach § 823 II BGB (Verletzung eines Schutzgesetzes) oder nach § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung), d.h. unter zusätzlichen, strengen Voraussetzungen ersatzfähig.

Diese **rechtspolitische Entscheidung**, die rechtsvergleichend durchaus nicht selbstverständlich ist,<sup>11</sup> geht letztlich auf den **Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit und des Wettbewerbs** zurück. Denn ein deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens und der allgemeinen Handlungsfreiheit gegen jegliche fahrlässige Verletzung führt letztlich zu einer Beschränkung des Wettbewerbs und der allgemeinen Handlungsfreiheit der Anderen, weil einerseits jede wettbewerbliche Handlung geradezu vorsätzlich darauf abzielt, einem Konkurrenten einen Vermögensnachteil – und sich selbst den korrespondierenden Vorteil – zuzufügen, und andererseits die Ausübung der eigenen Handlungsfreiheit nahezu zwangsläufig mit der Handlungsfreiheit anderer kollidiert. Daher bestehen auch in den Rechtsordnungen, die eine Haftung für primäre Vermögensschäden grundsätzlich anerkennen, stets Mechanismen, die insoweit besondere Einschränkungen enthalten. Diese sind jedoch meist wesentlich vager und schwerer fassbar als die rigorose Lösung des BGB.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 79 vor I (S. 463).

<sup>8</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 75 I 3 b) (S. 356 f.).

<sup>9</sup> Vgl. näher unten Rn. 66.

<sup>10</sup> Vgl. näher unten Rn. 24.

<sup>11</sup> So geht etwa Frankreich aufgrund seiner „großen Generalklausel“ mit Selbstverständlichkeit von einer grundsätzlichen Ersatzfähigkeit primärer Vermögensschäden aus, die nur ausnahmsweise anhand des Kriteriums eingeschränkt wird, dass der Schaden „eine unmittelbare und direkte Folge des Schädigerverhaltens“ darstellen muss, vgl. näher *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 40 V (S. 631 f.). M.a.W. besteht also keine Haftung für lediglich mittelbar verursachte primäre Vermögensschäden, die in der Tat rechtspolitisch das gravierendste Problem darstellen.

<sup>12</sup> Vgl. etwa Art. 2:102 Abs. 4 der Grundsätze eines Europäischen Deliktsrechts (Principles of European Tort Law): „Der Schutz reiner Vermögensinteressen oder schuldrechtlicher Beziehungen kann geringer sein. Zu beachten sind insbesondere die Nahebeziehung zwischen Handelndem und Gefährdetem und das Bewusstsein des Handelnden, Schaden zuzufügen, obwohl seine Interessen jedenfalls geringer zu bewerten sind als jene des Geschädigten.“

### 3. Der dreistufige Deliktsaufbau

- 6 Das Vorliegen einer unerlaubten Handlung wird üblicherweise in drei Stufen geprüft: **Tatbestandsmäßigkeit**, **Rechtswidrigkeit** und **Verschulden**. Der **Tatbestand** hat dabei die Funktion, grundsätzlich – d.h.: ungeachtet der besonderen Umstände des konkreten Falles – **verbotene Verhaltensweisen zu identifizieren**. Der vielzitierte Satz „Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit“ bedeutet mithin nichts anderes, als dass der Tatbestand der Haftungsnormen Verhaltensweisen umschreibt, die als solche grundsätzlich verboten (also rechtswidrig) sind. Im Rahmen der **Rechtswidrigkeit** bleibt dann zu erörtern, ob das betreffende Verhalten **ausnahmsweise** durch einen **Rechtfertigungsgrund** (z.B. Notwehr, Notstand oder Selbsthilfe) gedeckt ist. Am Ende der Rechtswidrigkeitsprüfung steht fest, dass das Verhalten im konkreten Fall tatsächlich rechtswidrig (verboten) war; es stellt sich dann noch die Frage, ob es dem Handelnden in einer Weise persönlich vorwerfbar ist, dass es seine Haftung begründen kann. Diese persönliche Vorwerfbarkeit wird als Schuld oder Verschulden bezeichnet und in Vorsatz und Fahrlässigkeit unterteilt.

#### a) Tatbestandsmäßigkeit

- 7 Die Tatbestandsmäßigkeit beschreibt den Grund der Haftung. Dieser ist je nach anzuwendender Haftungsnorm unterschiedlich: Bei § 823 I BGB ist etwa eine Handlung erforderlich, die für eine Rechtsguts- oder Rechtsverletzung im Sinne dieser Vorschrift kausal ist; bei § 823 II BGB besteht die Tatbestandsmäßigkeit im Verstoß gegen das Schutzgesetz, bei § 826 BGB in der sittenwidrigen Zufügung eines Schadens und bei den §§ 831, 832 BGB in der Verletzung einer Auswahl- oder Überwachungspflicht durch den Geschäftsherrn bzw. die Eltern (die vermutet wird, wenn die beaufsichtigte Person ihrerseits eine unerlaubte Handlung begangen hat). Durch den Tatbestand wird jeweils ein **grundsätzlich verbotenes Verhalten** beschrieben, welches nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann.
- 8 Für die Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 823 I BGB bedarf dies allerdings einer Präzisierung: Bei **unmittelbaren Rechtsgutsverletzungen**, d.h. solchen, bei denen die Rechtsgutsverletzung im unmittelbaren Wirkungsfeld des Verletzten liegt und zwischen der kausalen Handlung des Schädigers und der Rechtsgutsverletzung kein weiterer Kausalbeitrag erforderlich war, ist die Rechtswidrigkeit ohne weiteres durch die Verletzung des Rechtsguts selbst indiziert (sog. Lehre vom **Erfolgsunrecht**).<sup>13</sup> Die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsgutsverletzung ist somit stets tatbestandsmäßig i.S.d. § 823 I BGB.<sup>14</sup>
- 9 Bei **mittelbaren Rechtsgutsverletzungen**, bei denen der Schädiger lediglich eine *Gefahr* geschaffen hat, die sich erst in Folge eines weiteren Kausalbeitrags – des Opfers oder eines Dritten – realisiert hat, sowie bei Rechtsgutsverletzungen durch **Unterlassen** genügt diese Betrachtung indessen nicht. Denn nicht jedes Verhalten, das entfernt kausal für eine Rechtsgutsverletzung ist, ist zugleich als solches verboten. So ist etwa der Verkauf eines Autos selbstverständlich erlaubt, auch wenn das Auto ein Gefahrenpotential begründet, das letztlich zu einer Rechtsgutsverletzung bei einem Dritten führen kann. Hier muss zu dem kausalen Verhalten ein weiterer Umstand hinzutreten, um der Indikationsfunktion des Tatbestandes Rechnung zu tragen. Diese Filterfunktion erfüllt die sog. **Verkehrspflichtverletzung**.<sup>15</sup> Nur wenn die mittelbare ver-

<sup>13</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 75 II 3 b (S. 365 ff.).

<sup>14</sup> Vgl. zu Sonderfragen bei den sog. „Rahmenrechten“, d.h. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb näher unten Rn. 39, 56.

<sup>15</sup> Vgl. unten Rn. 117 ff.

letzende Handlung eine Verkehrspflicht verletzt, ist das Verhalten tatsächlich *als solches* verboten und kann sinnvoller Weise dafür herangezogen werden, die Rechtswidrigkeit der betreffenden Handlung zu indizieren (sog. Lehre vom **Verhaltensunrecht**). So verstößt etwa der Hersteller eines Pkw gegen eine Verkehrspflicht, wenn er hergestellte Autos überhaupt keiner elementaren Funktionsprüfung unterzieht, so dass das *ungeprüfte* Inverkehrbringen eines Autos – anders als der Verkauf als solcher – eine grundsätzlich rechtswidrige Handlung darstellt, die den Tatbestand des § 823 I BGB erfüllen kann.<sup>16</sup> Tatbestandsmäßig ist in diesen Fällen mittelbarer Verletzung somit die Schaffung eines **unerlaubten Risikos** für das Rechtsgut, welches sich später realisiert.

### b) Rechtswidrigkeit

Nach dem eben dargelegten Indikationsmodell indiziert die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens seine Rechtswidrigkeit. Zu prüfen bleibt daher an dieser Stelle lediglich, ob ein **Rechtfertigungsgrund** für dieses Verhalten bestand, z.B. Notwehr, Notstand oder Einwilligung.<sup>17</sup>

10

### c) Verschulden

Die deliktische Haftung setzt Verschulden des Schädigers voraus. Dieses ist regelmäßig **vom Geschädigten zu beweisen**; das betrifft die praktisch wichtigen Anspruchsgrundlagen der §§ 823 I, II, 824 und 826 BGB. Lediglich bei den §§ 830-832 BGB wird das Verschulden des Schädigers vermutet. § 833 BGB (Tierhalterhaftung) schließlich verzichtet für private Tierhalter ganz auf ein Verschuldenserfordernis, begründet also eine Gefährdungshaftung.

11

Zum Verschulden zählt zum einen die **Verschuldensfähigkeit** (§§ 827 f. BGB), zum anderen **Vorsatz** und **Fahrlässigkeit**.<sup>18</sup>

## 4. Anwendbarkeit des allgemeinen Deliktsrechts

Aufgrund ihrer Funktion, einen Mindestschutz im „Jedermannsverkehr“ zu gewährleisten, sind die Regelungen der §§ 823 ff. BGB grundsätzlich in allen Rechtsverhältnissen anzuwenden, also auch dann, wenn (zusätzlich) besondere Haftungsregeln vorgesehen sind. Insbesondere ist der Deliktsschutz neben folgenden Rechtsinstituten anwendbar:

12

- Ansprüche nach dem **StVG** (§§ 7, 18 StVG), vgl. § 16 StVG
- Ansprüche aus **Produkthaftung** nach § 1 ProdHaftG, vgl. § 15 II ProdHaftG
- Ansprüche aus **Gewährleistung** (z.B. §§ 434 Nr. 3, 634 Nr. 4 BGB) wie überhaupt **vertragliche Schadensersatzansprüche** aus Pflichtverletzung, denn allein das Bestehen eines vertraglichen Verhältnisses soll den Parteien den deliktischen Schutz nicht nehmen.<sup>19</sup> Allerdings ist die Konkurrenz zwischen der gewährleistungsrechtlichen und der deliktischen Schadensersatzhaftung für Mangelfolgeschäden umstritten (Stichwort: Weiterfresserschäden<sup>20</sup>).

**Gesetzliche Haftungsprivilegien**, die für den vertraglichen Anspruch bestehen (z.B. §§ 521, 599, 690, 708, 1359, 1664 BGB), erfassen ihrem Sinn nach regelmäßig auch den deliktischen Anspruch. Denn andernfalls würden sie ihren Zweck, die Freistellung des Schädigers, verfehlen. Das gleiche gilt im Zweifel auch bei **vertraglichen Beschränkungen** der Haftung

<sup>16</sup> Vgl. zu den Verkehrspflichten und ihrem Standort im Deliktsaufbau noch eingehend unten Rn. 70 ff.

<sup>17</sup> Vgl. unten Rn. 119 ff.

<sup>18</sup> Vgl. dazu im Einzelnen unten Rn. 140 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Palandt/*Sprau*, 76. Auflage 2017, Vor § 823 Rn. 9; *BGH NJW-RR* 1996, 1121.

<sup>20</sup> Vgl. dazu *Grigoleit/Riehm*, Examinatorium Schuldrecht IV – Delikts- und Schadensrecht, 2. Aufl. 2017, Fall 9, „Das Montagsauto“.

(Auslegungsfrage). Sofern für konkurrierende Ansprüche eine **verkürzte Verjährungsfrist** vorgesehen ist, kommt dem Deliktsanspruch grundsätzlich ein eigenständiger Geltungsanspruch unter Anwendung der allgemeinen Verjährungsfrist zu; etwas anderes gilt nur, wenn das Eingreifen des Deliktsanspruchs die besondere Verjährungsanordnung vollständig entwerten würde (vgl. z.B. § 548 I BGB)<sup>21</sup>.

- Das allgemeine Deliktsrecht ist **weitgehend verdrängt** im Rahmen eines **Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses**. Die §§ 989 ff. BGB enthalten eine Sonderregelung, die den gutgläubigen unverklagten Besitzer privilegieren, so dass insoweit das allgemeine Deliktsrecht nicht anwendbar ist, § 993 I Hs. 2 BGB.<sup>22</sup> Lediglich soweit die §§ 989 ff. BGB ausdrücklich den Rückgriff auf das allgemeine Deliktsrecht gestatten, ist dieses anwendbar. Dies betrifft zunächst den deliktischen Besitzer i.S.v. § 992 BGB, der seinen Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat erlangt hat. Hinzu kommen nach h.M. die Fälle des sog. Fremdbesitzerexzesses, d.h. der Beschädigung einer Sache durch ihren *unberechtigten* Fremdbesitzer (z.B. ein vermeintlicher Mieter bei nichtigem Mietvertrag).<sup>23</sup>

## II. Verletzung von absoluten Rechten und Rechtsgütern (§ 823 I BGB)

- 13** § 823 I BGB ist der wichtigste Grundtatbestand des Deliktsrechts. Diese Norm gewährt bei rechtswidriger und schuldhafter Verletzung der darin aufgezählten Rechtsgüter sowie „sonstiger Rechte“ Schadensersatz.

Prüfungsschema:

1. Verletzung eines geschützten Rechtsgutes oder Rechts
2. Handlung des Anspruchsgegners
3. Haftungsbegründende Kausalität
4. Rechtswidrigkeit
5. Verschulden
6. Rechtsfolge: Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB, modifiziert durch die §§ 842 ff. BGB

### 1. Rechtsgutsverletzung

- 14** Erste Voraussetzung eines Anspruchs aus § 823 I BGB ist die Verletzung eines geschützten absoluten Rechts oder Rechtsguts.

Geschützt sind folgende Rechtspositionen:

- Leben, Körper und Gesundheit
- Freiheit
- Eigentum
- Sonstige Rechte, z.B.: Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Recht zum Besitz.

<sup>21</sup> Vgl. *BGH NJW* 2006, 2399 f., wonach die kurze Verjährungsfrist des § 548 BGB auf Deliktsansprüche auch zugunsten solcher Schädiger anzuwenden ist, die auf Seiten des Mieters in den Schutzbereich des Mietvertrags einbezogen sind (Familienmitglieder) und auch eingreift, soweit Beschädigungen eines nicht gemieteten Gebäudeteils oder die gänzliche Zerstörung der Mietsache eingetreten sind.

<sup>22</sup> Vgl. dazu *Neuner Sachenrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 107.

<sup>23</sup> Vgl. nur *BGHZ* 24, 188, 196; *BGHZ* 31, 129, 132; *Ebenroth/Zeppernick JuS* 1999, 209, 215.



Nicht geschützt ist damit, wie bereits erwähnt, das Vermögen *als solches*, d.h. unabhängig von seiner Verkörperung im Eigentum an einer Sache oder in einem sonstigen Recht. Diese Grundwertung des deutschen Deliktsrechts ist bei seiner Auslegung stets zu berücksichtigen, insbesondere bei der Bestimmung der Reichweite des Schutzes von „sonstigen Rechten“.

## a) Leben, Körper und Gesundheit

### aa) Definitionen

Eine Verletzung des **Lebens** liegt bei der **Tötung** eines Menschen vor. In diesem Fall richten sich die Ersatzansprüche anderer Personen nach den §§ 844 ff. BGB **15**

**Körperverletzung** ist jede Beeinträchtigung der äußeren körperlichen Integrität. Hierbei kommt es auf einen Krankheitswert ebenso wenig an wie auf einen Eingriff in die körperliche Substanz.<sup>24</sup> Daher sind auch eine Ohrfeige oder das Abschneiden der Haare Körperverletzungen. Problematisch ist die Behandlung **abgetrennter Körperteile**: Der *BGH* differenziert danach, ob die Körperteile dazu bestimmt sind, wieder eingegliedert zu werden (z.B. abgetrennter Finger; gespendete Organe; eingefrorenes Sperma, das zu einem späteren Zeitpunkt zur künstlichen Befruchtung verwendet werden soll<sup>25</sup>). In diesem Fall gebiete es das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, die Körperteile nicht als Sachen zu betrachten,<sup>26</sup> sondern noch als Teile seines Körpers, so dass insbesondere ein Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 253 II BGB in Betracht kommt. **16**

**Gesundheitsverletzung** ist eine Störung der physischen, psychischen oder mentalen Befindlichkeit eines Menschen mit Krankheitswert.<sup>27</sup> Erscheinungen wie Schmerz, Trauer oder Niedergeschlagenheit, die sich noch im Bereich normaler Reaktion bewegen, sind aber keine Gesundheitsverletzungen, da sie vom medizinischen Standpunkt aus keine Krankheit darstellen.<sup>28</sup> Die Begriffe der Körper- und Gesundheitsverletzung überschneiden sich in einem weiten Bereich und führen zu den gleichen Rechtsfolgen, so dass eine genaue Abgrenzung nicht erforderlich ist.<sup>29</sup> **17**

### bb) Schockschäden

Problematisch ist die Einordnung sog. **Schockschäden**, die eine Person nicht unmittelbar durch einen Unfall erleidet, sondern nur mittelbar dadurch, dass sie den Unfall entweder miterlebt (in diesem Fall ist die Reaktion besonders verständlich und eine Zurechnung daher naheliegend)<sup>30</sup> oder von der Verletzung oder Tötung einer ihr nahestehenden Person erfährt.<sup>31</sup> Nach der Rspr. des *BGH* sind diese erst dann Gesundheitsverletzungen i.S.v. § 823 I BGB, wenn sie nach Art und Schwere deutlich über das hinausgehen, was Nahestehende als mittelbar Betroffene in derartigen Fällen – als Ausprägung des allgemeinen Lebensrisikos – erfahrungsgemäß an Beeinträchtigungen erleiden. Erforderlich sind danach eine „**traumatische Schädigung**“ bzw. gewichtige psychopathologische Ausfälle von einiger Dauer.<sup>32</sup> Zusätzlich ist stets besonders zu prüfen, **18**

<sup>24</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 II 1 a.

<sup>25</sup> Vgl. BGHZ 124, 52 = NJW 1994, 127 = JuS 1994, 351.

<sup>26</sup> Vgl. zu dieser Thematik MünchKomm/*Stresemann*, 7. Auflage 2015, § 90 Rn. 26 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 II 1 a.

<sup>28</sup> Vgl. BGHZ 56, 163.

<sup>29</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 II 1 b.

<sup>30</sup> *BGH* NJW 2015, 1451 = JuS 2015, 747.

<sup>31</sup> Vgl. dazu eingehend *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 7, „Auf der Flucht“.

<sup>32</sup> Vgl. BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764; BGHZ 132, 341, 344 = NJW 1996, 2425; *BGH* NJW 1989, 2317; Palandt/*Grüneberg*, Vorb. v. § 249 Rn. 40; MünchKomm/*Oetker*, 7. Auflage 2016, § 249 Rn. 149 ff.

- ob der Schockschaden noch vom **Schutzzweck** des § 823 I BGB erfasst wird (Frage der haftungsbegründenden, psychischen Kausalität).<sup>33</sup>
- ob das **Verschulden** sich auch auf sie bezog. Die eingetretene Verletzung muss also für den Schädiger voraussehbar gewesen sein. Dass nahestehende Personen in entsprechenden Situationen einen Schock erleiden, wird aber in der Regel voraussehbar sein.

### cc) Ärztliche Behandlung/Kunstfehler

Bei ärztlichen Eingriffen ist zu unterscheiden:

- 19 • **Kunstfehler**, d.h. Eingriffe, die nicht den Regeln der ärztlichen Kunst gemäß erfolgen, sind unstreitig stets Körperverletzungen i.S.v. § 823 I BGB.<sup>34</sup>
- 20 • Bei **kunstgerechten Heileingriffen** ist dies dagegen str.:
- Nach h.M. liegen auch bei kunstgerechten Heileingriffen stets Eingriffe in die körperliche Integrität vor, so dass der Tatbestand der Körperverletzung nach § 823 I BGB erfüllt ist. Allerdings sind diese Eingriffe grundsätzlich durch die (wirksame) **Einwilligung**<sup>35</sup> des Patienten bzw. in Notfällen durch berechtigte GoA gerechtfertigt.<sup>36</sup>
  - Nach einer Mindermeinung in der Lit. handelt es sich dagegen bei Eingriffen, die zum Zweck der Heilung vorgenommen werden, schon tatbestandlich nicht um Körperverletzungen i.S.v. § 823 I BGB. Vielmehr liege bei Eingriffen ohne Einwilligung des Patienten ein Eingriff in dessen Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** vor.<sup>37</sup>

Beide Ansichten unterscheiden sich zunächst in der Beweislastverteilung: Die Einwilligung des Patienten zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit ist vom Arzt zu beweisen, während ihr Fehlen bzw. ihre Unwirksamkeit bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Tatbestand gehört und damit vom Patienten zu beweisen ist. Dem kann jedoch auch durch eine (rechtsfortbildende) Beweislastumkehr auf Tatbestandsseite abgeholfen werden,<sup>38</sup> so dass sich beide Ansichten i.E. nicht wesentlich voneinander unterscheiden.

### dd) Ungewollte Schwangerschaft/Fehlgeschlagene Abtreibung

- 21 Kommt es infolge einer Fehlbehandlung eines Arztes (z.B. Fehler bei der Sterilisation) zu einer **ungewollten Schwangerschaft**, so besteht weitgehend Einigkeit, dass *bei der Mutter* der Tatbestand der Körperverletzung – wie bei anderen ärztlichen Kunstfehlern – erfüllt ist.<sup>39</sup> Selbst bei der fehlgeschlagenen Sterilisation des Mannes soll nach dem *BGH* die ungewollte Schwangerschaft der Frau den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen und außerdem noch ein Zurechnungszusammenhang zwischen der ärztlichen Pflichtverletzung und der Schwangerschaft bestehen.<sup>40</sup> Wurde eine rechtlich zulässige **Abtreibung** aufgrund eines ärztlichen Beratungsfehlers **unterlassen** (z.B. wenn der Arzt fahrlässig nicht erkannt hat, dass das Kind behindert zur Welt kommen wird, und die Mutter sich in Kenntnis der Behinderung für eine Abtreibung entschieden hätte), so liegt nach der Rspr. des *BGH* eine Körper- oder Gesundheitsverletzung allenfalls

<sup>33</sup> Vgl. dazu unten Rn. 101.

<sup>34</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 II 1 g.

<sup>35</sup> Vgl. dazu unten Rn. 135 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Medicus/Lorenz Schuldrecht II*, 17. Auflage 2014, Rn. 1274 ff.

<sup>37</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 II 1 g.

<sup>38</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 II 1 g.

<sup>39</sup> Vgl. BGHZ 76, 259 = NJW 1980, 1452 = JuS 1980, 757; NJW 1995, 2407 = JuS 1996, 71; a.A. *OLG Köln VersR* 1997, 1006; zum Problemkreis des Behandlungsfehlers vgl. *MünchKomm/Wagner*, 7. Auflage 2017, § 823 Rn. 151.

<sup>40</sup> Vgl. *BGH NJW* 1995, 2407 = JuS 1996, 71.

hinsichtlich der evtl. größeren Schwangerschaftsbeeinträchtigungen gerade wegen der Behinderungen des Kindes vor (etwa wenn wegen der Behinderung ein Kaiserschnitt erforderlich war).<sup>41</sup>

Allerdings umfasst der **Schutzzweck des § 823 I BGB** nur die **Verletzung der Mutter**, so dass sie insbesondere einen Schmerzensgeldanspruch aus § 253 II BGB hat.<sup>42</sup> Der **Unterhaltsschaden** ist dagegen nicht vom Schutzzweck umfasst, weil aus § 823 I BGB keine Verkehrspflicht zur Verhinderung des Lebens des ungewollten Kindes folgen kann. Insoweit kann sich eine Schadensersatzpflicht aber aus pFV des ärztlichen Behandlungsvertrages ergeben.<sup>43</sup> Hinsichtlich des **Vaters** fehlt es ohnehin an jeglicher Rechtsgutsverletzung, so dass insoweit ebenfalls nur vertragliche Ansprüche in Betracht kommen, wenn der Vater in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages einbezogen ist.<sup>44</sup>

22

Beim **Kind selbst** liegt schon kein Verletzungstatbestand des § 823 I BGB vor, da es ihm gegenüber keine „Lebensverhinderungspflicht“, sondern gerade eine Lebensschuttpflicht gibt (Art. 2 II 1 GG; keine Haftung für „**wrongful life**“).<sup>45</sup>

### ee) Vorgeburtliche Schädigungen

Bei vorgeburtlichen Schädigungen stellt sich die Frage nach dem Beginn des zivilrechtlichen Lebens- bzw. Gesundheitsschutzes:

23

- Grundsätzlich beginnt nach § 1 BGB die Rechtsfähigkeit des Menschen (und damit die Fähigkeit, ein „Anderer“ i.S.v. § 823 I BGB zu sein) mit der **Vollendung der Geburt**. Somit wären pränatale Schädigungen deliktsrechtlich nicht erfasst, weil im Zeitpunkt der schädigenden Handlung noch kein Rechtsgutsträger existiert.
- Nach zutreffender h.M. regelt § 1 BGB aber nur die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, nicht dagegen die **Verletzungsfähigkeit von Rechtsgütern**.<sup>46</sup> Damit kann dem Kind ein *Schadensersatzanspruch* zwar frühestens ab der Vollendung seiner Geburt zustehen; der *Kausalverlauf*, der zu einer Gesundheitsverletzung des (später geborenen) Kindes geführt hat, kann aber bereits beim **nasciturus**<sup>47</sup> oder sogar noch vor seiner Zeugung begonnen haben (z.B. bei der Infektion der Mutter mit Lues<sup>48</sup>).
- **Überlebt** das Kind die Schädigung im Mutterleib **nicht** und wird daher nicht (lebend) geboren, so wertet die Rechtsprechung die Schädigung des Embryos als **Körperverletzung der Mutter** und gelangt so zu einem deliktischen Anspruch.<sup>49</sup>

### b) Freiheit

Freiheit i.S.v. § 823 I BGB meint ausschließlich die **Fortbewegungsfreiheit**, nicht die allgemeine Handlungsfreiheit.<sup>50</sup> Verletzungen der Fortbewegungsfreiheit liegen v.a. beim Einsperren oder sonstigem Behindern der Fortbewegung vor (z.B. Steckenbleiben im Fahrstuhl). Praktisch rele-

24

<sup>41</sup> Vgl. BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371, 1373.

<sup>42</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 2407 = JuS 1996, 71.

<sup>43</sup> Vgl. zum Problem „Kind als Schaden“ auf Rechtsfolgenseite näher Übersicht Schadensrecht.

<sup>44</sup> Vgl. dazu BGHZ 76, 259, 262 = NJW 1980, 1452, 1453; BGHZ 124, 128, 132 = NJW 1994, 788, 789.

<sup>45</sup> Vgl. BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371 = JuS 1983, 632.

<sup>46</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 II 1 h (S. 385); vgl. allgemein zu Schadensersatzansprüchen eines Kindes nach § 823 BGB, MünchKomm/Wagner, § 823 BGB Rn. 204 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BGHZ 106, 153 = NJW 1989, 1538.

<sup>48</sup> Vgl. BGHZ 8, 243 = NJW 1953, 417.

<sup>49</sup> Vgl. *OLG Koblenz* NJW 1988, 2959, 2960; *OLG Oldenburg* NJW 1991, 2355; BeckOGK/Spindler, 15.10.2016, § 823 Rn. 112.

<sup>50</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 75 I 3 b (S. 356).

vante Fälle sind daher insbesondere die Veranlassung einer unberechtigten Inhaftierung (z.B. durch eine falsche Beschuldigung) oder die Einweisung in eine geschlossene Heilanstalt (z.B. durch eine fehlerhafte medizinische Diagnose<sup>51</sup>).

Beim Steckenbleiben in einem **Verkehrsstau** (z.B. aufgrund eines Unfalls) liegt dagegen keine Beeinträchtigung der körperlichen Fortbewegungsfreiheit vor, da sich der Betroffene – ohne Auto – problemlos fortbewegen kann; lediglich sein Auto kann er nicht mitnehmen. Darin liegt möglicherweise eine Eigentumsverletzung, aber jedenfalls keine Freiheitsverletzung.<sup>52</sup>

### c) Eigentumsverletzung

- 25** § 823 I BGB schützt bewusst nicht das Vermögen als solches, sondern nur das Eigentum an einer Sache i.S.v. § 90 BGB, d.h. an einem **körperlichen Gegenstand** (oder an einem Tier, § 90a BGB). Damit diese Einschränkung nicht bedeutungslos wird, kann nicht jede beliebige Störung der Eigentümerbefugnisse aus § 903 BGB zugleich eine Eigentumsverletzung i.S.v. § 823 I BGB sein, da § 823 I BGB eben gerade keine umfassende Generalklausel sein soll.<sup>53</sup>

Eine Eigentumsverletzung liegt daher vor allem in den folgenden Fällen vor:

- 26** ● Tatsächliche Verletzungen der **Sachsubstanz**, d.h. Beschädigung, Verunstaltung oder Zerstörung der Sache.
- 27** ● Eingriffe in das **Eigentumsrecht**, z.B. durch wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten (z.B. nach § 932 BGB) oder durch Verbindung, Vermischung (§§ 946 ff. BGB) oder Verarbeitung (§ 950 BGB), sowie durch unberechtigte Zwangsvollstreckung (insbesondere durch Pfändung und Verwertung einer schuldnerfremden Sache<sup>54</sup>).

Soweit die Rechtsordnung das Eigentumsrecht jedoch auch **materiell dem Erwerber definitiv zuordnet**, liegt darin ein Rechtfertigungsgrund für den Eingriff, so dass im Ergebnis keine Haftung besteht. Das gilt insbesondere beim gutgläubigen Erwerb nach §§ 932 ff. BGB oder § 892 BGB, der nicht nur sachenrechtlich wirksam, sondern zugunsten des Erwerbers auch kondiktionsfest<sup>55</sup> und deliktsrechtlich gerechtfertigt ist. In gleicher Weise ist bei der **Pfändung einer schuldnerfremden Sache** nach h.M. der *Erwerb* in der Zwangsversteigerung zwar kondiktionsfest und deliktsrechtlich gerechtfertigt. In beiden Fällen kann aber der *Veräußerer* bzw. der die Pfändung veranlassende *Gläubiger* im Verschuldensfalle aus § 823 I BGB haften.<sup>56</sup> Bei der unberechtigten **Vermischung** oder Verarbeitung (§§ 946 f. BGB) ist der Eigentumserwerb nach der gesetzlichen Wertung dagegen lediglich sachenrechtlich wirksam, aber nicht materiell dauerhaft (vgl. § 951 BGB), so dass insoweit auch eine deliktische Haftung des Erwerbers in Betracht kommt, wenn er etwa schuldhaft fremde Sachen verarbeitet und dadurch Eigentum erworben hat (vgl. § 951 II 1 BGB).<sup>57</sup>

- 28** ● Sonstige **Störung der Eigentümerbefugnisse** (Verwendungszweckstörungen), wenn dadurch der **bestimmungsgemäße** Gebrauch der Sache **vollständig** aufgehoben wird, der Eigentümer die Sache also nicht mehr sinnvoll benutzen kann. Wenn der Eigentümer dagegen die Sache lediglich nicht so verwenden kann, wie er konkret gerne würde, liegt ein Ein-

<sup>51</sup> Vgl. dazu etwa *OLG Nürnberg* NJW-RR 1988, 791; einschränkend BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312.

<sup>52</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 II 2 b (S. 386).

<sup>53</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 II 3.

<sup>54</sup> Vgl. BGHZ 118, 201 = NJW 1992, 2014.

<sup>55</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 767 III 2 a (S. 138 f.)

<sup>56</sup> Vgl. *BGH* NJW 1996, 1535 (zu § 932 BGB); BGHZ 118, 201 = NJW 1992, 2014 (zur unberechtigten Zwangsvollstreckung).

<sup>57</sup> Vgl. BGHZ 109, 297, 300 = NJW 1990, 976.

griff in seine (deliktsrechtlich grundsätzlich nicht geschützte) Handlungsfreiheit, nicht aber in sein Eigentum vor, da dieses objektiv nach wie vor nutzbar ist (vgl. den sog. **Fleetfall**<sup>58</sup>).

- Bloße **immaterielle** oder **ideelle** Beeinträchtigungen des Eigentums sind dagegen vom Zuweisungsgehalt des Eigentums nicht erfasst und stellen daher keine Eigentumsverletzungen i.S.v. § 823 I BGB dar (z.B. Fotografieren eines Hauses,<sup>59</sup> Bordellbetrieb in der Nachbarschaft<sup>60</sup>).<sup>61</sup> 29
- Problematisch sind die sog. **weiterfressenden Mängel** beim Kauf von Sachen: Ist eine gekaufte Sache mangelhaft und wird die gekaufte Sache infolge des Mangels beim Käufer weiter zerstört (hinsichtlich anderer zerstörter Sachen liegt unproblematisch eine Eigentumsverletzung vor), so ist str., ob ein Anspruch aus § 823 I BGB wegen der Beschädigung der mangelhaften Sache bestehen kann. Die Schwierigkeit resultiert hier allerdings nicht aus dem Deliktsrecht, sondern aus der Konkurrenz zum vertraglichen Gewährleistungsrecht, dessen Beschränkungen durch die Zulassung einer parallelen deliktischen Haftung unterlaufen zu werden drohen.<sup>62</sup> 30

#### d) Sonstige Rechte

Nach § 823 I BGB sind nicht nur die dort explizit genannten Rechtsgüter und Rechte geschützt, sondern auch „sonstige Rechte“. Damit können aber nicht alle subjektiven Rechte gemeint sein, weil sonst § 823 I BGB gegen den Willen der Gesetzesverfasser doch zu einer Generalklausel würde.<sup>63</sup> Vielmehr kann es sich dabei nur um solche Rechte handeln, die mit den in § 823 I BGB genannten Rechtsgütern und Rechten vergleichbar sind. Danach ist erforderlich, dass es sich dabei um **absolute Rechte** handelt, d.h. Rechte, die wie das Eigentum **Zuweisungsfunktion** und **Ausschlussfunktion** haben:<sup>64</sup> 31

- **Zuweisungsfunktion** bedeutet, dass das Recht eine bestimmte Position ihrem Inhaber in der Weise zuweist, dass er mit ihr „nach Belieben verfahren kann“ (vgl. § 903 Alt. 1 BGB).
- **Ausschlussfunktion** bedeutet, dass der Inhaber andere von der Einwirkung auf das jeweilige Recht ausschließen kann (§ 903 Alt. 2 BGB).

Die wichtigsten sonstigen Rechte i.S.v. § 823 I BGB sind danach: 32

- **Beschränkte dingliche Rechte** (z.B. Hypothek, Dienstbarkeit, Nießbrauch).
- Absolut geschützte **Immaterialgüterrechte** (z.B. Urheberrechte, Patente).
- **Anwartschaftsrechte**, wobei hier allerdings das Problem besteht, dass zugleich mit dem Inhaber des Anwartschaftsrechts auch der Eigentümer der betroffenen Sache eine Rechtsverletzung erleidet. Daher ist der Schadensersatz nach h.M. nach dem Rechtsgedanken der §§ 432, 1077, 1281 BGB an beide Berechtigte gemeinsam zu leisten, die die Verteilung der Schadenssumme im Innenverhältnis selbst bestimmen müssen.<sup>65</sup>
- Das elterliche **Sorgerecht** und der **räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe**, d.h. die gemeinsame Ehwohnung, die auf Grundlage des § 823 I BGB vor der unerwünschten Auf-

<sup>58</sup> BGHZ 55, 153; s. dazu eingehend *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

<sup>59</sup> Vgl. *BGH NJW 1975, 778*; insoweit kann aber eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegen, vgl. unten Rn. 51.

<sup>60</sup> Vgl. BGHZ 106, 153 = NJW 1985, 2823 = JuS 1986, 64.

<sup>61</sup> S. auch *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 II 3 e*.

<sup>62</sup> Siehe dazu eingehend *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 9: „Das Montagsauto“.

<sup>63</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 II 4 a*.

<sup>64</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 I 1*.

<sup>65</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 II 4 b (S. 393)*.

nahme Dritter (insbesondere des neuen Partners eines der Ehegatten) geschützt werden kann.<sup>66</sup>

Problematisch sind die folgenden sonstigen Rechte:

### aa) Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

- 33** Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist eine Entwicklung der Rechtsprechung, die Lücken im deliktischen Unternehmensschutz schließen soll: Zwar sind die einzelnen Aktiva eines Unternehmens deliktisch weitgehend als Eigentum und als sonstige absolute Rechte (z.B. Immaterialgüterrechte) geschützt; das „**lebende**“ **Unternehmen als funktionale Einheit** ist aber mehr als die Summe seiner Aktiva und als solches weder vom Eigentumsschutz noch vom Schutz sonstiger absoluter Rechte erfasst. Hier soll das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Abhilfe schaffen. Am Beginn der Entwicklung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs stand die Fallgruppe der sog. unberechtigten Schutzrechtsverwarnung, in denen ein Unternehmen dadurch geschädigt wird, dass ein Konkurrent unter unberechtigter Berufung auf ein Schutzrecht (Patent o.ä.) den Vertrieb eines Produktes verbieten lässt.<sup>67</sup> Ein solcher Schaden unterfällt in der Tat keinem in § 823 I BGB erwähnten Rechtsgut und kann nur über die Figur des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ersatzfähig gestaltet werden.
- 34** Allerdings gerät eine solche Rechtsfortbildung in die Gefahr eines Konfliktes mit dem **grundsätzlichen Ausschluss einer deliktischen Haftung für primäre Vermögensschäden**. Besonders deutlich wird dieser Konflikt im Wettbewerbsrecht: Nahezu jede, auch insbesondere auch jede erlaubte wettbewerbliche Handlung führt zwangsläufig – und durchaus beabsichtigt – zu einer Beeinträchtigung der unternehmerischen Tätigkeit der Konkurrenten. Gleichwohl darf der deliktische Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht dazu führen, dass die Tätigkeit von Konkurrenten über die Grenzen des Wettbewerbsrechts hinaus eingeschränkt wird. Vielmehr handelt es sich bei den Beeinträchtigungen von Konkurrenten durch (lauteren) Wettbewerb um grundsätzlich hinzunehmende reine Vermögensbeeinträchtigungen, die nach der deliktsrechtlichen Grundkonzeption des BGB gerade nicht auf der Grundlage des § 823 I BGB sanktioniert werden sollen. Ein Teil der Lit. geht sogar so weit, die Existenzberechtigung dieses Rechtsinstitutes insgesamt zu bezweifeln, weil die relevanten Fälle entweder anderen Rechtsgütern des § 823 I BGB (z.B. dem allgemeinen [Unternehmens-]Persönlichkeitsrecht), den §§ 824, 826 BGB oder wettbewerbsrechtlichen Regelungen (z.B. §§ 20, 33 III GWB oder § 4 Nrn. 8 oder § 10 i.V.m. § 9 UWG) zugeordnet werden können.<sup>68</sup> Der große Zivilsenat des *BGH* hat diese Kritik allerdings zurückgewiesen.<sup>69</sup>
- 35** Aber auch nach der Rechtsprechung unterliegt der deliktische Unternehmensschutz **erheblichen Einschränkungen**, die jeweils durch die heikle Zwischenstellung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zwischen den – unproblematisch geschützten – einzelnen Unternehmensaktiva und dem – nicht geschützten – Vermögen als solchem bedingt sind. Diese Einschränkungen führen dazu, dass eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und

<sup>66</sup> Vgl. BGHZ 6, 360, 366 = NJW 1952, 975; *BGH* NJW 1990, 706, 708.

<sup>67</sup> Vgl. RGZ 58, 24; aus jüngerer Zeit etwa *BGH* NJW-RR 2006, 621.

<sup>68</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 81 II-IV; *Emmerich* Schuldrecht Besonderer Teil, 14. Auflage 2015, § 22 Rn. 7 ff.; krit. auch *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 611 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BGHZ (GS) 164, 1 = NJW 2005, 3141; vgl. dazu *Wagner/Thole* NJW 2005, 3470; *Emmerich* JuS 2005, 1125; *MünchKomm/Wagner* § 823 Rn. 251 ff.

ausgeübten Gewerbebetrieb im Ergebnis nur sehr selten anzunehmen ist;<sup>70</sup> die effektiven Anwendungsfälle lassen sich im Wesentlichen mit wenigen Fallgruppen erfassen.<sup>71</sup>

#### (1) Anwendbarkeit

Da das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur zur Ausfüllung von Lücken des wettbewerbsrechtlichen Unternehmensschutzes entwickelt wurde, gilt insoweit der Grundsatz der **Subsidiarität**, d.h. § 823 I BGB kann – zum Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – nur insoweit Anwendung finden, als tatsächlich solche Lücken bestehen.<sup>72</sup> Soweit also ein abtrennbarer Teil betroffen ist, der isoliert (z.B. als Eigentum) eigens von § 823 I BGB geschützt ist, oder ein sonstiger deliktischer Tatbestand gegeben ist (z.B. § 824 BGB), kann das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht herangezogen werden (Ausnahme: neben § 826 BGB<sup>73</sup>).

36

#### (2) Schutzgegenstand

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb soll die Fortsetzung einer bisher rechtmäßig ausgeübten Tätigkeit sichern, indem es die Grundlagen und den Freiheitsspielraum der unternehmerischen Tätigkeit schützt. Es umfasst daher alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert eines Betriebes ausmacht, insbesondere Bestand, Erscheinungsform, Tätigkeitskreis und Kundenstamm.<sup>74</sup>

37

#### (3) Betriebsbezogener Eingriff

Um eine wettbewerbsverhindernde Ausweitung der Haftung wegen Verletzungen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu vermeiden, wird dessen Schutz außerdem auf sog. **betriebsbezogene Eingriffe** beschränkt, d.h. auf finale, gerade auf den Betrieb bezogene Verletzungen oder auf Verletzungen solcher Verkehrspflichten, die gerade dem Schutz des Gewerbebetriebs als funktionale Einheit dienen.<sup>75</sup> An der Betriebsbezogenheit fehlt es dann, wenn sich der Eingriff nicht auf den Betrieb als solchen bezieht, sondern auf Rechte oder Rechtsgüter, die vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbar sind.<sup>76</sup>

38

Ein Eingriff wurde daher z.B. verneint bei der Unterbrechung von Telefon- oder Stromkabeln, Verletzung eines Angestellten, Unterbrechung der Zufahrtswege zum Betriebsgelände.<sup>77</sup>

#### (4) Widerrechtlichkeit

Angesichts der unscharfen Kontur des Rechts am Gewerbebetrieb ist die Rechtswidrigkeit von Eingriffen ebenso wie beim Allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Wege der **Interessenabwägung** festzustellen; das Indikationsmodell<sup>78</sup> findet keine Anwendung.<sup>79</sup> **Auf Seiten des Geschädigten** sind bei der Interessenabwägung vor allem die Intensität und Art der Betroffenheit, die Umstände des Eingriffs und das eigene Vorverhalten des Unternehmens zu berücksichtigen. **Auf Seiten des Schädigers** ist festzustellen, ob dessen Zwecke in einem angemessenen Verhältnis

<sup>70</sup> Vgl. dazu ausführlich *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

<sup>71</sup> Vgl. sogleich unter Rn. 39 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Emmerich*, SBT § 22 Rn. 7 f..

<sup>73</sup> Vgl. *Palandt/Sprau*, § 823 Rn. 133.

<sup>74</sup> Vgl. *Palandt/Sprau* § 823 Rn. 134.

<sup>75</sup> Vgl. *Emmerich*, SBT § 22 Rn. 9.

<sup>76</sup> Vgl. BGHZ 29, 65.

<sup>77</sup> Vgl. *Palandt/Sprau* § 823 Rn. 135 m.N.

<sup>78</sup> Vgl. unten Rn. 115 ff.

<sup>79</sup> Vgl. *BGH NJW* 2006, 830 (840); *BGH*, Urt. v. 28.2.2013 – I ZR 237/11 (Rn. 18 ff.); *Palandt/Sprau*, § 823 Rn. 133.

zur Beeinträchtigung des Unternehmens stehen. Diese Bewertung hängt insbesondere auch vom normativen Gewicht der Interessen des Schädigers ab, wobei die objektive Wertordnung der Grundrechte zu beachten ist. So kann ein Eingriff u.U. gerechtfertigt werden durch das Informationsinteresse der Allgemeinheit (z.B. bei Testurteilen, vgl. Art. 5 I 1 GG), die Meinungsfreiheit (z.B. bei Boykottaufrufen, vgl. Art. 5 I 1 GG), die Pressefreiheit (z.B. bei kritischen Zeitungsberichten), die Kunstfreiheit (z.B. bei Bezugnahme in einem Kunstwerk, vgl. Art. 5 III GG), die Wissenschaftsfreiheit (z.B. bei kritischen Forschungsstudien, vgl. Art. 5 III GG) oder die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften (z.B. bei Streiks, vgl. Art. 9 III GG).

#### (5) Fallgruppen

**39** Anerkannte Fallgruppen von Eingriffen in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sind:

**40** ● **Vergleichende Warentests, Kritik an Produkten, Preisvergleich, Kritik an Unternehmen, Boykottaufruf:** Soweit diese innerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses stattfinden, ist § 4 UWG speziell, so dass keine Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen. Im Übrigen kann ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur dann vorliegen, wenn die Art des Vergleichs bzw. der Kritik zu missbilligen ist, insbesondere bei **mangelnder Objektivität** oder **unsorgfältiger Sachverhaltsermittlung**.<sup>80</sup>

Stets ist aber die **Meinungsfreiheit** des Kritikers zu beachten, so dass ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nur vorliegt, wenn eine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmers zu Lasten der Meinungsfreiheit ausfällt (z.B. bei Schmähkritik).<sup>81</sup> Nach der Gegenmeinung sind diese Fälle nach § 826 BGB zu beurteilen, der ohnehin die flexibleren Abwägungsmaßstäbe enthält.<sup>82</sup>

**41** ● Das BAG sieht in **rechtswidrigen Streiks** ebenfalls Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.<sup>83</sup>

**42** ● **Unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen** (Abmahnungen) sind nach der Rspr. von RG<sup>84</sup> und BGH<sup>85</sup> ebenfalls Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Täter bzw. Teilnehmer (§ 830 II BGB) können in diesem Fall neben dem verwarnenden Unternehmen auch dessen Geschäftsführer persönlich sowie ggf. beratende Rechtsanwälte sein.<sup>86</sup> Nach der Gegenansicht sind diese aber ausschließlich an § 4 Nr. 10 UWG zu messen.<sup>87</sup>

#### **bb) Allgemeines Persönlichkeitsrecht**

**43** Der Schutz der persönlichen oder geschäftlichen Ehre ist im BGB – abgesehen von § 825 BGB – nicht ausdrücklich niedergelegt. Auch im Übrigen geschriebenen Recht bestehen nur einzelne, punktuelle Ausprägungen des Ehr- oder Persönlichkeitsschutzes (z.B. in den §§ 185 ff. StGB, 12 BGB, 17 HGB, 22 ff. KunstUrhG). Diese Normen können zum Teil als Schutzgesetze i.S.v. § 823 II

<sup>80</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 136.

<sup>81</sup> Vgl. BGHZ 65, 325, 339 = NJW 1976, 620 (Stiftung Warentest).

<sup>82</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 81 II 2, 3.

<sup>83</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 81 III 6.

<sup>84</sup> Vgl. grundlegend RGZ 58, 24.

<sup>85</sup> Vgl. z.B. BGH NJW 1979, 916; zuletzt BGHZ (GS) 164, 1 = NJW 2005, 3141.

<sup>86</sup> BGH NJW 2016, 2110 (212f.).

<sup>87</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 81 III 4.



BGB (§§ 185 ff. StGB), zum Teil als „sonstige Rechte“ i.S.v. § 823 I BGB (Namensrecht, Recht am eigenen Bild) zwar für Teilbereiche einen deliktischen Schutz des Persönlichkeitsrechts gewähren. Sie genügen aber nach heutigem Verständnis nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen eines umfassenden Persönlichkeitsschutzes, die sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ergeben.

Daher wurde das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** als sonstiges Recht i.S.v. § 823 I BGB entwickelt, das die Lücken im bestehenden System des Ehr- und Persönlichkeitsschutzes schließen soll.<sup>88</sup> Dieses unterscheidet sich von den übrigen „sonstigen Rechten“ allerdings dadurch, dass seine Beeinträchtigung allein nicht genügt, um die Rechtswidrigkeit zu indizieren. Sein Gehalt ist vielmehr derart vielfältig und weitreichend, dass ein umfassender Schutz nicht möglich ist. Vielmehr kann die Rechtswidrigkeit nur positiv im Wege einer Interessenabwägung festgestellt werden (sog. **Rahmenrecht**).

44

#### (1) Anwendbarkeit

Die Haftung aus § 823 I BGB i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist grundsätzlich **nicht subsidiär** gegenüber den speziellen Ausprägungen des Persönlichkeitsrechts, sei es als (speziellere) sonstige Rechte i.S.v. § 823 I BGB (z.B. Namensrecht) oder als Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB. Die Anspruchsgrundlagen sind also nebeneinander anwendbar.<sup>89</sup> Soweit allerdings Teilbereiche des Persönlichkeitsrechts in den jeweiligen Spezialnormen *abschließend* geregelt sind (z.B. beim Recht am eigenen Bild, vgl. §§ 22 ff. KunstUrhG<sup>90</sup>), darf der Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht zu einer Erhöhung des Schutzniveaus führen.<sup>91</sup>

45

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann nicht nur natürlichen Personen, sondern im Grundsatz auch **juristischen Personen** zustehen (als sog. **Unternehmenspersönlichkeitsrecht**). Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die juristische Person zur Ausübung ihrer Funktion des Rechtsschutzes bedarf. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie in ihrem sozialen Geltungsbereich als Arbeitgeber oder Wirtschaftsunternehmen betroffen wird.<sup>92</sup> Außerhalb dieses Bereichs kommt eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht, wobei dann allerdings ein betriebsbezogener, d.h. ein finaler Eingriff vorliegen muss.<sup>93</sup>

46

In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass das Persönlichkeitsrecht nicht mit dem **Tod des Inhabers** erlischt. Vielmehr besteht auch ein – eingeschränkter – Schutz der Persönlichkeit eines Verstorbenen. Hinsichtlich der Geltendmachung dieses **postmortalen Persönlichkeitsrechts** ist, sofern insoweit vom Verstorbenen keine (z.B. testamentarischen) Anordnungen getroffen wurden, nach h.M. zu unterscheiden:<sup>94</sup>

47

- Die **ideellen Bestandteile** des Persönlichkeitsrechts (insbesondere der Schutz vor Verunglimpfung) sind unvererblich; sie können nach dem Tod aber durch die *Angehörigen* geltend gemacht werden, auch wenn diese nicht Erben sind.<sup>95</sup>

<sup>88</sup> Vgl. grundlegend BGHZ 13, 334 – Schacht-Leserbrief; s. auch *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 80 I 1-3.

<sup>89</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 80 I 6, s. auch *Wandt GSV* § 16 Rn. 50 f.

<sup>90</sup> S. dazu unten Rn. 51.

<sup>91</sup> Vgl. *MünchKomm/Rixecker*, 7. Aufl. 2015, Anh. zu § 12 Rn. 59.

<sup>92</sup> Vgl. BGHZ 98, 94, 97 = NJW 1986, 2951 = JuS 1987, 69 – „BMW/Bumms Mal Wieder“; *KG NJW* 2000, 2210: Ungenehmigte Filmaufnahmen gestellter Diebstahlsszenen in Zügen der Deutschen Bahn AG.

<sup>93</sup> Vgl. oben Rn. 38.

<sup>94</sup> Vgl. *MünchKomm/Rixecker* Anh. zu § 12 Rn. 45 ff.

<sup>95</sup> Vgl. BGHZ 50, 133 – Mephisto; BGHZ 107, 384 = NJW 1990, 1986 = JuS 1990, 933 – Emil Nolde.

- Die **vermögenswerten Bestandteile** des Persönlichkeitsrechts (insbesondere der Schutz vor unberechtigter wirtschaftlicher Verwertung) sind dagegen vererblich und können grundsätzlich von den *Erben* geltend gemacht werden.<sup>96</sup>

## (2) Schutzbereiche und Fallgruppen

- 48 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein umfassendes Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit (vgl. auch Art. 1 I 1, 2 I GG). Im Einzelnen lassen sich folgende Schutzbereiche unterscheiden:<sup>97</sup>
- 49 ● Schutz vor **Angriffen auf Ehre und persönliche Integrität**: Der klassische Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts ist der Ehrschutz, der einerseits durch die §§ 185 ff. StGB (i.V.m. § 823 II BGB) und andererseits durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. § 823 I BGB sichergestellt wird. Der Schutz gilt gegenüber klassischen Beleidigungen durch Worte oder Zeichen („Stinkefinger“), aber auch gegenüber der Behauptung ehrenrühriger (unwahrer) Tatsachen.<sup>98</sup>
- 50 ● Der Persönlichkeitsschutz gilt auch gegenüber **Entstellungen der Identität**, etwa wenn einer Person Äußerungen in den Mund gelegt werden, die sie nicht getan hat,<sup>99</sup> oder wenn über eine Person verzerrend berichtet wird, so dass ein falsches Bild in der Öffentlichkeit entsteht. Auch die Einstellung eines Bildes in einen irreführenden Kontext (beispielsweise zur Werbung<sup>100</sup>) oder u.U. sogar seine Verfremdung zu Satirezwecken können Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht sein.<sup>101</sup> Auf die Ehrenrührigkeit kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.
- 51 ● Schutz vor der Herstellung und Verbreitung von Bildnissen („**Recht am eigenen Bild**“): In soweit beschreiben die §§ 22 ff. KunstUrhG den Schutzbereich abschließend. Danach darf jeder grundsätzlich selbst bestimmen, ob bzw. in welcher Weise er abgebildet und der Öffentlichkeit präsentiert wird; ohne Zustimmung der abgebildeten Personen dürfen Bildnisse grundsätzlich weder hergestellt noch verbreitet werden. Der Schutz richtet sich dabei einerseits etwa gegen sog. **Paparazzi**,<sup>102</sup> kann aber auch von jedermann gegen die Herstellung oder Verbreitung privater Bilder (z.B. im Internet) geltend gemacht werden.
- Eine Grenze findet der Schutz bei den sog. **Personen der Zeitgeschichte**, von denen Bilder im Informationsinteresse der Allgemeinheit auch ohne Einwilligung hergestellt und verbreitet werden dürfen. Dabei wurde früher zwischen **absoluten** Personen der Zeitgeschichte, die selbst von öffentlichem Interesse sind (z.B. führende Politiker, Prominente), und **relativen** Personen der Zeitgeschichte, die nur wegen ihrer Anwesenheit bei einem berichtenswerten Ereignis (z.B. Teilnehmer einer Demonstration, Täter oder Opfer eines Verbrechens) von öffentlichem Interesse sind.<sup>103</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR

<sup>96</sup> Vgl. BGHZ 143, 214 = NJW 2000, 2195 = JuS 2000, 1222 – Marlene Dietrich; NJW 2000, 2201 – Der blaue Engel, m. zust. Anm. Götting NJW 2001, 585.

<sup>97</sup> Vgl. ausführlich MünchKomm/Rixecker Anh. zu § 12 Rn. 58 ff.; Wandt, GSV, § 16 Rn. 53 ff.

<sup>98</sup> Vgl. BGH NJW 1993, 930: Vorwurf illegalen Handels mit Tierprodukten; BGH NJW 1979, 266: Angebliche Falsch aussage vor einem parlamentarischen Untersuchungsausschuss.

<sup>99</sup> Vgl. BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861 = JuS 1995, 646; BVerfG NJW 2000, 1021 = JuS 2000, 912 – Caroline von Monaco.

<sup>100</sup> Vgl. BGHZ 26, 349 = NJW 1958, 827 – Herrenreiter.

<sup>101</sup> Vgl. BGH NJW 2006, 603: Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Verwendung eines manipulierten Fotos einer Person im Rahmen einer satirischen Bilddarstellung.

<sup>102</sup> Vgl. dazu BGHZ 131, 332 = NJW 1996, 1128 und dazu BVerfG NJW 2000, 1021 – Caroline v. Monaco

<sup>103</sup> Vgl. Staudinger/Hager, 2017, § 823 Rn. C 199ff.

müssen jedoch inzwischen auch bei Personen der Zeitgeschichte **legitime Informationsinteressen** der Bevölkerung bestehen; das bloße Unterhaltungsinteresse, d.h. die Befriedigung der Neugier nach dem Leben der Prominenten reicht dafür nicht aus. Daher dürfen Bilder, die die Personen in rein privaten Kontexten zeigen, ohne dass ein Ereignis von legitimen Informationswert betroffen ist, typischerweise nicht ohne Einwilligung der abgebildeten Personen veröffentlicht werden.<sup>104</sup>

- Schutz vor dem **Eindringen in den persönlichen Bereich**: Das Persönlichkeitsrecht schützt die Privat- und Intimsphäre vor der Ausforschung und Veröffentlichung. Das betrifft etwa die **Vertraulichkeit des gesprochenen und geschriebenen Wortes** (Schutz vor Abhören und Mitschneiden<sup>105</sup>, Schutz des Briefgeheimnisses und von Tagebuchaufzeichnungen<sup>106</sup>), die **Beobachtung** einer Person in ihrer Privatsphäre,<sup>107</sup> die **Videoüberwachung** von Privatpersonen<sup>108</sup> oder die Publikation von Fotos von Privatwohnungen, die nicht ohnehin von allgemein zugänglichen Stellen eingesehen werden können.<sup>109</sup> In diesen Zusammenhang gehört auch der Schutz vor **heimlichen Gentests** (z.B. zur Vaterschaftsfeststellung<sup>110</sup>) oder vor Leibesvisitationen und Taschenkontrollen<sup>111</sup>. Auch die **Veröffentlichung intimer Details** (etwa durch einen Ex-Partner) ist ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht.<sup>112</sup> 52
- Schutz der **körperlichen und sexuellen Selbstbestimmung**: Das Persönlichkeitsrecht umfasst auch die Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper, insbesondere hinsichtlich der Zulassung körperlicher Eingriffe und der Verwendung von Bestandteilen des Körpers (z.B. einer Blutprobe zu anderen als vom Patienten gewünschten Zwecken) sowie hinsichtlich der Vornahme sexueller Handlungen (wobei insoweit auch § 823 II BGB i.V.m. §§ 174 ff. StGB und § 825 BGB zu beachten sind).<sup>113</sup> 53
- Der Schutz vor der **Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten** folgt aus dem verfassungsrechtlich anerkannten Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>114</sup> Jeder darf selbst entscheiden, wem er welche personenbezogenen Informationen zur Verfügung stellt. Insoweit enthält v.a. das BDSG spezielle Regelungen des Datenschutzes.<sup>115</sup> 54
- Schutz vor **unbefugter wirtschaftlicher Nutzung der Persönlichkeit**: Auch die kommerzielle Ausbeutung der Persönlichkeit fällt in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeits- 55

<sup>104</sup> Vgl. *EGMR* NJW 2004, 2647; dem folgend *BVerfG* NJW 2008, 1793; *BGH* NJW 2007, 1981; NJW 2008, 3141; *BGH* NJW 2009, 754 (756); 757 (alle Entscheidungen betreffend Caroline von Monaco); s. auch *BGH* NJW 2007, 3440 (Herbert Grönemeyer); NJW 2008, 749 (Oliver Kahn); NJW 2008, 3134 (Heide Simonis); NJW 2008, 3138 (Sabine Christiansen); s. zum Ganzen *Frenz* NJW 2008, 3102 ff.; *Hofmann-Riem* NJW 2009, 20 ff.; zum Einfluss der EMRK *Riehm*, in: Langenbucher (Hrsg.), *Europäische Bezüge des Privatrechts*, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 41f.

<sup>105</sup> Vgl. *BGHZ* 73, 120 = NJW 1979, 647 – abgelaushtes Telefongespräch zwischen Spitzenpolitikern; s. auch *BGH* NJW 2003, 1727, 1728: Beweisrechtliche Unzulässigkeit der Vernehmung eines Zeugen über ein verdeckt abgehörtes Gespräch; in diesen Fällen besteht regelmäßig auch ein Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 201 StGB.

<sup>106</sup> Vgl. *MünchKomm/Rixecker* Anh. zu § 12 Rn. 119 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *OLG Oldenburg* NJW 2008, 3508: Beweisrechtliche Unzulässigkeit einer heimlichen privaten GPS-Überwachung.

<sup>108</sup> Vgl. *BGH* NJW 1995, 1955; *BAG* NJW 2003, 3436.

<sup>109</sup> Vgl. *BGH* NJW 2004, 762; NJW 2004, 766: Publikation von Fotos von Ferienhäusern prominenter Personen.

<sup>110</sup> Vgl. *BGH* NJW 2005, 497.

<sup>111</sup> Vgl. dazu Fall 6, „Ärger im Kaufhaus“.

<sup>112</sup> Vgl. insbesondere *BGH* NJW 2005, 2844; *BVerfG* NJW 2008, 39; *BGH* NJW 2008, 2587 – Esra.

<sup>113</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 80 II 6 c-e (S. 514 f.).

<sup>114</sup> Vgl. *BVerfGE* 65, 1 – Volkszählung.

<sup>115</sup> S. dazu näher *MünchKomm/Rixecker* Anh. zu § 12 Rn. 131 ff.

rechts. Dazu zählt etwa die Verwendung von Bildnissen, des Namens oder auch der Stimme einer Person in der Werbung.<sup>116</sup>

### (3) Widerrechtlichkeit

- 56** Nicht alle Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind zugleich rechtswidrig. Vielmehr erfordert die weite Ausdehnung des Schutzbereiches ein Korrektiv im Rahmen der Rechtswidrigkeit, das in Gestalt einer **Interessenabwägung** besteht. Die Rechtsprechung differenziert dabei regelmäßig nach der verletzten Sphäre:
- Die **Intimsphäre** umfasst die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit deren Äußerung nach außen, z.B. in Tagebüchern oder vertraulichen Briefen sowie diejenigen Informationen, für die "ihrer Natur nach ein Anspruch auf Geheimhaltung besteht" (Gesundheitszustand,<sup>117</sup> Sexualleben<sup>118</sup>). Die Intimsphäre ist **absolut geschützt**, d.h. insoweit ist die Rechtswidrigkeit stets indiziert.
- 57**
- Die **Privatsphäre** umfasst das Leben im häuslichen oder Familienkreis und das sonstige Privatleben; die **Individualsphäre** schützt das Selbstbestimmungsrecht, insbesondere das Recht, über die Art und Weise der öffentlichen Darstellung der Person zu entscheiden. Bei Eingriffen in diese beiden Sphären ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, in die folgende Gesichtspunkte einzustellen sind:<sup>119</sup>
    - Die betroffene Sphäre: Während in die Privatsphäre nur aus zwingendem Grund eingegriffen werden darf, sind die Anforderungen bei Eingriffen in die Individualsphäre geringer.
    - Art und Schwere des Eingriffs und seiner Folgen
    - Zweck und Motiv des Eingriffs: Hier sind insbesondere die **Grundrechte** aus Art. 5 I GG (Meinungs- oder Pressefreiheit) und Art. 5 III GG (Kunstfreiheit) zu berücksichtigen, die für den Verletzer streiten können.<sup>120</sup>
    - Das Vorverhalten des Verletzten, das etwa im öffentlichen Meinungskampf ein „Recht zum Gegenschlag“ gewähren kann, wenn der Verletzer im Vorfeld massiv angegriffen wurde.<sup>121</sup>
    - **Verhältnismäßigkeit** zwischen Eingriff und (legitimem) Motiv.
- 58**
- Für die praktisch bedeutsamen **Fallgruppen** nachteiliger öffentlicher Äußerungen über den Geschädigten hat die Rechtsprechung standardisierte Abwägungsgrundsätze für die Kollision zwischen Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) entwickelt,<sup>122</sup> die dogmatisch im Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen zu verorten sind:<sup>123</sup>
    - **Bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen** sind grundsätzlich rechtswidrig; die vorsätzliche Rüge ist nicht grundrechtlich geschützt.

<sup>116</sup> Vgl. z.B. *BGH NJW* 1992, 2084 – Joachim Fuchsberger.

<sup>117</sup> Vgl. *BGH NJW* 2009, 754.

<sup>118</sup> Vgl. *BGH NJW* 2005, 2844; *BVerfG NJW* 2008, 39; *BGH NJW* 2008, 2587 – Esra.

<sup>119</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 95 ff.; a.A. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 80 II, die in manchen Fallgruppen zur Indikation der Rechtswidrigkeit kommen.

<sup>120</sup> Vgl. z.B. *BGH NJW* 2000, 1036; *BVerfG NJW* 2000, 2189; *NJW* 1996, 1592.

<sup>121</sup> Vgl. *BGHZ* 45, 296 = *NJW* 1966, 1617.

<sup>122</sup> Vgl. dazu *Grimm NJW* 1995, 1697 ff.

<sup>123</sup> Vgl. *BGH NJW* 1987, 2225, 2226 f.; *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 80 V 1 a (S. 522 ff.).

- Bei **fahrlässig unwahren Tatsachenbehauptungen** kommt es darauf an, ob der Verletzer in angemessenem Umfang recherchiert hat,<sup>124</sup> eine Behauptung negativer Tatsachen „ins Blaue hinein“ ist rechtswidrig.
- **Wahre Tatsachenbehauptungen** sind regelmäßig zulässig, sofern sie nicht die Intimsphäre betreffen oder durch einen Vertrauensbruch (Abhören, Verletzung des Briefgeheimnisses) erlangt wurden.
- **Werturteile** sind grundsätzlich von der Meinungsfreiheit gedeckt und daher in der Regel rechtmäßig. Eine Grenze findet die Meinungsfreiheit erst bei der Schmähkritik (die vorwiegend der Schmähung des Verletzten, nicht der Auseinandersetzung in der Sache dient<sup>125</sup>) oder bei reinen Beleidigungen, die keinen sachlichen Gehalt mehr haben.

#### (4) Rechtsfolgen

Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen, wobei teilweise Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht bestehen: 59

- Dem Verletzten steht zunächst analog § 1004 BGB ein Anspruch auf **Beseitigung der Beeinträchtigung** zu (sog. quasi-negatorischer Anspruch), die etwa durch **Widerruf** einer ehrverletzenden Äußerung (in gleicher Weise wie die Verletzung selbst<sup>126</sup>) geschehen kann. Dieser Anspruch setzt kein Verschulden des Verletzers voraus. Bei **Werturteilen** ist einschränkend zu beachten, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit verbietet, einen Verletzer zum Widerruf seiner Meinungsäußerung zu zwingen; insoweit bleibt es beim Unterlassungsanspruch. 60

- Analog § 1004 BGB kann der Verletzte zudem für die Zukunft **Unterlassung** der Persönlichkeitsrechtsverletzung verlangen, sofern Wiederholungsgefahr besteht. Diese wird bei einer Erstbegehung vermutet, kann aber z.B. durch die Abgabe einer vertragsstrafebewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden.<sup>127</sup> Auch der Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig. 61

- Weiterhin steht dem Verletzten im Verschuldensfalle der **Schadensersatzanspruch** aus § 823 I BGB i.V.m. §§ 249 ff. BGB zu. Die Naturalrestitution (§ 249 I BGB) kann auch hier in einem **Widerruf** einer ehrverletzenden Äußerung bestehen. 62

Hinsichtlich des **Vermögensschadens** gewährt die Rechtsprechung dem Verletzten die Wahl zwischen zwei Berechnungsmethoden.<sup>128</sup> Er kann entweder seinen **konkreten materiellen Schaden** ersetzt verlangen (z.B. Kosten für die Veröffentlichung einer Gegendarstellung; Umsatzeinbußen infolge einer geschäftlichen Rufschädigung), oder – v.a. bei einer unbefugten wirtschaftlichen Ausbeutung der Persönlichkeit – den Marktwert einer entsprechenden Lizenz (sog. **Lizenzanalogie**).<sup>129</sup> Die im Immaterialgüterrecht ebenfalls geläufige Schadens-

<sup>124</sup> Vgl. etwa *BGH NJW* 1987, 2225.

<sup>125</sup> Vgl. als Beispiel *BVerfG NJW* 2009, 749: Bezeichnung als „Dummschwätzer“ ist keine Schmähkritik, sondern kann u.U. noch im Rahmen einer Sachauseinandersetzung liegen, *BGH NJW* 2015, 773 (774): Öffentlicher Vorwurf eines „groß angelegten Schwindels“, „Betruges“, „angebliche Wirkung ... ist völliger Unsinn“ ist keine Schmähkritik.

<sup>126</sup> Vgl. *BGHZ* 128, 1 = *NJW* 1995, 861 – Caroline von Monaco.

<sup>127</sup> Vgl. *MünchKomm/Baldus*, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rn. 291 ff.

<sup>128</sup> Vgl. *MünchKomm/Wagner* § 823 Rn. 244 und *MünchKomm/Rixecker Anh. zu § 12 Rn. 266 ff.*

<sup>129</sup> Vgl. *BGHZ* 26, 349, 352 = *NJW* 1958, 827 – Herrenreiter; *BGHZ* 20, 345, 353 = *NJW* 1956, 1554 – Paul Dahlke; im letztgenannten Urteil hat der *BGH* auch einen Bereicherungsanspruch in Höhe der ersparten (üblichen) Lizenzvergütung für möglich gehalten.

berechnung nach dem **Verletzergewinn** hat der *BGH* bisher für Persönlichkeitsverletzungen nicht zugelassen;<sup>130</sup> er berücksichtigt diesen aber bei der Bemessung der Geldentschädigung.<sup>131</sup>

- 63 ● Über die genannten Rechtsfolgen hinaus hat der *BGH* auch zunächst in Analogie zu § 847 BGB a.F. (heute § 253 II BGB),<sup>132</sup> später unter unmittelbarem Rückgriff auf Art. 1 I 1 i.V.m. Art. 2 I GG<sup>133</sup> einen Anspruch auf eine Geldentschädigung für erlittene immaterielle Beeinträchtigungen (**Schmerzensgeld**) anerkannt. Einschränkende Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Eingriff **schwer wiegt** und die entstandenen Nachteile **anders nicht hinreichend ausgeglichen** werden können (z.B. durch Widerruf oder Unterlassungserklärung).<sup>134</sup> Die **Höhe** der Geldentschädigung richtet sich nach vielen Faktoren, vor allem nach der Schwere des Eingriffs, nach den Beweggründen des Verletzers, nach der Schuldform (typischerweise nur bei Vorsatz), und nach der Rechtsprechung ggfs. auch nach dem vom Verletzer erzielten Gewinn.<sup>135</sup> Nach Auffassung des *BGH* ist die Geldentschädigung wegen ihrer primären Genugtuungsfunktion auch nicht vererblich, weil der Anspruch mit dem Tod des Inhabers des Persönlichkeitsrechts erlischt.<sup>136</sup>

### cc) Besitz?

- 64 Ob bzw. inwieweit der Besitz als sonstiges Recht i.S.v. § 823 I BGB geschützt ist, ist str.: Der Besitz als solcher bezeichnet lediglich ein tatsächliches Verhältnis und sagt nichts über die Berechtigung des Besitzers aus. Er kann daher nicht Grundlage einer Zuweisungsfunktion sein.<sup>137</sup> Nach der h.M. wird jedoch jedenfalls der **berechtigte Besitz** nach § 823 I BGB geschützt.<sup>138</sup> Der berechtigte Besitz hat einen **Zuweisungsgehalt**, da dem Besitzer aufgrund seines Besitzrechts grundsätzlich die Nutzungen der Sache zugewiesen sind (vgl. auch §§ 987, 988, 990, 993 I BGB für den unberechtigten Besitzer) und er mit ihr – im Rahmen seines Besitzrechts – nach Belieben verfahren kann. Auch die **Ausschlussfunktion** kommt dem berechtigten Besitz grundsätzlich zu, und zwar über die Besitzschutzansprüche nach §§ 861 f., 1007 BGB.

Nach *Medicus* soll sogar der **unberechtigte, aber redliche Besitzer** nach § 823 I BGB geschützt sein, weil dieser seinen Besitz nach § 861 BGB verteidigen kann und ihm die Nutzungen nach § 993 I Hs. 2 BGB zugewiesen sind.<sup>139</sup>

- 65 Sonderfälle sind:

- Der Schutz des **mittelbaren Besitzers**: Dieser hat gegenüber dem unmittelbaren Besitzer keine Besitzschutzansprüche, sondern nur gegen Dritte (vgl. § 869 BGB). Insoweit ist daher das bestehende Besitzmittlungsverhältnis einziger Maßstab und Grund für (vertragliche)

<sup>130</sup> Für eine bereicherungsrechtliche Herausgabeverpflichtung *Canaris* FS Deutsch, S. 85 ff.

<sup>131</sup> Vgl. BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861 – Caroline von Monaco.

<sup>132</sup> Vgl. BGHZ 26, 349, 352 = NJW 1958, 827 – Herrenreiter

<sup>133</sup> Vgl. BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861 – Caroline v. Monaco; *BGH* NJW 1996, 984 – Caroline v. Monaco II.

<sup>134</sup> Vgl. *BGH* NJW-RR 2016, 1136.

<sup>135</sup> Vgl. näher MünchKomm/*Rixecker* Anh. zu § 12 Rn. 275 ff.

<sup>136</sup> *BGH* NJW 2014, 2871 = JuS 2014, 1037.

<sup>137</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 II 4 f.

<sup>138</sup> Vgl. BGHZ 137, 89 = NJW 1998, 377 = JuS 1998, 459; i.E. auch *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, a.a.O., die aber nicht den Besitz selbst, sondern das Recht zum Besitz als Schutzgegenstand ansehen.

<sup>139</sup> *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, Rn. 607; krit. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 II 4 f: Es fehle jegliche subjektiv-rechtliche Grundlage. Dennoch bestehe aber ein Anspruch aus §§ 823 II, 858 BGB.

Schadensersatzansprüche des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler.<sup>140</sup> Der mittelbare Besitzer hat daher nur gegenüber Dritten Ansprüche aus § 823 I BGB.

- Der Schutz gegenüber **Mitbesitzern**: Im Verhältnis der Mitbesitzer untereinander sind Besitzschutzansprüche nach § 866 BGB im Wesentlichen ausgeschlossen. Dieser Ausschluss reduziert jedoch nicht die Ausschlussfunktion des Besitzes in diesen Fällen, sondern soll lediglich verhindern, dass im possessorischen Prozess nach §§ 861 f. BGB letztlich doch das petitorische Besitzrecht geprüft werden soll. Da aber im Schadensersatzprozess nach § 823 I BGB der Umfang der Besitzberechtigung ohnehin voll geprüft werden muss, steht § 866 BGB dem nicht entgegen. § 823 I BGB wirkt daher auch im Verhältnis zwischen Mitbesitzern.<sup>141</sup>
- Schutz des Besitzers gegen **Nutzungsbeeinträchtigungen**: Zwar ist der berechtigte Besitz wie auch das Eigentum gegen Nutzungsbeeinträchtigungen geschützt. Um jedoch einen ausufernden Schutz jeglicher wirtschaftlicher Betätigung des Besitzers unter Berufung auf § 823 I BGB zu vermeiden, ist der Besitzschutz auf solche rechtswidrige Eingriffe zu beschränken, bei denen die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache ihren Grund in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst hat.<sup>142</sup>

#### dd) Obligatorische Forderungen?

Ob auch obligatorische Forderungen sonstige Rechte i.S.v. § 823 I BGB sind, ist str.: Nach einer Mindermeinung in der Lit. kommen auch der obligatorischen Forderung ein Zuweisungsgehalt und eine Ausschlussfunktion insofern zu, als nur der wahre Gläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt ist.<sup>143</sup> Ziehe nun ein Anderer eine Forderung unberechtigterweise (wirksam) ein (vgl. z.B. § 407 BGB), so liege ein Eingriff in die **Forderungszuständigkeit** vor, der von § 823 I BGB erfasst sei. Begründet wird dies auch mit einer Parallele zur unberechtigten Veräußerung fremder Sachen (§§ 932 ff. BGB), bei der ein Eingriff in das Eigentum unstreitig bejaht wird. Jedoch sind auch nach dieser Ansicht die §§ 407, 2367 BGB hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs vorrangig; außerdem wird der *Gegenstand*, auf den sich die Forderung bezieht, nicht nach § 823 I BGB geschützt. Die Zerstörung einer gekauften Sache vor ihrer Übergabe führt also auch nach dieser Mindermeinung nicht zu einem deliktischen Schadensersatzanspruch des Käufers.

Nach h.M. besteht aber **kein Bedürfnis** für eine Ausdehnung des § 823 I BGB auf obligatorische Rechte: Diese wirkten nur im Verhältnis zwischen den Parteien und seien daher keine absoluten, mit den anderen in § 823 I BGB genannten Rechten vergleichbare Rechte. Zudem sei der Gläubiger einer Forderung bei deren unberechtigter Einziehung durch § 816 II BGB hinreichend geschützt.<sup>144</sup>

## 2. Handlung

### a) Aktives Tun und Unterlassen

Die Haftung nach § 823 I BGB setzt (unausgesprochen) voraus, dass die Rechtsgutsverletzung auf einer Handlung des Schädigers beruht. Handlung im Sinne des Deliktsrechts ist jedes menschliche Verhalten, das der Bewusstseinskontrolle und Willenslenkung grundsätzlich unterliegt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das konkrete Verhalten tatsächlich *kontrolliert* war,

<sup>140</sup> Vgl. BGHZ 32, 194, 205.

<sup>141</sup> Vgl. BGHZ 62, 243 – Lastenaufzug.

<sup>142</sup> BGH NJW 2015, 1174: Kein Anspruch des Betreibers einer Autobahnraststätte aus § 823 I BGB gestützt auf seinen berechtigten Besitz bei Einnahmeausfällen infolge der Sperrung der Zufahrt.

<sup>143</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 II 4 g m.w.N.

<sup>144</sup> Vgl. Medicus/Petersen Bürgerliches Recht, Rn. 610; Palandt/Sprau § 823 Rn. 11; Wandt GSV § 16 Rn. 95 ff.

sondern nur darauf, ob es durch den „natürlichen Willen“ *kontrollierbar* war (so dass z.B. auch das versehentliche Umwerfen einer Vase eine Handlung ist<sup>145</sup>). Ob dieser natürliche Wille rechtlich relevant ist, ist eine Frage der **Verschuldensfähigkeit**<sup>146</sup> und für die Einordnung als Handlung unerheblich, so dass auch Kleinkinder deliktsrechtlich relevante Handlungen begehen können.

- 68** Am Merkmal der Handlung fehlt es danach im Wesentlichen nur bei **vis absoluta**, bei Reflexen<sup>147</sup> und bei Schlaf oder Bewusstlosigkeit des Täters (insoweit besteht eine Parallele zum Handlungswillen bei der Willenserklärung<sup>148</sup>). In den letztgenannten Fällen ist aber zu prüfen, ob eine relevante kausale (und schuldhafte) Handlung nicht darin liegt, dass der Täter sich in den Zustand der Bewusstlosigkeit (z.B. durch Alkohol- oder Drogenkonsum) versetzt hat.
- 69** Das **Unterlassen** einer Handlung steht dem positiven Tun gleich, wenn eine **Rechtspflicht zum Handeln** bestand. Bei diesen Rechtspflichten handelt es sich um Verkehrspflichten, deren Bestehen und Verletzung also bei Unterlassungsfällen schon im Rahmen der Handlung zu prüfen sind.

### b) Verletzung von Verkehrspflichten

- 70** Die Einordnung der deliktischen Haftung als Haftung für *Fehlverhalten* („*unerlaubte Handlung*“) führt zu der Frage, wann eine rechtlich relevante Handlung in diesem Sinne fehlerhaft ist. Nach heute h.M. ist dies der Fall, wenn die Handlung gegen eine „Verkehrspflicht“ (auch: Verkehrssicherungspflicht) verstößt. Die Lehre von den Verkehrspflichten dient dabei der näheren Ausgestaltung des Begriffes der „*fahrlässigen rechtswidrigen Verletzung*“ in § 823 I BGB,<sup>149</sup> wobei ihr genauer systematischer Standort umstritten ist: Während einige Autoren sie als (richterrechtliche) **Schutzgesetze** i.S.v. § 823 II BGB einordnen wollen,<sup>150</sup> sieht die heute h.M. sie als Bestandteil des **Tatbestands des § 823 I BGB**, wo sie im **Unterlassungsfällen** im Rahmen der Handlung (rechtlich relevantes Unterlassen nur bei Verstoß gegen eine Rechtspflicht zum Handeln), bei **mittelbaren Verletzungen** im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität (Schutzzweck der Norm) angesprochen werden.<sup>151</sup>

### aa) Begründung von Verkehrspflichten

- 71** Verkehrspflichten können aus verschiedenen Gesichtspunkten entstehen; sie lassen sich mit folgender allgemeiner Formel zusammenfassen:<sup>152</sup>

*Wer eine Gefahrenquelle für geschützte Rechtsgüter oder Rechte anderer schafft, unterhält oder durch Übernahme einer gefahrbezogenen Aufgabe steuert, ist verpflichtet, alle zumutbaren und geeigneten Vorkehrungen zu treffen, damit sich die Gefahr nicht realisiert.*

- (1) Eröffnung oder Duldung eines Verkehrs (Bereichshaftung)

**72**

<sup>145</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 75 II 1 a.

<sup>146</sup> Vgl. dazu unten Rn. 141 ff.

<sup>147</sup> S. aber auch *OLG Karlsruhe NJW-RR* 2015, 1059: Schreckreaktion als (schuldlose) Handlung.

<sup>148</sup> Vgl. dazu *Grigoleit/Herresthal*, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2015, Rn. 7.

<sup>149</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 III 2 b.

<sup>150</sup> So etwa *Larenz FS Dölle*, S. 189, 193 f.; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 1996, Rn. 276; *von Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 157 ff.

<sup>151</sup> Vgl. *Medicus/Petersen Bürgerliches Recht*, Rn. 647; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 45 Rn. 46; *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 75 II 3 c (S. 368 f.); s. zum Ganzen *Raab JuS* 2002, 1041 ff.

<sup>152</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 III 3; s. auch *Medicus/Lorenz Schuldrecht II*, Rn. 1244 ff.



Derjenige, der einen „Verkehr“ (z.B. ein Grundstück oder ein Gebäude) eröffnet oder zumindest bewusst duldet, **beherrscht diesen Bereich** und ist daher zu deren Sicherung verpflichtet (sog. **Bereichshaftung**). Diejenigen, die sich – auf seine Einladung hin oder zumindest in vorhersehbarer Weise – im Gefahrenbereich aufhalten, dürfen darauf vertrauen, dass Gefahrenquellen hinreichend gesichert sind.<sup>153</sup> Grundgedanke ist danach die **Bestimmungsgewalt**, die der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über eine **Gefahrenquelle** hat; auf die Eigentumsverhältnisse kommt es dabei nicht an. Die Verkehrspflichten wegen Beherrschung einer Gefahrenquelle betreffen auch den Besitzer gefährlicher beweglicher Sachen und denjenigen, der gefährliche Sachen in Verkehr bringt (z.B. den Hersteller fehlerhafter Produkte<sup>154</sup>).

Gesetzliche Ausprägungen der Bereichshaftung finden sich in den §§ 831 I, 833, 836 f. BGB.

### (2) Übernahme einer Aufgabe (Übernahmehaftung)

Wer eine bestimmte Aufgabe übernimmt, übernimmt damit – auch gegenüber Dritten – die Verantwortung für deren **ordnungsgemäße und sorgfältige Erfüllung**.<sup>155</sup> Dadurch entstehen Verkehrspflichten des Übernehmers bezüglich der Rechtsgüter, die bei der Erfüllung dieser Aufgabe gefährdet sind (sog. **Übernahmehaftung**). Diese Haftung basiert – wie auch die Bereichshaftung – auf dem **Vertrauensgedanken**, d.h. der Übernehmer einer Aufgabe weckt beim Rechtsverkehr Vertrauen auf die ordnungsgemäße Erfüllung der übernommenen Aufgabe, so dass Andere ggfs. sogar auf eigene Vorsichtsmaßnahmen verzichten. Auf die rechtliche Wirksamkeit der Übernahme kommt es dabei nicht an, so dass die deliktische Übernahmehaftung auch dann eintreten kann, wenn der zu Grunde liegende Vertrag nichtig ist oder angefochten wurde.<sup>156</sup>

73

Gesetzliche Ausprägungen der Übernahmehaftung finden sich in §§ 831 II, 832 II, 834, 838 BGB.

### (3) Vorgegangenes gefährdendes Tun (Ingerenz)

Die Haftung für vorgegangenes gefährdendes Tun beruht – wie die Bereichshaftung – auf dem Gedanken, dass derjenige, der **eine Gefahrenquelle schafft**, für die Risiken einzustehen hat, die von ihr ausgehen. Anders als im Strafrecht kommt es im Zivilrecht nach h.M. nicht darauf an, dass das vorgegangene Tun eo ipso rechts- oder pflichtwidrig war. Vielmehr entsteht durch jedes gefährliche Tun eine entsprechende Gefahrvermeidungspflicht, auch wenn das Tun als solches erlaubt war. Zur Vermeidung einer völligen Konturlosigkeit der Ingerenzhaftung verlangt die h.M. aber, dass die geschaffene Gefahr *besonders groß* sein muss.<sup>157</sup>

74

## bb) Inhalt und Umfang von Verkehrspflichten

Der Umfang von Verkehrssicherungspflichten wird im Wesentlichen durch die folgenden (primär ökonomischen) Kriterien bestimmt:<sup>158</sup>

75

- Berechtigte **Erwartungen des Verkehrs** in die Sicherheit der jeweiligen Gefahrenquelle,
- **Wahrscheinlichkeit** eines Schadenseintritts,

<sup>153</sup> Vgl. als Beispiel etwa *OLG Stuttgart* NZV 2008, 523: Verkehrssicherungspflicht des Betreibers einer Diskothek für die Sicherheit des zugehörigen Parkplatzes.

<sup>154</sup> Vgl. dazu Übersicht Produkthaftungsrecht.

<sup>155</sup> Vgl. etwa RGZ 102, 372: Haftung eines Tierarztes für Schäden eines Metzgers, der mit der Notschlachtung eines an Milzbrand erkrankten Rindes betraut wurde, weil er (der Tierarzt) nicht für dessen ordnungsgemäße Desinfektion gesorgt hatte, so dass der Metzger schwer erkrankte.

<sup>156</sup> Vgl. MünchKomm/Wagner, § 823 Rn. 376 ff.; *BGH* NJW 1979, 1248, 1249; NJW 1989, 1094; NJW 2008, 1440, 1441 = JuS 2008, 556; *OLG Schleswig*, NJW-RR 2012, 1049.

<sup>157</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 III 3 c (S. 410 f.) m.w.N.

<sup>158</sup> Vgl. etwa *BGH* NJW 2008, 3775 f.; *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 III 4 b (S. 414).

- **Schwere** des zu erwartenden Schadens,
- **Aufwand**, der zur Sicherung erforderlich ist.

**76** Der **persönliche Schutzbereich** umfasst alle diejenigen, die bestimmungsgemäß in den Gefahrenbereich gelangen, d.h. diejenigen, die bestimmungsgemäß mit der gefährlichen Sache in Kontakt kommen bzw. diejenigen, für die der Verkehr freigegeben wurde. Gegenüber **Kindern** gelten erhöhte Anforderungen, da diese sich erfahrungsgemäß eher selbst gefährden (und daher die Wahrscheinlichkeit eines Schadens erhöht ist) und diesen gegenüber herkömmliche Sicherungsmaßnahmen (Schilder, „symbolische“, leicht überwindbare, Absperrungen) erfahrungsgemäß wirkungslos sind.

**77** Auf die subjektive **Erkennbarkeit** der maßgeblichen Umstände und die konkrete subjektive Fähigkeit zur Einhaltung der Verkehrspflicht kommt es richtigerweise erst im Rahmen des Verschuldens an.<sup>159</sup>

### cc) Übertragung der Erfüllung auf Dritte

**78** Häufig wird die Erfüllung der Verkehrspflichten auf Dritte übertragen. Fraglich ist dann zum einen die Haftung des eigentlich Pflichtigen, zum anderen die des Gehilfen:

**79** ● Der **Pflichtige** bleibt grundsätzlich verkehrssicherungspflichtig, auch wenn er die Erfüllung der Aufgabe auf einen Dritten überträgt.<sup>160</sup> Jedoch stellt sich die Einschaltung des Gehilfen bereits als teilweise Erfüllung der Verkehrspflicht dar. Er muss jedoch den Gehilfen sorgfältig ausgewählt und auch überwacht haben. Die primäre Verkehrssicherungspflicht setzt sich dann in einer **Aufsichtspflicht** fort (§ 831 BGB ist dagegen nicht unmittelbar anwendbar).<sup>161</sup> Diese Aufsichtspflicht kann sich in Bereichen, in denen stets Gefahren entstehen können (z.B. in Pressebetrieben hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts potenziell Betroffener oder in Großbetrieben) zu einer weitreichenden **Organisationspflicht** verdichten.<sup>162</sup>

Der Pflichtige haftet aber nicht gem. § 278 BGB für etwaige Versäumnisse des Übernehmers, da die Verkehrspflichten gegenüber jedermann bestehen und somit gerade keine Sonderverbindung begründen.<sup>163</sup>

**80** ● Der **Übernehmer** selbst kann zunächst aus §§ 280 I, 241 II BGB (positive Forderungsverletzung) i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter haften, wenn der Vertrag zwischen Sicherungspflichtigem und Übernehmer im Einzelfall deren Voraussetzungen erfüllt, insbesondere ein Näheverhältnis zwischen dem Übernehmer und dem Geschädigten besteht. Zudem kann er als Übernehmer einer Aufgabe **selbst Träger von Verkehrspflichten** sein, soweit er Vertrauen für die ordnungsgemäße Erfüllung in Anspruch nimmt und der eigentlich Sicherungspflichtige daher auf weitere Sicherungsmaßnahmen verzichtet (Übernahmehaftung).<sup>164</sup> Dies ist aber regelmäßig nur dann der Fall,

---

<sup>159</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 III 7 a; *Medicus/Petersen Bürgerliches Recht* Rn. 659; *Riehm FS Canaris* Bd. 1, S. 1079, 1101; a.A. *MünchKomm/Wagner § 823* Rn. 309 ff., der die Verschuldensprüfung vollständig in die Prüfung der Verkehrspflichtverletzung integriert.

<sup>160</sup> Vgl. *OLG Stuttgart NZV* 2008, 523 f.; *Medicus/Petersen Bürgerliches Recht*, Rn. 656.

<sup>161</sup> Vgl. *BGH NJW* 2008, 1440 = *JuS* 2008, 556.

<sup>162</sup> Vgl. *BGH NJW* 1980, 2810.

<sup>163</sup> Vgl. *Medicus/Petersen Bürgerliches Recht*, Rn. 656; *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 III 5 c.

<sup>164</sup> Vgl. *Medicus/Petersen Bürgerliches Recht*, Rn. 658; auf die Wirksamkeit des Vertrages, aufgrund dessen die Verkehrssicherungspflicht übernommen wird, kommt es dabei nach allgemeinen Grundsätzen nicht an, vgl. *OLG Schleswig, NJW-RR* 2012, 1049 und oben Rn. 73.

wenn der Übernehmer als selbständiger Unternehmer agiert; Organe und Angestellte des eigentlich Pflichtigen trifft dagegen grundsätzlich keine eigene Übernahmehaftung.<sup>165</sup>

#### dd) Fallgruppen

Wichtige Fallgruppen von Verkehrssicherungspflichten sind:

- **Streupflicht:** Grundsätzlich ergibt sich für den Privatbürger keine Streupflicht aus § 823 I BGB für den Bürgersteig vor seinem Grundstück, sofern dieser nicht zu seinem Eigentum gehört und auch sonst keine von ihm (sondern nur von der Gemeinde) beherrschte Gefahrenquelle ist.<sup>166</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn z.B. ein Gastwirt gerade den öffentlichen Gehsteig nutzt, um Kunden anzulocken bzw. in seinen Betrieb zu führen.<sup>167</sup> Eine *allgemeine* Streupflicht kann sich aber aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben (die dann Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB sind). **81**
- **Sicherung von Baustellen:** Grundsätzlich sind Baustellen in einer Weise abzusichern, dass von ihr keine Gefahren ausgehen. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass Kinder in der Baustelle spielen (nahegelegener Spielplatz, Erfahrungen, besonderer Anreiz), so sind Sicherungsmaßnahmen zu treffen, die auch Kinder effektiv (und nicht nur symbolisch) vom Spielen im Gefahrenbereich abhalten können. Die Haftung hieraus trifft den Bauleiter.<sup>168</sup> **82**
- **Straßenunterhalt:** Straßen müssen allgemein den Sicherheitszustand haben, den der Verkehr nach der Art der Straße und deren Widmung erwarten kann. Danach gelten für Autobahnen selbstverständlich höhere Sicherheitsanforderungen als für Waldwege.<sup>169</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Verkehrssicherungspflicht für Straßen eine **privatrechtliche** Verpflichtung ist, die aus § 823 I BGB folgt; daher kommen nach h.M. bei einer Verletzung keine Amtshaftungsansprüche aus § 839 BGB in Betracht, sondern ausschließlich Ansprüche aus dem allgemeinen Deliktsrecht.<sup>170</sup> **83**

### 3. Haftungsbegründende Kausalität

Die Handlung des Anspruchsgegners muss kausal für die eingetretene Rechtsgutsverletzung gewesen sein (haftungsbegründende Kausalität). Dies erfordert nicht nur die rein naturwissenschaftliche Kausalität, sondern daneben auch die wertende Zurechnung des Erfolges zur Handlung, da andernfalls eine unerträgliche Erweiterung der Haftung einträte. **84**

Herkömmlicherweise werden drei Stufen der Zurechnung unterschieden: **85**

1. Äquivalenzformel
2. Adäquanzformel
3. Schutzzweck der Norm

<sup>165</sup> Vgl. *BGH NJW* 1987, 2510, 2511.

<sup>166</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 224.

<sup>167</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 76 III 4 a.

<sup>168</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 187, 191 ff.

<sup>169</sup> Vgl. *Medicus/Lorenz Schuldrecht II*, Rn. 1249.

<sup>170</sup> Vgl. näher *Grigoleit/Riehm*, *Schuldrecht IV*, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

### a) Äquivalenzformel

- 86 Nach der sog. Äquivalenzformel<sup>171</sup> ist eine Handlung kausal für einen bestimmten Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere (**Conditio-sine-qua-non-Formel**). Diese Formel bedarf jedoch in Sonderfällen der Korrektur:
- 87
- Besteht die Handlung in einem pflichtwidrigen **Unterlassen**, so ist sie kausal, wenn die geschuldete Handlung nicht *hinzugedacht* werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere.<sup>172</sup>
- 88
- Bei Fällen der **Doppelkausalität**, wenn also zwei Ereignisse den Schaden in einer Weise verursacht haben, dass auch jedes Ereignis für sich alleine kausal gewesen wäre (Bsp.: Zwei Täter geben unabhängig voneinander je eine tödliche Dosis Gift in die Suppe des Opfers), muss zur Vermeidung von Haftungslücken eine normative Korrektur der Conditio-sine-qua-non-Formel erfolgen. Danach liegt Kausalität im Sinne der Äquivalenzformel schon dann vor, wenn die beiden Ereignisse zwar nicht alternativ, aber doch kumulativ nicht hinweggedacht werden könnten, ohne dass der Erfolg entfiere. Dies wird damit gerechtfertigt, dass der eine Schädiger nicht durch das rechtswidrige Handeln eines anderen entlastet werden darf.<sup>173</sup>
- 89
- In den Fällen der **kumulativen Kausalität (Gesamtkausalität)** waren zwei Ereignisse in der Weise kausal, dass nicht jede für sich, sondern nur ihr Zusammenwirken die Rechtsgutsverletzung verursacht hat (Bsp.: Zwei Täter geben unabhängig voneinander je eine nicht-tödliche Dosis Gift in die Suppe des Opfers; die Summe beider Dosen ist tödlich). Hier führt die Äquivalenzformel ohne Korrekturen zum richtigen Ergebnis (Kausalität *beider* Tatbeiträge), denn für jeden Tatbeitrag gilt, dass er nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere.<sup>174</sup> Der Umstand, dass für den Eintritt des Verletzungserfolgs ein weiterer Kausalbeitrag erforderlich war (sog. **mittelbare Verletzung**), lässt die Zurechnung nicht entfallen.<sup>175</sup> Beide Täter haften dann als Nebentäter (§ 840 BGB).<sup>176</sup>
- 90
- Ist unklar, wer von **mehreren potenziellen Schädigern** die tatsächlich kausale Handlung vorgenommen hat (z.B. bei Steinwürfen aus einer Gruppe heraus, von denen einer das Opfer verletzt, ohne dass der Werfer gerade des verletzenden Steines festgestellt werden kann), so kommt eine Haftung aller potenziellen sog. Alternativtäter aus § 830 I 2 BGB in Betracht.<sup>177</sup>
- 91 Die Äquivalenzformel **genügt jedoch alleine nicht**, um den Kreis der haftungsrelevanten kausalen Handlungen sinnvoll zu umschreiben. Denn im Sinne der „conditio sine qua non“ ist nicht nur die Handlung des Schädigers kausal, sondern auch die Herstellung einer etwa beteiligten Sache (z.B. Waffe) oder die Zeugung des Schädigers und sogar das Verhalten des Opfers selbst: Denn wenn das Opfer sich zur Zeit der Rechtsgutsverletzung an einem anderen Ort aufgehalten oder sich anders verhalten hätte, wäre die Rechtsgutsverletzung auch nicht eingetreten. Daher

---

<sup>171</sup> Die Bezeichnung geht darauf zurück, dass nach dieser Lehre alle (auch noch so entfernten) Ursachen einer Rechtsgutsverletzung gleichwertig sind.

<sup>172</sup> Vgl. BGHZ 34, 206, 215 = NJW 1961, 868; BGHZ 61, 118, 120 = NJW 1973, 1688; BGHZ 64, 46, 51 = NJW 1975, 824; BGH NJW 1990, 2126; NJW 2003, 296.

<sup>173</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg Vor § 249 Rn. 34.

<sup>174</sup> Eine andere Frage ist, ob sich das Verschulden jeweils auf die schließlich eingetretene Rechtsfolge bezogen hat.

<sup>175</sup> Vgl. unten Rn. 103.

<sup>176</sup> Vgl. dazu unten Rn. 207.

<sup>177</sup> Vgl. dazu unten Rn. 215 ff.

besteht Einigkeit, dass die Äquivalenzformel nur einen **Negativfilter** darstellt, der eine erste Begrenzung der potenziell haftungsrelevanten Handlungen leistet.<sup>178</sup> Darüber hinaus sind aber weitere wesentliche Einschränkungen nötig, die mit Hilfe der Adäquanzformel und (vor allem) mit der Lehre vom Schutzzweck der Norm erfolgen.

### b) Adäquanzformel

Die Adäquanzformel schränkt die deliktsrechtlich relevanten Handlungen dadurch ein, dass der Erfolg nur einer solchen Handlung zugerechnet werden kann, die vom Standpunkt eines optimalen Beobachters und nach den nur dem Handelnden bekannten Umständen **generell geeignet** ist, diesen Erfolg herbeizuführen. Eine Handlung ist m.a.W. nur dann keine adäquate Ursache des Erfolges, wenn die Verursachung nur unter ganz eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des Erfolges geeignet war.<sup>179</sup> Der Erfolg darf also **nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit** liegen.<sup>180</sup>

92

Die Adäquanzformel wird jedoch in den folgenden Fällen **nicht angewendet**:

93

- Bei Fällen der **Gefährdungshaftung**, da es gerade der Sinn der Gefährdungshaftungstatbestände ist, auch bei außergewöhnlichen, unvorhersehbaren Schäden einen Ersatzanspruch zu gewähren.<sup>181</sup>
- Bei **Vorsatztaten**, wenn der Schädiger gerade den unwahrscheinlichen Erfolg gewollt hat.<sup>182</sup>
- Wenn der **Schutzzweck der verletzten Norm** ausnahmsweise die Haftung auch für völlig unwahrscheinliche Schäden gebietet.<sup>183</sup>

Diese Einschränkungen der Adäquanzformel zeigen jedoch zugleich, dass ihr keine wesentliche Bedeutung für die Zurechnung des Verletzungserfolges zukommt. Ihre Bedeutung als Eingrenzungskriterium wird in der neueren Lit. daher immer mehr angezweifelt.<sup>184</sup> Die Unwahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes alleine ist kein taugliches Merkmal, um eine Haftung auszuschließen. Vielmehr zeigen die eben angeführten Ausnahmen, dass die Zurechnung im Einzelfall davon abhängt, ob der **Schutzzweck der verletzten Norm** die Haftung für außergewöhnliche Schäden erfordert. Damit erweist sich aber, dass es letztlich allein der Schutzzweck der verletzten Norm ist, der über den Haftungsumfang entscheidet, nicht aber das Adäquanzkriterium. Der berechtigte Kern der Adäquanzformel liegt danach lediglich in der (widerleglichen) Annahme, dass Schäden, die außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen, typischerweise nicht vom Schutzzweck der (Verschuldenshaftungs-)Norm umfasst sind.<sup>185</sup>

94

### c) Schutzzweck der Norm

Die erste Einschränkung der kausalen Tatbeiträge durch die Äquivalenz- und die Adäquanzformel genügt noch nicht, um die tatsächlich haftungsrelevanten Handlungen zu ermitteln; denn

95

<sup>178</sup> Vgl. nur MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 104 ff. m.w.N.

<sup>179</sup> Vgl. BGHZ 137, 11, 19 = NJW 1998, 138, 140.

<sup>180</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg Vor § 249 Rn. 26 ff.; RGZ 152, 401.

<sup>181</sup> Vgl. BGHZ 79, 259 = NJW 1981, 983; BGHZ 115, 84 = NJW 1991, 2568; s. dazu näher *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 8: „Sauerei“.

<sup>182</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 1381; a.A. MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 113.

<sup>183</sup> Vgl. BGH NJW 1982, 572, 573: Haftung des Notars für einen – zwischenzeitlich geheilten – Beurkundungsfehler, wenn ein Gericht die Heilung verkannt und deswegen zu Lasten des Geschädigten entschieden hat.

<sup>184</sup> Vgl. etwa MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 116 f. mit Nachw.

<sup>185</sup> So auch MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 117 ff.; a.A. Palandt/Grüneberg Vor § 249 Rn. 28.

die Zahl der äquivalent kausalen Verursachungsbeiträge ist unendlich,<sup>186</sup> und viele davon sind „generell geeignet, den Erfolg herbeizuführen“ (im Sinne der Adäquanzformel). Das zentrale Kriterium zur Beschränkung der haftungsrelevanten Tatsachen ist daher in normativen Erwägungen zu suchen, d.h. in spezifisch rechtlichen, nicht naturwissenschaftlichen Zurechnungskriterien, dem sog. **Schutzzweck der Norm**. Im Rahmen des § 823 I BGB ist das zentrale normative Zurechnungskriterium der spezifische Zusammenhang zwischen der Verletzung einer Verkehrspflicht und der Rechtsgutsverletzung.

Dabei ist zu differenzieren:

- 96 ● **Unmittelbare Verletzungen** der erfassten Rechtsgüter – d.h. solche, bei denen kein weiterer Kausalbeitrag zwischen die Handlung des Schädigers und die Rechtsgutsverletzung tritt (Bsp.: Faustschlag ins Gesicht, Diebstahl einer Sache) – sind vom Schutzzweck des § 823 I BGB grundsätzlich immer umfasst. Die gesonderte Prüfung einer etwaigen Verkehrspflichtverletzung erübrigt sich in aller Regel.
- 97 ● **Mittelbare Verletzungen** – d.h. solche, bei denen der Täter nur eine *Gefahr* geschaffen hat, die sich erst aufgrund anderer Kausalbeiträge (des Verletzten, eines Dritten oder durch äußere Umstände) verwirklicht hat<sup>187</sup> – sind vom Schutzzweck des § 823 I BGB nur dann erfasst, wenn die Rechtsgutsverletzung auf ein vom Täter geschaffenes unerlaubtes Risiko zurückgeht (Gegensatz: Allgemeines Lebensrisiko, „Schicksal“). Das ist der Fall, wenn der Täter die Gefahr im Widerspruch zu einer **Verkehrspflicht** geschaffen hat.<sup>188</sup> Daher ist im Rahmen des Schutzzwecks der Norm zu prüfen, ob
- den Täter eine Verkehrspflicht getroffen hat,<sup>189</sup>
  - er diese verletzt hat,
  - die verletzte Verkehrspflicht gerade dem Schutz vor derartigen Rechtsgutsverletzungen dient.<sup>190</sup>

#### d) Einzelfragen

- 98 Um das Problem der Kausalität ranken sich einige Standardprobleme, von denen die meisten sowohl bei der haftungsbegründenden als auch bei der haftungsausfüllenden Kausalität<sup>191</sup> auftreten können.

#### aa) Besondere Schadensanlagen

- 99 Besondere Schadensanlagen des Opfers (z.B. Bluterkrankheit) schließen die Zurechnung nicht grundsätzlich aus.<sup>192</sup> Der Schädiger haftet also auch für Rechtsgutsverletzungen, die erst aufgrund **einer besonderen Disposition des Geschädigten** eingetreten oder besonders gravierend ausgefallen sind. Eine Grenze findet die Zurechnung erst bei völlig unvorhersehbaren Schadensanlagen (Adäquanz!), z.B. wenn der Geschädigte eines harmlosen Verkehrsunfalls infolge der Aufregung und der Diskussion mit dem Schädiger einen Schlaganfall erleidet.<sup>193</sup>

---

<sup>186</sup> Vgl. soeben Rn. 91.

<sup>187</sup> Vgl. MünchKomm/Wagner § 823 Rn. 22; s. auch ebd. Rn. 7 zu weiteren Versuchen der Abgrenzung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Rechtsgutsverletzungen.

<sup>188</sup> Vgl. Medicus/Petersen Bürgerliches Recht, Rn. 642 f.; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 III 1 c.

<sup>189</sup> Vgl. dazu eingehend oben Rn. 72 ff.

<sup>190</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 76 III 6 a (S. 423 ff.).

<sup>191</sup> Vgl. dazu näher Übersicht Schadensrecht.

<sup>192</sup> Vgl. MünchKomm/Oetker § 249 Rn. 138 ff.

<sup>193</sup> Vgl. BGHZ 107, 359, 364 ff. = NJW 1989, 2616

**bb) Psychisch vermittelte Kausalität**

Auch der Umstand, dass die Kausalität lediglich **psychisch vermittelt** wurde, schließt die Zurechnung nicht aus.<sup>194</sup> Hinsichtlich einer besonderen psychischen Empfindlichkeit des Opfers gilt nichts anderes als sonst bei besonderen Schadensanlagen. Allerdings schränkt die Rechtsprechung die Zurechnung in zwei Fällen ein: **100**

- Bei den sog. **Schockschäden**, d.h. Gesundheitsbeeinträchtigungen durch den Schock, den ein Dritter infolge der Nachricht von dem Primärereignis (oder infolge des Miterlebens) erleidet, begrenzt die h.M. die Haftung nach dem Schutzzweck der Norm: Einerseits sollen Schockschäden nur bei **Angehörigen** zurechenbar sein, um eine Umgehung der §§ 844, 845 BGB zu vermeiden;<sup>195</sup> nach der zutreffenden Gegenansicht kommt es indessen allein auf das persönliche Näheverhältnis bzw. auf die emotionale Bindung an.<sup>196</sup> Bloße Zeugen, die am Unfallgeschehen nicht unmittelbar beteiligt sind, sind nach der Rechtsprechung jedoch nicht vom Schutzzweck des § 823 I BGB umfasst.<sup>197</sup> **101**

Zudem muss der Schock als Reaktion auf das Primärereignis **verständlich** sein; eine Überempfindlichkeit gegen unerfreuliche Ereignisse darf nicht zu Lasten des Schädigers gehen. Das Primärereignis muss daher auch von **erheblichem Gewicht** sein (typischerweise der Tod oder die schwere Verletzung einer nahestehenden Person; nicht: Tod eines Haustiers oder bloße Sachschäden).<sup>198</sup>

Zu beachten ist schließlich, dass der *BGH* ein **Mitverschulden des primär Geschädigten** nach §§ 254, 242 BGB auch dem Angehörigen, der den Schockschaden erlitten hat, zurechnet und damit dessen Anspruch kürzt.<sup>199</sup>

- Auch **psychische Folgeschäden** (z.B. posttraumatische Belastungsstörung) eines Primärereignisses sind grundsätzlich vom Schutzzweck des § 823 I BGB umfasst.<sup>200</sup> Allerdings schränkt auch hier die Rechtsprechung die Zurechnung ein, indem sie bei einer sog. **Rentenneurose** (Begehrensneurose) die Haftung ablehnt, wenn also der Geschädigte den Unfall in dem neurotischen Streben nach Versorgung und Sicherheit lediglich zum Anlass nimmt, den Schwierigkeiten und Belastungen des Erwerbslebens auszuweichen.<sup>201</sup> **102**

**cc) Dazwischentreten Dritter/Unterbrechung des Kausalzusammenhanges**

Der Umstand, dass zum Tatbeitrag des Täters noch ein weiterer Beitrag eines Dritten kommen musste, um die Rechtsgutsverletzung eintreten zu lassen, steht einer Zurechnung zum Ersttäter nicht grundsätzlich entgegen. Das gilt selbst dann, wenn die Rechtsgutsverletzung – neben der Verkehrspflichtverletzung des Täters – auf dem *vorsätzlichen* Verhalten Dritter beruht. Der Schutzzweck des § 823 I BGB umfasst aber nur die Schäden, die auf das **spezifische, vom Schädiger gesetzte Risiko** zurückgehen, nicht dagegen das **allgemeine Lebensrisiko**. **103**

<sup>194</sup> Vgl. zum Problem der psychisch vermittelten Kausalität eingehend *Medicus* JuS 2005, 289 ff.

<sup>195</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg* Vor § 249 Rn. 40; s. auch *Armbrüster* JuS 2007, 605, 608.

<sup>196</sup> Vgl. MünchKomm/*Oetker*, § 249 Rn. 153.

<sup>197</sup> Vgl. BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764; a.A. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 II 1 e (S. 381).

<sup>198</sup> MünchKomm/*Oetker*, § 249 Rn. 155.

<sup>199</sup> Vgl. BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883.

<sup>200</sup> Vgl. BGHZ 132, 241 = NJW 1996, 2425: Chronifizierte psychosomatische Schmerzkrankheit als Folge einer psychischen Fehlverarbeitung des Unfalls; s. auch *BGH* NJW 2000, 862.

<sup>201</sup> Vgl. BGHZ 20, 137 = NJW 1956, 1108; *BGH* NJW 1965, 2293; NJW 1979, 1935; *BGH* v. 10.07.2012 – VI ZR 127/11; s. auch *Armbrüster* JuS 2007, 605, 607.

So haftet z.B. der Verursacher eines Verkehrsunfalls auch für die Schäden aus Auffahrunfällen, die sich im Anschluss ereignen, für die Folgen eines im Rahmen des üblichen Klinikrisikos liegenden Behandlungsfehlers des Arztes,<sup>202</sup> oder auch für einen weiteren Unfall während der „Blaulichtfahrt“ des Opfers ins Krankenhaus<sup>203</sup>. Eine Haftung tritt auch ein, wenn der Schädiger die vorsätzliche Schädigung durch einen Dritten durch den Abbau von Sicherungen oder die Herbeiführung einer Gefahrenlage erheblich begünstigt oder erleichtert hat.<sup>204</sup> In diesen Fällen haften Erst- und Zweitschädiger für den „Zweitschaden“ gesamtschuldnerisch (§ 840 BGB).

Dagegen ist die Zurechnung für schwere, außergewöhnliche Behandlungsfehler ebenso ausgeschlossen wie für Verletzungen, die sich der Geschädigte bei einem (weiteren) Unfall auf dem Heimweg aus dem Krankenhaus zuzieht.<sup>205</sup> Gleiches gilt, wenn die Rechtsgutsverletzung auf eine **neue, selbständige Gefahrenlage** zurückgeht, die durch den Dritten gesetzt wurde und im bisherigen Geschehensablauf noch nicht angelegt war, z.B. wenn nach einem Verkehrsunfall andere Autofahrer dem entstandenen Stau über den Grünstreifen ausweichen und diesen beschädigen.<sup>206</sup>

#### dd) Herausforderungsfälle/Rettungsfälle

- 104** Als **Herausforderungsfälle**<sup>207</sup> bezeichnet man Konstellationen, in denen der Verletzte durch den Täter dazu herausgefordert wurde, sich selbst in Gefahr zu bringen bzw. zu verletzen (z.B. ein Polizist verletzt sich während der Verfolgung eines flüchtenden Einbrechers; ein Feuerwehrmann verletzt sich beim Löschen eines vom Täter gelegten Brandes). Ähnlich liegen die sog. **Rettungsfälle**, in denen der Verletzte bei dem Versuch verletzt wird, den „Täter“ aus einer – realen oder auch nur vermeintlichen – Gefahr zu retten (z.B. ein Retter verletzt sich bei einer Suchaktion im Gebirge, die ausgelöst wurde, weil ein Bergsteiger spontan in einen anderen Ort abgestiegen ist und an seinem Ausgangsort vermisst wurde<sup>208</sup>).
- 105** In beiden Fällen schließt die Selbstgefährdung des Verletzten die Zurechnung nicht aus; nach der Rechtsprechung sind Rechtsgutsverletzungen unter folgenden Voraussetzungen vom Schutzzweck des § 823 I BGB umfasst:<sup>209</sup>
- Der Erstverursacher muss beim Verletzten „eine wenigstens im Ansatz **billigenswerte Motivationslage**“ hervorgerufen haben.<sup>210</sup> Dies ist z.B. bei Polizisten, die sich bei der Verfolgung Verdächtiger verletzen, gegeben, wenn die Voraussetzungen eines Festnahmerechts nach § 127 StPO vorliegen (d.h. der bloße Verdacht einer Straftat genügt insoweit). Im Übrigen ist zu prüfen, ob die Reaktion des Verletzten auf das Verhalten des Schädigers objektiv verständlich war.<sup>211</sup>

---

<sup>202</sup> Vgl. *OLG Koblenz* NJW 2008, 3006; *Wertenbruch* NJW 2008, 2962 ff.

<sup>203</sup> Vgl. *MünchKomm/Oetker* § 249 Rn. 158; *Armbrüster* JuS 2007, 605, 606 f.

<sup>204</sup> Vgl. *BGH* NJW 1997, 865: Haftung des Unfallverursachers für den Diebstahl von Geldkoffern aus einem verunglückten Geldtransporter.

<sup>205</sup> Vgl. *MünchKomm/Oetker* § 249 Rn. 158.

<sup>206</sup> Vgl. *BGHZ* 58, 162 = NJW 1972, 904; *MünchKomm/Oetker* § 249 Rn. 159 f.; a.A. *Palandt/Grüneberg* Vor § 249 Rn. 49.

<sup>207</sup> Vgl. dazu auch *Armbrüster* JuS 2007, 605, 607 sowie eingehend *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 7: „Auf der Flucht“.

<sup>208</sup> Vgl. *Medicus* JuS 2005, 292.

<sup>209</sup> Vgl. als Beispiel *OLG Saarbrücken* NJW 2012, 324.

<sup>210</sup> Vgl. *BGH* NJW 1978, 421.

<sup>211</sup> Vgl. auch *BGH* NJW 2002, 2232: Zurechnung der Verletzung bei einem Sprung aus dem Fenster auf der Flucht vor einem gewalttätigen Eindringling in der Wohnung.



- Der Zweck der Verfolgung muss das Verfolgungsrisiko rechtfertigen, das der Verfolger eingegangen ist (**Verhältnismäßigkeit**).
- In der Verletzung muss sich gerade das **besondere Verfolgungsrisiko** realisiert haben, d.h. kein allgemeines Lebensrisiko, das sich auch unabhängig von der besonderen, vom Erstverursacher zu verantwortenden Gefahrenlage realisiert haben könnte (gegeben z.B. bei Unfällen infolge verfolgungsbedingter überhöhter Geschwindigkeit).

In allen Fällen bleibt zu prüfen, ob der Verletzte durch seine Verfolgungsreaktion nicht selbst fahrlässig gehandelt hat und seine Ansprüche daher wegen Mitverschuldens zu kürzen sind.

Beispiel: OLG Saarbrücken, NJW 2012, 324

Hypothetische Kausalverläufe

Fraglich ist die Zurechnung, wenn der Schaden später aufgrund eines **anderen Ereignisses** genauso eingetreten wäre. Schulbeispiel ist die Zerstörung einer Fensterscheibe, die bald darauf ohnehin einer Explosion in der Nähe zum Opfer gefallen wäre. Die Behandlung derartiger hypothetischer Kausalverläufe ist im BGB nicht einheitlich: In §§ 287 S. 2, 848 BGB werden sie jeweils zu Gunsten des Schädigers berücksichtigt, in § 844 I BGB nicht. Teleologisch spricht *für* die Berücksichtigung, dass der Ersatz eines ohnehin unausweichlichen Schadens dem Geschädigten ein Zufallsgeschenk gewährt; *dagegen* spricht, dass der Schaden nun einmal tatsächlich vom Schädiger verursacht wurde und beliebige hypothetische Kausalverläufe denkbar sind, die dem Schädiger als Ausrede dienen können.

106

Die h.M. unterscheidet folgende Fallgruppen:<sup>212</sup>

- War der Schaden **schon in der später beschädigten Sache angelegt** (sog. „**überholende Kausalität**“), so fällt der Schaden entsprechend niedrig aus, weil die Sache von vornherein entwertet war (z.B. Zerstörung eines baufälligen Hauses, das bald eingestürzt wäre). Die Reserveursache (Baufälligkeit) bleibt hier i.E. also **stets beachtlich**, indem sie den Schaden letztlich reduziert. 107
- Wenn dem Geschädigten aus dem zweiten Schadensereignis ein **Ersatzanspruch gegen einen Dritten** entstanden wäre (also insbesondere bei hypothetischer schuldhafter Zerstörung der Sache durch einen Dritten), bleibt die Reserveursache unbeachtlich. Denn der zweite Schädiger kann sich mit Erfolg darauf berufen, dass seine Handlung nicht mehr ursächlich für die Rechtsgutsverletzung war. Eine Berücksichtigung der Reserveursache zur Entlastung des Erstschädigers würde also dazu führen, dass der Geschädigte letztlich leer ausgeht, weil auch der Anspruch gegen den Zweitschädiger mangels haftungsbegründender Kausalität nicht besteht.<sup>213</sup> 108
- Liegt keiner der genannten Fälle vor, so differenziert die h.M.: 109
  - Hinsichtlich des **Objektschadens**,<sup>214</sup> d.h. des Schadens am unmittelbar verletzten Objekt (z.B. die zerstörte Fensterscheibe) ist die Schadensberechnung unmittelbar im Zeitpunkt des Schadenseintritts vorzunehmen. In diesem Zeitpunkt bestand der Schaden zweifellos, und es ist kein Grund ersichtlich, warum eine spätere Reserveursache – die ja mangels haftungsbegründender Kausalität nicht zu einem Schadensersatzanspruch führt, weil sie die Zerstörung nicht mehr herbeiführen konnte – zum Wegfall führen sollte.

<sup>212</sup> Vgl. *Armbrüster JuS* 2007, 605 f.

<sup>213</sup> Vgl. dazu näher *Staudinger/Schiemann*, 2017, § 249 Rn. 95 ff.

<sup>214</sup> Vgl. so die Terminologie von *Larenz Schuldrecht I*, § 30 I, S. 525; *Medicus/Petersen Bürgerliches Recht*, Rn. 851 a.E. spricht vom unmittelbaren Schaden.

- Der **Vermögensfolgeschaden**,<sup>215</sup> d.h. der Schaden, der an weiteren Rechtsgütern des Geschädigten eintritt (z.B. erhöhte Heizkosten wegen des zerstörten Fensters), ist dagegen grundsätzlich nur bis zum Eintreten der Ersatzursache zu ersetzen, da ab diesem Zeitpunkt die Fensterscheibe auch nach der hypothetischen Betrachtung ohne die Pflichtverletzung der Schädigers zerstört gewesen wäre, die weiteren Schäden also in jedem Fall eingetreten wären.<sup>216</sup> Hier ist die Reserveursache i.E. also grundsätzlich beachtlich.<sup>217</sup>

### ee) Rechtmäßiges Alternativverhalten

- 110** Eng verwandt mit der Behandlung hypothetischer Kausalverläufe ist die Fallgruppe des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hier geht es um Konstellationen, in denen der Schädiger zwar rechtswidrig gehandelt hat, die gleiche Rechtsgutsverletzung aber auch **in rechtmäßiger Weise hätte herbeiführen können**, z.B. wenn ein Arzt nach einer unzureichenden Aufklärung und einem anschließend sich realisierenden Behandlungsrisiko behauptet, der Patient hätte auch bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung über das Risiko in die Operation eingewilligt. Ein anderes Beispiel ist der Arbeitnehmer, der eine neue Stelle nicht antritt, so dass der Arbeitgeber eine Annonce aufgeben muss; der Arbeitnehmer hätte aber auch in der Probezeit mit kurzer Frist kündigen können.
- 111** Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens wird von der h.M. grundsätzlich anerkannt, d.h. **die Zurechnung in der Regel ausgeschlossen**, weil es an einem spezifischen Zusammenhang zwischen der Rechtswidrigkeit des Täterhandelns und der eingetretenen Rechtsgutsverletzung fehlt, wenn der gleiche Schaden auch in rechtmäßiger Weise hätte herbeigeführt werden können.<sup>218</sup> Im obigen Beispiel aus dem Arzthaftungsrecht hat die Rechtsprechung daher die Zurechnung abgelehnt, sofern der Arzt *beweisen* kann, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte.<sup>219</sup> Im arbeitsrechtlichen Beispiel schützen die Pflichten zur Arbeitsleistung und zur Einhaltung der Kündigungsfristen ebenso wie die Pflicht zur Vertragstreue nur davor, dass der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist arbeitet. Es besteht aber grundsätzlich keine Pflicht, die Kündigung zu unterlassen. Ersatzfähig ist danach nur der Schaden, der dadurch entstanden ist, dass bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht gearbeitet wurde (sog. **Verfrühungsschaden**), der regelmäßig die Inseratskosten nicht erfasst.<sup>220</sup>
- 112** **Ausnahmsweise** gebietet aber der Schutzzweck der verletzten Norm, den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zu beachten. So hat die Rechtsprechung den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens etwa zurückgewiesen, wenn ein Notar bei einem Grundstückskauf eine Fälligkeitsbestätigung fälschlicherweise vor Eintragung der Auflassungsvormerkung erteilt hat (woraufhin der Käufer den Kaufpreis als ungesicherte Vorleistung bezahlt hat), und sich dann darauf beruft, dass er den früheren Eintritt der Fälligkeit hätte korrekt herbeiführen können.<sup>221</sup> Auch bei der Verletzung **wesentlicher Verfahrensnormen** durch Behörden lässt die Rechtsprechung im Rahmen der Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG den Einwand

<sup>215</sup> *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, Rn. 851 a.E.: Mittelbarer Schaden.

<sup>216</sup> Vgl. dazu *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

<sup>217</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, Rn. 851.

<sup>218</sup> Vgl. BGHZ 96, 157 = NJW 1986, 576; BGHZ 120, 281 = NJW 1993, 520; Palandt/*Grüneberg* Vor § 249 Rn. 64 ff.; BeckOK/*Flume*, 1.11.2016, § 249 Rn. 333 ff.; MünchKomm/*Oetker* § 249 Rn. 217ff. m.w.N.

<sup>219</sup> Vgl. *BGH* NJW 1980, 1333, 1334; BGHZ 90, 103, 110 = NJW 1984, 1397; *BGH* NJW 1992, 2351, 2353.

<sup>220</sup> So zutr. *BAG* NJW 1981, 2430; a.A. früher *BAG* NJW 1970, 1469, weil sonst der Vertragsbruch weitgehend sanktionslos bleiben würde.

<sup>221</sup> Vgl. BGHZ 96, 157, 173 = NJW 1986, 576.

nicht zu, die Behörde hätte das gleiche Ergebnis auch in verfahrenordnungsgemäßer Weise erzielen können; denn andernfalls würden diese Verfahrensnormen haftungsrechtlich leerlaufen.<sup>222</sup>

In jedem Fall trägt der Schädiger die **Beweislast** für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens. Die bloße *Möglichkeit* des Schadenseintritts bei rechtmäßigem Verhalten genügt dabei nicht, um den Schädiger zu entlasten; er muss vielmehr zur Überzeugung des Gerichts nachweisen, dass der Schaden *tatsächlich* bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre.<sup>223</sup>

113

#### ff) Freiwillige Selbstgefährdung/Handeln auf eigene Gefahr

Äußerst problematisch und umstritten sind die Fälle der freiwilligen Selbstgefährdung bzw. des Handelns auf eigene Gefahr. Dies bezeichnet Konstellationen, in denen sich der Geschädigte selbst **freiwillig einer vom Schädiger gesetzten Gefahr ausgesetzt** hat, die sich schließlich realisiert hat. Beispiele sind der Mitfahrer im Auto, der Reiter eines fremden Pferdes oder auch der Teilnehmer an einer gefährlichen Sportart (z.B. Boxen oder Fußball).

114

Insoweit besteht heute allerdings Einigkeit, dass es sich regelmäßig nicht um eine **Frage der normativen Zurechnung** auf der Ebene der Kausalität handelt.<sup>224</sup> Auch eine Behandlung als **rechtsgeschäftliche Einwilligung** in die Rechtsgutsverletzung, also auf Rechtfertigungsebene, wird heute nicht mehr befürwortet. Denn die Lösung im Rahmen der Kausalität oder der Rechtswidrigkeit kann nur zu einer „Alles-oder-Nichts“-Lösung führen, bei der die Haftung nur im Ganzen bejaht oder verneint werden kann. Vorzugswürdig ist demgegenüber eine flexible Lösung, die eine proportionale Behandlung je nach dem jeweiligen Verursachungsanteil erlaubt. Daher verortet die heute h.M. die Fälle der freiwilligen Selbstgefährdung beim **Mitverschulden** (§ 254 I BGB);<sup>225</sup> auf der Ebene der Kausalität (Schutzzweck der Norm) wird die Zurechnung zum Schädiger dafür bejaht.<sup>226</sup>

#### 4. Rechtswidrigkeit

Verletzungen der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter verpflichten nur dann zum Schadenersatz, wenn sie auch rechtswidrig sind, d.h. mit der geltenden Rechtsordnung nicht in Einklang stehen. Die Rechtswidrigkeit ist dabei nach der traditionellen h.M. durch das Vorliegen einer Rechtsgutsverletzung **indiziert** (Lehre vom **Erfolgsunrecht**) und nur dann ausgeschlossen, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Die Lehre vom Erfolgsunrecht wird jedoch häufig kritisiert, weil der Verletzungserfolg als solcher nicht hinreichend aussagekräftig sei und das Rechtswidrigkeitsurteil sich nicht auf ein Ergebnis, sondern nur auf ein Verhalten beziehen kann (Lehre vom **Verhaltensunrecht**).<sup>227</sup> Die heute wohl herrschende Meinung differenziert daher:<sup>228</sup>

115

- Bei **unmittelbaren Verletzungen** der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter und Rechte ist die Indikationswirkung in der Regel tragfähig, d.h. die Rechtswidrigkeit ist allein aufgrund der vom Schädiger unmittelbar verursachten Verletzung indiziert (z.B. Eigentumsverletzung durch Verursachung eines Autounfalls; Körperverletzung durch Pistolenschuss o.ä.).

116

<sup>222</sup> Vgl. BGHZ 36, 144, 154 = NJW 1962, 583; ebenso Palandt/*Grüneberg* Vor § 249 Rn. 65.

<sup>223</sup> Vgl. BGHZ 29, 176, 187 = NJW 1959, 814; BGHZ 120, 281, 287 = NJW 1993, 520.

<sup>224</sup> Vgl. dazu näher unten Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.

<sup>225</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg* § 254 Rn. 32; *Medicus/Lorenz* Schuldrecht II, Rn. 1260; s. auch Übersicht: Schadensrecht, Rn. 83.

<sup>226</sup> Vgl. BGHZ 34, 355, 363 = NJW 1961, 655.

<sup>227</sup> Vgl. dazu oben Rn. 8.

<sup>228</sup> Vgl. BeckOK/*Spindler*, 15.10.2016, § 823 Rn. 77 ff.; *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 75 II 3 b; *Staudinger/Hager*, 2009, § 823 H Rn 16; etwas abweichende Deutung der hM bei *Mohr*, Jura 2013, 567 (570 f.).

- 117** • Bei **mittelbaren Verletzungen** erfordert die Rechtswidrigkeit zusätzlich zu der kausalen Rechtsgutsverletzung die Feststellung eines Verstoßes gegen eine Verkehrspflicht.<sup>229</sup> Prüft man jedoch mit der heute herrschenden und auch hier vertretenen Auffassung das Vorliegen einer Verkehrspflichtverletzung bereits im Rahmen der Handlung (für Unterlassenstaten) oder der Kausalität/objektiven Zurechnung, so kann das Indikationsmodell auch bei mittelbaren Verletzungen angewendet werden. Die Rechtswidrigkeit wird dann durch das kumulative Vorliegen von Rechtsgutsverletzung und Verkehrspflichtverletzung indiziert.<sup>230</sup>
- 118** • Lediglich für die sog. **Rahmenrechte**, d.h. für das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, ist eine **positive Feststellung der Rechtswidrigkeit** durch Interessabwägung erforderlich.<sup>231</sup>

In allen Fällen entfällt die Rechtswidrigkeit, wenn ein **Rechtfertigungsgrund** vorliegt. Die wichtigsten Rechtfertigungsgründe sind Notwehr, Notstand, Selbsthilfe, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag).

#### a) Notwehr (§§ 227 BGB, 32 StGB)

- 119** Wie im Strafrecht setzt eine Rechtfertigung durch Notwehr einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf den Schädiger oder einen Dritten (sog. Nothilfe) voraus, zu dessen Abwehr eine Notwehrhandlung erforderlich sein muss. § 227 BGB und § 32 StGB sind dabei inhaltsgleich.

#### aa) Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff

- 120** Voraussetzung der Rechtfertigung durch Notwehr ist zunächst das Vorliegen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs.

- Ein **Angriff** ist eine von einem Menschen drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.<sup>232</sup> Dabei muss es sich um ein aktives menschliches Verhalten handeln; ein Unterlassen genügt nicht. Unerheblich ist dagegen, ob sich der Angriff gerade gegen Rechtsgüter des Verteidigenden richtet; Notwehr kann auch zugunsten eines Dritten geübt werden (sog. **Nothilfe**); ein Angriff auf reine Kollektivinteressen (z.B. der Verkauf pornographischer Schriften) genügt hingegen nicht.<sup>233</sup>

Geht der Angriff nicht von einem Menschen, sondern von einem Tier oder einer Sache aus, so kommt eine Rechtfertigung durch Defensivnotstand (§ 228 BGB) in Betracht.<sup>234</sup>

- **Gegenwärtig** ist der Angriff, wenn er einerseits schon begonnen hat oder unmittelbar bevorsteht, andererseits noch nicht beendet, d.h. aufgegeben, fehlgeschlagen oder durchgeführt ist.<sup>235</sup> Nach Beendigung des Angriffs erlaubt lediglich § 859 II, III BGB die sog. Besitzkehr.<sup>236</sup> Zudem ist eine Selbsthilfe nach den §§ 229 ff. BGB<sup>237</sup> sowie die Festnahme nach § 127 I StPO zulässig.

---

<sup>229</sup> Vgl. dazu oben Rn. 70 ff.

<sup>230</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* Bürgerliches Recht, Rn. 647; *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 75 II 3 c.

<sup>231</sup> Vgl. zum Persönlichkeitsrecht oben Rn. 56 ff., zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oben Rn. 40.

<sup>232</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 227 Rn. 2.

<sup>233</sup> Vgl. BGHZ 64, 178.

<sup>234</sup> Vgl. dazu sogleich Rn. 125 ff.

<sup>235</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 227 Rn. 4.

<sup>236</sup> Vgl. dazu sogleich Rn. 134.

<sup>237</sup> Vgl. sogleich Rn. 133.

- **Rechtswidrig** ist der Angriff, wenn er seinerseits objektiv rechtswidrig und nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist. Bloße Vertragswidrigkeit genügt daher nicht, um ein Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff i.S.v. § 227 BGB zu machen.<sup>238</sup>

### bb) Erforderlichkeit der Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung muss ferner erforderlich sein, um den rechtswidrigen Angriff abzuwehren, d.h.:

121

- Sie muss überhaupt **geeignet** sein, den Angriff abzuwehren.
- Unter mehreren geeigneten Verteidigungsmitteln muss das **mildeste** gewählt werden. Allerdings muss der Verteidiger nicht auf weniger wirksame Mittel ausweichen, d.h. es muss lediglich das mildeste *sicher wirkende* Mittel verwendet werden.
- Nach h.M. ist ferner ein **Verteidigungswille** erforderlich, d.h. der Verteidiger muss auch subjektiv mit dem Willen handeln, den Angriff abzuwehren.<sup>239</sup> Wer „nur raufen“ will, übt keine Notwehr.<sup>240</sup>

### cc) Verhältnismäßigkeit der Notwehrhandlung?

Teilweise wird auch für die Notwehr verlangt, dass das Verteidigungsmittel nicht außer Verhältnis zur Schwere des Angriffs stehen darf.<sup>241</sup> Hierfür wird ein argumentum a fortiori aus § 228 BGB angeführt: Wenn schon bei einem „Angriff“ einer Sache der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen sei, dann müsse das erst recht bei einem menschlichen Angriff gelten. Die h.M. lehnt dies jedoch ab. Denn zum einen setzt § 227 BGB – anders als § 228 BGB – voraus, dass der Angriff „gegenwärtig“ ist; die Gefahrenlage ist also eine andere. Zum anderen handelt es sich bei § 227 BGB typischerweise um einen bewussten rechtswidrigen Angriff, gegen den sich der Angegriffene zur Wehr setzen darf: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“.<sup>242</sup>

122

Allerdings unterliegt das Notwehrrecht auch nach h.M. dem **Verbot des Rechtsmissbrauchs**. Danach ist das Notwehrrecht insbesondere bei **absichtlicher Provokation** einer Notwehrlage<sup>243</sup> sowie innerhalb von Näheverhältnissen eingeschränkt und rechtfertigt außerdem kein völlig maßloses Verhalten.<sup>244</sup>

### dd) Irrtümer bei der Notwehr

Die Behandlung von Irrtümern bei der Notwehr entspricht *nicht* der im Strafrecht, weil die h.M. im Zivilrecht der Vorsatztheorie folgt, wonach sich der Vorsatz nicht nur auf den objektiven Tatbestand, sondern auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen muss.<sup>245</sup>

123

- Ein Irrtum über die **tatsächlichen Voraussetzungen** des Notwehrrechts (Erlaubnistatbestandsirrtum, sog. Putativnotwehr) schließt daher den Vorsatz des Handelnden aus, weil er davon ausgeht, rechtmäßig zu handeln. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so kommt aber eine Haftung aus diesem Grund in Betracht.

<sup>238</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2016, Rn. 153.

<sup>239</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 227 Rn. 6.

<sup>240</sup> Vgl. *BGH* [Strafsenat] NJW 1990, 2263 = JuS 1991, 80.

<sup>241</sup> Vgl. Staudinger/*Dilcher*, 12. Aufl., 1979, § 227 Rn. 21; anders Staudinger/*Reppen*, 2014, § 227 Rn.66.

<sup>242</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 227 Rn. 7 f.; *BGH* NJW 1976, 41.

<sup>243</sup> Vgl. dazu BGHSt 42, 97 = NJW 1996, 2315 = JuS 1997, 177.

<sup>244</sup> Vgl. *BGH* NJW 1976, 41; *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil, Rn. 157.

<sup>245</sup> Vgl. dazu unten Rn. 148.

- Ein Irrtum über die **rechtlichen Grenzen** des Notwehrrechts (Notwehrexzess, vgl. auch § 33 StGB) führt ebenfalls dazu, dass der Handelnde davon ausgeht, rechtmäßig zu handeln, und schließt daher den Vorsatz aus. Eine Haftung wegen Fahrlässigkeit bleibt denkbar.

Das Handeln des vermeintlichen Verteidigers ist in beiden Fällen objektiv rechtswidrig, da die Voraussetzungen der Notwehr objektiv nicht gegeben sind.<sup>246</sup> Der vermeintliche Angreifer darf daher seinerseits Notwehr gegen den nur vermeintlichen Verteidiger üben.

#### **b) Notstand (§§ 228, 904 BGB, 34 StGB)**

- 124** Das BGB unterscheidet den aggressiven und den defensiven Notstand. Beim defensiven Notstand gem. § 228 BGB geht von einem Gegenstand eine Gefahr aus, die durch Verletzung dieses Gegenstandes abgewehrt wird (z.B. Verletzung eines Hundes zur Abwehr einer Bissattacke). Beim aggressiven Notstand i.S.v. § 904 BGB wird dagegen eine „unbeteiligte“ Sache in Anspruch genommen, um eine anderweitig drohende Gefahr abzuwehren (z.B. zur Abwehr des Hundes wird eine Latte aus einem fremden Zaun gebrochen).

#### **aa) Defensivnotstand (§§ 228 BGB, 34 StGB)**

- 125** Der Defensivnotstand des § 228 BGB rechtfertigt die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache (i.S.v. §§ 90, 90a BGB), von der eine Gefahr ausgeht, z.B. die Abwehr eines bissigen Hundes. Dabei unterscheidet sich der Notstand nach § 228 BGB vom Notstand nach § 34 StGB dadurch, dass § 228 BGB nur die Beschädigung von Sachen, § 34 StGB dagegen auch den Eingriff in andere Rechtsgüter rechtfertigt. Beide Vorschriften sind nach h.M. nebeneinander anwendbar.<sup>247</sup>

Voraussetzungen der Rechtfertigung nach § 228 BGB sind eine von einer Sache ausgehende Gefahr (1), zu welcher der Eingriff verhältnismäßig sein muss (2). Hinsichtlich der Folgen von **Irrtümern** beim Notstand gilt das gleiche wie bei der Notwehr.<sup>248</sup>

(1) Von einer Sache ausgehende Gefahr

- 126** § 228 BGB gestattet nur den Eingriff in diejenige Sache (auch Tiere, vgl. § 90a BGB<sup>249</sup>), von der eine Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse droht.

- **Drohend** ist die Gefahr, wenn aufgrund tatsächlicher Umstände eine Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt besteht;<sup>250</sup> diese Voraussetzung ist geringer als der „gegenwärtige Angriff“ bei der Notwehr.
- Die Gefahr muss von einer **fremden Sache** ausgehen. Dabei genügen auch herrenlose Sachen; entscheidend ist, dass die Sache nicht dem Handelnden gehört.<sup>251</sup> Die Sache muss die Gefahr ferner unmittelbar aus sich selbst heraus begründen. Dagegen genügt es nach h.M. nicht, wenn sich die Gefahr erst aus dem Hinzutreten eines menschlichen Verhaltens ergibt (z.B. bei einer Verwendung als Wurfgeschoss);<sup>252</sup> insoweit liegt ein menschlicher Angriff vor, der zur Notwehr berechtigen kann.

(2) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

- 127** Wie bei der Notwehr muss der Eingriff **erforderlich** sein, d.h. es darf nur das mildeste geeignete

<sup>246</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 227 Rn. 12.

<sup>247</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 228 Rn. 2; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, 11. Auflage 2016, § 21 Rn. 71; *Ermann/Wagner*, 14. Aufl. 2014, § 228 Rn. 1; a.A. MünchKomm/*Grothe*, 7. Aufl. 2015, § 228 Rn. 2 f.

<sup>248</sup> Vgl. soeben Rn. 123.

<sup>249</sup> Vgl. *OLG Hamm NJW-RR* 1997, 467.

<sup>250</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 228 Rn. 4.

<sup>251</sup> Vgl. Palandt/*Ellenberger* § 228 Rn. 5.

<sup>252</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil, Rn. 166.

Mittel eingesetzt werden.<sup>253</sup> Nach § 228 BGB darf der Eingriff ferner **nicht außer Verhältnis zu der Gefahr** stehen, die von der Sache ausgeht. Anders als bei der Notwehr ist also bei § 228 BGB das Verhältnismäßigkeitsgebot im Gesetzeswortlaut enthalten. Es ist daher eine Güterabwägung zwischen dem gefährdeten Rechtsgut und dem zu erwartenden Schaden an der gefährlichen Sache vorzunehmen. Soweit auf beiden Seiten Sachen betroffen sind, kann die Abwägung regelmäßig anhand des Wertes erfolgen (es genügt aber nicht jede Wertüberschreitung<sup>254</sup>); Leben und Gesundheit haben dagegen regelmäßig Vorrang vor Sachwerten.<sup>255</sup>

### bb) Aggressivnotstand (§ 904 BGB)

Durch Aggressivnotstand gem. § 904 S. 1 BGB sind Einwirkungen auf eine Sache gerechtfertigt, die zur Abwehr einer von außen – d.h. nicht von der beschädigten Sache – kommenden Gefahr dienen. **128**

#### (1) Voraussetzungen der Rechtfertigung

Voraussetzungen der Rechtfertigung nach § 904 S. 1 BGB sind: **129**

- Bestehen einer **drohenden Gefahr für ein Rechtsgut**. Drohend ist die Gefahr (wie bei § 228 BGB), wenn aufgrund tatsächlicher Umstände eine Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt besteht.<sup>256</sup>
- Die Gefahr darf **nicht von der beschädigten Sache ausgehen** (sonst gilt § 228 BGB).
- Der verursachte Schaden darf nicht **außer Verhältnis** zum drohenden Schaden stehen (wie bei § 228 BGB<sup>257</sup>).
- Die zu rechtfertigende Handlung muss nach h.M. zumindest *auch* der **Abwehr der Gefahr** dienen, d.h. es genügt nicht, dass die Gefahr durch die Handlung zufällig abgewehrt wurde.<sup>258</sup>
- § 904 BGB rechtfertigt nur Einwirkungen auf **Sachen**, nicht auf andere Rechtsgüter; insoweit gilt allein § 34 StGB, der daneben anwendbar ist.<sup>259</sup>

#### (2) Aufopferungsanspruch (§ 904 S. 2 BGB)

Nach § 904 S. 2 BGB kann der Eigentümer einer Sache, auf die gem. § 904 S. 1 BGB berechtigt eingewirkt wurde, Ersatz seines Schadens verlangen. Der Sache nach handelt es sich dabei um einen Aufopferungsanspruch als Ausgleich dafür, dass der Eigentümer die Beschädigung seiner Sache im fremden Interesse dulden muss.<sup>260</sup> **Inhaltlich** ist der Anspruch aus § 904 S. 2 BGB auf Schadensersatz nach den §§ 249 ff. BGB gerichtet.<sup>261</sup> **130**

Str. ist allerdings, wer der **Schuldner** des Aufopferungsanspruches ist: **131**

- Nach noch h.M. ist dies der **Einwirkende**.<sup>262</sup> Dies wird v.a. damit begründet, dass dieser für den Geschädigten leichter auffindbar ist als der Inhaber des geretteten Rechtsguts. Außerdem müsse der Retter den Schaden nicht endgültig tragen, sondern könne regelmäßig über

<sup>253</sup> Vgl. soeben 121.

<sup>254</sup> Vgl. *OLG Hamm* NJW-RR 1995, 279.

<sup>255</sup> Vgl. *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil, Rn. 167; *OLG Hamm* NJW-RR 1997, 467.

<sup>256</sup> Vgl. soeben Rn. 126.

<sup>257</sup> Vgl. soeben Rn. 127.

<sup>258</sup> Vgl. *Palandt/Herrler* § 904 Rn. 3; BGHZ 92, 357 = NJW 1985, 490 = JuS 1985, 556.

<sup>259</sup> Vgl. Fn. 239.

<sup>260</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 85 I 1 a.

<sup>261</sup> Vgl. *Palandt/Herrler* § 904 Rn. 5.

<sup>262</sup> Vgl. *Baur/Stürner* Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 25 Rn. 8; *Palandt/Herrler* § 904 Rn. 5.

§§ 683, 670 S. 1 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag) beim Rechtsgutsinhaber Regress nehmen.

- Nach der Gegenmeinung in der Lit. ist der **Begünstigte** Anspruchsgegner, d.h. derjenige, dessen Rechtsgüter durch die Einwirkung aus der Gefahr gerettet wurden.<sup>263</sup> Hierfür spricht zum einen, dass dieser von der Einwirkung auf die Sache unmittelbar profitiert, während der Einwirkende regelmäßig keine Vorteile zieht. Zudem trägt der Begünstigte auch nach der h.M. im Ergebnis den Schaden, weil der Einwirkende ihn in Regress nehmen kann; es geht also letztlich nur um das Risiko der Unauffindbarkeit oder Insolvenz des Begünstigten. Dieses dem Einwirkenden aufzuerlegen, würde die Bereitschaft zum Schutz fremder Rechtsgüter schmälern; angesichts des § 323c StGB geriete der Einwirkende häufig in ein Dilemma.

### c) Selbsthilfe (§§ 229, 859 BGB)

**132** Das BGB kennt verschiedene Selbsthilferechte.<sup>264</sup> Die wichtigsten sind das allgemeine Selbsthilferecht aus § 229 BGB und das Selbsthilferecht des Besitzers gegenüber verbotener Eigenmacht (§ 859 BGB).

**133** aa) Nach § 229 BGB darf ein Anspruchsinhaber seinen Anspruch ausnahmsweise eigenmächtig sichern (durch die Wegnahme von Sachen oder sogar durch die Festnahme des Schuldners), wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und die Durchsetzung des Anspruches andernfalls gefährdet ist. Allerdings muss er dann nach § 230 II, III BGB unverzüglich den (dinglichen oder persönlichen) Arrest beantragen; unterlässt er dies, so wird seine vorherige Selbsthilfebehandlung aber nicht nachträglich rechtswidrig.

**134** bb) § 859 BGB behandelt den Sonderfall der unberechtigten Wegnahme der Sache, der sich der Besitzer ebenfalls eigenmächtig erwehren darf, und zwar durch Verteidigung seines Besitzes gegen den unmittelbaren Angriff (Besitzwehr) und durch sofortige gewaltsame Rückholung der Sache unmittelbar nach Beendigung des Angriffes (Besitzkehr). Die Grenzen des § 230 BGB gelten insoweit nicht.

### d) Einwilligung

**135** Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung ist nicht explizit gesetzlich geregelt, sondern folgt aus dem ungeschriebenen Grundsatz „*volenti non fit iniuria*“. Bedeutsam ist er vor allem im Arzthaftungsrecht, wo die h.M. jeden medizinischen Eingriff als tatbestandliche Körperverletzung wertet, die nur durch die wirksame Einwilligung des Patienten gerechtfertigt sein kann (s. dazu für die vertragliche Haftung §§ 630d, 630e BGB).<sup>265</sup> Die Einwilligung kann die Rechtswidrigkeit aber nur dann ausschließen, wenn eine wirksame Einwilligungserklärung vorliegt, die eine einwilligungsfähige Person (aa) auf der Grundlage einer hinreichenden Aufklärung (bb) erklärt hat. Ist die Aufklärung unvollständig gewesen, so haftet der Arzt – unabhängig von einem Behandlungsfehler – für die Realisierung aller Behandlungsrisiken, die im Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht liegen (cc).

#### aa) Einwilligungsfähigkeit

**136** Die Einwilligung ist eine **geschäftsähnliche Handlung**, für die keine volle Geschäftsfähigkeit erforderlich ist. Nötig ist allein, dass der Verletzte über die nötige geistige und sittliche Reife ver-

<sup>263</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 85 I 1 b; *MünchKomm/Brückner*, 7. Aufl. 2017, § 904 Rn. 16 ff. m.w.N.

<sup>264</sup> Vgl. dazu auch Fall 6: „Ärger im Kaufhaus“.

<sup>265</sup> Vgl. oben Rn. 20.



fügt, um die Tragweite des Eingriffs in das Rechtsgut und der Einwilligung richtig einschätzen zu können. Dies schließt nach h.M. zwar die wirksame Einwilligung **Minderjähriger** nicht grundsätzlich aus, beschränkt sie aber auf wenige Ausnahmefälle.<sup>266</sup> Regelmäßig ist daher die **Einwilligung beider Elternteile** (§ 1631 I BGB) erforderlich, wobei der eine den anderen nach allgemeinen Grundsätzen gem. § 164 I BGB bevollmächtigen kann.

Auf die Einwilligung finden nach h.M. die §§ 134, 138 BGB entsprechende Anwendung;<sup>267</sup> insbesondere ist danach die Einwilligung in die eigene Tötung oder Verstümmelung regelmäßig sittenwidrig und daher nichtig (vgl. auch § 228 StGB).

### **bb) Hinreichende Aufklärung**

Die Einwilligung kann nur so weit reichen, wie der Verletzte vorher **informiert** war, denn die Einwilligung muss sich auf eine oder mehrere konkrete Rechtsgutsverletzungen beziehen. Daher muss insbesondere der Arzt den Patienten über die mit der Behandlung und dem Eingriff verbundenen **Risiken** aufklären (s. auch § 630e BGB). Dabei muss aber nicht jedes noch so entfernte Risiko erwähnt werden; entscheidend für das Bestehen einer Aufklärungspflicht ist, wie groß das Verletzungsrisiko und wie groß der zu befürchtende Schaden ist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Eingriff unaufschiebbar und unausweichlich ist. Gänzlich unwahrscheinliche Verläufe begründen aber keine Aufklärungspflicht, ebenso wie Risiken, die jedermann bekannt sind (weil der Patient hier ohnehin schon informiert ist<sup>268</sup>).

137

### **cc) Schutzzweckzusammenhang**

Fehlt es an einer hinreichenden Aufklärung des Geschädigten, so tritt eine Haftung des behandelnden Arztes nur ein, wenn die eingetretene Verletzung vom Schutzzweck der verletzten Aufklärungspflicht umfasst ist, d.h. es muss sich gerade das aufklärungspflichtige Risiko verwirklicht haben. Der Eingriff wird m.a.W. durch die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht insgesamt rechtswidrig, sondern nur insoweit, als sich ein Risiko verwirklicht hat, über das pflichtwidrig nicht aufgeklärt wurde.<sup>269</sup>

138

Vom Schutzzweck der Aufklärungspflicht erfasst sind auch solche Verletzungen, die zwar der Art nach, nicht aber der Schwere nach voraussehbar und daher aufklärungspflichtig waren. So haftet der Arzt etwa, wenn er über das Risiko einer bestimmten Wundinfektion nicht aufgeklärt hat, die normalerweise „nur“ zu Gesundheitsverletzungen führt (und aus diesem Grund aufklärungspflichtig war), auch für den Tod des Patienten auf Grund dieser Infektion, auch wenn dieses spezielle Todesrisiko so fernliegend war, dass darüber nicht aufgeklärt werden musste.<sup>270</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich ein ganz anderes als das aufklärungspflichtige Risiko realisiert hat.<sup>271</sup>

### **e) Mutmaßliche Einwilligung/berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag**

139

<sup>266</sup> Vgl. BGHZ 29, 33, 36 = NJW 1959, 811: 21jähriger Patient, der aus der damaligen DDR geflüchtet war, und Repressalien gegen seine dort lebenden Eltern fürchtete, sollte seine Flucht bekannt werden; BGH NJW 1972, 335, 337: Ablehnung der Wirksamkeit der Einwilligung einer 16jährigen in eine Bestrahlung; zust. MünchKomm/Wagner § 823 Rn. 767 ff.; *Medicus/Lorenz* Schuldrecht II, Rn. 1258.

<sup>267</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 823 Rn. 39; a.A. *Medicus/Lorenz* Schuldrecht II, Rn. 1258, der ohne Abweichung im Ergebnis auf § 228 StGB abstellt.

<sup>268</sup> Z.B. über Wundinfektionen, BGH NJW 1991, 1541, 1542.

<sup>269</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 76 II 1 g.

<sup>270</sup> Vgl. BGHZ 106, 391, 397 ff. = NJW 1989, 1533 = JuS 1989, 756.

<sup>271</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, a.a.O.; BGHZ 90, 96, 100 f. = NJW 1984, 1395: Darmperforation statt „nur“ Schmerzen beim Eingriff; BGH NJW 2000, 1784).

Rechtsgutsverletzungen, die im Interesse des Verletzten, aber ohne dessen ausdrückliche oder konkludente Einwilligung begangen werden, können nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt sein, wenn sie von seinem mutmaßlichen Willen gedeckt sind, welcher im Zweifel anhand seines objektiven Interesses zu bestimmen ist. Relevant ist das beispielsweise, wenn ein Patient nicht bei Bewusstsein ist und daher keine ausdrückliche Einwilligung in eine ärztliche Behandlung geben kann (s. auch § 630h II 2 BGB). Auch aus einer sog. **Patientenverfügung** können sich Anhaltspunkte für einen mutmaßlichen Willen des Patienten für oder gegen ärztliche Behandlungen ergeben (vgl. dazu nunmehr § 1901a BGB).<sup>272</sup>

## 5. Verschulden

- 140** Die rechtswidrige Verletzung eines nach § 823 I BGB geschützten Rechtsgutes oder Rechts führt nur dann zur Ersatzpflicht, wenn sie schuldhaft geschieht. Hierfür ist zum einen Verschuldensfähigkeit erforderlich (§§ 827 f. BGB, unten a)), zum anderen Vorsatz oder Fahrlässigkeit (unten b)). Fehlt es an der Verschuldensfähigkeit, so kommt eine Billigkeitshaftung nach § 829 BGB in Betracht (unten c)).

### a) Verschuldensfähigkeit (§§ 827, 828 BGB)

- 141** Voraussetzung einer schuldhaften Pflichtverletzung ist – bei der Haftungs begründung ebenso wie im Rahmen des Mitverschuldens<sup>273</sup> – die Verschuldensfähigkeit (Deliktsfähigkeit). Sie ist gegeben, solange sie nicht nach den §§ 827 f. BGB ausgeschlossen ist.

#### aa) Vorübergehender Ausschluss (§ 827 BGB)

- 142** Nach § 827 S. 1 BGB fehlt die Verschuldensfähigkeit dann, wenn der Täter **bewusstlos** war (dann liegt allerdings regelmäßig schon keine Handlung vor). Das gleiche gilt, wenn seine freie Willensbestimmung sonst infolge einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit (z.B. Vollrausch) ausgeschlossen ist. Hat er sich allerdings **schuldhaft** in diesen Zustand versetzt (z.B. durch Betrinken), so haftet er gem. § 827 S. 2 BGB für Fahrlässigkeit (*actio libera in causa*).

#### bb) Verschuldensfähigkeit Minderjähriger (§ 828 BGB)

- 143** Die Verschuldensfähigkeit Minderjähriger ist in § 828 BGB in drei Stufen geregelt:
- Kinder **unter sieben Jahren** sind ohne Rücksicht auf den Einzelfall nicht deliktsfähig (§ 828 I BGB).
- 144** • Kinder **zwischen sieben und zehn Jahren** haften nach § 828 II BGB im **Straßenverkehr** nur bei **Vorsatz**, sind *dort* aber im Übrigen nicht verschuldensfähig. Die Rechtsprechung reduziert diese Vorschrift teleologisch dahingehend, dass sie nur bei der typischen Überforderung Minderjähriger durch den motorisierten Straßenverkehr anzuwenden ist, also namentlich bei der Teilnahme am fließenden Verkehr, nicht dagegen, wenn ein minderjähriger Radfahrer etwa mit einem geparkten Auto kollidiert.<sup>274</sup>
- 145** • Nach § 828 III BGB kommt es schließlich bei Minderjährigen **zwischen sieben – im Straßenverkehr zehn – und achtzehn Jahren** auf die **individuelle Einsichtsfähigkeit** an, d.h. auf die intellektuelle Fähigkeit, das Unrecht der Handlung und die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst eintreten zu müssen.<sup>275</sup> Die Fähig-

<sup>272</sup> Vgl. dazu etwa MünchKomm/Wagner § 823 Rn. 764, 773.

<sup>273</sup> Vgl. dazu Übersicht Schadensrecht, Rn. 83.

<sup>274</sup> Vgl. BGHZ 161, 180 = NJW 2005, 354.

<sup>275</sup> Vgl. Palandt/Sprau § 828 Rn. 6.

keit, nach dieser Einsicht zu handeln (**Steuerungsfähigkeit**) wird dagegen von § 828 III BGB nicht vorausgesetzt (auch hier gilt insoweit also ein objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab).

§ 828 III BGB kann dazu führen, dass Minderjährige, die über kein nennenswertes Einkommen oder Vermögen verfügen, einer **existenzvernichtenden Haftung** ausgesetzt sind, indem sie für fahrlässig herbeigeführte große Schäden voll aufkommen müssen. Daher werden gegen diese Vorschrift vor dem Hintergrund der Art. 2 I, 1 I GG verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.<sup>276</sup> Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit des § 828 III BGB im Grundsatz bejaht, jedoch den Zivilgerichten die Möglichkeit offen gelassen, Korrekturen im Einzelfall über § 242 BGB vorzunehmen.<sup>277</sup>

146

### b) Vorsatz oder Fahrlässigkeit

Die Verletzung muss ferner vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt sein. Dabei ist aber zu beachten, dass § 278 BGB keine Anwendung findet, da es bei der Haftungsbegründung nach § 823 I BGB an einer Sonderverbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem fehlt. Es kommt also grundsätzlich nur auf das eigene Verschulden des Täters an; ein Fremdverschulden kann nur **juristischen Personen** über § 31 BGB zugerechnet werden.<sup>278</sup> Auch § 831 BGB begründet keine Zurechnung fremden Verschuldens, sondern eine Haftung des Geschäftsherrn für eigenes Verschulden.<sup>279</sup>

147

#### aa) Vorsatz

Vorsatz im zivilrechtlichen Sinne setzt wie im Strafrecht ein **kognitives** und ein **volitives Element** voraus: Der Schädiger muss den rechtswidrigen Erfolg voraussehen und in seinen Willen aufnehmen oder zumindest billigend in Kauf nehmen (bedingter Vorsatz, *dolus eventualis*). Anders als im Strafrecht muss sich der Vorsatz nach der im Zivilrecht herrschenden sog. **Vorsatztheorie** allerdings auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen (sog. Vorsatztheorie), so dass auch Rechtsirrtümer vorsatzausschließend sind.<sup>280</sup>

148

#### bb) Fahrlässigkeit

Fahrlässig handelt gem. § 276 II BGB, „wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.“ Damit gilt ein **objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab**, d.h. es kommt weder darauf an, welche Sorgfalt üblicherweise angewendet wird, noch darauf, welche Sorgfalt der konkrete Täter mit seinen persönlichen Fähigkeiten hätte anwenden können. Entscheidend ist allein, welche Sorgfalt allgemein in der konkreten Situation *erforderlich* war (normativer Sorgfaltsstandard). Persönliche Umstände des Täters kommen grundsätzlich nur insoweit in Betracht, als sie ihn einer Gruppe zuordnen, für die besondere (i.d.R. strengere) Sorgfaltsanforderungen gelten. So kann man etwa von einem ausgebildeten Sanitäter an einer Unfallstelle eine sorgfältigere Erste Hilfe erwarten als von einem Laien (vgl. für Kaufleute auch § 347 HGB).<sup>281</sup> Von diesem Standpunkt aus ist zu fragen, ob der Täter den rechtswidrigen Erfolg bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt **erkennen** und **vermeiden** konnte.

149

<sup>276</sup> Vgl. *Canaris* JZ 1990, 679, 681.

<sup>277</sup> Vgl. *BVerfG* NJW 1998, 3557 = JuS 1999, 812; s. dazu *Goecke*, NJW 1999, 2305.

<sup>278</sup> Vgl. dazu *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

<sup>279</sup> Vgl. dazu unten Rn. 182 ff.

<sup>280</sup> Vgl. *BGH* NJW 2002, 3255; *Larenz* Schuldrecht I, 14. Aufl. 1987, § 20 II (S. 280); *Medicus/Lorenz* Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, Rn. 357; differenzierend *MünchKomm/Grundmann*, 7. Aufl. 2016, § 276 Rn. 158 ff.

<sup>281</sup> Vgl. näher *MünchKomm/Grundmann*, § 276 Rn. 59.

- 150** Bei mittelbaren Rechtsgutsverletzungen und Rechtsgutsverletzungen durch Unterlassen, bei denen die Tatbestandsmäßigkeit die Verletzung einer Verkehrspflicht voraussetzt,<sup>282</sup> decken sich die Voraussetzungen der **Verkehrspflicht** und der verkehrserforderlichen Sorgfalt nach h.M. weitestgehend: Verkehrs- wie Sorgfaltspflicht sind darauf gerichtet, eine erkennbar drohende Rechtsgutsverletzung mit vertretbarem Aufwand zu vermeiden. Für ungeschriebene, d.h. im Einzelfall richterlich (ex post) festgestellte Verkehrspflichten folgt daraus, dass nach Feststellung der Verkehrspflichtverletzung (im Rahmen des Tatbestandes) für die Verschuldensprüfung häufig *de facto* nur noch die Verschuldensfähigkeit des Täters verbleibt. Häufig sind die Verkehrspflichten jedoch abstrakt-generell vorgegeben, sei es im geschriebenen Recht, sei es durch Richterrecht oder sog. soft law (z.B. durch Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften oder sicherheitsrelevante DIN-Normen). In diesen Fällen ist im Rahmen des Verschuldens zu prüfen, ob die Einhaltung der objektiven Verkehrspflicht *in der konkreten Situation* vom Täter bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten erwartet werden konnte.<sup>283</sup>
- 151** Eine qualifizierte Form ist die **grobe Fahrlässigkeit**, die vorliegt, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt worden ist. Das ist zu bejahen, wenn schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden, und das nicht beachtet wurde, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.<sup>284</sup>

### c) Billigkeitshaftung (§ 829 BGB)

- 152** Ist die Verschuldensfähigkeit nach den §§ 827 f. BGB ausgeschlossen, so kommt eine **Billigkeitshaftung** des Verschuldensunfähigen nach § 829 BGB in Betracht.<sup>285</sup>

Voraussetzungen für den Anspruch aus § 829 BGB sind:

- a) Rechtswidrige Schadenszufügung durch den Verschuldensunfähigen
- b) Natürliche Zurechnungsfähigkeit?
- c) Subsidiarität
- d) Billigkeit

### aa) Rechtswidrige Schadenszufügung durch den Verschuldensunfähigen

- 153** § 829 BGB erfordert zunächst die rechtswidrige Schadenszufügung durch einen Verschuldensunfähigen. Dies sind nicht nur **Minderjährige**, sondern auch **Volljährige**, die nach § 827 BGB verschuldensunfähig sind (z.B. bei Bewusstlosigkeit<sup>286</sup>).
- 154** Der Verschuldensunfähige muss den **Tatbestand eines Delikts** nach den §§ 823 ff. BGB mit Ausnahme der Verschuldensfähigkeit erfüllt haben. Zwar erwähnt § 829 BGB nur die §§ 823-826 BGB, jedoch genügen nach h.M. auch Delikte nach den §§ 830 ff. BGB, wenn die dort vorausgesetzte „rechtswidrige Tat“ ein Delikt nach den §§ 823-826 BGB ist.<sup>287</sup> Wer also als Verschuldensunfähiger etwa die Aufsicht über Kinder oder über Verrichtungsgehilfen hatte, kann im Falle einer (objektiven) Aufsichtspflichtverletzung zur Billigkeitshaftung nach § 829 BGB herangezogen werden, wenn die zu beaufsichtigenden Personen eine unerlaubte Handlung nach

<sup>282</sup> Vgl. oben Rn. 8, 115 ff.

<sup>283</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 75 II 3 d (S. 369 f.); *Riehm FS Canaris Bd. 1*, S. 1079, 1090 f.

<sup>284</sup> Vgl. *Palandt/Grüneberg* § 277 Rn. 5.

<sup>285</sup> Vgl. dazu *Grigoleit/Riehm*, Fall 3: „Die jungen Wilden“.

<sup>286</sup> Vgl. z.B. BGHZ 127, 186 = NJW 1995, 452.

<sup>287</sup> Vgl. *MünchKomm/Wagner* § 829 Rn. 4 m.w.N.

den §§ 823-826 BGB begangen haben und dem Verschuldensunfähigen der Entlastungsbeweis nicht gelingt.

### bb) Natürliches Verschulden?

Umstritten ist, ob der Verschuldensunfähige jedenfalls in einem **natürlichen Sinne** schuldhaft, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben muss. Die h.M. entnimmt aber dem Umstand, dass § 829 BGB eine Billigkeitshaftung auch in den Fällen des § 827 I BGB anordnet, in denen es wegen der Bewusstlosigkeit des Schädigers jedoch bereits an einer haftungsrechtlich relevanten Handlung<sup>288</sup> fehlt,<sup>289</sup> dass es auf die Pflichtwidrigkeit der Handlung nicht ankommen kann.

155

Um aber andererseits eine Diskriminierung zurechnungsunfähiger Schädiger gegenüber zurechnungsfähigen Schädigern zu vermeiden, verlangt die h.M., dass das Verhalten des Schädigers, gedacht als Verhalten einer zurechnungsfähigen Person, **hypothetisch schuldhaft** im Sinne des jeweils angewendeten Haftungstatbestandes war (bei § 826 BGB also z.B. hypothetisch vorsätzlich). Mit anderen Worten muss das Verschulden *gerade wegen der Unzurechnungsfähigkeit* fehlen, nicht aus anderen Gründen.<sup>290</sup>

### cc) Billigkeit

Ferner muss die Billigkeit einen Anspruch des Verletzten erfordern. Hierbei kommt es zum einen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse von Schädiger und Verletztem, zum anderen auf die konkreten Umstände der Verletzung an: Je reicher der Schädiger, je ärmer der Geschädigte ist, je gravierender die Verletzung ist, desto eher kommt eine Billigkeitshaftung in Betracht.<sup>291</sup> Die Abwägung muss hierbei ein deutliches „Gefälle“ zugunsten des Geschädigten ergeben, da der Ersatz nur insoweit gewährt wird, als es die Billigkeit geradezu *erfordert*.<sup>292</sup>

156

Auch das Bestehen von **Versicherungsschutz** spielt eine Rolle:<sup>293</sup> Soweit der *Schädiger* haftpflichtversichert ist, berücksichtigt die Rechtsprechung dies jedenfalls bei **obligatorischen Versicherungen** (insbesondere die Kfz-Haftpflichtversicherung nach § 1 PflVersG) zu Lasten des Schädigers.<sup>294</sup> Bei freiwilligen Haftpflichtversicherungen gilt dies nach Auffassung des BGH nur für die Höhe der Haftung, nicht aber für das „ob“ der Haftung; ein wirtschaftliches Gefälle zwischen Schädiger und Geschädigtem ist danach unabhängig vom Bestehen der Versicherung erforderlich.<sup>295</sup> In der Literatur überwiegt demgegenüber die Auffassung, dass eine Haftpflichtversicherung *stets*, d.h. unabhängig davon, ob es sich um eine Pflichtversicherung oder eine freiwillige Versicherung handelt, zu Lasten des Schädigers zu berücksichtigen ist.<sup>296</sup>

Soweit der *Geschädigte* seinen Schaden von einer Versicherung (z.B. **Kranken-** oder **Unfallversicherung**) ersetzt erhält, würde eine Ersatzpflicht des Schädigers im Ergebnis lediglich der Versicherung und nicht dem Geschädigten zugute kommen; eine Belastung des zurechnungsunfähigen Schädigers allein zur Entlastung der Versicherung wird durch die Billigkeit aber nicht ge-

<sup>288</sup> Vgl. zum Begriff der Handlung oben Rn. 67.

<sup>289</sup> Vgl. BGHZ 23, 90 = NJW 1957, 674: Haftung eines plötzlich bewusstlosen Kraftfahrers aus § 829 BGB neben § 7 I StVG.

<sup>290</sup> Vgl. RGZ 146, 213, 215; BGHZ 39, 281, 284 = NJW 1963, 1609, 1610; BGH NJW 1958, 1630; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 84 VII 1 a (S. 651); MünchKomm/Wagner § 829 Rn. 7.

<sup>291</sup> Vgl. MünchKomm/Wagner § 829 Rn. 14 f.

<sup>292</sup> Vgl. Palandt/Sprau § 829 Rn. 4.

<sup>293</sup> Vgl. eingehend MünchKomm/Wagner § 829 Rn. 18 ff.

<sup>294</sup> Vgl. z.B. BGHZ 127, 186 = NJW 1995, 452.

<sup>295</sup> Vgl. BGH NJW 1958, 1630; BGHZ 76, 279 = NJW 1980, 1623,

<sup>296</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 84 VII 1 b (S. 652); MünchKomm/Wagner § 829 Rn. 19 ff. m.w.N.

fordert.<sup>297</sup> Anders ist es lediglich dann, wenn der Schädiger haftpflichtversichert ist, denn dann führt die Billigkeitshaftung zur – grundsätzlich vorzugswürdigen – Verlagerung des Schadens von der Versicherung des Geschädigten auf den Versicherer des Schädigers.<sup>298</sup>

#### dd) Subsidiarität

- 157 Der Anspruch aus § 829 BGB besteht nicht, wenn der Verletzte von einem aufsichtspflichtigen Dritten (insbesondere von den Eltern aus § 832 BGB) Ersatz verlangen kann, wobei es nach h.M. nicht nur auf das Bestehen eines Anspruchs, sondern auch auf seine Realisierbarkeit ankommt.<sup>299</sup> Sind also die Eltern wirtschaftlich nicht in der Lage, den Schaden zu ersetzen, kann trotz deren Haftung noch eine Billigkeitshaftung des Kindes in Betracht kommen.

#### ee) Rechtsfolge

§ 829 BGB gewährt **keinen Anspruch auf Schadensersatz** nach den §§ 249 ff. BGB, sondern lediglich einen Anspruch auf eine **billige Entschädigung**. Der Entschädigungsbetrag orientiert sich zwar am tatsächlich eingetretenen Schaden, die Billigkeit kann aber im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung nur eine teilweise Erstattung – einzelner Schadensposten oder einer Quote des Gesamtschadens – erfordern. Auch ein **Schmerzensgeld** nach § 253 II BGB kann aus § 829 BGB verlangt werden, allerdings nur, wenn die Billigkeit dies neben dem Ersatz des materiellen Schaden unbedingt erfordert.<sup>300</sup>

### III. Weitere Tatbestände der Verschuldenshaftung

#### 1. Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 II BGB)

- 158 Nach § 823 II BGB haftet auch derjenige auf Schadensersatz, der „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“. § 823 II BGB bildet neben § 823 I BGB und § 826 BGB den dritten Grundtatbestand des Deliktsrechts. Die besondere Funktion dieser Anspruchsgrundlage liegt einerseits darin, deliktischen Schutz auch bei (ausgewählten) reinen Vermögensverletzungen zu gewähren, die von § 823 I BGB nicht erfasst werden, und andererseits darin, gemeinsam mit entsprechenden Schutzgesetzen den deliktischen Schutz in den Bereich der Gefährdungstatbestände vorzuverlagern.<sup>301</sup>

#### Prüfungsschema:

1. Schutzgesetz
2. Verletzung des Schutzgesetzes
3. Rechtswidrigkeit
4. Verschulden:
5. Rechtsfolge: Schadensersatz nach den §§ 249 ff. BGB

#### a) Schutzgesetz

- 159 Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB erfüllen folgende Voraussetzungen:
- 160 ● Es sind **Rechtsnormen** i.S.v. Art. 2 EGBGB, d.h. formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Sat-

<sup>297</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 84 VII 1 b (S. 652).

<sup>298</sup> Vgl. *MünchKomm/Wagner § 829 Rn. 22*.

<sup>299</sup> Vgl. *Medicus/Lorenz Schuldrecht II*, Rn. 1266 f.

<sup>300</sup> Vgl. BGHZ 127, 186, 193 = NJW 1995, 452, 454; vgl. auch BGHZ 76, 279, 282 = NJW 1980, 1623.

<sup>301</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 77 I 1 b, c.

zungen und Gewohnheitsrecht des Bundes- oder Landesrechts, oder auch unmittelbar anwendbares Recht der Europäischen Union<sup>302</sup>. Dagegen stellt sog. „soft law“ wie etwa DIN-Normen oder Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften nach h.M. keine Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB dar, da sie nicht von öffentlich-rechtlichen Hoheitsträgern erlassen wurden.<sup>303</sup> Sie konkretisieren allerdings sowohl die Verkehrspflichten als auch den allgemeinen Fahrlässigkeitsmaßstab und erlangen dadurch im Rahmen von § 823 I BGB Bedeutung.

- Sie enthalten ein **Handlungsgebot**, d.h. sie sind keine bloßen Formvorschriften, sondern ge- **161**  
oder verbieten ein bestimmtes Verhalten.
- Sie bezwecken den **Schutz bestimmter Rechtsgüter oder Interessen des Geschädigten**, d.h. **162**
  - das Gesetz bezweckt neben dem Schutz der Allgemeinheit auch **Individualschutz**, und
  - der Geschädigte gehört zum **persönlichen Schutzbereich** der Rechtsnorm.<sup>304</sup>
  - Die konkret eingetretene Rechtsgutsverletzung muss schließlich vom **sachlichen Schutzbereich** der Norm erfasst sein.<sup>305</sup> So sollen etwa die Vorschriften des Produktsicherheitsrechts (ProdSG) nur vor Personenschäden schützen, nicht aber vor Sach- und Vermögensschäden (vgl. § 3 II 1 ProdSG).<sup>306</sup>

**Zusammengefasst:** Das Gesetz muss also gerade das verletzte Interesse des konkret Geschädigten vor der konkreten Verletzungsart schützen.

Die Anerkennung von Schutzgesetzen i.S.v. § 823 II BGB kann den deliktischen Schutz gegenüber § 823 I BGB erweitern. Die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz hat nämlich zur Folge, dass eine Schadensersatzverpflichtung nach § 823 II BGB unabhängig von der Verletzung eines absoluten Rechts oder Rechtsguts gem. § 823 I BGB eintritt; insbesondere kann auch eine Haftung für **reine Vermögensschäden** bestehen. Vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Entscheidung des BGB gegen einen deliktischen Vermögensschutz<sup>307</sup> ist bei der Prüfung der Schutzgesetzqualität daher zu fragen, ob es der Intention des Gesetzgebers entspricht, dass die fragliche Norm den **allgemeinen deliktsrechtlichen Rechtsgüterschutz erweitert**.<sup>308</sup> Wiederholt oder präzisiert eine Norm lediglich eine allgemeine Verkehrspflicht, deren Verletzung auch ohne diese Norm nach § 823 I BGB sanktioniert wäre, so kann dies dazu führen, die Schutzgesetzqualität zu verneinen oder zumindest den sachlichen Schutzbereich der Norm auf die Rechtsgüter des § 823 I BGB zu beschränken, wenn keine Anhaltspunkte für einen Willen des Gesetzgebers bestehen, über die Konkretisierung einer allgemeinen Verkehrspflicht hinauszugehen.<sup>309</sup> **163**

**Beispiele** für Schutzgesetze sind die meisten Strafgesetze zum Schutze individueller Rechtsgüter, insbesondere §§ 242, 249, 263, 267 (str.) StGB, außerdem die Vorschriften der StVO, die Handlungsgebote enthalten (z.B. §§ 1-5 StVO).<sup>310</sup> Im Gesellschaftsrecht ist v.a. die Insolvenzan- **164**

<sup>302</sup> Riehm (Fn. 104), § 3 Rn. 44.

<sup>303</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 77 II 1 d.

<sup>304</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 77 III 3 a.

<sup>305</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 77 III 3 b.

<sup>306</sup> Vgl. Übersicht Produkthaftungsrecht.

<sup>307</sup> Vgl. oben Rn. 4.

<sup>308</sup> Vgl. BGHZ 66, 388, 390; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 77 II 4 (S. 436 ff.).

<sup>309</sup> Vgl. näher Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

<sup>310</sup> Vgl. ferner die umfangreichen Übersichten z.B. bei MünchKomm/Wagner § 823 Rn. 423 f.; Palandt/Sprau § 823 Rn. 70.

tragspflicht nach § 15a InsO (bis 30.10.2008: § 64 II GmbHG) zu erwähnen, der bei Insolvenzverschleppung zu einer persönlichen deliktischen Haftung des GmbH-Geschäftsführers führt.

### b) Verletzung des Schutzgesetzes

- 165** Erforderlich ist ferner, dass das Schutzgesetz verletzt wurde. Bei Strafgesetzen ist die Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes sowie sämtlicher objektiver Bedingungen der Strafbarkeit erforderlich.<sup>311</sup> Dabei ist auch der subjektive Fahrlässigkeitsmaßstab des Strafrechts zu berücksichtigen. Auch bei anderen Schutzgesetzen müssen sämtliche (objektive wie subjektive) Voraussetzungen erfüllt sein.

### c) Rechtswidrigkeit

- 166** Ähnlich wie bei § 823 I BGB die Rechtsgutsverletzung (ggfs. mit der vorgelagerten Verkehrspflichtverletzung) indiziert bei § 823 II BGB die Verletzung des Schutzgesetzes die Rechtswidrigkeit: Ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz ist grundsätzlich rechtswidrig. Zu prüfen sind demnach lediglich die allgemeinen Rechtfertigungsgründe.<sup>312</sup>

### d) Verschulden

- 167** Insoweit kommt es grundsätzlich auf die Maßstäbe des jeweiligen Schutzgesetzes an, die bereits im Rahmen der Verletzung des Schutzgesetzes zu prüfen sind. Wenn das Schutzgesetz selbst keine Anforderungen an das Verschulden stellt, so ist nach § 823 II BGB dennoch ein Verschulden, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch (wie bei § 823 I BGB). Das Verschulden muss sich hierbei allerdings nicht auf die eingetretene Rechtsgutsverletzung beziehen, sondern alleine auf den Tatbestand des Schutzgesetzes.<sup>313</sup>
- 168** Hinsichtlich der **Verschuldensfähigkeit** sollen nach h.M. auch bei der Verletzung von Strafgesetzen die §§ 827 f. BGB<sup>314</sup> und nicht § 3 S. 1 JGG, § 19 StGB gelten.<sup>315</sup>

## 2. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

- 169** § 826 BGB betrifft jede vorsätzliche und sittenwidrige Zufügung eines Schadens und ist damit neben § 823 I BGB („sonstiges Recht“) und § 823 II BGB die dritte „kleine Generalklausel“. <sup>316</sup> Im System des Deliktsrechts kommt § 826 BGB insbesondere die Funktion zu, das Vermögen als solches gegen besonders gravierende, d.h. vorsätzliche und sittenwidrige Beeinträchtigungen zu schützen. Nur insoweit besteht daher ein *allgemeiner*, d.h. nicht an besondere Schutzgesetze gebundener Schutz gegen primäre Vermögensschäden.

### Prüfungsschema:

1. Zufügung eines Schadens
2. Sittenwidrigkeit der Schädigungshandlung
3. Vorsatz des Schädigers
4. Rechtsfolge: Schadensersatz

### a) Zufügung eines Schadens

- 170** Erste Voraussetzung der Haftung nach § 826 BGB ist, dass der Anspruchsgegner dem An-

<sup>311</sup> Vgl. MünchKomm/Wagner § 823 Rn. 537.

<sup>312</sup> Vgl. dazu oben Rn. 119 ff.

<sup>313</sup> Vgl. Palandt/Sprau § 823 Rn. 61; a.A. MünchKomm/Wagner § 823 Rn. 434.

<sup>314</sup> Vgl. dazu oben Rn. 141 ff.

<sup>315</sup> Vgl. BGH NJW 1970, 1038.

<sup>316</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 78 I 2 a.



spruchssteller einen Schaden zugefügt hat. Dabei kommt es – anders als bei § 823 I BGB – nicht darauf an, dass ein absolutes Recht oder ein Rechtsgut verletzt wurde. Vielmehr genügt auch **jeder Vermögensschaden**, der vom Schädiger kausal herbeigeführt wurde. Selbst **Nichtvermögensschäden** können eine Haftung aus § 826 BGB begründen, soweit sie im Rahmen der §§ 249 ff. BGB ersatzfähig sind.<sup>317</sup>

## b) Sittenwidrigkeit

Die Schädigung eines anderen führt – selbst wenn sie vorsätzlich erfolgt – nur dann zu einer Haftung des Schädigers nach § 826 BGB, wenn sie „in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise“ erfolgt. Für die Bestimmung der „guten Sitten“ in diesem Sinne verweist die Rechtsprechung – wie bei § 138 I BGB<sup>318</sup> – auf das **Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden**.<sup>319</sup> Wie auch bei § 138 I BGB ist diese Formel zu unpräzise, um die haftungsauslösenden Handlungen hinreichend abzugrenzen.<sup>320</sup> Diese Abgrenzung muss vielmehr anhand der grundlegenden Prinzipien und Wertungen der gesamten Rechtsordnung vorgenommen werden. Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, dass es in einer freien Wettbewerbsgesellschaft zulässig ist, bei der Ausübung seiner Rechte eigene Interessen zu verfolgen, auch wenn Dritte dadurch Schaden erleiden; lauterer Wettbewerb besteht regelmäßig darin, sich vorsätzlich und zum Schaden anderer Marktteilnehmer Vorteile zu verschaffen.<sup>321</sup> Dieser Ausgangspunkt führt dazu, dass § 826 BGB einer **restriktiven Auslegung und Anwendung** bedarf, insbesondere wenn reine Vermögensschäden betroffen sind. Daher sind über die vorsätzliche Schadenszufügung hinaus **zusätzliche Umstände** erforderlich, um die Sittenwidrigkeit und damit die Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB zu begründen. Hierbei sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:<sup>322</sup>

- **Schutzwürdigkeit des verletzten Rechtsguts oder Interesses:** Diese kann i.d.R. normativ bestimmt werden (z.B. danach, inwieweit die Rechtsordnung das konkrete Interesse gegen Verletzungen schützt) und ist insbesondere bei subjektiven Rechten stärker als bei bloßen wirtschaftlichen Interessen und Chancen.
- **Verhaltensweise des Schädigers:** Bestimmte Verhaltensweisen indizieren bereits die Sittenwidrigkeit, insbesondere die **Täuschung** und **Drohung**.<sup>323</sup> Zwar wird hier die Rechtsfolge des § 138 BGB nicht angewendet, um einen Widerspruch zu § 123 BGB zu vermeiden. Dieser ist bei § 826 BGB aber nicht zu befürchten, da auch § 826 BGB Vorsatz voraussetzt und die Rechtsfolgen (Vertragsaufhebung als Naturalrestitution) im Wesentlichen übereinstimmen.<sup>324</sup>
- **Motiv des Schädigers:** Wie bei § 123 Alt. 2 BGB kann sich die Verwerflichkeit des Handelns aus dem Mittel selbst, aus dem verfolgten Zweck oder aus der Relation zwischen Mittel und Zweck ergeben.
- Auch **leichtfertiges Verhalten** des Schädigers kann nach h.M. sittenwidrig sein, sofern es sich geradezu als „Gewissenlosigkeit“ darstellt. Allerdings ist auch dann Vorsatz hinsichtlich des Schadens erforderlich, wobei allerdings *dolus eventualis* genügt; der Schädiger muss al-

<sup>317</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 826 Rn. 3 und dazu Übersicht Schadensrecht.

<sup>318</sup> Vgl. dazu eingehend *Grigoleit/Herresthal* BGB Allgemeiner Teil, Rn. 418 ff.

<sup>319</sup> Vgl. etwa BGHZ 10, 228, 232 = NJW 1953, 1665; *BGH* WM 1964, 671, 674.

<sup>320</sup> MünchKomm/*Wagner* § 826 Rn. 10 bezeichnet sie zu Recht als „klassische Leerformel“.

<sup>321</sup> Vgl. schon oben Rn. 4.

<sup>322</sup> S. auch die Fallgruppen unten Rn. 175 ff.

<sup>323</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 78 II 2 b.

<sup>324</sup> Vgl. näher *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 28 f., 125 f.

so jedenfalls mit der Möglichkeit eines Schadens gerechnet und in diesem Bewusstsein leichtfertig gehandelt (z.B. eine Auskunft „ins Blaue hinein“ gegeben) haben.<sup>325</sup>

Wie stets ist auch hier ein **Schutzzweckzusammenhang** erforderlich, d.h. die konkrete Verletzung muss im sachlichen und persönlichen Schutzbereich der verletzten Pflicht liegen.

### c) Vorsatz des Schädigers

**172** Zusätzlich zur Sittenwidrigkeit verlangt § 826 BGB Vorsatz des Schädigers, wobei nach ganz h.M. auch *dolus eventualis* genügt (insbesondere bei Angaben „ins Blaue hinein“). Der Vorsatz muss sich – anders als in § 823 BGB – nicht nur auf die Rechtsgutsverletzung, sondern auch auf den **Schaden** beziehen, wobei aber keine konkrete Vorstellung über den Schadensumfang oder den Geschädigten bestehen muss. Es genügt vielmehr, wenn der Schädiger *irgendeinen* Schadens Eintritt billigend in Kauf genommen hat.

**173** Zudem muss der Schädiger die **Tatsachen** kennen, die die Sittenwidrigkeit seines Handelns begründen. Eine *Bewertung* dieser Tatsachen als sittenwidrig ist dagegen nicht erforderlich, weil sonst ein „gewissenloser“ Schädiger, der sein objektiv sittenwidriges Verhalten selbst nicht als sittenwidrig, sondern als ganz normal empfindet, nicht nach § 826 BGB haften müsste.

### d) Rechtsfolge

**174** Rechtsfolge des § 826 BGB ist ein Anspruch auf Schadensersatz nach den §§ 249 ff. BGB Dabei ist folgendes zu berücksichtigen:

- Auch bei § 826 BGB gilt der Grundsatz der **Totalreparation**<sup>326</sup>; der zu ersetzende Schaden ist also nicht durch die Vorhersehbarkeit für den Schädiger oder seinen Vorsatz begrenzt.<sup>327</sup>
- Im Rahmen des **Mitverschuldens** (§ 254 BGB) schadet dem Geschädigten regelmäßig nicht einmal grobe Fahrlässigkeit, da sie hinter dem Schädigungsvorsatz des Schädigers zurücktritt.<sup>328</sup> Der Anspruch aus § 826 BGB dürfte daher in den seltensten Fällen durch § 254 BGB gemindert sein.

### e) Fallgruppen

**175** Die meisten haftungsrechtlich relevanten vorsätzlichen Vermögensschädigungen sind bereits durch strafrechtliche (z.B. §§ 263, 266, 267 StGB) oder gesellschaftsrechtliche (z.B. § 15a InsO, früher § 64 II GmbHG) Schutzgesetze i.S.v. § 823 II BGB abgedeckt. In diesen Fällen ist § 826 BGB zwar neben § 823 II BGB anwendbar, führt aber nicht zu einer Haftungserweiterung. Eine *originäre* Bedeutung hat § 826 BGB nur in den äußerst seltenen Fällen, in denen das von dieser Vorschrift abgesicherte „**rechtsethische Minimum**“<sup>329</sup> nicht schon durch spezifische Schutzgesetze abgedeckt ist. Dies betrifft v.a. die folgenden Fallgruppen:<sup>330</sup>

**176** • Beteiligung an fremdem **Vertragsbruch**: Wer in qualifizierter Weise einen schuldrechtlich zu einer bestimmten Leistung Verpflichteten dazu verleitet, diese nicht zu erfüllen oder sich die Erfüllung unmöglich zu machen, erfüllt i.d.R. den Tatbestand des § 826 BGB. Dass allerdings nicht jede solche Verleitung zum Vertragsbruch zur Haftung nach § 826 BGB führen kann, zeigt schon das System des Unmöglichkeitrechts, das grundsätzlich nur den Schuldner und keinen Dritten einer – dem Gläubiger grundsätzlich genügenden – Schadensersatz-

<sup>325</sup> Vgl. *BGH NJW* 1962, 1766; *BGHZ* 62, 54 = *NJW* 1974, 312, 313; *NJW* 1987, 1758.

<sup>326</sup> Vgl. dazu Übersicht Schadensrecht.

<sup>327</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 826 Rn. 14.

<sup>328</sup> Vgl. *BGH NJW* 1992, 310: Gebrauchtwagenkauf beim Hehler.

<sup>329</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 78 II 1 b.

<sup>330</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 78 IV.

pflicht nach § 283 BGB oder § 281 BGB aussetzt. Erforderlich sind daher **qualifizierende Umstände** wie z.B. Täuschung, Drohung, das Versprechen der Freistellung von allen Nachteilen oder ein kollusives Zusammenwirken mit dem Schuldner.<sup>331</sup>

- **Gläubigergefährdung** oder **-benachteiligung** liegt vor, wenn Gläubiger durch die wirtschaftliche Entwertung ihrer Forderung gefährdet werden. Beispiele sind die **Verschleppung des Insolvenzverfahrens**, durch die die schließlich entstehende Quote gemindert wird,<sup>332</sup> oder die Sicherung wesentlicher Vermögensteile des Schuldners, um sie dem Zugriff der anderen Gläubiger zu entziehen (z.B. Kauf von schuldnerfremden Waren [Eigentumsvorbehalt!] ausschließlich zur Aufrechnung mit eigenen Forderungen). Insoweit sind allerdings die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) bzw. des Anfechtungsgesetzes zu berücksichtigen, die vorrangige Spezialregeln des Gläubigerschutzes enthalten. Eine darüber hinausgehende Haftung nach § 826 BGB kommt nur in Betracht, wenn zum jeweiligen Anfechtungstatbestand **zusätzliche Umstände** hinzutreten, wie etwa die Kollusion zwischen Schuldner und Schädiger.<sup>333</sup> 177
- **Fehlinformationen**: Falsche Auskünfte, z.B. über die Kreditwürdigkeit, Zuverlässigkeit eines Unternehmens oder einer Person oder falsche Zeugnisse von Arbeitgebern können ebenfalls Ansprüche aus § 826 BGB begründen.<sup>334</sup> Insbesondere in dieser Fallgruppe kann bereits die **Leichtfertigkeit** der Falschaussage die Sittenwidrigkeit begründen (nicht aber den Vorsatz; es kommt aber *dolus eventualis* für „Angaben ins Blaue“ in Betracht). 178
- **Rechts- oder Institutionenmissbrauch** liegt vor, wenn eine formell bestehende Rechtsposition oder ein staatliches Verfahren (z.B. das Insolvenzverfahren) missbräuchlich ausgenutzt wird. Beispiele hierfür sind die wissentliche Erhebung einer unbegründeten Klage,<sup>335</sup> nach der Rspr. des *BGH* auch die Erschleichung oder Ausnutzung eines materiell rechtswidrigen rechtskräftigen Vollstreckungsbescheids,<sup>336</sup> so dass § 826 BGB insoweit der Sache nach sogar zu einer Durchbrechung der Rechtskraft führt. 179
- Der *BGH* stützt neuerdings auch die **Haftung von GmbH-Gesellschaftern für existenzvernichtende Eingriffe** in das Vermögen der Gesellschaft auf § 826 BGB.<sup>337</sup> Hierbei handelt es sich aber um ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Problem, das an dieser Stelle nicht vertieft behandelt werden kann.<sup>338</sup> 180

#### IV. Haftung für vermutetes Verschulden<sup>339</sup>

Bei den bisher behandelten deliktischen Anspruchsgrundlagen muss der Geschädigte das Verschulden des Schädigers und die Kausalität des Verschuldens für die eingetretene Rechtsgutsverletzung beweisen. In einigen Fällen hat das Gesetz jedoch die **Beweislast umgekehrt** und dem Schädiger den Entlastungsbeweis für Kausalität und Verschulden aufgebürdet. Der Ver-

181

<sup>331</sup> Vgl. *BGH* NJW 1981, 2184; NJW 1992, 2152; NJW 1994, 128; *OLG München* NZM 1999, 797.

<sup>332</sup> Vgl. z.B. *BGHZ* 96, 231 = NJW 1986, 837.

<sup>333</sup> Vgl. *MünchKomm/Wagner* § 826 Rn. 147.

<sup>334</sup> Vgl. *BGH* NJW-RR 1986, 1292.

<sup>335</sup> Vgl. *Kötz/Wagner*, 13. Aufl. 2016, Rn. 265.

<sup>336</sup> Grdl. *BGHZ* 101, 381 = NJW 1987, 3256, 3257; ferner *BGHZ* 103, 44 = NJW 1988, 971, 972; *BGHZ* 112, 54 = NJW 1991, 30 f.

<sup>337</sup> Vgl. *BGHZ* 173, 246 = NJW 2007, 2689 – *Trihotel*; ebenso *Wagner* FS Canaris Bd. 2, S. 473 ff., 489 ff.

<sup>338</sup> Vgl. dazu eingehend *Grigoleit* Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, insb. S. 202 ff.

<sup>339</sup> Beachte: *BGH* v. 20.03.2012 – VI ZR 3/11: Keine Anwendung der Verschuldensvermutung im Rahmen des § 254 I BGB.

zicht auf den Verschuldensbeweis bedeutet für den Geschädigten eine erhebliche Erleichterung, weil der Nachweis des Verschuldens typischerweise eine Kenntnis von konkreten Umständen und ggfs. sogar von subjektiven Tatsachen (z.B. Vorsatz) auf Seiten des Schädigers erfordert. Die gesetzlichen Tatbestände der Haftung für vermutetes Verschulden betreffen regelmäßig Situationen, in denen der Geschädigte typischerweise keinen Einblick in die Haftungsvoraussetzungen hat, weil sie nicht in engem Zusammenhang mit der Schädigung stehen.<sup>340</sup>

### 1. Haftung für Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB)

- 182** Nach § 831 I BGB haftet der Geschäftsherr für die Schäden, die ein von ihm bestellter Verrichtungsgehilfe im Rahmen seiner Tätigkeit für den Geschäftsherrn einem anderen widerrechtlich zufügt. Anders bei den *Zurechnungsnormen* § 31 BGB und § 278 BGB handelt es sich bei der *Anspruchsgrundlage* § 831 I BGB um eine Haftung des Geschäftsherrn nicht für fremde Pflichtverletzungen des Gehilfen, sondern für **vermutetes eigenes Auswahl- oder Überwachungsver schulden** (und damit für vermutete eigene Pflichtverletzungen) des Geschäftsherrn. Zugleich wird in § 831 I 1 BGB die **Kausalität** der vermuteten Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden **vermutet**. Kurz gefasst führt bei § 831 I BGB die Begehung einer unerlaubten Handlung *durch den Verrichtungsgehilfen* dazu, dass eine schuldhaftes Auswahl- oder Aufsichtspflichtverletzung *des Geschäftsherrn* vermutet wird, die für den Schaden gleichermaßen kausal war und letztlich die Haftung begründet. Dementsprechend lässt die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 I BGB die persönliche deliktische Haftung des Verrichtungsgehilfen unberührt.
- 183** Daneben kann der Geschäftsherr auch aus § 823 I BGB wegen Verletzung seiner betrieblichen Organisationspflichten (Verkehrspflichten) haften, wobei allerdings Pflichtverletzung, Kausalität und Verschulden vom Geschädigten voll zu beweisen sind.<sup>341</sup>

#### Prüfungsschema:

1. Verrichtungsgehilfe
2. Rechtswidrige Schadenszufügung durch den Verrichtungsgehilfen
3. In Ausführung der Verrichtung
4. Kein Entlastungsbeweis (§ 831 I 2 BGB)
5. Rechtsfolge: Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB

#### a) Verrichtungsgehilfe

- 184** Verrichtungsgehilfe i.S.v. § 831 I BGB ist, wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn **weisungsabhängig** in dessen Interessenkreis tätig ist. Es kommt also – anders als bei Erfüllungsgehilfen – insbesondere darauf an, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken, entziehen oder **nach Zeit und Umfang bestimmen** kann, weil nur dann die Annahme von entsprechenden Auswahl- und Überwachungspflichten gerechtfertigt ist.<sup>342</sup>
- 185** Insbesondere ist derjenige kein Verrichtungsgehilfe, der über Zeit und Umfang seiner Tätigkeit selbst entscheiden kann; insbesondere sind selbständige Unternehmer (z.B. Handwerksmeister) keine Verrichtungsgehilfen, da sie über das Ob und das Wie der konkreten Tätigkeit selbständig entscheiden können.<sup>343</sup> Das gilt auch dann, wenn das selbstständige Unternehmen eine kon-

<sup>340</sup> Vgl. *Medicus/Lorenz Schuldrecht II*, Rn. 1343.

<sup>341</sup> Vgl. *Palandt/Sprau* § 831 Rn. 2; BGHZ 11, 151.

<sup>342</sup> Vgl. BGHZ 49, 313.

<sup>343</sup> Vgl. *Palandt/Sprau* § 831 Rn. 6.

zernrechtlich abhängige Tochtergesellschaft der Geschäftsherrn-Gesellschaft ist.<sup>344</sup> Dagegen soll nach der Rechtsprechung sogar ein **Rechtsanwalt** – ungeachtet seiner selbständigen Stellung und seiner überlegenen Sachkunde – als Verrichtungsgehilfe seines Mandanten anzusehen sein, weil der Mandant kraft des Anwaltsvertrages das Recht habe, verbindliche Weisungen zu erteilen.<sup>345</sup>

Ohne weiteres können **höhere Angestellte** Verrichtungsgehilfen sein, z.B. Manager eines großen Unternehmens, wenn und weil auch diese den Weisungen ihrer jeweiligen Vorgesetzten unterworfen sind. Lediglich der Vorstand einer AG bzw. der Geschäftsführer einer GmbH (oder einer Personengesellschaft) selbst sind **Organe** ihrer Gesellschaften, so dass ihre Handlungen der juristischen Person nach § 31 BGB unmittelbar zugerechnet werden; § 831 I BGB ist insoweit nicht anwendbar.<sup>346</sup>

### b) Rechtswidrige Schadenszufügung durch den Verrichtungsgehilfen

Der Verrichtungsgehilfe muss dem Anspruchssteller in widerrechtlicher Weise Schaden zugefügt haben. Widerrechtlich ist die Schadenszufügung nur dann, wenn der Verrichtungsgehilfe eine **unerlaubte Handlung nach den §§ 823 ff. BGB** begangen hat.<sup>347</sup> Inzident ist an dieser Stelle also eine vollständige Deliktsprüfung im Hinblick auf den Verrichtungsgehilfen vorzunehmen.<sup>348</sup>

186

Dabei muss neben dem **objektiven Tatbestand** der unerlaubten Handlung und der Rechtswidrigkeit nach h.M. über den Wortlaut des § 831 I BGB hinaus auch eine **Verkehrspflichtverletzung** (Verletzung der äußeren Sorgfalt) des Gehilfen vorliegen. Das gilt unzweifelhaft bei den Tatbeständen der Vorsatzhaftung, die nur bei Vorsatz des Gehilfen überhaupt verwirklicht sind (§ 826 BGB, § 823 II BGB i.V.m. mit Schutzgesetzen, die vorsätzliches Verhalten voraussetzen), gilt aber nach der zutreffenden h.M. auch für Fahrlässigkeitsdelikte. Denn es besteht **keine Überwachungspflicht**, rechtmäßigem (verkehrspflichtgemäßem) Verhalten von Verrichtungsgehilfen vorzubeugen. Das gilt indessen nicht für den Einsatz **verschuldensunfähiger** Verrichtungsgehilfen; hierin liegt ein klares **Auswahlverschulden** des Geschäftsherrn, das eine Haftung nach § 831 I BGB begründen kann.<sup>349</sup>

187

### c) In Ausführung der Verrichtung

Erforderlich ist ferner ein **innerer sachlicher Zusammenhang** zwischen der Ausführung der übertragenen Verrichtung und der Schädigung. Die Schädigung darf also nicht lediglich „bei Gelegenheit“ der Verrichtung erfolgt sein.

188

Die Begehung **vorsätzlicher Straftaten** durch den Verrichtungsgehilfen steht der Annahme eines inneren sachlichen Zusammenhangs nicht zwingend entgegen. Vielmehr ist auch hier zu fragen, ob dem Verrichtungsgehilfen die fehlerhaft ausgeführte Tätigkeit dem Grunde nach übertragen ist oder nicht, so dass eine Haftung für Diebstähle durch einen Arbeiter während der Tätigkeit nach h.M. grundsätzlich nicht besteht, während bei einem Verrichtungsgehilfen, der gerade zur Überwachung der Arbeiter eingestellt war, die Haftung zu bejahen ist.<sup>350</sup> Ent-

<sup>344</sup> Vgl. BGH, NGZ 2013, 279.

<sup>345</sup> Vgl. RGZ 96, 177; BGH WM 1957, 484; NJW 1962, 1390; BGHZ 58, 207 = NJW 1972, 1048; a.A. Münch-Komm/Wagner § 831 Rn. 16 m.w.N.

<sup>346</sup> Vgl. dazu eingehend *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

<sup>347</sup> Ganz h.M., vgl. Palandt/*Sprau* § 831 Rn. 8.

<sup>348</sup> Vgl. als Beispiel *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 1: „Kein Schiff wird kommen“.

<sup>349</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 831 Rn. 12; *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 79 III 2 c (S. 479).

<sup>350</sup> Vgl. Palandt/*Sprau* § 831 Rn. 9.

scheidend ist jeweils, ob sich gerade ein **spezifisches Risiko des Einsatzes von Gehilfen** verwirklicht hat.<sup>351</sup>

#### d) Entlastungsbeweis (§ 831 I 2 BGB)

189 Nach § 831 I 2 BGB kann sich der Geschäftsherr durch Widerlegung der Verschuldensvermutung (bzw. Pflichtverletzungsvermutung<sup>352</sup>) oder der Kausalitätsvermutung von der Haftung nach § 831 I 1 BGB entlasten:

##### aa) Widerlegung der Verschuldensvermutung

190 Die Widerlegung der **Verschuldensvermutung** kann auf verschiedene Weise geschehen, je nach der vorgeworfenen Pflichtverletzung:

191 ● Durch Nachweis **plichtgemäßer Auswahl** des Verrichtungsgehilfen (§ 831 I 2 Hs. 1 Alt. 1 BGB):

- Welche **Sorgfaltsanforderungen** an die Auswahl von Verrichtungsgehilfen zu stellen sind, hängt entscheidend von der jeweiligen Tätigkeit ab. Je größer die mit der Tätigkeit verbundene Gefahr für die Rechtsgüter Dritter ist, desto höher sind auch die Anforderungen an die Sorgfalt des Geschäftsherrn bei der Auswahl. Insbesondere reicht es u.U. nicht aus, wenn der Geschäftsherr sich nur auf **Zeugnisse** früherer Arbeitnehmer verlässt, ohne eigene Nachforschungen anzustellen.
- Die Auswahl des Verrichtungsgehilfen setzt sich in der fortlaufenden **Überwachung** des Gehilfen fort, da dessen Weiterbeschäftigung die Auswahlentscheidung immer wieder aktualisiert und es darauf ankommt, dass der Gehilfe im Augenblick der schädigenden Handlung ordnungsgemäß ausgewählt war.<sup>353</sup>

192 ● Durch Nachweis der Beachtung der erforderlichen Sorgfalt bei der Beschaffung von **Vorrichtungen und Gerätschaften** (§ 831 I 2 Hs. 1 Alt. 2 BGB): Insbesondere ist der Geschäftsherr als Halter eines Firmenwagens verpflichtet, für einen verkehrssicheren Zustand des Fahrzeugs zu sorgen, mit dem seine Verrichtungsgehilfen am Straßenverkehr teilnehmen.<sup>354</sup>

193 ● Durch Nachweis **plichtgemäßer Anleitung** des Verrichtungsgehilfen (§ 831 I 2 Hs. 1 Alt. 3 BGB): Dies betrifft insbesondere komplizierte Verrichtungen, bei denen der Geschäftsherr dafür Sorge zu tragen hat, dass der Gehilfe hinreichend qualifiziert ist und auf die besonderen Gefahren hingewiesen wird (z.B. bei Öleinfüllungen in Tanks<sup>355</sup>).

194 Bei **Großbetrieben** (ab 10 Mitarbeitern) ließ die Rspr. früher einen **dezentralisierten Entlastungsbeweis** zu, so dass der Geschäftsherr sich nicht hinsichtlich jedes einzelnen Verrichtungsgehilfen entlasten musste, sondern es genügte, dass er eine **Zwischenperson** zur Überwachung der anderen Gehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht hatte und er sich deren Überwachungsverschulden nicht mehr zurechnen lassen musste.<sup>356</sup> Diese Konstruktion wird aber heute faktisch nicht mehr angewendet, weil sie zu einer ungerechtfertigten Privilegierung von Großunternehmen führen würde.<sup>357</sup> Vielmehr ist bei großen Unternehmen (regelmäßig in der

<sup>351</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 79 III 2 d.

<sup>352</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 79 III 3.

<sup>353</sup> Vgl. Medicus/Petersen Bürgerliches Recht, Rn. 812 f.

<sup>354</sup> Vgl. BGH VersR 1953, 117.

<sup>355</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 1150.

<sup>356</sup> Vgl. BGHZ 4, 1.

<sup>357</sup> Vgl. Medicus/Lorenz Schuldrecht II, Rn. 1352.

Rechtsform einer Kapitalgesellschaft) haftungsrechtlich gesehen stets ein Gesellschaftsorgan (Geschäftsführer, Vorstand) für die Auswahl und Überwachung der Mitarbeiter verantwortlich, dessen etwaiges Verschulden hierbei der juristischen Person unmittelbar über § 31 BGB zugerechnet werden kann.<sup>358</sup>

### bb) Widerlegung der Kausalitätsvermutung

Der Entlastungsbeweis kann nach § 831 I 2 Hs. 2 BGB auch dadurch geführt werden, dass die **fehlende Kausalität** zwischen Auswahl- oder Überwachungsver schulden und Schaden bewiesen wird.<sup>359</sup> Dies gelingt,

195

- wenn der Schaden auch von einer sorgfältig ausgewählten und überwachten Person ange richtet worden wäre, oder
- wenn auch ein sorgfältiger Geschäftsherr nach den pflichtgemäß eingeholten Unterlagen den gleichen Verrichtungsgehilfen ausgewählt hätte.<sup>360</sup>

## V. Gefährdungshaftung

### 1. Grundlagen

Grundsätzlich setzt eine Schadensersatzhaftung nach deutschem Recht eine rechtswidrige und schuldhafte Pflichtverletzung des Schädigers voraus. In engen Grenzen existieren aber auch Schadensersatzpflichten aufgrund **reiner Gefährdungshaftung**, d.h. aufgrund einer **erlaubten (rechtmäßigen) Tätigkeit**, die zum Eintritt eines Schadens geführt hat. Diese Haftungstatbestände bestehen auf dem gemeinsamen Grundgedanken, dass bestimmte Tätigkeiten zwar gefährlich sind, im Interesse der Allgemeinheit aber als rechtmäßig zugelassen werden (z.B. der Betrieb von Autos, Kernkraftwerken oder Wasserversorgungsnetzen, die Herstellung von Arzneimitteln und anderen Produkten, das Halten von Haustieren). Die Gefahren, die von diesen Tätigkeiten selbst bei Einhaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt noch ausgehen, sind aber so gravierend, dass als Ausgleich eine verschuldensunabhängige Haftung, die Gefährdungshaftung, angeordnet wird.<sup>361</sup> Dabei besteht ein **numerus clausus der Gefährdungshaftungstatbestände**. Eine verschuldensunabhängige Haftung ist also nur dann möglich, wenn diese (vertraglich oder gesetzlich) ausdrücklich bestimmt ist. Die bestehenden Tatbestände sind daher grundsätzlich nicht analogiefähig.<sup>362</sup> Auch wenn alle Tatbestände der Gefährdungshaftung auf dem gleichen Grundgedanken beruhen, darf ihnen kein allgemeiner Tatbestand im Wege der Gesamtanalogie entnommen werden, der (vermeintliche oder reale) Haftungslücken außerhalb der explizit geregelten Spezialtatbestände schließen könnte.

196

Die Gefährdungshaftung trifft in aller Regel den **Beherrscher der Gefahrenquelle**, also etwa den Halter des Autos oder Tieres, den Betreiber des Kernkraftwerkes oder des Wasserversorgungsnetzes oder den Hersteller des Arzneimittels oder sonstigen Produkts. Denn dieser zieht einerseits die Vorteile aus der gefährlichen Tätigkeit und kann andererseits am effizientesten das von der Gefahrenquelle ausgehende Risiko minimieren. Typischerweise – wenn auch nicht immer (z.B. bei Tierhalten) – gehen diese Tatbestände mit einer gesetzlichen Versicherungspflicht des Haftpflichtigen einher, so dass die Entschädigung des Opfers selbst bei Zahlungsunfähigkeit

197

<sup>358</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 79 III 5 b (S. 483).

<sup>359</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 79 III 4.

<sup>360</sup> Vgl. BGHZ 4, 1, 4.

<sup>361</sup> Vgl. zum ökonomischen Hintergrund näher MünchKomm/Wagner Vor § 823 Rn. 46 m.w.N.

<sup>362</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 84 I 1 b.

des Haftpflichtigen sichergestellt ist; zur Erleichterung der Versicherbarkeit sind häufig Haftungshöchstgrenzen vorgesehen (vgl. z.B. §§ 10 ProdHaftG, 12 StVG).

Die wichtigsten Tatbestände der Gefährdungshaftung sind:

1. Haftung für Tiere

- a) Haftung des Tierhalters bei „Luxustieren“, § 833 S. 1 BGB
- b) Haftung für Wild- und Jagdschäden nach §§ 29, 33 BJagdG

2. Haftung für Fahrzeuge

- a) Haftung des Kfz-Halters, § 7 I StVG
- b) Haftung des Eisenbahnunternehmers, § 1 HaftPflG
- c) Haftung des Luftfahrzeughalters, § 33 LuftVG

3. Haftung für Produkte

- a) Produkthaftung nach § 1 I ProdHaftG
- b) Haftung für Arzneimittel nach § 84 AMG

4. Haftung für Energieträger nach § 2 HaftPflG, § 25 AtG

5. Haftung für Umweltbeeinträchtigungen nach §§ 22 WHG, 1 UmwHG, 114 BBergG, 32 GenTG

## 2. Haftung des Tierhalters (§ 833 BGB)

**198** Die §§ 833, 834 BGB statuieren eine Einstandspflicht des Tierhalters für die von seinem Tier verursachten Schäden entweder aus **vermutetem Verschulden** für Nutztiere (§ 833 S. 2 BGB) oder aus **Gefährdungshaftung** für die sog. Luxustiere (§ 833 S. 1 BGB).<sup>363</sup> Die Haftung aus § 833 S. 1, 2 BGB kann vertraglich ausgeschlossen werden; problematisch ist insoweit die Annahme konkludenter Haftungsausschlüsse, insbesondere bei der praktisch häufigen unentgeltlichen Überlassung von Tieren aus Gefälligkeit.<sup>364</sup>

### Prüfungsschema:

1. Rechtsgutsverletzung
2. Durch ein Tier i.S.v. § 833 BGB
3. Haltereigenschaft des Anspruchsgegners
4. Kausalität zwischen einem tierischen Verhalten und der Rechtsgutsverletzung
5. Kein Entlastungsbeweis nach § 833 S. 2 BGB
6. Rechtsfolge: Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB

### a) Rechtsgutsverletzung

Nach § 833 BGB sind nicht alle Rechtsgüter des § 823 I BGB geschützt, sondern lediglich Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum. Insbesondere kennt § 833 BGB keinen Schutz **sonstiger Rechte**, etwa des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs. Diese Begrenzung des Schutzbereiches ist das Korrelat zu den geringen Haftungsanforderungen des § 833 BGB und kann daher auch nicht im Wege der Analogie überwunden werden.<sup>365</sup>

<sup>363</sup> Vgl. dazu *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.

<sup>364</sup> Vgl. dazu eingehend *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.

<sup>365</sup> Vgl. *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.



**b) Tier**

§ 833 BGB gilt für alle Tiere, auch Kleintiere (Insekten, z.B. Bienen), egal ob sie wild, gezähmt oder zahm sind (bei wilden Tieren wird es indessen regelmäßig an einem Halter fehlen). Ob auch **Mikroorganismen** (z.B. Viren oder Bakterien) Tiere in diesem Sinne sind, ist str.<sup>366</sup> **199**

**c) Kausalität**

Hinsichtlich der Kausalität i.S.d. **Äquivalenzformel** gilt zunächst das gleiche wie bei § 823 I BGB.<sup>367</sup> Das **Adäquanzkriterium** ist bei der Tierhalterhaftung indessen – wie bei jeder Gefährdungshaftung – nicht anwendbar, da es gerade der Zweck jeder Gefährdungshaftung ist, auch vor unvorhersehbaren Schäden zu schützen.<sup>368</sup> Im Rahmen des **Schutzzwecks der Norm** ist zu berücksichtigen, dass § 833 S. 1 BGB nur die Haftung für die **typische Tiergefahr** umfasst, d.h. es muss gerade die „Unberechenbarkeit“ des Tieres bzw. ein spezifisch tierisches Verhalten zum Schadenseintritt geführt haben.<sup>369</sup> Daran fehlt es, wenn das Tier entweder „mechanisch“ verwendet wird (z.B. als Wurfgeschoss) oder unter fester menschlicher Leitung stand und im konkreten Fall dem Willen seines Lenkers gehorcht hat (z.B. beim Hetzen eines Kampfhundes auf das Opfer; hier haftet der Lenker aus § 823 I BGB). **200**

Darüber hinaus scheidet eine Haftung aus § 833 BGB aus, wenn der Verletzte sich aus vorwiegend eigenem Interesse einer besonderen, über die normale Tiergefahr hinausgehenden Gefahr ausgesetzt hat, z.B. bei der Übernahme eines erkennbar besonders unberechenbaren Pferdes.<sup>370</sup> Inwieweit bereits die **freiwillige Selbstgefährdung**, d.h. der freiwillige Umgang mit dem („normal“ gefährlichen) Tier die Haftung ausschließen oder begrenzen kann, ist sehr umstritten.<sup>371</sup> **201**

**d) Tierhaltereigenschaft des Anspruchsgegners**

Der Anspruch aus § 833 BGB richtet sich gegen den **Halter** des schädigenden Tieres. Tierhalter i.S.v. § 833 BGB ist derjenige, der das Tier in eigenem Interesse und auf eigene Rechnung für gewisse Dauer in seiner Gewalt und Obhut hat und selbst oder durch Dritte die Herrschaft über das Tier ausübt. Regelmäßig ist dies der **Eigenbesitzer** oder der **unterhaltspflichtige Fremdbesitzer**.<sup>372</sup> Str. ist, ob für die Begründung der Haltereigenschaft durch **Minderjährige** die §§ 106 ff. BGB analog<sup>373</sup> oder die §§ 827 f. BGB analog anzuwenden sind.<sup>374</sup> **202**

**e) Entlastungsbeweis (§ 833 S. 2 BGB)**

Die Haftung des Tierhalters aus § 833 S. 1 BGB besteht nicht, wenn er sich nach § 833 S. 2 BGB entlasten kann. Dafür ist zum einen erforderlich, dass der Entlastungsbeweis überhaupt anwendbar ist (aa), und dass zum anderen die Verschuldens- oder die Kausalitätsvermutung widerlegt wird (bb). **203**

**aa) Anwendungsbereich des Entlastungsbeweises****204**

<sup>366</sup> Dafür *Medicus/Lorenz* Schuldrecht II, Rn. 1365, dagegen *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 84 II 1 a.

<sup>367</sup> Vgl. oben Rn. 86 ff.

<sup>368</sup> Vgl. oben Rn. 93.

<sup>369</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 84 II 1 c; *BGH* NJW 1999, 3119; s. dazu ausführlich *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.

<sup>370</sup> Vgl. *BGH* NJW 1974, 234, 235.

<sup>371</sup> Vgl. dazu ausführlich *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 4: „Ein fliehendes Pferd“.

<sup>372</sup> Vgl. *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 84 II 1 b.

<sup>373</sup> So *Larenz/Canaris* Schuldrecht II/2, § 84 II 1 g wegen der Möglichkeit der Erlangung von Versicherungsschutz.

<sup>374</sup> So die h.M., vgl. *Medicus/Lorenz* Schuldrecht II, Rn. 1366.

Der Entlastungsbeweis nach § 833 S. 2 BGB ist nur unter zwei (kumulativen) Voraussetzungen anwendbar:

- Bei dem Tier muss es sich um ein **Haustier** handeln, d.h. ein **zahmes** Tier, das als Haustier (z.B. nicht als Versuchstier) gehalten wird.
- Das Tier muss dem **Beruf**, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt zu dienen bestimmt sein, d.h. es darf kein sog. **Luxustier** sein. Diese Voraussetzung erfüllen z.B. gewerblich genutzte Reitpferde eines Reiterhofes, Arbeitstiere, Nutz- und Schlachttiere, Wach- und Blindenhunde, Katzen auf dem Bauernhof zum Schutz vor Mäusen, dagegen nicht die üblichen Haushunde oder „Familienkatzen“.

#### bb) Inhalt des Entlastungsbeweises

**205** Wie bei § 831 I 2 BGB und § 832 I 2 BGB ist auch bei § 833 S. 2 BGB die Entlastung möglich durch **Widerlegung der Verschuldens-** oder der **Kausalitätsvermutung**:

- Die **Verschuldensvermutung** ist widerlegt durch den Nachweis hinreichender Beaufsichtigung, wobei sich Art und Umfang der Beaufsichtigung nach den Eigenschaften des Tieres und den konkreten Gefahren richten.
- Die **Kausalitätsvermutung** ist widerlegt durch den Nachweis, dass die Rechtsgutsverletzung auch bei ordnungsgemäßer Aufsichtsführung eingetreten wäre (z.B. dass auch eine ordnungsgemäße Sicherung einen Ausbruch des Tieres nicht verhindert hätte).

#### VI. Mehrheiten von Tätern (§ 830 BGB)

**206** Treffen Handlungsbeiträge verschiedener Personen bei der Entstehung einer Rechtsgutsverletzung zusammen, so können sie entweder unabhängig voneinander als sog. Nebentäter verantwortlich sein (sogleich unter 1). Über die allgemeinen Regeln der Kausalität hinaus kann **§ 830 BGB** eine Haftung für solche Tatbeteiligte begründen, deren Tatbeiträge nicht *nachweislich* kausal für die konkrete Rechtsgutsverletzung waren. Dabei kann es sich um Mittäterschaft oder Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) (unten 2) oder um Alternativtäterschaft handeln (unten 3). Die Rechtsfolgen der Haftung Mehrerer für einen Schaden regelt schließlich § 840 BGB (unten 4).

##### 1. Nebentäterschaft (§ 840 BGB)

**207** Haben mehrere Personen **unabhängig voneinander** eine Rechtsgutsverletzung herbeigeführt, so können die Personen zunächst nach den Regeln der Kausalität deliktisch jeweils voll verantwortlich sein (z.B. kumulative bzw. **Gesamtkausalität; Doppelkausalität**<sup>375</sup>). Insbesondere wird die Zurechnung gegenüber einem Verursacher nicht grundsätzlich dadurch ausgeschlossen, dass erst ein Anderer den Erfolg in Anknüpfung an die gefährdende Handlung des Ersten herbeiführt. Beide Verursacher sind dann **Nebentäter** i.S.v. § 840 BGB. Im Unterschied zur Mittäterschaft (§ 830 I 1 BGB) wirken die Täter nicht gemeinschaftlich zusammen, sondern begehen die unerlaubten Handlungen nur zufällig gemeinsam. Der Unterschied zur Alternativtäterschaft (§ 830 I 2 BGB) liegt darin, dass bei der Nebentäterschaft alle unerlaubten Handlungen nachweislich kausal für die Verletzung waren, während bei der Alternativtäterschaft die Kausalität der einzelnen Handlungen nicht nachzuweisen ist.

**Beispiel:** A verletzt die Streupflicht auf seinem Gehsteig, B fährt zu schnell mit dem Fahrrad und stürzt in den Gartenzaun des C: A und B haften gegenüber C als Nebentäter.

<sup>375</sup> Vgl. dazu oben Rn. 88 f.

Es kann sich nach den Regeln der Kausalität aber auch ergeben, dass jeder Beteiligte nachweislich **nur für eine bestimmte abgrenzbare Rechtsgutsverletzung** unter mehreren verantwortlich ist. In einem solchen Fall haftet jeder Beteiligte nur für den von ihm verursachten Schaden. 208

**Beispiel:** A und B bewerfen C unabhängig voneinander mit Steinen; C erleidet (nachweislich!) durch einen Wurf des A eine Platzwunde am Auge und durch einen Wurf des B eine Platzwunde am Knie. A haftet nur für die Behandlungskosten der Wunde am Auge (und etwaige Folgeschäden), B nur für die Behandlungskosten der Wunde am Knie (und etwaige Folgeschäden).

## 2. Mittäterschaft und Teilnahme (§ 830 I 1, II BGB)

**Mittäterschaft** liegt – wie auch im Strafrecht – vor, wenn mehrere Täter den Schaden gemeinschaftlich, d.h. auf Grund eines gemeinsamen Tatentschlusses und in arbeitsteiligem Zusammenwirken verursachen (§ 830 I 1 BGB). **Teilnahme** i.S.v. § 830 II BGB ist – ebenfalls wie im Strafrecht – der Oberbegriff für **Anstiftung** und **Beihilfe**. Eine genaue Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Teilnahme erübrigt sich im Zivilrecht, weil die Rechtsfolgen von § 830 I 1 BGB und § 830 II BGB identisch sind: Jeder Täter haftet gem. § 840 BGB als Gesamtschuldner voll für den gesamten Schaden, d.h. die Tatbeiträge der Täter und Teilnehmer werden wechselseitig zugerechnet, soweit sie vom gemeinsamen Tatplan umfasst sind. **Exzesshandlungen** werden dagegen nicht zugerechnet.<sup>376</sup> 209

Zu prüfen sind die Voraussetzungen des § 830 I 1, II BGB mithin im Rahmen der **haftungsbe gründenden Kausalität**, denn dort entscheidet sich, ob die eingetretene Rechtsgutsverletzung einem Beteiligten (Mittäter oder Teilnehmer) zuzurechnen ist. Die genannten Vorschriften stellen – über die allgemeinen Voraussetzungen der Kausalität hinaus – einen normativen Bezug her zwischen der Beteiligungshandlung (charakterisiert durch Tatbeitrag und Gesamtvorsatz) und einer Rechtsgutsverletzung, die ihrerseits nicht vom Beteiligten selbst, sondern von einem anderen Mittäter oder Haupttäter kausal herbeigeführt wurde. Dem Geschädigten wird durch § 830 I 1 BGB im Ergebnis also der Nachweis der **Kausalität** jedes einzelnen Tatbeitrags erspart. Nach einer Literaturmeinung soll dem Teilnehmer bzw. Mittäter wenigstens die Möglichkeit des Entlastungsbeweises zustehen, so dass er sich dadurch von der Haftung befreien kann, dass er nachweist, dass seine Handlung für die eingetretene Verletzung nicht kausal war.<sup>377</sup> 210

Voraussetzungen der Zurechnung nach § 830 I 1 BGB (ggfs. i.V.m. § 830 II BGB) sind: 211

- Jeder Beteiligte muss einen **objektiven Tatbeitrag** leisten. Der Tatbeitrag muss nicht erheblich sein, und er muss auch nicht zwingend materiell sein, sondern kann auch in der bloßen „moralischen Unterstützung“ des Haupttäters liegen (sog. psychische Beihilfe). Wegen der Gleichstellung von Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe kommt es – anders als im Strafrecht – weder auf das Gewicht des Tatbeitrags noch auf die Tatherrschaft des Beteiligten an. 212
- Ferner muss er **Vorsatz** bezüglich der Handlungen der übrigen Täter haben (gemeinschaftlicher Tatplan). Nach h.M. muss sich der Vorsatz aber nicht auf jede einzelne konkret eingetretene Rechtsgutsverletzung beziehen, sondern nur auf den Gesamtplan.<sup>378</sup> 213

214

<sup>376</sup> Vgl. BGH NJW 1992, 1381, 1382.

<sup>377</sup> Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 I 2 b.

<sup>378</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 I 2 c.

- Ob auch die **Haupttat** vorsätzlich geschehen sein muss, ist ebenfalls str. Die h.M. bejaht dies unter Hinweis auf die §§ 26 f. StGB. In der Tat ist eine Anstiftung zu einer fahrlässigen Tat begrifflich nicht denkbar.<sup>379</sup>

### 3. Alternativtäterschaft (§ 830 I 2 BGB)

- 215** Alternativtäterschaft i.S.v. § 830 I 2 BGB liegt vor, „wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat“.<sup>380</sup> Auch hier tritt eine **gesamtschuldnerische Haftung nach § 840 BGB** (wie bei Mittätern oder Nebentätern) ein. Der **Unterschied zur Mittäterschaft bzw. Teilnahme** liegt darin, dass die Täter nicht einvernehmlich zusammengewirkt und den Schaden so gemeinsam verursacht haben; vielmehr kann nur der Tatbeitrag eines Täters kausal gewesen sein, aber mehrere Täter kommen dafür in Betracht, ohne dass die Kausalität aufgeklärt werden kann. Von der **Nebentäterschaft** unterscheidet sich die Alternativtäterschaft ebenfalls dadurch, dass nicht jeder der Beteiligten eine kausale Handlung begangen haben muss, sondern möglicherweise nur einer von ihnen.
- 216** Während im Strafrecht in derartigen Fällen beide Verdächtigen freizusprechen sind (*in dubio pro reo*), ordnet im Zivilrecht § 830 I 2 BGB eine **gesamtschuldnerische Haftung aller potenziellen Schädiger** an. Denn es steht fest, dass der Geschädigte wenigstens gegen *einen* der Alternativtäter einen Schadensersatzanspruch hat, so dass es gerechtfertigt erscheint, den Schaden nicht vom Geschädigten, sondern zunächst nach §§ 830 I 2, 840 BGB von all denen tragen zu lassen, deren Verhalten *möglicherweise* kausal für den Schaden war, und den Streit um die wahre Verursachung in das Innenverhältnis zwischen den potenziellen Schädigern zu verlagern, die ihn im Rahmen des Gesamtschuldnerregresses nach §§ 426, 254 BGB austragen werden. Denn immerhin haben in diesem Fall alle zumindest potenziell eine zurechenbare Schadensursache geschaffen.
- Da § 830 I 2 BGB eine Ausnahmeregelung gegenüber dem allgemeinen schadensrechtlichen Gebot des Verursachungsnachweises enthält, ist nach h.M. eine **restriktive Auslegung** der Norm geboten, die sich an den eben ausgeführten Grundgedanken zu orientieren hat.
- 217** Dogmatisch ist § 830 I 2 BGB nach heute h.M. eine **eigenständige Anspruchsgrundlage** wegen der Beteiligung mehrerer an einem gefährlichem Tun.<sup>381</sup> Die Norm ist daher nicht inzident im Rahmen des § 823 I BGB, sondern isoliert zu prüfen.

**218** **Prüfungsschema:**

- a) Unerlaubte Handlung des Anspruchsgegners (ohne Kausalität)
- b) Handlungen mehrerer Beteiligter
- c) Unaufklärbarkeit der Kausalität
- d) Feststehender Ersatzanspruch des Geschädigten

**a) Unerlaubte Handlung des Anspruchsgegners (ohne Kausalität)**

- 219** Der Anspruchsgegner muss eine **unerlaubten Handlung** i.S.v. §§ 823 ff. BGB gegenüber dem Geschädigten begangen haben, mit Ausnahme des Nachweises der haftungsbegründenden Kausalität. Vorliegen müssen also eine Rechtsgutsverletzung auf Seiten des Geschädigten, eine Verkehrspflichtverletzung sowie (hypothetische) Rechtswidrigkeit und Verschulden auf Seiten

<sup>379</sup> A.A. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 I 2 f.

<sup>380</sup> Vgl. dazu eingehend Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, Fall 3: „Die jungen Wilden“.

<sup>381</sup> Vgl. Palandt/Sprau § 830 Rn. 1; a.A. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 II 1 c: Kausalitätsvermutung.

des Anspruchsgegners. Da ein Nachweis der Kausalität gerade nicht erforderlich ist, genügt es, wenn die Verkehrspflichtverletzung des Anspruchsgegners zu einer **Gefahr** für das Rechtsgut geführt hat, ohne dass bewiesen ist, dass sich gerade diese Gefahr in der Rechtsgutsverletzung realisiert hat.<sup>382</sup>

Nach h.M. ist § 830 I 2 BGB auch auf **Gefährdungshaftungstatbestände** anzuwenden, insbesondere auf § 7 StVG bei Verkehrsunfällen.<sup>383</sup> An die Stelle von Verkehrspflichtverletzung, Rechtswidrigkeit und Verschulden treten dann die Haftungsvoraussetzungen des jeweiligen Gefährdungshaftungstatbestandes, wobei wiederum die Kausalität für die Rechtsgutsverletzung durch die konkrete Gefährdung des Rechtsguts ersetzt wird. **220**

Nach der Rechtsprechung des *BGH* ist § 830 I 2 BGB schließlich sogar auf **vertragliche Schadensersatzansprüche analog** anzuwenden.<sup>384</sup> **221**

### b) Handlungen mehrerer Beteiligten

**Mehrere Beteiligte** müssen gehandelt haben, wobei str. ist, ob zwischen den Alternativtättern ein besonderer Zusammenhang bestehen muss oder nicht: **222**

- Nach einer Mindermeinung in der Lit. ist ein solcher Zusammenhang nicht nötig, da der Kreis möglicher Anspruchsgegner bereits durch den erforderlichen Nachweis einer schuldhaften konkreten Rechtsgutsgefährdung bei jedem einzelnen Schädiger klar abgegrenzt wird.<sup>385</sup>
- Nach der Rspr. ist dagegen erforderlich, dass die Handlungen objektiv sachlich, räumlich und zeitlich derart verbunden sind, dass sie nach der Verkehrsanschauung einen **einheitlichen tatsächlichen Vorgang** darstellen. Die verschiedenen Gefährdungshandlungen müssen dafür insbesondere gleichartig sein; allerdings müssen die Beteiligten nicht voneinander wissen.<sup>386</sup>

### c) Unaufklärbarkeit der Kausalität

Die **Kausalität** eines bestimmten Verhaltens für die Verletzung muss **unaufklärbar** sein. Wenn also feststeht, wer die Verletzung verursacht hat, besteht gegen die anderen gefährdenden Alternativtäter kein Anspruch aus § 830 I 2 BGB. **223**

Streitig ist, ob § 830 I 2 BGB auch dann eingreift, wenn einem der Beteiligten der **Schaden voll zurechenbar ist** und lediglich nicht aufklärbar ist, ob *auch* das gefährdende Tun der anderen für den Schaden ursächlich wurde. Die Frage stellt sich beispielsweise, wenn ein Verletzter nach einem (Erst-)Unfall bei der Blaulichtfahrt ins Krankenhaus erneut in einen (Zweit-)Unfall verwickelt wurde und nicht aufklärbar ist, ob die Verletzungen vom ersten oder vom zweiten Unfall stammen.<sup>387</sup> Hier haftet der Verursacher des Erstunfalles nach den Grundssätzen der objektiven Zurechnung sicher für den gesamten Schaden;<sup>388</sup> lediglich die Mithaftung des Verursachers des Zweitunfalls ist zweifelhaft. Die Anwendung des § 830 I 2 BGB ist für den Geschädigten in derartigen Fällen vor allem dann von Bedeutung, wenn der feststehende Schädiger insolvent oder

<sup>382</sup> Vgl. MünchKomm/Wagner § 830 Rn. 54 ff., 58 f.

<sup>383</sup> Vgl. BGHZ 55, 96; NJW 1969, 2136.

<sup>384</sup> Vgl. *BGH* NJW 2001, 2538.

<sup>385</sup> Vgl. *Larenz/Canaris Schuldrecht II/2*, § 82 II 2 c; MünchKomm/Stein, 3. Aufl. 1997, § 830 Rn. 31 f.

<sup>386</sup> Vgl. BGHZ 72, 355; Palandt/Sprau § 830 Rn. 7.

<sup>387</sup> Vgl. *Medicus/Petersen Bürgerliches Recht*, Rn. 792a.

<sup>388</sup> Vgl. dazu oben Rn. 103.

unauffindbar ist; er könnte dann immerhin noch gegen den potenziellen Zweitschädiger aus § 830 I 2 BGB vorgehen.

Die h.M. lehnt eine Anwendung des § 830 I 2 BGB in diesen Fällen ab.<sup>389</sup> Dafür spricht insbesondere, dass bei restriktiver Auslegung des § 830 I 2 BGB dem Schutzzweck der Haftungsnorm Genüge getan ist, wenn dem Geschädigten **wenigstens ein sicherer Schuldner** zur Verfügung steht; dagegen soll § 830 I 2 BGB dem Geschädigten nicht bei mangelnder Liquidität eines feststehenden Schuldners einen zusätzlichen, ggfs. liquiden Schuldner garantieren.<sup>390</sup> Für eine Haftung auch des nur potenziell Verantwortlichen – bei vollem Rückgriff auf den „sicheren“ Schuldner nach Gesamtschuldregeln im Innenverhältnis – wird angeführt, dass § 830 I 2 BGB die Haftung des potenziell Verantwortlichen neben dem als verantwortlich Feststehenden nicht ausschließen soll. Vor allem aber sollen die Regeln der objektiven Zurechnung, die eine Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter begründen, die Rechte des Geschädigten erweitern und nicht beschränken: Wenn also der Erstschädiger nur deswegen haftet, weil ihm das Verhalten der Zweitschädiger zugerechnet wird,<sup>391</sup>

#### d) Feststehender Ersatzanspruch des Geschädigten

- 225 Der Anspruch setzt seinem Grundgedanken nach schließlich voraus, dass feststeht, dass dem Geschädigten **überhaupt** gegen einen der in Betracht kommenden Alternativtäter **ein Anspruch zusteht**. Solange dem Geschädigten in einer der denkbaren Kausalitätalternativen überhaupt kein Anspruch zusteht – etwa wenn er den Schaden **möglicherweise selbst verursacht** hat oder wenn einer der in Betracht kommenden Alternativtäter **gerechtfertigt** oder **schuldlos** gehandelt hat –, kann er nach h.M. auch nicht auf Grund des § 830 I 2 BGB zu einem Anspruch kommen.<sup>392</sup>

Der *BGH* hat den Gedanken des § 830 I 2 BGB allerdings auch dann angewendet, wenn unklar ist, ob der Schaden vom Schädiger **oder durch ein Zufallsereignis** verursacht wurde; in diesem Fall ist also gerade nicht sicher, dass dem Geschädigten sicher ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zusteht. Der *BGH* begründete die analoge Anwendung des § 830 I 2 BGB aber damit, dass der Geschädigte bei der Konkurrenz mit einer Zufallsursache in gleicher Weise in Beweisnot ist wie bei mehreren möglichen Schädigern, ohne auf das Erfordernis eines feststehenden Ersatzanspruches einzugehen.<sup>393</sup>

#### 4. Haftung mehrerer Schädiger (§ 840 BGB)

- 226 Sind für einen Schaden mehrere verantwortlich – als Mittäter, Teilnehmer, Alternativtäter oder Nebentäter –, so haften sie gem. § 840 I BGB als Gesamtschuldner. Der Geschädigte kann also grundsätzlich jeden von ihnen in vollem Umfang in Anspruch nehmen, in der Summe aber von jedem seinen ersatzfähigen Schaden nur einmal ersetzt erhalten. Im Rahmen des Innenregresses nach § 426 BGB ist zu berücksichtigen, dass die Aufteilung der Haftung auf die verschiedenen Gesamtschuldner nur „im Zweifel“ nach Kopfteilen erfolgt. Bei deliktischen Ansprüchen geschieht diese i.d.R. analog § 254 BGB nicht nach Kopfteilen, sondern nach den **Verantwor-**

<sup>389</sup> Vgl. BGHZ 67, 14, 19 ff.; 72, 355, 360 ff.

<sup>390</sup> Vgl. zusammenfassend MünchKomm/Wagner § 830 Rn. 50 in Abgrenzung zu Fällen, in denen ein Dritter eine andere selbständige Schadensbedingung gesetzt hat.

<sup>391</sup> Vgl. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 II 2 f.; Brehm JZ 1980, S. 585 ff.

<sup>392</sup> Vgl. BGHZ 67, 14, 19 = NJW 1976, 1934; BGH NJW 1973, 1283; a.A. Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 II 3 a-c, der die Regeln der gestörten Gesamtschuld heranziehen möchte.

<sup>393</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 2538 m. Bespr. T. Müller JuS 2002, 432; ebenso Larenz/Canaris Schuldrecht II/2, § 82 II 3 c (S. 579).

**tungsbeiträgen**, d.h. im Verhältnis der jeweiligen Verursachungsquote, ggfs. modifiziert durch unterschiedliche Verschuldensgrade. Schwierig ist insoweit die Anrechnung eines Mitverschuldens des Geschädigten.<sup>394</sup>

Zu beachten sind ferner die **Subsidiaritätsregeln** des § 840 II, III BGB, die als allgemeine Grundsätze nicht nur für die Haftungsverhältnisse zwischen verschiedenen Schädigern, sondern auch im Rahmen des Mitverschuldens zu berücksichtigen sind:

**227**

- Die Haftung für **vermutetes Verschulden** nach den §§ 831, 832 BGB ist subsidiär gegenüber der Haftung für bewiesenes Verschulden nach den anderen Tatbeständen, § 840 II BGB.
- Die **Gefährdungshaftung** bzw. Haftung für **vermutetes Verschulden** nach den §§ 833 f., 836 ff. BGB ist subsidiär gegenüber allen anderen Tatbeständen, § 840 III BGB. Im Rahmen des Mitverschuldens bedeutet dies etwa, dass die „mitwirkende Tiergefahr“ gegenüber einer schuldhaft begangenen unerlaubten Handlung nicht gem. § 254 BGB angerechnet werden kann.<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> Vgl. dazu ausführlich Übersicht Schadensrecht und *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Fall 7: „Auf der Flucht“.

<sup>395</sup> Vgl. *OLG Schleswig* NJW-RR 1990, 470.