

# Deliktsrecht

Ahrens / Spickhoff

2022

ISBN 978-3-406-77360-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

des einen vom anderen lässt sich als Erfordernis aus § 830 Abs. 1 S. 1 BGB und seiner Entstehungsgeschichte nicht herleiten.<sup>65</sup>

### 3. Kettenunfälle

Eine praktisch relevante Sonderfallgruppe iRv § 830 Abs. 1 S. 2 BGB bilden Kettenunfälle.<sup>66</sup> Sind im Straßenverkehr mehrere Unfälle nacheinander geschehen, so kommt oft eine Anwendung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht. Wegen der Pflichtversicherung des Kraftfahrzeughalters fällt die Zusammenfassung mehrerer Verletzungskomplexe leicht. Wenn ein Verkehrsteilnehmer, der nach einem Zusammenstoß zweier Motorroller auf der Fahrbahn liegt, von einem Lkw überrollt wird und es lässt sich nicht feststellen, bei welchem Unfall die schwere Verletzung eingetreten ist, so haften Roller- und Lkw-Halter gleichermaßen.<sup>67</sup> Wird jemand möglicherweise nachts mehrmals überfahren, so haftet für die ungeklärt ursächliche Verletzung auch der letzte Fahrer.<sup>68</sup> Wird ein Unfallopfer auf der Fahrt in die Klinik wegen eines Unfalls des Krankenwagens noch einmal verletzt, so können der Verursacher des ersten und des zweiten Unfalls als Alternativtäter haften.<sup>69</sup>

Allgemeinen Grundsätzen folgend greift § 830 Abs. 1 S. 2 BGB aber nicht zum Nachteil eines späteren Verletzers, wenn feststeht, dass der Erstverletzer für alle Folgeschäden aufkommen müsste (selbst wenn er nicht ermittelbar ist).<sup>70</sup> Auch hier ist vorauszusetzen, dass der Erstunfall die Gefahr für die spätere Schädigung erhöht hat.

### 4. Analoge Anwendung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB

Die Rechtsprechung hat die gesamtschuldnerische Haftung von Alternativtätern stets als Ausnahme angesehen und eine Analogie abgelehnt.

Erwogen wird sie im Schrifttum zunächst, soweit es um ungeklärte Tatbeiträge bei schwer überschaubaren Situationen geht, etwa wenn mehrere Teilnehmer an einer Großdemonstration oder bei Massenschäden<sup>71</sup> für Schäden haftbar gemacht werden, an denen sie nur möglicherweise beteiligt waren oder an denen die Beteiligung eines feststeht. In beiden Fällen ist § 830 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar. Im Kontext von Demonstrationen ist bei der Auslegung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zuletzt die Demonstrationsfreiheit (Art. 8 GG) zu berücksichtigen, die nicht durch übermäßige Haftungsandrohungen konterkariert werden darf.<sup>72</sup>

Der zweite Bereich betrifft die Haftung nach Marktanteilen. In den USA wird bei Schäden durch einen unerkannten Stoff, etwa ein Arzneimittel, der von einer beschränkten Anzahl von Herstellern auf den Markt gebracht wird und bei dem alle Hersteller haftbar sein könnten, ein Einstehenmüssen nach Marktanteilen angenommen, wenn nicht der jeweilige Hersteller nachweist, dass sein Arzneimittel die Verletzung nicht herbeigeführt hat.<sup>73</sup> Die Regeln über die Alternativtäterschaft des deutschen Rechts sind auf diese dem deutschen Recht unbekannt Fallgruppen nicht zugeschnitten.<sup>74</sup>

<sup>65</sup> Näher BGH NJW 1961, 263 f.; anders Deutsch AllgHaftungsR Rn. 523; Deutsch JZ 1972, 106 f.

<sup>66</sup> ZB BGHZ 43, 178 = NJW 1965, 1177 (Nebelunfall); weiter BGH NJW 1972, 1804.

<sup>67</sup> BGH LM § 830 Nr. 12.

<sup>68</sup> BGHZ 33, 286 = NJW 1961, 263.

<sup>69</sup> BGHZ 55, 86 = NJW 1971, 506.

<sup>70</sup> BGHZ 67, 14 (19 ff.) = NJW 1976, 1934; BGH VersR 1985, 268 (269); ebenso zuvor Gernhuber JZ 1961, 148; Köndgen NJW 1971, 871 (872); anders noch BGHZ 33, 286 (291, 293) = NJW 1961, 263; BGHZ 55, 86 (90) = NJW 1971, 506; Deutsch AllgHaftungsR Rn. 525; Soergel/Krause BGB § 830 Rn. 25.

<sup>71</sup> Hierzu v. Bar, 62. DJT, 1998, A 1, 57 ff.; Hager FS Canaris, Bd. I, 2007, 403 ff.; Bodewig AcP 185 (1985), 505.

<sup>72</sup> Zu Demonstrationen BGHZ 89, 400 = NJW 1984, 1226.

<sup>73</sup> Etwa Sindell v. Abbott Lab. PharmaR 1981, 300; Otte, Marktanteilshaftung, 1990.

<sup>74</sup> Zur Proportionalhaftung → § 6 Rn. 93 ff.; MüKoBGB/Wagner BGB § 830 Rn. 80–83.

## VI. Rechtsfolge der Haftung mehrerer

### 1. Gesamtschuldnerische Haftung

- 36 Haften mehrere, sei es als Mittäter, Alternativtäter, Teilnehmer oder Nebentäter, so sind sie Gesamtschuldner, § 840 Abs. 1 BGB. Der Zweck der Anordnung der Gesamtschuldnerschaft ist ein doppelter. Man hat dabei die Außenwirkung und die Innenwirkung zu unterscheiden. Als Außenwirkung ist die Verbesserung der Position des Verletzten festzustellen. Er hat statt eines Verpflichteten nunmehr mehrere Anspruchsgegner. Die Bonität seines Anspruchs steigt dadurch. Die Innenwirkung ist auf die Verteilung der Belastung im Verhältnis zueinander ausgerichtet. Grundsätzlich haben die mehreren Gesamtschuldner den Schaden zu teilen. Sie werden also regelmäßig im Innenverhältnis anteilig entlastet.

### 2. Rückgriff im Gesamtschuldverhältnis

- 37 Nach § 426 Abs. 1 BGB sind die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldner zu tragen. Neben diesem originären Ausgleichsanspruch steht der übergegangene Anspruch nach § 426 Abs. 2 BGB. Soweit nämlich ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldner Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.<sup>75</sup>
- 38 Grundsätzlich haften also die Gesamtschuldner nach Köpfen. Jedoch kann in ihrem Verhältnis zueinander ein anderes bestimmt sein. Die andersartige Bestimmung kann ausdrücklich durch Vertrag oder Gesetz erfolgen. Häufig wird dies von der Rechtsprechung dadurch angenommen, dass die Mitverschuldensabwägung des § 254 BGB analog angewendet wird.<sup>76</sup> Danach ist zu ermitteln, ob der Schaden überwiegend durch den einen oder anderen Gesamtschuldner verursacht oder verschuldet worden ist. Das Ergebnis der Abwägung kann dazu führen, dass ein Gesamtschuldner im Innenverhältnis leistungsfrei ist.<sup>77</sup> Das ist zB der Fall bei paralleler Haftung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstätern, wenn man hier überhaupt zu einer Gesamtschuld gelangt (und kein novus actus interveniens vorliegt): Gegenüber dem Täter mit direktem Vorsatz tritt im Allgemeinen sogar grobe Fahrlässigkeit vollständig zurück.<sup>78</sup> Besondere Probleme wirft die mögliche Mitverursachung des Opfers selbst auf, die dann zu schwierigen Problemen der Gesamtabwägung und Einzelabwägung führt.<sup>79</sup> Für mehrere Beteiligte werden im Innenausgleich gegebenenfalls Einheitsquoten gebildet, die sog. Haftungseinheit bzw. Tatbeitragseinheit etwa für Geschäftsherrn und Verrichtungsgehilfen<sup>80</sup> oder Halter und Fahrer des gleichen Fahrzeugs.<sup>81</sup>

## § 10. Mitverschulden, Ausschluss und Herabsetzung der Haftung

**Literatur:** Deutsch, E., Freizeichnung von der Berufshaftung, VersR 1974, 301; Deutsch, E., Einschränkung des Mitverschuldens aus sozialen Gründen?, ZRP 1983, 137; Deutsch, E., Das allgemeine

<sup>75</sup> Dazu (im Kontext der umstrittenen sog. Sachzusammenhangszuständigkeit) implizit BGHZ 153, 173 = VersR 2003, 663 mAnm Spickhoff = JZ 2003, 687 mAnm Mankowski.

<sup>76</sup> ZB RGZ 75, 251; Soergel/Gebauer BGB § 426 Rn. 30.

<sup>77</sup> BGH NJW 1980, 2349.

<sup>78</sup> ZB BGH NJW 1992, 310 (311).

<sup>79</sup> Vgl. BGHZ 30, 211 = NJW 1959, 1772.

<sup>80</sup> BGHZ 6, 26 = NJW 1952, 1087.

<sup>81</sup> BGH NJW 1966, 1262. Zum Sonderproblem der gestörten Gesamtschuld Kühn, Die gestörte Gesamtschuld im IPR, 2014, 11 ff.; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Gehrlein BGB § 426 Rn. 13 ff.

Lebensrisiko als negativer Zurechnungsgrund, FS Jahr, 1993, 251; Fischinger, P. S., Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015; Fischinger, P. S., Kürzungsregelungen bei Haftungshöchstsummen, 2012; Greger, R., Mitverschulden und Schadensminderungspflicht – Treu und Glauben im Haftungsrecht?, NJW 1985, 1130; Henke, H.-E., Mitverursachung und Mitverschulden, JuS 1988, 753; Honsell, T., Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht, 1977; Keller, R., Mitverschulden als Generalklausel und als Spezialkorrektur von Einzelhaftungsnormen im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, 1965; Koziol, G., Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild oder Differenzierungsthese, FS Deutsch, 2009, 781; Kraft, H./Giermann, H. A., Die Einrede der Verjährung als Obliegenheit iSd § 254 Abs. 2 BGB, VersR 2001, 1475; Lepa, M., Inhalt und Grenzen der Schadensminderungspflicht, DRiZ 1994, 161; Looschelders, D., Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999; Luig, K., Überwiegendes Mitverschulden, in Coing, H., Ius Commune, Bd. II, 1969, 187; Mädlich, M., Das allgemeine Lebensrisiko, 1980; Magnus, U., Drittmitverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht, 1974; Medicus, D., Zum Schutzzweck schadensabwehrender Pflichten oder Obliegenheiten, FS Niederländer, 1991, 329; Messer, H., Haftungseinheit und Mitverschulden, JZ 1979, 385; Rother, W., Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965; Schiemann, G., Haftungsbeschränkungen, Karlsruher Forum 1999, 5; Schmidt, R., Die Obliegenheiten, 1953; Schmidt-Salzer, J., Formularmäßige Haftungsfreizeichnungen und Anspruchspauschalierungen, NJW 1969, 289; Stoll, H., Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961; Stoll, H., Handeln des Verletzten auf eigene Gefahr als Argument gegen die Haftung, FS 50 Jahre BGH, 2002, 223; Stoll, H., Die Gültigkeit haftungsausschließender oder haftungsbeschränkender Klauseln nach deutschem Recht, in Deutsche Zivil- und Kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. IntKongreßRvgl, 1974, 1.

## I. Mitverschulden

### 1. Entwicklung und Funktion

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht oder verschuldet worden ist, § 254 Abs. 1 BGB. Das Mitverschulden des Geschädigten wird also in grundsätzlich gleicher Weise angerechnet wie das haftungsbegründende Verschulden. § 254 BGB enthält nach hM eine Billigkeitsnorm:<sup>1</sup> Dem für den eigenen Schaden mitverantwortlichen Verletzten fällt unzulässige Rechtsausübung zur Last, wenn er vollen Ersatz vom Verletzer fordert. Dabei werden Schädiger und Geschädigter insoweit prinzipiell gleichbehandelt, als nicht schon bloße Mitverursachung genügt, sondern – je nach Haftungsgrundlage – Mitverschulden oder Mitgefährdung erforderlich ist. Damit ist gegebenenfalls der Bereich der Mitverantwortlichkeit betreten.<sup>2</sup>

Das Mitverschulden hat sich sowohl im römischen als auch im Common Law als Ausschluss der Haftung im Falle der Kulpakompensation bzw. der contributory negligence entwickelt.<sup>3</sup> Das Konzept der Abwägung beim Mitverschulden führt grundsätzlich zur Schadensteilung; nur bei besonders durchschlagendem Mitverschulden kommt es zum Ausschluss der Haftung.

### 2. Verschulden gegen sich selbst und Obliegenheitsverletzung

Lange Zeit ist theoretisch erörtert worden, ob iRd § 254 BGB echtes Verschulden oder nur »ein Verschulden gegen sich selbst« verlangt werde. Dieses Verschulden gegen sich selbst erscheint gleichermaßen als vorsätzlich oder fahrlässig möglich. Der Bezugspunkt des Verschuldens ist jedoch anders als in Bezug auf den Täter: Da es nicht rechtswidrig ist, sich selbst zu schädigen, scheint es kein echtes, also auf eine widerrechtliche Tatbestandsverwirk-

<sup>1</sup> BGHZ 34, 355 (363 f.) = NJW 1961, 655; BGHZ 76, 216 (217) = NJW 1976, 1587; krit. Greger NJW 1985, 1130.

<sup>2</sup> S. Looschelders SchuldR. AT § 50 Rn. 2, 4; Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 116 ff., 126 ff.

<sup>3</sup> Näher zu Rechtsgeschichte und zum Auslandsrecht Luig, Überwiegendes Mitverschulden, in Coing, Ius Commune. Bd. II, 1969, S. 187.

lichung gerichtetes Verschulden zu sein, sondern nur eben ein »Verschulden gegen sich selbst«. Diese eher unfruchtbare Diskussion um den Bezug des Mitverschuldens rückte durch die Entdeckung der Obliegenheitsverletzung in den Hintergrund.<sup>4</sup> In dieser dem Versicherungsrecht entstammenden Figur wurde das fehlende Bindeglied zwischen Tatbestand und Verschulden bei § 254 BGB erkannt. Das mitwirkende Verschulden bezieht sich zwar nicht auf eine Rechtswidrigkeit, wohl aber auf eine Obliegenheitswidrigkeit. Rechtspflicht und Obliegenheit werden deutlich voneinander getrennt. Eine Obliegenheit ist ein Verhaltensprogramm mit einer Verbindlichkeit minderen Grades, das vor allem im eigenen und nur in zweiter Linie im Interesse eines Dritten aufgestellt worden ist und das bei Verletzung zwar zur Einbuße einer Rechtsposition, nicht aber zu einer Ersatzpflicht führt. Obliegenheiten gibt es im bürgerlichen Recht auch an anderen Stellen, etwa wenn bei schuldhaftem Zögern das Anfechtungsrecht entfällt, § 121 Abs. 1 BGB.

- 4 Beim Mitverschulden unterscheidet man zwei Obliegenheiten. Die Schadensverhinderungsobliegenheit ist in § 254 Abs. 1 BGB aufgestellt. Jedermann ist grundsätzlich verpflichtet, die normale Sorgfalt aufzuwenden, um Schaden von sich fernzuhalten. Fehlt es daran, kann er seinen Schaden nicht voll auf einen dritten Schädiger überwälzen. Die Schadensminderungsobliegenheit ist in § 254 Abs. 2 S. 1 BGB angesprochen, wenn davon die Rede ist, dass der Schuldner es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.
- 5 Auch wenn durch einen Dritten der Schaden herbeigeführt worden ist, hat der Verletzte normale Anstrengungen zu unternehmen, um den Schaden gering zu halten. Er kann das Schadenspotenzial nicht auf Kosten eines Dritten weiterwuchern lassen. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB, aus dem sich dies ergibt, ist nach allgemeiner Ansicht als Abs. 3 zu lesen, also auch auf § 254 Abs. 1 BGB zu beziehen.<sup>5</sup>
- 6 **Beispiele:** Der Motorradfahrer hat einen Helm bzw. Motorradschutzbekleidung zu tragen,<sup>6</sup> der Kraftfahrer hat angeschnallt zu sein,<sup>7</sup> der Fußgänger hat den Zebrastreifen zu benutzen.<sup>8</sup> Ist aber die Verletzung eingetreten, so hat der überfahrene Fußgänger sich ärztlich behandeln zu lassen, der Kraftfahrer ist gehalten, sein Automobil wieder herzustellen usw.
- 7 Der BGH lässt ein Mitverschulden unberücksichtigt, wenn ein entsprechendes (echtes) Verschulden nur gesetzlich vermutet wird, wie in den Fällen der §§ 831 Abs. 1 S. 2, 832 Abs. 1 S. 2, 833 S. 2, 834 S. 2<sup>9</sup>, 836 Abs. 1 S. 2 BGB, aber nicht feststeht. Das Mitverschulden auf der Opferseite ist also prinzipiell vom Täter dazulegen und zu beweisen;<sup>10</sup> die Spiegelbildtheorie<sup>11</sup> gilt insoweit also nicht. Keine Obliegenheitsverletzung ist angenommen worden beim bloßen Beobachten des Abbrennens von Feuerwerkskörpern und Verletzung durch unsachgemäßes Zünden<sup>12</sup> oder bei reflexhaftem Zurücktreten in die Fahrbahn eines Fahrzeugs, als eine Fußgängerin unvermittelt durch einen Hund erschreckt wurde.<sup>13</sup>

<sup>4</sup> R. Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953.

<sup>5</sup> Looschelders SchuldR AT § 50 Rn. 22. Zu § 254 BGB – Arzthaftung – wegen eines Vergleichs, der vom Gericht vorgeschlagen wurde LG München II GesR 2022, 23 mAnm Jaeger GesR 2022, 190 (zu Recht abl.).

<sup>6</sup> BGH VersR 1983, 440 (Helm); OGH Österreich ÖJZ 2016, 74 (Motorradschutzbekleidung); LG Frankfurt a. M. NJW 2019, 531 (Beinschutz); abgelehnt bei Tragen von Turnschuhen des Fahrers eines Leichtkraftrades: OLG München NJW 2017, 2828.

<sup>7</sup> BGHZ 74, 25 = NJW 1979, 1363; BGH VersR 2012, 772.

<sup>8</sup> BGH MDR 1977, 485.

<sup>9</sup> Insofern (inkonsequent) früher abweichend, evtl. doch unter dem Eindruck des Handelns auf eigene Gefahr (das indes abgelehnt wird) BGH NJW 1992, 2474 (2475f.).

<sup>10</sup> BGH NJW 2012, 2425 (zu § 832 BGB); anders (zu § 834 BGB) BGH NJW 1992, 2474.

<sup>11</sup> Zu ihr (krit.) Koziol FS Deutsch, 2009, 781.

<sup>12</sup> OLG Dresden NJW-RR 2021, 24.

<sup>13</sup> OLG Karlsruhe VersR 2015, 993.

### 3. Struktur des Mitverschuldens: Tatbestand, Obliegenheitswidrigkeit, Verschulden

Auch das Mitverschulden lässt einen Schichtaufbau zu, nämlich in Tatbestand, Obliegenheitswidrigkeit und Verschulden. Der Tatbestand besteht zwar in einer Generalklausel: § 254 BGB spricht nur vom Schaden. Man ist also generell gehalten, den eigenen Schaden zu verhindern bzw. nicht unnötig groß werden zu lassen. Die Generalklausel des § 254 BGB erlaubt es, konturierte tatbestandsmäßige Strukturelemente aus dem Bereich des eigentlichen Haftungsrechts zu übernehmen. So gelten die verschärften Haftungen der Schutzgesetzverletzung des § 823 Abs. 2 BGB iRd § 254 BGB<sup>14</sup> ebenso wie die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB angewandt wird.<sup>15</sup> Tatbestandsmäßig bildet § 254 BGB in der Regel ein Spiegelbild der Haftung: Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz sollen Schädiger und Geschädigter gleichgestellt sein.

Auf den verwirklichten Tatbestand bezieht sich die Obliegenheitswidrigkeit. Sie ist der Rechtswidrigkeit vergleichbar. Die Obliegenheit ist eine Rechtspflicht minderen Grades, die bei zurechenbarer Verletzung zu (teilweiser) Verwirkung führt. Auch bei der Obliegenheitswidrigkeit gibt es Formen der Rechtfertigung: Notwehr und Notstand können ebenso greifen wie eine Rechtfertigung wegen Sozialadäquanz. Wer also im Rahmen erforderlicher Notwehr einen anderen verletzt und sich dabei, ohne zu übertreiben, die Hand bricht, kann diesen Schaden vom anderen ersetzt verlangen und braucht sich keinen Abzug gefallen zu lassen.

Als Mitverschulden kommen Vorsatz und Fahrlässigkeit und gegebenenfalls eine gesetzlich vorgesehene Mitgefährdung (zB aus § 833 S. 1 BGB oder § 7 StVG) in Betracht. Die vorsätzliche Selbstschädigung ist selten; es kommt jedoch durchaus die bewusste Schutzgesetzverletzung (zB Nichttragen der vorgeschriebenen Schutzkleidung) vor. Die Fahrlässigkeit ist die wohl typische Form des Mitverschuldens. Auch hier gilt der objektive Fahrlässigkeitsbegriff: Jedermann kann nur dann Schadensersatz verlangen, wenn er für das eigene Gut die im Verkehr objektiv erwartete Sorgfalt aufgewendet hat.<sup>16</sup> Sofern freilich später eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens stattfindet, wird nach hM auch das subjektiv-individuelle Können in die Betrachtung einbezogen.<sup>17</sup> Da es sich um Verschulden handelt, gelten auch die Regeln über die Zurechnungsfähigkeit entsprechend, §§ 827 f. BGB.<sup>18</sup> So kann einem elfjährigen Kind kein Mitverschuldensvorwurf gemacht werden, wenn es beim Überqueren einer Straße zusammen mit einer bereits auf der Fahrbahn befindlichen Kindergruppe als letztes Kind von einem Fahrzeug erfasst wird, dessen Fahrer die Kinder wahrgenommen hat und den Unfall hätte verhindern können. Neben der Einsichtsfähigkeit gem. § 828 Abs. 3 BGB, deren Fehlen das Kind zu beweisen hat, ist im Rahmen des Verschuldens gem. § 276 Abs. 2 BGB zwar ein objektiver Maßstab anzulegen und zu prüfen, ob das Kind die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Dabei sind an ein Kind, gestaffelt nach dem Alter, andere Maßstäbe als an einen Jugendlichen oder einen Erwachsenen anzulegen. Auch insoweit gilt der Maßstab der alterstypischen Sorgfalt. Neben dem Alter des Kindes ist die konkrete Unfallsituation zu bewerten und zu prüfen, ob Kinder gleichen Alters und gleicher Entwicklungsstufe in der konkreten Situation hätten voraussehen müssen, dass ihr Tun verletzungsträchtig ist und es ihnen möglich und zumutbar gewesen wäre, sich dieser Erkenntnis gemäß zu verhalten.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> BGH VersR 1971, 1018.

<sup>15</sup> BGH VersR 1971, 475.

<sup>16</sup> Anders Henke JuS 1988, 753 (757).

<sup>17</sup> BGH VersR 1990, 535 (536); anders MüKoBGB/Oetker BGB § 254 Rn. 110.

<sup>18</sup> BGHZ 24, 325 = NJW 1957, 1187.

<sup>19</sup> OLG Celle NJW 2021, 2124.

#### 4. Mitwirkende Betriebsgefahr

- 11 Der Begriff »Verschulden« des Beschädigten in § 254 Abs. 1 BGB ist nicht wörtlich zu verstehen. Vielmehr entspricht es allgemeiner Ansicht, dass dem Mitverschulden die mitwirkende Betriebsgefahr an die Seite zu stellen ist. Der Verletzte muss sich also auch eine Gefährdung seines eigenen Guts anrechnen lassen, die gegenüber Dritten eine Gefährdungshaftung auslösen würde. Es wird nicht jede abstrakte Mitgefährdung angerechnet, sondern nur die vom Gesetz mit einer objektiven Haftung belegte Betriebsgefahr, zB die des Kfz-Halters, des Tierhalters<sup>20</sup> usw. Auch die Anrechnung der mitwirkenden Betriebsgefahr beruht auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung: Verschulden und Gefährdungshaftung sind die beiden Säulen unseres Haftungssystems. Beide sollten deshalb auch die Mithaftung tragen. Während die Gerichte zunächst die mitwirkende Betriebsgefahr nur gegenüber der Gefährdungshaftung selbst angerechnet hatten, ist es heute allgemeine Praxis, die Betriebsgefahr ebenso gegenüber der reinen Verschuldenshaftung in Anrechnung zu bringen.<sup>21</sup> So wird etwa beim Unfall des Kraftfahrzeughalters ungefähr ein Viertel für mitwirkende Betriebsgefahr abgezogen.<sup>22</sup> Eine gesteigerte Betriebsgefahr fällt entsprechend höher ins Gewicht. Treffen Verschulden und Betriebsgefahr zusammen, so werden beide kumulativ berücksichtigt. Das gilt für beide Seiten: Kollidiert der zu schnell fahrende Kfz-Halter mit dem sorglos die Straße überquerenden Reiter, so wird jedem sein Verschulden und die Gefahren des Autos und des Pferdes kumulativ zur Last gelegt.
- 12 Gegenüber einer objektiven Haftung wird auch die schuldlose Mitverursachung angerechnet, wenn sie nicht in der Verwirklichung einer Betriebsgefahr besteht. Das gilt etwa für die Haftung aus Selbstopferung im Straßenverkehr bei höherer Gewalt<sup>23</sup> oder für den negatorischen Anspruch gem. § 1004 BGB.<sup>24</sup>

#### 5. Kriterien der Abwägung beim Mitverschulden

- 13 Der Wortlaut des § 254 Abs. 1 BGB, der nur auf die vorwiegende Verursachung abstellt, ist nach zutreffender Rechtsprechung und Lehre in dem Sinne zu verstehen, dass es zwar in erster Linie auf die vorwiegende Verursachung, in zweiter aber auf die Zurechnung (Verschulden bzw. Betriebsgefahr) und ihren Grad ankommt.<sup>25</sup> Unter vorwiegender Verursachung versteht man die Verwirklichung einer größeren Gefahr. In der Praxis noch wichtiger ist die Abwägung nach Zurechnungsgraden: Gegenüber Vorsatz wird Fahrlässigkeit im Allgemeinen nicht angerechnet;<sup>26</sup> grobes Verschulden und ein gesteigertes Betriebsrisiko überwiegen deutlich leichtes Verschulden, verdrängen es jedoch nicht ganz, es sei denn, evident bzw. handgreiflich überwiegendes Verschulden liegt vor. So kann das Abspringen von einem fahrenden Zug ein so hohes Mitverschulden begründen, dass die Betriebsgefahr der Bahn zurücktritt.<sup>27</sup> Soweit Verschulden und Gefährdungshaftung auf einer oder beiden Seiten zusammenkommen, werden sie kumuliert berücksichtigt.<sup>28</sup> Stößt etwa ein Radfahrer schuldhaft mit einem ebenso schuldhaft handelnden Kraftfahrzeughalter zusammen, so hat sich der Radfahrer zwar sein Mitverschulden anrechnen zu lassen, nur für den Kraftfahrer zählen aber dessen Verschulden und die Betriebsgefahr kumulativ.

---

<sup>20</sup> BGH NJW 2016, 2737.

<sup>21</sup> BGHZ 6, 319 = BeckRS 1952, 30398276.

<sup>22</sup> OLG Celle NVwZ-RR 1998, 481; für 20% OLG Koblenz NVwZ-RR 1995, 629; für 33% OLG Hamm NZV 1996, 32.

<sup>23</sup> BGHZ 38, 270 = NJW 1963, 390.

<sup>24</sup> BGH WPM 1964, 1103.

<sup>25</sup> RGZ 1969, 57.

<sup>26</sup> BGH VersR 1958, 672.

<sup>27</sup> KG VersR 1976, 93.

<sup>28</sup> BGH NJW 1966, 1211.

### 6. Schutzbereich des Mitverschuldens

Nicht jedes Selbstverschulden führt zur Herabsetzung des Anspruchs, sondern nur ein Verhalten, das den Schaden verringert hätte. Der Schaden muss also im Verhinderungsbereich der Obliegenheit liegen. Es greift mithin die Lehre vom Schutzbereich der Norm auch hier. Der Ersatzanspruch des Kfz-Insassen, der nicht angegurtet war, darf nur insoweit gemindert werden, als das Angurten den Schaden verhindert hätte.<sup>29</sup> Bei seitlichem Überschlagen des Unfallfahrzeugs wirkt sich das Nichtangurten je nach Sachlage nicht aus.<sup>30</sup> Vom Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG abgesehen liegt die Annahme eines Mitverschuldens nicht mehr im Verhinderungsbereich der Obliegenheit, wenn einem Rollstuhlfahrer der Schadenersatzanspruch aufgrund eines Verkehrsunfalls deshalb gekürzt wird, weil er einen Beckengurt seines Rollstuhls nicht angelegt hatte, der allein zur Sicherung des behinderten Nutzers bei dessen Transport in einem Fahrzeug angebracht ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Anlegen eines solchen Gurtes nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein auch bei der eigenständigen Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr zum eigenen Schutz geboten war.<sup>31</sup>

### 7. Rechtsfolge

Wie es einer Billigkeitsnorm entspricht, gibt es für das Mitverschulden keine feststehende Rechtsfolge. Das Mitverschulden und gegebenenfalls eine mitwirkende Betriebsgefahr können entweder so gering sein, dass sie überhaupt nicht berücksichtigt werden. Sie können aber auch derart überwiegen und das Geschehen so deutlich prägen, dass jeder Anspruch ausgeschlossen wird. Schließlich können sie den Anspruch zu einem Teil, etwa zu einem Viertel oder zur Hälfte, ausschließen, wenn sie zwar zum Schaden mitgeführt, aber nicht bei seiner Entstehung im Vordergrund gestanden haben. In der Praxis wird dann der Schaden nach Bruchteilen dem einen oder anderen zugewiesen, etwa dem Verletzer zu  $\frac{3}{4}$  und dem Verletzten wegen leichter Fahrlässigkeit oder mitwirkender Betriebsgefahr zu  $\frac{1}{4}$ . Im Bereich der Schadensminderungsobliegenheit werden auch subjektive Kriterien berücksichtigt. So soll man sich zur Minderung des Schadens einer zumutbaren Operation unterziehen. Der Eingriff muss indes einfach und gefahrlos sein, darf keine besonderen Schmerzen bereiten und sichere Aussicht auf Heilung oder wesentliche Besserung bieten.<sup>32</sup> Die Rechtsprechung neigt mit Grund dazu, die Operationsverweigerung zu entschuldigen, weil hier verfassungsrechtlich besonders geschützte höchstpersönliche Momente betroffen sind. Jedenfalls hat man es dem Operationsverpflichteten als Entschuldigung angerechnet, wenn er sich wegen Schwangerschaft seiner Frau oder mangels Willenskraft nicht in die Klinik begeben hat.<sup>33</sup>

### 8. Gesamtschuldnerausgleich

§ 254 BGB wird analog im Kontext des Gesamtschuldnerausgleichs gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB angewendet.<sup>34</sup> Das Ergebnis der Abwägung kann dazu führen, dass ein Gesamtschuldner im Innenverhältnis leistungsfrei ist.<sup>35</sup> Das ist zB der Fall bei paralleler Haftung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstätern, wenn man hier überhaupt eine Gesamtschuld annehmen will. Besondere Probleme wirft die Mitverursachung des Gläubigers auf, die dann zu schwierigen Problemen der Gesamtabwägung und Einzelabwägung führt.<sup>36</sup> Zu-

<sup>29</sup> BGH VersR 1980, 824.

<sup>30</sup> OLG Hamm VersR 1987, 206.

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2016, 3014.

<sup>32</sup> BGH VersR 1987, 408.

<sup>33</sup> RGZ 139, 135.

<sup>34</sup> Seit RGZ 77, 251; später zB BGHZ 12, 213 = NJW 1954, 875; BGH NJW 2006, 896 (989).

<sup>35</sup> BGH NJW 1980, 2349.

<sup>36</sup> Vgl. BGHZ 30, 211 = NJW 1959, 1772.



dem werden für mehrere Beteiligte im Innenausgleich auch Einheitsquoten gebildet, die sog. Haftungseinheit bzw. Tatbeitragseinheit etwa für Geschäftsherrn und Verrichtungsgehilfen<sup>37</sup> oder Halter und Fahrer des gleichen Fahrzeugs.<sup>38</sup>

## II. Handeln auf eigene Gefahr

### 1. Entwicklung und dogmatisches Fundament

- 17 Das Handeln auf eigene Gefahr stellt einen außergesetzlichen Begriff dar, der in Voraussetzungen und Folgen unbestimmt und schillernd ist. Wörtlich genommen deutet er darauf hin, dass man ausschließlich auf eigene Gefahr handelt und nicht auf fremde Gefahr, selbst wenn man kraft fremden Verschuldens einen Schaden erleidet. Hat sich jemand einer Gefahr, die zu seiner Schädigung geführt hat, bewusst ausgesetzt, so erhebt sich die Frage, ob er gleichwohl noch Schadensersatz von einem anderen verlangen kann, in dessen Person an sich die Voraussetzungen für eine Haftung gegeben sind.
- 18 Das Handeln auf eigene Gefahr ist in unbestimmter Weise mit der Einwilligung verwandt. So hat das RG (aus heutiger Sicht nicht mehr passend) angenommen, dass ein Handeln auf eigene Gefahr als Einwilligung in die Verletzung durch empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgen müsse. Daraus folgte, dass es bei einem Minderjährigen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf.<sup>39</sup> Diese Konstruktion erscheint in doppelter Weise unbefriedigend, denn der auf eigene Gefahr Handelnde willigt zunächst nicht in die Verletzung, sondern nur in die Gefährdung ein; dann aber ist die Konstruktion einer empfangsbedürftigen Willenserklärung eindeutig verfehlt.
- 19 Die Einwilligung kann einmal die Einwilligung in die Verletzung darstellen und ist dann ein Rechtfertigungsgrund. Es kann aber auch in die Gefährdung eingewilligt werden in der Hoffnung, dass sich die Gefährdung nicht verwirklicht. Diese Einwilligung in die Gefährdung ist das Handeln auf eigene Gefahr. Sie schließt nicht die Widerrechtlichkeit des Eingriffs aus. Sie hindert jedoch den Verletzten, den vollen Schaden geltend zu machen. In dieser Weise ist sie wie § 254 BGB auf den Grundsatz des *venire contra factum proprium* gestützt und findet damit ihre Grundlage im Billigkeitsrecht.
- 20 Demgemäß hat der BGH im Jahre 1961 das Handeln auf eigene Gefahr in die richtige Bahn gelenkt.<sup>40</sup> Das Handeln auf eigene Gefahr wurde nicht (mehr) als Haftungsausschlussgrund verstanden, sondern in Parallele zum Mitverschulden dem § 254 BGB und seiner Abwägung zugeordnet. Zu gleicher Zeit wurde eine Abkehr von der rechtsgeschäftlichen Grundlage im Sinne des RG vollzogen und das Handeln auf eigene Gefahr von den Verschuldenserfordernissen abhängig gemacht, dh altersmäßig der Zurechnungsfähigkeit des § 288 BGB angepasst, womit auch Jugendliche auf eigene Gefahr handeln können.

### 2. Fallgruppen, insbesondere: Sportverletzungen

- 21 In der Rechtsprechung haben sich typische Fallgruppen des Handelns auf eigene Gefahr herausgebildet, nämlich die Teilnahme an Fahrten, der Besuch von gefährlichen Veranstaltungen oder das Betreten eines fremden Grundstücks bzw. einer fremden Anlage. Dabei steht das Handeln auf eigene Gefahr im Allgemeinen am Beginn der Gefährdung. Es stellt gewissermaßen ein »Übernahmeverschulden gegen sich selbst« dar, da man später im Allgemeinen der Gefährdung kaum noch enttrinnen kann. Die drei folgenden Fälle zeigen die Reichweite dieses Instituts: Ein Passant hatte den Weg über einen Lagerplatz abgekürzt und war in einen offenen Ladeschacht gestürzt. Nach dem RG<sup>41</sup> handelt auf eigene Gefahr, wer vom öffentlichen Weg abweicht; man hat dann keinen Anspruch. In einem anderen Sach-

<sup>37</sup> BGHZ 6, 26 = NJW 1952, 1087.

<sup>38</sup> BGH NJW 1966, 1262. Näher Soergel/Gebauer BGB § 426 Rn. 32.

<sup>39</sup> RGZ 141, 262; 145, 390.

<sup>40</sup> BGHZ 34, 355 = NJW 1961, 655.

<sup>41</sup> RG JW 1908, 744.