kommt dies indes nur, wenn die Rechtsprechung, sofern die Auslegungsfrage einmal entscheidungserheblich wird, zusätzlich ihre Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV missachtet. Denn der europäische Mechanismus für die Klärung solcher Auslegungsfragen ist nicht das Vertragsverletzungsverfahren, sondern das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Sobald also die Auslegungsfrage vor einem letztinstanzlich entscheidenden Gericht entscheidungserheblich wird, ist dieses Gericht zur Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH verpflichtet. Selbstverständlich wäre nach einer entsprechenden Entscheidung durch den EuGH kein Raum mehr für eine abweichende Auslegung des deutschen Rechts – zugleich kann (soweit nicht die Vorlagepflicht selbst verletzt wird) vor der Klärung der Frage durch den EuGH aber keine höchstrichterliche Rechtsprechung entstehen, die die Kommission zur Grundlage eines Vertragsverletzungsverfahrens machen könnte.

Diese Erwägungen zeigen, dass die Leitlinien für die Auslegung des deutschen Rechts keinerlei (auch nur faktische) Bindungswirkung entfalten und insoweit (im Gegensatz zu den unter II und III behandelten Umsetzungsdefiziten) auch kein Vertragsverletzungsverfahren droht. Richtigerweise lässt sich der Richtlinie keine Vorgabe für Vertragsänderungen entnehmen, sodass die Rechtsprechung bei der Auslegung des § 33 Abs. 5 AGG-E nach seinem Inkrafttreten frei ist. In der Sache spricht alles dafür, bei Vertragsänderungen grundsätzlich keine Anwendung der Unisex-Regel zu verlangen. In Hinblick auf die abweichende Auffassung der EU-Kommission, die vom Bestehen einer impliziten unionsrechtlichen Vorgabe ausgeht, besteht allerdings die Verpflichtung, diese Auslegungsfrage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, sobald diese erstmals vor einem letztinstanzlich entscheidenden Gericht entscheidungserheblich wird. Ein Verzicht auf die Vorlage aufgrund der „Acte-claire"-Doktrin, also der Annahme, dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt[35], scheidet bei einer abweichenden Auffassung der Kommission jedenfalls aus. Vorzulegen ist dabei allerdings nicht die Frage, wie Vertragsänderungen zu behandeln sind, vielmehr ist primär zu klären, ob die Richtlinie hierzu überhaupt eine Aussage enthält.

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der vorliegende Entwurf deutlich hinter den Anforderungen an eine hinreichend transparente Richtlinienumsetzung zurückbleibt. Der Gesetzgeber ist aufgefordert, im Rahmen der ohnehin erforderlichen Überarbeitung des Entwurfs (der aus zeitlichen Gründen nun doch nicht gemeinsam mit der Solvency-II-Umsetzung erfolgen kann) zur abgetrennten Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens die Defizite hinsichtlich § 20 AGG sowie § 12 Abs. 1 VAG (und den weiteren Vorschriften des Kalkulationsrechts) zu beseitigen. Nicht zu kritisieren ist dagegen die vorgeschlagene Übergangsvorschrift, bei deren Auslegung die deutsche Rechtspraxis nicht an die von der EU-Kommission geäußerte Auffassung gebunden ist, dass die Unisex-Regel auch bei Vertragsänderungen anzuwenden sei. Tatsächlich sprechen die besseren Gründe gegen eine solche Erstreckung. Insoweit ist lediglich auf die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu verweisen, sobald die Auslegungsfrage letztinstanzlich aufgeworfen wird.

35 Vgl. grundlegend EuGH NJW 1983, 1257 (1258) (CILFIT); hierzu zuletzt: *Broberg/Fenger* EuR 2010, 835; *Herrmann* EuZW 2006, 231.

Mehrheiten von Schuldnern und unterschiedliche Haftungsmaßstäbe

– Ein Beitrag zur Überwindung des „gestörten Gesamtschuldnerausgleichs" –*

*Dr. Constanze Janda, Jena***

Die Diskussion um den „gestörten Gesamtschuldnerausgleich" erfährt derzeit eine Belebung[1]. Zwar hat die Rechtsprechung des BGH seit Ende der 1980er-Jahre keine Änderung erfahren. Sie ist durch eine starke Fallgruppenorientierung gekennzeichnet. In der Regel gelangt sie zu einer Fiktion der Gesamtschuld mit dem Ziel, den Regress unter den Beteiligten zu ermöglichen. Das vermeintlich erschöpfend erörterte Problem ist damit jedoch keinesfalls zufriedenstellend gelöst.

A. Der rechtliche Rahmen zur Bewältigung von Schuldnermehrheiten

Die Gesamtschuld versetzt den Gläubiger in eine komfortable Lage. Mehrere Personen schulden ihm eine Leistung. Die Schuldnermehrheit kann einerseits nach §§ 427, 431 BGB auf einem gemeinschaftlichen Leistungsversprechen beruhen, mit dem die Schuldner ihren Einstandswillen im Rahmen einer solidarischen Haftung[2] zum Ausdruck gebracht haben[3]. Sie kann andererseits Folge einer gemeinschaftlich oder als Nebentäter[4] verursachten deliktischen Schädigung sein, wenn jeder der Beteiligten für den Schaden verantwortlich ist (§ 840 Abs. 1 BGB[5]).

I. Die Schuldnermehrheit als Privilegierung des Gläubigers

Die Gesamtschuldner sind im Außenverhältnis zum Gläubiger nach § 421 S. 1 BGB zur Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet, unterliegen also nicht lediglich einer Teilhaftung. Dem Gläubiger erwächst aus der Schuldnermehrheit jedoch kein Recht auf Mehrfachbefriedigung: Seine Befriedigung durch einen Schuldner hat Erfüllungswirkung für die übrigen Schuldner (§ 422 Abs. 1 BGB). Ergänzend bestimmt § 426 Abs. 1 BGB, dass die Gesamtschuldner einander im Innenverhältnis zum Ausgleich verpflichtet

* Dem Aufsatz liegt der wissenschaftliche Vortrag im Rahmen des Habilitationsverfahrens der Verfasserin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena zugrunde.

** Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1 Vgl. nur *Mollenhauer* NJ 2011, 1; *Reschke* DZWir 2011, 403; *Brand* ZGS 2010, 265; *Schmieder* JZ 2009, 189; *Costede* JR 2005, 45; *Stamm* BauR 2004, 240.

2 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts 14. Aufl. 1987 Bd. I § 36 II b.

3 Auch ohne dieses gemeinschaftliche Leistungsversprechen wird eine Schuldnermehrheit begründet, wenn das Gesetz diese – wie beispielsweise für Mitbürgen in § 769 BGB – explizit anordnet.

4 *E. Lorenz*, Die Lehre von den Haftungs- und Zurechnungseinheiten und die Stellung des Geschädigten in Nebentäterfällen 1979 S. 30.

5 Der Anwendungsbereich geht insofern über die Tatbestände der §§ 823 ff. BGB hinaus und erfasst namentlich die Gefährdungshaftung: *Wagner* in Münch. Komm. zum BGB 5. Aufl. 2009 § 840 Rn. 9; *Lange*, Schadensersatz 1990 § 11 A II 1; *Jauernig/Teichmann*, BGB 14. Aufl. 2011 § 840 Rn. 3; *Spindler* in BeckOK zum BGB – Stand 1. 3. 2011 – § 840 Rn. 2; jeweils m. w. N.

sind. Damit wird ein auf gegenseitigen Rückgriff gerichtetes gesetzliches Schuldverhältnis etabliert[6], in dem die einzelnen Gesamtschuldner individuell und anteilig, also nicht ihrerseits als Gesamtschuldner des Regressberechtigten, haften[7]. Befriedigt einer der Gesamtschuldner den Gläubiger, erwirbt er zudem gem. § 426 Abs. 2 BGB dessen Forderung gegen die übrigen Gesamtschuldner, soweit er nach Maßgabe des § 426 Abs. 1 BGB von diesen einen Ausgleich verlangen kann[8]. Die Höhe des Regresses bemisst sich regelmäßig anteilig nach Köpfen. Ist die Gesamtschuld auf Schadensersatz gerichtet, wird der Anteil in Anlehnung an § 254 BGB nach der Wahrscheinlichkeit des Verursachungsanteils im Hinblick auf den eingetretenen Erfolg und dem Verschuldensgrad des einzelnen Gesamtschuldners bestimmt[9].

Aus diesem Regelungsgefüge leitet sich die Position des Gläubigers als „juristischer Pascha"[10] ab: Er ist von der prozessualen Last befreit, für jeden an der Entstehung seines Schadens Beteiligten die haftungsbegründende Handlung und den Verursachungsanteil im Einzelnen zu beweisen. Andererseits kann er unter den Schuldnern den solventesten wählen und daher das Risiko der Uneinbringlichkeit seiner Forderung gegen die übrigen Gesamtschuldner auf den Leistenden verlagern[11].

II. Auswirkungen unterschiedlicher Haftungsmaßstäbe

Der Ausgleich birgt Probleme, wenn einer der Gesamtschuldner im Verhältnis zum Gläubiger von vornherein nur eingeschränkt oder gar nicht haftet. Im Wesentlichen sind drei Konstellationen zu unterscheiden, die verhindern, dass aus der „primären Gesamtschuld" der Schädiger eine „Schadensersatzgesamtschuld" wird[12]: vertraglich vereinbarte Haftungsausschlüsse, Haftungsfreistellungen im Arbeitsverhältnis nach Maßgabe der §§ 104, 105 SGB VII und nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs sowie die im bürgerlichen Recht in den §§ 708, 1259, 1664 BGB angeordnete Beschränkung der Haftung auf die eigenübliche Sorgfalt nach § 277 BGB.

Genau genommen besteht in diesen Konstellationen eine Mehrheit von Schuldnern, da der Gläubiger (Geschädigter) von der von der Haftung befreiten Person (Erstschädiger) gerade keine Leistung fordern kann. Der nicht privilegierte Schuldner (Zweitschädiger) haftet daher im Grunde allein für den gesamten Betrag, wiewohl der andere den Schaden mitverursacht hat. Deshalb lässt sich das in diesen Fällen regelmäßig stellende Problem – das als „gestörter Gesamtschuldnerausgleich" bezeichnet wird – dahin umschreiben: Soll sich die Haftungsbeschränkung lediglich im Außenverhältnis zwischen Gläubiger und privilegiertem Schuldner auswirken oder zeitigt sie Rückwirkungen auf das Innenverhältnis zum nichtprivilegierten Schuldner?

1. Wortlaut des § 421 BGB

Eine am Wortlaut des § 421 BGB orientierte Lösung anerkennt das gesetzlich oder vertraglich begründete Haftungsprivileg im vollen Umfang. Denn nach den in § 421 BGB normierten Tatbestandsmerkmalen liegt keine Gesamtschuld vor: Im Außenverhältnis schulden gerade nicht mehrere Personen eine Leistung. Dies geht allein zulasten des Zweitschädigers: Ohne Außenhaftung muss auch der Rückgriff im Innenverhältnis nach § 426 Abs. 1 BGB scheitern[13].

2. Fiktion der Gesamtschuld

Diese Lösung wurde zu überwinden gesucht, weil das gewonnene Resultat, dem Zweitschädiger die Folgen der Haftungsfreistellung des Erstschädigers aufzubürden, als „unbillig"[14] erachtet wurde. Der Geschädigte solle den Zweitschädiger auf die volle Leistung in Anspruch nehmen können. Die im Grunde nicht bestehende Gesamtschuld sei im Innenverhältnis zu fingieren, sodass der Leistende analog § 426 BGB Regressansprüche gegen den Erstschädiger geltend machen könne. Diese Rechtsfigur wird auch als „hinkende Gesamtschuld" bezeichnet, da sie nur auf dem Bein des Rückgriffs, nicht aber auf dem Bein der Schuldnermehrheit stehe[15]. Sie geht zulasten des Erstschädigers, führt sie doch im Ergebnis zur Bedeutungslosigkeit der Haftungsfreistellung.

3. Kürzung der Ansprüche des Gläubigers

Eine weitere Möglichkeit wird schließlich in der Kürzung der Ansprüche des Gläubigers gesehen. Da dieser die Ursache für die Haftungsfreistellung durch vertragliche Abrede gesetzt habe[16] oder aber aufgrund einer besonderen Nähebeziehung zum Erstschädiger kraft Gesetzes gegen sich gelten lassen müsse, sei sein Ersatzanspruch um den auf den privilegierten Erstschädiger entfallenden Haftungsanteil zu reduzieren.

Zur Herleitung dieses Ergebnisses wird teilweise an der Rechtsfigur der „hinkenden Gesamtschuld" angesetzt. Das für den Erstschädiger unbillige Ergebnis der Bedeutungslosigkeit seines Haftungsprivilegs sei dadurch zu korrigieren, dass ihm seinerseits der Rückgriff gegen den Gläubiger einzuräumen sei. Es komme zu einem „Regresskreisel". Vertragliche Haftungsabreden werden insofern als Freistellungsanspruch des Geschädigten gegen den Erstschädiger interpretiert[17]. Bei den gesetzlich verankerten Haftungsregeln ist die Rechtsgrundlage für den Weitergriff auf den Geschädigten umstritten. Teilweise wird diese unmittelbar in der die Haftung ausschließenden Norm[18], teilweise in § 677 BGB[19] oder schließlich in § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB[20] gesehen.

6 *Grüneberg* in Palandt, BGB 71. Aufl. 2012 § 426 Rn. 1; *Bydlinski* in Münch. Komm. zum BGB 6. Aufl. 2012 § 426 Rn. 1; *Staudinger/Looschelders*, BGB Neubearb. 2012 § 426 Rn. 9; *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (2); *Larenz* aaO (Fn. 2) § 37 III; ausführlich *Ehmann*, Die Gesamtschuld 1972 S. 92 ff.

7 *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 38 m. w. N.

8 Der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB bildet im Verhältnis zu den nach § 426 Abs. 2 BGB zedierten Ansprüchen einen eigenständigen Anspruch, vgl. nur *Glöckner*, Gesamtschuldvorschriften und Schuldnermehrheiten bei unterschiedlichen Leistungsinhalten 1997 S. 41.

9 Vgl. die Nachweise bei *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht 2. Aufl. 1996 Rn. 535 und *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 63 ff. Zu den Besonderheiten bei der Bestimmung des Ausgleichsanspruchs im Fall der Nebentäterschaft eingehend *E. Lorenz* aaO (Fn. 4) S. 43 ff.

10 *Heck*, Grundriss des Schuldrechts 1929 S. 234.

11 *Larenz* aaO (Fn. 2) § 36 II b; *Ehmann* aaO (Fn. 6) S. 98; *Hager* (NJW 1989, 1640 [1641]) hält die Bedeutung der Gesamtschuld dagegen für überschätzt, da sich ihr Gehalt auf jene Verteilung des Insolvenzrisikos reduziere.

12 So die Terminologie bei *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern 1984 S. 126.

13 RGZ 84, 415 (421); 153, 38 (43); BGHZ 11, 170 (174) = VersR 1954, 60 (61).

14 BGHZ 35, 317 (323) = VersR 1961, 918 (919); ebenso 58, 216 (219) = VersR 1972, 587 (588); *Böhmer* MDR 1968, 13.

15 *Hanau* VersR 1967, 516 (517).

16 *Jauernig/Stürner*, BGB 14. Aufl. 2011 § 426 Rn. 23; ähnlich *Wurm* JA 1986, 177 (182).

17 *Selb* aaO (Fn. 12) S. 128; *Muscheler* JR 1994, 441 (443); *Vieweg* in Staudinger, BGB Neubearb. 2007 § 840 Rn. 53; *Brand* ZGS 2010, 265 (268). Kritisch *Hanau* VersR 1967, 516 (517): „Versöhnung der Interessen beider Schädiger auf Kosten des Geschädigten".

18 *Hanau* VersR 1967, 516 (523).

19 *Schmieder* JZ 2009, 189 (190).

20 *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (4; dort Fn. 36); *Muscheler* JR 1994, 441 (442); *Hager* NJW 1989, 1640 (1643); *Vieweg* aaO (Fn. 17) § 840 Rn. 53; im Ergebnis auch *Boulanger*, Der Gesamtschuldnerausgleich bei Ausschluss oder Begrenzung der Haftung eines Schädigers 1974 S. 197.

Diese Lösung wird vor allem unter dem Aspekt der Prozessökonomie kritisiert[21]. Ihre Gegner streben eine Lösung im Außenverhältnis zwischen Zweitschädiger und Geschädigtem an: Der Anspruch sei von vornherein nach Maßgabe des § 426 Abs. 1 BGB um den Anteil zu kürzen, den der Erstschädiger im Innenverhältnis zu tragen hätte[22]. Die vertragliche oder gesetzlich angeordnete Haftungserleichterung entfalte „beschränkte Gesamtwirkung"[23] und könne dem Gläubiger vom Zweitschädiger als Einwendung entgegengehalten werden.

B. Der „gestörte Gesamtschuldnerausgleich" in der Rechtsprechung des BGH

Während in der Literatur weitgehend einheitlich für eine Lösung zulasten des Gläubigers plädiert wird, differenziert die Rechtsprechung nach Fallgruppen und kommt für die verschiedenen Formen der Haftungsfreistellung zu unterschiedlichen Ergebnissen. Hatte das RG gestützt auf den Wortlaut des § 421 BGB eine Abwicklung über die Gesamtschuldregeln generell abgelehnt[24], ging der BGH dazu über, die Gesamtschuld zu fingieren. Alsbald kristallisierte sich eine fallgruppenorientierte Kasuistik heraus, welche die Interessen der Beteiligten je nach Fallgestaltung unterschiedlich bewertete. Für die Differenzierung sprechen zwar die Vielfalt und die Besonderheiten der Rechtsverhältnisse und die unterschiedlichen Ursachen und Motive der Haftungsregeln[25], also durchaus legitime methodische Erwägungen einer interessenorientierten Wertungsjurisprudenz[26]. Die systematische Herleitung ist jedoch angreifbar, bildet doch die Orientierung an der Interessenlage allein kein hinreichendes Fundament für die methodisch tragfähige Argumentation.

I. Vertraglich vereinbarte Haftungsausschlüsse

Dass die Vereinbarung von Haftungsausschlüssen zulässig ist, folgt aus § 276 Abs. 3 BGB. Diese Bestimmung beschränkt die Privatautonomie lediglich insoweit, als die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen werden kann. Solche Abreden sind nicht auf vertragliche Ansprüche beschränkt, sondern können sich nach der Lehre von der einwirkenden Anspruchskonkurrenz auf konkurrierende deliktische Ansprüche erstrecken[27].

Im Rahmen des „gestörten Gesamtschuldnerausgleichs" sind nur ursprüngliche – also vor Eintritt des Schadens getroffene – Haftungsabreden von Relevanz, die bereits die Entstehung des Anspruchs ausschließen[28]. Vermittelt die Vereinbarung dem Erstschädiger eine Einrede, etwa weil Abreden zur Verjährung getroffen wurden oder ein Pactum de non petendo[29] geschlossen worden ist, lässt sie das Entstehen der Schuld des Erstschädigers unberührt und schließt lediglich deren Geltendmachung durch den Gläubiger aus. Eine solche Abrede hindert die Entstehung der Gesamtschuld nach § 421 Abs. 1 BGB und damit auch der Ausgleichsansprüche nach § 426 Abs. 1 BGB nicht und wirkt sich gem. § 425 BGB allein im Verhältnis zwischen Gläubiger und Erstschädiger aus[30]. Auch nachträgliche Vereinbarungen tangieren nur das Außenverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger und lassen die Ausgleichspflicht im Innenverhältnis unberührt, stand die gemeinschaftliche Einstandspflicht im Zeitpunkt der Vereinbarung doch bereits fest[31].

1. *Methodische Herleitung des Rückgriffs des Zweitschädigers gegen den Erstschädiger*

Durch die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses haben die Vertragsparteien zum Ausdruck gebracht, dass im Fall des Schadenseintritts keine zum Ersatz verpflichtende Verbindlichkeit zwischen Gläubiger und Erstschädiger entstehen soll. Für einen Regress des Zweitschädigers gibt es aus dem Wortlaut des § 421 BGB daher keine Grundlage: der Erstschädiger schuldet dem Geschädigten von vornherein nichts[32].

a) Haftungsabrede als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter?

Verbreitet wird eine solche Abrede als ein gegenüber dem Zweitschädiger unwirksamer Vertrag zu dessen Lasten qualifiziert, weil dadurch dessen Regressansprüche gegen den Erstschädiger ausgeschlossen werden. Dies laufe der relativen Wirkung schuldrechtlicher Abreden zuwider, die sich im Verhältnis zu unbeteiligten Dritten nicht nachteilig auswirken dürften. Die Abrede sei deshalb nach § 138 BGB unwirksam[33].

Diese Ansicht hat zur Folge, dass Haftungsabreden lediglich in Zwei-Personen-Beziehungen – relativ im Verhältnis zum Gläubiger – wirken[34]. Tritt ein weiterer Schädiger hinzu, verlören sie ihre Bedeutung. Es ist jedoch fraglich, ob in einer die Haftung beschränkenden Abrede tatsächlich ein Vertrag zulasten Dritter liegt. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Vertrag zulasten Dritter dadurch gekennzeichnet, dass durch ihn unmittelbar (sic!) eine Rechtspflicht eines unbeteiligten Dritten begründet wird[35]. Den Abreden über die Haftungsbeschränkung wird es aber typischerweise sowohl an einem kollusiven Moment als auch an der geforderten Unmittelbarkeit fehlen.

21 *Medicus* JZ 1967, 398 (400); *Schröder* JR 1970, 41 (42); *Hager* NJW 1989, 1640 (1644 f.); *Ising*, Einseitiger Haftungsausschluß bei mehreren Schadensverursachern 1969 S. 204; *Steinbeis*, Haftungsausschluß und Gesamtschuldnerausgleich im deutschen und französischen Recht 1973 S. 91.

22 Für Arbeitsunfälle BGHZ 51, 37 = VersR 1969, 34; 61, 51 = VersR 1973, 836; für Dienstunfälle von Beamten 94, 173 = VersR 1985, 763; in der Literatur generell für alle Konstellationen *Medicus* JZ 1967, 389 (401); *Wurm* JA 1986, 177 (182); *v. Einem* SozVers 1990, 85 (88); im Ergebnis auch *Hager* NJW 1989, 1640 (1644); *Schmieder* JZ 2009, 189 (194).

23 *Meier*, Gesamtschulden 2010 S. 673 m. z. N.

24 Mit dem Ergebnis, dass der Zweitschädiger den gesamten Schaden allein tragen muss RGZ 84, 415 (431); 146, 97 (102); 153, 38 (43); zustimmend *Küster* AcP 148 (1943), 309 (315).

25 *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 201.

26 Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 1995 S. 265.

27 *Deutsch* aaO (Fn. 9) Rn. 614; *Lange* aaO (Fn. 5) § 10 XVI 1; *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 169; vgl. auch BGHZ 96, 221.

28 *Schwab* JuS 1991, 18 (19); *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 106; *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 8; vgl. auch *Ising* aaO (Fn. 21) S. 134.

29 BGHZ 58, 216 (220) = VersR 1972, 587 (588); BGH vom 27. 2. 1989 – II ZR 182/88 – NJW 1989, 2386 (2387); *Wacke* AcP 170 (1970), 42 (46 f.).

30 *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 157.

31 *Selb* aaO (Fn. 12) S. 136; *Grüneberg* aaO (Fn. 6) § 423 Rn. 2.

32 *Hanau* VersR 1967, 516 (518); *Prölss* JuS 1966, 400 (401); *Keuk* AcP 168 (1968), 175 (177 f.); *Keuk* JZ 1972, 528 (530); *Christensen* MDR 1989, 948 (949); *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 163; *Brand* ZGS 2010, 265 (267); *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 421 Rn. 15.

33 St. Rspr. BGHZ 12, 213 (218) = VersR 1954, 189; 35, 317 (323) = VersR 1961, 918 (919); 51, 37 = VersR 1969, 39; 54, 177 (180) = VersR 1970, 897 (898); 58, 355 (359) = VersR 1972, 828 (829); 61, 51 (53) = VersR 1973, 836 (838); lediglich am Rande erwähnt bei *Medicus* JZ 1967, 398, im Nachgang aber pointiert bei *Böhmer* MDR 1968, 13 (14); *Klimke* ZfV 1980, 468 (471); *Hager* NJW 1989, 1640 (1643); *v. Einem* SozVers 1990, 85 (87); *Muscheler* JR 1994, 441 (444); *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 176.

34 BGHZ 58, 216 (220) = VersR 1972, 587 (588); BGH vom 21. 3. 2000 – IX ZR 39/99 – NJW 2000, 1942 (1943) und vom 13. 10. 2004 – I ZR 249/01 – NJW-RR 2005, 34 (36) relativieren dies insofern, als sich aus dem Inhalt der Abrede auch ein anderer Wille der Vertragsschließenden ergeben könne, der beispielsweise deren Gesamtwirkung zur Folge habe. Lediglich „im Zweifel" entfalte die Abrede nur Einzelwirkung.

35 BGHZ 61, 359 (361); BGH VersR 2004, 1189 (1190) = NJW 2004, 3326 (3327); *Gottwald* in Münch. Komm. zum BGB 6. Aufl. 2012 § 328 Rn. 188; *Grüneberg* aaO (Fn. 6) Einführung vor § 328 Rn. 10; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen 1992 S. 27.

Denn die rechtliche Beziehung der beiden Vertragspartner zum Zweitschädiger und somit das Entstehen der potenziellen „Gesamtschuldlage" waren im Zeitpunkt des Abschlusses der Haftungsvereinbarung noch gar nicht absehbar[36]. Die Vertragspartner werden regelmäßig nicht davon ausgehen, dass überhaupt ein Schaden entstehen wird, geschweige denn, dass dieser gemeinsam mit einem Dritten verursacht wird, dessen Identität und Verursachungs- und Verschuldensbeitrag überdies noch vollkommen unklar sind[37].

Die unbestreitbare faktische Auswirkung auf die Rechtsposition des Zweitschädigers bewirkt aber keinen per se unzulässigen Eingriff in dessen Privatautonomie. Denn eine solche mittelbare Wirkung ist vielen Rechtsgeschäften eigen. Sie werden Dritten gegenüber erst dann bedenklich, wenn sie durch besondere Rücksichtslosigkeit gegenüber dem allgemeinen Rechtsverkehr geprägt sind[38]. Ansonsten sind sie von der Privatautonomie der Vertragspartner gedeckt. Diese würde ausgehöhlt, ließe man entgegen dem erklärten Parteiwillen die Konstruktion einer Einstandspflicht zu.

b) Zulässigkeit der analogen Anwendung von § 426 Abs. 1 BGB

Scheitert somit die direkte Anwendung des § 426 BGB an der fehlenden Schuldnermehrheit, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Analogie. Diese setzt das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke und eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen voraus.

Da sich der Ausgleich nach § 426 BGB gerade als „Reflex der Schuldnermehrheit"[39] darstellt, ließe sich bereits die generelle Analogiefähigkeit der Norm bezweifeln: Kann eine Person als regresspflichtig herangezogen werden, die nicht in das Gesamtschuldverhältnis einbezogen ist? Die Annahme einer lediglich relativen Wirkung der Haftungsabrede benachteiligt den Erstschädiger, der einen Schaden im Zusammenwirken mit anderen verursacht, gegenüber einem solchen, der einen Schaden allein verursacht. In letzterem Fall hätte der Haftungsausschluss zum vollständigen Wegfall seiner Haftung geführt. Im konstruierten Gesamtschuldverhältnis wird er mit dem Haftungsrisiko belegt, das er durch die Vereinbarung gerade auszuschließen beabsichtigt hat. Die Regresspflicht ginge über das dem Gläubiger Geschuldete hinaus[40]: „Ein Weniger an Verursachung führt zu einem Mehr an Ausgleichspflicht"[41].

Für den Regresskreisel spricht zwar, dass sich der Geschädigte mit der Haftungsabrede bereit erklärt hat, einen Teil des entstandenen Schadens selbst zu tragen. Diese Rechtsfigur belässt alle Rechtsfragen bezüglich der Auswirkungen der Haftungsbefreiungen in den einzelnen Rechtsverhältnissen[42] und wird damit der Relativität der Schuldverhältnisse scheinbar gerecht. Übersehen wird aber, dass sich der Geschädigte, wenn er gegen den Zweitschädiger vorgeht, die Dolo-agit-Einrede entgegenhalten lassen muss. Denn er müsste das vom Zweitschädiger Erlangte teilweise wieder an den Erstschädiger herausgeben[43]. Zudem erfordert der Regresskreisel einen methodischen Kunstgriff: Das Vorliegen einer Gesamtschuld muss fingiert werden. Letztlich ist es evident widersprüchlich, dem Zweitschädiger einerseits zu gestatten, sich auf die Unwirksamkeit der Haftungsabrede zwischen Gläubiger und Erstschädiger zu berufen, und diese andererseits zu bemühen, um daraus die für die Begründung des erwünschten Regresses erforderliche Rechtsgrundlage herzuleiten[44]. Der Zweitschädiger hat keinen Anspruch darauf, dass ihm ein weiterer zum Ersatz verpflichteter Schuldner zur Seite steht – schon gar nicht, wenn dessen Schuld eine vertragliche Vereinbarung bestimmten Inhalts mit dem Gläubiger erforderte[45]. Tatsächlich wird die den Regresskreisel befürwortende Auffassung also der Relativität der Schuldverhältnisse nicht gerecht.

c) Aufhebung einer Schadensgemeinschaft?

Eine andere Lösung besteht darin, den Regress des Zweitschädigers gegen den Erstschädiger aus den Regeln über die Teilung einer Gemeinschaft nach § 755 BGB herzuleiten. Durch die gemeinschaftliche Schadenverursachung sei eine enge Bindung zwischen den Schädigern begründet, welche die Anwendung des Rechtsgedankens des § 426 Abs. 1 BGB rechtfertige und den Regress in Höhe des individuellen Verursachungsanteils ermögliche[46].

Diese Auffassung scheint zwar die Relativität schuldrechtlicher Abreden zu berücksichtigen, die lediglich die Entstehung eines Außenverhältnisses zwischen Erstschädiger und Gläubiger, nicht aber die Entstehung eines durch gemeinschaftliche Schadenverursachung begründeten Innenverhältnisses zwischen Erst- und Zweitschädiger ausschließt. Die gemeinschaftliche Schadenverursachung allein begründet indes nicht per se eine Gemeinschaft i. S. v. § 755 BGB, werden doch beispielsweise bei gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlungen Deliktsunfähige oder Personen, deren Handeln gerechtfertigt ist, nicht in die Gesamtschuld nach § 840 Abs. 1 BGB einbezogen, wiewohl auch sie unzweifelhaft den Schaden mitverursacht haben[47]. Bei Ansprüchen aus Vertragsverletzung ist bereits die gemeinschaftliche Schadensverursachung zweifelhaft, wenn mehrere Schuldner eines gemeinsamen Gläubigers – möglicherweise zufällig – zusammentreffen, unter denen aber die Haftung eines Schuldners nicht besteht. Ist aber ein Außenverhältnis durch einen gesetzlichen oder vertraglichen Haftungsausschluss gerade ausgeschlossen, kann damit im Innenverhältnis ein Ausgleichsanspruch nur schwerlich hergeleitet werden[48].

Auch systematisch ist der „gestörte Gesamtschuldnerausgleich" in § 755 BGB nicht zutreffend verortet. Diese Norm regelt die „Aufhebung der Passiven" einer Gemeinschaft von Ge-

36 *Meier* aaO (Fn. 23) S. 970; *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 129; *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 88.

37 *Meier* aaO (Fn. 23) S. 970. *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 218 bezeichnet die Annahme eines Vertrags zulasten Dritter daher als „dogmatischen Kurzschluss".

38 *Armbrüster* in Münch. Komm. zum BGB § 138 Rn. 96; so auch *Habersack* aaO (Fn. 35) S. 139 f.

39 *Hanau* VersR 1967, 516 (518); ebenso *Küster* AcP 148 (1943), 309; *Ehmann* aaO (Fn. 6) S. 99; *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 193; *Prölss* JuS 1966, 400 (401); *Stoll* FamRZ 1962, 64 (65); *Keuk* AcP 168 (1968), 175 (188).

40 *Meier* aaO (Fn. 23) S. 995; *Ising* aaO (Fn. 21) S. 150; *Larenz* aaO (Fn. 2) § 37 III; *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 178; *Böhmer* NJW 1956, 1018; *Prölss* JuS 1966, 400 (401); *Böhmer* MDR 1968, 13; *Keuk* AcP 168 (1968), 175 (179); *Schröder* JR 1970 41 (42); *Wacke* AcP 170 (1970), 42 (45); *Wurm* JA 1986, 177 (181); *Lange* JZ 1989, 48 (49); *v. Einem* SozVers 1990, 85 (87); *Schmieder* JR 2009, 189 (190); *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (3).

41 *Medicus* JZ 1967, 398 (399).

42 *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 115; *Vieweg* aaO (Fn. 17) § 840 Rn. 60.

43 *Böhmer* NJW 1956, 1018; *Wacke* AcP 170 (1970), 42 (57); *Stoll* FamRZ 1962, 64 (66); *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 92; *Hanau* VersR 1967, 516 (523); *Hager* NJW 1989, 1640 (1645); *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 207 f.; *Deutsch* aaO (Fn. 9) Rn. 536; *Noack* in Staudinger, BGB 2005 § 426 Rn. 161.

44 *Meier* aaO (Fn. 23) S. 980: „Rosinenpicken".

45 *Meier* aaO (Fn. 23) S. 989; auch *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 425 Rn. 9 weist darauf hin, dass es dem Parteiwillen überlassen ist, ob Vereinbarungen Einzel- oder Gesamtwirkung haben sollen.

46 *Selb* aaO (Fn. 12) S. 129; *Bydlinski* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 55.

47 *Meier* aaO (Fn. 23) S. 974.

48 *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 163.

samtschuldnern[49], begründet also eine „Tilgungsgemeinschaft" gleichrangig verpflichteter Schuldner[50]. Die Gemeinschaft ist jedoch nach § 741 BGB dadurch gekennzeichnet, dass den Beteiligten gemeinschaftlich ein Recht zusteht. Mit diesem Recht bzw. den nach § 748 BGB im Rahmen seiner Verwaltung entstandenen Lasten muss die in § 755 BGB angesprochene Gesamtschuld notwendig korrespondieren[51]. Die Passivengemeinschaft setzt also eine Gemeinschaft in Form einer gemeinsamen Berechtigung mehrerer Personen voraus – daran fehlt es aber in den hier diskutierten Fällen[52].

2. Methodische Herleitung der Kürzungslösung

Da ein Regress des Zweitschädigers gegen den Erstschädiger ersichtlich nicht methodisch herzuleiten ist, steht zu untersuchen, ob die vertragliche Haftungsabrede zu einer Kürzung der Ansprüche des Gläubigers im Außenverhältnis führen kann. Das Schadensrecht ist gem. § 249 BGB vom Grundsatz der Totalreparation geprägt. Danach haftet jeder Verursacher für den gesamten Schaden, und zwar unabhängig von seinem eigenen Anteil an der Schadensverursachung[53]. Ausnahmen von dieser Regel sind nur im Rahmen der Teilschuld nach § 420 BGB oder des Mitverschuldens nach § 254 BGB vorgesehen[54].

a) Materielle Teilschuld des Zweitschädigers (§ 420 BGB)

Denkbar ist, die zur Haftungsbeschränkung des Erstschädigers führende Abrede so auszulegen, dass darin ein Verzicht oder Teilerlass zugunsten Dritter – der Mitschädiger – i. S. v. § 328 BGB liegen würde[55]. Da der Gläubiger seine Bereitschaft erklärt habe, den Schaden teilweise selbst zu tragen, sei der Nachteil aus dieser Abrede in seinem Lager richtig verortet[56], sodass der Grundsatz der Totalreparation insofern teleologisch zu reduzieren sei[57]. Denn das dem Erstschädiger eingeräumte Haftungsprivileg dürfe nicht umgangen werden: Er dürfe, wenn er gemeinsam mit einem anderen einen Schaden verursacht hat, nicht schlechter stehen als bei alleiniger Verursachung[58]. Zudem erwüchsen dem Gläubiger aus dem vertraglichen Haftungsverzicht regelmäßig auch Vorteile, etwa weil er für die Hauptleistung keine oder eine geringere Gegenleistung zu erbringen habe. Die Kürzung seiner Ansprüche im Außenverhältnis habe er folglich vom Erstschädiger durch dessen Verzicht auf eine höhere Gegenleistung erkauft[59].

Es ist jedoch zweifelhaft, ob der Verzichtwille gegenüber dem Erstschädiger auch Ansprüche gegen „Außenstehende" umfassen soll, deren Einstehenmüssen bei Eingehen der Abrede mit dem Erstschädiger noch gar nicht in Rede stand[60]. Denn ob deren Einzel- oder Gesamtwirkung beabsichtigt war, richtet sich nicht zuletzt nach dem Haftungsanteil des weiteren Gesamtschuldners im Innenverhältnis[61]. Im Zeitpunkt der Abrede über die Haftungsfreistellung wäre dieser aber allenfalls hypothetisch bestimmbar.

Systematisch würde mit der Annahme eines Verzichts mit beschränkter Gesamtwirkung eine Teilschuld begründet: Der von der Haftung befreite Erstschädiger wäre dem Gläubiger nicht zum Ersatz verpflichtet, daher bestünde weder eine Gesamtschuld noch eine durch diese ausgelöste Regresspflicht[62]. Vielmehr schulde der Zweitschädiger lediglich „in Anwendung des Gedankens des § 254 BGB"[63] den Ausgleich für den von ihm verursachten Schadensanteil[64]. Damit wird jedoch methodisch bedenklich „das Innenverhältnis nach außen gewendet"[65], führt die Kürzungslösung doch dazu, dass die vereinbarte Haftungsbeschränkung auf den an ihrer Vereinbarung unbeteiligten Zweitschädiger übertragen und „das Innenverhältnis vorzeitig aufgedeckt" wird[66]. Zugunsten dieser Lösung wird der Schutzzweck der Gesamtschuldregeln angeführt. Diese dienten dem Gläubiger, der sich im Prozess nicht damit auseinandersetzen müsse, welcher der Mitverursacher welchen Schadensanteil verursacht hat. Dieses Schutzbedürfnis bestehe nicht, wenn der Gläubiger einen der potenziellen Gesamtschuldner im Voraus von der Haftung befreit[67]. Im Ergebnis wird damit der ursprüngliche Erlass der Haftung mit einem nachträglich vereinbarten Erlass gleichgestellt, der sich gem. § 423 BGB grundsätzlich nur zulasten des Gläubigers auswirken könne[68].

Für die Auslegung der Abrede ist damit jedoch nichts gewonnen, ist doch angesichts der wegen der Haftungsbefreiung noch nicht feststehenden Einstandspflicht unklar, wie die Erklärung zu verstehen ist. Die Freistellung beseitigt nicht wie ein Erlass eine bestehende Verbindlichkeit, sondern schafft Tatbestände, bei deren Verwirklichung eine Verbindlichkeit nicht entsteht. § 423 BGB gibt die Lösung für diese Probleme aber gerade nicht vor, sondern gibt lediglich die Selbstverständlichkeit wieder, dass ein Erlass nur dann Gesamtwirkung habe, wenn damit das gesamte Schuldverhältnis aufgehoben werden soll[69].

Darüber hinaus überzeugt die Annahme einer Teilschuld auch aus grundsätzlichen Erwägungen nicht: Sie stellt nicht die Regel, sondern eine Ausnahme vom Grundsatz der Totalreparation

49 *Bydlinski* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 2.

50 *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (2).

51 *Gehrlein* in BeckOK zum BGB § 755 Rn. 3; *Schmidt* in Münch. Komm. zum BGB § 755 Rn. 5; *Langhein* in Staudinger, BGB § 755 Rn. 3; *Sprau* in Palandt, BGB § 755 Rn. 2.

52 *Muscheler* JZ 1994, 441 (447); *Bydlinski* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 3.

53 *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 195; *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 124; *Christensen* MDR 1989, 948 (950); *Schröder* JR 1970, 41 (43); *Meier* aaO (Fn. 23) S. 985; *Ising* aaO (Fn. 21) S. 207: „Unteilbarkeit der Ursachen".

54 *Lange* aaO (Fn. 5) § 10 V 1; *Keuk* AcP 168 (1968), 175 (182); *Christensen* MDR 1989, 948 (950); *Schröder* JR 1970 41 (45).

55 BGHZ 58, 216 (220) = VersR 1972, 587 (588); BGH vom 21. 3. 2000 – IX ZR 39/99 – NJW 2000, 1942 (1943); *Wacke* AcP 170 (1970), 42 (47); *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 195; *Einsiedler* MDR 2009, 1369; *Noack* aaO (Fn. 43) § 426 Rn. 165.

56 *Lange* aaO (Fn. 5) § 11 A IV 2; *Medicus* JZ 1967, 398 (401); *Böhmer* MDR 1968, 13 f.; *Keuk* JZ 1972, 528 (529); *Wacke* AcP 170 (1970), 42 (49); *Lange* JZ 1989, 48 (49); *v. Einem* SozVers 1990, 85 (87); *Wurm* JA 1986, 177, 182; *Hager* NJW 1989, 1640 (1645); *Grüneberg* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 20; *Bydlinski* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 57.

57 *Prölss* JuS 1966, 400 (402).

58 *Larenz* aaO (Fn. 2) § 37 II, *Ising* aaO (Fn. 21) S. 199.

59 *Böhmer* MDR 1968, 13 (14); *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 131: „Rosinenpicken aus zwei Kuchen"; auf den gegenseitigen Bezug der Abrede weist auch *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 201 hin.

60 Ebenso *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 192; *Böhmer* NJW 1956, 1018; *Stoll* FamRZ 1962, 64 (66); *Medicus* JZ 1967, 398 (400); *Wurm* JA 1986, 177 (182); *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 196; *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 92.

61 *Ehmann* aaO (Fn. 6) S. 211.

62 *Keuk* AcP 168 (1968), 175 (178); *Keuk* JZ 1972, 528 (529); *Costede* JR 2005, 45 (48); *Bydlinski* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 57; *Selb* in Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag 1991 S. 246; so wohl auch *Schmieder* JZ 2009, 189 (192).

63 *Selb* aaO (Fn. 12) S. 127.

64 *Larenz* aaO (Fn. 2) § 37 III; *Reinicke* NJW 1954, 1641; *Keuk* AcP 168 (1968), 187 (181); *Keuk* JZ 1972, 528 (529); *Prölss* JuS 1966, 400 (402); *Medicus* JZ 1967, 398 (401).

65 *Selb* aaO (Fn. 62) S. 246; *Schmieder* JZ 2009, 189 (190); im Ergebnis so auch *Schröder* JR 1970 41 (44); *Meier* aaO (Fn. 23) S. 671.

66 *Deutsch* (aaO [Fn. 9] Rn. 628) gibt trotz dieser grundlegenden systematischen Bedenken der Kürzungslösung den Vorzug, um den Regresskreisel zu vermeiden.

67 *Reinicke* NJW 1954, 1641.

68 *Meier* aaO (Fn. 23) S. 1002 ff.; *Ehmann* aaO (Fn. 6) S. 245; auf die Parallelen weist auch *Schmieder* JZ 2009, 189 (192) hin.

69 *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 423 Rn. 1; *Bydlinski* aaO (Fn. 6) § 423 Rn. 1; *Einsiedler* MDR 2009, 1369; *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 196.

dar. Sie kann also nicht über die anerkannten Fallgestaltungen hinaus erstreckt werden.

Auch der in § 426 Abs. 1 BGB verankerte Ausgleich unter den Gesamtschuldnern spricht nicht für eine Pro-rata-Haftung als schuldrechtlicher Regelfall, dient dieser doch lediglich dazu, die Lasten im Innenverhältnis gleichmäßig zu verteilen, damit nicht der vom Gläubiger willkürlich in Anspruch genommene Schuldner den Schaden endgültig allein tragen muss[70]. Eine Teilschuld liegt in den hier diskutierten Fällen ebenso wenig vor wie eine Gesamtschuld. Denn es schulden gerade nicht, wie § 420 BGB eindeutig vorgibt, mehrere Personen eine teilbare Leistung. Die Teilschuld ist zudem dadurch gekennzeichnet, dass die Leistungsverpflichtung aller Beteiligten aus ein und demselben Schuldverhältnis resultiert[71]. Auf die Fälle vertraglicher Haftungsabreden des Gläubigers mit dem Erstschädiger trifft dies jedoch nicht zu, schuldet dieser doch kraft des zwischen beiden bestehenden Schuldverhältnisses gerade nichts[72].

b) Mitverschulden des Geschädigten (§ 254 BGB)

Eine Kürzung der Ansprüche des Geschädigten wäre daher nur denkbar, sofern sich diese aus dem Gedanken des Mitverschuldens nach § 254 BGB ableiten ließe. Diese Norm statuiert eine zulässige Ausnahme vom Grundsatz der Totalreparation, wonach ein Schaden stets ganz zu ersetzen ist[73]. Ist § 254 BGB erfüllt, mindert sich der Anspruch bereits im Außenverhältnis, weil der Geschädigte die „Gebote des eigenen Interesses" außer Acht gelassen hat[74]. § 254 BGB spiegelt den Grundsatz wieder, dass jeder auch sich selbst gegenüber zur Schadensabwehr verpflichtet ist. Kumulieren das eigene Verschulden des Geschädigten in Form der Selbstschädigung und die schuldhaften Verursachung desselben Schadens durch weitere Personen, ist der Geschädigte als Mitverursacher nach § 426 BGB sich selbst gegenüber ebenfalls ausgleichspflichtig. § 254 BGB nimmt insofern die Aufrechnung seiner Ansprüche vorweg. Dies erklärt, warum er einen Teil des Schadens endgültig selbst zu tragen hat[75]. Der „gestörte Gesamtschuldnerausgleich" stellte sich bei dieser Lösung weniger als Problem von Schuldnermehrheiten, sondern als Problem der Schadenszurechnung dar[76].

Die Vereinbarung einer Haftungsbefreiung im Rahmen eines Vertrags vermag noch kein den Anspruch verkürzendes eigenes Mitverschulden des Geschädigten i. S. v. § 254 Abs. 1 BGB zu begründen. Möglich wäre es aber, dem Geschädigten das Verschulden des Erstschädigers nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB zuzurechnen. Danach ist § 278 BGB entsprechend anzuwenden, wenn das Mitverschulden des Geschädigten in einer Verletzung seiner Schadensminderungs- oder Schadensabwendungspflicht besteht.

aa) Auslegung der Verweisung in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB

Die Verweisung in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB ist auch auf die Haftungsbegründung anzuwenden, bezieht sich also nicht nur auf § 254 Abs. 2 S. 1 BGB (Abwendung und Minderung des Schadens), sondern auch auf § 254 Abs. 1 BGB („bei der Entstehung des Schadens"). Hat also bereits bei der Schadensentstehung der gesetzliche Vertreter oder ein Gehilfe des Geschädigten mitgewirkt, ist ihm dessen Verschulden wie eigenes Verschulden zuzurechnen. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB ist insofern als eigenständiger Abs. 3 BGB zu verstehen[77].

Nach herrschender Meinung handelt es sich bei § 254 Abs. 2 S. 2 BGB um eine Rechtsgrundverweisung. Denn § 278 BGB setze für die Zurechnung einen „Schuldner" voraus und sei daher nur anwendbar, wenn zwischen Geschädigtem und Zweitschädiger im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bereits eine vertragliche oder gleichwertige Sonderbeziehung bestand[78]. Habe sich der Geschädigte des Erstschädigers bedient, um seine gegenüber dem Zweitschädiger aufgrund der Sonderbeziehung bestehenden Pflichten zu erfüllen, sei die Zurechnung des Verschuldens des Erstschädigers als eigenes Verschulden des Geschädigten angezeigt[79]. Denn nur dann korrespondiere die Verantwortung des Erstschädigers – verstanden als Treuepflicht für die Rechtsgüter des Geschädigten – mit der Einstandspflicht des Geschädigten[80]. Dies gelte auch, wenn der Geschädigte deliktische Ansprüche gegen den Zweitschädiger geltend macht[81]. Bestünden im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses keine vertraglichen oder gleichwertigen Beziehungen unter den Beteiligten, sei § 831 BGB anzuwenden, mit der Folge, dass dem Geschädigten die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB offenstehe. Die Wertung dieser Norm dürfe durch eine weiter gehende Auslegung des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB nicht unterlaufen werden[82].

Diese Auffassung hat zur Folge, dass sich der außerhalb vertraglicher Beziehungen Geschädigte das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter nie, das seiner Gehilfen nur dann zurechnen lassen müsste, wenn diese Verrichtungsgehilfen i. S. v. § 831 BGB wären[83]. Anderenfalls hafte der Zweitschädiger allein auf den vollen Schaden. Dies kann jedoch zu zufälligen Unterscheidungen führen. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB wird daher von Teilen der Literatur als Rechtsfolgenverweisung interpretiert, sodass es auf das Bestehen einer schuldrechtlichen Sonderverbindung zwischen Geschädigtem und Zweitschädiger nicht ankomme[84]. Dies gelte

70 *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 144.

71 *Bydlinski* aaO (Fn. 6) § 420 Rn. 3; *Ehmann* in Erman, BGB § 420 Rn. 2.

72 A. A. *Costede* JR 2005, 45 (48).

73 *Larenz* aaO (Fn. 2) § 31 I e.

74 *Magnus*, Drittmitverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht 1974 S. 24; *Henke* JuS 1990, 30.

75 Eingehend, auch zur naturrechtlichen Herleitung dieser Konzeption *E. Lorenz* aaO (Fn. 4) S. 35 ff.: der Geschädigte sei „Gläubiger seines Schadens".

76 *Ising* aaO (Fn. 21) S. 209 ff.; vgl. auch *Hanau* (VersR 1967, 516 [520]), der den Grundgedanken des gestörten Gesamtschuldausgleichs aus § 254 BGB ableitet.

77 *Finger* JR 1972, 406 (407); *Schröder* JR 1970 41 (45); *Larenz* aaO (Fn. 2) § 31 I d; *Lange* aaO (Fn. 5) § 10 XI 2; *Jauernig/Teichmann* aaO (Fn. 5) § 254 Rn. 11; *Schiemann* in Staudinger, BGB § 254 Rn. 95; *Oetker* in Münch. Komm. zum BGB § 254 Rn. 126; *Hager* NJW 1989, 1640 (1641); anders noch *Böhmer* MDR 1961, 1.

78 So bereits RGZ 62, 346 (349); 119, 155; 140, 7; 164, 269; ebenso der BGH seit BGHZ 1, 248 (250); 3, 46 (49); 116, 60 (74) = VersR 1992, 96 (99); *Böhmer* MDR 1961, 1 (2); *Klimke* ZfV 1980, 525 (527); *Schwab* JuS 1991, 18 (23); *Luckey* VersR 2002, 1213 (1215); *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (7); *Schiemann* aaO (Fn. 77) § 254 Rn. 100; *Grüneberg* aaO (Fn. 6) § 278 Rn. 15 m. w. N.; *Oetker* aaO (Fn. 77) § 254 Rn. 130 f.

79 Vgl. nur BGHZ 9, 316 (319) = VersR 1953, 243 (244) für das Eltern-Kind-Verhältnis; BGHZ 3, 46 (48) für das Verhältnis der Ehegatten untereinander sowie BGH vom 8. 2. 1965 – III ZR 170/63 – NJW 1965, 962 für das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

80 *Böhmer* MDR 1961, 1 (2); *Schiemann* aaO (Fn. 77) § 254 Rn. 99.

81 BGHZ 9, 316 (319) = VersR 1953, 243 (244); 24, 325 (327) = VersR 1957, 455 (456); 35, 217 (220); 90, 86 (91) = VersR 1984, 681 (684). Die Zurechnung scheitere nur, wenn die schädigende Handlung keinerlei Bezug zu diesem vertraglichen Verhältnis aufweise (BGH vom 30. 9. 2003 – XI ZR 232/02 – NJW-RR 2004, 45 [46]).

82 RGZ 142, 356 (361); 164, 264 (269); BGHZ 1, 248 (251); 103, 338 (343) = VersR 1988, 632 (633); *Christensen* MDR 1989, 948 (950); *Oetker* aaO (Fn. 77) § 254 Rn. 129; *Grüneberg* aaO (Fn. 6) § 254 Rn. 48; im Ergebnis auch *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 425 Rn. 51; zweifelnd *Hager* NJW 1989, 1640 (1645).

83 BGHZ 1, 248 (251); 35, 317 (320) = VersR 1961, 918 (919); 103, 338 (343) = VersR 1988, 632 (633); *Grüneberg* aaO (Fn. 6) § 254 Rn. 48.

84 *Deutsch* aaO (Fn. 9) Rn. 577; *Gernhuber* AcP 152 (1952/53), 69 (82); *Kleindienst* JZ 1957, 457 (461); *Finger* JR 1972, 406 (412); *Ising* aaO (Fn. 21) S. 224; *Schröder* JR 1970 41 (46); *Hager* NJW 1989, 1640 (1642); *Henke* JuS 1990, 30 (33); *Eichenhofer* JuS 1990, 650 (653).

zumindest für den Erfüllungs- oder Bewahrungsgehilfen[85], dem der Geschädigte die Sorge für seine Rechtsgüter übertragen habe, delegiere er damit doch die eigene Obliegenheit für seine Rechtsgüter an den Gehilfen. Dessen Fahrlässigkeit müsse er sich folglich wie die eigene zurechnen lassen. Gleiches gelte für den im rechtsgeschäftlichen Verkehr tätigen gesetzlichen Vertreter, da dieser anstelle des Geschädigten auftrete[86].

bb) Würdigung der Lösungsansätze

Die Befürworter der Rechtsgrundverweisung begründen ihre Auffassung vor allem mit der Wertung des § 831 BGB. Diese Norm gelte auch im Rahmen des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB, setze aber keine vertragliche oder vertragsähnliche Sonderbeziehung zwischen Zweitschädiger und Geschädigtem voraus. Verstehe man § 254 Abs. 2 S. 2 BGB aber als Rechtsfolgenverweisung und erlaube die Zurechnung des Verschuldens des Vertreters oder Gehilfen des Geschädigten auch ohne schuldrechtliche Beziehung, nähme man dem Geschädigten die Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. Er müsste dann in jedem Fall für das Verschulden seiner Verrichtungsgehilfen einstehen und würde damit mehr belastet als in rein deliktsrechtlichen Konstellationen. Diese Ungleichbehandlung sei nicht hinnehmbar[87].

Diese Argumentation verkennt indes Funktion und Gehalt des § 831 BGB. Dieser begründet die Haftung für ein vermutetes *eigenes* Verschulden des Geschäftsherrn bei der Auswahl und Überwachung des Verrichtungsgehilfen. Mit dieser Vermutung steht die Exkulpation in unauflösbarem Zusammenhang, dient sie doch der Entkräftung der Vermutung durch den Nachweis ordnungsgemäßer Auswahl und Überwachung. Die §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB bewirken dagegen die Zurechnung *fremden* Verschuldens; sie erfolgt im Rahmen von § 831 BGB gerade nicht[88]. Geschieht die Berücksichtigung fremden Verschuldens im Rahmen des Mitverschuldens, liegt darin kein Systembruch, denn § 254 BGB ist auch im Deliktsrecht ohne Weiteres anwendbar[89]. Über § 831 BGB lässt sich aber eine Zurechnung von Fremdverschulden nicht begründen, sodass die Norm und namentlich die in ihr enthaltene Exkulpationsmöglichkeit gar nicht leerlaufen kann[90].

Neben dem systematischen Argument spricht die Zufälligkeit der daraus gewonnenen Ergebnisse gegen die Annahme einer Rechtsgrundverweisung. Es ist nicht ersichtlich, warum der Zweitschädiger bei schuldrechtlicher Bindung zum Geschädigten nur anteilig, bei Nichtbestehen einer solchen Bindung aber voll haften sollte. Gerade in den Fällen, in denen nicht vertragliche und deliktische Ansprüche konkurrieren und der Geschädigte gegen den Zweitschädiger deshalb nur aus unerlaubter Handlung vorgehen kann, müsste der Zweitschädiger den vom Erstschädiger verursachten Schadensanteil in vollem Umfang allein tragen – selbst wenn dieser ihn in weitaus geringerem Umfang als jener verursacht hat und obwohl die Bindung des Geschädigten zum privilegierten Erstschädiger weitaus größer ist als die zum zufällig hinzutretenden Zweitschädiger. Daher liegt es offensichtlich näher, dem Geschädigten den auf die Unachtsamkeit seines Gehilfen entfallenden Schaden zuzurechnen[91].

II. Haftungsbefreiungen im Arbeits- und Sozialrecht

Die Rechtsfolgen der gesetzlichen Haftungsausschlüsse im Arbeits- und Sozialrecht werden ebenfalls im Zusammenhang mit dem „gestörten Gesamtschuldnerausgleich" diskutiert. Darunter fallen nicht nur die im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung verankerten Regelungen bei nichtvorsätzlich herbeigeführten Arbeitsunfällen nach §§ 104, 105 SGB VII, sondern auch die vom BAG[92] entwickelten Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs bei Schädigungen des Arbeitgebers durch einen Arbeitnehmer.

1. *Arbeitsunfälle mit Drittbeteiligung als Gesamtschuldproblem?*

Nach § 104 Abs. 1 SGB VII haftet ein Arbeitgeber nicht für von ihm fahrlässig verursachte Personenschäden des Arbeitnehmers. Gleiches gilt nach § 105 Abs. 1 SGB VII für die durch Arbeitnehmer des gleichen Betriebs untereinander verursachten Schäden. Ob diese Sachverhalte überhaupt Rechtsfragen der Gesamtschuld zum Gegenstand haben – selbst wenn daran Dritte beteiligt sind, die außerhalb des schützenden Arbeitsverhältnisses stehen – ist bei näherer Betrachtung zweifelhaft.

a) Rechtsfolgen der unfallversicherungsrechtlichen Haftungsablösung

Im Gegensatz zur vertraglich vereinbarten Haftungsfreistellung sprechen Rechtsprechung und Literatur der gesetzlich angeordneten Haftungsfreistellung bei Arbeitsunfällen mit Drittbeteiligung eine „beschränkte Gesamtwirkung"[93] zu, die sich auf die Höhe des Anspruchs des Gläubigers im Außenverhältnis auswirke. Dieser sei um den auf den Erstschädiger (Arbeitgeber oder Arbeitskollege) entfallenden Verursachungsanteil gekürzt[94]. Zur Begründung wird einerseits mit dem Sinn der §§ 104, 105 SGB VII argumentiert, der nicht darin liege, den Zweitschädiger zu belasten[95]. Andererseits wird auf den Vorrang des Sozialversicherungsrechts hingewiesen, welches darauf abziele, Arbeitgeber oder wirtschaftlich schwache Arbeitnehmer tatsächlich und endgültig von jeder Haftung zu befreien; daher sei die Haftungsbeschränkung auch auf den am Arbeitsverhältnis nicht beteiligten Zweitschädiger zu übertragen[96].

Die Haftungsfreistellung des Arbeitgebers in § 104 SGB VII ist gerechtfertigt, weil dieser mit seinen Beiträgen die gesetzliche Unfallversicherung finanziert. Der Geschädigte erhält – statt gegen seinen Arbeitgeber oder seine Arbeitskollegen vorgehen zu müssen – gem. § 26 SGB VII Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung wegen eines Arbeitsunfalls, und zwar unabhängig vom Verschulden des Schädigers. Die Vermeidung von Streitigkeiten über im Arbeitsverhältnis aufgetretene Schäden dient daher auch

85 Diese Rechtsfigur ist nach herrschender Meinung bei Sachschäden im Rahmen der Gefährdungshaftung anzuwenden, *Grüneberg* aaO (Fn. 6) § 254 Rn. 52; *Schiemann* aaO (Fn. 77) § 254 Rn. 108; kritisch zu dieser Rechtsfigur *Böhmer* MDR 1961, 1 (3).

86 *Larenz* aaO (Fn. 2) § 31 I d; *Prölss* JuS 1966, 400; *Kleindienst* JZ 1957, 457 (461).

87 *Unberath* in BeckOK zum BGB § 254 Rn. 40; *Schiemann* aaO (Fn. 77) § 254 Rn. 99.

88 *Deutsch* aaO (Fn. 9) Rn. 576.

89 Statt vieler *Magnus* aaO (Fn. 74) S. 19.

90 So auch *Lange* aaO (Fn. 5) § 10 XI 6.

91 *Larenz* aaO (Fn. 2) § 31 I d; *Prölss* JuS 1966, 400; *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 150; *Ehmann* aaO (Fn. 6) S. 250.

92 Zunächst BAGE 5, 1 (7) (= VersR 1958, 54) unter dem Stichwort der „gefahrengeneigten Tätigkeit"; ebenso BGHZ 16, 111 (116) = VersR 1955, 149 (150); sodann für alle betrieblich veranlassten Tätigkeiten st. Rspr. seit BAGE 78, 56.

93 *Jauernig/Stürner* aaO (Fn. 16) § 426 Rn. 24; *Meier* aaO (Fn. 23) S. 673; a. A. keine „gewollt drittwirkende Dimension": *Selb* aaO (Fn. 12) S. 133.

94 BGHZ 61, 51 (55) = VersR 1973, 836 (838); 94, 173 (176) = VersR 1985, 763; 155, 205 (212) = VersR 2003, 1260 (1262); 157, 9 (14) = VersR 2004, 202 (203); BGH VersR 2008, 642 (643) = NJW 2008, 2116 (2117); zustimmend *Noack* aaO (Fn. 43) § 426 Rn. 148.

95 *Larenz* aaO (Fn. 2) § 37 III.

96 BGHZ 61, 51 (53) = VersR 1973, 836 (838); 110, 114 (119) = VersR 1990, 387 (388); 155, 205 (213) = VersR 2003, 1260 (1262); 157, 9 (15) = VersR 2004, 202 (203); BGH VersR 2008, 642 (643) = NJW 2008, 2116 (2117). So auch *Boulanger* aaO (Fn. 20) S. 233; *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 164.

der Sicherung des Betriebsfriedens[97]. Das Haftungsrisiko des Arbeitgebers wird folglich auf die Unfallversicherung verlagert. Die sozialrechtlich angeordnete Haftungsablösung führt einen gesetzlichen Schuldnerwechsel herbei[98]. Die einer Haftpflichtversicherung vergleichbar[99] einstandspflichtigen Träger der Unfallversicherung sind daran gehindert, nach § 106 SGB X Rückgriff beim Arbeitgeber als Verursacher der Schädigung zu nehmen (§ 104 Abs. 1 S. 2 SGB VII). Dies gilt auch bei Unfallschäden, die unter Beteiligung eines Zweitschädigers hervorgerufen werden. Wegen der Haftungsfreistellung nach §§ 104, 105 SGB VII ist damit bereits die Begründung der Gesamtschuld zwischen Erst- und Zweitschädiger ausgeschlossen. Dass der Geschädigte vom Zweitschädiger nicht den vollen Schaden ersetzt verlangen kann, ist zwangsläufige Folge des Umstands, dass der im Rahmen eines Arbeitsunfalls entstandene Schaden durch die Unfallversicherung – wenn auch pauschal – ausgeglichen wird[100]. Insofern liegt bei Arbeitsunfällen mit Drittbeteiligung keine Abweichung vom Grundsatz der Totalreparation vor.

b) Auswirkungen auf den Schmerzensgeldanspruch des Geschädigten

Die Haftungsablösung hat zur Folge, dass der geschädigte Arbeitnehmer gegenüber dem Erstschädiger keine Ansprüche auf Schmerzensgeld geltend machen kann. Dieses ist im Leistungskatalog der gesetzlichen Unfallversicherung nicht enthalten. Die Anordnung des § 104 SGB VII hindert aber auch insoweit die Inanspruchnahme des Schädigers[101]. Dies führt jedoch nicht zum Verlust von Schmerzensgeldansprüchen gegen den Zweitschädiger. Denn die §§ 104, 105 SGB VII ändern nichts daran, dass der Zweitschädiger im Hinblick auf den von ihm verursachten immateriellen Schaden zum Ersatz verpflichtet bleibt. Dessen individueller Verschuldensanteil ist bei der Ermittlung der Angemessenheit des Schmerzensgeldes im Rahmen von § 253 Abs. 2 BGB maßgeblich[102].

2. Mehrheit von Schadenverursachern und innerbetrieblicher Schadensausgleich

Üblicherweise werden die im Rahmen von §§ 104, 105 SGB VII entwickelten Grundsätze auf die Fälle des innerbetrieblichen Schadensausgleichs entsprechend angewandt[103]. Danach soll der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht für aus Anlass der betrieblichen Tätigkeit leicht fahrlässig verursachte Schäden einstehen. Beide Konstellationen unterscheiden sich jedoch wesentlich voneinander, findet doch beim innerbetrieblichen Schadensausgleich kein Schuldnerwechsel statt. Der Schaden wird nicht auf einen Versicherungsträger verlagert, sondern endgültig beim Geschädigten angesiedelt.

Das BAG hat diese Lösung aus dem Rechtsgedanken des § 254 BGB abgeleitet[104]. Das Betriebsrisiko des Arbeitgebers sei gegen das möglicherweise existenzielle Risiko abzuwägen, wenn der Arbeitnehmer jederzeit in vollem Umfang auch für leicht fahrlässig verursachte Schäden einzustehen hätte. Da sich der Arbeitgeber im eigenen wirtschaftlichen Interesse des Arbeitnehmers bediene, sei ihm dessen Verschulden nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zuzurechnen. Sein Anspruch ist daher um den auf den Arbeitnehmer entfallenden Haftungsanteil zu kürzen. Dem ist zuzustimmen, denn hätte der Arbeitgeber die schädigende Handlung selbst vorgenommen, würde ihm dieser Anteil ebenfalls nicht ersetzt. Die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs entsprechen daher der Interessenlage in der betrieblichen Gefahrengemeinschaft, in der der Arbeitnehmer Bewahrungsgehilfe für die Rechtsgüter seines Arbeitgebers ist.

III. Haftungserleichterungen des bürgerlichen Rechts

Eine weitere Fallgruppe bildet die gesetzliche Anordnung eines erleichterten Haftungsmaßstabs, welche die Einstandspflicht eines Schädigers auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (Diligentia quam in suis) beschränkt. Dies hat nach § 277 BGB zur Folge, dass der Verantwortliche nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat, vorausgesetzt die leichte Fahrlässigkeit entspricht dem Sorgfaltsmaßstab, den er bei der Wahrnehmung seiner eigenen Angelegenheiten walten lässt. Entsprechende Anordnungen finden sich für die Gesellschafter der GbR in § 708 BGB, für Ehegatten in § 1359 BGB sowie für das Eltern-Kind-Verhältnis in § 1664 BGB[105]. Diese Rechtsverhältnisse sind durch eine enge soziale oder persönliche Beziehung der Beteiligten geprägt, die sie dazu verpflichtet, „sich so zu nehmen, wie sie sind"[106]. Der Anwendungsbereich der Diligentia quam in suis erstreckt sich nach ganz überwiegender Ansicht auf deliktische Ansprüche[107].

1. Diligentia quam in suis als Hindernis für die Schadenszurechnung?

Greifen die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Normen, ist die Entstehung einer Gesamtschuld gehindert: Wer nur leicht fahrlässig einen Schaden verursacht, schuldet keinen Schadensersatz, wenn er die Sorgfalt angewendet hat, die er in seinen eigenen Angelegenheiten pflegt[108].

Der BGH war zunächst der Auffassung, der reduzierte Haftungsmaßstab hindere den Geschädigten lediglich an der Geltendmachung seiner Ansprüche gegen den Erstschädiger. Die Diligentia quam in suis schließe also das Entstehen einer Gesamtschuld nicht aus, sei der begünstigte Schädiger doch an der Schadensverursachung beteiligt gewesen[109]. Von dieser zum Verhältnis der Ehegatten untereinander ergangenen Rechtsprechung hat sich der BGH indes aus Anlass einer Schädigung im Eltern-Kind-Verhältnis abgewandt. Anders als eine vertragliche Haftungsabrede führe die Anordnung der Diligentia quam in suis dazu, dass der leicht fahrlässig handelnde Elternteil nicht in zurechenbarer Weise an der Schadensentstehung beteiligt sei. Das Haftungsprivileg gehe daher in vollem Umfang und ohne Regressmöglichkeit zulasten des Zweitschädigers. Die Diligentia quam in suis hindere bereits die Entstehung eines Anspruchs des Geschädigten gegen den Erstschädiger und folglich auch das „Hineinwachsen" des Erstschädigers in eine Schuldnermehrheit mit dem Zweitschädiger. Die Tatbestandsmerkmale des § 421 BGB seien nicht

97 *Klimke* ZfV 1980, 468 (470). Das Haftungsprivileg des Arbeitgebers sei daher „teuer erkauft", s. *Hanau* VersR 1967, 516 (517); so auch *Unberath* JuS 2004, 662 (664).

98 *Eichenhofer* JuS 1990, 650 (653); *Deutsch* aaO (Fn. 9) Rn. 746; *Hanau* VersR 1967, 516 (522); *Keuk* AcP 168 (1968), 175 (191); *Unberath* JuS 2004, 662 (664); *Ehmann* aaO (Fn. 6) S. 248 f.

99 *Waltermann* NJW 2004, 901 (902).

100 *Selb* aaO (Fn. 62) S. 248.

101 *Waltermann* NJW 2004, 901; *Klimke* ZfV 1980, 468 (470). Die Regelung ist verfassungsgemäß, s. VersR 1973, 269 = BVerfGE 34, 118.

102 BGHZ 61, 51 (55 f.) = VersR 1973, 836 (838 f.); für den Dienstunfall eines Beamten ebenso BGHZ 94, 173 (178) = VersR 1985, 763 (764); *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 140.

103 *Selb* aaO (Fn. 12) S. 134; *Hager* NJW 1989, 1640 (1644).

104 St. Rspr. seit BAGE 78, 56 = VersR 1995, 607 L; dazu eingehend *Waltermann* RdA 2005, 98.

105 In den §§ 300 Abs. 1, 521, 599, 680 oder 968 BGB ist die Haftung des Schuldners explizit auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Auch diese Normen werden als Fälle der gestörten Gesamtschuld diskutiert (*Brand* ZGS 2010, 265).

106 *Ising* aaO (Fn. 21) S. 77; *Grundmann* in Münch. Komm. zum BGB § 277 Rn. 1; *Grüneberg* aaO (Fn. 6) § 277 Rn. 2; *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 170; *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (5).

107 *Schwab* JuS 1991, 18 (20) m. w. N.

108 *Selb* aaO (Fn. 12) S. 134.

109 BGHZ 35, 317 (324) = VersR 1961, 918 (920).

erfüllt. Diese Lage sei gleichbedeutend mit der (faktischen) Schadensverursachung durch ein nicht deliktsfähiges Kind nach § 828 BGB. Anderenfalls würde über § 426 BGB die Regelung in § 1664 BGB umgangen[110].

Das Argument des BGH ließe sich freilich auf jedweden Fall der ursprünglichen Haftungsbefreiung anwenden, da hier ebenfalls eine vertragliche oder gesetzliche Privilegierung die Haftung ausschließt und der Schaden daher nicht subjektiv zurechenbar verursacht ist[111]. Sind an der Schadensentstehung Personen beteiligt, die nach Maßgabe der §§ 827, 828 BGB für die Schädigung nicht verantwortlich sind, hat dies der Geschädigte hinzunehmen. Der Schädigungsbeitrag des Deliktsunfähigen erweist sich insofern als Zufall oder höhere Gewalt[112]. Die Fälle der Diligentia quam in suis sind damit jedoch nicht gleichzusetzen, würde anderenfalls doch nicht mit der gebotenen Klarheit zwischen Haftungsgrund und Haftungsfolge differenziert. Den leicht fahrlässig handelnden Elternteil trifft zweifelsohne ein Verschulden – der Haftungsgrund ist gegeben. § 1664 BGB setzt erst auf der Rechtsfolgenebene an und schließt lediglich das Einstehenmüssen des Elternteils für sein Verschulden aus. Denn können sich die Eltern nicht auf das Privileg des § 1664 BGB berufen, erkennt auch der BGH den Weg über die §§ 254, 278 BGB ohne Weiteres an[113].

Dass die Konstruktion des BGH ergebnisorientiert[114] ist, wird offenkundig, wenn man die weitere Rechtsprechung zu den Fällen der Diligentia quam in suis einer Analyse unterzieht. Die absolute Außenwirkung des Haftungsprivilegs verneint der BGH nämlich in den Fällen, in denen die Schädigung anlässlich des Führens eines Kfz oder wegen der Verletzung der elterlichen Aufsichtspflicht entstanden sei. Der Zweck der Haftungsbeschränkung sei nicht erfüllt, wenn die Interessen unbeteiligter Dritter in Rede stünden. In diesen Fällen sei vielmehr ein objektiver Haftungsmaßstab geboten, sodass der in der Zweierbeziehung akzeptierte „Schlendrian" zwar dem Familienangehörigen, aber keinesfalls der Allgemeinheit zuzumuten sei[115]. Warum die Interessen Dritter bei Verkehrsunfällen unter Beteiligung eines Kfz stärkere Berücksichtigung zu finden hätten als beispielsweise bei Fahrradunfällen, erschließt sich nicht. Offenbar wird doch, dass der BGH der Norm nicht mit letzter Konsequenz eine bestimmte – absolute oder relative – Bedeutung zumessen will.

2. Absolute oder relative Wirkung des Haftungsprivilegs?

Die Literatur befürwortet auch in den Fällen der Diligentia quam in suis die Kürzung des Anspruchs des Geschädigten im Außenverhältnis. Das Haftungsprivileg sei auf Zwei-Personen-Verhältnisse zugeschnitten, habe also ebenso wie vertragliche Abreden nur relative Wirkung und erlaube folglich keine Rückschlüsse auf die Haftung in Mehr-Personen-Verhältnissen[116].

Ob daraus jedoch zwingend zu schließen ist, dass der Anspruch des Geschädigten gegen den Zweitschädiger um den vom Erstschädiger verursachten Schadensanteil zu kürzen sei[117], ist allerdings fraglich. Die absolute oder relative Wirkung einer Norm ist ausgehend von ihrem Schutzzweck zu ermitteln. Die familienrechtlichen Haftungsprivilegien sollen nach verbreiteter Ansicht die Familie als „Schicksalsgemeinschaft"[118] entlasten. Die unbeschränkte Haftung für jede Fahrlässigkeit würde das unbefangene Zusammenleben und damit auch den Familienfrieden auf Dauer beeinträchtigen[119]. § 1359 BGB ist danach als Folge der ehelichen Gemeinschaft und § 1664 BGB als Gegenstück zum Sorgerecht der Eltern zu verstehen[120]. Der Haftungsausschluss schütze zudem die Familie als Vermögenseinheit, berührte die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Ehegatten oder die Eltern doch das Vermögen der gesamten Familie[121].

Dies lässt indes eher auf eine absolute, denn eine relative Wirkung der Diligentia quam in suis schließen, erforderte der nachhaltige Schutz der familiären Interessen doch, die leicht fahrlässig handelnden Eltern oder Ehegatten vor dem Rückgriff des Zweitschädigers zu schützen[122]. Sinn und Zweck der Regelung erlauben somit keinen eindeutigen Schluss auf deren Rechtsfolgen.

3. Zurechnung der Diligentia quam in suis als Mitverschulden nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB

Eine überzeugende Lösung, die ein Abweichen vom Grundsatz der Totalreparation erlaubt, vermittelt auch hier § 254 BGB. Ausgangspunkt ist die Feststellung und insoweit ist dem BGH im Ergebnis zuzustimmen, dass eine Gesamtschuld i. S. v. § 421 BGB nicht begründet ist: Der leicht fahrlässig handelnde Elternteil oder Ehegatte muss für sein Handeln nicht einstehen, schuldet also nichts.

a) Schadensabwendungspflicht des Beschützergaranten

Freilich begründet die familiäre Bindung und Nähe des Geschädigten zum Erstschädiger weder ein originäres eigenes Mitverschulden in der Schadenverursachung nach § 254 Abs. 1 BGB noch einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB. Denn es kann nicht geboten sein, sich im Interesse der Schadensminderung von beschränkt haftenden Familienmitgliedern fernzuhalten. Im Gegenteil, deren Haftungsbeschränkung folgt ja aus ihrer umfassenden Pflichtenstellung gegenüber dem Geschädigten.

Das Haftungsprivileg des Erstschädigers ist dem Geschädigten jedoch über §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zuzurechnen. Dass § 254 Abs. 2 S. 2 BGB als Rechtsfolgen-, nicht aber als Rechtsgrundverweisung zu verstehen ist, wird im Eltern-Kind-Verhältnis augenfällig: Kann es wirklich darauf ankommen, ob ein Kind aufgrund leicht fahrlässigen Verhaltens seiner Eltern während einer Zugfahrt – dann Zurechnung des elterlichen Verschuldens – oder auf einem unzureichend gewarteten öffentlichen Spielplatz – dann keine Zurechnung elterlichen Verschuldens – zu Schaden kommt? In beiden Fällen ist das Kind geschädigt, weil ein Elternteil seinen elterlichen Pflichten leicht fahrlässig nicht nachgekommen ist.

110 BGHZ 103, 338 (347) = VersR 1988, 632 (634); 159, 318 (323) = VersR 2004, 1147 (1148); zustimmend *Hager* NJW 1989, 1640 (1646); *Dunz* JR 1989, 60 (64); *Christensen* MDR 1989, 948 (951); *Sundermann* JZ 1989, 927 (930).

111 *Hager* NJW 1989, 1640 (1646); *Muscheler* JR 1994, 441 (443); *Luckey* VersR 2002, 1213 (1217); *Costede* JR 2005, 45 (50); *Schmieder* JZ 2009, 189 (192); *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (6); *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 134 f.

112 *Hanau* VersR 1967, 516 (520); *Schröder* JR 1970 41 (43).

113 BGHZ 73, 190 (192) = VersR 1979, 421.

114 So auch *Lange* JZ 1989, 48 (50); *Muscheler* JR 1994, 441 (445); *Costede*, JR 2005, 45 (50); *Sundermann* JZ 1989, 927 (933): „dogmatisch verhüllte Billigkeitsentscheidung".

115 Statt vieler BGHZ 46, 313 (317 f.) = VersR 1967, 233 (234); 53, 352 (355) = VersR 1970, 672 (673); s. auch *Stoll* FamRZ 1962, 64 (66); *Klimke* ZfV 1980, 525; *Wurm* JA 1986, 177 (178); *Sundermann* JZ 1989, 927 (933 f.); *Jahnke* in Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht 22. Aufl. 2012 § 254 BGB Rn. 124 m. w. N.

116 *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 125 f.; *Christensen* MDR 1989, 948 (951); a. A. *Hager* NJW 1989, 1640 (1647) für § 1664 BGB.

117 *Luckey* VersR 2002, 1213 (1216).

118 Kritisch *Huber* in Münch. Komm. zum BGB § 1664 Rn. 2; *Engler* in Staudinger, BGB § 1664 Rn. 5.

119 *Hager* NJW 1989, 1640 (1646); *Dunz* JR 1989, 60 (65); *Muscheler* JR 1994, 441 (446); *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (5).

120 *Ising* aaO (Fn. 21) S. 79 sowie 85; *Schwab* JuS 1991, 18 (20).

121 BGHZ 35, 317 (323) = VersR 1961, 918 (919); so auch *Hanau* VersR 1967, 516 (517); *Selb* aaO (Fn. 62) S. 251; *Klimke* ZfV 1980, 468 (469).

122 *Hager* NJW 1989, 1640 (1647).

Jedoch wird eine Reduktion der Reichweite der Rechtsfolgenverweisung gefordert: Da sich die Vertretungsmacht des in § 278 BGB ebenfalls genannten gesetzlichen Vertreters nur im Schuldrecht, nicht aber im Deliktsrecht positiv für den Vertretenen auswirken könnte, was durch eine Zurechnung des Mitverschuldens zu kompensieren wäre, erstrecke sich die Rechtsfolgenverweisung im Hinblick auf deliktische Ansprüche lediglich auf Erfüllungsgehilfen und nicht auf den gesetzlichen Vertreter. Denn das Deliktsrecht selbst ordne keine Haftung für Schäden an, die ein gesetzlicher Vertreter hervorgerufen hat[123]. Diese Auffassung kommt daher bei deliktischen Schädigungen von Kindern, bei denen leichte Fahrlässigkeit der Eltern und das Verschulden eines Dritten zusammengewirkt haben, ebenso wie der BGH mit seiner an § 828 BGB angelehnten Lösung zu dem Ergebnis der unbeschränkten Alleinhaftung des Zweitschädigers.

Indes trifft den gesetzlichen Vertreter des Geschädigten auch bei deliktischen Schädigungen eine Treuepflicht, die ihm die Schadensabwendung auferlegt. Diese Pflicht beruht zwar anders als beim Gehilfen nicht auf einer vertraglichen Bindung, wohl aber auf einer anderweitigen, kraft familiärer Nähe begründeten Sonderverbindung, die im Strafrecht[124] mit dem Begriff des „Beschützergaranten" treffend umschrieben ist. Die Familienmitglieder erweisen sich als allgemeine Bewahrungsgehilfen für alle Rechtsgüter der Familienangehörigen, ohne dass zwischen Personen- und Sachschäden zu differenzieren ist[125]. Auch die Rechtsprechung stützt diesen Befund, sieht sie doch als „Erfüllungsgehilfe" i. S. v. § 254 Abs. 2 S. 2 BGB grundsätzlich alle Personen an, die mit dem Schutz der Rechtsgüter des Verletzten betraut sind[126]. Die Nähe zwischen Geschädigtem und Erstschädiger etabliert also eine besondere, im Familienverhältnis begründete solidarische Ebene, welche die zwischen Geschädigtem und Zweitschädiger aufgrund der Schädigung bestehende Solidarebene überlagert. Allein durch das Verständnis von § 254 Abs. 2 S. 2 BGB als uneingeschränkte Rechtsfolgenverweisung wird die erforderliche „Kongruenz von Tatbeitrag und Haftung"[127] erreicht. Das Kind, dessen Eltern leicht fahrlässig an seiner Schädigung beteiligt waren, kann also nie den vollen Schaden ersetzt verlangen.

Dieses Resultat begegnet auch im Hinblick auf die Interessenlage keinen Bedenken. § 1664 BGB schützt das familiäre Zusammenleben. Leicht fahrlässig durch die Eltern verursachte Schäden sollen dem Kind nicht ersetzt werden. Die Kürzung seines Anspruchs bei der Beteiligung weiterer Personen an der Schädigung belastet das Kind nicht übermäßig, denn hätten die Eltern den Schaden allein verursacht, bliebe es ohne jede Kompensation. Diese wäre vielmehr durch den dem Kind gegen seine Eltern zustehenden Unterhaltsanspruch nach §§ 1601 ff. BGB zu erreichen. Spräche man dem geschädigten Kind hingegen den vollen Anspruch zu, nur weil an der Schadensentstehung ein Dritter beteiligt war, würde sich die ohnehin rechtspolitisch bedenkliche[128] Regelung des § 1664 BGB zulasten des Zweitschädigers auswirken, der von deren Regelungsgehalt gar nicht erfasst ist[129].

b) Versicherungsrechtliches Familienprivileg

Dieses Ergebnis findet eine Parallele und Stütze im Versicherungsrecht. Nach § 116 Abs. 1 SGB X gehen die Ansprüche des Geschädigten gegen den Schädiger auf den SVT über, soweit dieser kongruente Leistungen zur Kompensation des Schadens erbracht hat. § 116 Abs. 6 SGB X schließt diesen Anspruchsübergang aus, sofern der Schaden nichtvorsätzlich durch Familienangehörige verursacht worden ist. Von diesem Familienprivileg sind alle Personen erfasst, die mit dem Geschädigten verwandt, verheiratet oder verschwägert sind und mit ihm in häuslicher Gemeinschaft, d. h. überwiegend in einer gemeinsamen Wohnung zusammenleben[130]. Ist ein weiterer Schädiger an der Schadensverursachung beteiligt, geht der Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegen diesen auf den SVT über und zwar in dem Maß, in dem er den Mitschädigern im Innenverhältnis zum Ausgleich verpflichtet wäre[131].

Bei einer Mehrheit von Schadenverursachern erwirbt der SVT im Wege der Cessio legis also nur den um den Verschuldensanteil des Erstschädigers reduzierten Anspruch gegen den Zweitschädiger. Denn da im Außenverhältnis keine Ansprüche des Kindes gegen die Eltern bestehen, kann der SVT auch bei diesen nicht Regress nehmen[132]. Die Regelung soll sicherstellen, dass den Familienmitgliedern Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe[133], die sie wegen der Schädigung erhalten haben, nicht durch Rückgriff auf den dem Geschädigten wirtschaftlich verbundenen Schädiger wieder entzogen werden. Die Norm schützt also nicht nur den Familienfrieden, indem sie innerfamiliäre Auseinandersetzungen über die Zufügung des Schadens zu vermeiden hilft, sondern dient auch der Erhaltung des wirtschaftlichen Schutzes der Familiengemeinschaft und deren Unterhaltsverband[134]. Gleiches gilt nach § 87 Abs. 3 VVG für privatrechtliche Versicherungsverhältnisse, wenn eine Schädigung nichtvorsätzlich durch Angehörige einer Haushaltsgemeinschaft verursacht worden ist[135].

Das Regressverbot unter Familienangehörigen wirkt damit wie eine endgültige Haftungsbefreiung. Daher liegt auch keine durch den Anspruchsübergang an den SVT eingetretene Störung eines Gesamtschuldnerausgleichs vor[136], denn eine

123 Vgl. nur *Larenz* aaO (Fn. 2) § 31 I d; *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 154; im Ergebnis auch *Sundermann* JZ 1989, 927 (929).

124 Statt vieler *Rengier*, Strafrecht 3. Aufl. 2011 Allgemeiner Teil § 50 Rn. 4; *Kühl* Strafrecht 6. Aufl. 2008 Allgemeiner Teil § 18 Rn. 47.

125 Ähnlich *Magnus* aaO (Fn. 74) S. 36 f.; *Kleindienst* JZ 1957, 457 (462); *Ising* aaO (Fn. 21) S. 234; *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 150 f.; *Henke* JuS 1990, 30 (35).

126 BGHZ 9, 316 (318) = VersR 1953, 243 (244); 24, 325 (327)= VersR 1957, 455 (456); 56, 269 (273) = VersR 1971, 910 (911); BGH vom 13. 2. 1975 – VI ZR 92/73 – NJW 1975, 867 (868); ebenso *Jauernig/Teichmann* aaO (Fn. 5) § 254 Rn. 12.

127 *Hanau* VersR 1967, 516 (518).

128 *Schwab* JuS 1991, 18 (21); *Muscheler* JR 1994, 441 (444); *Ising* aaO (Fn. 21) S. 74 f.

129 Ähnlich *Hager* NJW 1989, 1640 (1645); *Christensen* MDR 1989, 948 (949); *Luckey* VersR 2002, 1213 (1216); *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (7).

130 BGHZ 102, 257 (259) = VersR 1988, 253 unter Bezugnahme auf den Normzweck; dazu ausführlich *Stumpf* NJ 2011, 496 (498). Nach § 86 Abs. 3 VVG geht die Privilegierung weiter, da sie alle, d. h. auch die nicht zur gleichen Familie gehörigen Hausgenossen erfasst (dazu *Prölss* in *Prölss*/Martin, VVG § 86 Rn. 49).

131 St. Rspr. BGHZ 41, 79 (83) = VersR 1964, 391 (392); 54, 256 (263) = VersR 1970, 950 (952); 73, 190 (195) = VersR 1979, 421 (422); 117, 151 (157 f.) = VersR 1992, 485 (486 f.); *Klimke* ZfV 1980, 496 (499); *Noack* aaO (Fn. 43) § 426 Rn. 149; *Stumpf* NJ 2011, 496 (502).

132 *v. Einem* SozVers 1990, 85 (87).

133 *Kater* in Kass. Komm. zum Sozialversicherungsgesetz 73. Aufl. 2012 § 116 SGB X Rn. 242. Nach Auffassung des BGH soll jedoch ein Anspruchsübergang auf die SVT stattfinden, um dem Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe gerecht zu werden (BGHZ 133, 192 [196] = VersR 1996, 1258 [1259]).

134 *Steinbeis* aaO (Fn. 21) S. 112; *Sundermann* JZ 1989, 927 (930); *Oehlmann/Stille* FPR 2003, 457; *Möller/Segger* in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 1. Aufl. 2010 § 86 Rn. 176; *Prölss* aaO (Fn. 130) § 86 Rn. 47; *Lange* aaO (Fn. 5) § 11 C I 9; *Selb* aaO (Fn. 12) S. 135; *v. Einem* SozVers 1990, 85 (88); *Muscheler* JR 1994, 441 (445); *Jahnke* NZV 2008, 57 (58); *Stumpf* NJ 2011, 496 (497).

135 Eingehend *Möller/Segger* aaO (Fn. 134) § 86 Rn. 171 ff.; *Jahnke* NZV 2008, 57 (58 f.).

136 *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 421 Rn. 12; *Kater* aaO (Fn. 133) § 116 SGB X Rn. 250; *Jahnke* NZV 1995, 377 (381); *Möller/Segger* aaO (Fn. 134) § 86 Rn. 194; so aber *v. Einem* SozVers 1990, 85 (88).

Schuldnermehrheit hat nie bestanden. Die Rechtsordnung belastet also das Versicherungsunternehmen, das z. B. die Krankenbehandlung für das geschädigte Kind leistet, endgültig mit dem von den Eltern zurechenbar verursachten Schaden. Ermöglichte man ihm wegen § 1664 BGB den vollumfänglichen Rückgriff auf den Zweitschädiger, würde der Sinn des familienrechtlichen Haftungsprivilegs überdehnt. Denn diese Norm soll allein das Zusammenleben der Familie und deren Vermögensgemeinschaft als Unterhaltsbasis schützen und kann damit nicht einem über das Versicherungsrecht endgültig mit der Schadenstragung belasteten Versicherungsunternehmen zum Vorteil gereichen[137]. Denn nur diese – nicht aber der Zweitschädiger[138] – würden in diesem Fall vom Familienprivileg profitieren. Die Versicherungsträger wären doppelt begünstigt, haben sie doch vom Erstschädiger Beiträge bzw. Prämienzahlungen erhalten, mit denen dieser die endgültige Übernahme des Schadens bereits vorfinanziert hat[139].

c) Übertragbarkeit der familienrechtlichen Lösung auf Gesellschafter?

Ob diese zu den familienrechtlichen Nähebeziehungen entwickelten Grundsätze auf die Gesellschafter der GbR übertragbar sind, ist fraglich. Zwar sind diese einander gem. § 708 BGB ebenfalls nur zur eigenüblichen Sorgfalt verpflichtet[140]. Damit soll das enge persönliche Verhältnis unter den Gesellschaftern geschützt werden[141]. Aus dieser Parallele zu den familienrechtlichen Fällen der Diligentia quam in suis wird teilweise der Schluss gezogen, die Gesellschafter wüchsen bei der Beteiligung weiterer Personen an der Schadensverursachung als privilegierte Schädiger gar nicht erst in eine Gesamtschuld hinein[142]. Ebenso wie § 1664 BGB schließt aber § 708 BGB nicht den Haftungsgrund, sondern lediglich die Haftungsfolge aus: Für leicht fahrlässig verursachte Schäden sollen die Gesellschafter untereinander nicht einstehen. Diese Ansicht ist daher aus systematischen Gründen abzulehnen. Denkbar wäre andererseits die Übertragung der Grundsätze zu den Arbeitsunfällen, wenn im Rahmen der Wahrnehmung des Gesellschaftszwecks entstandene Schäden im Zusammenhang mit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit stehen[143]. Dagegen wird vorgebracht, die Gesellschaft könne das durch die Gesellschafter drohende Haftungsrisiko – anders als der Arbeitgeber im Hinblick auf Arbeitsunfälle – nicht beeinflussen[144].

Das Verhältnis der GbR-Gesellschafter ist daher mit den familienrechtlichen Privilegierungen gleichzustellen. Ebenso wie die Anordnung der Diligentia quam in suis im Rahmen von § 1359 BGB oder § 1664 BGB den Erstschädiger vor dem Rückgriff des Geschädigten schützt, insgesamt aber dem Familienvermögen zugute kommt, zielt § 708 BGB auf den Schutz aller Gesellschafter und der Gesellschaft[145]. Die gegenüber den leicht fahrlässigen Gesellschaftern nicht einbringbare Schadensersatzleistung dient sowohl dem Schutz des Gesellschafter- als auch des Gesellschaftsvermögens. Wirtschaftlich ist das Haftungsprivileg also dem von persönlicher Nähe geprägten Verband zugeordnet. Die Gesellschafter erweisen sich damit sowohl untereinander als auch im Hinblick auf die Gesellschaft als Bewahrungsgehilfen für die Rechtsgüter der anderen. Dies rechtfertigt die Zurechnung des Verschuldens des leicht fahrlässig agierenden Erstschädigers zum Geschädigten nach §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB, wenn dieser Ansprüche gegen den Zweitschädiger geltend macht.

C. Fazit

Die Rechtsprechung zum „gestörten Gesamtschuldnerausgleich" ist gefestigt und damit scheinbar unangreifbar. Ihre ergebnisorientierte Herleitung kann indes nur schwerlich überzeugen, führt doch kein methodisch gangbarer Weg zum erstrebten Ziel. Tatsächlich sind die in diesem Zusammenhang diskutierten Rechtsfragen nicht auf die Auseinandersetzung von Schuldnermehrheiten, sondern auf die Zurechnung von Verschulden und Schadenverursachungsbeiträgen gerichtet. Denn die Haftungsprivilegien in Verträgen oder im Gesetz schließen aus, dass der Geschädigte stets seinen vollen Schaden ersetzt verlangen kann[146]. Die Lösung über § 254 Abs. 2 S. 2 BGB ermöglicht für alle Konstellationen eine sachgerechte Entscheidung und macht nicht zuletzt die vielfach geforderte Regulierung durch den Gesetzgeber[147] überflüssig.

137 *Muscheler* JR 1994, 441 (445); *Selb* aaO (Fn. 62) S. 252.

138 So aber *Möller/Segger* aaO (Fn. 134) § 86 Rn. 194.

139 *Klimke* ZfV 1980, 496 (498).

140 Die Haftungsbeschränkung erstreckt sich auch auf die deliktische Haftung (BGH vom 25. 5. 1971 – VI ZR 248/69 – JZ 1972, 88).

141 *Reschke* DZWir 2011, 403 (407); kritisch *Noack* aaO (Fn. 43) § 426 Rn. 156 sowie *Ulmer/Schäfer* in Münch. Komm. zum BGB 5. Aufl. 2009 § 708 Rn. 2.

142 *Lange* JZ 1989, 48 (49) und wohl auch *Schmieder* JZ 2009, 189 (191).

143 BGH VersR 2003, 1260 (1261 f.) = NJW 2003, 2984 (2985 f.); zustimmend *Unberath* JuS 2004, 662 (664).

144 *Glöckner* aaO (Fn. 8) S. 151.

145 *Dunz* JR 1989, 60 (64); *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (7); *Reschke* DZWir 2011, 403 (407); ablehnend *Staudinger/Looschelders* aaO (Fn. 6) § 426 Rn. 172.

146 Vgl. *Selb* aaO (Fn. 12) S. 131; *Keuk* AcP 168 (1968), 175 (182).

147 Statt vieler *Mollenhauer* NJ 2011, 1 (8).

Das Haftungsprivileg des § 21 Abs. 3 SeeLG und die Bedienung von Manöverelementen durch den Lotsen

– Zugleich Besprechung der Neuauflage der kommentierten Textausgabe von Heinrich/Steinicke: „Seelotswesen" –

*Dr. Detlef Zschoche, Hamburg**

Jörg Heinrich und *Dietrich Steinicke* haben sich der verdienstvollen Aufgabe unterzogen, ihre Kommentierung zum SeeLG[1] „Seelotswesen, das Regelwerk mit Erläuterungen" in neuer Auflage herauszugeben[2]. Diese kommentierte Textausgabe ist ein in der Lotspraxis unerlässlicher Ratgeber. Dies gilt umso mehr, als es sich heute um die einzige aktuelle Erläuterung des SeeLG handelt. Überdies ist die Vorauflage[3] seit einiger Zeit vergriffen und

* Der Autor ist Partner der Sozietät Ince & Co Germany LLP, Hamburg.

1 Gesetz über das Seelotswesen (Seelotsgesetz [SeeLG]).

2 *Heinrich/Steinicke*, Seelotswesen – Das Regelwerk mit Erläuterungen Seehafen Verlag 3. Aufl. 2011.

3 *Heinrich/Steinicke*, Das Regelwerk zum Seelotswesen mit Erläuterungen 2. Aufl. 2005.