

Philipp Auth
Maillinger Straße 22
97082 Würzburg
Philipp.Auth@web.de

Studiensemester: 8
Fachsemester: 6
Matrikel-Nummer, Univ. Würzburg: 2020308
geboren am 16. Oktober 1995 in Fulda

Anschrift in Ungarn: Eötvös ucta 48, Budapest, 1067

„Eine Untersuchung der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten im Familienrecht“

Studienarbeitsseminar nach StPrO Stand 2016

im
spring semester 2018
bei

Herrn Erik Eggert

Studienarbeit für den Schwerpunktbereich

Titel der Studienarbeit:

**„Eine Untersuchung der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten
im Familienrecht“**

an der Eötvös Loránd Universität (ELTE) in Budapest, Ungarn
– im Rahmen des Erasmus-Aufenthaltes 2017/2018 –

Abgabetermin: 27. März 2018

Vorstellung: Geplant für den 17. April 2018

Bearbeiter: Philipp Auth

Betreuer: Herr Erik Eggert (DAAD-Fachlektor)

Vorstellung im Rahmen seiner Veranstaltung
zum „Schuldrecht Allgemeiner Teil“

in Absprache mit der Schwerpunktbereichs-Vorsitzenden
Frau Prof. Dr. Anja Amend-Traut
(Schwerpunktbereich 2: Privatrechtsdogmatik und Zivilrechtspflege,
Universität Würzburg)

sowie Frau Gitty Shandy
(Schwerpunktbereichsberatung an der Universität Würzburg)

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

III – V

A. Einleitung und Vorstellung der Zielsetzung der Arbeit 1

B. Ausgangspunkt der Untersuchung: Das Allgemeine Schuldrecht..... 2

I. Allgemein: Das Erfordernis des Vertretenmüssens 3

II. Die verschiedenen Formen der Haftung für eigenes Verschuldens 4

1. Der Vorsatz, § 276 Abs. 1 BGB 4

2. Die Fahrlässigkeit, § 276 Abs. 2 BGB 4

a) Grundsatz des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabes..... 4

b) Unterscheide: Grobe und leichte (einfache) Fahrlässigkeit 5

c) Zwischenergebnis 5

3. Gesetzlicher Sonderfall der Haftung für eigenes Verschulden:

Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, § 277 BGB..... 6

a) Normzweck- und Inhalt..... 6

b) Problem: Auslegung des Begriffs der „eigenüblichen Sorgfalt“ 7

aa) Eine Ansicht: „eigen-mögliche“ Sorgfalt..... 7

bb) Andere Ansicht: „eigen-übliche“ Sorgfalt..... 7

cc) Stellungnahme 8

4. Zwischenergebnis und Kurz-Überblick..... 9

C. Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten im Familienrecht..... 10

I. Die eheliche Lebensgemeinschaft, § 1359 BGB 10

1. Normzweck- und Inhalt 10

2. Anwendungsbereich des § 1359 BGB..... 12

a) Persönlicher Anwendungsbereich 12

b) Sachlicher Anwendungsbereich 12

3. Sonderfall: Keine Anwendung des § 1359 BGB im Verkehrsunfallrecht. 13

4. Zwischenergebnis und Kurz-Überblick..... 13

II. Das Eltern-Kind-Verhältnis, § 1664 BGB.....	14
1. Allgemein: Klärung des Begriffs der elterlichen Sorge	14
2. Normzweck- und Inhalt.....	15
3. Anwendungsbereich des § 1664 BGB.....	17
4. Umstritten: Zur Rechtsnatur des § 1664 BGB	17
a) Eine Ansicht: 1664 Abs. 1 BGB lediglich als Haftungsmaßstab	17
b) Andere Ansicht: § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage	18
c) Stellungnahme	18
5. Zwischenergebnis und Ausblick.....	20
III. BGHZ 103, 338: Der Spielplatz-Fall; Die Wirkung der Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB im Mehrpersonen- Verhältnis	20
1. Haften Kinder womöglich für ihre Eltern? – Zur Bedeutung von § 254 Abs. 2 S. 2 BGB	21
2. Allgemein: Die Gesamtschuld nach §§ 421 – 427 BGB	23
3. Spezialfall: Das gestörte Gesamtschuldverhältnis.....	24
4. Für den präsentierten „Spielplatz-Fall“ ergibt sich das folgende:.....	25
a) These von der absoluten Außenwirkung der Haftungsprivilegierung nach § 1664 Abs. 1 BGB.....	26
b) These von der relativen Außenwirkung des § 1664 Abs. 1 BGB.....	26
c) Stellungnahme	27
d) Zwischenergebnis und Kurz-Überblick:	29
D. Schlussteil.....	29
E. Eigenhändigkeitserklärung	31

Literaturverzeichnis:

Armbrüster, Christian, Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung, in: NJW 2009, S. 187 – 194.

Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.): BeckOK BGB, 44. Edition, Stand: 25.01.2018.

(zit.: BeckOK-BGB/*Bearbeiter*, § ## Rn. ##.)

Becker, Peter, Zum Umgang mit § 1664 BGB in der Fallbearbeitung, in: JA 2015, S. 576 – 582.

Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker (Hrsg.): Straßenverkehrsrecht, 24. Auflage, 2016.

(zit.: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker-StVO/*Bearbeiter*, § ## Rn. ##.)

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 41. Auflage, 2017.

(zit.: *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § ## Rn. ##.)

Dethloff, Nina: Familienrecht, 31. Auflage, 2015.

(zit.: *Dethloff*, Familienrecht, § ## Rn. ##.)

Döpp, Die diligentia quam in suis bei Schädigungen im Straßenverkehr, in: JR 1969 S. 14 ff.

Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Auflage, 2010.

(zit.: als *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § ## Rn. ##.)

Haager, Johannes, Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten, in: NJW 1989 S. 1640 – 1647.

Heinemeyer, Suanne, Zivilrechtliche Haftung bei Skiunfällen nach deutschem Recht, in: DAR 2013, S.685 – 692.

Heintschel-Heinegg (Hrsg.): BeckOK StGB, 37. Edition, Stand: 01.02.2018.

(zit.: BeckOK-StGB/Bearbeiter, § ## Rn. ##.)

Hoffmann, Die Fragwürdigkeit der Haftung der diligentia quam in suis, in: NJW S. 1967, 1207 ff.

Klüber, Der Referentenentwurf für ein neues Schadensersatzrecht und die zivilrechtliche Haftung der Presse, in: JZ 1968 S. 542 – 555.

Knolle, Eike, Das Haftungsprivileg der eigenüblichen Sorgfalt im Familienrecht, zugleich: Dissertation Universität Freiburg, 1999.

Löhnig/Fischig/Naczinsky/Runge-Rannow, „Spielplatzfall“, in: JA 2018 S. 22 – 34.

Looschelders, Dirk: Allgemeines Schuldrecht, 15. Auflage, 2017.

(zit.: Looschelders, Schuldrecht AT, § ## Rn. ##.)

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 21. Auflage, 2015.

(zit.: Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, § ## Rn. ##.)

Mollenhauer, Anna-Maria, Das gestörte Gesamtschuldverhältnis: Insbesondere die beschränkte Haftung der Eltern nach § 1664 Abs. 1 BGB, in: NJ 2001, S. 1 – 8.

Münder/Ernst/Behlert: Familienrecht: Eine sozialwissenschaftlich orientierte Darstellung, 7. Auflage, 2013.

(zit.: Münder/Ernst/Behlert, Familienrecht. Eine sozialwissenschaftlich orientierte Darstellung, § ## Rn. ##.)

Muscheler, Die Störung der Gesamtschuld: Lösung zu Lasten des Zweitschädigers, in: JR 1994, S. 441 – 451.

Palandt (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 76. Auflage, 2017.

(zit.: Palandt/Bearbeiter, § ## Rn. ##.)

Preißler, Grundfälle zur Gesamtschuld im Privatrecht, in: JuS 1987, S. 208 – 216.

Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, 2015.

(zit.: MüKo-BGB/Bearbeiter, § ## Rn. ##.)

Schlüter, Wilfried: Familienrecht, 14. Auflage, 2012.

(zit.: Schlüter, Familienrecht, § ## Rn. ##.)

Schmidt, Rolf: Familienrecht, 2. Auflage, 2015.

(zit.: Schmidt, Familienrecht, Rn. ##.)

Schwab, Dieter: Familienrecht, 25. Auflage, 2017.

(zit.: Schwab, Familienrecht, § ## Rn. ##.)

Stürner, Rolf (Hrsg.): Jauerling Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Auflage 2015.

(zit.: Jauerling-BGB/Bearbeiter, § ## Rn. ##.)

Walker, Haftungsprivilegierungen, in: JuS 2015, S. 865 – 875.

Weber, Einmal schlampig, immer fahrlässig?, in: JA 2014, S. 150 – 159.

Wellenhofer, Marina: Familienrecht, 4. Auflage, 2017.

(zit.: Wellenhofer, Familienrecht, § ## Rn. ##.)

A. Einleitung und Vorstellung der Zielsetzung der Arbeit

In verschiedenen Rechtsverhältnissen beschränkt der Gesetzgeber¹ die Haftung auf die sogenannte *diligentia quam in suis* – das heißt auf diejenige Sorgfalt, die der Haftende in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Ein solcher Haftungsmaßstab wird auch als *culpa in concreto* oder konkrete Fahrlässigkeit bezeichnet.

Die vorliegende Arbeit möchte sich vor allem mit den familienrechtlichen Anwendungsfällen der *diligentia quam in suis* beschäftigen. Das Familienrecht kennt zwei Anwendungsfälle, in welchen die Haftung auf die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beschränkt wird: Hierbei handelt es sich zum einen um § 1359 BGB sowie den durchaus nicht unumstrittenen § 1664 BGB.

Während § 1359 BGB das Verhältnis der Ehegatten zueinander regelt, visiert die Norm des § 1664 BGB das mitunter sensible Eltern-Kind-Verhältnis an. Nicht nur auf den ersten Blick, sondern auch nach längerer Recherche erscheinen diese Themengebiete anregend und einprägsam:

Das Familienrecht betrifft wie kein zweites Rechtsgebiet unser tägliches Leben. Es verfolgt unter anderem das Ziel, den rechtlichen Regelungsbedarf mit den emotionalen Bindungen, die eine Familie mit sich bringt, in Einklang zu bringen. Wieder wird klar: Das Recht ist nichts Abstraktes. Vielmehr formt es unser Zusammenleben und versucht, verschiedenste Interessen zu vereinen.

Folgerichtig ist es mehr als nur interessant – sondern auf gewisse Weise auch im täglichen Leben verankert – sich auch genauer mit der Frage zu beschäftigen, welchen Sinn und Zweck die genannten Haftungserleichterungen im Familienrecht haben, wo ihr Anwendungsbereich liegt und natürlich

¹ Im Einzelnen: §§ 690 BGB (Verwahrer), 708 BGB (Gesellschafter), 1359 BGB (Ehegatten), 1664 BGB (Eltern), 2131 BGB (Vorerbe); zudem in § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB (Rücktritt) sowie in § 4 LPartG (Lebenspartner).

auch: Was all das für die Lebenswirklichkeit bedeutet. All das genauer zu untersuchen, ist Zielsetzung dieser Arbeit.

Neben einer Vielzahl grundlegender Fragestellungen widmet der Bearbeiter dem in der Literatur vielfach besprochenen und heftig diskutierten „Spielplatz-Fall“ des Bundesgerichtshofes einen eigenen Abschnitt: Hier wird es vor allem um die Bedeutung des § 1664 BGB im Falle eines Mehrpersonen-Verhältnisses gehen.

Um das Lesen dieser Arbeit möglichst angenehm zu gestalten, erlaubt sich der Bearbeiter folgendes: Das nochmalige Voranstellen einer Grob-Gliederung. Thematischer Schwerpunkt bildet die Ebene C. Sie ist der Kern der Arbeit. Nicht zu unterschätzen bleibt aber auch Gliederungspunkt B. Er dient der rechtlichen Einordnung der *diligentia quam in suis* in das zivilrechtliche Haftungssystem.

A. Einleitung

B. Ausgangspunkt der Untersuchung: Das Allgemeine Schuldrecht

C. Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten im Familienrecht

I. Eheliche Lebensgemeinschaft, § 1359 BGB

II. Eltern-Kind-Verhältnis, § 1664 BGB

III. BGHZ 103, 338; Der „Spielplatz-Fall“: Die Haftungs-Privilegierung des § 1664 BGB im Mehrpersonen-Verhältnis

D. Schlussteil

B. Ausgangspunkt der Untersuchung: Das Allgemeine Schuldrecht

Die wichtigste Rechtsquelle des Schuldrechts ist – und das ist unumstritten der Fall – das Zweite Buch des BGB. Es besteht in der Summe aus den Vorschriften der §§ 241 – 853 BGB, wobei für den Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchung insbesondere einige Normen des Allgemeinen Schuldrechts² genauer beleuchtet werden sollen. In diesem Buch hat der Gesetzge-

² Dessen Regelungen finden sich in den §§ 241 – 432 BGB.

ber – dem generellen Aufbau des BGB entsprechend – eine Einteilung gewählt, die an der Allgemeinheit der Vorschriften orientiert ist³.

Schon vorab sei nochmals angemerkt: Nach § 277 BGB hat der Schuldner für die Anwendungsfälle der *diligentia quam in suis* nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wobei er für die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit ist.

Der nachfolgende Abschnitt soll seinen Fokus darauf legen, die Norm des § 277 BGB in das zivilrechtliche Haftungssystem einzuordnen (I. und II.).

Zudem sei folgendes gekennzeichnet: Es ist gängige Praxis, den Rechtsbegriff der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten und jenen der *diligentia quam in suis* synonym zu verwenden. Auch der Bearbeiter dieser Arbeit wird hiervon Gebrauch machen. Zu gegebenem Zeitpunkt (später in C.II.3.) wird zudem das – auch im Schuldrecht Allgemeiner Teil geregelte – Institut der Schuldnermehrheit erläutert, und dessen besondere Bedeutung für etwaige Fälle einer Haftungsprivilegierung im Mehrpersonen-Verhältnis herausgearbeitet werden.

I. Allgemein: Das Erfordernis des Vertretenmüssens

Der in der amtlichen Überschrift des § 276 BGB normierte Begriff des „Vertretenmüssens“ ist für die zivilrechtliche Haftung von zentraler Bedeutung. Das in § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB geregelte Verschuldensprinzip umfasst die Verantwortlichkeit des Schuldners für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Dieses Verschuldensprinzip wird allgemein als Grundlage und Ausgangspunkt der zivilrechtlichen Schadensersatzhaftung des BGB verstanden⁴.

Rechtspolitischer Hintergrund des Verschuldensprinzips ist die Sicherung der allgemeinen Handlungsfreiheit: Wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet – § 276 Abs. 2 BGB – soll Schadensersatzpflichten nicht fürchten brauchen⁵. Aufgrund der Tatsache, dass § 276 Abs. 1 BGB neben dem Verschulden auch noch andere Fälle der Verantwortlichkeit kennt, darf das Vertretenmüssen nicht mit Verschulden gleichgesetzt werden. Vertretenmüssen ist der weitere Begriff und umfasst beispielsweise auch die in

³ *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 2 Rn. 32 ff.; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 1 Rn. 3.

⁴ *MüKo-BGB/Grundmann*, § 276 Rn. 1 ff.; *BeckOK-BGB/Lorenz*, § 276 Rn. 3.

⁵ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, § 29 Rn. 348; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 20 Rn. 1.

§ 278 BGB gesondert geregelte Einstandspflicht für gesetzliche Vertreter und Erfüllungsgehilfen⁶. Die folgenden Ausführungen (II.) möchten sich nun genauer mit der Haftung für eigenes Verschulden auseinandersetzen.

II. Die verschiedenen Formen der Haftung für eigenes Verschuldens

1. Der Vorsatz, § 276 Abs. 1 BGB

Der Begriff des Vorsatzes ist im BGB nicht ausdrücklich definiert. Einigkeit besteht darin, dass mit Vorsatz nach § 276 Abs. 1 BGB das „Wissen und Wollen eines rechtswidrigen Erfolges“⁷ gemeint ist.

Der Handelnde muss den rechtswidrigen Erfolg insofern vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben⁸. Hierin besteht auch der grundlegende Unterschied zur Fahrlässigkeit (II.2.).

2. Die Fahrlässigkeit, § 276 Abs. 2 BGB

a) Grundsatz des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabes

Der Legaldefinition des § 276 Abs. 2 BGB folgend, ist die Fahrlässigkeit als die „Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ definiert.

Durch das ausdrückliche Abstellen auf die „erforderliche“, und nicht etwa auf eine „übliche“ Sorgfalt, soll die Unerheblichkeit eines „im Verkehr eingerissenen Schlendrians“⁹ klargestellt werden. Dies ist äußerst wichtig, denn es bedeutet, dass der Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrecht – anders als derjenige des Strafrecht, wo es um individuelle Schuld geht¹⁰ – einem objektiven Verständnis zugrunde liegt. Etwaige individuelle Defizite des konkreten Schuldners bleiben außer Betracht¹¹. Der Maßstab für ein Verschulden nach § 276 Abs. 2 BGB liegt also darin, welche Sorgfalt von einem durchschnittlichen Schuldner in der konkreten Situation erwartet werden kann¹². Tragender Gedanke dieses objektiven Sorgfaltsmaßstabes ist der Vertrauensschutz:

⁶ *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 469; *Jauering-BGB/Stadler*, § 278 Rn. 1.

⁷ BGH NJW 2009, 681 (684).

⁸ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, § 30 Rn. 357; *Brox/Walker* Schuldrecht AT, § 20 Rn. 10; *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 474.

⁹ So formulierte es schon das Reichsgericht: RGZ 128, 39 (44).

¹⁰ *BeckOK-StGB/Kudlich*, § 16 Rn. 11 ff.

¹¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 476; *MüKo-BGB/Grundmann*, § 276 Rn. 50.

¹² *MüKo-BGB/Grundmann*, § 276 Rn. 54.

Jeder Verkehrsteilnehmer soll auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs vertrauen dürfen¹³. Festzuhalten ist daher, dass es beim Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB gerade nicht um eine persönliche Schuld des Schädigers geht¹⁴.

b) Unterscheide: Grobe und leichte (einfache) Fahrlässigkeit

Eine Anwendung der schon mehrfach erwähnten *diligentia quam in suis* kommt von vornherein nicht in Betracht, wenn der Schädiger grob fahrlässig handelt, § 277 BGB. Überdies finden sich im BGB weitere Vorschriften, nach denen der Schuldner nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet¹⁵. Gemeinhin wird unter grober Fahrlässigkeit ein „besonders schwerer Verstoß gegen die objektiv erforderliche Sorgfalt“¹⁶ verstanden¹⁷. Anschaulich wurde einmal formuliert: leicht ist die Fahrlässigkeit, wenn man sagt: „Das kann vorkommen“; grob, wenn man sagen muss: „Das darf nicht vorkommen“¹⁸.

Im Gegensatz zur einfachen Fahrlässigkeit muss es sich bei einem grob fahrlässigen Verhalten um ein auch in subjektiver Hinsicht unentschuldbares Fehlverhalten handeln, das ein gewöhnliches Maß übersteigt¹⁹.

c) Zwischenergebnis

Der außerordentlich bedeutende Grundsatz des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabes aus § 276 Abs. 2 BGB wird nur im Falle der groben Fahrlässigkeit mit einer subjektiven Komponente angereichert.

Zu beachten bleibt, dass dem Wortlaut des § 277 BGB folgend – kein Anwendungsfeld der *diligentia quam in suis* besteht, wenn der eventuell Privi-

¹³ *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 473.

¹⁴ *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 20 Rn. 14; *Jauering-BGB/Stadler*, § 276 Rn. 29.

¹⁵ Im Einzelnen gilt dies im Schuldrecht für: §§ 521 BGB (Schenker), 599 (Verleiher), 680 Abs. 1 (Notgeschäftsführer), 300 Abs. 1 (Gläubigerverzug) oder auch für den Kontext sachenrechtlicher Haftungsfragen (§§ 932 BGB, 937 Abs. 2, 990 Abs. 1 S. 1, 1007).

¹⁶ Der Gesetzgeber bietet in § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X eine vergleichb. Legaldefinition.

¹⁷ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, § 30 Rn. 361; *BeckOK-BGB/Lorenz*, § 276 Rn. 36; *Jauering-BGB/Stadler*, § 276 Rn. 38.

¹⁸ *Frey*, AuR 1953, 7 (8).

¹⁹ *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 20 Rn. 18, *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 478; vertiefend: *MüKo-BGB/Grundmann*, § 276 Rn. 95; BGH NJW 2007, 2988 ff.

legierte grob fahrlässig handelt. Der nun schon mehrfach angerissene § 277 BGB soll nun genauer auf-gegliedert werden (II.3.)

3. Gesetzlicher Sonderfall der Haftung für eigenes Verschulden:

Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, § 277 BGB

a) Normzweck- und Inhalt

Der Haftungsmaßstab der *diligentia quam in suis* wurde im römischen Recht anhand des Verwahrungsverhältnisses entwickelt²⁰. Über das gemeine Recht fand diese Haftungsfigur sodann Eingang in das BGB²¹.

Zu beachten ist, dass der in § 277 BGB allgemein beschriebene Haftungsmaßstab nur für die Fälle gilt, in denen Sondervorschriften – wie etwa die familienrechtlichen Anwendungsfälle der §§ 1359, 1664 BGB – die Haftung des Schuldners auf das Maß der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten beschränken.

Im Gegensatz zur Haftung für einfach Fahrlässigkeit fordert die *diligentia quam in suis* vom Handelnden gerade nicht die Beachtung der im Verkehr erforderlichen, sondern nach § 277 BGB nur die Einhaltung derjenigen Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt²². Auf anderer Seite befreit dieses Haftungsprivileg nicht von der Haftung für grobe Fahrlässigkeit. Damit ist sie ein Unterfall der einfachen Fahrlässigkeit²³. Anders gewendet: § 277 BGB ergänzt § 276 BGB in einem Teilausschnitt²⁴.

Diese Abmilderung des einfachen Sorgfaltsmaßstabes ist nicht einheitlich zu begründen: Für den Fall der Verwahrung gilt, dass es dem unentgeltlich handelnden Schuldner nicht zuzumuten ist, fremde Sachen in eine Art Sonderverwahrung zu nehmen. Immerhin handelt er altruistisch²⁵. In weiteren

²⁰ Harke, Römisches Recht, § 10 Rn. 167 ff.

²¹ Mit weiteren Nachweisen zur Entstehungs-Geschichte der *diligentia quam in suis rebus adhibere solit*: MüKo-BGB/Roth, § 1359 Rn. 1 ff.

²² Medicus/Lorenz, Schuldrecht AT, § 30 Rn. 362; Brox/Walker, Schuldrecht AT, § 20 Rn 19; Looschelders, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 473.

²³ JR, Dunz, 1989, 63 (64); Looschelders, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 484.

²⁴ MüKo-BGB/Grundmann, § 277 Rn. 1; Jauerling-BGB/Stadler, § 277 Rn. 23.

²⁵ Jauerling-BGB/Mansel, § 688 Rn. 1; BeckOK-BGB/Gehrlein, § 688 Rn. 1.

Anwendungsfällen wirken Personen so intensiv zusammen²⁶, mitunter auch zu einem gemeinsamen Zweck²⁷, dass sie sich bei der Auswahl im Zweifel auch zusagen, sich so zu nehmen, wie sie nun einmal sind.

b) Problem: Auslegung des Begriffs der „eigenüblichen Sorgfalt“

Das Gesetz bestimmt den Begriff der eigenüblichen Sorgfalt nicht näher. Es ist gerade keine Legaldefinition wie in § 276 Abs. 2 BGB vorhanden.

Das Gesetz spricht in § 277 BGB lediglich von derjenigen Sorgfalt, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

aa) Eine Ansicht: „eigen-mögliche“ Sorgfalt

Vereinzelt gibt es Autoren²⁸, die sich gegen eine „allzu wörtliche“²⁹ Interpretation des Gesetzes und die damit verbundene Berücksichtigung von individuellen Nachlässigkeiten und gewohnheitsmäßigen Schlendrian wenden. Sie argumentieren damit, dass Nachlässigkeit und Schlendrian nicht zu einem Haftungsausschluss führen dürften. Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten müsse daher als „eigen-mögliche“ Sorgfalt verstanden werden. Kleinere Nachlässigkeiten seien jedoch auch im Rahmen der „eigen-möglichen“ Sorgfalt von dem Geschädigten hinzunehmen. Begründet wird diese Ansicht auch mit dem zweifelhaften Gerechtigkeitswert einer Regelung, die den Sorglosen bevorzuge³⁰.

bb) Andere Ansicht: „eigen-übliche“ Sorgfalt

Die weit überwiegende Auffassung in Literatur³¹ und Rechtsprechung³² versteht den Begriff als „eigen-übliche“ Sorgfalt. Hierfür spricht schon der Wortlaut des § 277 BGB, der von derjenigen Sorgfalt spricht, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Ein Maßstab, den

²⁶ Zu den familienrechtlichen Anwendungsfällen später genauer: C.I. und II.

²⁷ Paradebeispiel hierfür ist § 708 BGB; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 20 Rn. 19.

²⁸ Schon der Titel von *Hoffmann* ist aufschlussreich: „Die Fragwürdigkeit der Haftung der diligentia quam in suis“, in: NJW 1967, 1207; JR, *Döpp*, 1969, 14.

²⁹ JR, *Döpp*, 1969, 14 (15).

³⁰ *Hoffmann*, NJW 1967, 1207 (1209).

³¹ MüKo-BGB/*Grundmann*, § 277 Rn. 3.; BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 277 Rn. 8; *Jauerling-BGB/Stadler*, § 277 Rn. 1.; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 20 Rn. 19.

³² Exemplarisch: BGH NJW 1988, 2667 (2668).

man üblicherweise anzuwenden „pflegt“, ist gerade nicht gleichbedeutend mit einem solchen, der jedenfalls theoretisch „möglich“ wäre.

Im Übrigen entspricht es dem Sinn und Zweck der *diligentia quam in suis*, dass – in ihrem jeweiligen Anwendungsfall – der Schuldner in gewissen Nähe-Verhältnissen für seine persönlichen Eigenarten von der Haftung wegen einfacher Fahrlässigkeit befreit werden soll. Der jeweilige Sorgfaltsstandard ist damit nicht normativ, sondern allein subjektiv-empirisch zu ermitteln: durch das Abstellen auf das beim Schuldner „übliche“ Verhalten – bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit. Entscheidend sind daher seine individuellen, persönlichen Eigenarten³³.

cc) Stellungnahme

Das von der erstgenannten Ansicht vorgebrachte Argument des „zweifelhaften Gerechtigkeitswertes“ einer Regelung, die den gewohnheitsmäßig Nachlässigen und Sorglosen bevorzuge, überzeugt nicht. Jede Haftungserleichterung bedeutet notwendigerweise die Bevorzugung des nachlässigen und sorglosen Schädigers. Der Haftungsmaßstab der *diligentia quam in suis* rechtfertigt sich dadurch, dass seinen enumerativ aufgezählten Anwendungsfällen besondere Vertrags- und Nähe-Verhältnisse zugrunde liegen. Innerhalb dieser besonderen Verhältnisse ist es gerechtfertigt, dass der Haftungsmaßstab sich auf die Gewohnheiten des Schuldners bezieht³⁴. Die *diligentia quam in suis* begünstigt also folgerichtig auch denjenigen, der nicht nur die eigenen, sondern auch fremde Rechtsgüter weniger sorgsam behandelt.

Die von der herrschenden Meinung abweichend Vorschrift vermag auch deshalb nicht zu überzeugen, weil der Maßstab einer „eigen-möglichen Sorgfalt“ im Ergebnis gleichbedeutend mit dem objektiven Sorgfaltsmaßstab der einfachen Fahrlässigkeit wäre. Hinzukommend bleibt die Mindermeinung einer Kategorisierung „kleinerer Nachlässigkeiten“ schuldig. Für den Rechtsverkehr würde eine solche Kategorisierung mehr Unsicherheit bringen, als dass sie „Gerechtigkeit“ schafft. Denn was im Einzelnen unter den

³³ *Medicus/Lorenz* Schuldrecht AT, § 30 Rn. 362.; BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 277 Rn. 8.

³⁴ Statt vieler: *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 484.

vorgebrachten „kleineren Nachlässigkeiten“ zu verstehen ist, erscheint dem Bearbeiter doch sehr unbestimmt. Insofern ist erstgenannte Ansicht aufgrund der in ihr selbst liegenden Inkonsequenz abzulehnen und der herrschenden Ansicht zu folgen.

4. Zwischenergebnis und Kurz-Überblick

Der Maßstab der *diligentia quam in suis* ist empirisch-subjektiv zu ermitteln. Im Übrigen ist dies auch interessengerecht, denn die Beweislast dafür, dass der Schädiger im konkreten Fall in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu verfahren pflegt, als im konkreten fall geschehen, obliegt entsprechend § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ihm selbst³⁵. Immerhin ist es auch er, der sich auf die Haftungsmilderung beruft.

Abschließend sei auf folgendes hingewiesen: Der Fahrlässigkeitsmaßstab der *diligentia quam in suis* – allgemein geregelt in § 277 BGB – richtet sich grundsätzlich nach den individuellen Eigenarten und Fähigkeiten des konkreten Schuldners. Dabei kommt es gleichwohl nicht auf das Verhalten des Schädigers in dem konkreten Schädigungsfall, sondern auf sein generelles Verhalten im betreffenden Pflichtenkreis an³⁶. Der Schuldner muss also nachweisen, dass er den Standard des § 276 Abs. 2 BGB in diesem Pflichtenkreis generell nicht einhält³⁷. Die Rechtsprechung stellt hieran durchaus strenge Anforderungen³⁸.

Wie schon eingangs erwähnt: Zu Recht wird der Maßstab des § 277 BGB daher als konkrete Fahrlässigkeit, *culpa in concreto*, bezeichnet. Nachdem die Vorschrift des § 277 BGB nun in das zivilrechtliche Haftungssystem eingeordnet wurde, kann es sogleich es um die bereits erwähnten familienrechtlichen Anwendungsfälle gehen.

³⁵ BGH VersR 1959, 386; OLG Karlsruhe NJW 1994, 1966 (1967).

³⁶ BGH NJW 2013, 3572 (3573).

³⁷ *Weber*, JA 2014, 150: Unter dem markanten Titel: „Einmal schlampig, immer fahrlässig?“

³⁸ BGH NJW 2013, 3572 (3574); MüKo-BGB/*Grundmann*, § 276 Rn. 4.

C. Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten im Familienrecht

Das Familienrecht ist im vierten Buch des BGB geregelt³⁹. Wie kein anderes Buch des BGB unterliegt es dem sozialen Wandel der Gesellschaft und ist regelmäßig Gegenstand grundlegender Diskussionen und Novellierungen⁴⁰.

Das Familienrecht des BGB kennt insgesamt drei Abschnitte: Einen ersten zur „bürgerliche Ehe“ (§§ 1297 – 1588 BGB), einen weiteren Abschnitt zur „Verwandtschaft“ (§§ 1589 – 1772 BGB) sowie den Bereich der „Vormundschaft, rechtliche Betreuung, Pflegschaft“ (§§ 1773 – 1921 BGB)⁴¹. Die Norm des § 1359 BGB (hierzu C.I.) ist im ersten Abschnitt des Familienrecht; die des § 1664 BGB (dazu C.II.) ist im zweiten Abschnitt dieses Buches untergebracht. Beiden ist gemeinsam, dass sie die familienrechtlichen Anwendungsfälle des in § 277 BGB beschriebenen Haftungsmaßstabes sind. In erster Linie betreffen diese zwei Themenkomplexe gewissermaßen traditionelle Regelungsbereiche, die gleichsam „zeitlosen Fragen der Haftung“ im innerfamiliären Verhältnis zum Gegenstand haben. Folgerichtig sollen sie im Rahmen dieser Arbeit genauer beleuchtet und kritisch untersucht werden. Hieran anschließend wird es um den schon angedeuteten Anwendungsfall des § 1664 BGB gehen: Den „Spielplatz-Fall“ (C.III.). Dieser kombiniert Fragen zum Zweck und Anwendungsbereich der Haftungsprivilegierung mit solchen Themenfeldern, die sich im Mehrpersonenverhältnis – für einen Fall der Schuldnermehrheit (§ 840 BGB) – regelmäßig stellen. Zunächst soll nun aber das Ehegatten-Verhältnis (C.I.) anvisiert werden:

I. Die eheliche Lebensgemeinschaft, § 1359 BGB

1. Normzweck- und Inhalt

Wenn Ehegatten untereinander schadenersatzpflichtig werden, so ist stets der Haftungsmaßstab des § 1359 BGB zu beachten: Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflicht-

³⁹ Es umfasst in der Summe die §§ 1297 – 1921 BGB.

⁴⁰ Zuletzt durch das am 20. Juli 2017 von Bundestag und Bundesrat überraschend beschlossene Gesetz zur „Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“, BGBl. I, S. 2787

⁴¹ Eine Übersicht: *Münder/Ernst/Behlert*, Familienrecht: Eine sozialwissenschaftlich orientierte Darstellung, § 2 Rn. 1 ff.

tungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Die Vorschrift regelt nur den Haftungsmaßstab, ist also eine Modifikation der §§ 276 ff. BGB, und keine eigene Anspruchsgrundlage⁴². Sie gibt insofern nur den Grad der Fahrlässigkeit an, für den im Ehegatten-Innenverhältnis gehaftet wird. Folgerichtig stellt § 1359 BGB eine Modifikation auf der Ebene des Verschuldens⁴³ dar.

Die Norm beruht ganz allgemein auf der Vorstellung, dass Ehegatten sich gegenseitig mit ihren persönlichen Qualitäten, ihren Vorzügen und Schwächen so hinnehmen, wie sie sind⁴⁴.

Der Gesetzgeber geht demnach von der Prämisse aus, dass Ehegatten einander sorgfältig auswählen: Nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB sind die Ehegatten beispielsweise dazu verpflichtet, Entscheidungen grundsätzlich gemeinsam zu treffen⁴⁵, mit dem Partner in häuslicher Gemeinschaft zu leben⁴⁶ und ihm treu zu sein⁴⁷. Innerhalb dieser engen Gemeinschaft und aufgrund der freien Wahl der Partner füreinander kann von ihnen erwartet werden, dass sie sich gegenseitig so nehmen, wie sie nun einmal sind. Insgesamt ist die Norm des § 1359 BGB damit als eine Ausprägung des aus § 1353 BGB folgenden Rücksichtnahmegebotes⁴⁸ zu verstehen.

Eine Modifikation des Haftungsmaßstabes nach § 1359 BGB überzeugt auch den Bearbeiter: Die Ehe gilt gemeinhin als privatester Rückzugsbereich eines jeden Menschen und es erschiene geradezu unsportlich, die allgemein doch sehr hohen Anforderungen, die im Alltag an jeden Einzelnen gestellt werden, auch hier zur Anwendung kommen zu lassen. Zu Recht wird daher der allgemeine Haftungsmaßstab als zu hart empfunden. Gerade vor dem Hintergrund, dass man ständig – klassisch juristisch formuliert – mit der Gefahr potentieller Rechtsgutsverletzungen konfrontiert ist.

⁴² *Wellenhofer*, Familienrecht, § 11 Rn. 2; *Dethloff*, Familienrecht, § 4 Rn. 74; *Jauering-BGB/Budzikiewicz*, § 1359 Rn. 1.; *MüKo-BGB/Roth*, § 1359 Rn. 1.

⁴³ Dies gilt z.B. für etwaige Schadensersatz-Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1, 2 BGB; zum Anwendungsbereich sogleich unter C.I.2.

⁴⁴ *Münder/Ernst/Behlert*, Familienrecht: Eine sozialwissenschaftliche Darstellung, § 3 Rn. 1; *MüKo-BGB/Roth*, § 1359 Rn. 2; *Jauering-BGB/Budzikiewicz*, § 1359 Rn. 1.

⁴⁵ *Schmidt*, Familienrecht, Rn. 88; *Dethloff*, Familienrecht, § 4 Rn. 31;

⁴⁶ *Schmidt*, Familienrecht, Rn. 89; *Dethloff*, Familienrecht, § 4 Rn. 22.

⁴⁷ *Schmidt*, Familienrecht, Rn. 90; *Dethloff*, Familienrecht, § 4 Rn. 8.

⁴⁸ *Wellenhofer*, Familienrecht, § 11 Rn. 1; *Schmidt*, Familienrecht, Rn. 91; *Jauering-BGB/Budzikiewicz*, § 1353 Rn. 4.

Hervorzuheben bleibt schließlich noch, dass die Beschränkung auf die *diligentia quam in suis* keine generelle Haftungserleichterung für leichte Fahrlässigkeit enthält, sondern die eigenübliche Sorgfalt⁴⁹ ausschlaggebend ist.

2. Anwendungsbereich des § 1359 BGB

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Die Vorschrift des § 1359 BGB gilt für Ehegatten; für eingetragene Lebenspartnerschaften enthält § 4 LPartG eine entsprechende Regelung. Sie setzt in persönlicher Hinsicht daher eine bestehende Ehe voraus⁵⁰.

Besteht zwischen den Ehegatten keine häusliche Gemeinschaft mehr, ist ein wesentlicher Zweck der Vorschrift, nämlich die besondere Gefahr der Schädigung durch den anderen, weggefallen und § 1359 BGB ist dann nicht mehr anwendbar⁵¹. Nach überzeugender Ansicht ist der Grundgedanke der Norm auch auf Paare anwendbar, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenwohnen⁵².

b) Sachlicher Anwendungsbereich

§ 1359 BGB gilt nach seinem Wortlaut für Fälle der Verletzung einer sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtung. Das betrifft ohne jeden Zweifel alle Handlungen, die im Zusammenhang mit der ehelichen Lebensgemeinschaft oder ehelichen Unterhaltspflichten⁵³ stehen. Beispielfhaft sei hier zudem die Führung des Haushalts oder die Erledigung von Schlüsselgewaltgeschäften nach § 1357 BGB erwähnt. Im Übrigen gilt der

⁴⁹ Der in A.I.3.bb dargestellt Streit – „eigen-mögliche“ vs. „eigen-übliche“ Sorgfalt wurde in der Vergangenheit insbesondere bei der Anwendung des § 1359 BGB ausgefochten. Spannend hierzu: *Hoffmann*, „Wahre Lockspeise der Faulheit“ in: NJW 1967, 1209; MüKo-BGB/*Roth*, § 1359 Rn. 3 f.;

⁵⁰ *Jauering-BGB/Budzikiewicz*, § 1359 Rn. 3; *Palandt/Brudermüller*, § 1359 Rn. 1.

⁵¹ MüKo-BGB/*Roth*, § 1359 Rn. 8.; *BeckOK-BGB/Hahn*, § 1359 Rn. 4; *Palandt/Brudermüller*, § 1359 Rn. 3;

⁵² *Wellenhofer*, Familienrecht, § 11 Rn. 3; MüKo-BGB/*Roth*, § 1359 Rn. 8; so entschieden von OLG Celle, FamRZ 1992, 941; OLG Oldenburg, NJW 1986, 2259.

⁵³ Die §§ 1360 – 1360b BGB regeln Unterhaltsansprüche; *Dethloff*, Familienrecht, § 4 Rn. 38.

geminderte Haftungsmaßstab des § 1359 BGB auch bei Deliktsansprüchen, die sich im häuslichen Bereich ereignen⁵⁴.

3. Sonderfall: Keine Anwendung des § 1359 BGB im Verkehrsunfallrecht

Der BGH verneint in ständiger Rechtsprechung⁵⁵ die Anwendbarkeit von § 1359 BGB, wenn ein Ehegatte den anderen unter Verstoß gegen die Regeln des Straßenverkehrs-Rechts schädigt und ein Haftpflichtversicherer für den Schaden eintreten würde⁵⁶. Konkret betrifft dies die Schäden beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs. Mit der Anwendung des § 1359 BGB wäre den Ehegatten in solchen Fällen schließlich nicht geholfen. Denn würde man einen Anspruch verneinen, so gäbe es auch keinen Grund für die Kfz-Haftpflichtversicherung, den Schaden zu decken, so dass die Ehegatten unter Umständen auf dem Schaden sitzen bleiben würden⁵⁷. Zudem folgen aus § 1 StVO die Grundregeln über die „Grundsätze des gebotenen Verhaltens“⁵⁸. Der BGH argumentiert in diesen Kontext damit, dass im Straßenverkehr ein einheitlich objektiver Sorgfaltsmaßstab gelten müsse, der alle Verkehrsteilnehmer gleichbehandelt⁵⁹. Insbesondere lasse der Straßenverkehr keinen Spielraum für individuelle Sorglosigkeit⁶⁰. Dieser „generalpräventive verkehrserzieherische Ansatz“⁶¹ ist insgesamt einleuchtend.

4. Zwischenergebnis und Kurz-Überblick

Die Nicht-Anwendbarkeit des § 1359 BGB bei Kfz-Unfällen rechtfertigt sich insbesondere daraus, dass Schäden aus Verkehrsunfällen im Regelfall durch die Haftpflichtversicherung des Kfz-Halters abgedeckt sind. Die Haftungsprivilegierung hat aber gerade nicht den Zweck, einen Haftpflichtversicherer

⁵⁴ Schmidt, Familienrecht, Rn. 92; Wellenhofer, Familienrecht, § 11 Rn. 4; Palandt/Brudermüller, § 1359 Rn. 2; BGH FamRZ 2009, 1048.

⁵⁵ BGHZ 53, 352 (355); BGHZ 61, 101 (104); BGHZ 63, 51 (57).

⁵⁶ Dethloff, Familienrecht, § 4 Rn. 75; Schwab, Familienrecht, Rn. 155; Wellenhofer, Familienrecht, § 11 Rn. 6; so auch Heinemeyer, DAR 2013, 685 (692).

⁵⁷ BeckOK-BGB/Hahn, § 1359 Rn. 7; MüKo-BGB/Roth, § 1359 Rn. 18; Jauerling-BGB/Budzikiewicz, § 1359 Rn. 5.

⁵⁸ Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker-StVO/Heß, § 1 Rn. 22 ff.

⁵⁹ BGHZ 53, 352 (355); MüKo-BGB/Roth, § 1359 Rn. 16; BeckOK-BGB/Hahn, § 1359 Rn. 7; Jauerling-BGB/Budzikiewicz, § 1359 Rn. 7.

⁶⁰ BGH NJW 1992, 1227 (1228).

⁶¹ So die Formulierung in: MüKo-BGB/Roth, § 1359 Rn. 17.

zu entlasten. Eine solche Funktion würde dem Sinn und Zweck der Privilegierung zuwiderlaufen⁶². Allgemein ist zusammenführend zu sagen: Die eheliche Lebensgemeinschaft hebt allgemeine Verhaltensregeln nicht auf. Von jedem Ehegatten wird erwartet, dass er die Angelegenheiten des anderen wie seine eigenen behandelt. Der Haftungsmaßstab des § 276 BGB wird daher durch die §§ 1359, 277 BGB entsprechend modifiziert. Insgesamt ist dies auch interessengerecht. Für die tatsächliche Bedeutung sei schlussendlich noch angemerkt, dass die Befugnis zur Geltendmachung eines etwaigen Schadensersatzanspruches wegen § 1353 BGB während des Bestehens der Ehe im Ehegatten-Innenverhältnis beschränkt sein kann⁶³.

II. Das Eltern-Kind-Verhältnis, § 1664 BGB

Nach § 1664 Abs. 1 BGB haben die Eltern bei Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Ausgehend von einer Einführung in den Begriff der elterlichen Sorge (II.1.) sollen die folgenden Ausführungen den Fokus auf den Anwendungsbereich dieser Norm legen (II.2. – 4.).

1. Allgemein: Klärung des Begriffs der elterlichen Sorge

Die elterliche Verantwortung für das Kind realisiert sich in der elterlichen Sorge⁶⁴. Sie beschreibt die Pflicht und das Recht der Eltern, für das minderjährige Kind zu sorgen, § 1626 Abs. 1 BGB. Verfassungsrechtlicher Ursprung dieser Norm liegt in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wonach Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern sind. Die elterliche Sorge hat folglich einen umfassenden Inhalt: Sie zielt auf die Wahrung und Förderung sämtlicher Interessen des Kindes in körperlicher, geistiger, seelischer, sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht ab⁶⁵.

⁶² Vgl. *Armbrüster*, Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung, NJW 2009, 187 (188).

⁶³ *Schmidt*, Familienrecht, Rn. 91; *Wellenhofer*, Familienrecht, § 9 Rn. 6; Palandt/ *Brudermüller*, § 1359 Rn. 2; Palandt/*Brudermüller*, § 1353 Rn. 11.

⁶⁴ *Wellenhofer*, Familienrecht, § 32 Rn. 1, *Schmidt*, Familienrecht, Rn. 503; MüKo-BGB/*Huber*, § 1626 Rn. 1.; BeckOK-BGB/*Veit*, § 1626 Rn. 1.1.

⁶⁵ *Schwab*, Familienrecht, § 53 Rn. 662; *Wellenhofer*, Familienrecht § 32 Rn. 1;

Das Gesetz legt die Aufgaben der Eltern nicht in einem detaillierten Katalog fest⁶⁶. Das BGB unterscheidet vielmehr ganz allgemein zwei große Felder der elterlichen Sorge: die Personen- und die Vermögenssorge, § 1626 Abs. 1 S. 2 BGB. Für die nachfolgende Untersuchung bedeutet dies, dass Haftungsfälle – für den in § 1664 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Bereich der „elterlichen Sorge“ – grundsätzlich in nahezu allen Lebensbereichen denkbar sind. Zu beachten bleibt, dass aus oben genannten Gründen⁶⁷ eine Privilegierung von vornherein nicht in Betracht kommt, wenn es sich um Fälle mit Kfz-Bezug handelt. Die Begründungen gelten entsprechend⁶⁸.

2. Normzweck- und Inhalt

Im Innenverhältnis zwischen Eltern und Kind kann es – wie auch zwischen den Ehegatten untereinander – zu Pflichtverletzungen sowie sonstigen unerlaubten Handlungen kommen. Gemäß § 1664 Abs. 1 BGB haben die Eltern bei Ausübung der elterlichen Sorge nur die eigenübliche Sorgfalt zu wahren. Die Norm des § 1664 BGB verfolgt in diesem Kontext das Ziel, den Familienfrieden nicht durch gegenseitige Schadensersatzansprüche zu beeinträchtigen⁶⁹. Grund ist, dass sich die Beziehung zwischen Eltern und Kind durch eine besonders enge Verbundenheit und ein besonderes Vertrauensverhältnis kennzeichnet⁷⁰. Dieser Zustand soll gewahrt bleiben und nicht durch Schadensersatzansprüche gefährdet werden⁷¹. Es ist jedoch herauszustellen: Während § 1359 BGB als Parallelvorschrift vor allem auf dem Gedanken beruht, dass die Ehepartner einander freiwillig ausgesucht haben, passt dies für das Eltern-Kind-Verhältnis nicht. Gleichwohl rechtfertigt sich die Haftungsprivilegierung der Eltern dadurch, dass das mitunter sensible innerfamiliäre Leben möglichst nicht durch gegenseitige Schadensersatz-Ansprüche gestört

⁶⁶ Zu den Details: *Schwab*, Familienrecht, § 54 Rn. 664 ff.

⁶⁷ Siehe Argumentation unter C.I.3.

⁶⁸ Palandt/*Götz*, § 1664 Rn. 4; MüKo-BGB/*Huber*, § 1664 Rn. 10; Jauerling-BGB/*Budzikiewicz*, § 1664 Rn. 6.

⁶⁹ Jauerling-BGB/*Budzikiewicz*, § 1664 Rn. 1.; Staudinger-BGB/*Engler*, § 1664 Rn. 5.

⁷⁰ *Wellenhofer*, Familienrecht, § 33 Rn. 22; *Schmidt*, Familienrecht, Rn. 501.

⁷¹ BeckOK-BGB/*Veit*, § 1664 Rn. 1.1; Jauerling-BGB/*Budzikiewicz*, § 1664 Rn. 1.

werden soll⁷². Als gemeinsames Zielsetzung der §§ 1359, 1664 BGB lässt sich dennoch der Folgende erkennen: Die Wahrung des Familienfriedens⁷³.

Mitunter wird jedoch angezweifelt, ob die Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB auch für den praxisrelevanten Bereich der elterlichen Aufsichtspflichtverletzung nach § 1631 Abs. 1 BGB gelten sollte:

Eine Ansicht argumentiert hier, dass der Schutzzweck der Aufsichtspflicht in einer objektiven Bestimmung der Pflichtanforderung liege und daher eine Haftungsprivilegierung nicht gelten könne⁷⁴.

Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Nach zutreffender Auffassung gilt § 1664 BGB gerade auch für Aufsichtspflichtverletzungen⁷⁵. Hierfür spricht schon der eindeutige Wortlaut der Norm, der keine Ausnahmetatbestände erkennen lässt. Es ist nicht anzunehmen, dass das Gesetz in § 1664 BGB eine Haftungsmilderung für die Ausübung der elterlichen Sorge anordnet und einen zentralen Bereich dieser elterlichen Sorge, nämlich die Aufsichtspflicht, davon ausnehmen will, ohne dies ausdrücklich zu benennen⁷⁶. § 1664 BGB ist damit auch auf Aufsichtspflichtverletzungen anwendbar.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten: Die Privilegierung des § 1664 BGB erscheint in gesamter Hinsicht sach- und interessengerecht, da sie der erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Verletzung der Rechtsgüter des Kindes gerecht wird. Der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab würde auch hier die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Eltern überspannen. Zu beachten bleibt stets, dass das Kindeswohl über andere Normen hinreichend geschützt wird⁷⁷.

⁷² Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 57 Rn. 37; MüKo-BGB/Huber, § 1664 Rn. 2; BeckOK-BGB/Veit, § 1664 Rn. 1.

⁷³ So auch: Knolle, Das Haftungsprivileg der eigenübl. Sorgfalt im Familienrecht, S. 41 f.

⁷⁴ So Dethloff, Familienrecht, § 13 Rn. 8.

⁷⁵ Becker, JA 2015, 576 (578); MüKo-BGB/Huber, § 1664 Rn. 12; Palandt/Götz, § 1664 Rn. 3; Staudinger/Heilmann, § 1664, Rn. 33.

⁷⁶ So auch schon des Öfteren entschieden: vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2009, 707 = BeckRS 2008, 18922 und OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1042 f.

⁷⁷ Wellenhofer, Familienrecht, § 30 Rn. 3; Brox/Walker, Familienrecht, § 55 Rn. 704; Mün-der/Ernst/Behlert, Familienrecht: Eine sozialwissenschaftliche Darstellung, § 10 Rn. 190 ff.

3. Anwendungsbereich des § 1664 BGB

Im Übrigen erstreckt sich der personelle Anwendungsbereich der Norm nach indes wohl allgemeiner Ansicht⁷⁸ in entsprechender Anwendung auch auf den nicht sorgeberechtigten Elternteil, sofern er in Ausübung seines Umgangsrechts gemäß § 1685 BGB, die faktische Personensorge für das Kind ausübt⁷⁹.

Eine analoge Anwendung des § 1664 Abs. 1 BGB zu Gunsten anderer Personen⁸⁰ ist hingegen abzulehnen, da es dort an der besonderen familienrechtlichen Ausprägung im Verhältnis des Kindes zum potentiellen Schädiger fehlt⁸¹.

4. Umstritten: Zur Rechtsnatur des § 1664 BGB

Über die rechtliche Tragweite des § 1664 Abs. 1 BGB bestehen unterschiedliche Auffassungen: Nach einer Ansicht wird § 1664 Abs. 1 BGB lediglich als Haftungsmaßstab (a), nach anderer Ansicht sogar als eigenständige Anspruchsgrundlage (b) des Kindes gegen die Eltern, verstanden.

a) Eine Ansicht: 1664 Abs. 1 BGB lediglich als Haftungsmaßstab

Die Vertreter dieser Auffassung führen den Wortlaut der Norm ins Felde und argumentieren, dass § 1664 Abs. 1 BGB insofern lediglich eine haftungserleichternde Funktion einnehmen kann⁸². Schadensersatzansprüche des Kindes bedürfen daher einer Begründung aus den allgemeinen Haftungsnormen. Als Anspruchsgrundlagen kommen hier beispielsweise die Tatbestände des Deliktsrechts in Frage: Für Fälle der Verletzung der Personensorge sei regelmäßig § 823 Abs. 1 BGB einschlägig. Um aber auch einen umfassenden Schutz des Vermögens zu gewährleisten, könne man darüber hinaus erwägen, die gesetzlichen Regeln über die elterliche Vermögensverwaltung als

⁷⁸ Siehe: BGHZ 103, 338 (345); MüKo-BGB/Huber, § 1664 Rn. 5.

⁷⁹ Dethloff, Familienrecht, § 13 Rn. 8; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 57 Rn. 37; Mollenhauer, NJ 2011, 1 (6).

⁸⁰ Beispiel Kindermädchen; siehe hierzu: BGH NJW 1996, 53 (54).

⁸¹ Becker, JA 2016, 576 (578); Dethloff, Familienrecht, § 13 Rn. 8.; Wellenhofer, Familienrecht, § 33 Rn. 22; BeckOK-BGB/Veit, § 1664 Rn. 1.1.

⁸² Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 57 Rn. 37; Becker, JA 2015, 576 (577).

Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen⁸³. Darüber hinaus lässt sich überlegen, ob zwischen Eltern und Kind nicht ein schuldrechtsähnliches Pflichtverhältnis der gegenseitigen Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB anzunehmen ist, dessen zurechenbare Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB führt⁸⁴. Nach dieser Auffassung ist § 1664 Abs. 1 BGB lediglich als haftungsmildernde Norm – im Rahmen des Verschuldens – zu berücksichtigen.

b) Andere Ansicht: § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage

Nach Ansicht der Rechtsprechung⁸⁵ und der weit überwiegenden Meinung der Literatur⁸⁶ ist die Norm als Anspruchsgrundlage einzuordnen: Sie habe insoweit einen „doppelfunktionalen Charakter“⁸⁷. Die Vorschrift wäre danach wie folgt zu lesen: „Die Eltern sind den Kindern zum Ersatz der Schäden verpflichtet, die sie durch pflichtwidriges Handeln bei Ausübung der elterlichen Sorge den Kindern zugefügt haben; dabei haben sie nur für die Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen“⁸⁸.

c) Stellungnahme

Während gewichtige Argumente für die erstgenannte Ansicht sprechen, die der Norm lediglich einen haftungsmildernden Sorgfaltsmaßstab sieht, ist es gängige Rechtspraxis, dass § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage eingeordnet wird: Nach einer umfassenden Recherche zu möglichen Argumenten wird der Bearbeiter leider enttäuscht. In jeder der zuvor genannten Entscheidungen⁸⁹ wird § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage verstanden; wobei in den jeweiligen Urteilsbegründungen dieser Umstand kurz als

⁸³ Schwab, Familienrecht, § 63 Rn. 776; Schmidt, Familienrecht, Rn. 509.

⁸⁴ Dethloff, Familienrecht, § 13 Rn. 7; Staudiner-BGB/Engler, § 1664 Rn. 6;

⁸⁵ Exemplarisch, zuletzt: OLG Frankfurt, FamRZ 2016, 147; OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 860 (861).

⁸⁶ Wellenhofer, Familienrecht, § 33 Rn. 23; bzw. Palandt/Diederichsen, § 1664, Rn. 4; MüKo-BGB/Huber, § 1664 Rn. 1f.

⁸⁷ BeckOK-BGB/Veit, § 1664 Rn. 1 und 1.1; Becker, JA 2015, 576.

⁸⁸ Vgl. Schwab, Familienrecht, § 63 Rn. 775.

⁸⁹ Neben den exemplarisch genannten Entscheidungen: Gleichlautend BGH NJW 1988, 2667 (2669); OLG Bremen, NJW 2015, 564; OLG Hamm, NJW 1993, 542 (543)

herrschende Ansicht deklariert wird – ohne dass dies einer weiteren Begründung unterzogen wird⁹⁰.

Dabei sollte doch folgendes beachtet werden: Sowohl der klare Wortlaut, wie auch ein systematischer Vergleich mit § 1359 BGB⁹¹ offenbaren, dass § 1664 Abs. 1 BGB nicht als klassische Anspruchsgrundlage verstanden werden kann. Die Formulierung der Rechtsfolge ist nämlich schlichtweg identisch mit der des § 1359 BGB. Der Wortlaut spricht nur davon, dass die Eltern „nur für diejenige Sorgfalt einzustehen haben, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen“. Die Formulierung spricht nur von „(...) haben (...) einzustehen (...)“, was atypisch für eine Schadensersatznorm ist. Sie benennt gerade keine Tatbestands-Merkmale (§ 823 ff. BGB) oder beschreibt ebenso wenig eine Art und Weise der Pflichtverletzung (§ 280 ff. BGB).

Auch aus § 1664 Abs. 2 BGB folgt nicht anderes. Sie besagt, dass Eltern, wenn sie gemeinsam für einen Schaden verantwortlich sind, diese als Gesamtschuldner haften. Diese Vorschrift enthält zwar den Begriff „Schaden“ – jedoch gerade nicht auf der Rechtsfolgen-, sondern schon auf der Tatbestandsseite. § 1664 Abs. 2 BGB setzt daher schon einen Haftungsgrund des Kindes voraus. Dieser kann allerdings – wie gezeigt – nicht durch § 1664 Abs. 1 BGB gegeben sein.

Im Ergebnis ist es daher nach Auffassung des Bearbeiters überzeugender, dass ein Schadensersatz-Anspruch der Verletzung der elterlichen Sorge aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu folgen hat. § 1664 Abs. 1 BGB wird folgerichtig im Rahmen des Verschuldens als eine haftungsmildernde Norm herangezogen. Gerade auch der Befürchtung, dass das Vermögen des Kindes über § 823 Abs. 1 BGB nicht hinreichend geschützt werde, wird Rechnung getragen. Die schuldrechtliche Norm des § 241 Abs. 2 BGB schützt ausdrücklich auch die „Interessen“ des anderen Teils.

⁹⁰ Aufschlussreich ist hier ein Aufsatz von *Becker* in: JA 2015, 576:

Er vertritt die Auffassung, dass der historische Gesetzgeber die Existenz einer Anspruchsgrundlage im Eltern-Kind-Verhältnis schlichtweg vorausgesetzt habe. Es sei nicht zu einer Aufnahme einer ausdrücklichen Regelung gekommen, weil dies in der Zeit bis zum Inkrafttreten des BGB geltendes Partikularrecht gewesen sei, JA 2015, 576 (577).

⁹¹ Der unstreitig keine Anspruchsgrundlage darstellt. Siehe oben unter C.I.1.

5. Zwischenergebnis und Ausblick

Die soeben erörterte Basis zu § 1664 BGB kann im Folgenden ideal auf einen Anwendungsfall übertragen werden. So viel sei verraten: Fernab der Lebenswirklichkeit ist er nicht.

III. BGHZ 103, 338: Der Spielplatz-Fall; Die Wirkung der Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB im Mehrpersonenverhältnis

Der nachfolgende Abschnitt verfolgt das Ziel, die spannende Frage zu klären, wie sich die Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB auf der Rechtsfolgenseite – in einem Mehrpersonenverhältnis – auswirkt.

Als Ausgangspunkt hierfür wird der viel diskutierte „Spielplatz-Fall“⁹² des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1988 dienen, dessen Sachverhalt zunächst skizziert werden soll: Hintergrund des „Spielplatz-Falles“ ist, dass sich ein zweijähriges Kind schwer verletzt hat, als es auf einem Kinderspielplatz vom Podest einer Rutsche fiel. Die beklagte Stadt, die den Spielplatz unterhielt und daher für den verkehrssicheren Zustand verantwortlich war, hatte die Rutsche auf einer Platte aus Beton montieren lassen, anstatt für einen weichen Untergrund zu sorgen. Ein weicher Untergrund aus Sand oder Schaumstoff hätte den Sturz abgefedert und es wäre zu keiner Verletzung des Kindes gekommen.

Einigkeit besteht in der Ausgangslage: Ein Schadensersatzanspruch des Kindes (K) gegen die Stadt (S) folgt aus der Verletzung dieser Verkehrssicherungspflicht, § 823 Abs. 1 BGB⁹³. Nun ist jedoch auch die Rolle des sorgeberechtigten Vaters (V) von zentraler Bedeutung: In just dem Moment, in welchem sein Kind von der Rutsche fiel, war er für einen kurzen Moment durch das Hupen eines Autos abgelenkt. In rechtlicher Hinsicht ist dies als leicht fahrlässiges Verhalten einzustufen. Überdies bleibt zu beachten, dass

⁹² BGHZ 103, 338 = NJW 1988, 2667.

⁹³ MüKo-BGB/Wagner, § 823 Rn. 555; BeckOK-BGB-Förster, § 823 Rn. 484; Jauerling-BGB/Teichmann, § 823 Rn. 49.

dies der eigenüblichen Sorgfalt (§ 277 BGB) des V entspricht; in diesem Pflichtenkreis⁹⁴ handelt er stets leicht fahrlässig.

Untechnisch – aber vollkommend zutreffend – ist zu sagen: Die Stadt (S) und der Vater (V) sind jeweils zu 50% an den Verletzungen des Kindes (K) schuld.

Der Schlüssel zum Verständnis der Problematik liegt hier – wie schon in den einleitenden Bemerkungen zum Ausgangspunkt unter B. angedeutet – im Bereich des sogenannten gestörten Gesamtschuldverhältnisses.

Bevor es jedoch vertieft darum gehen wird, soll ein einprägsame Fragestellung diskutiert werden: Müssen Kinder in einem solchen Falle eventuell für ihre Eltern haften? Rechtlich übersetzt: Ist ein Mitverschulden der gesetzlichen Vertreter im Rahmen von § 254 BGB zurechenbar? Hier wird es um die Bedeutung der Zurechnungsnorm des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB gehen (III.1.)

Hieran anschließend soll folgerichtig das Institut der Gesamtschuldnerschaft in seiner Grundkonstellation dargestellt (III.1.) und sodann für den Fall einer „Störung“ in den Blick genommen werden (III.2.).

Hierauf aufbauend wird es um die Anwendung der Privilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB gehen. Wie diese Haftungserleichterung zu Gunsten eines Elternteils zu behandeln ist, wird verschieden beurteilt (III.3.).

Ziel ist es anschließend, differenziert Stellung zu beziehen und die überzeugendste Lösungsmöglichkeit für den präsentierten „Spielplatz-Fall“ herauszuarbeiten (III.4.).

1. Haften Kinder womöglich für ihre Eltern? – Zur Bedeutung von § 254 Abs. 2 S. 2 BGB

Neben der Bedeutung des Rechtsgedankens von § 254 BGB für eine Ermittlung interner Schadensquotelungen⁹⁵ ist es indes umstritten, inwiefern sich ein Kind das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter über die Norm des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB zurechnen lassen muss.

⁹⁴ Hier geht es um eine Aufsichtspflicht-Verletzung, BGH NJW 1988, 2667 (2669).

⁹⁵ BeckOK-BGB/Lorenz, § 254 Rn. 1; Jauering-BGB/Teichmann, § 254 Rn. 1.

Allgemein gilt: Ein „eigenes“ Mitverschulden muss sich ein Zweijähriger aufgrund seiner Schuldunfähigkeit nicht anrechnen lassen, § 828 Abs. 1 BGB. Diese Wertung des § 828 Abs. 1 BGB muss auch beim Mitverschulden Berücksichtigung finden⁹⁶.

Gestritten wird nun über die Bedeutung von § 254 Abs. 2 S. 2 BGB. Hier-nach kann ein Mitverschulden der gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen bei der Schadensverursachung über die Norm des § 278 BGB zugerechnet werden. Einigkeit besteht darüber, dass § 254 Abs. 2 S. 2 BGB wie ein eigener Absatz der Norm zu lesen ist⁹⁷. Damit kommt die Zurechnung eines Mitverschuldens auch für die Fälle des § 254 Abs. 1 BGB in Betracht, der ausdrücklich von der Entstehung des Schadens spricht. Dies könnte vorliegend für den Vater V zutreffen. Eine potentielle Anwendung der Zurechnungsnorm § 278 BGB setzt nach deren Wortlaut aber voraus, dass ein „Schuldner“ vorhanden ist.

Es muss daher ganz grundlegend schon vor der schadensstiftenden Handlung ein Schuldverhältnis zwischen dem Schädiger (vorliegend wäre dies die Stadt S) und dem Geschädigten (hier das Kind K) bestanden haben.

Dies trifft vorliegend unstreitig nicht zu. K und S stehen in keiner rechtlichen Sonderverbindung. Insbesondere entsteht das gesetzliche Schuldverhältnis aus § 823 Abs.1 BGB erst im Moment des schädigenden Ereignisses.

Nach einer vertretenden Ansicht⁹⁸ kommt es hierauf allerdings auch gar nicht an. Grund ist, dass der Verweis des § 254 Abs. 2 S. 2 BGB auf § 278 BGB als reine Rechtsfolgen-Verweisung verstanden wird. Dies bedeutet, dass das Verschulden des gesetzlichen Vertreters⁹⁹ (hier also das des V) dem K zugerechnet wird. Ein Schuldverhältnis sei insofern gar nicht nötig. Nach dieser Ansicht müsste sich K das Verschulden des V über §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 BGB zurechnen lassen.

⁹⁶ MüKo-BGB/Wagner, § 828 Rn. 3; Jauerling-BGB/Teichmann, § 828 Rn. 1.

⁹⁷ MüKo-BGB/Oetker, § 254 Rn. 126; die Stellung am Ende von Abs. 2 wird als Redaktions-versehen des Gesetzgebers gedeutet, so auch Jauerling-BGB/Teichmann, § 254 Rn. 11.

⁹⁸ Lange, NJW 1953, 967 ff.

⁹⁹ V ist gesetzlicher Vertreter des K, §§ 1629 Abs. 1 S. 1, 1626 Abs. 1 BGB.

Nach zutreffender Auffassung handelt es sich bei § 254 Abs. 2 S. 2 BGB aber um eine Rechtsgrund-Verweisung¹⁰⁰. Dies hat zur Konsequenz, dass die Zurechnung des Verschuldens eines Dritten nur gelingt, wenn zum Zeitpunkt des mitverschuldensrelevanten Verhaltens zwischen dem Schädiger (hier S) und dem Kind (K) ein Schuldverhältnis oder eine vergleichbare Sonderrechtsverbindung besteht. Dies geschieht zu Recht, denn Schädiger und Geschädigter sollen im Rahmen des § 254 BGB grundsätzlich gleich behandelt werden, sogenanntes Argument der Symmetrie¹⁰¹. Dieser Gleichbehandlungsgedanke und das Symmetriegebot kann aber nur erreicht werden, wenn der Geschädigte nicht stärker für Hilfspersonen und gesetzliche Vertreter einzustehen hat, als dies der Schädiger tun müsste¹⁰². Das Kind muss sich also – in Ermangelung einer zuvor bestehenden rechtlichen Sonderverbindung zur S – nicht das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters V über §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278, 1629 Abs.1, 1626 Abs.1 BGB zurechnen lassen. Für den als Ausgangspunkt gewählten „Spielplatzfall“ bedeutet dies, dass keine Zurechnung über § 254 Abs. 2 S. 2 BGB erfolgt. Das Kind haftet insofern nicht für das Verhalten seines Vaters V. Inwieweit das Verhalten des V eventuell doch noch von Relevanz ist, wird nun genauer überprüft werden (III.2. – 4.)

2. Allgemein: Die Gesamtschuld nach §§ 421 – 427 BGB

Wie schon ausgeführt, liegt der Schlüssel zum Verständnis im Rahmen des (gestörten) Gesamtschuldverhältnisses. Ganz allgemein ist festzustellen: Die Gesamtschuld gilt als die sicherste Form der Schuldnermehrheit¹⁰³. Nach der Definition des § 421 S. 1 BGB muss jeder Gesamtschuldner die ganze Leistung bewirken; der Gläubiger kann sie von jedem Schuldner ganz oder nur zum Teil fordern¹⁰⁴. Hierbei wird der Gläubiger regelmäßig den zahlungskräftigsten Schuldner auf die gesamte Leistung in Anspruch nehmen, denn welchen Teil der Forderung der einzelne Gesamtschuldner im Verhältnis zu

¹⁰⁰ Palandt/*Grünberg*, § 254 Rn. 48; MüKo-BGB/*Oetker*, § 254 Rn. 126; BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 254 Rn. 40; BGHZ 103, 338; OLG Zweibrücken NJW-RR 2006, 1165.

¹⁰¹ *Haager*, NJW 1989, 1640 (1641).

¹⁰² MüKo-BGB/*Oetker*, § 254 Rn. 129; Jauerling-BGB/*Teichmann*, § 254 Rn. 11.

¹⁰³ *Preißler*, Grundfälle zur Gesamtschuld im Privatrecht, JuS 1987, 208 (209).

¹⁰⁴ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, § 66 Rn. 887; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 37 Rn. 1.

seinen Mitschuldnern aufzubringen hat, braucht den Gläubiger bei seinem Vorgehen „nicht zu kümmern“¹⁰⁵

Eine solche Gesamtschuld kann durch Vertrag (§ 427 BGB), aufgrund der Natur des Leistungsgegenstandes (§ 431 BGB) oder wegen besonderer gesetzlicher Vorschriften (insbesondere § 840 Abs. 1 BGB) entstehen. Für den deliktischen Bereich ist die allgemeinste Vorschrift § 840 BGB: Sie besagt, dass wenn mehrere aus einer unerlaubten Handlung nebeneinander verantwortlich sind, diese als Gesamtschuldner haften, § 840 Abs. 1 BGB¹⁰⁶.

Im Rahmen des internen Verteilungsmaßstabs sieht § 426 Abs. 1 S. 1 BGB eine Gleichheit der Anteile vor, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Eine anderweitige Bestimmung ergibt sich bei Schadensersatzansprüchen aus dem Rechtsgedanken des § 254 BGB¹⁰⁷. Hieraus folgt, dass sich nach entsprechender Anwendung des § 254 BGB die interne Verteilung zwischen den Schädigern – § 426 Abs. 1 S. 1 BGB – nach deren Ursachen- und Verschuldensanteilen an der Schädigung richtet¹⁰⁸.

Ebendieses Auseinanderfallen zwischen interner Verantwortlichkeit nach § 426 Abs. 1 BGB und der Pflicht, im Außenverhältnis die ganze Leistung bewirken zu müssen – § 421 S. 1 BGB – ist der Ausgangspunkt für die folgenden Erörterungen zum gestörten Gesamtschuldverhältnis.

3. Spezialfall: Das gestörte Gesamtschuldverhältnis

Nun ist es so, dass die Haftung eines von mehreren Schädigern von vornherein durch Vertrag oder aufgrund Gesetzes eingeschränkt oder ausgeschlossen sein kann. Die „gestörte Gesamtschuld“ betrifft damit einen Fall, bei dem beispielsweise zwei Personen einen haftungsbegründeten Tatbestand gegenüber einem Verletzten erfüllt haben; wo sodann aber infolge einer Haftungsprivilegierung zu Gunsten eines der Schädiger letztlich nur der andere

¹⁰⁵ *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 54 Rn. 1276.

¹⁰⁶ Dies betrifft zunächst freilich nur das Außenverhältnis; BeckOK-BGB/*Spindler*, § 840 Rn. 6; MüKo-BGB/*Wagner*, § 840 Rn. 14; BGH NJW 1991, 1289 (1290).

¹⁰⁷ Ständige Rechtsprechung, zum Beispiel: BGHZ 43, 277 = NJW 1965, 1175 (1176); So auch BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 254 Rn. 3; Jauerling-BGB/*Teichmann*, § 254 Rn. 2.

¹⁰⁸ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, § 56 Rn. 761; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 37 Rn. 15.

Schädiger haftet¹⁰⁹. Obwohl im Innenverhältnis nach § 426 S. 1 BGB jeder Schädiger entsprechend § 254 BGB nach seinem Verschuldensanteil haftet, müsste der nicht-haftungsprivilegierte Schädiger im Außenverhältnis zum Geschädigten den gesamten Schaden regulieren. Um dieses unbillige Ergebnis zu korrigieren, sind verschiedene Lösungsmöglichkeiten denkbar. Gesetzlich ist dieser Fall nicht geregelt¹¹⁰. Die entscheidende Wertungsfrage ist, auf wessen Kosten der Interessenkonflikt bewältigt werden soll¹¹¹. Bei gesetzlichen Privilegierungen muss durch Auslegung der jeweiligen Vorschrift festgestellt werden, wie der Interessenkonflikt zu lösen ist.

4. Für den präsentierten „Spielplatz-Fall“ ergibt sich das folgende:

Möglicherweise ist der Anspruch des Kindes (K) über die Grundsätze der gestörten Gesamtschuld zu kürzen sein. Wie erörtert spricht man von einer gestörten Gesamtschuld, wenn von mehreren Schuldner, die gesamtschuldnerisch nach §§ 840 Abs. 1, 421 ff BGB haften würden, einer der Schuldner aufgrund einer Haftungsprivilegierung nicht in Anspruch genommen werden kann. Mangels Entstehung einer Gesamtschuld scheitert der Ausgleich im Innenverhältnis nach § 426 Abs. 1 BGB. Ebendiese Konstellation ist im „Spielplatz-Fall“ gegeben: Die Stadt S und Vater V wären grundsätzlich als Gesamtschuldner zur Regulierung des bei Kind K eingetretenen Schadens verpflichtet, §§ 840 Abs. 1, 421 ff. BGB.

Kind K könnte sich nun den leistungsfähigsten Schuldner heraussuchen; etwa die Stadt S: Danach wäre die Stadt S nun grundsätzlich – trotz der Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB zu Gunsten des Vaters V – dazu verpflichtet, gegenüber dem Kind K den gesamten Schaden zu regulieren, ohne dass berücksichtigt würde, dass es nur zu dem Unfall kommen konnte, weil V leicht fahrlässig seine Aufsichtspflicht verletzt hatte. Inwieweit dieses Ergebnis einer wertungsmäßigen Korrektur bedarf, wird unterschiedlich bewertet. In diesem Kontext ist zu prüfen, ob der Haftungsprivilegierte nach Sinn und Zweck der haftungsprivilegierenden Norm absoluter oder nur rela-

¹⁰⁹ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, § 56 Rn. 763; *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 54 Rn. 1291; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 37 Rn. 20.

¹¹⁰ Zu den schon seit langem vorgebrachten Kodifizierungs-Aufforderungen und Referenten-Entwürfen des Dt. Juristentages: *Klüber*, JZ 1968, 542.

¹¹¹ *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 54 Rn. 1294.

tiver Schutz zuteil werden soll. Was hierunter konkret zu verstehen ist, soll im Folgenden dargestellt werden:

a) These von der absoluten Außenwirkung der Haftungsprivilegierung nach § 1664 Abs. 1 BGB

Der Bundesgerichtshof¹¹² sieht in § 1664 Abs. 1 BGB eine Vorschrift, die absoluten Schutz im Eltern-Kind-Verhältnis gewährleistet. Dies würde bedeuten, dass das Kind K die Stadt S vollumfänglich in Anspruch nehmen kann, ohne dass die Stadt S bei Vater V im Innenverhältnis nach § 426 Abs. 1 BGB Regress nehmen kann. Begründet wird diese Auffassung damit, dass „schon gar kein Gesamtschuldverhältnis entstehe, in welches der Vater V hineinwache“¹¹³. Der BGH argumentiert also damit, dass wegen der Regelung der §§ 1664 Abs.1, 277 BGB schon gar kein Gesamtschuldverhältnis entstehe, welches überhaupt gestört werden könnte¹¹⁴. Nach dieser Lösung hätte die Stadt S den gesamten Schaden zu regulieren und es bliebe nicht berücksichtigt, dass der Vater V einen hälftigen Verursachungsbeitrag geleistet hat.

b) These von der relativen Außenwirkung des § 1664 Abs. 1 BGB

Die herrschende Meinung in der Literatur¹¹⁵ behandelt sämtliche gesetzliche Haftungsprivilegierungen gleich und kürzt die Ansprüche des Geschädigten im Außenverhältnis. Der Anspruch des Kindes K gegen die Stadt S ist damit von vornherein um den Betrag zu kürzen, für den die Stadt S bei Vater V regressberechtigt wäre. Im „Spielplatz-Fall“ lag die Quotelung bei 50/50. Bei einer solchen Lösung fällt der Haftungsausschluss konsequent demjenigen zur Last, dessen Interessen durch die gesetzliche Haftungsprivilegierung abgewertet sind¹¹⁶. Für den „Spielplatz-Fall“ bedeutet dies, dass sich das Kind K von vornherein eine Anspruchskürzung gegen die Stadt S um den

¹¹² So auch entschieden im „Spielplatz-Fall“: BGH NJW 1998, 2667.

¹¹³ BGH NJW 1988, 2667 (2669).

¹¹⁴ Auch vertreten von: *Schmieder*, JZ 2009, 189 (191).

¹¹⁵ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht AT, § 66 Rn. 903; *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 37 Rn. 24; *Medicus*, JZ 1967, 398; *Muscheler*, JR 1994, 441 (442); *Mollenhauer*, NJ 2011, 1 (4); *Walker*, JuS 2015, 865 (874).

¹¹⁶ *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rn. 1295, *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 37 Rn. 23f.

Verschuldensanteil des Vaters V gefallen lassen muss. Das Kind hat damit nur den hälftigen Schadensersatzanspruch gegen die Stadt S.

c) Stellungnahme

Auf den ersten Blick verdient die Entscheidung des BGH Beifall. Es scheint zunächst billig und gerecht, dass sich das Kind K keine Anspruchskürzung gefallen lassen muss. Das Kind bekommt nach BGH-Lösung den gesamten Schaden von der Stadt S reguliert und diese kann beim Vater keinen Regress nehmen. Der Bearbeiter möchte ehrlich sein: Einem ersten Eindruck folgend möchte man Vater und Kind schlicht und ergreifend „etwas gutes tun“ und die Stadt vollumfänglich – und damit zu 100% – haften lassen. Zu fragen ist im Folgenden jedoch ganz nüchtern, ob dieses Ergebnis des BGH einer überzeugenden rechtlichen Überprüfung standhalten kann.

Fragwürdig erscheint zunächst die rechtliche Begründung des BGH: Die Rechtsprechung argumentiert hier damit, dass kein gestörtes Gesamtschuldverhältnis entsteht. Insofern sei auch nicht auf die Lösungsmöglichkeit zur gestörten Gesamtschuld zurückzugreifen¹¹⁷. Diese Argumentation erscheint äußerst zweifelhaft, denn de facto wird die Problematik der gestörten Gesamtschuld damit nur umgangen: Eine Störung eines Gesamtschuldverhältnisses tritt ein, wenn die Haftung eines Gesamtschuldners gegenüber dem Gläubiger ausgeschlossen oder beschränkt ist¹¹⁸. Folgt man nun der BGH-Argumentation und sagt, dass es wegen der Privilegierung schon an einem Gesamtschuld-Verhältnis fehle, so würde man niemals das Vorliegen eines gestörten Gesamtschuldverhältnisses feststellen können. Das wiederum würde aber konsequent zu Ende gedacht bedeuten, dass die nicht privilegierten Geschädigten den gesamten Schaden zu tragen haben. Dieses Ergebnis ist aber nicht in jedem Fall tragbar, weshalb die Grundsätze der gestörten Gesamtschuld daher stets zu bedenken und anzuwenden sind¹¹⁹.

Folgerichtig muss man sich für ein Lösungskonzept zur gestörten Gesamtschuld entscheiden. Zunächst ist ganz grundlegend zu bedenken, dass das

¹¹⁷ BGH NJW 1988, 2667 (2669).

¹¹⁸ Brox/Walker, Schuldrecht AT, § 37 Rn. 20.

¹¹⁹ MüKo-BGB/Bydlinski, § 426 Rn. 54; BeckOK-BGB/Gehrlein, § 426 Rn. 11; Jauerling-BGB/Stürner, § 426 Rn. 22 ff.; Walker, JuS 2015, 865.; Löhnig/Firsching/Naczinsky/Runge-Rannow, JA 2018, 22 (33).

Kind K im Falle der alleinigen Schädigung des Vaters gar keinen Schadensersatzanspruch gegen diesen hätte. Das ist ein ganz wesentlicher Befund. Grund ist die elterliche Privilegierung nach § 1664 Abs. 1 BGB.

Sinn und Zweck des § 1664 BGB ist es, den Familienfrieden nicht durch gegenseitige Schadensersatzansprüche zu gefährden. Dies leuchtet auch ein. Es ist allerdings mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift nur schwerlich in Einklang zu bringen, im Falle eines Mehrpersonen-Verhältnisses ebendieser Norm eine absolute Außenwirkung beizumessen. Es leuchtet nicht nämlich ein, warum potentielle Ansprüche des Kindes im Falle einer Schädigung im Mehrpersonen-Verhältnis dergestalt aufgewertet werden sollen. Alleiniger Grund ist schließlich, dass ein zufälliger Dritter an der Schadensverursachung beteiligt war. Jedenfalls für eine vertragliche Abrede wäre eine solche Aufwertung des Anspruches generell nicht zulässig. Würde man nämlich einer vertraglichen Abrede Außenwirkung beimessen, so würde es sich um einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter handeln. Zu fragen ist daher, inwieweit mit dem Handwerkszeug juristischer Auslegung der gesetzlichen Norm des § 1664 Abs.1 BGB eine absolute Außenwirkung zuzuschreiben ist:

Der Wortlaut gibt hierzu keinerlei Hinweise. Die Norm spricht lediglich von der Haftungserleichterung der Eltern „dem Kind gegenüber“.

Auch der historische Gesetzgeber hat sich dazu nicht geäußert.

Ein systematischer Vergleich im Buch des Familienrechts bezeugt zudem folgendes: Im Anwendungsfall der *diligentia quam in suis* – im Rahmen des § 1359 BGB – wird der Norm lediglich Wirkung im Ehegatten-Innenverhältnis beigemessen.

Nun soll fokussiert der Sinn und Zweck des § 1664 BGB in den Blick genommen werden: Mit der Norm des § 1664 BGB möchte der Gesetzgeber das sensible Eltern-Kind-Verhältnis privilegieren. Dieses Verhältnis soll nicht durch gegenseitige Schadensersatzansprüche gefährdet werden. Hier geht es ausdrücklich nicht um das Verhältnis der Familie zu Außenstehenden Dritten. Es ist daher konsequent, der Norm lediglich relative Wirkung im Eltern-Kind-Verhältnis zuzuschreiben. Für eine Aufwertung von Ansprüchen des Kindes im Falle der zufälligen Schädigung eines Dritten ist kein Platz.

Für den „Spielplatz-Fall“ bedeutet dies: Die anteilige Kürzung berücksichtigt den Umstand gebührend, dass das Kind – im Falle einer alleinigen Schädigung durch den Vater – leer ausginge. Eine Kürzung bedeutet kurzum: Das Haftungsprivileg des Vaters bleibt erhalten, während es gleichzeitig nicht zu Lasten unbeteiligter Dritter (S) wirkt. Schlussendlich verdient damit die Ansicht der Literatur den Vorzug, da sie die widerstreitenden Interessen am besten vereint. Auch hier bleibt der innerfamiliäre Frieden gewahrt und die Interessen der zufällig Beteiligten Dritten werden angemessen berücksichtigt. Auch der Familienfrieden ist nicht in Gefahr; immerhin hat das Kind den hälftigen Schadensersatzanspruch gegen die Stadt S.

d) Zwischenergebnis und Kurz-Überblick:

Der „Spielplatz-Fall“ vereint wesentliche Problemkreise des § 1664 BGB. Er verdeutlicht, dass § 1664 BGB – dem Wortlaut folgend – auch für Aufsichtspflichtverletzungen gilt. Die Norm verfolgt daher den Zweck, einen umfassenden Haftungsschutz für das Eltern-Kind-Verhältnis zu gewährleisten.

Nach hier vertretener Auffassung wirkt dieses aber nur innerhalb der Beteiligten – also zwischen Eltern und Kind – und hat im Mehrpersonen-Verhältnis keine absolute Schutzwirkung. Eine hier eingetretene gestörte Gesamtschuld ist von vorneherein um den entsprechenden Verschuldensbeitrag des Elternteils zu kürzen. Die „Gesamtschuld“ behält ihre Bedeutung alleine für die Berechnung desjenigen Betrages, um welchen der gegebene Anspruch zu kürzen ist.

D. Schlussteil

Aus der vorliegenden Arbeit sind aus Sicht des Bearbeiters mehrere Schlüsse zu ziehen: Ausgangspunkt war es, die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten im Familienrecht genauer zu untersuchen. Besonders spannend an der intensiveren Auseinandersetzung mit der Materie des Familienrechts ist, dass dessen Regelungen unser tägliches Leben berühren. Zweifellos gilt dies zwar auch für das andere Bereiche, etwa das Schuldrecht – doch zeichnet sich der besondere Reiz des Familienrechts doch dadurch aus, dass es hier auch um

emotionale Nähe-Verhältnisse geht. Und gerade hier liegt der Anknüpfungspunkt für die *diligentia quam in suis*: Aufgrund der freien Wahl der Partner (§ 1359 BGB), beziehungsweise dem haftungsanfälligen und zugleich sensiblen Eltern-Kind-Verhältnis (§1664 BGB). ist es gerechtfertigt, den jeweiligen Haftungsmaßstab auf diejenige Sorgfalt zu reduzieren, die der Handelnde in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 277 BGB).

Es war sehr lehrreich zu sehen, dass beispielsweise § 1664 BGB von der herrschenden Ansicht in Literatur – wie auch Rechtsprechung – als Anspruchsgrundlage verstanden wird, obschon es hierfür nicht sonderlich viele Argumente gibt. Die vorliegende Seminararbeit konnte sich hier intensiver mit dieser Frage befassen und zu einem Ergebnis gelangen, das aus Sicht des Bearbeiters zufriedenstellender ist. Freilich ist zu beachten, dass der Ort für solche Auseinandersetzungen zumeist nicht die rechtswissenschaftliche Klausur sein kann. Insoweit ist es sehr schön, dass mit dieser Seminararbeit einmal vertiefender Einblick in diese Regelungsmaterien gewonnen werden konnte. Nicht nur die Rechtsnatur des § 1664 BGB betreffend, sondern beispielsweise auch die durchaus kritische Überprüfung der BGH-Rechtsprechung im „Spielplatz-Fall“.

Neben der Untersuchung einer Vielzahl weiterer Problemfelder wurde doch eines deutlich: Das Recht erfüllt die Funktion, unser aller Zusammenleben zu steuern. Auch Sprichwörter wie „drum prüfe, wer sich ewig bindet“ erscheinen nun – vor dem Hintergrund des § 1359 BGB – in ganz neuem Lichte. Und für den Fall, dass wertvolle Vasen aus der Ming-Dynastie in einer Ehegatten-Wohnung herumstehen und einer der Partner zur Fahrlässigkeit neigt, lässt sich ganz vorsichtig formulieren: Besser sicher verwahren.

Schlussendlich: Es bleibt wie immer spannend und reizvoll zugleich, zu beobachten, wie sich dieses Regelungsgefüge weiterentwickeln wird. Wird der BGH die Rechtsprechung zu § 1664 BGB auch auf § 1359 BGB übertragen? Wird es womöglich einen neuen „Spielplatz-Fall“ geben? Sollte dies der Fall sein, so ist der Bearbeiter sehr aufmerksam. Eventuell kommt es ja zu einem „Spielplatz-Fall 2.0.“; in dem ein Ehegatte den anderen versehentlich vom Podest einer Rutsche stößt – und der Boden dieses Podestes zufälligerweise aus hartem Beton besteht.

E. Eigenständigkeitserklärung

Hiermit versichere ich, dass ich die vorliegende Arbeit eigenständig, das heißt ohne fremde Hilfe und nur unter Angabe der angegebenen Quellen, angefertigt habe.

Budapest, den 24. März 2018

Philipp Auth