Schwerpunktklausur im Medizinrecht/ Examensübungsklausur: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?*

Prof. Dr. Beate Gsell, Wiss. Mitarbeiter Andreas Freiwald, München**

Sachverhalt

Vadim (V) und seine beiden sechs- und dreijährigen Töchter Dascha (D) und Tanja (T) verbringen den Nachmittag auf einem Spielplatz, auf dem sich auch Gülsüm (G) mit ihrem sechsjährigen Sohn Sinan (S) aufhält. S und D spielen mit im Mülleimer gefundenen Murmeln (Durchmesser: 16 mm). Dabei wirft S auch Murmeln in den Sandkasten, was der danebenstehenden G nicht entgeht, die jedoch nichts unternimmt. Während V für einen Zeitraum von fünf Minuten abgelenkt ist durch ein Telefonat, das er – wie auch sonst bei Spielplatzbesuchen – mit einem Geschäftspartner führt, klettert T aus dem neben ihm stehenden Buggy und begibt sich zum 10 m entfernten Sandkasten. Zu diesem Zeitpunkt verteilt G am – deutlich von der Sandkiste entfernten – Picknicktisch Obst an D und S. T spielt ein paar Minuten unbeobachtet, findet zwei Murmeln, steckt sich eine davon in den Mund und verschluckt diese und bekommt keine Luft mehr. Erst als sie schon blau angelaufen ist und das Bewusstsein verloren hat, eilt V suchend über den Platz, entdeckt sie, dreht sie kopfüber, sodass die Murmel sich löst und ruft den Notarzt. Durch den Sauerstoffmangel hat T einen leichten hypoxischen Hirnschaden erlitten, der über Monate medizinisch behandelt werden muss. Die mittlerweile ebenfalls auf dem Spielplatz eingetroffene, von V getrennte, Mutter von T, Mascha (M), erleidet angesichts des Anblicks ihrer Tochter einen Kreislaufkollaps. Sie muss deshalb einen für den Folgetag vereinbarten Einsatz als Clown auf einem Kindergeburtstag (Honorar: 100 €) absagen.

V ist der Meinung, dass er nicht haftet, weil es doch wohl nicht sein könne, dass man innerhalb der Familie „dauernd hundert Prozent aufmerksam“ sein müsse.

Bearbeitungsvermerk

In einem Rechtsgutachten sind folgende Fragen zu prüfen.

Frage 1

Hat T Ansprüche gegen V und G auf Ersatz der Behandlungskosten?

* Bei den Fragen 1 und 2 handelt es sich um einen von zwei Teilen der studienabschließenden Prüfung, die im Termin 2024/2 im Schwerpunktbereich Medizinrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München gestellt wurde; auf diese beiden Fragen entfielen 75 % der Gesamtbewertung. Frage 3 erweitert die Aufgabenstellung um eine zivilprozessuale Fallgestaltung in diesem Kontext, sodass sich diese Klausur an Studierende des Schwerpunktbereichs Medizinrecht und Examenskandidaten richtet.

** Die Autorin Prof. Dr. Beate Gsell ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Autor Andreas Freiwald ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Frage 2

Kann M von G Ersatz von 100 € verlangen?

Frage 3

Wie könnte T aktuell prozessual dagegen vorgehen, dass sich – vielleicht erst nach Jahren – zuverlässig feststellen lässt, ob sie bleibende kognitive Schäden zurückbehalten hat, die sie in ihrem schulischen und beruflichen Fortkommen behindern werden?

Lösungsvorschlag

Frage 1: Ansprüche der T gegen V und G auf Ersatz der Behandlungskosten	481
A. Ansprüche der T gegen V	481
I. Aus § 1664 Abs. 1 BGB	481
1. § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage?	482
2. Sorgeberechtigter Elternteil	482
3. Pflichtverletzung in Ausübung der elterlichen Sorge.....	482
4. Verschulden	483
a) Einhaltung der eigenüblichen Sorgfalt.....	483
b) Lediglich leicht fahrlässiges Verhalten des V	483
c) Teleologische Reduktion der Vorschrift bei Verletzung der Aufsichtspflicht?	484
aa) Kein Raum für individuelle Sorgfalt?	484
bb) Anwendbarkeit des § 1664 Abs. 1 BGB und vermittelnder Lösungsvorschlag.....	484
5. Ergebnis.....	485
II. Aus § 823 Abs. 1 BGB	485
1. Ablehnung der Übertragbarkeit auf das Deliktsrecht	485
2. Grundsätzliche Anwendbarkeit auch im Deliktsrecht.....	485
3. Ergebnis.....	485
III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB	485
IV. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB	486
B. Ansprüche der T gegen G.....	486
I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB	486
1. Aufsichtsbedürftige Person.....	486
2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S	486
a) Rechtsgutsverletzung der T	486
b) Verletzungshandlung des S	487

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

c) Haftungsausfüllende Kausalität.....	487
aa) Äquivalenztheorie.....	487
bb) Adäquanztheorie.....	487
cc) Schutzzweck der Norm	487
d) Rechtswidrigkeit	488
3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners	488
4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB.....	488
a) Kein Ausschluss der Pflichtverletzung der G wegen Verletzung der Aufsichts- pflicht durch V	488
b) Einzelfallabwägung anhand konkreter Umstände	489
5. Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB	489
a) Art der Ersatzleistung, §§ 249 ff. BGB	489
b) Zurechenbarkeit des Schadens.....	489
c) Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschulden, § 254 Abs. 1 BGB	489
aa) Eigene Obliegenheitsverletzung der T.....	490
bb) Zurechnung der Obliegenheitsverletzung des V	490
(1) Spiegelbildgedanke auch hier anwendbar (Rspr.)	490
(2) Differenzierung zwischen gesetzlichen Vertreter und Erfüllungs- gehilfe (Teile der Lit.)	491
d) Kürzung des Anspruchs nach den Regeln über die gestörte Gesamtschuld	491
aa) Vorliegen einer gestörten Gesamtschuld	491
bb) Auswirkungen auf den Anspruch der T gegen G.....	491
(1) Lösung zulasten G.....	491
(2) Lösung zulasten V	492
(3) Lösung zu Lasten T	492
(4) Streitentscheid	492
6. Ergebnis.....	493
II. Aus § 823 Abs. 1 BGB	493
III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB	493
Frage 2: Ansprüche der M gegen G auf Ersatz der 100 €.....	493
I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB	493
1. Aufsichtsbedürftige Person.....	494
2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S	494
a) Rechtsgutsverletzung der M	494
b) Verletzungshandlung	494

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

c) Haftungsbegründende Kausalität.....	494
aa) Äquivalenztheorie.....	495
bb) Adäquanztheorie.....	495
cc) Schutzzweck der Norm	495
(1) Pathologisch fassbarer Zustand.....	495
(2) Keine „schlechterdings nicht mehr verständliche“ Reaktion	496
(3) Naher Angehöriger oder enger Lebenspartner.....	496
d) Rechtswidrigkeit	496
3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners	496
4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB.....	496
5. Rechtsfolge, §§ 249 ff. BGB.....	496
a) Art der Ersatzleistung	496
b) Zurechenbarkeit des Schadens.....	497
c) Keine Kürzung des Anspruchs nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld ...	497
6. Ergebnis.....	497
II. Aus § 823 Abs. 1 BGB	497
III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB	497
Frage 3: Klageantrag.....	497
I. Klageantrag auf Leistung	497
1. Leistungsklage.....	497
2. Klage auf zukünftige Leistung, §§ 257-259 ZPO.....	498
II. Klageantrag auf Feststellung.....	498
1. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 Abs. 1 BGB	498
2. Feststellungsinteresse.....	499
a) Feststellungsinteresse im Hinblick auf die Verjährungsgefahr	499
b) Keine Subsidiarität der Feststellungsklage	499
III. Ergebnis.....	500

Frage 1: Ansprüche der T gegen V und G auf Ersatz der Behandlungskosten

A. Ansprüche der T gegen V

I. Aus § 1664 Abs. 1 BGB

T könnte gegen V einen Anspruch aus § 1664 Abs. 1 BGB haben.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

1. § 1664 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage?

Zwar betrifft § 1664 Abs. 1 BGB dem Wortlaut nach nur einen Haftungsmaßstab. Mit der ganz h.M. ist die Vorschrift jedoch eigenständige Anspruchsgrundlage,¹ da die Eltern-Kind-Beziehung mit den allgemeinen Regeln des Schuldrechts nicht adäquat erfasst werden kann (a.A. vertretbar, siehe Ergänzende Anmerkung).

Ergänzende Anmerkung: Teilweise wird erwogen, in der elterlichen Sorge ein schuldrechtsähnliches Pflichtverhältnis der Rücksichtnahme zu sehen,² auf deren Grundlage Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 241 Abs. 2 BGB entstehen können. Wird § 1664 Abs. 1 BGB als eigenständige Anspruchsgrundlage begriffen, dürften Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB aufgrund Spezialität nicht bestehen („Konkurrenzlösung“).³

2. Sorgerechtigter Elternteil

§ 1664 Abs. 1 BGB begründet eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche des Kindes gegen seine Eltern, die das Sorgerecht innehaben. V ist als sorgerechtigter Vater (§ 1592 BGB i.V.m. § 1626 Abs. 1 S. 1 BGB) ein Elternteil der T und damit passivlegitimiert.

3. Pflichtverletzung in Ausübung der elterlichen Sorge

Ferner müsste V in Ausübung der Personen- bzw. Vermögenssorge eine Pflicht verletzt haben (vgl. § 1626 Abs. 1 S. 2 BGB), wobei hier allenfalls eine Pflichtverletzung in Ausübung der Personensorge (§ 1626 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB) in Betracht kommt, indem V die T fünf Minuten während des Telefonats mit einem Geschäftspartner nicht beobachtete. V konnte in der Folge nicht mehr verhindern, dass sich T aus dem Buggy befreite und eine im Sandkasten befindliche Murmel verschluckte.

Die Anforderungen an die Aufsichtspflicht (§ 1631 Abs. 1 BGB) beurteilen sich danach, was verständige Eltern in der konkreten Situation unter Berücksichtigung des Alters, der Eigenart und dem Charakter des Kindes, nach den vernünftigerweise an sie zu stellenden Anforderungen getan hätten.⁴ Zwar hat V, nachdem er T blau angelaufen und bewusstlos auffand, sofort reagiert. Ein vernünftiger Vater hätte sein dreijähriges Kind jedoch während eines Telefonats nicht unbeobachtet gelassen bzw. ein geschäftliches Telefonat schlicht unterlassen. Vor dem Hintergrund, dass die elterliche Sorge nicht nur dem Schutz des Kindes vor Gefährdung durch Dritte, sondern insbesondere auch vor Selbstgefährdungen dient, liegt in dem Telefonieren des V ohne Beobachtung der T eine Pflichtverletzung in Ausübung der elterlichen Sorge.

¹ Ganz h.M. und st.Rspr, vgl. nur BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 210/18 = FamRZ 2021, 518 (519); BGH, Beschl. v. 17.7.2019 – XII ZB 425/18 = NJW 2019, 3075 (3075); statt vieler Stimmen aus der Lit. und hinweisend auf die Doppelfunktion des § 1664 BGB *Huber*, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1664 Rn. 1 m.w.N. in Fn. 1.

² § 1664 Abs. 1 BGB ist dann nur Verschuldensmaßstab, in diese Richtung etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 58 Rn. 65; *Dethloff*, Familienrecht, 33. Aufl. 2022, § 13 Rn. 7.

³ Statt vieler auch mit alternativer Begründung *Eitzinger*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 1664 Rn. 4.

⁴ Dies ist die gängige Formulierung, vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 210/18 = FamRZ 2021, 518 (519); *Heilmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 1664 Rn. 16.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

4. Verschulden

Fraglich ist aber, ob V ein Verschulden trifft, schließlich telefoniert er üblicherweise auf Spielplatzbesuchen mit seinen Geschäftspartnern. Grundsätzlich wird im deutschen Deliktsrecht umfassend für Vorsatz und einfache Fahrlässigkeit gehaftet, vgl. § 823 Abs. 1 BGB. Die zu prüfende Anspruchsgrundlage des § 1664 Abs. 1 BGB sieht als Verschuldensmaßstab jedoch ein Haftungsprivileg und damit eine Begrenzung der Haftung auf die eigenübliche Sorgfalt (sog. *diligentia quam in suis*, § 277 BGB) vor. V handelte daher nicht schuldhaft, wenn er dasjenige Sorgfaltsmaß walten ließ, welches er auch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt und sofern ihm keine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

a) Einhaltung der eigenüblichen Sorgfalt

Anders als bei § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB wird i.R.d. § 277 BGB der objektive Verschuldensmaßstab dahingehend versubjektiviert, dass erst ein Verstoß gegen den eigenüblichen Standard schuld-begründend wirkt.⁵ Es ist mithin nicht auf das objektiv verkehrsgerechte Verhalten, sondern auf die Veranlagung und das übliche Verhalten des V abzustellen. Da V üblicherweise auf Spielplatzbesuchen seiner Töchter mit Geschäftspartnern telefoniert, ließ er die eigenübliche Sorgfalt walten.

b) Lediglich leicht fahrlässiges Verhalten des V

Dass V die T während des Telefonats nicht beobachtete, dürfte weiter nicht grob fahrlässig, also allenfalls leicht fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB) gewesen sein (§ 277 BGB a.E.). Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr gebotene Sorgfalt in besonderem Maße verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was jedem hätte einleuchten müssen.⁶ Bei der Bestimmung des verkehrsgerechten Verhaltens handelt es sich um einen verobjektivierten Sorgfaltsmaßstab, der auf den durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer abstellt.⁷ Wie lange ein Kind auf einem Spielplatz außer Augen gelassen werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Hierbei ist zunächst anzumerken, dass es schon rein technisch nicht möglich ist, ein Kind jederzeit im Auge zu behalten und „jeden Schritt“ zu überwachen. Die Anforderungen dürfen nicht überspannt werden.⁸ Zu berücksichtigen ist aber auch das Kindesalter, welches mit drei Jahren noch sehr niedrig ist. Immerhin kann ein dreijähriges Kind schon laufen und eigens entwickelten Instinkten nachgehen. Zwar ist auch in diesem Alter noch nicht davon auszugehen, dass T eine selbstständige Einschätzung von Gefahren vornehmen wird und ihr Verhalten dementsprechend anpasst. Nicht zuletzt aufgrund der auf einem Spielplatz typischerweise lauenden Gefahren ist deswegen weiterhin eine Beaufsichtigung durch die Eltern dringend geboten. Allenfalls ein beiläufiges „Außer-Acht-Lassen“ oder ein unter Beobachtung des Kindes geführtes Gespräch ist verkehrsmäßig. In Anbetracht dessen, dass T im Buggy sitzt, also nicht frei auf dem Spielplatz herumläuft, besteht indes eine gewisse Absicherung vor Gefahren. Überdies spricht hier zusätzlich die kurze Dauer von fünf Minuten gegen

⁵ Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 277 Rn. 3.

⁶ Dies ist zusammengefasst die gängige Definition des BGH, vgl. nur BGH, Urt. v. 8.2.2022 – VI ZR 409/19 = NJW 2022, 1443 (1444) m.w.N.; entscheidend ist ein objektiv schwerer und subjektiv nicht entschuldbarer Verstoß.

⁷ Ganz h.M., vgl. nur BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 188/17 = NJW 2021 1818 (1821) m.w.N. zu seiner Rspr.; *Grune-wald*, JZ 1982, 627 (630).

⁸ So soll dem Kind zu seiner eigenen Entwicklung ab einem gewissen Alter (ca. vier Jahre) auch die Möglichkeit gegeben werden, im Freien zu spielen, ohne auf „Schritt und Tritt“ verfolgt zu werden, vgl. BGH, Urt. v. 24.3.2009 – VI ZR 51/08 = NJW 2009, 1952 (1953).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

eine grobe Fahrlässigkeit. Da V bei dem Telefonat anwesend ist und nicht den Spielplatz verlässt, kann ihm kein grob fahrlässiger Sorgfaltsverstoß unterstellt werden.

V handelte mithin nur leicht fahrlässig i.S.d. § 276 Abs. 2 BGB (a.A. schwer vertretbar).

c) Teleologische Reduktion der Vorschrift bei Verletzung der Aufsichtspflicht?

Es bleibt zu erwägen, ob die Haftungsmilderung teleologisch zu reduzieren ist, da eine Verletzung der Aufsichtspflicht durch V in Rede steht.

aa) Kein Raum für individuelle Sorgfalt?

Ausgehend von der Prämisse, dass die Aufsichtspflicht objektive, an die Durchschnitts-Eltern gerichtete Verhaltensanforderungen etabliert, ergeben sich Bedenken, ob bei einer Verletzung derselben überhaupt Raum für die Anwendung des individuellen Sorgfaltsmaßstabes des § 277 BGB ist. Zutreffend ist nämlich, dass eine Relativierung der Sorgfaltsanforderungen droht,⁹ wenn objektive durch subjektive Verhaltensanforderungen überspielt werden.

Anmerkung: Dieser Punkt kann nur von sehr guten Bearbeitenden erwartet werden. Bereits das Erkennen der unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe sollte honoriert werden.

bb) Anwendbarkeit des § 1664 Abs. 1 BGB und vermittelnder Lösungsvorschlag

Im Ergebnis ist dem trotzdem nicht beizupflichten, vielmehr ist § 1664 Abs. 1 BGB auch im Rahmen der Aufsichtspflichtverletzung grundsätzlich anzuwenden.¹⁰ Gegen die Begrenzung spricht bereits die systematische Stellung der Vorschrift im Abschnitt zur elterlichen Sorge allgemein und nicht nur zur Vermögenssorge. Würde die Verletzung der Aufsichtspflicht aus dem Anwendungsbereich des § 1664 Abs. 1 BGB herausgenommen, beschränke sich die Haftungsreduzierung auf Fälle allgemeiner Vermögenssorge für das Kind, was angesichts der zentralen Stellung der Norm eher fernliegt. Die Reichweite wäre ausgehend von der Ratio, den innerfamiliären Frieden zu bewahren und die Familie von Ansprüchen untereinander freizustellen, zu stark eingeschränkt.

Jedenfalls in Fällen wie vorliegendem, in denen sich die in Rede stehenden Handlungspflichten (hier: Beaufsichtigung der T) in der Sorge des Kindes erschöpfen, sollte § 1664 Abs. 1 BGB anwendbar sein.¹¹ Bei einem engen Zusammenhang kommt nämlich die unterschiedliche Behandlung von objektiv und subjektiv zu bestimmenden Pflichten eingehend zur Geltung und der von § 1664 Abs. 1 BGB intendierte Zweck bleibt – passenderweise an der Stelle, an der der allgemeine Verkehr nicht gefährdet ist – weiterhin erhalten.

⁹ Früher, inzwischen aber auch revidiert OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.10.1976 – 16 U 30/76 = OLGZ 1977, 326 (329); OLG Stuttgart, Urt. v. 28.3.1980 – 2 U 178/79 = VersR 1980, 952; damals auch Engler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 1664 Rn. 33, inzwischen anders Heilmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2020, § 1664 Rn. 33.

¹⁰ In diese Richtung jedenfalls viele OLG, sowie einige Stimmen in der Lit., diese zusammenfassend Huber, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 9. Aufl. 2024, § 1664 Rn. 12 m.w.N. in Fn. 32.

¹¹ Der BGH hat die Frage noch nicht abschließend geklärt, nicht entscheidungserheblich wurde jedoch ausgeführt, dass § 1664 Abs. 1 BGB wohl jedenfalls dann nicht mehr anwendbar sein soll, wenn die Schutzpflichten der Eltern gegenüber dem eigenen Kind und dem allgemeinen Verkehr nicht mehr sachgerecht getrennt werden können, BGH, Urt. v. 1.3.1988 – VI ZR 190/87 = NJW 1988, 2667 (2669); ebenso jüngst offengelassen BGH, Urt. v. 19.1.2021 – VI ZR 210/18 = FamRZ 2021, 518 (519) m.w.N. zu der einschlägigen Fragestellung.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

5. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen V auf Ersatz der Behandlungskosten aus § 1664 Abs. 1 BGB.

II. Aus § 823 Abs. 1 BGB

Ein Anspruch der T gegen V aus § 823 Abs. 1 BGB liegt an sich tatbestandlich vor. Grundsätzlich ist die Anwendbarkeit des Deliktsrechts neben § 1664 BGB (auch) nicht in Abrede zu stellen. Einem solchen Anspruch stünde jedoch ebenfalls ein fehlendes Verschulden des V entgegen, wenn die Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB auf deliktische Ansprüche zu übertragen wäre.

1. Ablehnung der Übertragbarkeit auf das Deliktsrecht

Teile der Literatur lehnen die Anwendung des § 1664 Abs. 1 BGB im Deliktsrecht ab.¹² Die Vorschrift, die das Kind benachteilige, sei restriktiv anzuwenden und nicht auf konkurrierende deliktische Ansprüche zu erstrecken.

2. Grundsätzliche Anwendbarkeit auch im Deliktsrecht

Dem ist mit der heute h.M. entgegenzutreten.¹³ § 1664 BGB ist als allgemeine Haftungsmilderung ausgestaltet und seinem Wortlaut nach nicht auf die elterliche Sorge begrenzt. Überdies würde die Vorschrift gänzlich leerlaufen, wenn sie nicht auf konkurrierende deliktische Ansprüche Anwendung fände. Denn regelmäßig wird die Verletzung der Aufsichtspflicht mit einem inhaltsgleichen deliktischen Anspruch einhergehen. Die Ratio hinter § 1664 Abs. 1 BGB würde vollends entwertet, wenn in nahezu allen Fällen der Aufsichtspflichtverletzung ein Deliktsanspruch dieselben Rechtsfolgen herbeiführen würde. Damit ist die Haftung gem. § 1664 Abs. 1 BGB (analog) begrenzt, sodass V nicht schuldhaft handelte.

Ergänzende Anmerkung: § 1664 Abs. 1 BGB sollte auch bei § 823 BGB nur zur Anwendung kommen, wenn ein innerer Zusammenhang des deliktischen Verhaltens mit der elterlichen Sorge besteht.¹⁴ Da ein solcher bereits oben bejaht wurde, geht der Lösungsvorschlag bei § 823 BGB nicht weiter darauf ein.

3. Ergebnis

T hat keinen Anspruch gegen V aus § 823 Abs. 1 BGB.

III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Ein weiterer Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB besteht nicht. Unabhängig davon, ob § 229 StGB überhaupt tatbestandlich erfüllt ist, ist auf den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB folgerichtig

¹² Diese Auffassung wird heute nahezu nicht mehr vertreten, damals noch RG, Urt. v. 22.12.1910 – VI 610/09 = RGZ 75, 251 (254); Dölle, Familienrecht, Bd. 2, 1965, § 92 I. 5.

¹³ Vgl. Eitzinger, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 1664 Rn. 5 m.w.N. unter anderem auch zur Rspr. des BGH in Fn. 24; Schwab, Familienrecht, 32. Aufl. 2024, Rn. 889.

¹⁴ Dieser Ansatz beruht auf den gleichen Erwägungen, wie sie vom BGH in Fn. 11 angedeutet wurden.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

die Haftungsprivilegierung des V aus § 1664 Abs. 1 BGB zu übertragen, womit es jedenfalls am Verschulden fehlt.

IV. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB

T hat gegen V auch keinen Anspruch aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB. § 832 Abs. 1 BGB regelt nur Ansprüche eines geschädigten Dritten gegen Erziehungsberechtigte; hierfür fehlt es bereits an einer unerlaubten Handlung der D. Jedenfalls greift aber auch hier die Haftungsprivilegierung des § 1664 Abs. 1 BGB (analog), sodass eine Haftung nach § 832 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet.

B. Ansprüche der T gegen G

Zwischen T und G besteht keine schuldrechtliche Sonderverbindung, sodass allenfalls deliktische Ansprüche in Betracht kommen.

I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Anspruch könnte sich zunächst aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Neben Ansprüchen gegen ein nicht verschuldensfähiges Kind, besteht zudem die Möglichkeit einer Haftung der aufsichtspflichtigen Eltern über § 832 Abs. 1 S. 1 BGB.

1. Aufsichtsbedürftige Person

S ist mit sechs Jahren unabhängig vom geistigen und körperlichen Zustand schon aufgrund seiner Minderjährigkeit¹⁵ (arg. e § 2 BGB) aufsichtsbedürftig i.S.d. § 832 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S

S müsste weiter eine rechtswidrige unerlaubte Handlung begangen haben. Anknüpfungspunkt einer Haftung nach § 832 Abs. 1 S. 1 BGB ist – wie bei § 831 BGB – nicht eine Zurechnung fremden, sondern die Haftung wegen (vermuteten) eigenen Verschuldens, sodass es auf ein etwaiges technisches Verschulden des S von vornherein nicht ankommt.

a) Rechtsgutsverletzung der T

Zunächst bedarf es einer Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB enumerativ aufgezählten Rechtsgüter.

Indem T blau anlief und bewusstlos wurde, liegt bereits eine von der Einwilligung der T nicht gedeckte Beeinträchtigung der äußerlichen körperlichen Befindlichkeit vor.¹⁶ Auf einen Krankheitswert oder Schmerzen kommt es nämlich ebenso wenig an wie auf einen direkten Eingriff in die körperliche Substanz. Überdies stellt der durch den Sauerstoffmangel verursachte hypoxische Hirnschaden eine Verletzung der Gesundheit dar. Ein Hirnschaden ist jedenfalls eine pathologische – d.h.

¹⁵ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 2.12.1975 – VI ZR 79/74 = NJW 1976, 1145 (1146) m.w.N.; lediglich der Inhalt der Aufsichtspflicht und damit der Entlastungsbeweis richten sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, vgl. *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 832 Rn. 4, 9.

¹⁶ Dies ist die gängige Formulierung der Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 17.9.2013 – VI ZR 95/13 = NJW 2013, 3634 (3635) m.w.N.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

im medizinischen Sinne behandlungsbedürftige – Störung physiologischer Abläufe¹⁷, welcher hier sogar über Monate lang behandelt wurde und damit nach Art und Umfang über die Grenze bloßer Befindlichkeiten hinausgeht.

b) Verletzungshandlung des S

Die Rechtsgutsverletzung müsste durch eine Handlung des S verursacht worden sein. S spielte auf dem Spielplatz mit Murmeln und warf diese in den Sandkasten. Eine dieser Murmeln verschluckte T und erlitt einen Hirnschaden. Bei dem Spielen mit den Murmeln handelt es sich um eine sog. mittelbare Handlung, da für die Rechtsgutsverletzung erst ein weiterer Ursachenbeitrag hinzukommen muss, der Verletzungserfolg also außerhalb des unmittelbaren Wirkungsfelds der schädigenden Handlung liegt.¹⁸ Mittelbare Handlungen sind zunächst taugliche Verletzungshandlungen i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB; inwiefern sie auch haftungsrelevant sind, sogleich.

c) Haftungsausfüllende¹⁹ Kausalität

Die Handlung des S müsste ferner kausal für den Eintritt des Hirnschadens der T geworden sein.

aa) Äquivalenztheorie

Das Werfen der Murmeln in den Sandkasten durch S ist äquivalent kausal, da dieses nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Hirnschaden der T entfielen. Eine andere Bewertung ergibt sich nicht daraus, dass die Rechtsgutsverletzung auch auf dem Telefonat des V beruht (kumulative Kausalität).²⁰ In solchen Fällen führt die Äquivalenzformel zu gerechten Ergebnissen, da der Umstand, dass für den Erfolg noch eine weitere Handlung erforderlich war, die Zurechnung nicht entfallen lässt (sog. Nebentäterschaft).

bb) Adäquanztheorie

Es liegt auch nicht völlig außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass Kinder im Sandkasten mit dort gefundenen Murmeln spielen und sich daran verschlucken können (Adäquanztheorie).

cc) Schutzzweck der Norm

Fraglich ist nun aber, ob der durch T erlittene Hirnschaden noch vom Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm umfasst ist. S schafft mit seiner Handlung nämlich nur eine Gefahr des Verschluckens, die erst im Zusammenspiel mit weiteren Ursachenbeiträgen (hier eben dem Telefonieren des V) zur Rechtsgutsverletzung der T geführt hat (sog. „Kettenreaktion“).²¹ Bei solchen mittelbaren Verletzungen besteht stets die Gefahr einer Ausuferung der Haftung, obwohl manche Handlungsbeiträge eher dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen sind. Um sinnvoll zwischen unerlaubten und

¹⁷ Siehe BGH, Urt. v. 14.6.2005 – VI ZR 179/04 = NJW 2005, 2614 (2615); ob eine gewisse Intensität erforderlich ist, ist umstritten, zutreffend verneinend *Spickhoff*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 38; a.A. *Wagner*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 231.

¹⁸ Im Einzelnen *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 99; *Sprau*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 823 Rn. 2.

¹⁹ Je nach Ansatz auch Prüfung im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität vertretbar.

²⁰ Allgemein zum Kausalzusammenhang i.R.d. § 823 BGB *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 82; zur kumulativen Kausalität *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung, 1964, S. 67 f.

²¹ Eingehend BGH, Urt. v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63 = NJW 1964, 720 (722); *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 642 f.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

allgemeinen (Lebens-)Risiko abzugrenzen, sind nur solche Handlungen vom Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm erfasst, durch welche die Gefahr im Widerspruch zu einer Verkehrspflicht geschaffen wurde und diese Verkehrspflicht gerade den Schutz derartiger Rechtsverletzungen zu verhindern bezweckt.²²

Nach dem Grundgedanken einer generalklauselartigen Verkehrspflicht muss derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, unterhält oder durch Übernahme einer gefahrenbezogenen Aufgabe steuert, alle zumutbaren und erforderlichen Maßnahmen vornehmen, damit Dritte keinen Schaden nehmen.²³ Da in einem Sandkasten regelmäßig Kleinkinder spielen, wäre für eine Schadensregulierung erforderlich gewesen, auf das Spielen mit den Murmeln im Sandkasten zu verzichten oder notfalls den Sandkasten im Nachhinein auf sämtliche Murmeln abzusuchen. S hat dies jedoch nicht getan, vielmehr warf er die Murmeln unkontrolliert in den Sandkasten und begründete damit die Gefahr eines Verschluckens. Diese Pflicht umfasst auch gerade das Risiko, dass später im Sandkasten spielende Kinder die Murmeln finden und dann verschlucken werden, sodass der Schutzzweck der Norm erfüllt ist.

Anmerkung: Der vorliegende Lösungsvorschlag basiert auf der Lehre vom Handlungsunrecht und diskutiert die Haftungsrelevanz mittelbarer Handlungen im Rahmen des Schutzzwecks der Norm. Ebenso gut vertretbar ist es, mit der Rspr. (Lehre vom Erfolgsunrecht) im Rahmen der Rechtswidrigkeit abzugrenzen. Beide Wege sind gleich zu bewerten; wichtig ist nur, dass Bearbeitende die Gefahr einer uferlosen Haftung für mittelbare Handlungen erkennen und zum allgemeinen Lebensrisiko abgrenzen.

d) Rechtswidrigkeit

S handelte mangels anderweitiger Angaben auch rechtswidrig.

3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners

G ist als Mutter gesetzlich gem. §§ 1591, 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1 BGB zur Aufsicht über S verpflichtet.

4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB

Gem. § 832 Abs. 1 S. 2 BGB besteht eine (widerlegbare) Vermutung der Verletzung der Aufsichtspflicht. Diese Vermutung kann durch die insofern beweispflichtige G als Verschuldens- bzw. Pflichtverletzungsvermutung oder als Kausalitätsvermutung widerlegt werden. In Betracht kommt allenfalls ein Entlastungsbeweis in Bezug auf die fehlende Pflichtverletzung bzw. das Verschulden.

a) Kein Ausschluss der Pflichtverletzung der G wegen Verletzung der Aufsichtspflicht durch V

Einem Entlastungsbeweis steht es jedenfalls nicht entgegen, dass G darauf vertraut, V komme seiner Aufsichtspflicht nach. Zwar richten sich Art und Umfang der Handlungspflichten auch nach den berechtigten Sicherheitserwartungen, also insbesondere auch darauf, dass sich Gefahren „neutrali-

²² Ganz h.M., dies gilt unabhängig davon, ob man mit dem BGH der Lehre vom Erfolgsunrecht oder der Lit. (Lehre vom Verhaltensunrecht) folgt, lediglich der Prüfungsstandort ist dadurch ein anderer, BGH, Urt. v. 7.7.2020 – VI ZR 308/19 = NJW-RR 2020, 1099 (1100) m.w.N. zur einschlägigen Lit.

²³ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 31.10.2006 – VI ZR 223/05 = NJW 2007, 762 (763); nicht identisch, aber im Ergebnis gleichlaufend *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 72 Rn. 9 ff.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

sieren“.²⁴ G darf jedoch nur auf das sorgfaltsgemäße Verhalten des V vertrauen, wenn sie sich selbst sorgfaltsgemäß verhält; eine „Neutralisierung“ eigener Pflichtverletzung kann nicht erwartet werden.

b) Einzelfallabwägung anhand konkreter Umstände

Fraglich ist daher, ob ein Entlastungsbeweis anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls gelingt. Diesbezüglich ist auf das von einem sorgfältigen Aufsichtspflichtigen unter Berücksichtigung aller Umstände vernünftiger- und billigerswerterweise erwartbare Verhalten abzustellen.²⁵

Zwar ist zunächst daran zu erinnern, dass eine lückenlose Beaufsichtigung eines Kindes nicht möglich ist und an die Entlastungsbeweise i.R.d. § 1626 Abs. 1 BGB keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass G es bewusst mitbekommen hat, dass ihr Sohn Murmeln in den Sandkasten wirft und damit die Gefahr eines Verschluckens hervorruft. Vor dem Hintergrund, dass insbesondere Schädigungen Dritter durch das eigene Kind verhindert werden sollen, hätte eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Aufsichtspflicht hier beinhaltet, S darauf hinzuweisen, dies zu unterlassen und ggf. notwendigerweise den Sandkasten danach selbst auf Murmeln abzusuchen. Dies ist hier nicht erfolgt, sodass die Vermutung sogar positiv feststeht.

5. Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249 ff. BGB

Haftungsausfüllend hat G daher nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB sämtliche Schäden zu ersetzen, die T durch das Verschlucken der Murmel entstanden sind.

a) Art der Ersatzleistung, §§ 249 ff. BGB

Zunächst müsste ein Schaden eingetreten sein. Schaden ist jede nachteilige Beeinflussung eines rechtlich geschützten Interesses.²⁶ T erlitt durch das Verschlucken der Murmel einen leichten hypophysischen Hirnschaden und wurde daraufhin medizinisch behandelt. Die Behandlungskosten einer geschädigten Person sind gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähig. Eine Herstellung in natura nach § 249 Abs. 1 BGB scheidet regelmäßig (so auch hier) aus, da der Geschädigte sich nicht erneut dem Schädiger anvertrauen muss.²⁷

b) Zurechenbarkeit des Schadens

Gegen die Zurechnung der Behandlungskosten bestehen keine Bedenken.

c) Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschulden, § 254 Abs. 1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch gem. § 254 Abs. 1 BGB zu kürzen ist. Demnach hat der Schädiger nur seinem Verantwortungsteil entsprechend zu haften. Voraussetzung hierfür ist, dass bei der

²⁴ Siehe hierzu ausführlich BGH, Urt. v. 23.5.1995 – VI ZR 384/94 = DtZ 1995, 439 (441) m.w.N.; allgemein zur Auswirkung Aufsichtspflichten auf die Handlungspflichten Dritter BGH, Urt. v. 20.9.1994 – VI ZR 162/93 = NJW 1994, 3348 (3348 f.); die Rspr. diesbezüglich ist unübersichtlich, eine gute Übersicht über die Kasuistik und den reduzierten Anforderungen an Dritte, Förster, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 823 Rn. 343 m.w.N.

²⁵ So auch BGH, Urt. v. 24.3.2009 – VI ZR 51/08 = NJW 2009, 1952 (1953) m.w.N.; Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 219.

²⁶ Vgl. statt vieler Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Aufl. 2022, § 24 Rn. 4.

²⁷ Statt vieler Grüneberg, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 84. Aufl. 2025, § 249 Rn. 5.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Anspruchsentstehung (ansonsten § 254 Abs. 2 BGB) eine Obliegenheitsverletzung der Geschädigten oder einer Person, deren Verhalten sich die Geschädigte zurechnen lassen muss, vorliegt, die kausal für den Schadenseintritt geworden ist.

aa) Eigene Obliegenheitsverletzung der T

Einer Berücksichtigung etwaiger Obliegenheitsverletzungen der T selbst, steht der Einwand des § 828 Abs. 1 BGB analog entgegen. Da T mit drei Jahren verschuldensunfähig ist, liegen die Voraussetzungen des § 828 Abs. 1 BGB vor. Zwar regelt § 254 Abs. 1 BGB lediglich Obliegenheitsverletzungen und betrifft damit nicht ein Verschulden im technischen Sinne. Da das Kriterium der Obliegenheitsverletzung jedoch auch eine Art „Verschulden“ beinhaltet und im Übrigen ein anerkannter Gleichlauf zwischen Haftungs begründung und -begrenzung besteht,²⁸ ist § 828 Abs. 1 BGB analog anzuwenden (Spiegelbildlichkeitsgedanke).

bb) Zurechnung der Obliegenheitsverletzung des V

Davon unberührt bleibt jedoch eine Zurechnung fremder Obliegenheitsverletzungen über § 254 Abs. 2 S. 2 BGB i.V.m. § 278 S. 1 BGB. T könnte sich mithin eine Obliegenheitsverletzung des V als ihr gesetzlicher Vertreter (§ 1629 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB) zurechnen lassen müssen.

§ 254 Abs. 2 S. 2 BGB regelt ausgehend seiner systematischen Stellung nur die Zurechnung fremden Verschuldens bei der Begrenzung des Schadens. Jedoch ist allgemein anerkannt, dass es sich bei § 254 Abs. 2 S. 2 BGB um ein Redaktionsversehen handelt und S. 2 als eigenständiger dritter Absatz zu lesen ist.²⁹ Dies folgt schon aus dem oben erwähnten Gleichlauf der Haftungs begründung und -begrenzung. Umstritten und entscheidungserheblich ist lediglich, ob in § 254 Abs. 2 S. 2 BGB eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung zu sehen ist. Nur im Falle einer Rechtsfolgenverweisung könnte ein fahrlässiges Verhalten des V zulasten T überhaupt berücksichtigt werden, da zwischen G und T im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses – die von § 278 S. 1 BGB vorausgesetzte – Sonderverbindung nicht bestand.

(1) Spiegelbildgedanke auch hier anwendbar (Rspr.)

Folgt man der Rspr.³⁰, muss schon aufgrund des Spiegelbildlichkeitsprinzips eine Rechtsgrundverweisung vorliegen. Möchte man die Begrenzung der Haftung nicht anders behandeln als die Begründung, so bedarf es in konsequenter Anwendung des § 278 S. 1 BGB auch für § 254 Abs. 2 S. 2 BGB das Vorliegen einer Sonderverbindung im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses. Eine Zurechnung nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB i.V.m. § 278 S. 1 BGB scheidet demnach aus, da zwischen T und G (noch) kein Schuldverhältnis bestand. Nachdem V kein Erfüllungsgehilfe, sondern gesetzlicher Vertreter der T ist (§ 1629 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB), muss sich T das Verhalten des V auch nicht aus sonstigen Gründen (d.h. insbesondere nicht in entsprechender Anwendung des § 831 BGB)³¹ zurechnen lassen.

²⁸ Heute ganz h.M., statt vieler *Looschelders*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 254 Rn. 102 m.w.N. zur Rspr. und Lit und auch Nachweisen zur veralteten Gegenansicht in Fn. 311.

²⁹ Ganz h.M. und st.Rspr, vgl. BGH, Urt. v. 8.3.1951 – III ZR 65/50 = NJW 1951, 477 (477); *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 127 m.w.N. in Fn. 658.

³⁰ BGH, Urt. v. 16.1.1979 – VI ZR 243/76 = NJW 1979, 973 (973) m.w.N. auf seine „st.Rspr.“; breite Unterstützung hierfür auch in der Lit., statt vieler *Höpfner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2021, § 254 Rn. 95–98.

³¹ Im Einzelnen *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 534 f.; BGH, Urt. v. 8.3.1951 – III ZR 65/50 = NJW 1951, 477 (477 f.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

(2) Differenzierung zwischen gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfe (Teile der Lit.)

An manchen Stellen der Literatur wird zwischen einem Erfüllungsgehilfen einerseits und gesetzlichen Vertretern andererseits unterschieden,³² wobei § 254 Abs. 2 S. 2 BGB lediglich in Bezug auf Letztere als Rechtsgrundverweis, im Übrigen als Rechtsfolgenverweis eingestuft wird. Maßgeblicher Unterschied sei, dass der gesetzliche Vertreter – anders als der Erfüllungsgehilfe – deliktsrechtlich überhaupt nicht für fremdes Verschulden einzustehen habe (arg. e §§ 831, 832 BGB).

Selbst nach dieser im Ergebnis abzulehnenden Differenzierung kommt die Literatur also in vorliegendem Fall zu der Annahme einer Rechtsgrundverweisung, sodass jedenfalls eine Sonderverbindung zwischen T und G erforderlich ist. Diese bestand zum relevanten Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses nicht, weshalb sich T das Verschulden des V nicht zurechnen lassen muss.

Anmerkung: Eine Kenntnis der Differenzierungsversuche in der Literatur kann keinesfalls erwartet werden. Die Frage, ob § 254 Abs. 2 S. 2 BGB eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung darstellt, sollte jedoch bekannt sein und wenigstens kurz diskutiert werden.

d) Kürzung des Anspruchs nach den Regeln über die gestörte Gesamtschuld

G haftet T aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB. Darüber hinaus besteht auch eine grundsätzliche Haftung des V aus §§ 1664 Abs. 1 und 823 Abs. 1 BGB (siehe oben), sodass G und V an sich nach § 840 Abs. 1 BGB Gesamtschuldner sind. Die Haftung des V ist jedoch ausgeschlossen, weil dieser gem. § 1664 Abs. 1 BGB von der Haftung freigestellt ist mit der Folge, dass G möglicherweise – anders als sonst bei mehreren Schädigern – keinen Regress nehmen kann (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB). Dies wird teilweise als unbillig empfunden, weshalb bei einer solchen „gestörten Gesamtschuld“ erwogen wird, den Anspruch der geschädigten T gegen die nicht-privilegierte G zu kürzen.³³

aa) Vorliegen einer gestörten Gesamtschuld

G und V sind jeweils der T zum Ersatz der durch sie verursachten Behandlungskosten als Gesamtschuldner i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB verantwortlich. Dabei scheidet eine Haftung des V gerade aufgrund des Haftungsprivilegs des § 1664 Abs. 1 BGB (und nicht aus anderen Gründen) aus, weshalb das Gesamtschuldverhältnis auch „gestört“ ist und sich das Problem der gestörten Gesamtschuld stellt.

bb) Auswirkungen auf den Anspruch der T gegen G

Fraglich ist, wie sich die gestörte Gesamtschuld auf den Anspruch der T gegen G auswirkt. Für den Ausgleich im gestörten Gesamtschuldverhältnis werden im Wesentlichen drei Herangehensweisen diskutiert.

(1) Lösung zulasten G

Denkbar wäre zunächst, dass T ihren Anspruch gegen G in voller Höhe durchsetzen kann, ohne dass G in der Folge einen Rückgriffsanspruch gegen V hat; G trägt bei dieser Lösung die ganze Last. Dieser Ansatz wurde vom BGH insbesondere für das Vorliegen einer gesetzlichen Haftungsprivilegierung

³² Etwa *Finger*, JR 1972, 406 (409 ff.); kritisch, aber im Ergebnis ablehnend *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 135.

³³ Ausführlich zu verschiedenen Fallgestaltungen und der Bearbeitung in einer Klausur *Jurgovsky*, ZJS 2024, 52 (52 ff.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

priorisiert.³⁴ Insofern ist dem BGH beizupflichten, als die Lösung tatsächlich eine hohe Gesetzesnähe aufweist. Denn, wenn V gesetzlich gem. § 1664 Abs. 1 BGB von der Haftung ausgeschlossen ist, so entsteht zu keinem Zeitpunkt eine Gesamtschuld i.S.d. § 840 Abs. 1 BGB und damit auch schon keine Haftung des V.

Nicht erklären kann die Lösung jedoch die Versagung des Regresses und die damit einhergehende Belastung der G. Für die nicht-privilegierte G stellt sich die Haftungsfreistellung des V als „unfairer“ Zufall dar. Sie selbst kann keinen Einfluss auf die Haftung nehmen und wird damit einseitig voll ersatzfähig, obwohl sie bei (Mit-)Verursachung durch einen nicht-privilegierten Schädiger, einen Regressanspruch hätte.

(2) Lösung zulasten V

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Lösung zulasten des Haftungsprivilegierten V diskutieren. Im Prinzip hat die gestörte Gesamtschuld auch hier keine Auswirkungen auf den Anspruch der T gegen G (soweit auch die Lösung zulasten der G). Allerdings gewährt diese Ansicht G sodann einen Regressanspruch gegen V. Um einen solchen zu begründen, bedarf es einer fiktiven Gesamtschuld bzw. einer analogen Anwendung des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB.³⁵

Vorteil dieser Lösung ist, dass sich im Ergebnis die Haftungsprivilegierung nicht auf G auswirkt. Allerdings liegt auf der Hand, dass durch diese Ansicht die Ratio der Haftungsprivilegien vollends entwertet werden. Der hier durch § 1664 Abs. 1 BGB bezweckte familiäre Frieden würde im Ergebnis doch belastet, wenn G ihren Regressanspruch gegen V durchsetzt.

(3) Lösung zu Lasten T

Letztere denkbare Lösung gewährt T keinen vollen Ausgleich, sondern kürzt deren Anspruch von vornherein um den Mitverursachungsbeitrag des V, dessen Berücksichtigung das Haftungsprivileg des § 1664 Abs. 1 BGB verhindert hat.³⁶ Gerechtfertigt wird dies damit, dass so jedenfalls die Haftungsprivilegierung ihre Wirkung entfalten kann und gleichzeitig die nicht haftungsprivilegierte G nicht zu einem größeren Anteil haftet, als sie bei nicht bestehenden Haftungsprivileg müsste.

(4) Streitentscheid

Die Herangehensweisen kommen in Bezug auf die Anspruchshöhe zu unterschiedlichen Ergebnissen, weshalb ein Streitentscheid zwischen den Ansichten (1) und (2) einerseits und (3) andererseits erforderlich wird. Ganz generell verbietet sich im Rahmen der gestörten Gesamtschuld eine schematische Lösung. Vielmehr ist anhand von Sinn und Zweck der jeweiligen Haftungsprivilegierung eine einzelfallgerechte und dogmatisch stimmige Lösung zu entwickeln.

Vor diesem Hintergrund ist ausgehend von der § 1664 BGB zugrundeliegenden Ratio, die Familie und den innerfamiliären Frieden zu schützen und die familiäre Gemeinschaft von Ansprüchen untereinander freizustellen, eine Lösung zulasten G zu wählen.³⁷ Zwar haben sich im Falle des § 1664 Abs. 1 BGB viele Stimmen in der Lit. dafür ausgesprochen, eine Lösung zulasten des Geschädigten zu

³⁴ Im Einzelnen BGH, Urt. v. 1.3.1988 – VI ZR 190/87 = NJW 1988, 2667 (2669); in ausdrücklicher Abkehr seines Urteils zu § 1359 BGB, BGH, Urt. v. 27.6.1961 – VI ZR 205/60 = NJW 1961, 1966 (1967).

³⁵ Kreße, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.3.2025, § 426 Rn. 25; Janda, VersR 2012, 1078 (1079); mit anderer Begründung aber im Ergebnis identisch Medicus, JZ 1967, 398 (398).

³⁶ Looschelders, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2022, § 426 Rn. 179 m.w.N.; Christensen, MDR 1989, 948 (949 ff.).

³⁷ So bereits BGH, Urt. v. 1.3.1988 – VI ZR 190/87 = NJW 1988, 2667 (2669); ebenso Muscheler, JR 1994, 441 (443 f.); im Ergebnis auch Hager, NJW 1989, 1640 (1644 f.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

bevorzugen (siehe hierzu [3]),³⁸ da durch das ohnehin bestehende Haftungsprivileg die Haftungserwartung durch T von vornherein gesenkt und somit „abgewertet“ sei. Dies öffnet jedoch die Tür, gesetzliche Haftungsprivilegien leerlaufen zu lassen und damit den in § 1664 Abs. 1 BGB eindeutig zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen, die Familie von der Haftung freizustellen, zu konterkarieren.

Die besseren Argumente sprechen daher gegen eine Lösung zulasten T, sodass der Anspruch in voller Höhe besteht und nicht über die Regeln der gestörten Gesamtschuld zu kürzen ist.

Anmerkung: Das Problem der gestörten Gesamtschuld sollte gesehen werden, es sind allerdings alle Ansichten gut vertretbar. Eine einzelfallbezogene Lösung, die Schutzwürdigkeitsaspekte aller Betroffenen mit aufnimmt, ist zu honorieren.

6. Ergebnis

T hat gegen G einen Anspruch auf Ersatz der Behandlungskosten in voller Höhe aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB.

II. Aus § 823 Abs. 1 BGB

T hat gegen G keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB. Zwar schließt die Anwendbarkeit des § 832 BGB eine etwaige Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB nicht per se aus. Eine Haftung insbesondere für Verletzung der Verkehrssicherungspflichten bleibt grundsätzlich möglich. Sofern sich das schädigende Verhalten jedoch zugleich in der Verletzung der Aufsichtspflicht erschöpft, ist § 832 BGB als *lex specialis* abschließend.³⁹ Anhaltspunkte für ein über die Verletzung der Aufsichtspflicht hinausgehendes verkehrswidriges Verhalten⁴⁰ sind nicht ersichtlich, weshalb der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB abzulehnen ist (a.A. vertretbar).

III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Aufgrund des abschließenden Charakters (siehe oben) des § 832 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet auch der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB (a.A. vertretbar).

Frage 2: Ansprüche der M gegen G auf Ersatz der 100 €

Zwischen M und G besteht keine Sonderverbindung, sodass erneut allenfalls deliktische Ansprüche in Betracht kommen:

I. Aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB

M könnte gegen G einen Anspruch auf Ersatz der 100 € aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

³⁸ Statt vieler *Lange*, JZ 1989, 49; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 932 f.; differenzierend Schwab, JuS 1991, 18 ff.

³⁹ Statt vieler *Wellenhofer*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.1.2025, § 832 Rn. 10 m.w.N.

⁴⁰ So bestünde z.B. eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB neben § 832 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn G im konkreten Fall die Murmeln selbst ihrem Kind S zum Spielen im Sandkasten übergeben hätte; zu einem solchen Fall, vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 25.3.2013 – 1 U 114/12 = NJW-RR 2013, 1109 (1110).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

1. Aufsichtsbedürftige Person

S ist sechs Jahre alt und damit minderjährig, sodass er in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt, siehe oben.

2. Verwirklichung einer (rechtswidrigen) unerlaubten Handlung durch S

Die aufsichtsbedürftige Person (hier: S) müsste eine rechtswidrige unerlaubte Handlung begangen haben.

a) Rechtsgutsverletzung der M

Zunächst bedarf es einer Rechtsgutsverletzung der M. Nicht abgestellt werden kann dabei auf den von T erlittenen Hirnschaden, da der deliktische Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB eine eigene Rechtsgutsverletzung der M als Anspruchstellerin voraussetzt.⁴¹ Stattdessen könnte in dem infolge der Schockreaktion erlittenen Kreislaufkollaps eine Körper- oder Gesundheitsverletzung im Sinne der Vorschrift zu sehen sein.

Wie oben dargelegt, bedarf es für eine Körperverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit. Dieser liegt in Bezug auf M aber nicht vor, insbesondere hat M nicht selbst die Murmel verschluckt. In der Schockreaktion sind allerdings alle Voraussetzungen der Definition einer Gesundheitsverletzung erfüllt. Ein Kreislaufkollaps ist eine pathologische Störung der physiologischen Abläufe, stellt also eine im medizinischen Sinne behandlungsbedürftige Befindlichkeit dar (siehe zur Definition oben), die über bloßen Schmerz oder Niedergeschlagenheit hinausgeht und damit die Grenze des krankhaften Zustands überschreitet.

Zwar hat die Rspr.⁴² im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit solcher Schockschäden besondere Anforderungen an die Intensität der pathologischen Störung aufgestellt, um eine Ausuferung der Haftung zu vermeiden. Diese Anforderungen sind dogmatisch stimmiger jedoch als Kriterium der Zurechnung zu diskutieren. Die Voraussetzungen, wann eine körperliche Reaktion eine Gesundheitsverletzung darstellt, sollten einheitlich bestimmt und einer möglichst empirischen Lösung zugänglich sein. Im Rahmen der Zurechnung, dort beim Schutzzweck der Norm,⁴³ können solche Wertungen berücksichtigt werden (a.A. vertretbar).

b) Verletzungshandlung

Eine Verletzungshandlung des S liegt vor, da dieser Murmeln in den Sandkasten geworfen hat, siehe oben.

c) Haftungsbegründende Kausalität

Diese Verletzungshandlung müsste für die erlittene Gesundheitsverletzung der M kausal geworden sein.

⁴¹ Siehe *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 20. Aufl. 2025, § 58 Rn. 6; dazu auch *Schöpflin*, JA 2003, 536 (536 ff.).

⁴² Der BGH sprach lange davon, dass dem Schädiger die „Gesundheitsverletzung“ nicht zuzurechnen sei und prüfte bereits auf Ebene der Rechtsgutsverletzung, vgl. etwa noch BGH, Urte. 22.5.2007 – VI ZR 17/06 = NJW 2007, 2764 (2765).

⁴³ Inzwischen auch BGH, Urte. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21 = NJW 2023, 983 (983 f.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

aa) Äquivalenztheorie

Ohne das Werfen der Murmeln in den Sandkasten, hätte T diese nicht verschluckt und M infolge des schockierenden Anblicks ihres Kindes keinen Kreislaufkollaps erlitten. Die Handlung des S ist daher äquivalent kausal.

bb) Adäquanztheorie

Überdies liegt es nicht völlig außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass bei einem Hirnschaden des eigenen Kindes eine Schockreaktion entsteht.

cc) Schutzzweck der Norm

Die Zurechnung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die geltend gemachte Rechtsverletzung nicht demjenigen Risiko entspricht, von dem die betroffene Verhaltensnorm schützen möchte. Der infolge der Schockreaktion hervorgerufene Kreislaufkollaps wurde nicht direkt durch den Schädiger verursacht, sondern im weiteren Sinne psychisch vermittelt. Wie auch sonst bei besonderen Schadensanlagen⁴⁴ ist daher zu prüfen, ob sich nicht vielmehr das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat.

Für die Zurechnung von Schockschäden haben sich in Anlehnung an die neuere Rspr. des BGH⁴⁵ allgemeine Kriterien herausgebildet, die einerseits dem Haftungsbedürfnis und andererseits der Vermeidung einer uferlosen Haftung Rechnung tragen. Erforderlich ist eine pathologisch fassbare Beeinträchtigung, die im Hinblick auf den Anlass nicht schlechterdings nicht mehr verständlich ist und das auslösende Ereignis einen nahen Angehörigen oder engen Lebenspartner des Geschädigten getroffen hat (arg. e §§ 844, 845 BGB).

(1) Pathologisch fassbarer Zustand

Eine pathologische Fassbarkeit liegt bereits dann vor, wenn die Gesundheitsverletzung einen Krankheitswert hat. Darüber hinausgehende Anforderungen sind nicht zu stellen, da insoweit kein legitimer Grund für eine Abweichung im Vergleich zu unmittelbar verursachten Gesundheitsverletzungen besteht.

Ein infolge der Schockreaktion erlittener Kreislaufkollaps erfüllt diese Voraussetzungen; dass die Gesundheitsverletzung auch einen Krankheitswert hat, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass M am nächsten Tag Ihren Einsatz als Clown nicht ausführen konnte. Insbesondere handelt es sich auch nicht um ein neurotisches Streben oder eine Bagatelle,⁴⁶ welche eher dem allgemeinen Lebensrisiko unterfallen würden.

Exkurs: Der BGH fordert nunmehr keine besondere Beeinträchtigung, die das normale Maß einer in einer vergleichbaren Situation tief empfundener Trauer oder seelischen Schmerzes überschreitet.⁴⁷

⁴⁴ Gemeint sind Fälle besonderer Veranlagung, wie etwa eine Bluterkrankheit oder Labilität, siehe zur Behandlung solcher Fälle *Grüneberg*, in: *Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 84. Aufl. 2025, Vorb. v. § 249 Rn. 35.

⁴⁵ Das Thema ist höchst aktuell, der BGH hat mit seiner Schockschadensrechtsprechung (siehe Fn. 51) einmal aufgeräumt und gut handhabbare Kriterien entwickelt, denen inhaltlich schwerlich zu widersprechen ist.

⁴⁶ Diese Eingrenzung bestand bereits vor der Rechtsprechungsänderung, zuletzt nochmal unter Bezugnahme auf vorherige Entscheidungen, BGH, Urt. v. 6.12.2022 – VI ZR 168/21 = NJW 2023, 983 (985).

⁴⁷ Damals noch unter dem Stichwort „traumatische Störung“ diskutiert, vgl. BGH, Urt. v. 21.5.2019 – VI ZR 299/17 = NJW 2019, 2387 (2388) m.w.N. zur alten Rspr.; mit diesem Kriterium wurden untragbare Ergebnisse erzielt,

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

(2) Keine „schlechterdings nicht mehr verständliche“ Reaktion

Die Reaktion der M darf sich ferner nicht als schlechterdings nicht mehr verständlich im Hinblick auf Art und Umfang qualifizieren lassen. Eine Überempfindlichkeit soll nicht zulasten V gehen, weil sich dann (erneut) nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklichen würde. Hierbei soll zu berücksichtigen sein, wie nahe die geschädigte Person der Anspruchstellerin stand, und ob letztere den Unfall selbst miterlebt hat.⁴⁸

Zwar hat M das Verschlucken der Murmel nicht selbst miterlebt, sie traf jedoch am Spielplatz ein und wurde damit den besonderen Gegebenheiten und der Hektik der dort vorherrschenden Situation ausgesetzt. In Anbetracht dessen, dass es sich bei T um ihre eigene Tochter handelt, muss der Schock allgemein als übliche Reaktion und damit verständlich eingestuft werden.

(3) Naher Angehöriger oder enger Lebenspartner

Unabhängig davon, dass dieses Kriterium seit jeher diskutiert wird und einige versuchen, dieses aufzuweichen,⁴⁹ ist M jedenfalls nahe Angehörige und damit im Kreis der anspruchsberechtigten Personen.

d) Rechtswidrigkeit

S handelte auch rechtswidrig, siehe oben.

3. Aufsichtspflicht des Anspruchsgegners

G ist als Mutter des S gesetzlich gem. §§ 1626 Abs. 1, 1631 Abs. 1 BGB zur Aufsicht über S verpflichtet, siehe oben.

4. Kein Entlastungsbeweis der G nach § 832 Abs. 1 S. 2 BGB

G kann die Vermutung des § 832 Abs. 1 S. 2 BGB nicht widerlegen; vielmehr stehen Pflichtverletzung und Verschulden sogar positiv fest (siehe bereits oben).

5. Rechtsfolge, §§ 249 ff. BGB

Fraglich ist, ob das Honorar (100 €), das M als Clown erwirtschaftet hätte, ersatzfähig ist.

a) Art der Ersatzleistung

Die Ersatzfähigkeit der 100 € folgt bereits allein unter strikter Anwendung der Differenzhypothese. Maßgeblich ist ein Wertvergleich, wozu es einer Gegenüberstellung der hypothetischen Lage ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses mit der realen Lage bei Eintritt des schädigenden Ereignisses bedarf.⁵⁰ Hätte M infolge der Schockreaktion keinen Kreislaufkollaps erlitten, wäre sie am nächsten

da zum einen ein nicht erklärbarer Unterschied zu unmittelbar entstandenen Gesundheitsverletzungen bestand und zum anderen heftige Ereignisse regelmäßig zu berechenbaren Reaktionen führen.

⁴⁸ Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 101.

⁴⁹ Allgemein zu diesem Kriterium, siehe BGH, Urt. v. 10.2.2015 – VI ZR 8/14 = NJW 2015, 2246 (2247); Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 44; kritisch zu dieser Beschränkung des Schockschadenersatzes auf nahe Angehörige Luckey, SVR 2012, 1 (4); Bischoff, MDR 2004, 557 (558).

⁵⁰ Allgemein zur Differenzhypothese Grigoleit/Riehm, Schuldrecht IV, 3. Aufl. 2022, Rn. 530; auch heute überzeugt

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Tag als Clown aufgetreten und hätte 100 € erhalten. Folglich ist der Schadensposten bereits gem. § 249 Abs. 1 BGB als entgangener Gewinn ersatzfähig. Eines Rückgriffs auf die deklaratorische Vorschrift des § 252 S. 1 BGB bedarf es bei genauer Betrachtung nicht.

b) Zurechenbarkeit des Schadens

Der Schaden ist G mangels anderweitiger Anhaltspunkte auch zurechenbar.

c) Keine Kürzung des Anspruchs nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld

Eine Kürzung des Anspruchs nach § 254 Abs. 1 BGB liegt ebenso fern (V ist als Vater der T insbesondere auch nicht gesetzlicher Vertreter der M), wie eine Anspruchskürzung nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld:

Zwischen V und G besteht in Bezug auf die Ersatzfähigkeit der 100 € eine „normale“ Gesamtschuld. Sowohl V als auch G haften der M deliktisch und sind daher gem. § 840 Abs. 1 BGB Gesamtschuldner. Die Haftung des V scheidet auch nicht an einer Haftungsprivilegierung, da § 1359 BGB nur auf Ehegatten anwendbar ist, V und M jedoch getrennt sind. Der Gläubiger von zwei Schuldern, die diesem als Gesamtschuldner haften, können einzeln in voller Höhe in Anspruch genommen werden – das Innenverhältnis bestimmt sich nach § 426 BGB, wonach G bei V Regress nehmen kann. Ein etwaiger Regress ist bei dem Anspruch des Gläubigers jedoch nicht zu berücksichtigen.

6. Ergebnis

T hat gegen G einen Anspruch aus § 832 Abs. 1 S. 1 BGB auf Ersatz der 100 € in voller Höhe.

II. Aus § 823 Abs. 1 BGB

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB tritt als *lex generalis* hinter § 832 Abs. 1 S. 1 BGB zurück (siehe oben).

III. Aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB ist aufgrund des abschließenden Charakters des § 832 Abs. 1 S. 1 BGB abzulehnen (siehe oben).

Frage 3: Klageantrag

Zu prüfen ist, wie T prozessual vorgehen soll, wenn sich – vielleicht erst nach Jahren – zuverlässig feststellen lässt, ob sie bleibende kognitive Schäden zurückbehalten hat.

I. Klageantrag auf Leistung

1. Leistungsklage

Einer derzeitigen Leistungsklage steht jedenfalls das Problem fehlender Bezifferbarkeit (§ 253 Abs. 2

sie noch im Ausgangspunkt *Oetker*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 18 f.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Nr. 2 ZPO) entgegen. Es ist noch nicht absehbar, in welcher Höhe, und ob überhaupt weitere kognitive Schäden jemals entstehen werden, die einen dann erst in der Höhe bezifferbaren Schadensersatz bedingen würden.

2. Klage auf zukünftige Leistung, §§ 257-259 ZPO

Eine Leistungsklage, deren „Leistung“ im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht vorliegt, kann unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 257–259 ZPO erhoben werden. Es ist jedoch keiner der Tatbestände einschlägig: Es handelt sich nicht um eine Leistung, die an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft ist (§ 257 ZPO), weiter auch nicht um eine wiederkehrende Leistung (§ 258 ZPO) und schließlich besteht mangels anderweitiger Anhaltspunkte auch keine Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung (§ 259 ZPO).

Anmerkung: Es handelt sich eher um zivilprozessuale Spezialkenntnisse, die nicht erwartbar sind.

II. Klageantrag auf Feststellung

Denkbar wäre daher nur eine Klage mit dem Antrag, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen künftigen kognitiven Schäden zu ersetzen, die aus dem Verschlucken der im Sandkasten von T aufgefundenen Murmeln am Spielplatz vom [Datum] resultieren.

1. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 Abs. 1 BGB

Voraussetzung ist zunächst, dass ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht. Rechtsverhältnis meint die aus einem konkreten Lebenssachverhalt resultierende Rechtsbeziehung einer Person zu einer anderen oder zu einem Gegenstand.⁵¹ Ein hier behaupteter Schadensersatzanspruch ist wie jeder Anspruch eine Rechtsbeziehung zwischen Personen und daher ein Rechtsverhältnis i.S.d. § 256 Abs. 1 BGB. In Anlehnung an §§ 257–259 ZPO erfasst ein Feststellungsantrag jedoch keine künftigen Rechtsverhältnisse,⁵² weshalb ein künftiger Anspruch auch nicht Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 BGB sein kann.

Der hier in Frage stehende Schadensersatzanspruch entsteht nach dem Grundsatz der Schadenseinheit indes bereits mit Eintritt des ersten Schaden als Ganzes.⁵³ Diesbezüglich liegt die Annahme eines nur künftigen Anspruchs fern, da für die Entstehung irrelevant ist, dass einzelne kognitive Auswirkungen derzeit noch nicht bestehen, denn der Hirnschaden ist bereits eingetreten.⁵⁴ Dieser Grundsatz der Schadenseinheit ist zwingend auf die prozessrechtliche Auslegung des § 256 ZPO zu übertragen, andernfalls wäre es dem Geschädigten regelmäßig verwehrt, künftige Schäden überhaupt noch einzuklagen, da Verjährung einträte (siehe sogleich ausführlich). Damit liegt ein (gegenwärtiges) feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor.

⁵¹ Dies ist die gängige Definition, vgl. BGH, Urt. v. 15.10.1956 – III ZR 226/55 = NJW 1957, 21 (22); Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 35. Aufl. 2024, § 256 Rn. 4.

⁵² Unter Bezugnahme auf zahlreiche Rspr. und Lit. Becker-Eberhard, in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 7. Aufl. 2025, § 256 Rn. 31 m.w.N.

⁵³ Grundlegend bereits RG, Urt. v. 11.12.1913 – II 505/13 = RGZ 83, 354 (360); inzwischen st.Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. 7.3.2019 – III ZR 117/18 = NJW 2019, 1953 (1956); gleichwohl war der Grundsatz nie unumstritten, siehe Gill, Der besondere Verjährungsbeginn für Schadensersatzansprüche in § 852 Abs. 1 BGB, 1983, S. 136 ff.

⁵⁴ Vgl. hierzu Gerdemann, in: BeckOK BGB, Stand: 1.2.2025, § 199 Rn. 36 m.w.N.

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

2. Feststellungsinteresse

Gem. § 256 Abs. 1 ZPO müsste ein berechtigtes (nicht rein wirtschaftliches) Interesse an der Feststellung bestehen. Das allgemeine Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das begehrte Feststellungsurteil dieselbe beseitigen kann.⁵⁵

a) Feststellungsinteresse im Hinblick auf die Verjährungsgefahr

Ein Feststellungsinteresse begründet sich jedenfalls in der dem Anspruch drohenden Verjährung (§§ 194 ff. BGB).⁵⁶ Um die Verjährung eines Anspruchs zu hemmen, ist Klageerhebung erforderlich. Gewinnt der Kläger seine Feststellungsklage, wird gem. § 197 Abs. 1 Nr. 3 ZPO eine 30-jährige Verjährungsfrist in Gang gesetzt. Sollten die von T befürchteten kognitiven Spätfolgen noch eintreten, unterliegen diese dann keiner eigenständigen Verjährungsfrist mehr. Maßgeblich ist dann vielmehr die 30-jährige Titelverjährung.

Für die Verjährung des streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch ist unter anderem die Entstehung des Anspruchs (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) entscheidend, da dieser der regelmäßigen Verjährung des § 195 BGB unterliegt. Ein Schadensersatzanspruch entsteht bereits, wenn eine nachteilige Folge eingetreten ist (siehe oben, Grundsatz der Schadenseinheit). Voraussetzung ist lediglich, dass der gesamte Schaden auf einem einheitlichen Verhalten des Schädigers beruht und beim Auftreten des ersten Schadens mit weiteren, dann jetzt streitgegenständlichen Einbußen zu rechnen war, bzw. diese als möglich voraussehbar erschienen.⁵⁷ Diese Voraussetzungen sind bei T erfüllt, der Schaden beruht auf dem Vorfall am Spielplatz und mögliche Auswirkungen des Hirnschadens auf die schulische bzw. berufliche Zukunft sind als möglich voraussehbar.

Der Grundsatz der Schadenseinheit hat auch prozessual seine Berechtigung. Insofern trägt er der Prozessökonomie und den beiderseitigen Interessen der Parteien Rechnung: Zum einen ergibt es Sinn, das erkennende Gericht mit dem Anspruch auf künftige Schäden zu befassen, da die Haftungsbegründung im Wesentlichen identisch ist. Zudem wird im Sinne des Schädigers erreicht, dass der Kläger gleich alles in die Waagschale wirft und der Beklagte somit nicht später mit Forderungen aus längst abgeschlossenen Sachverhalten konfrontiert wird.⁵⁸ Zugunsten des Klägers ist der Feststellungsantrag günstig, zumal sich ein weiterer Prozess im (unglücklichen) Falle der Realisierung des Schadens oftmals erübrigen wird.

b) Keine Subsidiarität der Feststellungsklage

Ein grundsätzlich bestehendes Feststellungsinteresse ist jedoch dann abzulehnen, wenn bereits im Zeitpunkt des Feststellungsantrages auf Leistung geklagt werden könnte (sog. Subsidiarität der

⁵⁵ Statt vieler *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 45. Aufl. 2024, § 256 Rn. 13. m.w.N. zur st.Rspr. des BGH.

⁵⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.2010 – VII ZR 187/08 = NJW-RR 2010, 750 (750 f.); insofern genügt sogar die auch nur entfernte Möglichkeit künftiger weiterer Folgeschäden, siehe BGH, Beschl. v. 9.1.2007 – VI ZR 133/06 = NJW-RR 2007, 601 (1. Leitsatz); v. *Gerlach*, VersR 2000, 525 (531).

⁵⁷ Zur Einheitlichkeit des Verhaltens, vgl. die gute Zusammenfassung der Anforderungen von *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 199 Rn. 10; im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit ist die Rspr. großzügig, siehe etwa BGH, Urt. v. 27.11.1990 – VI ZR 2/90 = NJW 1991, 973 (974); BGH, Urt. v. 11.7.1967 – VI ZR 115/66 = VersR 1967, 1092 (1094).

⁵⁸ BGH, Urt. v. 8.11.2016 – VI ZR 200/15 = NZG 2017, 753 (755); kritisch dazu *Zimmermann/Kleinschmidt*, in: FS Buchner, 2009, S. 861 (877 ff.).

Gsell/Freiwald: Denkt jede(r) an sich, ist an alle gedacht?

Feststellungsklage).⁵⁹ Dem Kläger ist die Feststellung dann regelmäßig versagt, da er auf leichterem und schnellerem Wege einen Vollstreckungstitel schaffen kann.

Eine Leistungsklage ist T mangels Bezifferbarkeit (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) nicht zuzumuten (siehe oben). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften zur Verurteilung zur zukünftigen Leistung (§§ 257–259 ZPO). Abgesehen davon, dass kein Fall der §§ 257–259 ZPO vorliegt, wird dem Kläger ein Wahlrecht im Hinblick auf die Stellung eines Feststellungsantrages oder einer Klage nach §§ 257–259 ZPO zugebilligt.⁶⁰ Die Feststellungsklage ist daher in jedem Fall nicht subsidiär gegenüber einer Leistungsklage.

III. Ergebnis

T sollte eine Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 BGB erheben.

Ergänzende Anmerkung: Einer Feststellungsklage aus § 256 Abs. 1 ZPO steht dann auch nicht die Rechtshängigkeit bzw. -kraft einer bereits erhobenen Leistungsklage bzw. ergangenen Urteils entgegen.⁶¹

⁵⁹ Im Einzelnen Seiler, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 45. Aufl. 2024, § 256 Rn. 18.

⁶⁰ Seiler, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, Kommentar, 45. Aufl. 2024, § 259 Rn. 6; Greger, in: Zöller, Zivilprozessordnung, Kommentar, 35. Aufl. 2024, § 259 Rn. 4.

⁶¹ Den jeweiligen Verfahren liegen unterschiedliche Anträge und damit andere Streitgegenstände zugrunde, allgemein zum prozessualen Streitgegenstandsbegriff, vgl. BGH, Urt. v. 3.3.2016 – IX ZB 33/14 = NJW 2016, 1818 (1821).