

§ 253 Immaterieller Schaden Huber

(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

Literatur:

Adelmann, Schmerzensgeld wegen des Miterlebens der schweren Verletzung oder Tötung eines anderen im Straßenverkehr, VersR 2009, 449; *Arntz*, Das Schmerzensgeld im Lichte der empirischen Glücksforschung, NJW 2017, 3329; *Auer*, Das HWS-Trauma: Kausalzusammenhang aus biomechanischer und juristischer Sicht, NZV 2007, 273; *Bachmeier*, Die aktuelle Entwicklung bei der HWS-Schleudertrauma-Problematik, DAR 2004, 421; *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online Kommentar BGB, 53. Edition 2020; *v. Bar*, Schmerzensgeld in Europa, FS Deutsch (1999) S. 27; *Becker/Castro/Hein/Schimmelpfennig*, „HWS-Schleudertrauma“ 2000 – Standortbestimmung und Vorausblick, NZV 2000, 225; *Benecke*, „Mobbing“ im Arbeitsrecht, NZA-RR 2003, 225; *Benecke*, Mobbing, 2005; *Benecke*, Mobbing: Persönlichkeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers – Zugleich Besprechung des Urteils des BAG vom 16.5.2007 (8 AZR 709/06), RdA 2008, 357; *Benkendorff*, Schmerzensgeld außerhalb des Schadensersatzrechts, Eine Untersuchung zur Anwendbarkeit des § 253 Abs. 2 BGB im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag sowie im Falle des zivilrechtlichen Aufopferungsanspruchs nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, 2009; *Bensalah/Hassel*, Kritische Aspekte zur taggenauen Schmerzensgeldbemessung (zu OLG Frankfurt, Urt. v. 18.10.2018 – 22 U 97/16), NJW 2019, 403; *Benz/Sieger*, Schmerzensgeld im Verkehrsunfallprozess, SVR 2007, 335; *Berg*, Teilschmerzensgeldklagen, NZV 2010, 63; *Berz/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts idF 40. ErgLief. (2019); *Bieszk*, Schadensersatzansprüche gegen Arbeitskollegen bei Mobbing – zugleich Untersuchung der Frage, ob das Recht am Arbeitsplatz ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist, 2007; *Bischoff*, Schmerzensgeld für Angehörige von Verbrechenopfern, MDR 2004, 557; *ders.*, Psychische Schäden als Unfallfolgen, zfs 2008, 122 = 46. VGT (2008), S. 111; *Böhm*, Das leidige Problem der HWS-Verletzung nach einem Verkehrsunfall und die Entwicklung der Rechtsprechung nach den Urteilen des BGH im Jahr 2008, zfs 2011, 423, 483; *Böhme/Biela*, Kraftverkehrs-Haftpflichtschäden, 26. Auflage, 2018; *Born*, Lohnt es sich, verrückt zu werden? – Die Haftung bei psychischen Folgeschäden, FS Eggert (2008) S. 251; *ders.*, Der „Dachschaden“ im Verkehrsrecht: Haftungsgrundsätze beim psychischen Folgeschaden, r+s Sonderheft FS Lemcke (2011) S. 14; *ders.*, Zweierlei Maß? – Der Einfluss von Geschlecht und Alter auf die Höhe des

Schmerzensgeldes, FS L. Jaeger (2014) 207; *ders.*, Frankenstein oder Pretty Woman: gleiches Recht für alle? – Die Auswirkungen von Geschlecht und Alter auf die Höhe des Schmerzensgeldes, NZV 2016, 545; *Born/Rudolf/Becke*, Die Ermittlung des psychischen Folgeschadens – der „BoRuBeck-Faktor“, NZV 2008, 1; *Brandt*, Die Behandlung von psychischen Folgeschäden im Schadensersatzrecht, VersR 2005, 616; *Brüggemeier*, „Verurteilt zur Zahlung von 1 €!“ – Ist nomineller Schadensersatz eine sinnvolle Ergänzung des deutschen Schadensrechts?, FS Heinrichs (1998) S. 79; *Budewig/Gehrlein*, Haftpflichtrecht nach der Reform, 2003; *Burmann/Heß*, Das „Kreuz“ mit der (Hals-) Wirbelsäule, NZV 2008, 481; *van Bühren/Lemcke/Jahnke*, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2. Auflage, 2012; *Bussmann*, Die prozessuale Durchsetzung von Schmerzensgeld, MDR 2007, 446; *Castro*, HWS-Distorsion und Erforderlichkeit eines Sachverständigengutachtens, SVR 2007, 451; *Castro/Mazzotti/Becke*, Replik auf Dipl.-Phys. Dr. Ulrich Löhle, Verletzungen der Halswirbelsäule (HWS) – neuester Stand (zfs 2000, 524), zfs 2001, 152; *Castro/Mazzotti/Becke*, Wissenswerte Informationen für eine interdisziplinäre Begutachtung beim „HWS-Schleudertrauma“ – eine „Wunschliste“ aus verkehrstechnischer und orthopädischer Sicht, NZV 2001, 112; *Ciupka*, Gedanken zum Problem der Schmerzensgeldrente, VersR 1976, 226; *Claussen*, Medizinische neurootologische Wege zum Lösen von Beweisfragen beim HWS-Schleudertrauma, DAR 2001, 337; *Coester*, Die tödliche Verletzung im Deliktsrecht, FS Kaissis (2012) 81; *Coester-Waltjen*, Der Ersatz immaterieller Schäden im Deliktsrecht, Jura 2001, 133; *Creutz*, Mobbing: Für Anwälte ein lukratives Geschäftsfeld?, Anwaltsreport 2002, 14; *Dahm*, Die Behandlung von Schockschäden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung – ihre Bedeutung im allgemeinen Schadenersatzrecht und in der Haftungsbeschränkung der gesetzlichen Unfallversicherung, NZV 2008, 187; *Dannert*, Rechtsprobleme bei der Feststellung und Beurteilung unfallbedingter Verletzungen der Halswirbelsäule, NZV 1999, 453; *ders.*, Schadensersatzforderungen nach unfallbedingter Verletzung der Halswirbelsäule (HWS), zfs 2001, 2, 50; *Danzl*, Handbuch Schmerzengeld (2019); *Däubler*, Sachen und Menschen im Schadensrecht, NJW 1999, 1611; *ders.*, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625; *Deinert*, Unfallversicherungsregress und innerbetrieblicher Schadensausgleich, RdA 2013, 146; *Deppenkemper*, Der Aufopferungsanspruch im Wandel der Zeit: Jetzt auch Schmerzensgeld umfasst!, JM 2018, 100; *Deutsch*, Über die Zukunft des Schmerzensgeldes, ZRP 1998, 291; *ders.*, Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, ZRP 2001, 351; *A. Diederichsen*, Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, Homburger Tage 2004, S. 7 = VersR 2005, 433; *dies.*, Angehörigenschmerzensgeld „Für und Wider“, DAR 2011, 122; *Diehl*, Aktuelle Probleme des Schmerzensgeldes im Verkehrsrecht, zfs 2007, 10; *Dörr*, Die Erstattungsfähigkeit von Schockschäden, MDR 2015, 1209; *Dressler*, Neugewichtung bei den Schadensersatzleistungen für Personen- und Sachschäden?, VGT 1996, 192 = DAR 1996, 81; *Ebbing*, Ausgleich immaterieller Schäden, ZGS 2003, 223; *Ebert*, Schuld und Sühne(funktion) – Der Einfluss des Verschuldensgrads des Schädigers auf die Schmerzensgeldhöhe, FS L. Jaeger

(2014) 269; *Eggert*, Schmerzensgeld aktuell, VA 2004, 24; *ders.*, Schadensersatz bei psychischen Schäden, VA 2005, 207; *ders.*, Prozessuale Besonderheiten beim Schmerzensgeld, VA 2007, 64; *ders.*, Aktuelle Fragen des Sachverständigenbeweises: Teil 2: Unfallfolgen, VA 2007, 120; *ders.*, Der Vorschadeneinwand des Schädigers im Haftpflichtprozess – Teil 2 Personenschaden, VA 2010, 60; *Eilers*, Psychische Schäden als Unfallfolgen, zfs 2009, 248; *Erm*, Vorteilsausgleichung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts (2013); *Ernst/Lang*, Schmerzensgeld und Haushaltsführungsschaden – sind die Schätzungsgrundlagen noch aktuell?, VersR 2019, 1122; *Eschelbach/Geipel*, Beweis- und Zurechnungsfragen bei der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit durch Verkehrsunfälle mit Blick auf HWS-Distorsionen, NZV 2010, 481; *Fleck*, Ansprüche bei einem Verkehrsunfall aus sozialrechtlicher Sicht – Teil I und II, NJW-Spezial 2010, 521, 585; *Foerste*, Schmerzensgeldbemessung bei brutalen Verbrechen, NJW 1999, 2951; *Frank*, Vertauschte Kinder, FamRZ 2015, 1149; *Franke/Strnad*, Zum zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch bei sexuellem Missbrauch, FamRZ 2012, 1535; *Frey/Ulbrich*, Zur Bedeutung der empirischen Lebenszufriedenheitsforschung für die Rechtswissenschaft, AcP 218, 32; *Freymann*, Das Schmerzensgeld bei Bagatelverletzungen – Was ist aus dem Fortentwicklungsauftrag des Gesetzgebers aus dem Jahr 2002 geworden?, FS L. Jaeger (2014) 296; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 28. Auflage 2020; *v. Gerlach*, Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen, VersR 2000, 525; *Gontard*, Schmerzensgeld für Angehörige, DAR 1990, 375; *Göpfert/Siegrist*, Stalking – Nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auch ein Problem für Arbeitgeber?, NZA 2007, 473; *Gottschalk*, Hat das Sechste Strafrechtsreformgesetz Auswirkungen auf das Schmerzensgeldniveau?, NJW 1999, 3764; *Greger/Zwickel*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Auflage 2014; *Griese*, Haftung und Schmerzensgeld im Arbeitsverhältnis – rechtlich und rechtspolitisch, FS Küttner (2006) S. 165; *Grüneberg*, Das neue Schadensersatzrecht im Lichte der Rechtsprechung, SVR 2004, 406; *Grunewald/Nugel*, Problemfeld Schmerzensgeld, VRR 2014, 4; *Gülpen*, Schmerzensgelderhöhung bei verzögerter Schadensregulierung, SVR 2008, 134; *Hacks/Wellner/Häcker*, Schmerzensgeld-Beträge, 38. Auflage 2020; *v. Hadeln*, Das Trauma mit der HWS, NZV 2001, 457; *Halm*, Überschreitung der 1 Millionen-Schmerzensgeldgrenze, DAR 2001, 430; *Halm/Scheffler*, Schmerzensgeldrente und Abänderungsklage nach § 323 ZPO, DAR 2004, 71; *Halm/Staab*, Posttraumatische Belastungsstörungen nach einem Unfallereignis, DAR 2009, 677; *Halm/Steinmeier*, Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Straßenverkehr, DAR 2005, 481; *Henne*, Gesamtschuldnerschaft beim Schmerzensgeldanspruch trotz ausgeschlossener Kausalität?, NJW 2001, 1472; *ders.*, Schmerzensgeldansprüche nach Sexualtaten – Anmerkungen zu den geplanten Reformen im Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, ZRP 2001, 493; *ders.*, „Gedruckt gelogen ist teurer als tatsächlich getan“ und andere aktuelle Probleme beim Schmerzensgeldanspruch nach Sexualtaten, Jura 2002, 335; *Hergenröder*, Kirchliche Entschädigungszahlungen für sexuellen

Missbrauch als Massebestandteil?, VuR 2015, 301; *Herr*, Das Schmerzensgeld im Zugewinnausgleich, NJW 2008, 262; *Heß*, Das Schmerzensgeld, zfs 2001, 532; *ders.*, Noch einmal: Psychische Erkrankungen nach Unfallereignissen – HWS und die posttraumatische Belastungsstörung, NZV 2001, 287; *Heß/Buller*, Der Kinderunfall und das Schmerzensgeld nach der Änderung des Schadensrechtes, zfs 2003, 218; *Heß/Burmann*, Die Ersatzfähigkeit psychischer (Folge-)schäden nach einem Verkehrsunfall, NJW-Spezial 2004, 15; *dies.*, Das Schmerzensgeld bei schweren Verletzungen, NJW-Spezial 2005, 207; *dies.*, Die Feststellungsklage im Schadensersatzprozess, NJW-Spezial 2005, 255; *dies.*, Der unbezifferte Klageantrag, NJW-Spezial 2006, 63; *dies.*, Gesamtschuldnerausgleich und Verjährung, NJW-Spezial 2010, 393; *dies.*, Die Schmerzensgeldrente, NJW-Spezial 2012, 265; *Himmelreich/Halm*, Handbuch der KFZ-Schadensregulierung 3. Aufl. (2015); *Höher/Mergner*, Keine haftungsrechtliche Bindungswirkung der im Adhäsionsverfahren ergangenen Entscheidung, NZV 2013, 373; *Hofmann/Uhrich*, Der Verkehrsunfallprozess, JURA 2011, 643; *Hohmann*, Rechtliche Voraussetzungen des Mobbingvorwurfs und gerichtlicher Prüfungsumfang, NZA 2006, 530; *Höke*, Die Schmerzensgelddiskussion in Deutschland: Bestandaufnahme und europäischer Vergleich, NZV 2014, 1; *Hoppenstedt/Stern*, Einführung eines Anspruchs auf Angehörigenschmerzensgeld, ZRP 2015, 18; *Ch. Huber*, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998, 345; *ders.*, Das neue Schadensersatzrecht, 2003; *ders.*, Behinderungsbedingter Umbau – hat es der Schlossherr besser?, NZV 2005, 620; *ders.*, Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten, NZV 2006, 169; *ders.*, Regulierung von HWS-Schäden in Österreich und Deutschland – Anmerkung zur BGE vom 17.11.2009 (4A_494/2009), HAVE 2010, 309; *ders.*, Neuere Entwicklungen beim Personenschaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Deutschlands und Österreichs, Personen-Schaden-Forum 2010, 253; *ders.*, Abgrenzungen und Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, r+s Sonderheft 2011, 34; *ders.*, Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation, NZV 2012, 5; *ders.*, Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform?, FS E. Lorenz (2014) 603; *ders.*, Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, FS L. Jaeger (2014) 309; *ders.*, Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld?, 5. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum – Aktuelles zum Personenschadensrecht (2016) 1 = VersR 2016, 73; *ders.*, Die Entschädigungshöhe des Schmerzen(-s)geldes in Deutschland und Österreich im Vergleich zur Genugtuung in der Schweiz, HAVE 2015, 258; *ders.*, Das Unterlassen der Benutzung von Sicherheitseinrichtungen (Gurt, Helm, Schutzkleidung) – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda aus Anlass von OGH 27. 8. 2014, 2 Ob 99/14v, ÖJZ 2015/37, ÖJZ 2016, 53; *ders.*,

Anhebung der Haftungshöchstbeträge bei teilautomatisiertem Fahren in § 12 StVG ohne Anpassung der Mindestdeckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung, NZV 2017, 545; *ders.*, Der Ersatz künftiger Einbußen beim Personenschaden, zfs 2018, 484; *ders.*, Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: *ders./Kornes/Mathis/Thönessen*, Tagungsband Fachtagung Personenschaden 2019, 197; *M. Huber*, Psychische Unfallfolgen, SVR 2008, 1; *ders.*, Grundwissen – Zivilprozessrecht: Unbezifferter Klageantrag bei Schmerzensgeldanspruch, JuS 2019, 209; *Horst/Katzenstein*, Die Bindung der Gerichte nach § 108 SGB VII, VersR 2009, 165; *Hugemann*, Der Tinnitus als Unfallfolge: Physischer oder psychischer Schaden? – Parallelen zur HWS-Rechtsprechung, NZV 2003, 406; *ders.*, Wenn nach dem Knall das Pfeifen kommt – Tinnitus nach Verkehrsunfällen, NJW-Spezial 2005, 111; *Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung I (2013); *L. Jaeger*, Höhe des Schmerzensgeldes bei tödlichen Verletzungen im Lichte der neueren Rechtsprechung des BGH, VersR 1996, 1177; *ders.*, Klageantrag bei der Geltendmachung von Schmerzensgeld, MDR 1996, 688; *ders.*, Schmerzensgeld bei Zerstörung der Persönlichkeit und bei alsbaldigem Tod, MDR 1998, 450; *ders.*, Schockschaden, PVR 2003, 274; *ders.*, Neuregelung des Schmerzensgeldanspruchs durch das zweite Schadensrechtsänderungsgesetz, ZAP 2003, Fach 2, 383; *ders.*, Bemessung des Schmerzensgeldes bei der Haftung aus Gefährdungshaftungstatbeständen, ZGS 2004, 217; *ders.*, Schmerzensgeld – Die Genugtuungsfunktion hat ausgedient, FS E. Lorenz (2004) S. 377; *ders.*, Geltendmachung von Schmerzensgeld für Schockschäden beim Tod naher Angehöriger, VRR 2005, 10; *ders.*, Entwicklung der Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, VersR 2006, 1611; *ders.*, Neue Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, ZAP 2008, 1305; *ders.*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, FS Eggert (2008) S. 213; *ders.*, Das HWS-Schleudertrauma als Gesundheitsverletzung, VRR 2009, 2; *ders.*, Höchstes Schmerzensgeld – ist der Gipfel erreicht?, VersR 2009, 159; *ders.*, Bemessung des Schmerzensgeldes nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schädigers, VRR 2011, 404; *ders.*, Schmerzensgeld für Angehörige, VRR 2012, 4; *ders.*, Entwicklung der Rechtsprechung zu hohen Schmerzensgeldern, VersR 2013, 134; *ders.*, Schmerzensgeldbemessung bei Todesangst, VersR 2015, 1345; *ders.*, Die Schmerzensgeldklage im Adhäsionsverfahren – ist schnelles Recht auch gutes Recht?, VersR 2017, 449; *ders.*, Einfluss der Niedrigzinsphase auf die Bemessung des Schmerzensgeldes, VersR 2019, 577; *L. Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *dies.*, Das zweite Schadensrechtsänderungsgesetz – Ein Überblick über das neue Recht, MDR 2002, 1168; *dies.*, Schmerzensgeldansprüche bei Mobbing, ZAP 2004, Fach 17, 785; *dies.*, Schmerzensgeld, 10. Auflage 2020; *Jahnke*, Schadensrechtliche Aspekte der Schmerzensgeldrente – Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Brandenburg vom 9.2.2006 (12 U 116/05), r+s 2006, 228; *Jahnke/Burmann*, Handbuch des Personenschadensrechts (2016); *Janssen*, Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung. Verpasst

Deutschland den Anschluss?, ZRP 2003, 156; *ders.*, Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden naher Angehöriger in den Niederlanden, VersR AI 2003, 28; *v. Jeinsen*, Das Angehörigenschmerzensgeld, zfs 2008, 61; *Kadner Graziano*, Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?, ZEuP 1996, 135; *ders.*, Angehörigenschmerzensgeld im europäischen Privatrecht – die Schere schließt sich, ZEuP 2002, 834; *ders.*, Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld – die Würfel fallen, RIW 2015, 549; *Katzenmeier*, Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, JZ 2002, 1029; *ders.*, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, 1066; *Keiser*, Schadensersatz und Schmerzensgeld bei Stalking, NJW 2007, 3387; *Keller*, Ein Konzept zur Umsetzung der Ausgleichsfunktion bei der Bemessung des Schmerzensgeldes (2014); *Kern*, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht, AcP 191 (1991), 247; *ders.*, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnempfindungen?, FS Gitter (1995) S. 447; *Kilian*, Die deliktische Verantwortlichkeit Minderjähriger nach § 828 BGB n.F., ZGS 2003, 168; *ders.*, Schadensersatz bei Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung: Der reformierte § 825 BGB, JR 2004, 309; *Klinger*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene von Verkehrsopfern?, NZV 2005, 290; *Klutinius/Karwatzki*, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Personenschäden, MDR 2006, 667; *Knoche/Biersack*, Abänderungsfragen nach § 323 ZPO auf Grund geänderter Rechtsprechung, MDR 2005, 12; *Koziol*, Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, FS Hausheer (2002) 597; *Korch*, Schmerzensgeldbemessung und Glücksforschung, JZ 2019, 491; *Kramer*, Schockschäden mit Krankheitswert – noch offene Fragen?, FS Koziol (2010), 743; *Krumbholz*, HWS-Verletzungen in der gerichtlichen Praxis, DAR 2004, 434; *Kuhn*, HWS-Verletzungen in der Schadensregulierung, DAR 2001, 344; *ders.*, Angehörigenschmerzensgeld, SVR 2012, 288; *Kuhn*, Das Angehörigenschmerzensgeld – Situation in Deutschland und anderen europäischen Ländern, FS L. Jaeger (2014) 345; *Kullmann*, Immaterieller Schadensersatzanspruch des Patienten bei Diagnosemitteilung des Arztes an Abrechnungsstellen, Krankenkassen und Versicherungen trotz Widerspruch des Patienten, MedR 2001, 343; *Küppersbusch*, Probleme bei der Regulierung von Personenschäden, r+s 2002, 221; *ders.*, Aktuelle Fragen beim Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 110 SGB VII, NZV 2005, 393; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 13. Aufl. 2020; *Landolt*, Haftung für Schockschäden von Angehörigen aus rechtsvergleichender Sicht, FS L. Jaeger (2014) 355; *J. Lang*, Die Beschränkung zivilrechtlicher Haftungsansprüche nach § 106 SGB VII – eine Besprechung der höchstrichterlichen Rechtsprechung anhand von Fallbeispielen, zfs 2005, 371; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Auflage 2003; *Laschke*, Haftungsfallen im Verkehrszivilrecht, AnwBl 2007, 372; *Lehmacher*, Die Berücksichtigung des fiktiven Schmerzensgeldanspruchs des Geschädigten beim Regress des Sozialversicherungsträgers

nach § 110 SGB VII, NZV 2006, 63; *Lemcke*, Das „HWS-Schleudertrauma“ aus juristischer Sicht, NZV 1996, 337; *ders.*, Schmerzensgeld für Zukunftsschäden und zeitliche Begrenzung, r+s 2000, 309; *ders.*, Unfallbedingte HWS-Beschwerden und Haftung, r+s 2003, 177; *ders.*, Die gestörte Gesamtschuld in der Personenschadensregulierung, r+s 2006, 52; *ders./Heß*, Der Regress des Sozialversicherers nach § 110 SGB VII, r+s 2007, 221; *Manfred Lepa*, Schmerzensgeld – Mitverschulden, 1990; *ders.*, Auffälligkeiten des Haftpflichtprozesses in unserer Zeit, VersR 2001, 265; *ders.*, Die Wandlung des Schmerzensgeldanspruchs und ihre Folgen, FS G. Müller (2009) S. 113; *Meike Lepa*, Haftungsbeschränkungen bei Personenschäden nach dem Unfallversicherungsrecht – Eine kritische Analyse der Neuregelung in §§ 104 ff SGB VII, 2004; *Löhle*, HWS-Problematik, zfs 1997, 441; *ders.*, Verletzungen der Halswirbelsäule (HWS) – neuester Stand, zfs 2000, 524; *Löwe*, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, 2000; *E. Lorenz*, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 1981; *ders.*, Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten?, FS Wiese (1998) S. 261; *ders.*, Einige Bemerkungen zur Struktur des Anspruchs auf Ersatz von Schockschäden, FS G. Müller (2009) S. 147; *Luckey*, Die Haftungserleichterung und Konsequenzen für den Gesamtschuldnerregress, VersR 2002, 1213; *ders.*, Der Schmerzensgeldprozess im Verkehrsunfallrecht, VRR 2005, 44; *ders.*, Die Berücksichtigung von Präjudizien bei der Bemessung von Schmerzensgeld – Fanfare for the Common Law?, FS Eggert (2008) S. 181; *ders.*, Schmerzensgeld für HWS-Verletzungen, SVR 2010, 174; *ders.*, Talking ‚bout my generation – der Einfluss des Alters des Verletzten auf die Schmerzensgeldbemessung, SVR 2011, 406; *Luckey*, He blew his mind out in a car ... Ansprüche naher Angehöriger beim Unfalltod, SVR 2012, 1; *ders.*, Personenschaden, 2. Auflage 2018; *ders.*, Schmerzensgeldtabellen – Sinnhaftigkeit und Grenzen, VGT 2014, 33 = SVR 2014, 125; *ders.*, Luckey Schmerzensgeldbemessung – ist Billigkeit berechenbar?, JR 2019, 311; *ders.*, Aktuelles zur Schmerzensgeldklage – zwischen „tag-“ und „scheingenau“, NJW 2019, 3361; *Ludolph*, Die Bedeutung des ersten Verletzungserfolges für das sog. Schleudertrauma, SP 2005, 86; *ders.*, Das „Schmerzgutachten“ im Haftpflichtrecht, SP 2006, 92; *Ludovisy/Eggert/Burhoff*, Praxis des Straßenverkehrsrechts, 6. Auflage 2015; *Lüttringhaus/Korch*, Schmerzensgeldbemessung, VersR 2019, 973; *Macke*, Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden, DAR 2000, 505; *Mazzotti/Castro*, „Out Of Position“ ein verletzungsfördernder Faktor beim „HWS-Schleudertrauma“?, SP 2002, 9; *Mazzotti/Kandaouoff/Castro*, „Überraschungseffekt“ – ein verletzungsfördernder Faktor für die HWS bei der Heckkollision?, NZV 2004, 335; *Merk*, Angehörigenschmerzensgeld: Schließen wir endlich die Gerechtigkeitslücke im deutschen Haftungsrecht!, DRiZ 2012, 118; *Morgenroth*, Neues Schadensersatzrecht in der Praxis, 42. VGT 2004, 183; *G. Müller*, Zum Ausgleich des immateriellen Schadens nach § 847 BGB, VersR 1993, 909; *dies.*, Die Schmerzensgeldrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Homburger Tage 1994, S. 7; *dies.*,

Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, 3049; *dies.*, Spätschäden im
 Haftpflichtrecht, VersR 1998, 129; *dies.*, Spielregeln für den Arzthaftungsprozess, DRiZ 2000,
 259; *dies.*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1; *dies.*, Das neue
 Schadensersatzrecht, DRiZ 2003, 167; *dies.*, Der HWS-Schaden – Bestandsaufnahme und
 Perspektiven, VersR 2003, 137; *dies.*, „HWS-Schaden und psychischer Folgeschaden im
 Prozess“, FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen
 Anwaltvereins (2005) S. 169; *dies.*, Der Personenschaden im Wandel von Rechtsprechung und
 Gesetzgebung, zfs 2019, 247, 304; *S. Müller*, Überkompensatorische
 Schmerzensgeldbemessung? Ein Beitrag zu den Grundlagen des § 253 Abs. 2 BGB n.F. (2007);
ders., Zur Reichweite der Schmerzensgeldhaftung – Zugleich eine Anm. zum Urteil des BGH vom
 23.7.2010 (V ZR 142/09) „Bergbau-Phobie“, ZGS 2010, 538; *Müller-Glöge/Preis/I. Schmidt*,
 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 20. Aufl. 2020; *Neuner*, Das Schmerzensgeld, JuS 2013,
 577; *Nehlsen-v. Stryk*, Schmerzensgeld ohne Genugtuung, JZ 1987, 119; *Nixdorf*, Mysterium
 Schmerzensgeld – Was ist das Besondere an den Ansprüchen auf Ersatz immaterieller
 Schäden?, NZV 1996, 89; *Notthoff*, Voraussetzungen der Schmerzensgeldzahlung in Form einer
 Geldrente, VersR 2003, 966; *ders.*, Schmerzensgeldbemessung im Falle alsbaldigen Versterbens
 des Geschädigten, r+s 2003, 309; *Nothoff/Ernst*, Das Regulierungsverhalten des
 Haftpflichtversicherers – (k)ein Kriterium für eine etwaige Schmerzensgelderhöhung?!, VRR
 2014, 284; *Nugel*, Beweisführung bei unfallbedingter Verletzung der Halswirbelsäule, NJW-
 Spezial 2010, 329; *ders.*, Haftungsausschlüsse im Straßenverkehr, NZV 2011, 1; *Oppel*,
 Schmerz lass nach – altes Problem – neues Urteil, DAR 2004, 436; *Ott/Schäfer*, Schmerzensgeld
 bei Körperverletzungen – Eine ökonomische Analyse, JZ 1990, 563; *Palandt*, 79. Auflage 2020;
Pauker, Die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Bemessung des Schmerzensgeldes,
 VersR 2004, 1391; *Peck*, § 110 SGB VII – Probleme bei der Auslegung und kein Ende?, SP
 2005, 123; *Peiffer*, Schmerzensgeld – Quo vadis? Aktueller Stand der Diskussion zur Höhe
 des Schmerzensgeldes, PHi 2020, 7; *Pflüger*, Schmerzensgeld für Angehörige (2005);
Pribnow/Benjamin, Regulierungsverhalten als Genugtuungsfaktor, FS 50 Jahre Schweizerische
 Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) S. 467; *Prütting/Gielen*, Prozessuale
 Probleme bei der Schmerzensgeldklage, NZV 1989, 329; *Quarch*, Psychische Schäden als
 Unfallfolge, SVR 2008, 13; *Quaisser*, Die Zukunft des „Schockschadens“ nach den Urteilen BGH
 vom 27.1.2015, Az. VI ZR 548/12 und BGH 10.2.2015, Az. VI ZR 8/14, NZV 2015, 465;
Quirnbach, Erhöhung des Schmerzensgeldes bei inadäquater Schadensregulierung? Eine
 Rechtsprechungsübersicht, zfs 2013, 670; *dies.*, Schmerzensgelderhöhung bei inadäquatem
 Regulierungsverhalten – aktuelle Rechtsprechung, zfs 2017, 667; *Ratajczak* (Hrsg.), Risiko
 Aufklärung: Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – wohin führt die Rechtsprechung?, 2001;
Rebler, Schadensersatzrechtliche Auswirkungen des Nichttragens von Schutzkleidung bei
 Motorradunfällen, MDR 2014, 1187; *Rehborn*, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, MDR

2000, 1101; *Reidel*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, VGT 2012, 1; *Reiter*, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs wegen unangemessener Verfahrensdauer, NJW 2015, 2554; *Richardi*, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004; *Rieble/Klumpp*, Mobbing und die Folgen, ZIP 2002, 369; *Riedmeyer*, Problemfeld Schmerzensgeld – Blick nach Europa VGT 2014, 41; *Rolfs*, Schmerzensgeld und Versicherung, Karlsruher Forum 2016, 41; *ders.*, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht heute, SGB 2018, 523; *Rolle*, Aktuelles zum Schmerzensgeld, VRR 2010, 124; *C. Shah M. Sedi/Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5, 3. Aufl. (2017); *C. Shah Sedi*, Schmerzensgeld im Wandel der Zeit; eine neue Zeitrechnung? zfs 2019, 424; *M. Shah Sedi*, Schmerzensgeld und Spätfolgen, zfs 2017, 363; *v. Sachsen Gessaphe*, Verbessertes Opferschutz im Straßenverkehr und beim Schmerzensgeld, Jura 2007, 481; *ders.*, Der Tod in der Wasserrutsche: Schmerzensgeld bei konkurrierender vertraglicher und deliktischer Haftung, FS Eisenhardt (2008) S. 301; *Säcker/Rixecker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2016; *Schäfer/Baumann*, Die neue Rechtsprechung des BGH zum Schadensersatz für psychische Folgeschäden nach Unfällen, MDR 1998, 1080; *Scheffen*, Aktuelle Fragen zur Höhe des Schmerzensgeldes, NZV 1994, 417; *Scheffen*, Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen aus Verkehrsunfällen, ärztlichen Kunstfehlern und Produzentenhaftung, ZRP 1999, 189; *Scheffen/Pardey*, Schadensersatz bei Unfällen mit Minderjährigen, 2. Auflage 2003; *Schiemann*, Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld, FS L. Jaeger (2014) 411; *Schirmer*, Neues Schadensersatzrecht in der Praxis – Haftung, Schmerzensgeld, Sachschaden, DAR 2004, 21; *R. Schmid*, Neue Haftungsrisiken bei Personenschäden im Luftfahrtbereich, VersR 2002, 26; *ders.*, Amerikanisierung des Anspruchsdenkens – am Beispiel von Luftfahrt-Großschäden, AnwBl 2003, 672; *Scholten*, Ersatz von Mietwagenkosten – (k)ein Ende der Diskussion in Sicht?, DAR 2014, 72; *ders.*, Das müssen Sie beim Antrag auf Schmerzensgeld beachten, VA 2016, 205; *ders.*, Zur Entwicklung des Personenschadensrechts – Schlaglichter und Perspektiven, DAR 2016, 631; *ders.*, Merkmale bei der Abfindung von Personenschäden, NJW 2018, 1302; *von Schönfeld*, Vom Glück und dem Recht – zur Relevanz der modernen Glücksforschung für das Schmerzensgeldrecht, r + s 2018, 639; *Schreier*, Zögerliches Regulierungsverhalten von Versicherern – Eine Bestandsaufnahme der Schadensregulierung nach geltendem Recht, VersR 2013, 1232; *Schröder*, Nachweis einer unfallbedingten HWS-Distorsion, SVR 2009, 89; *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2012); *dies.*, Schmerzensgeld, Karlsruher Forum 2016, 3; *Schulte/Rüdiger*, Schmerzensgeld: Ausgleich für Behandlungsfehler noch angemessen?, GesR 2020, 14; *Schulte-Nölke*, Kein Schmerzensgeld bei bergbaubedingten Erderschütterungen? ZGS 2010, 433; *Schumann/Nugel*, Schadensersatz bei Personenschäden mit Vorerkrankungen oder „psychischer Vorbelastung“, VRR 2013, 244; *Schwarze*, Der unfallversicherungsrechtliche Regress (§ 110 SGB VII) im Spiegel aktueller Rechtsprechung, SR 2017, 129; *Schwintowski*, Der Anspruch auf Ersatz des Schadens durch

(verzögerte) Schadensregulierung, FS L. Jaeger (2014) 421; *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Angehörigenschmerzensgeld – Überwindung eines zivilrechtlichen Dogmas, zfs 2012, 6; *dies.*, Handbuch Schmerzensgeld (2013); *Semrau/Staub*, Leichte HWS-Verletzung, ein Update- oder auch nicht!?, DAR 2016, 691; *Slizyk*, Judex non calculat – oder doch? SVR 2014, 10; *ders.*, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle 16. Aufl. 2020; *Spickhoff*, Schmerzensgeld und einstweilige Verfügung, VersR 1994, 1155; *ders.*, Folgenzurechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen, Karlsruher Forum 2007 (39), 7; *Spindler/Rieckers*, Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, JuS 2004, 272; *Staab*, Psychisch vermittelte und überlagerte Schäden – Zugleich Bespr. des HWS-Urteils des BGH vom 28.1.2003 (VI ZR 139/02), VersR 2003, 474; *ders.*, Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma seit 1996: Zugleich eine Würdigung der juristischen Weitsicht von Hermann Lemcke, r+s Sonderheft 2011, 107; *Staudinger*, Vom Aufbau des § 844 Abs 2 S 1 BGB, über den erleichterten Nachweis eines Schockschadens bis hin zur Angehörigenentschädigung, DAR 2012, 280; *ders.*, § 844 Abs 2 S 1, Ersatz von Schockschäden sowie Angehörigenentschädigung de lege lata und de lege ferenda, VGT 2012, 11; *Steffen*, Die Aushilfeausgaben des Schmerzensgeldes, FS Odersky (1996) S. 723; *ders.*, Die Balance zwischen „Tätern“ und „Opfern“ im Verkehrsrecht ist gefährdet, ZRP 1998, 147; *ders.*, Das Schmerzensgeld im Wandel eines Jahrhunderts, DAR 2003, 201; *ders.*, Von Grenzen, Lücken und Schwarzen Löchern im Verkehrsopferschutz durch Schadensersatz, FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145; *Stevens*, Psychische Schäden als Unfallfolgen, 46. VGT (2008), 122; *Stiegler*, Schmerzensgeld für Schock- und Trauerschäden (2009); *Stöber*, Haftungsausschluss nach § 104 SGB VII in den Fällen der Pannen- oder Unfallhilfe, NZV 2007, 57; *Stöhr*, Haftungsprivileg bei einer gemeinsamen Betriebsstätte und bei Verkehrsunfällen, VersR 2004, 809; *ders.*, Psychische Schäden als Unfallfolgen – Rechtsprechung zu psychischen Schäden, 46. VGT (2008), 122; *ders.*, Ausgewählte Fragen zum Verschulden gegen sich selbst, Homburger Tage 2009, 7 = zfs 2010, 62; *ders.*, Psychische Gesundheitsschäden und Regress, NZV 2009, 161, *Taupitz*, Der deliktsrechtliche Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995, 745; *Terbille*, Die Schmerzensgeldteilklage – anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?, VersR 2005, 37; *Thora*, Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs nach Tagessätzen, MedR 2019, 861; *Thüsing*, Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, VersR 2001, 285; *Trenk-Hinterberger*, Schockschäden bei Sekundäropfern von Gewalttaten – Rechtsfortbildung in der Judikatur des 9. Senats, FS 50 Jahre BSG (2005), S. 745; *Uhlenbruck*, Schmerzensgeld wegen HIV-Test ohne Einwilligung des Patienten, MedR 1996, 206; *Unterreitmeier*, Die Restitution von Schmach und Schmerzen, JZ 2013, 425; *Vatter*, Der Regress der Sozialversicherungsträger gemäß § 110 SGB VII, r+s Sonderheft 2011, 122; *von Mayenburg*, Die Bemessung des Inkommensurablen (2012); *Vise*, Die Bewertung der Anknüpfungstatsachen bei HWS-Verletzungen, SP 2003, 196;

Vorndran, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger – Ein Diskussionsvorschlag, ZRP 1988, 293; *Voß*, Die Durchkreuzung des manifestierten Familienplanes als deliktische Integritätsverletzung, VersR 1999, 545; *Vrzal*, Die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs anhand der neueren Rechtsprechung, VersR 2015, 284; *Wagner*, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, VersR 2000, 1305; *ders.*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049; *ders.*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *ders.*, Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven, JZ 2004, 319; *ders.*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352; *ders.*, Schadenersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, Karlsruher Forum 2006, 5; *ders.*, Angehörigenschmerzensgeld, FS Stürner (2013) 231; *Waltermann*, Änderungen im Schadensrecht durch das neue SGB VII, NJW 1997, 3401; *Wedig*, „Harmlosigkeitsgrenze“ bei HWS-Verletzungen, DAR 2003, 393; *ders.*, HWS-Schleudertrauma und gesetzliche Unfallversicherung, DAR 2004, 441; *Wellner*, Sozialversicherungsrechtliche Haftungsausschlüsse im Straßenverkehr, NJW-Spezial 2009, 402; *Wenker*, Transparenz und Akzeptanz des Schmerzensgeldanspruchs, VGT 2014, 51 = NZV 2014, 251; *Wenter*, Schadensrecht, VGT 2012, 31; *Wenter/Müller*, Die Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern im italienischen Schadensrecht, zfs 2012, 243; *Wessels/Castro*, Ein Dauerbrenner: Das „HWS-Schleudertrauma“ – Haftungsfragen im Zusammenhang mit psychisch vermittelten Gesundheitsbeeinträchtigungen, VersR 2000, 284; *Wickler*, Ausgleich von immateriellen Schäden bei mobbingbedingten Persönlichkeits- und Gesundheitsverletzungen, ArbuR 2004, 87; *Wiedemann*, Verzögerte Schmerzensgeldzahlung durch Haftpflichtversicherung, NVersZ 2000, 14; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, Überlegungen zur Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsstellung der Angehörigen von Unfallopfern, NZV 2012, 471; *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Auflage 2014; *Zeytin*, Zur Problematik des Schmerzensgeldes, 2001; *Ziegert*, Die Rolle des Rechtsanwalts im Kfz-Haftpflichtfall, dargestellt am Beispiel der HWS-Verletzung, MittBl der Arge VerkR 2005, 6; *Ziegler/Ehl*, Bein ab – arm dran. Eine Lanze für höhere Schmerzensgelder in Deutschland, JR 2010, 1; *Zwickel*, Schockschaden und Angehörigenschmerzensgeld: Neues vom BGH und vom Gesetzgeber, NZV 2015, 214; *Zoll*, Vermehrte Bedürfnisse Schwerstverletzter, Homburger Tage 2013, 7; *ders.*, Schadensregulierung bei vermehrten Bedürfnissen Schwerstverletzter, NJW 2014, 967; *ders.*, Probleme bei Heilbehandlungskosten und vermehrten Bedürfnissen in Abgrenzung zum Schmerzensgeld FS L. Jaeger (2014) 473.

A. Begriff

1

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Immaterieller Schaden		ff.
Schmerzensgeld		ff.

--	--	--

Für den immateriellen Schaden ist der Begriff „Schmerzensgeld“ gebräuchlich. Der Gesetzesausdruck „immaterieller Schaden“ bzw. „Schaden, der nicht Vermögensschaden ist“ ist indes weiter und umfasst nicht nur die Abgeltung von körperlichen und/oder seelischen Schmerzen.¹ Nach Ansicht von *Manfred Lepa*² ist die Anordnung seiner Verpflichtung aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben die einzige mögliche Reaktion des einfachen Gesetzgebers. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das jedenfalls praeter, wenn nicht contra legem entwickelt wurde, wird nicht mehr auf § 253, sondern unmittelbar auf die Art. 1 und 2 GG gestützt. Die praktische Bedeutung des Anspruchs auf Schmerzensgeld lässt sich daraus ableiten, dass in Deutschland in ca. 1 Mio Schadensfällen pro Jahr ein Schmerzensgeldanspruch gegeben ist.³ Von den ca. 400.000 bei Verkehrsunfällen Verletzten geht es um ca. 70.000 schwere Verletzungen.⁴

2

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Rechtsgutverletzung	

Der Terminus „Schmerzensgeldanspruch“ erweckt den Eindruck, es handle sich dabei um eine eigene Anspruchsgrundlage. Das ist indes unzutreffend. Vielmehr geht es nicht um den Haftungsgrund, sondern um den Umfang der Haftung.⁵ Voraussetzung für eine Zubilligung ist somit, dass zunächst geprüft werden muss, ob eine Rechtsgutsverletzung vorliegt, bei der der Zuspruch von Schmerzensgeld in Betracht kommt. Durch die Regelung des Schmerzensgeldes im systematischen Kontext der §§ 249 ff. kommt dies deutlicher zum Ausdruck als früher im Anschluss an die §§ 823 ff.⁶

2a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 1; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 4; *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 5 f.

²*Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 118.

³*Ziegler/Ehl* JR 2010, 1 (4) mit einer Aufgliederung der wichtigsten Anwendungsfelder, nämlich Verkehrsunfallrecht und Arzthaftung sowie kriminelle Straftaten.

⁴*Rolle* VRR 2010, 124.

⁵MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 15.

⁶MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 16.

Der Zuspruch soll nach „Billigkeit“ erfolgen. Das bedeutet angemessen,⁷ aber keinesfalls, dass er kleinlich oder gering ausfallen soll.⁸ Vielmehr wird dem Gericht ein besonders weites Ermessen eingeräumt, was nicht Willkür bedeutet,⁹ sondern dazu führt, dass der Zuspruch umfassend zu begründen ist,¹⁰ was in der Praxis nicht immer beachtet wird; häufig erfolgt ein bloßer Verweis auf Präjudizien, die aus Schmerzensgeldtabellen gewonnen werden.

B. Regel-Ausnahme-Verhältnis

3

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Regel-Ausnahme-Verhältnis	ff.

Nach wie vor gilt in Bezug auf das Schmerzensgeld ein Regel-Ausnahme-Verhältnis:

I. Regel (Abs. 1)

4

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Immaterielle Schäden sind schwer messbar, weshalb für sie grundsätzlich kein Ersatz in Geld verlangt werden kann. Diese Einschätzung müsste folgerichtig freilich dazu führen, niemals eine Geldentschädigung zuzulassen.¹¹ Zu verweisen ist allerdings darauf, dass jedenfalls in bestimmten Fällen – so Folter nach Art. 3 EMRK – Vorgaben zu beachten sind, die darin bestehen, dass der frühere Zustand so weit wie möglich wiederhergestellt werden muss, was sich auch auf ideelle Einbußen bezieht.¹² Die gesetzgeberische Entscheidung der eingeschränkten Zubilligung des Ersatzes für ideelle Nachteile ist denn auch rechtspolitisch umstritten. Durch die Zubilligung eines Hinterbliebenengeldes in § 844 Abs. 3 hat der Gesetzgeber eine punktuelle Erweiterung vorgenommen. Wegen der Festlegung, dass im deutschen Recht ein ideeller

⁷ *Freyman*, in: FS L. Jaeger (2014) 295, 307.

⁸ *Ch. Huber* VersR 2016, 73 ff.

⁹ *Vrzal* VersR 2015, 284 (286).

¹⁰ *Schiemann*, in: FS L. Jaeger (2014) 411, 412.

¹¹ *MüKoBGB*⁸/Oetker § 253 Rn. 5.

¹² EGMR NJW 2018, 3569: Zubilligung an eine Person, die während der Polizeigewahrsam erhebliche Verletzungen erlitten hat, 6,5 Mio EUR an Vermögens- und Nichtvermögensschaden unter Hinweis darauf, dass der Nichtvermögensschaden beträchtlich war, so dass ein erheblicher Betrag als Entschädigung angesetzt werden muss.

Schaden nur in den gesetzlich festgelegten Fällen ersatzfähig ist, ist es so bedeutsam, welche Einbußen noch zum Vermögensschaden gezählt werden und wo der Rubikon zum ideellen Schaden als überschritten angesehen wird.

5

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Naturalrestitution	

Zu betonen ist, dass Abs. 1 lediglich die Abgeltung in Geld verbietet. Daraus ist abzuleiten, dass auch bei immateriellen Schäden ein Anspruch auf Naturalrestitution gegeben ist,¹³ und zwar sowohl nach § 249 Abs. 1 (Durchführung durch den Schädiger) als auch § 249 Abs. 2 S. 1 (Selbstvornahme durch den Geschädigten und Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen), freilich mit der Besonderheit, dass insoweit eine fiktive Abrechnung abgelehnt wird.¹⁴ Der wichtigste Anwendungsfall sind die Heilungskosten,¹⁵ die nur bei tatsächlicher Durchführung des Heileingriffs gebühren. Darüber hinaus kommt eine Naturalrestitution noch bei ehrverletzenden Äußerungen in Betracht. Der Widerruf unter Einschluss der Aufwendungen, die der Geschädigte selbst zur Richtigstellung aufwendet, ist eine Ausprägung der Naturalrestitution.¹⁶ In der Praxis spielt dieser Anspruch allerdings eine geringe Rolle, weil alternativ der vom Verschulden unabhängige Beseitigungsanspruch nach § 1004 gegeben ist.¹⁷ Ein auf § 249 gestützter Widerrufsanspruch entfällt auch dann, wenn dem Geschädigten ein presserechtlicher Gendarstellungsanspruch zusteht und dieser zum Ausgleich der Rufschädigung ausreicht.¹⁸

II. Ausnahmen (Abs. 2)

6

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In Durchbrechung des generellen Ausschlusses von Geldersatz für immaterielle Schäden in Abs. 1 ordnet Abs. 2 an, dass bei Beeinträchtigung bestimmter Rechtsgüter ausnahmsweise gleichwohl Geldersatz geschuldet ist. Es sind dies die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung. Es handelt sich um eben die

¹³Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 [Rn.](#) 4; *L. Jaeger/Luckey*, [Rn.](#) 29; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 [Rn.](#) 6; *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 208.

¹⁴BGH NJW 1986, 1538 = JZ 1986, 640 (*Zeuner*) = JR 1986, 367 (*Hohloch*).

¹⁵Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 [Rn.](#) 4.

¹⁶Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 [Rn.](#) 4.

¹⁷Palandt/*Grüneberg* § 253 [Rn.](#) 3; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 [Rn.](#) 4.

¹⁸Palandt/*Grüneberg* § 253 [Rn.](#) 3; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 [Rn.](#) 4.

Rechtsgüter, die bei deliktischer Schädigung in den §§ 823 und 825 genannt sind, weshalb die dortige Auslegung dieser Begriffe auch im Kontext des § 253 heranzuziehen ist.¹⁹ Ihre Beeinträchtigung führt typischerweise nicht nur zu einem Vermögensschaden, sondern auch zu einem ideellen Schaden, für den nach Abs. 2 eine Entschädigung in Geld zu leisten ist.²⁰

7

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zum Teil erfolgt eine Wiederholung des Regelungsinhalts des Abs. 2 in Nebengesetzen, so namentlich in den Gefährdungshaftungsnormen. Eine solche Bekräftigung ist zwar nicht erforderlich,²¹ mag aber nach der Devise „doppelt genäht hält besser“ klarstellende Bedeutung haben.²² Neben den Gefährdungshaftungsnormen finden sich entsprechende Anordnungen bei der Freiheitsentziehung in Art. 5 Abs. 5 MRK²³ sowie § 7 Abs. 3 StrEG. Über diese Normen hinaus, in denen der Inhalt des Abs. 2 wiederholt wird, finden sich vereinzelt Anordnungen, dass Geldersatz für immateriellen Schaden in weiteren Fällen geschuldet ist, so in § 15 Abs. 2 S. 1 AGG sowie § 81 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB IX (sachwidrige Differenzierung bei Einstellung eines Arbeitnehmers wegen des Geschlechts oder einer Behinderteneigenschaft), § 113 BetrVG, §§ 9, 10 KSchG,²⁴ § 651f Abs. 2 (nutzlos aufgewendete Zeit bei einer mangelhaften Pauschalreise), § 7 Abs. 2 BDSG, § 97 Abs. 2 UrhG (Verletzung eines Urheberrechts)²⁵ sowie § 198 GVG (Anspruch auf immaterielle Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer).²⁶

8

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wegen der abschließenden Regelung in Abs. 1 hat es bei den vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordneten Ausnahmen zu bleiben, so dass weitere Fallgruppen nicht durch Analogie gebildet

¹⁹MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 21.

²⁰MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 10.

²¹Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 9.

²²Küppersbusch/Höher, Rn. 271.

²³BGHZ 122, 268 = NJW 1993, 2927; OLG Schleswig OLGR 2002, 165; Palandt/Grüneberg § 253 Rn. 2. 6.

²⁴MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 1.

²⁵Palandt/Grüneberg § 253 Rn. 2.

²⁶Dazu Reiter NJW 2015, 2554 ff.

werden können.²⁷ Abgelehnt wurde deshalb ein Ersatz immateriellen Schadens gem. § 651f bei einem Flugbeförderungsvertrag,²⁸ weil ein Gastwirt es versäumt hatte, ein Extrazimmer für eine Hochzeitsfeier zu reservieren und diese daher nicht stattfinden konnte²⁹ sowie wegen vermeintlich unberechtigtem Entzug des elterlichen Sorgerechts.³⁰

III. Verhältnis zum Vermögensschaden

9

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Kompensationsinteresse	
Schmerzensgeld	Naturalrestitution	

Die Zubilligung von Schmerzensgeld gebührt, soweit eine Naturalrestitution nicht möglich oder unzureichend ist. Abs. 2 ist somit eine Ausprägung des Kompensationsinteresses nach § 251.³¹ Durch den Zuspruch von Schmerzensgeld erfolgt gerade keine (wirkliche) Wiedergutmachung.³² Das Ausmaß des Anspruchs muss deshalb in einer Wechselwirkung stehen mit dem im Rahmen der Restitution gebührenden Ersatz.³³ Es ergeben sich insoweit gewisse Parallelen zum merkantilen Minderwert. Je umfassender die Naturalrestitution ausfällt, umso geringer ist das restliche Kompensationsinteresse zu bemessen. Wenn *Pardey*³⁴ daher erwägt, das Schmerzensgeld nach den Kosten eines Fahrzeugs für einen Gehbehinderten zu bemessen, dies aber ablehnt, weil es dem Verletzten unbenommen bleiben muss, wie er das Schmerzensgeld verwendet, so wird dieser Grundsatz gerade nicht beachtet. Soweit die Gehbehinderung des Verletzten durch Bereitstellung eines Fahrzeugs behoben werden kann, liegt insoweit ein Restitutionsanspruch in Form des Vermögensschadens der vermehrten Bedürfnisse vor. Das Schmerzensgeld deckt erst den Restbereich ab, der durch solche Restitutionsmaßnahmen nicht mehr aufgefangen werden kann.³⁵ Es gilt dabei: Je umfassender die Restitution, umso geringer

²⁷MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 7; OLG Stuttgart NJOZ 2014, 801: Nutzungsentschädigung wegen abgebrannten Blockhauses.

²⁸LG Berlin NJW-RR 1990, 636.

²⁹OLG Saarbrücken NJW 1998, 2912.

³⁰OLG Naumburg NJOZ 2014, 928.

³¹MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 10; *Schiemann*, in: FS L. Jaeger (2014) 411, 418; aA Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 14, wonach das Schmerzensgeld als eine Art immaterielle Naturalrestitution wirken müsse.

³²*Slizyk* SVR 2014, 10 (13).

³³*Ch. Huber*, r + s Sonderheft 2011, 34, 38, 41; *ders.*, in: FS L. Jaeger (2014) 309, 334.

³⁴Geigell/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 40.

³⁵BGH NJW 1991, 1544: Fahrten mit dem Rollstuhl durch einen Pfleger; *Ch. Huber* VersR 1992, 545 ff.: Anschaffungskosten eines Schwimmbades.

das Schmerzensgeld;³⁶ freilich ist dann die Summe aus Restitution und restlichem Schmerzensgeld immer noch höher als bei Verzicht auf die Restitution und bloßem Schmerzensgeldverlangen.³⁷ Es kommt dabei nicht darauf an, ob durch eine Restitution oder Annäherung an den Zustand ohne Verletzung der unmittelbar vor dem schädigenden Ereignis gepflogene Lebensstil wieder hergestellt wird oder eine Tätigkeit aufgenommen wird, die vor sehr langer Zeit in der Kindheit oder noch gar nicht ausgeübt wurde.³⁸ Auch die Befriedigung des Sexualtriebs durch das Erfordernis verletzungsbedingt indizierter Inanspruchnahme entgeltlicher Dienstleistungen wird mE zu Recht als vermehrtes Bedürfnis befürwortet.³⁹ Entsprechendes gilt für die Kosten einer künstlichen Befruchtung auch der Lebensabschnittsbegleiterin, nicht nur der Ehefrau, bei einem verletzten Mann⁴⁰ oder die Kosten des Aufenthalts der Eltern oder zumindest eines Elternteils bei einem Krankenhausaufenthalt eines Kleinkindes (sog. Rooming-in).

10

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei dem Postulat nach Verbesserung der Lage von Schwer- und Schwerstverletzten wird dabei der Fokus zu einseitig auf die Anhebung der Schmerzensgeldbeträge gerichtet. Die Kategorie der vermehrten Bedürfnisse ist häufig der viel passendere Ansatzpunkt.⁴¹ Es handelt sich um einen Vermögensschaden, für den rationalere Bemessungsansätze gefunden werden können als für die Umrechnung von Schmerzen in pekuniäre Größen. Es gebührt stets eine Rente, die an veränderte Umstände angepasst werden kann. Es ist eine höhere Gewähr gegeben, dass das Vermögensäquivalent an die Personen fließt, die sich um den Schwerverletzten kümmern, und nicht an raffgierige Erben, die bloß den Tod des Verletzten abwarten, um die Vermögensnachfolge antreten zu können. Schließlich findet eine Vermeidung einer

³⁶Zoll, in: FS L. Jaeger (2014) 473, 474 ff. unter Bezugnahme auf Ch. Huber NZV 2005, 620 sowie BGH VersR 2004, 482 und VersR 2005, 1559.

³⁷Ch. Huber, HAVE 2015, 258 (259).

³⁸AA OLG Koblenz VersR 2013, 725 mit zu Recht krit. Anm. Luckey: Bei Wiederaufnahme des Reitsports im Erwachsenenalter nach Ausübung in der Kindheit vor mehr als 25 Jahren und Erfordernis eines speziellen Reitsattels Unterscheidung zwischen „Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstils“ (ersatzfähig als vermehrtes Bedürfnis) und Freizeitgestaltung (berücksichtigt bereits im Globalzuspruch des Schmerzensgeldes). Kritisch dazu auch Zoll, in: FS L. Jaeger (2014) 473, 479 f.; ders., NJW 2014, 967 (972).; unzutreffend auch OLG Hamm BeckRS 2019, 8485 = jurisPR-VerkR 17/2019 Anm. 1 (Wenker): Berücksichtigung der Kosten der Hundehaltung einer Querschnittgelähmten beim Schmerzensgeld; kritisch dazu Ch. Huber, Fachtagung Personenschaden 2019, 197, 207.

³⁹Zoll, in: FS L. Jaeger (2014) 473, 480; Luckey VersR 2013, 726 (727); aA OLG Düsseldorf r + s 1997, 204; LG Wuppertal SP 1997, 102.

⁴⁰OLG Stuttgart zfs 2012, 198 (Diehl); zustimmend Zoll, in: FS L. Jaeger (2014) 473, 483.

⁴¹Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 124 ff.; ders., NZV 1998, 345 (349).

Überversorgung statt, indem sachlich kongruente Ansprüche auf den Sozialversicherungsträger übergehen. *Zoll*⁴² plädiert insoweit für ein Umdenken.

IV. Begrenzung oder Ausschluss des Schmerzensgeldanspruchs

1. Begrenzung: Anspruch gegen den Entschädigungsfonds der Verkehrsofferhilfe (§ 12 Abs. 2 S. 1 PflVG)

11

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Entschädigungsfonds der Verkehrsofferhilfe	

Ist der einstandspflichtige Fahrer eines Kfz flüchtig, steht dem Geschädigten gem. § 12 Abs. 1 S. 1 PflVG wegen des erlittenen Personenschadens ein Anspruch gegen die Verkehrsofferhilfe zu. Ein Anspruch auf Schmerzensgeld gebührt gem. § 12 Abs. 2 S. 1 PflVG indes nur, wenn die Leistung einer Entschädigung wegen der besonderen Schwere der Verletzung zur Vermeidung einer groben Unbilligkeit erforderlich ist.⁴³ Diese Norm wird durchaus restriktiv ausgelegt.⁴⁴ Voraussetzung ist eine Verletzung, die zu einer dauerhaften und erheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Funktionen führt wie etwa der Verlust von Gliedmaßen. Aber selbst wenn diese Voraussetzung gegeben ist, beträgt das zuerkannte Schmerzensgeld ca. bloß ein Drittel des sonst geschuldeten Betrags.⁴⁵

2. Ausschluss: §§ 104 ff. SGB VII (Arbeitsunfall) sowie öffentlich-rechtliche Versorgungsgesetze

12

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Arbeitsunfall	

⁴²FS L. Jaeger (2014) 473, 483.

⁴³L. Jaeger/Luckey, *Rn.* 233.

⁴⁴Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 9; Ablehnung in OLG Hamm VersR 1987, 456: Einschränkung der Beweglichkeit der Hand; OLG Koblenz VersR 1985, 1165: Achillessehnenverkürzung; LG Verden VersR 2001, 1152: Oberschenkelbruch, Behinderung des verletzten Architekten bei seiner Berufsausübung.

⁴⁵LG Lüneburg VersR 2001, 1152.; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 *Rn.* 748, *Fn.* 2.

Soweit es sich um einen Arbeitsunfall handelt, führen die §§ 104 ff. SGB VII dazu, dass eine Haftungsersetzung durch die Leistungen des Unfallversicherers stattfindet.⁴⁶ Dem Verletzten stehen keine Schadensersatzansprüche gegen den Schädiger zu, somit auch kein Schmerzensgeldanspruch nach § 253.⁴⁷ Der Arbeitgeber finanziert allein die gesetzliche Unfallversicherung, weshalb diese zu seinen Gunsten – bis zur Grenze des Vorsatzes – wie eine Haftpflichtversicherung wirken soll. Zusätzlich wird auf das Argument des Betriebsfriedens verwiesen. Während aufrechten Arbeitsverhältnisses soll dieses nicht durch eine Streitaustragung in Bezug auf betrieblich zugefügte Personenschäden belastet werden.⁴⁸ Das gilt aber nicht nur in Bezug auf Schädigungen des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, sondern auch solche des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer sowie eines Arbeitnehmers durch einen anderen Arbeitnehmer⁴⁹ sowie der unechten gesetzlichen Unfallversicherung wie der Schülerunfallversicherung.⁵⁰

Das BAG⁵¹ rechnet das vorsätzliche Fehlverhalten von Mitarbeitern dem Arbeitgeber zu mit der Folge, dass ein Anspruch gegen diesen zu bejahen ist. Der Vorsatz muss sich dabei auf den Verletzungserfolg erstrecken, wenn auch nicht auf den konkreten Schadensumfang,⁵² darüber hinaus sowohl auf das Verletzungsverhalten als auch den eingetretenen Erfolg, wobei dolus eventualis genügt. Das LAG Nürnberg⁵³ hat das bejaht, als ein Arzt nicht ausreichend darauf geachtet hat, dass eine auszubildende Arzthelferin bei einer Blutabnahme nicht die nach den Sicherheitsvorschriften gebotenen Sicherheitskanülen verwendet hat. Die Auszubildende war bei der Blutabnahme abgerutscht und hat sich bei dem Patienten, von dem der Arzt wusste, dass dieser an Hepatitis C leide, angesteckt. Der Arzt konnte bei einer solchen Konstellation nicht mehr auf einen glücklichen Ausgang vertrauen; vielmehr hat er es dem Zufall überlassen, ob sich die von ihm gesetzte Gefahr verwirkliche, so dass dolus eventualis zu bejahen war. Bei einer vorsätzlichen Verletzungshandlung erfolgt der Zuspruch von Schmerzensgeld schließlich nicht nach der tatsächlich eingetretenen Verletzung, sondern danach, wie weit der (bedingte) Vorsatz gereicht hat.⁵⁴ Eine weitere Durchbrechung erfolgt, soweit zwar eine betriebliche Tätigkeit

⁴⁶Zum Überblick *Wellner* NJW-Spezial 2009, 402 ff.

⁴⁷ Zur Erfordernis der Anpassung des Begriffs des Arbeitsunfalls, der sich an der industriellen Arbeitswelt orientiert, an die modernen Belastungserscheinungen wie Mobbing oder Burn-Out *Rolfs* SGB 2018, 523 (524).

⁴⁸Kritisch dazu *Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 171 f.; Die Streitaustragung während aufrechten Arbeitsverhältnisses ist heute weit verbreitet; das Betriebsfriedensargument ist „reichlich antiquiert“.

⁴⁹*Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 166.

⁵⁰ *Rolfs*, *Karlsruher Forum* 2016, 41, 65 ff.

⁵¹ BAG NZA-RR 2012, 290; NZA-RR 2014, 63; kritisch dazu *Rolfs* SGB 2018, 523 (524). Ff.

⁵²BAG 103, 92 = NJW 2003, 1890 = AP § 104 SGB VII Nr. 1; AP § 104 SGB VII Nr. 4 = VersR 2005, 1439; OLG Jena OLG Report Ost 48/2015 Anm. 2.

⁵³ LAG Nürnberg MedR 2018, 332 (*L. Jaeger*); bestätigt durch BAG 8 AZN 614/17: Zurückweisungsbeschluss.

⁵⁴ OLG Hamm r + s 2014, 101 (*Lemcke*): Vorsätzlicher Faustschlag durch Mitschüler, Begrenzung der Entsperrung auf die vom Vorsatz verursachte Verletzung, Zuspruch eines Schmerzensgeldes von 1.000 EUR anstelle der begehrten 20.000 EUR.

gegeben ist, aber eine Schadenszufügung nicht bei Erfüllung des Arbeitsvertrags sondern nur gelegentlich erfolgt. Ausgeklammert werden dabei nicht nur Neckereien zwischen Arbeitskollegen,⁵⁵ sondern auch Tätigkeiten, die nicht im strengen Sinn betriebsbezogen sind.⁵⁶

Obwohl die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung kein Schmerzensgeld vorsehen und in der Literatur⁵⁷ Bedenken gegen den Ausschluss eines Schmerzensgeldanspruchs bei nicht vorsätzlichem Verhalten vorgetragen werden, hat das BVerfG⁵⁸ ausgesprochen, dass diese Ausgestaltung nicht verfassungswidrig sei.⁵⁹ Dies gelte auch für Schwerverletzte, weil durch das Rentenreformgesetz von 1992 bewirkt worden sei, dass der Verletzte per Saldo mehr erhalte als seinen letzten Nettoverdienst, so dass damit auch ein Teil seiner immateriellen Schäden abgedeckt sei.⁶⁰ Hinzuweisen ist freilich darauf, dass bei schweren und schwersten Verletzungen das Schmerzensgeld eine ganz andere Größenordnung ausmacht. Dazu kommt, dass in der praktisch wichtigsten Fallgruppe nicht eine Entlastung des Arbeitgebers, sondern seiner – obligatorischen – Kfz-Haftpflichtversicherung bewirkt wird.⁶¹ *Griese*⁶² schlägt deshalb vor, den Verweis in den §§ 104 ff. SGB VII bloß auf den Vermögensschaden zu beschränken.⁶³

13

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵⁵ LAG SchIH BeckRS 2016, 69600 = jM 2016, 369 (*Lorz*): Umweg mit einem Gabelstapler um 10 m vom kürzesten Weg, um den Arbeitskollegen, der Pritschenwagen entlud, in die Brust zu zwicken.

⁵⁶ BAG NZA 2015, 1057 = RdA 2016, 118 (*Pallasch*): Auszubildender warf Wuchtgewicht fahrlässig nach hinten, traf anderen Auszubildenden, der dadurch eine Augenverletzung erlitt. Das sei keine Tätigkeit, die in den engeren Rahmen des dem Arbeitnehmer zugewiesenen Aufgabenkreises falle. Für die Dauer des Wurfs werde die Betriebsbezogenheit der Arbeit an der Wuchtmaschine „unterbrochen“. Das ist mE eine gekünstelte Betrachtung und wenig überzeugend.

⁵⁷ *Richardi* NZA 2002, 1004 (1009); Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 *Rn.* 11; ErfK/*Rolfs* SGB VII § 104 *Rn.* 2; *Neuner* JuS 2013, 577 (579). Am gehaltvollsten *Griese*, in: FS Küttner (2006) 165 ff.

⁵⁸ BVerfG NJW 1973, 502; NJW 1995, 1607; NZA 2009, 509.

⁵⁹ Palandt/*Grüneberg* § 253 *Rn.* 9.

⁶⁰ BVerfG NJW 1995, 1607.

⁶¹ *Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 172. Zur diesbezüglichen Ausnahme bei der ansonsten strukturell gleichen Rechtslage in Österreich sei verwiesen auf § 333 Abs. 3 ASVG: Kein Haftungsausschluss bei Bestehen einer Kfz-Haftpflichtversicherung und Begrenzung der Haftung auf die Deckungssumme.

⁶² *Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 170.

⁶³ Ebenso, freilich nur de lege ferenda Sympathie bekundend *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 165 ff.

Diese Regeln gelten gem. § 106 SGB VII auch beim Zusammenwirken mehrerer Betriebe auf einer gemeinsamen Betriebsstätte, wenn Verletzter und Ersatzpflichtiger nicht dem gleichen Betrieb angehören.⁶⁴ Erforderlich ist freilich, dass die Maßnahmen bewusst und gewollt in einander greifen bzw. eine Verständigung über ein bewusstes Nebeneinander im Arbeitsablauf besteht⁶⁵ und sich die Arbeitnehmer unterschiedlicher Arbeitgeber beim Betriebsablauf in die Quere kommen können.⁶⁶ Ein Unfall bei einer zufälligen Arbeitsberührung ist nicht ausreichend.⁶⁷ Zu bejahen ist eine gemeinsame Betriebsstätte darüber hinaus nur, wenn auch eine Gefahrengemeinschaft dergestalt besteht, dass jeder zum Geschädigten und Schädiger werden kann.⁶⁸ Das ist auch bei Berufssportlern gegeben, die bei einem Mannschaftssport den gegnerischen Spieler verletzen.⁶⁹

Jedenfalls wenn der Arbeitgeber eine juristische Person ist, die für das Verhalten seiner Arbeitnehmer gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers nach § 831 einzustehen hat, kommt der Ausschlussstatbestand des § 106 SGB VII ihm gegenüber nicht zum Tragen, was zur Folge hat, dass er Schadensersatz unter Einschluss des Schmerzensgeldes leisten müsste. Insoweit kommt es freilich zu einer Korrektur durch die Regeln über die gestörte Gesamtschuld. Wenn der haftungsprivilegierte eigene Arbeitnehmer, der wegen § 106 SGB VII nicht haftet, schuldhaft gehandelt hat, würde er im Ausgangspunkt gegenüber dem Arbeitgeber, der nur wegen der Zurechnung des Fehlverhaltens des eigenen Arbeitnehmers gem. § 831 einzustehen hat, den Schaden endgültig zu tragen haben. Dies führt dazu, dass der verletzte Dritte nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld gegen den Arbeitgeber keinen Schadensersatzanspruch hat. Die Korrektur dieser endgültigen Schadenstragung durch den Freistellungsanspruch des eigenen den Dritten schädigenden Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber bleibt dabei unberücksichtigt.⁷⁰

13a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Besondere Probleme bereitet in der Praxis die Abgrenzung zwischen einem Wegeunfall iS von § 8 Abs. 2 SGB VII, bei dem die §§ 104 ff. SGB VII nicht anzuwenden sind, so dass der Schmerzensgeldanspruch aufreht bleibt, von einem solchen auf einem Betriebsweg iSv § 8 Abs.

⁶⁴Instruktiver Überblick bei *J. Lang* zfs 2005, 371 ff.

⁶⁵BGHZ 152, 7 = NJW 2002, 3334; OLG Schleswig r + s 2001, 197.

⁶⁶BGHZ 145, 331 = NJW 2001, 292; BGHZ 155, 205 = NJW 2003, 2984; BGHZ 157, 213 = NJW 2004, 947; BGHZ 177, 97 = NJW 2008, 2916; NJW 2011, 3296; NJW 2013, 2031; OLG Naumburg NJW-RR 2014, 1437.

⁶⁷BGH NJW-RR 2001, 741; NJW-RR 2003, 1104; NJW 2005, 288; NJW 2011, 449; VersR 2011, 500.

⁶⁸BGHZ 148, 214 = NJW 2001, 3125; BGHZ 157, 213 = NJW 2004, 947; NJW 2008, 2116; *J. Lang* zfs 2005, 371 (373); *Stöhr* VersR 2004, 809 (813).

⁶⁹OLG Karlsruhe r + s 2012, 568: Eishockey.

⁷⁰BGH NJW 2004, 951; *Stöhr* VersR 2004, 809 (814).

1 SGB VII,⁷¹ bei dem es zu einem Haftungsausschluss kommt.⁷² Unfälle auf Betriebswegen sind solche auf dem Werksgelände, auf einer Montagefahrt,⁷³ bei Mitnahme eines Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber⁷⁴ sowie bei Sammeltransporten,⁷⁵ wobei es nicht darauf ankommt, ob letzterer auf dem Werksgelände enden sollte oder beim Privatwohnsitz eines Arbeitnehmers.⁷⁶ Ist dafür zusätzlich ein Drittschädiger einstandspflichtig, sind die Regeln über die gestörte Gesamtschuld anzuwenden.⁷⁷ Das bedeutet, dass der Drittschädiger in dem Ausmaß einzustehen hat, in dem er den Schaden endgültig tragen müsste, wenn es keine Haftungsprivilegierung eines Schädigers gem. §§ 104 ff. SGB VII gäbe. Um zu vermeiden, dass der Verletzte weder Leistungen von der gesetzlichen Unfallversicherung noch vom Schädiger erhält oder aber doppelt entschädigt wird, ordnet § 108 SGB VII an, dass Entscheidungen der gesetzlichen Unfallversicherung sowie der Sozialgerichte für die Zivilgerichte unter Einschluss der Arbeitsgerichte Bindungswirkung haben,⁷⁸ selbst wenn es sich um eine Fehlentscheidung handeln sollte.⁷⁹ Dies gilt aber nicht für die Qualifizierung als Unfall auf einem Weg gem. § 8 Abs. 2 SGB VII oder Betriebsweg gem. § 8 Abs. 1 SGB VII.⁸⁰ Zu dieser Wirkung kommt es freilich nur dann, wenn der Schädiger gem. § 12 Abs. 2 SGB X an dem Verfahren als Beteiligter mitwirken konnte, um dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs Rechnung zu tragen, hat doch die Entscheidung für ihn rechtsgestaltende Wirkung. Denn von dieser Entscheidung hängt seine schadenersatzrechtliche Einstandspflicht ab. Bei Bestehen eines Anspruchs gegen die gesetzliche Unfallversicherung wegen eines Unfalls auf einem Betriebsweg ist sie zu verneinen. Wurde der Schädiger nicht als Beteiligter verständigt und auf sein Recht auf Beteiligung hingewiesen, ist das Verfahren auf seinen Antrag hin zu wiederholen.⁸¹ Ist noch keine Entscheidung der gesetzlichen Unfallversicherung oder des

⁷¹Kritisch *Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 169: Bei einem Betriebsweg liegt eine sich über den Wortlaut hinwegsetzende Interpretation der Rechtsprechung, die die gesetzgeberische Intention ins Leere laufen habe lassen, vor.

⁷²*Stöhr* VersR 2004, 809 (815), 816; *Halm/Steinmeister* DAR 2005, 481 (488); *Wellner* NJW-Spezial 2009, 402; *Rolfs* SGB 2018, 523 (526 ff.).

⁷³BAG NZA 2004, 1182 = DAR 2004, 727; ebenso BGH NJW-RR 2004, 883: Mitfahrt mit einem Kollegen, der Geräte zur Arbeitsstelle transportiert.

⁷⁴OLG Düsseldorf NJOZ 2006, 587: Mitnahme der Arbeitnehmerin durch die Chefin zu einer Fortbildungsveranstaltung.

⁷⁵BAG NZS 2005, 35 = VersR 2004, 1047: Sammeltransport zur Baustelle; BGH NJW 2004, 949: Auch wenn Mitfahrt bloß freiwillig.

⁷⁶BAG AP § 104 SGB VII Nr. 4 = VersR 2005, 1439.

⁷⁷OLG Düsseldorf NJOZ 2006, 587; ebenso OLG Koblenz NJW-RR 2006, 1174: Busunfall unter Beteiligung von Schülern.

⁷⁸OLG Hamm NJW-RR 2005, 675; umfassend dazu *Horst/Katzenstein* VersR 2009, 165 ff.

⁷⁹So offensichtlich in BAG NZA 2007, 262: Abweisung eines Anspruchs gegen die gesetzliche Unfallversicherung nach einer Aufklärungspflichtverletzung des Arbeitgebers; ebenso BGH NJW 2008, 1877.

⁸⁰BAG AP § 104 SGB VII Nr. 4 = VersR 2005, 1439.

⁸¹BGH VersR 2007, 1131; NJW 2008, 1877.

Sozialgerichts ergangen, hat das Zivilgericht das Verfahren nach § 148 ZPO bis zu einer solchen Entscheidung auszusetzen.⁸²

14

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Regelungen über die Haftungsersetzung gelten kraft Verweisung auch für Unfälle in Schulen⁸³ und Kindergärten,⁸⁴ nicht aber dann, wenn der Schullektor das Schulgelände gefälligkeitshalber für eine private Geburtstagsfeier zur Verfügung stellt.⁸⁵ Bei Spielereien, Neckereien und Raufereien wird in weiterem Maß als beim Arbeitsverhältnis zum schulbezogenen und nicht zum persönlich-privaten Bereich zugeordnet.⁸⁶ Handelt es sich um einen Unfall beim Weg zur Schule oder von dieser nach Hause, greift die Haftungsprivilegierung nicht.⁸⁷ Gegenteiliges gilt, wenn der Transport in den Schulbereich eingegliedert ist wie etwa bei Fahrten zu einer Sportstätte, einem Museum, einer Wanderung oder Klassenfahrt. Im öffentlichen Dienstrecht bestehen für Soldaten⁸⁸ und Beamte⁸⁹ entsprechende Normen; ebenso im Rahmen der Amtshaftung.⁹⁰ Die Regeln über die Haftungsersetzung, die für das Arbeitsverhältnis konzipiert sind, sind entsprechend anzuwenden.⁹¹

Die Einstandspflicht der gesetzlichen Unfallversicherung führt aber nicht in jedem Fall zu einer Haftungsersetzung.⁹² Dem Nothelfer steht gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13a SGB VII ein Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung zu; gleichwohl kann er vom Schädiger Schmerzensgeld verlangen, weil einerseits die Finanzierung durch die öffentliche Hand erfolgt und andererseits das Argument des Betriebsfriedens nicht trägt. Zu beachten ist, dass gem. § 108 SGB VII die Entscheidung des Sozialgerichts gegenüber dem Zivilgericht auch darüber Bindungswirkung entfaltet, ob es sich um einen Anspruch wegen eines Unfalls aus einem Arbeitsverhältnis handelt

⁸²BGHZ 129, 195 = NJW 1995, 2038; BGHZ 158, 394 = NJW-RR 2004, 1093; r + s 2007, 437.

⁸³OLG Jena OLG Report Ost 48/2015 Anm. 2.

⁸⁴BGHZ 145, 311 = NJW 2001, 442 = LM § 104 SGB VII (zustimmend *Schmitt*): Von der Stadt organisierten Schülertransport.

⁸⁵OLG Celle VersR 2006, 1085: Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht.

⁸⁶BGH NJW 2009, 681: Schneeballschlacht in der Nähe einer Schule gelegenen Bushaltestelle.

⁸⁷OLG Köln SVR 2011, 180 (*Frese*).

⁸⁸Zu § 91a SoldVersG BGHZ 120, 176 = NJW 1993, 1529.

⁸⁹§ 46 BeamtVG.

⁹⁰OLG Jena OLG Report Ost 48/2015 Anm. 2.

⁹¹OLG Koblenz NJW-RR 2006, 1174: Schuberei zwischen Schülern in einem Autobus – Beurteilung wie bei einem solchen Verhalten zwischen Arbeitskollegen und damit Anwendung des § 105 SGB VII.

⁹²*Stöber* NZV 2007, 57 (61).

oder als Nothelfer.⁹³ Offen ist, ob das auch für die Frage gilt, ob Unfallversicherungsschutz gegenüber der gesetzlichen Unfallversicherung des Stammbetriebs oder eines fremden Betriebs besteht, bei dem der Arbeitnehmer als „wie-Beschäftigter“ gem. § 2 Abs. 2 SGB VII tätig geworden ist.⁹⁴ Ein Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung mit der Folge des Haftungsausschlusses gem. den §§ 104 ff. SGB VII kommt auch bei einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit (wie-Beschäftigter) gem. § 2 Abs. 2 SGB VII in Betracht. Das setzt freilich voraus, dass die Tätigkeit nicht nur punktuell ist und eine Eingliederung in den Betrieb erfolgt. Bei einer – schlichten – Pannenhilfe ist das zu verneinen.⁹⁵

Wird ein Polizist von einem Straftäter verletzt und ist der in einer rechtskräftigen Entscheidung oder einem unwiderruflichen Vergleich konkretisierte Schmerzensgeldanspruch gegen diesen vom verletzten Beamten nicht durchsetzbar, ordnet § 97 BayBG sowie vergleichbare Regelungen in anderen Bundesländern eine Pflicht zur Erfüllungsübernahme durch den Dienstherrn an, wenn die fehlende Durchsetzbarkeit gegen den Straftäter eine unbillige Härte darstellen würde, sofern der Beamte nicht eine einmalige Unfallentschädigung oder einen Unfallausgleich erhält.⁹⁶ Zu erwägen ist, ob derartige Fürsorgepflichten einen Arbeitgeber in ähnlicher Weise treffen, wenn dessen Arbeitnehmer einem vergleichbaren Risiko ausgesetzt ist.

C. Die Neupositionierung des Schmerzensgeldes nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz

I. Verschiebung vom Deliktsrecht in das Schadensrecht

15

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nach § 253 ist wie früher nach § 847 Geldersatz nach Zufügung eines immateriellen Schadens lediglich geschuldet, wenn die körperliche Integrität, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigt worden sind. Während nach § 847 darüber hinaus Voraussetzung war, dass der Schädiger nach Deliktsrecht einstandspflichtig war, reicht dafür nunmehr jede Anspruchsgrundlage. Welches sind aber nun die zusätzlichen Anspruchsgrundlagen, bei denen Schmerzensgeld gebührt und welche Besonderheiten ergeben sich dabei?

⁹³BGHZ 166, 42 = NJW 2006, 1592 = JuS 2007, 693 (*Ruland*).

⁹⁴So BGH NJW-RR 2008, 1239 = r + s 2008, 308 (*Lemcke*).

⁹⁵Der Unterschied zur Nothilfe, bei der gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13a SGB VII ein Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung gegeben ist, liegt darin, dass es bei der Nothilfe um eine Abwendung einer Gefahr für die Allgemeinheit geht, bei der Pannenhilfe hingegen bloß um eine Hilfeleistung zugunsten des Lenkers. Dazu *Stöber* NZV 2007, 57 (61).

⁹⁶VG Ansbach VersR 2020, 113 (*L. Jaeger*).

II. Vertrag oder vorvertragliches Schuldverhältnis

16

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Anordnung, dass bei Verletzung der genannten Rechtsgüter auch bei Vertragsverletzungen Schmerzensgeld geschuldet wird,⁹⁷ ist selbst dann konsequent, wenn man für das Schmerzensgeld wegen des Erfordernisses der Genugtuung am Verschulden festhalten wollte.⁹⁸ Bei Vertragsverletzungen ist nämlich Verschulden typischerweise gegeben, sieht man von punktuellen Ausnahmen ab wie der Garantiehafung des Vermieters für bei Vertragsabschluss gegebene Mängel nach § 536a Abs. 1.⁹⁹ Dass diesbezüglich eine Beweislastumkehr nach § 280 gegeben ist, ist keine Besonderheit, kommt doch eine solche auch bei deliktischen Ansprüchen vor. Ein vertraglicher Anspruch ist aber nicht nur wegen der Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 häufig leichter beweisbar als ein solcher aus dem Deliktsrecht; in der arbeitsteiligen Welt kommt dem Umstand der strengeren Gehilfenhaftung (§ 278 anstelle von § 831) mindestens ebenso große Bedeutung zu. Dazu kommt, dass der Anspruch gegen den deliktisch haftenden Gehilfen nicht immer durchsetzbar ist.¹⁰⁰ Praktische Auswirkungen hat das namentlich bei der Arzthaftung,¹⁰¹ bei der der verletzte Patient nun nicht bloß gegen den Arzt, sondern auch gegen den Krankenhausträger vorgehen kann. Der Verletzte hat damit nicht nur zwei Schuldner; vielmehr kann er sogleich den in Anspruch nehmen, der im Innenverhältnis den Schaden häufig letztlich zu tragen hat. Im Großen und Ganzen führt die Ersatzfähigkeit des Schmerzensgeldes um eine zusätzliche vertragliche Anspruchsgrundlage bzw. eine solche aus einer Sonderbeziehung dazu, dass sich das „gewünschte“ Ergebnis mit weniger Begründungsaufwand erzielen lässt.¹⁰²

17

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁹⁷Zur Übersicht über die einzelnen Verträge s. *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 64 ff.; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 49.

⁹⁸*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 62.

⁹⁹Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 8.

¹⁰⁰OLG Saarbrücken MDR 2010, 919: Einstandspflicht des Generalunternehmers für rumänische Subunternehmerfirma.

¹⁰¹*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 78 ff.; ebenso im Reisevertragsrecht: *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 16.

¹⁰²*v. Sachsen Gessaphe*, in: FS Eisenhardt (2008) S. 30; *ders.*, Jura 2007, 481.

Ein Schmerzensgeldanspruch kann sich grundsätzlich auch bei einem Arbeitsvertrag nach § 618 Abs. 3 ergeben;¹⁰³ allerdings wird im Regelfall die Haftungsersetzung des §§ 104 SGB VII zu einem Haftungsausschluss gegenüber dem Arbeitgeber führen. Bei sonstigen Verträgen ist zu beachten, dass häufig auch Dritte in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen sind, so Arbeitnehmer bei einem Arbeits- oder Werkvertrag¹⁰⁴ bzw. Familienangehörige beim Mietvertrag. Ob ein Verstoß gegen eine vertragliche Haupt- oder Nebenpflicht gegeben ist, ob es sich um einen Verstoß gegen vorvertragliche oder nachvertragliche Pflichten handelt, darauf kommt es nicht an. Zu prüfen ist freilich, ob der Zweck der übertretenen Vertragsnorm auch den Schutz der Rechtsgüter bezweckt, wegen deren Beeinträchtigung Schmerzensgeld verlangt wird.¹⁰⁵ Es ist zu begründen, weshalb ein solcher Ersatz zu versagen sein sollte. Insofern ist jedenfalls die Versagung von Schmerzensgeld bei einer psychischen Belastungsstörung mit Krankheitswert nach Falschberatung eines dadurch psychisch erkrankten Klienten durch einen Rechtsanwalt unter Berufung auf eine einschlägige Vorentscheidung¹⁰⁶ durch den BGH¹⁰⁷ unzutreffend. Womöglich wollte der BGH solche Begehren im Keim ersticken. Oder er hat nicht erkannt, dass die Gefahr der Ausuferung von Schadensersatzansprüchen schon deshalb nicht droht, weil der Nachweis einer pathologischen psychischen Beeinträchtigung vom Anspruchsteller nachzuweisen ist, was freilich in concreto gelungen ist. Wäre ein gesundheitsbedingter Verdienstentgang eingetreten, wäre dieser wohl auch zu ersetzen gewesen. Die für den Anwaltsvertrag behauptete Eingrenzung der Einstandspflicht für immaterielle Schäden bei Freiheitsentzug eines – potenziellen – Straftäters¹⁰⁸ sowie einer Körperverletzung infolge eines Verstoßes gegen eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht ist mE zu eng.¹⁰⁹ Das gilt entsprechend auch für andere Verträge.

III. Gefährdungshaftung

18

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Gefährdungshaftung	f.

¹⁰³BAG NZA 2007, 262: Haftung des Arbeitgebers freilich unter Hinweis nicht nur auf die Rechtslage nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, sondern auch die Bindungswirkung an eine (Fehl-)Entscheidung des Sozialgerichts.

¹⁰⁴OLG Saarbrücken MDR 2010, 919: Anspruch des verletzten Arbeitnehmers des Subunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer.

¹⁰⁵MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 19; Bamberger/Roth/Spindler (53. Edition), § 253 Rn. 10.

¹⁰⁶OLG Hamm NJW-RR 2001, 1142: Diese war gerade zur alten Rechtslage ergangen!

¹⁰⁷BGH NJW 2009, 3025 = JZ 2011, 524 (Schiemann) = LMK 2009, 291389 (Podewils): Falschberatung nach Abbrennen des Hauses und einem Schaden von 600.000 EUR, bei der die vom Anwalt behauptete nicht gegebene Versicherungsdeckung zur Existenzvernichtung führen hätte können. Ebenso OLG Nürnberg BeckRS 2011, 04636: Falsche Vermögensberatung.

¹⁰⁸KG NJW 2005, 1284: U-Haft des Mandanten wegen schuldhafter Unterlassung eines Antrags auf Verschiebung einer Verhandlung durch seinen Anwalt: 7.000 EUR für 76 Tage Haft.

¹⁰⁹So auch Neuner JuS 2013, 577 (578).

--	--	--

Für die Einbeziehung der Gefährdungshaftung können mehrere Gründe ins Treffen geführt werden:¹¹⁰ Es geht um eine Angleichung an die europäischen Nachbarrechtsordnungen, die jeweils auch bei der Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeld gewähren. Die Ausgleichsfunktion hat im Laufe der Jahrzehnte, insbesondere bei Straßenverkehrsunfällen, eine immer dominantere Rolle gespielt, so dass sich der Gesetzgeber zum allerletzten Schritt veranlasst sah, nämlich einen Schmerzensgeldanspruch auch dort zu gewähren, wo kein Verschulden gegeben ist. Schließlich kann dafür das pragmatische Argument vorgebracht werden, dass der Gefährdungshaftungstatbestand leichter zu beweisen ist als ein Verschulden, so dass ein Prozess wegen des Verschuldens nun nicht mehr allein wegen des Schmerzensgeldanspruches geführt werden muss. Freilich hat der Gesetzgeber nicht dafür gesorgt, die Haftungshöchstbeträge im erforderlichen Ausmaß anzupassen, so dass bei schweren Verletzungen bzw. der Verletzung mehrerer Personen die Gefahr der Überschreitung der Haftungshöchstsummen besteht.¹¹¹ Bei der verschuldensunabhängigen Einstandspflicht des Halters nach § 7 StVG haftet dieser betragsbegrenzt; bei Verursachung des Schadens aufgrund der Verwendung einer hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktion gemäß § 1a StVG beträgt die Haftung 10 Mio EUR, während die Deckung in der Kfz-Haftpflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 PflVG auf 7,5 EUR begrenzt ist mit der Folge, dass ein völlig schuldloser Halter im Extremfall 2,5 Mio EUR aus seinem Privatvermögen begleichen muss, was die allermeisten in die Privatinsolvenz treiben wird. Insoweit liegt ein betrüblicher – bisher noch nicht behobener – gesetzgeberischer Kunstfehler vor.¹¹²

Der Verletzte muss dabei darauf bedacht sein, dass im Urteil auch die deliktische, betraglich unbegrenzte Einstandspflicht, bei Kfz-Unfällen die des Lenkers, ausgesprochen wird, wobei genügen soll, dass sich das aus den Urteilsgründen ergibt.¹¹³

IV. Billigkeitshaftung gem. § 829

19

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei § 829 scheidet ein Schadensersatzanspruch daran, dass trotz Verwirklichung des Tatbestands der Verschuldenshaftung ein Anspruch im Ausgangspunkt deshalb zu verneinen ist, weil mangels Deliktsfähigkeit des Täters ein Verschulden fehlt. Bei einer solchen Konstellation erfolgt eine Korrektur, wenn die Billigkeit wegen des wirtschaftlichen Gefälles zugunsten des Schädigers es gebietet, dass der Täter den gesamten Schaden oder doch einen Teil – unter

¹¹⁰ Ausführlich dazu *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 20 ff.

¹¹¹ *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 56.

¹¹² *Ch. Huber* NZV 2017, 546 ff.

¹¹³ *G. Müller* VersR 1998, 129 (136).

Einschluss des Schmerzensgeldes – gleichwohl trägt.¹¹⁴ Beim Schmerzensgeldanspruch spielte das bisher eine Rolle, wenn den Lenker infolge eines plötzlichen Blackouts kein Verschulden traf, wobei der BGH¹¹⁵ aussprach, dass jedenfalls eine bestehende Pflichthaftpflichtversicherung in die Billigkeitsabwägung einzubeziehen sei. Durch die Einräumung eines Schmerzensgeldanspruchs auch bei der Gefährdungshaftung ist die Problematik entschärft, weil sich der Halter gegenüber nicht motorisierten Verkehrsteilnehmern, also Fußgängern, Radfahrern und Insassen, nicht mehr auf ein unabwendbares Ereignis berufen kann und ein solches Blackout nicht als höhere Gewalt gem. § 7 Abs. 2 StVG anzusehen ist.

20

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Weiterhin bedeutsam ist das Problem bei der Kollision von zwei Fahrzeugen und einer Körperverletzung eines Halters gem. § 17 Abs. 3 StVG sowie bei einer Verletzung durch deliktunfähige Kinder. Es gibt in der Literatur durchaus beachtliche Gründe, nicht nur eine Pflicht-, sondern auch eine freiwillige Haftpflichtversicherung im Rahmen der Billigkeitsabwägung zu berücksichtigen,¹¹⁶ während der BGH eine freiwillige Pflichtversicherung für nicht berücksichtigungsfähig ansieht.¹¹⁷ Aber selbst dann ist zu beachten, dass bei der Zubilligung des Schmerzensgeldanspruchs berücksichtigt wird, ob der übrige materielle Schaden voll abgedeckt wird,¹¹⁸ sowie dass eine Korrektur durch die Billigkeit nicht nur erlaubt, sondern vielmehr geboten sein muss. Es werden nicht ganz so strenge Maßstäbe angelegt wie bei der Frage der Zubilligung eines Schmerzensgeldanspruchs gegen den Entschädigungsfonds nach einer Fahrerflucht nach § 12 Abs. 2 S. 1 PflVG.¹¹⁹

¹¹⁴Palandt/*Grüneberg* § 253 *Rn.* 6.

¹¹⁵BGHZ 127, 186 = NJW 1995, 452 = LM § 829 BGB Nr. 10 (*Schiemann*) = MDR 1995, 992 (*Lieb*).

¹¹⁶*Schiemann*, Anm. zu BGH LM § 829 BGB Nr. 10; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. (1994), S. 652; *Kilian* ZGS 2003, 168 (171 f.); *Heß/Buller* zfs 2003, 218 (220); *E. Lorenz* FS-Medicus (1999) 353, 364 f.;; *Wolff* VersR 1998, 812 (816 ff.); *Fuchs* AcP 191, 318, 338f; MüKoBGB⁸/*Wagner* § 829 Rn. 20 ff.; *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 829 Rn. 20.

¹¹⁷BGH VersR 2017, 296 = zfs 2017, 261 (*Diehl*) = LMK 2017, 387394 (*Oechsler*): Posttraumatische Belastungsstörung eines Lokführers, nachdem sich eine nicht zurechnungsfähige Person, die den Deckungsschutz einer Privathaftpflichtversicherung hatte, vor die Schienen geworfen hat. Allenfalls wäre eine Aufopferung des Anspruchstellers im Rahmen der Billigkeitsabwägung des § 829 BGB zu berücksichtigen.

¹¹⁸OLG Nürnberg r + s 1999, 23; OLG Saarbrücken VersR 2000, 1427.

¹¹⁹OLG Saarbrücken VersR 1998, 1427: Schwere Verletzung, über ein Jahr Aufenthalt in Kliniken, Verlust der beruflichen Existenz, Erschwerung der Heiratschancen, Kürzung des Schmerzensgeldes unter Hinweis auf § 829 von 60.000 EUR auf 40.000 EUR, somit um ein Drittel.

V. Sonstige Anspruchsgrundlagen

21

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Neben den genannten vertraglichen und deliktischen Anspruchsgrundlagen sowie denen aus der Gefährdungshaftung unter Einschluss der Amtshaftung¹²⁰ sind weitere denkbar:¹²¹ Der Eintritt eines Körperschadens wird als Aufwendung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag qualifiziert, mit der Folge, dass Ersatz nach § 683 in Betracht kommt. Neben Ansprüchen aus dem Sachen-, Familien- und Erbrecht¹²² kommen auch Aufopferungsansprüche¹²³ sowie weitere Ansprüche aus dem öffentlichen Recht in Betracht.¹²⁴ Zum allgemeinen Aufopferungsanspruch hat der BGH¹²⁵ seine Rechtsprechung nunmehr geändert, in dem er dem Anspruchsberechtigten nicht nur eine Entschädigung für dessen materielle Nachteile einräumt, sondern auch einen Anspruch auf Schmerzensgeld zubilligt.¹²⁶ Bei einem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch hat der BGH¹²⁷ einen Schmerzensgeldanspruch mit der Begründung versagt, dass es sich um einen Ausgleichsanspruch zwischen Liegenschaftseigentümern handle und nicht um einen Schadensersatzanspruch. Diese Begründung ist reichlich formal.¹²⁸ Wer schon Erschütterungen

¹²⁰OLG Brandenburg MDR 2010, 809: Verstoß gegen die Streupflicht durch die Gemeinde; OLG Koblenz VersR 2018, 1326 (*Laumen*): Sorgfaltsverstoß des Mitarbeiters des mit dem Krankentransport betrauten Unternehmens, Einstandspflicht des Landes.

¹²¹Eine Übersicht findet sich bei *Neuner* JuS 2013, 577 (578 f.).

¹²²*Deutsch* ZRP 2001, 351 (352); MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 18.

¹²³Umfassend *Benkendorff*, Schmerzensgeld außerhalb des Schadensersatzrechts; gegen einen Anspruch auf Schmerzensgeld bei solchen sowie aus Geschäftsführung ohne Auftrag; *S. Müller* ZGS 2010, 538 (540 f.).

¹²⁴MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 20.

¹²⁵BGH NJW 2017, 3384 (kritisch *Singbartl/Zintl*) = jurisPR-BGHZivilR 20/2017 Anm. 2 (zustimmend *Geisler*) = JuS 2018, 735 (zustimmend *Waldhoff*); zustimmend *Deppenkemper* jM 2018, 100.; ausdrückliche Abkehr von BGHZ 20, 61 = NJW 1956, 629.

¹²⁶Zu den Weiterungen sowie zur Rückwirkung auf Sachverhalte nach dem 1.8.2002 (2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz), sofern keine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, *Geisler*, jurisPR-BGHZivilR 20/2017 Anm. 2: Beginn der Verjährungsfrist zum Ende des Jahres mit Kenntnis von Schaden und Schädiger erst mit dem Datum der geänderten Rechtsprechung – unter Hinweis auf BGH NJW 2014, 3713.

¹²⁷BGH NJW 2010, 3160 = LMK 2010, 309746 (*Majer*).

¹²⁸So auch *Schulte-Noelke* ZGS 2010, 433; ebenso *Deppenkemper* jM 2018, 100 (102) im Licht von BGH NJW 2017, 3384 (*Singbartl/Zintl*) = jurisPR-BGHZivilR 20/2017 Anm. 2 (*Geisler*) = JuS 2018, 735 (*Waldhoff*).

durch ein Bergwerksunternehmen zu dulden hat und sich dagegen nicht mit einem Unterlassungsanspruch zur Wehr setzen kann, soll wenigstens auch Ersatz für die erlittenen – auch immateriellen – Einbußen infolge Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität erhalten.¹²⁹ Psychische Schäden infolge der Aufregungen bei Vergleichsverhandlungen sind jedoch mangels eines rechtswidrigen Verhaltens nicht ersatzfähig.¹³⁰

VI. Inkrafttreten der Neuregelung

22

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nach Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB trat die Neuregelung mit dem 1.8.2002 in Kraft. Maßgeblich ist dabei das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten, somit die Verletzungshandlung und nicht der Schadenseintritt.¹³¹ Bedeutsam ist das vor allem in den Fällen, in denen es aufgrund eines Verhaltens vor dem 1.8.2002 zu einem Folgeschaden in der Zeit nach dem 1.8.2002 kommt. Solche Sachverhalte sind nach altem Recht zu beurteilen.¹³²

D. Der Anspruch auf Schmerzensgeld – ein Schadensersatzanspruch eigener Art

I. Die Funktionen des Schmerzensgeldes

1. Allgemeines

23

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Kompensationsinteresse	f.

Bis auf den heutigen Tag ist umstritten, ob der Schmerzensgeldanspruch möglichst wie ein auf einen Vermögensschaden gerichteter Ersatzanspruch zu behandeln sein soll¹³³ oder ob für ihn eigene Regeln gelten sollen. Kristallisationspunkt der Diskussion ist eine Entscheidung des

¹²⁹So auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 § 85 II 5.

¹³⁰OLG Hamm NZV 2006, 37: Nervenzusammenbruch nach Mitteilung, dass statt der in Aussicht genommenen Abstandssumme von 480.000 EUR nur 30.000 EUR gezahlt werden sollen.

¹³¹MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 3; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 636, 637.

¹³²Wagner NJW 2002, 2049 (2064).

¹³³So zu Recht *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 46; erfrischend mutig *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113 ff. unter Hinweis auf das seit der Entscheidung BGHZ 18, 149 veränderte Umfeld.

Großen Senats aus dem Jahr 1955,¹³⁴ die sich bemühte, dem Tatrichter jeden nur erdenklichen Freiraum bei Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes einzuräumen, und die aus heutiger Sicht gegenüber der Vorentscheidung BGHZ 7, 223 eher ein Rück- als ein Fortschritt war.¹³⁵ Der Streit geht vornehmlich darum, ob das Schmerzensgeld bloß eine Ausgleichsfunktion oder auch eine Genugtuungsfunktion zu erfüllen hat und was man darunter versteht.

2. Ausgleichsfunktion – Sphäre des Verletzten

24

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei der Ausgleichsfunktion wird ausschließlich auf die Sphäre des Verletzten geblickt. Auf den Haftungsgrund kommt es nicht an.¹³⁶ Nach der auf *Windscheid* zurückgehenden Kompensationsformel wird darauf abgestellt, dass der Verletzte sich mit dem Schmerzensgeld Annehmlichkeiten verschaffen oder einer Liebhaberei nachgehen kann, um sich von den Schmerzen abzulenken.¹³⁷ Es genügt dabei bereits, dass er positive Gefühle durch den Besitz einer bestimmten Geldsumme hat.¹³⁸ Das Schmerzensgeld soll Ausgleich für Lebenshemmungen nicht vermögensrechtlicher Art sein.¹³⁹ Es kommt nicht darauf an, ob und wofür der Verletzte das Geld ausgibt.¹⁴⁰ Namentlich bei schweren Verletzungen ist auch ein noch so hoher Betrag nicht geeignet, das Leid auch nur im Ansatz auszugleichen; es kann jedoch durch Geld abgemildert werden.¹⁴¹

25

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹³⁴BGHZ 18, 149 = NJW 1955, 1675.

¹³⁵Zur möglichen Korrektur im Anschluss an den Vorlagebeschluss durch BGH r + s 2015, 94 = zfs 2015, 203 (*Diehl*), der zu einer weiteren Entscheidung des Großen Senats führen wird.

¹³⁶Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 35.

¹³⁷*Nehlsen-van Stryk* JZ 1987, 119 (125); *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1125.

¹³⁸*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1125.

¹³⁹Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 13.

¹⁴⁰BGH NJW 1991, 1544; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 49; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 24; *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 10: Es wird ihm ein nicht selbst gewählter Lebensvollzug aufgedrängt.

¹⁴¹ So völlig zutreffend OLG Schleswig NJW-RR 2019, 347.

Die Ausgleichsfunktion wurde in letzter Zeit dahin gehend erweitert,¹⁴² dass es nicht darauf ankommt, ob der Verletzte seine Beeinträchtigung bzw. deren Erleichterung durch die Zahlung eines Geldbetrags empfinden kann.¹⁴³ Daher ist die Entscheidung des AG Bochum¹⁴⁴ unzutreffend, in der der Anspruch an ein Kleinkind mit der Begründung versagt wurde, dass dieses nicht schmerzensgeldfähig sei, weil es einen unmittelbaren Bezug zwischen der Geldleistung und der dadurch nachgeholten Lebensfreude nicht herzustellen vermag.

26

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ob der Verletzte das intellektuell wahrnehmen kann, darauf kann es mE nicht ankommen. Fest steht, dass für ein Kleinkind der Betrag in der Weise widmungsgemäß verwendet werden kann, dass man ihm wegen der Unlustgefühle in einer Lebensphase (hier Schlafstörungen und Angstzustände nach Verletzungen infolge eines Aufpralls nach einem Verkehrsunfall) Annehmlichkeiten in der Folge zuteilwerden lassen kann. Viel problematischer ist hingegen, wenn das nicht möglich ist, weil der Verletzte empfindungsunfähig ist und dieser Zustand sich auch nicht mehr ändert. Erleidet der Verletzte zusätzliche Schmerzen wegen eines besonders schweren Verschuldens, führt die Berücksichtigung des Verschuldens schon im Rahmen des Ausgleichsprinzips zu einem erhöhten Anspruch.¹⁴⁵

3. Genugtuungsfunktion – Bemessungsdeterminanten aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen

27

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Im Rahmen der Genugtuung kommt es darauf an, dass der Schädiger durch die Schmerzensgeldzahlung¹⁴⁶ eine Sühneleistung erbringt für das, was er dem Verletzten angetan

¹⁴² So nachdrücklich *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 13 f.: Es geht nicht um Naturalrestitution, sondern Rechtsgüterschutz; Ausgleich ist mehr als die Verschaffung von Annehmlichkeiten; treffender wäre Begriff Wiedergutmachung immaterieller Schäden.

¹⁴³ *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1127.

¹⁴⁴ AG Bochum VersR 1994, 1483; kritisch dazu *Diehl* zfs 1994, 165; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 293, Fn. 1059; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 22.

¹⁴⁵ *Ebert*, in: FS L. Jaeger (2014) 269, 276.

¹⁴⁶ Vgl. OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1998, 1323: Keine Verminderung des Schmerzensgeldanspruchs, wenn der Täter nach einer vorsätzlichen Körperverletzung von Freunden des Opfers ohne dessen Beteiligung verprügelt wird.

hat.¹⁴⁷ Sie soll die Verbitterung des Verletzten besänftigen,¹⁴⁸ was bei einem Säugling nicht in Betracht kommt, weil dieser keinen Zusammenhang zwischen erlittener Verletzung und Ersatzleistung herstellen kann.¹⁴⁹ Es wäre dann freilich folgerichtig, eine Genugtuungskomponente auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Anspruchsteller bei Erhebung des Begehrens schon nicht mehr lebt.¹⁵⁰ Nach diesem Konzept ist die Höhe des Schmerzensgeldes abhängig vom Verschuldensvorwurf¹⁵¹ und der Leistungsfähigkeit des Schädigers,¹⁵² die allerdings bei Vorsatztaten keine Rolle spielen soll.¹⁵³ Letztlich geht es um pönale Elemente, die vergleichbar sind mit denen beim staatlichen Strafanspruch. Solche pönalen Aspekte sind dem Haftungsrecht allerdings fremd, so dass die Genugtuungsfunktion immer mehr in die Kritik geraten ist.¹⁵⁴ Hinzu kommt, dass die Genugtuung ihre eigentliche Funktion schon gar nicht erfüllen kann, wenn für den Schädiger ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, wie das typischerweise bei Straßenverkehrsunfällen¹⁵⁵ und bei der Arzthaftung¹⁵⁶ der Fall ist. Warum dieser vermögensmäßig stärker bluten soll, weil ein höherer Schuldvorwurf gegeben ist bzw. der Schädiger leistungsfähiger ist, vermag beim besten Willen nicht zu überzeugen.¹⁵⁷ Erwägenswert könnte sein, die Genugtuung auf Vorsatztaten zu begrenzen, bei denen kein Versicherungsschutz gegeben ist. Mitunter sind die Ausführungen der

¹⁴⁷BGHZ 18, 149 = NJW 1955, 1675.

¹⁴⁸L. Jaeger/Luckey, Rn. 1131.

¹⁴⁹ OLG Köln VersR 2016, 937.

¹⁵⁰ Gegenteilig indes OLG Oldenburg VersR 2016, 741: Tötung mit Messerstichen, Zeitraum zwischen Angriff und Bewusstlosigkeit nur wenige Minuten.

¹⁵¹ OLG Köln NJW-RR 2007, 174: Angriff aus nichtigem Anlass mit großer Brutalität gegenüber einem deutlich jüngeren Opfer.

¹⁵² So LG Dresden VersR 2011, 641 mit zu Recht krit. Anm. v. *Teumer/Stamm*: Kürzung des Schmerzensgeldanspruchs gegen einen nicht haftpflichtversicherten wenig leistungsfähigen Schädiger. Ebenso L. Jaeger VRR 2011, 404 f., der zutreffend darauf hinweist, dass eine Kürzung um 75 % jedenfalls unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Tragung der Prozesskosten willkürlich sei und der wirtschaftlich überforderte Schädiger auch die Möglichkeit habe, einen Antrag auf Verbraucherinsolvenz zu stellen.

¹⁵³ OLG Oldenburg VersR 2016, 741: Tötung eines wehrlosen Opfers.

¹⁵⁴ MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 12 f.; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 16; *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 18.

¹⁵⁵ OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerKR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); vgl. aber KG NZV 2004, 473: Zubilligung eines höheren Schmerzensgeldes als durch das LG bei einem Verkehrsunfall unter Hinweis auf die Genugtuung.

¹⁵⁶ L. Jaeger/Luckey, Rn. 1194; *Neuner* JuS 2013, 577 (584); *Ebert*, in: FS L. Jaeger (2014) 269, 276; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 87: bei der Arzthaftung auch bei grobem Behandlungsfehler keine Genugtuungskomponente; OLG Brandenburg BeckRS 2019, 11798: Bei Arzthaftungsprozessen Genugtuungsfunktion nur eingeschränkt zu berücksichtigen.

¹⁵⁷ *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 40.

Gerichte nicht nur formelartig, sondern auch widersprüchlich, wenn etwa das OLG Brandenburg¹⁵⁸ ausführt, dass es für die Bemessung des Schmerzensgeldes gleichgültig sei, ob der Schädiger nur nach Gefährdungshaftung oder wegen Verschuldens hafte, dann aber der Hinweis erfolgt, dass die Genugtuungsfunktion keine tragende Rolle spiele. Da es bei der Gefährdungshaftung keine Genugtuungskomponente geben kann, kann sie nicht nur keine tragende Rolle spielen, sondern gar keine.

4. Gewichtung dieser beiden Funktionen

28

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Außer Streit steht, dass die Ausgleichsfunktion die mit Abstand wichtigere ist.¹⁵⁹ Wie hoch die Genugtuungsfunktion tatsächlich zu veranschlagen ist,¹⁶⁰ lässt sich denn auch schwer ermitteln, weil diese nicht getrennt ausgewiesen wird.¹⁶¹ Die Rechtsprechung lässt sich nicht in die Karten blicken, sondern verschanzt sich hinter dem Vorwand, dass es sich um einen einheitlichen Anspruch handle.¹⁶² Nur ausnahmsweise wird offengelegt, um wie viel das Schmerzensgeld wegen der Genugtuungskomponente höher ausfällt.¹⁶³ Wenig folgerichtig ist es jedoch, dass Halter und Kfz-Haftpflichtversicherer wegen des Vorsatzes des Fahrzeugführers, wofür keine Einstandspflicht besteht, auch für das insoweit erhöhte Schmerzensgeld einstehen sollen.¹⁶⁴ Je weiter die Ausgleichsfunktion gefasst wird,¹⁶⁵ umso entbehrlicher ist die

¹⁵⁸ OLG Brandenburg DAR 2020, 25 (*Wellner*).

¹⁵⁹ *Küppersbusch/Höher*, Rn. 274; *Bamberger/Roth/Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 14; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 684; *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 115; *Höke* NZV 2014, 1 (2); *Ebert*, in: FS L. Jaeger (2014) 269, 275; OLG Koblenz VRR 2005, 349 (*Luckey*).

¹⁶⁰ *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 164: Ausgleich und Genugtuung als zwei selbstständig neben einander stehende Aufgaben.

¹⁶¹ OLG Brandenburg r + s 2012, 619: Einstandspflicht des Halters und der Kfz-Haftpflichtversicherung auch für Vorsatztat des Fahrzeugführers; OLG Saarbrücken NJW-RR 2015, 1119 = zfs 2015, 683 (*Diehl*).

¹⁶² BGH NZV 1995, 225; *Geigel/Pardey*, Kap. 6 Rn. 35; *Bamberger/Roth/Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 13.

¹⁶³ OLG Frankfurt/M. zfs 2005, 597 (*Diehl*): Verdopplung des Schmerzensgeld bei einem Geisterfahrer mit 2,5 Promille Blutalkoholspiegel.

¹⁶⁴ So aber OLG Brandenburg r + s 2012, 619.

¹⁶⁵ Dafür nachdrücklich *L. Jaeger*, in: FS E. Lorenz (2004) S. 377 ff.

Genugtuungskomponente.¹⁶⁶ Letztere kann jedenfalls keine Rolle spielen, wenn der Verletzte zu einer Wahrnehmung nicht mehr in der Lage ist bzw. dem Schädiger kein Schuldvorwurf gemacht werden kann. Berechtigung hat die Genugtuungsfunktion in Fällen des Vorsatzes¹⁶⁷ oder dem Vorsatz nahekommenden Fällen grober, im Klartext somit gröbster Fahrlässigkeit, was bei besonders groben Verkehrsverstößen in Kombination mit Alkoholisierung zu bejahen ist.¹⁶⁸ Auf die Fallgruppe – Verkehrsunfall oder Arzthaftung – kann es jedoch nicht ankommen,¹⁶⁹ auch wenn ein grober Behandlungsfehler für sich nicht genugtuungsrelevant ist.

5. Auswirkungen für die Bemessung des Umfangs

a) Kein geringeres Schmerzensgeld nach der Gefährdungshaftung

29

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Gefährdungshaftung	

Höchstrichterlich noch nicht geklärt ist bislang die Frage, ob das Fehlen der Genugtuungskomponente bei der Gefährdungshaftung dazu führt, dass bei vergleichbarer Verletzung ein geringeres Schmerzensgeld zuerkannt wird als in einem Fall der Verschuldenshaftung.¹⁷⁰ Dafür führt *Pardey*¹⁷¹ ins Treffen, dass zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung nicht nur graduelle, sondern strukturelle Unterschiede bestünden. Das Fehlen der Genugtuungskomponente müsse sich notwendigerweise in einem geringeren Schmerzensgeld niederschlagen.¹⁷² Eine Mittelmeinung will das lediglich für den Fall grober Fahrlässigkeit annehmen.¹⁷³ ME ist jegliche Differenzierung bis zur schlichten groben

¹⁶⁶ *G. Müller* VersR 1993, 909 (913). Für deren Aufwertung jedoch *Ziegler/Ehl* JR 2010, 1 (6).

¹⁶⁷ OLG Zweibrücken NJW-RR 2014, 33: Tätliche Auseinandersetzung zwischen Ehegatten; OLG Bremen NJW-RR 2012, 858: Brutales Erwürgen der Ehefrau, die 30 Minuten später stirbt.

¹⁶⁸ OLG Zweibrücken BeckRS 2018, 36147: Schädiger volltrunken und unter Missachtung des für ihn geltenden Rotlichts; *Born* NZV 2016, 545 (546).

¹⁶⁹ *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 209 unter Hinweis auf OLG Frankfurt zfs 2005, 597: Geisterfahrer mit 2,6 Promille Alkoholisierung; OLG Naumburg NJW-RR 2008, 407: Arzthaftung; aA *Vrzal* VersR 2015, 284 (285 f.); Niemals Berücksichtigung bei der Arzthaftung.

¹⁷⁰ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 652; *Wagner* JZ 2004, 319 (321).

¹⁷¹ Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 50.

¹⁷² Ebenso *Vrzal* VersR 2015, 284 (286).

¹⁷³ *Pauker* VersR 2004, 1391 (1394 f.); *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 14; OLG Celle NJW 2004, 1185 = ZGS 2004, 217 (*L. Jaeger*); OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Luckey*); zurückhaltender OLG Naumburg SP 2007, 354: Genugtuungsfunktion auch bei grober Fahrlässigkeit nur geringe Bedeutung.

Fahrlässigkeit schon deshalb abzulehnen, weil der mit der Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs intendierte Effekt der Justizentlastung ansonsten sogleich wieder verloren ginge.¹⁷⁴ Wurde bei Feststehen eines Gefährdungshaftstatbestands früher um das Verschulden prozessiert, weil davon das Bestehen eines Schmerzensgeldanspruchs abhing, würde nunmehr das Verschulden zum Gegenstand eines Prozesses gemacht, weil davon der Umfang des Schmerzensgeldes abhinge.¹⁷⁵ Letztlich kann das auch nicht im Interesse der Haftpflichtversicherer sein, weil der Ersparnis bei der Höhe des Ersatzanspruchs eine Zunahme der Regulierungskosten gegenübersteht. Neben diesem pragmatischen Argument spricht für eine Gleichbehandlung, dass die jeweilige Betriebsgefahr ein ebenso starker Zurechnungsgrund sein kann wie das Verschulden. Lehnt man die Genugtuungsfunktion – jedenfalls außerhalb von Vorsatztaten¹⁷⁶ und grösster Fahrlässigkeit – völlig ab,¹⁷⁷ stellt sich das Problem von vornherein nicht. Ungeachtet der unterschiedlichen dogmatischen Einschätzung kommen manche zu der rechtstatsächlichen Prognose, dass die Abschlüsse beim Schmerzensgeld nach der Gefährdungshaftung in der Praxis gering sein werden,¹⁷⁸ mitunter wird eine unterschiedliche Bemessung ausdrücklich abgelehnt.¹⁷⁹

b) Genugtuungsfunktion nur noch Bedeutung bei Vorsatzdelikten und bei grösster Fahrlässigkeit

30

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Kompensationsinteresse	

¹⁷⁴ *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 47; *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 119; Palandt/ *Grüneberg*, § 253 Rn. 4, anders aber Rn. 17: Beachtlichkeit grober Fahrlässigkeit; *Steffen* DAR 2003, 201 (206); ebenso jedenfalls für Straßenverkehrsunfälle Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 16; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 652; OLG Koblenz VRR 2005, 349 (*Luckey*): Nach dem 2. SchadensersatzrechtsänderungsG tritt bei Verkehrsunfällen Genugtuungsfunktion „wohl noch weiter als bisher“ zurück.

¹⁷⁵ *Diehl* zfs 2007, 10.

¹⁷⁶ In diesem Sinn *L. Jaeger*, in: FS E. Lorenz (2004) S. 377, 384.

¹⁷⁷ *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 120; der Tendenz nach ebenso OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12: Genugtuungsfunktion eingeschränkte Bedeutung, weil Verhalten zwar grob fahrlässig, aber nicht rücksichtslos war.

¹⁷⁸ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 652; ablehnend bei der Tierhalterhaftung nach § 833 OLG Naumburg NJW-RR 2015, 346.

¹⁷⁹ OLG Celle NJW 2004, 1185; OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166; OLG Brandenburg DAR 2020, 25 (*Wellner*): Tierhalterhaftung.

Während bei fahrlässigen Straßenverkehrsunfällen und bei der Arzthaftung¹⁸⁰ jegliche Bedeutung gelehnet wird, wird bei Vorsatzdelikten, somit auch bei bedingtem Vorsatz¹⁸¹ und diesem nahekommender gröbster Fahrlässigkeit zugestanden,¹⁸² dass auf diesem Gebiet ein legitimer Anwendungsbereich gegeben ist,¹⁸³ vor allem bei strafgerichtlichen Vorsatzdelikten,¹⁸⁴ wobei eine vorausgegangene Provokation sich anspruchsmindernd auswirkt.¹⁸⁵ Darüber hinaus ist es plausibel, in Anlehnung an die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht den Vorsatz ersatzerhöhend zu berücksichtigen, wenn es neben der Beeinträchtigung der physischen Integrität zu einer Persönlichkeitsverletzung kommt.¹⁸⁶ Auch beim Freiheitsentzug wird der Verschuldenskomponente ein höherer Stellenwert beigemessen.¹⁸⁷

6. Präventionsfunktion

31

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹⁸⁰ Vgl. aber OLG Nürnberg NZV 2007, 301 = VRR 2007, 69 (*Schulz-Doll*): Außergewöhnliches Maß an Gleichgültigkeit des Arztes während fehlerhafter Behandlung anspruchserhöhend.

¹⁸¹ OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*): Kraftfahrzeug als Werkzeug gegen das Unfallopfer.

¹⁸² *Vrzal* VersR 2015, 284 (285); weitergehend OLG Saarbrücken BeckRS 2015, 06748: Minderung bei leichtem Verschulden, Zuschlag bei grobem Verschulden; ähnlich OLG Saarbrücken NJW-RR 2015, 1119 = zfs 2015, 683 (*Diehl*): Zuschlag ab einfacher grober Fahrlässigkeit.

¹⁸³ *Luckey* VRR 2005, 351 mit dem zusätzlichen Hinweis auf die zögerliche Regulierung von Haftpflichtversicherern; Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 4; OLG Frankfurt/M. zfs 2005, 597 (*Diehl*): Gleichsetzung von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, die sich Vorsatz annähert, deshalb Verdopplung des Schmerzensgeldes; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 13, freilich mit dem wenig überzeugenden Hinweis, dass die Genugtuungsfunktion dort gebraucht werde, wo mangels Schmerzen die Ausgleichsfunktion versage. Einerseits wird die Ausgleichsfunktion mittlerweile weiter verstanden, so dass es auf die Empfindung des Verletzten nicht ankommt; andererseits gibt es ohne Schaden eben auch keinen Schadensersatz, mag das Verschulden auch noch so schwerwiegend sein.

¹⁸⁴ KG KGR 2004, 510: Verletzter wird von Unbekannten vor die einfahrende U-Bahn gestoßen – barbarisches Geschehen; Täter ist geflohen, hat Opfer hilflos zurückgelassen und jegliche Reue vermissen lassen; für eine Berücksichtigung auch bei strafgerichtlichen Fahrlässigkeitsdelikten KG VersR 2011, 274.

¹⁸⁵ OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*).

¹⁸⁶ *Ebert*, in: FS L. Jaeger (2014) 269, 277.

¹⁸⁷ OLG Karlsruhe MedR 2016, 445 (*Middendorf*): 2-monatiger Freiheitsentzug infolge Fehlbeurteilung der Eigen- und Fremdgefährdung bei einer psychischen Erkrankung; Hinweis auf die Gefahr der Stigmatisierung für den nachfolgenden Lebensabschnitt.

Von manchen wird der beim Ersatz immateriellen Schadens bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von der Rechtsprechung¹⁸⁸ anerkannter Präventionsgedanke auf das Schmerzensgeld übertragen.¹⁸⁹ Zu betonen ist, dass es bei den Ansprüchen gegen Medienunternehmen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Sache nach häufig um Gewinnabschöpfung im Rahmen eines Bereicherungsanspruchs geht, so dass es sich von vornherein verbietet, diesen Gedanken für den Schmerzensgeldanspruch zu übernehmen.¹⁹⁰ Gleichwohl wird darauf verwiesen, dass namentlich bei brutalen Verbrechen von entsprechend hohen Schmerzensgeldzahlungen eine abschreckende Wirkung ausgehe,¹⁹¹ wobei zusätzlich zu bedenken sei, dass diese der Täter stets selbst aufzubringen habe, weil bei Vorsatztaten eine Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers nicht bestehe. Freilich lässt sich auch in solchen Fällen die erwünschte Steigerung der Schmerzensgeldbeträge mE meist auch allein mit dem Ausgleichsprinzip rechtfertigen. So unscharf das Ausgleichsprinzip beim Schmerzensgeld auch sein mag, so bietet es mE immer noch präzisere Anhaltspunkte für eine vorausberechenbare Höhe als das Präventionsprinzip.¹⁹²

II. Mitverschulden bzw. Zurechnung der Betriebsgefahr

1. Keine Kürzung nach Haftungsquoten, sondern eine Bemessungsdeterminante unter mehreren

32

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Mitverschulden	ff.

Im Anschluss an die Entscheidung BGHZ 18, 149 wird betont, dass in den Fällen eines Mitverschuldens (§ 254) bzw. einer dem Verletzten zurechenbaren Betriebsgefahr (zB §§ 7, 17

¹⁸⁸BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861; NJW 1996, 984; BVerfG NJW 2000, 2187; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 8, 13; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 14.

¹⁸⁹*Schwintowski/C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld 91; *dies.*, zfs 2012, 6 (7); *Wagner*, in: FS Stürner (2013) 231, 242 f.; skeptisch *Höke* NZV 2014, 1 (3), der zu Recht in Frage stellt, ob das Schadensrecht auch eine ordnungspolitische Funktion habe, erzieherisch zu wirken bei alkoholbedingtem Fehlverhalten, technischen Mängeln an Fahrzeugen oder Geschwindigkeitsüberschreitungen.

¹⁹⁰AA *Unterreitmeier* JZ 2013, 426 (433) mit untauglichen rechtshistorischen Argumenten, wonach Bemessungsprobleme aus der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts sich schon aus der scholastischen Restitutionslehre des Spätmittelalters lösen ließen.

¹⁹¹*Foerste* NJW 1999, 2951 (2952); zustimmend OLG Hamm NJW 2000, 3219; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 22.

¹⁹² Ablehnend auch *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 15: Nur Nebeneffekt.

Abs. 3 StVG)¹⁹³ die Ermittlung des Ersatzbetrags anders zu erfolgen habe als bei einem Vermögensschaden.¹⁹⁴ Eine Kürzung wegen eines Mitverschuldens wird dabei auch ohne Verletzung gegen eine gesetzliche Pflicht angenommen, wenn der Verletzte etwa bei einem Motorradunfall keine Schutzkleidung getragen hat, mag er dazu gesetzlich auch nicht verpflichtet gewesen sein¹⁹⁵ oder ein Fußgänger ohne Verstoß gegen die StVO so nahe der Bordsteinkante geht, dass er sich der Gefahr des Angefahrenwerdens aussetzt.¹⁹⁶ Das gilt entsprechend bei einer Provokation des in der Folge Verletzten,¹⁹⁷ es sei denn der später Verletzte konnte nach der ausgesprochenen Beleidigung („Hurensohn“) die tätlichen Auseinandersetzung nicht abwenden.¹⁹⁸ Für das Bestehen eines Mitverschuldens sowie dessen Ausmaß ist der Ersatzpflichtige beweisbelastet.¹⁹⁹ Eine Kürzung des Ersatzanspruchs kommt nur in Betracht, wenn der Schaden ohne das Mitverschulden nicht oder in geringerem Ausmaß eingetreten wäre.²⁰⁰ Bei einem Vermögensschaden wird in einem ersten Schritt ermittelt, wie hoch der Ersatzbetrag ohne Verschulden wäre. In einem zweiten Schritt wird dann die Mitverschuldensquote des Geschädigten in Abzug gebracht. Beim Schmerzensgeld soll hingegen

¹⁹³ *Küppersbusch/Höher, Rn.* 284. *Vgl.* dazu OLG Frankfurt/M. OLG 2006, 673: Nach der Rechtslage vor dem 1.8.2002 Kürzung des Anspruchs wegen des vermuteten Mitverschuldens nach § 18 StVG mit der Folge der Beweislast des Schädigers. Anders nunmehr, da auch die Betriebsgefahr anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist.

¹⁹⁴ OLG Saarbrücken NJW 2011, 933; OLG Zweibrücken BeckRS 2018, 36147.

¹⁹⁵ OLG Düsseldorf NZV 2006, 415; OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 538: Jeweils Fehlen eines Beinschutzes, auch bei „kleinen Maschinen“. Gegenteilig OLG Nürnberg NJW 2013, 2908; OLG München NJW 2017, 2838 (*Schroeder*) = zfs 2017, 673 (*Diehl*): Kein solches Verkehrsbewusstsein 2012, Hinweis auf nicht gesicherte statistische Untersuchungen; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 31183: Keine Kürzung wegen Mitverschuldens bei Tragen von kurzer Hose und kurzärmeligem Oberteil bei Fahren mit einer Supersportmaschine (rennsportverwandte, straßenzugelassene Höchstleistungsmaschine), weil es 2014 nicht dem allgemeinen Verkehrsbewusstsein entsprach, zum eigenen Schutz neben dem gesetzlich vorgeschriebenen Motorradhelm weitere Motorradschutzkleidung zu tragen; offen gelassen von OLG Saarbrücken SP 2015, 296: Auch Tragen von Schutzkleidung hätte Verletzungen weder verhindert noch abgemildert. Übersicht bei *Rebler* MDR 2014, 1187 ff.; verwiesen sei auch auf OGH ÖJZ 2015/37: Kürzung wegen Mitverschuldens; dazu *Ch. Huber* ÖJZ 2016, 53 ff.

¹⁹⁶ OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*).

¹⁹⁷ OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*): Zeigen des Stinkefingers.

¹⁹⁸ OLG Hamm MDR 2017, 573.

¹⁹⁹ OLG Brandenburg MDR 2010, 809.

²⁰⁰ OLG Hamm zfs 2005, 122 (*Diehl*): Das in concreto bei Fehlen des Anschnallens des Sicherheitsgurts verneint. OLG München NJW-Spezial 2019, 745: Bezüglich Knieverletzung bejaht, bezüglich Rippenverletzung verneint, weil insoweit Schutz durch den Airbag. Kürzung um 30 %.

das Mitverschulden als integrales Element der Bemessung des Umfangs sogleich mit einbezogen werden.²⁰¹

33

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Diese Vorgehensweise führt zu einer zusätzlichen Ausweitung des tatrichterlichen Ermessens. Nicht eine mechanische Kürzung hat zu erfolgen, sondern nach den Umständen des Einzelfalls kann das Mitverschulden bzw. die Betriebsgefahr stärker oder weniger stark berücksichtigt werden. Dies hängt damit zusammen, dass die Genugtuungskomponente das Ausgleichsprinzip überlagert. Die damit erzielten Ergebnisse sind nicht stets überzeugend. So hat etwa das OLG Frankfurt²⁰² ausgesprochen, dass die Genugtuungsfunktion so stark ausgeprägt sein kann, dass trotz einer Verletzung nach einer Körperattacke gar kein Schmerzensgeld gebührt. Umgekehrt hat das OLG München²⁰³ betont, dass trotz eines Mitverschuldens ein ungekürzter Schmerzensgeldbetrag zustehen kann.²⁰⁴

34

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

ME sollte ungeachtet des Dictums der Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahr 1955 nachgedacht werden, ob diese Sonderbehandlung sachgerecht ist.²⁰⁵ Die Praxis hat sich der Sache nach ohnehin darüber hinweggesetzt, indem häufig wie beim Vermögensschaden vorgegangen wird, nämlich das Schmerzensgeld ohne Mitverschulden zu ermitteln und dann um die Quote zu kürzen.²⁰⁶ Um nicht angreifbar zu sein, wird dieser Vorgang dann aber vernebelt

²⁰¹BGH NJW-RR 1990, 789; OLG München r + s 2014, 100; OLG Celle VersR 2006, 1085; OLG Brandenburg DAR 2020, 25 (*Wellner*); Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 25; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 64; Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 20; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 46; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 47; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 738; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 283; *Luckey* VRR 2005, 351.

²⁰²OLG Frankfurt/M. NJW 2000, 1424: Der Verletzte hat Anlass gegeben zum Streit.

²⁰³OLG München VersR 2000, 900; kritisch dazu *Küppersbusch/Höher*, Rn. 283, Fn. 1028.

²⁰⁴Ähnlich OLG Hamm NJW-RR 1995, 598: Bei Mitverantwortung der Verletzten wegen der von ihrem Hund ausgehenden Betriebsgefahr keine Kürzung des Schmerzensgeldes.

²⁰⁵Kritisch auch *Küppersbusch/Höher*, Rn. 283: Weder einleuchtend noch praktikabel.

²⁰⁶OLG Düsseldorf VersR 1998, 1021; OLG Brandenburg MDR 2010, 809; OLG München NJW-Spezial 2017, 43 = SP 2017, 510; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 739; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 283; *Diehl* zfs 2007, 10 (13); ders., zfs 2016, 323.

und das Ergebnis mit den besonderen Umständen des Einzelfalls begründet.²⁰⁷ Insoweit wäre ein zusätzliches Maß an Transparenz wünschenswert.²⁰⁸

35

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Womöglich nicht ausreichend beachtet wurde bisher, dass nicht nur auf Seite des Anspruchstellers das Mitverschulden unterschiedlich stark ausgeprägt **bzw.** durch eine mitwirkende Betriebsgefahr verstärkt sein kann. Vielmehr hat eine Abwägung im Verhältnis zum Schädiger stattzufinden, bei dem ebenfalls mehrere Belastungselemente gegeben sein können.²⁰⁹ Wenn sich der Verletzte einem alkoholisierten Lenker anvertraut, wird dessen Mitverschulden zwischen einem Viertel,²¹⁰ einem Drittel²¹¹ und der Hälfte taxiert.²¹² Das erscheint mE deshalb viel zu hoch, weil der Erkennbarkeit der Gefahrenlage durch den Verletzten die Betriebsgefahr des Fahrzeugs, der Fahrfehler und der zusätzliche Vorwurf der Alkoholisierung des Lenkers gegenüberstehen.²¹³ Umgekehrt ist bei Verletzung eines Motorradlenkers beim Ausweichen gegenüber einem Kind sowohl dessen Mitverschulden (§ 3 Abs. 2a StVO) als auch die Betriebsgefahr seines Fahrzeugs im Verhältnis zum geringen Verschulden des Kindes in Anschlag zu bringen.²¹⁴ Wenn Verschulden bzw. Mitverschulden und Betriebsgefahr abzuwägen sind, kann bei besonders schwerem Verschulden die Betriebsgefahr gänzlich zurücktreten, nicht aber bei bloß leichtem Verschulden.²¹⁵

²⁰⁷So etwa OLG Brandenburg VersR 2002, 863.

²⁰⁸Für eine anteilige Kürzung wie beim Vermögensschaden auch *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 121.

²⁰⁹So zutreffend OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*): Betriebsgefahr und Verstoß gegen § 3 StVO; OLG Karlsruhe NZV 2010, 26: Vorwurf der Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit um 80 % so gravierend, dass Verstoß gegen die Anschnallpflicht zu keiner Kürzung führt.

²¹⁰KG DAR 2006, 506.

²¹¹OLG Koblenz OLGR 2006, 530; OLG Düsseldorf SP 2002, 267.

²¹²OLG Hamm OLGR 2001, 153; OLG München VersR 1986, 925.

²¹³OLG Koblenz OLGR 2006, 530: 1,49 Promille.

²¹⁴Zutreffend OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2004, 1167: Noch zur Rechtslage vor dem 1.8.2002; Verletzung durch ein 8-jähriges Kind.

²¹⁵OLG Zweibrücken BeckRS 2018, 36147: Bei leichtem Verschulden und jeweiliger Betriebsgefahr Kürzung von 1/3.

2. Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2)

36

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Schadensminderungspflicht	

Wie beim Vermögensschaden hat beim Schmerzensgeld eine Kürzung stattzufinden, wenn der Geschädigte nach Eintritt des Schadens eine zumutbare Schadensminderungsmaßnahme unterlässt,²¹⁶ sofern es sich nicht um eine typische Folge der unfallbedingten psychischen Erkrankung handelt.²¹⁷ Häufig geht es nach einem ärztlichen Kunstfehler um eine weitere therapeutische Maßnahme. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht sollte aber nur in eindeutigen Fällen bejaht werden. Ein solcher muss dem Geschädigten vorwerfbar sein,²¹⁸ was der Schädiger ebenso zu beweisen hat wie dessen Kausalität, dass also die Maßnahme zu einer Verminderung der Schmerzen geführt hätte. Wenn der Anspruchsteller von der Sinnhaftigkeit der Maßnahme nicht überzeugt ist, wird eine solche bei psychischen Beschwerden häufig zu keiner Linderung führen; zu beachten ist zudem, dass der Schädiger für die Kosten aufzukommen gehabt hätte, was bei der Anspruchsminderung gegenzurechnen ist.²¹⁹ Gerade bei der körperlichen Integrität ist zu beachten, dass Eingriffe nicht nur zu einer Besserung führen sondern häufig mit weiteren Belastungen verbunden sind. Nicht zufällig lautet der Leitspruch der ärztlichen Zunft: nihil nocere, es soll zumindest nicht schlechter werden. Schließlich ist zu beachten, dass in den Fällen, in denen ein ärztlicher Kunstfehler zu einer Verschlimmerung des Gesundheitszustands geführt hat, die Zumutbarkeit eines weiteren Eingriffs mit ungewissem Ausgang deutlich herabgesetzt ist.²²⁰

3. Kürzung auch bei deliktsunfähigem Kind (§ 828)

37

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

²¹⁶MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 47.

²¹⁷BGH NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Burmann*) = zfs 2015, 435 (*Diehl*): Unterlassen einer Therapie bei einer Essstörung; durch Mitverschulden weniger weitreichende Begrenzung als durch Begrenzung der Zurechnung; OLG Schleswig NJW-RR 2009, 1325.

²¹⁸KG VersR 2015, 1441 = zfs 2016, 139 (*Diehl*): In concreto verneint bei unterlassener Einnahme von Medikamenten aus Sorge vor Nebenwirkungen.

²¹⁹Dazu *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197, 222 f.

²²⁰OLG Brandenburg MDR 2010, 1324: Zu Recht abgelehnt bei 70%iger Erfolgswahrscheinlichkeit; OLG Braunschweig SVR 2004, 305 (*Luckey*): Bejaht bei operativem Entfernen von Glassplittern aus der Hand; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 47; strenger hingegen OLG Oldenburg OLGR 1999, 174.

Während nach allgemeinen Regeln die Kürzung eines Schadensersatzanspruchs Deliktsfähigkeit voraussetzt, soll ein Schmerzensgeldanspruch eines deliktsunfähigen Kindes bei dessen grob verkehrswidrigem Verhalten gleichwohl gekürzt werden können.²²¹ Auch diese Durchbrechung ist abzulehnen. Die Hinaufsetzung der sektoralen Deliktsfähigkeit von Kindern in § 828 Abs. 2 bei Straßenverkehrsunfällen mit motorisierten Fahrzeugen – in Kombination mit der Ersetzung des unabwendbaren Ereignisses durch die höhere Gewalt in § 7 Abs. 2 StVG – verfolgt die Absicht, dem verletzten Kind einen ungeschmälernten Schadensersatzanspruch zu verschaffen.²²²

4. Gestörte Gesamtschuld

38

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Haftungsprivilegierung eines Gesamtschuldners	ff.

Fälle der gestörten Gesamtschuld zeichnen sich dadurch aus, dass dem Geschädigten an sich mehrere Schuldner einstandspflichtig sind, einer davon aber infolge einer Haftungsprivilegierung gleichwohl nicht einzustehen hat. Es stellt sich dann die Frage, wie sich diese Haftungsprivilegierung zwischen dem Geschädigten und dem davon begünstigten Gesamtschuldner auf die Einstandspflicht des anderen Gesamtschuldners auswirkt. Es werden insoweit beim Schmerzensgeld keine anderen Grundsätze angewendet als beim Vermögensschaden:

39

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei einer Haftungsprivilegierung eines Gesamtschuldners wegen eines Arbeitsunfalls (§§ 104 ff. SGB VII) führt dies zur Kürzung des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten in dem Maß, in dem der zur Verantwortung gezogene Drittschädiger Rückgriff nehmen hätte können, wenn es die Haftungsprivilegierung nicht gäbe.²²³ Eine Haftungsprivilegierung gegenüber einem Familienangehörigen,²²⁴ weil dieser bloß nach dem Haftungsmaßstab der diligentia quam in suis rebus einzustehen hat, was zu einer Haftungsfreistellung führen kann, geht hingegen

²²¹BGH VersR 1975, 133; OLG Karlsruhe VersR 1979, 653; OLG Celle VersR 1976, 297; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 [Rn.](#) 675; offengelassen von KG NZV 1995, 109.

²²²So auch Geigel/*Pardey*, Kap. 6 [Rn.](#) 47.

²²³BGHZ 110, 114 = NJW 1990, 1361; NJW 1987, 2669; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 [Rn.](#) 669; *L. Jaeger/Luckey*, [Rn.](#) 778.

²²⁴Ehegatten: § 1359; Lebenspartner: § 4 LPartG; Eltern: § 1664.

grundsätzlich zulasten des Drittschädigers. Das bedeutet, dass dieser ungeachtet der ohne Haftungsprivilegierung bestehenden Einstandspflicht eines Familienangehörigen und der sonst bestehenden Rückgriffsmöglichkeit Schmerzensgeld in vollem Ausmaß leisten muss.²²⁵ Diese Regel wird freilich dann wieder durchbrochen, wenn der einstandspflichtige Familienangehörige als Lenker eines Kfz am Straßenverkehr teilgenommen hat,²²⁶ wobei letztlich ausschlaggebend ist, dass für sein Verhalten ein Kfz-Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist.²²⁷ Mit *Luckey*²²⁸ ist überlegenswert, sämtliche Fälle der gestörten Gesamtschuld einheitlich zu behandeln.

III. Mehrere Schädiger

40

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	mehrere Schädiger	

Sind mehrere Schädiger einstandspflichtig, kann die Höhe des von ihnen geschuldeten Schmerzensgeldes unterschiedlich hoch sein.²²⁹ Einerseits kann die Abwägung von Verschulden und Mitverschulden unterschiedlich ausfallen, andererseits kann die Genugtuungskomponente – so man eine solche anerkennt – zu einer unterschiedlich hohen Einstandspflicht führen. Namentlich bei Verkehrsunfällen kommt es vor, dass es infolge anschließender ärztlicher Kunstfehler zu einer erheblichen Verschlimmerung der körperlichen Beeinträchtigung kommt. Sofern es sich nicht um einen größten, sondern „bloß“ einen groben Behandlungsfehler des Arztes bzw. Krankenhaus handelt, haftet der für den Verkehrsunfall Einstandspflichtige im Außenverhältnis zu 100 %, kann aber im Innenverhältnis zu 100 % Regress nehmen, soweit das Schmerzensgeld infolge der Verschlimmerung der Beeinträchtigung höher ausfällt.²³⁰

E. Die einzelnen Rechtsgüter

²²⁵ *Luckey*, PVR 2003, 302 (305).

²²⁶ *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 770.

²²⁷ OLG Hamm NJW-RR 1994, 415: Eine Teilnahme am Straßenverkehr wurde abgelehnt, weil die Eltern auf der Terrasse saßen und es nicht verhindert haben, dass ihr Kind auf die Straße lief und Opfer eines Straßenverkehrsunfalls wurde; ähnlich OLG Hamm NJW 1993, 542.

²²⁸ *Luckey* VersR 2002, 1213 (1216), 1217; ebenso *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 779.

²²⁹ Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 53; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 64; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 32; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 672.

²³⁰ OLG Oldenburg VersR 2016, 664 = jurisPR-MedizinR 1/2017 Anm. 5 (*Hebben-Dietz*).

I. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung, nicht aber der Tod

1. Der Kernbereich

41

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Gesundheitsbeeinträchtigung	
Schmerzensgeld	Körperverletzung	

Unter einer Körperverletzung ist eine Beeinträchtigung der äußerlichen Unversehrtheit des Körpers zu verstehen, selbst wenn das – wie etwa das Bespucken eines Polizisten²³¹ – zu keiner Gesundheitsstörung führt. Eine Gesundheitsbeeinträchtigung setzt indes voraus, dass körperliche oder geistige Lebensvorgänge des Menschen gestört sind, was typischerweise eine Behandlungsbedürftigkeit durch einen Arzt zur Folge hat. Auch psychische Beeinträchtigungen – wie etwa die nervliche Belastung durch andauernde Todesdrohungen²³² – führen zu einem Schmerzensgeldanspruch, unabhängig davon, ob für die psychischen Beschwerden organische Ursachen bestehen.²³³ Für diese werden häufig zu geringe Beträge als Schmerzensgeld zuerkannt. Auf den Ausbruch der Krankheit kommt es nicht an, so dass bei einer Aids-Infektion schon die Infektion als solche zu einem Schmerzensgeldanspruch führt.²³⁴ Entsprechend ist bei einer ungewollten Schwangerschaft diese als solche als Gesundheitsbeeinträchtigung anzusehen, nicht erst die Geburt des Kindes.²³⁵ Anspruchsberechtigt ist auch der nasciturus, allerdings bloß im Fall der Lebendgeburt.²³⁶ Das Leben als solches zählt allerdings nicht zu den von Abs. 2 geschützten Rechtsgütern, so dass bei Tod eines Menschen kein Schmerzensgeldanspruch besteht.²³⁷ Das mag man unter Präventionsgesichtspunkten bedauern,²³⁸ ist aber von der Funktion des Schmerzensgeldes, dem Verletzten einen Ausgleich für seine Unlustgefühle zu gewähren, folgerichtig.²³⁹ Ein mit auch qualvollen Schmerzen verbundenes Leben ist gegenüber dem Tod auch kein ideeller Schaden, so dass die Fortführung

²³¹LG Münster NJW-RR 2002, 1672.

²³²OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1402.

²³³Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 10; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 58.

²³⁴BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 13.

²³⁵BGH NJW 1995, 2407; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 22.

²³⁶Widersprüchlich *Neuner* JuS 2013, 577 (581).

²³⁷*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 20, 527 ff.; *L. Jaeger* MDR 1998, 1030 (1031).

²³⁸Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 24.

²³⁹MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 28.

lebensverlängernder Maßnahmen zu keinem – auf den Erben übergehenden – Schmerzensgeldanspruch des sterbenden Menschen führen kann.²⁴⁰

2. Sonderfälle

a) HWS-Verletzungen

42

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Insbesondere nach Auffahrunfällen im Straßenverkehr stellt sich häufig die Frage eines Schmerzensgeldanspruchs wegen Distorsion der Halswirbelsäule bzw. daraus resultierender Folgeschäden.²⁴¹ Es sollen in Deutschland ca. 400.000 Fälle pro Jahr sein,²⁴² mit einer Belastung für die Kfz-Haftpflichtversicherer in einer Größenordnung von 500 Mio EUR,²⁴³ wobei nicht einmal 1/5 der auf Schmerzensgeld gerichteten Klagen erfolgreich sind.²⁴⁴ Zu bedenken ist indes, dass auch Lackschäden bei Kfz enorme Ersatzleistungen auslösen; der Unterschied liegt freilich darin, dass diese sichtbar sind, während bei HWS-Verletzungen sowohl die Verletzung selbst als auch deren Kausalität häufig nicht – ohne Weiteres – nachweisbar sind. Insbesondere bei Verletzungen des Typs Erdmann I gibt es keinen Nachweis der Verletzung mithilfe eines bildgebenden Verfahrens;²⁴⁵ zudem treten die Beschwerden häufig erst mit zeitlicher Verzögerung ein.²⁴⁶

Mitunter erfolgt die Geltendmachung eines Schmerzensgeldes routinemäßig,²⁴⁷ quasi nach der Devise, dass dies zum guten Ton gehöre.²⁴⁸ An der – nicht immer fachgerechten – Behandlung

²⁴⁰BGH NJW 2019, 1741 = NZFam 2019, 487 (*Hermes*) = r + s 2019, 349 (*Lemcke*) = NJ 2019, 435 (*Kunz-Schmidt*) = JuS 2019, 577 (*Omlor*) = FamRZ 2019, 999 (*A. Schneider*) = RdM 2019/113 (*Ch. Huber*).

²⁴¹*G. Müller*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169. Ein Überblick über die höchstrichterliche Judikatur findet sich bei *Staab*, r + s Sonderheft 2011, 107 ff.

²⁴²*Semrau/Staub* DAR 2016, 691.

²⁴³*L. Jaeger* ZAP 2008, 1305 (1306 f.) Zu einer Übersicht der Judikatur der Tatgerichte *Luckey* SVR 2010, 174 (175 f.); *Böhm* zfs 2011, 423.

²⁴⁴*Freymann*, in: FS L. Jaeger (2014) 295.

²⁴⁵*Castro* SVR 2007, 451; aA *Böhm* zfs 2011, 423 (424): Selbst kleinste strukturelle Läsionen mit Kernspintomografie leicht zu identifizieren.

²⁴⁶*Semrau/Staub* DAR 2016, 691.

²⁴⁷*Eschelbach/Geipel* NZV 2010, 481 (482).

²⁴⁸*Burmann* NZV 2003, 169.

solcher HWS-Verletzungen verdienen viele Ärzte,²⁴⁹ Streitigkeiten darüber tragen aber auch zum Umsatz von Anwälten und diverser Sachverständiger dabei. Der Streit, das Gutachten welches Sachverständigen geboten bzw. entbehrlich ist, muss daher auch vor diesem Hintergrund betrachtet werden. Manche Gerichte sprechen bei leichten Verletzungen ohne Einholung aller möglichen Gutachten bloß aufgrund eines hausärztlichen Attests²⁵⁰ Beträge in der Größenordnung von 400 EUR,²⁵¹ 500 EUR²⁵² oder 600 EUR²⁵³ zu, bei der Grenze zu einer Bagatellverletzung sogar nur 200 EUR²⁵⁴ oder 250 EUR.²⁵⁵ Das KG²⁵⁶ hat in mehreren Entscheidungen als Anhaltspunkt für die Bemessung angenommen, dass je Monat einer Beeinträchtigung der allgemeinen Erwerbsfähigkeit von mindestens 50 % ein Schmerzensgeld von 1.000 EUR gebühre. Dagegen wird eingewendet, dass dies – negative – Auswirkungen darauf haben könne, dass der Arzt dann jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum eine Krankschreibung vornehme; zudem sei fraglich, ob das dem Postulat der Berücksichtigung des es im Rahmen der Billigkeit Rechnung trage.²⁵⁷

aa) Beweismaß bei Primärverletzung und Folgeschaden

43

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Für die Primärverletzung – und zwar bei mehreren für jede einzelne²⁵⁸ – wird der Strengbeweis nach § 286 ZPO verlangt, somit keine unumstößliche Gewissheit, aber ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie gänzlich verstummen zu lassen.²⁵⁹ Es geht nicht um eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit²⁶⁰

²⁴⁹ *Lemcke*, r + s 2008, 399, 400: Für viele Ärzte eine beachtliche Einkommensquelle.

²⁵⁰ *Luckey* SVR 2004, 275.

²⁵¹ *Benz/Sieger* SVR 2007, 335.

²⁵² OLG Saarbrücken SVR 2004, 272 (*Luckey*): 4 Tage Arbeitsunfähigkeit; engherzig OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 243 = VRR 2011, 66 (*Nugel*): 500 EUR bei einem HWS-Schleudertrauma mit Prellung und Schürfungen bei einer ca. 2-wöchiger Arbeitsunfähigkeit.

²⁵³ OLG Köln VersR 2004, 928: Beeinträchtigung von 2 Wochen.

²⁵⁴ KG NJW 2008, 2656.

²⁵⁵ OLG München DAR 2017, 38 = jurisPR-VerkR 18/2016 Anm. 1 (*Schwartz*) = SVR 2016, 421 (*Balke*).

²⁵⁶ KG VersR 2007, 1708; NJW 2009, 3040; NZV 2010, 629 = jurisPR-VerkR 9/2010 Anm. 2 (*H. Lang*).

²⁵⁷ *H. Lang*, jurisPR-VerkR 9/2010 Anm. 2.

²⁵⁸ BGHZ 221, 43 = NJW 2019, 2092 = r + s 2019, 353 (*Lemcke*); OLG Brandenburg NZV 2017, 141 (*Slizyk*) = jurisPR-VerkR 8/2017 Anm. 4 (*Schwartz*).

²⁵⁹ So die Formel seit BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946.

bzw. eine mathematisch lückenlose Gewissheit.²⁶¹ Das Beweismaß ist aber deutlich strenger als das für den Folgeschaden, bei dem gem. § 287 ZPO eine erhebliche oder überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt.²⁶² Aber auch nach diesem Beweismaß kann der Beweis misslingen.²⁶³

Je geringer die Kollisionsgeschwindigkeit ist, umso mehr werden zusätzliche Indizien für den Nachweis der Kausalität verlangt.²⁶⁴ Wegen dieses abgesenkten Beweismaßes für die Folgeschäden leisten Haftpflichtversicherer auch keine geringfügigen Abstandszahlungen, jedenfalls nicht ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht, weil das als Anerkenntnis der Primärverletzung angesehen würde.²⁶⁵ Ehe das Beweismaß eine Rolle spielt, stellt sich zunächst die Frage, was als Primärverletzung anzusehen ist. Der durch den Auffahrunfall ausgelöste Peitschenschlag ist es nicht, sondern erst die daraus resultierenden Beschwerden.²⁶⁶ Der BGH²⁶⁷ hat etwa anerkannt, dass die Primärverletzung darin liegen kann, dass ein verletzter Daumen nicht ruhig gestellt wurde. In den kritischen Fällen, in denen mit bildgebenden Verfahren keine Körpervletzung nachgewiesen werden kann, kann das ausnahmsweise auch eine psychische Schädigung sein.²⁶⁸ Wenn der Sachverständige bei einer festgestellten Verletzung eine Vorschädigung als Ursache der Beschwerden des Verletzten nicht ausschließt, ist der Beweis nach § 286 ZPO nicht erbracht.²⁶⁹ Das erscheint mE zu streng. Zu bedenken ist zudem, dass Referenzgröße nicht ein gesunder Mensch ist, sondern ein beschwerdefreier.²⁷⁰ Das ist deshalb bedeutsam, weil der Anspruchsteller womöglich durchaus eine Vorschädigung hatte, diese aber „klinisch stumm“ war und erst das Unfallereignis zu Beschwerden geführt hat. Zu betonen ist,

²⁶⁰BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (*L. Jaeger*) = NZV 2003, 167 (*Burmman*).

²⁶¹OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.

²⁶²KG VRR 2006, 264 (*Luckey*): Bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend; OLG Saarbrücken VRR 2005, 151 (*L. Jaeger*): Bandscheibenverletzung aufgrund einer HWS-Distorsion; *G. Müller*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 171; *Halm/Staab* DAR 2009, 677 (680); *Semrau/Staub* DAR 2016, 691 (692).

²⁶³ OLG München r + s 2015, 574 = zfs 2015, 500 (*Diehl*): Keine ausreichende Wahrscheinlichkeit der Kausalität für die nach 1 Jahr auftretenden Beschwerden aufgrund einer HWS-Distorsion.

²⁶⁴OLG Düsseldorf NJW 2011, 3043: Hier 5 km/h; Beweis bei einem 25-jährigen, für den Anprall nicht überraschend war und der keine Vorschädigung hatte, wurde hier nicht erbracht.

²⁶⁵*Burmman* NZV 2003, 169 (170).

²⁶⁶KG NZV 2004, 460.

²⁶⁷BGH NJW 2008, 1381.

²⁶⁸OLG München NZV 2003, 474: Bulldozer fuhr mit herabgelassener Frontladegabel auf PKW der Klägerin zu; das war eine für Leib und Leben bedrohliche Situation, die Folge war eine psychische Reaktion mit Krankheitswert; KG NZV 2005, 311: Phobisches Phänomen mit Panikattacken sowie kognitiven Störungen; OLG Köln SVR 2006, 222 (*Luckey*): Somatoforme Verarbeitung; *Eggert* VA 2005, 207 (209); *Eilers* zfs 2009, 248 (251), 252.

²⁶⁹KG NZV 2005, 521.

²⁷⁰*L. Jaeger* VersR 2003, 476 (479); *ders.*, ZAP 2008, 1305 (1313).

dass eine Mitursächlichkeit für die Ersatzpflicht ausreichend ist; zudem hat der Ersatzpflichtige keinen Anspruch, einen Gesunden verletzt zu haben.²⁷¹

bb) Mitwirkung welcher Sachverständigen

44

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Kfz-Haftpflichtversicherer haben versucht, beim Massenphänomen HWS-Distorsion durch Einschaltung technischer Sachverständiger und Erstellung eines biomechanischen Gutachtens eine Harmlosigkeitsgrenze festzuzurren.²⁷² Wenn die kollisionsbedingte Geschwindigkeit einen bestimmten Wert unterschreitet,²⁷³ der bei der Heckkollision geringer ist als bei der Frontalkollision, soll eine Einstandspflicht nach der „Harmlosigkeitsschwelle“ ausgeschlossen sein. Ins Treffen geführt wird, dass beim Autoscooter, beim „Wiener Opernball“, bei Rempelen zwischen Fußgängern²⁷⁴ oder selbst beim Niedersetzen auf einen Stuhl oder beim Niesen höhere Kräfte einwirken,²⁷⁵ ohne dass es zu Verletzungen kommt. Auch wird auf Testversuche mit Probanden verwiesen. Der BGH²⁷⁶ sieht das indes anders. Er hat ausgesprochen, dass es keine Harmlosigkeitsschwelle gibt.²⁷⁷ Das biomechanische Gutachten ist bloß ein Beweismittel unter mehreren. Die von technischen Sachverständigen ermittelte kollisionsbedingte Geschwindigkeit misst auch lediglich die Einwirkung auf die Fahrgastzelle, nicht aber die auf den Fahrgast selbst.²⁷⁸ Der BGH betont, dass auch die Sitzposition bzw. das Überraschungselement eine Rolle spiele,²⁷⁹ wobei Letzteres im Test nicht simuliert werden könne, weil die Probanden wissen, dass mit ihnen ein Experiment ausgeführt werde. Umstritten ist seither, was als „out of position“ anzusehen sei. Bejaht wurde das beim Drehen des Kopfes, um die Ampel im Blick zu haben,²⁸⁰

²⁷¹ *Semrau/Staub* DAR 2016, 691.

²⁷² *Burmann/Heß* NZV 2008, 481.

²⁷³ Zur rückläufigen Tendenz in Bezug auf diesen Wert *L. Jaeger* ZAP 2008, 1305 (1307): Nunmehr 13 km/h.

²⁷⁴ *Burmann* NZV 2003, 169 (170).

²⁷⁵ *Lemcke*, r + s 2008, 397: So bei einer Kollisionsgeschwindigkeit von 5 bis 6 km/h.

²⁷⁶ BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (*L. Jaeger*) = NZV 2003, 167 (*Burmann*).

²⁷⁷ Dem BGH folgend OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.

²⁷⁸ *Eschelbach/Geipel* NZV 2010, 481 (482); *Ch. Huber*, HAVE 2010, 309 (311).

²⁷⁹ BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (*L. Jaeger*) = NZV 2003, 167 (*Burmann*); NJW 2008, 2845 = r + s 2008 397 (*Lemcke*) = VRR 2008, 342 (*L. Jaeger*); so auch OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171: Stattgebung bei einer Kollisionsgeschwindigkeit von 6 km/h, wobei der Verletzte „out of position“ war. AA *Burmann/Heß* NZV 2008, 481 (482): Wissenschaftlich umstritten, ob das bedeutsam ist.

²⁸⁰ *Luckey* SVR 2006, 622 (624).

nicht aber bei einem Blick in den Innenspiegel.²⁸¹ Darüber hinaus spielt die Konstitution des Verletzten eine Rolle, dessen Alter, seine Körpergröße sowie bestehender Medikamenteneinfluss. Vertreter der Versicherungswirtschaft bemühen sich, dem Beweismittel des biomechanischen Gutachtens – womöglich erstellt von Personen oder Organisationen, die für Versicherer besonders häufig derartige Gutachten verfassen und zu diesen wegen der ständigen Geschäftsbeziehung in einer Nahebeziehung stehen²⁸² – einen hohen Stellenwert, dem Attest des Durchgangs- oder Hausarztes eine untergeordnete Bedeutung beizumessen,²⁸³ was aber wohl gegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung verstößt. Die BGH-Entscheidung,²⁸⁴ die eine apodiktische Harmlosigkeitsgrenze ablehnt, hat dazu geführt, dass sich jedenfalls die Begründungen der – abweisenden – tatrichterlichen Urteile geändert haben, nicht immer freilich die Ergebnisse.²⁸⁵ Überwiegend wird der kollisionsbedingten Geschwindigkeit immerhin insoweit ein gewisser Beweiswert zuerkannt, als ein gesunder Erwachsener in „normaler“ Körperhaltung bei einer Kollisionsgeschwindigkeit bei einem Heckaufprall bis zu 10 km/h²⁸⁶ und einer Frontalkollision bis zu 20 km/h²⁸⁷ keine Körperverletzung erleiden soll, so dass der Verletzte besondere Umstände vortragen muss, warum es bei ihm gleichwohl so ist.²⁸⁸ Der BGH²⁸⁹ hat aber – in einem Anwaltshaftpflichtprozess – auch eine Haftung bei 6,5 km/h bejaht. Dem biomechanischen Gutachten kommt somit keine abschließende Bedeutung zu,²⁹⁰ was auch Auswirkungen hat auf den Umsatz der solche Gutachten erstellenden technischen Sachverständigen. Letztlich kommt es auf das medizinische Gutachten an.²⁹¹ Je nach

²⁸¹KG NZV 2005, 470.

²⁸² *Semrau/Staub* DAR 2016, 691 (693).

²⁸³ *Böhm* zfs 2011, 483 (487).

²⁸⁴BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (*L. Jaeger*) = NZV 2003, 167 (*Burmman*).

²⁸⁵*Eggert* VA 2004, 204 (205); *L. Jaeger*, in: FS Eggert (2008) S. 213, 229; *Luckey* SVR 2009, 141 (143).

²⁸⁶*Burmman* NZV 2003, 169; weitergehend KG NZV 2005, 470: Bis 15 km/h kein Beweis des ersten Anscheins, dass HWS-Verletzung durch Aufprall verursacht wurde.

²⁸⁷Vorsichtiger *Lemcke*, r + s 2008, 399: 15 km/h.

²⁸⁸*Staab* VersR 2003, 1216 (1221); *L. Jaeger* VRR 2008, 342 (343); *Burmman/Heß* NZV 2008, 481 (482); OLG Jena r + s 2009, 170: Je geringer die Kollisionsgeschwindigkeit, umso höhere Anforderungen an den Nachweis der Unfallursächlichkeit, hier zwischen 2 und 3,5 km/h; ebenso KG NZV 2005, 521; OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2011, 331.

²⁸⁹BGH NJW 2013, 2965.

²⁹⁰BGH NJW-RR 2008, 1380 = r + s 2008, 395 (*Lemcke*) = SVR 2009, 141 (*Luckey*); für dessen Entbehrlichkeit bei Nachweis einer Primärverletzung *L. Jaeger* VRR 2008, 342 (343); für dessen Entbehrlichkeit im Regelfall *Luckey* SVR 2009, 141 (143). AA *Burmman/Heß* NZV 2008, 481 (483): Sowohl biomechanisches als auch medizinisches erforderlich, weil Übergehen eines Beweismittels zur Versagung des rechtlichen Gehörs führen würde.

²⁹¹BGH NJW 2008, 2845 = r + s 2008 397 (*Lemcke*) = VRR 2008, 342 (*L. Jaeger*): Biomechanisches Gutachten entbehrlich, denn Sachverständiger der Biomechanik hat trotz einschlägiger Promotion keine medizinische Fachkompetenz.

Beschwerden ist das eines Orthopäden,²⁹² Neurologen, Neurochirurgen, HNO-Arzt oder Psychiaters heranzuziehen.²⁹³ Umstritten ist die Verwertbarkeit von Erkenntnissen der Neurootologie.²⁹⁴ Umstritten ist auch, ob prima facie anzunehmen ist, dass bei einer Kollisionsgeschwindigkeit von mindestens 15 km/h zu vermuten ist, dass es zu einer Verletzung gekommen ist.²⁹⁵

cc) Stellenwert anderer Beweismittel

45

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Gutachten von gerichtlichen Sachverständigen haben einen höheren Stellenwert als die Atteste der behandelnden Ärzte,²⁹⁶ selbst wenn sie auf eigenen Feststellungen beruhen²⁹⁷ und sich nicht darin erschöpfen, die vom Patienten geschilderten Beschwerden zu wiederholen.²⁹⁸ Die Gutachten sollen eine Verletzung sowie deren Verursachung durch einen Unfall prüfen, während die behandelnden Ärzte in erster Linie therapeutisch tätig sind.²⁹⁹ Der BGH³⁰⁰ hat aber in einem Fall, in dem der Ersatzpflichtige keinen Beweisantrag auf Erstellung eines medizinischen Gutachtens gestellt hat,³⁰¹ Schmerzensgeld auch aufgrund eines ärztlichen Attests sowie einer

²⁹²Dazu KG NZV 2005, 470: Aus orthopädischer Sicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Unfall als Ursache für die Beschwerden auszuschließen; fraglich ist freilich, ob es sich um ausschließlich orthopädische Beschwerden handelte.

²⁹³ *Semrau/Staub* DAR 2016, 691 (693).

²⁹⁴Für deren Heranziehung *Forster* NZV 2004, 314 ff.; *L. Jaeger* ZAP 2008, 1305 (1320); *Eschelbach/Geipel* NZV 2010, 481 (486); ablehnend OLG Hamm NZV 2003, 331; OLG München r + s 2006, 474; *H. Lang*, jurisPR-VerKR 9/2010, Anm. 2.

²⁹⁵Dafür *Luckey* SVR 2010, 174; dagegen *Ernst*, in: FS Eggert (2008) S. 195, 199.

²⁹⁶BGH NJW-RR 2008, 1380 = r + s 2008, 395 (*Lemcke*) = SVR 2009, 141 (*Luckey*); aA OLG Bamberg NZV 2001, 470: Maßgeblich Äußerung des erstbehandelnden Arztes.

²⁹⁷KG NZV 2005, 469: Nach Einholung eines biomechanischen und medizinischen Gutachtens, die Kausalität verneinen, ist die Vernehmung des behandelnden Arztes nur geboten, wenn vorgetragen wurde, dass er aus eigener Wahrnehmung Angaben zu Ursachen der Beschwerden machen kann.

²⁹⁸Zum unterschiedlichen Gewicht im Rahmen der Beweiswürdigung *L. Jaeger* VRR 2008, 342 (344).

²⁹⁹OLG Jena r + s 2009, 170; *L. Jaeger* ZAP 2008, 1305 (1318); *Burmann/Heß* NZV 2008, 481 (482).

³⁰⁰BGH NJW 2008, 2845 = r + s 2008 397 (*Lemcke*) = VRR 2008, 342 (*L. Jaeger*).

³⁰¹Auf diese prozessuale Besonderheit hinweisend, dass dieses Unterlassen im Revisionsverfahren nicht mehr saniert werden konnte, *Lemcke*, r + s 2008, 399; *Nugel* NJW-Spezial 2010, 329 (330).

Zeugenaussage zuerkannt. Selbst die Parteiaussage des Verletzten selbst darf nicht als unbedeutend „marginalisiert“ werden.³⁰²

dd) Psychische Schäden

46

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ein ähnliches Phänomen wie beim – schwierigen – Nachweis einer Körperverletzung bei einer HWS-Distorsion stellt sich bei psychischen Schäden. Da 25 % der deutschen Bevölkerung Beschwerden haben, die eine seelische Ursache haben,³⁰³ spielt dieses Phänomen auch beim Schmerzensgeld eine zunehmend große Rolle. Das Zauberwort ist die posttraumatische Belastungsstörung,³⁰⁴ das einen genau definierten Inhalt hat, aber mitunter auch von Allgemeinmedizinerinnen oder Internisten ohne entsprechende Sachkunde bzw. erforderliche Abklärung im Rahmen ihrer Diagnose verwendet wird.³⁰⁵

Wie bei einer Körperverletzung gilt es zwischen Primärverletzung und Folgeschaden zu unterscheiden, und zwar wegen des Beweismaßes, der Erheblichkeitsschwelle und der Vorhersehbarkeit. Wie bei der Körperverletzung gilt für den Nachweis der Primärschädigung das strengere Beweismaß des § 286 ZPO. Ein Zuspruch von Schmerzensgeld setzt voraus, dass es sich um eine pathologisch fassbare psychische Störung handelt.³⁰⁶ Der Nachweis ist insoweit noch schwieriger, weil es – im Unterscheid zu einer Körperverletzung – jedenfalls keine bildgebende Methode gibt.³⁰⁷ Die Rechtsprechung ist deshalb restriktiv.³⁰⁸ Sofern freilich ein Primärschaden gegeben ist, ist der seelische Folgeschaden im Rahmen der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen, ohne dass es darauf ankommt, ob die seelischen Beschwerden für sich Krankheitswert haben oder bloß eine nicht ersatzfähige Befindlichkeitsstörung gegeben ist.³⁰⁹ Bei einer Primärverletzung soll zudem Voraussetzung sein,

³⁰² L. Jaeger VRR 2008, 342 (344). Semrau/Staub DAR 2016, 691 (693). Aufschlussreich OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171: Spezialsenat für Verkehrsunfallsachen entschied entgegen dem negativen Sachverständigengutachten unter Hinweis auf die Aussage der Ehefrau und das ärztliche Attest.

³⁰³ L. Jaeger ZAP 2008, 1305 (1321). Vgl. auch Eggert VA 2005, 207: zweithäufigste Krankheit; Eilers zfs 2009, 248: 10 % der gesamten Krankheitskosten.

³⁰⁴ Burmann/Heß NZV 2008, 481 (484): Eine solche wird sehr schnell diagnostiziert.

³⁰⁵ Balke SVR 2017, 190 f.

³⁰⁶ Born/Rudolf/Becke NZV 2008, 1 (2); L. Jaeger ZAP 2008, 1305 (1321). Beispiele bei Halm/Staab DAR 2009, 677 (679); Staab VersR 2003, 1223 ff.

³⁰⁷ G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 182; Eilers zfs 2009, 248 (253).

³⁰⁸ Eggert VA 2005, 207 (209): Strenge, oft zu strenge Anforderungen an die Darlegung.

³⁰⁹ Eilers zfs 2009, 248 (249); Burmann/Heß NZV 2008, 481 (484); OLG Karlsruhe NZV 2010, 26.

dass diese für den Schädiger vorhersehbar war,³¹⁰ während es darauf im Rahmen eines Folgeschadens nicht ankommt. Warum das bei einer psychischen Störung als Primärschaden so sein soll, ist bisher noch nicht begründet worden. Generell gilt die Adäquanzformel, die freilich ein überaus grober Filter ist und wenig ausschließt. Und auch bei dieser kommt es nicht auf die Vorhersehbarkeit für den jeweiligen Schädiger an; maßgeblich ist vielmehr die Sicht eines objektiven Dritten ex ante.³¹¹ Bedeutung hat eine psychische Störung mit Krankheitswert insoweit, als sich – insbesondere bei einem Kfz-Unfall – eine Körperverletzung nicht nachweisen lässt. Die psychische Fehlverarbeitung ist dann bereits vor dem Tatgericht als Primärschaden zu behaupten und zu beweisen,³¹² ein entsprechendes Vorbringen im Revisionsverfahren ist verspätet.³¹³ Da der Verletzte – und sein Anwalt – medizinisch nicht fachkundig sind, ist es ausreichend, dass die Primärverletzung sowie die Symptome bewiesen werden; nicht erforderlich ist der Vortrag der medizinischen Ursachen für den Schaden.³¹⁴

b) Besondere Probleme bei der Zurechnung

aa) Überholende Kausalität oder Kürzung nach Billigkeit

47

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	überholende Kausalität	

Mitunter führt eine relativ geringfügige Verletzung zu weitreichenden Folgen, die auf eine Vorschädigung³¹⁵ oder eine psychische Fehlverarbeitung des Verletzten zurückzuführen sind.³¹⁶ Voraussetzung ist im Schadensersatzrecht – anders als im Sozialrecht – nicht, dass es durch das schädigende Ereignis zu einer richtungweisenden Verschlechterung gekommen ist; auch eine Mitverursachung kann eine volle Haftung auslösen.³¹⁷ Soweit diese Folgen zu einem späteren

³¹⁰ Stöhr, 46. VGT (2008), 122.

³¹¹ Vgl. dazu OLG Köln SVR 2006, 222 (Luckey): Bejahung der subjektiven Vorhersehbarkeit für den konkreten Schädiger wegen der besonderen Konstitution der verletzten Person. Bei einem solchen Verständnis dürfte es sich mE um eine Leerformel handeln.

³¹² Eggert VA 2005, 207 (209); Eilers zfs 2009, 248 (251), 252.

³¹³ G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 180.

³¹⁴ OLG Köln SVR 2006, 222 (Luckey); L. Jaeger VRR 2008, 342.

³¹⁵ KG VersR 2015, 1441 = zfs 2016, 139 (Diehl): Os Odontoideum, das vielfach erst nach Bagatellverletzungen bemerkt wird, die aber viele Menschen ein Leben lang nicht erleiden.

³¹⁶ Dazu ausführlich G. Müller VersR 1998, 129 (132 ff.).

³¹⁷ BGH NJW-RR 2005, 897; Eilers zfs 2009, 248 (252); Schumann/Nugel VRR 2013, 244 mit dem zutreffenden Hinweis, dass Vorsicht geboten ist bei der Übernahme von Sachverständigengutachten aus einem sozialrechtlichen Verfahren.

Zeitpunkt eingetreten wären, hat der Schädiger dafür nach den Regeln der überholenden Kausalität nicht einzustehen³¹⁸ bzw. ist der Umfang des Schmerzensgeldes zu mindern.³¹⁹ Sofern allerdings das schädigende Ereignis der sprichwörtliche Tropfen ist, der das Fass zum Überlaufen bringt,³²⁰ ist eine volle Einstandspflicht des Schädigers grundsätzlich gegeben.³²¹ Denn der Schädiger muss den Geschädigten stets so nehmen, wie dieser ist³²² und kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er einen Gesunden verletzt.³²³ Selbst wenn es sich um eine psychische Fehlverarbeitung³²⁴ oder eine infolge der Unfallverletzung und geringerer Beweglichkeit verbundene Gewichtszunahme und damit einhergehende Steigerung des Langzeitzuckerwerts handelt,³²⁵ bejaht die Rechtsprechung eine Einstandspflicht des Schädigers.

Davon werden nur marginale Ausnahmen zugelassen, in denen sich nicht mehr als das allgemeine Lebensrisiko realisiert.³²⁶ Dass dies so ist, hat zudem der Schädiger zu beweisen,³²⁷ den Geschädigten trifft lediglich eine sekundäre Darlegungslast.³²⁸ Gleichwohl wird mitunter – zu Unrecht – eine Schadensanfälligkeit des Verletzten schmerzensgeldmindernd berücksichtigt.³²⁹

³¹⁸OLG Celle SP 2007, 320: Zeitliche Begrenzung bei einer bereits vor dem Unfall angelegten schweren narzisstischen Persönlichkeitsstörung, die ohne den Unfall durch die Untersuchungshaft ausgelöst worden wäre; OLG Hamm NZV 2002, 37; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 42.

³¹⁹BGH NJW 1997, 455; OLG Hamm VersR 2002, 491; OLG Schleswig OLGR 2003, 155.

³²⁰So auch die Ausdruckweise in BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425.

³²¹BGHZ 123, 341 = NJW 1996, 2426; BGH NJW 1997, 455; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 42.

³²²Anschaulich BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425: Verletzter hatte vor der Schädigung bereits acht Unfälle erlitten; der BGH spricht von einer „prämorbidem Persönlichkeit“ des Verletzten.

³²³BGH NJW 2018, 3097; NJW 2012, 2964; NJW 2013, 2965; OLG Hamm NZV 2014, 462; OLG Köln SVR 2006, 222 (*Luckey*); OLG Hamm NJW-RR 2001, 1676; OLG Schleswig zfs 2020, 79: Trotz Anerkennung dieses Grundsatzes Kürzung des Schmerzensgeldes unter Hinweis darauf, dass der Verletzte besonders schadensanfällig sei, eine wohl widersprüchliche Argumentation.

G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005), S. 169, 182; *Eggert* VA 2005, 207 (209); *Schumann/Nugel* VRR 2013, 244.

³²⁴BGH NZV 2005, 461; NJW 2004, 1945; NJW 1998, 813; NJW 1998, 810; BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; OLG Frankfurt/M. OLGR 2005, 746; KG NZV 2005, 311.

³²⁵OLG Hamm NJOZ 2017, 1002: Innerhalb von 8 Monaten ab der Unfallverletzung Steigerung des Gewichts von 87,7 kg auf 108,4 kg und Steigerung des Langzeitzuckerwerts von 6,2 auf 9,2 mit der Folge, dass die Auswechslung der Knieprothese nicht in 10 bis 15 Jahren, sondern 5 bis 10 Jahren zu erfolgen hat.

³²⁶Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 11.

³²⁷KG NZV 2002, 172.

³²⁸*Schumann/Nugel* VRR 2013, 244.

³²⁹OLG Düsseldorf VRR 2005, 186 (kritisch *L. Jaeger*); OLG Köln SVR 2006, 222 (*Luckey*); OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171: 50 % Abschlag wegen Prädisposition; OLG Saarbrücken NJW-Spezial 2009, 761: Herabsetzung von 17.500 EUR auf 5.500 EUR; OLG Schleswig SVR 2020, 24 (*Schröder*);

Bemüht wird dafür unter Berufung auf § 287 ZPO die Billigkeit.³³⁰ Es erfolgt eine Einordnung bei der Schmerzensgeldbemessung und nicht im Rahmen überholender Kausalität.³³¹ Betont wird das Erfordernis flexibler Lösungen.³³² Zudem wird auf die Parallele zur nicht strukturierten Erwerbsbiografie verwiesen.³³³ Letztere Parallele ist freilich nur insoweit gegeben, als es um Unwägbarkeiten der Zukunft geht.³³⁴ Während bei mechanischer Betrachtung einem im Zeitpunkt der Verletzung Arbeitslosen gar kein Ersatz zugebilligt würde, somit die Versagung von Ersatz zugunsten des Anspruchstellers normativ korrigiert wird, geht es bei der Bemessung des Schmerzensgeldes um das gerade gegenläufige Phänomen: Der Schädiger muss den Verletzten so nehmen, wie er ist. Er hat es hinzunehmen, eine vorgeschädigte Person verletzt zu haben.³³⁵ Und ob bzw. wann und in welchem Ausmaß die zunächst klinisch stumme Vorschädigung auch ohne das schädigende Ereignis schlagend geworden wäre, ist eine Frage der überholenden Kausalität,³³⁶ für die der Schädiger die Beweislast trägt.³³⁷ Insofern werden unberechtigterweise Argumente, wie sie bei einer Summenversicherung im Privatversicherungsrecht aufgrund der dort vereinbarten AVB beachtlich sein mögen, ins Schadensrecht transferiert. Diese Ausgangslage ist jedenfalls zu berücksichtigen, wenn ohne weitere Beweisaufnahme – aus dem richterlichen Bauch heraus – unter Berufung auf eine (vermeintliche) Billigkeit pauschale Abschläge vorgenommen werden. Die Beweislast des Schädigers ist insoweit abgemildert, als den Verletzten eine sekundäre Darlegungslast trifft und dem Schädiger das geringere Beweismaß des § 287 ZPO zugutekommt.³³⁸ Die verletzte Person ist – weder nach § 119 VVG noch § 242 – verpflichtet, in diesem Rahmen die private Krankenversicherung von der Schweigepflicht zu entbinden, um dem Anspruchsgegner die Kenntnis über sämtliche Vorerkrankungen und damit

gegenteilig OLG Saarbrücken SP 2005, 268: Voller Zuspruch trotz vorgeschädigter Wirbelsäule, Veränderungen der Wirbelsäule waren klinisch stumm.

³³⁰ *Schumann/Nugel* VRR 2013, 244 (245); KG VersR 2015, 1441 = zfs 2016, 139 (*Diehl*): In concreto abgelehnt.

³³¹ *Bischoff* zfs 2008, 122 (124).

³³² *G. Müller*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 188; *Eilers* zfs 2009, 248 (253): Abstufung je nach Wahrscheinlichkeit, ob die seelische Störung auch ohne den Unfall eingetreten wäre. Kritisch zur zu seltenen Anwendung einer solchen Quotenbildung *Halm/Staab* DAR 2009, 677 (681).

³³³ *Stöhr*, 46. VGT (2008), 122, 127.

³³⁴ *Ch. Huber*, HAVE 2010, 309 (314).

³³⁵ OLG Hamm NJW-RR 2018, 1181 = zfs 2018, 679 (*Diehl*) = jurisPR-VerkR 21/2018 Anm. 3 (*Jahnke*): Nach dem Gutachten des Sachverständigen baldige Behandlungsbedürftigkeit auch ohne Unfallverletzung.

³³⁶ *L. Jaeger* VRR 2005, 187.

³³⁷ *L. Jaeger* VersR 2003, 476 (479) unter Hinweis auf den Ausspruch eines Sachverständigen: „Bin ich ein Prophet?“, aA *Grunewald/Nugel* VRR 2014, 4 (7) unter Hinweis auf OLG Frankfurt NZV 1993, 67: Kürzung gar um 80 %.

³³⁸ *Ch. Huber*, HAVE 2010, 309 (313).

die Kenntnis einer Prädisposition zu vermitteln.³³⁹ Fragwürdig ist die Begrenzung der Zurechnung aus dem Grund, dass auch ein anderer geringfügiger Anlass zum gleichen Ergebnis geführt hätte.³⁴⁰ Zu bedenken ist immerhin, dass ein solches Ereignis womöglich nie stattgefunden hätte.³⁴¹ ME drängt sich insoweit die Parallele zur klinisch stummen Vorschädigung auf. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Verletzte gegen die Schadensminderungsobliegenheit verstößt, wenn er mögliche Therapiemöglichkeiten schuldhaft unterlässt,³⁴² wobei in Anschlag zu bringen ist, dass den Ersatzpflichtigen die Beweislast trifft, ob und in welchem Ausmaß diese Abhilfe bewirkt hätten und dieser darüber hinaus die Kosten dafür tragen hätte müssen.³⁴³

bb) Arten von Neurosen

48

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In jüngerer Zeit greift die Rechtsprechung³⁴⁴ nur noch ausnahmsweise auf die Rechtsfigur der Begehrensneurose zurück.³⁴⁵ Dabei nimmt der Geschädigte in seinem neurotischen Streben nach Versorgung und Sicherheit die unfallkausale Verletzung bloß zum Anlass, um den Schwierigkeiten und Belastungen des Erwerbslebens auszuweichen. Es genügt dabei nicht, dass diese Neigung bloß auch eine Rolle spielt; vielmehr muss das Verhalten ausschließlich darauf zurückzuführen sein oder doch prägend im Vordergrund stehen.³⁴⁶ Ein Schaden wurde zwar verursacht, aber es widerspricht dem Sinn des Schadensausgleichs, eine neurotische Begehrenshaltung zu verfestigen, weshalb eine normative Korrektur erfolgt.³⁴⁷ Eine

³³⁹ OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1440: Fehlverarbeitung einer relativ geringfügigen HWS-Verletzung durch eine Gymnasiallehrerin mit 5 Kindern.

³⁴⁰ *Ernst*, in: FS Eggert (2008) S. 195, 207; *Eilers* zfs 2009, 248 (249) mit Verweis auf die Borderline-Störung.

³⁴¹ Zutreffend OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 38629: Nicht jeder Anlass hätte zu einer Anpassungsstörung geführt, sondern nur solche von einigem Gewicht wie die Unfallverletzung.

³⁴² Bejaht von OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 38629: Intelligente junge Frau mit therapiefähiger Anpassungsstörung.

³⁴³ *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197, 222 f.

³⁴⁴ BGH VersR 1979, 718; OLG Stuttgart SP 2001, 198.

³⁴⁵ *L. Jaeger/Luckey*, *Rn.* 668; *G. Müller*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 182.

³⁴⁶ BGH NJW 1998, 810; OLG München FD-StrVR 2018, 411861 (*Kääb*) = BeckRS 2018, 26121; *Eilers* zfs 2009, 248 (252).

³⁴⁷ OLG Hamm NZV 2014, 462; OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 38629.

Begehrensneurose wird von den Sachverständigen in jüngerer Zeit seltener bescheinigt,³⁴⁸ – namentlich wenn das Gericht den Sachverständigen über den vom BGH definierten juristischen Gehalt einer solchen aufklärt³⁴⁹ – mit der Folge, dass es kaum noch Urteile gibt, in denen der Ausschluss der Zurechenbarkeit auf eine Begehrensneurose gestützt wird. Geändert hat sich somit nicht das Verhalten der Geschädigten, sondern die Bewertung durch Sachverständige und Gerichte.³⁵⁰ Unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichsgedankens ist ein adäquat verursachter Schaden gegeben. Worum es allerdings geht, das ist eine normative Korrektur einer solch „mechanischen“ Betrachtung, führt doch das Nachgeben dieser Neigung zu einem immer größeren Schaden, weil der Wunsch nach Kompensation den Erfolg einer Psychotherapie verhindern kann. Die Rechtsprechung laviert, indem sie einerseits eine grundsätzliche Ersatzfähigkeit bejaht, andererseits aber bei einer neurotischen Fehlverarbeitung wegen einer psychischen Prädisposition – mE zu Unrecht – den Ersatzanspruch auf einen geringen Bruchteil zusammenkürzt.³⁵¹ Zutreffend ist indes, dass nicht entweder psychische Fehlverarbeitung oder Begehrensneurose gegeben ist, sondern erstere im Laufe der Zeit – „begünstigt“ durch weitere Faktoren – in letztere umschlägt, was zur Folge hat, das Schmerzensgeld umfangreich zu begrenzen.³⁵²

49

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei einer Konversionsneurose wird ein latenter seelischer Konflikt im Gefolge einer schadensbedingten Körperverletzung³⁵³ unbewusst zum Anlass genommen, einen seelischen Konflikt in eine körperliche Störung umzuwandeln.³⁵⁴ Eine Zurechnung findet dabei nur dann nicht statt, wenn es sich bei der Unfallverletzung um eine Bagatelle handelt, die nicht eine spezielle Schadensanlage des Geschädigten trifft.³⁵⁵ Eine solche Bagatelle³⁵⁶ ist nur

³⁴⁸ Vom Sachverständigen als nicht gegeben erachtet auch in OLG Schleswig NJW-Spezial 2019, 425.

³⁴⁹ Ch. Huber, Fachtagung Personenschaden 2019, 197, 221 f.

³⁵⁰ Ch. Huber, HAVE 2010, 309 (314).

³⁵¹ OLG Saarbrücken NJW-Spezial 2009, 761: Reduzierung des an sich gebührenden Schmerzensgeldes von 17.500 EUR auf 5.000 EUR.

³⁵² Durchaus nachvollziehbar OLG Brandenburg VersR 2016, 1391: 3-monatige Ausheilungszeit für die Primärverletzung, 2 ½ Jahre psychische Fehlverarbeitung, daran anschließend ohne genaue zeitliche Abgrenzung Entwicklung einer Begehrensneurose, „begünstigt“ durch Verlust des Arbeitsplatzes und Trennung von der Lebensgefährtin.

³⁵³ Zu deren Voraussetzung G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 179.

³⁵⁴ BGH NJW 1998, 810; NJW 1997, 1640; NJW 1993, 1523.

³⁵⁵ BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; BGHZ 137, 142 = NJW 1998, 810.

³⁵⁶ Zu den strengen Anforderungen BGH NJW 1998, 810.

anzunehmen, wenn für diese Primärverletzung kein Schmerzensgeld verlangt werden könnte, wie das bei vorübergehenden geringfügigen Beeinträchtigungen, die im Alltagsleben immer wieder vorkommen, der Fall ist.³⁵⁷ Zu verneinen ist das etwa bei einer HWS-Distorsion 1. Grades,³⁵⁸ einer Ellbogenprellung³⁵⁹ oder einer durch die Unfallnachricht ausgelösten Magersucht.³⁶⁰ Nur in einem solchen Fall wäre die Reaktion in einem derartigen Missverhältnis zum Anlass, dass sie schlechterdings nicht mehr verständlich wäre, weshalb eine Zurechnung ausscheidet.³⁶¹ Nach den Vorgaben dieser Rechtsprechung ist es äußerst selten, dass eine Zurechnung einer seelischen Fehlverarbeitung abzulehnen ist.³⁶² Handelt es sich bei der Primärverletzung um eine seelische Krankheit, kann es nicht auf die Geringfügigkeit der – nicht vorhandenen – Körperverletzung ankommen; maßgeblich ist vielmehr die Geringfügigkeit des die Haftung auslösenden Unfalls.³⁶³ Dafür kann auch ein „Beinahe-Unfall“ reichen, wenn die Gefährdung schwerwiegend genug war.³⁶⁴ Ausgeschlossen kann eine Zurechnung sein bei einem Parkplatzunfall mit einem geringen Blechschaden oder einer kollisionsbedingten Geschwindigkeit unter 5 km/h.³⁶⁵ Dafür, dass es sich um eine Bagatelle handelt, trifft den Schädiger die Beweislast.³⁶⁶ Selbst bei einer Bagatellverletzung findet eine Zurechnung statt, wenn die besondere Schadensanlage betroffen ist.³⁶⁷

cc)Einfluss von Vorschäden

50

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

³⁵⁷BGH NJW 1992, 1043; OLG Naumburg NJW-Spezial 2014, 458: Leichtes Wirbelsäulentrauma und nicht näher beschriebene Prellung des linken Oberarms.

³⁵⁸BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2003, 123 (*Schiemann*); OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.

³⁵⁹KG NZV 2005, 311.

³⁶⁰BGH NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Burmann*) = zfs 2015, 435 (*Diehl*).

³⁶¹BGH NJW 1998, 813; NJW 1997, 2715; NJW 1997, 1640; OLG Hamm SP 2001, 342; *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 675 f.; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 *Rn.* 17; *Schäfer/Baumann* MDR 1998, 1080 *ff.*; *Burmann/Heß* NZV 2008, 481 (484).

³⁶²Plastisch *Diehl* zfs 2018, 682: die Bagatellrechtsprechung ist auf dem Rückzug.

³⁶³*Eggert* VA 2005, 207; *G. Müller*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 186.

³⁶⁴*Halm/Staab* DAR 2009, 677 (681); bejaht etwa von OLG München NZV 2003, 474: Bulldozer fuhr mit herabgelassener Frontladegabel auf PKW der Klägerin zu.

³⁶⁵*Eilers* zfs 2009, 248 (249).

³⁶⁶*Eilers* zfs 2009, 248 (251); aA *Halm/Staab* DAR 2009, 677 (682).

³⁶⁷BGH NJW 2013, 2965: Wie ein spezifischer Schlüssel in ein vorgegebenes Schloss; *Stöhr*, 46. VGT (2008), 122, 123 unter Hinweis auf OLG Hamm NZV 2002, 36: Zugführer, der bereits durch vorhergehende Unfälle mit tödlichem Ausgang psychisch geschwächt war.

Werden beim Anspruchsteller Vorschäden festgestellt, handelt es sich um ein ambivalentes Phänomen.³⁶⁸ Einerseits mag der Nachweis der Kausalität der Unfallverletzung deshalb schwieriger sein; andererseits mag gerade deshalb plausibel sein, dass es sich beim Unfallereignis um den sprichwörtlichen Tropfen handelt, der das Fass zum Überlaufen brachte.

dd)(Auch) von einem Zweitschädiger verursachte Folgeschäden

51

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Gerade bei HWS-Verletzungen führt eine an sich harmlose Erstverletzung bei einer Fehlbehandlung durch einen Arzt zu einem beträchtlichen Folgeschaden, so namentlich bei unsachgemäßer Verordnung einer Schanz'schen Krawatte³⁶⁹ oder Heranziehung von Psychiatern und Neurologen anstelle erfahrener Psychologen.³⁷⁰ Der Erstschädiger haftet auch für den dadurch verursachten Folgeschaden, weil eine adäquat kausale Verursachung zu bejahen ist.³⁷¹ Es ist nicht unvorhersehbar, dass durch eine ärztliche Fehlbehandlung die Beschwerden des Patienten noch größer werden.³⁷² Dass der Erstschädiger einen Rückgriffsanspruch gegen den Zweitschädiger hat, ist davon zu unterscheiden.

52

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Mitunter kommt es nach einem Erstunfall zu einem Zweitunfall; auch insoweit stellt sich die Frage der Reichweite der Einstandspflicht des Erstschädigers. Grundsätzlich haftet der Erstschädiger auch für solche Folgeschäden, namentlich eine ärztliche Fehlbehandlung,³⁷³ mag dem Erstschädiger gegen den Zweitschädiger insoweit ein Regressanspruch zustehen. Die Haftung des Erstschädigers ist aber dann zu verneinen, wenn die Erstverletzung bereits ausgeheilt war.³⁷⁴

³⁶⁸Ch. Huber, HAVE 2010, 309 (313).

³⁶⁹Lemcke, r + s 2008, 399, 400.

³⁷⁰Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi zfs 2012, 6 (11); Höke NZV 2014, 1 (2).

³⁷¹BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (L. Jaeger) = NZV 2003, 167 (Burmman); Bischoff zfs 2008, 122 (126) unter Hinweis auf die Parallele zum Werkstatttrisiko beim Kfz-Sachschaden.

³⁷²Ch. Huber, HAVE 2010, 309 (313).

³⁷³OLG München VRR 2014, 307 (Luckey): Verlängerung der Beschwerden infolge unterlassener Schmerztherapie; OLG Hamm r + s 2014, 255: Behandlungsfehlerhafte Entfernung eines Hodens nach einem Tritt.

³⁷⁴BGH NJW 2002, 504; Halm/Staab DAR 2009, 677 (679).

Der BGH³⁷⁵ verneint die Zurechnung darüber hinaus dann, wenn eine bereits vorhandene Disposition zur Fehlverarbeitung eines HWS-Schleudertraumas nur geringfügig erhöht wurde und die Erstschädigung die Schadensanfälligkeit nicht erst geschaffen habe.³⁷⁶ *Schiemann*³⁷⁷ verdeutlicht das in der Weise, dass darauf abzustellen sei, ob schon durch das Erstereignis ein Dauerschaden bewirkt worden sei oder es „bloß“ darum gehe, dass das zweite Ereignis wegen des ersten schlimmer erlebt werde. Diese psychische Anfälligkeit genüge nicht, weil das keine körperliche Eigenschaft sei, sondern Teil der Persönlichkeit. Diese Unterscheidung ist überaus subtil; die Grenzziehung dürfte auch für so manchen Sachverständigen nicht ganz einfach zu bewältigen sein.

c) Ungewollte Schwangerschaft

53

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	ungewollte Schwangerschaft	f.

Wenn es infolge eines ärztlichen Kunstfehlers dazu kommt, dass eine Schwangerschaft ungewollt entstanden ist, weil eine Sterilisation der Frau selbst oder des Mannes³⁷⁸ fehlgeschlagen ist, oder die Frau davon so spät erfährt, dass eine rechtmäßige Abtreibung nicht mehr in Betracht kommt, so wird für die Unbill, die mit dem Austragen des Kindes verbunden ist, ein Schmerzensgeld gewährt, selbst wenn die Geburt oder bei rechtzeitiger Vornahme die Abtreibung³⁷⁹ komplikationslos verläuft. Auch wenn darin an sich keine Gesundheitsbeeinträchtigung liegt, weil es sich um einen natürlichen Vorgang handelt, wird dies schadensrechtlich doch so behandelt, weil dies ohne den freien Willensentschluss der betroffenen Frau erfolgt. Neben den in solchen Konstellationen im Vordergrund stehenden Fragen nach dem ersatzfähigen Unterhalt geht es auch um das Schmerzensgeld.

54

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Dass bei fehlgeschlagener Sterilisation das ärztliche Fehlverhalten nicht allein ursächlich ist, sondern ein zusätzlicher Geschlechtsverkehr dazu kommen muss, schließt die Einstandspflicht

³⁷⁵BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2003, 123 (*Schiemann*).

³⁷⁶BGH NJW 2002, 504.

³⁷⁷LMK 2004, 1213 (124).

³⁷⁸BGH NJW 1985, 671; *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1414.

³⁷⁹OLG Köln VersR 2011, 1325: 4.500 EUR.

nicht aus.³⁸⁰ Bei der Ansteckung mit HIV wurde ebenso entschieden.³⁸¹ Hinzu kommt, dass der Eingriff gerade deshalb vorgenommen wurde, um die Zeugung von Nachkommenschaft zu verhindern, und sich damit genau das Risiko verwirklicht, das der Arzt durch den vertraglich geschuldeten Eingriff verhindern sollte. Auch wenn ein Bezug zur Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht zu leugnen ist,³⁸² qualifiziert der BGH den Eingriff als Gesundheitsbeeinträchtigung. *L. Jaeger/Lucky*³⁸³ weisen zu Recht darauf hin, dass ansonsten der ideelle Schaden wesentlich höher liegen müsste, wofür in der Tat vieles sprechen würde.³⁸⁴ Der BGH³⁸⁵ nimmt eine Begrenzung mit dem Zeitpunkt der Geburt vor, weil Beschwerlichkeiten nach diesem Zeitpunkt vom Zurechnungszusammenhang nicht mehr gedeckt sind. Dem ist freilich nur insoweit zu folgen, als es um die normalen Mühen und Plagen geht, die mit der Erziehung eines Kindes verbunden sind. Leidet die Mutter nach der Geburt an einem durch die Schwangerschaft verursachten Überlastungssyndrom mit Krankheitswert, hat der Schädiger auch dafür einzustehen.³⁸⁶

d) Vernichtung einer Spermakonserve bzw. einer Eizelle

55

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Kommt es zu einer vom Schädiger zu vertretenden Vernichtung einer Spermakonserve oder Eizelle, sind die Regeln über die Körperverletzung anzuwenden, weil es sich um einen ausgelagerten Körperteil handelt, der dazu bestimmt ist, entweder in den eigenen Körper zurückzukehren (so bei der Eizelle) oder eine körpertypische Funktion zu erfüllen (so bei der Samenzelle). Freilich ist ein Zusammenhang zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht zu

³⁸⁰ *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1415.

³⁸¹ BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1937 (*Deutsch*) = JZ 1991, 756 (*Spickhoff*) = JR 1991, 485 (*Giesen*) = JuS 1991, 959 (*Emmerich*).

³⁸² BGH NJW 1995, 2407.

³⁸³ *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1416: Dann wären es nicht 1.000 EUR, sondern mindestens 12.500 EUR.

³⁸⁴ *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1416, die die von den Untergerichten zuerkannten 1.500 EUR zu Recht als indiskutabel niedrig ansehen; ob die Tarife von Mietmüttern der geeignete Wertmaßstab sind (so *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1430), mag bezweifelt werden; im Immaterialgüterrecht werden solche Überlegungen freilich in der Tat angestellt.

³⁸⁵ BGH NJW 1995, 2412; NJW 1985, 659; BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371.

³⁸⁶ MüKoBGB⁸/Oetker § 253 *Rn.* 22; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 *Rn.* 24; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 235, im konkreten Fall freilich abgelehnt.

leugnen. Der BGH³⁸⁷ sprach den Mindestbetrag bei solchen Verletzungen zu, nämlich 12.500 EUR.

e) Vertauschte Kinder

55a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Werden Kinder in der Geburtsstation vertauscht und kommt nach mehreren Jahren hervor, dass die jeweiligen Kinder nicht bei ihren leiblichen Eltern aufwachsen, stellt sich die Frage, ob und in welcher Höhe der für die Kinder sowie deren Eltern hervorgerufene immaterielle Schaden ersatzfähig ist. Mag das in Deutschland auch schon vorgekommen sein, gibt es dazu noch keine (bekannt gewordene) Gerichtsentscheidung. *Frank*³⁸⁸ berichtet vom Urteil des Tribunal de Grande Instance von Grasse vom 10.2.2015, das den vertauschten Kindern samt Eltern und Halbgeschwistern insgesamt 2 Mio EUR zuerkannt hat. In Deutschland hält er einen entsprechenden Anspruch gestützt auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht für die vertauschten Kinder und deren Eltern, nicht aber für (nachgeborene) Halbgeschwister für gegeben; aber wohl in einer sehr viel geringeren Höhe. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des österreichischen OGH,³⁸⁹ der unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zum Trauerschmerzensgeld Kind sowie Vater und Mutter jeweils 20.000 EUR zuerkannt hat.

II. Sexuelle Selbstbestimmung

56

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	sexuelle Selbstbestimmung	ff.

³⁸⁷BGHZ 124, 52 = NJW 1994, 127 = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 151 (*Pfeiffer*) = JZ 1994, 463 (*Rohe*) = JR 1995, 21 (*Taupitz*) = JuS 1994, 351 (*Emmerich*) = JA 1994, 177 (*Ebner*); dazu *Laufs/Reiling* NJW 1994, 775; *Taupitz* NJW 1995, 745; *Schnorbus* JuS 1994, 830; *Voß* VersR 1999, 545.

³⁸⁸ FamRZ 2015, 1149 (1152 f.).

³⁸⁹ OGH 22.3.2018, 4 Ob 208/17z ZVR 2018/174 (*Wittwer*); vgl. dazu OLG Hamm NJW 2019, 523 = NZFam 2018, 619 (*von derTann*) = MedR 2019, 72 (*Kniepert*): Zuspruch von 7.000.- EUR bei Vertauschung der Samenspende und dadurch ausgelöster seelischer Erkrankung bei der Mutter unter Bezugnahme auf die Schockschaden-Rechtsprechung. Offen ist, ob unter Bezugnahme auf § 844 Abs. 3 nunmehr auch bei reiner seelischer Betroffenheit ohne seelische Erkrankung Ersatz wegen einer solchen ideellen Einbuße zuzuerkennen ist; der OGH hat diesen Schritt – zu Recht – getan.

In Abs. 2 geht es um die Haftungsausfüllung des Tatbestands der Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung. § 825 ist nunmehr nicht nur zeitgemäß,³⁹⁰ sondern auch geschlechtsneutral formuliert.³⁹¹ Nicht nur sexuelle Beeinträchtigungen von Frauen, sondern auch solche von Männern und Kindern werden erfasst. Das Fallmaterial ist namentlich bei Männern unergiebig, weil der Schamfaktor bei solchen noch größer ist – als bei Frauen und Kindern.³⁹² Da damit aber nicht alle regelungsbedürftigen Sachverhalte erfasst sind, sind ergänzend die §§ 174 ff. StGB – in Kombination mit § 823 Abs. 2 – heranzuziehen.³⁹³ Umstritten ist, ob daneben auch noch auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückzugreifen ist³⁹⁴ oder durch § 825 sowie die §§ 174 ff. StGB eine Spezialregel gegeben ist.³⁹⁵ Einig ist man sich, dass die Höhe der für die diesbezüglichen immateriellen Schäden zuerkennenden Beträge in der Vergangenheit zu gering war,³⁹⁶ sich die Rechtsprechung aber zu wandeln beginnt³⁹⁷ und damit anerkennt, dass es sich häufig um psychische Beeinträchtigungen mit Langzeitfolgen handelt.³⁹⁸

57

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ansatzpunkt sollte der immaterielle Schaden bei jeder einzelnen Vergewaltigung sein, was damit zu begründen ist, dass ein Täter, der mehrere Personen vergewaltigt, ebenfalls mit einer Kumulierung der Schmerzensgelder belastet wird.³⁹⁹ Wenn zusätzliche Momente wie Folter und besondere Gewalt dazu kommen, muss sich das schmerzensgelderhöhend auswirken. Zu bedenken sind die psychischen Langzeitfolgen bei den Opfern.⁴⁰⁰ Bewegen sich die Schmerzensgelder bei Vergewaltigung von Frauen in besonders gravierenden Fällen in einer Größenordnung von 20.000 EUR⁴⁰¹ bis 50.000 EUR,⁴⁰² so schlägt *Foerste*⁴⁰³ vor, die Beträge

³⁹⁰ G. Müller VersR 2003, 1 (7): Abkehr von einer biblischen Ausdrucksweise: „Beiwohnung“, „Frauensperson“.

³⁹¹ MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 23.

³⁹² Born NZV 2016, 545 (548).

³⁹³ MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 25.

³⁹⁴ MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 26.

³⁹⁵ Palandt/Grüneberg § 253 Rn. 13.

³⁹⁶ Neuner JuS 2013, 577 (580); Born, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 219: „Erschütternd niedrig“; eine Übersicht findet sich bei L. Jaeger/Luckey, Rn. 390 ff.

³⁹⁷ Bamberger/Roth/Spindler (53. Edition), § 253 Rn. 60.

³⁹⁸ Born NZV 2016, 545 (548).

³⁹⁹ L. Jaeger/Luckey, Rn. 396.

⁴⁰⁰ L. Jaeger/Luckey, Rn. 396 f.; Born, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 221.

⁴⁰¹ OLG Koblenz NJW 1999, 1639.

bis 300.000 EUR anzuheben.⁴⁰⁴ Auch wenn die Rechtsprechung zu einem solchen Quantensprung nicht – sogleich – bereit sein wird,⁴⁰⁵ ist doch eine stark steigende Tendenz zu beobachten.⁴⁰⁶ So hat es etwa der BGH⁴⁰⁷ nicht gebilligt, als das OLG Düsseldorf ein Schmerzensgeld von 30.000 EUR auf 12.500 EUR reduziert hat. Zur Begründung der Anhebung dieser Schmerzensgeldbeträge wird sowohl die Genugtuungskomponente⁴⁰⁸ als auch das Präventionsprinzip bemüht. ME ist aber das Ausgleichsprinzip völlig ausreichend, um eine drastische Anhebung stützen zu können.⁴⁰⁹ Trotz der ganz fürchterlichen Folgen sind solche Beeinträchtigungen aber doch nicht mit einer Querschnittslähmung vergleichbar.⁴¹⁰

58

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei Vergewaltigung eines Mannes hat das OLG Bamberg⁴¹¹ 15.000 EUR zugesprochen, nachdem 35.000 EUR gefordert worden waren. Die Schmerzensgeldbeträge bei Kindern sind demgegenüber auffallend niedrig und bewegen sich zwischen 10.000 und 15.000 EUR.⁴¹² In all diesen Fällen sind die Opfer mit der Einklagung hoher Beträge zurückhaltend, weil für Vorsatztaten keine Haftpflichtversicherung einstandspflichtig ist und fraglich ist, ob so hohe Beträge letztendlich einbringlich sind.⁴¹³ Zu bedenken ist freilich, dass durch Geltendmachung eines Mindestbetrags ohne Begrenzung nach oben das Prozessrisiko gering gehalten werden

⁴⁰²LG Frankfurt/M. NJW 1998, 2294; vgl. auch OLG Stuttgart NJW-RR 1998, 534: 35.000 EUR bei einer zusätzlichen schweren lebenslänglichen Körperverletzung.

⁴⁰³*Foerste* NJW 1999, 2951 (2952); ähnlich *Däubler* NJW 1999, 1611.

⁴⁰⁴Für eine drastische Anhebung auch bei sexuellem Missbrauch *Franke/Strnad* FamRZ 2012, 1535 (1538).

⁴⁰⁵*L. Jaeger/Luckey, Rn.* 400.

⁴⁰⁶LG Wuppertal BeckRS 2013, 03421 = VersR 2013, 51(*L. Jaeger*): 100.000 EUR; *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 220 f.: Der Endpunkt ist noch nicht erreicht unter Hinweis darauf, die langfristigen psychischen Beeinträchtigungen stärker zu berücksichtigen und vermehrt einen Arzt bzw. Psychologen bei der Folgenabschätzung heranzuziehen.

⁴⁰⁷BGH NJW 1996, 1591.

⁴⁰⁸*L. Jaeger/Luckey, Rn.* 397, 399.

⁴⁰⁹*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 145.

⁴¹⁰*Vrzal* VersR 2015, 284 (292).

⁴¹¹OLG Bamberg NJW 1999, 1640.

⁴¹²*L. Jaeger/Luckey, Rn.* 413 ff.: OLG Schleswig NJOZ 2013, 1227: Emotional auf Sparflamme, Unfähigkeit, Körperlichkeit und Sexualität normal zu erleben.

⁴¹³*L. Jaeger/Luckey, Rn.* 408.

kann. Dazu kommt, dass ein solcher Anspruch nach einem rechtskräftigen Urteil 30 Jahre lang durchgesetzt werden kann, nicht alle Täter (Zuhälter!) arm sind, manche im Laufe der Zeit etwas erben und es schließlich bei solchen Verbindlichkeiten, weil es sich um Vorsatztaten handelt, auch keine Restschuldbefreiung im Rahmen einer Verbraucherinsolvenz gibt. Zudem haftet mitunter eine (durchaus vermögende) juristische Person, wenn sie sich das Fehlverhalten ihrer Gehilfen zurechnen lassen muss. Zu denken ist namentlich an Schulträger und Kirchen.

58a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Soweit es um sexuellen Missbrauch in der Kindheit geht, weiß das Opfer zwar um die Vorfälle Bescheid; nicht immer kann es aber die Kausalität zu Beeinträchtigungen im Erwachsenenleben herstellen oder es ist infolge einer anhaltenden posttraumatischen Belastungsstörung daran gehindert, den Anspruch zu erheben. Es wird dann eine Ablaufhemmung wegen höherer Gewalt angenommen, die sich nicht nur auf die kenntnisabhängige 3-jährige, sondern auch die lange 30-jährige Frist erstrecken soll.⁴¹⁴ Bei psychischen Auffälligkeiten wird angenommen, dass diese durch sexuelle Missbrauchstaten in früher Kindheit zumindest mitverursacht worden sind.⁴¹⁵

III. Mobbing⁴¹⁶

59

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Mobbing	

Das faktische Phänomen, durch über einen längeren Zeitraum andauernde gezielte schikanöse Maßnahmen Kollegen bzw. Kolleginnen am Arbeitsplatz psychologisch fertig zu machen, das systematische Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren von Arbeitnehmern⁴¹⁷ gibt es schon lange. Wegen der in letzter Zeit zu beobachtenden Verbreitung⁴¹⁸ haben sich damit unter dem Begriff „Mobbing“⁴¹⁹ nunmehr gehäuft die Arbeitsgerichte zu befassen.⁴²⁰ Da kein Arbeitsunfall

⁴¹⁴OLG Schleswig NJOZ 2013, 1227.

⁴¹⁵ OLG Naumburg NJW-RR 2015, 153: Anspruch auf Prozesskostenhilfe.

⁴¹⁶*Benecke*, Mobbing.

⁴¹⁷BAG NZA 1997, 781.

⁴¹⁸Rechtstatsächliche Angaben bei *Benecke* NZA-RR 2003, 225; *Hohmann* NZA 2006, 530 (531).

⁴¹⁹Zum Staffing, der systematischen Untergrabung von Vorgesetzten durch Mitarbeiter im öffentlichen Dienst *Hohmann* NZA 2006, 530 (531).

⁴²⁰BAG NJOZ 2002, 1929; NZA 2007, 1155 mit Besprechungsaufsatz *Benecke* RdA 2008, 357 ff.; NZA 2008, 223; NJW 2009, 251.

gegeben ist, kommt eine Haftungsersetzung durch Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung gem. §§ 104 ff. SGB VII nicht in Betracht.⁴²¹ Bei entsprechenden Phänomenen im beamtenrechtlichen Bereich besteht ein Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger.⁴²² Passivlegitimiert ist der Vorgesetzte, der das Mobbingverhalten gesetzt hat, aber auch der zumeist verklagte Arbeitgeber, den ein eigenes Organisationsverschulden trifft oder dem das Verhalten des Täters zugerechnet wird. Durch Einführung des AGG hat die Problematik eine weitere Akzentuierung erfahren: Bezug genommen wird auf die Umschreibung des Begriffs der Belästigung in § 3 Abs. 3 AGG.⁴²³ Charakteristisch ist, dass es nicht um ein vereinzelt Verhalten geht, das für sich oft keine rechtliche Bedeutung hätte,⁴²⁴ sondern um einen Prozess kontinuierlicher⁴²⁵ schleichender Vergiftung durch im Einzelnen unschädliche Dosen.⁴²⁶ Soweit das Verhalten des Schädigers dazu führt, dass beim Betroffenen eine Verletzung von dessen allgemeinem Persönlichkeitsrecht gegeben ist, ist ein Anspruch gem. den Art. 1 und 2 GG gegeben; wenn psychische und psychosomatische Erkrankungen eintreten, kommt auch ein Schmerzensgeldanspruch gem. § 253 Abs. 2 in Betracht.⁴²⁷ Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist leichter nachzuweisen, weil beim Schmerzensgeld zusätzlich die Kausalität der Gesundheitsbeeinträchtigung nachzuweisen ist.⁴²⁸ Abgesehen davon, dass bei engem zeitlichem Zusammenhang zwischen der missbilligten Verhaltensweise und dem Ausbruch der Krankheit eine Indizwirkung in Bezug auf die Verursachung anzunehmen ist,⁴²⁹ gibt es für das Opfer keine besonderen Beweiserleichterungen.⁴³⁰

60

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴²¹ *Rolfs* SGB 2018, 523 (524).

⁴²² BGH NJW 2002, 3172: Abweisung einer Klage gegen den bediensteten Polizisten wegen der Einstandspflicht des Rechtsträgers, wobei ein Regressanspruch bei vorsätzlichem Verhalten in Betracht kommt. Vgl. auch OLG Zweibrücken NJW 1998, 995: Amtshaftungsanspruch eines Schülers gegen das Land, weil der Schüler durch schwere Beleidigungen und Hänseleien psychischen und andere gesundheitliche Folgeschäden erlitt.

⁴²³ BAG NZA 2008, 223; Küttner/*Poeche*, Personalhandbuch, 26. Aufl. 2019, Mobbing Rn. 2.

⁴²⁴ BAG NZA 2007, 1154; NZA 2008, 223.

⁴²⁵ BAG NZA 2007, 1154: Kein Mobbing, wenn zwischen den einzelnen Verhaltensweisen längere Zwischenräume liegen.

⁴²⁶ *Benecke* NZA-RR 2003, 225 (228).

⁴²⁷ *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 420; umfassend *L. Jaeger/Luckey* ZAP 2004, Fach 17, 785 ff.

⁴²⁸ *Benecke* NZA-RR 2003, 225 (230).

⁴²⁹ BAG NZA 2007, 1154.

⁴³⁰ *Benecke* RdA 2008, 357 (362).

Die Bemessungsdeterminanten sind dabei unterschiedlich.⁴³¹ Bei einem Anspruch wegen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stehen Abschreckung und Prävention im Vordergrund. Die Genugtuungskomponente spielt eine zentrale Rolle, somit der Grad der Vorwerfbarkeit⁴³² sowie die finanzielle Leistungsfähigkeit des Mobbers, nicht aber die finanzielle Leistungsfähigkeit des Opfers.⁴³³ Voraussetzung ist eine schwerwiegende Verletzung, bei der eine Abhilfe lediglich durch eine Geldentschädigung möglich ist. Als Anhaltspunkt der Bemessung nennt *Wickler*⁴³⁴ 20.000 EUR pro Jahr der Mobbingattacken. Der Schmerzensgeldanspruch ist entsprechend dem Ausgleichsprinzip stärker nach der beim Opfer verursachten Beeinträchtigung zu bemessen. Der Anspruchsteller hat zudem eine Gesundheitsbeeinträchtigung nachzuweisen, was nicht immer einfach ist, sind doch die Grenzen zwischen Befindlichkeitsstörung und psychischer Erkrankung fließend. Bei Heranziehung von Schmerzensgeldtabellen ist zu berücksichtigen, dass diese psychische Beeinträchtigungen meist bloß als Folge einer primären Körperverletzung erfassen, während beim Mobbing psychische Beeinträchtigungen typischerweise isoliert auftreten.⁴³⁵ Es handelt sich um einen einheitlichen Anspruch,⁴³⁶ bei dem es wegen des Verbots der Doppelliquidation aber nicht zu einer mechanischen Addierung beider Anspruchsteile kommen darf.⁴³⁷ Zwar führt § 104 Abs. 1 SGB VII dazu, dass ein Schmerzensgeldanspruch bei Schädigungen durch den Arbeitgeber bzw. Arbeitskollegen bei Herbeiführung eines Versicherungsfalles gem. § 7 Abs. 1 SGB VII gerade ausgeschlossen ist; beim Mobbing handelt es sich aber weder um eine Berufskrankheit noch um einen Arbeitsunfall.⁴³⁸ Bedeutsam ist auch eine Zurechnung eines derartigen Verhaltens an den Arbeitgeber qua § 31 oder § 278, ist doch nunmehr Schmerzensgeld auch bei einer Vertragsverletzung zu leisten. Bei § 278 ist die Zurechnung freilich insoweit begrenzt, als ein innerer Zusammenhang zwischen der schuldhaften Handlung mit der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung des Erfüllungsgehilfen gegeben sein muss, was zu bejahen ist, wenn der Erfüllungsgehilfe die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers konkretisiert und diesem gegenüber dem Verletzten ein Weisungsrecht zusteht.⁴³⁹ § 253 Abs. 2 ordnet für das Schmerzensgeld eine Einstandspflicht bei vertraglicher Haftung an; Entsprechendes muss freilich auch für Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. den Art. 1 und 2 GG gelten. Gerade beim Anspruch auf Ersatz des ideellen Schadens wegen Mobbing kommt es auf eine

⁴³¹ *Wickler* AuR 2004, 87 ff.

⁴³² *Wickler* AuR 2004, 87 (90): Mobbingintensität und Belastungsfrequenz.

⁴³³ *Benecke* NZA-RR 2003, 225 (230 f.); Mobbing einer Verkäuferin darf nicht „billiger“ sein als die eines Vorstandsmitglieds. AA *Küttner/Poeche*, Personalhandbuch, 18. Aufl. 2015, Mobbing Rn. 4: Wegen der Vergleichbarkeit mit § 1 AGG Orientierung am Bruttoverdienst des Arbeitnehmers.

⁴³⁴ *Wickler* AuR 2004, 87 (91).

⁴³⁵ *Wickler* AuR 2004, 87 (92).

⁴³⁶ Daher kritisch gegenüber der Ausweisung von 2 Teilbeträgen durch das ArbG Dresden BeckRS 2003, 30939098 *L. Jaeger/Luckey* ZAP 2004, Fach 17, 785, 786.

⁴³⁷ *Wickler* AuR 2004, 87 (93).

⁴³⁸ BAG NJOZ 2002, 1929; NZA 2008, 223.

⁴³⁹ BAG NZA 2007, 1154; NZA 2008, 223; *Benecke* RdA 2008, 357 (360).

umfassende Darlegung des Verletzungstatbestands an, so dass insoweit die Führung eines Mobbingtagebuchs angezeigt sein kann.⁴⁴⁰

IV. Stalking

61

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Gewisse Parallelen bestehen zwischen Mobbing und Stalking: Beim Stalking geht es darum, dass der Täter dem Opfer nachstellt und es durch (anonyme) Anrufe, Briefsendungen und Verfolgung bis zur Privatsphäre über einen längeren Zeitraum gegen dessen Willen belästigt. Durch Erlass des Gewaltschutzgesetzes sowie der Einführung von § 238 StGB hat der Gesetzgeber Abwehrmöglichkeiten geschaffen. Aus diesem Grund wird zwar bei Nachweis der adäquaten Verursachung einer psychischen Erkrankung die Ersatzfähigkeit eines Schmerzensgeldes gem. § 253 Abs. 2 bejaht, aber ein Anspruch wegen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen des Bestehens von Abhilfemöglichkeiten verneint.⁴⁴¹ Mitunter kommt es zu einer Überlappung der Tatbestände des AGG sowie des Mobbing.⁴⁴²

F. Ersatz bloß des unmittelbar Beeinträchtigten

I. Kein Ersatz eines Drittschadens

62

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Drittschaden	f.

Im Rahmen des Schmerzensgeldes ist grundsätzlich bloß der immaterielle Schaden des unmittelbar Verletzten abzugelten, nicht aber von Personen, die bloß mittelbar betroffen sind.⁴⁴³ Keinen Schmerzensgeldanspruch haben die Eltern, wenn das Kind leidet⁴⁴⁴ bzw. die Mutter eines neugeborenen Kindes, wenn dieses wegen eines Diagnosefehlers leiden muss und die Mutter mitleidet.⁴⁴⁵ Auch die Ehefrau hat keinen Anspruch auf Schmerzensgeld, wenn aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers eine erektile Dysfunktion des Ehemanns die Folge ist, weder aus Delikt

⁴⁴⁰ L. Jaeger/Luckey ZAP 2004, Fach 17, 785, 788.

⁴⁴¹ Keiser NJW 2007, 3387 (3391).

⁴⁴² Göpfert/Siegrist NZA 2007, 473 ff.

⁴⁴³ Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 16.

⁴⁴⁴ KG VersR 2011, 274.

⁴⁴⁵ OLG Naumburg NJW-RR 2009, 1402.

noch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁴⁴⁶ Auch ist der immaterielle Schaden, den die Ehefrau durch Tötung des Ehemannes dadurch erleidet, dass sie nach Tötung des Ehemannes nicht mehr an dessen Seite an Empfängen und gehobenen Veranstaltungen teilnehmen kann, nicht ersatzfähig,⁴⁴⁷ wofür aber unter dem Gesichtspunkt der Pflicht zur ehelichen (auch geschlechtlichen) Treue gute Gründe sprechen würden, diese Unbill nicht als allgemeines Lebensrisiko zu qualifizieren. Als eine Krankenschwester im Zuge eines Strafverfahrens wahrheitswidrig behauptet hat, dass sie den Ehemann der Ehefrau getötet habe, wobei diese Nachricht bei der Witwe zu gesundheitlichen Beschwerden geführt hat, wurde dieser ein Anspruch auf Schmerzensgeld versagt.⁴⁴⁸ Denn die – auch wahrheitswidrige – Verteidigung in einem Strafverfahren müsse ohne sanktionierende Einstandspflicht für eine solche Aussage möglich sein, sofern solche Behauptungen nicht bewusst aufgestellt werden, um einen Dritten zu schädigen, was in concreto nicht nachgewiesen werden konnte.

63

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bedenklich ist mE freilich eine Entscheidung des OLG Frankfurt / M.,⁴⁴⁹ in der es darum ging, dass die Eltern eines aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers erheblich behinderten Kindes dieses des Öfteren ins Krankenhaus begleiten mussten. Auch wegen des für die Eltern gestörten Familienlebens wurde ein Schmerzensgeld gewährt, nachdem ein diesbezüglicher Vermögensschaden abgelehnt wurde. Dabei zeigt sich deutlich, dass nicht jegliche Versagung eines Vermögensschadens automatisch im Rahmen des immateriellen Schadens aufgefangen wird. Den Eltern steht kein Ersatz für einen immateriellen Schaden zu, weil sie nicht unmittelbar geschädigt worden sind. Sachgerecht wäre es indes gewesen, den Arbeitskrachteinsatz der Eltern im Rahmen der Heilungskosten oder des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse nach den Marktkosten einer Begleitperson abzugelten. Es handelt sich dabei jeweils um einen Anspruch des Kindes. Darüber hinaus mag es vertretbar sein, die Störung des Familienlebens, freilich allein aus der Sphäre des Kindes, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes des Kindes zu berücksichtigen, aber nicht die Unbill der Eltern.

⁴⁴⁶OLG Hamm FamRZ 2018, 71 = MedR 2017, 971; OLG Köln VersR 2016, 796; LG Frankenthal MedR 1998, 130; MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 35; aA mit beachtlichen Gründen Ziegler/Rektorschek VersR 2009, 181, wobei die Größenordnung (VersR 2009, 186) anhand der durchschnittlichen Frequenz des ehelichen Geschlechtsverkehrs und den Kosten der außerhäuslichen Befriedigung ermittelt wird, woraus sich Beträge von deutlich über 100.000 EUR ergeben würden. Ebenso OGH Zak 2014/511; anders aber die Rechtsprechung in der Schweiz: BG BGE 112 II 226, weitere Nachweise bei Landolt, in: FS L. Jaeger (2014) 355, 361, 362.

⁴⁴⁷OLG Celle VersR 1976, 594 (Ls.).

⁴⁴⁸OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 159.

⁴⁴⁹OLG Frankfurt/M. VersR 2000, 607; diese Entscheidung bloß referierend Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 37; Küppersbusch/Höher, Rn. 278.

II. Schockschaden

1. Begriff

64

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Schockschaden	ff.

Der Begriff Schockschaden ist mehrdeutig.⁴⁵⁰ Möglich ist, dass ein Unfallopfer – meist durch eine physische Einwirkung, aber unter Umständen ohne solche – neben einer Körperverletzung einen Schock und damit einhergehend eine psychische Beeinträchtigung erleidet.⁴⁵¹ Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen eine schwere Verletzung oder der Tod des **Erstgeschädigten** eine – zumeist psychische – Beeinträchtigung bei einem Zweitgeschädigten auslöst. Der Zweitgeschädigte kann in den **Unfall involviert** oder **nach dem Ereignis dem Anblick** von Unfallfolgen ausgesetzt sein,⁴⁵² im Anschluss an diesen eingreifen, etwa als Feuerwehrmann, Arzt, Polizist⁴⁵³ oder Nothelfer, oder als Angehöriger durch die Überbringung der Nachricht einen Schock erleiden.⁴⁵⁴ Synonym wird für diese letztere Fallgruppe der Begriff „Fernwirkungsschaden“ verwendet.⁴⁵⁵ Charakteristisch ist das Fehlen einer physischen Einwirkung des Schädigers auf den Zweitgeschädigten.⁴⁵⁶ Es stellt sich die Frage, ob der Schädiger für solche Folgeschäden, die sich meist in Form von psychischen oder auch

⁴⁵⁰Zu den einzelnen Fallgruppen *E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147 *ff.*; *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 746 ff.

⁴⁵¹Zum Begriff *Landolt*, in: FS L. Jaeger (2014) 355, 356.

⁴⁵² So OLG Frankfurt VersR 2018, 560 (*L. Jaeger*) = jurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 2 (*Wenker*) = zfs 2017, 677 (*Diehl*): Ehefrau, die vorausfuhr, sah Ehemann unter einem LKW – er war tot.

⁴⁵³Zu einem solchen Fall BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764 (*Elsner*) = JZ 2007, 1156 (*Teichmann*) = zfs 2007, 626 (*Diehl*) = jurisPR-BGHZivilR 29/2007 Anm. 1 (*Ebert*), bei dem der BGH die Haftung freilich verneint hat. Offen lassend, ob bei einem Einschreiten als Helfer die Entscheidung gegenteilig ausgefallen wäre, *Stöhr*, 46. VGT (2008), 122, 126. Ablehnend OLG Schleswig SVR 2019, 421 (*Schröder*): Einsatz eines Rettungsassistenten, der beim Einsatz durch Anblick posttraumatische Belastungsstörung erlitt, was wegen dessen einschlägiger beruflicher Tätigkeit dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen sei; anders aber wegen Folgen einer Gasexplosion, deshalb Zuspruch von 2.500 EUR, somit Schmerzensgeld im unteren Bereich.

⁴⁵⁴OLG Bamberg NJW-RR 2015, 404: Ersatz eines Schockschadens gemäß § 36 LuftVG.

⁴⁵⁵So bereits RGZ 133, 270; RGZ 157, 11; zur eingeschränkten Ersatzfähigkeit gegenüber dem Miterleben BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*) = JuS 2015, 747 (*Mäsch*) = NJ 2015, 249 (*Schubert*) = HAVE 2015, 316 (*Ch. Huber*) = zfs 2015, 382 (*Diehl*). Kritisch gegenüber diesem Begriff und dem des mittelbaren Schadens *Diehl* zfs 2017, 681, weil dadurch verschleiert werde, dass es sich um eine „direkte“ Schädigung handle.

⁴⁵⁶*Adelmann* VersR 2009, 449.

psychosomatischen Beschwerden äußern, einzustehen hat.⁴⁵⁷ Nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen wird dafür auch Schmerzensgeld zugebilligt.⁴⁵⁸ Bei Miterleben sind die beweismäßigen Anforderungen etwas geringer als bei bloßer Überbringung der Nachricht.⁴⁵⁹ Führt ein Amoklauf in einer Schule dazu, dass ein Polizist bei dem ihm aufgezwungenen Einsatz eine psychische Erkrankung erleidet, hat der BGH wegen des vorsätzlichen Verhaltens eine Zurechnung ungeachtet des Umstands bejaht, dass solche Einsätze zum Berufsrisiko eines Polizisten zählen.⁴⁶⁰ Kommt es zu einer psychischen Beeinträchtigung des Empfängers der Nachricht durch den Arzt, dass der (geschiedene) Ehemann an einer unheilbaren Erbkrankheit leidet, die sich wahrscheinlich auf die gemeinsamen Kinder vererbt habe, was bei der (ehemaligen) Ehefrau und Mutter der Kinder zu einer psychischen Erkrankung führt, gebührt dafür kein Schmerzensgeld, weil die Kenntniserlangung solcher Umstände zum allgemeinen Lebensrisiko gehört.⁴⁶¹

2. Voraussetzung für Ersatzfähigkeit des Drittschadens

65

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Erleidet das Verkehrsunfallopfer selbst einen Schock, sind die Hürden für eine Ersatzfähigkeit geringer als bei einem bloß psychisch vermittelten Schock eines Dritten.⁴⁶² Wird dem Dritten die Unfallfolge wegen dessen Beteiligung am Unfall aufgezwungen, kommt es auf eine personale Nahebeziehung – Angehörigeneigenschaft – zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten nicht

⁴⁵⁷Zur Ersatzfähigkeit im Sozialrecht *Trenk-Hinterberger*, in: FS 50 Jahre BSG (2005) S. 745 ff.

⁴⁵⁸*L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1024 ff.; rechtsvergleichend *Janssen* ZRP 2003, 156 ff.; *Luckey* SVR 2008, 22: Europaweit restriktivste Praxis im Gegensatz zum großzügigsten Ersatz bei Kfz-Schäden.

⁴⁵⁹BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*) = JuS 2015, 747 (*Mäsch*) = NJ 2015, 249 (*Schubert*) = HAVE 2015, 316 (*Ch. Huber*) = zfs 2015, 382 (*Diehl*); *Zwickel* NZV 2015, 214 (215); vgl. auch *Quaisser* NZV 2015, 465 ff.; *Dörr* MDR 2015, 1209 ff.

⁴⁶⁰BGHZ 218, 220 = JZ 2019, 101 (*Schiemann*) = HAVE 2019, 57 (*Ch. Huber*) = zfs 2018, 500 (*Diehl*) = JuS 2019, 168 (*Schwab*) = JA 2018, 706 (*Hager*) = JR 2019, 397 (*Luckey*): In concreto ging es nicht um einen Anspruch auf Schmerzensgeld, sondern den Regressanspruch des Dienstherrn.

⁴⁶¹BGHZ 201, 263 = MedR 2015, 186 (*Hebecker/Lutzi*) = FamRZ 2014, 1288 (*Spickhoff*) = JZ 2014, 898 (*Katzenmeier/Voigt*) = LMK 2014, 361941 (*Keil*); die Anmerkungen sind im Ergebnis durchgehend zustimmend; ergänzend wird lediglich darauf hingewiesen, dass allenfalls erwogen werden hätte können, dass im Rahmen der Mitteilung durch den vom Ehemann ermächtigten Arzt das Gebot möglichst schonender Aufklärung zu beachten gewesen sein könnte – so das OLG Koblenz, das dem Begehren wegen Verstoßes dagegen stattgegeben hatte.

⁴⁶²Prototypisch BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*) = JuS 2015, 747 (*Mäsch*) = NJ 2015, 249 (*Schubert*) = HAVE 2015, 316 (*Ch. Huber*) = zfs 2015, 382 (*Diehl*): Zuspruch nach Tötung der Ehefrau, weil Täter am Ehemann selbst nur um Haaresbreite vorbeigeschrammt und Ehemann Unfall aus Rückspiegel miterlebt hat.

an. Voraussetzung ist eine besonders schwere Verletzung des Erstgeschädigten⁴⁶³ oder dessen Tod. Umstritten ist, ob auch andere Schadensereignisse zu einem ersatzfähigen Schockschaden führen, etwa eine rechtswidrige Verhaftung eines nahen Angehörigen⁴⁶⁴ oder die Tötung eines Haustieres⁴⁶⁵ oder der Verlust eines Kunstwerkes.⁴⁶⁶

3. Ausmaß der verursachten Beeinträchtigung

66

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Schwelle, ab der eine Ersatzfähigkeit bejaht wird, ist außerordentlich hoch.⁴⁶⁷ Nach Ansicht des BGH geht es um wenig akzeptable Härtefälle.⁴⁶⁸ Es muss sich um einen „echten“ Schockschaden handeln.⁴⁶⁹ Meist geht es nicht um körperlich nachweisbare Schäden wie eine Verschlimmerung des Herzleidens oder einen Schlaganfall.⁴⁷⁰ Im Vordergrund stehen psychische Beschwerden.⁴⁷¹ Soweit diese Folgen bloß in Trauer und Schmerz bestehen, gebührt kein Ersatz nach § 253,⁴⁷² auch wenn es sich um Begleiterscheinungen einer diagnostizierten Gesundheitsbeeinträchtigung handelt.⁴⁷³ Als daneben bestehende Anspruchsgrundlage und nicht

⁴⁶³ Abgelehnt von OLG Nürnberg r + s 2006, 395: Hüftgelenksprellung sowie Kahnbeinfraktur der Tochter bei Motorradunfall und Schlaganfall des Vaters bei Anblick der Tochter nach dem Unfall.

⁴⁶⁴ Bejahend *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 751.

⁴⁶⁵ Verneinend BGH NJW 2012, 1730 = BOLMK 2012, 336116 (*Ch. Huber*) = VRR 2012, 220 (*Luckey*); *Eilers* zfs 2009, 248.

⁴⁶⁶ Ablehnend beim Haustier und Kunstwerk *E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147, 148; ebenso in Bezug auf das Haustier LG Frankfurt/M. NJW-RR 2001, 17; aA insoweit *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 752; *Spickhoff*, Karlsruher Forum 2007, 7, 56.

⁴⁶⁷ *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 150: Mehr als medizinische Qualifizierung, vielmehr nachhaltige traumatische Schädigung.

⁴⁶⁸ *A. Diederichsen* DAR 2011, 122 (123).

⁴⁶⁹ *Luckey* SVR 2012, 1 (2).

⁴⁷⁰ So in BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883.

⁴⁷¹ OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): Hinweis auf Kulturraum des Anspruchstellers sowie schlichte Persönlichkeit ohne andere psychische Kompensationsmöglichkeiten.

⁴⁷² BGH NJW 1989, 2317; *L. Jaeger/Luckey*, *Rn.* 1032; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 61.

⁴⁷³ BGH NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Burmann*) = zfs 2015, 435 (*Diehl*): Ausklammerung von Schlaflosigkeit, Kopfschmerzen und Schmerzen im Bereich der Halswirbelsäule bei einer Magersucht,

bloß als Auffangtatbestand hat der Gesetzgeber aber nunmehr einen Anspruch auf ein Hinterbliebenengeld nach § 844 Abs. 3 geschaffen, bei dem es auf einen wie immer gearteten pathologischen Zustand nicht ankommt; eine Abgeltung gebührt allein für Trauer und Betroffenheit. Eine ausgeprägte depressive Stimmungslage ist für einen Anspruch nach § 253 nicht ausreichend.⁴⁷⁴ Verlangt werden traumatische Auswirkungen von einiger Dauer.⁴⁷⁵ Hatte der Verletzte bereits vor dem schädigenden Ereignis psychische Probleme, besteht ein Anspruch auf Schmerzensgeld nur, wenn die Todesnachricht zu einer erheblichen Verschlechterung einer bereits bestehenden Erkrankung geführt hat.⁴⁷⁶

Ausgangspunkt der hohen Hürde für die Ersatzfähigkeit ist das Vorverständnis, dass eine solche seelische Erkrankung Ausdruck mangelnder Selbstbeherrschung ist.⁴⁷⁷ Das steht somit im Gegensatz dazu, dass ein Ersatz nur gebilligt wird, wenn eine solche Reaktion auch bei einem durchschnittlich empfindenden Menschen ausgelöst wird. Da ein solcher aber nicht seelisch erkranken würde, ist Voraussetzung eine besondere Schadensanfälligkeit. Psychosomatische Beschwerden, die sich im Rahmen der Erlebnisverarbeitung halten, sind nicht nach § 253 ersatzfähig, weil sich insoweit das allgemeine Lebensrisiko verwirklichte.⁴⁷⁸ Jeglicher Ersatz nach § 253 wurde versagt, wenn es bei einer Ehefrau nach Benachrichtigung vom Tod des Ehemannes zu Schweißausbrüchen, beschleunigtem Puls und zitternden Beinen kam⁴⁷⁹ bzw. wenn nach Ertrinken des neunjährigen Kindes bei den Eltern eine schwere reaktiv-depressive Verstimmung eintrat, die durch Zittern, Schlaflosigkeit, Kopfschmerzen und schwere Träume bzw. ein depressives Syndrom mit multiplen physischen und somatischen Störungen gekennzeichnet war.⁴⁸⁰ Auch wurde es als Begehren ohne ausreichende Substanz betrachtet, wenn die Mutter einen Nervenzusammenbruch erlitt und ein Vierteljahr arbeitsunfähig war.⁴⁸¹ Voraussetzung ist eine medizinisch fassbare pathologische Veränderung⁴⁸² von einiger Dauer⁴⁸³ und erheblichen

weil solche Folgen für sich bei Schockschaden nicht ersatzfähig wären. Keine Frage der Bemessung, sondern vorgelagerte Frage der Ersatzfähigkeit.

⁴⁷⁴ OLG Hamm r + s 2004, 80.

⁴⁷⁵ A. *Diederichsen* DAR 2011, 122 (123).

⁴⁷⁶ OLG Celle VersR 2016, 1265: Vater war schon vor der Todesnachricht wegen psychischer Probleme in Behandlung.

⁴⁷⁷ Staudinger/*Schiemann* (2017) § 249 Rn. 46; *L. Jaeger* VRR 2005, 10 (11); *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 756.

⁴⁷⁸ OLG Hamm VersR 1998, 730; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 12; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 11.

⁴⁷⁹ OLG Hamm OLGR 2002, 169.

⁴⁸⁰ OLG Koblenz NJW-RR 2001, 318.

⁴⁸¹ OLG Celle OLGR 2007, 548.

⁴⁸² Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 61.

⁴⁸³ OLG Frankfurt/M. VersR 1979, 578; AG Saarlouis SP 1997, 460; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 304.

Ausmaßes.⁴⁸⁴ Einen solchen Nachweis kann der betroffene Angehörige umso eher führen, wenn er nachweisen kann, dass er sein bisheriges Leben ohne psychische Beschwerden bewältigt hat, er sich in ärztliche Behandlung begeben hat⁴⁸⁵ und/oder eine Beeinträchtigung im Berufsleben nachweisbar ist.⁴⁸⁶ Auch insoweit ist folgendes Dilemma zu konstatieren: Aus psychiatrischer Sicht sind Depressionen 6 Monate nach dem Tod als normale Trauer anzusehen; *L. Jaeger*⁴⁸⁷ verweist zutreffend darauf, dass bis in die Zeit nach dem 2. Weltkrieg sogar ein Trauerjahr üblich war. Wenn freilich der Zweitgeschädigte sich nicht im unmittelbaren zeitlichen Naheverhältnis zum Unfallereignis in (fach-)ärztliche bzw. sogar stationäre Behandlung begibt, wird ihm der Nachweis eines ersatzfähigen psychischen Schadens schwerfallen. Der Hausarzt wird dabei häufig als Beweismittel von den Gerichten nicht akzeptiert.⁴⁸⁸ Je häufiger er freilich zeitnah zum Unfallereignis zum Arzt oder Psychiater pilgert⁴⁸⁹ und je mehr Psychopharmaka er schluckt, umso eher wird eine Beweisführung in Bezug auf den ersatzfähigen Schockschaden gelingen.⁴⁹⁰ Viel liegt dabei an der Verwendung bestimmter Schlüsselwörter durch den medizinischen Sachverständigen. Es dürfte so sein, dass ein und dasselbe Phänomen als Unbill bzw. Unbehagen oder posttraumatische Belastungsstörung, vulgo Psychose oder Neurose,⁴⁹¹ sich

⁴⁸⁴OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 214: Verneint bei Depressionen, Verzweiflung und andauernder Leistungsminderung; kritisch zu diesen strengen Anforderungen *Däubler* NJW 1999, 1611 (1612); *L. Jaeger/Luckey*, Rn.1027, 1032.

⁴⁸⁵*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1054; *Luckey* SVR 2012, 1 (3); OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 820: Stationärer Krankenhausaufenthalt wegen akuter Suizidgefahr nach Tötung der 17-jährigen Adoptivtochter, der einzigen Bezugsperson im Haushalt nach Vorversterben der Ehefrau; abgelehnt hingegen von OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): Tochter begab sich nur zu Beratungsgespräch zum Caritas Verband und zur Diakonie; LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*): Einholung eines ärztlichen Attests für 18 EUR; OLG Hamm VersR 1998, 730: Ehefrau wurde diesbezüglich nicht besonders ärztlich behandelt; ähnlich LG Freiburg VersR 1997, 504.

⁴⁸⁶OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 820: Versetzung eines Bauführers der deutschen Telekom in den Innendienst; instruktiv BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*) = JuS 2015, 747 (*Mäsch*) = NJ 2015, 249 (*Schubert*) = HAVE 2015, 316 (*Ch. Huber*) = zfs 2015, 382 (*Diehl*): Abweisung durch die Tatgerichte, weil sich der Ehemann der getöteten Ehefrau nicht in psychiatrische Behandlung begab; Aufgabe des bisherigen Berufs und Verlassen der Ehwohnung wurde von Tatgerichten als normale Trauerreaktion qualifiziert – aA (erfreulicherweise) der BGH. OLG Koblenz GesR 2017, 724: (Zeitweise) Aufgabe des Berufs (und ärztliche Behandlung).

⁴⁸⁷VRR 2005, 10 (12).

⁴⁸⁸OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268; kritisch zu Recht *L. Jaeger* VRR 2005, 269.

⁴⁸⁹Prototypisch OLG Köln OLGR 2007, 363: Kaum eine mögliche in Betracht kommende Behandlungsmöglichkeit ausgelassen.

⁴⁹⁰Angemessen hingegen OLG Koblenz NJW-RR 2005, 677: Behauptung einer posttraumatischen Belastungsstörung, ausreichend, wenn Richtsymptome für psychische Erkrankung vorgetragen werden.

⁴⁹¹*Klinger* NZV 2005, 290; noch eloquenter die Ausdruckweise in OLG Köln OLGR 2007, 363: „Dekompensation und Depression mit psychotischen Symptomen“.

umschreiben lässt. Auf der Strecke bleibt dabei häufig der Geschädigte aus der Unterschicht,⁴⁹² der bei solchen Schicksalsschlägen alle Hände damit zu tun hat, dafür zu sorgen, dass das Leben weitergeht,⁴⁹³ während der aus der Oberschicht sich in seinen seelischen Leiden weidet und das mithilfe aller möglichen seelischen Wellnesseinrichtungen auch noch zelebriert.⁴⁹⁴ Die Ersatzfähigkeit daran auszurichten, erscheint von überschaubarer materieller Gerechtigkeit.

4. Personenkreis: Nahe Angehörige

67

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Verlangt wird – jedenfalls beim Fernwirkungsschaden – eine personale Sonderbeziehung zwischen Erst- und Zweitgeschädigtem.⁴⁹⁵ Jedenfalls einbezogen ist auch die Leibesfrucht der Zweitgeschädigten.⁴⁹⁶ Die Grenzen der ersatzberechtigten Angehörigen sind aber nicht exakt abgesteckt. Es macht Sinn, die gleichen Kriterien anzulegen wie beim Hinterbliebenengeld nach § 844 Abs. 3; und das nicht nur beim Tod, sondern auch bei schwerster Verletzung. Einbezogen sind der Ehegatte,⁴⁹⁷ der (die) gleichgeschlechtliche Lebenspartner(in), die Kinder, die Geschwister,⁴⁹⁸ aber auch der (die) Verlobte⁴⁹⁹ bzw. nichteheliche Lebensabschnittsbegleiter(in) gleich- oder verschiedengeschlechtlicher Art, ausnahmsweise auch die Enkel bzw. die Großeltern,⁵⁰⁰ allenfalls die Mitglieder einer Kommune oder Klosterbruderschaft sowie bei Fehlen solcher Personen mE die engste Bezugsperson. Folgerichtig erscheint es, die in § 844 Abs. 3 S 1

⁴⁹²OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (*L. Jaeger*): Sohn wurde durch Rechtsradikale zusammengeschlagen; er hat sich bis zur Mutter geschleppt und ist wenig später im Krankenhaus „verendet“; keine pathologisch fassbare Gesundheitsbeeinträchtigung bei der Mutter feststellbar, bloß Zeugnis des Hausarztes; Fehlen der Darlegung der Symptome sowie des Ausmaßes einer etwaigen Behandlung nebst Medikation.

⁴⁹³OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (*L. Jaeger*): Begehren, mit dem Prozesskostenhilfe begehrt wird.

⁴⁹⁴OLG Köln OLGR 2007, 363: Anspruch der Witwe gegen Reiseveranstalter, weil betrunkenener Ehemann über die unzureichend dimensionierte Brüstung des Balkons in die Tiefe gestürzt ist und das nicht überlebt hat.

⁴⁹⁵Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 61.

⁴⁹⁶BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390.

⁴⁹⁷OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): Auch bei monatelangem Getrenntleben, wenn der überlebende Ehegatte weiterhin an den Fortbestand der Ehe glaubt.

⁴⁹⁸OLG Köln VersR 2006, 416; OLG Koblenz NJW-RR 2001, 318.

⁴⁹⁹LG Frankfurt/M. NJW 1969, 2286.

⁵⁰⁰*Adelmann* VersR 2009, 449 (452).

festgelegte Vermutung bei der Kernfamilie unter Einschluss der Widerleglichkeit⁵⁰¹ bzw. das Erfordernis eines besonderen Nachweises bei weiteren Personen⁵⁰² auf den Angehörigenkreis bei Schockschäden zu übertragen. Auf das Bestehen einer Hausgemeinschaft kommt es nicht zusätzlich an,⁵⁰³ deren Bestehen ist freilich bei den nicht nach § 844 Abs. 3 S 2 BGB privilegierten Personen als Indiz dafür anzusehen, dass eine besondere persönliche Verbundenheit gegeben ist.

5. Größenordnung der zuerkannten Ersatzbeträge

68

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Sofern die hohen Hürden für die Zuerkennung eines Ersatzanspruchs von mittelbar Geschädigten überhaupt genommen wurden, verfolgt die Rechtsprechung auch beim Umfang des Ersatzes für den erlittenen immateriellen Schaden eine durchaus restriktive Linie.⁵⁰⁴ Im Regelfall bewegt sich der Ersatz in einer Größenordnung zwischen 500 und 3.000 EUR.⁵⁰⁵ Nur bei besonders qualifizierten Umständen geht der Ersatzumfang darüber hinaus⁵⁰⁶ – so, wenn es sich um das einzige Kind gehandelt hat⁵⁰⁷ oder Familienangehörige mit ansehen mussten, wie ein Kind⁵⁰⁸ bzw. Elternteil⁵⁰⁹ durch ein Kapitalverbrechen getötet worden ist oder der Vater die

⁵⁰¹ OLG Celle VersR 2016, 1265: Abgelehnt bei einem leiblichen Vater bei Tötung der Tochter, von der er ab dem Kleinkindalter getrennt gelebt, an die er keinen Unterhalt gezahlt und sie nach der Scheidung der Ehe etwa 10 mal gesehen hat.

⁵⁰² Kritisch zu § 844 Abs. 3 S. 1 BGB *Diehl* zfs 2017, 681 (683): „Diffuse Umschreibung als Naheverhältnis, überflüssige Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für Instanzgerichte.“

⁵⁰³ *Adelmann* VersR 2009, 449 (451).

⁵⁰⁴ *L. Jaeger* VRR 2005, 10 (15); Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 *Rn.* 10.

⁵⁰⁵ *Küppersbusch/Höher*, *Rn.* 304 Fn. 1103. Großzügiger aber BGH NJW 2006, 3268: Billigung des Zuspruchs von jeweils 20.000 EUR an Geschwister und Eltern durch das OLG; OLG Köln OLGR 2007, 363: 6.500 EUR, ungeachtet des Umstands, dass die Witwe schon vorher in psychiatrischer Behandlung war; jeweils Anspruch gegen einen Reiseveranstalter.

⁵⁰⁶ BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*) = JuS 2015, 747 (*Mäsch*) = NJ 2015, 249 (*Schubert*) = HAVE 2015, 316 (*Ch. Huber*) = zfs 2015, 382 (*Diehl*): Außergerichtliche Zahlung von 4.000 EUR, weiteres Begehren von 8.000 EUR bei Mitansetzen der Tötung der Ehefrau durch alkoholisierten Raser; Zurückverweisung durch den BGH nach Abweisung durch das BerG. Großzügiger OLG Frankfurt NJW-RR 2013, 140 = VRR 2012, 466 (*Luckey*): 15.000 EUR.

⁵⁰⁷ OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 820: 10.000 EUR; LG Freiburg VersR 1997, 504: 4.500 EUR bei einem Mitverschulden des getöteten Kindes von einem Drittel.

⁵⁰⁸ LG Heilbronn VersR 1994, 443: Miterleben der Tötung der 17-jährigen Tochter durch abgewiesenen Verehrer; 2.500 EUR.

behandlungsfehlerhaft begleitete Geburt seines schwer behinderten Sohnes miterlebt hat.⁵¹⁰ In einem an Tragik kaum zu überbietenden Sachverhalt haben Eltern bei einem Verkehrsunfall alle drei Kinder auf einmal verloren; nachdem die Haftpflichtversicherung für den Schockschaden jeweils 5.000 EUR an den aufgrund der seelischen Erschütterung arbeitslos gewordenen Vater und die Mutter gezahlt hat, sprach das OLG Nürnberg⁵¹¹ weitere 35.000 EUR an den Vater **bzw.** 15.000 EUR an die Mutter zu. Der BGH hat die Revision nicht angenommen; das BVerfG⁵¹² hat auch eine dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht angenommen und dabei ausgesprochen, dass die Zubilligung nicht verfassungswidrig sei. In der Literatur⁵¹³ wird dagegen eingewendet, dass die Größenordnung in einem eklatanten Wertungswiderspruch zu Beeinträchtigungen von allgemeinen Persönlichkeitsverletzungen bei Mediendelikten stehe. Das trifft zwar zu, hängt aber damit zusammen, dass es dort eigentlich nicht um einen immateriellen Schaden des Betroffenen geht, sondern um eine Gewinnabschöpfung nach Bereicherungsrecht zur Abstellung von Auswüchsen in der Medienberichterstattung.⁵¹⁴ Das OLG Frankfurt⁵¹⁵ hat einer Ehefrau 100.000.- EUR Schmerzensgeld zugesprochen, die zeitnah zur Tötung des Ehemanns an der Unfallstelle war, was eine jahrelange (schwere) psychische Erkrankung zur Folge hatte. Dies markiert einen Quantensprung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung. Wenn der psychisch Geschädigte selbst – körperlich – verletzt worden und die psychische Beeinträchtigung Folge dieser Körperverletzung ist, kommt es auf die hohe Erheblichkeitsschwelle nicht an; und auch der Zuspruch ist großzügiger.⁵¹⁶ Folgerichtig wäre es, den Ersatzumfang beim Schockschaden generell an diesen Kriterien auszurichten. Bei Tötung einer Person kommt es wegen des zusätzlich bestehenden Anspruchs auf Hinterbliebenengeld nach § 844 Abs. 3 nicht mehr so sehr darauf an; in Fällen schwer(st)er Verletzung ist die „Erheblichkeitsschwelle“ nach wie vor von zentraler Bedeutung.

6. Abhängigkeit von (fiktivem) Anspruch des Getöteten – Rechtfertigungsgrund, Deliktsunfähigkeit, Mitverschulden des Getöteten oder Haftungsausschluss

69

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Mitverschulden	

⁵⁰⁹ OLG Nürnberg NJW 1998, 2293: Miterleben der Tötung der Mutter durch die beiden 12- und 15-jährigen Kinder; 5.000 EUR.

⁵¹⁰ OLG Koblenz GesR 2017, 724: 13.000 EUR.

⁵¹¹ OLG Nürnberg zfs 1995, 370.

⁵¹² BVerfG NJW 2000, 2187.

⁵¹³ *Wagner* VersR 2000, 1305 **ff.**; *L. Jaeger/Luckey*, **Rn.** 1044.

⁵¹⁴ Zur unterschiedlichen Zielrichtung *G. Müller* VersR 2003, 1 (5).

⁵¹⁵ OLG Frankfurt VersR 2018, 560 (*L. Jaeger*) = jurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 2 (*Wenker*) = zfs 2017, 677 (*Diehl*).

⁵¹⁶ So OLG Hamm OLGR 1998, 225: Anhebung des Schmerzensgeldes von 1.250 EUR um weitere 10.000 EUR, weil bei dem Unfall die daneben sitzende beste Freundin ums Leben gekommen ist; diese Entscheidung bloß referierend Geigel/*Pardey*, Kap. 6 **Rn.** 37; *L. Jaeger/Luckey*, **Rn.** 1062.

Auch wenn es sich um einen originären Anspruch des Angehörigen handelt, wirken sich Umstände, die zu einer Kürzung des Anspruchs des Erstgeschädigten (schwer Verletzten oder Getöteten) geführt haben bzw. hätten, auf den auf einen Schockschaden gestützten Schmerzensgeldanspruch des Zweitgeschädigten aus.⁵¹⁷ Wäre kein Anspruch des Erstgeschädigten gegeben, wäre nicht einzusehen, weshalb dem Zweitgeschädigten ein solcher zustehen sollte, so wenn der Schädiger gegenüber dem Erstgeschädigten einen Rechtfertigungsgrund hatte, etwa Notwehr, oder der Schädiger deliktsunfähig war.⁵¹⁸ Wenn Schädiger und Erstgeschädigter ein und dieselbe Person sind, entfällt ebenfalls ein Anspruch.⁵¹⁹ Was für den Grund des Anspruchs gilt, muss deshalb folgerichtig auch für den Umfang gelten. Das gilt namentlich für eine Kürzung des Anspruchs wegen eines Mitverschuldens oder einer Betriebsgefahr,⁵²⁰ wobei die entsprechende Anwendung von § 846 oder die über § 242 begründete Heranziehung von § 254 eher eine akademische Streitfrage sein dürfte. Die besondere Anfälligkeit des Zweitgeschädigten darf mE nicht besonders in Anschlag gebracht werden, sofern nicht die Voraussetzungen der überholenden Kausalität gegeben sind, für deren Voraussetzungen freilich der Ersatzpflichtige die Beweislast trägt.⁵²¹ Der Schädiger kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als habe er einen gesunden Menschen verletzt.⁵²² Denn einerseits ist ein solcher Anspruch nur bei einem sensiblen Zweitgeschädigten gegeben; bei einem seelisch robusten Menschen würde es zu einem solchen Schaden gerade nicht kommen.⁵²³ Andererseits hat der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist.⁵²⁴ Das gilt auch für den Fall, dass das schädigende Ereignis nur noch der sprichwörtliche Tropfen ist, der das Fass zum Überlaufen bringt.⁵²⁵ Da ohnehin eine (sehr) schwere Verletzung⁵²⁶ oder der Tod des Erstgeschädigten für einen Ersatzanspruch des Zweitgeschädigten verlangt wird, kann eine

⁵¹⁷AA *Luckey* SVR 2012, 1 (4).

⁵¹⁸*E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147, 152 ff.

⁵¹⁹*E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147, 154.

⁵²⁰BGH VersR 1971, 905; KG NZV 1999, 329; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 61; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 306; aA *L. Jaeger* VRR 2005, 10 (14): Keine Sippenhaftung.

⁵²¹AA *L. Jaeger* VRR 2005, 10 (14) unter Hinweis auf die bestehende Rechtsprechungspraxis. Den Schmerzensgeldanspruch mindernd auch OLG Köln OLGR 2007, 363.

⁵²²*Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 749.

⁵²³*L. Jaeger* VRR 2005, 10 (11); *ders.*, VRR 2012, 4 (6).

⁵²⁴*Dahm* NZV 2008, 187; *A. Diederichsen* DAR 2011, 122 (123).

⁵²⁵*L. Jaeger* VRR 2005, 10 (14) unter Hinweis auf OLG Hamm NZV 2002, 36: Lok-Führer, der durch mehrere Vorunfälle bereits seelisch geschwächt war.

⁵²⁶Verneint von OLG Nürnberg r + s 2006, 395: Hüftgelenksprellung sowie Kahnbeinfraktur.

Überempfindlichkeit des Zweitgeschädigten oder für diesen gegebene Vermeidbarkeit nicht zu einer Versagung des Anspruchs führen.⁵²⁷

70

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Sofern es um den Haftungsausschluss gem. §§ 104 ff. SGB VII gegenüber dem Erstgeschädigten geht, entscheidet der BGH gementeilig und räumt dem Zweitgeschädigten einen Anspruch ein.⁵²⁸ Er begründet dies damit, dass es sich um einen originären Anspruch handle, die gesetzliche Unfallversicherung gegenüber dem Zweitgeschädigten jedenfalls in Bezug auf den immateriellen Schaden keine Leistungen vorsehe und dieser auch nicht Versicherter der gesetzlichen Unfallversicherung sei. Zudem trage weder das Argument des Betriebsfriedens, weil ein schwer verletzter Erstgeschädigter selten im Betrieb verbleibe, noch das Finanzierungsargument. Nicht alle Argumente vermögen zu überzeugen: Auch der Erstgeschädigte selbst hat gegenüber der gesetzlichen Unfallversicherung niemals einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens; und der Zweitgeschädigte ist zwar nicht Versicherungsnehmer der gesetzlichen Unfallversicherung, wohl stehen ihm als mitversichertem Familienangehörigen typischerweise Leistungen nach den §§ 63 ff. SGB VII zu. Im Vergleich zu den in → Rn. 69 behandelten Versagungsgründen aus der Sphäre des Erstgeschädigten kommt es zu einem Systembruch. Der tragende Grund für das abweichende Judiz dürfte darin liegen, dass die Versagung des Schmerzensgeldanspruchs bei einem Haftungsausschluss gem. den §§ 104 ff. SGB VII von der Literatur schon im Kernbereich für bedenklich angesehen wird (dazu → Rn. 12). Womöglich hat der BGH beim Schockschaden, wo er durch eine Vorjudikatur noch nicht festgelegt war, hier eine erste Bresche geschlagen, auch wenn die Entscheidung sich um eine Abgrenzung zum Erstgeschädigten bemüht. Wenn dem Zweitgeschädigten freilich bei einem Haftungsausschluss gegenüber dem Erstgeschädigten nach den §§ 104 ff. SGB VII ein Schmerzensgeldanspruch zugebilligt wird, muss Entsprechendes auch für § 91a SVG sowie § 46 BeamtG gelten.⁵²⁹ Ansonsten gilt: Sofern ein Schmerzensgeldanspruch zu bejahen ist, ist auch der Vermögenspersonenschaden ersatzfähig.⁵³⁰

7. Erstreckung auf die Arzthaftung

71

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵²⁷AA *Adelmann* VersR 2009, 449 (453), 454.

⁵²⁸BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Lucky*). Dafür schon zuvor *Halm/Steinmeister* DAR 2005, 481 (486) unter Hinweis auf das arbeitsrechtliche Schrifttum in *Fn.* 63.

⁵²⁹AA OLG Celle OLGR 2007, 548 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Lucky*) sowie die eindeutige gesetzliche Regelung.

⁵³⁰OLG Frankfurt NJW-RR 2013, 140: Anspruch auf Verdienstentgang.

Bisher wurden Schockschäden bei Unfällen anerkannt. Der BGH⁵³¹ hat diese Rechtsprechung aber nunmehr auf die Arzthaftung ausgedehnt, weil keine Rechtfertigung besteht, die Ersatzfähigkeit von Schockschäden weiter einzuschränken als im Fall von Unfallereignissen.⁵³² Dem ist grundsätzlich beizupflichten.⁵³³ Die für die Ebene der Zurechnung vorgeschlagene Einschränkung darauf, dass die vom Behandlungsfehler verursachte Erkrankung der Art und Schwere nach eine ganz andere Qualität habe⁵³⁴ bzw. auf Fälle eines groben Behandlungsfehlers,⁵³⁵ weil das einen Kompromiss darstelle zwischen wertender Einzelfallgerechtigkeit sowie Rechtssicherheit und Rechtsklarheit vermag mE indes nicht zu überzeugen. Ein grober Behandlungsfehler spielt lediglich hinsichtlich der Beweislastumkehr für die Kausalität nach § 630h Abs. 5 BGB eine Rolle, wobei mE nicht einzusehen ist, warum die Beweislastumkehr bei einem Dokumentationsmangel nach § 630h Abs. 3 BGB sich nicht auch auf Ansprüche der Angehörigen erstrecken sollte.⁵³⁶

Bedeutsam ist insofern, dass sich ein Anspruch nicht nur auf § 823 Abs. 1 BGB stützen lässt, sondern auch auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁵³⁷ Dass eine Gefährdung des Lebens infolge eines Behandlungsfehlers auch zu einer seelischen Erkrankung von Angehörigen führen kann, ist in hohem Maße adäquat, geradezu eine typische Begleiterscheinung der nachlässigen Vertragserfüllung; zudem ist auch deren Gesundheit vom Schutzzweck des mit dem Patienten geschlossenen Behandlungsvertrags erfasst. Die Folge ist, dass ein Anspruch nicht nur gegen den deliktisch handelnden Arzt gegeben ist, sondern auch gegen den Krankenhausträger, ohne dass ein solcher Anspruch wegen der Restriktionen des § 831 BGB scheitert. Ein bedeutsamer Unterschied zwischen einem Schockschaden nach einem Unfall und im Rahmen der Arzthaftung besteht indes: Bei einem Unfall ist die Kausalität sowohl beim Miterleben als auch der Benachrichtigung meist ohne Weiteres gegeben, handelt es sich doch um ein plötzliches Ereignis. In den Arzthaftungsfällen geht es dem gegenüber häufig um Konstellationen, in denen sich der Patient wegen einer bestehenden Behandlung ins Krankenhaus begibt, was an sich schon zu einer seelischen „Grundbelastung“ bei den Angehörigen führt. Erst der ärztliche Behandlungsfehler führt dann mitunter wegen der – meist gravierenden – Verschlechterung des Gesundheitszustands des Patienten zu einer psychischen Erkrankung des Angehörigen. Verursacht ist insoweit lediglich die zusätzliche seelische Belastung beim Angehörigen, die von diesem nach dem Strengbeweis des § 286 ZPO

⁵³¹ NJW 2019, 2387 (*Klose*) = MedR 2020, 35 (*Katzenmeier/Jansen*) = zfs 2020, 16 (*Diehl*) = GuP 2019, 185 (*Middendorf*) = JuS 2019, 1022 (*Maesch*) = FD-MedizinR 2019, 422612 (*Braun*) = HAVE 2019, 424 (*Ch. Huber*); dazu *Wever/Krekeler* MedR 2020, 9 ff.

⁵³² Ebenso bereits MedR 2018, 1012 (*Bergmann/Wever*): Schockschaden wegen fehlendem Vortrag zum erlittenen Schaden abgewiesen bei Suizid des „Primäröpfers“ wegen unzureichender Beaufsichtigung während des Aufenthalts in einer psychiatrischen Tagesklinik.

⁵³³ So auch *Wever/Krekeler* MedR 2020, 9 (12).

⁵³⁴ *Katzenmeier/Jansen* MedR 2020, 38.

⁵³⁵ *Klose* NJW 2019, 2389; *Katzenmeier/Jansen* MedR 2020, 38 (39 f.).

⁵³⁶ So aber *Wever/Krekeler* MedR 2020, 9 (13).

⁵³⁷ Zutreffend *Mäsch* JuS 2019, 1022 (1023).

nachzuweisen ist.⁵³⁸ Für das Ausmaß gilt dann § 287 ZPO, wofür sich die Angehörigen auch nicht auf die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 3 und 5 BGB berufen können. Zu beachten ist freilich, dass für eine (volle) zivilrechtliche Haftung Mitursächlichkeit genügt, somit der Umstand, dass für die aufgrund der ärztlichen Fehlbehandlung verursachte Auslösung einer seelischen Erkrankung auch dann zu 100 % zu haften ist, wenn sie lediglich der sprichwörtliche Tupfen auf dem I war, der zur seelischen Erkrankung geführt hat. Dass es auch ohne ärztliches Fehlverhalten zu einer solchen gekommen wäre, betrifft das rechtmäßige Alternativverhalten, wofür der Arzt bzw. Krankenhausträger beweispflichtig ist.

Mitunter gibt es aber auch im Rahmen der Arzthaftung Konstellationen, die einem Unfall sehr ähnlich sind, wenn etwa der bei der Geburt anwesende Vater wegen einer behandlungsfehlerhaft begleiteten Geburt einen Schockschaden erleidet.⁵³⁹ Umstritten war, ob der beim Vater diagnostizierte Schockschaden auf die Vorgänge bei der Geburt zurückzuführen ist oder als Folge der nachfolgenden – aufwendigen – Betreuung. ME müsste bei entsprechendem Kausalitätsnachweis auch letzteres für die Zubilligung eines Schockschadens ausreichen.

Gegen die Zuerkennung von Schockschäden bei Arzthaftungsfehlern wird schließlich vorgebracht, dass die Ausweitung der Haftung zu einer Erhöhung der Haftpflichtversicherungsprämien führe.⁵⁴⁰ Dabei ist freilich zu bedenken, dass die Deckung der Haftung zu folgen hat und nicht umgekehrt. Davon abgesehen sind das Einzelfälle, die sich nur marginal auf die Prämienhöhe auswirken (werden), ganz abgesehen davon, dass die Höhe der Versicherungsprämien nicht nur vom Schadensbedarf, sondern vielen anderen Umständen abhängt wie der Möglichkeit, Rückstellungen gewinnbringend zu veranlagen, oder den Wettbewerbssituation auf dem Markt. Dass manche Berufsgruppen wie Gynäkologen und Geburtshelfer von Steigerungen der Haftpflichtversicherungsprämien besonders betroffen sein mögen, mag durchaus zutreffen; allerdings kann es nicht angehen, bestimmte Schadensposten generell für nicht ersatzfähig anzusehen, um bestimmten Berufsgruppen Abhilfe zu verschaffen.

8. Geltendmachung und Verjährung

71a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Rechtsverfolgung des Schmerzensgeldanspruchs aus ererbtem Recht oder von Vermögensschäden (§ 844 Abs. 1 und 2) bewirkt keine Hemmung der Verjährung des Schockschadens.⁵⁴¹

⁵³⁸ *Wever/Krekeler* MedR 2020, 9 (13).

⁵³⁹ OLG Koblenz GesR 2017, 724.

⁵⁴⁰ *Wever/Krekeler* MedR 2020, 9 (13).

⁵⁴¹ OLG Köln VersR 2019, 423.

9. Ansprüche nach § 1 OEG

71b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ansprüche nach § 1 OEG kommen zwar prinzipiell auch bei Schockschäden in Betracht; allerdings gebührt nur Ersatz nach Maßgabe von § 31 Abs. 1 BVG, somit eine monatliche Grundrente nach dem Grad der Schädigungsfolgen. Die Anspruchsvoraussetzungen sind zudem äußerst restriktiv. Sofern ein Sekundäropfer nicht Tatzeuge war, wird ein Anspruch abgelehnt, wenn die psychische Störung beim Angehörigen nicht durch die Nachricht von der vorsätzlich begangenen Körperverletzung erfolgt, sondern erst von dem im Krankenhaus eingetretenen Tod;⁵⁴² bei einer Entführung und anschließenden gewaltsamen Tötung wird ein Anspruch versagt, wenn die psychische Störung bereits mit dem Verschwinden der Person und nicht erst mit dem Auffinden der Leiche eintritt.⁵⁴³ Das erscheint mE – selbst unter Berücksichtigung des Wortlauts – zu eng. Es ist zwar zutreffend, dass nicht in allen Fällen des – zufälligen – Verschwindens einer Person ein Anspruch auf eine Sozialleistung bestehen kann; wenn aber die Ursache ein Gewaltverbrechen ist und damit die Grundlage der Gewährung der Opferentschädigung gegeben ist, nämlich das Versagen des staatlichen Gewaltmonopols, sind die Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch gegeben. De lege ferenda wäre zu erwägen, nach schweizerischem Vorbild⁵⁴⁴ bei Gewaltverbrechen einen Anspruch auf eine Sozialleistung einzuführen, der jedenfalls die Schockschäden erfasst, im Tötungsfall stimmigerweise aber auch eine Abgeltung für Trauer und Betroffenheit umfasst, wodurch der Staat bei Ansprüchen gegen Straftäter in Vorlage treten und das Einbringlichkeitsrisiko beim Regress gegen diese tragen würde.

G. Bemessungsdeterminanten

I. Stellung des Sachverständigen

72

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵⁴² BSG BeckRS 2003, 30320590; BeckRS 2015, 73415.

⁵⁴³ LSG LSA BeckRS 2017, 121444.

⁵⁴⁴ Art. 1 Abs. 2 OHG iVm Art. 19 bzw. Art. 22 OHG. Die Genugtuung wird nach der Schwere der Beeinträchtigung frei bemessen, ist in der maximalen Höhe aber gedeckelt (Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 2 OHG). Eine Übersicht der zuerkannten Beträge findet sich bei [Hütte/Landolt](#), Genugtuungsrecht Grundlagen zur Bestimmung der Genugtuung I 121 f. Band 1.

Gerade beim Schmerzensgeldbegehren kommt dem Sachverständigengutachten zentrale Bedeutung zu. Mitunter kommt es auf die Expertise mehrerer Gutachter vor.⁵⁴⁵ Legt der Geschädigte ein davon abweichendes Privatgutachten vor, kann sich das Tatgericht nicht mit dem Hinweis begnügen, dass es dem Gerichtsgutachten folge. Vielmehr muss der Gerichtsgutachter die Argumente des Privatgutachtens entkräften oder das Gericht muss ein weiteres Gutachten einholen.⁵⁴⁶

II. Besonders freie Stellung des Tatrichters gem. § 287 ZPO

73

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Bemessung	ff.

Gerade für die Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes gilt, dass der Tatrichter, ein besonders weit reichendes Ermessen im Rahmen des § 287 ZPO hat.⁵⁴⁷ Es gibt nicht die an sich angemessene Entschädigung für immaterielle Schäden. Eine Beanstandung durch den BGH findet nicht schon dann statt, wenn das Schmerzensgeld zu dürftig oder zu reichlich bemessen worden ist,⁵⁴⁸ sondern wenn der Ermessensrahmen überschritten worden ist, im Klartext der Tatrichter weit danebengegriffen⁵⁴⁹ und sich in der Größenordnung vertan hat.⁵⁵⁰ Verlangt wird immerhin, dass sich der Tatrichter ausreichend mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt und die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigt hat, also die Bemessungsgrundlagen nachvollziehbar im Urteil dargelegt hat.⁵⁵¹ Das Berufungsgericht hingegen hat nicht bloß zu prüfen, ob die Ermessensausübung vertretbar war; vielmehr hat es aufgrund der vom Erstgericht festgestellten Tatsachen die nach seiner Beurteilung richtige Entscheidung zu treffen. Zu beobachten ist, dass in Fällen, in denen der Grund des Anspruchs umstritten war, das Gericht sich häufig relativ wenig Mühe mit der Begründung der Höhe, somit der Bemessung des Schmerzensgeldes macht und bloß auf mehr oder weniger passende Vorjudikate verweist. Ist das im Adhäsionsverfahren nachvollziehbar, weil Fragen der Schmerzensgeldbemessung nicht zur Kernkompetenz der Strafgerichte zählen, sollte das namentlich in Verkehrsunfall- und

⁵⁴⁵ So LG Aurich VersR 2019, 887 (L. Jaeger) = Ch. Huber, Fachtagung Personenschaden 2019, 226: Orthopädie/Chirurgie, Pädiatrie, Psychologie.

⁵⁴⁶ BGH NJW-Spezial 2009, 441.

⁵⁴⁷ BGH NJW 1991, 1544; NJW 1976, 1147.

⁵⁴⁸ L. Jaeger/Luckey, Rn. 1195.

⁵⁴⁹ L. Jaeger/Luckey, Rn. 976, 1425.

⁵⁵⁰ So etwa BGH zfs 1996, 132: 12.500 EUR statt 30.000 EUR bei ungewollter Schwangerschaft nach einer Vergewaltigung.

⁵⁵¹ Bamberger/Roth/Spindler (53. Edition), § 253 Rn. 68.

Arzthaftungssachen anders sein, gehört das doch bei solchen Zivilsenaten zum Alltagsgeschäft.⁵⁵²

III. Geringfügigkeitsschwelle

1. Allgemeines

74

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie geringfügig eine Beeinträchtigung auch sein mag, ein realer Schaden ist gleichwohl gegeben.⁵⁵³ Unter Berufung auf die Billigkeit wird aber für ganz geringfügige Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität und der Freiheit kein Schmerzensgeld zuerkannt.⁵⁵⁴

2. Körperverletzung

75

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In der Leitentscheidung NJW 1982, 1043 hat der BGH ausgesprochen, unter welchen Voraussetzungen trotz einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität kein Schmerzensgeld gebührt. Nach einer unzulässigen Emission einer nahe gelegenen Fabrik hatte ein Anwohner vorübergehend Kopfschmerzen und Schnupfen. Er reagierte darauf mit dem Einbau einer gasdichten Türe, deren Kosten er vom Schädiger ersetzt verlangte, und begehrte zugleich Schmerzensgeld. Der BGH wollte plakativ zum Ausdruck bringen, dass man keine Mimosen züchten solle und sprach aus, dass in einem solchen Fall ausnahmsweise kein Schmerzensgeld gebühre. Es handle sich um eine vorübergehende Beeinträchtigung, wie sie auch ohne Einwirkung eines Schädigers im Alltagsleben gelegentlich vorkomme. Die Beeinträchtigung sei nicht wesentlich. Zudem sei die Primärverletzung sowohl von der Art als auch der Intensität geringfügig.

76

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵⁵² Völlig zutreffend *L. Jaeger* VersR 2017, 1022 (1024).

⁵⁵³ AA BayObLG DAR 2002, 38; MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 30; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 706, die schon das Bestehen eines Schadens leugnen.

⁵⁵⁴ Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn. 17.

Die Untergerichte tun sich nicht immer leicht, diesen Vorgaben bei den von ihnen zu beurteilenden Sachverhalten zu genügen. Zu betonen ist, dass nicht bloß auf die Art und Schwere der Verletzung abzustellen ist, sondern auch auf weitere Umstände. Bejaht wurde etwa eine Bagatellverletzung bei drei Ohrfeigen, die ein Lehrer einem Schüler gegeben hatte, weil der Lehrer sich nachher beim Schüler entschuldigt hatte.⁵⁵⁵ Das Bespuken eines Polizisten wurde demgegenüber mit einem Schmerzensgeld von 250 EUR sanktioniert.⁵⁵⁶ Zu billigen ist, dass bei einem Sturz eines Kleinkindes bei einem tief fliegenden Militärflugzeug, wodurch es sich eine geringfügige Beule am Kopf zugezogen hat, jegliches Schmerzensgeld versagt wird, weil Kinder in einem Alter, in dem sie erst gehen lernen, auch sonst schon einmal hinfallen. Bedenklich ist mE demgegenüber, jegliches Schmerzensgeld zu versagen, wenn nach einem Autounfall ein Verletzter einen ganzen Tag von Übelkeit geplagt wird und mehrmals erbrechen muss,⁵⁵⁷ bzw. ein betagter Herr nach einem Hundebiss eine Wunde an der Hand erleidet, was diesen in besonderem Maß aufgeregt hat, so dass es in der Folge zur Harninkontinenz kam.⁵⁵⁸ Der Umstand, dass ein Fahrgast zwei Stunden lang während einer Bahnfahrt die Toilette nicht benutzen konnte, wurde mit einem Schmerzensgeld von etwas über 400 EUR sanktioniert,⁵⁵⁹ was mit den davon ausgehenden präventiven Wirkungen zulasten eines Großunternehmens zu erklären sein dürfte. Bei einer Einlagerung von giftigen Chemikalien in den Haaren des Verletzten wurde zutreffend derzeit ein Schmerzensgeld versagt, weil eine unmittelbare Gesundheitsbeeinträchtigung nicht nachgewiesen werden konnte, aber dem Feststellungsbegehren wegen des Ausbruchs künftiger Krankheiten wurde stattgegeben.⁵⁶⁰ Bei einer allergischen Reaktion wegen der Ausdünstungen von Erfrischungstüchern auf einem Flug wurden 2.000 EUR für angemessen angesehen.⁵⁶¹

77

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Im Zuge des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes wurde erst im allerletzten Moment eine vom Gesetzgeber vorgesehene Bagatellschwelle mit der Begründung gestrichen, dass es eines Eingreifens des Gesetzgebers nicht bedürfe und es der Rechtsprechung überantwortet werden solle, die Erheblichkeitsschwelle bei Bedarf anzupassen.⁵⁶² Manche haben in der vom

⁵⁵⁵ LG Hanau NJW 1991, 2028.

⁵⁵⁶ LG Münster NJW-RR 2002, 1672.

⁵⁵⁷ OLG Hamm SP 2001, 14.

⁵⁵⁸ OLG Köln VersR 1999, 115.

⁵⁵⁹ AG Frankfurt/M. NJW 2002, 2253.

⁵⁶⁰ KG VersR 1991, 826.

⁵⁶¹ OLG Frankfurt NJW-RR 2014, 824.

⁵⁶² Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 14.

Gesetzgeber vorgesehenen und letztendlich nicht realisierten Erheblichkeitsschwelle nichts anderes gesehen als eine Kodifizierung der bestehenden Rechtsprechung.⁵⁶³ Beabsichtigt war indes eine Anhebung über die bisherige Rechtsprechung hinaus.⁵⁶⁴ De lege lata wird aber eine Möglichkeit zur Anhebung verneint.⁵⁶⁵

78

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Auch wenn der BGH⁵⁶⁶ betont, dass er durch den Gesetzeswortlaut gehindert sei, weiterzugehen als in der Entscheidung NJW 1992, 1043, so ist darauf zu verweisen, dass der Begriff der Billigkeit der Rechtsprechung so viel Ermessensfreiraum verschafft, dass es auch nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut zu einer Anhebung kommen wird, wenn der entsprechende Wille des Höchstgerichts vorhanden ist.⁵⁶⁷ Mit der vom Gesetzgeber des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes ursprünglich vorgesehenen und erst im letzten Moment durch den Rechtsausschuss gestrichenen Bagatellschwelle haben die Haftpflichtversicherer darüber hinaus die Hoffnung verknüpft, dass auf diese Weise bei nicht objektivierbaren HWS-Verletzungen ersten Grades ein Ersatz stets zu versagen gewesen wäre.⁵⁶⁸ Das wäre bei Kodifizierung einer Erheblichkeitsschwelle problematisch gewesen und ist es ohne solche gesetzliche Fixierung umso mehr. Solche häufig vorkommenden Verletzungen⁵⁶⁹ zeichnen sich dadurch aus, dass in vielen Fällen ungewiss ist, ob es durch den Unfall tatsächlich zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung gekommen ist oder ob das nicht der Fall ist.⁵⁷⁰ Für Simulanten ist der häufig zuerkannte Betrag von 500 EUR zu viel, und für solche, die wirklich eine Gesundheitsbeeinträchtigung erlitten haben, ist er zu gering. Es bleibt in diesen Fällen nichts anderes übrig, als nach dem richterlichen Judiz zu entscheiden, ob der Anspruchsteller zur einen oder anderen Gruppe gehört.⁵⁷¹

⁵⁶³Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 51.

⁵⁶⁴*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 103 ff.; *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 163.

⁵⁶⁵Ausführlich *Freymann*, in: FS L. Jaeger (2014) 295 ff. mit dem Fazit auf S. 308: „De lege lata erscheint die Ausweitung der Bagatellgrenze ausgeschlossen.“

⁵⁶⁶BGH NJW 1992, 1043; NJW 1993, 2173; *G. Müller* VersR 1993, 909 (910).

⁵⁶⁷*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 117.

⁵⁶⁸*Küppersbusch/Höher*, Rn. 285.

⁵⁶⁹*Dannert* NZV 1999, 453 (460): 400.000 pro Jahr, davon 200.000 solche ersten Grades.

⁵⁷⁰*G. Müller* VersR 2003, 1 (4).

⁵⁷¹Dazu ausführlich *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 103 ff.

3. Freiheit

79

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ähnliche Abgrenzungsprobleme ergeben sich bei Beeinträchtigung der Freiheit. Bagatellen sollen auch hier nicht mit einem Schmerzensgeld geahndet werden,⁵⁷² freilich hat die Maßregelung derjenigen, die rechtswidrig die Freiheit, ein Rechtsgut von besonders hohem Rang, beeinträchtigt haben, besonders hohes Gewicht. Es werden auch ganz geringfügige Beträge schon wegen der plakativen Wirkung des Verurteilten zugesprochen, so etwa 100 EUR wegen eines zweistündigen Einsperrens nach einer Razzia⁵⁷³ oder 50 EUR wegen eines unberechtigten kurzfristigen Festhaltens eines vermeintlichen Ladendiebs.⁵⁷⁴ Entsprechendes gilt für unwürdige Haftbedingungen. Das BVerfG⁵⁷⁵ hat ausgesprochen, dass ein Begehren von 850 EUR für eine 2-stündige Festnahme in der Nacht unter erschwerten Bedingungen – Abnahme von Hand- und Kniegelenksbandagen trotz Vorlage eines Schwerbehindertenausweises – nicht völlig außerhalb eines denkbaren Rahmens liege, weshalb es verfassungswidrig war, der Anspruchstellerin Prozesskostenhilfe nach Zahlung einer Ersatzleistung von 100 EUR zu versagen. Bei einem kurzen Zeitraum – 2 Tage – wird mitunter⁵⁷⁶ die Feststellung von Rechtswidrigkeit und Verschulden für die Genugtuung des Verletzten für ausreichend angesehen,⁵⁷⁷ bei längerer Dauer wird eine Geldentschädigung zugebilligt, die mitunter bloß symbolischen Charakter hat.⁵⁷⁸ Mitunter ist der Anspruch davon abhängig, dass der Betroffene ein Abhilfebegehren geäußert hat.⁵⁷⁹ Bei einer unberechtigten 2-monatigen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus mit medikamentöser Zwangsernährung wurde eine Ersatzbetrag von 25.000 EUR zugebilligt, weil die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus demütigender sei als

⁵⁷²L. Jaeger/Luckey, Rn. 358; Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 14, 71; OLG Koblenz NJW 2000, 962.

⁵⁷³LG Göttingen NJW 1991, 236.

⁵⁷⁴AG Regensburg NJW-RR 1999, 1402; kritisch dazu Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 52.

⁵⁷⁵BVerfG BeckRS 2019, 32776 = MDR 2020, 632.

⁵⁷⁶BGH NJW 2005, 58.

⁵⁷⁷BGH NJW 2004, 1241; strenger jedoch BVerfG VersR 2016, 1322: Der bloße Ausspruch, dass eine zunächst rechtmäßige Anhaltung, die jedoch ohne unverzügliche richterliche Vorführung sodann rechtswidrig war, nicht verfassungskonform ist, reicht nicht aus; vielmehr ist die Zuerkennung einer Geldentschädigung geboten. Ähnlich OLG Koblenz MDR 2018, 795 = NVwZ-RR 2018, 615: 400 EUR für unberechtigte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus für 13 Stunden.

⁵⁷⁸So wohl OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1267: 2.000 EUR für 157 Tage in einer 9 m² großen Zelle ohne gesondert entlüfteter Toilette mit einem Mitgefangenen; Verurteilung und damit öffentliche Anprangerung der Verhältnisse für Genugtuung des Anspruchstellers im Vordergrund.

⁵⁷⁹OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1267.

eine Haft und zu dem eine – auch unberechtigte Unterbringung – für den Betroffenen für seine weitere Zukunft stigmatisierend sein kann.⁵⁸⁰ Der Tagessatz bewegt sich in Anlehnung an § 7 Abs. 3 StEG von 11 EUR bzw. 20 EUR pro Tag.⁵⁸¹

IV. Vergleichbarer Zuspruch bei vergleichbaren Verletzungen – Schmerzensgeldtabellen

80

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Bemessung	ff.
Schmerzensgeld	Tabelle	ff.

Die Schmerzensgeldbemessung steht im Spannungsverhältnis zwischen einer gleichförmigen Festsetzung des Ersatzbetrags für vergleichbare Verletzungen⁵⁸² und der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.⁵⁸³ Die Schmerzensgeldtabellen haben gegenüber der Orientierung am eigenen (OLG-)Sprenkel den Vorzug der Herausbildung eines bundeseinheitlichen Niveaus.⁵⁸⁴ Schmerzensgeldtabellen, insbesondere in elektronisch aufbereiteter Form,⁵⁸⁵ sind ein vorzügliches Hilfsmittel, ein Präjudiz aufzufinden,⁵⁸⁶ einen Orientierungsrahmen zu haben,⁵⁸⁷ eine Orientierungshilfe,⁵⁸⁸ ein Mittel mit informativem Charakter, aber ohne Bindung auch nur eines Rahmens nach unten und oben,⁵⁸⁹ sowie auszuloten, in welchem Rahmen sich ein Zuspruch bewegen kann.⁵⁹⁰ Mitunter erfolgt der Hinweis, dass ein Zuspruch über einem bestimmten Betrag für gravierendere Verletzungen vorbehalten ist.⁵⁹¹ Zu beachten ist, ob sich der ausgeurteilte

⁵⁸⁰ OLG Karlsruhe VersR 2016, 254.

⁵⁸¹ KG NJW-RR 2005, 1478; OLG Koblenz BeckRS 2006, 04320; sehr viel großzügiger allerdings OLG Celle NJW 2003, 2463: 100 EUR pro Tag.

⁵⁸² Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 27; MüKoBGB⁹/*Oetker* § 253 Rn. 37.

⁵⁸³ *Born* NZV 2016, 545 (546).

⁵⁸⁴ *Luckey* SVR 2014, 125 (127); *Slizyk* SVR 2014, 10 (13).

⁵⁸⁵ Aktuell: *L. Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, 10. Aufl. 2020; *Hacks/Wellner/Häcker*, Schmerzensgeld-Beträge, 38. Aufl. 2020; *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld (2013); *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 16. Aufl. 2020; ADAJUR.

⁵⁸⁶ Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 44.

⁵⁸⁷ *Slizyk* SVR 2014, 10 (12).

⁵⁸⁸ OLG Frankfurt aM GesR 2018, 264 = BeckRS 2017, 139887.

⁵⁸⁹ *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 212.

⁵⁹⁰ OLG Nürnberg NJOZ 2006, 1674: 80.000 EUR angemessen; 120.000 EUR ist außerhalb des vertretbaren Rahmens.

⁵⁹¹ ZB OLG Saarbrücken NJW 2011, 3169; OLG Naumburg VersR 2011, 1273.

Betrag in das Gesamtsystem der von den Gerichten entwickelten Schmerzensgeldjudikatur einfügt.⁵⁹² Bei großzügigen Zusprüchen findet sich gelegentlich die Formulierung, dass das Entschädigungsgefüge nicht gesprengt, sondern nur fortgeschrieben werde.⁵⁹³ Bedeutsam ist dabei die umfassende Herausarbeitung der Fallähnlichkeit.⁵⁹⁴ Den genau gleichgelagerten Fall gibt es nicht.⁵⁹⁵ Zu beachten sind namentlich die wechselseitigen Auswirkungen von Verletzungen,⁵⁹⁶ was – vor allem von zur Entscheidung berufenen fachfremden Gerichten – nicht immer bewältigt wird.⁵⁹⁷

Es werden 3000 Entscheidungen pro Jahr veröffentlicht; es gibt aber eine Mio Verletzungen; weder außergerichtliche noch gerichtliche Vergleiche werden erfasst; die allermeisten Fälle werden außergerichtlich reguliert, so im Bereich der Arzthaftung 92 %, ⁵⁹⁸ bei Verkehrsunfällen dürfte die Quote noch höher sein. Eine „Präzision auf Heller und Pfennig“ ist dabei freilich nicht möglich.⁵⁹⁹ Mitunter wird allerdings das Ermessen sehr großzügig gehandhabt:⁶⁰⁰ Bei Schwerstbeeinträchtigungen seien nur grobe Abgrenzungen möglich, weshalb nicht rational bemessen könne, ob 500.000 EUR, 700.000 EUR oder 800.000 EUR angemessen seien, es gehe letztlich immer nur um symbolischen „Ausgleich“. Aus den Tabellen geht insbesondere nicht hervor, wie umfassend der Geschädigtenanwalt vorgetragen hat, was einen beträchtlichen Einfluss auf den Umfang des Zuspruchs hat.⁶⁰¹ Auch wird nicht immer offengelegt, welche Partei ein Rechtsmittel eingelegt hat, so dass ein höherer oder geringerer Betrag zugesprochen worden wäre, dem Gericht aber die Hände gebunden waren.⁶⁰² Ein Präjudiz ist aber nicht mehr als ein Anhaltspunkt.⁶⁰³ Insbesondere gibt es keine Gliedertaxen.⁶⁰⁴ Eine mechanische Anwendung hat

⁵⁹² OLG Hamm NJW-RR 2014, 281.

⁵⁹³ OLG Frankfurt aM GesR 2018, 264 = BeckRS 2017, 139887.

⁵⁹⁴ OLG München SP 2015, 44: Erfordernis der Bezugnahme auf 15 Variablen.

⁵⁹⁵ OLG Naumburg NZV 2015, 141: Zuspruch von 12.000 EUR; 6.000 EUR ließen sich unter Bezugnahme auf Schmerzensgeldtabellen auch begründen.

⁵⁹⁶ Prototypisch LG Aurich VersR 2019, 887 (*L. Jaeger*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 226: Amputation beider Unterschenkel sowie Erfordernis von Hauttransplantationen bei einem 5-jährigen: Auswirkungen unter anderem auf Schulter- und Armmuskulatur sowie Rücken und Hüfte, Regulation der Körpertemperatur, psychische Folgen, namentlich in der Pubertät.

⁵⁹⁷ LAG Nürnberg MedR 2018, 332 (*L. Jaeger*): Zuspruch von 150.000 EUR bei Ansteckung mit Hepatitis C, vergleichbare Zusprüche von 100.000 EUR bis 150.000 EUR betrafen indes viel gravierendere Verletzungen.

⁵⁹⁸ *Born* NZV 2016, 545 (547).

⁵⁹⁹ KG VersR 2011, 275; *Slizyk* SVR 2014, 10 (11).

⁶⁰⁰ OLG München BeckRS 2020, 901.

⁶⁰¹ *Höke* NZV 2014, 1 (3).

⁶⁰² *Luckey* SVR 2014, 125 (128).

⁶⁰³ OLG Karlsruhe VersR 2001, 1175; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 54.

zu unterbleiben. Insbesondere dürfen einzelne Verletzungsfolgen nicht jeweils gesondert betrachtet und die dafür gebührenden Schmerzensgelder aufaddiert werden.⁶⁰⁵ Es hat eine Orientierung an der schwersten Verletzung zu erfolgen, zu der es dann Zuschläge gibt.⁶⁰⁶ Die Anknüpfung an ein Judiz setzt Übereinstimmung in möglichst vielen Sachverhaltselementen voraus, wofür die Sensibilität – wegen der Bindung eines solchen Judizes – im common law stärker ausgeprägt ist als im deutschen Recht.⁶⁰⁷ Nicht immer wird darauf geachtet, dass die prägende Verletzung deutlich zum Ausdruck kommt.⁶⁰⁸ Der Richter kann vom bisherigen Schema abweichen,⁶⁰⁹ freilich muss er das dann besonders begründen.⁶¹⁰ Ansonsten käme es zu einer unerwünschten Zementierung des Status quo.⁶¹¹ Häufig erfolgt bei Zubilligung besonders hoher Beträge ein Hinweis, dass sich der Zuspruch noch im üblichen Rahmen der in Deutschland zugesprochenen Schmerzensgelder bewege, somit vergleichsweise moderat sei⁶¹² bzw. keine Ausreißerentscheidung vorliege.⁶¹³ Dem Bedenken, dass solche Beträge der Versichertengemeinschaft nicht zumutbar seien,⁶¹⁴ wird entgegengehalten, dass darauf

⁶⁰⁴Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang darauf, dass eine Arbeitsgruppe des europäischen Parlaments ein Barème ausgearbeitet hat, wonach zumindest die Determinanten der sachverständigen Beurteilung von Verletzungen im Hinblick auf die erlittenen Schmerzen im Rahmen der EU vereinheitlicht werden sollen; diese Vorschläge wurden und werden auf den Europäischen Verkehrsrechtstagen diskutiert – und eines Tages wohl in eine Richtlinie münden.

⁶⁰⁵OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 1165; SP 2006, 205; KG BeckRS 2019, 30230; *Luckey*, in: FS Eggert (2008) S. 181, 192.

⁶⁰⁶*Wenker* NZV 2014, 241 (242); OLG Hamm BeckRS 2015, 06907: 300.000EUR bei Tetraplegie mit weiteren Krankheitsbildern.

⁶⁰⁷Überaus anschaulich *Luckey*, in: FS Eggert (2008) S. 181, 185 f. unter zutreffendem Hinweis darauf, dass die Sachverhaltsschilderung im englischen Recht wesentlich präziser ist als im deutschen Recht.

⁶⁰⁸*Luckey* SVR 2014, 125 (126).

⁶⁰⁹OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Bezugnahme auf OLG Frankfurt/M VersR 1996, 1509 unter Hinweis darauf, dass es sich dabei um eine „Ausreißerentscheidung“ – nach oben – gehandelt habe.

⁶¹⁰*G. Müller* VersR 1993, 909 (916).

⁶¹¹Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 30.

⁶¹²KG NJOZ 2005, 4637: 500.000 EUR.

⁶¹³OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

⁶¹⁴So apodiktisch mahrend BGH VersR 1976, 967; ähnlich OLG Zweibrücken BeckRS 2018, 36147: Zu berücksichtigen auch das nach allgemeinen volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten für den Schädiger wirtschaftlich Zumutbare; wirtschaftliche Belange des Ersatzpflichtigen nicht aus den Augen zu verlieren; zu bedenken, dass Gemeinschaft der Versicherten mit Schmerzensgeld belastet wird; Gefahr bei zu reichlichem Schmerzensgeld, dass Schmerzensgeldgefüge aufgebläht wird; auf solche Kriterien bezugnehmend und zur Restriktion mahrend *A. Diederichsen* VersR 2005, 433 (438); ähnlich OLG München BeckRS 2020, 901: Auch bei allerschwersten Beeinträchtigungen „Schallgrenze“ von (derzeit) 600.000 EUR, um das Haftungsrisiko in diesem Bereich (Arzthaftung) überhaupt noch kalkulierbar und versicherbar zu halten. Gegen eine solche Schallgrenze zu Recht

abzustellen sei, was redlich denkende und fühlende Menschen als angemessen ansehen.⁶¹⁵ Das eine wie das andere ist eine Leerformel, die in der Sache nicht weiterhilft. Nicht immer wird die Höhe des Schmerzensgeldes – ausführlich – begründet.⁶¹⁶

81

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass die in den Schmerzensgeldtabellen verwerteten Tabellen einen Sachverhalt erfassen, der sich in der Vergangenheit abgespielt hat. Solche Entscheidungen sind daher aufzuwerten,⁶¹⁷ was bei der zunehmend zu beobachtenden ausdrücklichen Bezugnahme auf Vorentscheidungen im Regelfall unterbleibt.⁶¹⁸ Einerseits ist zu bedenken, dass eine Anpassung an Inflation und Wirtschaftswachstum zu erfolgen hat;⁶¹⁹ die Aufwertung um den Verbraucherpreisindex wäre daher zu gering.⁶²⁰ Immerhin gibt sie eine Bezugsgröße, weshalb es hilfreich wäre, wenn – wie im Standardwerk zum Schmerzensgeld in Österreich,⁶²¹ wo das in der elektronischen Version mit wenigen Klicks ermittelbar ist – auch in den deutschen Schmerzensgeldtabellen der dem historischen Zuspruch entsprechende, nach dem Verbraucherpreisindex aufgewertete heutige Wert ausgewiesen würde. Andererseits ist eine Tendenz in der Rechtsprechung nachzuweisen, eine stärkere Anhebung vorzunehmen,⁶²²

OLG Oldenburg BeckRS 2020, 5200; Zum Sinken des Anteils des Schmerzensgeldes am Gesamtschaden bei schweren und schwersten Verletzungen trotz signifikanter Anhebung der Schmerzensgelder sowie dessen relativ geringer Bedeutung an den Aufwendungen der Haftpflichtversicherer *L. Jaeger* VersR 2009, 159 (162).

⁶¹⁵KG KGR 2004, 510; NZV 2004, 473; OLG München OLGR 2006, 92; OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Frankfurt aM GesR 2018, 264 = BeckRS 2017, 139887.

⁶¹⁶Prototypisch OLG Hamm NZV 2013, 190: „Die Höhe des ausgeurteilten Schmerzensgeldes steht auch im Einklang mit der Vergleichsrechtsprechung.“; OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): „Der Betrag entspricht dem, was allgemein an Schmerzensgeld für derartige Beeinträchtigungen zugesprochen wird.“

⁶¹⁷OLG Nürnberg NJOZ 2006, 1674: Vorbildlich unter ausdrücklicher Bezugnahme auf eine Indexanpassung; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39; OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468.

⁶¹⁸OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 602.

⁶¹⁹Zum Tempo der Anhebung der Höchstbeträge *L. Jaeger* VersR 2009, 159 f.

⁶²⁰Kritisch zur Anknüpfung an den Verbraucherpreisindex Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 55.

⁶²¹*Danzl*, Handbuch Schmerzensgeld (2019).

⁶²²Zu den beträchtlichen Sprüngen im Lauf der Zeit bei schwersten Verletzungen *Luckey* SVR 2014, 125 (127); OLG München SP 2010, 396; OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2009, 1684 = jurisPR-VerkR 24/2009 Anm. 4 (*Krämer*); OLG Brandenburg VersR 2005, 953; OLG Köln NJW-RR 2002, 962; OLG Köln VersR 1995, 549.

insbesondere bei schweren Verletzungen,⁶²³ während bei leichten und mittleren Verletzungen eine Stagnation auf mäßigem Niveau festzustellen ist.⁶²⁴ Mitunter erfolgt auch bloß ein pauschaler Verweis auf die in der Zwischenzeit eingetretene Geldwertverdünnung.⁶²⁵ Eine Aufwertung unter expliziter Bezugnahme auf den Verbraucherpreisindex liefert dem gegenüber eine präzisere Ausgangsgröße.⁶²⁶ Das OLG Frankfurt/M.⁶²⁷ führt zusätzlich ins Treffen, dass einerseits die Dauer des Krankenhausaufenthalts als Indikator für die Schwere der Verletzung herangezogen wird, andererseits aber die Behandlungsmethoden zunehmend einen kürzeren Spitalaufenthalt ermöglichen. Die Schwere der Verletzung bleibt aber gleich, was bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen ist. Das LG München I⁶²⁸ hat deshalb als Ansatzpunkt bei der Festsetzung der Schmerzensgeldhöhe in einem besonders tragischen Fall angeknüpft an die Entwicklung der Immobilienpreise – aufgrund der Zuständigkeit des Gerichts ist das zu vermuten – im Großraum München und ist dabei gegenüber einer damals 15 Jahre alten Vorentscheidung zu einer Steigerungsrate von über 100 % gekommen.⁶²⁹ Zu betonen ist dabei, dass auf diese Weise zwei Gesichtspunkte vermengt wurden, die besser getrennt werden sollten, nämlich die Anpassung an Inflation und Wirtschaftswachstum einerseits und die überproportionale Anhebung der Schmerzensgelder für Schwerstverletzte andererseits.⁶³⁰

82

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

*L. Jaeger*⁶³¹ hat völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass die Indexierung unzureichend ist, wenn man jeweils bloß auf das Entscheidungsdatum abstellt.⁶³² Vielmehr ist zu bedenken, dass der Sachverhalt sich wesentlich früher ereignet hat und der Geschädigte allenfalls bis zum Ende

⁶²³ OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18736: Beinamputation. *Küppersbusch/Höher*, Rn. 281, Fn. 1019 unter Hinweis auf eine EntschlieÙung auf dem VGT 1977, das Schmerzensgeld bei Bagatellverletzungen ganz entfallen zu lassen, bei mittleren Verletzungen die Steigerungsrate zu drosseln und bei schwersten Verletzungen eine Aufstockung vorzunehmen.

⁶²⁴ *Ziegler/Ehl* JR 2010, 1 (2).

⁶²⁵ OLG Hamm NJW-RR 2014, 1238; OLG Naumburg NZV 2014, 471; OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18736.

⁶²⁶ So OLG Koblenz MDR 2014, 220.

⁶²⁷ OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2009, 1684 = jurisPR-VerkR 24/2009 Anm. 4 (*Krämer*).

⁶²⁸ LG München I NJW-RR 2001, 1246.

⁶²⁹ Bei Abstellen auf die Immobilienpreise nicht nur in München, sondern auch in Berlin, Hamburg oder Frankfurt wäre die Steigerungsrate im Zeitfenster von 2005 bis 2020 wohl deutlich höher ausgefallen.

⁶³⁰ Auf beide Phänomene hinweisend *Küppersbusch/Höher*, Rn. 281.

⁶³¹ *L. Jaeger* VersR 1999, 1019.

⁶³² Ebenso *Diehl* zfs 2007, 10 (11).

der mündlichen Verhandlung erster Instanz in der Lage war, sein Schmerzensgeldbegehren der seit der Verletzung eingetretenen Entwicklung, nämlich der allgemeinen Anhebung des Niveaus der Schmerzensgeldzusprüche, anzupassen. Selbst der Anwalt wird dem Begehren die Werte zugrunde legen, die er der rechtswissenschaftlichen Literatur entnimmt; und auch diese hinkt notwendigerweise hinterher, weil sie bloß Rechtsprechung der Vergangenheit berücksichtigen kann. Hinzu kam in der Vergangenheit, dass in den Urteilen bloß die Beträge zuerkannt wurden, die der Geschädigte begehrt hat, mögen sie auch hinter dem angemessenen Schmerzensgeld zurückgeblieben sein.⁶³³ Durch die Änderung der Rechtsprechung, wonach das Gericht bei einem auf einen Mindestbetrag gerichteten Begehren ein nach oben offenes Schmerzensgeld zusprechen kann, ist dieser Störfaktor mittlerweile beseitigt. Verwiesen wird darauf, dass im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung häufig höhere Schmerzensgelder gezahlt werden, was die Repräsentativität der in den Tabellen abgebildeten Beträge beeinträchtigt.⁶³⁴

83

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Schmerzensgelder ab 100.000 EUR werden zuerkannt bei kognitiven Beeinträchtigungen nach schweren Hirntraumen oder der Amputation der unteren Gliedmaßen **bzw.** der Angewiesenheit auf einen Rollstuhl.⁶³⁵ An Spitzenwerten beim Schmerzensgeld seien genannt die Entscheidungen, in denen 500.000 EUR zuerkannt worden sind,⁶³⁶ was das OLG Köln⁶³⁷ „seit einigen Jahren“ in schweren Geburtsschadensfällen regelmäßig ausurteilt, aber auch als (derzeitige) Obergrenze ansieht.⁶³⁸ Das ist schon deshalb bedenklich, weil die fortlaufende Inflation dazu führt, dass dieser Betrag kontinuierlich sinkt, was der Tendenz der Anhebung der Schmerzensgelder bei schwer(st)en Verletzungen diametral entgegenläuft.⁶³⁹ Manche OLG⁶⁴⁰

⁶³³Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 **Rn.** 30.

⁶³⁴*Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 212 f.

⁶³⁵OLG Celle BeckRS 2014, 02432; Zu besonders hohen Schmerzensgeldern sei verwiesen auf den seit November 2015 von *Wellner* herausgegebenen Infobrief Spezial Hohe Schmerzensgeldbeträge.

⁶³⁶LG München I NJW-RR 2001, 1246; KG NJOZ 2005, 4637; OLG Köln VersR 2007, 219; OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 3986; OLG Hamm VersR 2017, 1017 (*L. Jaeger*); KG VersR 2018, 1202 (*L. Jaeger*) = MedR 2018, 575 (*Ch. Huber*); OLG Oldenburg RDG 2020, 33.

⁶³⁷ OLG Köln BeckRS 2018, 33093; VersR 2019, 697: Hinweis auf eine Globalbetrachtung, wobei es dann nicht darauf ankomme, ob auch Epilepsie und Tetraspastik gegeben sei; OLG Köln MedR 2015, 737 (*L. Jaeger*): Zuspruch von mehr als 600.000.- EUR, unter Hinweis darauf, dass nur der Kläger Berufung eingelegt hatte.

⁶³⁸ Ähnlich OLG Hamm BeckRS 2018, 33312 = MedR 2019, 609 (*Bergmann/Wever*) unter Bezugnahme auf Entscheidungen, die deutlich älter als 10 Jahre sind, ua OLG Hamm VersR 2002, 324.

⁶³⁹ So nachdrücklich LG Gießen BeckRS 2019, 34307; *L. Jaeger* VersR 2019, 40 (42).

sprechen bei vergleichbaren Verletzungen deutlich weniger zu. Die neueste Rechtsprechung hat diese Schallmauer freilich durchbrochen.⁶⁴¹ Schmerzensgelderhöhend wirkt sich aus, wenn die verletzte Person noch ein (wenn auch nur partielles) Erinnerungsvermögen an den Zustand vor dem schädigenden Ereignis hatte, weshalb in solchen Fällen noch höhere Schmerzensgelder gebühren als in den Geburtsschadensfällen.⁶⁴² Diese Spitzenbeträge, die in der außergerichtlichen Schadensregulierung häufig noch übertroffen werden, wirken sich auf die Belastung der Haftpflichtversicherungswirtschaft und damit auf die Haftpflichtversicherungsprämien der Versicherungsnehmer nur ganz marginal aus, weil es sich um Einzelfälle handelt.⁶⁴³ Zudem gab es in den letzten Jahren beträchtliche Einsparungspotenziale beim Kfz-Sachschaden, namentlich bei den Mietwagenkosten und den Stundenverrechnungssätzen der Werkstätten bei der fiktiven Abrechnung älterer Kfz.⁶⁴⁴ ME besteht die Tendenz, das Schmerzensgeld allein nach der Schwere der Verletzung abzustufen. Wenn die Richter den erbärmlichen Zustand der verletzten Person in einem Lokalaugenschein wahrnehmen, sind sie emotional meist so betroffen, dass sich das förderlich auf die Höhe des Schmerzensgeldes auswirkt.⁶⁴⁵ ME angemessener wäre, den Umstand stärker zu betonen, wie

⁶⁴⁰ OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 17075: 350.000 EUR; OLG Bamberg MedR 2017, 548 (*L. Jaeger*): 350.000; OLG Hamm BeckRS 2015, 122522: 400.000 EUR; VersR 2017, 1019 (*L. Jaeger*): 250.000 EUR.

⁶⁴¹ KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*L. Jaeger*): 653.000 EUR; OLG Celle NZV 2012, 547: 612.000 EUR; LG Zweibrücken MedR 2009, 89 (*L. Jaeger*) = NJOZ 2009, 3241: 500.000 EUR Kapital und 500 EUR monatliche Rente, was einem Barwert von ca. 119.000 EUR entspricht, somit 619.000 EUR; OLG Jena BeckRS 2009, 89212: 600.000 EUR; KG NJW-RR 2012, 920: 650.000 EUR; OLG Frankfurt GesR 2018, 264 = BeckRS 2017, 139887: 560.000 EUR; LG Kiel VersR 2006, 279: 500.000 EUR Kapital und eine Schmerzensgeldrente, deren Kapitalwert ca. 115.000 EUR beträgt, somit 615.000 EUR; LG Köln BeckRS 2014, 119981: 600.000 EUR; LG Aachen BeckRS 2012, 2052: 700.000 EUR; LG Aurich VersR 2019, 887 (*L. Jaeger*): 800 000 EUR Schmerzensgeld für beidseitige Unterschenkelamputation und körperliche Verunstaltung; dazu *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197, 226 ff.; LG Gießen BeckRS 2019, 34307: 800.000 EUR.

Nach Ansicht von *L. Jaeger* wären statt 800.000.- EUR 2 Mio EUR angemessen gewesen. Deutlich zurückhaltender aber OLG Braunschweig VersR 2004, 924: 350.000 EUR ausreichend, 500.000 EUR überhöht. Zu der unterschiedlichen Spruchpraxis der einzelnen OLG mit beeindruckenden Nachweisen der Unterschiede der jeweiligen Rechtsprechung *L. Jaeger* VersR 2009, 159 (161).

⁶⁴² KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*L. Jaeger*): 4 ½-jähriges Kind; LG Aachen BeckRS 2012, 02052: 2 ½-jähriges Kind.

⁶⁴³ Kritisch hingegen, auf die Gefahr der Aufblähung des Schmerzensgeldvolumens hinweisend *Halm* DAR 2001, 430; *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 24.

⁶⁴⁴ *Ch. Huber*, in: FS L. Jaeger (2014) 309, 318 ff.; *Höke* NZV 2014, 1 (2).

⁶⁴⁵ LG München I NJW-RR 2001, 1246: Augenschein des Verletzten durch zwei Mitglieder der Kammer zum Untersuchungstermin im Pflegeheim; OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 3986: Miterleben eines epileptischen Anfalls in der mündlichen Verhandlung; OLG Schleswig NJW-RR 2019, 347: Beeinträchtigungen in der mündlichen Anhörung unschwer zu bemerken; Verletzte benötigte Hilfe der Eltern, um überhaupt die Anhörung „durchzustehen“.

belastend der Verletzte die Beeinträchtigung empfindet.⁶⁴⁶ Wer das intellektuell verarbeiten muss, ist stärker beeinträchtigt als eine empfindungslose menschliche Hülle; wer die Freuden des Lebens niemals empfunden hat, weiß nicht in dem Maße, was ihm entgeht, während einer, der mitten aus dem Leben gerissen wurde, insoweit mehr mit seinem Schicksal hadern wird.⁶⁴⁷

83a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bisher wurde in erster Linie darauf geachtet, ob sich ein Zuspruch in das bisherige Schmerzensgeldgefüge einordnet und dieses nicht sprengt. Viel weniger in den Blick genommen wurde, ob die – pro Tag – zuerkannten Beträge für körperliche bzw. seelische Schmerzen einerseits und eine Freiheitsentziehung andererseits im Vergleich zu einander stimmig sind. Auch wenn einzuräumen ist, dass der Entzug der Freiheit ein besonders hochrangiges Rechtsgut ist, sind es die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität nicht minder, bei Licht betrachtet ist sogar die gravierendere Beeinträchtigung gegeben. So verweist *L. Jaeger*⁶⁴⁸ zutreffend darauf, dass beim höchsten bisher vorgenommenen Zuspruch an Schmerzensgeld⁶⁴⁹ der Tagessatz bei 27 EUR liegt, während er bei einer Freiheitsentziehung mit 88 EUR angesetzt wurde.

V. Neue Bemessungsansätze

1. Präzisierung durch Erkenntnisse der Lebenszufriedenheitsforschung

83b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁶⁴⁶Vorbildlich insoweit OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: 32-jähriger EDV-Techniker, der mitten aus dem Leben gerissen wurde. Bei Beeinträchtigung der Stoffwechselorgane und trotz Fehlens einer Querschnittlähmung Zuspruch von 250.000 EUR.

⁶⁴⁷Ebenso nachdrücklich *L. Jaeger* VersR 2009, 159 (164); *ders.*, VersR 2018, 1206 (1207 f.); gegenteilig OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12, das bei einer 39-jährigen Verletzten einen geringeren Zuspruch gegenüber einem 3 ½-jährigen Kind bei vergleichbarer Verletzung damit begründet hat, dass bei einer 39-Jährigen eine Anknüpfung an das vor dem Unfall geführte Leben wenigstens zum Teil möglich ist. Moderater Zuspruch auch durch das OLG Hamm jurisPR-VerkR 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 223: 400.000 EUR (ohne Zuschlag für ungebührliches Regulierungsverhalten) an 18-jährige Querschnittgelähmte, die mitten aus dem Leben gerissen wurde; diesen Umstand schmerzensgelderhöhend berücksichtigend jedoch OLG Schleswig NJW-RR 2019, 347: 22-jährige Studentin der Verfahrenstechnik, die erst wieder lesen und rechnen lernen musste.

⁶⁴⁸ VersR 2019, 892 f.

⁶⁴⁹ LG Aurich VersR 2019, 887 (*L. Jaeger*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 226.

Ein neuer, insbesondere im anglo-amerikanischen Bereich entwickelter Ansatz ist die Lebenszufriedenheitsforschung.⁶⁵⁰ Mithilfe empirischer Methoden soll der Einfluss von Ereignissen, wie etwa Verletzungen, auf die Lebenszufriedenheit als Annäherung an das ökonomische Konzept des Nutzens „objektiv“ messbar sein.⁶⁵¹ Der interdisziplinäre Ansatz, an dem namentlich Psychologen, Soziologen und Wirtschaftswissenschaftler beteiligt sind, strebt an, Beeinträchtigungen der Lebenszufriedenheit mangels Marktpreisen mithilfe von repräsentativen Befragungen über „Schattenpreise“ quantitativ festlegen zu können.⁶⁵² Das könnte dazu führen, die nach der Ausgleichskomponente zu bemessende Entschädigung präziser zu erfassen. Der Umstand, dass Termini in mathematische Gleichungen gegossen werden und damit eine Scheingenaugigkeit suggerieren⁶⁵³ und deutsche Begriffe mit englisch-sprachigen – law and happiness, subjective well-being, luck, experience, sampling method, affective forecasting usw.⁶⁵⁴ – unterlegt werden, bringt freilich überhaupt keinen Erkenntnisfortschritt. Eine zentrale Aussage dieser Richtung liegt immerhin darin, dass Menschen auch nach herben Schicksalsschlägen, etwa einer Querschnittlähmung, nach einer gewissen Zeit – 3 bis 5 Jahren⁶⁵⁵ – fast so glücklich sind wie vorher,⁶⁵⁶ was als „hedonistische Anpassung“ bezeichnet wird.⁶⁵⁷ Banaler kann man das in die Worte fassen: Es ist häufig halb so schlimm wie befürchtet. Die Schlussfolgerung wäre, Langzeitfolgen mit einem geringeren Schmerzensgeld abzugelten,⁶⁵⁸ jedenfalls aber, die Phase der Umstellung bis zum Erreichen eines neuen Gleichgewichtszustands, nämlich dem, in dem sich der Verletzte auf die neue Situation eingestellt und damit abgefunden hat, nicht mehr alles unternehmen zu können, mit relativ höheren Ersatzbeträgen zu bewerten.⁶⁵⁹ Das monetäre Äquivalent für eine besonders schwere Verletzung wird unter Bezugnahme auf eine englische Studie mit 58.000 Pfund pro Jahr beziffert;⁶⁶⁰ welche dramatische Anhebung der Schmerzensgelder das zur Folge hätte, kann man sich leicht ausrechnen. Behauptet wird umgekehrt, dass Einkommen und Vermögen einen geringen Einfluss auf das subjektive Wohlergehen ausüben,⁶⁶¹ woraus abgeleitet werden könnte, dass Schmerzensgelder auch moderat ausfallen könnten, weil sie ihr eigentliches Ziel ohnehin nicht erreichen. Das sind gerade

⁶⁵⁰ *Arntz* NJW 2017, 3329 ff.; *von Schönfeld*, r + s 2018, 639 ff.; *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 ff.; *Korch* JZ 2019, 491 ff.

⁶⁵¹ So die Behauptung von *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (35, 37): Neues umfassendes Wohlfahrtsmaß.

⁶⁵² *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32, 42; *Korch* JZ 2019, 491 (494).

⁶⁵³ So bei *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (46).

⁶⁵⁴ So bei *Korch* JZ 2019, 491 ff.

⁶⁵⁵ *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32, 46.

⁶⁵⁶ *Korch* JZ 2019, 491 (493): Querschnittgelähmte ähnlich glücklich wie Lotteriegewinner.

⁶⁵⁷ *Arntz* NJW 2017, 3329 (3330); *von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 640.

⁶⁵⁸ *Korch* JZ 2019, 491 (493): Gegensatz zur taggenauen Berechnung des Schmerzensgeldes; *Lüttringhaus/Korch* VersR 2019, 973 (980).

⁶⁵⁹ Dafür losgelöst von der Glücksforschung auch *Ch. Huber* VersR 2016, 73 (76).

⁶⁶⁰ *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (47).

⁶⁶¹ *Von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 640; *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (39).

gegensätzliche Aussagen, so dass es nicht verwundern kann, dass die Glücksforschung die Frage nicht beantworten kann, ob die in den letzten Jahren zugesprochenen Schmerzensgelder angemessen sind.⁶⁶² Aufschlussreich – und nachdenklich stimmend – ist der Verweis auf us-amerikanische Untersuchungen, dass der Zuspruch der Höhe des Ersatzbetrags nur zu 40 % von der Höhe des Schadens abhängig ist, während der Rest auf Faktoren wie Rasse, Geschlecht oder persönliches Auftreten des Geschädigten zurückgeht;⁶⁶³ oder die Höhe des letztendlich zuerkannten Betrags umso höher ist, je mehr gefordert wurde.⁶⁶⁴

83c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Selbst Vertreter dieser Richtung stellen freilich in Frage, ob mithilfe der Befragungstechnik tatsächlich belastbare Aussagen möglich sind. Sie verweisen darauf, dass trotz hoher „Glückswerte“ von Dialysepatienten diese angeben, auf einen beträchtlichen Teil ihres restlichen Lebens verzichten zu wollen, wenn sie ohne diese Beeinträchtigung leben könnten. Zudem ist deren Suizidrate 100- bzw. 400-fach so hoch wie die von Normalbürgern. Daraus ist zu schließen, dass die Fakten die Ergebnisse der Befragung widerlegen bzw. die Lebenszufriedenheitsforschung in ihren Befragungen wesentliche Aspekte nicht ausreichend erfasst.⁶⁶⁵ Zudem muss die Plausibilität mancher Fragestellungen unter Bezugnahme auf die Zahlungsbereitschaft in Zweifel gezogen werden, so etwa die Messung der Einbuße durch die Frage, durch Zahlung welchen Betrags eine Person bereit wäre, auf eine Gliedmaße zu verzichten.⁶⁶⁶ Die realistische Antwort der allermeisten Menschen dazu wird lauten: Nicht um alle Schätze dieser Welt. Wenn aus solchen Befragungen dann auch noch das konkrete Postulat abgeleitet wird, dass die Schmerzensgelder in Deutschland auf das 3- fache Niveau steigen müssten,⁶⁶⁷ kommt man auch als ökonomisch angehauchter Jurist aus dem Staunen kaum mehr heraus. Weniger verwunderlich ist, dass solche Forderungen keinen Niederschlag gefunden haben.

Dazu kommt, dass solche Befragungen lediglich den bisherigen status quo erfassen, während Lebensgestaltungsmöglichkeiten ausgeblendet werden. Wer bisher Sport betrieben hat, kann durch Amputation einer Gliedmaße solchen künftig nicht ausüben, ein Umstand, der im Rahmen der Ausgleichskomponente des Schmerzensgeldes ebenfalls berücksichtigt werden muss.⁶⁶⁸ Bei Zerstörung der Persönlichkeit, wenn eine verletzte Person zu Empfindungen nicht mehr in der

⁶⁶² *Korch* JZ 2019, 491 (494).

⁶⁶³ So der Hinweis von *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (41 Fn. 37).

⁶⁶⁴ *Lüttringhaus/Korch* VersR 2019, 973 (980).

⁶⁶⁵ *Korch* JZ 2019, 491 (495).

⁶⁶⁶ So aber der gut geheißene Ansatz bei *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (42 ff.).

⁶⁶⁷ *Ott/Schäfer* JZ 1990, 563 (573); die ökonomischen Schätzungen als „großen Verdienst“ qualifizierend jedoch *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (44).

⁶⁶⁸ *Arntz* NJW 2017, 3329 (3331 f.); *von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 642.

Lage ist, wird ein Erkenntnisgewinn durch Befragungen ebenfalls überschaubar sein. Zu verweisen ist generell darauf, dass der Untersuchungsansatz dieses interdisziplinären Zweigs ein ganz anderer ist, so dass bei der Rezeption für das Schadensrecht Vorsicht geboten ist.⁶⁶⁹ Mithilfe empirischer Befragungen wird man auch nicht adäquat erfassen können, dass der Verlust eine Fingers nicht für jeden gleich ist, etwa für einen Pianisten auch ideell von besonderer Tragweite ist.⁶⁷⁰ Das Konstrukt des subjektiven Wohlbefindens umfasst somit nicht alle für die Schmerzensgeldbemessung maßgebliche Umstände.⁶⁷¹ Immerhin gewisse Erkenntnisse mögen verwertbar sein, so etwa, dass die Unlustgefühle in der Phase der Anpassung besonders hoch sind, so dass das Schmerzensgeld für diese Phase höher zu bemessen ist; oder dass eine Anpassung weniger gut gelingt bei chronischen Schmerzen und degenerativen Krankheiten, hingegen relativ besser bei Verlust einer Gliedmaße oder einer Querschnittlähmung.⁶⁷²

83d

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Manche Erkenntnisse sind zudem nicht 1:1 umsetzbar, weil bei der Bemessung des Schmerzensgeldes auch normative Kriterien beachtlich sind. Mögen Frauen auch in höherem Maß als Männer in der Lage sein, sich an neue negative Zustände anzupassen,⁶⁷³ wird sich eine Verwertung dieser Erkenntnis durch Zuerkennung geringerer Schmerzensgelder infolge des Gleichheitssatzes verbieten. Entsprechendes gilt für die Beobachtung, dass bei identer Verletzung einer Person mit hohem Einkommen im Vergleich zu einer ärmeren Person lediglich ein höherer Geldbetrag eine vergleichbare Kompensation verschafft. Es gilt indes der „normative“ Grundsatz: Im Schmerz sind alle gleich (zu behandeln). Wenn schließlich eine ökonomische Aussage getroffen wird, wie hoch der Nichtvermögensschaden bei Verlust eines Menschenlebens ist,⁶⁷⁴ ist zu bedenken, dass es darum im deutschen Recht gar nicht geht. § 844 Abs. 3 BGB will lediglich, aber immerhin, eine Abhilfe für eine bestimmte Phase der Trauerbewältigung bewirken. Wenn Ökonomen dann auch noch BGB und StPO verwechseln,⁶⁷⁵ wird deutlich, wie schwierig der Dialog der einen mit der anderen Disziplin ist.

83e

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁶⁶⁹ *Arntz* NJW 2017, 3329 (3331).

⁶⁷⁰ *Von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 642.

⁶⁷¹ *Arntz* NJW 2017, 3329 (3332).

⁶⁷² *Von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 641; *Korch* JZ 2019, 491 (493), 494.

⁶⁷³ *Von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 641.

⁶⁷⁴ *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (43).

⁶⁷⁵ *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (49 Fn. 66).

Die bislang vorliegenden Erkenntnisse sind im Vergleich zur Ansage, nämlich Unlustgefühle empirisch und somit objektiv messen zu können, durchaus bescheiden.⁶⁷⁶ Das soll nicht dazu führen, diesen Ansatz als von vornherein untauglich abzuqualifizieren. Schließlich steckt er noch in den Kinderschuhen.⁶⁷⁷ Jedenfalls ist darin derzeit (noch) kein „Allheilmittel“ zu sehen, ganz abgesehen davon, dass der unterschiedliche Forschungsansatz gebietet, die Erkenntnisse nur mit gebotener Behutsamkeit für das Schadensrecht bzw. die Schmerzensgeldbemessung heranzuziehen.⁶⁷⁸

2. Taggenaue Bemessung versus „klassische“ Methode der Bezugnahme auf Schmerzensgeldtabellen

83f

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der herkömmliche Ansatz der Ermittlung für das im konkreten Fall angemessene Schmerzensgeld liegt darin, eine möglichst genaue Vorentscheidung aus den Schmerzensgeldtabellen zu finden. Der Trichter ist an diese zwar nicht „sklavisch“ gebunden, vielmehr kann er von dieser nach unten oder oben abweichen. Je mehr er das tut, umso mehr muss er das freilich begründen. Die „Gretchenfrage“ lautet allerdings schon: Was ist die möglichst passgenaue Vorentscheidung? Ist allein das Verletzungsbild maßgeblich oder auch das Alter des Verletzten und die bei einem Dauerschaden damit häufig korrelierende Leidensdauer? Wie ist der Umstand zu berücksichtigen, dass das Präjudiz in der Vergangenheit liegt? Beschworen wird das Zusammenwirken der den Einzelfall prägenden Umstände. Welche das sind, wird freilich nicht immer angegeben. Womöglich geht mitunter vor lauter Bäumen der Blick für den Wald verloren. Es geht um die höchstmögliche Freiheit des Trichters – dieser will sich ungern in die Karten schauen lassen; selbst Umstände, die beim Vermögenspersonenschaden zu klaren Ergebnissen führen, nämlich die quotenmäßige Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens, soll beim Schmerzensgeld in der Hand des Trichters liegen, der eine abweichende Berücksichtigung vornehmen kann. Sofern für die Bemessung bedeutsame Umstände überhaupt angegeben werden, werden die einen mit den anderen –

⁶⁷⁶ *Lüttringhaus/Korch* VersR 2019, 973 (980): Unter Hinweis auf die Brüche zwischen Befragungsergebnissen und realem Verhalten Schlussfolgerung, dass die Glücksforschung wenig brauchbare Hinweise zur richtigen Bestimmung der Schmerzensgeldhöhe liefern könne; euphorischer jedoch *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32, 45: Lebenszufriedenheitsforschung könnte Lücke füllen und eine auch empirisch sinnvolle Alternative darstellen; 65: „Deutliche Vorteile gegenüber den bisherigen Ansätzen“; 66: „Einbezug der Ergebnisse der empirischen Glücksforschung besonders wichtig.“

⁶⁷⁷ Zur Perspektive der Abbildung von Glücksgefühlen in bestimmten Hirnregionen *Arntz* NJW 2017, 3329 (3330); zur Messung mithilfe der Magnetresonanztomografie *Frey/Ulbrich* AcP 218, 32 (37).

⁶⁷⁸ *Arntz* NJW 2017, 3329 (3334); *von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 641: Erkenntnisse der Glücksforschung einzubeziehen, „zwar theoretisch denkbar, derzeit aber wohl noch zu unausgereift;“ *Korch* JZ 2019, 491 (494): „... wegen verbleibender Zweifel an den Ergebnissen der Glücksforschung zur Zurückhaltung gemahnt;“ 496: Ergebnisse klingen „verlockend“. „Bei genauem Hinsehen ergeben sich jedoch erhebliche Zweifel am derzeitigen Mehrwert der Erkenntnisse für die Rechtswissenschaft.“

ähnlich wie Äpfel mit Birnen⁶⁷⁹ – verrechnet, wobei nicht einmal offengelegt wird, in welchem Ausmaß sich diese niederschlagen. Maßgeblich ist eine vorzunehmende Gesamtwürdigung. Der Vorgang der Ermittlung des Schmerzensgeldes ist umgeben von einer Aura des Geheimnisvollen, nicht unähnlich dem Orakel von Delphi, das manchmal ins Schwarze traf, gelegentlich aber auch meilenweit daneben lag. Auch die Schmerzensgeldzusprüche der Gerichte klaffen bei „vergleichbaren“ Fällen mitunter weit auseinander – in Abhängigkeit von Gericht und Region,⁶⁸⁰ ein Indiz, dass nicht alle goldrichtig liegen.

83g

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zu diesem herkömmlichen Bewertungsansatz haben *Schwintowski/C. Schah Seid/M. Schah Sedi*⁶⁸¹ ein Gegenkonzept entwickelt: In der Stufe 1 werden Behandlungsstufen ermittelt, die mit Prozentpunkten gewichtet werden; unterschieden wird zwischen Intensivstation (15 %), Normalstation (10 %), Rehabilitationseinrichtung (9 %) und ambulanter Krankenpflege (8 %) sowie verbleibenden Dauerschäden (7 %) mit jeweils einem in einem Prozentsatz ausgedrückten Wert. Begründet wird das mit dem Maß der Einschränkungen des Verletzten. Das Ausmaß der Beeinträchtigung bei einem Dauerschaden wird nach Maßgabe der Anlage zu § 2 der Versorgungsmedizin-VO vom 20.12.2008 ermittelt. Diese Prozentsätze werden gewichtet mit den aus dem Bruttonationaleinkommen ermittelten Durchschnittseinkommen und umgerechnet in Tagessätze. Schlussendlich wird in einem weiteren Schritt ermöglicht, Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Zielsetzung ist nicht nur eine Erhöhung des Maßes an Rechtssicherheit und Berechenbarkeit, sondern auch eine Umverteilung dergestalt, dass bei schweren Verletzungen ein – deutlich – höheres Schmerzensgeld zugebilligt werden soll, während bei leichten Verletzungen sogar eine Entlastung in Betracht kommen kann.

Das OLG Frankfurt⁶⁸² hat diesen Bemessungsansatz übernommen und ist bei einer relativ geringfügigen Verletzung in etwa zu dem Ersatzbetrag gelangt, der auch nach herkömmlicher

⁶⁷⁹ Prototypisch OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerKR 25/2014 Anm. 3: Hohes Alter unberücksichtigt wegen ungebührlichen Verhaltens des Haftpflichtversicherers; OLG München BeckRS 2015, 8435: Wegen ungebührlicher Regulierung keine Berücksichtigung des Mitverschuldens.

⁶⁸⁰ Dazu *L. Jaeger* MedR 2019, 890 (891): Das nicht ansatzweise nachvollziehbar. Die persönliche Situation eines Richters kann und darf auf keinen Fall in die Billigkeitsentscheidung des Schmerzensgeldes einfließen. Zu beachten ist indes, dass „kann“ und „darf“ mitunter auseinanderfällt. Empirisch wird der Befund mE zutreffend sein.

⁶⁸¹ Handbuch Schmerzensgeld 13 ff.

⁶⁸² OLG Frankfurt NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (*Engelbrecht*) = zfs 2019, 83 (*Zarges*) = NZV 2019, 351 (*Slizyk*) = MedR 2019, 885 (*L. Jaeger*); diesen Ansatz hat der 22. Zivilsenat des OLG Frankfurt seitdem fortgeführt, allerdings die Bestimmung der einzelnen Tagessätze im Sinne einer Pauschalierung modifiziert, OLG Frankfurt NJW-Spezial 2020, 523; BeckRS 2020, 21948; VersR 2020, 1387 (*Höher*); NJW 2020, 3325 (*Slizyk*); ablehnend jedoch der 15. Zivilsenat, OLG Frankfurt, jurisPR-VerKR 17/2020 Anm. 1 (*Wenker*).

Methode herausgekommen wäre. Die als „Paukenschlag-Urteil“ bezeichnete Entscheidung des OLG Frankfurt, das „eingeschlagen habe wie eine Bombe,“⁶⁸³ hat somit nicht wegen der Höhe des Zuspruchs, wohl aber des Bemessungsansatzes eine heftige Resonanz ausgelöst.⁶⁸⁴ Abgesehen von der Angreifbarkeit einzelner Passagen⁶⁸⁵ wurde das Bemühen gewürdigt, bei schweren und schwersten Verletzungen zu höheren Zusprüchen bzw. insgesamt zu einer besseren Vergleichbarkeit zu gelangen.⁶⁸⁶ Geschädigtenanwälte,⁶⁸⁷ Wissenschaftler⁶⁸⁸ und Prozessfinanzierer⁶⁸⁹ haben sich positiv geäußert bzw. aufgeschlossen gezeigt; vehement abgelehnt wird der Ansatz der Bemessung nach Tagessätzen von den Autoren, die Werke zu Schmerzensgeldtabellen herausgeben⁶⁹⁰ – weil deren Bedeutsamkeit damit entwertet würde? – sowie Vertretern der Versicherungswirtschaft⁶⁹¹ und den in deren Sold stehenden Defensivkanzleien,⁶⁹² weil sie befürchten, dass auf diese Weise die Schmerzensgelder dramatisch ansteigen könnten; bei Konzessionierung der Anhebung der Schmerzensgelder für schwerste Verletzungen im Rahmen des herkömmlichen Systems⁶⁹³ hat man das vergleichsweise besser im Griff bzw. erfolgt eine bloß maßvolle Steigerung. Kritisch haben sich auch mehrere OLG⁶⁹⁴ geäußert; ein Grund dürfte sein, dass ein Abgehen von einem bisherigen – vertrauten – System häufig abgelehnt wird; und das umso mehr, wenn der Entscheidungsfreiraum eingeschränkt wird. Das bisherige System wird ua mit dem Argument verteidigt, dass es sich bewährt habe,⁶⁹⁵ allein, es stand bisher keine Alternative zur Verfügung,

⁶⁸³ *Luckey* NJW 2019, 3361.

⁶⁸⁴ Naturgemäß euphorisch *M. Shah Sedi* zfs 2019, 424: Neue Zeitrechnung.

⁶⁸⁵ *L. Jaeger* MedR 2019, 890 (892): Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius; keine Abgeltung des Dauerschadens nach der taggenauen Berechnung.

⁶⁸⁶ OLG Oldenburg BeckRS 2020, 5200.

⁶⁸⁷ *Engelbrecht* DAR 2019, 44 (45); *Zarges* zfs 2019, 90 f.; *Schulte/Rüdiger* GesR 2020, 14 ff.

⁶⁸⁸ *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 24: Berechtigter Fingerzeig, Bewertungen der Praxis weisen Disproportionalitäten auf; Langzeitschäden stehen außer Verhältnis zu HWS-Verletzungen; *Lüttringhaus/Korch* VersR 2019, 973 ff.

⁶⁸⁹ *Bensalah/Hassel* NJW 2019, 403 ff.

⁶⁹⁰ *Slizyk* NZV 2019, 357 ff.: Untaugliches Mittel; *Luckey* NJW 2019, 3361 f.: Reiz einer präzisen Berechnung relativiert sich schnell; *Wellner* DAR 2020, 26.

⁶⁹¹ *Lang*, jurisPR-VerkR 5/2019 Anm. 1.

⁶⁹² *Thora* MedR 2019, 861 ff.; *Höher* VersR 2019, 1167: Berechnungsmethode nach Tagessätzen ist „falsch“.

⁶⁹³ So *Höher* VersR 2019, 1167 (1168); *Ernst/Lang* VersR 2019, 1122 (1125).

⁶⁹⁴ OLG Düsseldorf NJW 2019, 2700 (*Korch*) = jurisPR-VerkR 15/2019 Anm. 1 (*Lang*) = DAR 2019, 450 (*Luckey*) = zfs 2019, 378 (*Diehl*) = VersR 2019, 1165 (*Höher*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 229; OLG Brandenburg DAR 2020, 25 (*Wellner*); OLG Celle VersR 2019, 1157 = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*); KG 22.5.2019 – 25 U 118/18; OLG München NJW-Spezial 2019, 745; OLG Oldenburg BeckRS 2020, 5200.

⁶⁹⁵ *Ernst/Lang* VersR 2019, 1122 (1125).

so dass der Grad an „Bewährung“ schwer messbar sein dürfte. Die hohe Zahl an gerichtlichen Entscheidungen ist eher ein gegenteiliges Indiz.

83h

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es gibt Ansatzpunkte, über die weitgehend Einigkeit besteht: Die Abgeltung von Schmerzen soll nicht vom Einkommen des Anspruchstellers abhängig sein,⁶⁹⁶ mag bei wirtschaftswissenschaftlicher Betrachtung für einen Armen für die Kompensation seiner Unlustgefühle auch ein geringerer Ersatzbetrag ausreichen als für einen Reichen. Für Schwer- und Schwerstverletzungen sind mitunter viel zu geringe Schmerzensgelder zuerkannt worden. Um das zu ändern, werden aber unterschiedliche Ansatzpunkte gewählt. Ein ganz trivialer wäre, dass die von den Gerichten in der Vergangenheit zuerkannten Beträge – nach österreichischem Vorbild⁶⁹⁷ – mit dem Verbraucherpreisindex (und am besten auch noch mit dem Faktor des Wirtschaftswachstums) aufgewertet werden. Namentlich *Luckey*⁶⁹⁸ plädiert unter Bezugnahme auf das englische Recht dafür, die Besonderheiten des jeweiligen Sachverhalts präziser herauszuarbeiten. Das mag durchaus hilfreich sein; zu bedenken ist indes, dass dies mit beträchtlichem Arbeitsaufwand für den Geschädigtenanwalt verbunden ist – womöglich bewegt sich die Entlohnung der englischen Anwälte auf einem viel höheren Niveau als in Deutschland. Hingewiesen wird – zu Recht – zudem darauf, dass die Geschädigtenanwälte nicht ausreichend darlegen und vortragen.⁶⁹⁹ Wenn aber aufgrund rationaler objektiver Gegebenheiten präzisere Anknüpfungsmomente gegeben sind, ist die Gefahr geringer, dass die Höhe des Zuspruchs von der „Inszenierung des Verletzten“ und der „rhetorischen Gewandtheit“ des plädierenden Anwalts abhängig ist. Bei Einführung eines Hinterbliebenengeldes war das einer der Gründe. Bedeutsam ist zudem, dass die Schmerzensgelder bei schweren Verletzungen dann tendenziell höher ausfallen, wenn das Gericht sich einen persönlichen Eindruck vom erbärmlichen Zustand des Anspruchstellers verschafft hat,⁷⁰⁰ ob so etwas stattfindet, liegt aber im Ermessen des den Prozess leitenden Gerichts.

Als verdienstvoll wird angesehen, dass die Bezugnahme auf Tagessätze eine Sensibilisierung für die Größenordnung des Ersatzes bewirkt. Diese oszillieren nämlich derzeit zwischen 0,37 EUR und 13,69 EUR pro Tag⁷⁰¹ oder sogar zwischen 0,10 EUR und 20 EUR.⁷⁰² Dagegen wird

⁶⁹⁶ Kritisch insoweit aber *Thora* MedR 2019, 861.

⁶⁹⁷ Dazu *Danzl*, Schmerzensgeld III f. unter Hinweis auf den in der elektronischen Version berücksichtigten Indexrechner. Ständige Judikatur seit OGH ZVR 2012/129 (*Ch. Huber*).

⁶⁹⁸ JR 2019, 311 ff.

⁶⁹⁹ *Slizyk* NZV 2019, 357 (358); ähnlich *Luckey* NJW 2019, 3361 (3362): Wecken von Empathie durch plastische und ekelige Fotos.

⁷⁰⁰ LG München I NJW-RR 2001, 1246.

⁷⁰¹ *Slizyk* NZV 2019, 357.

⁷⁰² *Ernst/Lang* VersR 2019, 1121 (1122).

eingewendet, dass auch bei Dauerschäden der Schmerz mit der Zeit nachlässt, so dass die proportionale Anknüpfung an Tagessätze „naturwissenschaftlich falsch“ sei.⁷⁰³ Die obigen Ausführungen zur Glücksforschung haben indes gezeigt, dass insoweit das Ergebnis von der Fragestellung abhängt; jedenfalls auf normativer Ebene muss mE gelten: Wer länger leidet, muss einen höheren Ersatzbetrag erhalten. Konsensfähig erscheint, dass die allererste Phase der Eingewöhnung in ein neues Gleichgewicht besonders belastend ist, so dass die Abgeltung der Beschwerden für diese Phase höher zu gewichten sind. Wenn eine solche Phase nicht stattfindet, weil der Verletzte nur kurzfristig überlebt oder empfindungsunfähig ist, entfallen solche Zuschläge. Ob die mechanische Abstufung nach Intensivstation, Normalstation, Rehabilitation und häusliche Pflege der Weisheit letzter Schluss ist,⁷⁰⁴ ist dem gegenüber eine Detailfrage. Wer mit einem Dauerschaden leben muss, wird nie so glücklich sein, als hätte er diesen nicht. Der Ansatz eines – real – gleich hohen proportionalen Betrags für die Phase nach Ende der möglichen Heilungsphase bzw. der Gewissheit, mit der Behinderung leben zu müssen, ist mE im Ausgangspunkt durchaus rational.

Kritik geübt wird an der Anknüpfung an den Grad der Schädigungsfolgen aus dem Sozialrecht, weil eine Querschnittlähmung ab dem Lenden- und dem Halswirbel zu gleichen Werten führe.⁷⁰⁵ *Bensalah/Hassel*⁷⁰⁶ haben ein verfeinertes Modell vorgestellt, das die Beeinträchtigung in 5 Bereichen, die jeweils mit 20 % gewichtet werden, misst: Fortbewegung und Mobilität, Kommunikation, psychische und kognitive Fähigkeiten, Sehen, Hören, Riechen, Tasten und Schmecken, Aussehen und Aussicht auf Partnerschaft/Familie. *Schulte/Rüdiger*⁷⁰⁷ folgen diesem Ansatz und fordern je Bereich eine Abstufung danach, ob es sich um leichte, mittlere oder schwerere Beeinträchtigungen handle. Auch dagegen kann man polemisieren, warum welcher Komponente welche Gewichtung zukommt. ME ist das indes eine überaus sachgerechte Fortentwicklung und Verfeinerung, jedoch um den Preis zusätzlicher Komplexität, ein Umstand, der bei hoher Rechtskultur freilich unvermeidlich ist.

Angegriffen wird die Anknüpfung an das Bruttonationaleinkommen als Ansatzpunkt für die Bemessung, weil dieses in keiner Korrelation zu den Schmerzen stehe und eine frei gegriffene Größe sei.⁷⁰⁸ Beim Vergleich mit den Tagessätzen von Mietwagen wird gar auf den fehlenden Einklang mit der Menschenwürde verwiesen.⁷⁰⁹ Immerhin macht dieser Vergleich aber die

⁷⁰³ *Thora* MedR 2019, 861 (864).

⁷⁰⁴ Kritisch dazu *Thora* MedR 2019, 861 (864): Intensität der Schmerzen nicht von diesem Kriterium abhängig.

⁷⁰⁵ *Bensalah/Hassel* NJW 2019, 403 (405); *Schulte/Rüdiger* GesR 2020, 14 (16). So allerdings auch die Judikatur mancher OLG, dass ab einer gewissen Schwere der Verletzung nicht mehr weiter zu differenzieren sei, so etwa OLG München BeckRS 2020, 901.

⁷⁰⁶ *Bensalah/Hassel* NJW 2019, 403 (405 f.).

⁷⁰⁷ *Schulte/Rüdiger* GesR 2020, 14 (19).

⁷⁰⁸ *Schubert*, Karlsruhe Forum 2016, 3, 24; *Höher* VersR 2019, 1167 (1168): Entbehrt jeder Grundlage; *Luckey* NJW 2019, 3361 (3362); *Ernst/Lang* VersR 2019, 1122 (1124); das OLG Frankfurt greift dies in seinen Folgeentscheidungen auf und setzt nun pauschale Tagessätze an, kann aber freilich auch deren Überzeugungskraft nicht empirisch belegen, OLG Frankfurt NJW-Spezial 2020, 523; BeckRS 2020, 21948; VersR 2020, 1387 (*Höher*); NJW 2020, 3325 (*Slizyk*).

⁷⁰⁹ *Slizyk* NZV 2019, 357 (358); *Höher* VersR 2019, 1167 (1168).

Wertigkeit der Rechtsgüter deutlich. Wird zwar die Gesundheit immer als höchstes Gut gepriesen, sieht die Realität – im deutschen Recht – oft ganz anders aus.⁷¹⁰ Zudem wird übersehen, dass jede Gerichtsentscheidung auf wirtschaftliche Bezugspunkte angewiesen ist. Der Verweis, für welchen Geldbetrag sich jemand freiwillig eine Verletzung zufügen lassen würde,⁷¹¹ ist mE wenig weiterführend, weil schon bei mittelschweren Verletzungen die allermeisten Menschen dazu nicht bei einem auch noch so hohen Betrag bereit wären. Entsprechendes gilt für die Taxierung des Wertes des Lebens.⁷¹²

Beim Schmerzensgeld geht es auch nicht um vollständige Wiedergutmachung, sondern um Linderung. Bei der Anhebung von Schmerzensgeldern greifen manche Gerichte auf Immobilienpreise⁷¹³ zurück oder die Anschaffungskosten für einen Mittelklassewagen.⁷¹⁴ In München hat das zu einer dramatischen Anhebung geführt, in ländlichen Gebieten könnte dieser Maßstab auch eine Reduktion zur Folge haben. Fahrzeuge werden – schon wegen des technischen Fortschritts – tendenziell billiger; ist der Verweis darauf die Intention? Dem gegenüber hat die Anknüpfung an das Durchschnittseinkommen nach dem Bruttonationaleinkommen den Vorzug, das Wohlstandsniveau – auch im Zeitverlauf – angemessen abzubilden.⁷¹⁵ Die daraus leistbaren Kompensationsmöglichkeiten – etwa für den Besuch eines Konzerts⁷¹⁶ – führen durchaus zu einem rationalen Maßstab.

Beschworen wird immer wieder die Quergerechtigkeit, die lediglich durch die Bezugnahme auf Vorentscheidungen zu erreichen sei. Dagegen ist einzuwenden, dass dabei die Gefahr besteht, dass irrationale Bemessungsansätze notwendigerweise fortgeschrieben werden. Und wenn man die Dauer des Leidens als bedeutsame Determinante ansieht, diese aber aus den Schmerzensgeldtabellen nicht immer ersichtlich ist, vermag die taggenaue Bemessung eine höhere „Quergerechtigkeit“ zu erzielen als der klassische Ansatz. Die Bezugnahme auf Schmerzensgelder bei einer Freiheitsentziehung macht deutlich, um wieviel die Schmerzensgelder bei Schwer(st)verletzungen zu gering ausfallen.⁷¹⁷

⁷¹⁰ Dazu *Ch. Huber* FS L. Jaeger (2014) 309 ff.

⁷¹¹ *Luckey* NJW 2019, 3361 (3362), 3363.

⁷¹² *Bensalah/Hassel* NJW 2019, 403 (405): Zwischen 1 Mio EUR und 15 Mio EUR, je nach Herangehensweise.

⁷¹³ LG München I NJW-RR 2001, 1246.

⁷¹⁴ *Luckey* JR 2019, 311 (319).

⁷¹⁵ Zustimmend auch *Lüttringhaus/Korch* VersR 2019, 973 (977).

⁷¹⁶ So *M. Schah Sedi* zfs 2019, 424 (426).

⁷¹⁷ Ähnlich *Schubert*, *Karlsruher Forum* 2016, 3, 26; verwiesen sei etwa auf OLG Karlsruhe MedR 2016, 445 (*Middendorf*): 25.000 EUR für 2-monatige Haft wegen unberechtigter Annahme einer Fremd- und Eigengefährdung wegen einer psychischen Erkrankung; OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*): 60.000 EUR für 683 Tage Freiheitsstrafe unter erschwerenden Umständen, zudem mit Folgeschäden wie Tinnitus sowie gesellschaftlicher Stigmatisierung mit Verweis auf weitere Entscheidungen in Rn. 215; OLG Frankfurt VersR 2008, 649: 150.000 EUR für 1973 Tage unberechtigte Haft; aufschlussreich auch BVerfG BeckRS 2019, 32776 = MDR 2020, 632; dazu *Ch. Huber*, *Fachtagung Personenschaden 2020/1*, 181, 191 f.

Ins Treffen geführt wird mitunter die fehlende Zumutbarkeit der Tragung höherer Schmerzensgelder durch die Ersatzpflichtigen bzw. die Versichertengemeinschaft.⁷¹⁸ Zudem wird darauf verwiesen, dass manche Berufe dann wegen exorbitanter Haftpflichtversicherungsprämien nicht mehr ausgeübt werden könnten. Dabei wird übersehen, dass die Deckung der Haftung zu folgen hat und nicht umgekehrt, also die Schmerzensgeldhöhe nicht davon abhängig ist, was dem Ersatzpflichtigen zumutbar sei, wer immer die Zumutbarkeit festlegt. Welchen Einfluss die Übernahme der taggenauen Schmerzensgeldbemessung auf die Versicherungsprämien hätte, wird unterschiedlich eingeschätzt. Die Bandbreite reicht von 1 EUR bis 2 EUR⁷¹⁹ oder 10 EUR bis 20 EUR pro Jahr.⁷²⁰ Der GdV oder die Rückversicherer müssten über statistische Untersuchungen verfügen, wie hoch der Anteil des Schmerzensgeldes am Personenschaden ist und welchen Anteil davon das Schmerzensgeld für Schwer(st)verletzungen ausmacht. Es würde sich dann zeigen, dass der Anteil vermutlich überschaubar gering ist. Wenn Haftpflichtversicherungsprämien für manche Berufsgruppen dadurch signifikant steigen, was nicht auszuschließen ist, kann das nicht dazu führen, wegen solcher Partikularinteressen das Schadensrecht in eine Schiefelage zu bringen und vom Postulat des vollen Ausgleichs abzurücken, sondern diese Berufsgruppen – Gynäkologen, Hebammen, Chirurgen – zu bezuschussen.⁷²¹

Eingewendet wird darüber hinaus, dass sich einerseits das Schmerzensgeld nicht exakt berechnen lasse, andererseits die bei der taggenauen Berechnung vorzunehmende Einzelfallabwägung die behauptete höhere Rechtssicherheit nicht erzielen lasse. Dabei ist zu beachten, dass es schon als beachtlicher Fortschritt anzusehen wäre, wenn immerhin die Bandbreite des Ersatzes besser abschätzbar wäre. Eine Fallanalyse würde wohl zu dem Ergebnis gelangen, dass die deutlichsten Unterschiede sich bei den Dauerschäden ergeben. Es geht letztlich darum, welcher Tagessatz einen angemessenen Ausgleich für die Linderung der Erschwernisse für eine bestimmte Verletzung darstellt. Welche Prozentsätze man für die Phase des Heilungsprozesses ansetzt, ist bei schweren Dauerschäden dem gegenüber quantitativ von eher untergeordneter Bedeutung.

3. Auswirkungen der Niedrigzinsphase

83i

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Namentlich *L. Jaeger*⁷²² hat darauf hingewiesen, dass die derzeitige – und schon länger bestehende und auch auf absehbare Zukunft anhaltende – Niedrigzinsphase zu einer

⁷¹⁸ *Höher* VersR 2019, 1167 (1168); ablehnend *Slizyk* NZV 2019, 357 (358).

⁷¹⁹ *M. Shah Sedi* zfs 2019, 424 (428); ähnlich *Bensalah/Hassel* NJW 2019, 403 (406): Kaum Einfluss.

⁷²⁰ *Slizyk* NZV 2019, 357 (358).

⁷²¹ Dazu *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 27, *Schulte/Rüdiger* GesR 2020, 14 (19) unter Hinweis auf eine schon derzeit bestehende solche Praxis.

⁷²² VersR 2019, 577 ff.

signifikanten Anhebung der Schmerzensgelder führen müsse. Er prangert insoweit zu Recht an, dass der Horizont von Gerichten häufig beim Ende der letzten Verhandlung in erster Instanz ende.⁷²³ Zutreffend erläutert er, dass zu Beginn der 80-er Jahre aus dem Schmerzensgeldkapital hohe Zinserträge erwirtschaftet werden konnten, während das heute nicht der Fall ist. Nimmt man mit der tagesgenauen Berechnung an, dass jeder Zeiteinheit der Zukunft ein bestimmter Betrag zugeordnet werden kann, damit der Verletzte in die Lage versetzt wird, sich entsprechende Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen, führt die derzeitige Niedrigzinsphase – im Unterschied zu den Verhältnissen zu Beginn der 80-Jahre – dazu, dass wegen der nicht mehr – wie damals – zu erwirtschaftenden Zinsen das Schmerzensgeldkapital früher verbraucht ist, ganz abgesehen davon, dass in weiterer Zukunft infolge der Geldentwertung der nominelle Geldbetrag real deutlich weniger wert ist. *L. Jaeger*⁷²⁴ weist in einer Modellrechnung nach, dass dieser Umstand dazu führen müsste, dass im Fall des LG Aurich,⁷²⁵ das mit 800.000 EUR das höchste Schmerzensgeld bisher zugesprochen hat,⁷²⁶ dieser Betrag beim 3-fachen liegen müsste.

Die Beobachtung von *L. Jaeger* ist dem Grunde nach zutreffend, muss aber verfeinert werden. Die Grundsätze der – richtigen – Kapitalisierung von Renten sowie von realistischen Zukunftsprognosen sind auch beim Schmerzensgeld beachtlich. In den 80-er Jahren waren höhere Zinsen erzielbar; allerdings war auch die Inflation höher. Maßgebend ist mE, ob und in welcher Höhe eine Realverzinsung möglich war. Das wird man für die damalige Zeit freilich bejahen können; derzeit ist hingegen die Inflation höher als die Zinsen bei mündelsicherer Anlage. Eingewendet wird, dass die Zinsen auch eines Tages wieder steigen werden und man die Zukunft nicht vorhersehen kann. Wenn man es nicht besser weiß, ist der plausibelste Ansatz eine Extrapolation der Vergangenheit in die Zukunft. Angebracht ist daher, einen Durchschnitt des realen Zinssatzes (Zinsertrag abzüglich Inflation) der letzten 5 oder 10 Jahre zu bilden und den in die Zukunft fortzuschreiben. Das würde in der derzeitigen Niedrigzinsphase bei höherer Inflation als den zu erzielenden Zinsen dazu führen, dass keine Ab-, sondern eine Aufzinsung vorgenommen werden müsste. Da nicht einzusehen ist, warum eine verletzte Person nicht auch an der gesamtwirtschaftlichen Wohlstandsmehrung teilhaben soll, wäre auch das Wirtschaftswachstum zu berücksichtigen mit der Folge, dass die künftigen Tagessätze schon deshalb jährlich um ca 1 % höher zu bemessen wären.

4. Abschließende Beurteilung

83j

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁷²³ So auch *Ch. Huber* zfs 2018, 484 ff.

⁷²⁴ VersR 2019, 577 (587 f.).

⁷²⁵ LG Aurich VersR 2019, 887 (*L. Jaeger*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 226; bestätigt durch OLG Oldenburg MedR 2020, 926 (*L. Jaeger*).

⁷²⁶ Ebenso LG Gießen BeckRS 2019, 34307.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt⁷²⁷ hat mit der Übernahme des Ansatzes der taggenauen Bemessung eine lebhafte Diskussion hervorgerufen. Ob man diesem Bewertungsansatz in allen Einzelheiten folgen will, mag dahinstehen. Es handelt sich jedenfalls um einen konstruktiven Beitrag, den Vorgang der Schmerzensgeldbemessung von der Aura des Geheimnisvollen zu befreien und diesem zu mehr Transparenz und Rationalität zu verhelfen. Die Anknüpfung an Tagessätze schärft die Sensibilität für die Größenordnung der Beträge, die für eine Linderung der Beeinträchtigungen diskutabel sind; dass sie bisher mitunter viel zu gering waren, wird dabei deutlich, weil die Blendwirkung durch die relative Höhe eines Einmalbetrags wegfällt. Ob die Abstufung zwischen den einzelnen Phasen der Heilungsphasen jeweils punktgenau passen, mag dahingestellt sein; jedenfalls ist bei Dauerschäden zwischen der Phase bis zum Erreichen eines Endzustands und der Phase danach zu unterscheiden. Die erstere Phase ist sehr viel beschwerlicher und ist daher mit einem höheren Betrag abzugelten.

Die Beobachtung von *L. Jaeger*,⁷²⁸ dass die zuerkannten Beträge wegen der derzeitigen Niedrigzinsphase deutlich zu gering sind, ist ein Umstand, der in ein allgemeines System zu integrieren ist. Das ist möglich, wenn man die Tagessätze der Zukunft mit der voraussichtlichen Inflation und dem Wirtschaftswachstum valorisiert, ermittelt nach dem Durchschnitt der letzten 5 oder 10 Jahre. Eine Abzinsung hat dabei – wie beim Vermögenspersonenschaden – nach dem aktuellen Zinssatz bei mündelsicherer Anlage zu erfolgen. Derzeit führt das freilich zu einer Aufzinsung. Das wäre ein Beitrag, den Schmerzensgeldanspruch nicht als einen ganz anderer Art anzusehen, sondern ihn an die sonstigen Ansprüche des Vermögenspersonenschadens anzugleichen. Dem Postulat der konkreten Schadensberechnung würde es entsprechen, die Lebenserwartung der verletzten Person nicht nach den Durchschnittswerten von Gesunden zu ermitteln, sondern die verletzungsbedingt geringere Lebenserwartung zugrunde zu legen und – soweit statistische Daten vorhanden sind – auch ein regionales Gefälle zu berücksichtigen. Die restliche Leidensdauer wäre damit nicht eine Bemessungsdeterminante unter mehreren, sondern der maßgebliche Parameter.⁷²⁹ Bei Zuerkennung einer dynamischen Rente würde dieses Prognoserisiko entfallen.

Die individuellen Zu- und Abschläge sollten nach Möglichkeit begrenzt werden. In den Hauptanwendungsfällen des Verkehrsunfallrechts und der Arzthaftung besteht Einigkeit, dass die Genugtuungskomponente im Regelfall keine Rolle spielt.⁷³⁰ Zusätzliche Kriterien wie ein Präventionszuschlag sollten entfallen. Bedeutsam sollte insbesondere sein, ob eine Beeinträchtigung in einer bestimmten Lebensetappe besonders beschwerlich ist oder aber gar nicht wahrgenommen wird. Die Korrektur sollte jedenfalls einzeln und in ihrer quantitativen Dimension ausgewiesen werden. Selbst wenn man an der herkömmlichen Methode festhalten sollte, würde das die Transparenz und Vergleichbarkeit deutlich erhöhen. Ob die Gerichte die sich aus dem Postulat der tagesgenauen Ermittlung des Schmerzensgeldes ergebenden Ersatzbeträge von heute auf morgen übernehmen, ist mit *L. Jaeger*⁷³¹ skeptisch zu beurteilen.

⁷²⁷ OLG Frankfurt NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (*Engelbrecht*) = zfs 2019, 83 (*Zarges*) = NZV 2019, 351 (*Slizyk*) = MedR 2019, 885 (*L. Jaeger*).

⁷²⁸ VersR 2019, 577 ff.

⁷²⁹ Dafür nachdrücklich *Ch. Huber* VersR 2016, 73 ff.

⁷³⁰ *Ernst/Lang* VersR 2019, 1122.

⁷³¹ *L. Jaeger* MedR 2019, 890 (892).

Immerhin würde eine Kontrollrechnung, also die Gegenüberstellung des nach klassischer Methode und taggenauer Ermittlung sich ergebenden Wertes oder auch nur der Umrechnung der bisherigen Zusprüche in Tagessätze, dazu führen, dass ein Nachdenkvorgang einsetzt und zumindest eine Annäherung an das Niveau bewirkt wird, das sich aus dem taggenauen Bewertungsansatz ergibt.⁷³² Was keinesfalls wünschenswert wäre, das ist ein Auseinanderdriften der Ergebnisse je nach zuständigem Gericht, wie das bei den ersatzfähigen Mietwagenkosten zu beobachten ist – und das trotz mehr als 50 BGH-Entscheidungen. Schon eine Mittelwertmethode – wie zwischen *Schwacke* und *Fraunhofer* – würde freilich schon zu einer signifikanten Anhebung der Schmerzensgelder für Schwer(st)verletzte führen. Ob der BGH⁷³³ durch eine Grundsatzentscheidungen wird Klarheit schaffen können, bleibt abzuwarten. Zwar betont er – namentlich beim Schmerzensgeld – den großen Freiraum des Tatrichters bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO; bei den Mietwagenkosten war es damit aber nicht weit her – Vorhersehbarkeit, Berechenbarkeit, Rechtsfrieden bzw. Rechtsklarheit ist jedenfalls nicht eingetreten.⁷³⁴

VI. Derzeit maßgebliche Umstände des Einzelfalls

84

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Bemessung	ff.

Bei den Umständen des Einzelfalls lässt sich eine Einteilung vornehmen in solche, die den Verletzten als auch den Schädiger betreffen, sowie solche, die lediglich der Sphäre des einen bzw. anderen zuzurechnen sind. Bedeutsam ist dabei insbesondere der Vortrag des klägerischen Anwalts, der bewirken soll, dass sich die Gegenseite und namentlich das Gericht in die Lage des Opfers und dessen Empfindungen hineinversetzen können,⁷³⁵ um auf diese Weise dem „Abstumpfungseffekt“ entgegenzuwirken.⁷³⁶ Es ist wohl kein Zufall, dass die Anhebung des Schmerzensgeldes durch das LG München I⁷³⁷ besonders hoch ausgefallen ist, nachdem die Richter nach einem „Lokalausweis“ wohl auch emotional ergriffen waren von der erbärmlichen Lage des Anspruchstellers. Sofern der klägerische Anwalt nicht ausreichend

⁷³² Für ein weites Ermessen des Tatrichters bei der Festsetzung der Tagessatzhöhe zwischen 50 EUR und 100 EUR *Schulte/Rüdiger* GesR 2020, 14 (19). Damit würde freilich die angestrebte Berechenbarkeit und Rechtssicherheit wieder verloren gehen.

⁷³³ Anhängig eine Nichtzulassungsbeschwerde unter VI ZR 249/19.

⁷³⁴ Eindrucksvoll *Scholten* DAR 2014, 72 ff.: Nicht einmal gleichförmige Rechtsprechung innerhalb des gleichen Gerichts!

⁷³⁵ *Slizyk* SVR 2014, 10 (11); *L. Jaeger* VersR 2013, 134 (137): Mitunter Erfordernis eines minutiösen Vortrags.

⁷³⁶ *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 213.

⁷³⁷ LG München I NJW-RR 2001, 1246.

vorträgt, ist es Aufgabe des Gerichts, das angemessene Schmerzensgeld zu ermitteln und dessen Angemessenheit zu begründen.⁷³⁸

1. Familiäre Beziehung und/oder Gefälligkeitsverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger

85

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Umstritten ist, ob der Umstand, dass zwischen dem Verletzten und dem Schädiger eine familiäre Beziehung⁷³⁹ besteht bzw. sich die Schadenszufügung während einer Gefälligkeit⁷⁴⁰ oder einer gemeinschaftlichen Vergnügung⁷⁴¹ ereignet hat, zu einer Verminderung der Höhe des Schmerzensgeldes führt.⁷⁴² Häufig sind beide Umstände gegeben. Sollte dies grundsätzlich der Fall sein, wäre weiter zu prüfen, ob sich das stets auswirken soll⁷⁴³ oder dann nicht, wenn hinter dem Schädiger eine Haftpflichtversicherung steht.⁷⁴⁴ Eine unterschiedliche Bemessung würde freilich gegen das Trennungsprinzip verstoßen, wonach die Deckung der Haftung folgt, die Einstandspflicht des Haftpflichtversicherers sich nämlich ausschließlich danach bemisst, in welchem Ausmaß der Schädiger Ersatz leisten müsste, wenn kein Haftpflichtversicherer für ihn einstandspflichtig wäre.

86

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁷³⁸ *L. Jaeger* (VersR 2019, 40 (41)) in der Kritik an OLG Hamm VersR 2019, 34.

⁷³⁹ Für eine solche Berücksichtigung OLG Düsseldorf SP 2008, 255; OLG Hamm VersR 1998, 1392 (*Ls.*); VersR 1995, 1062; VersR 1995, 454; OLG Schleswig VersR 1992, 462; aA OLG München VersR 1989, 1056; ähnlich Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 *Rn.* 43; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 *Rn.* 711; Palandt/*Grüneberg* § 253 *Rn.* 18: Nur ausnahmsweise zu berücksichtigen.

⁷⁴⁰ Für eine anspruchsmindernde Berücksichtigung OLG Koblenz OLGR 2006, 530; OLG Köln zfs 1989, 77; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 49; Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 *Rn.* 728; aA OLG Hamm NJW-RR 1998, 1179.

⁷⁴¹ So MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 *Rn.* 53; OLG Brandenburg jurisPR-Verkr 2008/4 Anm. 2 (*Jahnke*): Spritztour; OLG Frankfurt/M. VersR 1975, 1053: Jagdausübung; OLG Karlsruhe VersR 1977, 936: Zechtour; aA OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Luckey*): Keine Gefälligkeit bei Fahrgemeinschaft, bei der abwechselnd gefahren wird.

⁷⁴² Gegen eine Kürzung des Schmerzensgeldes aus diesem Grund *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 126.

⁷⁴³ So OLG Hamm VersR 1998, 1392; *L. Jaeger/Luckey*, *Rn.* 1488.

⁷⁴⁴ BGH NJW 1974, 2124; Palandt/*Grüneberg* § 253 *Rn.* 18; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 49; MüKoBGB⁹/*Oetker* § 253 *Rn.* 54.

Die Bedeutsamkeit dieser Umstände hängt davon ab, welchen Stellenwert man der Genugtuungskomponente einräumt. Bei Straßenverkehrsunfällen und ärztlichen Kunstfehlern tritt diese zunehmend in den Hintergrund. Bei Straßenverkehrsunfällen wird darüber hinaus darauf verwiesen, dass die im Verkehr geschuldete Sorgfalt unteilbar⁷⁴⁵ und somit auch gegenüber Familienangehörigen geschuldet sei, so dass der familiäre Schädiger sich nicht auf die Haftungsprivilegierung der diligentia quam in suis rebus (gegenüber dem Ehegatten: § 1359; gegenüber dem Lebenspartner: § 4 LPartG; gegenüber den Kindern: § 1664) berufen kann.⁷⁴⁶ ME sollte man auf die Genugtuungskomponente ganz verzichten. Jedenfalls bei fahrlässigem Verhalten sowie dann, wenn ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, sollte keinerlei Kürzung vorgenommen werden.⁷⁴⁷ Selbst wenn man daran festhalten sollte, ist penibel darauf zu achten, dass lediglich der die Genugtuungskomponente betreffende Anteil geringer ausfallen mag, nicht aber der sich aus dem Ausgleichsprinzip ergebende Ersatzbetrag, was nicht immer beachtet wird.⁷⁴⁸

87

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Den Umständen des Einzelfalls könnte auch in der Weise Rechnung getragen werden, dass ein ungekürztes Schmerzensgeld zuerkannt wird, sich aus dem jeweiligen Innenverhältnis aber Rücksichtnahmepflichten ergeben können, dieses nicht in vollem Umfang bzw. nicht sogleich durchzusetzen.⁷⁴⁹ Dadurch würde der Schädiger zwar nicht in den wirtschaftlichen Ruin getrieben, eine Einschränkung gegenüber dem einstandspflichtigen Haftpflichtversicherer ergäbe sich jedoch nicht. Nicht maßgeblich sollte sein, ob der Haftpflichtversicherer wie bei der Kfz-Haftpflichtversicherung im Wege der action directe persönlich belangt werden kann oder der

⁷⁴⁵ Anders freilich in einem Ausnahmefall BGH NJW 2009, 1482: Rechtsfahren in Südafrika wegen des Linksfahrgebots an sich grob fahrlässig, nicht aber bei deutscher Lenkerin gegenüber deutscher Insassin, mit der eine **Fahrgemeinschaft** besteht.

⁷⁴⁶ So BGH NJW 2009, 1875 = NZV 2009, 382 (*Figgenger*) = r + s 2009, 257 (*Lemcke*) = jurisPR-VerkR 13/2009 Anm. 3 (*Jahnke*): Unfall beim Wasserskifahren zwischen Eheleuten.

⁷⁴⁷ Ähnlich Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 44, freilich eine Differenzierung nach dem Präventionsprinzip erwägend.

⁷⁴⁸ OLG Düsseldorf SP 2008, 255: Geringere Bemessung des Schmerzensgeldes bei Verletzung eines Kindes durch die Mutter bei einem Verkehrsunfall. OLG Koblenz OLGR 2006, 530: 40.677 EUR an einen Asylanten bei inkompletter Querschnittlähmung und 1/3 Mitverschulden wegen erkennbarer Alkoholisierung des Lenkers; mE exorbitant geringer Anspruch.

⁷⁴⁹ In diesem Sinn OLG München VersR 1989, 1056; gegen einen konkludenten Verzicht bei einer gefälligkeitshalber übernommenen Beaufsichtigung eines Kleinkindes, das dann in einen Teich gestürzt ist und einen schweren Hirnschaden davongetragen hat BGH NJW 1993, 1531.

Verletzte lediglich auf den Deckungsanspruch des Schädigers zugreifen kann. Dieser Lösungsansatz ist jedenfalls vorzugswürdig gegenüber dem, dass der Schädiger und der Haftpflichtversicherer unterschiedlich hohe Beträge schulden.⁷⁵⁰ Ein solches Auseinanderfallen der Einstandspflicht ist jedenfalls dann zu vermeiden, wenn der Haftpflichtversicherer selbst kein schuldhaftes Verhalten gesetzt hat.

88

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Umstand, dass der Geschädigte sich die Verletzung bei einer gefährlichen Sportart⁷⁵¹ zugezogen hat, berücksichtigt werden soll. ME sprechen gute Gründe für eine solche anspruchsmindernde Berücksichtigung, muss sich doch auch der Halter eines Fahrzeugs die Betriebsgefahr anspruchsmindernd entgegenhalten lassen.⁷⁵²

2. Person des Geschädigten

a) Ausmaß und Intensität der Schmerzempfindungen

89

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Dauerschäden	

Eine zentrale Dimension nehmen das Ausmaß und die Intensität der Schmerzen ein. Dabei ist zu beachten, dass diese bei Dauerschäden in der allerersten Phase als besonders belastend empfunden werden. Sie verschwinden zwar keinesfalls, gleichwohl tritt ein gewisser Gewöhnungseffekt ein, weshalb es mE gerechtfertigt ist, bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes für die erste Phase ein besonders hohes Äquivalent anzusetzen.⁷⁵³ Ein Ansatzpunkt ist dabei die Minderung der Erwerbsfähigkeit. Hat der Verletzte Todesangst, ist das erhöhend zu berücksichtigen.⁷⁵⁴

⁷⁵⁰OLG München VersR 1989, 1056.

⁷⁵¹Zum Fallschirmspringen OLG Nürnberg VersR 1994, 735 = SpuRt 1995, 274 (*Scheffen*); zum Fußballspielen OLG Hamm OLGR 1998, 154: Notbremse, Hineingrätschen von hinten.

⁷⁵²Ähnlich *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1479.

⁷⁵³AA *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1236, 1269, die diese Argumentation als zynisch ansehen.

⁷⁵⁴OLG Karlsruhe VersR 2017, 51: Zugbegleiter, der von Fahrgast mit Schusswaffe bedroht wurde.

b) Verlauf und Ergebnis des Heilungsprozesses

90

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Art des Heilungsverlaufes, namentlich die Anzahl und Dauer der Krankenhausaufenthalte, ist eine Determinante für die Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes.⁷⁵⁵ *L. Jaeger/Luckey*⁷⁵⁶ schildern anschaulich, wie beschwerlich es sein kann, auf die Krankenhauskost angewiesen zu sein. Darüber hinaus verweisen sie darauf, dass der Verletzte in seiner privaten Lebensgestaltung verschiedensten Einschränkungen ausgesetzt ist, so etwa einem Verzicht auf Alkohol, Nikotin, Sex, Sport,⁷⁵⁷ Tanz ua, wobei darauf hinzuweisen ist, dass manche dieser nicht ausübbar Lustbarkeiten Folge der Erkrankung und nicht allein des Krankenhausaufenthalts sind. *L. Jaeger/Luckey* schlagen vor, diese Beschwerne in einer Größenordnung abzugelten, wie sie für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit beim Pauschalreisevertrag nach § 651f Abs. 2 anerkannt ist. Dieser Ansatz würde gewiss zu einem dramatischen Ansteigen der Beträge führen, wobei dann zu fragen ist, ob diese Molestes in einem vertretbaren Verhältnis zu den anderen Unannehmlichkeiten stehen, die der Verletzte ebenfalls hinzunehmen hat. Von der Phase der Heilung ist das Ergebnis nach Abschluss des Prozesses zu unterscheiden. Nicht immer lässt sich der Zustand wie ohne schädigendes Ereignis wiederherstellen.⁷⁵⁸ Während bei einem Kfz technisch eine Reparatur fast immer möglich ist, mag sie mitunter auch unverhältnismäßig sein, ist die vollständige Heilung bei manchen Verletzungen, etwa Amputationen von Beinen oder Armen von vorneherein ausgeschlossen. Wie bei einem reparierten Fahrzeug besteht zudem die Gefahr, dass nicht alle Gebrechen entdeckt bzw. die entdeckten nicht fachgerecht behoben worden sind. Während beim Kfz-Sachschaden dafür ein merkantiler Minderwert gebührt, ist eine Berücksichtigung solcher Unwägbarkeiten bei Verletzung einer Person bloß im Weg des Schmerzensgeldes möglich, was dann angezeigt erscheint, wenn die verletzte Person dadurch auch psychisch belastet ist.⁷⁵⁹

c) Bedeutung der Verletzung eines bestimmten, namentlich eines paarigen Organs

91

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁷⁵⁵ *Vrzal* VersR 2015, 284 (287); *Nixdorf* NZV 1996, 89 (90); Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 37.

⁷⁵⁶ *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1287 ff.

⁷⁵⁷ OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1374: Joggen und Skifahren; OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 538: Beeinträchtigung bei altersgerechter Sportausübung eines 17-jährigen; OLG München OLGR Süd 47/2010 Anm. 6: bei 46-Jähriger Vereitelung von Tennis spielen, Rad fahren, Reiten.

⁷⁵⁸ OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468: Sterilisation kann bei einer Frau nicht rückgängig gemacht werden.

⁷⁵⁹ OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*); *Steffen*, in: FS Odersky (1996) S. 723.

--	--	--

Wird die linke Hand verletzt, ist das besonders nachteilig, wenn der Geschädigte Linkshänder ist.⁷⁶⁰ Wird ein paariges Organ beeinträchtigt, ist die Funktionsfähigkeit der betreffenden Person idR nur in geringem Ausmaß beeinträchtigt. Bei der Bemessung ist freilich zu berücksichtigen, dass die eminente Gefahr besteht, dass bei Verletzung des anderen paarigen Organs die jeweilige Funktion völlig ausfällt.⁷⁶¹ Es gilt nicht der Satz: Unter Blinden ist der Einäugige König; vielmehr sind bestimmte Aufgaben, etwa die Tiefenschärfe beim Sehen, nur dann in vollem Umfang gegeben, wenn beide paarige Organe intakt sind. Bei vorhandener Vorschädigung eines paarigen Organs⁷⁶² oder Schädigung beider paariger Organe ist zu beachten, dass das Schmerzensgeld wesentlich höher ausfallen muss als der doppelte Betrag bei Schädigung eines paarigen Organs.⁷⁶³ Denn der Verlust beider Arme oder die Erblindung auf beiden Augen ist eine ungleich weitergehende Beeinträchtigung als das Doppelte bei Verlust eines Armes bzw. der Sehfähigkeit eines Auges.

d) Beeinträchtigungen des Aussehens

92

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Beeinträchtigung des Aussehens	

Bei Entstellungen und Narben hat das Schmerzensgeld höher auszufallen.⁷⁶⁴ Dabei ist zu berücksichtigen, dass es Verletzungen gibt, wie etwa eine Beinamputation, mit der notwendigerweise eine Narbe verbunden ist und bei der der Funktionsverlust so schwer wiegt, dass dieser Narbe keine maßgebliche zusätzliche Bedeutung mehr zukommt.⁷⁶⁵ Darüber hinaus findet sich der Hinweis, dass eine Narbe oder Entstellung insbesondere bei Mädchen oder jungen Frauen ins Gewicht fällt, weil dadurch die Partnersuche erschwert wird.⁷⁶⁶ *L. Jaeger/Luckey*⁷⁶⁷

⁷⁶⁰ OLG Naumburg VersR 2016, 610 = MedR 2016, 613.

⁷⁶¹ OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1025: Verlust eines Auges; OLG Brandenburg MDR 2010, 1324: Funktionsuntüchtigkeit eines Hodens; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: Ausfall einer Niere.

⁷⁶² So in OLG Nürnberg NJOZ 2006, 1674: Verlust der Sehfähigkeit auf einem Auge ohne Verantwortlichkeit des Schädigers.

⁷⁶³ OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Verantwortlichkeit des Schädigers für Verlust der letzten 30 % der Sehkraft eines Auges nach Verlust der Sehkraft des anderen Auges.

⁷⁶⁴ *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1326 ff.

⁷⁶⁵ *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1326; *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 223.

⁷⁶⁶ OLG Frankfurt/M. DAR 1994, 119; KG VersR 1992, 974; OLG Köln VersR 1990, 434; *Küppersbusch/Höher, Rn.* 277; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 *Rn.* 32.

weisen demgegenüber darauf hin, dass jedermann **bzw.** jedefrau unabhängig vom Alter das Recht habe, für derartige Entstellungen angemessen entschädigt zu werden.⁷⁶⁸ Im Ausgangspunkt ist das zutreffend. Freilich werden die Auswirkungen unterschiedlich weitreichend sein, ob es sich um einen jüngeren Menschen handelt, der noch einen Partner für das Leben oder doch einen Lebensabschnitt sucht, oder eine ältere Person, die einen solchen schon gefunden hat oder nicht mehr sucht. Hinzu kommt, dass Entstellungen für viele auch für das berufliche Fortkommen hinderlich sind, was bei Personen, die nicht mehr im Berufsleben stehen, naturgemäß nicht den gleichen Stellenwert hat. Zutreffend ist freilich uneingeschränkt, dass für eine Beeinträchtigung des Aussehens eine Entschädigung unabhängig vom Geschlecht gebührt.⁷⁶⁹ Eine Narbe wirkt sich in unterschiedlichem Ausmaß auf die Höhe des Schmerzensgeldes aus, je nachdem, ob sie in unbedecktem Zustand sichtbar ist oder nicht.⁷⁷⁰ Soweit Entstellungen bei – missglückten – kosmetischen Operationen zurückbleiben, war die Rechtsprechung bei der Bemessung eines Schmerzensgeldes bisher zurückhaltend.⁷⁷¹ Als Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes ist auch der Verlust des Gesichtsnervs (Facialis) anzusehen, wodurch die Mimik beeinträchtigt ist.⁷⁷²

e) Lebensalter, insbesondere bei einem Dauerschaden

93

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Dauerschäden	ff.

Welche Bedeutung das Lebensalter für die Bemessung des Schmerzensgeldes bei einem Dauerschaden hat, wird völlig konträr beurteilt. Einerseits wird vertreten, dass diesem Umstand keine nennenswerte eigenständige Bedeutung zukomme;⁷⁷³ andererseits wird postuliert, dass das Schmerzensgeld nach Maßgabe von Tagessätzen proportional zur Leidensdauer zu

⁷⁶⁷L. Jaeger/Luckey, Rn. 1339.

⁷⁶⁸Zustimmend Born, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 222 f.

⁷⁶⁹In diesem Sinn wohl auch MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 40.

⁷⁷⁰OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (Luckey): 25.000EUR, mittlerer bis oberer Rückenbereich, selbst im unbedeckten Zustand im Schwimmbad nicht besonders auffällig; insoweit engherzig OLG München NJW-RR 2013, 396: 9.000 EUR für nicht entstellende Narbe im Gesicht verbunden mit Beschwerden infolge Wetterfühligkeit.

⁷⁷¹Kritisch L. Jaeger VersR 2006, 1509 (1510).

⁷⁷²OLG München BeckRS 2012, 04398: Seelische Auswirkungen sowie Beeinträchtigung bei der zwischenmenschlichen Kommunikation und auch beim Essen, Sprechen und Trinken – Zuspruch von 60.000EUR.

⁷⁷³Koziol, in: FS Hausheer (2002) 597, 599; Küppersbusch/Höher, Rn. 293: Wenig Anhaltspunkte in der Rechtsprechung; Bamberger/Roth/Spindler (53. Edition), § 253 Rn. 33: Ältere Menschen sollen kein geringeres Schmerzensgeld erhalten.

bemessen sei⁷⁷⁴ und bei einem jungen Menschen notwendigerweise um ein Mehrfaches höher sein müsse als bei einem älteren Menschen.⁷⁷⁵ Manche verweisen darauf, dass eine Berücksichtigung des Lebensalters zumindest dann zu erfolgen habe, wenn der Verletzte sehr jung sei.⁷⁷⁶ Erschwerend ist es, wenn die Verletzung in einem Alter passiert, in dem die Lebensplanung erst beginnt.⁷⁷⁷ Schließlich wird ins Treffen geführt, dass jüngere Menschen zwar eine längere Leidensperiode vor sich haben, ältere Menschen aber größere Probleme bei der Anpassung an eine neue Situation hätten,⁷⁷⁸ was aber auch bei besonders jungen Menschen der Fall sein könne.⁷⁷⁹ *Luckey*⁷⁸⁰ verweist zutreffend auf die Konstellationen bei Kleinkindern,⁷⁸¹ hingewiesen wird auch auf den besonderen Bewegungsdrang von Kindern und Jugendlichen.⁷⁸² Bedeutsam ist zudem, dass sie bei einem stationären Aufenthalt aus ihrer vertrauten Umgebung herausgerissen werden und die Dauer des Aufenthalts für sie eine besondere Belastung ist, weil sie noch kein ausgeprägtes Zeitgefühl haben.⁷⁸³ Erschwerend kommt hinzu, wenn ein Kind nicht abschätzen kann, wann nach mehreren Eingriffen ein Ende der solchen gegeben ist.⁷⁸⁴ Bei Jugendlichen kann erschwerend sein, dass sie unmittelbar vor der nächsten Lebensetappe stehen und bestimmte Freizeitaktivitäten einen besonders hohen Stellenwert haben.⁷⁸⁵

⁷⁷⁴ *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld 13 ff.

⁷⁷⁵ *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1260; so im Ansatz BGH NJW 1991, 1544: 73 Jahre alter Verletzter; OLG Frankfurt/M. VersR 1996, 1509: 3-jähriges Kind; KG KGR 2004, 510: 22-jähriger Verletzter; OLG Köln NJW-RR 2007, 174: 9-jähriger Kläger.

⁷⁷⁶ *MüKoBGB⁸/Oetker* § 253 *Rn.* 43; *Vrzal* VersR 2015, 284 (288); OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Verweis auf die weitere statistische Lebensdauer von 70 Jahren; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: 32-jähriger EDV-Systemtechniker; OLG Köln NJOZ 2014, 169: 22-jähriger.

⁷⁷⁷ LAG Nürnberg MedR 2018, 332 (*L. Jaeger*): 20-jährige am Ende ihrer Ausbildung.

⁷⁷⁸ *Küppersbusch/Höher, Rn.* 293; OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12: Argument, dass Erwachsener an bisheriges Sozialleben anknüpfen könne, daher kein Zuschlag erforderlich.

⁷⁷⁹ *Luckey*, in: FS Eggert (2008) S. 181, 191: Ein 3-jähriges Kind kann nicht ermessen, wie lange 4 Wochen sind, weshalb ein solcher Krankenhausaufenthalt besonders belastend und das Schmerzensgeld besonders hoch sein muss; S. 193: Ein 16-Jähriger muss sich selbst bei Hygienemaßnahmen jeder Art helfen lassen, was gerade in einem solchen Alter als besonders unangenehm empfunden wird; ähnlich OLG Brandenburg MDR 2010, 1324.

⁷⁸⁰ SVR 2011, 406 f.

⁷⁸¹ Ähnlich *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 215.

⁷⁸² OLG Köln NJOZ 2014, 169.

⁷⁸³ *Born* NZV 2016, 545 (547).

⁷⁸⁴ LG Aurich VersR 2019, 887 (*L. Jaeger*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 226; OLG Oldenburg BeckRS 2020, 5200.

⁷⁸⁵ OLG Saarbrücken SP 2015, 296: 19-jährige, gerade nach dem Abitur, Beeinträchtigungen beim Tanzen und Laufen.

Es gibt aber auch Umstände, die bei Menschen im fortgeschrittenen Alter besonders ins Gewicht fallen, namentlich die Gefahr von Muskelschwund und eine erhöhte Anfälligkeit für Infektionen oder einen Dekubitus, besondere Anpassungsschwierigkeiten während eines stationären Aufenthalts sowie auch in der Phase danach, die Furcht, nie wieder ganz gesund zu werden und nicht mehr in die vertraute Atmosphäre zurückkehren zu können.⁷⁸⁶ Unausgesprochen kommt zum Ausdruck, dass das eine wie das andere beschwerlich sei, so dass auf die Schwere der Verletzung per se, aber nicht auf das Lebensalter bzw. die Schmerzdauer bis zur restlichen Lebenserwartung abzustellen sei.⁷⁸⁷ Mitunter erfolgt auch eine „Verrechnung“ mit Faktoren, die mit dem Lebensalter nichts zu tun haben,⁷⁸⁸ was unterbleiben sollte. Allein bei Zerstörung der Persönlichkeit besteht Einigkeit, dass die Dauer des Überlebens eine ganz bedeutsame Determinante für das Ausmaß des Schmerzensgeldes ist.⁷⁸⁹

94

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

ME führt die Vielzahl der Umstände des Einzelfalls dazu, dass der Tatrichter mitunter den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr erkennt, jedenfalls große Bäume nicht von Stauden und Sträuchern zu unterscheiden vermag. Die restliche Schmerzdauer ist mE die zentrale Bemessungsdeterminante.⁷⁹⁰ Bei Abstellen auf Tagessätze als Grundlage der Bemessung – so der Vorschlag von *Ziegler/Ehl*⁷⁹¹ sowie *Schwintowski/C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*⁷⁹² – würde diesem Prinzip zum Durchbruch verholfen. Bei der Zuerkennung einer Rente wird das schon durch die Form des Ersatzes berücksichtigt, ist doch der Ersatzumfang von der (Über-)Lebensdauer des Geschädigten abhängig.⁷⁹³ Weshalb bei der Kapitalabfindung etwas

⁷⁸⁶ *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 217 f.

⁷⁸⁷ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 697; ähnlich *Born* NZV 2016, 545 (548).

⁷⁸⁸ OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerkR 25/2014 Anm. 3: Aufrechterhalten des Zuspruchs von 150.000 EUR an eine 66-jährige, weil in den Referenzentscheidungen zwar jüngere Verletzte betroffen waren, aber der Haftpflichtversicherer bei der Regulierung sich ungebührlich verhalten habe.

⁷⁸⁹ OLG München VersR 1998, 644; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 289.

⁷⁹⁰ *Ch. Huber* VersR 2016, 73 ff.; *ders.*, HAVE 2015, 258 (264); ebenso *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 126; OLG Brandenburg RDG 2019, 140: Abgrenzung zu höheren Zusprüchen in Vorentscheidungen unter Bezugnahme auf die begrenzte Leidensdauer von 2 Monaten.

gerade gegenteilig *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 218, der die jeweiligen individuellen Umstände als zentral ansieht.

⁷⁹¹ *Ziegler/Ehl* JR 2010, 1 (5).

⁷⁹² Handbuch Schmerzensgeld 64 ff.; kritisch *Slizyk* SVR 2014, 10 (13): Unvereinbar mit geltendem Recht.

⁷⁹³ MüKoBGB⁹/*Oetker* § 253 Rn. 43.

grundsätzlich anderes gelten sollte, wäre überhaupt nicht einzusehen. Vielmehr müsste eine rationale Bemessung des Schmerzensgeldes anknüpfen an die Summe der vom Geschädigten zu erduldenen Schmerzen. Und diese Summe ist naturgemäß umso höher, je länger das Leiden ist, das der Verletzte noch vor sich hat. Warum ein solcher Umstand nur bei einem besonders jungen Menschen berücksichtigungswürdig sein soll,⁷⁹⁴ aber ein Mensch in der Lebensmitte und einer im fortgeschrittenen Alter gleichbehandelt werden sollen, ist mE in keiner Weise einzusehen. Anstelle auf approximative Werte wie „besonders jung“ oder „besonders alt“ abzustellen,⁷⁹⁵ sollte wie bei der Ermittlung einer Kapitalabfindung bei einem Vermögensschaden die restliche Lebenserwartung zugrunde gelegt werden, wobei Anhaltspunkt die Lebenserwartung jeweils nach der aktuellen Sterbetafel ist, sofern sich aus individuellen Umständen – krankheitsbedingte Verkürzung oder höhere Lebenserwartung wegen guter Gene und gesunder Lebensweise – ein anderer Wert ergibt.⁷⁹⁶ Gegen die Orientierung an Tagessätzen wird eingewendet, dass auf diese Weise die Entscheidungskompetenz vom Gericht auf den medizinischen Sachverständigen verlagert werde und die Gefahr einer mathematischen Scheingenauigkeit bestehe.⁷⁹⁷ Beide Bedenken sind unbegründet, solange der sich daraus ergebende Wert nicht mehr ist als eine erste Bezugsgröße und die Feinjustierung dem Gericht vorbehalten bleibt. Die Ermittlung auf solche Weise ist gleichwohl von heuristischem Wert, weil sich daraus die Größenordnung ergibt, in der das Schmerzensgeld zu bemessen ist.

95

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Folgerichtig wäre es daher, das Schmerzensgeld nach Perioden zu bemessen,⁷⁹⁸ wie etwa die vermehrten Bedürfnisse oder den Erwerbsschaden nach Monaten oder Quartalen. Dabei wäre durchaus in Anschlag zu bringen, dass es Phasen gibt mit größerer und solche mit womöglich geringerer Schmerzintensität. Berücksichtigungsfähig wäre dabei, in welchen Lebensstapen sich welche immateriellen Unwägbarkeiten ergeben – im Beruf und in der Freizeit, im Familienleben und bei der Partnersuche, bei der sportlichen und sexuellen Betätigung⁷⁹⁹ –, wobei sich nicht in jeder Lebensstapen Einbußen auf allen Gebieten ergeben werden.⁸⁰⁰ Bei einem

⁷⁹⁴OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Köln NJW-RR 2007, 174: Bei Dauerschäden höheres Schmerzensgeld bei Kindern und Jugendlichen.

⁷⁹⁵So *Luckey* VRR 2011, 406 (407).

⁷⁹⁶*Ch. Huber* VersR 2016, 73 ff.; OLG Frankfurt aM GesR 2018, 264 = BeckRS 2017, 139887: Verletzter 21 Jahre alt, unter Bezugnahme auf die Sterbetafeln weitere Leidenszeit von 57 Jahren.

⁷⁹⁷*Grunewald/Nugel* VRR 2014, 4 (6); *Wenker* NZV 2014, 241 (242): Suggestieren von Transparenz und Genauigkeit, die es im Bereich immaterieller Ansprüche nicht geben kann.

⁷⁹⁸In diesem Sinn bereits *Ch. Huber* NZV 1998, 345 ff.; ebenso *L. Jaeger* VersR 2008, 416, der für eine Kontrollrechnung nach Monaten plädiert.

⁷⁹⁹OLG Brandenburg SP 2007, 140: Verletzungsbedingt keine sexuellen Kontakte zum Ehemann.

⁸⁰⁰OLG Brandenburg MDR 2010, 1324: Verlust eines Hodens bei einem 19-Jährigen; besonders bedeutsam wegen der vor ihm liegenden Lebens- und Familienplanung. *Vgl.* aber KG KGR 2004, 510:

solchen Ansatz würde der als Kapital geschuldete Betrag – jedenfalls gedanklich – ebenso zu ermitteln sein wie eine Kapitalabfindung bei einem Erwerbsschaden, bei dem dann die künftigen Beträge entsprechend – dem jeweils maßgeblichen Zinsniveau⁸⁰¹ – abgezinst werden müssen.⁸⁰² Wenn diese Grundausrichtung feststeht, könnte als ein Korrekturfaktor – aber auch nicht mehr⁸⁰³ – berücksichtigt werden, in welcher Weise der Verletzte Anpassungsprobleme an die neue Situation hat, wobei größere Unbill sowohl bei sehr jungen als auch besonders betagten Menschen festzustellen sein kann. Als Konsequenz müssten die Schmerzensgeldtabellen deshalb bei Dauerschäden nicht nur den Schweregrad der Verletzung, sondern auch das Alter bzw. die Lebenserwartung, somit die geschätzte Schmerzdauer angeben. Noch eine Spur transparenter würde die Bemessung beim Schmerzensgeld bei einem Dauerschaden ausfallen, wenn im Rahmen der Festsetzung des Gesamtbetrages getrennt ausgewiesen würde, welcher Betrag für die Abgeltung der Schmerzen der Eingewöhnung an die neue Situation zuerkannt wird und welcher für die restliche Phase danach.

f) Geschlecht

95a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das Geschlecht sollte auf den Umfang des Schmerzensgeldes keinen Einfluss haben.⁸⁰⁴ Rechtstatsächlich ist freilich zu beobachten, dass etwa bei der Beeinträchtigung von Geschlechtsorganen ein Mann einen deutlich höheren Schmerzensgeldbetrag zuerkannt bekommen hat als eine Frau,⁸⁰⁵ was der EGMR für einen Verstoß gegen Art. 14 EGMR

22-jähriger, der beide Beine verloren hat; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: 32-jähriger EDV-Techniker; jeweils Einbußen auf all diesen Gebieten.

⁸⁰¹ Bei gerichtlicher Streitaustragung ist maßgeblich die letzte Verhandlung erster Instanz, bei außergerichtlicher Regulierung der Zeitpunkt des Abschlusses des Abfindungsvergleichs. In der Phase des Jahres 2020 ist selbst bei langfristiger mündelsicherer Veranlagung kaum ein Zinssatz von über 1 % zu erzielen. In diesem Sinn erstmals bei einer Vergleichsrechnung OLG Oldenburg BeckRS 2020, 5200.

⁸⁰² *Ch. Huber* NZV 1998, 345 (350).

⁸⁰³ AA Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 33: Probleme bei der Anpassung können Schmerzdauer mehr als kompensieren.

⁸⁰⁴ Ausführlich zu durchaus bestehenden Unterschieden *Born* NZV 2016, 545 ff.

⁸⁰⁵ *Luckey* SVR 2014, 125 (127) mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; ähnlich der Befund von *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 225; OLG Naumburg NJW-RR 2015, 20: 25.000 EUR Schmerzensgeld bei Sexualfunktionsstörung wegen Verletzung des Penis unter Hinweis auf Fehlen von Gerichtsentscheidungen in den Schmerzensgeldtabellen; *ders.*, NZV 2016, 545 (549): Bei Verlust der Zeugungsfähigkeit bzw. Sterilisation bei Männern Untergrenze 20.000 EUR, bei Frauen im unteren Bereich jedoch zwischen 2.500 EUR und 3.000 EUR.

angesehen hat,⁸⁰⁶ während Beeinträchtigungen des Aussehens bei einer (jüngeren) Frau zu einem höheren Zuspruch führen.⁸⁰⁷ Möglicherweise führt die Offenlegung dieses Umstands künftig zu dessen Korrektur.

g) Vermögensverhältnisse

96

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nach ganz überwiegender Ansicht⁸⁰⁸ sollen die Vermögensverhältnisse des Verletzten keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben. Würde man sie berücksichtigen, würde dies dazu führen, dass ein reicher Verletzter einen höheren Betrag benötigen würde als ein armer **bzw.** dass ein außerordentlich reicher Verletzter überhaupt keinen Anspruch hätte, weil auch ein noch so hoher Betrag ihm weder Ausgleich noch Genugtuung verschaffen kann.⁸⁰⁹ Das wurde auch durch die Entscheidung des Vereinigten Großen Senats⁸¹⁰ bestätigt, der lediglich unter Berufung auf die Billigkeit erwähnt hat, dass es in ganz aussergewöhnlichen Ausnahmefällen auch einmal anders sein könnte.

h) Aufenthaltsort des Verletzten – Einfluss unterschiedlicher Kaufkraftparitäten

97

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Kaufkraftparitäten	

Von den Vermögensverhältnissen des Verletzten zu unterscheiden ist die unterschiedliche Kaufkraftparität der Gegend, in der er sich aufhält.⁸¹¹ Das kann gegenüber dem

⁸⁰⁶ EGMR NJOZ 2018, 1678.

⁸⁰⁷ *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 218.

⁸⁰⁸ OLG Schleswig NJW-RR 1990, 470; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 24; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 45; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 38; diesen Umstand relativierend Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 16; aA freilich *Ziegler/Ehl* JR 2010, 1; *Rolle* VRR 2010, 124; *Born*, in: FS Jaeger (2014) 207, 210.

⁸⁰⁹ *L. Jaeger* VersR 2013, 134 (137); *ders. /Luckey*, Rn. 1375.

⁸¹⁰ BGHZ 212, 48 = DAR 2017, 258 (*Luckey*) = NZV 2017, 179 (*Almeroth*) = LMK 2017, 386787 (*Schiemann*) = NZFam 2017, 85 (*Krumm*).

⁸¹¹ Für eine solche Berücksichtigung unter Bezugnahme auf die Rechtslage in der Schweiz *Ch. Huber* NZV 2006, 169 ff.; möglicherweise berücksichtigt in OLG Koblenz OLGR 2006, 530: Geringer

durchschnittlichen deutschen Lebensstandard eine Abweichung nach unten oder oben nach sich ziehen.⁸¹² Ein geringeres Schmerzensgeld wurde einem in Polen lebenden Verletzten zugebilligt,⁸¹³ während eine Anhebung des immateriellen Schadens nach § 338 Abs. 3 ZGB-DDR erfolgte, um den gestiegenen Lebenshaltungskosten nach dem Beitritt Rechnung zu tragen.⁸¹⁴ Es muss sich um eine signifikante Abweichung handeln.⁸¹⁵

Davon zu unterscheiden ist, dass amerikanische Staatsbürger die nach deutschem Recht zuerkannten Schmerzensgelder als völlig unzureichend empfinden.⁸¹⁶ Darauf kommt es aber nicht an. Wenn der Verletzte in Deutschland lebt,⁸¹⁷ ist er wegen seiner amerikanischen Staatsbürgerschaft nicht anders zu behandeln. Wenn in einer Entscheidung des KG⁸¹⁸ der Verletzte hingegen geltend macht, dass er nicht mehr Auto fahren könne, weshalb diese Beeinträchtigung in einem US-amerikanischen Flächenstaat sich stärker auswirke als in Deutschland, weil es dort praktisch keinen öffentlichen Nahverkehr gebe, so wäre dieser Umstand mE sehr wohl beachtlich gewesen. Allerdings wäre der Verletzte gut beraten gewesen, für dieses Defizit die Kosten einer konkreten Abhilfe im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse, etwa der Inanspruchnahme einer Taxe, in Rechnung zu stellen.

i) Zustand im Zeitpunkt der Verletzung – besondere Schadensanfälligkeit

98

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der Schädiger muss den Geschädigten so nehmen, wie er ist. Litt der Geschädigte unter Vorschäden, war er aber beschwerdefrei und das schädigende Ereignis der sprichwörtliche Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte, dann ist der Schädiger in vollem Umfang einstundspflichtig.⁸¹⁹ Denn er kann eben nicht verlangen, so behandelt zu werden, als habe er

Zuspruch bei einer Querschnittslähmung an einen Asylanten, womöglich weil nicht sicher ist, wie lange dieser sich in Deutschland aufhält. Skeptisch *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 210.

⁸¹²OLG Frankfurt zfs 2004, 452 (*Diehl*): US-Amerikaner; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 39; kritisch Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 24.

⁸¹³OLG Köln zfs 1994, 47.

⁸¹⁴BGH NJW 1993, 2531; OLG Brandenburg VersR 1998, 593; vgl. auch OLG Frankfurt/M. OLGR 1994, 29: Lebenshaltungskosten im Großraum Frankfurt/M.; LG München I NJW-RR 2001, 1246: Orientierung des Zuspruchs an den Kosten eines Einfamilienhauses in der Gegend.

⁸¹⁵ OLG Naumburg VersR 2016, 265 = zfs 2016, 320 (*Diehl*): Kein erheblicher Unterschied der Lebensverhältnisse zwischen Deutschland und den Niederlanden.

⁸¹⁶KG VersR 2002, 1567; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1030.

⁸¹⁷So im Sachverhalt OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1030.

⁸¹⁸VersR 2002, 1567.

⁸¹⁹OLG Hamm SP 2000, 377; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 770.

eine gesunde Person verletzt.⁸²⁰ Umgekehrt soll auch nur der durch das schädigende Ereignis verursachte Schaden ersetzt werden. Wenn der Vorschaden unabhängig vom schädigenden Ereignis zu bestimmten Beschwerden geführt hätte, ist für diese nach den Regeln der überholenden Kausalität der dafür beweisbelastete Schädiger⁸²¹ einstandspflichtig, so dass der Vorschaden bei der Bemessung des Schmerzensgeldes mindernd zu berücksichtigen ist.⁸²² Ersatz gebührt nur für die Schäden, die bis zu dem Zeitpunkt zu erdulden sind, zu dem sie auch ohne das Schädigerverhalten eingetreten wären.⁸²³ Allerdings trifft den Verletzten eine sekundäre Darlegungslast, welche Vorschäden er hat, sowie die Beweislast, dass die Vorschädigung vor dem schädigenden Ereignis symptomlos war und das schädigende Ereignis kausal für die Aktivierung war.⁸²⁴ Mitunter wird bei strittiger Kausalität das als „Frage des Einzelfalles“ qualifiziert,⁸²⁵ was salomonisch klingt, aber in der Sache nicht weiterhilft. Zutreffend ist, dass keine Kürzung vorzunehmen ist, wenn es sich um stumme Beschwerden gehandelt hat und der Beweis überholender Kausalität durch den Ersatzpflichtigen nicht erbracht wird.⁸²⁶

j) Auswirkungen für die Lebensgestaltung des jeweils Verletzten

99

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Verletzung hat unterschiedliche Auswirkungen für den jeweils Verletzten, je nachdem, in welcher Lebensetappe er sich befindet und wie er sein Leben gestaltet. Die umfassende Darlegung, welche Lebensbereiche betroffen sind, ist von zentraler Bedeutung.⁸²⁷

aa) Berufstätigkeit

100

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁸²⁰BGHZ 123, 341 = NJW 1996, 2426; L. Jaeger/Luckey, Rn. 720.

⁸²¹Diese Beweislastverteilung wird nicht immer beachtet; mitunter erfolgen unzutreffenderweise Anleihen im Sozial- oder Privatversicherungsrecht; Nachweise bei *Vrzal* VersR 2015, 284 (288 f.); das Schmerzensgeld wegen eines Vorschadens pauschal kürzend OLG Celle BeckRS 2011, 03335.

⁸²²BGH NJW 1997, 455; OLG Köln NJW-RR 2002, 1182; OLG Hamm NZV 1998, 413; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 38; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 39.

⁸²³Sehr vage *Wenker* NZV 2014, 241 (242): Es kann im Einzelfall geboten sein, das zu berücksichtigen.

⁸²⁴OLG Köln NJW-Spezial 2013, 617.

⁸²⁵OLG Brandenburg SP 2017, 513.

⁸²⁶OLG Hamm BeckRS 2014, 22299.

⁸²⁷Anschaulich der Vortrag in OLG Köln VersR 2016, 1123: Hirnorganische Wesensveränderung eines 42-jährigen Rangierers.

Die materiellen Einbußen wegen Behinderungen in der Berufsausübung werden im Rahmen des Erwerbsschadens gem. § 842 abgegolten. Soweit der Verletzte seinen Beruf nicht bloß als Mittel zum Zweck, nämlich dem des Geldverdienens, empfunden, sondern er darin auch Entfaltung und Selbstverwirklichung gefunden hat, was über die soziale Anerkennung⁸²⁸ hinausgehen kann, führt die Einschränkung der Berufsausübung auch zu einer immateriellen Einbuße, die im Rahmen des Schmerzensgeldes anspruchserhöhend zu berücksichtigen ist. Das betrifft die Fälle, in denen eine Erkrankung während einer Prüfungsphase passiert⁸²⁹ oder der künftig angestrebte Traumberuf nicht ausgeübt werden kann,⁸³⁰ aber auch solche, in denen der bis dahin ausgeübte Beruf aufgegeben werden muss.⁸³¹ Auch der Abbruch bzw. Wechsel einer Schule oder eines Studiums als berufsvorbereitende Maßnahme fällt in diese Kategorie.⁸³² Mitunter schlägt sich das in einem Gefühl der Nutzlosigkeit nieder, insbesondere wenn der (die) Verletzte noch jung ist.⁸³³ Folgerichtig wurde eine Narbe im Gesicht als besonders belastend bei einer Kosmetikerin angesehen, weil diese in ihrem Beruf ein schönes, makelloses und vor allem narbenfreies Gesicht haben sollte, um den Vorstellungen der Kundschaft möglichst nahe zu kommen.⁸³⁴ Je schwerer die Verletzung bzw. je spezifischer die verletzungsbedingte Behinderung ausgeprägt ist, umso geringer ist die Befürchtung, dass es sich um bloße Behauptungen handelt, um das Schmerzensgeld aufzufetten.⁸³⁵

bb) Persönliche Beziehungen

101

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁸²⁸Für die Berücksichtigung dieser Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 36.

⁸²⁹*Luckey*, in: FS Eggert (2008) S. 181, 191: Verletzung einer Studentin während der Examensarbeit.

⁸³⁰OLG Köln VersR 1992, 714: Hubschrauberpilot; LG Amberg NJW-RR 1986, 1357: Journalistin; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 277; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 37. Zur erhöhten Darlegungslast, wenn dieser noch nicht spezifiziert war, OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Luckey*).

⁸³¹OLG München OLGR Süd 47/2010, Anm. 6: Übergabe des Hofes an den Sohn durch 49-Jährigen, eigener Verdienst nur noch durch Zeitungsaustragen; OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*): Erheblicher Einschnitt in die berufliche Planung des 33-jährigen Verletzten; OLG Frankfurt/M. VersR 1987, 1140: Koch wegen Entfalls des Geschmackssinns; OLG München VersR 1985, 868: Kosmetikerin wegen entstellender Narben.

⁸³²MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 41.

⁸³³LG Berlin VersR 2002, 1029; LG Amberg NJW-RR 1986, 1357.

⁸³⁴OLG München VersR 1985, 868; *Born* NZV 2016, 545 (550).

⁸³⁵Zur Gefahr von Manipulationsmöglichkeiten Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 36.

Eine Verletzung kann sich nachhaltig auf die persönlichen Beziehungen des Verletzten zu seinen näheren oder weiteren Bezugspersonen⁸³⁶ auswirken. Bedeutsam ist, wenn eine Erkrankung das Finden eines Ehepartners erschwert, namentlich wenn die Fortpflanzungsfähigkeit entfällt.⁸³⁷ Mitunter kommt es zum Zerbrechen einer Ehe⁸³⁸ oder einer Lebensgemeinschaft.⁸³⁹ Allerdings ist darauf zu achten, dass dies in der Tat auf die Verletzung zurückzuführen ist.⁸⁴⁰ Je gravierender die Verletzung ist und je länger sie andauert, umso eher ist dies anzunehmen.⁸⁴¹ ME ist auch eine Belastung der Beziehung,⁸⁴² nicht bloß deren Zerbrechen schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen.⁸⁴³ Mitunter gerät eine Person völlig aus der Bahn, zieht von ihrem Wohnsitz aus, kann ihre Kleinkinder nicht mehr betreuen und kommt für den primären Arbeitsmarkt nicht mehr in Betracht.⁸⁴⁴ Darüber hinaus sind Störungen des Familienlebens in Anschlag zu bringen, wenn etwa ein älterer Mensch seinen Lebensmittelpunkt durch die vom Schädiger zu verantwortende Krankheit nicht mehr zu seinem Kind verlagern kann, weil ihm deshalb kein Einreisevisum in das betreffende Land ausgestellt wird.⁸⁴⁵ Die bloße Trennung der Familie⁸⁴⁶ ist demgegenüber durch den Umstand eines Krankenhausaufenthalts bereits abgegolten und darf nicht doppelt in Ansatz gebracht werden. Auch können die sexuellen Aktivitäten beeinträchtigt sein. *L. Jaeger/Luckey*⁸⁴⁷ verweisen darauf, dass bei solchen Störungen das Schmerzensgeld kaum niedrig ausfällt, bei Frauen indes deutlich geringer als bei Männern.⁸⁴⁸

cc)Freizeitverhalten

⁸³⁶LG Amberg NJW-RR 1986, 1357: Freundeskreis des Studiums hat sich verflüchtigt, neuer ist schwer zu finden.

⁸³⁷LAG Nürnberg MedR 2018, 332 (*L. Jaeger*): Kinderwunsch erheblich reduziert.

⁸³⁸OLG Köln NJW-RR 1996, 986; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 37.

⁸³⁹LG Arnberg NJW-RR 1986, 1357; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 42.

⁸⁴⁰Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 40.

⁸⁴¹Zu Recht abgelehnt von OLG Köln NJW-RR 1996, 986: Fünfwöchige Krankenhausbehandlung.

⁸⁴²OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468: Zuspruch von 45.000 EUR für eine ohne Einwilligung vorgenommene Sterilisation einer Frau jesidischen Glaubens, die noch keinen Sohn zur Welt gebracht hat, was für diese besonders belastend war, obwohl der Ersatzpflichtige die Kosten einer – vergeblichen – künstlichen Befruchtung übernommen hat.

⁸⁴³AA MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 42.

⁸⁴⁴OLG Frankfurt VersR 2018, 560 (*L. Jaeger*) = jurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 2 (*Wenker*) = zfs 2017, 677 (*Diehl*): Folge eines Schockschadens.

⁸⁴⁵OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2001, 90: Versagung eines Visums für die Einreise in die USA wegen einer Hepatitis C-Erkrankung infolge eines groben ärztlichen Kunstfehlers; Bamberger/Roth/*Spindler* (53.Edition), § 253 Rn. 41.

⁸⁴⁶Für eine gesonderte Berücksichtigung Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 16.

⁸⁴⁷*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1300.

⁸⁴⁸*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1306.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Freizeitverhalten	

Im Rahmen des Freizeitverhaltens geht es häufig darum, dass vor allem bei jüngeren Menschen die sportlichen Betätigungsmöglichkeiten⁸⁴⁹ verletzungsbedingt eingeschränkt sind.⁸⁵⁰ Eine Erhöhung des Schmerzensgeldes kommt selbstverständlich dann in Betracht, wenn es sich um einen Hochleistungssportler handelt, für den die Sportausübung – jedenfalls in diesem Lebensabschnitt – zum Lebensinhalt geworden ist,⁸⁵¹ mag auch zu berücksichtigen sein, dass im Laufe der Zeit eine Substituierung durch neue – verletzungsbedingt noch mögliche – Aktivitäten erfolgt,⁸⁵² eine Berücksichtigung wurde aber selbst dann bejaht, wenn die betreffende Person bisher noch gar keinen (Lauf-)Sport betrieben hat.⁸⁵³ Hingewiesen wurde darauf, dass damit auch eine künftige Ausübung vereitelt worden sei.⁸⁵⁴ ME sollten sich derartige Erhöhungsansätze möglichst konkret an der jeweiligen Lebensgestaltung orientieren,⁸⁵⁵ was nichts mit einer Hoch- oder Geringschätzung des Verletzten zu tun hat.⁸⁵⁶ Wie beim Vermögensschaden erfordert das Postulat der konkreten Schadensberechnung, darauf zu achten, bei welchen Betätigungen Beeinträchtigungen eintreten;⁸⁵⁷ nur diese sind Schmerzensgelderhöhend in Anschlag zu bringen, nicht aber bloß vorstellbare Beeinträchtigungen, wobei bezüglich der künftigen Entwicklung – wie beim Vermögensschaden – zugunsten des (namentlich jungen) Verletzten ein herabgesetztes Beweismaß zugrunde zu legen ist. Neben sportlichen Aktivitäten kommen auch weitere ideelle Nachteile in Betracht, zum Beispiel Kfz- und Haushaltsreparaturen nicht mehr durchführen zu

⁸⁴⁹ OLG Düsseldorf NJOZ 2014, 645: 24-jähriger; OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*): Tragen eines Korsetts und Benutzen von Gehhilfen während des Krankenhausaufenthalts; OLG Hamm VersR 1996, 243: Verzicht auf jegliche sportliche Betätigungsmöglichkeit bei einer 22-jährigen Frau; ebenso LG Arnsberg NJW-RR 1986, 1357: Publizistik-Studentin mit umfangreichen sportlichen Aktivitäten bis dahin.

⁸⁵⁰ *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 216.

⁸⁵¹ OLG Jena NJW-RR 2000, 103: Langstreckengeher, der realistische Chancen hatte, sich für die Olympischen Spiele zu qualifizieren.

⁸⁵² OLG Naumburg VersR 2016, 610 = MedR 2016, 613: 39-jähriger Leistungssportler, dem diese die bisherige Lebensführung prägende Freizeitbeschäftigung genommen wurde und der verletzungsbedingt nur noch Freizeitsport ausüben kann.

⁸⁵³ Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 37; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 41.

⁸⁵⁴ OLG Hamm NJW-RR 1998, 1179; NJWE-VHR 1996, 61; OLG Köln VersR 1992, 975.

⁸⁵⁵ Sehr vage *Wenker* NZV 2014, 241 (242): „Kann zu berücksichtigen sein.“

⁸⁵⁶ So aber tendenziell Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 29.

⁸⁵⁷ Zum Erfordernis der Darlegung der jeweiligen Beeinträchtigungen KG NZV 2007, 308; *L. Jaeger* VersR 2017, 1022 (1024): Erfordernis, substantiiert vorzutragen. Eher allgemein: OLG Köln BeckRS 2014, 17782: Verlust der sein Leben prägenden Freizeitgestaltungen – aber welche?

können⁸⁵⁸ oder Hobbies wie Tauchen und Motorradfahren nicht mehr nachgehen zu können.⁸⁵⁹ Ist eine Person noch sehr jung, hat sie meist noch kein „strukturiertes Freizeitverhalten“; deshalb hat die Vereitelung von Aktivitäten auf diesem Gebiet durch einen Pauschalbetrag zu erfolgen; es geht um die Vereitelung von Lebensgestaltungsmöglichkeiten. Bei Vereitelung von wirtschaftlich gehaltvollen Aktivitäten wird der Verweis auf das Schmerzensgeld mitunter als Vehikel benutzt, um den gebotenen Ersatz im Rahmen des Vermögensschadens zu versagen, so wenn etwa Personen aus freien Stücken oder sittlicher Pflicht Familienangehörige im Haushalt unterstützen oder diese pflegen.⁸⁶⁰ Durch das Schmerzensgeld ist lediglich die ideelle Dimension abzugelten, dass ein Teil der Selbstverwirklichung nicht mehr möglich ist, nicht aber der ökonomische Wert der vereitelten Tätigkeit.

103

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zu beachten ist, dass sich punktuelle Ereignisse auch nur marginal auswirken können. Bei Vereitelung eines runden Geburtstages⁸⁶¹ mag das noch ins Gewicht fallen; aber kaum bei einer einmaligen Absage oder Verschiebung einer Urlaubsreise. In der Entscheidung BGHZ 86, 212⁸⁶² ging es dem BGH primär darum, bei Nichtantritt des Urlaubs die Judikatur zur nutzlos aufgewendeten Freizeit nicht auf das Deliktsrecht zu übertragen und einen Vermögensschaden abzuwehren. Bloß als Ausflucht hat er darauf hingewiesen, dass sich eine Berücksichtigung beim Schmerzensgeld niederschlagen könne, ohne dass er zum Einfluss dieses Umstands in der konkreten Entscheidung Stellung genommen hat.

dd) Unannehmlichkeiten des Krankenhausaufenthalts

104

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁸⁵⁸ OLG München VersR 2005, 657: Maschinenbauingenieur als Freizeitbastler.

⁸⁵⁹ OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*).

⁸⁶⁰ OLG Schleswig NJW 2018, 1889 = NZFam 2018, 602 (*Löhnig*): Verletzungsbedingte Vereitelung von Haushalts- und Pflegeleistungen der 98-jährigen Mutter. *Löhnig* (NFamZ 2018, 604 weist völlig zu Recht darauf hin, dass es bei §§ 842 f. BGB nicht auf eine gesetzliche, vertragliche oder sittliche Pflicht ankomme, ganz abgesehen davon, dass eine konkludente Vereinbarung zu bejahen gewesen wäre.

⁸⁶¹ LG Itzehoe zfs 1983, 261: Ausfall der Feier zum 80. Geburtstag.

⁸⁶² BGH NJW 1983, 1107; dazu MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 44; Bamberger/Roth/Spindler (53. Edition), § 253 Rn. 41; Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 37; Palandt/Grüneberg § 253 Rn. 16.

Der stationäre Aufenthalt in einem Krankenhaus ist zumeist mit besonderen Unannehmlichkeiten verbunden. Die Kost ist häufig eintönig sowie mittelmäßig bis miserabel; das Verbringen in einem Raum mit einem oder mehreren weiteren Personen gebietet eine stärkere Rücksichtnahme als zu Hause. Ein entsprechend substanzierter Vortrag⁸⁶³ kann zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes führen.⁸⁶⁴ Empfohlen wird mitunter die Führung eines Schmerztagebuchs.⁸⁶⁵ Was aber an Unannehmlichkeiten mit jedem Krankenhausaufenthalt verbunden ist, sollte nicht nochmals zusätzlich blumig dargelegt werden müssen. Freilich zeigt sich auch in diesem Zusammenhang, dass sich bei hochwertiger Restitution bei Unterbringung in einem Einzelzimmer der gehobenen Gebührenklasse eines (Luxus-)Sanatoriums mit Gourmetverpflegung die Molestien verringern, was bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen ist, hat der Ersatzpflichtige doch auch für die höheren Kosten des Krankenhauses im Rahmen der Heilungskosten aufzukommen. Auch insoweit besteht eine Wechselwirkung zwischen Restitution (Heilungskosten) und Kompensation (Schmerzensgeld).

k)Kein Einfluss des Bezugs einer Verletztenrente gem. §§ 56 ff. SGB VII bzw. von Unfallausgleich gem. § 35 BeamtVG

105

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der Umstand, dass der Verletzte eine Verletztenrente gem. §§ 56 ff. SGB VII oder einen Unfallausgleich nach § 35 BeamtVG erhält, wirkt sich auf die Schmerzensgeldbemessung selbst dann nicht aus, wenn ein konkreter Erwerbsschaden nicht eingetreten ist. Das ist der Fall, wenn zwar eine abstrakte Erwerbsminderung, aber keine konkrete Erwerbseinbuße gegeben ist. Zwar wurde der Ausschluss eines Schmerzensgeldanspruchs durch die §§ 104 ff. SGB VII unter anderem damit begründet, dass bei leichten und geringen Verletzungen eine solche Konstellation häufig gegeben sei, so dass die Verletztenrente dazu führe, dass implizit auch der ideelle Schaden abgegolten sei; das ändere aber nichts daran, dass die Verletztenrente nur zum Erwerbsschaden sachlich kongruent sei.⁸⁶⁶

l)Schmerzempfindung

aa)Psychische Belastungen

⁸⁶³OLG Naumburg NJW-RR 2008, 407 = VersR 2008, 415 (kritisch *L. Jaeger*): Keine Berücksichtigung infolge eines Vorbringens ohne Substanz: „Einbußen im privaten, intimen und sozialen Bereich“; anders OLG Hamm BeckRS 2014, 00223: Berücksichtigung der Erforderlichkeit mehrerer Krankenhausaufenthalte.

⁸⁶⁴OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*).

⁸⁶⁵*Höke* NZV 2014, 1 (3).

⁸⁶⁶BGHZ 153, 13 = NJW 2003, 1871 zu §§ 56 ff. SGB VII; OLG Hamm VersR 1994, 1356 zu § 35 BeamtVG; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 41; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 767.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Während körperliche Schmerzen häufig durch ärztliche Gutachten dokumentiert sind, setzen psychische Beeinträchtigungen einen entsprechend substantiierten Parteivortrag voraus,⁸⁶⁷ an dem es häufig fehlt. Der klägerische Anwalt darf sich nicht auf die Informationen verlassen, sondern muss sich um zusätzliche Aufklärung bemühen, wenn die Bedeutung von Umständen für den Verletzten nicht ohne Weiteres erkennbar ist.⁸⁶⁸

Alle negativen Einflüsse auf die Psyche des Patienten führen tendenziell zu einer Schmerzensgelderhöhung, sei dies nun die Sorge wegen der Unübersehbarkeit des Heilungsverlaufs oder der endgültigen Heilung.⁸⁶⁹ Die Verkürzung der Lebenserwartung, sei sie auch durch das vom Schädiger zu verantwortende Verhalten verursacht, führt nach der hier vertretenen Ansicht zu einer Verminderung des Umfangs des Schmerzensgeldes.⁸⁷⁰ Freilich sind diesbezügliche Ängste mit einem Zuschlag zu berücksichtigen,⁸⁷¹ wobei diese qualitative Dimension sich nicht so stark auswirken wird wie die quantitative der Dauer der Schmerzerduldung.

bb)Empfindungsunfähigkeit, Zerstörung der Persönlichkeit – eine eigene Fallgruppe

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Zerstörung der Persönlichkeit	ff.

⁸⁶⁷ *Vrzal* VersR 2015, 284 (288); OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Saarbrücken NJW-Spezial 2009, 761: Nachweis subjektiv empfundener Beschwerden durch ein Sachverständigengutachten; OLG Koblenz NJW-RR 2005, 677: Vortrag von Richtsymptomen für psychische Erkrankung. *Vgl.* aber OLG Köln VersR 2006, 416: Unruhezustand eines 3-Jährigen so auf der Hand liegend, dass kein weiterer Beweis erforderlich ist.

⁸⁶⁸ BGH NJW 2013, 2965.

⁸⁶⁹ OLG München VersR 1995, 1499: Gesteigerte Angst vor Metastasen infolge schuldhaft verspäteter Krebserkennung; Palandt/*Grüneberg* § 253 *Rn.* 16; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 37.

⁸⁷⁰ So auch BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741 = LM BGB § 847 Nr. 102 (*Schiemann*) = VersR 1998, 1034 = NZV 1998, 370 = MDR 1998, 1029 (*L. Jaeger*); dazu *Ch. Huber* NZV 1998, 345 *ff.*; OLG Bremen OLGR 2002, 231.

⁸⁷¹ OLG Düsseldorf VersR 1995, 1449.

Es gibt Fälle, in denen eine Person so schwer verletzt wird, dass sie lediglich noch eine menschliche Hülle ist.⁸⁷² Sie ist kaum noch zu Wahrnehmungen in der Lage. Keinesfalls vermag sie einen Zusammenhang herzustellen zwischen dem, was ihr der Schädiger angetan hat, und der Höhe des geleisteten Schmerzensgeldes. Eine Genugtuungsfunktion scheidet in solchen Konstellationen aus. Aber auch das Ausgleichsprinzip im herkömmlichen Sinn ist nicht verwirklicht, setzt dieses doch voraus, dass das Schmerzensgeld dazu dienen soll, dass der Verletzte sich damit Annehmlichkeiten verschaffen können soll. Dabei handelt es sich allerdings um zwei unterschiedliche Aspekte.

108

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei solchen Konstellationen ist der BGH in der Leitentscheidung BGHZ 120, 1⁸⁷³ von seiner bisherigen Rechtsprechung⁸⁷⁴ abgerückt, wonach in solchen Fällen bloß ein symbolisches Schmerzensgeld zuerkannt werden soll.⁸⁷⁵ Vielmehr hat er unter Berufung auf die Art. 1 und 2 GG ausgesprochen, dass es sich bei Zerstörung der Persönlichkeit um eine eigenständige Fallgruppe handle, weil weder nach dem Ausgleichs- noch nach dem Genugtuungsprinzip ein Zuspruch von Schmerzensgeld begründet werden könne.⁸⁷⁶ Er hat auch in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass die Festsetzung der Höhe Sache des Tatrichters sei. Freilich hat er immerhin eine Leitlinie für die Bemessung gegeben, indem er ausgesprochen hat, dass jedenfalls wesentlich mehr als ein symbolisches Schmerzensgeld zuzusprechen sei. Gleichzeitig hat er eingeräumt, dass die fehlende Wahrnehmungsfähigkeit im Rahmen der Bemessung in der Weise zu berücksichtigen sei, dass insoweit ein – geringfügiger – Abschlag vorgenommen werden dürfe. Begründet wurde das Ergebnis in der Entscheidung BGHZ 120, 1 mit einem objektiv verstandenen Ausgleichsprinzip.⁸⁷⁷ Die Rechtsgutsverletzung als solche stellt dabei schon einen auszugleichenden immateriellen Schaden dar.⁸⁷⁸ Bei schwer(st) hirngeschädigten Kleinkindern, namentlich nach medizinischen Kunstfehlern, häufig bei der

⁸⁷²BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Geisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*); *Küppersbusch/Höher*, Rn. 286.

⁸⁷³= NJW 1993, 781; dazu auch *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 10: Entschädigung für persönlichkeitszerstörende Schwerstschäden.

⁸⁷⁴BGH NJW 1976, 1147; NJW 1982, 2123.

⁸⁷⁵Zustimmend Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 19; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 18; *Schmidt-Salzer*, Anm. zu BGH LM § 847 Nr. 89; *Giesen* JZ 1993, 519 ff.; *Teichmann*, Anm. zu BGH LM § 847 Nr. 90; *L. Jaeger* VersR 1996, 1177 ff.; kritisch *Kern*, in: FS Gitter (1995) S. 454 ff.; *Ch. Huber* NZV 1998, 345 (348 ff.).

⁸⁷⁶*Geigel/Pardey*, Kap. 6 Rn. 43.

⁸⁷⁷*Steffen* DAR 2003, 201 (203); *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1127.

⁸⁷⁸*Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 122.

Geburt, hat sich eine Größenordnung von 500.000 EUR herausgebildet.⁸⁷⁹ Zu verweisen ist darauf, dass die Wahrnehmungsfähigkeit nicht ein Kriterium ist, das gegeben ist oder nicht, sondern Abstufungen bestehen – und zudem eine Veränderung im zeitlichen Verlauf.⁸⁸⁰ Das OLG Bamberg⁸⁸¹ hat eine gegebene geringfügige Wahrnehmungsfähigkeit zum Anlass genommen, ein geringeres Schmerzensgeld als im Fall der – völligen – Zerstörung der Persönlichkeit zuzusprechen, weil dieser Fall weniger „schlimm“ sei.⁸⁸² Zutreffend ist aber die gegenteilige Wertung, dass derjenige stärker betroffen – und daher mit einem höheren Schmerzensgeld zu entschädigen – ist, der zu Empfindungen in der Lage ist und weiß, was ihm entgeht.⁸⁸³

109

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In der Folgeentscheidung NJW 1993, 1531 bekräftigte der BGH diese eingeschlagene Linie, präziserte sie aber in der Weise, dass weiterhin die Leistungsfähigkeit des Schädigers bzw. das Bestehen einer Haftpflichtversicherung sowie das Ausmaß des Verschuldens bei der Höhe des Schmerzensgeldes berücksichtigungsfähig sind. Diese Elemente waren bisher Bestandteil der Genugtuungsfunktion, setzten also voraus, dass der Verletzte einen Zusammenhang zwischen der eingetretenen Verletzung und der Höhe des Schmerzensgeldes geistig herstellen konnte. Der BGH hat die Eigenständigkeit der Fallgruppe des Schmerzensgeldes bei Zerstörung der Persönlichkeit insoweit fortgebildet, als ungeachtet der Empfindungsunfähigkeit des Verletzten auch diese Elemente bei der Abstufung des Ersatzes zu berücksichtigen sind.⁸⁸⁴ In der inzwischen reichhaltigen Judikatur der Tatgerichte⁸⁸⁵ wurde zum Teil berücksichtigt, dass das Schmerzensgeld geringer auszufallen hat, wenn es an der Empfindungsfähigkeit des Verletzten fehlt⁸⁸⁶ bzw. die Leidensdauer zeitlich begrenzt ist,⁸⁸⁷ zum Teil wurde unter Hinweis auf die

⁸⁷⁹ L. Jaeger VersR 2013, 134 (135).

⁸⁸⁰ Zutreffend L. Jaeger (VersR 2019, 40 (41)) in seiner Kritik an OLG Hamm VersR 2019, 34.

⁸⁸¹ OLG Bamberg MedR 2017, 548 (L. Jaeger) = GesR 2017, 154 (Dautert).

⁸⁸² Ebenso OLG Hamm VersR 2016, 990 (L. Jaeger) = NJW-RR 2015, 1304: „Bloß“ 300.000 EUR, weil keine vollständige Zerstörung der Persönlichkeit. Ähnlich OLG München BeckRS 2020, 901.

⁸⁸³ So auch L. Jaeger VersR 2016, 992 (994); ders., MedR 2017, 551 (554).

⁸⁸⁴ L. Jaeger VersR 1996, 1177.

⁸⁸⁵ OLG Naumburg VersR 2011, 1273: 400.000 EUR; OLG Düsseldorf VersR 2008, 534: 300.000 EUR sowie Rente von 300 EUR pro Monat; OLG Braunschweig VersR 2004, 924: 350.000 EUR.

⁸⁸⁶ OLG Braunschweig VersR 2004, 924: 350.000 EUR an ein empfindungsunfähiges Kind; OLG Düsseldorf VersR 2001, 1384; OLG Nürnberg VersR 1994, 735; Küppersbusch/Höher, Rn. 287; L. Jaeger VersR 2009, 159 (164).

⁸⁸⁷ OLG Düsseldorf SP 2009, 396: 60.000 EUR bei bewusstem Schmerzerleben im Ausmaß von 2 Monaten und einem – physischen – Überleben um 2 Jahre; OLG München BeckRS 2019, 31111 =

Schwere der Verletzung ein gegenüber den Fällen schwerer Querschnittlähmung ungekürztes Schmerzensgeld zugebilligt.⁸⁸⁸ ME ist ein Abschlag gerechtfertigt. Die Zerstörung der Persönlichkeit ist fürchterlich; noch viel beklemmender ist es freilich, wenn ein Mensch mitten aus einem erfüllten Leben gerissen wird und ihm bewusst ist, was er entbehren muss und ihm unwiederbringlich verloren gegangen ist.⁸⁸⁹

110

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Rechtsprechung stellt eine grundsätzliche Kehrtwendung dar und ist als Dictum hinzunehmen. Freilich ist zu bedenken, dass der Verletzte nicht nur keine Wahrnehmung in Bezug auf den empfangenen Betrag hat, sondern derart hohe Schmerzensgeldsummen auch nicht annähernd widmungsgemäß zugunsten des Verletzten verwendet werden können. Im wirtschaftlichen Ergebnis fließen sie den Erben zu, solchen, die sich um den Verletzten gekümmert haben⁸⁹⁰ und von seinem Schicksal tief betroffen sind, aber auch jenen, denen der Verletzte gleichgültig ist und die lediglich hab- und raffgierig seinen Tod herbeisehnen, um an die nicht unbeträchtliche Schmerzensgeldsumme zu kommen.⁸⁹¹ Geht es um die Abgeltung von Betroffenheit und Trauer der Angehörigen, wird dies nunmehr durch das Hinterbliebenengeld abgegolten. Soweit in den Fällen der Zerstörung der Persönlichkeit des Verletzten diese Komponente eine Rolle gespielt haben sollte, ist diese mit Einführung des § 844 Abs. 3 hinfällig geworden. Eine insoweit maßvolle Herabsetzung des Schmerzensgeldes erscheint – so die Prämisse zutreffend sein sollte – durchaus folgerichtig.

111

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

JurisPR VerkR 5/2020 Anm. 3 (*Wenker*): (ungekürzt) 112.500.- EUR bei einem Überleben von 22 Monaten im Koma.

⁸⁸⁸OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 3986: 500.000 EUR unter Hinweis auf die grob fehlerhafte Behandlung; OLG Hamm NJW-RR 2002, 1604: 500.000 EUR; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 672: mehr als 320.000 EUR; *Teichmann*, Anm. zu BGH LM § 847 Nr. 90; eine Tendenz zunehmend höherer Schmerzensgeldbeträge konstatierend *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 23.

⁸⁸⁹So auch *L. Jaeger* VersR 2013, 134 (137) unter Hinweis auf den Sachverhalt von LG Bochum NJW-Spezial 2012, 11: Junge begüterte Frau wird mitten aus dem Leben gerissen; *ders.*, VersR 2017, 1022 (1023); OLG Köln VersR 2016, 1123: Hirnorganische Wesensveränderung eines aktiven 42-jährigen Rangierers mit ehemals vielfältigen Freizeitaktivitäten; ebenso überzeugend OLG Oldenburg BeckRS 2020, 5200: 5-jähriger nach Amputation beider Unterschenkel mitten aus dem Leben gerissen und sich dieses Umstands auch bewusst ist.

⁸⁹⁰Zutreffend *Vrzal* VersR 2015, 284 (291): Angehörigenschmerzensgeld „durch die Hintertür“.

⁸⁹¹Zur grundsätzlichen Belanglosigkeit des Umstands, dass das Schmerzensgeld den Erben zugutekommt, OLG Köln VersR 1992, 197; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 38.

Eine gewisse Abmilderung der Überkompensation könnte über die Zuerkennung einer Rente anstelle eines Kapitalbetrags in solchen Fällen in Betracht kommen, die sich an der Zeitdauer des Leidens orientieren würde. Aber selbst diesbezüglich sind die Möglichkeiten begrenzt. Einerseits kann eine Rente nicht gegen den Willen des Betroffenen zugesprochen werden; andererseits hat der BGH⁸⁹² betont, dass bei der Bemessung zu berücksichtigen sei, dass die Lebenserwartung solcher Verletzter herabgesetzt sei, so dass die Rentenbeträge entsprechend höher auszufallen haben.⁸⁹³ Rational wäre mE gerade die umgekehrte Vorgangsweise, dass das Schmerzensgeld generell nach der zeitlichen Dauer der Leiden bemessen wird mit der Folge, dass bei der Rente eine Unwägbarkeit der Prognose wegfällt, während bei der Kapitalabfindung eine solche vorgenommen werden muss.⁸⁹⁴ In der Praxis dürfte grundsätzlich die gegenteilige Vorgehensweise gebräuchlich sein, dass die Schwere der Verletzung als solche das prägende Element ist und die restliche Leidensdauer demgegenüber eine untergeordnete Bedeutung spielt.⁸⁹⁵

cc) Alsbaldiger Tod – Verletzung keine abgrenzbare Beeinträchtigung

112

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Mitunter liegt zwischen der Zufügung der Verletzung und dem Tod lediglich ein kurzer Zeitraum, in dem der Verletzte entweder gar keine Schmerzen verspürt oder nach einem ersten Schockerlebnis ins Koma fällt oder in ein solches versetzt wird. Es stellt sich dabei die Frage, ob die Rechtsprechung zur Zerstörung der Persönlichkeit auch für solche Konstellationen anzuwenden ist und in welcher Größenordnung ein Schmerzensgeld gebührt. Ältere Judikatur dazu gibt es nur vereinzelt, weil dieses Problem vor Streichung des § 847 Abs. 1 S. 2 selten akut wurde, war doch der Schmerzensgeldanspruch von der Willensbetätigung des Verletzten bzw. der Rechtshängigkeit abhängig.⁸⁹⁶ Zu Ersterem war der Verletzte häufig nicht mehr in der Lage, an Letzteres haben mitfühlende Angehörige nicht sogleich gedacht; und ehe solche Gedanken aufkamen, war der Verletzte meist schon verstorben. Seit der uneingeschränkten Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs ist die Geltendmachung durch die Erben nicht mehr an solche Einschränkungen gebunden. Die Rechtsprechung, dass auch ein Empfindungsunfähiger Schmerzensgeld verlangen kann, hat einen weiteren Schub an Klagen der Erben ausgelöst. Auch wenn Details nach wie vor umstritten sind, hat sich folgende Hauptströmung herausgebildet:

⁸⁹²BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Geisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*).

⁸⁹³So auch Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 43.

⁸⁹⁴So zu Recht OLG Köln OLGR 2003, 25.

⁸⁹⁵*L. Jaeger* VersR 1996, 1177.

⁸⁹⁶*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 983.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wenn zwischen der Verletzung und dem Tod ein ganz kurzer Zeitraum liegt, wenige Sekunden oder auch einige Minuten, maximal eine Stunde⁸⁹⁷ in denen der Verletzte keine bewusste Wahrnehmung hat, dann hat die Verletzung gegenüber der Tötung keinen eigenen Unrechtsgehalt mit der Folge, dass kein Schmerzensgeld gebührt.⁸⁹⁸ Anders ist zu verfahren, wenn der Zeitraum länger ist, einige Tage, Wochen oder Monate. Selbst wenn der Tod Folge des schädigenden Ereignisses ist, kommt der Zeitdauer des Überlebens bei der Bemessung maßgebliche Bedeutung zu. Es hat – jedenfalls in diesen Fällen – eine Abstufung nach der Dauer des Leidens sowie der Qualität des Schmerzerlebens zu erfolgen.⁸⁹⁹ Das OLG Saarbrücken⁹⁰⁰ hat bei einem Autounfall, bei dem der Verletzte in einem brennenden Auto eingeklemmt war, aus dem er sich nicht befreien konnte und bis zum Tod bei vollem Bewusstsein war, für einen Zeitraum von neun Minuten 7.500 EUR zuerkannt. Dem Umstand, dass der Verletzte Todesangst verspürt hat, kam dabei zentrale Bedeutung zu.⁹⁰¹ Das OLG Frankfurt / M.⁹⁰² hat bei einem Überlebenden, bei dem der Verletzte nicht gleich bewusstlos war, für zwei Stunden 6.000 EUR zuerkannt. Das OLG Oldenburg⁹⁰³ hat bei einer Messerattacke, dass das wehrlose Opfer um weniger als 2 Stunden überlebte und bei der es nach wenigen Minuten bewusstlos wurde, 7.500 EUR zuerkannt. Bei fehlendem Bewusstsein ist hingegen selbst bei mehreren Stunden jeglicher Ersatz zu versagen.⁹⁰⁴ Der BGH hat in einer grundlegenden Entscheidung⁹⁰⁵ ausgesprochen, dass die zuerkannten 1.500 EUR für einen Zeitraum von einer Stunde sowie von 14.000 EUR für

⁸⁹⁷ *Diehl* zfs 2015, 621.

⁸⁹⁸ OLG Karlsruhe VersR 2001, 1123; *Lemcke* r + s 1996, 228, 230; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2005, 207; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 530; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 59.

⁸⁹⁹ OLG München VersR 1998, 645; OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 35.

⁹⁰⁰ OLG Saarbrücken 30.7.1993 – 3 U 43/93–9.

⁹⁰¹ Zur Erhöhung des Schmerzensgeldes wegen Todesangst OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1402; OLG Koblenz OLGR 2008, 225; OLG Düsseldorf SP 2009, 396; OLG Köln BeckRS 2014, 17782; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 39; *Ch. Huber* NZV 1998, 345 (353); Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 19 sowie *L. Jaeger* VersR 2015, 1345 ff.

⁹⁰² OLG Frankfurt/M. NJOZ 2009, 4715.

⁹⁰³ OLG Oldenburg VersR 2016, 741.

⁹⁰⁴ OLG Naumburg VersR 2014, 591: Rechtswidrige Unterlassung lebensverlängernder Maßnahmen bei einem Komapatienten, keine Abgrenzbarkeit von Leiden gegenüber der Grunderkrankung. Offenbar ging es „nur“ um die unterlassene Verlängerung des Lebens bzw. Leidens.

⁹⁰⁵ BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741.

einen Zeitraum von zehn Tagen nicht zu gering seien.⁹⁰⁶ Zu betonen ist, dass lediglich der Kläger Revision eingelegt hatte. Die zuerkannten Beträge sind mE zu hoch.⁹⁰⁷ Ob der Umstand, dass der Verletzte ins künstliche Koma versetzt wird, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist, ist umstritten. ME ist das zu bejahen.⁹⁰⁸

114

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ein instruktiver Judikaturüberblick findet sich bei *L. Jaeger*⁹⁰⁹ bzw. *L. Jaeger/Luckey*.⁹¹⁰ Die Spannweite lässt sich exemplarisch wie folgt umschreiben: Bei fünf bis acht Tagen wurden 5.000 EUR zuerkannt,⁹¹¹ bei 32 Tagen 15.000 EUR,⁹¹² bei 6 Monaten von 60.000 EUR.⁹¹³ Es fällt dabei auf, dass jedenfalls in diesem Zusammenhang anerkannt wird, dass neben der Schwere der Verletzung und der Wahrnehmungs- oder Empfindungslosigkeit die Zeitdauer eine ganz maßgebliche Determinante für die Höhe des Schmerzensgeldes darstellt.⁹¹⁴ Durchgängig wird das Schmerzensgeld insgesamt geringer bemessen als bei Zerstörung der Persönlichkeit des Verletzten, wenn der Geschädigte längere Zeit überlebt, pro rata temporis ist es aber deutlich höher.

115

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Daraus, dass der BGH in der Leitentscheidung BGHZ 138, 388 zwischen den einzelnen Phasen nicht ausdrücklich differenziert, ist kein gegenteiliger Schluss zu ziehen, weil das Schmerzensgeld stets als einheitliche Größe im Rahmen der Globalbemessung ausgeworfen wird, ohne dass nachvollziehbar wäre, für welchen Zeitraum welcher Betrag gebühren würde.

⁹⁰⁶ OLG Koblenz NJW-RR 2005, 1111: 20.000 EUR für 10 Tage, wobei der Patient bei Bewusstsein war.

⁹⁰⁷ So auch *L. Jaeger* VersR 2013, 134 (138).

⁹⁰⁸ AA *L. Jaeger/Luckey*, [Rn. 982](#), die die Gegenansicht als selbstverständlich ansehen.

⁹⁰⁹ *L. Jaeger* VersR 2015, 1345 [ff.](#); *ders.*, MDR 1998, 450 [ff.](#); *ders.*, VersR 1996, 1177 ff.

⁹¹⁰ *L. Jaeger/Luckey*, [Rn. 990](#).

⁹¹¹ OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404.

⁹¹² OLG Hamm OLGR 2000, 226.

⁹¹³ OLG Naumburg NZV 2016, 133 = zfs 2015, 619 (*Diehl*).

⁹¹⁴ OLG Naumburg BeckRS 2015, 10441: Herabsetzung des Schmerzensgeldes gegenüber dem Zuspruch des LG von 80.000 EUR auf 60.000 EUR.

Setzt man freilich die zuerkannten Beträge bei kurzfristigem Überleben zu denen in Relation, die bei längerem Überleben gewährt werden, sind die bei kurzfristigem Überleben überproportional hoch.⁹¹⁵ Bei solchen Verletzten findet keine Eingewöhnung in eine neue Lebensphase statt, was der Grund ist, dass bei sonstigen Verletzungen für diese Phase ein höherer Betrag zu veranschlagen ist.⁹¹⁶ Die Rechtsprechung zur Zerstörung der Persönlichkeit hat sich bei bloß kurzfristigem Überleben zwar auch im Sinn einer signifikanten Anhebung der Schmerzensgelder ausgewirkt, freilich gebremst durch den Zeitfaktor des Überlebens. Würde man Schmerzensgeld allerdings proportional zur Dauer des Leidens zuerkennen, würde die Abgrenzungsfrage zwischen dem Tod und einer davon abgrenzbaren Verletzung deutlich entschärft. Noch immer wäre freilich zu beachten, dass die potenziellen Erben den Schmerzensgeldanspruch nicht dadurch vergrößern können sollen, dass sie lebensverlängernde Maßnahmen nicht um des Verletzten willen veranlassen, sondern zur Maximierung des im Erbweg ihnen zufallenden Schmerzensgeldanspruchs.⁹¹⁷ Völlig andere Maßstäbe werden angelegt bei vorsätzlichen Straftaten; konnte das früher damit gerechtfertigt werden, dass es sich um ein verkapptes Angehörigenschmerzensgeld handelte,⁹¹⁸ kann jetzt lediglich ein der Genugtuung entsprechender Gedanke ins Treffen geführt werden; die Genugtuung im engeren Sinn nicht, weil der Verletzte einen Zusammenhang zwischen der – noch gar nicht erfolgten – Ersatzleistung von Schmerzensgeld und seinem Leidenszustand nicht herstellen kann. Für einen Verletzten, der rund 5 Monate mit dem Tod ringt, während er ohne ärztlichen Kunstfehler gesundet wäre und ein im Wesentlichen beschwerdefreies Leben hätte führen können, wurde ein Schmerzensgeld von 40.000 EUR für angemessen angesehen.⁹¹⁹

m)Vorteilsausgleichung

116

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Vorteilsausgleichung	

Beim Schmerzensgeld findet eine Vorteilsausgleichung nur unter eingeschränkten Voraussetzungen statt.⁹²⁰ Jedenfalls nicht zu berücksichtigen sind Vermögensvorteile⁹²¹ sowie

⁹¹⁵ Ch. Huber NZV 1998, 345 (354), [Fn.](#) 156; OLG Köln VersR 2019, 423: Reduktion von 4.000 EUR auf 2.000 EUR für knapp 4 Stunden.

⁹¹⁶ Ch. Huber, Düsseldorfer Verkehrsrechts-Forum 2015.

⁹¹⁷ MüKoBGB⁸/Oetker § 253 [Rn.](#) 31.

⁹¹⁸ OLG Bremen NJW-RR 2012, 858: Zuspruch von 50.000 EUR.

⁹¹⁹ OLG Köln VersR 2012, 1044 ([L. Jaeger](#)): Korrektur des Zuspruchs von 100.000 EUR durch das LG auf 40.000 EUR durch das OLG, was in der Anmerkung kritisiert wird.

⁹²⁰ Umfassend [Erm](#), Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts (2013); [Schiemann](#) FS L. Jaeger (2014) 411 ff.

⁹²¹ KG KGR 2004, 510: Keine Anrechnung von Spenden; Geigel/[Pardey](#), Kap. 6 [Rn.](#) 37; MüKoBGB⁸/Oetker § 253 [Rn.](#) 55.

der Umstand, dass der Geschädigte verletzungsbedingt über mehr Freizeit verfügt.⁹²² Wenn auch keine rechnerische Saldierung,⁹²³ so kommt immerhin eine Berücksichtigung in Betracht, wenn schadensunabhängige Leiden behoben oder gemildert worden sind oder durch ersparte Operationen auch Leiden nicht angefallen sind.⁹²⁴

3. Person des Ersatzpflichtigen

a) Ausprägung des Genugtuungsprinzips

117

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Soweit die Höhe des Schmerzensgeldes von Umständen aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen abhängig ist, handelt es sich im Regelfall um eine Ausprägung des Genugtuungsprinzips. Je nachdem, wie bedeutsam man dieses einschätzt, wirkt es sich stark, gering oder gar nicht auf die Höhe des Schmerzensgeldes aus.

b) Differenzierung nach dem Ausmaß des Verschuldens

118

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Verschuldensausmaß	ff.

Bei Straßenverkehrsunfällen und bei der Arzthaftung⁹²⁵ wird der Genugtuungskomponente ein geringes oder gar kein Gewicht beigemessen. Gleichwohl findet sich in Entscheidungen vereinzelt der Hinweis, dass sich ein besonders schweres Verschulden,⁹²⁶ insbesondere

⁹²²Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 65.

⁹²³MüKoBGB⁹/*Oetker* § 253 Rn. 55.

⁹²⁴*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 820.

⁹²⁵OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468; vgl. aber OLG Koblenz NJW-RR 2005, 815: Geringes Verschulden des Arztes anspruchsmindernd.

⁹²⁶OLG Köln VersR 2000, 899; OLG Nürnberg VersR 1997, 502.

Alkoholisierung,⁹²⁷ anspruchserhöhend auswirke.⁹²⁸ In Arzthaftungsfällen wird berücksichtigt, ob ein voll beherrschbares Risiko bzw. ein grober Behandlungsfehler gegeben war.⁹²⁹

Weitgehend Einigkeit besteht darüber, dass vorsätzliches Verhalten zu einem höheren Schmerzensgeld führen soll.⁹³⁰ Wenn vertreten wird, dass bei der Vertragshaftung das Schmerzensgeld geringer auszufallen habe als bei deliktischer Haftung, ist dies für die Vertragshaftung schon im Ausgangspunkt unzutreffend, weil bei dieser typischerweise Verschulden gegeben ist.⁹³¹ Dass es gem. § 280 Abs. 1 S. 2 zu einer Beweislastumkehr kommt, ist keine Besonderheit, weisen doch auch zahlreiche Deliktstatbestände eine Beweislastumkehr in Bezug auf das Verschulden auf. Nur ganz ausnahmsweise kommt es bei Vertragsverletzungen zu einer verschuldensunabhängigen Einstandspflicht, so etwa bei der Haftung des Vermieters für Schäden infolge anfänglicher Mängel gem. § 536a Abs. 1.

c) Wirtschaftliche Verhältnisse bzw. Tragung des Schadens durch eine Haftpflichtversicherung

119

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Umstritten ist, ob die Vermögensverhältnisse des Schädigers **bzw.** das Bestehen einer Haftpflichtversicherung⁹³² Auswirkungen auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben.⁹³³ Bei einer Strafe ist die dem Täter auferlegte Buße in der Tat von dessen Leistungsfähigkeit abhängig; allein das Schmerzensgeld ist keine Privatstrafe, sondern eine Ausprägung des

⁹²⁷OLG Frankfurt/M. zfs 2005, 597 (*Diehl*): Verdopplung des Schmerzensgeldes; OLG Hamm OLGR 2001, 240.

⁹²⁸So auch MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 48.

⁹²⁹ LG Gießen BeckRS 2019, 34307.

⁹³⁰OLG Düsseldorf VersR 2001, 251; OLG Hamm OLGR 2000, 230; *G. Müller* VersR 1993, 909 (914); aA *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009), S. 113, 124; *S. Müller*, Überkompensatorische Schmerzensgeldbemessung, S. 360.

⁹³¹Zum differenzierten Verschuldensmaßstab bei vertraglicher und deliktischer Haftung von Ärzten *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1357 ff.

⁹³²Gegen eine Berücksichtigung unter Hinweis auf das Trennungsprinzip, dass die Deckung der Haftung folge, *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1524, 1600; für eine solche Berücksichtigung OLG Karlsruhe VersR 2005, 420.

⁹³³Umfassend dazu *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 46 ff.

Keinesfalls bei Vorsatztaten *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1531. Vorsichtiger *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 210: Zumindest keine Reduktion auf null oder bis zu einem bloß symbolischen Zuspruch.

Schadensersatzes. Deshalb hat der Strafsenat des BGH⁹³⁴ einen Vorlagebeschluss gefasst, ob ein Abgehen von der Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse, wie es durch die Entscheidung des Großen Senats⁹³⁵ noch geboten war, nicht doch angemessen sei, was der Meinung des Strafsenats entspreche. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sollten grundsätzlich ebenso wenig eine Rolle spielen wie das Bestehen einer Haftpflichtversicherung.⁹³⁶ Das Bestehen von Haftpflichtversicherungsschutz kann freilich allenfalls dann in Betracht gezogen werden, wenn ohne solchen wegen der schlechten Einkommens- bzw. Vermögensverhältnisse eine Reduktion in Betracht kommen könnte.⁹³⁷

Die Rechtsprechung spricht sich mitunter für die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse aus. So hat das OLG Köln⁹³⁸ darauf verwiesen, dass selbst bei einer Vorsatztat ohne Berücksichtigung der geringen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Täters das Schmerzensgeld noch höher hätte ausfallen müssen.⁹³⁹ Ebenfalls hat das OLG Köln⁹⁴⁰ ausgesprochen, dass beim Schmerzensgeld zu berücksichtigen sei, dass der Täter beträchtlichen Regressforderungen des Krankenversicherers ausgesetzt sei. ME sollte in diesem Fall vielmehr beim Regress des Krankenversicherers gem. § 116 SGB X bedacht werden, dass der Täter ansonsten in den wirtschaftlichen Ruin gerät. Im Übrigen wird zutreffender Weise darauf hingewiesen, dass die Bewahrung des Schädigers vor dem Ruin durch die Normen des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts, namentlich der Restschuldbefreiung im Rahmen der Verbraucherinsolvenz zu gewährleisten sei.⁹⁴¹ Mögen schlechte wirtschaftliche Verhältnisse auch eine maßvolle Reduzierung des Schmerzensgeldes rechtfertigen, darf das namentlich bei Vorsatztaten nicht dazu führen, bloß ein „symbolisches Schmerzensgeld“ zuzusprechen.⁹⁴² Eine Ausnahme vom Prinzip, dass das Bestehen einer Haftpflichtversicherung sich nicht anspruchserhöhend auswirken soll,⁹⁴³ ist mE lediglich bei einer Billigkeitshaftung nach § 829 anzuerkennen, weil insoweit schon der Tatbestand auf die jeweiligen Vermögensverhältnisse abstellt.⁹⁴⁴ Zu verweisen ist schließlich darauf, dass eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners lediglich im Rahmen der Genugtuungskomponente Sinn

⁹³⁴BGH r + s 2015, 94 = zfs 2015, 203 (*Diehl*).

⁹³⁵BGHZ 18, 149.

⁹³⁶*Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 123 f.

⁹³⁷ BGHZ 212, 48 = DAR 2017, 258 (*Luckey*) = NZV 2017, 179 (*Almeroth*) = LMK 2017, 386787 (*Schiemann*) = NZFam 2017, 85 (*Krumm*) = JR 2017, 179; *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 47.

⁹³⁸OLG Köln VersR 2002, 65; ebenso OLG Koblenz VersR 2010, 1323 (zu Recht kritisch *L. Jaeger*).

⁹³⁹So auch OLG Köln VersR 1994, 1248; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 52; gegen eine Berücksichtigung der geringen Leistungsfähigkeit des Täters bei einer Vorsatztat zu Recht KG KGR 2004, 51.

⁹⁴⁰OLG Köln VersR 1992, 330.

⁹⁴¹OLG Köln VersR 2002, 65; *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 21; *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 48.

⁹⁴²OLG Bremen NJW-RR 2012, 858: Brutales Würgen, das zum Tod führte.

⁹⁴³Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 46.

⁹⁴⁴*Kilian* ZGS 2003, 168 (172); *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 3 Rn. 76.

macht; dabei leuchtet es kaum ein, dass der Haftpflichtversicherer wegen des qualifizierten Verschuldens des Schädigers, seines Versicherungsnehmers oder Versicherten, finanziell stärker bluten soll. Insoweit könnte es, soweit man die Genugtuungskomponente überhaupt für berücksichtigungsfähig hält, stimmig sein, sie bei vorsätzlichem Verhalten greifen zu lassen, weil es bei solchem typischerweise keinen Versicherungsschutz gibt.⁹⁴⁵

d) Strafergerichtliche Verurteilung

120

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die strafgerichtliche Verurteilung spielt für die Höhe des Schmerzensgeldes grundsätzlich keine Rolle.⁹⁴⁶ Das wird damit begründet, dass der Geschädigte zwar Genugtuung über die strafgerichtliche Verurteilung des Täters empfinden mag, es bei der Strafverfolgung aber um das Interesse der Allgemeinheit geht und nicht das des Verletzten.⁹⁴⁷ Dafür kann auch ein ganz pragmatisches Argument ins Treffen geführt werden. Entweder wäre die Berücksichtigung davon abhängig, ob das Strafverfahren vor dem Zivilverfahren beendet wird; oder aber es müsste zu einer – gleichfalls wenig wünschenswerten – Aussetzung des Zivilverfahrens bis zur Beendigung des Strafverfahrens kommen. Eine im Strafverfahren dem Täter gem. § 153a StPO auferlegte Geldbuße⁹⁴⁸ ist nur dann auf das Schmerzensgeld anzurechnen, wenn der Täter diese an den Verletzten zu entrichten hat.⁹⁴⁹ Ein diesbezüglicher Anspruch des Täters auf Erstattung gegen den Haftpflichtversicherer besteht nach Ansicht von *Jahnke*⁹⁵⁰ nicht. Das ist insoweit einleuchtend, als damit das Verhalten des Täters sanktioniert werden und dieser eine fühlbare Vermögenseinbuße erleiden soll. Eine sachgerechte Deutung führt dazu, die vom Strafgericht verhängte Geldbuße als Verwirklichung der Genugtuung anzusehen, mag sie an die Öffentlichkeit oder das Strafopfer oder in dessen Sphäre – bei einem Kind an dessen Eltern – zu leisten sein. Eine Anrechnung auf das – nach dem Ausgleichsprinzip – zu leistende Schmerzensgeld ist zu verneinen.

⁹⁴⁵ *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41 (50).

⁹⁴⁶ So deutlich BGHZ 128, 117 = NJW 1995, 781; bestätigt wenn auch mit dem Hinweis „grundsätzlich“ BGH NJW 1996, 1591 = VersR 1996, 382; OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Oldenburg VersR 2016, 741; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 15.

⁹⁴⁷ MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 50; aA OLG Hamm r + s 2014, 101 (*Lemcke*).

⁹⁴⁸ Ebenso bei Bewährungsauflagen gem. § 56b Abs. 2 Nr. 1 StGB MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 50.

⁹⁴⁹ OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Köln VersR 2000, 899; OLG Düsseldorf NJW 1997, 1643. Vgl. dazu KG NJOZ 2005, 4637: Keine Anrechnung, weil die im Strafverfahren verhängte Buße nicht an das verletzte Kind, sondern an dessen Eltern zu zahlen war.

⁹⁵⁰ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 761; so auch *Wenker* NZV 2014, 241 (242).

e) Abwicklungsverhalten – ungebührliche Verzögerung der Regulierung durch den Haftpflichtversicherer

121

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In der Rechtsprechung der Tatgerichte⁹⁵¹ wird es als schmerzensgelderhöhend angesehen, wenn nach Geltendmachung realistischer Forderungen der Haftpflichtversicherer⁹⁵² im Rahmen der außergerichtlichen Schadensregulierung als auch des Haftpflichtprozesses die geschuldete Zahlung verweigert, indem er trotz eindeutiger Rechtslage entweder nicht einmal Vorschüsse⁹⁵³ oder lange Zeit⁹⁵⁴ gar keine⁹⁵⁵ oder exorbitant geringe Zahlungen leistet,⁹⁵⁶ die der Geschädigte als Almosen empfindet,⁹⁵⁷ oder Maßnahmen wie zB aussichtslose Rechtsmittel ergreift, die zu einer Verzögerung führen.⁹⁵⁸ Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass Haftpflichtversicherer mit solchen Causen tagtäglich befasst sind und über ausreichende Kenntnisse verfügen (sollten), um jedenfalls die Größenordnung ihrer Einstandspflicht abschätzen zu können. Das gilt auch bei

⁹⁵¹Offen gelassen von BGH NJW 2006, 1271; auf eine gefestigte Rsp der Oberlandesgerichte hinweisend *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 53.

⁹⁵²OLG Naumburg SP 2007, 354: Wenn der Schädiger den Schaden selbst tragen muss, weniger strenge Maßstäbe.

⁹⁵³OLG Dresden DAR 2017, 463 = BeckRS 120487: Erste Abschlagszahlung erst 4 Jahre nach dem Unfall; zweifelnd, ob eine Vorschusspflicht besteht, *Wenker* NZV 2014, 241 (244); *Schreier* VersR 2013, 1232 (1233); eine solche bejahend indes *Schwintowski*, in: FS L. Jaeger (2014) 421 (425).

⁹⁵⁴OLG Köln NJOZ 2014, 169: Trotz Anerkenntnis dem Grunde nach Zahlung von Schmerzensgeld erst nach 19 Jahren; OLG Naumburg NJW-RR 2008, 693: 4 ½ Jahre nach dem Grundurteil noch keinerlei Ausgleichsleistungen; OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Trotz klarer Gutachten 4 Jahre lang keine Bereitschaft zur Regulierung; OLG München BeckRS 2015, 8435: Erst nach 4 ½ Jahren Zahlung von 20.000 EUR bei einem Anspruch von über 500.000 EUR.

⁹⁵⁵ OLG Schleswig NJW-RR 2019, 347: 7 Jahre lang nicht „einen Cent“ gezahlt.

⁹⁵⁶OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Luckey*): Zahlung von 7.000 EUR nach ½ bzw. 1 Jahr, Zubilligung von 22.000 EUR; OLG Schleswig NJW-RR 2009, 1325: Trotz Vorliegens eines Gutachtens über posttraumatische Belastungsstörung bloß 2.750 EUR gezahlt, letztendlich Zuspruch von 30.000 EUR; OLG München NJW-Spezial 2010, 617: Zahlung von 35.000 EUR bei einer Verurteilung durch das Gericht von 100.000 EUR.

⁹⁵⁷ OLG München BeckRS 2015, 8435.

⁹⁵⁸OLG Hamm OLGR 2003, 167; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 672; OLG Düsseldorf NVersZ 2000, 40; OLG Nürnberg r + s 1999, 23 (*Lemcke*); OLG Nürnberg VersR 1998, 731; VersR 1997, 1108; VersR 1997, 502. Kritisch zur Berücksichtigung ohne Auswirkungen beim Geschädigten *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 125.

Bestreiten durch den Ersatzpflichtigen wider besseres Wissen,⁹⁵⁹ namentlich bei grundlosen Verdächtigungen und besonders langer Dauer.⁹⁶⁰ Nicht immer wird der Zuschlag offen ausgewiesen,⁹⁶¹ mitunter wird eine „Verrechnung“ mit anspruchsmindernden Umständen vorgenommen.⁹⁶² Ein solches mit einem Zuschlag sanktioniertes Verhalten liegt nicht vor, wenn der Ersatzpflichtige legitimerweise ex ante Zweifel haben durfte, ob der erhobene Anspruch dem Grunde und der Höhe nach in diesem Ausmaß besteht,⁹⁶³ wenn etwa der Verdacht einer vorsätzlichen Begehungsweise besteht, auch wenn dieser letztendlich nicht beweisbar ist.⁹⁶⁴ Ebenso soll unberücksichtigt bleiben, dass die Ersatzpflichtigen – in einem Arzthaftungsfall – „dank ihrer wirtschaftlichen Macht und vielleicht auch ihrer Beziehungen großen Druck auf die Sachverständigen ausüben konnten“.⁹⁶⁵ Es muss sich um ein über die verständliche Rechtsverteidigung hinausgehendes, nicht mehr verständliches Verhalten handeln.⁹⁶⁶

Maßgeblich ist eine Gesamtbetrachtung; abzustellen ist auf sämtliche Schadensposten, nicht nur das Schmerzensgeld.⁹⁶⁷ Es geht nicht um Fälle, in denen sich der Haftpflichtversicherer prozessual – wie jeder andere Beklagte – wehren darf⁹⁶⁸ und sich auf Umstände stützt, die er letztendlich nicht beweisen kann,⁹⁶⁹ sondern vielmehr um Verhaltensweisen, die gegen Treu und Glauben verstoßen oder rechtsmissbräuchlich sind. Besonders strenge Maßstäbe werden an einen Haftpflichtversicherer bei der Pflichthaftpflichtversicherung angelegt,⁹⁷⁰ wobei es mE nicht

⁹⁵⁹ OLG Schleswig VRR 2013, 66 (*Luckey*): Bestreiten der Gefährlichkeit des Bodens trotz Dokumentation im Bordbuch der Fähre, Zuschlag 10 %.

⁹⁶⁰ OLG Köln zfs 2011, 259 (*Diehl*): 8 Jahre; OLG Saarbrücken BeckRS 2015, 06748: 7 ½ Jahre.

⁹⁶¹ So aber OLG Hamm jurisPR-VerkR 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 223: Angemessen an sich 400.000 EUR, Zuschlag von 30.000 EUR, nicht nur maßvolle, sondern spürbare Erhöhung.

⁹⁶² OLG München BeckRS 2015, 8435: Wegen ungebührlicher Regulierung keine Berücksichtigung des Mitverschuldens. OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerkR 25/2014 Anm. 3: Ungebührliches Regulierungsverhalten und Alter.

⁹⁶³ OLG Hamm NJWE-VHR 1997, 226; MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 52; *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 54.

⁹⁶⁴ OLG Brandenburg VersR 2016, 671.

⁹⁶⁵ OLG München BeckRS 2020, 901.

⁹⁶⁶ OLG München BeckRS 2015, 8435.

⁹⁶⁷ OLG Hamm jurisPR-VerkR 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 223.

⁹⁶⁸ *Luckey* VRR 2007, 345; OLG Saarbrücken NJW 2011, 933: Kein Zuschlag, wenn berechtigte Zweifel bestanden, ob ein Anspruch dem Grunde nach gegeben ist, weil beträchtliches Mitverschulden vorlag.

⁹⁶⁹ OLG Brandenburg zfs 2010, 141.

⁹⁷⁰ OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*).

darauf ankommen kann, ob – wie in der Kfz-Haftpflichtversicherung – ein Direktanspruch besteht oder das – wie bei der Arzthaftung – nicht der Fall ist.

Mag es bei Entwicklung dieser Rechtsprechung in den 60-er und 70-er Jahren⁹⁷¹ darum gegangen sein, dass der Haftpflichtversicherer nicht unredlicherweise Zinsgewinne erzielte, waren nämlich die Verzugszinsen auf 4 % begrenzt, während für Tagesgeld mitunter mehr als 10 % Zinsen zu bekommen waren,⁹⁷² spielt dieser Umstand in der Niedrigzinsphase keine Rolle. Im Vordergrund stehen vielmehr „kreative Versuche, den Geschädigten um sein Schmerzensgeld zu bringen“⁹⁷³ oder ihn zu zermürben und derart unter Druck zu setzen, dass er der vom Haftpflichtversicherer favorisierten vergleichswisen Regulierung zustimmt.⁹⁷⁴ Zum Teil werden solche Verhaltensweisen angesichts von 300.000 zum großen Teil außergerichtlich regulierten Personenschäden pro Jahr als Groteskfälle abgetan;⁹⁷⁵ die Rechtsprechungsübersicht bei [Quirnbach](#)⁹⁷⁶ zeigt indes, dass ein solches Verhalten so selten doch nicht sein dürfte, ganz abgesehen davon, dass viele Unfallopfer bei dem angeprangerten Verhalten nicht selten kapitulieren und sich mit einem für sie nachteiligen Vergleichsangebot zufrieden geben nach der Devise: Lieber der Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach. Ein Zuschlag wegen ungebührlichen Regulierungsverhaltens beim Schmerzensgeld wird mitunter neben Ausgleich und Prävention als eigenständige Funktion des Schmerzensgeldes bezeichnet – Tripelfunktion des Schmerzensgeldes.⁹⁷⁷

122

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Einzuräumen ist, dass eine ungebührliche Säumnis des Schuldners ansonsten lediglich über die Tragung der Prozesskosten bei Unterliegen sowie den Verzugszinsen sanktioniert wird.⁹⁷⁸ Auch mag eine Sanktionierung durch die Versicherungsaufsicht eine stimmigere und womöglich sogar

⁹⁷¹ BGHZ 35, 363 = VersR 1961, 951; BGHZ 39, 124 = VersR 1963, 465.

⁹⁷² Zur Entstehungsgeschichte dieser Rechtsprechung [L. Jaeger](#) MedR 2016, 197.

⁹⁷³ [Diehl](#) zfs 2007, 10 (12).

⁹⁷⁴ OLG Hamm jurisPR-VerkR 17/2019 Anm. 1 ([Wenker](#)) = [Ch. Huber](#), Fachtagung Personenschaden 2019, 223. Vgl. aber OLG München BeckRS 2020, 901: „Vorwurf“ an die Klägerin, dass sie sich einem Vergleich entgegengestellt habe.

⁹⁷⁵ [Wenker](#) NZV 2014, 241 (244).

⁹⁷⁶ Zfs 2013, 670 ff.; [dies.](#), zfs 2017, 667 ff.

⁹⁷⁷ [L. Jaeger](#) VersR 2006, 1510 (1511); zur über 50-jährigen einschlägigen Rechtsprechung [Pribnow/Benjamin](#), in: FS 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 467, 469 ff.; weiters [Gülpen](#) SVR 2008, 134 ff.

⁹⁷⁸ [Notthoff/Ernst](#) VRR 2014, 284 ff.; [Schreier](#) VersR 2013, 1232 (1234), [Wenker](#) NZV 2014, 241 (245); [Rolf](#)s, Karlsruher Forum 2016, 41, 56; Staudinger/[Schiemann](#) § 253 Rn. 33.

effizientere Steuerung ermöglichen.⁹⁷⁹ Da der Gesetzgeber aber insoweit bisher nichts unternommen hat, benutzen die Gerichte das Vehikel der Billigkeit, um ein missbilligtes Verhalten der Haftpflichtversicherer zu sanktionieren.⁹⁸⁰ Systemimmanent lässt sich ein solcher Zuschlag beim Schmerzensgeld begründen mit dessen Ausgleichsfunktion, wenn der Anspruchsteller durch die verzögerte Regulierung einen zusätzlichen Schaden erleidet.⁹⁸¹ Ein solcher Folgeschaden wäre freilich unabhängig von einem gravierenden Schuldvorwurf allein aufgrund der langen Verfahrensdauer ersatzfähig, soweit es sich um adäquate Folgeschäden handelt.⁹⁸² Bemüht wird die Formel, dass ein solcher Zuschlag gebührt, wenn der Anspruchsteller darunter leidet oder wenn er den geschuldeten Schadenersatz dazu verwenden hätte können, die Auswirkungen seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu lindern.⁹⁸³ Bei letzterem Kriterium stellt sich indes die Frage, ob der Zweck des Schmerzensgeldes nicht generell darin liegt, die Auswirkungen gesundheitlicher Beeinträchtigungen zu lindern.⁹⁸⁴ Dieses Kriterium ist freilich fast immer erfüllt; nur in aussergewöhnlichen Ausnahmefällen wäre es zu verneinen, wenn etwa der Schmerzensgeldanspruch des Anspruchsberechtigten erst von dessen Erben geltend gemacht wird.⁹⁸⁵ Zum Teil wird der Zuschlag mit der Genugtuung begründet.⁹⁸⁶ Im Rahmen dieser wird ein besonders schweres Verschulden generell als schmerzensgelderhöhend angesehen.⁹⁸⁷ Anerkennt man dieses Prinzip, ist es folgerichtig, nicht nur ein Verhalten des Schädigers bei der Schadenszufügung zu berücksichtigen, sondern auch des einstandspflichtigen Haftpflichtversicherers bei der Regulierung. Das Abstellen auf die Genugtuung führt dazu, dass Kinder, schwer Hirngeschädigte oder Personen, die schon verstorben sind, nicht anspruchsberechtigt sind.⁹⁸⁸

In der Praxis ist indes zu beobachten, dass der Zuschlag nicht nach Maßgabe der zusätzlichen Schmerzen des Anspruchstellers oder dessen sonstiger Betroffenheit bemessen wird, sondern das Ausmaß des vorwerfbaren Fehlverhaltens des Haftpflichtversicherers zentrale Bemessungsdeterminante ist, insbesondere die lange Zeitdauer und/oder eine weitere Kränkung

⁹⁷⁹ *Schubert*, *Karlsruher Forum* 2016, 3, 23.

⁹⁸⁰ Zustimmung *Grunewald/Nugel* *VRR* 2014, 4 (6); *Quirnbach* *zfs* 2013, 670 (675).

⁹⁸¹ OLG Naumburg *NJW* 2015, 261 = *VRR* 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, *jurisPR-VerkR* 25/2014 Anm. 3: Annahme eines weiteren Schadens nach der Lebenserfahrung; OLG Nürnberg r + s 1999, 23 (*Lemcke*); *Luckey* *SVR* 2004, 316; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 51; *Bamberger/Roth/Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 47.

⁹⁸² Darauf hinweisend auch *L. Jaeger*, in: *FS E. Lorenz* (2004) S. 377 (382).

⁹⁸³ OLG Saarbrücken *NJW-RR* 2015, 1119 = *zfs* 2015, 683 (*Diehl*).

⁹⁸⁴ OLG Saarbrücken *VersR* 2017, 689 = *zfs* 2016, 379 (*Diehl*): In concreto abgelehnt.

⁹⁸⁵ Verneint daher von OLG Koblenz *OLGR* 2008, 225.

⁹⁸⁶ OLG Koblenz *VersR* 2016, 262 = *MedR* 2016, 195 (*L. Jaeger*).

⁹⁸⁷ OLG Nürnberg *VersR* 1997, 502: Kleinliches Regulierungsverhalten, wie es der Senat bisher nicht erlebt hat.

⁹⁸⁸ *L. Jaeger* *MedR* 2015, 739 (740); *MedR* 2016, 197 (198).

des Verletzten durch das Regulierungs- oder Prozessverhalten des Versicherers.⁹⁸⁹ So nimmt das OLG Nürnberg⁹⁹⁰ bei einem Haftpflichtversicherer an, dass er von sich aus die Schadensregulierung zu fördern hat; wenn dieser bei einer Quote von schlussendlich 70 % nur 30 % zugesteht, bloß 2.000 EUR anbietet, schlussendlich aber 33.000 EUR zuerkannt werden, ist ein solches als eine „gegen Treu und Glauben verstoßende Zermürbungstaktik“ anzusehen, die im Rahmen der Genugtuung einen Zuschlag rechtfertigt.⁹⁹¹ Das OLG Naumburg⁹⁹² bejaht eine treuwidrige, ungebührliche Verzögerung, wenn bloß 55.000 EUR Schmerzensgeld anstelle der schlussendlich zuerkannten 150.000 EUR angeboten worden sind. Denkbar wäre mE, wie bei der Überklagung gemäß § 92 Abs. 2 S. 2 ZPO dem Kläger ein gewisser Prozentsatz kostenmäßig nicht zum Nachteil gereicht, dem Ersatzpflichtigen eine solche Marge bei seinem Regulierungsangebot zuzubilligen. Das OLG Saarbrücken⁹⁹³ prangert an, dass der Ersatzpflichtige auf die schmerzensgelderhöhenden Hinweise im OLG-Beschluss, der zur Zurückweisung geführt hat, nicht reagiert und die Regulierung sehr lange gedauert hat.

Ob eine Verdopplung des Schmerzensgeldes⁹⁹⁴ nicht über das Ziel schießt, also eine unverhältnismäßige Berücksichtigung eines schweren Verschuldens darstellt, steht auf einem anderen Blatt.⁹⁹⁵ In Anlehnung an die Caroline von Monaco-Rechtsprechung des BGH⁹⁹⁶ zur „Disziplinierung der Presse“ schlägt *Gülpen*⁹⁹⁷ vor, dass die durch die verspätete Zahlung erfolgte Ersparnis unter Einschluss der Steuerersparnis durch Bildung einer Rückstellung abgeschöpft werden soll und dazu noch – nach spanischem Vorbild – ein Zuschlag von 50 %.

123

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁹⁸⁹ OLG Naumburg VersR 2004, 1423 = SVR 2004, 315 (*Luckey*): Objektiv herabwürdigendes Verhalten des Haftpflichtversicherers; OLG Schleswig NJW-RR 2009, 1325: Darstellung der Klägerin als Simulantin; *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 53.

⁹⁹⁰ OLG Nürnberg NZV 2007, 301 = VRR 2007, 69 (*Schulz-Doll*): Hier gleich hohes Schmerzensgeld ungeachtet der Reduzierung der Einstandspflicht gegenüber der Entscheidung des LG von 80 auf 70 %.

⁹⁹¹ Ähnlich OLG Köln VersR 2013, 113: Nach Verwechslung von Wundmittel mit Flächendesinfektionsmittels 5.000 EUR statt der angebotenen 500 EUR.

⁹⁹² OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*).

⁹⁹³ OLG Saarbrücken BeckRS 2015, 06748.

⁹⁹⁴ OLG Düsseldorf NVersZ 2000, 40.

⁹⁹⁵ Kritisch dazu *Wiedemann* NVersZ 2000, 14; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 *Rn.* 51; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 *Rn.* 47 unter Hinweis darauf, dass punitive damages dem deutschen Recht fremd seien; ähnlich *L. Jaeger* MedR 2016, 196 (197): Ahndung des unkooperativen Verhaltens des Haftpflichtversicherers mit nicht mehr als 20 % Zuschlag.

⁹⁹⁶ BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 1861.

⁹⁹⁷ *Gülpen* SVR 2008, 134 (135).

Dem Schädiger wird das Verhalten seines Haftpflichtversicherers zugerechnet.⁹⁹⁸ Überlegenswert wäre, wenn bei der Kfz-Haftpflichtversicherung auch der Haftpflichtversicherer im Weg der action directe belangt werden kann, lediglich ihn für den aus der ungebührlichen Verzögerung entstehenden zusätzlichen Schaden einstehen zu lassen.⁹⁹⁹ Das entspricht dem allgemeinen Prinzip, dass mehrere Schädiger beim Schmerzensgeld je nach ihrem Verschulden in unterschiedlichem Maß einstandspflichtig sind. Außerhalb der Kfz-Haftpflichtversicherung ist dieser Weg nicht gangbar, weil nur der Schädiger selbst passivlegitimiert ist. Sollte die Versicherungssumme überschritten werden und der Schädiger deshalb in höherem Maß in Anspruch genommen werden, weil der Haftpflichtversicherer die Regulierung schuldhaft verschleppt hat, kommt ein Schadensersatzanspruch des Schädigers gegen den Haftpflichtversicherer aus dem Innenverhältnis in Betracht. Das betrifft freilich nicht mehr die Höhe des Schmerzensgeldes.

H. Form der Ersatzleistung: Kapital oder Rente

I. Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen den Ersatzformen Kapital und Rente

124

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Form der Ersatzleistung	ff.
Schmerzensgeld	Rente	ff.
Schmerzensgeld	Wahlrecht des Verletzten	ff.

Das Schmerzensgeld ist grundsätzlich in Form eines Kapitalbetrags zu leisten.¹⁰⁰⁰ Nur ausnahmsweise steht dem Verletzten das Wahlrecht zu, anstelle eines Kapitalbetrags eine Kombination aus Kapital und Rente zu verlangen.¹⁰⁰¹ Maßgeblich ist dann, dass die bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingetretenen Schmerzen durch den Kapitalbetrag und die künftigen Schmerzen durch eine Rente abgegolten werden sollen.¹⁰⁰²

125

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁹⁹⁸Kritisch Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 47 unter Hinweis darauf, dass der Schädiger keinen Einfluss auf das Verhalten seines Versicherers habe.

⁹⁹⁹ So auch *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 22.

¹⁰⁰⁰ *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 138; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 298; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 69.

¹⁰⁰¹ Umfassend *Ch. Huber* FS E. Lorenz (2014) 603 ff.

¹⁰⁰² MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 59.

Einigkeit besteht darin, dass der Ersatzpflichtige dem Verletzten eine Schmerzensgeldrente nicht aufdrängen darf. Wenn dieser ausdrücklich bloß einen Kapitalbetrag verlangt, kann sich der Ersatzpflichtige nicht durch eine Rente von seiner Schuld befreien, selbst wenn die Voraussetzungen dafür gegeben wären und deren Höhe angemessen wäre.¹⁰⁰³ Die Rente ist gegenüber dem Kapital ein aliud.¹⁰⁰⁴ Umstritten ist, ob die Zubilligung einer Rente einen diesbezüglichen Antrag des Verletzten voraussetzt¹⁰⁰⁵ oder das Gericht eine Rente auch dann zusprechen kann, wenn der Kläger sich dazu nicht geäußert hat, sondern unspezifiziert bloß Schmerzensgeld verlangt hat, dessen Höhe er womöglich zusätzlich in das Ermessen des Gerichts gestellt hat.¹⁰⁰⁶ Auch wenn der BGH¹⁰⁰⁷ dazu nicht abschließend Stellung genommen hat, hat er seine Position deutlich zu erkennen gegeben, indem er ausgesprochen hat, „wofür viel spricht“, dass eine Schmerzensgeldrente einen diesbezüglichen Antrag voraussetzt,¹⁰⁰⁸ was durch Bezugnahme auf § 308 ZPO begründet wird.¹⁰⁰⁹ ME hat letztere Auffassung gute Gründe für sich, wobei erwägenswert wäre, das Gericht nach § 139 ZPO zu verpflichten, den Verletzten über die Wahlmöglichkeit aufzuklären.

126

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

*Nothoff*¹⁰¹⁰ hat es unternommen, die bisherige Judikatur in Fallgruppen zusammenzufassen, bei denen der Zuspruch einer Schmerzensgeldrente erfolgte. Im Vordergrund stehen besonders schwere Dauerschäden,¹⁰¹¹ wie insbesondere der Verlust eines der fünf Sinne,¹⁰¹² Verlust oder

¹⁰⁰³ *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 1738; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 *Rn.* 774.

¹⁰⁰⁴ MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 *Rn.* 57; *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 33.

¹⁰⁰⁵ So OLG Brandenburg r + s 2006, 260 mit Besprechungsaufsatz *Jahnke*, r + s 2006, 228 ff.

¹⁰⁰⁶ Dafür MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 *Rn.* 58.

¹⁰⁰⁷ BGH NJW 1998, 3411.

¹⁰⁰⁸ So ausdrücklich OLG Karlsruhe NJOZ 2014, 1463; OLG Koblenz VersR 2010, 1452.

¹⁰⁰⁹ OLG Schleswig VersR 1992, 462; Palandt/*Grüneberg* § 253 *Rn.* 24; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 *Rn.* 70; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 *Rn.* 787.

¹⁰¹⁰ *Nothoff* VersR 2003, 966 (968 f.).

¹⁰¹¹ BGH NJWE-VHR 1999, 141; NJW 1994, 1592; OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG München BeckRS 2015, 8435: Querschnittlähmung; OLG Köln VersR 2016, 191: Unterschenkelamputation; *Küppersbusch/Höher, Rn.* 298; *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 139; einschränkend OLG Düsseldorf SP 2001, 200: Sofern sich der Verletzte nicht daran gewöhnt hat; zu Recht kritisch dazu *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 144.

¹⁰¹² OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12; OLG Jena zfs 1999, 419; OLG Hamm VersR 1996, 756: Erblindung; OLG Köln VersR 1980, 434: Taubwerden; BGH VersR 1976,

Lähmung von Gliedmaßen,¹⁰¹³ Hirnschädigungen,¹⁰¹⁴ schwere Entstellungen, Harninkontinenz und/oder Impotenz.¹⁰¹⁵ Eine geringere Rolle spielen demgegenüber die Konstellationen der Nichtabsehbarkeit der Entwicklung von Dauerschäden¹⁰¹⁶ sowie schlechte wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers.

127

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

*Halm/Scheffler*¹⁰¹⁷ haben demgegenüber herausgearbeitet, wann die Voraussetzungen für eine Schmerzensgeldrente gerade nicht gegeben sind: Neben der fehlenden Schwere der Verletzung¹⁰¹⁸ soll es die fehlende Genugtuung bei empfindungsunfähigen Verletzten sein.¹⁰¹⁹ Das wird damit begründet, dass in solchen Fällen der Geschädigte seine Verletzung nicht immer wieder als schmerzlich empfinde. Diese häufig wiederkehrende Standardphrase¹⁰²⁰ ist indes wenig überzeugend. Es handelt sich dabei mE deshalb um eine Leerformel, weil die stets aufs Neue schmerzliche Empfindung bei jedem Dauerschaden gegeben sein wird. Die allgemeine Befürchtung, dass bei einem minderjährigen Verletzten die Eltern das Schmerzensgeld nicht

967: Verlust des Geruchs- und Geschmackssinns; hingewiesen hat der BGH darauf, dass die im Unfallzeitpunkt 15-jährige Verletzte deshalb niemals eine perfekte Hausfrau werden könne, was man heutzutage wohl als weniger gravierend einstufen würde; kritisch dazu *L. Jaeger/Luckey, Rn.* 140; auch wenn im Laufe der Entscheidung nur noch vom Geruchs- und Geschmackssinn die Rede ist, erlitt die Verletzte im konkreten Fall zusätzlich eine dauerhafte erhebliche Beeinträchtigung der Gehirnfunktion.

¹⁰¹³OLG Köln VersR 1999, 624: Lähmung der Beine; OLG Frankfurt/M. VersR 1995, 505: Amputation beider Unterschenkel.

¹⁰¹⁴BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Gaisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*); OLG Hamm zfs 2005, 122 (*Diehl*); OLG München VersR 1992, 508.

¹⁰¹⁵OLG Hamm VersR 1988, 1181.

¹⁰¹⁶OLG Hamburg NJW 1990, 2322: Ansteckung mit HIV, noch kein Ausbruch der Krankheit, Unabsehbarkeit, wie lange ein Leben zwar in Furcht vor dem Ausbruch, aber ohne nennenswerte Beschwerden möglich sein wird; *vgl.* auch OLG Hamm SP 2001, 267: Ablehnung einer Schmerzensgeldrente, weil die Verletzte im Unfallzeitpunkt bereits 70 Jahre alt und der Heilungsverlauf weitgehend abgeschlossen war.

¹⁰¹⁷*Halm/Scheffler* DAR 2004, 71 (73 f.).

¹⁰¹⁸OLG Jena BeckRS 2012, 11583: Unbrauchbarkeit des Schultergelenks nicht ausreichend, wenn Armbewegungen noch möglich sind.

¹⁰¹⁹OLG Bremen OLGR 1995, 50; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 *Rn.* 58.

¹⁰²⁰BGH NJWE-VHR 1996, 141; OLG Brandenburg r + s 2006, 260; OLG Köln NJW-RR 2002, 1039; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 *Rn.* 58.

widmungsgemäß verwenden würden,¹⁰²¹ sowie die Gefahr einer Entwertung durch Inflation werden nicht als aner kennenswerte Gründe für die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente anerkannt.

128

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In der Praxis haben sich bestimmte Eckpunkte herausgebildet, bei denen von der Zuerkennung einer Schmerzensgeldrente Abstand genommen wird. Wenn das Schmerzensgeld in Kapitalform weniger als 100.000 EUR beträgt bzw. die allgemeine Erwerbsminderung weniger als 40 % ausmacht, sind das Indizien dafür, dass kein schwerer Dauerschaden gegeben ist.¹⁰²² Desgleichen soll die monatliche Schmerzensgeldrente nicht weniger als 25 EUR,¹⁰²³ 50 EUR¹⁰²⁴ oder 100 EUR¹⁰²⁵ betragen, weil der Verletzte nur dann den Rentenbetrag für die Finanzierung von Annehmlichkeiten und Erleichterungen als ins Gewicht fallend empfinden kann.¹⁰²⁶ Dies führt dazu, dass die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente bei älteren Verletzten eher nicht in Betracht kommt.¹⁰²⁷

129

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

ME sollten die strengen Voraussetzungen für die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente bei Vorhandensein von Dauerschäden gelockert werden.¹⁰²⁸ Dagegen spricht allein der Umstand,

¹⁰²¹ So aber Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 35.

¹⁰²² Abgelehnt von OLG München NJW 2017, 2838 (*Schroeder*) = zfs 2017, 673 (*Diehl*): Minderung der Erwerbsfähigkeit 30 %; Schmerzensgeld von 25.000 EUR.

Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 19; weitergehend *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 265: 200.000 EUR Kapital.

¹⁰²³ *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 265.

¹⁰²⁴ *Grunewald/Nugel* VRR 2014, 4 (6); vorsichtiger *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2005, 207: 25–50 EUR; *Diehl* zfs 2007, 10 (13). Deutlich mehr als 50 EUR.

¹⁰²⁵ *Wenker* NZV 2014, 241 (244).

¹⁰²⁶ Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 19; OLG Brandenburg r + s 2006, 260; OLG Düsseldorf VersR 1997, 65; für eine Anhebung auf 100 EUR *Jahnke*, r + s 2006, 228, freilich ohne sachliche Begründung; maßgeblich sei, dass es um einen 3-stelligen Betrag gehe.

¹⁰²⁷ OLG Thüringen zfs 1999, 419.

¹⁰²⁸ *Ch. Huber* FS E. Lorenz (2014) 603, 621; gerade gegenteilig *Küppersbusch/Höher*, Rn. 298: Bedenken gegen einen zu leichtfertigen Zuspruch einer Rente.

dass der Ersatzpflichtige, typischerweise ein Haftpflichtversicherer, den Akt nicht schließen kann, was aber wegen der häufig ebenfalls zu regulierenden materiellen Schäden (Erwerbsschaden, Mehrbedarf) ohnehin nicht möglich ist. Plausibel ist immerhin, dass keine geringfügigen Beträge als monatliche Rente zuerkannt werden sollen. Dafür kann man zusätzlich ins Treffen führen, dass der Verwaltungsaufwand in keiner sinnvollen Relation zum Nutzen steht. Die Zuerkennung einer Rente hat aber den Vorzug, dass keine mit Unwägbarkeiten verbundene Prognose über die Dauer der Leiden angestellt werden muss. Vielmehr trägt die Rente ihr Ende in sich. Hinzu kommt der Umstand, dass bei Zuerkennung einer Rente eine höhere Gewähr gegeben ist, dass bei minderjährigen und pflegebedürftigen Verletzten das Schmerzensgeld widmungsgemäß verwendet wird.¹⁰²⁹ Je länger der Verletzte lebt, umso höher ist das Schmerzensgeld, so dass ein Anreiz zu fürsorglicher Pflege gegeben ist.¹⁰³⁰ Bei einem Kapitalbetrag besteht demgegenüber die Gefahr, dass die gesetzlichen Vertreter das Schmerzensgeld für sich und nicht für den Verletzten verwenden.¹⁰³¹

130

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Gegen die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente werden folgende Argumente vorgebracht:¹⁰³² Der Verletzte müsse sich bei einer Anpassung mit dem Ersatzpflichtigen auseinandersetzen, was mit Streit und Ärger verbunden sei. Er werde durch die Schmerzensgeldzahlung stets aufs Neue an seine Behinderung erinnert.¹⁰³³ Mitunter ist er an einem einmaligen Betrag, mit dem er sogleich etwas anfangen könne, stärker interessiert als an fortlaufenden Rentenzahlungen. All dies wiegt mE wenig schwer, weil es ja beim Verletzten liegt, ob er sich für einen Kapitalbetrag oder eine Rente entscheidet.¹⁰³⁴ Besonders bei jungen Verletzten und „einfach strukturierten Eltern“ sprechen Gründe der Gewissheit der Durchleitung an den Verletzten für eine Rente – auch gegen den Willen seiner gesetzlichen Vertreter. Zusätzlich gebietet das Ausgleichsprinzip eine Dynamisierung der Rente,¹⁰³⁵ der sich der BGH¹⁰³⁶ bisher aus wenig überzeugenden formalen Gründen verschlossen hat.¹⁰³⁷ Die Begründung, dass eine dynamische Rente die

¹⁰²⁹ Ch. Huber NZV 1998, 345 (351); L. Jaeger VersR 2009, 159 (164); L. Jaeger/Luckey, Rn. 174; Küppersbusch/Höher, Rn. 299.

¹⁰³⁰ Diehl zfs 2007, 10 (13): Rentenzahlung geradezu als „Lebensversicherung“.

¹⁰³¹ Gerade gegenteilig die wenig nachvollziehbare Meinung von Wenker NZV 2014, 241 (244).

¹⁰³² Ciupka VersR 1976, 226 ff.

¹⁰³³ Zu Recht kritisch dagegen L. Jaeger/Luckey, Rn. 172.

¹⁰³⁴ Kritisch auch Halm/Scheffler DAR 2004, 71 (73) mit dem Hinweis, dass dies nicht für eine Kombination von Kapital und Rente gelte.

¹⁰³⁵ Gegen jegliche inflationsbedingte Anpassung jedoch Jahnke, r + s 2006, 228, 230.

¹⁰³⁶ BGH NJW 1973, 1653.

¹⁰³⁷ So überzeugend L. Jaeger VersR 2009, 159 (164) unter Hinweis auf anschauliche Beispiele.

Funktion als billigen Ausgleich in Geld nicht zu gewähren vermag,¹⁰³⁸ ist eine petitio principii und zudem unzutreffend. Auch im deutschen Recht ist eine Indexbindung möglich; das Erfordernis der Bestimmtheit des Zwangsvollstreckungstitels steht dem nicht entgegen.¹⁰³⁹ Der Verbraucherpreisindex mag nicht der ideale Index sein; im Vergleich zu einem Verzicht auf jegliche Indexbindung ist er freilich die deutlich vorzugswürdigere Variante.

II. Gleiche Gesamtbelastung durch Kapital und Rente

131

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Form der Ersatzleistung	f.
Schmerzensgeld	Rente	f.
Schmerzensgeld	Wahlrecht des Verletzten	f.

Ob eine Rente oder eine Kapitalentschädigung geleistet wird, soll ex ante für den Ersatzpflichtigen zu keiner unterschiedlich hohen Belastung führen.¹⁰⁴⁰ Dass diese Rechnung im konkreten Fall nicht stets aufgehen wird, steht auf einem anderen Blatt. Bei einer Rente wird diese gewährt, solange die Schmerzen bestehen, somit im Regelfall bis zum Lebensende. Bei einer Kapitalabfindung muss demgegenüber eine Prognose über die restliche Schmerzdauer, zumeist also die Lebenserwartung des jeweiligen Verletzten angestellt werden.¹⁰⁴¹ Stirbt der Verletzte zu einem anderen Zeitpunkt, als es der angenommenen Lebenserwartung entspricht, ergibt sich bei Rente und Kapitalabfindung eine unterschiedliche Belastung. Beherzigt man diesen Grundsatz, ist die Aussage, dass eine Rente vor allem für einen jungen Verletzten vorteilhaft sei,¹⁰⁴² unzutreffend. Anders ist dies freilich, wenn die Höhe des Schmerzensgeldes hauptsächlich von der Schwere der Verletzung abhängig ist, ohne dass das Alter berücksichtigt würde.¹⁰⁴³ Zutreffend ist aber mE, vom Ausmaß der Schmerzen auszugehen mit der Folge, dass das Schmerzensgeld umso höher ausfallen muss, je länger der Verletzte Schmerzen zu erdulden hat¹⁰⁴⁴ bzw. umgekehrt die monatlichen Rentenzahlungen bei einer verkürzten Lebenserwartung

¹⁰³⁸So *Wenker* NZV 2014, 241 (244).

¹⁰³⁹*Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht¹⁰ (2013) Rn. 56 f.

¹⁰⁴⁰*Küppersbusch/Höher*, Rn. 300; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1737; *Ch. Huber* FS E. Lorenz (2014) 603, 611; BGH VersR 1986, 59; VersR 1976, 967; OLG Düsseldorf SP 2001, 200; OLG Thüringen zfs 1999, 419; OLG Düsseldorf VersR 1997, 65.

¹⁰⁴¹Trotz verletzungsbedingt herabgesetzter Lebenserwartung auf die statistische abstellend OLG Hamm OLGR 2003, 167.

¹⁰⁴²*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 147, freilich unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Abänderungsklage.

¹⁰⁴³In diesem Sinn wohl BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 327 = VersR 1993, 893 (*Gaisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*); der BGH weist darauf hin, dass die monatlichen Rentenbeträge höher auszufallen hätten, weil der Geschädigte eine geringere Lebenserwartung habe; zutreffenderweise müsste sich dieser Umstand aber schon bei der Bemessung des Kapitalbetrags auswirken.

nicht zu erhöhen sind.¹⁰⁴⁵ Im Regelfall wird bei der Umrechnung des Barwerts der Rente zu einer entsprechenden Kapitalabfindung von einer Lebenserwartung nach der allgemeinen Sterbetafel ausgegangen,¹⁰⁴⁶ ohne zu berücksichtigen, dass bei sehr schweren Verletzungen auch die Lebenserwartung herabgesetzt ist. Zudem ist nicht jedes Gericht mit der Umrechnung von Kapital in Rente vertraut.¹⁰⁴⁷ Eine individuell oder verletzungsbedingt geringere Lebenserwartung ist mE ebenso zu berücksichtigen wie eine gegenüber den Sterbetafeln höhere Lebenserwartung wegen der Region, der gesunden Lebensführung oder entsprechender Gene,¹⁰⁴⁸ wobei die Lebenserwartung von Verwandten einen Anhaltspunkt bieten könnte.

132

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zur Vergleichbarkeit von Kapital und Rente ist die Rente zu kapitalisieren,¹⁰⁴⁹ wobei wie beim Vermögensschaden ein Abzinsungsfaktor von 5¹⁰⁵⁰ bis 5,5 % zugrunde gelegt wird.¹⁰⁵¹ Wie beim Erwerbs- und Unterhaltersatzanspruch ist dieser Zinssatz viel zu hoch, weil beim derzeitigen Zinsniveau niemand in der Lage ist, bei langfristiger mündelsicherer Veranlagung einen Zinssatz von 5 bis 5,5 % zu erzielen, ganz zu schweigen davon, dass die Zinseinkünfte noch jeweils der Zinsabschlagsteuer (derzeit samt Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) zu unterwerfen sind. Bei der Umrechnung einer Rente in eine Kapitalzahlung ist das für den Anspruchsteller nachteilig, bei der Umrechnung von Kapital in eine Rente für den Ersatzpflichtigen. Während bei einer Erwerbsschadensrente sowohl die Kapitalabfindung als auch die fortlaufend gezahlte Schadensrente der Einkommensteuer unterliegt, verschiebt sich die Relation beim Schmerzensgeld. Während bei einer Kapitalabfindung der Verletzte die Veranlagung selbst vornehmen und die Zinseinkünfte versteuern muss, erhält er die Schmerzensgeldrente brutto für

¹⁰⁴⁴In diesem Sinn OLG Hamm VersR 2003, 780.

¹⁰⁴⁵Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 21.

¹⁰⁴⁶OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Brandenburg r + s 2006, 260.

¹⁰⁴⁷KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*L. Jaeger*): Dasa LG hat bei einer Rente, die einen Barwert von 153.660EUR ergibt, diesen mit 400.000 EUR angenommen – nicht nur knapp daneben!

¹⁰⁴⁸*Luckey* VRR 2011, 406 (408).

¹⁰⁴⁹OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 20; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 265. Vgl. aber OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 538: Keine Rente bei Narben am Bein, anders bei ständig sichtbaren Entstellungen im Gesicht; einer monatlichen Rente von 250 EUR würde aufgrund des Alters (17 Jahre) ein Kapitalbetrag von 180.000 EUR entsprechen; hier wurde offensichtlich die Abzinsung nicht bedacht!

¹⁰⁵⁰KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*L. Jaeger*).

¹⁰⁵¹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 778; *Jahnke*, Anm. 2 zu OLG Brandenburg, jurisPR-VerkR 4/2008; OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Celle VersR 2006, 1085; OLG Hamm zfs 2005, 122 (*Diehl*); OLG Thüringen zfs 1999, 419: 5 %; OLG Frankfurt/M. VersR 1992, 329: 5,5 %; realistischer jedoch OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12: 3 %.

netto. Das wird unter Hinweis auf die Steuerfreiheit der Mehrbedarfsrente¹⁰⁵² aus einem Größen-bzw. Analogieschluss abgeleitet.¹⁰⁵³ Zugrunde zu legen ist für einen Vergleich zwischen Kapitalabfindung und Rente mE die jeweils konkrete Lebenserwartung, wenn es dafür Anhaltspunkte gibt, etwa eine verkürzte aufgrund der Verletzung,¹⁰⁵⁴ nicht aber die durchschnittliche der Sterbetafeln.¹⁰⁵⁵ Schließlich wird als Vorzug der Rente ins Treffen geführt, dass bei dieser für den Verletzten eine Anpassung an geänderte Verhältnisse nach § 323 ZPO möglich ist. Einerseits besteht eine solche Möglichkeit auch für den Ersatzpflichtigen, andererseits werden – wie noch darzustellen sein wird – die Anforderungen für eine solche Anpassung überaus restriktiv gehandhabt.¹⁰⁵⁶ Die Rente gebührt ab Rechtshängigkeit,¹⁰⁵⁷ bei entsprechendem Begehren mE jedoch bereits ab Verzug nach außergerichtlicher Geltendmachung, was Auswirkungen auf das Gesamtschmerzensgeld sowie den Lauf der Verzugszinsen hat.

III. Ausgewogenes Verhältnis zwischen Kapital und Rente

133

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der Geschädigte hat das Wahlrecht, sich für einen Kapitalbetrag oder eine Kombination aus Kapital und Rente zu entscheiden. Die Rechtsprechung verlangt, dass Kapital und Rente in einem „ausgewogenen Verhältnis“ stehen müssen.¹⁰⁵⁸ Damit könnte gemeint sein, dass die Aufteilung so zu erfolgen hat, dass durch die Kapitalabfindung der Zeitraum bis zur Geltendmachung bzw. zum Ende der mündlichen Verhandlung abgegolten werden soll, während die Rente ein Äquivalent für die künftig anfallenden Schmerzen sein soll. Das OLG Köln¹⁰⁵⁹ hat dafür als Faustformel ein Verhältnis zwischen Kapital und Rente von 1:2 angenommen. Es verbieten sich aber diesbezüglich mE jegliche Schematisierungen. Das OLG Düsseldorf¹⁰⁶⁰ hat eine Relation von nahezu 1:1 angenommen, das OLG Thüringen¹⁰⁶¹ hat eine Bemessung

¹⁰⁵²BFH NJW 1995, 1238.

¹⁰⁵³780Heß/Burmann NJW-Spezial 2012, 265; vorsichtiger Heß zfs 2001, 532 (534).

¹⁰⁵⁴Bamberger/Roth/Spindler (53. Edition), § 253 Rn. 70; MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 63.

¹⁰⁵⁵So aber Küppersbusch/Höher, Rn. 300.

¹⁰⁵⁶Nothoff VersR 2003, 966 (971).

¹⁰⁵⁷KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (L. Jaeger).

¹⁰⁵⁸OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

¹⁰⁵⁹OLG Köln VersR 1998, 244 (Ls.) unter Hinweis auf eine einschlägige Vorentscheidung des gleichen Gerichts.

¹⁰⁶⁰OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18736.

¹⁰⁶¹OLG Thüringen zfs 1999, 419.

vorgenommen, bei der sich der Kapitalbetrag zur kapitalisierten Rente im Verhältnis von 4:1 zu verhalten hat, das OLG Karlsruhe¹⁰⁶² von 5:1. Zu beachten ist, dass die Relation nicht nur von der Lebenserwartung des Verletzten, sondern auch davon abhängt, welcher Zeitraum von der Zufügung der Verletzung bis zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs bzw. zum Ende der mündlichen Verhandlung verstrichen ist. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass in der ersten Phase nach der Verletzung die abzugeltenden Unlustgefühle typischerweise am allergrößten sind: Der Verletzte muss stationäre Krankenhausaufenthalte über sich ergehen lassen, er muss sich seelisch erst mit der neuen Lebenssituation abfinden und die Verletzungsfolgen sind noch nicht durch ärztliche Heilmaßnahmen abgemildert.¹⁰⁶³ Sofern der Verletzte während des Verfahrens stirbt, verbietet sich der Zuspruch einer Rente, weil diese dazu dienen soll, dem Verletzten eine gewisse Abhilfe zu verschaffen, der stets aufs Neue seine Verletzung schmerzlich empfindet, was nicht mehr möglich ist, wenn er tot ist. Die zustehende Abgeltung ist dann im Rahmen eines Kapitalbetrags zu berücksichtigen.¹⁰⁶⁴

IV. Möglichkeit einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO – behauptete Unzulässigkeit einer dynamischen Rente

134

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Wahlrecht des Verletzten	f.

Eine Anpassung der Rente ist möglich, wenn sich eine nicht vorhersehbare Verschlimmerung des Leidens ergibt.¹⁰⁶⁵ In einem solchen Fall kann aber auch bei einer Kapitalabfindung ein zusätzliches Schmerzensgeld begehrt werden. Entsprechendes gilt dann, wenn beim Verletzten unvorhergesehener Weise seine Empfindungsunfähigkeit endet und er wahrnimmt, in welcher Situation er sich befindet.¹⁰⁶⁶ Anders als bei einer Kapitalabfindung kann aber auch der Ersatzpflichtige eine Herabsetzung oder Einstellung der Rentenzahlungen erreichen, wenn es – etwa aufgrund des technischen Fortschritts – zu einer nicht vorhersehbaren Heilung kommt.¹⁰⁶⁷

135

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹⁰⁶²OLG Karlsruhe NJOZ 2014, 1463.

¹⁰⁶³OLG Thüringen zfs 1999, 419: Abgeltung der ersten 2,5 Jahre; für eine Abstufung der Rente wegen der Gewöhnung.

¹⁰⁶⁴OLG Köln NJW-RR 2003, 308; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 143; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 18.

¹⁰⁶⁵*L. Jaeger/Luckey*, Rn. 147; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 781; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 265 (266).

¹⁰⁶⁶BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*), wo deshalb ein Feststellungsantrag für zulässig angesehen worden ist.

¹⁰⁶⁷MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 62.

--	--	--

Als Vorzug der Schmerzensgeldrente wird erwähnt, dass eine Anpassung an die Inflation möglich sein soll.¹⁰⁶⁸ In den bisherigen Entscheidungen wurde dem Verletzten jedoch jeweils bescheinigt, dass er zu früh oder zu spät komme. Das OLG Nürnberg¹⁰⁶⁹ hat ausgesprochen, dass eine Veränderung des Lebenshaltungskostenindex um 10 % anders als bei Unterhaltsansprüchen noch keine wesentliche Änderung darstelle; obiter dictum wird eine Änderung von 25 % für ausreichend erachtet.¹⁰⁷⁰ Das LG Hannover¹⁰⁷¹ hat bei einer Änderung des Lebenshaltungskostenindex um 300 % ein Anpassungsbegehren mit der Begründung abgewiesen, dass die Summe der Rentenzahlungen den Kapitalbetrag bereits erreicht habe, so dass eine Anpassung ausscheide. Der BGH¹⁰⁷² hat nun ausgesprochen, dass unterhalb von 25 % eine Anpassung grundsätzlich nicht in Betracht komme.

136

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

ME ist vom Ausgangspunkt her nicht einzusehen, weshalb die Schmerzensgeldrente nicht als dynamische Rente ausgestaltet werden soll.¹⁰⁷³ Wenn ins Treffen geführt wird, dass das Schmerzensgeld nicht an den Verbraucherpreisindex gekoppelt werden könne, weil es andere Ziele verfolge, ist darauf zu verweisen, dass es womöglich präzisere Indices geben mag. Anzuerkennen ist jedoch, dass das Schmerzensgeld die Funktion hat, dem Verletzten Erleichterungen und Annehmlichkeiten zu verschaffen, die Geld kosten. Sowohl bei der allgemeinen Kaufkraftparität ausländischer Verletzter als auch bei der Steigerung der Schmerzensgelder bei schwersten Verletzungen hat man diesen Umstand berücksichtigt. Es ist deshalb nicht einzusehen, davor die Augen zu verschließen; und solange kein tauglicherer Indikator zur Verfügung steht,¹⁰⁷⁴ ist eine Anknüpfung an den Verbraucherpreisindex durchaus angemessen.¹⁰⁷⁵ Jedenfalls muss mE eine Anpassung an die Inflation in Betracht kommen. Es ist

¹⁰⁶⁸BGH NJW 1976, 1147.

¹⁰⁶⁹OLG Nürnberg VersR 1992, 623.

¹⁰⁷⁰Noch restriktiver *Nothoff* VersR 2003, 966 (970).

¹⁰⁷¹LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*).

¹⁰⁷²BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = VRR 2007, 342 (*Luckey*).

¹⁰⁷³So aber BGH NJW 1973, 1653; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 265 (266); *Nothoff* VersR 2003, 966 (970): Beschränkung auf extreme Ausnahmefälle.

¹⁰⁷⁴Untauglich jedenfalls der Vorschlag von OLG Düsseldorf zfs 1986, 6: Abwägung zwischen dem Ausgleichsbedürfnis des Verletzten und dem für den Schädiger Zumutbaren; das ist nicht justiziabel; der Verletzte hat nicht einmal einen ungefähren Anhaltspunkt, ab wann er eine Anpassung verlangen können soll.

¹⁰⁷⁵AA OLG Düsseldorf zfs 1986, 5; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 301.

*Teichmann*¹⁰⁷⁶ zu folgen, dass die Anknüpfung an das Unterhaltsrecht und eine Schwelle von 10 % angebracht wäre. Zu bedenken ist, dass der Verletzte dann immer noch für die bis dahin akkumulierten inflationsbedingten Wertverluste unentschädigt bleibt, was dem Ausgleichsprinzip widerspricht. Akzeptiert man diese Überlegungen, hat das Rückwirkungen auf die Bemessung der Kapitalentschädigung, bei der der Umstand der Geldentwertung mit ins Kalkül gezogen werden muss. Dass die einzelnen Rentenbeträge den fiktiven Kapitalwert des Schmerzensgeldes erreichen, ist von vornherein ein ungeeignetes Ausschlusskriterium:¹⁰⁷⁷ Dabei wird nämlich nicht berücksichtigt, dass der Verletzte die Rentenbeträge später erhält, somit eine Abzinsung zu berücksichtigen ist. Hinzu kommt, dass es das Wesen einer Rente ist, dass deren Laufzeit länger oder kürzer sein kann als der ursprünglich veranschlagte Durchschnittswert. Dass das Urteil den geschuldeten Betrag endgültig festlegt,¹⁰⁷⁸ ist somit bei einer Rente niemals zu erreichen.

137

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Eine Anpassung soll nach verbreiteter Meinung¹⁰⁷⁹ dann möglich sein, wenn sich zwischenzeitlich die Bemessungsdeterminanten in der Judikatur für die Zuerkennung von Schmerzensgeld verändert haben.¹⁰⁸⁰ Einigermaßen justiziabel ist das wohl nur dann, wenn es zu einem qualitativen Sprung in der Rechtsprechung kommt, wie das etwa bei der Zuerkennung eines nicht bloß symbolischen Schmerzensgeldes für empfindungsunfähige Verletzte der Fall ist. Die allgemeine Anhebung der Schmerzensgelder, namentlich bei schweren und schwersten Verletzungen, ist mE ein viel zu unbestimmter Maßstab, bei dem es außerordentlich schwer fiele, einen Punkt festzumachen, ab dem die Wesentlichkeitsschwelle erfüllt ist. Darüber hinaus bestehen dagegen mE Bedenken wegen der bestehenden Rechtskraft.

I. Übertragbarkeit und Berücksichtigung des Schmerzensgeldanspruchs bei Ermittlung der Leistungsfähigkeit

138

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹⁰⁷⁶NJW 2007, 2477.

¹⁰⁷⁷So aber LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*); *Nothoff* VersR 2003, 966 (970); ebenso BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = VRR 2007, 342 (*Luckey*).

¹⁰⁷⁸So LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*); *Nothoff* VersR 966, 970.

¹⁰⁷⁹Dem vorsichtig zustimmend *Küppersbusch/Höher*, Rn. 301; *Diehl* zfs 2002, 431; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 147.

¹⁰⁸⁰Für eine solche Anpassung bei exorbitanter Veränderung Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 22; beim Schmerzensgeld kommt es aber auf die Umstände des Einzelfalls an, so dass schon Probleme bei der Vergleichbarkeit gegeben sind; dazu ausführlich *Knoche/Biersack* MDR 2005, 12 ff. unter Bezugnahme auf die zum nahehelichen Unterhalt ergangene Entscheidung BGHZ 153, 372 = NJW 2003, 1796.

Schmerzensgeld	Übertragbarkeit	

Der Schmerzensgeldanspruch ist übertragbar wie jeder andere Anspruch.¹⁰⁸¹ Darüber hinaus ist der Schmerzensgeldanspruch vererblich.¹⁰⁸² Er kann abgetreten und verpfändet sowie gepfändet werden;¹⁰⁸³ und er fällt auch in die Insolvenzmasse¹⁰⁸⁴ und in den Zugewinnausgleich.¹⁰⁸⁵ Gegen eine Einbeziehung in den Zugewinnausgleich hat *Herr*¹⁰⁸⁶ überzeugende Argumente vorgebracht. Am plausibelsten ist, dass der Schmerzensgeldanspruch dem Verletzungsoffer für die Linderung seiner Leiden zur Verfügung stehen soll, weshalb eine normative Korrektur des Vermögensbegriffs des Zugewinnausgleichs vorgenommen werden sollte. Der Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums¹⁰⁸⁷ sieht eine Ausklammerung nun vor. Auf dieser Linie liegt, dass er bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Antragstellers auf Gewährung von Prozesskostenhilfe nach § 120a ZPO nicht zu berücksichtigen ist.¹⁰⁸⁸ Auszuklammern ist das Schmerzensgeld, unabhängig ob Kapital oder Rente, für die Ermittlung des für den Bezug von Kindergeld maßgeblichen Einkommens nach § 32 Abs. 4 S 1 Nr. 3 EStG¹⁰⁸⁹ sowie bei weiteren Sozialgesetzen (§ 11a Abs. 2 SGB II; § 83 Abs. 2 SGB XII, § 25d Abs. 4 S 2 BVG). Folgerichtig wäre auch eine Ausklammerung im Unterhaltsrecht bei § 1602 BGB.

J. Kein Übergang auf Sozialversicherungsträger – originärer Regressanspruch nach § 110 SGB VII

139

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
----------------	----------------	--------

¹⁰⁸¹ Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 22; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 66; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 33; anders jedoch Ansprüche wegen einer immateriellen Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer (BGH NJW 2011, 2296) sowie kirchliche Entschädigungszahlungen wegen sexuellen Missbrauchs (NZI 2014, 656); dazu *Hergentröder* VuR 2015, 301. Die Differenzierung erscheint mE wenig überzeugend.

¹⁰⁸² BGH NJW 1995, 783; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 308.

¹⁰⁸³ Anders der Anspruch wegen Verletzung der Menschenwürde bei einer Vernehmung OLG Frankfurt NJW 2013, 75.

¹⁰⁸⁴ MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 66; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 3; anders aber ein Anspruch nach Art. 41 EMRK NJW 2011, 2296.

¹⁰⁸⁵ BGHZ 80, 384 = NJW 1981, 1836; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 244; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 9.

¹⁰⁸⁶ NJW 2008, 262 ff.

¹⁰⁸⁷ www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/gesetzentwurf_angehoerigenschmerzensgeld.pdf Abruf am 3.3.2020.

¹⁰⁸⁸ OLG Saarbrücken FamRZ 2014, 1725.

¹⁰⁸⁹ BFH DStRE 2016, 979.

Es gibt keine in Bezug auf das Schmerzensgeld sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen.¹⁰⁹⁰ Das gilt insbesondere für die Verletztenrente des Unfallversicherers gem. § 56 Abs. 1 S. 1 SGB VII¹⁰⁹¹ – auch nicht beim Zusammentreffen mit einer Erwerbsunfähigkeitsrente nach § 93 SGB VI¹⁰⁹² – sowie einem Anspruch auf Unfallausgleich nach § 35 BeamtVG.¹⁰⁹³ Deshalb ist ein Regressanspruch nach § 116 SGB X bzw. § 81 a BVG zu verneinen.¹⁰⁹⁴

140

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Davon zu unterscheiden ist der originäre Rückgriffsanspruch der gesetzlichen Unfallversicherung gegen den Arbeitgeber bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Schädigung nach § 110 SGB VII.¹⁰⁹⁵ Schädigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, führt die ausschließliche Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung zu einer schadenersatzrechtlichen Haftungsfreistellung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Dieser hat lediglich Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung. Um aber eine ausreichende Schadensprävention sicherzustellen, räumt der Gesetzgeber der gesetzlichen Unfallversicherung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit einen originären Rückgriffsanspruch im Ausmaß der getätigten Aufwendungen ein, freilich umfänglich begrenzt mit dem Schadensersatzanspruch, den der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber ohne die Haftungsprivilegierung hätte. Die Beweislast dafür trifft den Sozialversicherungsträger.¹⁰⁹⁶ Bei grober Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz muss der Schuldvorwurf nicht in Bezug auf den konkreten Erfolg gegeben sein.¹⁰⁹⁷ Der BGH¹⁰⁹⁸ hat nun zu Recht ausgesprochen, dass es beim originären Regressanspruch gem. § 110 SGB VII anders als beim Regressanspruch nach § 116 SGB X auf die sachliche Kongruenz nicht ankommt und auch das Schmerzensgeld bei der Ermittlung der Obergrenze zu berücksichtigen ist; er hat damit eine

¹⁰⁹⁰ Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 4; MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 66.

¹⁰⁹¹ *Küppersbusch/Höher*, Rn. 272.

¹⁰⁹² BGH NJW 2003, 1871.

¹⁰⁹³ OLG Hamm NJW-RR 1994, 991; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 280; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 50.

¹⁰⁹⁴ Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 66.

¹⁰⁹⁵ Dazu umfassend *Schwarze* SR 2017, 129 ff.

¹⁰⁹⁶ BGH NJW 2008, 2033.

¹⁰⁹⁷ BGH NJW 2009, 681.

¹⁰⁹⁸ BGH NJW 2006, 3563 = SVR 2006, 431 (*J. Lang*) = VRR 2007, 26 (*Luckey*).

Kontroverse in der Literatur¹⁰⁹⁹ beendet.¹¹⁰⁰ Während nach der Vorgängernorm des § 640 RVO der Arbeitgeber die Aufwendungen der gesetzlichen Unfallversicherung ohne betragliche Obergrenze zu ersetzen hatte, will § 110 SGB VII bewirken, dass der Arbeitgeber nicht stärker belastet wird als ohne Haftungsprivilegierung. Dass der Arbeitnehmer – auch während eines aufrechten Arbeitsverhältnisses – zur Berechtigung des Anspruchs Stellung zu nehmen hat, wird in Kauf genommen. Das gilt freilich für Vermögensschaden und Schmerzensgeld in gleicher Weise. Bedeutsam ist das – wie in der BGH-Entscheidung – namentlich dann, wenn der – fiktive – Schadensersatzanspruch wegen Mitverschuldens des Arbeitnehmers nicht in vollem Umfang besteht. Entsprechendes gilt für die Kürzung wegen einer mitwirkenden Betriebsgefahr.¹¹⁰¹ Soweit die gesetzliche Unfallversicherung nach § 110 SGB VII Regress von einem grob fahrlässig handelnden Arbeitnehmer verlangen kann, ist zu beachten, dass dabei auch die Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs zu beachten sind, was dazu führen kann, dass es zu einer Haftungsreduktion des Arbeitnehmers – namentlich wegen dessen begrenzter Leistungsfähigkeit – auch bei grober Fahrlässigkeit kommen kann. Als sachgerecht wird in solchen Fällen angesehen, den Regress der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 110 Abs. 2 SGB VII (Ermessensreduzierung auf null) zu begrenzen;¹¹⁰² als letztes Auffangbecken käme bei vollem Regress der gesetzlichen Unfallversicherung ein Innenregress des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber in Betracht.

140a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Anders als bei § 843 Abs. 3, wo eine Kapitalabfindung einer Rente nur bei wichtigem Grund verlangt werden kann, kann gem. § 110 Abs. 1 S. 2 SGB VII der Regressberechtigte anstelle der Rente einen Kapitalbetrag fordern, was die Gerichte in die Lage versetzt, bei solchen Klagebegehren auch die Angemessenheit des Kapitalisierungszinssatzes zu überprüfen.¹¹⁰³ Wenn eine Person bei einem Unfall verletzt wird, bei dem ein Schädiger nach § 823 Abs. 1 oder § 7 **bzw.** § 18 StVG haftet, die Einstandspflicht eines zweiten aber wegen der §§ 104 **ff.** SGB VII ausgeschlossen ist, sind die Regeln der gestörten Gesamtschuld zu beachten.¹¹⁰⁴ Das bedeutet, der Verletzte kann einen Anspruch gegen den ersatzpflichtigen Schädiger nur durchsetzen, soweit dieser Schädiger auch ohne Haftungsprivilegierung des anderen Schädigers den Schaden letztlich hätte tragen müssen. Das hat auch Auswirkungen auf den Schmerzensgeldanspruch.¹¹⁰⁵

K. Gerichtliche Geltendmachung

¹⁰⁹⁹ *Peck* SP 2005, 123 **ff.**; *Küppersbusch* NZV 2005, 393 **ff.**; *Lehmacher* NZV 2006, 63 ff.

¹¹⁰⁰ Nach wie vor kritisch *Rolfs*, *Karlsruher Forum* 2016, 41, 71.

¹¹⁰¹ *Lemcke/Hess*, r + s 2007, 221, 228.

¹¹⁰² *Deinert* RdA 2013, 146 (150 ff.); *Schwarze* SR 2017, 129 (132); *Rolfs* SGB 2018, 523 (527).

¹¹⁰³ *Küppersbusch*, r + s Sonderheft 2011, 60, 62.

¹¹⁰⁴ *Lemcke*, r + s 2006, 52 ff.

¹¹⁰⁵ *Lemcke*, r + s 2006, 52.

I. Adhäsionsverfahren

140b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Geltendmachung des Schmerzensgeldes im Adhäsionsverfahren bringt für den Anspruchsteller Vor- und Nachteile.¹¹⁰⁶ Die Vorteile liegen darin, dass es keiner Klageschrift bedarf, das Verfahren rasch durchgeführt und der Sachverhalt von Amts wegen ermittelt wird, kein Anwaltszwang besteht, der Anspruchsteller keinen Gerichtskostenvorschuss leisten muss und sein Kostenrisiko vermindert ist. Er kann ein unbeziffertes Mindestbegehren stellen. Die Anschlussklärung bewirkt – wie eine Klage vor einem Zivilgericht – ab dem Einlangen eine Verjährungshemmung; und ein stattgebender Zuspruch hat gleiche Wirkung wie ein Urteil im Zivilverfahren. Dem stehen als Nachteile gegenüber, dass im Regelfall weder der Strafrechtsanwalt noch das Strafgericht mit der Materie vertraut sind; verlangt der Verletzte einen zu geringen Mindestbetrag, führt das dazu, dass bei Zuspruch dieses Betrags keine Beschwerde gegeben ist mit der Folge, dass wegen der eingetretenen Rechtskraft ein höherer Betrag nicht mehr verlangt werden kann. *L. Jaeger*¹¹⁰⁷ bringt es auf den Punkt: Schnelles (ein einfach durchsetzbares) Recht ist nicht immer gutes Recht, was bedeutet, dass bei Befassung eines sachkundigen Anwalts und Führung eines Zivilverfahrens mitunter ein deutlich höherer Zuspruch möglich ist.

140c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Namentlich im Adhäsionsverfahren war umstritten, ob bei Zuspruch von Schmerzensgeld die wirtschaftlichen Verhältnisse von Geschädigtem und Schädiger im Regelfall eine Rolle spielen. Der 2. Strafsenat¹¹⁰⁸ wollte von dieser Rechtsprechung abgehen und sich bei den anderen Strafrechtssenaten vergewissern, ob diese das auch so beurteilen würden; das war nicht der Fall,¹¹⁰⁹ so dass schlussendlich nach Vorlage der Vereinigte Große Senat für Zivil- und Strafsachen¹¹¹⁰ zu entscheiden hatte. Dessen zentrale Botschaft lässt sich so zusammenfassen: Man wollte von den Floskeln der bisherigen Rechtsprechung,¹¹¹¹ wonach alle Umstände des

¹¹⁰⁶ Umfassend dazu *L. Jaeger* VersR 2017, 449 (450).

¹¹⁰⁷ *L. Jaeger* VersR 2017, 449 (458).

¹¹⁰⁸ BGH r + s 2015, 94 = zfs 2015, 203 (*Diehl*).

¹¹⁰⁹ BGH NZV 2016, 289 = zfs 2016, 263 (*Diehl*); BGH NJW-Spezial 2015, 441; BGH NZV 2016, 140.

¹¹¹⁰ BGHZ 212, 48 = DAR 2017, 258 (*Luckey*) = NZV 2017, 179 (*Almeroth*) = LMK 2017, 386787 (*Schiemann*) = NZFam 2017, 85 (*Krumm*).

¹¹¹¹ So seit BGHZ 18, 149.

Einzelfalls bedeutsam sein können, nicht abgehen; gleichwohl wurde zum Ausdruck gebracht, dass – von ausgerissenen Ausnahmefällen abgesehen, etwa bei starkem wirtschaftlichen Gefälle zwischen „armem“ Geschädigten und „reichem“ Ersatzpflichtigen – die wirtschaftlichen Verhältnisse von Geschädigtem und Schädiger keine Rolle spielen (sollen). Das Strafgericht hat die wirtschaftlichen Verhältnisse im Regelfall nicht zu berücksichtigen.¹¹¹² Der Schutz vor Existenzvernichtung eines häufig wenig vermögenden Straftäters hat durch das Zwangsvollstreckungs- bzw. Insolvenzrecht zu erfolgen. Namentlich bei Vorsatztaten ist keine Reduzierung des „an sich angemessenen“ Schmerzensgeldes infolge schlechter Einkommens- und/oder Vermögensverhältnisse angebracht. Betont wurde zu Recht, dass die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes im Vordergrund stehe; und es bei dieser jedenfalls nicht auf die Einkommensverhältnisse des Schädigers ankommen könne.

II. Prozessuale Möglichkeiten zur Reduzierung des Kostenrisikos

141

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Kostenrisiko	f.

Beim Schmerzensgeld spielt das richterliche Ermessen eine besonders große Rolle. Für den Anwalt des Verletzten ist es trotz aller Tabellenwerke deshalb häufig schwierig, ex ante die Größenordnung des Betrags abzuschätzen, den das Gericht zusprechen wird. Um das Kostenrisiko des Klägers abzumildern, hat er die Möglichkeit, sich bei Überklagung auf § 92 Abs. 2 S. 2 ZPO zu berufen.¹¹¹³ Diese Norm bewirkt, dass er keinen Abschlag bei der Überwälzung der Prozesskosten hinnehmen muss, wenn die Überklagung infolge der abweichenden Ermessensausübung im Rahmen des § 287 ZPO geringfügig war und der Zuspruch vom richterlichen Ermessen abhing. Bei Schmerzensgeldbegehren wird bis zu einem Betrag von 5.000 EUR eine Überklagung um 10 %, über 5.000 EUR um 20 % als geringfügig angesehen.¹¹¹⁴ Bei (Teil-)Abweisung des Begehrens wegen eines Mitverschuldens bzw. mangels Nachweises der Kausalität hilft § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO allerdings nicht weiter.¹¹¹⁵

142

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹¹¹² So die nach BGHZ 212, 48 ergangenen Entscheidungen BGH NJW-Spezial 2017, 441; BeckRS 2017, 112675.

¹¹¹³ L. Jaeger/Luckey, Rn. 1782.

¹¹¹⁴ Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 25; Hofmann/Uhrich JURA 2011, 643 (644).

¹¹¹⁵ Eggert VA 2007, 64 (68).

Bedeutsamer ist aber in Durchbrechung des § 253 Abs. 2 S. 2 ZPO die Möglichkeit der Stellung eines unbezifferten Begehrens.¹¹¹⁶ Auch bei diesem muss der Kläger eine Größenordnung¹¹¹⁷ oder einen Mindestbetrag angeben, weil nur so eine Festsetzung des Streitwertes¹¹¹⁸ sowie die Bestimmung der Zuständigkeit des Gerichts erfolgen können.¹¹¹⁹ Zudem können Kläger und Beklagter einen Antrag auf Streitwertfestsetzung stellen, um auszuloten, in welcher Größenordnung sich die Entscheidung des Gerichts bewegen wird.¹¹²⁰

Zu beachten ist, dass das Gericht den Streitwert unter Bedachtnahme auf den Tatsachenvortrag des Klägers festsetzt, nicht aber unter den vom Kläger begehrten Mindestbetrag.¹¹²¹ Führt das zur Zuständigkeit des LG anstelle des AG, muss der Kläger gem. § 281 ZPO einen Überweisungsantrag stellen, sofern sich der Beklagte nicht rügelos gem. § 39 ZPO in das Verfahren vor dem AG einlässt. Das Gericht ist dann ohne Verletzung des Grundsatzes *ne ultra petita* (§ 308 ZPO) in der Lage, dem Kläger einen nach oben offenen Betrag zuzuerkennen, den es für angemessen hält,¹¹²² auch einen wesentlich höheren Betrag,¹¹²³ ja sogar ein Vielfaches des Begehrens.¹¹²⁴ Wählt der Kläger einen zu geringen Mindestbetrag, führt das dazu, dass er bei Zuspruch dieses Betrags durch das Gericht nicht beschwert ist,¹¹²⁵ selbst bei Annahme eines Mitverschuldens in der Rechtsmittelinstanz, wenn deshalb der begehrte Mindestbetrag nicht

¹¹¹⁶L. Jaeger/Luckey, Rn. 1711 ff.; Küppersbusch/Höher, Rn. 312 ff.; M. Huber JuS 2019, 209 ff.

¹¹¹⁷BGH NJW 2002, 3769; MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 67; Palandt/Grüneberg § 253 Rn. 24: Angabe der Größenordnung genügt, die Angabe eines Mindestbetrags ist nicht erforderlich.

¹¹¹⁸Zur Maßgeblichkeit des Klagebegehrens und nicht der Schlüssigkeitsprüfung durch das Tatgericht KG VRR 2008, 282.

¹¹¹⁹Hofmann/Uhrich JURA 2011, 643.

¹¹²⁰L. Jaeger VersR 2018, 563 (564).

¹¹²¹L. Jaeger/Luckey, Rn. 1768; Musielak/Voith, ZPO¹², § 3 Rn. 34.

¹¹²²BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425 = JZ 1996, 1080 (Schlosser) = r + s 1996, 303 (Lemcke) = MDR 1996, 886 (L. Jaeger) = EWiR 1996, 681 (Schiemann); dazu Frahm VersR 1996, 1212; MüKoBGB⁸/Oetker § 253 Rn. 68; Palandt/Grüneberg § 253 Rn. 24; Küppersbusch/Höher, Rn. 312; Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 25.

¹¹²³OLG Hamm NJOZ 2014, 1334: Zuspruch von 40.000EUR nach einem Mindestbegehren von 20.000EUR.

¹¹²⁴BGH NJW 1996, 2425; NJW 2002, 3769; OLG Naumburg NZV 2015, 141; OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (Jahnke): Begehren weit über 10.000 EUR; Zuspruch 25.000 EUR.

¹¹²⁵BGHZ 140, 335 = NJW 1999, 1339 = LM ZPO § 253 Nr. 129 (Wax) = NZV 1999, 204 (Born) = JR 2000, 152 (Probst) = JuS 1999, 1237 (K. Schmidt) = EWiR 1999, 331 (Grunsky) = SP 1999, 161 (Born) = zfs 1999, 193 (Diehl); VersR 2002, 1521; NJW-RR 2004, 863 = SVR 2004, 301 (L. Jaeger); zfs 2004, 354; VersR 2004, 219; NZV 2016, 517; OLG Hamm OLGR 1999, 327; L. Jaeger/Luckey, Rn. 1720 ff.

unterschriften wird,¹¹²⁶ so dass er gegen einen solchen Zuspruch kein Rechtsmittel ergreifen kann. Vor allem für den klägerischen Rechtsanwalt können sich daraus erhebliche Haftungsrisiken gegenüber dem eigenen Klienten ergeben.¹¹²⁷ Der klägerische Anwalt begeht einen Kunstfehler, wenn er einen bestimmten Betrag abschließend gerichtlich geltend macht und das Gericht infolge dieses eingeschränkten Begehrens vom Zuspruch eines höheren Betrags absieht.¹¹²⁸ Wenn er keinen Mindestbetrag nennt, sondern nur eine Vorstellung, trägt er kein Kostenrisiko, weil die Streitwertfestsetzung dann durch das Gericht erfolgt.¹¹²⁹

III. Verzinsung

143

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Verzinsung	

Eine Pflicht zur Verzinsung des Schmerzensgeldbegehrens in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit sowie des Verzugs; und zwar auch gegenüber dem Erben.¹¹³⁰ Wegen der häufig langen Verfahrensdauer akkumulieren sich die Zinsen zu beträchtlichen Beträgen.¹¹³¹ Auch bei einem unbezifferten Klagebegehren sind Zinsen für den letztendlich zuerkannten Schmerzensgeldbetrag geschuldet,¹¹³² freilich nur bei

¹¹²⁶BGH NJW 2002, 212 = JA 2002, 361 (*Krauss*) = EWiR 2002, 405 (*Barnert*); *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1722; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 314; *von Gerlach* VersR 2000, 525 (527).

¹¹²⁷*Born* NZV 1999, 205.

¹¹²⁸*L. Jaeger* VersR 2008, 366.

¹¹²⁹OLG Naumburg NJOZ 2014, 52.

¹¹³⁰OLG Köln NJW 1997, 3099.

¹¹³¹OLG München BeckRS 2020, 901: Zuspruch von 500.000 EUR sowie ca 250.000 EUR Zinsen für 10 Jahre; LG Aurich VersR 2019, 887 (*L. Jaeger*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 226: Zuspruch von 800.000.- EUR, ca zusätzlich 200.000 EUR Zinsen; ähnlich OLG Frankfurt VersR 2018, 560 (*L. Jaeger*) = jurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 2 (*Wenker*) = zfs 2017, 677 (*Diehl*): Zuspruch von 100.000 EUR, Zinsen mehr als 20.000 EUR; Zinsen für weitere 7 Jahre möglicherweise wegen eines Anwaltsverschuldens verloren gegangen; OLG Hamm VersR 2017, 1017 (*L. Jaeger*): Zuspruch von 500.000 EUR; Zinsen für 14 Jahre 300.000 EUR; OLG Bamberg MedR 2017, 548 (*L. Jaeger*) = GesR 2017, 154 (*Dautert*): Zuspruch von 350.000 EUR; Zinsen von mehr als 70.000 EUR; OLG Hamm VersR 2019, 34 (*L. Jaeger*): 400.000.- EUR sowie 113.000 EUR Zinsen; OLG Hamm VersR 2017, 1017 (*L. Jaeger*): 500.000 EUR Kapital, 376.747 EUR Zinsen.

¹¹³²BGH NJW 1995, 733; OLG Saarbrücken NJW-RR 2015, 1119 = zfs 2015, 683 (*Diehl*); LG Aurich VersR 2019, 887 (*L. Jaeger*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 226; MüKoBGB⁹/*Oetker* § 253 Rn. 67.

entsprechendem Begehren.¹¹³³ Wird ein solches Begehren nicht gestellt, kann der Kläger die Zinsen bei Rechtskraft der Urteile nachfordern; freilich unterliegt dieser Anspruch der Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB, was zur Folge hat, dass der Kläger bei langer Verfahrensdauer nur die Zinsen durchsetzen kann, die innerhalb des Zeitraumes von 3 Jahren ab dem 31.12. des vorangegangenen Jahres liegen.¹¹³⁴ Die Unterlassung der Stellung eines zusätzlichen Zinsenbegehrens mit Einbringung der Klage stellt einen schwerwiegenden anwaltlichen Anwaltsfehler dar.¹¹³⁵ Umstritten ist, ob das Gericht eine Hinweispflicht nach § 139 ZPO trifft.¹¹³⁶

Bei außergerichtlicher Geltendmachung laufen die Verzugszinsen lediglich im Fall der Bezifferung des Begehrens, und auch nur dann, wenn der begehrte Schmerzensgeldbetrag realistisch und nicht erheblich überzogen erscheint.¹¹³⁷ Verzug ist erst gegeben nach einer angemessenen Prüfungsfrist des Ersatzpflichtigen, was bei einem durchschnittlichen Verkehrsunfall mit 4 bis 6 Wochen ab Schadensmeldung anzunehmen ist.¹¹³⁸

Bei einer Zahlung durch den Ersatzpflichtigen ohne Zweckwidmung bei mehreren offenen Schadensposten laufen die Verzugszinsen für das Schmerzensgeld weiter.¹¹³⁹ Enthält ein Urteil neben der Schmerzensgeldforderung auch Zinsen, ist eine Teilzahlung zuerst auf die Zinsen zu verrechnen mit der Folge, dass die Zinsen für das zuerkannte Schmerzensgeld weiterlaufen.¹¹⁴⁰ Entscheidet sich der Anspruchsteller auch für eine Rente, ist zu bedenken, dass die Rentenzahlungen erst in Zukunft angefallen wären und für diese daher keine Verzugszinsen gefordert werden können, was die Vorteilhaftigkeit der Rente für den Geschädigten reduziert.

IV. Die Berücksichtigung von Spätschäden

1. Grundsatz der Einheitlichkeit bzw. Globalbemessung

144

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
----------------	----------------	--------

¹¹³³ BGH NJW 1965, 531; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 318; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 73.

¹¹³⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 2017, 1279 = zfs 2018, 322 (*Diehl*).

¹¹³⁵ *L. Jaeger* VersR 2017, 1022 (1023).

¹¹³⁶ Dafür *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 249; aA Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 28; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 788.

¹¹³⁷ *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 247; KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*L. Jaeger*): Daran hat es gefehlt, was mE einen anwaltlichen Kunstfehler darstellt.

¹¹³⁸ OLG Koblenz NZV 2015, 442 = SVR 2015, 309 (*Balke*): Prüfung der gleich gelagerten Frage, ob der Kläger Anlass zur Klage gegeben hat, was in concreto verneint wurde, so dass dieser nach § 92 Abs. 2 ZPO die Kosten des Prozesses zu tragen hatte. Nachweise der Rechtsprechung bei *Balke* SVR 2015, 310 f.

¹¹³⁹ OLG München BeckRS 2013, 07721.

¹¹⁴⁰ BGH NJW-RR 2016, 759.

Schmerzensgeld	Globalbemessungsgrund satz	F

Besondere Schwierigkeiten bereiten Verletzungen, die zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch nicht ausgeheilt sind und die zu Spätfolgen führen können. Bei der Festlegung des Umfangs des Schmerzensgeldes gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit¹¹⁴¹ bzw. Globalbemessung.¹¹⁴² Das hat zunächst zur Folge, dass mehrere Folgen eines einheitlichen Sachverhalts ganzheitlich zu betrachten sind mit der Folge der Einheitlichkeit der Verjährungsfrist, des zuerkannten Betrags sowie des Streitgegenstands.¹¹⁴³ Das bedeutet aber auch, dass nicht nur die bereits eingetretenen Schadensfolgen in die Bemessung bei erstmaliger Festsetzung des Schmerzensgeldes einzubeziehen sind, sondern auch solche, die künftig eintreten werden und mit ausreichender Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden können.¹¹⁴⁴ Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektive Kenntnis des Verletzten oder seines Anwalts, auch nicht auf den Kenntnisstand des Sachverständigen, dessen Gutachten das Gericht zugrunde legt, sondern darauf, was nach dem Wissensstand eines qualifizierten einschlägigen Sachverständigen zum Ende der mündlichen Verhandlung ermittelbar war.¹¹⁴⁵ Ein späterer Nachschlag für die beim Erstprozess nach diesen Maßstäben berücksichtigungsfähigen Schmerzen kommt dann nicht in Betracht.¹¹⁴⁶ Es ergibt sich dabei die Diskrepanz, dass der Sachverständige typischerweise sein Gutachten lange vor Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz erstellt hat, den Verletzten zu einem noch früheren Zeitpunkt untersucht hat, so dass konsequenterweise auf den Zeitpunkt der Untersuchung des Verletzten durch den Sachverständigen abzustellen sein muss.

145

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹¹⁴¹ OLG Koblenz NJW-RR 2013, 1433.

¹¹⁴² BGH VersR 2001, 876; BGHZ 128, 117 = NJW 1995, 781 = LM BGB § 847 Nr. 94 (*Marly*) = r + s 1995, 99 (*Lemcke*).

¹¹⁴³ BGH VersR 2017, 822 = MedR 2017, 799 (*Prütting*): Vier Behandlungsfehler im Zuge einer Behandlung – Erfordernis der ganzheitlichen Betrachtung der den Schadensfall prägenden Umstände.

¹¹⁴⁴ OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerKR 25/2014 Anm. 3; OLG München SP 2010, 396; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 890; MüKoBGB⁹/*Oetker* § 253 Rn. 60.

¹¹⁴⁵ BGH VersR 1982, 703; OLG Köln NJOZ 2014, 169; OLG München MDR 2013, 844; OLG Celle VA 2008, 183; OLG Köln zfs 1992, 82; OLG Frankfurt/M. zfs 1992, 325; OLG München VersR 1983, 735; *Wenker* NZV 2014, 241 (242); *Scholten* VA 2016, 205.

¹¹⁴⁶ BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (*Grunsky*); OLG Hamm NJWE-VHR 1996, 164; OLG Stuttgart MDR 1999, 1508; OLG Köln NJW-Spezial 2012, 681 = VRR 2013, 105 (*Luckey*); Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 33.

Ob ein Vorbringen im Prozess erfolgt ist, künftige Schmerzen nicht abschätzen zu können, darauf kommt es bei einer späteren Geltendmachung ebenso wenig an wie darauf, ob das Gericht solche Umstände in seinem Urteil berücksichtigt hat. Lediglich die Schmerzen, die damals objektiv nicht erkennbar waren, bleiben unberücksichtigt. Vom Grundsatz der Globalbemessung gibt es ausnahmsweise eine Durchbrechung, wenn die künftige Entwicklung sich objektiv überhaupt nicht oder jedenfalls in ihrem Ausmaß abschätzen lässt,¹¹⁴⁷ was namentlich der Fall ist, wenn ein Schaden sich noch in Entwicklung befindet, wie das insbesondere bei Dauerschäden von Kindern und Jugendlichen häufig vorkommt.¹¹⁴⁸ Zielsetzung der Globalbemessung, also der Verhinderung der abschnittswisen Geltendmachung des Schmerzensgeldes, ist einerseits eine Justizentlastung, dass sich das Gericht möglichst nur einmal mit der Schmerzensgeldbemessung beschäftigen muss; andererseits soll aber verhindert werden, dass der Verletzte durch wiederholte Begehren in Summe mehr erhält als bei einmaliger Geltendmachung. Soweit er nach erstmaligem Zuspruch von Schmerzensgeld in einem weiteren Begehren einen Nachschlag begehrt, ist zu unterscheiden zwischen Hinderungsgründen eines Zuspruchs auf Ebene der Verjährung und der Rechtskraft.

2. Drei unterschiedliche Kategorien künftiger Schäden

146

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	künftige Schäden	

Bei den künftigen Schäden sind drei Kategorien zu unterscheiden, nämlich mit ausreichender, somit überwiegender Wahrscheinlichkeit objektiv vorhersehbare, immerhin mögliche und nicht ausschließbare, sowie schließlich solche, an die ex ante in keiner Weise gedacht werden konnte, die sich aber ex post doch verwirklichen. Maßgeblich ist dabei weder die subjektive Erkennbarkeit für den Anspruchsteller noch die konkrete Geltendmachung im Prozess, sondern die Erkennbarkeit für einen einschlägigen Sachverständigen.¹¹⁴⁹ Diese Unterscheidung ist bedeutsam, weil sich daran unterschiedliche Rechtsfolgen in Bezug auf Verjährung, Zulässigkeit bzw. Begründetheit einer Feststellungsklage und Rechtskraft ergeben. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung 1. Instanz.¹¹⁵⁰ Die sicher vorhersehbaren

¹¹⁴⁷ Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 25; *von Gerlach* VersR 2000, 525 (530); BGH NJW 2004, 1243 = r + s 2004, 216 (*Lemcke*) = BGHR 2004, 683 (*L. Jaeger*); dazu *Terbille* VersR 2005, 37; OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 969; OLG Schleswig SP 2000, 196: Befristung auf zwei Jahre wegen Kopfschmerzen, deren Dauer in der Zukunft nicht überschaubar ist; selbst diesbezüglich kritisch *Küppersbusch/Höher*, Rn. 302.

¹¹⁴⁸ *Scholten* VA 2016, 205.

¹¹⁴⁹ BGH NJW-RR 2007, 712 = r + s 2006, 257 (*Lemcke*) = VRR 2006, 223 (*Burkard*); OLG Düsseldorf SP 2008, 255.

¹¹⁵⁰ OLG Hamburg MDR 2005, 451; OLG Schleswig OLGR 2005, 131.

Verletzungsfolgen sind bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen,¹¹⁵¹ somit durch das Leistungsbegehren abgedeckt und spielen – jedenfalls im Regelfall – keine Rolle mehr. Eine Aufspaltung in unterschiedliche Verletzungsfolgen, etwa physischen und psychische, ist unzulässig.¹¹⁵² Soweit künftige Verletzungsfolgen absehbar sind, nicht aber deren Ausmaß, kann der Verletzte eine Abgeltung für die künftigen Schmerzen verlangen, die in ihrem Ausmaß bereits abschätzbar sind.¹¹⁵³ Das Gericht darf einen Zuspruch dann nicht auf den Zeitraum bis zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz vornehmen (Stichtagsschmerzensgeld), sondern muss auch die künftigen Schmerzen, soweit sie bemessen werden können, einbeziehen.¹¹⁵⁴ Nur wenn das Begehren des Anspruchstellers auf den Zeitraum bis zum Ende der mündlichen Streitverhandlung begrenzt gewesen wäre, wäre eine solche Begrenzung des Zuspruchs durch das Gericht zulässig gewesen (Stichtagsschmerzensgeld). Möglich ist auch eine zeitliche Begrenzung bis zu einem anderen Zeitpunkt, etwa einer vorhersehbaren Operation, sofern eine hinreichende Individualisierung des Streitgegenstands gewährleistet ist.¹¹⁵⁵

Besonders bedeutsam ist, dass sich aus dem Urteil deutlich ergibt, welche Schmerzen bereits abgegolten und welche ausgeklammert worden sind, namentlich bei einem unbezifferten, ansonsten aber unsubstanzierten Begehren. Wenn das Ausmaß künftiger Schmerzen noch nicht absehbar ist, namentlich bei nicht abgeschlossener Schadensentwicklung, ist der Geschädigte nicht zu einer Leistungsklage verpflichtet. Er kann auch diesbezüglich (bloß) eine Feststellungsklage erheben, die sich auf die noch nicht abgegoltenen zukünftigen Schmerzen zu beziehen hat. Die Auslegung des Leistungsantrags bestimmt gleichzeitig die Reichweite des Vorbehalts im Feststellungsantrag für zukünftige immaterielle Beeinträchtigungen.¹¹⁵⁶

Hat der Anspruchsteller in 1. Instanz nicht präzise genug vorgetragen und hat ihn das ErstG nach § 139 ZPO nicht auf den unzureichenden Sachvortrag hingewiesen, hat er die Möglichkeit, den erforderlichen Antrag noch in der Berufungsinstanz vorzubringen.¹¹⁵⁷

Die bloß möglichen künftigen Schäden werden typischerweise vom Leistungsbegehren nicht erfasst, was freilich klargestellt werden sollte.¹¹⁵⁸ Sofern das Urteil insoweit unklar ist, muss dem dadurch Benachteiligten ein Rechtsmittel zustehen. Eine Feststellungsklage ist zulässig, sofern künftige Schäden nicht auszuschließen sind, somit eine uneingeschränkte Ausheilung nicht

¹¹⁵¹ BGH NJW-RR 2006, 712 = r + s 2006, 257 (*Lemcke*) = VRR 2006, 223 (*Burkard*); OLG Düsseldorf SP 2008, 255; OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1374; *von Gerlach* VersR 2000, 525 (530).

¹¹⁵² *Scholten* VA 2016, 205.

¹¹⁵³ *Scholten* VA 2016, 205.

¹¹⁵⁴ BGH VersR 2018, 1462 = NJ 2018, 507 (*Klose*) = r + s 2018, 678 (*Lemcke*) = zfs 2019, 20 (*Diehl*).

¹¹⁵⁵ OLG Karlsruhe SVR 2017, 100 (*Siegel*) = jurisPR-VerkR 25/2016 Anm. 2 (*Wenker*).

¹¹⁵⁶ OLG Karlsruhe SVR 2017, 100 (*Siegel*) = jurisPR-VerkR 25/2016 Anm. 2 (*Wenker*).

¹¹⁵⁷ OLG Stuttgart SVR 2017, 305 (*Siegel*); KG VersR 2018, 958 = zfs 2018, 687 (*Diehl*).

¹¹⁵⁸ *L. Jaeger* VersR 2019, 891 (893).

gegeben ist.¹¹⁵⁹ Dafür werden durchaus maßvolle Anforderungen gestellt, namentlich bei schwerwiegenden Unfallverletzungen und Knochenverletzungen wegen der Gefahr einer Arthrose.¹¹⁶⁰ Der Ersatzpflichtige kann die Erhebung durch Abgabe einer einen Titel ersetzenden Erklärung vermeiden.¹¹⁶¹

Natürgemäß kann ungeachtet der Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs ein Erbe keine Feststellungsklage erheben, weil der Sachverhalt mit dem Tod des Verletzten abgeschlossen ist.¹¹⁶² In Bezug auf vorhersehbare künftige Schäden läuft die Verjährungsfrist ab Kenntnis von Schaden und Schädiger in Bezug auf den Primärschaden. Für die Zukunftsschäden, die von einem Sachverständigen ex ante nicht als möglich angesehen wurden, läuft keine Verjährungsfrist, solange ihr Eintritt nicht als möglich erkannt wird. Sie sind auch bei der Bemessung nicht berücksichtigt worden.¹¹⁶³ Ein diesbezügliches Feststellungsurteil ist auch in solchen Fällen bedeutsam, weil der Anspruch dem Grunde nach rechtskräftig festgestellt worden ist. Auch im Rahmen der Feststellungsklage sollte präzisiert werden, ob diese bloß erhoben wird, um den Grund des Anspruchs auch bei derzeit nicht vorhersehbaren, aber bloß möglichen Verletzungsfolgen geklärt zu haben, oder mit dem Feststellungsurteil auch Klarheit geschaffen werden soll für bloß mögliche, aber eben nicht überwiegend wahrscheinliche Schadensfolgen, die bei der Bemessung zunächst nicht berücksichtigt worden sind.¹¹⁶⁴

3. Verjährung

147

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Verjährung	F

Wegen des Grundsatzes der Schadenseinheit läuft die Verjährungsfrist nach Eintritt eines Primärschadens auch für alle von einem Sachverständigen zu diesem Zeitpunkt als bloß möglich vorhergesehenen Zukunftsschäden.¹¹⁶⁵ Um die Verjährung eines Anspruchs für solche Schäden zu vermeiden, muss der Verletzte einen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO stellen.¹¹⁶⁶ Die

¹¹⁵⁹BGH NJW-RR 2007, 601 = SVR 2007, 294 (*Benz*); KG NZV 2006, 254: Zu den maßvollen Anforderungen im Rahmen der Darlegungslast sowie einer Pflicht des Gerichts zu einem Hinweis nach § 139 ZPO, wenn der Kläger diesen nicht genügt.

¹¹⁶⁰KG VersR 2018, 958 = zfs 2018, 687 (*Diehl*).

¹¹⁶¹OLG Frankfurt BeckRS 2015, 8019.

¹¹⁶²OLG Koblenz NJOZ 2012, 2063.

¹¹⁶³OLG Köln VRR 2010, 187 (*Luckey*).

¹¹⁶⁴*Scholten* VA 2016, 205.

¹¹⁶⁵*Bussmann* MDR 2007, 446.

¹¹⁶⁶Zum inneren Zusammenhang von Feststellungsinteresse und Verjährung *G. Müller* VersR 1998, 129 (136).

Zulässigkeit eines solchen ist immer dann gegeben, wenn ein künftiger Schadenseintritt nicht auszuschließen ist¹¹⁶⁷ und der Ersatzpflichtige nur die materiellen Zukunftsansprüche anerkannt hat, selbst wenn der Schmerzensgeldanspruch dem Grunde nach bereits für gerechtfertigt erklärt worden ist.¹¹⁶⁸

Das wird bei so gut wie jedem Dauerschaden gegeben sein. Ausgeschlossen ist das Feststellungsinteresse somit nur, wenn überhaupt kein vernünftiger Grund gegeben ist, dass es zu Spätschäden kommen könnte.¹¹⁶⁹ Für objektiv nicht vorhersehbare Folgeschäden bedarf es zur Abwendung der Verjährung keiner Feststellungsklage, weil die diesbezügliche Verjährung erst mit dem Ende des Jahres zu laufen beginnt, in dem beim Verletzten die Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen dieses Teils des Schmerzensgeldanspruchs gegeben ist.¹¹⁷⁰ Kommt es bei einem Sachverständigen erst nach Ablieferung seines Gutachtens zur Erkenntnis über das Bestehen eines Ursachenzusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignis und den Beschwerden, muss sich der Verletzte ein solches Wissen nicht zurechnen lassen, vielmehr ist der Zeitpunkt seiner Kenntniserlangung vom Ursachenzusammenhang maßgeblich.¹¹⁷¹

148

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wird ex ante ein Folgeschaden auch nicht als möglich angesehen, führt ein stattgebendes Feststellungsurteil doch dazu, dass bei unvorhergesehenem Eintritt eines solchen Schadens der Verletzte sich mit dem Schädiger dann nicht mehr herumstreiten muss, ob der Anspruch in vollem Umfang oder wegen eines Mitverschuldens nur in gekürztem Ausmaß besteht. Auf außergerichtlichem Weg kann das gleiche Ergebnis erzielt werden, indem der Ersatzpflichtige, häufig ein Haftpflichtversicherer, gegenüber dem Verletzten erklärt, dass er ein Anerkenntnis für künftige Schäden abgibt, das die gleichen Rechtsfolgen wie ein Feststellungsurteil habe. Eine solche Klarstellung ist insoweit empfehlenswert, um sicherzustellen, dass damit nicht bloß ein

¹¹⁶⁷BGH NJW 2001, 3414; NJW 1998, 160; OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); MüKoBGB⁸/*Oetker* § 253 Rn. 71; Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 27; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 344, 1745 f.; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2005, 255 (256); *Hofmann/Uhrich* JURA 2011, 643 (644).

¹¹⁶⁸ OLG München BeckRS 2015, 19415.

¹¹⁶⁹BGH VersR 1991, 320; OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 01262; OLG Brandenburg NJW-RR 2013, 1493; NZV 1989, 432; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 41; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 71; *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1755.

¹¹⁷⁰BGH NJW 2000, 861; *Terbille* VersR 2005, 37 (40).

¹¹⁷¹BGH NJW 1997, 2448.

Neubeginn der Verjährungsfrist nach § 212 Abs. 1 S. 1 eintritt, sondern wie bei einem Urteil eine 30- jährige Verjährungsfrist.¹¹⁷²

4. Rechtskraft eines vorangehenden Urteils bei späterer Geltendmachung zusätzlichen Schmerzensgeldes

a) Vollklage: Abgeltung der für einen einschlägigen Sachverständigen vorhersehbaren künftigen Schmerzen unter Einschluss von für diesen vorhersehbaren Komplikationen

149

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Von der Rechtskraft eines Urteils umfasst sind die künftigen Schmerzen, auf die sich der Kläger in seinem Begehren ausdrücklich bezogen hat, sowie diejenigen, deren Eintritt nach dem objektiven Kenntnisstand eines einschlägigen Sachverständigen zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz hinreichend wahrscheinlich ist.¹¹⁷³ Auch wenn sich die Gerichte nicht abschließend festlegen, wird dafür schon eine Wahrscheinlichkeit von 30 %¹¹⁷⁴ bis 40 %¹¹⁷⁵ für ausreichend angesehen. Es kommt nicht darauf an, ob das Gericht diese in seinem Urteil berücksichtigt hat.¹¹⁷⁶ Ausgeklammert bleiben jedoch diejenigen, deren Eintritt bloß möglich, aber nicht – in der Bandbreite von 30 bis 40 % – wahrscheinlich ist.¹¹⁷⁷ Dies wird mitunter negativ ausgedrückt, dass nur solche Schmerzen ausgeklammert bleiben, die objektiv nicht vorhersehbar waren bzw. mit denen ernstlich nicht zu rechnen war.¹¹⁷⁸ Diesbezüglich bedarf es von allen Beteiligten einer präzisen Beschreibung der tatsächlichen Phänomene: Der Sachverständige muss sich klar äußern und Wahrscheinlichkeitskalküle angeben. Der klägerische Anwalt sollte ein klares Begehren verfassen und ganz präzise Fragen an den Sachverständigen stellen, ob bestimmte Folgen bloß möglich oder wahrscheinlich sein; und wenn sie wahrscheinlich sind, wie

¹¹⁷²L. Jaeger/Luckey, Rn. 1751 ff.; Küppersbusch, r + s 2002, 221, 225 unter Hinweis auf BGH VersR 1986, 684; VersR 1985, 62.

¹¹⁷³OLG Köln NJW-Spezial 2012, 681 = VRR 2013, 105 (Luckey): Schwächung des Immunsystems vorhersehbare Folge bei Milzverlust; OLG Koblenz OLGR 2005, 120; OLG Schleswig MDR 2002, 1068; Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 33; Küppersbusch/Höher, Rn. 316; A. Diederichsen, Homburger Tage 2004, S. 7, 27.

¹¹⁷⁴OLG München NJW-Spezial 2013, 266; Eggert VA 2007, 64 (66); eine Nuance anders Terbille VersR 2005, 37 (39); Busmann MDR 2007, 446: jeweils 35 %.

¹¹⁷⁵BGH NJW 1988, 2300: 30 bis 40 %.

¹¹⁷⁶BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (Grunsky); OLG München NJW-Spezial 2013, 266; SP 2002, 304; Küppersbusch/Höher, Rn. 316.

¹¹⁷⁷BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (Grunsky); Siegel SVR 2017, 102.

¹¹⁷⁸Terbille VersR 2005, 37 (38).

der Sachverständige einschätzt, welche Auswirkungen wann in welcher Intensität mit welchem Prozentsatz der Wahrscheinlichkeit eintreten werden.¹¹⁷⁹ Sollte das für den klägerischen Anwalt nicht klar abschätzbar sein, sollte er zur Teilklage als Primärbegehren ein Eventualbegehren stellen, das auch Schmerzen einbezieht, von denen er im Primärbegehren behauptet, dass sie seiner Meinung (noch) nicht abschätzbar sind;¹¹⁸⁰ dann sollte er aber jedenfalls zusätzlich ein Feststellungsbegehren erheben, um sich gegen die Einrede der Verjährung zu wappnen, insbesondere wenn künftige Schmerzen dem Grunde nach vorhersehbar sind, aber deren Umfang nicht feststeht.

Das Gericht sollte das Urteil, aus dem sich die Rechtskraft ergibt, präzise formulieren.¹¹⁸¹ Da nicht jeder der Beteiligten immer mit der gebotenen Sorgfalt vorgeht, kommt es nach einem erstmaligen Zuspruch von Schmerzensgeld und nachfolgend auftretenden weiteren Schmerzen zu einer Vielzahl von Folgeprozessen bzw. Enttäuschungen des Verletzten, dass ein „Nachschlag“ nicht mehr in Betracht kommt. Mitunter wiegt sich der Geschädigte wegen eines Feststellungsurteils zu Unrecht in Sicherheit. Dieses nützt ihm etwas bezüglich der nicht mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 30 % bis 40 % vorhersehbaren Folgen, wobei zu erwähnen ist, dass es wegen dieser zur Abwendung der Verjährung eines Feststellungsbegehrens nicht bedurft hätte; immerhin muss deswegen bezüglich des Grunds des Anspruchs nicht mehr gestritten werden. Zudem kommt eine Nachklage in Betracht bei einer Teilklage, wenn künftige Schmerzen ausgeklammert wurden, weil sie in ihrem Umfang nicht abschätzbar waren, wobei denkbar ist, dass sie zur Gänze ausgeklammert wurden (Stichtagsschmerzensgeld) oder nur in dem Ausmaß, das neben den abschätzbaren künftigen Schmerzen offen geblieben ist. Bezüglich der vorhersehbaren Folgen schließt die Rechtskraft des Leistungsurteils eine Nachforderung aus,¹¹⁸² so dass sich auch das Feststellungsurteil nicht auf diese Schmerzen bezieht.¹¹⁸³ Eine Teilklage wird zur Haftungsfalle für den klägerischen Anwalt, wenn das Gericht die Vorhersehbarkeit künftiger Schmerzen auch in deren Umfang bejaht und deshalb Ersatz auf dieser Basis zuspricht, der Anwalt aber lediglich ein zu geringes Begehren auf Basis einer Teilklage gestellt hat. Um Komplikationen möglichst zu vermeiden, gibt es folgende Abhilfemöglichkeit:

150

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹¹⁷⁹ *M. Schah Sedi* zfs 2017, 363.

¹¹⁸⁰ So im Sachverhalt von OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerkR 25/2014 Anm. 3.

¹¹⁸¹ *Eggert* VA 2007, 64 (67); zutreffend OLG Hamm NJW-RR 2014, 1444: Ausklammerung der Schmerzen einer mit großer Wahrscheinlichkeit erforderlichen künftigen Operation, Hinweis auf Absicherung durch Feststellungsurteil.

¹¹⁸² *Eggert* VA 2007, 64 (66).

¹¹⁸³ OLG Hamm NJW-RR 2014, 281.

Bezüglich der nicht vorhersehbaren Folgen steht dem Verletzten eine Nachklage zu. Auch wenn er die Erstklage nicht als Teilklage bezeichnet hat, stellt sich der im Erstprozess zuerkannte Betrag – ex post – als Teilschmerzensgeld dar.¹¹⁸⁴ Entsprechende Regeln müssen bei Zuspruch einer Rente gelten, ohne dass es auf die Voraussetzungen des § 323 ZPO (Wesentlichkeit, bloß für die Zukunft) ankommt.¹¹⁸⁵ Die Bemessung hat im Folgeprozess so zu erfolgen, als wären die Unfallfolgen ex ante im ersten Prozess bereits vorhersehbar gewesen.¹¹⁸⁶ Das ist deshalb bedeutsam, weil bei einer mehrmaligen Bemessung die Tendenz besteht, dass in Summe mehr zuerkannt wird als bei einmaliger Bemessung.

b) Vollklage mit Risikozuschlag: Totalabgeltung auch der bloß möglichen Zukunftsschäden

151

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	künftige Schäden	

Der Verletzte kann sich nach einer Entscheidung des OLG Köln,¹¹⁸⁷ die vom BGH-Richter *von Gerlach*¹¹⁸⁸ ausdrücklich gebilligt wurde, dafür entscheiden, auch die bloß möglichen Zukunftsschäden mit in die Bemessung einzubeziehen. Dabei ist freilich zu beachten, dass bei diesen eine Kürzung nach dem Wahrscheinlichkeitsprozentsatz zu erfolgen hat.¹¹⁸⁹ Das OLG Köln¹¹⁹⁰ hat pauschal 25 % angenommen;¹¹⁹¹ *von Gerlach*¹¹⁹² hält aber auch 5 oder 10 % je nach Sachlage für möglich. *Lemcke*¹¹⁹³ widerspricht dem mit dem Argument, dass dann auch die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt werden müsse, dass es zu einer möglichen Heilung komme. Der Vorteil für den Ersatzpflichtigen liegt darin, dass damit – jedenfalls im Regelfall – der Akt geschlossen werden kann. Der Verletzte erspart sich einen möglichen weiteren Prozess. Für ihn ist ein solches Vorgehen aber nicht ohne Risiko: Verwirklicht sich bei ihm nämlich tatsächlich das Risiko, ist das ausgeurteilte Schmerzensgeld dafür viel zu gering. Dem steht freilich die Chance gegenüber, dass sich das Risiko nicht verwirklicht und er eine – geringfügige – Abgeltung für etwas erhält, was er nicht erleidet. Dazu kommt ein weiterer Aspekt: Auch in einem solchen Fall bedarf es der präzisen Umschreibung, von welchem Heilungsverlauf bzw. welchen möglichen

¹¹⁸⁴ *Berg* NZV 2010, 63.

¹¹⁸⁵ AA *Terbille* VersR 2005, 37 (41).

¹¹⁸⁶ *Wenker*, jurisPR-VerkR 25/2016 Anm. 2.

¹¹⁸⁷ OLG Köln VersR 1992, 975.

¹¹⁸⁸ *Von Gerlach* VersR 2000, 525 (530); so auch Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 34.

¹¹⁸⁹ OLG Stuttgart SVR 2017, 305 (*Siegel*).

¹¹⁹⁰ OLG Köln VersR 1992, 975.

¹¹⁹¹ So auch Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 36.

¹¹⁹² *Von Gerlach* VersR 2000, 525 (530).

¹¹⁹³ *Lemcke*, r + s 2000, 309.

Komplikationen ausgegangen wird. In Bezug auf solche, die auch für einen Sachverständigen nicht als möglich vorhersehbar eintreten, muss dann eine Nachforderung immer noch möglich bleiben. Das hat der BGH auch in einem Fall angenommen, in dem es trotz eines abweisenden rechtskräftigen Feststellungsurteils zu nachfolgenden nicht vorhersehbaren Schmerzen gekommen ist.¹¹⁹⁴ Er hat den Zuspruch damit begründet, dass das Klagebegehren und damit auch die Rechtskraft des Feststellungsurteils sich nicht darauf erstreckt hätten. Somit bedarf es auch bei Erhebung einer Feststellungsklage einer präzisen Umschreibung, welches Rechtsverhältnis, in concreto die Folgen welcher Verletzung, festgestellt werden sollte.¹¹⁹⁵

c) Offene oder aufgedeckte Teilklage: Ausklammerung der noch nicht absehbaren Schadensfolgen

152

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Teilklage	

Sofern die künftige Entwicklung noch nicht abzuschätzen ist, kommt auch die Möglichkeit einer Teilklage in Betracht.¹¹⁹⁶ Eine offene Teilklage ist gegeben, wenn der Verletzte ausdrücklich¹¹⁹⁷ bekundet, dass er Schmerzensgeld nicht für sämtliche Schmerzen verlange, sondern bloß für einen Ausschnitt.¹¹⁹⁸ Üblich ist dafür der Ausdruck „immaterieller Vorbehalt“.¹¹⁹⁹ *M. Schah Seid*¹²⁰⁰ weist darauf hin, dass dabei erforderlich ist, die ausgeklammerten Zukunftsschäden im Detail anzusprechen. Da man aber nicht Kenntnis hat, zu welchen Zukunftsschäden es kommen kann, muss auch die komplementäre Beschreibung möglich sein, nämlich die Beschreibung der Verletzungsfolgen (Schmerzen) bis zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz sowie den der Bemessung des Schmerzensgeldes zugrunde gelegten weiteren Verlauf.

152a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹¹⁹⁴BGH NJW-RR 2006, 712 = r + s 2006, 257 (*Lemcke*) = VRR 2006, 223 (*Burkard*). AA zu Unrecht OLG Koblenz NJOZ 2005, 2043.

¹¹⁹⁵So eindringlich *Lemcke*, r + s 2006, 260.

¹¹⁹⁶OLG Frankfurt VRR 2010, 122; OLG Brandenburg VRR 2007, 468 (*Luckey*).

¹¹⁹⁷Auf die Ausdrücklichkeit abstellend *Terbille* VersR 2005, 37 (38).

¹¹⁹⁸OLG Celle OLGR Celle 2009, 948.

¹¹⁹⁹Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 71; zur Teilklage ausführlich *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 29; OLG Köln NJOZ 2015, 807: Schmerzensgeld bei Einbau eines Herzschrittmachers ohne Einwilligung; immaterieller Vorbehalt für mögliche Komplikationen bei Austausch.

¹²⁰⁰Zfs 2017, 363.

--	--	--

Eine verdeckte Teilklage ist gegeben, wenn der Verletzte das zwar nicht offen legt, dies aber aus der Stellung eines entsprechend formulierten Feststellungsantrags¹²⁰¹ geschlossen werden kann. Das ist freilich mit Unwägbarkeiten verbunden,¹²⁰² weil ein Feststellungsbegehren auch für nicht vorhersehbare, aber auch nicht ausschließbare künftige Nachteile zulässig und sinnvoll ist, etwa um den Grund des Anspruchs, namentlich den Ausschluss eines Mitverschuldenseinwands, grundsätzlich zu klären. Das Begehren ist dann insoweit zweideutig, als offen sein kann, ob durch das Leistungsbegehren bloß Schmerzensgeld unter Ausklammerung von solchen möglichen künftigen Nachteilen begehrt wird oder auch diese – womöglich gar nicht eintretenden künftigen – Nachteile abschließend abgegolten werden sollten.¹²⁰³ Maßgeblich ist mE nicht allein das Klagebegehren, sondern der Tenor und die Begründung des Urteils.

153

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ein Teilschmerzensgeldbegehren ist nur beschränkt zulässig. Unzulässig ist etwa eine Beschränkung auf in der Vergangenheit eingetretene Schmerzen¹²⁰⁴ oder auf solche für bestimmte Körperteile,¹²⁰⁵ aber durchaus eine nach Schadensarten¹²⁰⁶ und Zeitabschnitten nach dem Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz.¹²⁰⁷ Letzteres ist etwa plausibel, wenn der Sachverständige bei Verletzung eines Kleinkindes bloß die Auswirkungen bis zum 10. Lebensjahr vorhersagen kann, aber nicht darüber hinaus. Die Zäsur zwischen Vergangenheit und Zukunft ist in der Regel der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.¹²⁰⁸ Hintergrund der restriktiven Handhabung ist der Gedanke, dass weder das Gericht noch der Ersatzpflichtige wiederholt mit dem gleichen Sachverhalt behelligt werden sollen. Die Instanzgerichte tendieren dazu, den Kläger über die grundsätzliche Unzulässigkeit aufzuklären. Stellt der Kläger sein Begehren aber

¹²⁰¹ *Eggert* VA 2007, 64 (66); Geigel/*Pardey*, Kap. 6 Rn. 36; OLG Oldenburg VersR 1997, 1109; aA OLG Oldenburg VersR 1998, 595.

¹²⁰² *Eggert* VA 2007, 64 (67): Zweitbeste Lösung, größeres Risiko der Rechtskrafteerstreckung.

¹²⁰³ OLG Düsseldorf SP 2008, 255: Prozessvortrag lässt erkennen, dass der Kläger die gesamte künftige Entwicklung einbezogen wissen wollte.

¹²⁰⁴ OLG Hamm zfs 2000, 247.

¹²⁰⁵ *Luckey* VRR 2005, 44 (46); *Eggert* VA 2007, 64 (65).

¹²⁰⁶ BGH NJW 2004, 1243 = r + s 2004, 216 (*Lemcke*) = BGHR 2004, 683 (*L. Jaeger*): Nekrose und Arthrose; mE Abgrenzung gegenüber bestimmten Körperteilen durchaus diffizil.

¹²⁰⁷ *Eggert* VA 2007, 64 (65) unter Hinweis auf BGH VersR 1966, 144; NJW 1975, 1463. Weitergehend *Berg* NZV 2010, 63: Zulässigkeit einer Klage auf einen erstrangigen Teilbetrag.

¹²⁰⁸ *Luckey* VRR 2005, 44 (46).

nicht um, sprechen sie Ersatz zu, als ob keine Teilklage erhoben worden wäre,¹²⁰⁹ also unter Einschluss der künftigen Schmerzen, die hinreichend wahrscheinlich sind, oder sie weisen das Begehren – wegen Unzulässigkeit – zur Gänze ab.¹²¹⁰ Der BGH¹²¹¹ hat ausgesprochen, dass bei Unabsehbarkeit der künftigen Folgen eine Teilklage für die bis zum Ende der mündlichen Verhandlung eingetretenen Schmerzen möglich ist. Das ist insoweit eine Abkehr von der bisherigen Linie, als für die mit ausreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehbaren künftigen Schmerzen eine Teilklage gerade nicht zulässig war.¹²¹² Wegen der Unwägbarkeiten bezüglich des Ausmaßes der künftigen Schmerzen ist eine Ausklammerung auch bloß solcher möglich, die über das jedenfalls eintretende Mindestmaß eintreten werden, nicht aber solcher, die mit einer bestimmten Verletzung notwendigerweise verbunden sind.¹²¹³ Das gilt auch für den Fall, dass der Verletzte bloß Ersatz für die Schmerzen bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz begehrt. Die Berücksichtigung der vorhersehbaren Schmerzen wird mit der Prozessökonomie begründet; das Gericht muss sich dann kein weiteres Mal betreffen, wenn künftige mögliche Schmerzen doch nicht eintreten.¹²¹⁴

154

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei einer offenen Teilklage ist penibel darauf zu achten, dass diese mit einem Feststellungsbegehren verbunden wird. Diese hat Einfluss auf die Verjährung künftiger Schäden, wobei für die Beurteilung, was als künftiger Schaden anzusehen ist, der Zeitpunkt der Einreichung der Klage bei Gericht maßgeblich ist.¹²¹⁵ Wenn die Schadensentwicklung noch nicht vollständig abgeschlossen ist, kann sich der Geschädigte mit einer Feststellungsklage begnügen; er kann nicht wegen des inzwischen bereits entstandenen bzw. bezifferbaren Schadens auf eine Leistungsklage verwiesen werden.¹²¹⁶ Selbst wenn im Lauf des Verfahrens eine Bezifferung

¹²⁰⁹ OLG Karlsruhe OLGR 1998, 213; OLG Hamm VersR 1985, 844; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 34.

¹²¹⁰ So OLG Stuttgart in der Entscheidung BGH NJW 2004, 1243 = r + s 2004, 216 (*Lemcke*) = BGHR 2004, 683 (*L. Jaeger*).

¹²¹¹ BGH NJW 2004, 1243 = r + s 2004, 216 (*Lemcke*) = BGHR 2004, 683 (*L. Jaeger*).

¹²¹² So weiterhin OLG Celle OLGR Celle 2009, 948: Was an künftigen Schmerzen ausreichend vorhersehbar ist, kann nicht mit einem „Stichtagsschmerzensgeld“ abgesondert begehrt werden.

¹²¹³ Instruktiv das Beispiel bei *Eggert* VA 2007, 64 (67): Nicht die künftigen Schmerzen wegen der Amputation eines Fußes, wohl aber die wegen der Gefahr einer Nachamputation bzw. solche wegen des Risikos einer Entzündung.

¹²¹⁴ OLG Saarbrücken NJW 2011, 3169.

¹²¹⁵ BGH NJW 2000, 3287; *Eggert* VA 2007, 64 (68); *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2005, 255 (256).

¹²¹⁶ OLG Frankfurt BeckRS 2015, 8019.

möglich wird, ist der Geschädigte nicht verpflichtet, von der Feststellungsklage zur Leistungsklage überzugehen.¹²¹⁷

Aus Sicht des Geschädigten ist es daher ratsam, eine solche Klage möglichst früh einzubringen, was auch im Wege eines Adhäsionsverfahrens im Strafprozess¹²¹⁸ möglich ist, dessen Entscheidung wie ein Zivilurteil wirkt,¹²¹⁹ freilich mit dem Nachteil der fehlenden Bindungswirkung gegenüber dem Haftpflichtversicherer.¹²²⁰ Soweit ein künftiger Schaden wegen der Unwägbarkeit seines Eintritts bzw. seines Umfangs ausgeklammert wird, er als solcher aber von einem einschlägigen Sachverständigen¹²²¹ mit wenigstens 30%iger Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden kann, läuft die Verjährungsfrist ab dem Ende des Jahres, in dem der Primärschaden eingetreten und ein entsprechender Kenntnisstand gegeben ist, wobei die grob fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichsteht. Trotz Ausklammerung läuft für diesen Anspruchsteil somit die Verjährungsfrist. Die Teilklage als solche hat für den Lauf der Verjährung des Restanspruchs keinen Einfluss. Die Unterlassung einer solchen Feststellungsklage stellt einen anwaltlichen Kunstfehler dar.¹²²²

d) Würdigung

155

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	künftige Schäden	

Die Einbeziehung bloß möglicher Zukunftsschäden in die Bemessung (Vollklage mit Risikozuschlag) ist für den Verletzten ein Vabanquespiel, weil bei Realisierung des Risikos das Schmerzensgeld völlig ungenügend sein kann. Dass sich das Risiko bei anderen solchen Verletzten nicht realisiert, ist für den konkret Betroffenen kein Trost; nur für den Haftpflichtversicherer stimmt die Bilanz, weil er insgesamt nicht zu viel und nicht zu wenig bezahlt. Eine Nachforderung kommt in einem solchen Fall grundsätzlich nicht in Betracht. Bei einer normalen Vollklage ist zu klären, welche Verschlimmerungen abgegolten sind und welche nicht, woraus sich ergibt, dass diejenigen, die sich schlussendlich realisieren, davon nicht erfasst sind. Jedenfalls sollte bei jedem Dauerschaden ein Feststellungsantrag gestellt werden, um zu

¹²¹⁷ Siegel SVR 2017, 102 (103).

¹²¹⁸ Zu den Nachteilen der Durchsetzung eines Schmerzensgeldanspruchs im Adhäsionsverfahren Luckey VRR 2005, 44 f.: Geringe Kenntnisse des Strafgerichts von der Rechtsprechung zum Schmerzensgeld, ausgeprägtes Abstellen auf Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schädigers wie im Strafrecht.

¹²¹⁹ BGH NJW 2015, 1252 = zfs 2015, 391 (Diehl); OLG Karlsruhe NJOZ 2012, 81: Bei Grundurteil Bindung des Zivilgerichts im Betragsverfahren, dass kein Mitverschulden gegeben ist.

¹²²⁰ BGH NJW 2013, 373; dazu Höher/Mergner NZV 2013, 373.

¹²²¹ Terbille VersR 2005, 37: Wissen des Facharztes des jeweiligen Sachgebiets.

¹²²² Eggert VA 2007, 64 (66).

vermeiden, dass einer weiteren Nachforderung zwar nicht die Rechtskraft des Vorurteils im Weg steht, der diesbezügliche Anspruch aber inzwischen verjährt ist. Der Klarheit halber soll zum Ausdruck gebracht werden, dass dieser sich auch auf immaterielle Nachteile bezieht, selbst wenn das im Zweifel anzunehmen ist.¹²²³ Mitunter heißt es, dass geltend zu machen ist, was dem Verletzten mindestens zustehe.¹²²⁴ Fraglich ist, ob damit bei Unwägbarkeit der künftigen Entwicklung sämtliche Zukunftsschäden ausgeklammert werden können oder nur die, die über das wahrscheinlich vorhersehbare Mindestmaß hinausgehen.¹²²⁵ Der Verletzte ist auf der sicheren Seite, wenn er sich für letztere Variante entscheidet. Eine Nachforderung kann bei einer Vollklage und einer Teilklage für solche Schmerzen geltend gemacht werden, bei denen auch ein einschlägiger Sachverständiger nicht mit der Möglichkeit des Eintritts rechnen musste, sowie für solche, für die wegen ihrer fehlenden Ausschließbarkeit ein Feststellungsantrag gestellt wurde und die bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz vom Sachverständigen zwar als möglich, aber nicht als wahrscheinlich eingestuft worden sind. Denkbar ist, dass eine Nachforderung deshalb nicht durchsetzbar ist, weil der Sachverständige im ersten Prozess die Wahrscheinlichkeit des Eintritts nicht erkannt hat. Dieser hat dann als Folge seines Kunstfehlers für die Nichtdurchsetzbarkeit dieses Teils der Schmerzensgeldforderung einzustehen.

5. Abfindungsvergleich

156

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schmerzensgeld	Abfindungsvergleich	f.

Erfolgt die Regulierung des Schmerzensgeldanspruchs im Wege eines Abfindungsvergleichs, bestehen für den Verletzten mindestens ebenso große Gefahren wie bei einem Urteil, dass Spätschäden unberücksichtigt bleiben.¹²²⁶ Das gilt insbesondere dann, wenn – wie nicht selten – die Formulierung des Abfindungsvergleichs durch den Ersatzpflichtigen, im Regelfall einen Haftpflichtversicherer, erfolgt, wo sich häufig folgende Formel findet: „ein für alle Mal abgefunden wegen aller Schadensersatzansprüche“.¹²²⁷ Will der klägerische Anwalt eine Haftung gegenüber seinem Klienten vermeiden, muss er darauf ausdrücklich hinweisen. Insbesondere muss er darauf hinweisen, dass vorhersehbare künftige Schäden von der Abfindungssumme erfasst sind und dafür keine gesonderte Abgeltung mehr verlangt werden kann, sofern sie nicht mit gebotener

¹²²³BGH NJW 1985, 2022; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition) § 253 Rn. 71.

¹²²⁴OLG Brandenburg VRR 2007, 468 (*Luckey*).

¹²²⁵So OLG Hamm VersR 2006, 1511: Schmerzen einer nicht erfolgreichen Operation der Bruststraffung und Vergrößerung unter Einschluss der künftigen Berührungsunempfindlichkeit, aber Ausklammerung der Entwicklung nach der Korrekturoperation nach voraussichtlich 5 Jahren.

¹²²⁶So auch die eindringliche Warnung von *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 348.

¹²²⁷OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*): In AGB keine überraschende und unangemessen benachteiligende Klausel.

Deutlichkeit ausgeklammert worden sind.¹²²⁸ Bezüglich der Höhe steht ihm freilich ein Ermessensspielraum zu; aufzuklären hat er den Klienten allerdings darüber, wenn bei gerichtlicher Streitaustragung ein wesentlich höherer Betrag zu erwarten wäre.¹²²⁹

Auch wenn diesbezüglich die Regeln über die Rechtskraft eines Urteils nicht anzuwenden sind, sondern maßgeblich die rechtsgeschäftlichen Grundsätze der Auslegung sind, ist zu beachten, dass durch den Vergleich, insbesondere einen gerichtlichen Vergleich, selbst bei einem immateriellen Vorbehalt sämtliche als objektiv wahrscheinlich anzusehenden Zukunftsschäden mitabgegolten sind,¹²³⁰ weil der Grundsatz der Globalbemessung auch bei einem Vergleich gilt.¹²³¹ Welche Zukunftsschäden vom Vergleich nicht erfasst sind, bedarf der präzisen Formulierung im Anschluss an das Gutachten des Sachverständigen, aus dem sich ergibt, welche Zukunftsschäden dieser für sicher bzw. wahrscheinlich und welche er für bloß möglich erachtet. Häufig tappt der Geschädigte bzw. sein Anwalt in die Falle, weil er sich nicht ausreichend bewusst macht, dass nicht nur die nach dem gewöhnlichen Verlauf zu erwartende Verschlimmerung des Leidens eine Nachforderung ausschließt, sondern dies schon dann der Fall sein soll, wenn das von der Warte eines medizinischen Sachverständigen „irgendwie vorhersehbar“, in concreto „nicht völlig absurd“ war.¹²³² Das OLG München¹²³³ lässt dafür eine Komplikationsrate von 30 % mit der Gefahr von weitergehenden Schmerzen von 20 % genügen. Es erscheint jedoch fraglich, warum bei einer weniger als überwiegenden Wahrscheinlichkeit der künftige Schadenseintritt als vorhersehbar und nicht bloß möglich qualifiziert wird, insbesondere wenn weder Zeitpunkt noch Intensität der späteren Beschwerden prognostiziert werden können.¹²³⁴

Zudem ist zu beachten, dass ein später entstehender Mehrbedarf ersatzfähig bleibt und nicht durch die Globalbemessung des Schmerzensgeldes erfasst ist.¹²³⁵ Die Zulassung einer

¹²²⁸ OLG Hamm NJOZ 2015, 1576: Allerdings keine Ersatzpflicht des Anwalts, weil Klägerin nicht nachweisen konnte, dass bei gerichtlicher Streitaustragung ein höherer Ersatzbetrag durchgesetzt werden hätte können.

¹²²⁹ OLG Frankfurt aM BeckRS 2019, 31492.

¹²³⁰ So in OLG Jena NJW-RR 2007, 605 = zfs 2007, 27 (*Diehl*): Nicht ausreichend war die Formulierung „Vorbehalten bleiben weitere immaterielle Ansprüche für den Fall einer Verschlechterung der Beschwerden“, da der Haftpflichtversicherer nachweisen konnte, dass es sich um vorhersehbare Beschwerden handelte.

¹²³¹ OLG Hamm r + s 2001, 505; NJOZ 2015, 1576.

¹²³² So in OLG Jena NJW-RR 2007, 605 = zfs 2007, 27 (*Diehl*).

¹²³³ OLG München NJW-Spezial 2013, 266: Einsetzen eines künstlichen Knies nach Vergleichsschluss, Ablehnung jeglichen zusätzlichen Schmerzensgeldes.

¹²³⁴ So in OLG München r + s 2017, 383: Anspruch auf zusätzliches Schmerzensgeld nur, wenn mit Folgen nicht oder nicht ernstlich zu rechnen war, nicht aber, wenn die Möglichkeit einer zunehmenden posttraumatischen Arthrose nicht eben fern lag.

¹²³⁵ *Zoll*, in: FS L. Jaeger (2014) 473, 483.

Anpassung des Schmerzensgeldes wird deutlich zurückhaltender gehandhabt als die Bejahung der Ersatzpflicht wegen einer konkret gewünschten Maßnahme.¹²³⁶

157

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Von einer endgültigen Abfindungserklärung, die auch unvorhersehbare künftige Schäden mit einschließt und die einem Blankoscheck gleichkommt, ist dem Verletzten grundsätzlich abzuraten. Ein zusätzliches Schmerzensgeld kann nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 bei einem unvorhersehbaren Zukunftsschaden nur verlangt werden, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen der Abfindungssumme und dem ohne Abfindungsvergleich gebührenden Schmerzensgeld besteht, wofür die Rechtsprechung ein enormes Auseinanderklaffen verlangt.¹²³⁷ Das wird nur dann angenommen, wenn das Festhalten des Ersatzpflichtigen gegen Treu und Glauben (§ 242) verstößt.¹²³⁸ Sollte eine solche Vereinbarung gleichwohl geschlossen werden, empfiehlt es sich festzuhalten, welcher Teil der Abfindungssumme als Risikoabschlag auf den Verzicht für unvorhersehbare Zukunftsschäden entfällt.¹²³⁹

V. Überprüfung der Schmerzensgeldbemessung durch ein Rechtsmittel

158

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die richterliche Schadensschätzung gem. § 287 ZPO ist nur in eingeschränktem Maße überprüfbar, und zwar nur in Bezug auf einen Verstoß gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze.¹²⁴⁰ Bei der Überprüfung erstinstanzlicher Entscheidungen durch das Berufungsgericht hat dieses nicht nur das Ermessen des Erstgerichts zu überprüfen,¹²⁴¹ sondern eine richtige Entscheidung unter Anlegung seines eigenen Ermessens zu treffen,¹²⁴² wobei

¹²³⁶Zoll NJW 2014, 967 (973).

¹²³⁷OLG Frankfurt/M. zfs 2004, 16; OLG Oldenburg zfs 2003, 590; OLGR Celle 2003, 264; OLG Hamm VersR 1998, 631; OLG Köln NJW-RR 1988, 924; Geigel/Pardey, Kap. 6 Rn. 33; L. Jaeger/Luckey, Rn. 1836.

¹²³⁸BGH VersR 1990, 984; G. Müller VersR 1998, 129 (137).

¹²³⁹Daran hat es im Sachverhalt der Entscheidung OLG Köln NJW-RR 1988, 924 gefehlt.

¹²⁴⁰BGH NJW 1998, 2741.

¹²⁴¹AA zu Unrecht OLG Koblenz MDR 2014, 220: Korrektur nur bei Fehlgriff in der Oktave.

freilich eine letztlich nicht begründbare Abänderung erstinstanzlicher Entscheidungen um Kleinbeträge zu vermeiden ist.¹²⁴³

¹²⁴²BGH NJW 2006, 1589; OLG Saarbrücken NJW-RR 2015, 1119 = zfs 2015, 683 (*Diehl*); VersR 2017, 689 = zfs 2016, 379 (*Diehl*); BeckRS 2015, 06748; OLG Düsseldorf NJOZ 2014, 645; OLG Naumburg VersR 2012, 118; OLG Köln VersR 2008, 364 (*L. Jaeger*); OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2009, 1684 = jurisPR-VerkR 24/2009 Anm. 4 (*Krämer*); OLG Saarbrücken NJW-RR 2016, 1168; KG BeckRS 2019, 30230.

¹²⁴³ OLG München BeckRS 2015, 18104.

§ 839a Haftung des gerichtlichen Sachverständigen Huber

(1) Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.

(2) § 839 Abs. 3 ist entsprechend anzuwenden.

Literatur:

Ady, Die Schadensersatzrechtsreform, ZGS 2002, 237; *Arndt*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, 272; *Bayerlein* (Hrsg.), Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 5. Aufl. (2015); *Blankenhorn*, Die Neuregelung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durch § 839a BGB, 2005; *Bleutge*, Die Hilfskräfte des Sachverständigen – Mitarbeiter ohne Verantwortung?, NJW 1985, 1185; *Bleutge*, Neue rechtliche Regelungen für Sachverständige, Das Zweite Justizmodernisierungsgesetz ist in Kraft getreten, DS 2007, 91; *Böckermann*, Ablehnung eines Sachverständigen oder Richters durch Streitverkündung oder Klageerhebung, MDR 2002, 1348; *Bockholdt*, Keine Streitverkündung gegenüber dem gerichtlich bestellten Sachverständigen?, NJW 2006, 122; *Brückner/Neumann*, Die Haftung des Sachverständigen nach neuem Delikts- und Werkvertragsrecht, MDR 2003, 906; *Burckhardt*, Die Neuregelung der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen durch § 839a BGB, 2004; *Cahn*, Einführung in das neue Schadensersatzrecht, 2003; *Däubler*, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625; *E. Fuchs*, Die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17; *Gaidzik*, Gravierende Haftungsverschärfung für den gerichtlichen Sachverständigen durch § 839a BGB, MEDSACH 2004, 129; *Haas/Horcher*, Überblick über das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, DStR 2001, 2118; *Hau*, Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug, RIW 2003, 822; *Häsemeyer*, Die neue Haftungsprivilegierung für gerichtliche Sachverständige (§ 839a BGB) auf dem zivilprozessrechtlichen Prüfstand, FS-Laufs (2006) S. 569; *Heumann*, Die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen in Familiensachen für fehlerhafte Begutachtungen unter Berücksichtigung des neuen § 839a BGB, FuR 2002, 483; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, 2003; *Jacobs*, Streitverkündung gegenüber Gerichtssachverständigen wird abgeschafft, Bundesjustizministerium setzt BVS-Gesetzesvorschlag um, DS 2006, 204; *Jaeger*, Sachverständigenhaftung nach Vertrags- und Deliktsrecht, ZAP 2004, Fach 2, 441; *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *Jacobs*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 2001, 489; *ders.*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen – erlaubte Prozesstaktik oder unzulässige Ausnutzung einer gesetzlichen Regelungslücke, DS 2006, 22; *Jagenburg/Baldringer*, Haftungsprobleme und Haftungsausschlüsse bei der Bauteilöffnung durch Sachverständige, ZfBR 2009, 413; *Jankowski*,

Das Rechtsverhältnis zwischen den Prozessbeteiligten, dem Gericht und dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, NZBau 2006, 96; *Jannsen*, Umgang der Prozessbeteiligten mit medizinischen Gutachten in der Tatsacheninstanz, r + s 2015, 161; *ders.*, Umgang der Prozessbeteiligten mit medizinischen Gutachten in der Tatsacheninstanz, r + s 2015, 161; *Jung*, Die deliktische Haftung von Prozesssachverständigen im deutschen, englischen und französischen Recht, ZVglRWiss 2008, 32; *Kaiser*, Das Ende der Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, NJW 2007, 123; *Kampen*, Haftung des Durchgangsarztes: Die Sicht des Sozialversicherungsträgers, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 139; *Karczewski*, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070; *Katzenmeier*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach neuem Recht – Zweifelsfragen und Streitstände zu § 839a BGB, FS-Horn (2006) S. 67; *Kilian*, Zweifelsfragen der deliktsrechtlichen Sachverständigenhaftung nach § 839a BGB, ZGS 2004, 220; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, VersR 2003, 683; *Klement*, Der Tod des Zuchtebers Cutlar, Jura 2010, 867; *Klötters*, Haftung des Sachverständigen bei Verkehrswertermittlung einer Immobilie im Zwangsversteigerungsverfahren, DS 2006, 299; *Lehmann*, Die Haftung des Sachverständigen nach § 839a, Der Kfz-Sachverständige 6/2008, 24; 1/2009, 26; 2/2009, 31; 2/2013, 25; 3/2013, 16; 4/2013, 17; *Lesting*, Die Neuregelung der zivilrechtlichen Haftung des Sachverständigen für ein unrichtiges Gutachten, R&P 2002, 224; *Littbarski*, Die Haftung des gerichtlich ernannten Sachverständigen nach § 839a BGB und ihre versicherungsrechtlichen Konsequenzen, VersR 2016, 154; *Lotz*, Der Sachverständige im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2011, 203; *Linz*, Möglichkeiten und Grenzen von Haftungsbeschränkung und Haftungsausschluss für Sachverständige, DS 2018, 86; *Mäsch*, Der Fußballtrainer und die Anwaltshaftung, oder: Meine objektive Meinung, AnwBl 2009, 855; *Messerschmidt*, Die Haftung der gerichtlichen Sachverständigen, 2007; *Morgenroth*, Die Haftung des Bau- und Immobiliensachverständigen – Ein Überblick, DS 2010, 264; *G. Müller*, Der neue Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, PHI 2001, 119; *ders.*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1; *U. Müller*, Die Haftung des D-Arzttes – die Sicht der Rechtsprechung, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 125; *Ollmann*, Zur Haftung von Jugendamt und Sachverständigem bei falschem Mißbrauchsverdacht, FuR 2005, 150; *Orthmann*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen im Zivilprozess in Deutschland, der Schweiz und den USA, 2005; *v. Preuschen*, Die Modernisierung der Justiz, ein Dauerthema – Die Rechtsänderungen durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz, NJW 2007, 321; *Rath/Küppersbusch*, Erstes Justizmodernisierungsgesetz – § 411a ZPO und seine Auswirkungen auf den Personenschadensprozess, VersR 2005, 890; *Quiring*, Die Dritthaftung von Sachverständigen (2006); *Rickert*, Ausschluss des gerichtlichen Sachverständigen mittels Streitverkündung, DS 2005, 214; *Rickert/König*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, NJW 2005, 1829; *Rixe*, Die Haftung des Sachverständigen in familien- und betreuungsrechtlichen Verfahren, FPR 2012, 534; *Schott*, Das grobe Verschulden

eines gerichtlich bestellten Sachverständigen, FS-Schlick (2015), S. 309; *Schöpflin*, Probleme der Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, zfs 2004, 241; *Schröter*, Haftung des gerichtlichen Sachverständigen unter Berücksichtigung des neuen Haftungstatbestandes nach § 839a BGB – aus Sicht des medizinischen Sachverständigen, MEDSACH 2006, 98; *R. Schwab*, Das unrichtige Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen, DS 2005, 132; *ders.*, Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, DS 2006, 20; *ders.*, Zur Haftung des vom Schiedsgericht hinzugezogenen Sachverständigen, DS 2006, 66; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, 2008; *Spickhoff*, Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts, FS-Heldrich (2005), S. 419; *Spitzer*, Streitverkündung gegenüber dem gerichtlich bestellten Sachverständigen, DS 2006, 144; *ders.*, Streitverkündung gegenüber einem gerichtlich bestellten Sachverständigen, MDR 2006, 908; *ders.*, Zustellung der Streitverkündung an den Gerichtsgutachter, DS 2006, 258; *Stillig*, Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen, unter besonderer Berücksichtigung des Prozessvergleichs, zugleich ein Beitrag zur quasi-vertraglichen Haftung, 2007; *Tischler*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, DS 2006, 165; *Thole*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a (2004); *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen – Haftungsfälle für den Prozessanwalt?, AnwBl. 2006, 91; *ders.*, Haftung des gerichtlichen Sachverständigen unter Berücksichtigung des neuen Haftungstatbestands nach § 839a BGB – aus juristischer Sicht, MEDSACH 2006, 93;; *ders.*, Die zivilrechtliche Haftung des medizinischen Sachverständigen, insbesondere nach § 839a BGB, GesR 2006, 154; *Tödtmann/Schwab*, 10 Jahre Sachverständigenhaftung – Ein Überblick über die Rechtsprechung zu § 839a BGB, DS 2012, 302; *Uhlenbruck*, Zur Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, NZI 2000, 289; *ders.*, Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters als gerichtlicher Sachverständiger, ZInsO 2002, 809; *Ulrich*, Die Streitverkündung an den gerichtlichen Sachverständigen – Bilanz und Versuch einer Klärung, BauR 2006, 724; *ders.*, Tätigkeit des Sachverständigen in Zivilsachen – Grundzüge, DS 2010, 225; *ders.*, Bedeutung der Privatgutachten im Bauprozess – Abgrenzung zum gerichtlichen Gutachten, BauSV 2010, 52; *Vallender*, Der gerichtlich bestellte Sachverständige im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZInsO 2010, 1457; *Volze*, Die Grundlagen der Haftung des Sachverständigen, DS 2004, 48; *ders.*, Die Streitverkündung gegenüber dem gerichtlichen Sachverständigen, DS 2005, 14; *ders.*, Ausschluss des gerichtlichen Sachverständigen mittels Streitverkündung, DS 2005, 298; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, DS 2008, 140; *ders.*, Rechtsprechung zum Sachverständigenrecht, DS 2009, 370; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB, DS 2011, 201; *ders.*, Neues aus der Sachverständigenrechtsprechung, DS 2012, 225; *ders.*, Neues aus der Sachverständigenrechtsprechung, DS 2014, 83; *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *ders.*, Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049; *ders.*, Die neue Rom II-Verordnung, IPRax 2008, 1; *Wagner/Thole*, Die Haftung des Wertgutachters gegenüber dem Ersteigerer, VersR 2004, 275; *dies.*, Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, FPR, 2003, 521; *Weise*, Streitverkündung gegen

den Gerichtssachverständigen, NJW-Spezial 2006, 165; *Wilhelm*, Die Haftung des Sachverständigen im Insolvenzeröffnungsverfahren, DZWIR 2007, 361; *Wemdzio*, Die Bedeutung von Sachverständigen und Sachverständigengutachten in Verfahren vor Verwaltungsbehörden und -gerichten, NuR 2012, 19; *Windthorst*, Schadensersatz wegen fahrlässiger Falschaussage? – Zur Haftung von Zeugen für primäre Vermögensschäden nach Erlass des § 839a BGB, VersR 2005, 1634; *Zimmermann*, Neuregelung zur Haftung gerichtlich ernannter Sachverständiger, BuW 2003, 154; *ders.*, Sachverständigenhaftung für Mangelfolgeschäden einer falsch durchgeführten Begutachtung, DS 2007, 367; *ders.*, Sachverständigenhaftung für Mangelfolgeschäden einer falsch durchgeführten Begutachtung – Teil IV: Allgemeine Deliktshaftung, DS 2008, 8.

A. Anwendungsbereich

I. Der prototypische Sachverhalt

1

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Haftung	ff.
Gerichtssachverständige	unrichtige Gutachten	ff.
Haftung	Gerichtssachverständige	ff.
Sachverständige	Gerichtssachverständige	ff.

Infolge eines unrichtigen Gutachtens eines gerichtlich bestellten Sachverständigen ergeht eine inhaltlich falsche Entscheidung. Ist das Gutachten unzutreffend, ist diese Gefahr sehr groß, weil in weit über 90 %¹ der Fälle das Gericht bei seiner Entscheidung dem Gutachten folgt.² Da die Entscheidung in Rechtskraft erwächst, kann sie nicht mehr beseitigt werden. Die durch die Entscheidung benachteiligte Person kann lediglich Schadensersatz vom Sachverständigen nach § 251, also eine finanzielle Kompensation, verlangen.³ Der Ersatz erschöpft sich auf das in einer Geldleistung bestehenden Kompensationsinteresse, weil eine Restitution in Form der Abänderung der Entscheidung, wie sie bei richtigem Gutachten ergangen wäre, nicht möglich ist.⁴

¹ *Kilian* VersR 2003, 683: 97 %; *Haas/Horcher* DStR 2001, 2118 (2123): 95 %; ebenso *Ulrich*, BauSV 2010, 52, 53; etwas vorsichtiger *Lesting* R&P 2002, 224 (227): 90 % völlige Übereinstimmung von Urteil und Gutachten, 95 % weitgehend ungeprüfte Übernahme; *Tödtmann/Schwab* DS 2012, 302: Quote 97 %; im Ergebnis entscheidet Gerichtssachverständiger den Rechtsstreit.

² *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (37).

³ MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 31; *Rixe* FPR 2012, 534.

⁴ JurisPK⁹/Zimmerling § 839a Rn. 25; *R. Schwab* DS 2005, 132 (137).

II. Die ersatzfähigen Schadensposten

2

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Schmerzensgeld	
Gerichtssachverständige	Vermögensschaden	

Schäden entstehen bei Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter oder auch im bloßen Vermögen.⁵ Vor allem bei ärztlichen Expertisen, die zu einer Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt führen,⁶ ist das Rechtsgut der Freiheit betroffen.⁷ Zu ersetzen ist der Vermögensschaden (Verdienstentgang)⁸ sowie Schmerzensgeld. Viel häufiger geht es aber um bloße Vermögensschäden,⁹ wenn etwa ein Bau(handwerker)prozess bei richtigem Gutachten anders ausgegangen wäre.¹⁰ Die unterlegene Partei dringt mit ihrem Hauptbegehren nicht durch und erleidet dadurch eine Vermögenseinbuße (Urteilsschaden). Ein weiterer Nachteil entsteht aber dadurch, dass sie die Prozesskosten¹¹ tragen muss unter Einschluss der nach §§ 91 ff. ZPO ersatzfähigen Kosten,¹² der Kosten für das Rechtsmittelverfahren sowie für ein allfälliges Privatgutachten, um die Unrichtigkeit des Gutachtens des Gerichtssachverständigen nachzuweisen,¹³ aber auch für die Einschaltung eines Privatdetektivs.¹⁴ Der Entscheidungsschaden erfasst somit nicht nur die unmittelbare Einbuße, etwa die Aberkennung eines Anspruchs, sondern auch alle adäquat verursachten Folgeschäden¹⁵ unter Einschluss der Zinsen, wenn es im Vorprozess zu einer Verurteilung zur Zahlung eines Geldbetrags gekommen

⁵Zu den möglichen Schäden BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 58 f.

⁶MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 31; Brückner/Neumann MDR 2003, 906 (907); Ollmann FuR 2005, 150 ff.: Freiheitsentziehung bei falschem (sexuellem) Missbrauchsverdacht von Erwachsenen gegenüber Minderjährigen.

⁷Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 10 f.

⁸OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 24747 = OLGR Saarbrücken 2009, 196: Gewinnausfall wegen Geschäftsaufgabe.

⁹MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 2; Lesting R&P 2002, 224 (225); Schöpflin zfs 2004, 241.

¹⁰Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 8 f.

¹¹Staudinger/Wöstmann (2013) § 839a Rn. 25; Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 14; Kilian VersR 2003, 683 (688); Schöpflin zfs 2004, 241 (245).

¹²MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 31.

¹³Schöpflin zfs 2004, 241 (245); Kilian VersR 2003, 683 (688); Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 41.

¹⁴Ollmann FuR 2005, 150.

¹⁵R. Schwab DS 2005, 132 (137); Thole MEDSACH 2006, 93, 96.

ist.¹⁶ Da eine Naturalrestitution in Form der Korrektur der Entscheidung nicht möglich ist, kommt allein Schadensersatz in Geld nach § 251 Abs. 1 in Betracht.¹⁷

III. Anforderungen an die Darlegung

2a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der Geschädigte muss nachweisen, dass ihm durch eine Entscheidung eines Gerichts, die auf einem grob fahrlässig erstellten Gerichtssachverständigen Gutachten beruht, ein Schaden entstanden ist. Jedenfalls den Nachweis grober Fahrlässigkeit wird der Kläger nicht ohne technischen Sachverstand, im Klartext einem Privatgutachten, führen können.¹⁸

IV. Erfolgsaussichten

2b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Rechtstatsächlich ist darauf hinzuweisen, dass wegen der hohen Hürden¹⁹ sich aus den veröffentlichten Entscheidungen das Bild ergibt, dass in den wenigen geführten Prozessen die meisten Klagen abgewiesen worden sind.²⁰ Zutreffend ist die Einschätzung durch *Jannsen*,²¹ dass man § 839a umbenennen müsste von „Haftung“ in „Nichthaftung“ des gerichtlichen Sachverständigen.

B. Frühere Regelung

3

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	alte Rechtslage	f.
Gerichtssachverständige	neue Rechtslage	

¹⁶LG Frankenthal BeckRS 2012, 03154.

¹⁷ Geigel²⁸/Haag Kap. 34 Rn. 10.

¹⁸E. Fuchs, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17 (18).

¹⁹So auch die Einschätzung von Rixe FPR 2012, 534; alle Hürden genommen freilich in OLG Koblenz DS 2013, 107.

²⁰E. Fuchs, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18; Rixe FPR 2012, 534 (536); Tödtmann/Schwab DS 2012, 302 (305); aA Volze DS 2012, 226 (227): Messlatte der groben Fahrlässigkeit im Lauf der Zeit immer etwas niedriger gelegt. Nachweis der wenigen Entscheidungen, bei denen grobe Fahrlässigkeit bejaht worden ist, bei BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 41.

²¹Jannsen r + s 2015, 161 (166).

Die Neuregelung ist lediglich verständlich vor dem Hintergrund der früheren Rechtslage.²² Manche Argumente werden auch bei der nunmehrigen Regelung ins Treffen geführt. Dazu kommt, dass § 839a nicht sämtliche regelungsbedürftigen Konstellationen erfasst, so dass die bisherige Rechtslage – partiell – fortwirkt.

I. Mögliche Anspruchsgrundlagen

4

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	deliktischer Schadensersatzanspruch	

Der Gerichtssachverständige wird durch einseitigen Hoheitsakt bestellt. Weder zum Gericht noch zu den Prozessparteien steht er in einer vertraglichen Beziehung. Dementsprechend wurde auch eine Schutzwirkung zugunsten Dritter abgelehnt.²³ Erwägenswert gewesen wäre immerhin eine solche infolge einer öffentlich-rechtlichen Sonderverbindung in Entsprechung zu einem Vertrag. Auch bei einem Vertrag wird der Parteiwillen beim Vertrag mit Schutzwirkung nicht mehr als (allein) maßgeblich angesehen;²⁴ abgestellt wird auf eine objektiv-rechtliche Schutzpflicht zugunsten Dritter. Der Gerichtssachverständige fällt auch selbst keine Entscheidung. Er wird nicht hoheitlich tätig, weshalb auch ein Anspruch nach § 839 ausschied.²⁵ Was verblieb, war ein deliktsrechtlicher Anspruch, der freilich nur einen äußerst lückenhaften Schutz gewährte.²⁶

II. Bei Beeidigung des Sachverständigen umfassender Schutz

5

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	alte Rechtslage	ff.
Gerichtssachverständige	Beeidigung	ff.

²² *Lesting* R&P 2002, 224.

²³ *Erman*¹⁵ / *Mayen* § 839a Rn. 4; *Kilian* VersR 2003, 683 (684); BGH NJW 2003, 2825; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2891; OLG Hamm VersR 1995, 225; pointiert MüKoBGB⁷ / *Wagner* § 839a Rn. 2: „blieb der gerichtliche Sachverständige von dieser Entwicklung verschont.“

²⁴ Allein auf den Willen abstellend indes *Geigel*²⁸ / *Haag* Kap. 34 Rn. 1.

²⁵ *Bamberger/Roth/Reinert* (52. Edition), § 839a Rn. 2; *Lesting* R&P 2002, 224 (226); *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906; *Kilian* VersR 2003, 683 (684); *ders.* ZGS 2004, 220 (221).

²⁶ *Kilian* ZGS 2004, 220 (221); zur Diskussion vor Einführung des § 839a unter Bezugnahme auf Entscheidungen des RG *Schott* in FS Schlick (2015), 309 ff.

Wurde der Sachverständige im jeweiligen Verfahren beeidigt, ergab sich ein umfassender Schutz. Erlitt eine Prozesspartei durch eine Entscheidung, die auf einem unrichtigen Gutachten beruhte, einen Schaden, war der Sachverständige schon bei leichter Fahrlässigkeit einstandspflichtig. Es lag eine Übertretung eines Schutzgesetzes vor; ein Schadensersatzanspruch ergab sich aus einem Zusammenwirken der §§ 153–156 bzw. 163 StGB sowie § 823 Abs. 2.²⁷ Allein, eine Beeidigung wurde kaum jemals vorgenommen,²⁸ und nach den meisten Verfahrensordnungen hatten die Parteien keine Möglichkeit, die Beeidigung des Sachverständigen zu erzwingen.²⁹

III. Bei fehlender Beeidigung des Sachverständigen Differenzierung zwischen der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsguts und einem reinen Vermögensschaden

1. Bei Freiheitsverletzung Haftung bloß für grobe Fahrlässigkeit

6

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wurde eine Beeidigung – wie im Regelfall – nicht vorgenommen, war zu unterscheiden zwischen der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes und einem bloßen Vermögensschaden. Prototypisches Beispiel für die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes war die Freiheitsentziehung nach einer falschen medizinischen Expertise. In der Leitentscheidung Weigand hat der BGH³⁰ ausgesprochen, dass nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit eine Einstandspflicht des Sachverständigen gegeben wäre. Das wurde vom BVerfG³¹ in der Folge korrigiert. Zu betonen ist, dass sich bei bloßer Subsumtion unter § 823 Abs. 1 ein Schadensersatzanspruch auch bei leichter Fahrlässigkeit ergeben hätte.³² Es ist daher den Argumenten nachzugehen, die für eine so restriktive Haltung der Rechtsprechung³³ verantwortlich waren.³⁴

7

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

²⁷Brückner/Neumann MDR 2003, 906 (907).

²⁸Kilian VersR 2003, 683 (684); Schröter MEDSACH 2006, 98, 99: Rarität sondergleichen.

²⁹Lesting R&P 2002, 224 (225).

³⁰BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312.

³¹BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.

³²Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 19.

³³Lesting R&P 2002, 224 ff.

³⁴Eine Übersicht findet sich bei Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 19 ff.

Da der Spruchrichter bloß bei Vorsatz haftet, wurde reklamiert, dass der Gerichtssachverständige als sein Gehilfe haftungsrechtlich ähnlich privilegiert werden müsse.³⁵ Zu bedenken ist indes, dass der Sachverständige keine Entscheidung trifft.³⁶ Noch schwerer wiegt mE freilich, dass ein Richter entscheiden muss, während der Sachverständige die Erstellung des Gutachtens ablehnen kann, ja sogar muss, wenn er sich dazu nicht für befähigt erachtet.³⁷

8

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Auch das Argument, dass sich der Sachverständige seiner Pflicht nicht entziehen könne, weil in den Verfahrensordnungen (§ 407 ZPO; § 75 StPO) eine Übernahmepflicht vorgesehen sei, ist eher theoretischer Natur. Sie gilt gemäß § 407 Abs. 1 ZPO nur für manche Sachverständige. In der Praxis kommt die Befreiungsmöglichkeit nach § 408 ZPO häufig zum Tragen.³⁸ Zudem erfolgt eine öffentliche Bestellung nur auf Antrag des jeweiligen Sachverständigen.³⁹

9

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Als Grund für den überaus milden Haftungsmaßstab wird ins Treffen geführt, dass der Sachverständige nicht marktkonform entlohnt werde, sondern lediglich eine Entschädigung erhalte.⁴⁰ Bei schärferer Haftung würde man noch schwerer Sachverständige finden, die zeitnah die benötigten Gutachten liefern.⁴¹ Dagegen ist einzuwenden, dass manche Sachverständige

³⁵ *Jacobs* ZRP 2001, 489 (492).

³⁶ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (909).

³⁷ *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 24.

³⁸ *Lesting* R & P 2002, 224 (228); *MüKoBGB*⁷/*Wagner* § 839a Rn. 4; *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (75).

³⁹ *Jankowski* NZBau 2006, 96 (97).

⁴⁰ *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17: 75 EUR pro Stunde für eine ingenieurmäßige Leistung nicht auskömmlich unter Hinweis auf die Ausweichstrategie, fremde (im Eigentum des Sachverständigen stehende) Firmen zu beschäftigen, freilich ohne Hinweis, dass das Gutachten grundsätzlich höchstpersönlich zu erstellen ist; dazu Rn. 15.

⁴¹ *Müller* PHI 2001, 119 (122); *dies.* VersR 2003, 1 (8); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (242); *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17; zu Recht skeptisch diesbezüglich *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 412; ebenso *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 31 unter Hinweis auf die Rechtslage in Österreich, wo bei einer Einstandspflicht des Gerichtssachverständigen auch für leichte Fahrlässigkeit sowie der Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung nirgendwo in der Literatur mokiert wird, dass die Justiz keine Gerichtssachverständigen finde.

ihren Lebensunterhalt daraus bestreiten. Außerdem ist der Hinweis, ein gerichtlich beeideter Sachverständiger zu sein, durchaus werbewirksam, so dass sich daraus auch eine Umwegrentabilität ergibt.⁴² Zutreffend ist, dass das freilich nicht für alle Sachverständige gilt,⁴³ jedenfalls nicht für solche, die Gutachten über ausländische Rechtsordnungen erstatten.⁴⁴ Sollte die Honorierung tatsächlich unzureichend sein, wäre über eine Anhebung nachzudenken, rühren doch mangelhafte Vorprodukte in Form falscher Gutachten am Qualitätsverständnis der Justiz, ganz abgesehen davon, dass auch die Parteien ein Interesse an richtigen Gutachten und richtigen Gerichtsentscheidungen haben müssen.⁴⁵

10

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Beschworen wird häufig die innere Freiheit, die beeinträchtigt wäre, wenn der Gutachter bei einem – auch nur behaupteten – Fehler mit einem Regressprozess rechnen müsste.⁴⁶ Das steht im Gegensatz zu dem ansonsten ins Treffen geführten Präventionsprinzip, das einen Anreiz bieten soll, die Expertise fehlerfrei abzuliefern.⁴⁷ Die Gefahr von Regressprozessen ist zwar umso höher, je strenger der Haftungsmaßstab ist; eine solche Gefahr ist aber nicht auf Sachverständige beschränkt.⁴⁸ Auch die Befriedungsfunktion eines Urteils, die durch einen Regressprozess beeinträchtigt wird,⁴⁹ stellt sich bei einem Kunstfehler eines Anwalts nicht anders dar als bei dem eines Sachverständigen.⁵⁰ Dazu kommt, dass sich eine solche Gefahr durch den Abschluss von Haftpflichtversicherungen abfedern lässt.⁵¹ *Jung*⁵² quantifiziert die potenzielle wirtschaftliche Belastung des Sachverständigen in Höhe der Haftpflichtversicherungsprämie zuzüglich des Selbstbehalts, der üblicherweise 10 bis 20 % betrage.

⁴²*Arndt* DRiZ 1974, 185 (186); *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (54); *Jankowski* NZBau 2006, 96 (99): „Denn erst das Renommé als gefragter Gerichtsgutachter macht den Sachverständigen als Privatgutachter interessant.“

⁴³Zutreffend *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 6.

⁴⁴*Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (423).

⁴⁵*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 29 f.

⁴⁶BT-Drs. 14/7752, 28; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 839a Rn. 3; Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839a Rn. 14; Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 2; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 3; *Schöpflin* zfs 2004, 241 (242).

⁴⁷*Lesting* R&P 2002, 224 (228); *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 40; *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (51), 58.

⁴⁸*Lesting* R&P 2002, 224 (228).

⁴⁹*Schöpflin* zfs 2004, 241 (242).

⁵⁰*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 36.

⁵¹*Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (909).

⁵²*Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (51).

10a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie die seit Inkrafttreten der Norm ganz überwiegend mit abweisenden Urteilen endenden Schadenersatzprozesse gegen den Gerichtssachverständigen belegen,⁵³ bietet die derzeitige Regelung diesem ausreichenden Schutz gegen eine Vermögensbelastung.⁵⁴ Gäbe es eine Haftung schon bei leichter Fahrlässigkeit, käme es zu häufigeren und womöglich auch häufiger erfolgreichen Prozessen. Das abermalige Aufrollen einer bereits rechtskräftig entschiedenen Streitsache, sei es auch zwischen anderen Parteien, nämlich nicht mehr Kläger und Beklagtem des Hauptprozesses, sondern unterlegener Partei gegen den Sachverständigen, wird zwar prinzipiell in Kauf genommen, soll aber auf eine überschaubare Anzahl von Ausnahmefällen begrenzt bleiben.⁵⁵ Dazu kommt, dass die Entscheidungsfreudigkeit des Sachverständigen bei schärferer Haftung leiden könnte;⁵⁶ er legt sich dann eher nicht fest, sondern gibt ein Spektrum von in Betracht kommenden Möglichkeiten an, um eine eigene Haftung zu vermeiden. Das Gericht ist aber für die eigene Entscheidungsfindung an möglichst klaren und mit geringen Unwägbarkeiten verbundenen Aussagen des Sachverständigen interessiert. Auf dieser Linie liegt auch die in § 839a Abs. 2 normierte Hürde, dass der Geschädigte zur Abwendung des Schadens sämtliche Rechtsmittel ausgeschöpft haben muss,⁵⁷ sowie die Versagung der Möglichkeit der Streitverkündung an den Sachverständigen durch eine Partei des Hauptverfahrens (Näheres → Rn. 41a).

11

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es lässt sich somit resümieren, dass die meisten ins Treffen geführten Argumente auf tönernen Füßen stehen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass im Fall Weigand⁵⁸ vier von acht Verfassungsrichtern sogar für die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von leichter Fahrlässigkeit – jedenfalls bei dem so bedeutsamen Rechtsgut der Freiheit – plädiert haben.

⁵³Pointiert *Ulrich* BauSV 2010, 52, 54: Justizpolitisch fabriziertes Feigenblatt; ähnlich *Bleutge* IBR 2010, 539.

⁵⁴*Schröter* (Orthopäde), MEDSACH 2006, 98: „Problematik der Gutachterhaftung ... so gut wie gänzlich bedeutungslos.“

⁵⁵Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 15.

⁵⁶Ebenso Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 2; *Schöpflin* zfs 2004, 241 (242): Als bloßer „Bedenkenträger“ ist der Sachverständige nicht hilfreich; *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (573).

⁵⁷Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 12.

⁵⁸BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.

2. Bei reinen Vermögensschäden lediglich Haftung nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung)

12

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Vermögensschaden	

Wenn es – wie im Regelfall – um den Ersatz reiner Vermögensschäden ging,⁵⁹ stand lediglich als letztes Auffangbecken ein Anspruch nach § 826 zur Verfügung.⁶⁰ Erforderlich war dafür der Nachweis, dass der Sachverständige besonders leichtfertig handelte und die Schadenszufügung vorhersah bzw. doch mit ihrer Möglichkeit rechnete und sie billigend in Kauf nahm. Schon der Nachweis einer gewissenlosen Verletzung von Berufspflichten reichte aus.⁶¹

C. Eingriff des Gesetzgebers

13

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	neue Rechtslage	ff.

Die Neuregelung trägt die Handschrift der ZPO-Kommission aus dem Jahr 1977, deren Vorschlag vom Gesetzgeber ohne ausführliche Diskussion übernommen wurde.⁶² Was wurde dadurch bewirkt?

I. Vereinheitlichung der Haftung

14

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	grobe Fahrlässigkeit	
Gerichtssachverständige	Vermögensschaden	

§ 839a führt zu einer Vereinheitlichung der Haftung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit;⁶³ er stellt eine abschließende Regelung dar,⁶⁴ so dass weitere Anspruchsgrundlagen in Konkurrenz

⁵⁹ *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67, 69: Verletzung absolut geschützter Rechte seltener Fall; *Thole* AnwBl 2006, 91: In der Mehrzahl der Zivilprozesse lediglich Vermögensinteressen berührt.

⁶⁰ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907).

⁶¹ *Lesting* R&P 2002, 224 (226).

⁶² *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 50.

⁶³ Die Abgrenzung zwischen grober Fahrlässigkeit und Vorsatz erörternd *Gaidzik* MEDSACH 2004, 129 (131). Darauf kommt es aber nicht an.

dazu ausscheiden,⁶⁵ auch solche aus § 826, wonach die unterlassene Einlegung eines Rechtsmittels bloß zu einer Kürzung wegen Mitverschuldens, aber nicht zu einem Ausschluss, führen würde. Für die Haftung des Gerichtssachverständigen kommt es weder auf dessen Beeidigung an noch darauf, ob ein Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut oder ein reiner Vermögensschaden gegeben ist. Die Haftung greift jeweils erst ab grober Fahrlässigkeit ein. Das führt gegenüber dem Fall der Beeidigung des Sachverständigen zu einer Haftungseinschränkung, ansonsten aber bei absolut geschützten Gütern wie der Freiheit zu einer Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung sowie bei reinen Vermögensschäden zu einer Haftungsausweitung.⁶⁶ Die Neuregelung stellt in ihrem Anwendungsgebiet eine *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Deliktshaftung dar.⁶⁷ Sie ist zugleich Anspruchsgrundlage und Haftungsbeschränkung⁶⁸ und hat zu einer „Erhöhung der wertungssystematischen Konsistenz“ geführt. Sie ist ein „im Prinzip ausgewogener Kompromiss der Interessen“, solange die grobe Fahrlässigkeit nicht durch die Rechtspraxis auf einfache Fahrlässigkeit abgeschliffen werde.⁶⁹ Die Haftungsprivilegierung wird als „anerkanntes Ziel“ bzw. akzeptabler „modus vivendi“ angesehen.⁷⁰ Aber es findet sich auch die Bewertung der Ablehnung dieses Kompromisses, weil die Abweichungen von allgemeinen Haftungsgrundsätzen inhaltlich nicht gerechtfertigt werden können.⁷¹ Vorzugswürdig wird *de lege ferenda* eine Staatshaftung nach dem Vorbild von § 839 Abs. 1 iVm Art. 34 GG angesehen, bei der auch für einfache Fahrlässigkeit gehaftet werde, aber der Rückgriff des Staates auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werde,⁷² oder eine Haftung auch für einfache Fahrlässigkeit sowie für reine Vermögensschäden nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung (§ 311 Abs. 3) bzw. des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁷³ Soweit eine Haftungsausweitung damit verbunden ist, wird das der Sachverständige bei der Deckungssumme seiner Berufshaftpflichtversicherung zu berücksichtigen haben.

II. Dogmatische Einordnung und systematische Stellung

15

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
----------------	----------------	--------

⁶⁴BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 2.

⁶⁵BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397= DS 2014, 57 (Volze); Tödtmann/Schwab DS 2012, 302 (303).

⁶⁶Kilian ZGS 2004, 220 (221); Bamberger/Roth/Reinert (52. Edition), § 839a Rn. 5; MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 3.

⁶⁷Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 7.

⁶⁸MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 3; Bamberger/Roth/Reinert (52. Edition), § 839a Rn. 5.

⁶⁹Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 6.

⁷⁰Katzenmeier in FS Horn (2006), 67 (76, 81).

⁷¹Jung ZVglRWiss 2008, 32; ebenso S. 50: „fraglich, ob goldener Mittelweg“, S. 55: „können ... inhaltlich und rechtssystematisch nicht überzeugen“.

⁷²Jung ZVglRWiss 2008, 32 (52).

⁷³Jung ZVglRWiss 2008, 32 (55) mit weiteren Hinweisen zu bestehenden Wertungswidersprüchen *de lege lata* auf S. 57.

Gerichtssachverständige	deliktischer Schadensersatzanspruch	

Der Gesetzgeber hat daran festgehalten, dass es sich um einen deliktischen Schadensersatzanspruch handelt. Auch wenn sich eine persönliche Gesamtverantwortung des Gerichtssachverständigen für das von ihm erstellte Gutachten ergibt, was sich in der Einstandspflicht für Überwachung, sorgfältige Auswahl des Personals sowie Organisation des Betriebs äußert,⁷⁴ kann es ausnahmsweise bedeutsam sein, dass die Haftung für das Gehilfenverhalten nicht einmal nach der weniger weitreichenden Norm des § 831 und schon gar nicht nach § 278 erfolgt.⁷⁵ Eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 wird überwiegend abgelehnt, weil der Sachverständige das Gutachten höchstpersönlich zu erstellen habe,⁷⁶ jedenfalls soweit die Verantwortung des Sachverständigen für das Gutachten in Frage gestellt wird.⁷⁷ Soweit er aber für untergeordnete Tätigkeiten zulässigerweise Hilfspersonen heranziehen darf,⁷⁸ die er freilich namhaft zu machen hat und deren Tätigkeit er dem Umfang nach angeben muss,⁷⁹ muss ihm auch diese Entlastungsmöglichkeit zustehen.⁸⁰ Auch für das Kollisionsrecht ist die deliktsrechtliche Qualifikation ausschlaggebend (Näheres → Rn. 50a).⁸¹ Durch die Platzierung des § 839a im Anschluss an den § 839 sowie die Versagung jeglichen Ersatzes bei schuldhafter Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels (Culpakompensation) wird die Nähe zum Spruchrichterprivileg⁸² und die Funktion des Gerichtssachverständigen als ein auf Objektivität verpflichtetes, dem Gericht nahe stehendes Organ betont. § 839a hat keine dem § 839 Abs. 1 S. 2 entsprechende Subsidiaritätsklausel, was dazu führt, dass der Schadensersatzanspruch gegen den gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a außerhalb des Richterspruchprivilegs als anderweitige Ersatzmöglichkeit anzusehen ist.⁸³

⁷⁴MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 17.

⁷⁵Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 13.

⁷⁶MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 17; Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 27; BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 42 f. unter Verweis auf die Haftung des Mitarbeiters nach § 826; Volze DS 2011, 201 (203).

⁷⁷Volze DS 2012, 226.

⁷⁸Zur Zulässigkeit bei Erstattung eines Rechtsgutachtens zum ausländischen Recht Spickhoff in FS Heldrich (2005), 419 (429).

⁷⁹BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 13.

⁸⁰Wie hier auch Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 13; weitergehender Schott FS Schlick (2015) 309, 313 unter Hinweis darauf, dass der Sachverständige nicht für ein fehlerhaftes Verhalten, sondern ein fehlerhaftes Ergebnis eintreten muss.

⁸¹Dazu ausführlich Schulze¹⁰/Staudinger § 839a Rn. 8.

⁸²Lesting R&P 2002, 224.

⁸³Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 26.

III. Ausgestaltung als zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch

15a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Anordnung eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs der im Hauptprozess unterlegenen Partei führt dazu, dass die Rechtskraft des Hauptprozesses unangetastet bleibt und die im Hauptprozess obsiegende Partei den – wegen eines unrichtigen Sachverständigengutachtens unberechtigten – Vorteil behalten kann. Vielmehr hat für den Nachteil der unterlegenen Partei der Sachverständige aufzukommen. Käme es zu einer Angleichung der Voraussetzungen von Restitutionsklage in Bezug auf das Hauptverfahren und dem Schadenersatzanspruch gegen den Sachverständigen, würde § 839a weitgehend seine Bedeutung verlieren, weil der Anspruch nach § 839a gemäß dessen Abs. 2 insofern zu Recht ein subsidiärer Rechtsbehelf ist, als die unterlegene Partei die ihr zustehende Rechtsposition gegen den Gegner des Hauptprozesses nicht mehr durchsetzen kann.⁸⁴ Bei der Auslegung des § 839a wird daher künftig stets mit zu berücksichtigen sein, wie sich die Erweiterung der Anwendung der Restitutionsklage gestaltet.

IV. Keine vertragliche Haftungsbeschränkung

15b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	keine Berechtigung für Haftungsbeschränkung	

Anders als bei Bestellung eines „privaten“ Gutachters sieht die ZPO eine Berechtigung für eine Haftungsbeschränkung nicht vor.⁸⁵

D. Die Regelung im Detail

I. Schaden eines Verfahrensbeteiligten

16

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	neue Rechtslage	ff.
Gerichtssachverständige	Schaden eines Verfahrensbeteiligten	f.

⁸⁴Dazu umfassend *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 ff.

⁸⁵*Linz* DS 2018, 86 (92).

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 839a ist ein Schaden eines Verfahrensbeteiligten – zu den möglichen Schadensposten → Rn. 2. Verfahrensbeteiligte sind jedenfalls die beiden Prozessparteien.⁸⁶ Darüber hinaus sind aber auch weitere Personen erfasst, so namentlich der Nebenintervenient und der Rechtsnachfolger einer streitbefangenen Sache,⁸⁷ der Nebenkläger im Strafprozess, der Beigeladene in einem Verwaltungsverfahren⁸⁸ sowie die Eltern im Sorgerechtsverfahren das Kind betreffend,⁸⁹ seit der FamFG-Reform auch das Kind selbst in Kindschafts-, Abstammungs- und Adoptionsverfahren (§§ 7 Abs. 1 und 2, 172, 188 FamFG).⁹⁰ Einbezogen sind auch die Rechtsinhaber in Fällen der gewillkürten Prozessstandschaft sowie Rechtsnachfolger.⁹¹ Der BGH⁹² geht über die formalisierte, streng prozessrechtliche Betrachtungsweise hinaus⁹³ und sieht auch den späteren Erwerber im Zwangsversteigerungsverfahren, also den Meistbietenden, als geschützten Verfahrensbeteiligten an, auch wenn dieser keine Rechtsmittelmöglichkeit gegen ein unrichtiges Wertgutachten hat.⁹⁴ Das erscheint folgerichtig, als die Pflicht des Sachverständigen auch darin besteht, für die an der Zwangsversteigerung Beteiligten zuverlässige Tatsachen zu ermitteln;⁹⁵ den Meistbietenden nur nach § 826 BGB ersatzberechtigt anzusehen, wäre eine kaum angemessene Rechtsfolge. Der BGH überträgt damit seine Rechtsprechung zu dem Fall, dass ein Gutachterausschuss einer Gemeinde ein falsches Wertgutachten erstellt hat; diese haftete dann freilich nach § 839 auch bei leichter Fahrlässigkeit.⁹⁶ Erfasst sind aber nicht alle, die vom Ergebnis wirtschaftlich irgendwie betroffen werden.⁹⁷ Dem Erwerber im Zwangsversteigerungsverfahren wird bei Berechnung seines Schadens das Wahlrecht eingeräumt, vermögensmäßig so gestellt zu werden, als hätte er an der Versteigerung nicht teilgenommen (Vertrauensinteresse) oder wie er stünde, wenn das Wertgutachten inhaltlich richtig ausgefallen wäre (Erfüllungsinteresse), was insbesondere Bedeutung hat, wenn er das Versteigerungsobjekt unter dem Marktwert erworben hat, es aber

⁸⁶ *Zimmermann* BuW 2003, 154 (156).

⁸⁷ *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (277).

⁸⁸ *Kilian* ZGS 2004, 220 (226).

⁸⁹ *Ollmann* FuR 2005, 150 (154); die Aktivlegitimation des Adoptivvaters in einem Sorgerechtsverfahren erwägend OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (*Rixe*).

⁹⁰ *Rixe* FPR 2012, 534 (538).

⁹¹ BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 63.

⁹² BGHZ 166, 313 = NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285 (*Ulrich*) = Rpfleger 2006, 553 (*Alff*: kritisch dazu, dass der Zuschlag auf dem Gutachten beruht); kritisch *Littbarski* VersR 2016, 154 (158).

⁹³ *Tödtmann/Schwab* DS 2012, 302.

⁹⁴ BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 29; A Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 44; *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (277); *G. Vollkommer* WuB VI § 74a ZVG 1.02.

⁹⁵ *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 20: Nicht nur Entgegenwirken gegen Verschleuderung des Grundbesitzes, sondern auch Interessen der Ersteigerer.

⁹⁶ BGH NJW 2003, 2825 und dazu ausf. *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 ff.; vgl. weiter BGHZ 146, 365 = BauR 2002, 449; BGH MDR 2003, 629.

⁹⁷ So aber *Morgenroth* DS 2010, 264 (265); *Ulrich* IBR 2006, 285. Das ist unzutreffend und würde sämtliche reflexartig, also bloß mittelbar Geschädigte betreffen.

bei korrektem Gutachten eines geringeren Wertes noch günstiger erwerben hätte können.⁹⁸ Mitunter wird dieser Schaden zuerkannt,⁹⁹ mitunter aber zu Unrecht abgelehnt.¹⁰⁰ Davon, dass ein Mitbieter keine Angaben machen kann, bis zu welchem Preis er bei korrekter Wertermittlung mitgeboten hätte, kann das Erfüllungsinteresse des Geschädigten nicht abhängen.¹⁰¹ Plausibel wäre mE – jedenfalls mangels anderer Anhaltspunkte – eine relative Berechnungsmethode, dass also bei einem geringeren Mindestgebot ein prozentmäßig geringerer Zuschlag erfolgt wäre.¹⁰² Auch im Rahmen des negativen Interesses muss der Geschädigte den Beweis erbringen, warum er in einem Fall, in dem der Verkehrswert unter dem Zuschlag lag, das Objekt trotzdem nicht erworben hätte; eine rückläufige Entwicklung der Immobilienpreise nach dem Zuschlag geht jedenfalls zulasten des Ersteigerers.¹⁰³ Ob auch andere am Versteigerungsverfahren beteiligte Personen anspruchsberechtigt sind, wurde bisher noch nicht entschieden; ein Argument dagegen ist mE, dass letztendlich nur ein Beteiligter geschädigt sein kann, nämlich der, der bei korrektem Gutachten den Zuschlag erhalten hätte, und es nicht zu einer Vervielfachung von Schadenersatzprozessen kommen darf.

17

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Umstritten ist, ob auch ein Zeuge anspruchsberechtigt sein kann. Der Wortlaut „Verfahrensbeteiligter“ spricht dafür.¹⁰⁴ Dagegen spricht indes, dass dieser weder Einfluss nehmen kann, ob es zu einer gerichtlichen Entscheidung kommt, einer Voraussetzung für einen Ersatzanspruch nach § 839a, noch ihm die Möglichkeit offensteht, den Schaden durch Ergreifen eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839a Abs. 2).¹⁰⁵ Die Norm ist daher in Bezug auf den Zeugen teleologisch zu reduzieren.¹⁰⁶

⁹⁸ Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 26: Ersatz des Erfüllungsinteresses.

⁹⁹ OLG Brandenburg BeckRS 2018, 9692 = IBR 2018, 1044 (*Ch. Luckey*); Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 12.

¹⁰⁰ OLG Celle BeckRS 2016, 5776 = IBR 2016, 317 (*Linz*); OLG Braunschweig BeckRS 2017, 105338: Vom Schutzbereich des § 839a nicht erfasst.

¹⁰¹ So aber OLG Köln BeckRS 2008, 02984.

¹⁰² OLG Brandenburg BeckRS 2018, 9692 = IBR 2018, 1044 (*Ch. Luckey*): 50 % des Schätzwertes; aA OLG Köln BeckRS 2011, 25253.

¹⁰³ OLG Schleswig BeckRS 2012, 13628: In concreto als misslungen angesehen, weil Kläger, der Objekt schon bei Erwerb sanieren und weiterverkaufen wollte, die Kalkulation nicht offengelegt und nicht nachgewiesen hat, warum eine Ersteigerung 19 % unter dem falschen Verkehrswert wirtschaftlich uninteressant war.

¹⁰⁴ Erman¹⁵/*Mayen*, § 839a Rn. 5: Analoge Anwendung.

¹⁰⁵ *Kilian* ZGS 2004, 220 (226).

¹⁰⁶ *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht, § 5 Rn. 92; *Kilian* ZGS 2004, 220 (226); ebenso im Ergebnis BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 61: Zeuge steht in diesem Sinn außerhalb des Verfahrens.

II. Gerichtliche Entscheidung

18

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	gerichtliche Entscheidung	

Von § 839a erfasst sind sämtliche gerichtlichen Verfahren, nicht nur Streitige Verfahren nach der ZPO,¹⁰⁷ sondern auch die freiwillige Gerichtsbarkeit,¹⁰⁸ Zwangsversteigerungs- und Betreuungsverfahren,¹⁰⁹ Verfahren vor den Arbeits-, Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichten,¹¹⁰ Strafverfahren unter Einschluss des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens¹¹¹ sowie Insolvenzverfahren.¹¹² Es geht nicht nur um Urteile¹¹³ oder urteilsvertretende Erkenntnisse wie etwa Beschlüsse, zB nach § 91a ZPO.¹¹⁴ Auch Zwischenurteile, vorläufige Entscheidungen wie zB die vorläufige Unterbringung sowie Verfügungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, oder Kostenentscheidungen¹¹⁵ sind erfasst;¹¹⁶ ein in einem selbstständigen Beweisverfahren erstattetes Gutachten aber nur dann, wenn sich ein Hauptsacheverfahren mit einer dortigen Endentscheidung anschließt.¹¹⁷ Erfasst ist die Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft gemäß §§ 151, 152 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO, mögen gegen diese auch keine förmlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen und das Richterspruchprivileg des § 839 Abs. 2 für Entscheidungen der Staatsanwaltschaft nicht gelten;¹¹⁸

¹⁰⁷Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 5.

¹⁰⁸KG BeckRS 2017, 155078.

¹⁰⁹Brückner/Neumann MDR 2003, 906 (907).

¹¹⁰Zimmermann BuW 2003, 154 (155).

¹¹¹BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (Volze); Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 36; JurisPK⁹/Zimmerling § 839a Rn. 10; Gaidzik MEDSACH 2004, 129.

¹¹²MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 8; BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 9.

¹¹³So noch Jaeger/Luckey, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 427.

¹¹⁴Kilian ZGS 2004, 220 (224); Schöpflin zfs 2004, 241 (244); MüKoBGB⁷/Wagner, § 839a Rn. 23; Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 78; BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 57: Haftung auf Kostenentscheidung begrenzt; aA Volze DS 2011, 201 (203): § 839a dürfte nicht anzuwenden sein.

¹¹⁵OLG Brandenburg NZFam 2015, 1071: Kostengrundentscheidung im familienrechtlichen Verfahren nach § 81 FamFG.

¹¹⁶Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 9.

¹¹⁷OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2017, 984; Geigel²⁸/Haag Kap. 34 Rn. 8.

¹¹⁸BGH NJW 2020, 1592 = jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3 (Itzel).

und zwar unabhängig davon, ob es im nachfolgenden Verfahren zu einer Verurteilung kommt.¹¹⁹ Dass es sich nicht um eine das Verfahren abschließende Entscheidung handeln muss, ergibt sich aus § 839a Abs. 2. Dort wird angeordnet, dass der Ersatzanspruch entfällt, wenn es der Geschädigte unterlassen hat, bei Erkennbarkeit der Unrichtigkeit der Entscheidung ein Rechtsmittel dagegen einzulegen. Wäre nur eine das Verfahren abschließende Entscheidung gemeint, wäre die Erhebung eines solchen Rechtsmittels von vornherein nicht möglich.¹²⁰

18a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Schiedsgericht	

§ 839a ist nicht anzuwenden auf von Schiedsgerichten betraute Sachverständige.¹²¹ Solche Entscheidungen haben zwar die gleiche Wirkung wie solche staatlicher Gerichte; auch kommt den Schiedsrichtern haftungsrechtlich das „Richterprivileg“ wie einem staatlichen Richter zu.¹²² Allerdings trifft diesen Sachverständigen keine Pflicht zur Übernahme des Gutachtens; zudem kann er sowohl das Entgelt als auch das Ausmaß seiner Haftung namentlich hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs sowie der betraglichen Begrenzung frei aushandeln.¹²³

III. Ein vom Gericht ernannter Sachverständiger

1. Sachverständiger

18b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Sachverständiger ist, wer aufgrund seiner besonderen Fähigkeiten in der Lage ist, tatsächliche Fragen für das Gericht aufgrund seiner Expertise zu klären.¹²⁴ Im Regelfall geht es um technisch-naturwissenschaftliche Fragen, im Einzelfall auch um solche der Betriebswirtschaftslehre.¹²⁵

¹¹⁹ Auch insoweit auf die Zweiaktigkeit wie bei Wertgutachten und Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren abstellend *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 12.

¹²⁰ *Lesting* R&P 2002, 224 (227).

¹²¹ Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 5.

¹²² *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 11.

¹²³ *Littbarski* VersR 2016, 154; MüKoBGB/Wagner § 839a Rn. 10 f.; aA *Schöpflin* zfs 2004, 241 ff.

¹²⁴ Näheres dazu bei Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 1; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 11. Auf die jeweils behauptete Ausübung eines Gewerbes oder freien Berufes kommt es indes nicht an. Auch ein Professor einer Universität kann für die Ermittlung ausländischen Rechts gem. § 293 ZPO Sachverständiger sein, ohne dass er ein Gewerbe oder einen freien Beruf ausübt.

¹²⁵ *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (430).

Auch auf gerichtliche Dolmetscher wird § 839a analog angewendet.¹²⁶ Soweit es um die Ermittlung der Rechtslage einer ausländischen Rechtsordnung geht, kann das deutsche Gericht diese gem. § 293 ZPO durch einen Sachverständigen klären lassen, der ebenfalls nach § 839a haftet.¹²⁷ Wird vom Gericht nicht eine natürliche Person betraut, sondern eine Unternehmung,¹²⁸ haftet letztere dem geschädigten Verfahrensbeteiligten.¹²⁹ Das kann mE schon deshalb nicht anders sein, weil dem Geschädigten nicht zumutbar ist, herauszufinden, welche Person im Einzelnen das inkriminierte Verhalten gesetzt hat.

2. Einseitiger öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt, kein Vertrag

19

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt	

Durch die Ernennung gem. § 404 ZPO in Form eines Beweisbeschlusses¹³⁰ bzw. § 73 StPO durch einfache Beweisanordnung des Vorsitzenden, einem einseitigen, nicht mitwirkungsbedürftigen hoheitlichen Akt des Gerichts,¹³¹ entsteht zwischen dem Sachverständigen und jeweiligen Rechtsträger,¹³² je nachdem, ob es sich um ein Land- oder Bundesgericht handelt, eine vom jeweiligen Verfahrensrecht bestimmte öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung zum betreffenden Bundesland oder zur Bundesrepublik Deutschland,¹³³ ein „Sachverständigenpflichtverhältnis“,¹³⁴ nicht aber zu einem Sachverständigen, der vom bestellten Sachverständigen zur Unterstützung herangezogen worden ist.¹³⁵ Weder zum jeweiligen Gericht noch zu den Prozessparteien entsteht eine irgendwie geartete vertragliche Beziehung.¹³⁶ Dies gilt auch dann, wenn die Ernennung durch den Rechtspfleger erfolgt¹³⁷ oder auf Vorschlag einer

¹²⁶MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 7; Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 32.

¹²⁷Umfassend dazu Spickhoff in FS Heldrich (2005), 419 ff.

¹²⁸Geigel²⁸/Haag Kap. 34 Rn. 3: Rechtsform als natürliche oder juristische Person unerheblich.

¹²⁹BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 15 unter Hinweis darauf, dass noch nicht entschieden wurde, ob die Betrauung einer Unternehmung zulässig ist.

¹³⁰Rixe FPR 2012, 534 (535): Bestellung ist auch formlos möglich.

¹³¹MüKoBGB⁷/Wagner, § 839a Rn. 7; Zimmermann BuW 2003, 154 (155).

¹³²Kilian ZGS 2004, 220 (221); ungenau Brückner/Neumann MDR 2003, 906: Rechtsverhältnis zum Gericht.

¹³³Littbarski VersR 2016, 154; Zimmermann DS 2007, 367 (368); Jung ZVglRWiss 2008, 32 (34).

¹³⁴R. Schwab DS 2005, 132.

¹³⁵OLG Hamm BeckRS 2011, 00095.

¹³⁶Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 4.

¹³⁷Kilian ZGS 2004, 220 (221).

Prozesspartei gem. § 404 Abs. 3 ZPO.¹³⁸ Der Sachverständige ist Gehilfe des Gerichts, ein „Justizhelfer“.¹³⁹ Ohne seine Expertise sind viele faktischen Vorfragen für das Gericht nicht verständlich, jedenfalls nicht adäquat zu lösen.¹⁴⁰ Die Darstellung muss daher für einen Laien verständlich und nachvollziehbar sein.¹⁴¹ Er wird deshalb mitunter als „Geh-Hilfe des Richters“,¹⁴² „heimlicher Entscheider“, „Schattenrichter“,¹⁴³ „wirklicher Herr des Verfahrens“ oder „Entscheidungs-Diktierer“ bezeichnet.¹⁴⁴ Er ist zu Objektivität und Unparteilichkeit verpflichtet. Wegen der insoweit bestehenden Parallelen zum Richter ist die systematische Platzierung der Norm im Anschluss an die Amtshaftung, die in § 839 geregelt ist, sachgerecht. Zu betonen ist aber, dass der Sachverständige selbst keine hoheitlichen Aufgaben wahrnimmt und daher kein beliehener Unternehmer ist,¹⁴⁵ so dass § 839 nicht anzuwenden ist.¹⁴⁶

3. Zeuge als Sachverständiger

20

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Sachverständiger als Zeuge	

Außer Streit steht, dass der Sachverständige sein Gutachten auch mündlich abgeben kann.¹⁴⁷ Umstritten ist, ob eine Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839a auch dann in Betracht kommt, wenn er als Zeuge geladen wird, dann aber auf Veranlassung des Gerichts in die Rolle des Sachverständigen schlüpft.¹⁴⁸ Diese Streitfrage kann aber auf sich beruhen, wenn man nach zutreffender Ansicht (Näheres → Rn. 50) den Zeugen dem gleichen Haftungsregime unterwirft.

¹³⁸ *Kilian* VersR 2003, 683.

¹³⁹ BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312; *Jankowski* NZBau 2006, 96.

¹⁴⁰ Vgl. aber KG NZV 2007, 462: Auf Verkehrsunfallsachen spezialisierte Kammer hat ausdrücklich gebilligt, dass bei Erstellung des Gutachtens keine Gegenüberstellung der Fahrzeuge erfolgen müsse.

¹⁴¹ *R. Schwab* DS 2005, 132 (133).

¹⁴² *Ulrich* BauSV 2010, 52.

¹⁴³ *Ulrich* BauSV 2010, 52, 53.

¹⁴⁴ *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67.

¹⁴⁵ *Jankowski* NZBau 2006, 96.

¹⁴⁶ *Jacobs* ZRP 2001, 492; Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 3.

¹⁴⁷ Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 7; Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839a Rn. 8; Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 21; *Kilian* VersR 2003, 683 (685); *Ollmann* FuR 2005, 150 (152).

¹⁴⁸ Dafür MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 7; *Wagner/Thole* FPR 2003, 521 (522); dagegen *Kilian* ZGS 2004, 220 (223).

4. Aussage in einem Hearing vor einem parlamentarischen Ausschuss

21

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Auf eine Aussage eines Sachverständigen vor einem parlamentarischen Ausschuss eines Bundes- oder Landesparlaments ist § 839a nicht anzuwenden.¹⁴⁹

5. Vorläufiger Insolvenzverwalter

22

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Vom vorläufigen Insolvenzverwalter kann gem. § 22 Abs. 1 S. 3 InsO eine Äußerung als Sachverständiger verlangt werden, ob ein Eröffnungsgrund vorliegt und welche Aussichten für eine Fortführung des Unternehmens des Schuldners bestehen. Fraglich ist, ob insoweit § 839a einschlägig ist oder die Haftungsnorm des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO gilt, die eine Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit vorsieht. Daraus, dass die Vergütung für die Sachverständigentätigkeit nach dem JVEG nicht auf die Vergütung des Insolvenzverwalters anzurechnen sei, leiten *Wagner*¹⁵⁰ und *Spickhoff*¹⁵¹ ab, dass § 839a maßgeblich sei. *Uhlenbruck*¹⁵² will differenzieren zwischen einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter, für den § 60 InsO, also eine Einstandspflicht auch bei leichter Fahrlässigkeit, gelten soll, und den übrigen „schwachen“ Insolvenzverwaltern, die bloß nach § 839a haften sollen.

22a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der Prototyp des nach § 839a vom Gericht bestellten Sachverständigen hat eine bestimmte vom Gericht ihm auferlegte Fragestellung zu beantworten. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat hingegen selbst ein Verfahren abzuwickeln. Die Regelung, dass die Prüfung nach dem Eröffnungsgrund und der Fortführungsprognose als Sachverständiger erfolgen soll, soll nach den eindeutigen Gesetzesmaterialien bewirken, dass der vorläufige Insolvenzverwalter dafür auch bei

¹⁴⁹Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 37; Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 19.

¹⁵⁰MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 8.

¹⁵¹Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 9.

¹⁵²*Uhlenbruck* ZInsO 2002, 809 f.

masselosem Vermögen eine Entlohnung erhalten sollte.¹⁵³ Das spricht dafür, dass er gerade für diese Tätigkeit, nicht aber für weitere Tätigkeiten, bloß nach § 839a haftet.¹⁵⁴

6. Erstattung von Rechtsgutachten zu ausländischen Rechtsordnungen

22b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Sachverständige werden im Regelfall für Tatsachenfragen herangezogen. Abweichend vom Grundsatz *iura novit curia* ist es gemäß § 293 ZPO aber möglich, dass ein deutsches Gericht einen Sachverständigen mit der Ermittlung der Rechtslage einer bestimmten ausländischen Rechtsordnung betrauen kann. Inhalt des Gutachtens ist die Abbildung der konkreten ausländischen Rechtspraxis.¹⁵⁵ Mit der Mobilität der Bürger und der zunehmenden Möglichkeit, solche Klagen im Inland anhängig zu machen, etwa als Folge der Odenbreit-Entscheidung des EuGH¹⁵⁶ den ausländischen Kfz-Haftpflichtversicherer bei einem Auslandsunfall in Deutschland zu verklagen, nimmt der Bedarf an Expertisen zum ausländischen Recht zu. Ausgenommen davon sind Äußerungen von Sachverständigen zum deutschen Recht, sei es auch ein Spezialgebiet wie das Steuerrecht, das Kollisionsrecht oder das internationale Zivilverfahrensrecht.¹⁵⁷ Für die Erstellung eines solchen Gutachtens gilt dann ebenfalls § 839a.¹⁵⁸

7. Behörde als Sachverständiger des Gerichts – Staatshaftungsanspruch nach § 839

23

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Behörde als Sachverständiger	

Es gibt Konstellationen, bei denen eine Behörde nicht bloß anzuhören ist, wie etwa die IHK oder die Landwirtschaftskammer bei Handelsregistersachen,¹⁵⁹ sondern in denen ein Gericht anstelle

¹⁵³ *Uhlenbruck* ZInsO 2002, 809.

¹⁵⁴ BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 9.2: Das weiter angeführte Argument, dass es um ein Eilverfahren gehe, das Auswirkungen auf die Prüfungsdichte habe, hat damit freilich nichts zu tun. Insoweit geht es um die Berücksichtigung dieses Umstands im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs.

¹⁵⁵ *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (425).

¹⁵⁶ EuGH NJW 2008, 819 (*Leible*).

¹⁵⁷ Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 32; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 28.

¹⁵⁸ Umfassend *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 ff.

¹⁵⁹ *Kilian* VersR 2003, 683 (685).

einer natürlichen Person eine Behörde als Sachverständigen betraut.¹⁶⁰ In einem solchen Fall besteht ein Direktanspruch gegen den Rechtsträger der Behörde gem. § 839 – auch bei leichter Fahrlässigkeit¹⁶¹ – und nicht bloß ein Schadensersatzanspruch nach § 839a – lediglich bei grober Fahrlässigkeit.¹⁶² Der unterschiedlich strenge Haftungsmaßstab mutet bei funktioneller Betrachtungsweise willkürlich an, wirkt doch im einen wie anderen Fall ein gerichtlicher Sachverständiger an der Entscheidungsfindung mit. Auch die Entlohnung kann nicht als Unterscheidungskriterium ins Treffen geführt werden, weil die Behörde – wie ein Privater – nach dem JVEG entlohnt wird.¹⁶³ Die Festsetzung des Entgelts nimmt auf die Höhe des Streitwerts und das damit verbundene Haftungsrisiko aber keine Rücksicht. § 839 ist aber als *lex specialis* gegenüber § 839a anzusehen, sofern die Gutachtertätigkeit der Behörde zu deren öffentlich-rechtlichem Pflichtenkreis zählt.¹⁶⁴ Der Geschädigte ist dadurch besser geschützt; für die Person, die das Gutachten erstellt, ergibt sich kein Unterschied, weil bei Einstandspflicht des Rechtsträgers ein Regressanspruch gegen den Beamten nur bei grob fahrlässigem Verhalten gegeben ist. Zusätzlich ist zu bedenken, dass der Staat ein idealer Selbstversicherer ist.¹⁶⁵ Etwas anderes gilt, wenn ein Beamter einer Behörde im Rahmen seiner Nebentätigkeit ein Gerichtsgutachten erstellt.¹⁶⁶ Als Indiz, ob der Beamte im Rahmen seiner Behördentätigkeit agiert oder als Privatperson, ist anzusehen, an wen die Entschädigung nach dem JVEG fließt,¹⁶⁷ wobei dieser Umstand – wie der, ob der Sachverständige eine Nebentätigkeitsgenehmigung hatte¹⁶⁸ – freilich ein Aspekt unter mehreren ist.¹⁶⁹

8. Sachverständiger einer Behörde – Anwendbarkeit von § 839a

24

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Sachverständiger für eine Behörde	ff.

¹⁶⁰Aufzählung solcher bei BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 16.

¹⁶¹Wagner/Thole VersR 2004, 275 (279); JurisPK⁹/Zimmerling § 839a Rn. 12; Klement JURA 2010, 867 (868); Rixe FPR 2012, 534 (535).

¹⁶²So aber Kilian VersR 2003, 683 (688); Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 4 f.; Bamberger/Roth/Reinert (52. Edition), § 839a Rn. 5.

¹⁶³Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 12 f.

¹⁶⁴MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 10; Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 13.

¹⁶⁵MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 10.

¹⁶⁶JurisPK⁹/Zimmerling § 839a Rn. 12.

¹⁶⁷Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 13.

¹⁶⁸Darauf hinweisend OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (Ulrich).

¹⁶⁹BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 19 FN 52: Geringes Gewicht der Art der Liquidation unter Hinweis auf BGHZ 200, 253 = NJW 2014, 1665 = JR 2016, 65 (Thiel); BGHZ 153, 268 = NJW 2003, 1184.

Von der Konstellation, dass eine Behörde als Sachverständiger von einem Gericht ernannt wird, ist der Fall zu unterscheiden, dass eine natürliche Person als Sachverständiger für eine Behörde tätig wird. Es stellt sich die Frage, ob § 839a auch in solchen Fällen anzuwenden ist. Der Wortlaut spricht zunächst eindeutig dagegen, ist doch eine Behörde gerade kein Gericht.¹⁷⁰ Soweit der Sachverständige bei Tätigkeit für eine Behörde das Entgelt frei aushandeln kann, besteht ebenfalls kein Anlass für eine Analogie.¹⁷¹ Sofern das aber nicht der Fall ist, den Sachverständigen wie beim Tätigwerden für das Gericht außerdem formal eine Pflicht zum Tätigwerden trifft, er jedenfalls lediglich eine Abgeltung nach dem JVEG erhält, sprechen indes gute Gründe für eine Analogie.¹⁷² Dass der Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen auf den Fall des von einer Behörde bestellten Sachverständigen nicht explizit eingegangen ist¹⁷³ bzw. Funktionsdefizite bei der Haftung gerichtlicher Sachverständiger der Anlass der Regelung waren, spricht gerade nicht gegen eine Analogie, geht es bei dieser doch darum, wie der Gesetzgeber hypothetisch entschieden hätte, wäre ihm dieses Problem bewusst gewesen. Auch wird man kaum behaupten können, dass Gerichtsentscheidungen eine höhere Richtigkeitsgewähr haben als Entscheidungen von Behörden.¹⁷⁴

25

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Dass jede Entscheidung einer Behörde durch ein Gericht überprüfbar ist, spricht nicht gegen eine Anwendung des § 839a,¹⁷⁵ ist die Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung doch keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 839a. Zu bedenken ist, dass wie im Zivilverfahren auf tatsächlicher Ebene häufig die Würfel in 1. Instanz fallen, das auch im Verwaltungsverfahren mit nachgeschalteter gerichtlicher Überprüfung so sein könnte.¹⁷⁶ Auch wenn der Rechtsträger der Behörde stets für leichte Fahrlässigkeit haftet,¹⁷⁷ ist die Rechtsfolge allein, dass § 839a in vielen Sachverhalten bedeutungslos bleibt, weil ein Anspruch gegen den Rechtsträger der Behörde gegeben ist. Zu bedenken ist freilich, dass es Fälle gibt, in denen der Behörde auch

¹⁷⁰ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); *Zimmermann* BuW 2003, 154 (155); *ders.* DS 2008, 8.

¹⁷¹ *Kilian* VersR 2003, 683 (686); *ders.* ZGS 2004, 220 (225).

¹⁷² *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 75; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 15 f.; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 35; gegen eine solche auch in diesen Fällen *Zimmermann* BuW 2003, 154 (155).

¹⁷³ *Zimmermann* BuW 2003, 154 (156); *Kilian* ZGS 2004, 220 (222).

¹⁷⁴ So aber *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 15: Durch § 839a bloß höhere Richtigkeitsgewähr von Gerichtsentscheidungen vom Gesetzgeber angestrebt.

¹⁷⁵ So aber *Zimmermann* BuW 2003, 154 (156); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (243); *Kilian* ZGS 2004, 220 (222); *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 15.

¹⁷⁶ Die gleiche Interessenlage anerkennend, schlussendlich aber gegen eine analoge Anwendung auf Entscheidungen von Verwaltungsbehörden *BeckOGK/Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 22, 23; ebenso *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 15.

¹⁷⁷ So *Kilian* ZGS 2004, 220 (225), der dies als Argument gegen die Anwendung des § 839a anführt.

nicht leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, während der Sachverständige grob fahrlässig gehandelt und dadurch eine unrichtige Entscheidung der Behörde hervorgerufen hat.

26

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Akzeptiert man eine Analogie in diesem eingeschränkten Ausmaß, erübrigt sich auch eine Sonderstellung bei Heranziehung eines Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft.¹⁷⁸ Es kommt dann nicht darauf an, dass die Staatsanwaltschaft eine Behörde sui generis und zudem inhaltlich ein dem Gericht gleich geordnetes Organ sei, das Aufgaben der Justizgewährung erfülle.¹⁷⁹ Solch diffizile inhaltliche Umschreibungen sind dann entbehrlich.¹⁸⁰ Der von der Staatsanwaltschaft herangezogene Sachverständige haftet nach § 839a einfach deshalb, weil seine Heranziehung und Entlohnung nach den gleichen Mechanismen erfolgt wie bei einem, der von einem Gericht ernannt wird: Er ist zur Ausführung grundsätzlich verpflichtet und wird nach dem JVEG entlohnt. Dafür spricht auch die Gleichstellung der Übernahme des dort eingeholten Gutachtens im Rahmen des Sachverständigenbeweises in § 411a ZPO.¹⁸¹ Einzuräumen ist freilich, dass die Qualifikation des vom Staatsanwalt betrauten Gutachters als Verwaltungshelfers und die Zurechnung des – auch leicht fahrlässig erstellten – Gutachtens an den Rechtsträger mit der Folge eines Amtshaftungsanspruchs des Geschädigten gegen den Rechtsträger den Sachverständigen nicht stärker belasten würde, ist doch der Regressanspruch auf grobe Fahrlässigkeit begrenzt. Der Geschädigte hätte freilich einen Ersatzanspruch auch bei leichter Fahrlässigkeit.¹⁸² Eine Zurechnung des Verhaltens zum Rechtsträger ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Äußerung des Sachverständigen unmittelbar zu einem Schaden beim Geschädigten führt, wie das bei einer – unberechtigten – Freiheitsentziehung infolge eines unrichtigen Gutachtens eines Arztes nach § 3 UBG gegeben ist.¹⁸³ Trotz Parallelen zum Staatsanwalt – Zusammenwirken mit dem Gericht, öffentlich-rechtliche Aufgabe – hat das OLG Koblenz¹⁸⁴ bei einer Fehlbeurteilung durch eine beratende Rechtsmedizinerin deren Fehlverhalten dem Jugendamt zugerechnet, weil deren Prüfung geradezu einen Bestandteil der von der Behörde ausgeübten und sich in ihrer Verwaltungstätigkeit niederschlagenden hoheitlichen Tätigkeit darstellte; die Folge war eine Versagung der Passivlegitimation des

¹⁷⁸So BGHZ 200, 253 = NJW 2014, 1665; BGH NJW 2020, 1592 = jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3 (*Itzel*); ebenso *Kilian* ZGS 2004, 220 (222); *Lesting* R&P 2002, 224 (227); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 8; aA *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); *Zimmermann* BuW 2003, 154 (155).

¹⁷⁹*Kilian* ZGS 2004, 220 (223).

¹⁸⁰Ähnlich freilich BGH NJW 2020, 1592 = jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3 (*Itzel*): Organisatorischen und institutionelle Nähe der Staatsanwaltschaft zum Gericht; enge verfahrensrechtliche Verbindung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht.

¹⁸¹Zur Kritik der Anwaltschaft, weil die Parteien bei dessen Einholung kein rechtliches Gehör haben, *von Preuschen* NJW 2007, 321 (323).

¹⁸²So durchaus einleuchtend *Itzel* jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3.

¹⁸³OLG Karlsruhe MedR 2016, 445 (*Middendorf*): Keine Haftung des Arztes nach § 839a, vielmehr Maßnahme in Ausübung eines öffentlichen Amtes.

¹⁸⁴OLG Koblenz NJW-RR 2016, 796.

Sachverständigen nach § 839a und ein Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger nach § 839. Entsprechendes gilt für ein Fehlverhalten des Durchgangsarztes der Berufsgenossenschaft.¹⁸⁵

9. Haftung nach § 839a bei Verwertung des Gutachtens für ein (anderes) Gerichtsverfahren

27

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Haftung für Verwertung	ff.

Gelegentlich wird ein Sachverständigengutachten in einem Prozess eingeholt, darüber hinaus aber auch in einem Folgeprozess verwertet. Besonders häufig wird es im Strafverfahren vorkommen, dass das Gericht auf Expertisen, die von der Staatsanwaltschaft eingeholt worden sind, zurückgreift.¹⁸⁶ Es stellt sich dann die Frage, ob der Sachverständige für Schäden, die sein fehlerhaftes Gutachten durch eine unrichtige Entscheidung im Folgeverfahren hervorgerufen hat, einzustehen hat. *Kilian*¹⁸⁷ stellt darauf ab, ob der Gutachter im Folgeprozess als Gutachter wenigstens nochmals vernommen worden ist.¹⁸⁸ Auch würde er¹⁸⁹ es alternativ genügen lassen, wenn das eine Verfahren eine dienende Funktion gegenüber dem anderen einnimmt, wie etwa ein vorgeschaltetes Beweisverfahren zum Hauptprozess. Noch restriktiver ist *Schöpflin*,¹⁹⁰ der eine Haftung des Gerichtsgutachters nur für das Verfahren bejaht, in dem dieser zum Gutachter ernannt worden ist. Er begründet dies damit, dass die Parteien die Möglichkeit zu einem abermaligen Antrag auf Gutachterbestellung hätten. *Zimmerling*¹⁹¹ führt dafür ganz pragmatisch ins Treffen, dass ihm kein weiteres Haftungsrisiko auferlegt werden darf, wenn er nicht gesondert honoriert wird.¹⁹² Die standespolitische Forderung von *Jacobs*,¹⁹³ dass bei einer weiteren Verwertung die Haftung des § 839a entfallen solle, hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen.

¹⁸⁵ OLG Köln BeckRS 2018, 21459 = MedR 2019, 429; zur Haftung des Durchgangsarztes BGHZ 213, 120 = VersR 2017, 490 = LMK 2017, 388784 (*Spickhoff*); BeckRS 2020, 10171 sowie *U. Müller*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 125 ff.; *Kampen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 139 ff.

¹⁸⁶ *Rath/Küppersbusch* VersR 2005, 890 (891): Im Arzthaftungsprozess stehen – offenbar jährlich – 10.000 Schadensersatz- und Schmerzensgeldklagen, 3.000 Ermittlungsverfahren wegen eines „Kunstfehlervorwurfs“ gegenüber, somit keine quantité négligeable.

¹⁸⁷ *Kilian* VersR 2003, 683 (685).

¹⁸⁸ So auch *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 16.

¹⁸⁹ *Kilian* ZGS 2004, 220 (221).

¹⁹⁰ *Schöpflin* zfs 2004, 241 (243); ebenso *Morgenroth* DS 2010, 264.

¹⁹¹ *JurisPK*⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 26.

¹⁹² Ebenso *Jacobs* DS 2006, 204 (206); *Bleutge* DS 2007, 91 (92).

¹⁹³ *Jacobs* DS 2006, 204 (205 f.).

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zu erwägen wäre, wie beim Werkvertrag eine Ausdehnung zumindest auf eine solche überschaubare Anzahl von Verfahren zu befürworten, bei denen der Sachverständige damit rechnen konnte, dass sein Gutachten eine Rolle spielt, weil etwa ein Nebenintervenient aufgetreten ist. Dann kann er vorhersehen, dass das Ergebnis seines Gutachtens auch für den Regressprozess herangezogen wird, wobei besonders zu berücksichtigen sein wird, ob die gleiche Expertise maßgeblich ist, was namentlich bei Regressprozessen nicht zwingend ist.¹⁹⁴ Entsprechendes gilt bei einem in mehreren Stufen verlaufenden Verfahren, wie etwa der Verwertung eines vom Staatsanwalt eingeholten Gutachtens für das spätere Strafverfahren oder ein im Wertfestsetzungsverfahren gem. § 74a ZVG eingeholtes Verkehrswertgutachten für das spätere Zwangsversteigerungsverfahren.¹⁹⁵ Ansonsten ist mit *Spickhoff*¹⁹⁶ darauf zu verweisen, dass sich unter Prävention Gesichtspunkten das Ausmaß der Sorgfaltsanspannung auch an der Höhe des Streitwertes bzw. dem Risiko der Haftung orientiert. Ungeachtet der nunmehr in § 411a ZPO vorgesehenen Möglichkeit der Verwertung eines Sachverständigengutachtens als solches, nicht nur als Urkundsbeweis in einem anderen Verfahren, ist die Haftung des Sachverständigen dafür nach § 839a mE dann ausgeschlossen, wenn es sich um einen ganz anders gelagerten Sachverhalt handelt, etwa ein zum Verbraucherschutz eingeholtes Gutachten für Fragen des Lauterkeitsrechts.¹⁹⁷ Aber auch bei vergleichbaren Sachverhalten bestehen Bedenken, wird doch dadurch das Haftungsrisiko vervielfacht¹⁹⁸ und die Verjährung hinausgeschoben.¹⁹⁹ Dass etwa beim Personenschaden zwischen Strafverfahren und Schadenersatzprozess aber auch zwischen letzterem und sozialgerichtlichem Verfahren diverse Unterschiede bei Sorgfaltsmaßstab, Beweislast, Beweismaß und Kausalität bestehen,²⁰⁰ sei an dieser Stelle besonders erwähnt. Das schränkt einerseits die – unbesehene – Übernahme ein, würde aber andererseits zu Haftungsrisiken für den Sachverständigen führen, namentlich dann, wenn er keine Möglichkeit zur mündlichen Erläuterung in nachfolgenden Verfahren hat.²⁰¹ Ob es dazu kommt, liegt aber nicht in seiner Hand. Die unbegrenzte Haftung bei Verwertbarkeit in beliebigen anderen Verfahren mit dem Argument zuzulassen, dass eine Einstandspflicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit bestehe,²⁰² ist mE zu pauschal, ist doch nicht zuverlässig abschätzbar, inwieweit

¹⁹⁴BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 38.

¹⁹⁵MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 8; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 17; Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 5; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 10 unter Hinweis auf die enge verfahrensrechtliche Verbindung von staatsanwaltlichem und gerichtlichem Verfahren.

¹⁹⁶Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 11.

¹⁹⁷So das instruktive Beispiel bei Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 11 FN 46; an die Verwertbarkeit als Sachverständigenbeweis nach § 411a ZPO anknüpfend Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 18.

¹⁹⁸*Jacobs* DS 2006, 204 (206).

¹⁹⁹*Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 16.

²⁰⁰*Rath/Küppersbusch* VersR 2005, 890 ff.

²⁰¹*Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (426); *Jacobs* DS 2006, 204 (205).

²⁰²So MüKoBGB⁷/*Wagner*, § 839a Rn. 37.

der Maßstab der groben Fahrlässigkeit – wie derzeit – streng ausgelegt wird und der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 angenähert wird²⁰³ oder eines Tages in die Nähe der leichten Fahrlässigkeit rückt.²⁰⁴ Die Kehrseite ist, dass den Parteien des Verfahrens, in dem ein Gutachten aus einem anderen Prozess verwertet wird, im Fall eines Entscheidungsschadens durch ein grob fahrlässig unrichtiges Gutachten kein Haftungsschuldner zur Verfügung steht. Diese haben es aber in der Hand, ein anderes, auf dieses Verfahren zugeschnittenes, quasi maßgefertigtes Gutachten, zu verlangen – mit der Folge der gesonderten Entlohnung des Sachverständigen – oder zumindest den Sachverständigen des übernommenen Gutachtens zur mündlichen Erläuterung in den Folgeprozess einzubeziehen, was mE eine Haftung nach § 839a auslöst.²⁰⁵

IV. Unrichtigkeit des Gutachtens²⁰⁶

28a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Unrichtig ist ein Gutachten, das auch mündlich erstattet werden kann,²⁰⁷ wenn der Sachverständige das Allgemeinwissen nicht berücksichtigt,²⁰⁸ er unrichtige oder unvollständige Tatsachen zugrunde legt,²⁰⁹ das zu beurteilende Subjekt oder Objekt nicht in Augenschein genommen, sondern sich auf die Aktenlage oder Angaben Dritter verlassen hat,²¹⁰ ohne dies kenntlich zu machen.²¹¹ Entsprechendes gilt, wenn die vom Gutachter festgestellten Tatsachen

²⁰³Dazu Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 5: Für diese ist leichtfertiges und gewissenloses Verhalten **und** mindestens bedingter Vorsatz erforderlich. Häufig wird in der Rechtsprechung letzteres vermutet, wenn ersteres gegeben ist. Zum gleitenden Übergang *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), S. 419, 421 unter Verweisung auf den Leitsatz von OLG Brandenburg 2000, 219. Zum Ausschlagen der Waage zugunsten der leichten Fahrlässigkeit *Bleutge* IBR 2010, 539.

²⁰⁴Für eine restriktive Handhabung der Verwertung in einem anderen Verfahren deshalb *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (73 f.).

²⁰⁵ Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 4.

²⁰⁶Dazu umfassend *R. Schwab* DS 2005, 132 ff.

²⁰⁷ *Rixe* FPR 2012, 534 (535).

²⁰⁸ *Ollmann* FuR 2005, 150 (154): Bei einem Psychologen Ungeeignetheit suggestiver Befragungsformen.

²⁰⁹ *Zimmermann* BuW 2003, 154 (157); BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 26.1; OLG Celle BeckRS 2014, 06532 = BauR 2014, 731.

²¹⁰ *Littbarski* VersR 2016, 154 (156); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (245); *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (276); *Zimmermann* BuW 2003, 154 (158); OLG Schleswig BeckRS 2012, 13628: Angabe falscher m² sowie des umbauten Raums, Folge: Differenz zum richtigen Verkehrswert 37,6 %.

²¹¹Vgl. dazu BGH NJW 2003, 2825: Ablehnung einer Einstandspflicht nach § 826, weil der Sachverständige die verweigerte Besichtigung des Objekts, das er zu schätzen hatte, offengelegt hatte, wenn auch nicht zu Beginn des Gutachtens; OLG Celle DS 2004, 343 = BauR 2004, 1481 = IBR 2004, 333 (*Schwenker*): Wertgutachten im Zwangsversteigerungsverfahren, keine grobe

nicht bestehen, wenn er Schlussfolgerungen zieht, die dem Stand der Wissenschaft nicht entsprechen oder er nicht offen legt, dass es mehrere Meinungen gibt,²¹² er einer Mindermeinung folgt,²¹³ die Gegenpositionen nicht gebührend erwähnt oder er das Ergebnis mithilfe von der hM abweichenden Methoden erzielt hat²¹⁴ oder eine Sicherheit vorgaukelt, während in Wahrheit bloß ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich ist.²¹⁵ Vielmehr muss der Sachverständige Unsicherheiten und Unwägbarkeiten möglichst quantitativ spezifiziert angeben. In Zweifel gezogen wird, dass ein Sachverständigengutachten unvertretbar falsch ist, wenn es auf eine Gegenauffassung hinweist und der Sachverständige die eigene Auffassung nachvollziehbar darlegt.²¹⁶ Zu unterscheiden ist zwischen Anknüpfungstatsachen, die ihm vom Gericht vorgegeben sind, und Tatsachen, die Ergebnis seiner Expertise sind.²¹⁷ Diese sind getrennt darzulegen.²¹⁸ Beruht das unrichtige Gutachten auf einer unzutreffenden Fragestellung durch das Gericht, ist grobe Fahrlässigkeit des Sachverständigen im Regelfall zu verneinen, es sei denn, dieser hätte die unrichtige Fragestellung durch seine überlegene Sachkenntnis erkennen müssen.²¹⁹ Ein Gutachten ist auch dann unrichtig, wenn es an innerer logischer Nachvollziehbarkeit und formeller Fehlerfreiheit mangelt,²²⁰ wobei solche Defizite weniger schadensträchtig sind, weil sie – hoffentlich – vom Gericht wahrgenommen werden und dann nicht in die Entscheidung eingehen. Ein Rechtsgutachten ist unrichtig, wenn Rechtsnormen, die zugrunde gelegt werden, nicht mehr gelten, also ein veralteter Rechtszustand wiedergegeben wird.²²¹ Ohne besondere Anhaltspunkte darf sich der Verkehrswertsachverständige mit der „bloßen“ Inaugenscheinnahme des

Fahrlässigkeit, wenn bei einem noch nicht fertig gestellten Gebäude nicht niet- und nagelfeste Bestandteile im Zeitpunkt der Zwangsversteigerung fehlen; OLG Koblenz DS 2007, 193 = IBR 2007, 588 (*Ulrich*) = VersR 2007, 960: Ausreichend Hinweis, dass Wertermittlung nicht auf selbst gewonnenen Kenntnissen beruht; BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*): Betreten des Objekts für Schätzung des Verkehrswerts für eine Zwangsversteigerung kann nicht erzwungen werden; Gerichtsgutachter muss aber offenlegen, wenn er Objekt nicht betreten hat.

²¹² *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (73).

²¹³ Geigel²⁸/Haag Kap. 34 Rn. 6.

²¹⁴ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); *Kilian* VersR 2003, 683 (685) unter Hinweis darauf, dass ein Gerichtsgutachten keine Spielwiese für neue und noch nicht genügend gesicherte Theorien sei.

²¹⁵ BGH VersR 1962, 1773; OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*); Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 6; JurisPK⁹/Zimmerling § 839a Rn. 15; *R. Schwab* DS 2005, 132 (133); *Ollmann* FuR 2005, 150 (153); *Thole* MEDSACH 2006, 93, 94; instruktiv OLG Frankfurt VersR 2008, 649 = zfs 2007, 671 (*Diehl*): Strafgerichtliche Verurteilung, weil Sachverständiger in mündlicher Vernehmung sein schriftliches Gutachten nochmals bekräftigte und – zu Unrecht – de facto 100%ige Sicherheit behauptete; dazu ausführlich *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 35b.

²¹⁶ *Volze* DS 2011, 201 (202).

²¹⁷ Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 20.

²¹⁸ *Rixe* FPR 2012, 534 (536).

²¹⁹ BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 31.

²²⁰ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907), 908: Nachvollziehbarkeit als wichtigster inhaltlicher Prüfstein für die Richtigkeit des Gutachtens. Die Prüfung darauf – wenn auch mit dem Hinweis, dass dies überspitzt sei – einschränkend *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (72).

²²¹ *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (427).

Versteigerungsobjekts begnügen.²²² Die Ermittlung der m²-Anzahl ist bei einem Verkehrswertgutachten einer Wohnung aber von besonderem Gewicht.²²³ Die Berücksichtigung von Baumängeln ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Sachverständigen, der ein Verkehrswertgutachten erstellt; sie sind freilich insofern zu berücksichtigen, als sie sich auf den Wert auswirken.²²⁴ Entsprechendes gilt für das Errichtungsjahr des Gebäudes sowie baubehördlich nicht genehmigte Teile.²²⁵ Eine Abweichung eines Gerichtsgutachtens von einem (richtigen) Privatgutachten ist nicht unbedingt als Unrichtigkeit des Gerichtsgutachtens anzusehen, jedenfalls dann nicht, wenn die Abweichung schlüssig und nachvollziehbar begründet ist.²²⁶ Für das Gebiet der Psychologie wird unter Hinweis auf das Bestehen verschiedener Schulen darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Herangehensweise nicht außergewöhnlich sei und es damit keine exakte Trennlinie zwischen richtig und falsch gebe.²²⁷ Auf diesem Fachgebiet gebe es keine generalisierenden Theorien, Methoden und standardisierten Verfahren, die jedem Einzelfall gerecht werden könnten.²²⁸ Bei einem ärztlichen Standard kommt es nicht nur auf – bereits viele Jahre zurückliegende – vereinzelt Literaturäußerungen an, sondern auch darauf, ob sich eine bestimmte Methode in der Erprobung bewährt habe.²²⁹ Das gilt mE freilich nur mit der Einschränkung, dass der Verzicht darauf nicht auf Schlendrian zurückzuführen ist, mag solcher auch weit verbreitet sein. Wenn der Sachverständige durch Überschreitung des Gutachtensauftrags seine Befangenheit bewirkt, wodurch das Gutachten unbrauchbar wird, liegt kein unrichtiges Gutachten vor.²³⁰ Ein Gutachten ist unrichtig, wenn es mangels Transparenz nicht verwertbar ist;²³¹ das mag dazu führen, dass der Sachverständige kein Entgelt erhält; zu einer Haftung nach § 839a kommt es jedoch nicht, weil das Gutachten gerade nicht für eine unrichtige Entscheidung kausal wird.

²²² *Linz* IBR 2016, 317.

²²³ OLG Brandenburg BeckRS 2018, 9692 = IBR 2018, 1044 (*Ch. Luckey*).

²²⁴ BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (*Volze*); OLG Schleswig DS 2008, 32 = MDR 2008, 25 = IBR 2008, 364 (*Bleutge/Wachtberg*); OLG Rostock DS 2008, 386 (*Volze*) = IBR 2008, 545 (*Bleutge*).

²²⁵ OLG Köln BeckRS 2011, 25253; OLG Braunschweig BeckRS 2017, 105338_ Fehlender 2. Fluchtweg bei einer Dachgeschosswohnung.

²²⁶ OLG Köln BeckRS 2012, 06520 = VersR 2012, 1128.

²²⁷ OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (*Rixe*); BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 29: Häufig nicht nur eine einzige richtige Antwort.

²²⁸ *Rixe* FPR 2012, 534 (535 f.).

²²⁹ OLG Köln MedR 2018, 1012: Verzicht auf die Verwendung einer Lupenbrille bei der chirurgischen Behandlung von Krampfadern.

²³⁰ OLG Hamm BeckRS 2014, 06532 = BauR 2014, 1330; Soergel¹³/*Spickhoff* § 839 Rn. 21; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 34.

²³¹ *Littbarski* VersR 2016, 154 (156).

V. Grobe Fahrlässigkeit bei Erstattung des Gutachtens

1. Sachliche Berechtigung der Haftungsbegrenzung

29

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

*Schöpflin*²³² sieht in der Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit das rechte Maß an Schadensprävention und die für die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt optimale Regelung. Warum das so sein soll, erfährt man freilich nicht. Präziser sind die Ausführungen von *Wagner*,²³³ der die Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit damit begründet, dass der Sachverständige weder das Entgelt frei aushandeln und die Überwälzung von Haftpflichtversicherungsprämien berücksichtigen noch Einfluss auf den Haftungsmaßstab nehmen kann. Unzulässig wäre etwa eine Haftungsbeschränkung „ohne Gewähr“²³⁴ oder eine Einschränkung bei einem Rechtsgutachten durch den Hinweis „nach Maßgabe der vorhandenen Literatur“.²³⁵ Beim Entgelt ist zu berücksichtigen, dass diese nach dem JVEG aufwandsbezogen ist und die Höhe des Streitwertes und das damit verbundene Haftungsrisiko nicht berücksichtigt.²³⁶ Wenn *Wagner*²³⁷ behauptet, dass die gesetzliche Regelung zu dem Ergebnis führt, das bei freiem Aushandeln herauskäme, so ist zu betonen, dass die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit für den potenziell haftenden Gutachter das bestmögliche Ergebnis darstellt, das im Verhandlungsweg nicht immer durchsetzbar sein wird. Zudem wäre eine solche Vereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, weil bei Kardinalpflichten die Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann.²³⁸ Wenn *Wagner*²³⁹ zusätzlich ins Treffen führt, dass die „ungefilterte Fahrlässigkeitshaftung“ deshalb zu weit führe, weil bei reinen Vermögensschäden der gesellschaftliche Schaden regelmäßig hinter der privaten Einbuße zurückbleibe, ist nicht erkennbar, was damit gemeint ist und weshalb es darauf ankommen soll. Erwähnt sei schließlich, dass auch Ärzte und Rechtsanwälte typischerweise zu einem typisierten Tarif tätig werden, der auch nicht immer das Haftungsrisiko explizit berücksichtigt.²⁴⁰ *Jankowski*²⁴¹ verweist zudem darauf, dass anders als nach dem ZSEG eine

²³²*Schöpflin* zfs 2004, 241 (242).

²³³MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 4; ebenso *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (276).

²³⁴*Ollmann* FuR 2005, 150 (153).

²³⁵*Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (428): Zweifelhaft, ob eine wirksame Haftungsbegrenzung durch einen solchen Hinweis besteht.

²³⁶Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 6.

²³⁷MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 4.

²³⁸*Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht⁵ (2013) § 309 Nr. 7 Rn. 96.

²³⁹MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 5.

²⁴⁰*Jankowski* NZBau 2006, 96 (98).

²⁴¹*Jankowski* NZBau 2006, 96 (97).

Abgeltung nach dem (aufopferungsrechtlichen) Entschädigungsprinzip galt, während nach § 8 JVEG nach einem leistungsgerechten Honorierungsmodell auf das Vergütungsmodell umgestellt worden sei. *E. Fuchs*²⁴² verweist freilich darauf, dass die Vergütungssätze des JVEG zum Teil noch unterhalb der Sätze des früheren ZSEG liegen. Von allen vorgebrachten Argumenten sieht *Katzenmeier*²⁴³ das am tragfähigsten, dass die Rechtskraft des Vorprozesses zu respektieren sei; und im Gewand des Sachverständigenprozesses nur ausnahmsweise neu aufgerollt werden solle.

2. Unterschied zu § 826

30

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Während *Kilian*²⁴⁴ betont, dass sich bei § 839a der Vorsatz anders als bei § 826 nicht auf die Schadenszufügung beziehen müsse,²⁴⁵ so ist dies eine in der Praxis wenig bedeutsame Detailfrage, weil im Vordergrund nicht vorsätzliche, sondern grob fahrlässige Schadenszufügungen stehen. *Wagner/Thole*²⁴⁶ weisen darauf hin, dass der Unterschied zwischen einer Haftung nach § 826 und § 839a nicht allzu groß sei, weil die Nichtabwendung des Schadens durch schuldhaftes Nichteinlegen eines Rechtsmittels über § 254 auch bei § 826 berücksichtigt werden könne und die Rechtsprechung die Haftung nach § 826 in Richtung einer Einstandspflicht schon bei besonders leichtfertigem Verhalten fortentwickelt habe.²⁴⁷ Solchen Konvergenzüberlegungen sind mE indes Grenzen gesetzt. Einerseits führt die schuldhaftes Nichteinlegen bei § 839a zu einer gänzlichen Versagung des Anspruchs, während bei § 826 eine Berücksichtigung im Rahmen des Mitverschuldens des § 254 zu erfolgen hat, was bloß zu einer Kürzung führt. Insoweit könnte es passieren, dass der Geschädigte nach § 826 einen weiter reichenden Anspruch hätte, der aber nicht zum Tragen kommt, weil § 839a eine abschließende Regelung sein will, so dass mE bei Versagung des Anspruchs nach § 839a notwendigerweise ein solcher nach § 826 ausscheidet.²⁴⁸ Andererseits wollte der Gesetzgeber die Haftung durchaus verschärfen, so dass es wenig folgerichtig erscheint, den Haftungsmaßstab bei § 839a an dem des § 826 auszurichten.²⁴⁹

²⁴²*E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17.

²⁴³*Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (75 f.).

²⁴⁴*Kilian* VersR 2003, 683 (687).

²⁴⁵So auch Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 11.

²⁴⁶*Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (279).

²⁴⁷So auch MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 4: Die Haftung nach § 839a entspreche weitgehend der Haftung nach § 826.

²⁴⁸*Zimmermann* DS 2008, 8; OLG Braunschweig BeckRS 2017, 105338; aA OLG Koblenz DS 2007, 193 = IBR 2007, 588 (*Ulrich*) = VersR 2007, 960: Prüfung der Anspruchsgrundlage des § 826 nach Ablehnung des Anspruchs gemäß § 839a.

²⁴⁹Zur Abgrenzung OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Verhalten war grob fahrlässig, aber nicht leichtfertig.

3. Der Haftungsmaßstab

31

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Fahrlässigkeit, die sich bei § 839a bloß auf das Gutachten, nicht aber auf den dadurch hervorgerufenen Schaden beziehen muss,²⁵⁰ ist gegeben, wenn der Sachverständige ein Gutachten übernimmt, ohne über die dafür erforderliche Kompetenz, personelle Ausstattung oder technischen Mittel zu verfügen.²⁵¹ Keinesfalls hat der Sachverständige einzustehen, wenn es sich um eine vertretbare Auffassung handelt.²⁵² Der Umstand allein, dass ein nachfolgender Gutachter zu einem gegenteiligen Ergebnis kommt, führt nicht ohne Weiteres zur Qualifikation der Falschheit des Gutachtens bzw. des Vorliegens eines Kunstfehlers.²⁵³ Anzuerkennen ist, dass ihm bei der Beurteilung gewisse Ermessensspielräume eingeräumt werden müssen und nicht immer eine Ermittlung mit mathematischer Genauigkeit möglich ist,²⁵⁴ bei Wertgutachten werden diese mit 20 % taxiert,²⁵⁵ ohne dass es sich dabei um eine starre Grenze handelt.²⁵⁶ Der BGH²⁵⁷ hat aber ausgesprochen, dass diese auch schon bei 2 % gegeben sein könne, aber betont, dass dann besonders strenge Anforderungen an den Nachweis zu stellen seien.²⁵⁸ *Wöstmann*²⁵⁹ verlangt die Ausklammerung rechtlich nicht gesicherter Positionen und ein Abstellen auf den „gesunden Markt“, wobei es mE schwierig sein dürfte, letzteren auch nur einigermaßen exakt zu definieren. Geringere Schwankungsbreiten werden toleriert, wenn die falsche Schätzung auf falschen Ausgangsdaten beruht.²⁶⁰

²⁵⁰ *Ollmann* FuR 2005, 150 (153).

²⁵¹ Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 12; *Kilian* VersR 2003, 683 (687); *Ollmann* FuR 2005, 150 (153); *Rixe* FPR 2012, 534 (536).

²⁵² Kritisch dazu Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 9.

²⁵³ *Zimmermann* BuW 2003, 154 (157); *Lesting* R&P 2002, 224 (226); Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 7.

²⁵⁴ OLG Brandenburg BeckRS 2018, 9692 = IBR 2018, 1044 (*Ch. Luckey*): Unrichtigkeit des Gutachtens aber, wenn Wohnfläche – und damit der Verkehrswert – um 9 % zu hoch geschätzt wird; Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 6.

²⁵⁵ Kritisch zu dieser behaupteten Marge *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 15.

²⁵⁶ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 30; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 30; BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (*Volze*); OLG Schleswig DS 2008, 32 = MDR 2008, 25 = IBR 2008, 364 (*Bleutge/Wachtberg*): 12,5 % noch im tolerablen Bereich bei einem Verkehrswertgutachten für ein Zwangsversteigerungsverfahren.

²⁵⁷ BGHZ 166, 313 = NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285 (*Ulrich*) = Rpfleger 2006, 553 (*Alff*).

²⁵⁸ Zustimmend Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 25.

²⁵⁹ Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 10.

²⁶⁰ OLG Schleswig BeckRS 2012, 13628: Falsche Angaben von m² und umbautem Raum.

31a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Abzustellen ist nicht auf die Erkennbarkeit für das Gericht,²⁶¹ sondern einen Durchschnitts-Sachverständigen und nicht eine Koryphäe auf seinem Gebiet.²⁶² Kann die Unrichtigkeit des Gutachtens erst durch die geballte Kompetenz eines Sachverständigengremiums festgestellt werden, ist grobe Fahrlässigkeit ebenfalls zu verneinen.²⁶³ Mitunter wird diese schon dann ausgeschlossen, wenn eine abweichende Meinung schlüssig und nachvollziehbar begründet wird,²⁶⁴ was mE abzulehnen ist, weil das letztendlich auf die Erkennbarkeit für das Gericht hinauslaufen würde. Keine grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, auch wenn der Sachverständige die Behauptungen der untersuchten Person mit diversen Kraftausdrücken abqualifiziert.²⁶⁵ Abzustellen ist darüber hinaus darauf, für welchen Zweck das Gerichtsgutachten eingeholt wurde: Von einem Gutachter, der den Verkehrswert für das Zwangsversteigerungsverfahren zu ermitteln hat, ist nicht zu erwarten, dass er Baumängel des Objekts im Detail darlegt;²⁶⁶ zudem ist jeweils zu prüfen, ob solche Mängel im Zeitpunkt der Begutachtung erkennbar waren.²⁶⁷ Aber auch ein „normaler“ Sachverständiger muss die DIN-Vorgaben kennen; er kann sich nicht darauf berufen, dass das nur ein „Fachhochschullehrer“, der als Privatgutachter auftritt, kennen müsse.²⁶⁸

32

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bedeutsam ist der Maßstab, an dem das Ausmaß des Verschuldensvorwurfs gemessen wird: Als erster Ansatz kann die Formel hilfreich sein, dass leichte Fahrlässigkeit gegeben ist bei der Einschätzung „Das kann vorkommen“, jedoch grobe Fahrlässigkeit bei einer Beurteilung „Das

²⁶¹BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 38; Jannsen r + s 2015, 161 (166); Rixe FPR 2012, 534 (537); BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397= DS 2014, 57 (Volze); BGH DS 2014, 250; aA zu Unrecht OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (Rixe); KG NZV 2007, 462.

²⁶²Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 12.

²⁶³Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 25, 29.

²⁶⁴BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 39.

²⁶⁵OLG Köln BeckRS 2011, 23285.

²⁶⁶OLG Braunschweig BeckRS 2017, 105338: Offen gelassen bei Fehlen des 2. Rettungswegs bei Dachgeschosswohnung.

²⁶⁷BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397= DS 2014, 57 (Volze): Nachträglich bei Entkernung eines Altbaus für einen Bausachverständigen erkennbare und mit Händen zu greifende Feuchtigkeitsschäden; Volze DS 201461: Verkehrswertgutachter kann von Beruf auch Kaufmann sein.

²⁶⁸OLG Jena DS 2013, 107.

darf einfach nicht vorkommen“.²⁶⁹ Die Pflichtverletzung muss schlechthin unentschuldigbar sein.²⁷⁰ Je präziser und detaillierter die vom Sachverständigen verlangten Fachkenntnisse sind, die dieser zu prästieren hat, umso eher wird man zum Vorwurf grober Fahrlässigkeit gelangen.²⁷¹ Fragwürdig ist es in diesem Zusammenhang, dass *Spickhoff*²⁷² bei einem Gutachten zum ausländischen Privatrecht es für ausreichend ansieht, dass ein Professor die Lehrbefugnis für Rechtsvergleichung hat. Das (allein) dürfte ihn zur Erstellung eines Gutachtens zu einem beliebigen ausländischen Privatrecht kaum befähigen, ganz abgesehen davon, dass selbst an für Rechtsvergleichung spezialisierten Lehrstühlen aufgrund der immer knapper werdenden Bibliotheksmittel kaum die entsprechenden Rechtsquellen vorhanden sind und es häufig auch an den jeweiligen Sprachkenntnissen fehlt.²⁷³ Mit Ausnahme des Max-Planck-Instituts und für das jeweilige Rechtsgebiet einer bestimmten Rechtsordnung spezialisierten Professors wird man aufgrund der – bloßen – Lehrbefugnis für Rechtsvergleichung nicht die Sachverständigeneigenschaft für sämtliche Rechtsordnungen bescheinigen können. Umso weniger kann die grobe Fahrlässigkeit daran festgemacht werden, dass einem Laien oder dem Gericht des Hauptverfahrens das hätte auffallen müssen.²⁷⁴ Ob grobe Fahrlässigkeit gegeben ist, kann nicht danach beurteilt werden, ob das einem Laien oder dem Gericht auffällt – das hat mE nicht einmal Indizcharakter;²⁷⁵ insoweit geht es um eine Frage der Offenkundigkeit, auf die der Gesetzgeber gerade nicht abstellt.²⁷⁶ Maßgeblich ist ein „vernünftiger Gutachter“,²⁷⁷ ein Sachverständiger der betreffenden Disziplin²⁷⁸ bzw. bei Ärzten der jeweilige „Facharztstandard“.²⁷⁹ Grob fahrlässig ist die Unrichtigkeit eines erstellten Gutachtens, wenn elementare Erkenntnisse des Fachbereichs missachtet werden.²⁸⁰ Es ist gravierender, wenn methodisch falsch gearbeitet wird; eher hinzunehmen sind Messfehler aufgrund eines

²⁶⁹ *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 35.

²⁷⁰ Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 7.

²⁷¹ Dazu Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 1: Überdurchschnittliche Fähigkeiten und Erfahrungen für einen Sachverständigen verlangend.

²⁷² Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 31.

²⁷³ Darauf hinweisend *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (437).

²⁷⁴ *Schott* in FS Schlick (2015), 309 (312); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 22; so aber *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (72), um infinite Kettenprozesse mit der Einschaltung weiterer Sachverständiger zu verhindern; ebenso *Ulrich* BauSV 2010, 52, 54; *Morgenroth* DS 2010, 264 f.; OLG Rostock BeckRS 2006, 08823 = BauR 2006, 1337 = IBR 2006, 406 (*Schmidt*); OLG Celle DS 2010, 32 = IBR 2010, 63 (*Schwenker*): Besonders eingehende Darlegung grober Fahrlässigkeit, wenn das von zwei Gerichtsstufen nicht erkannt; OLG München NJW-Spezial 2010, 462 = IBR 2010, 539 (*Bleutge*): Verhalten dem Sachverständigen nicht anzulasten, weil auch dem LG und OLG im Vorprozess nicht aufgefallen.

²⁷⁵ AA *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18.

²⁷⁶ OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*).

²⁷⁷ *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (38); *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 35.

²⁷⁸ *Littbarski* VersR 2016, 154 (156); *Ollmann* FuR 2005, 150 (153).

²⁷⁹ *Thole* MEDSACH 2006, 93 (94).

²⁸⁰ *Ollmann* FuR 2005, 150 (153).

Versehens.²⁸¹ Die ungeprüfte Zugrundelegung von Empfehlungen eines Wirtschaftsverbandes ohne eigene gutachterliche Prüfung kann grobe Fahrlässigkeit bedeuten.²⁸² Bei einem ärztlichen Kunstfehler genügt nicht der Verweis auf ein Privatgutachten; vielmehr bedarf es der substantiierten Darlegung, worin die vermeintliche Nachlässigkeit liegt.²⁸³

32a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Besondere Zurückhaltung bei der Annahme grober Fahrlässigkeit ist angebracht, wenn es darum geht, dass der Sachverständige eine unzutreffende oder verkürzende Fragestellung des Gerichts nicht korrigiert,²⁸⁴ das Gericht seine Anleitungsfunktion nach § 404a ZPO nicht ausreichend erfüllt²⁸⁵ bzw. der Sachverständige Normen falsch auslegt,²⁸⁶ handelt es sich doch insofern um eine genuine Kompetenz des Gerichts: *lura novit curia!*

32b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Verwiesen sei weiter darauf, dass die Gerichte auch für die Frage, ob ein gerichtlich bestellter Sachverständiger wegen Befangenheit oder Überschreitung seines Auftrags, indem er sich in die rechtliche Beurteilung einmengt, den gleichen – strengen – Haftungsmaßstab nach § 839a anlegen,²⁸⁷ die Rechtsprechung zur Verwirkung des Entgeltanspruchs des gerichtlich bestellten Sachverständigen kann insoweit ergänzend herangezogen werden.²⁸⁸

33

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

²⁸¹ OLG Koblenz DS 2013, 107.

²⁸² LG Frankenthal BeckRS 2012, 03154: Nicht erforderlicher Weg einer Mängelbeseitigung durch einen Bausachverständigen.

²⁸³ OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (*Lehmann*).

²⁸⁴ Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 20.

²⁸⁵ Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 25.

²⁸⁶ OLG München NJW-Spezial 2010, 462 = IBR 2010, 539 (*Bleutge*): Sachverständiger hat zu viel in die DIN-Vorschrift hineininterpretiert.

²⁸⁷ OLG Köln BeckRS 2011, 23285: Verbale Entgleisung durch Verwendung von Kraftausdrücken (populärwissenschaftliche Laienphantasie, abstruse Behauptungen ohne Realitätsbezug) und Herabsetzung des Anspruchstellers (dieser solle als Antragsteller von Prozesskostenhilfe im Interesse des deutschen Steuerzahlers die Kosten nicht in unendliche Höhe treiben).

²⁸⁸ *Tödtmann/Schwab* DS 2012, 302 (305) unter Hinweis auf BGH NJW 1976, 1154.

--	--	--

Grobe Fahrlässigkeit²⁸⁹ ist gegeben, wenn Defizite besonders gravierend sind, wenn sie einem sorgfältigen Sachverständigen niemals passieren dürften, wenn also für einen solchen ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt worden sind²⁹⁰ oder der Patient nicht untersucht wurde, obwohl das Aufgabe des Sachverständigen gewesen wäre²⁹¹ oder er ungeprüft Angaben eines Beteiligten übernimmt.²⁹² Ein bloßer Hinweis, dass der Sachverständige die Person oder das Objekt nicht persönlich in Augenschein genommen habe, wird ihn mE nicht generell,²⁹³ sondern nur dort entlasten, wo das nicht Aufgabe des Gutachtens war oder er daran aufgrund äußerer Umstände gehindert war, wie das etwa bei einem Sachverständigen bei Erstellung eines Verkehrswertgutachtens der Fall sein kann, wenn ihm der Eigentümer den Zutritt verwehrt.²⁹⁴ Zugrunde zu legen ist dabei ein objektiver Maßstab.²⁹⁵ Der jeweilige Sachverständige kann sich somit nicht dadurch entlasten, dass er behauptet, dass zwar ein durchschnittlicher Sachverständiger seines Metiers das erkannt hätte, seine persönliche Beschränktheit das aber verhindert hat. Für einen solchen Maßstab spricht auch der systematische Standort im Anschluss an § 839, bei dem ebenfalls ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen ist.²⁹⁶ Ein weiteres Indiz für grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn der Sachverständige nach dem JVEG seinen Entgeltsanspruch verliert.²⁹⁷ Die überwiegende Ansicht verlangt aber, dass zum gravierenden Fehler ein schwerwiegender subjektiver Schuldvorwurf hinzutreten muss,²⁹⁸ wobei nicht einmal der Schluss von einem objektiv schweren Pflichtverstoß auf ein schweres subjektives

²⁸⁹ Ausführlich dazu *Schott* in FS Schlick (2015), 309 ff.

²⁹⁰ *Lesting* R&P 2002, 224 (226); *Zimmermann* BuW 2003, 154 (158); *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (245); Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 8; BGH VersR 1983, 729; OLG Schleswig NJW 1995, 791.

²⁹¹ Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 25 unter Hinweis auf RGZ 72, 175: Versuch, den Kläger – ohne Untersuchung – als geisteskrank entmündigen zu lassen; *Rixe* FPR 2012, 534 (536); vgl. aber KG NZV 2007, 462: Auf Verkehrsunfallsachen spezialisierte Kammer hat ausdrücklich gebilligt, dass bei Erstellung des Sachverständigengutachtens keine Gegenüberstellung der Fahrzeuge erfolgte.

²⁹² *Rixe* FPR 2012, 534 (536).

²⁹³ Zu weitgehend Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 25: Kenntlichmachung ausreichend.

²⁹⁴ OLG Celle BauR 2004, 1481; JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 15.

²⁹⁵ *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 61; *Zimmermann* BuW 2003, 154 (158); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 21; anders noch *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 75.

²⁹⁶ Schulze¹⁰/*Staudinger* § 839a Rn. 3.

²⁹⁷ MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 21; Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 25; JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 21.

²⁹⁸ *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 12; Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 26; JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 21; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 37; *Morgenroth* DS 2010, 264; *Volze* DS 2011, 201; *Rixe* FPR 2012, 534 (536); *Jannsen* r + s 2015, 161 (166); BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*); OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 24747 = OLG Saarbrücken 2009, 196; OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (*Lehmann*): OLG Jena DS 2013, 107.

Verschulden zulässig sein soll.²⁹⁹ Die Herabsetzung der im Arzthaftungsprozess geltenden Substanziierungslast gilt für die Inanspruchnahme des Gerichtssachverständigen nach § 839a nicht,³⁰⁰ weil der Regresskläger gegenüber jedem Sachverständigen in fachlicher Hinsicht unterlegen ist, die Inanspruchnahme eines medizinischen Sachverständigen somit keine Besonderheit ist.³⁰¹

34

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wenn *Wagner/Thole*³⁰² dafür plädieren, den Haftungsmaßstab an § 826 anzulehnen, so trete ich für einen strengeren Maßstab ein, der sich eher am Grenzbereich der leichten Fahrlässigkeit orientiert.³⁰³ Bei Sachverständigengutachten wird von Fachkollegen/-innen ohnehin ein weiter Bereich des Vertretbaren zugestanden, bei dem jegliche Haftung ausgeschlossen ist. Wenn dann ein Kunstfehler feststeht, der einem sorgfältigen Sachverständigen auch nicht ausnahmsweise passieren würde, sollte grobe Fahrlässigkeit bejaht werden. Zu bedenken ist, dass es zu einer Haftung ohnehin nur kommt, wenn der Geschädigte den Schaden nicht durch ein Rechtsmittel hätte abwenden können und zudem von ihm die Kausalität des Gutachtens auf die Entscheidung nachgewiesen werden muss. Da die Beurteilung, was als grobe Fahrlässigkeit anzusehen ist, eine Domäne des Tatrichters ist, die mit Revision nur beschränkt angreifbar ist,³⁰⁴ gibt es dazu nur ganz wenige BGH-Entscheidungen. Der Maßstab grober Fahrlässigkeit hängt nicht von den durch die Falschheit des Gutachtens drohenden Rechtsfolgen ab, so dass er auch bei Beeinträchtigungen der Persönlichkeit oder Freiheit nicht deshalb ein strengerer ist.³⁰⁵

²⁹⁹ *Volze* DS 2011, 201 (203).

³⁰⁰ *Schott* in FS Schlick (2015), 309 (314) unter Bezugnahme auf § 630h.

³⁰¹ BGH VersR 2020, 572.

³⁰² *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (278 f.); ähnlich *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908): Es sei zu hoffen, dass die Rechtsprechung die Grenzziehung nicht zulasten der gerichtlichen Sachverständigen vornehmen werde; ebenso *Schöpflin* zfs 2004, 241 (245): Grobe Fahrlässigkeit nur, wenn der Gutachter gegen elementare Regeln der Gutachterstellung in besonders schwerem Maß verstößt – muss wirklich beides gegeben sein?

³⁰³ Dafür nachdrücklich *Jung* ZVgIRWiss 2008, 32 (58) mit zu Recht kritischem Hinweis auf OLG Koblenz VersR 2007, 960 = DS 2007, 193 = IBR 2007, 588 (*Ulrich*): Grobe Fahrlässigkeit verneint, weil bloß Druckfehler. Dies als „nachvollziehbar“ qualifizierend *Morgenroth* DS 2010, 264 (265). Zum Ermessenspielraum im Rahmen der Abgrenzung von grober und leichter Fahrlässigkeit *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (76).

³⁰⁴ BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (*Volze*); BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 40.

³⁰⁵ *Schott* in FS Schlick (2015), 309 (312); *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 35e.

VI. Kausalität

35

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	Kausalität	ff.

Voraussetzung ist, dass der Anspruchsteller den Tatbestand beweisen kann, auf den er seinen Anspruch stützt, wenn das Sachverständigengutachten vom Gericht bloß zum Umfang des Ersatzanspruchs eingeholt wurde.³⁰⁶ Nimmt die gerichtliche Entscheidung in der Beweiswürdigung auf das für die streitige Frage eingeholte Sachverständigengutachten Bezug, wird der Nachweis der Kausalität typischerweise leicht fallen.³⁰⁷ Dass sich die Entscheidung auch auf andere Beweismittel stützt, schließt die Anwendung des § 839a nicht aus,³⁰⁸ Mitursächlichkeit³⁰⁹ reicht ebenso³¹⁰ wie der Umstand, dass nur Teile der Entscheidung auf dem (falschen) Gutachten beruhen.³¹¹ Die fehlende Bezugnahme der Entscheidung auf das Gutachten, wie etwa bei einem nach § 313a ZPO, schließt einen solchen Nachweis nicht a priori aus.³¹² Das gerichtliche Sachverständigengutachten wird in der Routine des forensischen Alltags als vollständig überzeugendes Beweismittel sui generis eingestuft.³¹³ Prima facie ist davon auszugehen, dass ein Gericht ein Sachverständigengutachten, wenn es schon auf Kosten der Parteien eingeholt wird, auch verwertet.³¹⁴ Ohne ausdrückliche Bezugnahme wird der Beweis schwieriger zu führen sein, namentlich dann, wenn eine Entscheidung ohne Tatbestand und

³⁰⁶ OLG München BeckRS 2011, 19455: Kein Nachweis einer Gewalttat durch die Klägerin, ärztliche Begutachtung nicht auf Nachweis der Verursachung gerichtet.

³⁰⁷ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908).

³⁰⁸ *Lesting* R&P 2002, 224 (227); *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 27; möglicherweise aA *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 18: Erforderlich Verwertung im Wege des Sachverständigenbeweises, bloße urkundsbeweisliche Verwertung nicht ausreichend; ebenso *BeckOGK/Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 47; *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18: Häufig Entscheidung nicht ausschließlich bzw. im Wesentlichen auf den Erwägungsgründen des Sachverständigen beruhend.

³⁰⁹ BGH NJW-RR 2018, 1364 = GesR 2018, 775 (*Becker-Wulf*) = IBR 2018, 233 (*Ulrich*); *Bayerlein* in *Bayerlein*, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 15, 33; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 27; *BeckOGK/Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 46; *Schöpflin* zfs 2004, 241 (244); *R. Schwab* DS 2005, 132 (135); *Ollmann* FuR 2005, 150 (153); *Thole* MEDSACH 2006, 93 (96).

³¹⁰ Kritisch *Littbarski* VersR 2016, 154 (157): Dadurch werde die Haftungsprivilegierung des § 839a zu stark eingeschränkt.

³¹¹ *R. Schwab* DS 2005, 132 (135); *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (79); *Morgenroth* DS 2010, 264 (265).

³¹² So aber *Ady* ZGS 2002, 237 (241); aA *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 80; *Zimmermann* DS 2007, 367 (370).

³¹³ *Ulrich* BauSV 2010, 52, 53.

³¹⁴ Auf den Verwertungszwang des Gerichts hinweisend *R. Schwab* DS 2005, 132 (136).

Entscheidungsgründe ergeht, wie das bei einem Urteil nach § 313a ZPO,³¹⁵ einem Anerkenntnis-³¹⁶ und Verzichtsurteil³¹⁷ sowie einem Versäumnisurteil der Fall ist.³¹⁸ Der Geschädigte muss dann auf andere Weise die Kausalität des falschen Sachverständigengutachtens für die ihn beschwerende Entscheidung nachweisen. Auf das Sitzungsprotokoll wird er kaum zurückgreifen können,³¹⁹ weil dieses als Internum dem Geschädigten nicht zugänglich sein wird. Bei der Anwaltshaftung ist maßgeblich, wie das Gericht dann richtigerweise entscheiden hätte müssen, nicht wie es tatsächlich entschieden hätte.³²⁰ In Amtshaftungssachen wird in Bezug auf die Kausalität der Pflichtverletzung auf die richtige Entscheidung abgestellt; hinsichtlich der Einlegung des hypothetischen Rechtsmittels aber auf den tatsächlichen Verlauf.³²¹ Diesen Grundsatz hat der BGH³²² auf § 839a übertragen, wobei freilich mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen ist, dass der tatsächliche Verlauf bei Einlegung eines Rechtsmittels nach der objektiv zutreffenden Rechtslage zugrunde zu legen ist, was der Sache nach auf einen Anscheinsbeweis hinausläuft.³²³ Dass das Gericht des Hauptverfahrens abweichend von der wahren Rechtslage entschieden hätte, steht wohl zur Beweislast des Geschädigten. Besonders überzeugend erscheint diese Differenzierung mE nicht. Bei einem falschen aussagepsychologischen Gutachten stellt der BGH³²⁴ darauf ab, wie das Gericht bei Vorlage eines richtigen Gutachtens richtigerweise entscheiden hätte müssen. Einer Zeugenbefragung des Richters des Vorprozesses bedarf es daher nicht.³²⁵ Dass der Erwerber selbstverantwortlich eine Entscheidung im Zwangsversteigerungsverfahren getroffen hat und ihm der Zuschlag erteilt wird, schließt die Kausalität ebenfalls nicht aus.³²⁶

36

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

³¹⁵Zimmermann BuW 2003, 154 (159).

³¹⁶Thole MEDSACH 2006, 93 (96).

³¹⁷MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 30.

³¹⁸Für die Anwendung des § 839a in solchen Fällen BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 56.

³¹⁹So aber Brückner/Neumann MDR 2003, 906 (908).

³²⁰BGHZ 163, 223 = NJW 2005, 3071 = JZ 2006, 198 (Mäsch); BGHZ 133, 110 = NJW 1996, 2501; Kilian VersR 2003, 683 (687) unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung.

³²¹BGHZ 156, 294 = NJW 2004, 1241.

³²²BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (Walker/Kraft) = IBR 2007, 528 (Schwenker).

³²³MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 41; OLG Celle BeckRS 2011, 25989; OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280.

³²⁴BGH NJW-RR 2018, 1364 = GesR 2018, 775 (Becker-Wulf) = IBR 2018, 233 (Ulrich) unter Hinweis auf die vereinzelt gebliebene Gegenansicht von Mäsch AnwBl 2009, 855 (858); NJW-RR 2010, 1465.

³²⁵OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (Ulrich); Ulrich IBR 2018, 233.

³²⁶BGHZ 166, 313 = NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285 (Ulrich) = Rpfleger 2006, 553 (Alff); MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 29.

--	--	--

Bedeutsam ist, welches Beweismaß für den Nachweis des Geschädigten verlangt wird, dass die Entscheidung ohne das falsche Gutachten weniger belastend für ihn ausgefallen wäre. Vertreten wird, dass kein vernünftiger Zweifel bestehen dürfe, dass die Entscheidung ohne die Unrichtigkeit des Gutachtens einen anderen Inhalt gefunden hätte.³²⁷ Da es sich um einen Fall der psychischen Kausalität handelt, ist das zu streng.³²⁸ Umgekehrt findet sich die Ansicht, dass es ausreicht, dass eine andere Entscheidung nicht auszuschließen sei.³²⁹ Das ist mE zu wenig. Erforderlich ist zumindest der Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit einer für den Geschädigten günstigeren Entscheidung, weil nur auf diese Weise dem Umstand Rechnung getragen wird, dass der Geschädigte bei einem Schadensersatzanspruch die Beweislast für die Kausalität zu tragen hat.³³⁰ Beweiserleichterungen nach § 287 ZPO werden für „denkbar“ erachtet.³³¹ Zutreffend ist, dass an die Kausalität umso strengere Anforderungen zu stellen sind, je geringer die Differenz zwischen einem vom Sachverständigen ermittelten und dem tatsächlichen Verkehrswert ist.³³²

37

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Unterschiedlich beurteilt wird, ob der Anspruch nach § 839a ausgeschlossen ist, wenn das Gericht die Unrichtigkeit des Gutachtens selbst hätte erkennen können oder es durch entsprechendes Vorbringen der Parteien hinreichend deutlich darauf hingewiesen worden ist. In einem solchen Falle sei das Gutachten zwar falsch, aber ursächlich für die unrichtige Entscheidung sei die Sorglosigkeit des Gerichts.³³³ Auch in diesen Konstellationen hat es mE bei der Einstandspflicht des Sachverständigen zu bleiben, weil sein falsches Gutachten jedenfalls mitursächlich war und weitere Ursachen nicht dazu führen, ihn zu entlasten.³³⁴ Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs ist zu verneinen.³³⁵ Anderes gilt nur, wenn das

³²⁷Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 10.

³²⁸Zum herabgesetzten Beweismaß generell in solchen Fällen Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 50; gegen einen strengen Beweismaßstab auch R. Schwab DS 2005, 132 (135).

³²⁹Palandt⁷⁹/Sprau § 839a Rn. 4; Kilian VersR 2003, 683 (686 f.); Ollmann FuR 2005, 150 (153); Jung ZVglRWiss 2008, 32 (38).

³³⁰In diesem Sinn wohl Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 10: Kein vernünftiger Grund, dass Entscheidung ohne Unrichtigkeit des Gutachtens anders ausgefallen wäre.

³³¹Staudinger/Wöstmann (2013), § 839a Rn. 28; für die Anwendbarkeit des § 287 ZPO explizit BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397 = DS 2014, 57 (Volze).

³³² OLG Braunschweig BeckRS 2017, 105338: In concreto 2.000 EUR bzw. 0,78 %.

³³³Zimmermann BuW 2003, 154 (159).

³³⁴MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 28; Thole MEDSACH 2006, 93 (96); OLG München BeckRS 2012, 14834; vorsichtig in diese Richtung tendierend Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 10.

³³⁵OLG Oldenburg NJW-RR 1996, 666; R. Schwab DS 2005, 132 (136); Rixe FPR 2012, 534 (537).

Begehren aus anderen Gründen, etwa wegen Verjährung, abgewiesen wird.³³⁶ Hat das unrichtige Gutachten aber keinen Einfluss auf die Entscheidung, weil etwa in einem familienrechtlichen Verfahren betreffend Sorge- und Umgangssachen regelmäßig eine Kostenaufteilung nach Billigkeit im Ausmaß von 50:50 unter Ausklammerung der Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Kosten vorgenommen wird, besteht kein Ersatzanspruch gegen den Gerichtssachverständigen.³³⁷

VII. Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839a bloß bei gerichtlicher Entscheidung – keine Anwendung bei Klagerücknahme oder Vergleich

1. (Gut gemeinte) Intention des Gesetzgebers: Vermeidung der Schwierigkeiten des Nachweises der Kausalität

38

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	gerichtliche Entscheidung	ff.
Gerichtssachverständige	Kausalität	ff.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 839a kommt eine Haftung des Gerichtssachverständigen nur bei einer Entscheidung des Gerichts in Betracht, nicht aber bei einer Rücknahme einer Klage oder eines Rechtsmittels³³⁸ oder einem Vergleich.³³⁹ Das gilt selbst dann, wenn der Geschädigte diese Maßnahme im Lichte des Sachverständigengutachtens gesetzt hat und das auch nachweisen kann.³⁴⁰ Das ist kein ausgerissener Ausnahmefall, kommt es doch nach einem Sachverständigengutachten in 30 % der Verfahren vor dem LG zu einem Vergleich.³⁴¹ Der Gesetzgeber wollte damit die Fälle ausklammern, in denen mangels Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten in der Beweiswürdigung der Entscheidung dem Geschädigten der Nachweis der Kausalität schwerfällt.³⁴² Mit eben jenen Problemen muss sich der Geschädigte nämlich auch bei so manchem Urteil herumschlagen (→ Rn. 35), ohne dass bei diesem die Schwierigkeiten für unüberwindbar angesehen werden.³⁴³ *Katzenmeier*³⁴⁴ bringt es auf den

³³⁶ *Jannsen*, r + s 2015, 161 (166).

³³⁷ OLG Brandenburg NZFam 2015, 1071.

³³⁸ Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 20; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 54; aA JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 19.

³³⁹ OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216.

³⁴⁰ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908).

³⁴¹ *Kilian* VersR 2003, 683 (686); *R. Schwab* DS 2005, 132 (134); *Thole* AnwBI 2006, 91 (92).

³⁴² BT-Drs. 14/7752, 28; *Karczewski* VersR 2001, 1070 (1076); *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908) Fn. 19; *Schöpfli* zfs 2004, 241 (244); Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839a Rn. 9.

³⁴³ *Kilian* ZGS 2004, 220 (225).

³⁴⁴ *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (77).

Punkt, wenn er darauf hinweist, dass solchen Beweisschwierigkeiten generell durch Beweiserleichterungen begegnet wird, nicht aber durch eine Versagung des Anspruchs.³⁴⁵ Infolge des eindeutigen Willens des Gesetzgebers, die Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839a auf Fälle gerichtlicher Entscheidungen zu beschränken, soll eine analoge Anwendung der Norm auf diese Fälle im Ausgangspunkt nicht in Betracht kommen. Welche Rechtsfolgen ergeben sich aber stattdessen und welche Auswirkungen hat das auf die gütliche Streitbeilegung?

2.Rechtsfolgen

39

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass die Intention des § 839a, eine abschließende Regelung treffen zu wollen, bewirke, dass jeglicher sonstige Anspruch gegen den Sachverständigen bei einem Vergleich ausgeschlossen sei.³⁴⁶ Dem ist aber schon deshalb nicht zu folgen, weil das dem Geist der Entscheidung des BVerfG³⁴⁷ zum Fall Weigand widersprechen würde³⁴⁸ und eine Sperrwirkung sich bloß auf die vom Tatbestand erfassten Sachverhalte erstrecken kann, nicht aber auch auf solche, auf die er sich gar nicht bezieht.³⁴⁹ Was allein diskutabel erscheint, das ist, ob die dem § 839a entnehmbare Wertung Auswirkungen auf die Beurteilung allgemeiner Schadensersatzansprüche hat. Das ist allerdings zu bejahen. Sieht man die Differenzierung zwischen beeideten und nicht beeideten Gerichtssachverständigen für die Haftung als unpassend an, wäre es widersprüchlich, würde man auf dieses Kriterium für die Haftung des Gerichtssachverständigen bei einem Vergleich der Prozessparteien zurückgreifen.³⁵⁰ Was verbleibt, ist ein Anspruch nach § 826,³⁵¹ der sich von dem nach § 839a insoweit unterscheidet, dass der Haftungsmaßstab strenger ist und die schuldhafte Unterlassung der Ergreifung eines Rechtsmittels nicht zum Wegfall jeglichen Anspruchs führt (Culpakompensation), sondern bloß zu einer Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens gem. § 254. Nach Abschluss des Manuskripts hat der BGH³⁵² freilich den gordischen Knoten durchschlagen, indem er sich über die Gesetzesmaterialien hinweggesetzt hat und das stimmige und ausgewogene Haftungskonzept des § 839a auch auf den Abschluss eines Vergleichs angewendet hat.

³⁴⁵Ebenso *Thole* AnwBl 2006, 91 (92).

³⁴⁶*Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); Palandt⁷⁹/*Sprau*, § 839a Rn. 4; OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216.

³⁴⁷BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.

³⁴⁸Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 34.

³⁴⁹Das läuft dann aber der Sache nach doch wieder auf eine analoge Anwendung hinaus; ähnlich *Kilian* ZGS 2004, 220 (225).

³⁵⁰So aber *Cahn*, Schadensersatzrecht, Rn. 158.

³⁵¹So OLG Koblenz MedR 2016, 143: § 826 möglich, in concreto dafür aber kein ausreichend substantiiertes Vorbringen.

³⁵²BGH NJW 2020, 2471 (*Finkelmeier*) = VersR 2020, 1324 (*Thora*).

Dagegen wurden methodenrechtliche Bedenken erhoben, weil es an einer planwidrigen Gesetzeslücke fehle und der BGH aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht berechtigt sei, sich über den eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers hinwegzusetzen.³⁵³ Das mag sein. Das vom BGH erzielte Ergebnis wird freilich für stimmig und überzeugend erachtet. Eine detaillierte Auseinandersetzung muss an dieser Stelle unterbleiben. Dem BGH ist jedenfalls zu bescheinigen, dass er nicht leichtfertig so entschieden hat, sondern nach Abwägung aller anderen Rechtsfolgen, die zu wesentlich größeren Verwerfungen führen würden, eine Analogie zu § 839a bejaht hat. Es bleibt abzuwarten, ob es sich um eine Einzelentscheidung handelt oder der BGH diese – jedenfalls vom Ergebnis her überzeugende – Linie fortführt.

40

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Einen Ausweg aus dem vom Gesetzgeber geschaffenen Dilemma hat freilich *Wagner*³⁵⁴ aufgezeigt, der in einer Vielzahl der Fälle aus der Patsche helfen kann. Er weist darauf hin, dass ein Vergleich nicht rechtskräftig werde, vielmehr nach § 779 entfalle und darüber hinaus eine Beseitigung bzw. Anpassung nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 in Betracht komme.³⁵⁵ Der vom Gesetzgeber als prohibitiv angesehene Nachweis der Ursächlichkeit des fehlerhaften Gerichtsgutachtens für den Inhalt des Vergleichs stellt sich indes bei den §§ 779, 313 in gleicher Weise.³⁵⁶ *Staudinger*³⁵⁷ meint deshalb (zu Unrecht?), dass § 779 nur selten einen Ausweg biete.³⁵⁸ Ein Anspruch bestehe in solchen Fällen nicht gegen den Sachverständigen, sondern gegen den Anfechtungsgegner. Nur wenn der Anspruch gegen diesen nicht mehr durchsetzbar sei, zum Beispiel weil dieser insolvent ist, komme ein Schadensersatzanspruch gegen den Sachverständigen in analoger Anwendung des § 839a in Betracht.³⁵⁹ Das ist zwar von der Warte der Methodenlehre fragwürdig, weil der Gesetzgeber diesen Fall bewusst nicht dem § 839a unterwerfen wollte;³⁶⁰ freilich hat er ebenso die Differenzierung zwischen beeideten und uneideten Sachverständigen abgelehnt und auch sonst keine sachgerechte Lösung angeboten, so dass wegen der unzutreffenden Einschätzung

³⁵³ *Finkelmeier*, NJW 2020, 2474; *Thora*, VersR 2020, 1326, 1327.

³⁵⁴ MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 25.

³⁵⁵ So auch OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216; skeptisch allerdings Schulze¹⁰/Staudinger § 839a Rn. 4.

³⁵⁶ MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 25 Fn. 92.

³⁵⁷ Schulze¹⁰/Staudinger § 839a Rn. 4.

³⁵⁸ Ebenso *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (78 Fn. 76); weitergehend *Thole* AnwBl 2006, 91 (92): Partielle Remedur mit dem zusätzlichen Hinweis, dass durch die Unwirksamkeitsfolge des § 779 nicht zwingend jeder Schadenseintritt verhindert werde.

³⁵⁹ MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 25.

³⁶⁰ *Kilian* ZGS 2004, 220 (225); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (244).

der Rechtslage durch den – historischen – Gesetzgeber eine Einstandspflicht nur bei grober Fahrlässigkeit in Entsprechung der Wertung des § 839a gleichwohl zu befürworten ist.³⁶¹

40a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Rechtsfolgen für den Vergleich gelten auch für eine Klagerücknahme und eine Erklärung der Parteien vor Gericht, die Hauptsache übereinstimmend für erledigt zu erklären,³⁶² während man bei einem in Beschlussfassung gegossenen Vergleichsvorschlag des Gerichts gemäß § 278 Abs. 6 ZPO bzw. 106 VwGO – gerade noch – eine gerichtliche Entscheidung als gegeben ansehen kann.³⁶³ Das gilt auch für ein Versäumnisurteil sowie Verzichts- (§ 306 ZPO) bzw. Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO)³⁶⁴ ebenso wie für eine Rücknahme eines Rechtsmittels.³⁶⁵ Einzuräumen ist, dass in all diesen Fällen der staatliche Hoheitsakt eine Folge der privatautonomen Parteiengestaltung ist; freilich ist das ebenso, wenn im Laufe des Verfahrens bestimmte Umstände außer Streit gestellt werden und anschließend ein Endurteil ergeht.³⁶⁶ Wenn man § 839a als im Wesentlichen gelungene Rechtsnorm ansieht, spricht das dafür, ihren Anwendungsbereich möglichst weiträumig zu gestalten.³⁶⁷ Über die rechtspolitisch unsinnige Ausklammerung des Prozessvergleichs³⁶⁸ in den Materialien besteht Einigkeit in der Literatur.³⁶⁹ Dazu kommt, dass die – vom Gesetzgeber gewollte? – haftungsrechtliche Schlechterstellung des

³⁶¹So auch *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (46); aA *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17 (18); gegen jeglichen Haftungsausschluss bis auf § 826 auch *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 19.

³⁶²*Volze* DS 2011, 201 (203).

³⁶³JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 20: „Es kann alsdann keinen Zweifel daran geben, dass ein Beschluss gem. § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO eine gerichtliche Entscheidung iSd § 839a Abs. 1 BGB ist.“; aA *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 34.

³⁶⁴*Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 35; *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (44) FN 93; aA *Staudinger/Wöstmann* (2013) Rn. 21.

³⁶⁵MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 26.

³⁶⁶*Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 38; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 23; *BeckOGK/Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 46.

³⁶⁷Noch weitergehend *JurisPK*⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 22: Gerichtliche Entscheidung auch dann, wenn Vergleich der Parteien durch Gericht bloß protokolliert.

³⁶⁸*Rixe* FPR 2012, 534 (537): Anders jedenfalls für den gerichtlich gebilligten Vergleich, weil die Billigung – etwa durch das Familiengericht – angesichts der fehlenden Dispositionsbefugnis der Beteiligten konstitutive Bedeutung hat.

³⁶⁹MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 25; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 19; *BeckOGK/Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 49; *Bayerlein* in *Bayerlein*, Praxishandbuch⁵ § 34 Rn. 23 ff.; *R. Schwab* DS 2005, 132 (134); *Häsemeyer* in *FS Laufs* (2006), 569, 572; *Katzenmeier* in *FS Horn* (2006), 67 (77); *Thole* AnwBl 2006, 91 (92); *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (45).

Geschädigten gegenüber dem Gerichtssachverständigen dem Anreiz zur gütlichen Streitbereinigung als Beitrag zur Justizentlastung diametral zuwiderläuft.³⁷⁰

3. Auswirkungen für die gütliche Regulierung

41

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	außergerichtliche Regulierung	

Der Ausschluss der Haftung des Sachverständigen nach § 839a ist als kontraproduktiv für eine vom Gesetzgeber stets als wünschenswert angesehene gütliche Streitbeilegung erachtet worden;³⁷¹ und darüber hinaus als Haftungs- bzw. Regressfall für den Anwalt des Geschädigten, wenn dieser zu einem Vergleich rät.³⁷² Im Lichte der unterschiedlich passiv Legitimierten bei einem Urteil und bei einem Vergleich muss der Ratschlag des Sachverständigen zu einem Vergleich stets mit größter Zurückhaltung aufgenommen werden, bewirkt dieser doch auch, dass er damit seine Haftung weitgehend beseitigt.³⁷³ So wenig folgerichtig und sachlich berechtigt die Differenzierung auch ist, so werden die diesbezüglichen Auswirkungen doch überschätzt. Ein Schaden tritt nämlich nur dann ein, wenn eine Restitution gegenüber dem Prozessgegner nicht gelingt, was etwa dann der Fall ist, wenn dieser zwischenzeitig insolvent geworden ist. Demgegenüber ist zu bedenken, dass eine Beseitigung eines Vergleichs lediglich an den objektiven Umstand des kausalen fehlerhaften Gerichtssachverständigengutachtens anknüpft; darauf, dass dem Gerichtssachverständigen diesbezüglich grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, kann es für die Anfechtbarkeit des Vergleichs nicht ankommen, so dass die Chancen der Überwälzung des eingetretenen Schadens insoweit sogar größer sind. Dessen ungeachtet wird vor einem Vergleichsschluss der Anwalt der Partei über diese unterschiedlichen Rechtsfolgen, nämlich mögliche Ansprüche gegen den Prozessgegner bzw. Vergleichspartner einerseits oder den Gerichtssachverständigen andererseits, stets aufklären müssen,³⁷⁴ unabhängig davon, ob für ihn Anhaltspunkte bestehen, dass das Sachverständigengutachten falsch sein könnte.³⁷⁵

VIII. Unzulässigkeit der Streitverkündung an den Sachverständigen

41a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

³⁷⁰ *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (78); treffend *Thole* AnwBI 2006, 91 (92): „Bremsklotz für derartige Instrumente prozessökonomischer Verfahrenserledigung“.

³⁷¹ *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 86; Schulze¹⁰/*Staudinger* § 839a Rn. 4.

³⁷² *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 429; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908); *Kilian* VersR 2003, 683 (686); *Thole* AnwBI 2006, 91 (92).

³⁷³ *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 87.

³⁷⁴ Schulze¹⁰/*Staudinger* § 839a Rn. 4; *Gaidzik* MEDSACH 2004, 129 (131).

³⁷⁵ AA, nämlich nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit des Gutachtens *Schöpflin* zfs 2004, 241 (244).

Wenn Befangenheitsanträge gescheitert sind, hat so manche Partei versucht, den Sachverständigen auf andere Art und Weise aus dem Verfahren zu drängen. Sie hat ihm den Streit verkündet und ihn aufgefordert, sich dem Verfahren als Nebenintervenient – der Gegenpartei – anzuschließen. Das wurde in der Literatur als „prozessualer Versuchsballon“³⁷⁶ oder „prozessuale Pestbeule“³⁷⁷ geißelt. Der haftpflichtversicherte Sachverständige ist aufgrund des Versicherungsvertrags bzw. der diesem zugrunde liegenden allgemeinen Versicherungsbedingungen bei sonstigem Risiko des Verlustes seines Deckungsanspruchs gem. § 153 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 VVG sowie § 5 Nr. 2 Abs. 4 und § 6 AHB gezwungen, diesen Umstand dem Haftpflichtversicherer zu melden.³⁷⁸ Um über den weiteren Verlauf des Verfahrens und eine drohende Inanspruchnahme in Kenntnis gesetzt zu werden, hat der Haftpflichtversicherer häufig die Weisung erteilt, dass der Sachverständige sich dem Verfahren als Streithelfer anschließen soll. Der Sachverständige, der diese Weisung befolgt hat, wurde dann – jedenfalls auf Antrag des Streitverkünders – in der Folge als befangen erklärt³⁷⁹ mit der Folge, dass sein Gutachten nicht mehr für das Verfahren verwertet werden konnte.³⁸⁰ Dem Sachverständigen drohte die Gefahr, seinen Entgeltsanspruch zu verlieren. Der Haftpflichtversicherer des Sachverständigen hatte damit sein Ziel erreicht, weil durch einen Verzicht auf die Verwertung des Gutachtens eine Haftung nach § 839a nicht in Betracht kommt. Der Streitverkünder hat in einem solchen Fall die mit der Streitverkündung in Wahrheit gewollte Wirkung auch erreicht, weil das Gericht einen neuen Sachverständigen bestellen muss, der womöglich eine dem Streitverkünder genehmere Position einnimmt. Dessen ungeachtet wurde dem Sachverständigen, der durch die Streitverkündung zwischen die Stühle gerät,³⁸¹ die Handlungsempfehlung gegeben, dem Rechtsstreit nicht als Nebenintervenient beizutreten.³⁸² Ob es einer gesetzlichen Abhilfe bedurfte, wurde unterschiedlich beurteilt.³⁸³

41b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

³⁷⁶ *J. Kaiser* NJW 2007, 123.

³⁷⁷ *Kamphausen* IBR 2005, 270.

³⁷⁸ *Volze* DS 2005, 298; *Ulrich* BauR 2006, 724 (728); eine solche Rechtsfolge – mE zu Unrecht – bestreitend *Rickert* DS 2005, 214 (216).

³⁷⁹ So der Sachverhalt von OLG Bamberg BeckRS 2006, 03344 = OLGR Bamberg 2006, 448 = IBR 2006, 306 (*Götte*).

³⁸⁰ Dazu BGH NJW-RR 2006, 1121: Kein gesetzlicher Ausschließungsgrund wegen Befangenheit; ein entsprechender Antrag war nicht gestellt worden.

³⁸¹ *Volze* DS 2005, 14.

³⁸² *Rickert* DS 2005, 214 (216); *R. Schwab* DS 2006, 20 (21).

³⁸³ Für eine Abhilfe durch den Gesetzgeber *Jacobs* (Geschäftsführer des Bundesverbandes öffentlich bestellter und vereidigter sowie qualifizierter Sachverständiger), DS 2006, 22; dagegen *Spitzer* DS 2006, 144 (145 ff.); *ders.* MDR 2006, 908 (912); *Ulrich* BauR 2006, 724 (730).

Umstritten war die Zulässigkeit einer solche Streitverkündung.³⁸⁴ Vertreten wurde, dass der Gerichtssachverständige nicht Dritter im Sinn des § 72 ZPO sei³⁸⁵ oder die Streitverkündung wegen der Rechtsmissbräuchlichkeit schon eine Zustellung zu unterbleiben habe, obwohl die Wirkungen grundsätzlich erst im Folgeprozess zu prüfen seien. Nachdem nach schwankender Judikatur der OLG³⁸⁶ der BGH³⁸⁷ schon die Zustellung für rechtswidrig und unwirksam erklärt hat, hat schlussendlich der Gesetzgeber eingegriffen und in § 72 Abs. 2 ZPO eine Anordnung getroffen, wonach eine Streitverkündung gegenüber dem Gerichtssachverständigen unzulässig ist.³⁸⁸ Dadurch wird vermieden, dass der Sachverständige als Gehilfe des Gerichts aus dem Prozess gedrängt und die prozessuale Aufgabenverteilung auf den Kopf gestellt wird.³⁸⁹ So sehr es sich bei der Neuregelung um eine Forderung des Berufsverbandes der Sachverständigen handelte, ging es nicht nur um deren Interessen, sondern auch um einen Beitrag zur Beschleunigung gerichtlicher Verfahren.³⁹⁰ Die Anwendung des § 72 Abs. 2 ZPO auf Folgeprozesse wird für sinnvoll erachtet.³⁹¹

41c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
----------------	----------------	--------

³⁸⁴Dafür *Bockholdt* NJW 2006, 122 ff.; *Weise* NJW-Spezial 2006, 165; *Ulrich* BauR 2006, 74 (727).

³⁸⁵*Böckermann* MDR 2002, 1348 ff.; *Rickert/König* NJW 2005, 1829 ff.; *Tischler* DS 2006, 165 ff.; *Bamberger/Roth/Reinert* (52. Edition), § 839a Rn. 13; *Ulrich* BauR 2006, 724 (729 f.); aA *Bockholdt* NJW 2006, 122.

³⁸⁶OLG Frankfurt DES 2005, 30 = IBR 2005, 124: Von Amts wegen Ausscheiden des Sachverständigen nach Erklärung des Beitritts wegen Befangenheit; OLG München IBR 2006, 239 (*Kamphausen*): Keine Zustellung der Streitverkündung wegen Rechtsmissbrauchs; OLG Celle DS 2006, 113 = IBR 2006, 61 (*Wolff*): Zurückweisung der Beschwerde des Sachverständigen, die erfolgte Streitverkündung für unwirksam zu erklären; OLG Celle DS 2006, 113 = IBR 2006, 61 (*Wolff*): Zustellung zulässig, nachteilige Wirkungen für den Sachverständigen aber erst durch Erklärung des Beitritts; OLG Koblenz BauR 2006, 144 = BauR 2006, 121 (*Kamphausen*): Unwirksamerklärung der erfolgten Zustellung der Streitverkündung an den Sachverständigen; OLG Bamberg BeckRS 2006, 03344 = OLG Bamberg 2006, 448 = IBR 2006, 306 (*Götte*): Ablehnungsantrag infolge Beitritts nach Streitverkündung begründet, aber zuvor erstattetes Gutachten dennoch verwertbar; OLG Stuttgart NJOZ 2006, 2289 = IBR 2006, 305 (*Häußermann*): Zustellung der Streitverkündung unzulässig, weil gerichtlicher Sachverständiger nicht Dritter im Sinn von § 72 ZPO; OLG Brandenburg BeckRS 2006, 12569: Keine Zustellung der Streitverkündung wegen Rechtsmissbrauchs.

³⁸⁷Offenlassend noch BGH BeckRS 2005, 04008 = BauR 2005, 899 = IBR 2005, 270 (*Kamphausen*); deutlich aber BGHZ 168, 380 = NJW 2006, 3214 = jurisPR-BGHZivilR 40/2006 Anm. 1 = jurisPR extra 2006, 242 (*Geisler*) = IBR 2006, 653 (*Ulrich*) mit Besprechungsaufsatz *J. Kaiser* NJW 2007, 123 ff.: Keine Zustellung der Streitverkündung an den Sachverständigen; BGH NJW 2007, 919 = IBR 2007, 100 (*Mayer*): Unzulässigerklärung einer bereits erfolgten Zustellung einer Streitverkündung.

³⁸⁸*Jacobs* DS 2006, 204 f.

³⁸⁹BGHZ 168, 380 = NJW 2006, 3214 = jurisPR-BGHZivilR 40/2006 Anm. 1 = jurisPR extra 2006, 242 (*Geisler*) = IBR 2006, 653 (*Ulrich*) mit Besprechungsaufsatz *Kaiser* NJW 2007, 123.

³⁹⁰*Bleutge* DS 2007, 91.

³⁹¹*Volze* DS 2014, 83 (85).

Da die Streitverkündung unzulässig ist, wird man die Verjährung des Schadenersatzanspruchs erst mit der rechtskräftigen Entscheidung beginnen lassen dürfen.³⁹² Denn es wäre wenig effizient, dem Geschädigten eine Streitverkündung gegen den Sachverständigen zu versagen, die Verjährung des Anspruchs des Geschädigten gegen den Sachverständigen aber bereits mit der ersten – nicht rechtskräftigen – Entscheidung des Hauptprozesses beginnen zu lassen. Der Geschädigte wäre dann gehalten, gegen den Sachverständigen zu einem Zeitpunkt mit einer Feststellungsklage zur Abwendung der Verjährung vorzugehen, noch ehe feststeht, ob er überhaupt einen Schaden erleidet. Dafür spricht auch das Gebot der Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes; verjährungsrechtlich liegt eine Hemmung vor.³⁹³ Mangels – endgültigen – Feststehens des Eintritts eines Schadens ist bei Ergreifens eines Rechtsmittels mE nicht bloß eine Hemmung der Verjährung zu sehen;³⁹⁴ vielmehr ist vor der endgültigen rechtskräftigen Entscheidung – jedenfalls im Regelfall – noch gar kein Schaden eingetreten. Auf der gleichen Linie liegt das Verbot eines selbstständigen Beweisverfahrens des Geschädigten gegen den Sachverständigen gemäß § 485 Abs. 2 ZPO, noch ehe das Hauptverfahren rechtskräftig beendet ist.³⁹⁵ Zudem muss der Geschädigte Kenntnis – oder grob fahrlässig Unkenntnis – vom grob fahrlässigen Fehlverhalten des Sachverständigen haben, das zum Schaden geführt hat; maßgeblich ist dabei, dass der Geschädigte über keine Fachkenntnisse verfügt, weil er Laie ist.³⁹⁶ Etwas anderes gilt, wenn der Teilnehmer am Zwangsversteigerungsverfahren nicht Verfahrensbeteiligter ist und keine prozessualen Rechtsbehelfe hat, das Wertgutachten auf seine Richtigkeit zu überprüfen.³⁹⁷

IX. Keine Möglichkeit der Abwendung durch ein Rechtsmittel
(§ 839a Abs. 2 – Verweis auf § 839 Abs. 3)

42

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	gerichtliche Entscheidung	
Gerichtssachverständige	grobe Fahrlässigkeit	

³⁹²AA OLG Zweibrücken OLGR 2003, 298: Verjährungsbeginn – nach altem Schuldrecht (§ 852 aF) – mit der ersten nachteiligen Gerichtsentscheidung, nicht erst mit der rechtskräftigen Entscheidung.

³⁹³ OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*).

³⁹⁴So Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 51; JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 37.

³⁹⁵BGH NJW-RR 2006, 1454 = zfs 2007, 25 (*Diehl*) = IBR 2006, 654 (*Ulrich*); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 38; JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 31.

³⁹⁶ OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*).

³⁹⁷BGH NJW 2004, 3488 = IBR 2004, 733 (*Biebelheimer*).

Da der Begriff „unrichtige Entscheidung“ nicht nur ein Urteil erfasst, ist die Verweisung des § 839a Abs. 2 auf § 839 Abs. 3, der auf § 839 Abs. 2 Bezug nimmt und nur ein Urteil erwähnt, erweiternd auszulegen. Betroffen ist jeder Verfahrensbeteiligte, der einen Schadenersatzanspruch geltend macht, in einem Sorgerechtsverfahren das Kind betreffend etwa auch die Eltern.³⁹⁸ Während der Sachverständige nur bei grober Fahrlässigkeit einstandspflichtig ist, verliert der Geschädigte jeglichen Anspruch, wenn er es auch nur leicht fahrlässig unterlässt, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden. Ganz entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, welche Rechtsmittel gemeint sind und welche Anforderungen an die Ergreifung gestellt werden. Während Gerichte die Fehlerhaftigkeit von Sachverständigengutachten abgesehen von Defiziten in deren logischer Schlüssigkeit sowie deren grob fahrlässige Erstellung nicht selbst beurteilen können, weshalb sie auf weitere Sachverständigengutachten angewiesen sind, sind sie auf dem Terrain, ob ein gebotenes erfolgreiches Rechtsmittel schuldhaft nicht eingelegt wurde, selbst trittfest. Die seit Inkrafttreten ergangene Judikatur vermittelt den Eindruck, dass viele Begehren an dieser Hürde scheitern mit der Folge, dass der Geschädigte sodann den eigenen Anwalt in einer 3. Runde zur Verantwortung ziehen kann.

1. Welche Rechtsmittel sind erfasst?

43

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Rechtsmittel lassen sich in solche unterteilen, die gegen das falsche Gutachten gerichtet sind, und solche gegen die darauf beruhende Entscheidung. Nach überwiegender Meinung soll unter Rechtsmittel iSd § 839a Abs. 2 nicht nur ein solches im technisch-prozessualen Sinn zu verstehen sein wie Berufung, Revision oder Verfassungsbeschwerde,³⁹⁹ sondern jeder Behelf, der geeignet ist, eine nachteilige Entscheidung durch ein Rechtsmittel abzuwehren,⁴⁰⁰ auch ein Verzicht auf ein Klageerzwingungsverfahren gegen die Einstellungsverfügung gemäß § 172 StPO.⁴⁰¹ Zu diesem vom BGH sehr weit verstandenen Begriff⁴⁰² werden auch Gegenvorstellungen, Anträge auf Befangenheit des Gutachters gem. § 406 Abs. 1 ZPO⁴⁰³ sowie

³⁹⁸ *Ollmann* FuR 2005, 150 (154).

³⁹⁹ OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*); restriktiver zu Recht Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 13: Keine Obliegenheit zu Verfassungsbeschwerde und Wiederaufnahmeklage.

⁴⁰⁰ Schulze¹⁰/*Staudinger* § 839a Rn. 6; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 27; *Littbarski* VersR 2016, 154 (158); zu Recht krit. MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 38, 39.

⁴⁰¹ OLG Köln DS 2013, 105 = VersR 2013, 1143; OLG Köln BeckRS 2013, 02618 (gleiches Verfahren).

⁴⁰² BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 64; Erman¹⁵/*Mayen* § 839a Rn. 12; *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (80); *R. Schwab* DS 2005, 132 (134); *Thole* MEDSACH 2006, 93 (97); *Rixe* FPR 2012, 534 (538).

⁴⁰³ *Kilian* VersR 2003, 683 (687 f.); *Däubler* JuS 2002, 625 (629); dazu *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18: Diese so gut wie immer erfolglos, weil der Richter „seinen“ Sachverständigen schützt.

Anträge zur Ladung des Sachverständigen gem. §§ 402, 397 ZPO, die dazu dienen, die Richtigkeit des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung zu überprüfen,⁴⁰⁴ die dortige Befragung des Sachverständigen,⁴⁰⁵ weitere Anträge auf schriftliche Ergänzung des Gutachtens⁴⁰⁶ sowie Einholung eines Obergutachtens gerechnet;⁴⁰⁷ es sind kurzum alle innerprozessualen Behelfe auszuschöpfen, die geeignet sind, das fehlerhafte Sachverständigengutachten vor Abschluss der jeweiligen Instanz zu korrigieren.⁴⁰⁸ Der Primärrechtsschutz soll Vorrang vor dem Sekundärrechtsschutz haben, dem Aufrollen der Rechtslage in einem Regressprozess.⁴⁰⁹ In der Literatur⁴¹⁰ wird auch eine Dienstaufsichts- bzw. Fachaufsichtsbeschwerde dazu gezählt. Umstritten ist, ob auch eine Wiederaufnahmeklage als einzulegendes Rechtsmittel anzusehen ist.⁴¹¹ In den Fällen der §§ 153, 154, 163 StGB wird man dem Sachverständigen den Einwand als rechtsmissbräuchlich abschneiden müssen, nach einer strafgerichtlichen Verurteilung den Geschädigten darauf zu verweisen, zunächst eine Wiederaufnahmeklage zu erheben, ehe ein Schadenersatzanspruch gegen den Sachverständigen in Betracht kommt.⁴¹² *Wagner*⁴¹³ sieht die Wiederaufnahmeklage (nur) dann als zumutbar an, wenn bereits eine strafgerichtliche Verurteilung des Sachverständigen erfolgt ist. *Häsemeyer*⁴¹⁴ plädiert jedoch – umgekehrt – für eine Einbeziehung des Falls des grob fahrlässigen Sachverständigengutachtens qua Analogie in den Kanon der Wiederaufnahmegründe des § 580 ZPO.

43a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴⁰⁴ *Schöpfliin* zfs 2004, 241 (245); *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908); *R. Schwab* DS 2006, 20 (21). MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 40; OLG München BeckRS 2012, 14833.

⁴⁰⁵ OLG München NJW 2014, 704: Unterlassung der Befragung des Sachverständigen im Rahmen der mündlichen Anhörung wegen Stellung eines Befangenheitsantrags, der freilich vor der möglichen Befragung zurückgewiesen wurde, wobei die Zurückweisung später vom OLG bestätigt wurde.

⁴⁰⁶ OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2017, 984.

⁴⁰⁷ *Jannsen* r + s 2015, 161 (167).

⁴⁰⁸ *Rixe* FPR 2012, 534 (538); OLG München NJW 2014, 704.

⁴⁰⁹ BGH NJW 2020, 1592 = jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3 (*Itzel*).

⁴¹⁰ MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 38; Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 47.

⁴¹¹ Vorsichtig *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (39): Dürfte dazugehören; ablehnend *Thole* AnwBI 2006, 91 (94): vorsichtiger *ders.* MEDSACH 2006, 93 (97): „Gegebenenfalls muss er eine Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens erheben.“

⁴¹² Soergel¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 47; ebenso BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 70: Dem Geschädigten nicht zumutbar.

⁴¹³ MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 39.

⁴¹⁴ *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (577, 581).

ME ist Skepsis gegenüber einem so weiten und untechnischen Begriff des Rechtsmittels angebracht.⁴¹⁵ Ein Befangenheitsantrag ist stets nur ein Rechtsbehelf ad personam. Es ist deshalb abzulehnen, dass ein Befangenheitsantrag bloß deshalb gestellt werden muss, um eine – spätere – Haftung nach § 839a aufrechtzuerhalten.⁴¹⁶ *Spickhoff*⁴¹⁷ weist zutreffend darauf hin, dass es als rechtsmissbräuchlich (§ 242) anzusehen wäre, wenn ein befangener Sachverständiger seine Einstandspflicht unter Hinweis darauf abwenden könnte, dass der Geschädigte ihn nicht wegen Befangenheit abgelehnt habe.⁴¹⁸ Eine Dienstaufsichtsbeschwerde mag disziplinäre Maßnahmen gegenüber dem betroffenen Sachverständigen auslösen; einen Einfluss auf die vom Gericht zu treffende Entscheidung wird sie freilich nicht haben. Zu verweisen ist darauf, dass lediglich eine schuldhaftige Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels zum Anspruchsverlust führt, so dass insoweit eine Gegensteuerung möglich ist.

43b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In Bezug auf Rechtsbehelfe, die vor Erlass der gerichtlichen Entscheidung einzulegen sind, um einen Anspruch nach § 839a aufrechtzuerhalten, ist mE ebenfalls Zurückhaltung angebracht, ist doch vor Erlass der Entscheidung gar nicht sicher, in welcher Weise das Gericht eine Beweiswürdigung vornehmen wird, ob also das Gutachten kausal wird.⁴¹⁹ Die Einholung eines Privatgutachtens ist nicht als „Rechtsmittel“ im Sinn der §§ 839a Abs. 2, 839 Abs. 3 BGB anzusehen.⁴²⁰ Dazu kommt, dass das Rechtsmittel in der Lage gewesen sein hätte müssen, den Schaden abzuwenden,⁴²¹ was bei einer Dienst- und Fachaufsichtsbeschwerde kaum der Fall sein dürfte. Rechtstatsächlich dürfte es freilich so sein, dass ohne Schlüssigkeitsdefizite, die das Gericht von sich aus beurteilen kann, nur bei Vorlage eines Privatgutachtens das Gericht des Ausgangsverfahrens ein Obergutachten einholen wird, weil es solche Einwände (besonders) ernst nehmen und sich damit auseinandersetzen muss.⁴²² Außerordentlich streng war der

⁴¹⁵AA *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (575): Für eine extensive Auslegung des Begriffs „Rechtsmittel“.

⁴¹⁶*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 65 f.; *MüKoBGB*⁷/*Wagner* § 839a Rn. 38; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 27; *Thole* AnwBl 2006, 91 (94); *Rixe* FPR 2012, 534 (538); *BeckOGK/Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 69; aA *JurisPK*⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 27.

⁴¹⁷*Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 46.

⁴¹⁸Ebenso *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (576): Sachverständiger kann sich nicht auf die Versäumung der Ablehnung berufen, wenn er nicht selbst etwaige Befangenheitsgründe im Hauptprozess offen gelegt hat; zustimmend *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (80).

⁴¹⁹*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 67; *Zimmermann* BuW 2003, 154 (159).

⁴²⁰BGH NJW-RR 2017, 1105; *BeckOGK/Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 67; *Jannsen*, r+s 2015, 161, 167; *Rixe* FPR 2012, 534 (538).

⁴²¹*Kilian* VersR 2003, 683 (688).

⁴²²OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280: Vorlage eines Privatgutachtens erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Ausgangsverfahrens.

BGH,⁴²³ als er trotz schriftlicher Vorlage eines Privatgutachtens von der unterlegenen Partei verlangt hat, dass sie auf der Ladung des Sachverständigen bestehen hätte müssen, obwohl das Gericht von der zunächst ins Auge gefassten Ladung Abstand genommen hatte.⁴²⁴ Begründet wurde dies damit, dass die unmittelbare persönliche Konfrontation ein effektives zusätzliches Instrument der Wahrheitsfindung sei.⁴²⁵ *Schwenker*⁴²⁶ hat dazu bemerkt, dass auch diese Entscheidung belege, dass § 839a ein „Blender“ sei und der Anwalt, für dessen Partei sich der Prozessverlust abzeichnet, ohne Wenn und Aber auf der mündlichen Befragung des Sachverständigen bestehen müsse, um sich nicht selbst haftpflichtig zu machen. Auf dieser Linie liegt auch eine Entscheidung des OLG Hamm,⁴²⁷ das es als nicht ausreichend angesehen hat, dass der Geschädigte im Hauptverfahren einen Antrag auf ein Obergutachten gestellt hat, wenn er es gleichzeitig unterlassen habe, gem. § 411 Abs. 4 ZPO einen Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen zu stellen.⁴²⁸ Selbst wenn ein solcher Antrag gestellt wurde, scheitert der Schadenersatzanspruch, wenn zur Bekämpfung im laufenden Verfahren kein Privatgutachten eingeholt wird und das Sachverständigengutachten nicht substantiiert bekämpft wird.⁴²⁹ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die hohen Regressgefahren des Anwaltes,⁴³⁰ der im Sinn des sichersten Weg für den Klienten im Zweifel all diese Rechtsmittel ausschöpfen müssen.⁴³¹

2. Verschuldensmaßstab des Geschädigten

44

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴²³BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (*Walker/Kraft*) = IBR 2007, 528 (*Schwenker*); NJW-RR 2006, 1454.

⁴²⁴So auch OLG Hamm BeckRS 2011, 00095: Trotz Antrags auf Einholung eines Obergutachtens.

⁴²⁵Diese Sichtweise bestätigend OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Erst durch Bekräftigung der Aussagen des Sachverständigen bei mündlicher Vernehmung im Strafprozess, dass de facto 100%ige Sicherheit gegeben sei, Verurteilung im Strafverfahren.

⁴²⁶IBR 2007, 528.

⁴²⁷OLG Hamm IBR 2011, 2262 (*Schwenker*); *Schwenker* bezeichnet § 839a hier als „Papiertiger“ und verweist auf die Anwaltshaftpflicht. Skeptisch gegenüber der Qualifikation innerprozessualer Rechtsbehelfe als Rechtsmittel iS von § 839a Abs. 2 *Volze* DS 2011, 201 (203): Wortlaut des § 839a Abs. 2 stellt auf ein übergeordnetes Gericht ab.

⁴²⁸So auch BGH NJW-RR 2006, 1454; vgl. auch OLG Hamm BeckRS 2011, 00357 = IBR 2011, 2202 (*Schwenker*): Abweisung wegen des fehlenden Antrags auf mündliche Anhörung des Sachverständigen; ebenso OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (*Rixe*).

⁴²⁹OLG Celle BeckRS 2011, 25989.

⁴³⁰*Rixe* FamFR 2012, 279.

⁴³¹*Rixe* FPR 2012, 534 (539).

Zu unterscheiden ist das Verschulden, das darin liegt, dass infolge der Nichteinlegung eines Rechtsmittels jeglicher Schadensersatzanspruch gegen den Gerichtssachverständigen verloren geht, von einem Anwaltsverschulden, das darin liegen kann, dass der Anwalt den eigenen Klienten nicht darauf hinweist, das Sachverständigengutachten unter Hinzuziehung eines Privatgutachters zu überprüfen.⁴³² Auszugehen ist vom Kenntnisstand der Partei bzw. des sie vertretenden Anwalts, wobei sich die Partei den Kenntnisstand des Anwalts zurechnen lassen muss, als hätte sie selbst einen solchen.⁴³³ Dass der Anwalt wegen schwerer Depressionen in der maßgeblichen Phase des Prozesses außerstande war, ein Rechtsmittel zu ergreifen, soll den geschädigten Verfahrensbeteiligten nicht entlasten.⁴³⁴ Sowohl die Partei als auch der Anwalt dürfen dabei davon ausgehen, dass sowohl das Sachverständigengutachten als auch die Beweiswürdigung durch das Gericht richtig sind.⁴³⁵ Da jeglicher Schadensersatzanspruch schon bei leichter Fahrlässigkeit zur Gänze entfällt, dürfen die Sorgfaltsanforderungen keinesfalls überspannt werden.⁴³⁶ Es müssen deutliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Gutachten unrichtig war.⁴³⁷ Selbst nach Vorlage eines schriftlichen Privatgutachtens hat die mit dem Prozessverlust bedrohte Partei auf einer mündlichen Erörterung des Gutachtens des Gerichtssachverständigen zu bestehen; tut sie das nicht, ist ihr ein Verschulden vorzuwerfen, was zum Anspruchsverlust führt,⁴³⁸ eine außerordentlich strenge Anforderung auch auf der Verschuldensebene.⁴³⁹ Ein milderer Maßstab gilt im Zwischenverfahren im Strafprozess, wo es der BGH⁴⁴⁰ als ausreichend angesehen hat, in einem Schriftsatz substantiierte Einwände vorzubringen, ohne die die mündliche Befragung des Sachverständigen und die Erläuterung seines Gutachtens zu beantragen. Während die Rechtsprechung unterlassene Rechtsbehelfe als willkommenes Einfallstor benützt, um sich nicht mit der lästigen Frage der groben Fahrlässigkeit bzw. der Kausalität auseinandersetzen zu müssen, verweist *Zimmerling*⁴⁴¹ darauf, dass stets zu prüfen ist, ob einer – nicht rechtsschutzversicherten Partei – ein Rechtsmittel auch zumutbar ist, was zu verneinen ist, wenn dieses voraussichtlich erfolglos ist.⁴⁴² Bei der Revision ist zu bedenken, dass damit grundsätzlich nur Rechtsfragen überprüft werden,⁴⁴³ mag bei grober

⁴³²Zu diesem Verschulden *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 426; *Kilian* VersR 2003, 683 (688).

⁴³³*Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908); OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280.

⁴³⁴OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 21907.

⁴³⁵MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 40.

⁴³⁶*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 70; *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 72; *Kilian* VersR 2003, 683 (688).

⁴³⁷*Thole* AnwBl 2006, 91 (93); *Rixe* FPR 2012, 534 (539).

⁴³⁸So BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (*Walker/Kraft*) = IBR 2007, 528 (*Schwenker*).

⁴³⁹Insoweit für eine strenge Beurteilung, ob dem Geschädigten ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 74 unter Hinweis darauf, dass sich der Geschädigte ohnehin das Anwaltsverhalten zurechnen lassen muss.

⁴⁴⁰BGH NJW 2020, 1592 = jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3 (*Itzel*).

⁴⁴¹JurisPK⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 29.

⁴⁴²AA zu Recht Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 14.

⁴⁴³*Thole* AnwBl 2006, 91 (93).

Fahrlässigkeit des Sachverständigen und dem Vorliegen einer qualifizierten Unrichtigkeit auch die Schwelle überschritten sein, bei der die Beweiswürdigung mit Revision bekämpfbar sein mag. Gegen eine beliebige Ausdehnung der Obliegenheit, ein Rechtsmittel einzulegen, um nicht gegen § 839a Abs. 2 zu verstoßen, spricht mE, dass dadurch der Geschädigtenanwalt bei Unterlassung haftpflichtig wird, was zu einer zeitlichen Aufblähung des Hauptverfahrens führt.⁴⁴⁴ Keinesfalls ist die Partei gehalten, einen Privatgutachter heranzuziehen, um sich von der Richtigkeit des Gutachtens des Gerichtssachverständigen zu überzeugen.⁴⁴⁵

45

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Neben der Versagung des Schadensersatzanspruchs infolge schuldhaft unterlassener Einlegung eines Rechtsmittels mit der Folge der völligen Versagung des Anspruchs kommt eine Kürzung nach den Grundsätzen des Mitverschuldens in Betracht, wenn etwa eine Partei dem Gutachter falsche oder unvollständige Angaben macht, die für die Unrichtigkeit des Gutachtens mitursächlich sind.⁴⁴⁶

45a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das schuldhafte Unterlassen der Ergreifung eines Rechtsmittels führt zur Versagung des Anspruchs – selbst bei leichter Fahrlässigkeit des Geschädigten und Vorsatz des Sachverständigen.⁴⁴⁷ Trotz Erschöpfung der Deckungssumme der Rechtsschutzversicherung ist dem Anspruchsteller die Einlegung der Berufung zumutbar.⁴⁴⁸ Bei § 839a Abs. 2 geht insoweit nicht um ein bloßes Mitverschulden nach § 254, sondern einen Anwendungsfall der Culpakompensation wie im Amtshaftungsrecht gem. § 839 Abs. 3.⁴⁴⁹ Zielsetzung ist unter

⁴⁴⁴So auch MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 38 in Bezug auf die Obliegenheit, einen Befangenheitsantrag zu stellen.

⁴⁴⁵MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 40; Spickhoff in FS Heldrich (2005), 419 (434); Ollmann FuR 2005, 150 (154); Thole AnwBI 2006, 91 (94); aA OLG Celle BeckRS 2011, 25989: Antrag auf Obergutachten nur dann erfolgversprechend, wenn das mit Privatgutachten belegt; zu Recht kritisch dazu Rixe FamFR 2012, 279: Überspannung der Substanziierungspflichten.

⁴⁴⁶Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 12.

⁴⁴⁷Kritisch zu Recht Katzenmeier in FS Horn (2006), 67 (79).

⁴⁴⁸OLG Köln BeckRS 2012, 06520 = VersR 2012, 1128: Hinweis auf die Möglichkeit der Stellung eines Antrags auf Prozesskostenhilfe oder Heranziehung eigenen Vermögens.

⁴⁴⁹Missverständlich die Ausdruckweise in der Literatur etwa bei Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 45: Spezialisierte Ausprägung des Mitverschuldenseinwands; MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 38: Besondere Ausprägung des Mitverschuldenseinwands; ähnlich Katzenmeier in FS Horn (2006), 67 (79). In der Sache falsch Morgenroth DS 2010, 264 (265).

anderem der Vorrang des Primär- vor dem Sekundärrechtsschutz.⁴⁵⁰ Der Geschädigte soll alles tun, um den Schaden abzuwenden und nicht sich zurücklehnen und dann Ersatz für die erlittene Einbuße nach der Devise „Dulde und liquidiere“ verlangen. Dies dient auch der Prozessökonomie.⁴⁵¹ Anderes gilt freilich dann, wenn der Geschädigte kein Verfahrensbeteiligter im prozessualen Sinn ist und das Sachverständigengutachten im Verfahren nicht bekämpfen kann, wie das in einem Zwangsversteigerungsverfahren gegeben ist; dann ist auch ein selbstständiges Beweisverfahren zulässig.⁴⁵² Daneben kommt eine Kürzung wegen Mitverschuldens des Geschädigten gem. § 254 in Betracht, wenn dieser dem Sachverständigen bzw. dem Gericht falsches oder unvollständiges Material zur Verfügung gestellt hat.⁴⁵³

X. Beweislastverteilung

46

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gerichtssachverständige	deliktischer Schadensersatzanspruch	

Entsprechend der Qualifikation als deliktischer Schadensersatzanspruch trägt der Geschädigte die Beweislast für sämtliche Tatbestandsmerkmale.⁴⁵⁴ In Bezug auf den Nachweis der groben Fahrlässigkeit ist dem Geschädigten eine Beweismaßreduktion zuzugestehen,⁴⁵⁵ wenngleich eine substantiierte Darlegung verlangt wird.⁴⁵⁶ Allerdings kommt die Beweiserleichterung des Geschädigten bei einem groben Behandlungsfehler im Arzthaftungsrecht nicht zum Tragen, weil es insoweit nicht um den Grad der Vorwerfbarkeit, sondern die Kausalität geht.⁴⁵⁷ Für den Nachweis der Kausalität genügt überwiegende Wahrscheinlichkeit (→ Rn. 36). Allein für die anspruchsvernichtende Einwendung, dass die Einlegung eines Rechtsmittels schuldhaft unterlassen wurde, trägt der Schädiger die Beweislast,⁴⁵⁸ wobei ähnlich einem Anscheinsbeweis

⁴⁵⁰MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 38.

⁴⁵¹Häsemeyer in FS Laufs (2006), 569 (575).

⁴⁵²BGH NJW 2004, 3488 = IBR 2004, 733 (Biebelheimer).

⁴⁵³Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 12.

⁴⁵⁴Zimmermann BuW 2003, 154 (157).

⁴⁵⁵MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 42.

⁴⁵⁶OLG Hamm BeckRS 2014, 229.

⁴⁵⁷MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 42; BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 40; OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (Lehmann).

⁴⁵⁸OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (Ulrich); Littbarski VersR 2016, 154 (159); Kilian VersR 2003, 683 (688).

angenommen wird, dass das Gericht dann keine auf dem unrichtigen Gutachten beruhende Entscheidung getroffen hätte.⁴⁵⁹eng

XI. Abschließende Regelung

47

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Für die davon erfassten Sachverhalte bestehen neben dem Anspruch nach § 839a keine weiteren Anspruchsgrundlagen, insbesondere nicht solche nach § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 in Verbindung mit einem Schutzgesetz bzw. § 826,⁴⁶⁰ weil sonst der Beschränkungszweck der Norm unterlaufen würde.⁴⁶¹ Das gilt allerdings nicht für Begleit- und Verzögerungsschäden⁴⁶² sowie für Schäden, bei denen ein falsches Gutachten eines gerichtlichen Sachverständigen zu einem unrichtigen Vergleich geführt hat. Insoweit bleibt als Mindestschutz jedenfalls ein Anspruch nach § 826⁴⁶³ (im Detail → Rn. 38 ff.). Mitunter wird § 839a seinerseits durch eine speziellere Norm verdrängt, so die auf 1 Mio. EUR betragsbeschränkte Haftung des Sachgründungs- bzw. Sachkapitalerhöhungsprüfers nach §§ 49, 183 AktG in Kombination mit § 323 Abs. 2 HGB.⁴⁶⁴eng

XII. Versicherbarkeit

47a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

*Littbarski*⁴⁶⁵ weist zutreffend darauf hin, dass Nr. 1 Abs. 1 AHB 14 eine Einstandspflicht der Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung für die Deckung einen Verstoß gegen eine gesetzliche Haftpflichtbestimmung privatrechtlichen Inhalts voraussetzt, der Sachverständige aber vom Gericht ernannt wird, was zu einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis führt. Allerdings sei ein solches Ergebnis nicht sachgerecht. Sicherheitshalber sollte diese Frage namentlich bei den Sachverständigen geklärt werden, bei denen die Tätigkeit als Gerichtsgutachter einen Großteil ihrer Berufstätigkeit ausmacht. Da eine Haftung nur bei grober Fahrlässigkeit gegeben ist, wird

⁴⁵⁹ OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280; MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 41; kritisch *Jannsen* r + s 2015, 161 (167): Etwas zu idealisierende Auffassung des BGH.

⁴⁶⁰ *Zimmermann* DS 2008, 8.

⁴⁶¹ *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); *Kilian* VersR 2003, 683 (688); Palandt⁷⁹/Sprau § 839a Rn. 1b.

⁴⁶² *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (278).

⁴⁶³ MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 25, 32; JurisPK⁹/Zimmerling § 839a Rn. 4; *R. Schwab* DS 2005, 132 (137); *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (49) FN 115.

⁴⁶⁴ KG BeckRS 2017, 155078; Geigel²⁸/Haag Kap. 34 Rn. 17.

⁴⁶⁵ *Littbarski* VersR 2016, 154 (159 f.).

zwar einerseits der Haftpflichtversicherer nicht ungebührlich belastet; andererseits werde er dieses Risiko kaum ohne Prämienzuschlag übernehmen.

E.Reichweite der Norm – was ist (nicht) erfasst

I.Begleitschäden – bei Erstellung oder infolge eines Gutachtens

48

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

§ 839a erfasst lediglich den Entscheidungsschaden, also den durch die Gerichtsentscheidung verursachten Nachteil, ist aber nicht anzuwenden auf Begleit- und Verzögerungsschäden.⁴⁶⁶ Ein Begleitschaden ist gegeben, wenn im Zuge der Erstellung des Gutachtens eine Partei selbst oder ein Dritter durch ein Fehlverhalten des Sachverständigen einen Schaden an seinem Eigentum⁴⁶⁷ oder seiner körperlichen Integrität, etwa im Zuge einer Untersuchung,⁴⁶⁸ erleidet; oder auch durch Verletzung der Schweigepflicht gem. § 203 StGB.⁴⁶⁹ Entsprechendes gilt, wenn es infolge eines unrichtigen Gutachtens dazu kommt, dass eine psychisch gestörte Person zu Unrecht freigelassen wird und ein unbeteiligter Dritter einen Schaden erleidet.⁴⁷⁰ Ein Verzögerungsschaden kann eintreten, wenn der Sachverständige sein Gutachten nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erstattet.⁴⁷¹ Insoweit bleibt es bei den allgemeinen Regeln, insbesondere der Einstandspflicht auch bei leichter Fahrlässigkeit. Jedenfalls nicht von § 839a erfasst sind Schäden durch Gutachtensäußerungen, die eine Prozesspartei oder Dritte erleiden.⁴⁷² Folgerichtig erscheint es, auch insoweit die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zu begrenzen.⁴⁷³

⁴⁶⁶Kilian VersR 2003, 683 (686); MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 32, 33; Geigel²⁸/Haag Kap. 34 Rn. 11.

⁴⁶⁷Schulze¹⁰/Staudinger § 839a Rn. 1.

⁴⁶⁸BGHZ 59, 310 = NJW 1973, 554; BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312; OLG Köln DS 2013, 105 = VersR 2013, 1143: Verschlechterung des psychischen Zustands durch – angeblich – falsches Gutachten; Palandt⁷⁹/Sprau § 839a Rn. 4; Erman¹⁵/Mayen § 839a Rn. 11.

⁴⁶⁹OLG Hamm MedR 1995, 328; Katzenmeier in FS Horn (2006), 67 (77); Lesting R&P 2002, 224 (227).

⁴⁷⁰Beispiel bei Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 4.

⁴⁷¹Kilian VersR 2003, 683 (686).

⁴⁷²Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 42.

⁴⁷³MüKoBGB⁷/Wagner § 839a Rn. 32; differenzierend BeckOGK/Dörr (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 44: § 839a anwendbar auf Schäden durch die Erstellung des Gutachtens, Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit bei Schäden, die bei der Vorbereitung und ohne Rücksicht auf dessen Inhalt entstehen.

II. Hoheitliche Tätigkeit des Gutachters – Anspruch aus § 839

49

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Übt ein Sachverständiger selbst eine hoheitliche Tätigkeit aus, insbesondere wenn er selbst Zwangsmaßnahmen durchführt, kann für sein Fehlverhalten der Rechtsträger, für den er tätig wird, nach § 839 belangt werden.⁴⁷⁴ Insoweit verdrängt § 839 als *lex specialis* § 839a.⁴⁷⁵

III. Schädigung durch einen Zeugen – analoge Anwendung des § 839a

50

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

§ 839a enthält die Voraussetzungen für die Einstandspflicht von Gerichtssachverständigen. Dass die von der ZPO-Kommission vorgeschlagene Regelung im Anschluss an die Weigand-Entscheidung ausschließlich die Haftung von Gerichtssachverständigen erfasst, hindert eine Analogie nicht.⁴⁷⁶ Bei einem Zeugen sind mindestens so starke Gründe für eine Haftungsbeschränkung gegeben, kann sich dieser seiner Pflicht noch weniger entziehen, weil er anders als ein Sachverständiger im Regelfall nicht substituierbar und seine Entlohnung noch geringer als die eines Gerichtssachverständigen ist. § 839a ist daher auf den Zeugen, der wegen Schadensersatzes von einem anderen Verfahrensbeteiligten wegen einer schuldhaften Falschaussage belangt wird, kraft Erst-recht-Schlusses anzuwenden.⁴⁷⁷ Damit entfällt auch die häufig knifflige Abgrenzung, ob eine Person als Sachverständiger oder „bloß“ sachverständiger Zeuge ist.⁴⁷⁸ *Windthorst*⁴⁷⁹ befürwortet den durch § 839a bewirkten Ausschluss leichter Fahrlässigkeit, hält aber die mit § 839a verbundene Haftung für grobe Fahrlässigkeit für nicht

⁴⁷⁴BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (*Volze*): Leichenöffnung durch den Gerichtsmediziner zur Ermittlung der Todesursache im Verfahren gemäß den §§ 159, 87 ff. StPO als hoheitliche Aufgabe – Teil der Eingriffsverwaltung. *Lesting* R&P 2002, 224 (227 f.) mit Nachw. aus der Judikatur in Fn. 37; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 5. *eng_fn*

⁴⁷⁵BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 18.

⁴⁷⁶Eine Regelungslücke indes verneinend *Kilian* ZGS 2004, 220 (223 f.); Schulze¹⁰/*Staudinger* § 839a Rn. 2.

⁴⁷⁷*Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 76 f.; diesem folgend *Wagner* NJW 2002, 2063; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 14; *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 24, 33; *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (574); aA *Bamberger/Roth/Reinert* (52. Edition), § 839a Rn. 12; *JurisPK*⁹/*Zimmerling* § 839a Rn. 14; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 25.

⁴⁷⁸So ausdrücklich *Staudinger/Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 33; gegen die Anwendung des § 839a auf einen sachverständigen Zeugen *Soergel*¹³/*Spickhoff* § 839a Rn. 17.

⁴⁷⁹*Windthorst* VersR 2005, 1634 ff.

sachgerecht. Vielmehr soll der Zeuge, der keine Entlohnung, sondern bloß eine Entschädigung erhalte und sich noch weniger als der Sachverständige seiner Pflicht entziehen kann, bloß nach § 826 einstehen müssen.⁴⁸⁰ Womöglich geht es um einen Streit um des Kaisers Bart. Den durchaus ernst zu nehmenden Bedenken von *Windthorst* könnte mE in der Weise Rechnung getragen werden, dass man beim Zeugen – anders als beim Sachverständigen – nicht nur auf gravierendes Fehlverhalten, sondern auch auf einen schweren subjektiven Vorwurf abstellt. Zu bedenken ist nämlich, dass jedenfalls dem Wortlaut nach bei § 826 Vorsatz gegeben sein muss, der in der Praxis nur ausnahmsweise nachweisbar ist, weshalb die Rechtsprechung sich ja gelegentlich auch mit Auswegstrategien, will heißen geringeren Anforderungen, zufriedengibt. Die nach § 839a um Nuancen strengere Haftung ist vor allem dann bedeutsam, wenn es um die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter, namentlich die Freiheit geht, während *Windthorst* bloße Vermögensschäden untersucht. Das Judiz des § 839a, dass Schäden durch die Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter als auch bloßer Vermögensschäden gleich zu behandeln sind, ist aber auch insoweit zu beachten.

F. Kollisionsrecht

50a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO ist maßgeblich der Erfolgsort. Das ist das Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, nicht aber der (Wohn)-Sitz des Geschädigten. Der Gerichtsort weist die engste Beziehung auf, so dass er gem. Art. 4 Abs. 2 oder 3 Rom II-VO auch gegenüber einem gemeinsamen Aufenthaltsort der Parteien Vorrang ebenso genießt wie gegenüber einem abweichenden Tatort.⁴⁸¹

G. Inkrafttreten der Norm (Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB)

51

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es sollte eine Rückwirkung der Norm verhindert werden. Deshalb hält der Gesetzgeber für bedeutsam, ob das schädigende Ereignis nach dem 31.7.2002 stattgefunden hat. Beim Gerichtssachverständigen ist dabei auf die Abgabe des Gutachtens abzustellen,⁴⁸² also den Zeitpunkt, zu dem er das Gutachten absendet, weil das der späteste Zeitpunkt ist, zu dem er sich auf die durch Einführung des § 839a bewirkte – partielle – Haftungsverschärfung einstellen kann.

⁴⁸⁰ Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 3: § 839a auf den (sachverständigen) Zeugen nicht anzuwenden.

⁴⁸¹ MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 46; Schulze¹⁰/*Staudinger* § 839a Rn. 8; *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (435); ausführlich BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 85 ff.

⁴⁸² MüKoBGB⁷/*Wagner* § 839a Rn. 45; *Gaidzik* MEDSACH 2004, 129 FN 2; *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (68); *Klötters* DS 2006, 299 (301); OLG Hamm BeckRS 2012, 24835; eine Nuance anders Geigel²⁸/*Haag* Kap. 34 Rn. 2: Wenn Gutachten auf der Geschäftsstelle niedergelegt; offen lassend OLG Hamm BeckRS 2014, 229: Einreichung bzw. Erstattung des Gutachtens.

Unzutreffend ist daher, wenn auf die Beeinträchtigung des Rechtsguts abgestellt wird⁴⁸³ oder auch den Erlass der Entscheidung.⁴⁸⁴ Umstritten ist, ob mündliche Erläuterungen eines vor dem 1.8.2002 abgegebenen Gutachtens, zu denen der Sachverständige nach § 409 ZPO verpflichtet ist, zu einer Haftung nach § 839a führen können.⁴⁸⁵ ME ist das nicht generell zu bejahen,⁴⁸⁶ sondern nur insoweit, als gerade die mündliche Erläuterung kausal für die unrichtige Entscheidung war.⁴⁸⁷ Zudem würden mE gute Gründe für den Zeitpunkt der Betrauung mit dem Gutachten sprechen, weil sich der Sachverständige ab diesem Zeitpunkt an die Arbeit macht und er wissen sollte, nach welchem Haftungsmaßstab seine Tätigkeit beurteilt wird. Mit zunehmender Zeitdauer wird sich freilich die Frage der Anwendbarkeit der Norm immer seltener stellen.⁴⁸⁸

H. Rechtspolitische Bewertung

52

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es besteht gewiss ein Zusammenhang zwischen der moderaten Entlohnung der Gerichtssachverständigen nach dem JVEG und dem privilegierten Haftungsmaßstab der Einstandspflicht bloß bei grober Fahrlässigkeit. Vorzugswürdig wäre mE eine Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit bei gleichzeitiger Anhebung der Abgeltung der Mühewaltung auf ein marktkonformes Entgelt.⁴⁸⁹ Verwiesen wird zu Recht darauf, dass eigentlich nicht einzusehen sei, warum ein Gerichtssachverständiger nicht in ähnlicher Weise haften soll wie ein Handwerker oder Rechtsanwalt.⁴⁹⁰

⁴⁸³ *Däubler* JuS 2002, 625 (630).

⁴⁸⁴ BGH NJW 2004, 3488; Erman¹⁵/Mayen § 839 Rn. 1 unter Hinweis auf OLG Celle DS 2010, 32 = IBR 2010, 63 (*Schwenker*). AA Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 53; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839a Rn. 31 mit dem Hinweis, dass der BGH diese Frage nicht näher vertieft habe, sondern sich an der vom Wortlaut nächstliegenden Auslegung der Übergangsregelung orientiert habe.

⁴⁸⁵ Generell bejahend Soergel¹³/Spickhoff § 839a Rn. 53; *Gaidzik* MEDSACH 2004, 129; ebenso OLG Hamm BeckRS 2014, 229.

⁴⁸⁶ So wohl *Zimmermann* BuW 2003, 154; *ders.* DS 2007, 367: erst dann Beendigung der Sachverständigentätigkeit.

⁴⁸⁷ Generell ablehnend Erman¹⁵/Mayen, § 839a Rn. 7, weil die mündliche Erläuterung eines schriftlichen Gutachtens (§ 411 Abs. 3 ZPO) nicht mehr zur Gutachtenerstattung zähle. Anschaulich in diesem Zusammenhang OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Erst durch Bekräftigung in der mündlichen Vernehmung des Sachverständigen im Strafverfahren, dass de facto 100%ige Sicherheit gegeben sei, strafgerichtliche Verurteilung.

⁴⁸⁸ So auch die Einschätzung von BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839a Rn. 91; vgl. aber OLG Koblenz DS 2013, 105 = VersR 2013, 367: Für Ansprüche, die auf den Zeitpunkt vor dem 1.8.2002 gestützt werden, maßgeblich § 826.

⁴⁸⁹ So auch *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18.

⁴⁹⁰ *Tödtmann/Schwab* DS 2012, 302.

§ 842 Umfang der Ersatzpflicht bei Verletzung einer Person kolpara §§ 842, 843 **Huber**

Die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung erstreckt sich auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt.

§ 843 Geldrente oder Kapitalabfindung kolpara §§ 842, 843

(1) Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten.

(2) ¹Auf die Rente findet die Vorschrift des § 760 Anwendung. ²Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen.

(3) Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

(4) Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.

A. Definition der Begriffe

I. Erwerb und Fortkommen (§ 842)

1. Nachteil für den Erwerb

a) Das Erwerbseinkommen

1

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsnachteile	ff.
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung		ff.

Ersatzfähig sind die Nachteile für Erwerb und Fortkommen. Es geht um **sämtliche wirtschaftliche Beeinträchtigungen**, die daraus resultieren, dass der Verletzte seine Arbeitskraft nicht einsetzen kann.¹ Darunter versteht man zunächst einmal die Erzielung eines Erwerbseinkommens, sei es aus selbstständiger oder unselbstständiger Tätigkeit. Darüber hinaus zählt dazu jedenfalls der Einsatz der Arbeitskraft zur Führung des Haushalts.² Schließlich geht es aber um weitere Folgeschäden in der Vermögenssphäre. Sind sie gewiss, werden sie zum Erwerb gerechnet. Ist ihr Eintritt zwar nicht gewiss, aber doch wahrscheinlich, werden sie zum Fortkommen gerechnet.³ Auch bei geringem Beweismaß sind sie ersatzfähig.⁴

2

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zum Erwerbseinkommen zählt nicht nur die Gegenleistung für die Betätigung der Arbeitskraft in Geld, sondern jegliches **Vermögensäquivalent**, seien es nun Sachbezüge, Mitarbeiterrabatte⁵ oder künftige Leistungen. Auch Trinkgelder⁶ und Zulagen zählen zum Erwerbseinkommen, mögen sie auch dafür gezahlt werden, dass sich der Geschädigte besonders anstrengen hätte müssen.⁷ Das wurde auch bejaht für Schichtarbeiter- und Erschwerniszulagen⁸ sowie die Auslandsverwendungszulage eines Soldaten.⁹ Beim Spesenersatz **bzw.** einer Aufwandsentschädigung ist hingegen zu differenzieren: Wenn durch Spesen bloß Ausgaben abgegolten werden sollen, die ohne Betätigung der Arbeitskraft nicht anfallen, ist insoweit jeglicher Ersatz zu versagen. Wenn es sich jedoch um Pauschalbeträge handelt, bei denen nur ein Teil dem wirklich anfallenden Mehrverbrauch entspricht, was auch von der jeweiligen Lebensführung des Geschädigten abhängt, sind sie – wenigstens teilweise – als Erwerbsschaden ersatzfähig.¹⁰ Die **Quote** der Qualifikation als Erwerbsschaden liegt zwischen 33 und 50 %.¹¹ Die

¹Küppersbusch/Höher Rn. 40; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 833; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 842 Rn. 5.

²AA zu Unrecht Heß/Burmann NJW-Spezial 2012, 393: Haushaltsführung immaterieller Personenschaden.

³Langenick NZV 2009, 257.

⁴Lediglich auf die Zeitschiene abstellend MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 14.

⁵OLG Braunschweig SP 2001, 91.

⁶Ernst VA 2008, 132.

⁷BGH VersR 1967, 1080: Bordzulage.

⁸OLG Hamm zfs 1996, 211.

⁹BGH NJW 2016, 1386 = ZVR 2016/99 (Ch. Huber); OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 88; OLG Hamm NJW-RR 2006, 168.

¹⁰OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2016, 171 = BeckRS 2016, 2329: Zu 100 % ersatzfähig, weil Geschädigter Nachweis erbracht hat, dass er sich stets Essen von zu Hause mitgenommen hat.

Beweislast liegt beim Geschädigten.¹² Die Anlegung der Unterhaltsrichtlinien, wonach ein Drittel anzusetzen sei,¹³ stellt dafür lediglich einen sehr groben Maßstab dar. Zumeist wird es möglich sein, anhand des jeweiligen Spesenpostens beim betreffenden Geschädigten eine präzisere Aussage zu treffen. Auf das Empfinden des Geschädigten kommt es nicht an.¹⁴

3

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	vereitelte Heiratschancen	

In einer älteren Entscheidung¹⁵ hat der BGH ausgesprochen, dass auch eine verletzungsbedingt **vereitelte Heiratschance** einen Erwerbsschaden darstelle. Das ist deshalb nicht von der Hand zu weisen, weil durch die Eheschließung die Möglichkeit erlangt wird, einen Barunterhaltsanspruch zu erwerben, mit anderen Worten, für die Betätigung der Arbeitskraft im Haushalt eine Gegenleistung zu erzielen.¹⁶ In der Literatur¹⁷ überwiegt aber die Meinung, dass diese Sicht mit dem heutigen Wesen der Ehe nicht vereinbar ist.¹⁸ Allenfalls wird es als erwägenswert angesehen, den verletzungsbedingt eintretenden Verlust der Heiratschance als immaterielle Beeinträchtigung zu qualifizieren.¹⁹

¹¹ *Küppersbusch/Höher Rn.* 43; OLG Düsseldorf VersR 1996, 334; OLG Hamm zfs 1996, 211; OLG Hamm VersR 1983, 927; die Prozesskostenhilfe zu Unrecht versagend OLG Düsseldorf VersR 1996, 334: Aufwandsentschädigung eines Amateurfußballers.

¹² Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 *Rn.* 914 f.

¹³ Dafür van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 *Rn.* 915. Großzügiger freilich OLG Schleswig NJW-RR 2005, 3: Häftige Berücksichtigung einer Auslandsverwendungszulage beim Trennungsunterhalt.

¹⁴ So aber Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 *Rn.* 5 unter Hinweis auf OLG München VersR 1986, 69.

¹⁵ BGH JZ 1959, 365.

¹⁶ *Stürner* JZ 1984, 412 (415).

¹⁷ *Larenz/Canaris* SchuldR II/2, § 83 I 1a; Schulze¹⁰/*Staudinger* § 842 *Rn.* 5; *Pardey Rn.* 2791; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 842 *Rn.* 6; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 *Rn.* 7.

¹⁸ Dazu BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403: Gastarbeiter verbleibt nach Verletzung entgegen ursprünglicher Absicht in Deutschland und betätigt sich nach Eheschließung als Hausmann.

¹⁹ *Staudinger/Vieweg* (2015) § 842 *Rn.* 153; hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf § 1326 ABGB, der bei Verunstaltung einer Frau dieser einen Schadensersatzanspruch wegen Vereitelung der Heiratschance einräumt; abgesehen davon, dass diese aus dem 19. Jahrhundert stammende Norm heute geschlechtsneutral ausgelegt wird, mehren sich in der Literatur die Stimmen, dass die vom OGH zugebilligten Ersatzbeträge – anders als vom OGH dekretiert – nicht als Vermögensschaden, sondern als immaterielle Einbuße anzusehen sind; dazu *Apathy* in FS Strasser (1993), 1.

4

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Nicht als Erwerbsschaden ersatzfähig sind **frustrierte Aufwendungen**. In Betracht kämen etwa Aufwendungen für eine sinnlos gewordene Investition²⁰ oder Kosten des Lebensunterhalts für eine Ausbildungsphase, in der der Geschädigte ansonsten schon im Erwerbsleben gestanden wäre. Da die verletzte Person ohnehin den Erwerbsausfall geltend machen kann, ist ein Rückgriff auf den Ersatz der frustrierten Aufwendungen entbehrlich. Da Erwerbsschäden sich in aller Regel in der Vermögenssphäre niederschlagen, dürfte auch eine Bezugnahme auf § 284 entbehrlich sein. Diese Norm dient nämlich – im Kontext eines Vertrages – dazu, den Entgang späterer – nicht ersatzfähiger – immaterieller Nachteile anhand der getätigten Aufwendungen als Vermögensschaden liquidieren zu können. Ersatzfähig sind aber frustrierte Aufwendungen für einmalige Ereignisse, etwa einen Urlaub oder einen Konzert- oder Theaterbesuch.²¹

5

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Beim **Erwerbsschaden des Arbeitnehmers** ist zu unterscheiden: Soweit Leistungen des Arbeitgebers an Dritte eine – mittelbare – Gegenleistung an den Arbeitnehmer darstellen, ist ein Erwerbsschaden des Arbeitnehmers und damit ein Regressanspruch des Arbeitgebers bei Fortzahlung des Entgelts zu bejahen. So ist das etwa bei Zahlungen an die Bauarbeiterurlaubskasse. Zahlungen an diese Sammelstelle haben den Zweck, dem Bauarbeiter auch dann einen Urlaubsanspruch zu ermöglichen, wenn er die Arbeitsstelle häufig wechselt oder sein Arbeitgeber insolvent wird. Wenn es hingegen darum geht, dass über ein Umlagesystem Anreize geschaffen werden sollen, dass die Bauunternehmen Prämien erhalten, um auch während der Wintermonate produktiv tätig zu sein, wie das bei der Winterbaumlage der Fall ist,²² handelt es sich bei der nach der Lohnsumme der Arbeitnehmer bemessenen Umlage nicht mehr um einen ersatzfähigen Erwerbsschaden des verletzten Arbeitnehmers.

b) Die Folgeschäden

6

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Folgeschäden	

²⁰Bejahend aber Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 5.

²¹*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 125, 125a.

²²BGH NJW-RR 1986, 513.

Neben dem Verlust des Erwerbseinkommens kann der Ausfall der Arbeitskraft zu **Folgeschäden** führen. So etwa, wenn der Verletzte sein Gewerbe aufgeben und das Unternehmen mit Verlust verkaufen muss,²³ oder wenn in Ermangelung eines Erwerbseinkommens der Verletzte die Zinsen für die Rückzahlung des Darlehens eines erworbenen Hausgrundstücks nicht mehr verdient und infolgedessen das Grundstück zwangsversteigert wird,²⁴ wobei ein geringerer Erlös als der Marktwert erzielt wird.²⁵ Darüber hinaus kann sich ein Folgeschaden daraus ergeben, dass der Verletzte infolge seines Körperschadens höhere Versicherungsprämien entrichten muss,²⁶ etwa für eine Krankentagegeldversicherung,²⁷ oder verletzungsbedingt eine ansonsten zustehende Beitragsrückerstattung von einer Krankenkasse²⁸ nicht erhält. Die Einordnung unter die vermehrten Bedürfnisse ist jedenfalls dann näher liegend, wenn es um Aufwendungen der allgemeinen Lebensführung geht; dazu kommt, dass die Prämienhöhung nicht wegen Behinderungen in der Erwerbsfähigkeit erfolgt, sondern wegen des erhöhten Erkrankungsrisikos. Die Einordnung unter den Fortkommenschaden ist dann vertretbar, wenn eine solche Privatversicherung die gleiche Funktion hat wie eine entsprechende Sozialversicherung und an deren Stelle tritt, so etwa die Krankentagegeldversicherung in Bezug auf die Krankenversicherung, und die erhöhte Prämie das Erwerbseinkommen schmälert.²⁹ Solche Folgeschäden können sich auch bei Verzögerung der Ausbildung ergeben, wenn etwa wegen der verletzungsbedingten Verlängerung des Studiums das Stipendium nur noch auf Darlehensbasis gewährt wird.³⁰

2. Nachteil für das Fortkommen

7

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Nachteile für das Fortkommen	f.
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Verwertung der Restarbeitskraft	ff.

²³Jauernig¹⁷/*Teichmann* § 842 Rn. 3; Soergel¹³/*Beater* § 842 Rn. 9; BGH LM § 843 BGB Nr. 1 = VersR 1953, 147.

²⁴BGH NJW 1998 1634.

²⁵Ermann¹⁵/*Wilhelmi* § 842 Rn. 6; RGZ 141, 169.

²⁶*Ernst* VA 2008, 132.

²⁷BGH NJW 1984, 2627.

²⁸OLG Köln NJW-RR 1990, 1179.

²⁹So der Sachverhalt der BGH-Entscheidung NJW 1984, 2627.

³⁰OLG Hamm VersR 2000, 234 (236); *Pardey* Rn. 2125.

Nachteile für das Fortkommen unterscheiden sich von Nachteilen für den Erwerb dadurch, dass sie weniger greifbar sind. Der Verletzte hat auf solche Gegenleistungen für die Betätigung seiner Arbeitskraft **keinen rechtlich gesicherten Anspruch**.³¹ Allerdings hätte er sie nach dem wahrscheinlichen Lauf der Dinge erzielt.³² Dazu zählen hypothetische Einkommenszuwächse aufgrund möglicher Beförderungen³³ oder veränderte Arbeitsmarktbedingungen oder Erschwernisse im Studium und infolgedessen verzögerter Fertigstellung.³⁴

8

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die **Abgrenzung zwischen Erwerbs- und Fortkommens-Nachteilen** kann im deutschen Recht unterbleiben,³⁵ weil sich daran keine unterschiedlichen Rechtsfolgen knüpfen.³⁶ In der Praxis wird freilich häufig übersehen, dass sich verletzungsbedingte Beeinträchtigungen in einer Lebensetappe für einen sehr langen Zeitraum, ja womöglich bis in die Phase der Altersrente auswirken. Prototypisch kann das anhand einer Beamtenlaufbahn dargestellt werden, bei der ein um zwei Jahre verzögerter Berufseintritt dazu führt, dass der Geschädigte nicht nur ein geringeres Einstiegsgehalt bezieht, sondern die nächste Vorrückung (Biennie) jeweils zwei Jahre später erlangt. Auch bei anderen Berufen sind solche Nachwirkungen zu beobachten.³⁷ Wenn es sich nicht um einen im Sozialversicherungsrecht rentenversicherten Geschädigten handelt, bei dem durch den Beitragsregress dieser Nachteil vom Rentenversicherer nach § 119 SGB X liquidiert wird, kann sich die fehlende Zeitdauer der rentenversicherungspflichtigen Beschäftigung auch auf die Höhe der Alterssicherung auswirken.

3. Erwerbsschaden in Gestalt eines Schockschadens

9

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsschaden	Schockschaden	
Schockschaden		
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden	
Erwerbsunfähigkeit	Schockschaden	

³¹BGH NJW 1998, 1635; NJW-RR 1989, 606; NJW 1985, 791; OLG Köln VersR 1989, 756; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 [Rn.](#) 12.

³²Schulze¹⁰/*Staudinger* § 842 [Rn.](#) 5.

³³MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 [Rn.](#) 14, 29.

³⁴BGH NJW 1991, 2422 [f.](#); NJW 1985, 791 f.

³⁵BGH NJW 2002, 292; NJW-RR 1999, 1039; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 842 [Rn.](#) 3, 7, der sie gar für unmöglich hält; ebenso *Steffen* DAR 1984, 1 (2); *Scheffen* VersR 1990, 926; *Pardey* [Rn.](#) 2023.

³⁶Anders im österreichischen Recht, wo der dem Fortkommensschaden entsprechende entgangene Gewinn lediglich bei grober Fahrlässigkeit ersatzfähig ist.

³⁷*Luckey* VRR 2006, 226.

durch unerlaubte Handlung		
---------------------------	--	--

Typischerweise erfolgt der Anspruch auf Ersatz eines Erwerbsschadens infolge einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Anspruchstellers. Ausnahmsweise kann aber der **Tod** oder eine besonders schwere **Verletzung** eines **Angehörigen** Auslöser nicht nur für einen Schmerzensgeldanspruch, sondern auch für einen Erwerbsschaden sein. Die Rechtsprechung verlangt dafür den Nachweis einer über die übliche Trauerreaktion hinausgehenden psychischen Erkrankung. Als sich bei Tod der Ehefrau und Anpassungsproblemen von deren philippinischen Kindern bei dem beim gleichen Unfall verletzten Ehemann Depressionen mit Weinkrämpfen einstellten, wobei er sich deshalb bloß an einen Orthopäden wendete, sah das KG³⁸ die Voraussetzungen für einen ersatzfähigen Erwerbsschaden als nicht gegeben an. Bei Behauptung, dass der Folgeschaden auf die selbst erlittene Unfallverletzung zurückzuführen sei, wären die Anforderungen an die Beweislast gewiss geringer gewesen. Der BGH hat ausgesprochen, dass ein Ersatz wegen eines **Schockschadens** auch auf einem ärztlichen Kunstfehler beruhen kann.³⁹

4. Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und des § 252 S. 2 BGB – Unterschied zwischen haftungsbegründender (§ 286 ZPO) und haftungsausfüllender Kausalität (§ 287 ZPO)

10

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Beweiserleichterungen	f.
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	haftungsausfüllende Kausalität	
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	haftungsbegründende Kausalität	

Der Geschädigte trägt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs unter Einschluss der Höhe des Schadens. Steht aber die Einstandspflicht des Schädigers einmal fest, für die der Strengbeweis nach § 286 ZPO zu führen ist, kommen dem Geschädigten in Bezug auf den Umfang die **Beweiserleichterungen** des § 287 ZPO sowie des § 252 S. 2 zugute.⁴⁰ Es genügt eine erhebliche **bzw.** überwiegende

³⁸KG NZV 2005, 315.

³⁹ BGH NJW 2019, 2387 (*Klose*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 270 (*Wilhelmy*) = zfs 2020, 16 (*Diehl*) = JuS 2019, 1022 (*Mäsch*) = MedR 2020, 35 (*Katzenmeier/Jansen*) = GuP 2019, 185 (*Middendorf*).

⁴⁰BGH NJW 1998, 1634; NJW 1995, 1023; *Küppersbusch/Höher Rn. 45 f.*; Schulze¹⁰/*Staudinger* § 843 *Rn. 12*.

Wahrscheinlichkeit.⁴¹ Es kommt zu einer **Absenkung des Beweismaßes**.⁴² Während bei einem Anscheinsbeweis der Anspruchsgegner bloß die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Geschehnisablaufs nachzuweisen braucht, um den Beweis als nicht erbracht anzusehen, ist bei § 252 S. 2 von diesem der Gegenbeweis zu erbringen.⁴³ Die Anforderungen an die Prognose des künftigen Schadens dürfen nicht überspannt werden.⁴⁴ Immerhin hat der Schädiger den Geschädigten in eine solche Situation gebracht.⁴⁵ Ausgangspunkt ist der Kontinuitätsgrundsatz, dass die weitere Entwicklung so verlaufen wäre wie die bis zum schädigenden Ereignis.⁴⁶ Wird eine abweichende Entwicklung behauptet, bestehen erhöhte Anforderungen, für die jedenfalls Anknüpfungstatsachen vorhanden sein müssen, um einen Eintritt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit schätzen zu können.⁴⁷ So ist das, wenn eine teilzeitbeschäftigte verletzte Ehefrau behauptet, dass sie mit dem Heranwachsen der Kinder auf eine Vollzeitstelle gewechselt hätte, um damit zum Erwerb eines Hauses beizutragen; das OLG Köln⁴⁸ hat durchaus einfühlsam ausgesprochen, dass das nachvollziehbar sei in einer Arbeiterfamilie, in der die Ehefrau auf eine Vollzeitstelle wechsele, sobald das die erzieherischen Aufgaben in Bezug auf die Kinder zulassen. Bei einem neu gegründeten Unternehmen ist zu beachten, dass ein solches typischerweise Anfangsverluste erwirtschaftet, ehe der Break-even-Point erreicht wird und sodann fortlaufend Gewinne erwirtschaftet werden. Als ein 17-jähriger unfallbedingt ein Schuljahr verloren hat und später gegen Ende seines Studiums ein – erfolgreiches – Unternehmen gegründet hat, vermochte sich das OLG Hamm⁴⁹ nicht davon zu überzeugen, dass der Verletzte ein Jahr früher ein derartiges Unternehmen gegründet hätte. Mögen es auch besonders glückliche Fügungen gewesen sein, die zu Gründung eines solchen Unternehmens geführt haben, dürfte auch die Perspektive fixbesoldeter Richter bedeutsam gewesen sein, die sich nicht ausreichend in die Psyche und Dynamik eines Vollblutunternehmers hineinversetzen konnten. Wer zwei Jahre vor einer Verletzung mit seinem Unternehmen Insolvenz anmelden musste und daran anschließend arbeitslos war, ehe er ein neues Unternehmen gegründet hat, hat besondere

⁴¹BGH NJW 1996, 2924; NJW 1993, 734; OLG Celle OLGR 2004, 457; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 182; *Freymann* VGT 2013, 21, 25.

⁴²BGH NJW 2002, 292; NJW 2001, 1640; NJW 2000, 128; NJW-RR 1999, 1039; *Scheffen* VersR 1990, 926; *Steffen* DAR 1984, 1 f.

⁴³*Freymann* VGT 2013, 21, 24.

⁴⁴BGH NZV 2018, 172 (*Ch. Huber*) = zfs 2018, 85 (*Diehl*); BGH NJW-RR 1999, 1039; NJW-RR 1992, 792; VersR 1992, 973; NZV 1993, 428; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 **Rn.** 44; *Dressler* DAR 1996, 81 (84).

⁴⁵BGH NJW-RR 1999, 1039; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 393 (394); OLG Köln MedR 2015, 599 (*Lissl*).

⁴⁶*Luckey* VRR 2007, 188; *ders.* VRR 2005, 364 (367).

⁴⁷ BGH NZV 2018, 172 (*Ch. Huber*) = zfs 2018, 85 (*Diehl*): In concreto Anforderungen an den schlüssigen Vortrag durch die Tatgerichte „deutlich überspannt“.

⁴⁸ OLG Köln MedR 2015, 599 (*Lissl*): Abzustellen aber auch darauf, ob das familiär realisierbar gewesen wäre, deshalb bloß im Zeitverlauf stufenweise Anhebung der Arbeitszeit auf 30 und 40 Stunden.

⁴⁹ OLG Hamm BeckRS 2018, 11279.

Probleme, einen nachhaltigen Gewinn im Ausmaß des Einkommens eines gleichaltrigen Arbeitnehmers nachzuweisen.⁵⁰

10a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Vor allem, aber nicht nur beim Erwerbsschaden eines selbstständig Erwerbstätigen⁵¹ wird die Beiziehung eines **Sachverständigen** erforderlich sein.⁵² Nicht jeder Steuerberater verfügt über die erforderlichen Kenntnisse zur Berechnung des Erwerbsschadens, sind doch im Schadensersatz- und Steuerrecht unterschiedliche Kriterien maßgeblich,⁵³ für den mit der Schadensregulierung befasste Anwalt (des Geschädigten) – und auch die Gerichte – ist das meist terra incognita,⁵⁴ so dass der Verzicht auf die Beiziehung eines kompetenten Steuerberaters häufig zu einem Regress des Geschädigten gegen den eigenen Anwalt führt.⁵⁵ Die Geheimhaltungsinteressen des Geschädigten müssen dabei zurücktreten; dieser kann sich nicht auf das Steuergeheimnis berufen.⁵⁶ Vielmehr muss der Geschädigte möglichst konkrete Anhaltspunkte für die Prognose darlegen und gegebenenfalls beweisen.⁵⁷ Immer hat in Bezug auf bestimmte Zeiträume eine Gegenüberstellung von Soll und Ist zu erfolgen; bedeutsam ist das auch für die Fälligkeit.⁵⁸

11

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁵⁰ BGH zfs 2016, 440 (*Diehl*) = ZVR 2016/100 (*Ch. Huber*): Tischler; Probleme erschwert, weil es um Regressanspruch des Landes wegen Leistungen nach dem OEG ging.

⁵¹ BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.: Erwerbsschaden bei Geburt; Abstützung der richterlichen Schadensschätzung durch ein Sachverständigengutachten.

⁵² BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.: Erwerbsschaden eines bei Geburt Verletzten *Kendel zfs* 2007, 372.

⁵³ *Jahnke* jurisPR-VerkR 2010/18 Anm. 4.

⁵⁴ *Freyman* DAR 2016, 246 (250): Hinweis auf die Erfahrungen des AK III auf dem VGT Goslar 2016 sowie Einrichtung einer Spezialzuständigkeit beim LG Saarbrücken. Zu bedenken ist, dass auf dem VGT die Anwälte vertreten sind, die sich um eine besondere Fortbildung bemühen.

⁵⁵ *C. Shah Sedi* SVR 2016, 325 (326 f.) mit mehreren anschaulichen Beispielen; ähnlich *Höke* NZV 2016, 10: Hinweis auf „nur mühsam zu durchdringende Regulierungsvielfalt“ und „Veränderungshäufigkeit“; Einbeziehung steuerliche Fragestellungen „für Schadensjuristen nur selten vollumfänglich zu leisten“; *Freyman* DAR 2016, 246: Thema „Schadensersatz und Steuer“ nicht selten stiefmütterlich behandelt, gehört „auch nicht unbedingt zum alltäglichen Geschäft der Regulierungspraxis“.

⁵⁶ MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 20.

⁵⁷ BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (*Schiemann*); BGH VersR 1998, 770; VersR 1995, 469; NJW 1995, 1023.

⁵⁸ *Eilers* VGT 2013, 9, 11.

--	--	--

War die **Erwerbsbiografie** des nunmehr Verletzten in der Vergangenheit immer wieder **unterbrochen**, so ist davon auszugehen, dass der Verletzte ohne den Unfall auch in Zukunft immer wieder Arbeit gefunden hätte.⁵⁹ Auszugehen ist von einem durchschnittlichen Einkommen.⁶⁰ Die Zeiten fehlender Beschäftigung können bei der Prognose des künftigen Erwerbsschadens in der Weise berücksichtigt werden, dass Abschläge vorgenommen werden.⁶¹ Insbesondere bei einem jungen Menschen kann man nicht davon ausgehen, dass dieser auf Dauer arbeitslos geblieben wäre.⁶² Zu berücksichtigen sind freilich auch allgemeine Lohnerhöhungen – Inflationsabgeltung und Teilhabe am Wirtschaftswachstum – sowie solche infolge eines beruflichen Aufstiegs.⁶³

II. Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit (§ 843)

1. Keine Bedeutung der unterschiedlichen Ausdrucksweise in § 842 (Nachteile für Erwerb und Fortkommen) und § 843 (Aufhebung oder Minderung der Erwerbstätigkeit)

12

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit	

Der Gesetzgeber verwendet in § 842 die Begriffe Nachteile für Erwerb und Fortkommen, während in § 843 von der Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit die Rede ist. Die unterschiedliche Ausdrucksweise wurde verwendet, um eine Wortwiederholung zu vermeiden. Sachliche Unterschiede bestehen nicht.⁶⁴ Wie eine Abgrenzung zwischen Erwerbs- und Fortkommenschäden unterbleiben kann, verhält es sich auch bei der Aufhebung und Minderung der Erwerbsfähigkeit. Beide lassen sich unter dem Oberbegriff „Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit“ zusammenfassen.⁶⁵

⁵⁹BGH NJW 1995, 1023.

⁶⁰BGH NJW 2000, 3287; NJW-RR 1999, 1039.

⁶¹BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

⁶²BGH NJW 1997, 937.

⁶³*Langenick* NZV 2009, 257 (263).

⁶⁴MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 13.

⁶⁵Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 6.

2. Abstrakte oder konkrete Ermittlung der Einbuße

a) Unterschied zwischen Schadensrecht und Sozialversicherungsrecht

13

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden im Sozialversicherungsrecht	ff.

Es besteht ein fundamentaler Unterschied zwischen der Ermittlung des Erwerbsschadens im Sozialrecht und im Schadensrecht. Im Schadensrecht geht es um vollen Ausgleich, im Sozialrecht hängt die Ersatzleistung auch von den vereinnahmten Beiträgen – und künftig zunehmend vom demografischen Wandel ab.⁶⁶ Im **Sozialrecht**, insbesondere als Anknüpfungspunkt für sozialrechtliche Erwerbsschadensrenten, ist maßgeblich die allgemeine **Minderung der Erwerbsfähigkeit**. Diese wird bei einer bestimmten Verletzung für jeden Menschen in einem gleich hohen Prozentsatz fixiert. Welche konkrete Auswirkung die jeweilige Verletzung auf die berufliche Erwerbstätigkeit des betreffenden Verletzten hat, darauf kommt es nicht an. Die das Erwerbsdefizit beseitigende Sozialrente gleicht den erlittenen Schaden des Verletzten daher nur nach einem sehr groben Maßstab aus. Verliert jemand einen kleinen Finger, ist die Minderung der allgemeinen Erwerbsfähigkeit gering zu veranschlagen. Bei einem Fußballspieler wird sich dies für seine Berufsausübung nicht auswirken, arbeitet er doch mit den Füßen und ausnahmsweise mit dem Kopf, aber nicht mit dem kleinen Finger. Ganz anders verhält es sich bei einem Pianisten, bei dem es auf die Funktionsfähigkeit jedes Fingers ankommt.⁶⁷ Bei leichten und mittelschweren Verletzungen ist die auf Basis der Beeinträchtigung der allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit berechnete Verletztenrente der gesetzlichen Unfallversicherung höher als der Erwerbsschaden, ganz abgesehen davon, dass erstere lebenslanglich gebührt, so dass sie in solchen Fällen indirekt auch dem Ausgleich des immateriellen Schadens dient.⁶⁸

14

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Im **Schadensrecht** ist demgegenüber bedeutsam, welche Auswirkungen die konkrete Verletzung auf den **Einsatz der Arbeitskraft** des jeweiligen Verletzten hat.⁶⁹ Dementsprechend erleidet der

⁶⁶ Zu den unterschiedlichen Voraussetzungen *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176.

⁶⁷ Ähnlich das Beispiel von *H. Lang* jurisPR-VerkR 14/2010 Anm. 2: Beinamputierter, im Innendienst tätiger Versicherungskaufmann und in der Feinmotorik der rechten Hand leicht behinderter Uhrmacher.

⁶⁸ *Kampen* SVR 2014, 401 (404).

⁶⁹ BGH NJW 2010, 1532 = jurisPR-VerkR 14/2010 Anm. 2 (*H. Lang*) = SVR 2010, 462 (*J. Lang*): Abgewiesener Regress der gesetzlichen Unfallversicherung infolge unterbliebenen Vorbringens zur

verletzte Fußballspieler bei Verlust des kleinen Fingers keinen ersatzfähigen Erwerbsschaden, während der Pianist diesen Beruf nicht mehr ausüben kann, weshalb sein Erwerbsschaden sehr hoch ausfallen wird. Darüber hinaus ist darauf zu verweisen, dass eine sozialrechtliche Erwerbsschadensrente nur solange gebührt, als eine körperliche Beeinträchtigung gegeben ist. Demgegenüber ist ein ersatzfähiger schadensrechtlicher Erwerbsschaden auch dann zu bejahen, wenn der Geschädigte inzwischen wieder vollkommen gesundet ist, dessen ungeachtet aber keine Stelle gefunden hat. Wurde für dieses Phänomen früher der Begriff Konjunkturschaden verwendet, weil man meinte, dass dies nur zu gewissen Zeiten des Konjunkturzyklusses vorkomme, verwendet man – angesichts der dauerhaft hohen Arbeitslosigkeit – dafür heute den treffenderen Begriff „**Strukturschaden**“.⁷⁰

15

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die bei einer Körperverletzung auf der allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit beruhenden Sozialrenten knüpfen an gänzlich **andere Berechnungsansätze** an als die nach Schadensrecht zu gewährenden Renten, weshalb auch Aussagen, dass auf einer allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit von 20 %⁷¹ oder gar 50 %⁷² beruhende Beeinträchtigungen in der Regel zu keinem konkreten Schaden führen, fehl am Platz sind. Sozialrenten stehen zu Schadensrenten nur insoweit in einer Wechselbeziehung, als sie auch in den Fällen, in denen ein Dritter für die Beeinträchtigung der Arbeitskraft verantwortlich ist, ausbezahlt werden. Erhält sie der Verletzte, ohne dass er einen konkreten Schaden erleidet, kommt es – aus schadensrechtlicher Sicht – zu einer Überversorgung; dem Sozialversicherungsträger steht kein Regressanspruch nach § 116 SGB X zu. Erleidet der Verletzte einen höheren konkreten Schaden, kommt es zu einem Übergang des Anspruchs nach § 116 SGB X, soweit der Sozialversicherungsträger eine sachlich und zeitlich kongruente Leistung erbringt. Dabei ist die Tendenzaussage möglich, dass bei einem Erwerbsschaden die Schadensersatzrente umso mehr die Sozialrente übersteigt, je gravierender die Verletzung ist. Auch der **Sozialversicherungsträger** hat bei Gewährung von Verletztengeld beim Regress gegen den Schädiger den konkreten Erwerbsschaden nachzuweisen und kann sich nicht darauf zurückziehen, dass der Anspruchsempfänger eine bestimmte abstrakte Minderung der Erwerbsfähigkeit erlitten hat⁷³ und das Jahreseinkommen kraft Satzung festgelegt wird.⁷⁴ Anders als bei § 110 SGB VII, wo es auf die Aufwendungen des

Höhe des bürgerlich-rechtlichen Erwerbsschadens; OLG München BeckRS 2010, 10686 = jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 (**H. Lang**): 50%ige allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit, aber 100%ige Minderung der Erwerbsfähigkeit für einen Architekten; Erman¹⁵/**Wilhelmi** § 843 **Rn.** 3; Soergel¹³/**Beater** § 843 **Rn.** 4.

⁷⁰MüKoBGB⁷/**Wagner** §§ 842, 843 **Rn.** 32; BGH NJW 1991, 1412; NJW 1991, 2422.

⁷¹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/**Jahnke** Teil 4 **Rn.** 831.

⁷²So **Pardey Rn.** 2027, **Fn.** 273.

⁷³BGH zfs 2016, 440 (**Diehl**) = ZVR 2016/100 (**Ch. Huber**): Kein Zuspruch des Mindestarbeitsentgelts eines gleich altrigen Arbeitnehmers bei einem selbstständigen Tischler, der 2 Jahre vor der Verletzung Insolvenz anmelden musste und dann arbeitslos war.

⁷⁴BGH NJW 2010, 1532 = jurisPR-VerkR 14/2010 Anm. 2 (**H. Lang**) = SVR 2010, 462 (**J. Lang**).

Sozialversicherungsträgers ankommt, die durch den fiktiven Schadensersatzanspruch des Verletzten ohne Rücksicht auf die Kongruenz und unter Einschluss des Schmerzensgeldes begrenzt sind,⁷⁵ geht bei § 116 SGB X lediglich der zeitlich, sachlich und persönlich kongruente Erwerbsschaden des Verletzten im Ausmaß der vom Sozialversicherungsträger getätigten Aufwendungen auf diesen über. Auch beim originären **Regressanspruch nach § 110 SGB VII**⁷⁶ trifft die gesetzliche Unfallversicherung die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe des fiktiven Ersatzanspruchs des Verletzten gegen den Schädiger, wenn es keine Haftungsprivilegierung geben würde; da auch das Schmerzensgeld einzubeziehen ist, kann die gesetzliche Unfallversicherung über den Vermögenspersonenschaden hinaus auch eigene zusätzliche Aufwendungen ersetzt verlangen, etwa solche für Verwaltungskosten für die Regulierung des konkreten Schadensfalls,⁷⁷ nicht aber allgemeine Verwaltungskosten.⁷⁸ Womöglich entscheidet die möglichst exakte Zurechnung des Rechnungswesens über den Umfang des Regresses. Regressansprüche der gesetzlichen Unfallversicherung gegen einen Schädiger bestehen stets entweder nach § 116 SGB X oder § 110 SGB VII,⁷⁹ in Betracht kommen aber wegen eines Schadensfalls ein Regressanspruch nach § 116 SGB X und ein solcher nach § 110 SGB VII, wenn **mehrere Schädiger** beteiligt sind, wobei insoweit auch die Regeln der gestörten Gesamtschuld zu beachten sind.⁸⁰ Nach § 110 Abs. 2 SGB VII hat die gesetzliche Unfallversicherung von einem Regress ganz oder teilweise abzusehen, wenn es die wirtschaftlichen Verhältnisse des Regressschuldners, also des Schädigers erfordern.⁸¹ Beweispflichtig ist dafür der Schuldner. Bei Deckungsschutz einer – auch privaten – **Haftpflichtversicherung** ist das nicht der Fall. Die Beachtung nicht ausreichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit kann entweder schon im Erkenntnisverfahren oder auch erst im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgen. Erwähnt sei, dass bei einer Deckungsinsolvenz der Versicherer den Einwand unzureichender Leistungsfähigkeit wegen Erschöpfung der Deckungssumme allein im Erkenntnisverfahren erheben kann.

b) Ersatz für die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit als solcher

aa) Die Lehre vom Mindestschaden – ein Dauerbrenner der schadensrechtlichen Diskussion

16

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Lehre vom Mindestschaden	

⁷⁵BGHZ 168, 161 = NJW 2006, 3563 = SVR 2006, 431 (*J. Lang*) = VRR 2007, 26 (*Luckey*).

⁷⁶Zu deren wirtschaftlicher Bedeutung für die Berufsgenossenschaft Bau *Lemcke/Hensen* NJW 2019, 2655 (2656): 40 % der Einnahmen aus Haftpflichtfällen.

⁷⁷*M. Müller* SGB 2016, 680 (682).

⁷⁸*Lemcke/Hensen* NJW 2019, 2655 (2660).

⁷⁹*Lemcke/Hensen* NJW 2019, 2655 (2656).

⁸⁰Dazu *Konradi* SGB 2017, 561 ff.

⁸¹Ausführlich dazu *Konradi* SGB 2016, 195 ff.

Als bis heute offenes Problem in der zivilrechtlichen Diskussion ist es anzusehen, ob für die Beeinträchtigung der Arbeitskraft als solcher Ersatz verlangt werden kann oder nicht.⁸² Diskutiert wird die Problematik an dem Fall des Privatiers, der aus den **Einkünften seines Vermögens** lebt, in der heutigen sozialen Wirklichkeit eher ein Lehrbuchbeispiel. Man streitet darüber, ob auch einer solchen Person im Fall einer Körperverletzung ein Erwerbsschaden zustehen soll oder nicht. Für einen Ersatz spreche, dass es auch bei Beschädigung einer Sache nicht darauf ankomme, ob und wie diese genutzt werde.⁸³ Dagegen wird ins Treffen geführt, dass eine Sache an sich einen Vermögenswert habe, während dies bei einer Person gerade nicht der Fall sei.⁸⁴ Einig ist man sich, dass derjenige keinen Erwerbsschaden begehren könne, der konstitutionell arbeitsunfähig oder dem chronischen Alkoholismus verfallen sei.⁸⁵ Somit ist offen, ob derjenige, der zwar arbeiten könnte, dies aber im Verletzungszeitpunkt nicht getan hat, auch Anspruch auf einen Erwerbsschaden haben soll. Zu bedenken ist dabei, dass es im Schadensrecht stets auf die konkrete Beeinträchtigung ankommt.⁸⁶ Darüber hinaus ist nach Fallgruppen zu differenzieren:

bb)Keine Aktivierung der Arbeitskraft ohne Verletzung

17

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden bei Arbeitslosen	f.

Es gibt durchaus Personen, die ohne Verletzung ihre Arbeitskraft nicht betätigt hätten. Vorstellbar ist das bei einer Person, die weder einer beruflichen Erwerbstätigkeit nachgeht noch den Haushalt führt. Das ist der Fall bei einem Rentner,⁸⁷ einem Arbeitslosen⁸⁸ oder einer Person, der zur Haushaltsführung Angestellte zur Verfügung stehen.⁸⁹ In jedem Fall wird zu prüfen sein, ob in Bezug auf die Haushaltsführung nicht doch eine **Betätigung der Arbeitskraft** gegeben ist, und sei es auch in Form der Beaufsichtigung des Personals. Bei Verletzung des Haushaltsführers wird in Bezug auf den zugrunde zu legenden Stundenlohn danach differenziert, ob das noch möglich ist oder nicht. Wenn ohne Verletzung nicht einmal eine Beaufsichtigung des Personals gegeben war, gebührt mE kein Erwerbsschaden.

18

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁸²Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 4, mwN.

⁸³Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 15; *Hagen* JuS 1969, 61 (68).

⁸⁴Soergel¹³/*Beater* § 842 Rn. 7; *Pardey* NJW 1997, 2094 (2096); BGHZ 90, 334 = NJW 1984, 1811; BGH NJW 1994, 652.

⁸⁵BGH NJW 2002, 292; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 48.

⁸⁶*Pardey* Rn. 2026.

⁸⁷Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 842 Rn. 4.

⁸⁸*Pardey* Rn. 2120.

⁸⁹*Pardey* Rn. 2495.

Beim **Arbeitslosen**, der Arbeitslosengeld I oder II erhält, trifft es zwar zu, dass er auch ohne Verletzung seine Arbeitskraft nicht betätigt hätte, so dass dies prima vista dafür spricht, ihm keinen Erwerbsschaden zuzubilligen. Voraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld ist indes, dass er bei Vorhandensein einer Stelle gesundheitlich in der Lage sein muss, diese auch anzutreten. Daran wird er durch die Verletzung gehindert. Die Zahlung des Arbeitslosengeldes ist somit nichts anderes als eine Gegenleistung für einen potenziellen Einsatz (\rightarrow **Rn.** 143). Vergleichbar ist dies mit einer Rufbereitschaft,⁹⁰ für die ein Entgelt zu bezahlen ist, mag es zu einem Abruf kommen oder auch nicht. Die organisatorische Umgestaltung im Sozialrecht, dass bei Verletzung eines Arbeitslosen nicht mehr die gesetzliche Krankenversicherung Krankengeld zahlt, sondern die Bundesagentur für Arbeit – wie ein Arbeitgeber – für einen Zeitraum von 6 Wochen das bisherige „Entgelt“, nämlich das Arbeitslosengeld I fortzahlt, vermag daran nichts zu ändern.⁹¹ Da es sich um eine staatliche Fürsorgeleistung handelt, die nach der Wertung des § 843 Abs. 4 nicht den Schädiger entlasten soll, muss es mE zu einem Übergang des Erwerbsschadens des Verletzten auf die Bundesanstalt für Arbeit auch beim Arbeitslosengeld II kommen,⁹² mag das auch weniger auf der Hand liegen, weil die Höhe nicht vom letzten Erwerbseinkommen des Verletzten abhängig ist, sondern von dessen Bedarf.

cc)Probleme beim Nachweis eines Schadens, insbesondere bei Selbstständigen

19

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden bei Selbstständigen	f.

Bei einem selbstständig Erwerbstätigen stellt sich gelegentlich das Problem, dass er sich mit der Bezifferung des Schadens schwer tut. Ein verletzter Arbeitnehmer kann ohne Weiteres dartun, dass er für die Bereitstellung der Arbeitskraft bezahlt wird, was verletzungsbedingt unmöglich wird. Ein Selbstständiger jedoch erhält eine Abgeltung seines Arbeitskrafteinsatzes nicht nach Dauer und Intensität seiner Bemühungen, sondern ausschließlich nach dem dadurch erzielten wirtschaftlichen Erfolg.⁹³ Da die Kausalität des Arbeitskraftausfalls auf den geringer ausgefallenen Gewinn häufig schwer nachweisbar ist, wird versucht, den Erwerbsschaden des Selbstständigen in der Weise zu bemessen, dass die **Kosten einer fiktiven Ersatzkraft** zugrunde gelegt werden.

⁹⁰OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513: Parallele zur ärztlichen Rufbereitschaft.

⁹¹BGHZ 176, 109 = NJW 2008, 2185 = JZ 2008, 1112 (*Ch. Huber*) = r + s 2008, 356 (*Lemcke*) = LMK 2008, 264450 (*Dauck*) = SVR 2008, 420 (*J. Lang*) = jurisPR-BGHZivilR 2008/14 Anm. 3 (*Ebert*) = jurisPR-SozR 2008/20 Anm. 6 (*Luik*).

⁹²*Ch. Huber* JZ 2008, 1114 (116); *Dauck* LMK 2008, 264450; aA OLG Köln r + s 2009, 435.

⁹³Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 1074; *Küppersbusch/Höher* **Rn.** 137.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Dieser Ansatz wird aber mE der Eigenart selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht gerecht. Es hat daher bei der von der Rechtsprechung im Diplomchemiker-Fall,⁹⁴ der Leitentscheidung zu dieser Problemgruppe, eingenommenen Position zu bleiben, wonach ein Erwerbsschaden eines Selbstständigen nur unter der Voraussetzung des entsprechenden wirtschaftlichen Niederschlags zuzubilligen ist. Freilich würde dieser Fall durch eine einfühlsamere Anwendung von § 287 ZPO und § 252 S. 2 heute anders beurteilt. Worum ging es? Ein Unternehmer eines pharmazeutischen Unternehmens hatte über einen längeren Zeitraum Versuche angestellt, um nach deren Abschluss ein Präparat auf den Markt zu bringen. Daran war er durch eine bei einem Verkehrsunfall erlittene Verletzung gehindert. Der BGH versagte jeglichen Ersatz, weil ein Senat aus monatlich fixbesoldeten Richtern sich nicht in die Lage eines selbstständigen Unternehmers hineinversetzen konnte, der jahrelang Vorleistungen – ohne Gegenleistung – erbringt, ehe er dann ein Produkt am Markt platzieren und erfolgreich verkaufen kann. Diese Fallgruppe ist somit durch eine besonders großzügige Anwendung des § 287 ZPO und des § 252 S. 2 in den Griff zu bekommen, nicht aber durch Zubilligung eines Mindestschadens auf Basis einer fiktiven Ersatzkraft unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Einsatzes der unternehmerischen Arbeitskraft.⁹⁵

dd) Haushaltsdienstleistungen an Personen außerhalb der Familie

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Haushaltsführerschaden	f.

Nach dem Paradigma-Wechsel im Familienrecht vom patriarchalischen zum partnerschaftlichen Prinzip war § 845 als Begründung für Beeinträchtigungen des Haushaltsführers nicht mehr tragbar. Die **Beeinträchtigung in der Haushaltsführung** wurde fortan als **Erwerbsschaden** qualifiziert. Bis heute ungeklärt ist indes, ob das lediglich für Haushaltstätigkeiten im Familienverbund gilt oder darüber hinaus. Nicht immer erfolgt die Haushaltsführung zugunsten von gesetzlichen Unterhaltsgläubigern; mitunter werden solche Tätigkeiten unabhängig von einer Unterhaltsbeziehung oder auch gegenüber weiteren Verwandten oder Fremden erbracht, ohne dass derjenige, der Leistungen erbringt, etwas dafür in Rechnung stellt.⁹⁶ Die Schwester pflegt

⁹⁴BGHZ 54, 45 = NJW 1979, 1411 = SAE 1971, 144 (*Hanau*); dazu *Lieb* JZ 1971, 538.

⁹⁵So die *Rspr.*: BGH NJW 1994, 652; NZV 1993, 428; NJW-RR 1992, 852; NJW-RR 1991, 470; BGHZ 90, 334 = NJW 1984, 1881; ebenso MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 *Rn.* 43; *Küppersbusch/Höher Rn.* 138; Erman¹⁵/Wilhelmi § 842 *Rn.* 4; § 843 *Rn.* 4; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 *Rn.* 4 § 843 *Rn.* 15.

⁹⁶Jeglichen Ersatz ablehnend *Burmann* DAR 2012, 127 (131).

den behinderten Bruder.⁹⁷ Die Tochter pflegt die betagte Mutter.⁹⁸ Die Oma passt auf die Enkelkinder auf, um der Tochter eine berufliche Erwerbstätigkeit zu ermöglichen.⁹⁹ Der Vater hilft dem Sohn beim Hausbau.¹⁰⁰ Gleich- oder verschiedengeschlechtliche Partner leben wirtschaftlich so zusammen wie ein Ehepaar.¹⁰¹ Mitunter werden solche Leistungen auch im Rahmen einer Wohngemeinschaft oder eines Klosters¹⁰² erbracht.

22

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Rechtsprechung ist in all diesen Fällen in Bezug auf die Anerkennung eines Erwerbsschadens zurückhaltend.¹⁰³ Auch in der Literatur¹⁰⁴ gibt es Stimmen, die für einen Erwerbsschaden verlangen, dass ein Unterhaltsband gegeben sein müsse. ME ist indes der Gegenmeinung zu folgen, dass darauf abzustellen ist, ob es sich inhaltlich um die verletzungsbedingte Vereitelung einer Tätigkeit handelt, die bei Erbringung im Rahmen der Familie als Erwerbsschaden qualifiziert würde.¹⁰⁵ Anzuknüpfen ist mE an die Art der Tätigkeit, nicht aber daran, wem gegenüber sie erbracht wird.¹⁰⁶ Besteht ein zumindest faktisches Unterhaltsband, sind bei Beeinträchtigung der Haushaltsführung im engeren Sinn die Grundsätze des Haushaltsführerschadens anzuwenden. Besteht eine zumindest quasi-synallagmatische Beziehung, ist auf die entsprechende Gegenleistung abzustellen, so etwa bei einem Mönch mit Armutsgelübde. In den sonstigen Fällen gebührt der verletzten Person jedenfalls Ersatz, wenn der reale Zustand wie ohne das schädigende Ereignis wiederhergestellt wird.

ee) Sozial karitative Tätigkeiten – Abgrenzung zu Hobby und Freizeit

⁹⁷ *Dunz* in FS Steffen (1995), 135, 145.

⁹⁸ OLG Köln NJW-RR 1994, 350.

⁹⁹ OLG Celle zfs 1982, 133.

¹⁰⁰ OLG Köln VersR 1994, 356.

¹⁰¹ *Ch. Huber* in FS Steffen (1995), 193, 203.

¹⁰² Ablehnend zum Erwerbsschaden eines Ordensangehörigen OLG Celle NJW 1988, 2618; dazu *Gotthardt* JuS 1995, 12.

¹⁰³ OLG Celle zfs 1982, 133; NJW 1988, 2618; kritisch *Ch. Huber* VersR 2007, 1330 ff.; bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ablehnend OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 24688 = jurisPR-VerkR 2009/20, Anm. 3 (*Jahnke*); OLG Celle NZV 2009, 400 = jurisPR-VerkR 19/2009 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1535; OLG Nürnberg NZV 2006, 209 = FamRZ 2005, 2069 (*Löhnig*). Näheres dazu in *Rn.* 183 dd.

¹⁰⁴ *Pardey Rn.* 2462.

¹⁰⁵ So auch MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 *Rn.* 57; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 *Rn.* 20; v. *Einem* VersR 1995, 1164 (1166 f.); OLG Oldenburg VersR 1993, 1491.

¹⁰⁶ So auch *Würthwein* JZ 2000, 337 (346).

23

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden bei unentgeltlichen Tätigkeiten	ff.

Schließlich geht es um das Spektrum von Tätigkeiten, bei denen sich die Frage stellt, ob eine Gleichstellung mit der Erwerbsarbeit erfolgen kann oder die verletzungsbedingte Beeinträchtigung insoweit in den Bereich der **immateriellen Sphäre** zu verweisen ist. Der Bogen der zu beurteilenden Verhaltensweisen ist weit gespannt: Auf der einen Seite geht es um Tätigkeiten, die sich von einer beruflichen Erwerbsarbeit nur dadurch unterscheiden, dass die nunmehr verletzte Person dafür kein Entgelt in Rechnung gestellt hat. So verhält es sich etwa, wenn ein Ruderfunktionär die Boote des Vereins wartet, ohne dafür etwas zu verlangen,¹⁰⁷ oder der Vater dem Sohn in seinem Unternehmen aushilft. Auf der anderen Seite stehen Tätigkeiten in **Idealvereinen**, die üblicherweise unentgeltlich erbracht werden, etwa für politische Parteien oder Religionsgemeinschaften; würde man aber keinen ehrenamtlich Tätigen finden, müsste auch für eine solche Dienstleistung auf dem Markt ein Entgelt gezahlt werden.¹⁰⁸ **Löhnig**¹⁰⁹ stellt – durchaus nachvollziehbar – darauf ab, ob die verletzte Person die Sphäre ihrer eigenen Lebens- und Freizeitgestaltung verlassen und einen produktiven Beitrag zur Wohlfahrt anderer geleistet hat, was etwa auch bei Haushaltsdienstleistungen zugunsten nicht gesetzlich unterhaltsberechtigter Personen zu bejahen ist.¹¹⁰

24

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

ME ist wie folgt zu differenzieren:¹¹¹ Bei Tätigkeiten, die üblicherweise am Markt lediglich gegen Entgelt erbracht werden, kann das formale – häufig steuerrechtlich motivierte – Kriterium des Nehmens eines Entgelts und der Rücküberweisung als Spende nicht darüber entscheiden, ob im Verletzungsfall für solche Tätigkeiten ein Erwerbsschaden zu bejahen ist.¹¹² Entsprechendes gilt

¹⁰⁷ So das vom LG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1239 gebildete Beispiel.

¹⁰⁸ Darauf abstellend Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 **Rn.** 15.

¹⁰⁹ **Löhnig** NFamZ 2018, 604.

¹¹⁰ Gegenteilig OLG Schleswig NJW 2018, 1889 = NZFam 2018, 602 (**Löhnig**) = SVR 2018, 389 (**Schröder**): Vereitelte Haushaltsführung zugunsten der 98-jährigen Mutter, Berücksichtigung allein beim Schmerzensgeld.

¹¹¹ **Ch. Huber VersR** 2007, 1330 ff.

¹¹² LG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1239; kritisch dazu **Pardey** NJW 1997, 2094; für eine Ersatzfähigkeit Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 **Rn.** 4; MüKoBGB⁷/**Wagner** §§ 842, 843 **Rn.** 16.

für Tauschringe.¹¹³ Dabei kommt es gem. dem Prinzip, dass nur der Schaden des unmittelbar Verletzten ersatzfähig ist, auf den Wert der vereitelten Tätigkeit an, nicht aber auf die Auswirkungen beim Empfänger der Leistung. Bei Tätigkeiten, die **üblicherweise unentgeltlich** erbracht werden, spricht gegen die Zuerkennung eines Erwerbsschadens, dass auf diese Weise der Verletzte einen Geldbetrag erhält, obwohl er einen solchen ohne Verletzung nicht ins Verdienen gebracht hätte.¹¹⁴

25

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Erwägenswert könnte insoweit sein, dem Verletzten einen Anspruch nicht auf Leistung eines Geldbetrages an sich,¹¹⁵ sondern an denjenigen einzuräumen, dem er die Leistung erbringen hätte wollen,¹¹⁶ sofern dieser den Schadensbetrag zur **Deckung des vereitelten Defizits** verwendet. Dadurch würde dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich im Grunde genommen um einen ideellen Schaden handelt. Wie bei den Heilungskosten ist ein solcher aber nur ersatzfähig, wenn er auf Naturalrestitution gerichtet ist und der dafür geleistete Geldbetrag widmungsgemäß verwendet wird. Auch für die Leistung an einen Dritten gibt es eine Parallele, nämlich beim Erwerbsschaden eines verletzten Gesellschafter-Geschäftsführers einer Ein-Mann-GmbH, wo aus Gläubigerschutzerwägungen der verletzte Gesellschafter-Geschäftsführer hinsichtlich der Vermögenseinbuße der GmbH Zahlung nicht an sich, sondern an die GmbH verlangen kann (Näheres → **Rn.** 176). Abzulehnen ist indes die Liquidierung des Drittschadens durch analoge Anwendung des § 845.¹¹⁷ Abgesehen davon, dass § 845 eine – nach den heutigen Prämissen verfehlte – Norm zur Liquidation von Haushaltsführungsschäden in der Kernfamilie ist, würde durch eine solche analoge Anwendung folgender Wertungswiderspruch bewirkt: Während der Arbeitgeber bei Verletzung des gegen Entgelt beschäftigten Arbeitnehmers nur den auf ihn qua Entgeltfortzahlung weiter gewälzten Schaden ersetzt verlangen kann, würde derjenige, dem unentgeltliche Dienstleistungen erbracht werden, in weiterem Maß geschützt, indem man ihm bei Verletzung des für ihn Tätigen seinen eigenen Schaden ersetzen würde. Abzulehnen ist auch das Abstellen darauf, ob der Verletzte die Tätigkeit als Hobby, dann bloß Schmerzensgeld, oder Erwerbsarbeit, dann Erwerbsschaden empfunden hat.¹¹⁸ Wie will man das messen – durch Befragung oder einen Lügendetektor? Insoweit handelt es sich um ein untaugliches, nicht justiziables Kriterium.

26

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹¹³ *Pardey* zfs 2007, 303 (305).

¹¹⁴ *Pardey Rn.* 2763 f.; *ders.* NJW 1997, 2094; *Dunz* in FS Steffen, 135 (144); *v. Einem* VersR 1995, 1164; *Würthwein* JZ 2000, 337 (346).

¹¹⁵ So wohl Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 **Rn.** 4; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 **Rn.** 16, 57.

¹¹⁶ *Pardey Rn.* 2769; *ders.* NJW 1997, 2094 (2096).

¹¹⁷ So aber der Vorschlag von *Pardey Rn.* 2768.

¹¹⁸ So aber *Pardey* DAR 2010, 14 f.

Kein Erwerbsschaden ist schließlich in solchen Fällen gegeben, in denen es um die Verwirklichung von **reinen Freizeitinteressen** geht, wie das etwa bei einer Mitgliedschaft in einem Musik- oder Sportverein der Fall ist.¹¹⁹

ff) Bagatellschwelle

27

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Bagatellschwelle	

Diskutiert wird bei solchen Tätigkeiten, deren Zuweisung zur Vermögenssphäre umstritten ist, eine **Bagatellschwelle**. *Pardey*¹²⁰ postuliert eine solche in der Weise, dass ein Ersatz nur dann in Betracht komme, wenn die nunmehr verletzte Person solche Leistungen im Ausmaß von mindestens fünf Zeitstunden pro Woche während eines Kalendervierteljahres erbracht hat. Diese frei gegriffene Grenze widerspricht dem auf die individuellen Verhältnisse abstellenden Schadensrecht. Sollte ein gewisses Minimum in der Vergangenheit unterschritten worden sein, mag es dem Verletzten schwerfallen, das Gericht zu überzeugen, warum diese Tätigkeiten in der Zukunft erbracht worden wären. Insoweit geht es – wie bei den Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn – um den Ersatz konkreter Einbußen und nicht bloß vorstellbarer Entwicklungen (Näheres → **Rn.** 181). Solche Einschränkungen sind aber besser über strengere Beweisanforderungen als willkürliche Untergrenzen in den Griff zu bekommen.

III. Vermehrte Bedürfnisse

28

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	vermehrte Bedürfnisse	ff.

Die vermehrten Bedürfnisse sind der **Gegenbegriff** zum **Erwerbs- und Fortkommenschaden** bzw. zur **Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit**. Mit diesem haben sie lediglich gemein, dass für beide Schadensposten grundsätzlich eine Rente gebührt. Bei den vermehrten Bedürfnissen geht es darum, dass der Verletzte Anspruch auf die Vermögensaufwendungen hat, die erforderlich sind, um seine private Lebensführung an das Niveau heranzuführen, das ohne

¹¹⁹ LG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1239.

¹²⁰ *Pardey* **Rn.** 2774.

Verletzung bestünde.¹²¹ Die systematische Platzierung ist wenig glücklich: Einerseits besteht ein solcher Anspruch nicht nur bei deliktischer Schädigung; andererseits erfolgt der Ersatz nicht stets in Form einer Rente.¹²²

29

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Anrechnungen von Drittleistungen	ff.

Die durchaus heterogenen vermehrten Bedürfnisse lassen sich wie folgt klassifizieren:¹²³ Es gibt Sachleistungen, Betreuungsdienstleistungen sowie Vermögensfolgeschäden. An **Sachleistungen** seien die folgenden genannt: Bei Verletzungen des Bewegungsapparats muss häufig eine Neuschaffung¹²⁴ oder doch Anpassung des Wohnraums erfolgen,¹²⁵ etwa durch Einbau eines Treppenlifts oder eines Schwimmbades.¹²⁶ Ein Fahrzeug muss neu angeschafft oder behindertengerecht ausgestattet werden. Zu ersetzen sind auch die dadurch bewirkten zusätzlichen Betriebskosten.¹²⁷ Ersatzfähig sind auch zusätzliche Kosten für die infolge einer Gewichtszunahme erforderliche Anschaffung neuer Kleider.¹²⁸ An **Betreuungsdienstleistungen** ist in erster Linie die Pflege von Schwerstverletzten sowie die Hilfe bei Schulaufgaben¹²⁹ **bzw.** Fahrten zur Ausbildungsstätte¹³⁰ zu nennen,¹³¹ die häufig von nahen Angehörigen erbracht werden.¹³² Dazu gerechnet wird auch die Haushaltsführung für sich selbst. Zu den **Vermögensfolgeschäden** zählen Steuerberaterkosten oder verletzungsbedingte Prämiensteigerungen bei Abschluss von Versicherungen,¹³³ soweit es sich nicht um

¹²¹ Drees VersR 1988, 784.

¹²² Ch. Huber in FS G. Müller (2009), 35 (40).

¹²³ Pardey Rn. 1830.

¹²⁴ BGH NJW 1982, 757.

¹²⁵ BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber NZV 2005, 620: Zweitwohnsitz der Schlossfrau.

¹²⁶ OLG Nürnberg VersR 1971, 260; vgl. dazu Ch. Huber VersR 1982, 545.

¹²⁷ BGH NJW-RR 1992, 792.

¹²⁸ OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 816.

¹²⁹ OLG Bamberg VersR 2005, 1593 = VRR 2006, 25 (Luckey): Vater gibt Beruf als Maschinenbauingenieur auf, um sich ganz dem Kind widmen zu können.

¹³⁰ OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (L. Jaeger).

¹³¹ Soweit es um Investitionen in die – künftige – Arbeitskraft des Verletzten geht, liegt ein Erwerbsschaden vor. Näheres dazu unter Rn. 33.

¹³² BGH VersR 1978, 149.

Fortkommensschäden handelt.¹³⁴ Eine Umschreibung ist aber auch in der Weise möglich, dass man auf die einzelnen Bereiche der privaten Lebensführung verweist, etwa Hilfen bei der Körperpflege, den täglichen Verrichtungen wie An- und Auskleiden, Einnahme von Speisen, Stoffwechsel oder die Fortbewegung. Dazu kommen die Wahrnehmung gesellschaftlicher Kontakte und die Freizeitgestaltung¹³⁵ bis hin zur Wahrnehmung von Rechts- und Vermögensangelegenheiten.¹³⁶ Dieses Bündel wird im Regelfall in einer Rente zusammengefasst, die sich am künftigen Durchschnittsbedarf orientiert; wahlweise kann sich der Verletzte aber auch für eine Einzelabrechnung des jeweiligen Bedarfs entscheiden.¹³⁷

IV. Erwerbsschaden und vermehrte Bedürfnisse – einheitliche Rente und Abgrenzungsfragen

1. Einheitliche Rente

30

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	einheitliche Rente	

Für den Erwerbsschaden und die vermehrten Bedürfnisse ist eine **einheitliche Rente** festzusetzen. Das hat Auswirkungen auf mehreren Gebieten: Der Verletzte kann während des Verfahrens die einzelnen Schadensposten auswechseln, ohne dass eine Klagänderung vorliegt.¹³⁸ Es handelt sich um **Teiglieder eines einheitlichen Schadensersatzanspruchs**.¹³⁹ Folgen hat das nicht nur für das Prozessrecht, sondern auch für das Verjährungsrecht. Die Umstellung vom Erwerbsschaden zu den vermehrten Bedürfnissen oder umgekehrt im laufenden Prozess hat keinen Einfluss auf den Neubeginn der Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1, sofern der begehrte Betrag gleich hoch bleibt und lediglich die Anspruchskategorien ausgewechselt werden.¹⁴⁰ Schließlich ist zu bedenken, dass bei einer durch ein Urteil zuerkannten Rente bei wesentlichen Veränderungen gem. § 323 ZPO eine Anpassung – für die Zukunft – verlangt werden kann. Auch diesbezüglich ist bedeutsam, dass der Erwerbsschaden und die vermehrten Bedürfnisse zu einer einheitlichen Rente zusammengefasst werden, weil für die Wesentlichkeit

¹³³ OLG Karlsruhe VersR 1994, 1250: Krankenversicherung; OLG Zweibrücken VersR 1996, 864: Lebensversicherung.

¹³⁴ BGH NJW 1984, 2627.

¹³⁵ Zoll in FS L. Jaeger (2014), 473 (481).

¹³⁶ So die Einteilung bei van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 [Rn.](#) 577.

¹³⁷ Heß/Burmann NJW-Spezial 2006, 159.

¹³⁸ MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 [Rn.](#) 77; Staudinger/Vieweg (2015) § 843 [Rn.](#) 28, 165; Soergel¹³/Beater § 843 [Rn.](#) 15.

¹³⁹ Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 [Rn.](#) 12.

¹⁴⁰ Staudinger/Vieweg (2015) § 843 [Rn.](#) 28, 36.

der Änderung auf die Gesamtverhältnisse abzustellen ist.¹⁴¹ Auswirkungen hat das insoweit, als keine solche wesentliche Veränderung gegeben ist, wenn sich die Verhältnisse beim Erwerbsschaden in die eine Richtung entwickeln, bei den vermehrten Bedürfnissen jedoch in die Gegenrichtung.¹⁴² Umgekehrt kann die wesentliche Änderung bei einem Schadensposten so gravierend sein, dass sie dazu führt, dass die Gesamtrente anzupassen ist, obwohl die Änderung beim anderen Schadensposten dafür nicht ausgereicht hätte.

2. Bedeutsamkeit der Abgrenzung

31

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	BFH-Rechtsprechung zu Mehrbedarfsrente	

Trotz der einheitlichen Bemessung der Rente ist die Unterscheidung zwischen einem **Erwerbsschaden** und einer **Mehrbedarfsrente** bedeutsam,¹⁴³ und das aus mehreren Gründen: Nach Rechtsprechung des BFH¹⁴⁴ ist die Mehrbedarfsrente steuerfrei, während die Erwerbsschadensrente der Besteuerung unterliegt, sofern es sich nicht um die Abgeltung des Erwerbsschadens für die Haushaltsführung handelt.¹⁴⁵ Eine Trennung hat aus diesem Grund schon im Tenor des Urteils zu erfolgen.¹⁴⁶ Die **zeitliche Befristung** wird im Regelfall unterschiedlich ausfallen. Die Erwerbsschadensrente ist bis zur Gewährung einer Altersrente zu befristen, sofern es sich nicht um den Erwerbsschaden eines Haushaltsführers handelt, während die Mehrbedarfsrente keiner solchen Begrenzung unterliegt. Diese ist auf Lebenszeit zu gewähren,¹⁴⁷ sofern sich die Zeitdauer des Mehrbedarfs nicht absehen lässt.¹⁴⁸ Der Bedarf eines Fahrzeugs, um die Arbeitsstelle zu erreichen, ist Teil des Erwerbsschadens.¹⁴⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schädiger lediglich für den unfallkausalen Mehrbedarf einzustehen hat, so dass sowohl eine überholende Kausalität als auch ein altersbedingter Mehrbedarf zu einer Kürzung der Rente führen. Zudem ist beim Haushaltsführerschaden die sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob es sich um einen Erwerbsschaden oder vermehrte Bedürfnisse handelt.¹⁵⁰ Wie eine Frau nur schwanger oder nicht

¹⁴¹ Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 28; Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 13.

¹⁴² Palandt⁷⁹/*Sprau* § 843 Rn. 1.

¹⁴³ AA Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 23, Fn. 109: Praktisch kaum relevant.

¹⁴⁴ BFH NJW 1995, 1238, dazu *Gschwendtner* DStZ 1995, 130.

¹⁴⁵ BFH NJW 2009, 1229 = SVR 2009, 234 (*Schröder*) = jurisPR-VerkR 2009/4 Anm. 1 (*Jahnke*).

¹⁴⁶ Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 2; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 28.

¹⁴⁷ *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 159; *Pardey* Rn. 1284; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 31.

¹⁴⁸ OLG Köln VersR 1988, 61.

¹⁴⁹ AA *Kampen* SVR 2014, 401 (405): Vermehrtes Bedürfnis.

¹⁵⁰ BGH NJW 2002, 292; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 23.

schwanger sein kann, auch wenn man es in mancher Phase nicht verlässlich weiß, verhält es sich bei den Kategorien Erwerbsschaden oder vermehrte Bedürfnisse.¹⁵¹ Bei Vergleichen werden mitunter nur manche Schadensposten abschließend reguliert; auch insoweit kommt es auf eine präzise Begriffsbildung als Indiz dafür an, was die Parteien gewollt haben.¹⁵²

3. Detailfragen der Abgrenzung

32

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Haushaltsführerschaden	

Beim **Haushaltsführerschaden** wird eine Abgrenzung in der Weise vorgenommen, ob die Haushaltsführung bloß der **Eigenversorgung** dient – dann vermehrtes Bedürfnis¹⁵³ – oder diese **anderen Familienmitgliedern** zugutekommt – dann Erwerbsschaden.¹⁵⁴ Die Abgrenzung wird dabei nach Kopfteilen vorgenommen.¹⁵⁵ Diese Unterscheidung ist eine letzte Nachwirkung des § 845, wonach bloß Dienste für einen anderen ersatzfähig waren.¹⁵⁶ Die Folge ist, dass sich mit Ausscheiden einer Person aus dem Haushalt die Anteile verschieben, so dass streng genommen – auch im Verletzungsfall – jeweils eine Neuberechnung vorzunehmen ist unter Einschluss der Neugewichtung der Ansprüche im Hinblick auf die sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen. Plausibel wäre insoweit jedoch eine Trennung in der Weise, dass zum Erwerbsschaden das Tätigkeitsspektrum zählt, das ein homo oeconomicus auslagern würde, wenn er seine Arbeitskraft produktiver einsetzen könnte, somit auch die Haushaltsführung für sich selbst.¹⁵⁷ Was an vermehrten Bedürfnissen dann lediglich verbliebe, das wären jene Verrichtungen, die ein Gesunder stets selbst verrichten würde wie das An- und Auskleiden, die Körperpflege, die Einnahme der Speisen und dergleichen. In Bezug auf die sachliche Kongruenz kommt es demgegenüber jeweils darauf an, welche Sozialversicherungsleistung gegenüber dem

¹⁵¹AA BGHZ 206, 136 = r + s 2015, 472 = LMK 2015, 373272 (*Dauck*): Aufwendungen für eine Behindertenwerkstätte, Kriterien beider Fallgruppen können erfüllt sein.

¹⁵² *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (177): Bei Abfindung des Verdienstentgangsschadens keine Erstreckung auf den Hausarbeitsschaden wegen vermehrter Bedürfnisse.

¹⁵³OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 22815 = SVR 2009, 307 (*Balke*): 90 Minuten pro Tag; KG BeckRS 2007, 8720 mit Anm. *Forster DAR* 2008, 25: Beeinträchtigung eines Studenten bei der Haushaltsführung.

¹⁵⁴BGH NJW 1997, 256; NJW-RR 1992, 792; NJW-RR 1990, 34; NJW 1974, 41; ebenso die Literatur: MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 52; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 8; *Drees* VersR 1988, 784 (786).

¹⁵⁵BGH NJW 1985, 735; OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505; OLG Saarbrücken VRR 2013, 343 (*Luckey*) = BeckRS 2013, 04132; KG NJOZ 2008, 4695 = jurisPR-VerKR 2/2009 Anm. 2 (*H. Lang*).

¹⁵⁶Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 5.

¹⁵⁷*Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1995), S. 320 ff.

jeweiligen Schadensposten kongruent ist. Bei Leistungen der Pflegeversicherung nach §§ 36 ff. SGB XI und Unfallfürsorgeleistungen für Beamte ist das in Bezug auf Pflegedienstleistungen sowie die Haushaltsführung für den eigenen Bedarf zu bejahen.¹⁵⁸

33

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Umschulungskosten	
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	vermehrte Bedürfnisse	f.

Soweit **Investitionen** getätigt werden, um die **Arbeitskraft wiederherzustellen**, ist ein Erwerbsschaden gegeben,¹⁵⁹ so etwa bei einem behindertengerechten Umbau des Arbeitsplatzes.¹⁶⁰ So verhält es sich bei Mehraufwendungen wegen der Fahrten zur Arbeitsstätte¹⁶¹ oder einer höheren Miete am neuen Arbeitsort.¹⁶² Bei zusätzlichen Ausbildungskosten¹⁶³ und der Unterbringung in einer Behindertenwerkstätte handelt es sich nicht generell um vermehrte Bedürfnisse. Vielmehr ist zu differenzieren: Geht es darum, die Erwerbsfähigkeit des Verletzten wiederherzustellen, ist ein Erwerbsschaden zu bejahen,¹⁶⁴ so dass Umschulungskosten jedenfalls zum Erwerbsschaden zählen.¹⁶⁵ Sind solche Maßnahmen aber lediglich eine Beschäftigungstherapie, sind sie also bloß darauf gerichtet, das Selbstwertgefühl des Verletzten zu stärken oder einen Beitrag zu leisten, dass er sein Privatleben wieder besser bewältigt,¹⁶⁶ liegen vermehrte Bedürfnisse vor,¹⁶⁷ die bis zur Grenze der

¹⁵⁸BGH NJW 1997, 256; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 [Rn. 8](#); Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 [Rn. 2](#).

¹⁵⁹AA OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*): Fahrten der Mutter, damit der Sohn Jurastudium absolvieren kann, vermehrte Bedürfnisse.

¹⁶⁰AA *Zoll* NJW 2014, 967 (971): Vermehrte Bedürfnisse.

¹⁶¹Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 [Rn. 23](#); Greger/Zwickel/*Zwickel* § 29 [Rn. 34](#); aA BGH NJW-RR 2004, 671 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 [ff.](#); OLG Nürnberg DAR 2001, 366: Vermehrte Bedürfnisse.

¹⁶²AA Palandt⁷⁹/*Sprau* § 843 [Rn. 3](#): Vermehrte Bedürfnisse.

¹⁶³Für eine Qualifikation als vermehrte Bedürfnisse Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 [Rn. 23](#); Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 [Rn. 24](#) unter Hinweis auf BGH NJW-RR 1992, 791; offen lassend van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn. 571](#).

¹⁶⁴*Pardey* [Rn. 1873](#), 1875.

¹⁶⁵BGH NJW-RR 1991, 854; NJW 1987, 2741; BGHZ 84, 151 = NJW 1982, 2321; aA aber OLG Schleswig VersR 1991, 355.

¹⁶⁶BGH NZV 1991, 387; OLG Hamm VersR 1992, 459; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 [Rn. 21](#); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn. 605](#).

Verhältnismäßigkeit vom Schädiger zu ersetzen sind.¹⁶⁸ Die Ausübung einer Tätigkeit erfolgt nicht bloß in Erfüllung der **Schadensminderungspflicht** zugunsten des Ersatzpflichtigen, sondern auch wegen des Bestrebens des Verletzten, ein **sinnerfülltes Leben** zu führen.¹⁶⁹ Der Verweis des Schädigers, dass der Verletzte sich auf den Bezug von Sozialleistungen beschränken solle, weil die Belastung des Schädigers dadurch geringer sei als bei von diesem finanzierten Umschulungskosten, ist unbeachtlich.¹⁷⁰ Soweit Sozialversicherungsbeiträge zur Kranken- und Rentenversicherung sowie der Arbeitgeberanteil zur Arbeitslosenversicherung abgeführt werden, ist ebenso wie in Bezug auf das Ausbildungsgeld eine sachliche Kongruenz zum Erwerbsschaden gegeben, sofern der Verletzte rentenversicherungspflichtig geworden wäre und deshalb Beiträge abführen hätte müssen;¹⁷¹ das gilt wegen des Gebots der zeitlichen Kongruenz allerdings nur mit der Einschränkung, dass der Verletzte während dieses Zeitraums als Gesunder einer sozialversicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, was etwa bei Studierenden nicht der Fall ist. Beim Regressanspruch eines Sozialversicherungsträgers wegen Aufwendungen zur **Umschulung** ist zu beachten, dass maßgeblich für die Erfolgsaussicht, dass der Verletzte nach der Umschulung eine bezahlte Arbeit aufnehmen kann, die Perspektive ex ante ist, so dass der Ersatzpflichtige das Risiko trägt, dass die Umschulung ihr Ziel verfehlt. Ist freilich bei Inangriffnahme der Umschulungsmaßnahme das Scheitern mit Händen zu greifen, sind die Kosten der Umschulungsmaßnahme – jedenfalls im Rahmen des Erwerbsschadens – nicht auf den Ersatzpflichtigen überwälzbar.¹⁷² Zwar handelt es sich bei § 116 SGB X um den Übergang eines Anspruchs des Verletzten, dem persönlich kein Verschuldensvorwurf zu machen ist; aber wie beim Regressanspruch des Arbeitgebers oder Dienstherrn¹⁷³ ist im Rahmen des Regressanspruchs ein Mitverschulden des Regressgläubigers zusätzlich in Anschlag zu bringen.

4. Beurteilung

34

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Zusammenfassung von Erwerbsschaden und vermehrten Bedürfnissen zu einer **einheitlichen Rente** hat mehr Nachteile als Vorteile.¹⁷⁴ Die vermehrten Bedürfnisse stehen

¹⁶⁷Diese beiden Kategorien vermengend OLG Oldenburg – 5 U 76/12; wenig präzise auch BGHZ 206, 136 = r + s 2015, 472 = LMK 2015, 373272 (*Dauck*): In concreto lagen vermehrte Bedürfnisse vor.

¹⁶⁸*Küppersbusch/Höher* Rn. 74, Fn. 309.

¹⁶⁹So auch bei einer reinen Beschäftigungstherapie OLG Hamm VersR 1992, 459; DAR 2001, 308; dazu *Ch. Huber* r + s Sonderheft 2011, 34, 40 f.

¹⁷⁰OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*).

¹⁷¹BGH VersR 2015, 1048; OLG Oldenburg – 5 U 76/12.

¹⁷²LG Augsburg NJW Spezial 2007, 258.

¹⁷³BGH NJW 2010, 927 = jurisPR-VerkR 2010/2 Anm. 2 (*Jahnke*): Früherer Einsatz eines verletzten Beamten im Innendienst möglich.

¹⁷⁴Kritisch auch MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 77.

vielfach den Heilungskosten näher als dem Erwerbsschaden.¹⁷⁵ Da wegen Unterschieden bei der zeitlichen Befristung, der Besteuerung sowie der sachlichen Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen ohnehin eine Unterscheidung getroffen werden muss, sollte man darüber nachdenken, die bisher aus der Einheitlichkeit der Rente abgeleiteten Rechtsfolgen – keine Klageänderung, einheitliche Verjährung, einheitlicher Maßstab für die Abänderung der Rente nach § 323 ZPO – aufzugeben.¹⁷⁶

B. Anwendungsbereich

35

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Anwendungsbereich	ff.

Der Wortlaut des § 842 setzt eine deliktische Schädigung **bzw.** die Verwirklichung eines im BGB geregelten **Gefährdungshaftungsstatbestandes**¹⁷⁷ voraus, so dass ein Erwerbsschaden auch bei Beeinträchtigung der Freiheit, der Geschäfts- oder Geschlechtsehre, des Namensrechts oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu ersetzen ist.¹⁷⁸ Darüber hinaus wird in § 618 Abs. 3 sowie § 62 Abs. 3 HGB auf die §§ 842–846 verwiesen. Der Wortlaut des § 843 setzt jedoch eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit voraus und knüpft die Zubilligung einer Rente an engere Voraussetzungen. In den Gefährdungshaftungsgesetzen finden sich zum Teil Verweisungen, zum Teil eigene Regelungen, die mit den §§ 842 **f.** nicht stets deckungsgleich sind.

36

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Das hat freilich keine praktisch bedeutsamen Auswirkungen.¹⁷⁹ Dass lediglich bei einer Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung eine Rente gebührt, erklärt sich daraus, dass bei anderen Beeinträchtigungen der Schaden nicht in die Zukunft fortwirkt, so dass die Rente keine passende Ersatzform darstellt.¹⁸⁰ Sollte das aber der Fall sein, wäre auch in solchen Fällen die Zubilligung einer Rente nicht ausgeschlossen. Denn die §§ 842 **f.** sind nichts anderes

¹⁷⁵BGHZ 119, 20 = NJW 1992, 2753.

¹⁷⁶So wohl auch **Pardey Rn.** 1321 ff.

¹⁷⁷Bamberger/Roth/**Spindler** (52. Edition) § 842 **Rn.** 2.

¹⁷⁸Soergel¹³/**Beater** § 842 **Rn.** 2.

¹⁷⁹MüKoBGB⁷/**Wagner** §§ 842, 843 **Rn.** 5.

¹⁸⁰Staudinger/**Vieweg** (2015) § 843 **Rn.** 4, 3.

als eine besondere Ausprägung **bzw.** Klarstellung der §§ 249 ff. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, dass die Rechtsprechung zu § 618 Abs. 3 sowie § 62 Abs. 3 HGB kaum jemals auf §§ 842 **f.** verweist, ist doch schon die Bezugnahme auf die §§ 249 **ff.** völlig ausreichend.¹⁸¹ Es kommt deshalb für die §§ 842 **f.** – anders als für § 844 Abs. 2 – nicht darauf an, ob die Verweisung womöglich auch auf den Auftrag sowie Werkvertrag zu erstrecken ist.¹⁸² Auch der Verweis, dass eine Erwerbsschadensrente bei einer psychisch vermittelten Beeinträchtigung gebührt,¹⁸³ kann vor diesem Hintergrund nicht überraschen. Es gelten deshalb auch nach den Gefährdungshaftungsgesetzen¹⁸⁴ sowie bei Aufopferungsansprüchen¹⁸⁵ ungeachtet der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung die allgemeinen Regeln. Aus Gründen der Rechtsvereinfachung und Rechtsklarheit wäre es angezeigt, wenn der Gesetzgeber sich jeweils auf einen Verweis auf die §§ 249 **ff.** und 842 **ff.** beschränken würde.

C. Der Erwerbsschaden

I. Allgemeine Fragen

1. Rechtstatsächliche Bedeutung

37

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsschaden		ff.

In der Wahrnehmung des Verletzten dominiert häufig das Schmerzensgeld, weil das der Schadensposten ist, der nicht von Drittleistungen, insbesondere solchen der Sozialversicherungsträger, überlagert ist.¹⁸⁶ Von der Warte der Ersatzpflichtigen, namentlich der Haftpflichtversicherer hat aber der **Erwerbsschaden eine ganz überragende Bedeutung**. Knapp 50 % der Zahlungen bei Personenschäden entfallen darauf.¹⁸⁷ Bei mittleren und schweren Verletzungen überschreitet selbst der Haushaltsführungsschaden das Schmerzensgeld.¹⁸⁸ Bei

¹⁸¹MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 8.

¹⁸²MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 8; Staudinger/Vieweg (2015) § 842 **Rn.** 9; Schulze¹⁰/Staudinger § 842 **Rn.** 2.

¹⁸³BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; BGH NJW 1993, 1523; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 843 **Rn.** 4; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 12.

¹⁸⁴In § 89 WHG fehlt etwa eine Regelung des Entschädigungsumfangs bei Gesundheitsschäden, so der Hinweis bei MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 5.

¹⁸⁵Staudinger/Vieweg (2015) § 843 **Rn.** 5.

¹⁸⁶Luckey VRR 2005, 364 (365).

¹⁸⁷H. Lang jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3.

¹⁸⁸Gräfenstein/Strunk NZV 2020, 176; Ernst VA 2008, 42; Heß/Burmann NJW-Spezial 2004, 351; J. Lang, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (48); am präzisesten Landolt, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 71 (72): In der Schweiz im Jahr 2016 9,2 Mrd. Stunden für unbezahlte

sehr schweren Verletzungen spielen zusätzlich die vermehrten Bedürfnisse, namentlich die Pflegeleistungen, eine zentrale Rolle, → Rn. 249 ff. Ausnahmsweise kann – wie beim Notunterhalt – eine Leistungsverfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile gem. § 940 ZPO geboten sein.¹⁸⁹ Häufig finden sich Vorschussschuldner, die in Vorlage treten und sich anschließend beim Schädiger regressieren. Dass deren Leistung den Schädiger nicht entlasten soll, ergibt sich aus § 843 Abs. 4;¹⁹⁰ zahlreiche Legalzessionsnormen wie namentlich § 6 EFZG sowie § 116 SGB X ordnen einen Übergang des Erwerbsschadens des Verletzten an den Vorschussschuldner im Ausmaß der von diesem erbrachten sachlich und zeitlich kongruenten Leistung an.¹⁹¹ *Lachner*¹⁹² weist darauf hin, dass § 116 SGB X nicht greifen soll, soweit es sich um satzungsmäßige Mehrleistungen der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 94 SGB VII handelt mit der Folge, dass der Schaden beim Geschädigten verbleibe. Das erscheint fragwürdig, weil eine Kumulierung von Sozialleistung und Schadensersatz auch insoweit nicht sachgerecht ist. In Betracht zu ziehen ist vielmehr eine analoge Anwendung von § 116 SGB X bzw. hilfsweise von § 774.¹⁹³

2. Die grundsätzliche Vorgehensweise der Ermittlung der Höhe

38

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Ermittlung der Schadenshöhe	
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden	ff.

Die Höhe des Erwerbsschadens ergibt sich daraus, dass der Ist-Zustand unter Berücksichtigung der gebotenen Anspannung der Kräfte zu ermitteln ist. Neben dem faktischen **Ist-Zustand** ist stets normativ zu prüfen, ob eine **überobligationsgemäße Anstrengung** des Verletzten oder eines unentgeltlich einspringenden Dritten gegeben ist, deren Erträge in Abzug zu bringen sind, oder ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vorliegt, so dass darauf abzustellen ist, wie der Verletzte stünde, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte. Auch im Rahmen des Erwerbsschadens hat der Ersatzpflichtige den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist. Namentlich bei psychischen Erkrankungen ist häufig eine bestimmte Anlage beim Verletzten

Arbeit (davon 7,1 Mrd. Stunden, 77 % für Hausarbeit), 7,9 Mrd. Stunden für bezahlte Arbeit; Wert der unbezahlten Arbeit nach der Marktmethode 408 Mrd. SFR; dort S. 2 ff. auch zur Entwicklung der Anerkennung der Hausarbeit als ersatzfähiger Vermögensschaden.

¹⁸⁹ OLG Frankfurt / M. NJW 2007, 851 = zfs 2007, 503 (*Diehl*): Abgelehnt im konkreten Fall, wenn der Anspruch nicht rechtzeitig im Weg des Klageverfahrens geltend gemacht worden ist.

¹⁹⁰ *Diehl* zfs 2007, 543.

¹⁹¹ Überblick bei *Jahnke* r + s Sonderheft 2011, 43 ff.; zu den einzelnen Regressgläubigern *Zoll* r + s Sonderheft 2011, 133 (141).

¹⁹² *Lachner* DAR 2018, 609 (610).

¹⁹³ Zur analogen Anwendung von Legalzessionsnormen *Ch. Huber* in FS Danzl (2017), 441 ff.

vorhanden, die zum Ausbruch einer unfallkausalen Erkrankung führt.¹⁹⁴ Dem ist der **Soll-Zustand** gegenüberzustellen, somit die Lage, die bestünde, wenn der Geschädigte nicht verletzt worden wäre. Es geht dabei um mehr als eine Extrapolation der Vergangenheit.¹⁹⁵ Sämtliche Unwägbarkeiten der weiteren Entwicklung, soweit sie abschätzbar sind, sind zu berücksichtigen. Abzustellen ist deshalb nicht auf den Unfallzeitpunkt, sondern den der letzten mündlichen Verhandlung in 1. Instanz.¹⁹⁶ Der Erwerbsschaden ist der negative Saldo, der sich aus der Differenz zwischen Soll und Ist ergibt.

3. Bemessungsansätze: Orientierung am Entgelt oder Arbeitswert, Opportunitätskosten

39

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Bemessungsätze	
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	entgeltorientierter Ansatz	ff.
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Haushaltsführerschaden	ff.

Primärer Ansatzpunkt für die Ermittlung dieses Saldos ist die **Gegenüberstellung der Einnahmen**. Man bezeichnet das als den **entgeltorientierten Ansatz**. Nicht immer führt dieser aber zu angemessenen Ergebnissen. Einerseits ist es mitunter schwierig, die voraussichtliche Entwicklung ausreichend zuverlässig zu prognostizieren, insbesondere bei einem selbstständig Erwerbstätigen, andererseits ist die Anerkennung eines Erwerbsschadens nicht davon abhängig, dass Einnahmen erzielt worden wären. Prototypisches Beispiel dafür ist der Erwerbsschaden des Haushaltsführers.¹⁹⁷ In solchen Konstellationen kommt für die Ermittlung des Erwerbsschadens die arbeitswertorientierte Methode in Betracht. Diese besteht nämlich darin, dass man nicht an den Output, die Einnahmen anknüpft, sondern den Input, somit was der Verletzte an Arbeitskraft investiert hätte, wenn er nicht verletzt worden wäre. Orientierungsgröße sind die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft. Ohne Nachweis der Einstellung einer Ersatzkraft werden dabei zumeist Abschläge bei Steuern und Lohnnebenkosten vorgenommen, so dass als Anhaltspunkt zumeist die Nettokosten einer vergleichbaren Ersatzkraft übrig bleiben. Da im Regelfall eine reale Restitution stattfindet, ist passender der Begriff normativer Schaden, weil der Begriff „fiktiv“ suggeriert, dass etwas ersetzt wird, was nicht real ist.¹⁹⁸

¹⁹⁴ OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2016, 171 = BeckRS 2016, 2329: Akanastische Persönlichkeitsakzentuierung, die nach HWS-Distorsion 1. Grades zu Anpassungsstörung und chronischer Depression geführt haben.

¹⁹⁵ BGH NJW-RR 1999, 1039; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 19.

¹⁹⁶ Heß/Burmann NJW-Spezial 2012, 393 (394); Eilers VGT 2013, 9, 13.

¹⁹⁷ Erman¹⁵/Wilhelmi § 842 **Rn.** 1.

¹⁹⁸ Zutreffend C. Schah Sedi, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, § 2 Rn. 20.

40

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Beim **Haushaltsführerschaden** kommt der entgeltorientierte Bewertungsansatz von vorneherein nicht in Betracht. Es verbleibt der arbeitswertorientierte Ansatz. Beim Erwerbsschaden eines Selbstständigen ist indes umstritten, ob der Vermögensschaden auf diese – privilegierte – Art berechnet werden kann. Die Rechtsprechung lehnt das zu Recht ab. Wie beim Nutzungsausfallschaden einer Sache ist es hier grundsätzlich möglich, den Niederschlag in der Vermögenssphäre durch die entgeltorientierte Methode zu dokumentieren. Schwierigkeiten des Verletzten sind deshalb mit Beweiserleichterungen auf prozessualer Ebene zu begegnen, nicht aber dadurch, dass ihm ein bequemerer alternativer Bewertungsansatz eingeräumt wird.¹⁹⁹

41

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Abgelehnt wird im Rahmen der arbeitswertorientierten Bewertung der Ansatz der **Opportunitätskosten**, somit der Ansatz der Kosten, die dadurch entstehen, dass eine eingestellte Ersatzkraft anderswo mehr hätte verdienen können.²⁰⁰ Dem Grunde nach ist das auch zu billigen, weil eben bloß eine weniger wertvolle Leistung erbracht wird. Völlig abzulehnen ist das Abstellen auf die Opportunitätskosten indes nicht, weil es Konstellationen gibt, in denen der Verletzte aus durchaus achtbaren Gründen – Zeitdruck, besonderes Integritätsinteresse – eine Ersatzkraft heranzieht, die zu einem Einsatz nur bereit ist, wenn sie nicht weniger verdient als bisher. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2) sind mE solche Kosten, die über die einer vergleichbaren Ersatzkraft hinausgehen, durchaus ersatzfähig. Zu verweisen ist namentlich darauf, dass ein Unternehmen oder der Haushalt mit betreuungsbedürftigen Kindern für einen gewissen Zeitraum fortgeführt werden soll, für den der Verletzte anstelle einer x-beliebigen Person auf eine Vertrauensperson zurückgreifen will, die eine höher dotierte Stelle aufgibt. Noch ausgeprägter ist ein solches Interesse beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse, wenn es um die Pflege einer schwer verletzten Person geht (Näheres → [Rn. 257 f.](#)).

4. Nebentätigkeit

42

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Nebentätigkeit	

¹⁹⁹Zur Subsidiarität der arbeitswertorientierten Berechnungsmethode *Steffen* VersR 1985, 605 (606 f.).

²⁰⁰MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 [Rn.](#) 18.

Im Ausgangspunkt macht es keinen Unterschied, ob eine Haupt- oder eine Nebentätigkeit verletzungsbedingt nicht mehr ausgeübt werden kann.²⁰¹ Bei der Nebentätigkeit muss indes streng geprüft werden, wie lange sie der Geschädigte ohne Verletzung wahrgenommen hätte. Besonders bei Jugendlichen ist die Dauer problematisch.²⁰² Aber auch bei Erwachsenen ist Skepsis angebracht, wenn durch die Nebentätigkeit auf Dauer keinerlei Freizeit zur Regeneration verbleibt. Es hat dann eine zeitliche Begrenzung der Rente zu erfolgen.²⁰³ Auch ist zu erwägen, ob der Hauptarbeitgeber auf Dauer damit einverstanden gewesen wäre.²⁰⁴ Auf die sozialversicherungsrechtliche Zulässigkeit kommt es indes nicht an.²⁰⁵ Der Erwerbsschaden kann sich aber auch bei zwischenzeitig erfolgter Gesundung fortpflanzen,²⁰⁶ wenn dem Verletzten eine Nebentätigkeit gekündigt wurde²⁰⁷ und er in der Folge keine solche Tätigkeit mehr findet.

5. Rechtswidriger Erwerb

43

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	rechtswidriger Erwerb	f.

Im Ausgangspunkt soll der Verletzte nicht im Wege eines Schadensersatzanspruchs etwas ins Verdienen bringen können, was er ohne Verletzung nicht hätte behalten können, was er aufgrund eines rechtswidrigen Erwerbs bezogen hätte. Wie bei der Rechtsfolge der Nichtigkeit eines Vertrages bei **Verstoß gegen ein Verbotsgesetz** gem. § 134 ist auch beim Erwerbsschaden zu differenzieren, ob das Verbot so weit reicht, dass der Gesetzgeber eine Rückabwicklung gebietet oder das nicht der Fall ist.²⁰⁸ Ein Erwerbsschaden wird versagt bei Verstößen gegen die Schwarzarbeit,²⁰⁹ die Arbeitszeitordnung²¹⁰ und die Aufenthaltserlaubnis von Ausländern in

²⁰¹BGH NJW 1998, 1633; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 5: In § 842 findet sich hierzu nichts.

²⁰²OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407: Annahme bei einem Medizinstudenten, dass Aufgabe in der Phase der Examensvorbereitung.

²⁰³OLG Köln VersR 1989, 755.

²⁰⁴Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 910 f.

²⁰⁵BGH NJW 1994, 851; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 11.

²⁰⁶*Eggert* VA 2006, 116 (117).

²⁰⁷OLG Celle BeckRS 2011, 06346 = jurisPR-VerkR 2011/2 Anm. 3 (*Wenker*): Kündigung des Nebenarbeitsverhältnisses als Reinigungsarbeiter in einem Betrieb mit weniger als 5 Arbeitnehmern, so dass kein Kündigungsschutz nach dem KSchG bestand.

²⁰⁸MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 58; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 838.

²⁰⁹BGH NJW 1990, 2542; OLG Brandenburg BeckRS 2010, 12595; LG Oldenburg VersR 1988, 1246 (Ls.); *Küppersbusch/Höher* Rn. 44.

²¹⁰BGH NJW 1986, 1486.

Deutschland,²¹¹ nicht aber bei Steuerhinterziehung²¹² oder Verstoß gegen Meldepflichten nach dem Sozialversicherungsrecht.²¹³

44

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, inwieweit ein Wertewandel stattgefunden und auch in der Gesetzgebung sich niedergeschlagen hat. Der BGH hat in einer älteren Entscheidung²¹⁴ ausgesprochen, dass bei Verletzung einer **Prostituierten** diese zwar im Ausgangspunkt keinen Erwerbsschaden geltend machen könne, weil es sich um eine unerlaubte Tätigkeit handle. Freilich könne es auch nicht hingenommen werden, dass diese der Allgemeinheit zur Last falle, was der Fall wäre, wenn sie Sozialhilfe in Anspruch nehmen würde. Die salomonische Lösung bestand somit darin, ihr einen Erwerbsschaden in Höhe der Sozialhilfesätze zuzubilligen. In der Literatur²¹⁵ ist man sich einig, dass diese Entscheidung heute anders ausfallen müsste. Es wird ins Treffen geführt, dass die Prostituierte ihre Einkünfte versteuern müsse.²¹⁶ Das ist mE ein wenig starkes Argument, weil der Fiskus im Zweifel auch Einkünfte aus einer verbotenen Tätigkeit der Steuerpflicht unterwerfen würde. Entscheidend ist das Argument, dass aufgrund § 1 ProstG der von der Dirne geschlossene Vertrag einseitig zulasten des Kunden verbindlich ist.²¹⁷ Und wie der österreichische OGH²¹⁸ in einer dem Erwerbsschaden voll stattgebenden Entscheidung ausgesprochen hat, findet bei solchen Austauschverträgen typischerweise Vorkasse der Prostituierten statt.

6. Anrechnung von Ersparnissen

45

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Anrechnung von Ersparnissen	

²¹¹BGH VersR 1989, 284.

²¹²BGHZ 136, 125 = NJW 1997, 2599; ZIP 2001, 202.

²¹³BGH NJW 1994, 851 = EWiR 1994, 287 (*Plagemann*); *Küppersbusch/Höher Rn. 43*; aA *Bliesener* r + s Sonderheft 2011, 10 **ff.** unter Hinweis auf das Gesetz zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängenden Steuerhinterziehung vom 23.7.2004, wonach Arbeitgeber und Beschäftigter bei einem Haushaltsscheck einer schriftlichen Meldepflicht unterliegen.

²¹⁴BGHZ 67, 119 = NJW 1976, 1883 = JZ 1977, 173 (*Stürner*) = JR 1977, 104 (*Lindacher*).

²¹⁵Schulze¹⁰/*Staudinger* § 842 **Rn. 4**; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 842 **Rn. 5**; Staudinger/*Schiemann* (2015), § 252 **Rn. 17**; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn. 839**.

²¹⁶*Küppersbusch/Höher Rn. 43*; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 **Rn. 9**.

²¹⁷MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 **Rn. 58**; *Küppersbusch/Höher Rn. 43*.

²¹⁸OGH SZ 54/70.

--	--	--

Betätigt der Geschädigte verletzungsbedingt seine Arbeitskraft nicht, führt das zu diversen **Ersparnissen**,²¹⁹ die den **Ersatzanspruch mindern**, wobei die auf den Erwerbsschaden anzurechnenden Vorteile nicht identisch sind mit den steuerlich anerkennungsfähigen Werbungskosten.²²⁰ Es entfallen die Fahrtkosten zwischen dem Wohnsitz und der Arbeitsstätte.²²¹ Dass in diesem Fall nicht nur die variablen Kosten anzurechnen sein sollen wie Benzin- und Ölverbrauch, sondern auch die anteiligen Fixkosten,²²² ist mE nicht einzusehen, weil der Geschädigte deswegen nicht auf den Gebrauch seines Kfz verzichtet.²²³ Die Anrechnung dieses Vorteils wird zusätzlich gedämpft, als auch ein entsprechender Abzugsposten bei der Einkommensteuer wegfällt.²²⁴ Sofern ein geringerer Verschleiß an Kleidung eingetreten oder keine arbeitsspezifische vom Verletzten anzuschaffen ist, ist dies anspruchsmindernd zu berücksichtigen,²²⁵ wobei ins Gewicht fallende Ersparnisse nur bei einem Dauerschaden eintreten werden. Mitunter werden sogar die Reinigungskosten für die Kleidung als Ersparnis in Abzug gebracht.²²⁶ Fallen Mehrkosten für eine doppelte Haushaltsführung weg, mindert das den Schadensersatzanspruch. In manchen Fällen mag die außerhäusliche Verpflegung teurer sein; im Einzelfall kann der Arbeitnehmer aber in der Kantine des Arbeitgebers zu subventionierten Preisen essen, so dass insofern nicht nur kein Vorteil gegeben ist, sondern sogar ein weiterer Einkommensbestandteil entgeht. Nimmt sich der Verletzte das Essen von zu Hause mit, hat eine Anrechnung von Ersparnissen zu entfallen.²²⁷

45a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei **stationärer Krankenbehandlung** ist der Erwerbsschaden um die Verpflegungskosten zu kürzen, was je nach Einkommenssituation mit 10–20 EUR pro Tag zu veranschlagen ist.²²⁸ Nicht

²¹⁹ Dazu ausführlich *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (10).

²²⁰ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 899.

²²¹ *Küppersbusch/Höher* **Rn.** 78.

²²² So van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 902; OLG Saarbrücken zfs 2016, 379 (*Diehl*) = VersR 2017, 698 = JurisPR-VerkR 5/2016 Anm. 1 (*Wenker*): Abzustellen auf 0,25 EUR je km nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 JVEG.

²²³ *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 219.

²²⁴ *Küppersbusch/Höher* **Rn.** 78.

²²⁵ OLG Bamberg VersR 1967, 911; *Pardey* **Rn.** 2240.

²²⁶ OLG München r + s 2019, 293 = Fachtagung Personenschaden 2019, 217 (*Ch. Huber*): Smoking eines Limousinenfahrers.

²²⁷ OLG München r + s 2019, 293 = Fachtagung Personenschaden 2019, 217 (*Ch. Huber*): Schwäbischer Malergeselle.

²²⁸ BGH VersR 1980, 455; OLG Hamm r + s 1999, 372; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 898.

anzurechnen ist, wenn der Geschädigte wegen seiner Verletzung in seiner Lebensführung einen Komfortverzicht in Kauf nimmt.²²⁹ Das Ausmaß der zu berücksichtigenden Ersparnisse ist nach § 287 ZPO zu schätzen, sofern kein konkreter Vortrag erfolgt.²³⁰ Die an Prozentsätzen des Erwerbseinkommens orientierten Unterhaltsleitlinien²³¹ sind ein wenig geeigneter Ansatzpunkt, weil etwa die Ersparnis an Fahrtkosten von der Länge der zurückzulegenden Strecke, nicht aber von der Höhe des Einkommens abhängt.²³² Je nach Beruf des Verletzten und den maßgeblichen Umständen geht die Rechtsprechung von einem Prozentsatz zwischen 10 %²³³ und 5 %²³⁴ aus; in einem besonders gelagerten Fall wurden auch bloß 2 % veranschlagt.²³⁵ *Gräfenstein/Strunk*²³⁶ zeigen auf, dass die Ersparnis meist weniger als 100 EUR beträgt, eine prozentuale Schätzung aber mitunter zu Abzügen im 5-stelligen Bereich führen kann.²³⁷ Nicht immer wird beachtet, dass eine fehlende Ersparnis mitunter zu einem Wegfall von Werbungskosten und damit zu einer höheren Progression führt.²³⁸

45b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Beweislast des Geschädigten ist umso angemessener, als schon nach allgemeinen Regeln der Geschädigte die Beweislast für die Höhe seines Schadens zu tragen hat. Angenommen wird aber, dass es sich um einen Fall der Vorteilsausgleichung handle; die Folge ist, dass dafür der Ersatzpflichtige eine Einwendung erheben muss, also die **Darlegungs- und Beweislast** für die Tatsachen trägt, aus denen sich eine **Vorteilsausgleichung** ergibt,²³⁹ den Geschädigten aber

²²⁹ BGH NJW 1980, 1787; *Küppersbusch/Höher* Rn. 78.

²³⁰ *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (9).

²³¹ Dafür van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 901.

²³² *Küppersbusch/Höher* Rn. 79 Fn. 319 f.; *Pardey* Rn. 2242.

²³³ OLG München r + s 2019, 293 = Fachtagung Personenschaden 2019, 217 (*Ch. Huber*); OLG München BeckRS 2011, 11164; OLG Naumburg SP 1999, 90; so auch *Luckey* VRR 2005, 364 (367); *Nugel/Wenker* VRR 2013, 4 (5).

²³⁴ OLG Düsseldorf NJW 2011, 1152; OLG Schleswig BeckRS 2009, 24608 = jurisPR-VerkR 2009/17 Anm. 3 (*Wenker*): Gesellschafter-Geschäftsführer; KG NZV 2006, 207 = VRR 2006, 225 (*Luckey*) = zfs 2006, 147 (*Diehl*): Bauingenieur; OLG Celle BeckRS 2006, 00127 = VRR 2006, 143 (*Luckey*): Grafikerdesignerin; OLG Celle BeckRS 2008, 00245 = jurisPR-VerkR 2008/3 Anm. 6 (*Nugel*); *Luckey* VRR 2006, 364 (371).

²³⁵ OLG Celle BeckRS 2011, 05939 = JurisPR-VerkR 26/2010 Anm. 5 (*Wenker*) = SVR 2011, 143 (*Balke*): Landschaftsgärtner; 6 km entfernte Arbeitsstelle.

²³⁶ *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (9).

²³⁷ Gegen eine Berücksichtigung von Prozentsätzen auch OLG Düsseldorf DAR 2015, 333 = BeckRS 2015, 11058: „Willkürlich“.

²³⁸ *Dabitz* zfs 2016, 364 (372).

²³⁹ *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 447.

eine sekundäre Darlegungslast trifft.²⁴⁰ *Pardey*²⁴¹ vertritt die Ansicht, dass der Geschädigte sich das Freiwerden der Arbeitskraft im Erwerbsleben nach den Grundsätzen für die Bemessung des Haushaltsführerschadens anrechnen lassen müsse, soweit er die Arbeitskraft nun im Haushalt einsetzen kann. Dem ist nur mit Einschränkungen zu folgen. Eine qualitative Steigerung des Standards im Haushalt führt zu keiner Vermögensmehrung; vielmehr sind solche Vorteile nach den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung nur mit großer Zurückhaltung zu berücksichtigen. Erwogen wird eine Beachtlichkeit, wenn auf diese Weise der bisher nicht berufstätige Ehegatte in die Lage versetzt wird, einer beruflichen Erwerbstätigkeit nachzugehen.²⁴² Selbst das ist mE fragwürdig: Wenn der Schaden dieses Ehegatten nicht ersatzfähig ist, ist nicht einzusehen, weshalb ein bei diesem eintretender Vorteil anzurechnen sein soll. Bei vorübergehender Beeinträchtigung und Krankschreibung durch den Arzt ist schließlich zu beachten, dass die verletzte Person sich auskurieren muss; die Wahrnehmung einer mit körperlicher Anstrengung verbundenen beruflichen Erwerbstätigkeit hätte arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zur Kündigung; dann ist aber auch ein vermehrter mit körperlicher Anstrengung verbundener Einsatz im Haushalt nicht zumutbar.²⁴³ Zu beachten ist, dass sich die Kürzung des Erwerbsschadens wegen Ersparnissen auch der Dritteilungsträger, also des Arbeitgebers bei § 6 EFZG, des Sozialversicherungsträgers nach § 116 SGB X sowie des Dienstherrn gem. § 76 BBG (ehemals § 87a BBG), § 52 BRRG aF bzw. dessen Umsetzung in die Landesgesetze sowie § 30 Abs. 2 SoldG entgegenhalten lassen muss.²⁴⁴

7. Einfluss des Sozialversicherungs- und Einkommensteuerrechts

a) Ursache der Probleme und Zielsetzung des Schadensrechts

46

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Schadensberechnung und Sozialversicherungsrecht	

Im Schadensrecht geht es nach dem **Ausgleichsprinzip** stets darum, dass der Geschädigte durch die Schadensersatzleistung gerade so gestellt werden soll, als ob das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte, nicht besser, aber auch nicht schlechter. Hat man die Höhe des dem Geschädigten gebührenden Erwerbsschaden ermittelt, tun sich freilich weitere Komplikationen auf. Beim Personenschaden kommt es dazu, dass verschiedene Dritte, vornehmlich der Arbeitgeber und diverse Sozialversicherungsträger, Lohnersatzleistungen

²⁴⁰AA *Langenick* NZV 2009, 257 (318): Gericht hat ersparte Aufwendungen von Amts wegen abzuziehen; Geschädigter trägt für diese die volle Darlegungs- und Beweislast.

²⁴¹*Pardey* Rn. 2173 f.

²⁴²BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403; OLG Saarbrücken VRR 2006, 145 (*Luckey*).

²⁴³*C. Schah Sedi/ M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (612); aA *Bahlke* SVR 2009, 224 (225).

²⁴⁴*Wenker*, jurisPR-VerkR 2009/17 Anm. 3.

erbringen, die sie in der Folge vom Schädiger zurückverlangen.²⁴⁵ Nicht nur bei der Pflichtversicherung, auch bei einer freiwilligen Sozialversicherung sowie der Sozialhilfe kommt es zu einem Rechtsübergang nach § 116 SGB X.²⁴⁶ Ob für die betreffende Tätigkeit Sozialversicherungsbeiträge in nennenswertem Ausmaß oder gar nicht abgeführt wurden, darauf kommt es nicht an. Ein Regressrecht steht dem Sozialversicherungsträger auch insoweit zu, als der Verletzte an der Haushaltsführung für andere Familienmitglieder gehindert ist oder bei Aufrechterhaltung der Haupttätigkeit eine bloße Nebentätigkeit vereitelt wird.²⁴⁷ Das wirkt sich auf die Höhe des Erwerbsschadens des Verletzten aus. Bei manchen dieser Leistungen sind Sozialversicherungsbeiträge ebenso abzuführen wie für das Arbeitseinkommen, bei anderen aber nicht. Es steht dann den Sozialversicherungsträgern ein Regressanspruch nicht nur für die von ihnen erbrachten Nettoleistungen zu, sondern auch für die von ihnen an einen weiteren Sozialversicherungsträger abgeführten Sozialversicherungsbeiträge. Noch eine Spur komplizierter wird es, wenn die Sozialversicherungsträger keine solchen Beiträge abführen, aber auch ohne eine solche Beitragsleistung für den Geschädigten ein Zustand hergestellt wird, als würde ein solcher Beitrag geleistet (Näheres → [Rn. 120 ff.](#)). Für den Geschädigten ist das insofern bedeutsam, als er nicht aktivlegitimiert ist, wenn ein solcher Anspruch auf den jeweiligen Sozialversicherungsträger übergegangen ist.²⁴⁸

47

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Schadensberechnung und Steuerrecht	

Dazu kommen **Komplikationen im Steuerrecht**. Die Steuer auf den Schadensersatz ist in der Regel geringer als die Besteuerung der Ersatzleistungen.²⁴⁹

47a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Manche dieser Drittleistungen sind vollkommen **steuerfrei**, so die Auslandsverwendungszulage eines Soldaten,²⁵⁰ das Arbeitslosengeld, das Krankengeld der Krankenkasse, sowie Leistungen

²⁴⁵Gem. § 44 Abs. 2 Nr. 2 SGB V erhalten Erwerbstätige seit 1.1.2009 keine Krankengeldleistungen mehr; ihr Beitragssatz hat sich insofern ermäßigt.

²⁴⁶[Jahnke](#), jurisPR-VerkR 2010/18 Anm. 4.

²⁴⁷OLG Zweibrücken BeckRS 2007, 05663 = VersR 2007, 272 ([Wellner](#)) = zfs 2007, 147 ([Diehl](#)): Bejahung eines Regressanspruchs der gesetzlichen Unfallversicherung für eine Verletztenrente trotz Fortführung des Hauptberufs als Tierzuchttechniker, aber Aufgabe der Nebentätigkeit als Schweinezüchter im Rahmen einer Nebenerwerbslandwirtschaft.

²⁴⁸Bamberger/Roth/[Spindler](#) (52. Edition) § 843 [Rn.](#) 9, 14.

²⁴⁹[Jahnke](#), 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79, 81, 84.

²⁵⁰OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 88.

der Pflegeversicherung und der Unfallversicherungsträger, nämlich die Verletztenrente, das Verletztengeld und das Übergangsgeld (§ 3 Nr. 1a und 1c EStG).²⁵¹ Bei manchen ist ein **Progressionsvorbehalt** zu beachten;²⁵² diese Zuflüsse sind zwar steuerfrei, bei der Besteuerung der übrigen Einkünfte, namentlich bei der Progression sind sie beachtlich; diese sind in dem Ausmaß zu versteuern, als wären diese Transferleistungen auch ESt-pflichtig.²⁵³ Manche Renten von Dritten sind nur mit dem Ertragsanteil zu besteuern, so die Erwerbsminderungsrenten aus der Rentenversicherung gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 7, 3 Nr. 1a, 22 EStG,²⁵⁴ wobei die Freibeträge mitunter so hoch sind, dass für den Verletzten keine Steuerpflicht verbleibt.²⁵⁵ Solche Leistungen decken im Regelfall nicht den gesamten Schaden ab, so dass die Differenz beim Geschädigten zu versteuern ist.²⁵⁶ Im Zuge des Übergangs zur „nachgelagerten Besteuerung“ ist eine künftige ESt-Pflicht nicht auszuschließen, so dass insoweit ein Vorbehalt erfolgen sollte.²⁵⁷ Manche unterliegen ebenso wie das Arbeitseinkommen der **Einkommensteuerpflicht**,²⁵⁸ wobei freilich Freibeträge in nennenswertem Ausmaß die Steuerpflicht dämpfen, so etwa der Freibetrag gem. § 19 Abs. 2 EStG bei Versorgungsbezügen eines Beamten.²⁵⁹ Dazu kommt, dass der Verletzte häufig solche Drittleistungen nicht für seinen gesamten Erwerbsschaden erhält, sondern bloß für einen Teil. Die Einwirkungen des Sozialversicherungs- und Steuerrechts – Materien, bei denen die Lust des Gesetzgebers zu fortlaufender Veränderung besonders ausgeprägt ist – auf die Regulierung des Personenschadens sind so beträchtlich, dass ohne Beiziehung eines Steuerberaters und ohne vertiefte Kenntnisse im Sozialversicherungsrecht die große Gefahr besteht, dass der Erwerbsschaden nicht korrekt ermittelt wird. Deshalb muss bei einem Erwerbsschaden, bei dem der Verletzte über die Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers hinaus einen eigenen zusätzlichen Schaden erleidet, dieser neben den Kosten eines Anwalts mE auch stets die eines mit diesen Spezialmaterien vertrauten Fachmanns liquidieren können.

b) Regel-Ausnahme-Prinzip

48

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Regel-Ausnahme-Prinzip	

²⁵¹ Höke NZV 2016, 10 (11); detaillierte Nachweise bei *Dabitz* zfs 2016, 364 (365).

²⁵² *Jahnke* 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79, 85: Arbeitslosengeld ALG II, Krankengeld, Verletztengeld, aber nicht Verletztenrente.

²⁵³ *Dabitz* zfs 2016, 364 (365) FN 13.

²⁵⁴ Höke NZV 2016, 10 (11).

²⁵⁵ BGH NJW 1987, 1814.

²⁵⁶ Höke NZV 2016, 10 (11).

²⁵⁷ *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (329).

²⁵⁸ *Küppersbusch/Höher* Rn. 131.

²⁵⁹ BGH NJW-RR 1992, 1050.

Was die steuerlichen Auswirkungen der vom Dritten für den Ersatzpflichtigen an den Geschädigten zu erbringenden Leistungen betrifft, so ergibt sich folgendes Regel-Ausnahme-Prinzip: Im Ausgangspunkt sind Schadensersatzleistungen, die an die Stelle des einkommensteuerpflichtigen Erwerbsschadens treten, gem. § 24 Nr. 1 a EStG steuerpflichtig. Hat die Dritteistung Lohnersatzfunktion und tritt sie an die Stelle des vom Ersatzpflichtigen zu leistenden Erwerbsschadens, dann führt die Freistellung von der Besteuerung dieser Zuflüsse im Regelfall zu einer Entlastung des Schädigers.²⁶⁰ Als Ausnahme ist freilich zu beachten, dass die fehlende oder geringere Steuerpflicht bei einer Dritteistung hingegen dann nicht zu einer Entlastung des Schädigers führt, wenn dem der Zweck der Steuervergünstigung entgegensteht.²⁶¹ Das ist gegeben, wenn der Steuergesetzgeber dem Verletzten einen Vorteil gerade wegen seiner Verletzung zukommen lässt, wie das prototypischerweise beim Pauschbetrag für Körperbehinderte gem. § 33b EStG²⁶² oder der Privilegierung der Betriebsveräußerung infolge Berufsunfähigkeit ab einem bestimmten Alter nach § 16 Abs. 4 EStG der Fall ist; bei § 16 Abs. 4 EStG spricht dafür, dass der Geschädigte dafür auf mögliche andere künftige Steuervorteile verzichtet.²⁶³

c) Umsetzung: Brutto- und Nettolohntheorie

49

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Brutto- und Netto-Lohntheorie	ff.
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Schadensberechnung und Steuerrecht	ff.

Eine in der Theorie belanglos erscheinende, aber in der Praxis überaus bedeutsame Frage²⁶⁴ ist die der Umsetzung dieser Vorgaben im Haftpflichtprozess sowie bei der außergerichtlichen

²⁶⁰BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389; *Küppersbusch/Höher* Rn. 131; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 36; häufig wird dabei übersehen, dass die vom Ersatzpflichtigen an den Geschädigten zu erbringenden Leistungen, wenn sie in Rentenform zu leisten sind, gleichwohl gem. § 24 Nr. 1a EStG der Einkommensteuer unterliegen; soll der Geschädigte daher nicht schlechter gestellt werden, muss er neben dem Nettobetrag, den er aus dem Erwerbseinkommen ohne Verletzung bezogen hätte, die auf die Ersatzleistung anfallende Steuer zusätzlich ersetzt erhalten; nicht alle Geschädigten-Anwälte bedenken diesen Umstand; und wenn bei einer Betriebsprüfung beim Geschädigten dann für diesen Zufluss Einkommensteuer zu entrichten ist, ist der korrespondierende Anspruch gegen den Ersatzpflichtigen womöglich verjährt; so *Lange*, Anm. JZ 1995, 406 (407).

²⁶¹BGH NJW 1999, 3711; NJW-RR 1992, 1050; NJW 1987, 1814; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 13; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 36; Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 18; *Kullmann* VersR 1993, 385 (388 ff.); aA *Knobbe-Keuk* in 25 Jahre Karlsruher Forum, 134 (138).

²⁶²BGH NJW-RR 1988, 470; *C. Shah Sedi* SVR 2016, 325 (326).

²⁶³BGH NJW 2014, 994; *Dabitz* zfs 2016, 364 (369 f.).

²⁶⁴Gegenteilig die Einschätzung von *Luckey* VRR 2005, 364 (369): Eher ein akademisches Problem.

Schadensregulierung. Zwei gegenläufige Theorien standen jahrelang miteinander im Wettstreit, nämlich die Nettolohn- und die Bruttolohntheorie, ehe der BGH²⁶⁵ erklärt hat, dass bei richtiger Anwendung beide zum gleichen Ergebnis führen müssen²⁶⁶ und die Heranziehung der einen oder anderen lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit sei,²⁶⁷ wobei die jeweils gewählte Berechnungsart freilich für die gesamte Schadensberechnung beibehalten und nicht die Rosinen beider Ansätze kombiniert werden dürften.²⁶⁸ Worum geht es beim Streit um Brutto- und Nettolohntheorie?

50

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die **Bruttolohntheorie** geht vom Bruttoeinkommen inklusive Weihnachts- und Urlaubsgeld und der Freistellungstage,²⁶⁹ den Beiträgen zur privaten Vermögensbildung und Altersvorsorge²⁷⁰ sowie der Kirchensteuer²⁷¹ aus.²⁷² Der Geschädigte kann vom Ersatzpflichtigen das Bruttoeinkommen verlangen; Sache des Ersatzpflichtigen ist es, auf Ersparnisse des Geschädigten hinzuweisen, um auf diese Weise im Wege der Vorteilsanrechnung eine Reduktion seiner Ersatzpflicht zu bewirken: Einerseits ist die steuerfreie Dritteistung herauszurechnen; andererseits ist die sich daraus ergebende geringere Progression zu beachten.²⁷³ Die Bruttolohntheorie ist geschädigtenfreundlich, weil Unwägbarkeiten des Sozialversicherungs- und Steuerrechts zulasten des Ersatzpflichtigen gehen. Nach der **Nettolohntheorie** kann im Ausgangspunkt der Geschädigte lediglich Ersatz seines Nettoeinkommens verlangen.²⁷⁴ Seine Sache ist es, darzulegen und zu beweisen, dass ihm über das Nettoeinkommen hinaus zusätzliche Geldbeträge zustehen, um vermögensmäßig so gestellt zu werden, als wäre er nicht

²⁶⁵BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389 = LM § 249 (Ha) BGB Nr. 51 (*Rußmann*) = JZ 1995, 403 (*Lange*).

²⁶⁶ So auch OLG Saarbrücken zfs 2016, 379 (*Diehl*) = VersR 2017, 698 = JurisPR-VerKR 5/2016 Anm. 1 (*Wenker*); skeptisch *Freymann* DAR 2016, 246 (248); *Jahnke*, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79 (81): Bruttolohn-Methode fehleranfällig.

²⁶⁷ So auch MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 *Rn.* 35; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 *Rn.* 9; weiterhin für die Beibehaltung der Bruttomethode freilich Staudinger/*Schiemann* (2015) § 252 *Rn.* 31; demgegenüber auf der Nettolohntheorie bestehend *Hofmann* NZV 1993, 139; skeptisch gegenüber der Einebnung aller Unterschiede in Bezug auf die Beweislast *Pardey* *Rn.* 2267.

²⁶⁸BGH NJW 2001, 1640; *Freymann* DAR 2016, 246 (248).

²⁶⁹BGH NJW 1996, 2296.

²⁷⁰LG Kassel NJW-RR 1987, 799.

²⁷¹BGH NJW-RR 1988, 149.

²⁷²Für diese *Scheffen* VersR 1990, 926.

²⁷³*Langenick* NZV 2009, 257 (262).

²⁷⁴BGHZ 87, 181 = NJW 1983, 1669; NJW 1996, 2296.

verletzt worden.²⁷⁵ Überblickt er dabei die Folgewirkungen im Einkommens- und Sozialversicherungsrecht nicht ausreichend, geht das zu seinen Lasten,²⁷⁶ wodurch der Ersatzpflichtige begünstigt wird.²⁷⁷ Das gilt namentlich bei einem Abfindungsvergleich, dessen Formulierung typischerweise vom Haftpflichtversicherer stammt.²⁷⁸ Dazu kommt, dass sie nicht nur kompliziert ist, sondern mitunter auch nach Jahren über die Höhe des Anspruchs gestritten werden muss, wenn ein Versorgungsfall eintritt.²⁷⁹

51

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der BGH betont in seiner Leitentscheidung BGHZ 127, 391,²⁸⁰ dass der Geschädigte wegen der Beweisnähe in jedem Fall die aus seiner Sphäre stammenden Umstände offenlegen muss.²⁸¹ *Lange*²⁸² weist aber zu Recht darauf hin, dass es einen Unterschied macht, ob der Geschädigte sich mit der **Offenlegung seiner Verhältnisse** begnügen darf – so bei der Bruttolohntheorie – und es dann Sache des Ersatzpflichtigen, im Regelfall eines Haftpflichtversicherers, ist, darzutun, warum die Ersatzpflicht weniger ausmacht als der Bruttobetrag des Erwerbseinkommens ohne Verletzung, oder ob der Verletzte mit dem Risiko der vollständigen Erfassung dieser Unwägbarkeiten belastet sein soll – so bei der Nettolohntheorie.²⁸³ Abgesehen davon, dass bei der Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers allein die Bruttolohnmethode in Betracht kommt,²⁸⁴ ist der Geschädigte generell bei der Bruttolohnmethode auf der sicheren Seite, während die Nettolohnmethode den Ersatzpflichtigen begünstigt. Besteht bei der Bruttolohntheorie die Gefahr, dass der Verletzte Geldbeträge in den eigenen Sack steckt, die er an den Fiskus oder

²⁷⁵ OLG Saarbrücken VRR 2006, 145 (*Luckey*).

²⁷⁶ *Lange* JZ 1995, 406 (407).

²⁷⁷ Für diese Methode bei abhängig Beschäftigten *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133, 136.

²⁷⁸ OLG München VersR 2005, 1150: Abschließende Regelung mit Verweis auf modifizierte Nettolohntheorie unter Ausklammerung der Rentenversicherungsbeiträge; keine Nachforderung der Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung.

²⁷⁹ Erman¹⁵/Wilhelmi § 842 Rn. 5.

²⁸⁰ BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389 = LM § 249 (Ha) BGB Nr. 51 (*Rüßmann*) = JZ 1995, 403 (*Lange*); dazu *Hofmann* NZV 1995, 94.

²⁸¹ BGH NJW 1999, 3711; NJW 1987, 814 = JZ 1987, 574 (*Laumen*); *Küppersbusch/Höher* Rn. 130; *MüKoBGB*⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 35; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 892; *Rüßmann*, Anm. zu § 249 (Ha) BGB Nr. 51, spricht davon, dass der Geschädigte „die Hosen herunterlassen“ müsse.

²⁸² *Lange* JZ 1995, 407.

²⁸³ AA *Luckey* VRR 2005, 364 (369): Darlegungs- und Beweislast nach beiden Auffassungen gleich.

²⁸⁴ BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389; *MüKoBGB*⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 36; Erman¹⁵/Wilhelmi § 842 Rn. 5; *Pardey* Rn. 2260.

Sozialversicherungsträger hätte abführen müssen,²⁸⁵ besteht bei der Nettolohntheorie die Gefahr, dass der Geschädigte einen unzureichenden Ersatzbetrag erhält.²⁸⁶ Darüber hinaus gibt es Konstellationen, bei denen beide Methoden angewendet werden müssen, weil nur bei deren Vergleich das richtige Ergebnis erzielt werden kann. Zu beachten ist, dass sowohl bei der Besteuerung des Schadensersatzbetrages als auch der Anrechnung der Ersparnis auf die Progressionsspitze, nicht aber auf Durchschnittssteuersätze abzustellen ist.²⁸⁷ In Fällen der Entgeltfortzahlung, bei einem Beamten und Selbstständigen wird die Bruttolohntheorie als praktikabler angesehen,²⁸⁸ bei einem Arbeitnehmer außerhalb der Entgeltfortzahlung die Nettolohntheorie.²⁸⁹ Wie so häufig steckt der Teufel im Detail, was anhand einiger ausgewählter Konstellationen dargelegt werden soll:

d) Detailfragen

52

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Schadensberechnung und Steuerrecht	ff.

Hat der Geschädigte – etwa wegen eines ihn treffenden Mitverschuldens – einen **gekürzten Schadensersatzanspruch**, führen Brutto- und Nettolohntheorie zu einem unterschiedlichen Ergebnis: Nach der Bruttolohntheorie ist der ungekürzte Ersatzbetrag vom Bruttoeinkommen zu ermitteln und sodann der Schadensersatzanspruch um die Mitverschuldensquote zu kürzen. Nach der Nettolohntheorie ist hingegen vom Nettoeinkommen auszugehen, die Mitverschuldensquote abzuziehen und die auf diesen Betrag entfallende Einkommensteuer dazu zu schlagen. Der sich nach der Bruttolohntheorie ergebende Betrag ist höher, weil der Einkommensteuertarif progressiv ausgestaltet ist. Der BGH hat nach kontroverser Diskussion in der Literatur²⁹⁰ entschieden, dass in diesem Fall Ersatz nach der Nettolohntheorie zu leisten ist, weil nicht auszumachen ist, dass der Steuergesetzgeber dem Geschädigten durch die sich aufgrund der Steuerprogression ergebende geringere steuerliche Belastung einen Sondervorteil zukommen lassen wollte.²⁹¹ Es hat deshalb bei der allgemeinen Regel zu bleiben, wonach eine geringere steuerliche Belastung dazu führt, dass sich die Ersatzpflicht des Schädigers reduziert. Ein solcher anrechnungspflichtiger Vorteil ist bei bloßer Anwendung der Bruttolohntheorie aber

²⁸⁵ *Langenick* NZV 2009, 257 (318), 320 f.; Plädoyer für die alleinige Geltung der Nettolohnmethode.

²⁸⁶ *Lange* JZ 1995, 406 (407).

²⁸⁷ *Küppersbusch/Höher* Rn. 131.

²⁸⁸ *Jahnke*, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79 82.

²⁸⁹ *Freyman* DAR 2016, 246 (247 f.); *Jahnke*, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79 (81): Einzig verlässliche und brauchbare Methode.

²⁹⁰ Wie der BGH *Hofmann* NZV 1993, 139 (140); aA *Kullmann* VersR 1993, 385 (389).

²⁹¹ Zustimmend *Freyman* DAR 2016, 246 (248).

nicht auszumachen.²⁹² Er wird erst dann deutlich, wenn man das Ergebnis mit dem der Nettolohntheorie vergleicht.

53

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Anzuwenden ist auf die Ersatzleistung die **Einkommensteuertabelle** und nicht die Lohnsteuertabelle, auch wenn es sich um einen verletzten Arbeitnehmer handelt, sofern es sich nicht um einen Fall der Entgeltfortzahlung handelt.²⁹³ Das ist deshalb bedeutsam, weil der Geschädigte nach der Verletzung keine Einkünfte aus unselbstständiger Beschäftigung bezieht, so dass er die Steuerabzugsposten, die ihm als Arbeitnehmer zustehen, nicht in Anspruch nehmen kann. Bei Unternehmern ist zu beachten, dass manche von ihnen zwar bei ihrem Erwerbseinkommen Umsatz- und Gewerbesteuer abführen müssen, diese beiden Steuern aber bei Auszahlung der Schadensersatzrente nicht anfallen, was zur Folge hat, dass insoweit der Ersatzpflichtige entlastet wird.²⁹⁴ Bedeutsam ist letztlich stets die Besteuerung des Jahreseinkommens; auch die Lohnsteuer ist bloß eine Vorauszahlung auf die jährlich geschuldete Einkommensteuer.²⁹⁵

54

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Komplikationen ergeben sich dann, wenn die verletzte Person verheiratet ist und der **Ehepartner** mehr – oder auch weniger – verdient als der Verletzte. In diesem Fall ist für die Ermittlung der vom Schädiger zu tragenden Steuerbelastung nicht die gemeinsame Veranlagung der Ehepartner und der sich daraus ergebende Spitzensteuersatz maßgeblich; vielmehr ist für die Berechnung der Steuerschuld des Ersatzpflichtigen gedanklich eine **Einzelveranlagung** vorzunehmen.²⁹⁶ Das ist deshalb folgerichtig, weil nicht einzusehen ist, dass der Schädiger deshalb höhere Steuern auf die Ersatzleistung entrichten soll, weil der Ehepartner des Verletzten über höhere Einkünfte verfügt, was nach dem Splittingtarif zu einem höheren Spitzensteuersatz des Verletzten gegenüber dessen Einzelveranlagung führt.²⁹⁷ Folgerichtig muss Gegenteiliges gelten, wenn der Verletzte mehr verdient als sein Ehepartner, so dass seine Steuerbelastung

²⁹² Hofmann NZV 1995, 94.

²⁹³ BGH NJW-RR 1988, 149; Küppersbusch/Höher Rn. 129.

²⁹⁴ BGH NJW 1987, 1814; Dabitz zfs 2016, 364 (368).

²⁹⁵ Pardey Rn. 2273.

²⁹⁶ BGH NJW 1970, 127 m. abl. Anm. Wais NJW 1970, 1637; Zoll r + s Sonderheft 2011, 133 (137); aA OLG Hamm r + s 1979, 640.

²⁹⁷ Pardey Rn. 2286; Jahnke, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79 (85); Dabitz zfs 2016, 364 (370 f.) mit einem Beispiel, bei dem weitere Einkünfte erzielt werden.

deshalb geringer ist, als wenn er unverheiratet wäre.²⁹⁸ Diese Umrechnung ist aus schadensrechtlicher Sicht durchaus folgerichtig; der Vereinfachung würde es indes dienen, wenn man die aus der Eheschließung sich ergebende abweichende Einkommensteuerbelastung als Eigenschaft des Verletzten ansehen würde, für die dann gelten könnte, dass der Ersatzpflichtige den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist.²⁹⁹

55

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Strittig ist, ob der Geschädigte für die voraussichtlich anfallende Einkommensteuer Zahlung ex ante³⁰⁰ oder bloß Freistellung ex post³⁰¹ verlangen kann. Der Vereinfachung dienlich ist es, die künftig anfallende Einkommensteuer nach § 287 ZPO zu schätzen und bei der Bemessung der Rente zu berücksichtigen. Eine größtmögliche Präzision lässt sich jedoch nur dadurch erreichen, dass jährlich eine **Freistellung von der Einkommensteuer** erfolgt. Zu bedenken ist dabei, dass eine Separierung vorzunehmen ist zwischen den Einkünften, für die der Ersatzpflichtige die Einkommensteuer zu tragen hat, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, weil es sich um ein Einkommen handelt, das der Geschädigte unabhängig von seiner verletzungsbedingten Beeinträchtigung erzielt.

56

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wird nicht eine Rente, sondern eine **Kapitalabfindung** gezahlt, vertritt *Jahnke*³⁰² die Ansicht, dass seit der Neufassung des § 34 Abs. 2 Nr. 2 EStG keine Besonderheiten zu beachten seien, weil es zu einer pauschalen Progressionskappung kommt. Die Zusammenballung von Einkünften in einem Jahr führt nämlich nicht zu einer nachhaltigen Erhöhung der Leistungsfähigkeit.³⁰³ Das ist aber nicht zutreffend. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Regelung im Steuerrecht, die dem Umstand Rechnung trägt, dass es nicht zu einer unangemessenen **Progressionsbelastung** kommen soll, wenn Einkünfte aus mehreren Perioden in einem Jahr zufließen.³⁰⁴ Die sich daraus

²⁹⁸ *Freyermann* DAR 2016, 246 (251); auf diesen Umstand nicht hinweisend *Jahnke*, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79 (85).

²⁹⁹ Ebenfalls dazu tendierend *Freyermann* DAR 2016, 246 (251).

³⁰⁰ OLG Stuttgart VersR 1999, 630.

³⁰¹ OLG München NZV 1999, 513; *Küppersbusch/Höher* Rn. 128.

³⁰² Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1148.

³⁰³ *Dabitz* zfs 2016, 364 (367).

³⁰⁴ *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (326); *Freyermann* DAR 2016, 246 (248).

ergebende Steuerbegünstigung soll beim Geschädigten verbleiben³⁰⁵ und stellt schon auf steuerrechtlicher Ebene eine Art Pauschalierung dar, wobei die Wirkung umso mehr verflacht, je höher die Einkünfte sind.³⁰⁶ Der Geschädigte müsste freilich auch die Möglichkeit haben, wenn es sich um eine Kapitalentschädigung für die Vergangenheit handelt, eine konkrete Berechnung in der Weise vorzunehmen, dass er gegenüberstellt, wie hoch die Steuerbelastung bei einem jährlichen Zufluss ausgefallen wäre und wie hoch die tatsächliche Belastung bei der um die Progression gekappten Belastung bei Auszahlung einer Kapitalentschädigung im betreffenden Jahr ausfällt. Umgekehrt müsste es der Ersatzpflichtige in der Hand haben, auf diesbezügliche Vorteile des Geschädigten zu seinen Gunsten zu verweisen. Zu beachten ist allerdings, dass die Erstattung der Einkommensteuer durch den Ersatzpflichtigen wieder als steuerpflichtiges Einkommen angesehen wird und insoweit ein Perpetuum auslöst.³⁰⁷ Im Übrigen gilt, dass auch Unterschiede zu beachten sind, die sich daraus ergeben, dass das verletzungsbedingt ausgebliebene Erwerbseinkommen in einer Periode zugeflossen wäre, die Ersatzleistung aber in einer späteren, woraus sich Verwerfungen sowohl in Bezug auf die Progression als auch den anzuwendenden Steuertarif ergeben können.³⁰⁸ Bedeutsam ist schließlich eine Änderung der persönlichen Verhältnisse, so bei Verehelichung oder Umzug ins Ausland.³⁰⁹ Die Beziehung eines Steuerberaters durch den Geschädigten ist insoweit unerlässlich; die Kosten sind vom Schädiger zu ersetzen.³¹⁰

8. Schadensminderungspflicht

57

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Schadensminderungspflicht	ff.
Schadensminderungspflicht		

Der Geschädigte, der einen Dauerschaden erlitten hat, kann den aus der Verletzung resultierenden Erwerbsschaden nur dann in vollem Umfang ersetzt verlangen, wenn ihm kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2) vorzuwerfen ist. Er muss alles ihm Zumutbare unternehmen, um den Schaden gering zu halten. Die Anforderungen haben sich in

³⁰⁵ *Langenick* NZV 2009, 257 (259); MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 36; *Küppersbusch/Höher* Rn. 132; *Höke* NZV 2016, 10 (11); *Dabitz* zfs 2016, 364 (369); vorsichtiger *Freymann* DAR 2016, 246 (249), 251: Nicht abschließend geklärt, aber im Ergebnis gegen eine Anrechnung beim Geschädigten.

³⁰⁶ *Dabitz* zfs 2016, 364 (374).

³⁰⁷ *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (13).

³⁰⁸ OLG München NZV 1999, 513; *Küppersbusch/Höher* Rn. 128.

³⁰⁹ OLG Karlsruhe NZV 1999, 210; *Küppersbusch/Höher* Rn. 128.

³¹⁰ *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (13); *C. Shah Sedi* SVR 2016, 325 (326); *Freyman* DAR 2016, 246 (250): Teil des nach § 249 zu ersetzenden Schadens.

der Judikatur in den letzten Jahren verschärft.³¹¹ Der richterliche Wertungsspielraum, ob ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht gegeben ist, oder ein überobligationsgemäßes Verhalten, ist beträchtlich mit der Folge, dass das Ergebnis schwer vorhersehbar ist.³¹² Das hat Auswirkungen auf verschiedenen Ebenen:

a) Pflicht zur Wiederherstellung der Gesundheit

58

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Pflicht zur Wiederherstellung der Gesundheit	

Nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch in dem des Ersatzpflichtigen muss der Geschädigte solche Eingriffe vornehmen (lassen), die zur alsbaldigen Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit führen.³¹³ Sofern der Verletzte die Sinnhaftigkeit des medizinischen Eingriffs nicht erkennen konnte, liegt kein (schuldhafter) Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vor.³¹⁴ Bei **medizinischen Eingriffen** besteht aber häufig ein Spannungsverhältnis zwischen erhoffter Heilung oder doch Linderung auf der einen Seite und der Gefahr einer Verschlimmerung des Zustands auf der anderen Seite, weshalb der ärztliche Leitspruch bezeichnenderweise lautet: Nihil nocere, wenn es nur nicht schlechter wird. Einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht muss sich der Geschädigte nicht schon dann vorwerfen lassen, wenn ein Eingriff aus ärztlicher Sicht empfehlenswert ist, sondern nur dann, wenn er einfach und gefahrlos ist, keine besonderen Schmerzen hervorruft und sichere Aussicht auf Heilung oder wesentliche Besserung besteht.³¹⁵ Die Zumutbarkeitsanforderungen sind so hoch, dass ein diesbezüglicher Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vom Schädiger kaum zu beweisen sein wird.³¹⁶ Bei einer Kürzung des Anspruchs wegen unterlassener psychotherapeutischer Behandlung sind mehrere Gesichtspunkte beachtlich: Bei der Kürzung ist in Abzug zu bringen, was sich der Schädiger an Kosten für die nicht vorgenommene Behandlung erspart hat; die Unterlassung muss schuldhaft erfolgt sein; maßgeblich ist nicht das Verhalten bei Selbsttragung des Schadens; bei der Prognose des Sachverständigen zu den Erfolgsaussichten

³¹¹Eggert VA 2006, 116; ähnlich der Befund von G. Müller zfs 2009, 62 (124), 126: „Die Anforderungen sind recht streng.“

³¹²G. Müller zfs 2009, 62 (124), 127.

³¹³BGH NZV 1994, 271; VersR 1987, 408; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 843 Rn. 21; Schulze¹⁰/Staudinger § 843 Rn. 6; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 32.

³¹⁴OLG Hamm VersR 1997, 374; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 1132.

³¹⁵BGH r + s 1994, 217; Ernst VA 2008, 132 (136); van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 1133; Held VGT 2012, 41, 42.

³¹⁶Eggert VA 2006, 116.

ist auf das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abzustellen, nicht darauf, was denkbar oder möglich ist; die Beweislast trägt der Schädiger.³¹⁷

b) Eckpunkte des Sorgfaltsmaßstabs des Verletzten bei Verwertung der Restarbeitskraft

59

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Restarbeitskraft	

Der beim Geschädigten sich ergebende rechnerische Erwerbsschaden kann in zweierlei Hinsicht zu korrigieren sein. Soweit es sich um **überobligationsgemäße Anstrengungen** des Geschädigten handelt, fällt die nach mechanischer Berechnung ermittelte tatsächliche Vermögenseinbuße zu gering aus.³¹⁸ Die aus der überobligationsgemäßen Anstrengung resultierenden Einnahmen sind aus dem mechanisch ermittelten Saldo auszuklammern.³¹⁹ Das ist etwa gegeben, wenn der Verletzte einer Erwerbstätigkeit nachgeht, obwohl er nach dem im Verhältnis zum Schädiger geschuldeten Maßstab dazu nicht verpflichtet ist. Der BGH³²⁰ hat das angenommen bei einer Querschnittgelähmten mit einer zusätzlichen Sprachstörung, die dessen ungeachtet einer Teilzeitbeschäftigung nachgegangen ist, um eine Daseinsberechtigung zu haben und die Folgen des Unfalls besser zu bewältigen. *Gräfenstein/Strunk*³²¹ nehmen das bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 80 Prozent an, so dass eine Abgeltung bei Tätigkeit in einer Behindertenwerkstätte nicht auf den Erwerbsschaden anzurechnen ist. Die eingetretene Vermögenseinbuße ist aber dann zu hoch, wenn der Verletzte umgekehrt **verpflichtet** gewesen wäre, einer **zumutbaren Tätigkeit nachzugehen** oder sich einer Umschulung zu unterziehen, um zumindest langfristig einen Erwerbsschaden zu vermeiden oder doch zu vermindern. Für die dem Ersatzpflichtigen gegenüber geschuldete Anspannung der Kräfte ist freilich nicht der Maßstab zugrunde zu legen, als würde es keinen Ersatzpflichtigen geben.³²² Denn ob ein Ersatzpflichtiger einstandspflichtig ist oder nicht, macht nicht nur einen Unterschied, es darf auch einen machen. Wer den Schaden selbst zu tragen hat, muss sich oft genug mit Behelfslösungen zufriedengeben; besteht die Möglichkeit der Überwälzung des Schadens auf einen Ersatzpflichtigen, kann der Geschädigte stets verlangen, dass er möglichst so gestellt wird, als ob das schädigende Ereignis nicht passiert wäre. Der BGH³²³ drückt das mit der Formel aus, dass

³¹⁷ All diese Umstände ignorierend OLG Schleswig NJW-Spezial 2019, 425 = zfs 2020, 79 = Fachtagung Personenschaden 2019, 187 (*Offenloch*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 219 (*Ch. Huber*); zudem wurde auch die Annahme eines Minijobs für zumutbar angesehen.

³¹⁸ Dazu *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (12).

³¹⁹ BGH NJW-RR 1992, 1050; OLG Nürnberg SP 1998, 422; *Küppersbusch/Höher* Rn. 61; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 22; *Steffen* VersR 1985, 605 (610).

³²⁰ BGH NJW 1994, 131.

³²¹ *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (12).

³²² *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1995), S. 87 ff.; aA van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1116.

³²³ BGH NJW 1997, 3381; NJW 1991, 1412; NJW 1984, 354; VersR 1983, 488.

der Geschädigte in den Grenzen des Zumutbaren seine Restarbeitskraft so nutzbringend wie möglich einsetzen muss.³²⁴ Primär muss er sich bemühen, mit der verbliebenen Arbeitsfähigkeit ein möglichst hohes Erwerbseinkommen zu erzielen. Ist er dazu in seinem angestammten oder ihm damit zur Verfügung stehenden Bereich nicht in der Lage, hat er Anspruch auf eine Umschulung auf Kosten des Ersatzpflichtigen. Einem Auszubildenden für einen Handwerksberuf ist es nicht zuzumuten, nach der Verletzung als ungelernte Kraft tätig zu sein.³²⁵

59a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Am 1.5.2004 hat der Gesetzgeber in § 167 SGB IX ein betriebliches **Eingliederungsmanagement** eingeführt, das nicht nur für schwerbehinderte Arbeitnehmer gilt.³²⁶ Ist ein Arbeitnehmer mehr als sechs Wochen im Jahr krank, sollen in einem Gespräch die Ursachen ermittelt und Abhilfe gesucht werden. Die Teilnahme des Arbeitnehmers daran ist freiwillig. Das Unterlassen der Einladung zu einem solchen Gespräch kann Bedeutung haben bei einer krankheitsbedingten Kündigung, weil dadurch höhere Beweisanforderungen an den Arbeitgeber gestellt werden, dass er alle Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten unter Einschluss einer Umsetzung ausgeschöpft habe. Die Teilnahme des Arbeitnehmers ist zwar arbeitsrechtlich freiwillig; möglicherweise verstößt er gegen seine schadensersatzrechtliche Schadensminderungspflicht, wenn er eine solche Mitwirkung verweigert. *Keysers*³²⁷ nimmt einen solchen Verstoß darüber hinaus dann an, wenn der Geschädigte den Arbeitgeber nicht von sich aus auffordert, ihm eine andere Tätigkeit zuzuweisen und mit ihm einen Änderungsvertrag abzuschließen. Ein Anspruch auf eine leidensgerechte Beschäftigung steht nach § 81 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX freilich lediglich einem schwerbehinderten oder gleich gestellten Geschädigten zu.³²⁸ Eine solche Kürzung kommt allerdings nur bei einem Mitverschulden des Geschädigten in Betracht. Das setzt voraus, dass dieser über seine Rechte Bescheid weiß. Eine entsprechende Aufklärung durch den Ersatzpflichtigen ist daher in dessen erbeigenstem Interesse. *Keysers*³²⁹ nimmt darüber hinaus eine Obliegenheit des Geschädigten an, sich gegen krankheitsbedingte Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber mit allen Mitteln des KSchG und unter Bezugnahme auf ein unterbliebenes oder fehlerhaftes Eingliederungsmanagement zur Wehr zu setzen, um eine solche abzuwenden.³³⁰ Das kommt mE nur dann in Betracht, wenn der Ersatzpflichtige das wirtschaftliche Risiko eines solchen Prozess trägt, im Klartext die Anwalts- und Prozesskosten übernimmt; darüber hinaus hat aber eine zusätzliche Zumutbarkeitsprüfung zu erfolgen, weil es nicht jedermanns Sache ist, weiterhin bei einem Arbeitgeber tätig zu sein,

³²⁴ So auch MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 32.

³²⁵ OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141.

³²⁶ *Lunk* NJW 2019, 2349 ff.

³²⁷ *Keysers* NJW 2019, 2072 (2073).

³²⁸ *Keysers* NJW-Spezial 2016, 713.

³²⁹ *Keysers* NJW 2019, 2072 (2074) unter Berufung auf OLG Oldenburg r + s 2007, 303; *dies.* NJW-Spezial 2016, 713.

³³⁰ Gegenteilig zu Recht freilich OLG Düsseldorf DAR 2015, 333 = BeckRS 2015, 11058: Auch wenn betriebsbedingte Kündigung vorgeschoben, Grund letztlich personenbedingte Kündigung wegen Verletzung; Geschädigter hätte auch selbst kündigen dürfen, ohne gegen die Schadensminderungspflicht zu verstoßen.

von dem man – durch Ausspruch einer Kündigung – unmissverständlich kommuniziert erhalten hat, dass man nicht gewollt ist. Für die Berücksichtigung dieses Umstands spricht, dass körperliche Verletzungen einer Person mitunter auch Auswirkungen auf deren Psyche haben. Schließt ein verletzter Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag, um nach Weigerung, einen Ortswechsel durchzuführen, eine betriebsbedingte Kündigung abzuwenden, hat der Ersatzpflichtige für die Folgen eines Verlustes der Stelle bei einem nachfolgenden Arbeitgeber einzustehen.³³¹ Etwas anderes gilt nur, wenn der Wechsel der Stelle ausschließlich dem eigenen Lebensrisiko des Verletzten zuzuordnen ist, wofür freilich strenge Anforderungen zu stellen sind und der Ersatzpflichtige dafür beweispflichtig ist.

c) Mitverschulden des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn

60

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Mitverschulden des Arbeitgebers/Dienstherrn	

Im Ausgangspunkt geht auf den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn bloß der Erwerbsschaden des Verletzten über, wobei eine mitwirkende Betriebsgefahr oder dessen Mitverschulden anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind. In einer zum Beamtenrecht ergangenen Entscheidung,³³² die entsprechend auch für ein Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, weist der BGH darauf hin, dass es im Ausgangspunkt bloß auf das Verhalten des Verletzten ankommt, beim Regress aber auch ein Mitverschulden des Dienstherrn zu einer Anspruchskürzung führen kann: Der Beamte, der mit einem Fahrzeug des Dienstherrn unterwegs war, muss sich nicht die mitwirkende Betriebsgefahr des Motorrades anrechnen lassen, weil er nicht Halter war, was auch beim Regress des Dienstherrn nicht zu berücksichtigen war; da der Dienstherr den verletzten Polizeibeamten aber früher im Innendienst hätte einsetzen können – und müssen, ist zwar dem Beamten selbst kein Mitverschulden anzulasten, ausnahmsweise aber dem Dienstherrn im Rahmen des Regresses.

d) Bemühen um ein möglichst hohes Erwerbseinkommen

61

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Berufstätigkeit, Fortführung	ff.

³³¹ BGH NJW 2018, 866 = ZVR 2018/115 (*Ch. Huber*): Verletzter war Oberfeuerwehrmann, was er unfallbedingt nicht mehr ausüben konnte; er wurde zum Industriekaufmann umgeschult und hat bei dieser Beschäftigung einen Aufhebungsvertrag geschlossen. Bei der anschließenden Stelle bei der Landespolizei, wurde er während der Probezeit entlassen.

³³² BGH NJW 2010, 927 = jurisPR-VerkR 2010/2 Anm. 2 (*Jahnke*).

Wird eine Person, die eine körperlich anstrengende Tätigkeit ausgeübt hat, verletzt, tritt nicht immer eine Erwerbseinbuße ein, weil eine **Umschulung** zu einer Bürotätigkeit mitunter zu einem höheren Einkommen führt; freilich nicht immer! Bei Beeinträchtigung intellektueller Fähigkeiten ist jedoch so gut wie immer eine Erwerbseinbuße die Folge.³³³ Zu prüfen ist in einem ersten Schritt stets, ob der Verletzte seine bisherige berufliche Tätigkeit fortführen kann.³³⁴ Auszuloten ist, ob der verminderten Leistungsfähigkeit des Geschädigten mit einer innerbetrieblichen Umsetzung auf eine Stelle begegnet werden kann, die einerseits dem **verminderten Leistungspotenzial** entspricht, aber gleichwohl angemessen ist in Bezug auf dessen vorhandene Fähigkeiten.³³⁵ Ist das nicht der Fall, geht es um die Frage, welche neue berufliche Betätigung dem Verletzten zumutbar ist. Es prallen wie bei der innerbetrieblichen Umsetzung zwei gegenläufige Gesichtspunkte aufeinander: Einerseits geht es um eine Besitzstandswahrung. Der Geschädigte, der bisher eine verantwortungsvolle Tätigkeit ausgeübt hat, kann nicht auf eine untergeordnete Tätigkeit verwiesen werden.³³⁶ Andererseits ist seine Leistungsfähigkeit aber herabgesetzt. Prototypisch ist etwa, dass ein Hauptmann der Bundeswehr nach seiner Verletzung halbtags in der Standortverwaltung eingesetzt wurde, was nicht als überobligationsgemäß angesehen wurde.³³⁷ Eine 56-jährige Grundschullehrerin, für die als Beamtin keine andere – sitzende – Tätigkeit zur Verfügung stand, ist zwar wie jeder normale Arbeitnehmer zur **Verwertung der Restarbeitskraft** verpflichtet; darlegungs- und beweispflichtig für eine solche ist freilich der Ersatzpflichtige; und ohne solches Vorbringen ist er zur Differenz zwischen Aktivbezug und Pension verpflichtet.³³⁸ Nach dem Grundsatz, dass der Schädiger den Geschädigten so nehmen muss, wie er ist, ist der besondere beamtenrechtliche Bestandsschutz womöglich auch für das Schadensrecht beachtlich. Jedenfalls wirkt sich infolge des Quotenvorrechts des Beamten eine Kürzung des Ersatzanspruchs zunächst beim Regressanspruch des Dienstherrn aus.³³⁹ Einem Bauingenieurstudenten ist nicht zumutbar, vor Ende der Begutachtungsfrist nachzufragen, ob die Diplomarbeit mindestens mit genügend bewertet werden kann, um dadurch schon früher Bewerbungen abgeben zu können.³⁴⁰ Einem Medizinstudenten, der nach einer schweren Erkrankung keine Approbation zum praktischen Arzt erlangen kann, ist nicht zumutbar, seine medizinischen Kenntnisse anders als als Arzt zu verwerten; vielmehr muss ihm zugebilligt werden, ein Jura-Studium aufzunehmen, bei dem nach Abschluss im Rahmen des Berufes seine Behinderung weniger schwer ins Gewicht fällt. Jedenfalls kann er verlangen, in einem Beruf mit vergleichbarer Verantwortung und entsprechenden Verdienstmöglichkeiten tätig zu sein.³⁴¹ Einem Selbstständigen kann zumutbar sein, eine seiner sozialen Stellung vergleichbare Tätigkeit

³³³ *Eilers* VGT 2013, 9, 12.

³³⁴ *Küppersbusch/Höher* Rn. 55.

³³⁵ BGH NJW-RR 1992, 1050; NJW 1979, 2142; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1125.

³³⁶ Diesen Aspekt betonend BGH NJW 1991, 1412; OLG Frankfurt / M. NZV 1991, 188; OLG Hamm r + s 1994, 417; Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 12; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 8.

³³⁷ BGH NJW-RR 1992, 1050.

³³⁸ OLG Schleswig VersR 2006, 938 = SVR 2005, 471 (*Schröder*).

³³⁹ *Eggert* VA 2006, 116.

³⁴⁰ KG NZV 2006, 207 = VRR 2006, 225 (*Luckey*) = zfs 2006, 147 (*Diehl*).

³⁴¹ OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*).

als Arbeitnehmer auszuüben.³⁴² Eine im Sicherheitsgewerbe tätige Hilfskraft kann sich jedoch nicht darauf versteifen, wieder im Sicherheitsgewerbe tätig zu sein.³⁴³

62

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu beobachten ist, dass eine Tendenz besteht, **strengere Maßstäbe an die zumutbare Ersatzstelle** anzulegen.³⁴⁴ So hat etwa der BGH³⁴⁵ ausgesprochen, dass der Verletzte eine vom Ersatzpflichtigen angebotene Stelle, für die er von seinem Wohnsitz drei Stunden Fahrzeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln in Kauf nehmen müsste, dann nicht als unzumutbar ablehnen dürfe, wenn er in der Lage sei, ein eigenes Kraftfahrzeug anzuschaffen;³⁴⁶ es wurde ihm lediglich zugebilligt, die für die Fahrt mit dem privaten Pkw entstehenden Fahrtkosten vom anrechnungspflichtigen Einkommen in Abzug zu bringen.³⁴⁷ Diese schärferen Anforderungen lassen sich damit erklären, dass einerseits die Mobilität insgesamt zunimmt und andererseits der Arbeitsmarkt seit längerer Zeit angespannt ist.³⁴⁸ Letztlich ist es aber eine Frage des Einzelfalles, ob der Geschädigte gegen seine Schadensminderungspflicht verstößt, wenn er eine bestimmte Stelle nicht antritt. Folgende Gesichtspunkte spielen dabei eine Rolle: Gesundheitszustand, Alter, Persönlichkeit, soziale Lage, bisherige Tätigkeit, Vorbildung, bisherige Lebensstellung, Berufstätigkeit des Ehegatten, Versorgung minderjähriger Kinder.³⁴⁹ Tendenziell wird man den Wechsel des Wohnsitzes umso eher zumuten können, wenn es sich um einen jüngeren Verletzten handelt, sofern der Geschädigte in seinem derzeitigen Wohnbereich noch nicht allzu stark verwurzelt ist,³⁵⁰ und der Umzug nicht auf Dauer ist. Selbst die Aufnahme einer Tätigkeit im grenznahen Ausland kann jedenfalls ohne Erfordernis eines Wohnsitzwechsels zumutbar sein.³⁵¹ Verliert der Geschädigte die neue Arbeitsstelle, etwa wegen Insolvenz des Arbeitgebers, hätte er die frühere aber behalten, ist der Schädiger für diesen Nachteil einstandspflichtig.³⁵²

63

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

³⁴²OLG Köln VersR 2000, 237; *Eggert* VA 2006, 116 (119).

³⁴³OLG Düsseldorf NJW 2011, 1152; weitere Beispiele bei *Held* VGT 2012, 41, 47.

³⁴⁴Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1119.

³⁴⁵BGH NJW 1998, 3706.

³⁴⁶Dazu MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 32.

³⁴⁷Weitergehend unter fälschlicher Berufung auf diese Entscheidung *Küppersbusch/Höher* Rn. 59, wonach der Ersatzpflichtige für die Anschaffungskosten des Kfz aufzukommen habe.

³⁴⁸MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 32.

³⁴⁹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1119.

³⁵⁰BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520.

³⁵¹*Eggert* VA 2006, 116 (119).

³⁵²*Ernst* VA 2008, 132 (136); *Luckey* VRR 2005, 364 (366).

Je nach **Bildungsgrad** und bisher ausgeübter Tätigkeit wird man vom Verletzten ein unterschiedlich hohes Aktivitätsniveau verlangen können. Der Umstand, dass er eine Sozialrente bezieht, enthebt ihn nicht der Verpflichtung, sich um die Verwertung seiner Restarbeitskraft zu bemühen. Zumindest hat er dem Arbeitsamt bekannt zu geben, dass er eine Stelle sucht.³⁵³ Bei Personen mit geringem Bildungsgrad, insbesondere bei solchen, die keine oder nur rudimentäre Deutschkenntnisse haben, wird man sich damit auch zufrieden geben müssen.³⁵⁴ Wenn die verletzte Person den für sie einschlägigen Stellenanzeigenmarkt auswertet – und gleichwohl keine passende Stelle findet –, liegt kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vor.³⁵⁵ Voraussetzung für eine Schadensminderungspflicht ist stets, dass eine zumutbare Ersatzstelle sich finden lässt. Das ist häufig zu verneinen, wenn Gastarbeiter, die kaum oder nicht deutsch sprechen, als ungelernte Ersatzkräfte manuelle Hilfstätigkeiten verrichtet haben, zu denen sie dann verletzungsbedingt nicht mehr in der Lage sind. Ob auch die Schadensminderungspflicht einer Mittvierzigerin ebenso zu beurteilen ist, die bisher als Hostess auf den Segeltörns ihres Ehemannes tätig war und die sich auf eine solche Tätigkeit kapriziert,³⁵⁶ ist mE freilich fragwürdig.

64

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Schadensminderungspflicht	f.

Große Bedeutung kommt bei Verstößen gegen die Schadensminderungspflicht der **Verteilung der Beweislast** zu. Da es sich um eine anspruchsvernichtende Einwendung handelt, ist grundsätzlich der Ersatzpflichtige damit belastet. Diese Auswirkungen werden aber – wie bei der Anrechnung von Steuervorteilen und nicht anfallenden Sozialabgaben – deutlich abgeschwächt, indem dem Verletzten die Darlegungslast aufgebürdet wird, was er in concreto unternommen hat, um seine Restarbeitskraft sinnvoll zu verwerten.³⁵⁷ Der pauschale Verweis auf 40 erfolglose Bewerbungen ist nicht ausreichend, wenn sich der Geschädigte geweigert hat, Fotos von sich machen zu lassen und auch keine repräsentative und angemessene Bekleidung für ein eventuelles Vorstellungsgespräch zu erwerben.³⁵⁸ Auch (nachweisbare) zehn schriftliche Bewerbungen sollen nicht ausreichend sein; zu verlangen ist vielmehr sich permanent unter

³⁵³BGH NJW 1979, 2142.

³⁵⁴BGH NJW 1991, 1413: Türkische Gastarbeiterin, fünf Jahre Volksschule, keine Deutschkenntnisse.

³⁵⁵BGH NJW 1996, 652.

³⁵⁶So BGH NJW 1996, 652.

³⁵⁷OLG Hamm BeckRS 2005, 02606 = SVR 2006, 67 (*Luckey*): ausreichend Vorlage einer Vielzahl von Bewerbungen; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 *Rn.* 1121; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 *Rn.* 33; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 *Rn.* 21.

³⁵⁸OLG Hamm VersR 2017, 235: Abgelehnter Antrag auf Prozesskostenhilfe.

Ausnutzung zumindest der Stellenanzeigen der örtlichen Presse zu bewerben.³⁵⁹ So soll er zur Unterrichtung des Haftpflichtversicherers verpflichtet sein.³⁶⁰ ME ist vom Geschädigten nicht mehr zu verlangen, als sich beim Arbeitsamt als arbeitslos zu melden und Aufforderungen von diesem zu Vorstellungen mit gebotener Ernstlichkeit nachzukommen. Vermag der Verletzte überhaupt keine Darlegungen vorzubringen, steht es im Ermessen des Tatrichters, die Regeln des **Anscheinsbeweises** heranzuziehen oder gar die **Beweislast umzukehren**.³⁶¹ Voraussetzung ist aber stets, dass das Finden einer Ersatzstelle möglich gewesen wäre, die Bemühungen somit zu einem Erfolg im Sinne der Erzielung eines Erwerbseinkommens geführt hätten.³⁶² Wenn der Ersatzpflichtige den Verletzten auf eine konkrete Stelle verwiesen hat, ist es Sache des Verletzten zu beweisen, warum ihm diese nicht zumutbar war.³⁶³ Eine Versagung oder Kürzung des Erwerbsschadens tritt aber erst dann ein, wenn der Ersatzpflichtige den zusätzlichen Nachweis führen kann, dass bei entsprechender Bemühung des Geschädigten der Erwerbsschaden geringer ausgefallen **bzw.** gar nicht eingetreten wäre oder die Verletzung nicht ursächlich war, weil infolge der schlechten Arbeitsmarktlage der Geschädigte ohnehin keine Stelle gefunden hätte.³⁶⁴ Nicht zuletzt, um gegenüber solchen Beweisproblemen gewappnet zu sein, gehen immer mehr Haftpflichtversicherer dazu über, sich in die Wiedereingliederung des Verletzten in den Arbeitsprozess einzuschalten. Zum Teil tun sie das in der Weise, dass sie dem Verletzten im eigenen Unternehmen eine Stelle anbieten.³⁶⁵ Last, but not least sei erwähnt, dass auch eine Anrechnung der Verwertung der verbliebenen Restarbeitskraft im Haushalt in Betracht kommt.³⁶⁶ ME sind freilich insoweit die Regeln der aufgedrängten Bereicherung zu beachten (so bereits [→ Rn. 45](#)). Eine Anrechnung ist allenfalls dann angemessen, wenn auf diese Weise dem Ehepartner eine Ausübung **bzw.** Steigerung seines Erwerbseinkommens ermöglicht wird oder eine Substituierung von Marktleistungen durch Do-it-yourself-Aktivitäten stattfindet, dann jedoch nicht, wenn auf diese Weise bloß die Qualität der Haushaltsführung gesteigert wird.

65

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Folgeschäden	

³⁵⁹ OLG Schleswig NZV 2015, 42; zustimmend *Hensen/Figgner* NJW-Spezial 2020, 73 (74).

³⁶⁰ *Eggert* VA 2006, 116; bei Reparatur eines Fahrzeugs und Verwertung des Wracks wird das unter Hinweis auf den Grundsatz, dass der Geschädigte der Herr des Restitutionsgeschehens sei, jedoch abgelehnt.

³⁶¹ BGH NJW 1979, 2142; VersR 1972, 975; VersR 1971, 348; OLG Köln VersR 2000, 237; die Beweislast jedoch allein dem Ersatzpflichtigen zuweisend BGH NJW 1998, 1634.

³⁶² BGH NJW 1997, 3381; NJW 1996, 652; NJW 1991, 1413; NJW 1979, 2142; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn.](#) 1120.

³⁶³ BGH NZV 2001, 210; NJW 1998, 3706; *Ernst* VA 2008, 132 (135).

³⁶⁴ *Luckey* SVR 2006, 68.

³⁶⁵ BGH NJW 1998, 3706: Haftpflichtversicherer bietet dem Verletzten eine Stelle in der Registratur seines Unternehmens an.

³⁶⁶ *Küppersbusch/Höher* [Rn.](#) 94; BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403 mit dem Hinweis, dass der Tatrichter bei der Schätzung ein besonders großes Ermessen habe, ohne Determinanten für die Ermittlung des Umfangs zu nennen.

Es gibt **Folgeschäden** einer Unfallverletzung, die zwar adäquat verursacht sind, bei denen aber der innere Zusammenhang zwischen der Unfallverletzung und einem eingetretenen Erwerbsschaden so gelockert ist, dass bei wertender Betrachtung sich bloß das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat. Zur Verdeutlichung sei auf zwei Entscheidungen hingewiesen, die jeweils den Grenzpunkt markieren. Im Sachverhalt der BGH-Entscheidung NJW 1991, 3275 wurde ein Polizeibeamter verletzungsbedingt in den Ruhestand versetzt und hat sich in der Folge als Programmierer betätigt. Da er einen Karrieresprung machen wollte, hat er die 18 Jahre nach dem Ausscheiden aus dem Polizeidienst bei seinem bisherigen Arbeitgeber innegehabte Stelle gewechselt mit der Folge, dass er während einer bestimmten Phase bei der neuen Stelle weniger verdient hat, als wenn er im Polizeidienst geblieben wäre. Bei einer solchen Konstellation hat der BGH die Ersatzfähigkeit der Einbuße abgelehnt, weil der Unfall bloß der äußere Anlass für diese Entwicklung war. *Schmidt-Salzer*³⁶⁷ bemerkt zu Recht, dass eine vorangehende Unfallverletzung kein Blankoscheck für alle nachfolgenden Unwägbarkeiten des Lebens sein dürfe. Der BGH betont freilich, dass es sich dabei um eng umgrenzte Ausnahmen handeln müsse, in denen der Geschädigte durch seine Entscheidung für ein geändertes Berufsziel die **berufliche Entwicklung eigenverantwortlich zu seinem Lebensrisiko** hat werden lassen. Die Grenze lässt sich durch eine nachfolgende Entscheidung des OLG Hamm³⁶⁸ abstecken: Als der Geschädigte noch gesund war, hatten Mitarbeiter des Unternehmens ein Konkurrenzunternehmen gegründet und versucht, ihn abzuwerben. Dieses Angebot hatte der nunmehr Verletzte ausgeschlagen. In der Folge hat das Konkurrenzunternehmen das Unternehmen, in dem der Verletzte arbeitete, übernommen. Dieser hat sich nun nicht mehr wohl und zudem den Anforderungen kaum mehr gewachsen gefühlt. Der Wechsel zu einem neuen Arbeitgeber hatte zur Folge, dass er wegen einer Rationalisierung dort abgebaut wurde, so dass zu beurteilen war, ob er vom Ersatzpflichtigen das Einkommen, das er ohne Verletzung erzielt hätte, verlangen kann. Das OLG Hamm sprach den verlangten Erwerbsschaden zu Recht zu, weil der Stellenwechsel ein durch den Unfall herausgefordertes Verhalten darstellte.³⁶⁹ Wenn ein **schwerbehinderter Verletzter** trotz des Schutzes des SGB IX einer einvernehmlichen **Aufhebung des Arbeitsvertrags** zustimmt, hat das OLG Oldenburg³⁷⁰ darin einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht gesehen mit der Folge, dass jeglicher Ersatzanspruch versagt wurde. Nachvollziehbar ist zwar, dass sich der Verletzte nicht mit seinem Arbeitgeber zulasten des Haftpflichtversicherers einigen darf; trotz des umfassenden Schutzes eines Schwerbehinderten, dass eine Kündigung ihm gegenüber gem. § 84 SGB IX nur mit Zustimmung des Integrationsamtes möglich ist, kann das mE nicht dazu führen, dass es dem Verletzten – schadensrechtlich – zumutbar ist, auf einer solchen Stelle trotz aller Schikanen bis zur Grenze des Mobbing auszuharren, weil es formal hohe Hürden gibt, gekündigt zu werden. Entsprechendes gilt bei einer Kündigung wegen längerer krankheitsbedingter Krankheit; der Verletzte ist nicht gehalten, mit eigenem Kapital und Risiko dagegen vorzugehen, um den Schaden des Ersatzpflichtigen gering zu halten;³⁷¹ abgesehen davon, dass er das als juristischer

³⁶⁷ *Schmidt-Salzer* Anm. zu BGH LM § 249 (Bb) BGB Nr. 50.

³⁶⁸ OLG Hamm VersR 2000, 373.

³⁶⁹ Zustimmend *Pardey* Rn. 2142.

³⁷⁰ OLG Oldenburg r + s 2007, 303 mit Besprechungsaufsatz *Jahnke* r + s 2007, 271.

³⁷¹ OLG Düsseldorf DAR 2015, 333; *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (10).

Laie häufig nicht abschätzen kann, ist es fraglich, ob es zumutbar ist, weiterhin für einen Arbeitgeber tätig zu sein, der ihm gekündigt hat.

e) Umschulung zu einem anderen Beruf

66

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Umschulung	ff.

Mitunter führt die erlittene Verletzung dazu, dass der Geschädigte seinen angestammten Beruf nicht mehr ausüben kann. Er muss sich dann um die Verwertung seiner Restarbeitskraft bemühen, indem er nachweisen muss, eine für ihn passende Stelle gesucht zu haben. Findet sich keine solche in einer zumutbaren Entfernung, hat der Schädiger den vollen Verdienstentgang zu leisten.³⁷² Im Rahmen der Naturalrestitution gem. § 249 schuldet der Ersatzpflichtige zunächst einmal die Kosten einer **medizinischen Rehabilitation**. Sofern diese aber nicht möglich ist **bzw.** die Verletzungsfolgen nicht vollständig beseitigt werden, hat der Ersatzpflichtige den Geschädigten in die Lage zu versetzen, die nachteiligen Auswirkungen bleibender körperlicher Behinderungen im Beruf durch die **Finanzierung einer Ausbildung**, die ihn für ein anderes Arbeitsfeld qualifiziert, abzuschwächen.³⁷³ Diese Kosten sind im Vergleich zum Einnahmehausfall des Verletzten mitunter ganz beträchtlich.³⁷⁴ Da es sich um Kosten für einen überschaubaren Zeitraum handelt, ist Ersatz in Form eines Kapitalbetrages und nicht einer Rente zu leisten. Geht es im Schadensrecht auch um eine Ausprägung des Erwerbsschadens des Verletzten³⁷⁵ und nicht um den Schaden des Rehabilitationsträgers,³⁷⁶ so stellen sich in der Praxis die Probleme doch ganz überwiegend im Zusammenhang mit Regressansprüchen eines Sozialversicherungsträgers. Nach § 22 Abs. 2 S. 1 SGB III ist die Bundesagentur für Arbeit – ähnlich wie die Träger der Sozialhilfe – nur subsidiär zuständig gegenüber den Trägern der gesetzlichen Renten- **bzw.** Unfallversicherung. Eine solche Zuständigkeit ist sogar ausnahmsweise von einem Zivilgericht überprüfbar.³⁷⁷ In den letzten Jahren sind auf diesem

³⁷²OLG Schleswig NJW-Spezial 2014, 202: Zum Bürokaufmann umgeschulter Elektroinstallateur, der wegen des geschädigten Knies zwischen Sitzen, Gehen und Stehen wechseln muss, und nicht nachweisen konnte, sich um eine solche Stelle bemüht zu haben.

³⁷³BGH NJW-RR 1991, 854; NJW 1982, 1638; *Debudey* VGT 2013, 1, 6: Leidensgerechte berufliche Tätigkeit.

³⁷⁴OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141: Einnahmehausfall 88.895 EUR; Kosten der Umschulung 81.089 EUR.

³⁷⁵AA zu Unrecht *M. Müller* SGB 2016, 680 (682): Kosten der beruflichen Rehabilitation als Teil der vermehrten Bedürfnisse.

³⁷⁶BGH NJW 1980, 2755.

³⁷⁷BGH NJW-RR 2009, 1534 = jurisPR-VerKR 17/2009 Anm. 2 (*H. Lang*) im Anschluss an BGHZ 155, 342 = NJW 2003, 3193: Abfindungsvergleich des Haftpflichtversicherers mit Rentenversicherer und anschließendem Regress der Bundesagentur für Arbeit; maßgeblich, wer im Innenverhältnis die Kosten zu tragen hat.

Gebiet auch „unabhängige“ Rehabilitationseinrichtungen tätig, an denen freilich häufig Haftpflichtversicherer beteiligt sind. Deren Aufgabe liegt in der Unterstützung des Verletzten; dieser soll allerdings nicht in die Schadensregulierung eingreifen.³⁷⁸

67

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Rehabilitation vor Rente	ff.

Die Zielsetzungen des Schadens- und des Sozialversicherungs- bzw. Arbeitsförderungsrechts stimmen im Ausgangspunkt überein.³⁷⁹ Es geht darum, dem Einzelnen eine Entfaltung seiner Persönlichkeit im Berufs- und Erwerbsleben – wieder – zu ermöglichen.³⁸⁰ Etwas weniger hochtrabend ausgedrückt bedeutet dies, dass ihm dadurch eine Daseinsberechtigung gegeben werden und er in die Lage versetzt werden soll, sich auch im Rahmen der beruflichen Erwerbsarbeit selbst zu verwirklichen. Es gilt der Satz: „**Rehabilitation geht vor Rente**.“³⁸¹ In den Details ergeben sich freilich Abweichungen.³⁸² Die Perspektive des Sozialrechts ist dabei die bestmögliche Förderung des Individuums; im Schadensrecht geht es demgegenüber um eine Annäherung an den Zustand ohne schädigendes Ereignis. Während das Sozialrecht auch Hilfen zum beruflichen Aufstieg vorsieht, hat das im Schadensrecht keine Entsprechung.³⁸³ Der Verletzte mag in solchen Fällen dann zwar einen Anspruch gegen die Arbeitsmarktverwaltung haben, ein sachlich kongruenter Regressanspruch des Trägers der Arbeitsmarktverwaltung besteht dann aber nicht oder nur in eingeschränktem Ausmaß. Der Haftpflichtversicherer tätigt im Rahmen des Personenschadenmanagements solche „Investitionen“ in die Mobilisierung der Arbeitskraft des Verletzten mit der Zielsetzung, dass er dadurch seine Ersatzpflicht mindert: Die „Investition“ muss sich – zumindest langfristig – rechnen. Das Risiko der Amortisation trägt freilich der Ersatzpflichtige.³⁸⁴ Zu beachten ist freilich, dass der Verletzte Anspruch auf Subventionierung seines Arbeitsplatzes bzw. Umschulungsmaßnahmen auch dann hat, wenn die Kosten dafür höher sind als der bloße Einnahmefall; insoweit handelt es sich um ein bis zur Unverhältnismäßigkeitsschwelle berücksichtigungsfähiges Integritätsinteresse.³⁸⁵

68

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

³⁷⁸ *Gräfenstein* zfs 2015, 192 ff. mit Beispielen, in denen dieser „missbräuchlich“ tätig geworden ist.

³⁷⁹ *Ch. Huber* in FS M. Binder (2010), 583 (590).

³⁸⁰ BGH NJW 1982, 2321; NJW 1982, 1638; *Baltzer* VersR 1976, 1 (6); *Westphal* VersR 1982, 1126 (1127 ff.).

³⁸¹ BGH NJW 1982, 1638; Schulze¹⁰/*Staudinger* § 842 *Rn.* 5.

³⁸² *Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition)* § 843 *Rn.* 8.

³⁸³ BGH NJW 1987, 2741.

³⁸⁴ *Debudey* VGT 2013, 1, 6.

³⁸⁵ *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (39 f.).

Die Kriterien für die **Ersatzfähigkeit von Kosten der beruflichen Rehabilitation** im Schadensrecht sind die Folgenden: Voraussetzung ist zunächst, dass der Verletzte seine Arbeitskraft in seinem angestammten Tätigkeitsfeld nicht einsetzen kann. Es ist sodann zu prüfen, ob es einen zu seinem bisherigen Beruf vergleichbaren Referenzberuf gibt. Ist das der Fall, gebühren die Umschulungskosten für diesen,³⁸⁶ wenn auf Dauer ein höherer Verdienstausschluss abgewendet wird³⁸⁷ bzw. eine krisenfestere berufliche Stellung erreicht wird.³⁸⁸ Nur wenn das nicht der Fall ist und lediglich die Ausbildung für einen höherwertigen Beruf in Betracht kommt, sind auch diese Kosten geschuldet.³⁸⁹ Der Verletzte hält sich nicht immer an diese engen Vorgaben. Vielmehr will er im Rahmen der Neuorientierung seine persönlichen Neigungen berücksichtigt wissen. Sosehr das im Sozialrecht angemessen ist, führt das im Schadensrecht dazu, dass die womöglich höheren Rehabilitationskosten nur in dem Maß ersatzfähig sind, wie sie bei der Umschulung zu dem Beruf angefallen wären, der die größtmögliche Ähnlichkeit zu dem hat, der verletzungsbedingt nicht mehr ausgeübt werden kann.³⁹⁰

69

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Gibt es aber keinen gleichwertigen Ersatzberuf, ist auch nach Schadensrecht eine **Umschulung** zu einem höherwertigen Beruf geschuldet. Erzielt der Verletzte in diesem dann ein höheres Einkommen, stellt sich die Frage, ob die Kosten der Umschulung damit verrechenbar sind. Der BGH³⁹¹ hat das mit dem Argument abgelehnt, dass der Mehrverdienst des Verletzten darauf zurückzuführen ist, dass dieser eine Tätigkeit ausübt, die vom Markt höher honoriert wird.³⁹² Das ist aber nur ein Teil der Wahrheit. Die ganze Wahrheit ist, dass der Verletzte diese höher entlohnte Arbeit nur deshalb verrichtet, weil eine vom Ersatzpflichtigen finanzierte Investition in sein Arbeitskraftpotenzial vorgenommen worden ist. Es wäre daher mE angemessen, eine **Aufteilung des Mehrverdienstes** vorzunehmen, mangels anderer Anhaltspunkte – etwa eine

³⁸⁶OLG Schleswig VersR 1991, 355; *Küppersbusch/Höher* Rn. 68; *Pardey* Rn. 2178; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1126.

³⁸⁷BGH NJW 1982, 1638.

³⁸⁸BGH NJW-RR 1991, 854.

³⁸⁹BGH NJW 1982, 1638: Montageschlosser zu Nachrichtengerätetechniker; ebenso Soergel¹³/*Beater* § 842 Rn. 18.

³⁹⁰BGH NJW 1987, 2741: Verletzter Kfz-Mechaniker wird umgeschult zum Zahntechniker, größere Ähnlichkeit wäre gegeben bei Radio- und Fernstechniker.

³⁹¹BGH NJW 1987, 2741.

³⁹²Diese Entscheidung bloß referierend Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 25; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 11; *Pardey* Rn. 2184; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1127.

geringere oder größere zeitliche Beanspruchung oder Anstrengung des Verletzten – im Verhältnis 50:50. Dagegen kann auch nicht ins Treffen geführt werden, dass das dazu führen würde, dass niemals Rechtsfrieden einkehrt und der Verletzte lebenslang Tribut leisten muss. Vielmehr ist eine solche Rückzahlungspflicht in der Weise zu begrenzen, dass eine Verrechnung dann ihr Ende findet, wenn die Umschulungskosten unter Berücksichtigung der Abzinsung in dem geschuldeten Ausmaß – im Zweifel 50 % – abbezahlt sind. Dem Verletzten wird damit kein ungebührliches Risiko auferlegt, ist er doch nur dann zu einer solchen Verrechnung verpflichtet, wenn er tatsächlich einen Mehrverdienst gegenüber dem Zustand ohne Schädigung erzielt.³⁹³ In der Praxis würden sich Auswirkungen zudem im Regelfall nur beim Regress des Trägers der Arbeitsmarktverwaltung ergeben, wenn im Sozialrecht keine solche Rückzahlungspflicht gegeben wäre. Zudem stellt sich das Problem der zeitlichen Kongruenz. Die „Großzügigkeit“ des Sozialrechts kann aber nicht für das Schadensrecht maßgeblich sein, weil insoweit in Nuancen eben doch andere Grundsätze maßgeblich sind. Der Streit um den ähnlichsten Referenzberuf wäre damit entschärft, weil der „investierende“ Haftpflichtversicherer seine Aufwendungen zurückerhielte, wenn das Konzept der Rehabilitation aufgeht.

70

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass es auch im Schadensrecht nicht allein um pekuniäre Interessen geht. Die Ausübung einer beruflichen Erwerbstätigkeit dient nicht nur dazu, Geld zu verdienen, sondern ist auch ein **Hauptbetätigungsfeld** des Menschen, in dem er Umgang mit anderen Menschen hat und durch seine Beschäftigung **Erfüllung und Zufriedenheit** findet.³⁹⁴ Vor diesem Hintergrund hat der Ersatzpflichtige im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2) auch für Aufwendungen einer solchen Umschulung aufzukommen, die womöglich mehr kostet als sie bringt, der Ersatzpflichtige per Saldo mit höheren Aufwendungen belastet ist, als der Verletzte dadurch an Einnahmen erzielt. Abzustellen ist somit nicht allein auf die Einkommensdifferenz zwischen dem ohne und mit Verletzung ausgeübten Beruf, sondern es sind zusätzliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, etwa, ob dem Geschädigten ein sozial gleichwertiger Beruf oder eine vollwertige berufliche Betätigung wie ohne Verletzung möglich ist, es sich um eine krisenfeste Stelle oder einen sozial gleichwertigen Beruf handelt,³⁹⁵ ob er als ungelernte Kraft eingesetzt wird oder als solche mit einer Ausbildung.³⁹⁶ Steht typischerweise bei der Finanzierung von Kosten der beruflichen Rehabilitation die Verminderung der finanziellen Belastung des Ersatzpflichtigen im Vordergrund, geht es insoweit auch um ideelle Interessen, die freilich im Rahmen der Naturalrestitution durchaus berücksichtigungswürdig sind. Insoweit spielen Aspekte der Beschäftigungstherapie³⁹⁷ eine Rolle, die für die vermehrten Bedürfnisse kennzeichnend sind. Je größer der zeitliche Abstand zwischen dem gesundheitlich erreichbaren Endzustand und der Inangriffnahme einer Umschulung ist, umso schwerer ist die Ersatzfähigkeit

³⁹³So zu Recht OLG Nürnberg VersR 1991, 1256 mit dem Hinweis, dass keine Verrechnung mit einem bloß möglichen Mehrverdienst vorgenommen werden darf.

³⁹⁴Pardey Rn. 2180.

³⁹⁵BGH NJW-RR 1991, 854.

³⁹⁶BGH NJW 1982, 2321.

³⁹⁷Vgl. dazu BGH NJW 1994, 131.

im Schadensrecht zu begründen, wengleich sie auch nach Jahren nicht ausgeschlossen ist, wenn der Verletzte den Nachweis erbringen kann, dass nur auf diese Weise ein Zustand wie ohne Verletzung bewirkt werden kann.³⁹⁸

71

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die **Kosten einer beruflichen Umschulung sind ersatzfähig**, wenn sie ex ante vertretbar waren.³⁹⁹ Dass sie ex post betrachtet nicht erfolgreich waren, spielt keine Rolle.⁴⁰⁰ Das Diagnose- und Prognoserisiko trägt der Ersatzpflichtige.⁴⁰¹ Zu bedenken ist, dass sowohl der Verletzte als auch der Rehabilitationsträger unter einem beträchtlichen Zeitdruck stehen.⁴⁰² Die Erfolgswahrscheinlichkeit einer beruflichen Rehabilitation ist umso geringer, je älter der Verletzte ist,⁴⁰³ aber auch, je mehr Zeit zwischen dem Endzustand der partiellen Wiederherstellung der Gesundheit und der Inangriffnahme einer beruflichen Rehabilitation liegt. Der Geschädigte gewöhnt sich an die neue Situation, richtet sich nach Bezug einer Sozialrente darauf ein und bringt häufig nicht mehr die erforderliche Motivation auf, sich neu zu orientieren.⁴⁰⁴ Da dieser so bedeutsame Zeitraum bei Wahrnehmung der Rehabilitationsaufgabe durch die Arbeitsmarktverwaltung mitunter ungebührlich lange, nämlich zwei bis zweieinhalb Jahre, dauert,⁴⁰⁵ haben es die **Haftpflichtversicherer** übernommen, selbst Hand anzulegen und bieten nun verstärkt **Reha-Dienste** an,⁴⁰⁶ deren Hauptaufgabe auf dem Gebiet der Förderung der Motivation, somit dem Wecken, Entwickeln und Fördern des individuell verbliebenen Potenzials liegt.⁴⁰⁷ Der Verletzte ist zwar nicht gezwungen, von diesem Angebot Gebrauch zu machen. Lehnt er das freilich ab, hat das Auswirkungen im Rahmen der Beweislastverteilung.⁴⁰⁸

³⁹⁸BGH NJW-RR 1991, 854.

³⁹⁹BGH NJW 1982, 2321; OLG Celle OLGR 2004, 457; OLG Koblenz VersR 1995, 549; OLG Köln VersR 1985, 94; *Luckey* VRR 2005, 364 (366); Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 8; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1125.

⁴⁰⁰OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141: Umschulung vom Kfz-Mechaniker zum Bürokaufmann, der in der Folge keine Stelle findet.

⁴⁰¹*Eggert* VA 2006, 116 (117).

⁴⁰²BGH NJW 1982, 2321; OLG Jena NJW-RR 1999, 1408.

⁴⁰³OLG Jena NJW-RR 1999, 1408.

⁴⁰⁴Instruktiv BGH NJW 1991, 1412: Die verletzte Person ist während der Untätigkeit übergewichtig geworden.

⁴⁰⁵Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1138.

⁴⁰⁶*Küppersbusch/Höher* Rn. 67; *Höfle* zfs 2001, 197; *Steffen* zfs 2001, 389; v. *Hadeln/Riedl* NZV 2000, 34; *Budel/Buschbell* VersR 1999, 158 (160).

⁴⁰⁷Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1139.

⁴⁰⁸Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1142.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die **Ablehnung** der Teilnahme an einer **beruflichen Umschulung** oder der **Abbruch** einer solchen Ausbildung ist unter dem Blickwinkel des Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht⁴⁰⁹ dann bedeutsam, wenn durch die Umschulung auf Sicht eine Verminderung der Belastung des Ersatzpflichtigen bewirkt worden wäre. Wie bei einer zumutbaren Ersatzstelle trifft den Verletzten die Darlegungslast, welche Initiativen er ergriffen hat. Beachtlich sind dabei auch persönliche Neigungen, auch wenn sie im bisherigen Beruf nicht verwirklicht werden konnten,⁴¹⁰ sowie weitere persönliche Verhältnisse, wie etwa der Umstand, dass ein 27-jähriger Verletzter die Ausbildung in einem Berufsbildungswerk einer Lehre, in der er mit wesentlich Jüngeren zusammen ist, vorziehen darf.⁴¹¹ Ein Umzug **bzw.** eine internatsmäßige Unterbringung sind dem Geschädigten bei einer Umschulungsmaßnahme eher zuzumuten als bei einer neuen Stelle, weil die berufliche Rehabilitation lediglich zeitlich begrenzt ist.⁴¹² Der Ersatzpflichtige hat nachzuweisen, dass eine Umschulung möglich und erfolgreich gewesen wäre,⁴¹³ was dann schwierig ist, wenn der Verletzte eine ungelernete Kraft mit keinen oder rudimentären Deutschkenntnissen ist.⁴¹⁴

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Nach Abschluss der beruflichen Rehabilitation kommt es darauf an, dass der Geschädigte eine Stelle findet. Die Arbeitsmarktverwaltung zahlt dem Arbeitgeber bei Beschäftigung einer solchen Person mitunter eine **Eingliederungshilfe**. Der Umstand, dass diese Leistung dem einstellenden Arbeitgeber und nicht dem Verletzten bezahlt wird, steht einem Regressanspruch des Trägers der Arbeitsmarktverwaltung gegen den Ersatzpflichtigen nicht entgegen.⁴¹⁵ Abzustellen ist auf die

⁴⁰⁹ OLG Jena NJW-RR 1999, 1408; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 32.

⁴¹⁰ BGH NJW 1982, 1638; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 1124.

⁴¹¹ BGH NJW 1982, 2321.

⁴¹² Dazu van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 1123.

⁴¹³ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 1124; *Held* VGT 2012, 41, 48.

⁴¹⁴ BGH NJW 1997, 3381.

⁴¹⁵ *Ch. Huber* in FS M. Binder (2010), S. 583, 597; OLG Köln VersR 1985, 94; aA OLG München r + s 2010, 305 (*Bliesener/Rath*) unter Berufung auf BGH NJW 1988, 819 und dem Hinweis darauf, dass das Integrationsamt in § 116 SGB X, der die Regressberechtigten abschließend regle, nicht genannt sei. Damit wird die – voraussehende – Weisheit des Gesetzgebers freilich überschätzt; eine analoge Anwendung wäre in concreto zutreffend gewesen. **Vgl.** dazu OGH ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*) sowie *Ch. Huber* in FS M. Binder (2010), 583 (594).

Perspektive ex ante.⁴¹⁶ Verlangt wird zum Teil, dass die Beschäftigung ohne Eingliederungshilfe nicht erfolgt wäre.⁴¹⁷ Vom Ausgangspunkt ist das nicht zu beanstanden; freilich dürfen an den Nachweis keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Maßgeblich ist, ob bei verständiger Würdigung ex ante die Zahlung der Eingliederungshilfe für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses mit der umgeschulten Person geboten bzw. förderlich war.

73a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Teilnahme des Geschädigten an einem von einem Haftpflichtversicherer angebotenen **REHA-Managements** ist freiwillig. Die Folge ist, dass bei Ablehnung kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vorgeworfen werden kann.⁴¹⁸ Ob der Verletzte deshalb von jeglicher Schadensminderung befreit ist, erscheint indes fragwürdig.

9. Einfluss eines nach dem Schadensereignis gefassten Entschlusses

74

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	nach Schadensereignis gefasster Entschluss	ff.

Nach dem schädigenden Ereignis getroffene Maßnahmen müssen vom Ersatzpflichtigen hingenommen werden, sofern sie der Geschädigte nicht allein zu dem Zweck ergreift, auf diese Weise den Umfang des Schadens zu seinem Vorteil nach oben zu schrauben. So hat der BGH⁴¹⁹ entschieden, als es darum ging, dass ein Gastarbeiter nach dem Unfall abweichend von seiner vorherigen Planung länger in Deutschland geblieben ist, was zur Folge hatte, dass für seinen Erwerbsschaden die Verhältnisse in Deutschland und nicht die in seinem Heimatland zugrunde zu legen waren. Ebenso ist er verfahren, als der Verletzte das erhaltene Schmerzensgeld dafür verwendet hat, einen Baukredit zurückzuzahlen, was zur Folge hatte, dass für den Verletzten Steuervorteile wegfielen, wodurch der ersatzfähige Erwerbsschaden höher ausfiel.⁴²⁰ Der von einem Wanderarbeiter auf dem Bau ursprünglich gefasste Plan, von Deutschland nach Großbritannien zurückzukehren, wurde aber bei einer tatsächlichen Verlängerung des Aufenthalts, um keine Komplikationen bei der Ersatzfähigkeit der Heilungskosten für Unfallverletzung zu riskieren, als zu wenig glaubwürdig angesehen; der Geschädigte musste sich

⁴¹⁶OLG Celle VersR 1988, 1252: Kein Hinderungsgrund, dass die Fa. in der Folge insolvent wurde.

⁴¹⁷OLG Köln zfs 1988, 43; *Küppersbusch/Höher* Rn. 73.

⁴¹⁸*Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (10).

⁴¹⁹BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 7; *Stürner* JZ 1984, 412 (415 f.).

⁴²⁰BGH NJW 1986, 983; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 22.

an den geringeren Einkommensmöglichkeiten in Deutschland festhalten lassen.⁴²¹ Zu beachten ist, dass jedenfalls eine Doppelliquidation zu vermeiden ist.⁴²²

10. Die Prognoseentscheidung

a) Abbildung der zukünftigen Entwicklung durch Zubilligung einer Rente

75

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Prognoseentscheidung bei Zubilligung einer Rente	ff.

Beim künftigen Erwerbsschaden geht es darum, die Differenz zwischen dem tatsächlichen Verlauf und dem ohne schädigendes Ereignis in Form einer **Rente** auszugleichen, um die durch das schädigende Ereignis gerissene **Vermögenslücke aufzufüllen**. *Scholten*⁴²³ weist zutreffend darauf hin, dass auch Karriere- und Rentennachteile einzubeziehen sind. Denkbar ist dabei nach einem vorangehenden Feststellungsurteil ein Teilurteil, das die Determinanten der Bemessung der Rente festlegt.⁴²⁴ Sofern die Schadensentwicklung zum Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht abgeschlossen ist, besteht keine Obliegenheit des Klägers, wegen des bereits bezifferbaren Teils schon eine Leistungsklage zu erheben.⁴²⁵ Die **künftige Entwicklung** soll so präzise, wie das eben möglich ist, erfasst werden. Diesem Postulat versucht man auf verschiedene Weise gerecht zu werden. Maßgeblich ist nicht der Wissensstand zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, sondern zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz.⁴²⁶ Bedeutsam ist das etwa, wenn sich dann ergibt, dass ein Gastarbeiter nicht dorthin zurückkehrt, von wo er gekommen ist, sondern in Deutschland bleibt.⁴²⁷ Auch kann sich der Erwerbsschaden ausweiten, wenn Vorlesungsstreiks zu einem späteren Eintritt ins Erwerbsleben führen.⁴²⁸ Bei selbstständig

⁴²¹ OLG Brandenburg BeckRS 2010, 12595.

⁴²² Vgl. dazu OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407: Erwerbsschaden nach Abschluss des Medizinstudiums und Beeinträchtigung bei der Haushaltsführung als Student eines anderen Studiums; OLG Celle SVR 2007, 147 (*Schröder*) = VRR 2007, 187 (*Luckey*): Erzieherin gibt Schulausbildung auf, wird schwanger und heiratet: Keine Kumulierung des Erwerbsschadens als Erzieherin und der konkreten Beeinträchtigung in der Haushaltsführung als nicht berufstätige Ehefrau und Mutter.

⁴²³ *Scholten* DAR 2016, 631 (634).

⁴²⁴ BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) = mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.: 80 % der Differenz des Erwerbseinkommens eines Tischlergesellen und eines nicht akademisch ausgebildeten Kommunikationstechnikers.

⁴²⁵ BGH NZV 2016, 365; *Gutt* NZV 2017, 227.

⁴²⁶ BGH NJW 1999, 136; BGH NJW 1997, 941; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 21; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 22; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 3; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1096.

⁴²⁷ BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403.

⁴²⁸ BGH NJW 1985, 791.

Erwerbstätigen, deren Einkommen konjunkturbedingt schwankt, lässt sich dann besser abschätzen, wie sich die wirtschaftlichen Eckdaten entwickelt haben.⁴²⁹ Die Art und Weise, wie der Verletzte auf die körperliche Beeinträchtigung reagiert hat, seine Willenskraft und sein Beharrungsvermögen, lassen Rückschlüsse auf die Zähigkeit oder Laxheit zu, die er sonst im Berufsleben gezeigt hätte.⁴³⁰ Trotz eines rechtskräftigen Feststellungsurteils muss der Verletzte die Kausalität des später eintretenden unfallkausalen Erwerbsschadens nachweisen, so dass der Ersatzpflichtige einwenden kann, dass dieser nicht auf den Unfall zurückzuführen ist, sondern auf einen Alkoholmissbrauch vor dem Unfallgeschehen und einer darauf beruhenden Bauchspeicheldrüsenentzündung.⁴³¹ Das ist insoweit fragwürdig, als es sich dabei um eine Tatsache handelt, die bei Erlass des Feststellungsurteils bereits gegeben war.⁴³² Die Schwelle für die Begründetheit eines Feststellungsbegehrens ist gering; es ist keine bestimmte Wahrscheinlichkeit erforderlich,⁴³³ ein solcher Schaden darf nur nicht praktisch ausgeschlossen sein.⁴³⁴ Sofern das Tatgericht die Voraussetzungen für eine Feststellungsklage mangels ausreichenden Vorbringens nicht für gegeben erachtet, muss es den – auch anwaltlich vertretenen – Kläger nach § 139 Abs. 1 S 2 ZPO darüber aufklären, in welcher Weise er sachdienliche Anträge zu stellen hat.⁴³⁵

76

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Rechtsprechung ist zurückhaltend bei der Verwertung allgemeiner **statistischer Daten**. Es ist das Bemühen erkennbar, den jeweils individuellen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Dass in der Gastronomie in Hamburg von 4.000 Gaststätten 1.000 jedes Jahr den Betreiber wechseln, hat das OLG Hamburg⁴³⁶ für nicht maßgeblich erachtet. Dass in einer bestimmten Branche einer Region die Arbeitslosigkeit gering war, hatte ebenfalls keine ausschlaggebende Bedeutung für die Bemessung des Erwerbsschadens der Verletzten;⁴³⁷ ebenso wenig der Umstand, dass die Akademikerarbeitslosigkeit geringer ist als die allgemeine und im Bereich sprachlicher

⁴²⁹BGH NJW 1997, 941.

⁴³⁰BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 *ff.*; *Freyermann* VGT 2013, 21, 33.

⁴³¹BGH NJW-RR 2005, 1517 = VRR 2005, 345 (*Zorn*).

⁴³²So wohl auch *Eggert* VA 2006, 116 (117) unter Hinweis auf BGH VersR 1988, 1139: Keine Berücksichtigung eines Einwands, dessen Tatsachen zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung bereits vorgelegen haben.

⁴³³ BGHZ 216, 149 = NZV 2018, 133 (*Martin*) = jurisPR-MedizinR 2/2018 Anm. 1 (*Plagemann*) = jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1 (*Jahnke*) = VersR 2018, 830 (*Höher*) = r + s 2018, 43 (*Lemcke*) = LMK 2018, 402631 (*Kreße*) = JA 2018, 226 (*Hager*).

⁴³⁴Zutreffend *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1221).

⁴³⁵*Freyermann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103, (108); BGH NZV 2017, 226 (*Gutt*).

⁴³⁶OLG Hamburg VersR 1997, 248.

⁴³⁷BGH NJW-RR 1988, 534.

Ausbildung erheblicher Bedarf bestehe.⁴³⁸ Der Geschädigte muss möglichst konkrete Anhaltspunkte in Bezug auf seine persönliche Situation liefern.⁴³⁹ Ausgangspunkt sind dabei die Verhältnisse im Zeitpunkt des Unfalls,⁴⁴⁰ die aber nicht mechanisch fortgeschrieben werden dürfen. Bei einem Arbeitnehmer wird auf den Zeitraum von 12–18 Monaten vor dem schädigenden Ereignis zurückgegriffen,⁴⁴¹ bei einem selbstständig Erwerbstätigen sind es häufig drei bis fünf Jahre.⁴⁴² Je kürzer ein Unternehmen besteht, umso schwieriger ist die Schätzung für die Zukunft, weil die Anknüpfungstatsachen gering sind.⁴⁴³ Soweit künftige Ereignisse greifbar sind, müssen diese für die Prognose verwertet werden, so eine Anpassung der Arbeitszeit in Form von – regelmäßig geleisteten – Überstunden⁴⁴⁴ oder Kurzarbeit,⁴⁴⁵ bei einem Gastarbeiter die Dauer seiner Aufenthaltserlaubnis⁴⁴⁶ oder die Steigerung des Erwerbseinkommens nach Tarifvertrag⁴⁴⁷ oder einer Beamtenlaufbahn.⁴⁴⁸ Ein Arbeitnehmer muss nicht einen bestimmten Arbeitgeber benennen; zu beachten ist zudem, dass sich auch für einfache Arbeiter(-innen) im Verlauf der letzten Jahre die Lage auf dem Arbeitsmarkt eher verbessert hat.⁴⁴⁹

77

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ansonsten ist die Rechtsprechung überaus vorsichtig mit Prognosen. Dass die vorhersehbare Entwicklung generell so weit wie möglich zu berücksichtigen ist,⁴⁵⁰ ist mitunter ein bloßes Lippenbekenntnis. Abgelehnt wird insbesondere eine **dynamische Rente**, also eine solche, bei der im Zeitverlauf deren Höhe beeinflussende Umstände von vornherein berücksichtigt werden.

⁴³⁸BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

⁴³⁹Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 3.

⁴⁴⁰Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 20.

⁴⁴¹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 906.

⁴⁴²*Küppersbusch/Höher* Rn. 146; *Höke* NZV 2016, 10 (12).

⁴⁴³*Höke* NZV 2016, 10 (12).

⁴⁴⁴ OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2016, 171 = BeckRS 2016, 2329.

⁴⁴⁵Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 908.

⁴⁴⁶BGH NZV 2002, 268; BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403.

⁴⁴⁷ OLG Köln MedR 2015, 599 (*Lissl*): Annahme einer Steigerung von 2 % pro Jahr; Betonung, dass es sich insoweit um eine „überaus zurückhaltende Schätzung“ handelt; OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2016, 171 = BeckRS 2016, 2329: Flugzeugmonteur.

⁴⁴⁸BGH NJW-RR 1992, 1050; OLG Frankfurt / M. NZV 1993, 471; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 7.

⁴⁴⁹ OLG Köln MedR 2015, 599 (*Lissl*).

⁴⁵⁰Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 26; Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 14.

Das OLG Köln⁴⁵¹ hat es etwa abgelehnt, eine Mehrbedarfsrente an den Verbraucherpreisindex zu binden, weil dieser Index jedenfalls ungeeignet sei. Das OLG München⁴⁵² hat einen Anspruch auf einen Inflationsausgleich bei einem Architekten abgelehnt, weil das die HOAI nicht vorsehe. Traumatisiert dürfte die deutsche Rechtsprechung durch eine Entscheidung des RG⁴⁵³ sein, das 1933 die Prognose wagte, dass wegen der erfolgreichen Anstrengungen der seit kurzem im Amt befindlichen Reichsregierung der Geschädigte im Jahr 1943 trotz seiner Verletzung nicht ohne Arbeit sein werde. *Steffen*⁴⁵⁴ hat dazu in der ihm eigenen Ironie bemerkt, dass es ein Treppenwitz der Geschichte sei, dass die national verengte Pupille der Richter fast ins Schwarze getroffen hätte, nur, dass auf den Mann nicht die Lohntüte wartete, sondern das Soldbuch. Dass solche tagespolitisch verbrämten Weissagungen schon einmal daneben liegen können, ist eine Sache. Zu bedenken ist freilich, dass durch eine allzu große Zurückhaltung bei der Prognose ungeachtet der Möglichkeit der Anpassung der Rente bei wesentlicher Veränderung gem. § 323 ZPO nicht das gleiche Ergebnis erzielt werden kann:

78

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Denn einerseits greift diese Norm erst bei wesentlicher Veränderung, andererseits wirkt eine solche Änderung bloß für die Zukunft. Die bis dahin akkumulierten Defizite wirken sich zulasten desjenigen aus, der eine Änderung begehrt. Soweit es um eine Anpassung an die inflationsbedingte Entwertung des Geldes geht, ist der Benachteiligte der Geschädigte. Selbst wenn ein **Index** nicht haargenau passt, wäre es sachgerechter, an diesen anzuknüpfen, als die Rente mit einem Nominalbetrag festzusetzen und sich damit zu beruhigen, dass der Geschädigte ja künftig Anpassung nach § 323 ZPO verlangen könne.⁴⁵⁵ Auch bei Überschreitung von Haftungshöchstbeträgen bei der Gefährdungshaftung bleibt nichts anderes übrig, als diese künftigen Entwicklungen ex ante abzuschätzen. Der Indexbindung einer Rente stehen aber auch im deutschen Recht keine Hinderungsgründe unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit des Zwangsvollstreckungstitels entgegen.⁴⁵⁶ Sollte man das zu Unrecht anders sehen,⁴⁵⁷ bleibt als second best übrig, dass bei der Rentenbemessung die Festsetzung der Rente so erfolgt, dass die künftige Veränderung, insbesondere Inflation und Wirtschaftswachstum, geschätzt und ein jährlich steigender Zuschlag ex ante festgesetzt wird, oder die Rentenbemessung in der Weise erfolgt, dass sie in einer ersten Phase überschießend ist, in einer zweiten gerade passt und es in

⁴⁵¹ OLG Köln VersR 1988, 1185.

⁴⁵² OLG München BeckRS 2010, 10686 = jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 (*H. Lang*).

⁴⁵³ RGZ 145, 196.

⁴⁵⁴ *Steffen* DAR 1984, 1 (2).

⁴⁵⁵ Zur Möglichkeit im österreichischen Recht, den Zwangsvollstreckungstitel in solchen Fällen an einen Index zu binden, sei verwiesen auf § 8 Abs. 2 Exekutionsordnung.

⁴⁵⁶ *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht¹¹ (2018), Rn. 56 f.

⁴⁵⁷ Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 30 unter Hinweis auf *Schmidt-Räntsch* NJW 1998, 3166 f.: Gleitklausel nach § 3 WährG Gleitklauseln genehmigungsbedürftig, keine Abänderung nach dem EuroEG.

einer dritten zu einer Unterdeckung kommt,⁴⁵⁸ ehe durch eine Anpassung wiederum eine Angleichung an die Wirklichkeit erfolgt. Jedenfalls sollte aber in den Urteilsgründen deutlich gemacht werden, von welchen Determinanten das Gericht bei der Bemessung ausgegangen ist, mit anderen Worten, welche künftigen Entwicklungen bei der Festsetzung berücksichtigt worden sind, weil nur anhand dieser Entscheidungsgründe beurteilt werden kann, ob eine Anpassung wegen wesentlicher Änderungen geboten ist.

b) Keine übertrieben hohen Anforderungen an die Darlegungslast

79

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Anforderung an die Darlegungslast	ff.

Der Geschädigte muss für die Festsetzung der Rente möglichst konkrete **Anknüpfungstatsachen** vortragen.⁴⁵⁹ Voreilige Schätzungen ohne Ausschöpfung der möglichen Tatsachengrundlage sind unzulässig.⁴⁶⁰ Das Gericht hat aber sodann alle Möglichkeiten auszuwerten, um daraus Anhaltspunkte für eine Rentenbemessung zu ermitteln. Ohne Vortrag solcher Tatsachen kommt es aber mitunter sogar zur Abweisung des Begehrens.⁴⁶¹ Es ist freilich festzustellen, dass der BGH heutzutage dem Geschädigten stärker unter die Arme greift, als das früher der Fall war. Erkennt wird, dass es der Schädiger war, der den Geschädigten in die missliche Lage von Prognoseschwierigkeiten gebracht hat, so dass diese im Zweifel zulasten des Schädigers gehen müssen.⁴⁶² Ehe eine völlige Abweisung erfolgt, hat das Gericht bei einem unsicheren Zukunftsschaden Sicherheitsabschläge vorzunehmen.⁴⁶³ Wurde in der älteren Judikatur betont, dass auch eine Schätzung gem. § 287 ZPO nicht ins Blaue hinein erfolgen oder

⁴⁵⁸ Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung, S. 337 f.

⁴⁵⁹ BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (Luckey) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (Ebert) mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber HAVE 2011, 253 ff. sowie Stellungnahme zur VorE des OLG Frankfurt / M. BeckRS 2010, 20201; 318 ff.; NJW 2010, 1532 = jurisPR-VerkR 14/2010 Anm. 2 (H. Lang) = SVR 2010, 462 (J. Lang); NJW 1998, 1633; OLG München BeckRS 2010, 10686 = jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 (H. Lang); Langenick NZV 2009, 257 ff.

⁴⁶⁰ Freymann VGT 2013, 21, 26.

⁴⁶¹ BGHZ 173, 169 = r + s 2007, 478 = zfs 2007, 681 (Diehl) = VRR 2007, 466 (Zorn): Abweisung des Regressanspruchs eines Sozialversicherungsträgers nach § 179 Abs. 1a SGB VI, der § 116 SGB X nachgebildet ist, nachdem bei Beschäftigung einer schwer verletzten 19-jährigen in einer Behindertenwerkstätte nicht einmal Mindesttatsachen vorgetragen worden sind. Offenbar ging es um die Frage, ob ein originärer Anspruch des Sozialversicherungsträgers gegeben ist oder ein solcher des Verletzten, der im Weg der Legalzession auf den Sozialversicherungsträger übergeleitet wird; Eilers VGT 2013, 9, 10.

⁴⁶² Staudinger/Vieweg (2015) § 842 Rn. 22.

⁴⁶³ Heß/Burmann NJW-Spezial 2012, 393 (394); Freymann VGT 2013, 21, 31: In der Rechtsprechung ist nur eine Entscheidung (OLG Saarbrücken zfs 2005, 287) auffindbar, in der jegliche positive Erwerbsprognose verneint wurde.

völlig in der Luft hängen dürfe,⁴⁶⁴ so wird der Tatrichter vom BGH nunmehr in vielen Fällen darauf hingewiesen, dass er den Sachvortrag nicht voll ausgeschöpft habe.⁴⁶⁵ Zwar dürfe nicht die Zubilligung eines Mindestschadens ohne konkrete Anhaltspunkte erfolgen; vielmehr müsse ein bestimmter Beruf zugrunde gelegt werden.⁴⁶⁶ An die Darlegung konkreter Anhaltspunkte dürfen aber auch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden⁴⁶⁷ – jedenfalls nicht bis ins Einzelne und mit mathematischer Genauigkeit.⁴⁶⁸ Wenn sich der Geschädigte in seinem Vortrag nur auf eine bestimmte Erwerbstätigkeit berufen habe, deren Ausübung der Tatrichter auch ohne Unfall für nicht ausreichend wahrscheinlich erachtet hatte, so müsse er auch ohne Parteienvortrag prüfen, ob nicht andere Erwerbsalternativen in Betracht gekommen wären.⁴⁶⁹ Selbst bei einem lückenhaften Vortrag darf das Begehren solange nicht vollständig abgewiesen werden, solange greifbare Anhaltspunkte für eine Schätzung vorhanden sind.⁴⁷⁰ Werde eine Person in einem frühen Stadium aus ihrer Erwerbsbiografie geworfen, dürfe sich der Tatrichter nicht vorschnell unter Hinweis auf die Unsicherheit möglicher Prognosen seiner Aufgabe entziehen und vom Misserfolg einer Tätigkeit ausgehen; vielmehr müsse er einen durchschnittlichen Erfolg zugrunde legen.⁴⁷¹ Immer noch bestehende Unsicherheiten könnten darüber hinaus durch Abschläge berücksichtigt werden.⁴⁷² Wenn nicht anders möglich, ist ein Mindestschaden zu schätzen.⁴⁷³ Ein weniger ambitionierter Beruf hat mitunter den Vorzug, dass Ersatz für einen Erwerbsschaden schon ab einem früheren Alter zu leisten ist.⁴⁷⁴

80

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁴⁶⁴BGH NJW-RR 1991, 470; NJW 1988, 3016; NJW-RR 1988, 534; dazu *Freyermann* VGT 2013, 21, 26.

⁴⁶⁵BGH NJW-RR 1992, 852.

⁴⁶⁶*Freyermann* VGT 2013, 21, 28.

⁴⁶⁷BGH NZV 2002, 268; NJW 1995, 2227; NJW 1993, 2673; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 3; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 20.

⁴⁶⁸*Freyermann* VGT 2013, 21, 23 f.

⁴⁶⁹BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; BGH NJW 1997, 938; NJW 1995, 1023.

⁴⁷⁰BGH NJW 2002, 292.

⁴⁷¹BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; BGH NJW 2000, 3287; NJW 1998, 1633.

⁴⁷²BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*); BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*): 20 % wegen des Arbeitsplatzrisikos eines Kommunikationstechnikers; jeweils mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; NJW 1999, 136; NJW 1998, 1634.

⁴⁷³*Freyermann* VGT 2013, 21, 24.

⁴⁷⁴LG Münster NJW-RR 2011, 1593: Ausbildungsberuf anstelle Gymnasiums.

Der BGH betont zwar in solchen Fällen, dass ihm bei einer derartigen **Schätzung** nach § 287 ZPO nur eine eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit offenstehe und er diese nur wahrnehme, wenn Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt worden, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht geblieben oder der Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt worden seien.⁴⁷⁵ Bei dieser – zumindest rhetorisch – auferlegten Selbstbeschränkung ist es dann erstaunlich, in wie vielen Fällen in jüngerer Zeit der BGH den Untergerichten die Leviten gelesen hat und es zu einer Zurückverweisung gekommen ist. Wenn ein Tatrichter einen Erwerbsschaden ablehnt, ohne sich auf ein Sachverständigengutachten zu stützen⁴⁷⁶ oder sich über ein solches ohne Ausweis eigener Sachkunde hinwegsetzt,⁴⁷⁷ ist die Gefahr **bzw.** Chance, dass ein solch abweisendes Urteil vor dem BGH keinen Bestand hat, besonders groß.⁴⁷⁸ Zudem ist stets zu beachten, dass eine Schätzung erst erlaubt ist, wenn eine exakte(re) Berechnung des Schadens nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.⁴⁷⁹

c) Zwei besonders problemträchtige Fallgruppen

aa) Selbstständig Erwerbstätiger, insbesondere kurz nach Beginn der unternehmerischen Tätigkeit

81

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden bei Selbstständigen	

Bei **selbstständig Erwerbstätigen** kommt es vor, dass diese nach der erlittenen Verletzung ins Bodenlose abstürzen und ihr Dasein von der Sozialhilfe bestreiten. Gerade weil der Erfolg ihres Unternehmens in besonders hohem Maße vom Arbeitskräfteeinsatz des Betreibers abhängig ist, führt die Verletzung des Unternehmensinhabers nicht selten zur **Insolvenz**.⁴⁸⁰ Wenn ein solcher Verletzter seine unternehmerische Tätigkeit gerade erst begonnen hat,⁴⁸¹ versagt der Tatrichter mitunter jeglichen Erwerbsschaden, weil noch nicht genügend Anhaltspunkte für eine Gewinnprognose vorliegen.⁴⁸² Der BGH korrigiert eine solch zurückhaltende Einschätzung unter

⁴⁷⁵BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*); NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*); jeweils mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; NJW 1995, 2227; NJW 1988, 1935; BGHZ 92, 85 = NJW 1984, 2282.

⁴⁷⁶BGH NJW-RR 1988, 534.

⁴⁷⁷BGH NJW 1988, 3016.

⁴⁷⁸BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

⁴⁷⁹ *Freyermann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (107).

⁴⁸⁰BGH NJW 1993, 2673.

⁴⁸¹So etwa in der Entscheidung OLG Hamburg VersR 1997, 248: Vier Monate Tätigkeit in der Gastronomie; ähnlich BGH NJW 1993, 2673: Erst wenige Monate altes Unternehmen.

⁴⁸²BGH NJW 1998, 1634.

Bezugnahme auf folgende Argumente: Er schreibt die Geschäftsentwicklung bis zum Unfall in die Zukunft fort;⁴⁸³ und wenn das zu keinem angemessenen Ersatz führt, dann nimmt er an, dass ein selbstständig Erwerbstätiger selbst bei Scheitern der unternehmerischen Tätigkeit ein Erwerbseinkommen als Arbeitnehmer erzielen hätte können.⁴⁸⁴ Ausnahmsweise wird die Anknüpfung an die Kosten einer Ersatzkraft auch ohne Einstellung einer solchen für berechtigt angesehen.⁴⁸⁵

82

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Selbst in einem Fall, in dem ein – bis dahin aktiver – Fußballspieler bloß die Absicht hatte, künftig im Nebenerwerb als Trainer tätig zu sein, hat er einen solchen Erwerbsschaden bejaht.⁴⁸⁶ Er hat damit ein deutlich geringeres Beweismaß zugrunde gelegt als in Fällen der Vereitelung von Eigenleistungen beim Hausbau, wo er betont hat, dass es bloß um den Ersatz konkreter Einbußen, aber nicht um eine Abgeltung von Nachteilen für bloß vorstellbare Entwicklungen gehe.⁴⁸⁷ So sehr ein Entgegenkommen gegenüber dem Verletzten angezeigt ist, sollte das Beweismaß in solchen Konstellationen ein einheitliches sein. Noch weiter als im Fall des verhinderten Fußballtrainers sollte der BGH aber mE nicht gehen, um nicht Begehrlichkeiten zulasten der Versichertengemeinschaft zu wecken.⁴⁸⁸

bb) Unregelmäßige Erwerbsbiografie, insbesondere bei jungen Verletzten

83

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	unregelmäßige Erwerbsbiografie	

Es kommt – gerade in Zeiten wie diesen – gar nicht so selten vor, dass eine Person gerade in einer Phase verletzt wird, in der sie arbeitslos war oder sich von Minijob zu Minijob über Wasser gehalten hat, was als „gefestigte Nichterwerbsbiografie“ bezeichnet wird.⁴⁸⁹ Der Tatrichter knüpft häufig allein an dieses Zeitfenster an und nimmt das zum Anlass, jeglichen Erwerbsschaden zu versagen. Der BGH tritt dem regelmäßig entgegen. Er verweist darauf, dass namentlich bei

⁴⁸³BGH NJW-RR 1992, 852.

⁴⁸⁴BGH NJW 1999, 136.

⁴⁸⁵H. Lang, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 unter Hinweis auf *Diehl* zfs 2006, 86.

⁴⁸⁶BGH NJW 1998, 1633.

⁴⁸⁷BGH NJW 1989, 2539.

⁴⁸⁸Kritisch gegenüber dem sehr weitgehenden Entgegenkommen des BGH gegenüber dem Geschädigten auch *van Bühren* MDR 1998, 534 f.

⁴⁸⁹*Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (13).

jungen Menschen,⁴⁹⁰ die sich noch in der Selbstfindungsphase befinden, nicht davon auszugehen sei, dass diese während ihres **ganzen Lebens ohne Arbeitseinkommen** geblieben wären.⁴⁹¹ Das gelte insbesondere dann, wenn die verletzte Person auch in der Vergangenheit immer wieder Arbeit gefunden habe.⁴⁹² Zu berücksichtigen ist, dass in den letzten Jahrzehnten faktische Veränderungen dergestalt stattgefunden haben, dass namentlich Berufseinsteiger häufig Praktika und/oder (befristete) Teilzeitverträge akzeptieren müssen, ehe sie eine unbefristete Arbeitsstelle erlangen; die bloße Fortschreibung der Erwerbsbiografie ist dann wenig angemessen. Auch wer sich bisher im Erwerbsleben bewährt und sich nachhaltig um eine Weiterbildung bemüht habe, bei dem sei trotz fortgeschrittenen Alters nicht anzunehmen, dass er sich ohne unfallbedingte Verletzung gänzlich aus dem Erwerbsleben zurückgezogen und von öffentlicher Unterstützung gelebt hätte.⁴⁹³ Selbst wenn Anhaltspunkte gegeben seien, dass die Erwerbsbiografie auch ohne Verletzung durch Phasen der Arbeitslosigkeit unterbrochen worden wäre, könne dies durch Abschlüsse berücksichtigt werden.⁴⁹⁴ Eine Versagung jeglichen Ersatzes wird aber abgelehnt. Entsprechendes gilt, wenn der Verletzte im Unfallzeitpunkt einen ganz geringfügig entlohnten Job ausgeübt hat.⁴⁹⁵

11. Zeitliche Befristung der Rente

a) Anfangstermin

84

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	zeitliche Befristung der Rente	ff.

Bei Zubilligung einer Rente muss für diese ein Anfangs- und Endtermin festgesetzt werden. Der Anfangstermin kann problematisch sein bei nicht im Erwerbsleben stehenden Verletzten. Bei

⁴⁹⁰BGH NZV 2002, 268: 28 Jahre; NJW 2000, 3287: 17 Jahre; NJW 1998, 1634: 32 Jahre; NJW 1997, 937: 20 Jahre; NJW 1995, 1023: 23 Jahre.

⁴⁹¹ So auch *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (13).

⁴⁹²BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; NJW 1999, 136; NJW 1991, 2422; NJW-RR 1990, 286.

⁴⁹³BGH NJW 1995, 2227: 47-Jähriger, der die Steuerberaterprüfung nach der Verletzung immer wieder hinausgeschoben hat.

⁴⁹⁴BGH NJW 1995, 2227. Auf die Bedeutung dieser Möglichkeit hinweisend *Luckey* VRR 2011, 144 unter zutreffendem Hinweis auf die veränderte Arbeitsmarktlage, die durch Arbeitsverhältnisse bei verschiedenen Arbeitgebern in Voll- und Teilzeit an verschiedenen Standorten sowie Arbeitslosigkeit geprägt ist. OLG Düsseldorf NJW 2011, 1152: Abschlag bloß 15 %, weil die Unterbrechungen in der Vergangenheit bloß kurzfristiger Natur waren.

⁴⁹⁵OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141: Auslieferungsfahrer bei einem Pizzaservice nach Abbruch einer Kfz-Lehre; Hinweis auf die „Nachreifung“ bei einem Jugendlichen.

jüngeren Kindern wird häufig nur ein Feststellungsbegehren in Betracht kommen, weil häufig noch nicht abschätzbar ist, in welchem Ausmaß ein Erwerbsschaden gegeben sein wird.⁴⁹⁶ Entsprechendes gilt bei Verletzung einer Hausfrau, wenn diese Ersatz dafür begehrt, dass infolge der Verletzung der Wiedereinstieg ins Berufsleben vereitelt worden ist.⁴⁹⁷ Eine Verweisung auf ein Feststellungsbegehren ist freilich nur dann angebracht, wenn man zum späteren Zeitpunkt tatsächlich über einen besseren Kenntnisstand verfügt; ist das erkennbar nicht der Fall, ist eine Leistungsklage zulässig und geboten.⁴⁹⁸ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass bei Ausschöpfung von Haftungshöchstbeträgen bei der Gefährdungshaftung nichts anderes übrig bleibt, als den künftigen Schaden zu schätzen, wie unwägbar das auch immer sein mag.

b) Endtermin

85

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Das Urteil darf nicht offenlassen, ob es sich um eine **zeitliche Befristung** handelt oder ob das nicht der Fall ist.⁴⁹⁹ Diesbezüglich sind Differenzierungen vorzunehmen, ob es sich bei einem Dauerschaden um einen Erwerbsschaden oder vermehrte Bedürfnisse handelt. Darüber hinaus ist zu unterscheiden, ob es sich um die Tätigkeit eines unselbstständig oder selbstständig Erwerbstätigen handelt, ob die Beeinträchtigung bei der beruflichen Erwerbsarbeit oder der Haushaltsführung erfolgt. Schließlich kann eine Rolle spielen, wie alt der Verletzte im Zeitpunkt der Beeinträchtigung war. Diese Faktoren wirken sich auf den Endtermin der Rente wie folgt aus:

86

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Endtermin der Rente	ff.

Bei einem **unselbstständig Erwerbstätigen** sowie einem **Beamten**⁵⁰⁰ geht die Rechtsprechung⁵⁰¹ im Regelfall von einer zeitlichen Befristung der Erwerbsschadensrente mit

⁴⁹⁶ OLG Köln VersR 1988, 1185; *Pardey Rn.* 2082.

⁴⁹⁷ MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 *Rn.* 23.

⁴⁹⁸ BGH NJW 1998, 1633.

⁴⁹⁹ BGH NJW 1995, 3313; NJW 1994, 131; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 *Rn.* 28.

⁵⁰⁰ Zur früheren Pensionierung von Soldaten *Luckey VRR* 2005, 364 (368).

⁵⁰¹ BGH NJW-RR 1995, 1272; dazu *Lemcke r + s* 1995, 384; BGH NJW 1989, 3150; NJW-RR 1988, 470; BGHZ 97, 52 = NJW-RR 1986, 650.

dem gesetzlichen **Renteneintrittsalter** von 65 Jahren aus,⁵⁰² und zwar in gleicher Weise für Männer und Frauen.⁵⁰³ Angenommen wird, dass die aktive Berufstätigkeit gem. § 35 SGB VI am Ende des Monats endet, im dem der Betreffende das 65. Lebensjahr vollendet. Das Gegenteil habe der Ersatzpflichtige zu beweisen. Begründet wird das mit der Gesetzessystematik, in der ein früherer Bezug einer Altersrente als Ausnahme angesehen wird. Dass heute ein solches Renteneintrittsalter – noch – die Ausnahme der Regel darstellt, wird nicht als beachtlich angesehen.⁵⁰⁴ **Zoll**⁵⁰⁵ weist indes zutreffend darauf hin, dass das Renteneintrittsalter für die Geburtsjahrgänge ab dem Jahr 1947 – derzeit bereits⁵⁰⁶ – schrittweise auf 67 Jahre angehoben wird. Das kann angesichts der demografischen Entwicklung allenfalls ein Zwischenschritt sein und wird weiter steigen, so dass eine Festlegung auf das dann maßgebliche Alter erfolgen sollte.⁵⁰⁷ Unter Hinweis darauf, dass derartige generelle Statistiken für den Einzelfall keine Bedeutung haben, lehnt der BGH⁵⁰⁸ das Abstellen auf das geringere faktische Rentenalter ab. In der Literatur⁵⁰⁹ ist das auf Kritik gestoßen. Am prägnantesten hat **Lemcke**⁵¹⁰ ausgedrückt, worum es geht:

87

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Ersatzpflichtigen haben sich damit abgefunden, was freilich darauf zurückzuführen ist, dass sie die Urteilsbegründungen des BGH zu wenig genau gelesen haben. Je präziser sie das durchschnittliche Renteneintrittsalter einer Berufsgruppe einer bestimmten Region als maßgebliche Referenzgröße vorweisen können, umso eher werden sie damit durchdringen.⁵¹¹ Es geht somit nicht darum, dass Arbeitnehmer im Durchschnitt mit 62 Jahren in Rente und Beamte jünger als mit 60 Jahren in Pension gehen;⁵¹² darzulegen ist vielmehr, welches das durchschnittliche Renteneintrittsalter von Lehrern in Nordrhein-Westfalen oder von

⁵⁰²Diese Rechtsprechung bloß referierend Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 **Rn.** 28; Schulze¹⁰/*Staudinger* § 843 **Rn.** 7; Soergel¹³/*Beater* § 843 **Rn.** 27; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 **Rn.** 24.

⁵⁰³BGH NJW 1995, 3313.

⁵⁰⁴Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 30 unter Verweis auf *Ross* NZV 1999, 276 (278).

⁵⁰⁵*Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (137).

⁵⁰⁶Angesichts der demografischen Entwicklung (immer mehr ältere Menschen bei rückläufiger Geburtenrate) dürfte das noch nicht das Ende der Fahnenstange sein. So auch *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (137 Fn. 49).

⁵⁰⁷*Eilers* VGT 2013, 9, 17.

⁵⁰⁸BGH NJW 1989, 3150.

⁵⁰⁹Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 842 **Rn.** 6.

⁵¹⁰*Lemcke* r + s 1995, 384.

⁵¹¹So auch *Schlund* BB 1993, 2025 (2028).

⁵¹²Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 935.

Fließbandarbeitern der Automobilindustrie in Hessen ist. Der Gegenbeweis wird dann als erbracht anzusehen sein, wenn 70 % oder mehr der Vergleichsgruppe früher in Rente gehen.⁵¹³ Wenn das 99 % sind wie bei den Grundschullehrern, muss das umso mehr gelten.⁵¹⁴ Auch laufbahnspezifische Besonderheiten bei Beamten, Soldaten, Untertagearbeitern, Piloten oder Tauchern sind insoweit maßgeblich.⁵¹⁵ Bedenkt man, dass es häufig um mehrere Jahresgehälter geht, verwundert es, dass sich die Ersatzpflichtigen insoweit nicht mehr Mühe geben, Fakten vorzutragen, die belegen, dass der Geschädigte auch ohne Verletzung früher als nach dem Gesetz vorgesehen die Altersrente bezogen hätte. Ganz abgesehen davon erscheint die BGH-Rechtsprechung gleichwohl kritikwürdig, weil es beim Erwerbsschaden stets auf die wahrscheinlichste Entwicklung ankommt und nicht darauf, was im Gesetz als Regel und was als Ausnahme formuliert ist.⁵¹⁶ Da der Geschädigte die Beweislast für den eingetretenen Schaden trägt, ist es mE seine Sache, nachzuweisen, dass er länger als die Referenzgruppe seiner Region gearbeitet hätte; der frühere Antritt der Altersrente als Gesunder ist nicht bloß als Einwendung des Ersatzpflichtigen zu berücksichtigen.

88

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden bei Selbstständigen	

Bei **selbstständig Erwerbstätigen** haben – ausschließlich – ältere Entscheidungen⁵¹⁷ eine lebenslange Erwerbstätigkeit angenommen. Generell wird bei diesen angenommen, dass sie **später aus dem Berufsleben ausscheiden**.⁵¹⁸ Namentlich *Jahnke*⁵¹⁹ hat zu Recht darauf hingewiesen, dass nicht nur die Arbeitskraft nachlässt, sondern auch die Freizeit heute einen höheren Stellenwert hat und auch gesetzliche Vorgaben, etwa bei Ärzten das Ende der Kassenzulassung mit 68 Jahren (§ 95 Abs. 7 SGB V) oder Notaren mit 70 Jahren (§§ 47 Nr. 1 Alt. 1, 48a BNotO), dazu führen, dass die berufliche Erwerbsarbeit zeitlich begrenzt ist. Zu bedenken ist schließlich, dass – derzeit noch – das Nachdrängen der jüngeren Generation und der rasche technologische Wandel mit der damit verbundenen geringeren Anpassungsfähigkeit älterer Menschen dazu führen, dass der uneingeschränkten Betätigung der Arbeitskraft im

⁵¹³Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn.](#) 938.

⁵¹⁴*Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (137).

⁵¹⁵*Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (137); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn.](#) 940a; *Pardey Rn.* 1288.

⁵¹⁶Für ein Abstellen auf die jeweilige Vergleichsgruppe mit der Folge der Modifizierung der Beweislast *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (137).

⁵¹⁷RG WarnR 1908, 57; JW 1910, 812; JW 1932, 787; dazu MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 [Rn.](#) 26; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 [Rn.](#) 30; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 [Rn.](#) 28.

⁵¹⁸MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 [Rn.](#) 26.

⁵¹⁹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn.](#) 1094 f.

Erwerbsleben Grenzen gesetzt sein können.⁵²⁰ Zu prüfen ist jedenfalls, ob nicht ein Abschlag auch wegen des Nachlassens der Kräfte angezeigt ist.

89

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Haushaltsführerschaden	

Eine wiederum andere Beurteilung ist geboten, soweit es um die **Haushaltshaltstätigkeit** geht, wobei die Differenzierung zwischen Erwerbsschaden und vermehrten Bedürfnissen keine Rolle spielt. Es ist davon auszugehen, dass eine Person, solange sie den Haushalt für sich führt, dazu auch für andere Familienmitglieder in der Lage ist. Die steigende Lebenserwartung gepaart mit der bis ins hohe Alter andauernden Vitalität der Menschen hat mE zur Folge, diesbezüglich **keine strikte zeitliche Begrenzung** vorzunehmen; in Betracht kommt allenfalls ein Abschlag, wobei zu bedenken ist, dass ältere Menschen bei der Haushaltsführung für manche Verrichtungen länger brauchen, was sich auf die Bemessung der Rente aber nicht auswirkt, weil einerseits ein entsprechendes Zeitbudget vorhanden ist, und andererseits das Ausmaß des Ersatzes nach den Anforderungen an eine Ersatzkraft bemessen wird. Allenfalls gröbere körperliche Arbeiten, so sie im betreffenden Haushalt vorkommen, sind auszuklammern.⁵²¹ Die generelle Begrenzung mit Vollendung des 75. Lebensjahres⁵²² ist deshalb wenig überzeugend.

90

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ganz generell gilt, dass die Rente bis zu einem umso **höheren Lebensalter** zugesprochen werden kann, **je älter eine Person** im Zeitpunkt der Verletzung schon ist, weil dann umso konkretere Anhaltspunkte vorliegen, wie rüstig und agil sie ohne Verletzung war.⁵²³ Die uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit hat der Geschädigte nachzuweisen. Umgekehrt lässt sich auch besser abschätzen, mit welchem Nachlassen der Kräfte und den sich daraus ergebenden verletzungsunabhängigen Defiziten bei der beruflichen Erwerbsarbeit und der Haushaltsführung zu rechnen gewesen wäre. Dieser Gesichtspunkt spielt auch eine Rolle, soweit es um den rentenmäßigen Zuspruch von Pflegedienstleistungen geht. Dieser gebührt grundsätzlich bei

⁵²⁰So auch BGH VersR 1976, 663: Begrenzung der Erwerbsschadensrente beim Inhaber einer Kfz-Werkstätte mit Vollendung des 70. Lebensjahres.

⁵²¹BGH NJW 1974, 1651; *Pardey Rn. 1296*.

⁵²²So OLG Hamm NJW-RR 1995, 599; *Ernst VA* 2008, 132 (136); *Pardey Rn. 1297*; vorsichtiger MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 *Rn. 24*: über das 67. Lebensjahr hinaus; weitergehend *L. Jaeger VersR* 2006, 597 (600): Verlängerung bis zum vollendeten 80. Lebensjahr.

⁵²³OLG Köln VersR 1988, 61: 76-jährige war noch sehr rüstig und ohne die Unfallverletzung in der Lage, den eigenen Haushalt ohne fremde Hilfe zu bewältigen.

einem Dauerschaden für das gesamte restliche Leben,⁵²⁴ es sei denn, der Geschädigte wäre unabhängig von der ihm vom Schädiger zugefügten Verletzung pflegebedürftig geworden. Die Beweislast dafür hat im Rahmen der überholenden Kausalität der Ersatzpflichtige,⁵²⁵ wobei aber der Geschädigte wegen des Grundsatzes der Beweishöhe im Rahmen der ihn treffenden sekundären Darlegungslast zur Offenlegung von Umständen aus seiner Sphäre verpflichtet ist.⁵²⁶ Besteht eine Vorschädigung, trifft allerdings den Geschädigten die Beweislast, wie lange er in der Lage gewesen wäre, auch ohne die vom Schädiger zugefügte Verletzung Erwerbsarbeit zu verrichten.⁵²⁷

12. Prozessuale Geltendmachung

91

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Rechtsmittel	

Da der Erwerbsschaden – wie das Schmerzensgeld – der Höhe nach mitunter schwer abschätzbar ist, kann der Kläger einen **unbezifferten Klageantrag** stellen,⁵²⁸ um Darlegungsprobleme sowie das Kostenrisiko zu begrenzen; freilich hat das Auswirkungen auf die Beschwer; im Klartext bedeutet dies, dass der Kläger dann kein Rechtsmittel ergreifen kann, wenn ihm das Gericht einen Betrag zuerkennt, der über dem liegt, was er als Vorstellung benannt hat. Da auch das deutsche Recht eine Bindung einer Rente an einen Index zulässt,⁵²⁹ sollte davon jeweils Gebrauch gemacht werden. Die Indexbindung hat gegenüber der Anpassung nach § 323 ZPO den Vorteil, dass laufend der „real geschuldete“ Betrag zu leisten ist, während bei einer Anpassung der nach dem Ausgleichsprinzip geschuldete Betrag lediglich für die Zukunft erfolgt, während die bis dahin sich akkumulierenden Defizite unentschädigt bleiben. Bei akuten Notlagen, etwa bei jungen Geschädigten, kann der Verletzte den Erwerbsschaden in Form einer Leistungsverfügung geltend machen.⁵³⁰

II. Die Fallgruppen des Erwerbsschadens

92

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Fallgruppen des Erwerbsschadens	ff.

⁵²⁴ OLG Köln VersR 1988, 61; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 **Rn.** 28.

⁵²⁵ *Debudey* VGT 2013, 1, 5.

⁵²⁶ So *Zoll* NJW 2014, 967 (971 f) für die vermehrten Bedürfnisse.

⁵²⁷ BGH NJW 2016, 3785; dazu *Quaisser* NJW-Spezial 2017, 9.

⁵²⁸ *Eilers* VGT 2013, 9, 17.

⁵²⁹ *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht¹¹, **Rn.** 56 f.

⁵³⁰ *Eilers* VGT 2013, 9, 19; OLG Frankfurt NJW 2007, 851 = zfs 2007, 503 (*Diehl*).

Eine **wirtschaftlich sinnvolle Betätigung der Arbeitskraft**, deren Vereitelung zu einem ersatzfähigen Erwerbsschaden führt, ist auf verschiedenen Tätigkeitsfeldern möglich. Eine Mehrzahl der Personen im aktiven Erwerbsleben ist als Arbeitnehmer oder Beamter tätig, eine Minderheit geht einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach. Im Rahmen der selbstständigen Erwerbstätigkeit stellen sich besondere Probleme, wenn der Arbeitskräfteeinsatz im Rahmen des Verbundes einer Gesellschaft ausgeübt wird. Darüber hinaus kommt die Haushaltsführung als Betätigungsfeld für einen wirtschaftlich sinnvollen Einsatz der Arbeitskraft in Betracht. Nach diesem jeweiligen Tätigkeitsspektrum erfolgt die Darstellung:

1. Abhängig Beschäftigter

93

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	abhängig Beschäftigter	ff.

Der Erwerbsschaden des abhängig Beschäftigten zeichnet sich dadurch aus, dass es nur ausnahmsweise der Verletzte selbst ist, der einen Anspruch erhebt. Der Grund liegt darin, dass in den allermeisten Fällen Dritte dafür sorgen, dass der Verletzte keine Einbuße erleidet. Primär kommt es zu einer **Entgeltfortzahlung** durch den Arbeitgeber. Anschließend erhält der Verletzte **Leistungen von Sozialversicherungsträgern**. Das Spektrum reicht vom Krankengeld über diverse Renten, die wegen der Erwerbsunfähigkeit gezahlt werden, bis zu Arbeitslosengeld I und II sowie der Grundsicherung im Rahmen der Sozialhilfe. Während die Entgeltfortzahlung mit dem ohne Verletzung erzielten Einkommen **bzw.** dem zivilrechtlichen Erwerbsschaden betraglich meist identisch ist, decken die Sozialleistungen häufig nur einen größeren oder geringeren Anteil davon ab, so dass dem Verletzten ein restlicher Erwerbsschaden verbleibt. Die in Vorlage Tretenenden werden treffend als „Vorschussschuldner“ bezeichnet.⁵³¹

94

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der **Kreis der abhängig Beschäftigten** ist gem. § 1 Abs. 2 EFZG überaus weit. Er umfasst Arbeiter, Angestellte und auch Auszubildende.⁵³² Entsprechende Regeln gelten für Beamte, Richter und Soldaten. Darüber hinaus sind diese Regeln entsprechend anzuwenden auf Anstellungsverträge von Geschäftsführern einer GmbH und Vorstandsmitgliedern einer AG sowie

⁵³¹ *Diehl* zfs 2007, 543.

⁵³² Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 860; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 123; *Marburger* BB 1994, 1417.

auf Personengesellschafter, die ihre Arbeitskraft in der Gesellschaft einsetzen und dafür eine Tätigkeitsvergütung erhalten.

a) **Regressanspruch des Arbeitgebers**⁵³³

95

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Regressanspruch des Arbeitgebers	ff.

Während eines bestimmten Zeitraums nach Eintritt der Verletzung und der infolgedessen bestehenden Vereitelung des Arbeitskräfteeinsatzes besteht nach einer vierwöchigen Wartefrist eine Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Entgelts. Dieser Zeitraum beträgt mindestens sechs Wochen, kann aber je nach Tarifvertrag oder individueller Vereinbarung auch wesentlich länger sein.⁵³⁴ Damit es durch die Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers zu keiner Entlastung des Ersatzpflichtigen kommt, ist in § 6 EFZG eine **Legalzessionsnorm** angeordnet. Danach geht – wie bei § 86 VVG – der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers in dem Zeitpunkt auf den Arbeitgeber über, zu dem dieser eine sachlich und zeitlich kongruente Leistung erbringt, in concreto das Entgelt fortzahlt. Kleineren Unternehmen werden nach § 1 AAG 80 % der Entgeltfortzahlung von der Krankenkasse erstattet, freilich nur bei Abtretung des Anspruchs; bei einem Abfindungsvergleich des Arbeitgebers, der auch diesen Regressanspruch umfasst, steht der Krankenkasse ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Deshalb sollte insoweit ein Vorbehalt vereinbart werden.⁵³⁵

aa) **Der Schaden des Arbeitnehmers, der auf den Arbeitgeber verlagert wird (§ 6 EFZG)**

96

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Arbeitgeber hat nur insoweit einen Rückgriffsanspruch gegen den Ersatzpflichtigen, als es sich um einen **Erwerbsschaden des Verletzten** handelt, der gegeben wäre, wenn es die aus sozialen Gesichtspunkten angeordnete Entgeltfortzahlungspflicht, durch die es zu einer Durchbrechung des Synallagmas zwischen Leistung und Gegenleistung kommt, nicht geben würde. Den Arbeitgeber treffen daher die gleichen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast wie den Verletzten selbst.⁵³⁶ Anzurechnen sind somit ersparte Kosten des Arbeitnehmers, etwa Fahrten zum Arbeitsplatz.⁵³⁷ Ersatzfähig ist somit lediglich der verlagerte

⁵³³ Dazu umfassend *Diehl* zfs 2007, 543 **ff.**; *Jahnke* NZV 1996, 169 **ff.**; *Ch. Huber* in FS Dittrich, S. 411 ff.

⁵³⁴ Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 122.

⁵³⁵ *Luckey* DAR 2015, 563 (566).

⁵³⁶ Zutreffend *Burmann/Jahnke* NZV 2013, 313 **ff.**; aA BGH NJW 2002, 128.

⁵³⁷ *Luckey* DAR 2015, 563 (565).

Schaden, der in der trotz unterbliebener Arbeitsleistung erfolgten Entgeltfortzahlung liegt, nicht aber ein weiter gehender Schaden des Arbeitgebers.⁵³⁸ Der das Entgelt fortzahlende Arbeitgeber kann somit nicht den über die Entgeltfortzahlung hinausgehenden zusätzlichen Schaden verlangen, der darin besteht, dass er infolge des verletzungsbedingten Arbeitskräfteeinsatzes des Arbeitnehmers ein Werkstück nicht rechtzeitig fertigstellen kann und dadurch eine Gewinneinbuße erleidet. Zu erwägen ist freilich, ob der Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers nicht in der Weise zu begrenzen ist, dass dieser nur insoweit gegeben ist, als der Arbeitgeber durch den Arbeitsausfall des Arbeitnehmers einen konkreten Schaden erleidet. Die Beweisanforderungen dafür dürfen freilich nicht überspannt werden. Ein solcher Schaden ist aber etwa dann nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch ohne Verletzung nicht sinnvoll einsetzen hätte können,⁵³⁹ etwa wegen der Corona-Pandemie. Zu beachten ist, dass von der Entgeltfortzahlung bloß das Arbeitsentgelt für die regelmäßige Arbeitszeit zusteht, nicht aber für Überstunden. Insoweit verbleibt dem Arbeitnehmer ein zusätzlicher Erwerbsschaden, den dieser zusätzlich und direkt gegen den Schädiger durchsetzen muss.⁵⁴⁰ Ersatzfähig sind darüber hinaus Gehaltserhöhungen aufgrund eines beruflichen Aufstiegs, wofür ebenfalls die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO sowie des § 252 S. 2 gelten.⁵⁴¹

bb) Rückgriff des Arbeitgebers außerhalb des § 6 EFZG

97

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Soweit der Arbeitgeber außerhalb des § 6 EFZG Leistungen an den Arbeitnehmer erbringt, steht ihm gleichwohl ein Ersatzanspruch zu, soweit dieser im Verhältnis zu dem des Arbeitnehmers **sachlich und zeitlich kongruent** ist. Umstritten ist, ob es dazu einer besonderen Abtretung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber bedarf, wobei auf § 255 zu verweisen ist,⁵⁴² oder ob sich ein Anspruchsübergang ohne solche Abtretung aus Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag⁵⁴³ ableiten lässt. Soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zur Fortzahlung verpflichtet ist, sprechen mE gute Gründe für eine analoge Anwendung der Legalzessionsnormen, nämlich des § 6 EFZG, hilfsweise des § 774.⁵⁴⁴ Aus Vorsichtsgründen sollte der Arbeitgeber sich den Anspruch gegen den Schädiger vom Arbeitnehmer abtreten lassen.

⁵³⁸BGH NJW 2009, 355 = SVR 2009 Heft 8, 302 (*Rindsfus*) = jurisPR-VerkR 1/2009 Anm. 2 (*H. Lang*): Abweisung des Begehrens der Kosten für einen Ersatzfahrer; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1106 f.; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 14.

⁵³⁹So *Ch. Huber* in FS Dittrich, S. 411, 426 ff.

⁵⁴⁰*Diehl* zfs 2007, 543 (544).

⁵⁴¹AA *Luckey* VRR 2005, 404: Gehaltserhöhungen nur berücksichtigungsfähig bei sicherer Aussicht.

⁵⁴²Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 947; OLG Nürnberg SP 1994, 312.

⁵⁴³MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 28, 40; BGHZ 133, 1 = NJW 1996, 2296.

⁵⁴⁴BGH NZV 2017, 318 (*Ch. Huber* NZV 2017, 320 (321)).

AA OLG Köln BeckRS 2008, 01327: Abschließende Regelung durch § 6 EFZG, insbesondere Ausschluss der Beiträge zur Berufsgenossenschaft.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Keht der Arbeitnehmer nach dem Krankenstand auf die Stelle zurück und erhält er sein ungekürztes Entgelt, stellt sich die Frage, ob damit in jedem Fall ein Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers ausgeschlossen ist. Anders könnte das in jenen Fällen sein, in denen der Arbeitnehmer seine **Leistungsfähigkeit**, wie sie ohne die Verletzung bestanden hat, **nicht wiedererlangt**, der Arbeitgeber aus sozialer Fürsorge aber den Arbeitnehmer zu den gleichen Konditionen weiterbeschäftigt. Die fehlende Flexibilität des Arbeitsentgelts lässt häufig bloß die Alternative zwischen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses – zumeist im Wege einer personenbedingten Kündigung – oder der unveränderten Fortsetzung zu.⁵⁴⁵ Die Bundespost trifft in solchen Fällen mit den Arbeitnehmern die Vereinbarung, dass ein Teil des Entgelts eine Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung darstellt, der restliche Teil aber als Vorschuss bezahlt wird, der rückforderbar ist, wenn der Regress gegen den Schädiger verneint wird.⁵⁴⁶ Während das LG Freiburg⁵⁴⁷ einer solchen Übereinkunft auch für das Schadensrecht Bedeutung zumaß, hält *Pardey*⁵⁴⁸ eine derartige Vereinbarung nur dann für maßgeblich, wenn sie auch bei einer Verletzung zum Tragen kommt, für die kein Ersatzpflichtiger einstandspflichtig ist. In einer ähnlich gelagerten Entscheidung sah es das OLG Hamm⁵⁴⁹ als bedeutsam an, dass der Arbeitgeber die Fortzahlung des Entgelts insoweit als Maßnahme der sozialen Fürsorge und nicht als Gegenleistung für die Arbeitskraft erbrachte, als dies dem Prozentsatz der allgemeinen Erwerbsminderung entsprach. *Küppersbusch/Höher*⁵⁵⁰ kritisieren – zu Recht – daran, dass es auf diese Weise zu einer Abkehr von der konkreten Schadensberechnung komme. ME kann es auf die konkrete Vereinbarung letztlich nicht entscheidend ankommen. Diese stellt lediglich ein Indiz dar, mag sie bloß für den Fall der Fremdschädigung oder auch der von keinem Ersatzpflichtigen zu verantwortenden Verletzung getroffen worden sein. Maßgeblich muss mE letztlich sein, inwieweit es trotz voller Entgeltfortzahlung zu einer partiellen Durchbrechung des Synallagmas von Leistung und Gegenleistung gekommen ist. Abzustellen ist darauf, wie viel der Arbeitgeber bei freiem Spiel der Marktkräfte einem solchen Arbeitnehmer bezahlen würde. Die fehlende Anpassungsfähigkeit des Arbeitsentgelts an die verminderte Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers kann kein Grund sein, die Überwälzung eines Teils des Schadens zu versagen.⁵⁵¹

⁵⁴⁵ *Ch. Huber* in FS M. Binder (2010), 583 (588).

⁵⁴⁶ *Küppersbusch/Höher* Rn. 107, [Fn.](#) 386.

⁵⁴⁷ LG Freiburg zfs 1987, 141.

⁵⁴⁸ *Pardey* Rn. 711.

⁵⁴⁹ OLG Hamm zfs 1992, 7.

⁵⁵⁰ *Küppersbusch/Höher* Rn. 107, [Fn.](#) 387.

⁵⁵¹ *Ch. Huber* in FS M. Binder (2010), 583 (591 ff.).

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ersatzfähig sind **sämtliche Entgeltbestandteile**, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer als Gegenleistung für die von ihm verrichtete Arbeit erbringt, also auch leistungsbezogene Zulagen wie eine Ergebnisbeteiligung und ein Sonderbonus⁵⁵² sowie vermögenswirksame Leistungen.⁵⁵³ Auch in diesem Zusammenhang ist somit bedeutsam, ob eine Zulage oder Aufwandsentschädigung eine durch die Arbeitsverrichtung entstehende Mehrbelastung abgilt oder ein Einkommensbestandteil ist (→ **Rn. 2**).⁵⁵⁴ Soweit es sich um ein Arbeitsentgelt handelt, kann die Form sehr unterschiedlich sein. Zum Entgelt zählen zunächst der **Nettolohn** und die vom Arbeitgeber für den Arbeitnehmer eingezogenen **Sozialversicherungsbeiträge** sowie die **Lohnsteuer**. Als Entgelt und damit regressfähig sind aber auch die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung⁵⁵⁵ anzusehen mit Ausnahme der Beiträge zur Unfallversicherung, weil der Arbeitgeber diese nicht als Gegenleistung, sondern im eigenen Interesse als Abgeltung für seine Haftungsfreistellung bei Arbeitsunfällen entrichtet.⁵⁵⁶ Als Arbeitsentgelt hat der BGH⁵⁵⁷ aber zu Recht auch die Beiträge für **die künftige Altersrente** angesehen, wobei es gleichgültig ist, ob der Arbeitgeber Zahlungen an einen Dritten, etwa ein Versicherungsunternehmen, erbringt, oder im Wege der betrieblichen Eigenvorsorge Rückstellungen bildet. Entsprechendes gilt für Beiträge zu einer **Urlaubskasse**⁵⁵⁸ oder **Sozialkasse des Baugewerbes**.⁵⁵⁹ Auch Sachbezüge, wie etwa die Bereitstellung eines **Fahrzeugs**⁵⁶⁰ oder einer **Dienstwohnung**, stellen ein Entgelt dar. Nicht als Entgelt werden aber die Beiträge des Arbeitgebers zur gesetzlichen Unfallversicherung⁵⁶¹

⁵⁵² BGH NZV 2017, 318 (*Ch. Huber*) = LMK 2017, 388008 (*Walker*) = GWR 2017, 105 (*Eufinger*) = JurisPR-VerKR 10/2017 Anm. 1 (*Prelinger*) = jurisPR-ArbR 8/2017/ Anm. 3 (*Fischer*).

⁵⁵³ OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2016, 171 = BeckRS 2016, 2329; *Diehl* zfs 2007, 543 (544).

⁵⁵⁴ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 914; BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403; OLG Düsseldorf VersR 1996, 334; OLG Hamm zfs 1996, 211.

⁵⁵⁵ MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 **Rn.** 37; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 127; *Marburge* BB 1994, 1417 (1421); aA *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (143).

⁵⁵⁶ *Küppersbusch/Höher* **Rn.** 114; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 128; BGH NJW 1976, 326.

⁵⁵⁷ BGHZ 139, 167 = NJW 1998, 3276 = LM § 249 (A) BGB Nr. 115 (*Löwisch*) = JR 1999, 190 (*Preis/Rolfs*); Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 **Rn.** 10; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 **Rn.** 40.

⁵⁵⁸ *Küppersbusch/Höher* **Rn.** 115.

⁵⁵⁹ BGH NJW-RR 1986, 512.

⁵⁶⁰ OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2016, 171 = BeckRS 2016, 2329: 60 %-Anteil für die private Nutzung, letztlich aber abgestellt auf Aufwendungen für angeschafftes – altes – Kfz, ein fragwürdiges Judiz.

⁵⁶¹ *Diehl* zfs 2007, 543 (544).

sowie der vom Arbeitgeber einem Schwerbehinderten zu gewährende Zusatzurlaub gem. § 125 SGB IX angesehen.⁵⁶²

100

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Im Rahmen des Entgeltanspruchs ist das vom Arbeitgeber erbrachte Entgelt auf die **Tage des verletzungsbedingten Arbeitsausfalls umzurechnen**.⁵⁶³ So ist namentlich das Weihnachts- und Urlaubsgeld zu aliquotieren.⁵⁶⁴ Bei einmalig erbrachten Leistungen schadet es nicht, dass diese auch aus anderen Motiven, etwa zur Erhaltung der Betriebstreue, erbracht werden.⁵⁶⁵ Herauszurechnen sind die Urlaubs- und Freistellungstage, wobei insoweit auch der zusätzliche Urlaub des Schwerbehinderten ebenso einzubeziehen ist wie verletzungsunabhängige Tage der krankheitsbedingten Verhinderung. Je geringer die Anzahl der Arbeitstage ist, ein umso höheres regressfähiges Entgelt ergibt sich pro Arbeitstag.⁵⁶⁶ Zu bedenken ist dabei, dass gewisse Zulagen nicht während des gesamten Jahres, namentlich nicht während der Urlaubszeit, bezahlt werden.⁵⁶⁷ Der Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers mindert sich insoweit, als sich der Arbeitnehmer auf seinen Schadensersatzanspruch Ersparnisse als Vorteile anrechnen lassen muss, etwa Fahrtkosten oder die Verpflegung im Krankenhaus,⁵⁶⁸ freilich nur insoweit, als sie quantitativ und qualitativ der Ernährung ohne Verletzung entspricht.⁵⁶⁹ Soweit die gesetzliche Krankenkasse keinen Selbstbehalt vorsieht, soll deren Regressanspruch – anders als der einer privaten Krankenkasse⁵⁷⁰ – dem Regressanspruch des Arbeitgebers vorgehen, weil er einerseits auch der Existenzsicherung dient, andererseits der Anspruchsübergang schon im Zeitpunkt der Verletzung erfolgt.⁵⁷¹ Ersetzt die gesetzliche Unfallversicherung Heilungskosten ohne Anrechnung von Ersparnissen, ist bezüglich der Verpflegungsersparnis eine sachliche Kongruenz gegenüber dem Erwerbsschaden gegeben, weil die Verpflegung typischerweise aus dem Erwerbseinkommen bestritten wird.⁵⁷² Eine solche Berechnung muss ein Anwalt **bzw.** Fachanwalt

⁵⁶²BGH NJW 1980, 285 zu § 44 SchwBG; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 **Rn.** 7.

⁵⁶³*Luckey* VRR 2008, 404 (407); aA *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (143) ohne Auseinandersetzung mit der Vorjudikatur des BGH und bloß unter Bezugnahme auf OLG Köln SP 2007, 427.

⁵⁶⁴BGH NJW 1996, 2296; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 842 **Rn.** 5.

⁵⁶⁵BGHZ 133, 1 = NJW 1996, 2296 = LM § 249 (Hd) BGB Nr. 47 (*Grunsky*); dazu *Notthoff* zfs 1998, 161 (163); Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 **Rn.** 5.

⁵⁶⁶ Nur die Urlaubstage berücksichtigend BGH NZV 2017, 318 (*Ch. Huber*) = LMK 2017, 388008 (*Walker*) = GWR 2017, 105 (*Eufinger*) = JurisaPR-VerKR 10/2017 Anm. 1 (*Prelinger*) = jurisPR-ArbR 8/2017/ Anm. 3 (*Fischer*).

⁵⁶⁷OLG Hamm zfs 1996, 211.

⁵⁶⁸*Diehl* zfs 2007, 543 (548); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 1105.

⁵⁶⁹*Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (37 f.).

⁵⁷⁰BGH VersR 1971, 127.

⁵⁷¹BGH NJW 1984, 2628; kritisch dazu *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (37).

für Verkehrsrecht bewältigen; bei Heranziehung eines Sachverständigen sollen dessen Kosten nicht ersatzfähig sein.⁵⁷³ In der Praxis dürften freilich nur die allerwenigsten (Fach-)Anwälte zu einer solchen Berechnung in der Lage sein! Die so ermittelten Tagessätze sind auch maßgeblich nach Einstellung der Entgeltfortzahlung, was nicht immer beachtet wird.⁵⁷⁴

ee)Zeitpunkt des Übergangs

101

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Anders als beim Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 116 SGB X, aber ebenso wie im Privatversicherungsrecht nach § 86 VVG kommt es zu einem **Anspruchsübergang** im Zeitpunkt der Leistungserbringung durch den Arbeitgeber. Macht der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung geltend, verbleibt der Anspruch bei ihm; er ist zur Geltendmachung aktivlegitimiert.⁵⁷⁵ Bedeutung hat der Zeitpunkt des Anspruchsübergangs auch für Abfindungsvergleiche, die der Arbeitnehmer mit dem Ersatzpflichtigen vor diesem Zeitpunkt geschlossen hat. Insoweit vereitelt der Arbeitnehmer den Rückgriffsanspruch des Arbeitgebers gegen den Ersatzpflichtigen.⁵⁷⁶ In einem solchen Fall kommt es bei Vertretenmüssen des Arbeitnehmers freilich gem. § 7 Abs. 1 Nr. 2 EFZG – wie im Fall des Vorsatzes nach § 86 Abs. 2 S. 2 VVG⁵⁷⁷ – dazu, dass der Arbeitgeber insoweit von der Entgeltfortzahlungspflicht frei wird, als er sich ohne Verzicht des Arbeitnehmers beim Ersatzpflichtigen hätte regressieren können.⁵⁷⁸ Erwägenswert ist mE die abgestufte Rechtsfolge des § 86 Abs. 2 S. 2 bzw. 3 VVG – Ausschluss bei Vorsatz, Kürzung bei grober Fahrlässigkeit⁵⁷⁹ – auch bei § 7 Abs. 1 Nr. 2 EFZG heranzuziehen, leuchtet es doch kaum ein, einen Arbeitnehmer strenger zu behandeln als einen Versicherungsnehmer.⁵⁸⁰ Bei § 116 SGB X stellt sich dieses Problem typischerweise nicht, weil es bereits im Verletzungszeitpunkt zu einem Anspruchsübergang kommt, so dass Verfügungen des Verletzten zulasten des Sozialversicherungsträgers ausgeschlossen sind. Dieser Umstand führt darüber hinaus dazu, dass der Regress des Arbeitgebers gem. § 6 EFZG grundsätzlich nur

⁵⁷² *Kampen* SVR 2014, 401 (403).

⁵⁷³ OLG Hamm VRR 2011, 185 (*Zorn*).

⁵⁷⁴ So etwa von OLG Düsseldorf DAR 2015, 333 = BeckRS 2015, 11058: Division des schlichten Nettoeinkommens durch 30.

⁵⁷⁵ OLG München r + s 2019, 293 = Fachtagung Personenschaden 2019, 217 (*Ch. Huber*).

⁵⁷⁶ *Küppersbusch/Höher* Rn. 110.

⁵⁷⁷ Bei grober Fahrlässigkeit hat nach § 86 Abs. 2 S. 3 VVG eine Mäßigung stattzufinden; bei leichter Fahrlässigkeit ergibt sich keine Sanktion.

⁵⁷⁸ *Staudinger/Vieweg* (2015) § 843 Rn. 126.

⁵⁷⁹ Zur Schwelle der groben Fahrlässigkeit bei Zurechnung des Anwaltsverschuldens des Geschädigten *Luckey* VRR 2008, 404 (406).

⁵⁸⁰ Zur Versagung der Entgeltfortzahlung wegen eines Verzichts des Arbeitnehmers auf künftige Ansprüche trotz Vorhersehbarkeit einer Folgeoperation LAG Schleswig NZA-RR 2006, 568; *Luckey* VRR 2008, 404 (407).

insoweit zum Tragen kommt, als nicht für diesen Zeitraum eine **sachlich kongruente Sozialversicherungsleistung** an den Verletzten erbracht worden ist; auch ein vom Verletzten oder Arbeitgeber gegen den Schädiger erwirktes Feststellungsurteil vermag diese Rechtsfolge nicht zu vermeiden.⁵⁸¹ Bedeutsam ist das insbesondere, wenn der Verletzte eine solche Rente vom Sozialversicherungsträger erhält und beim Arbeitgeber weiterbeschäftigt wird, in der Folge aber immer wieder infolge der vom Schädiger zu verantwortenden Verletzung erkrankt.⁵⁸² Ein Abfindungsvergleich zwischen dem Verletzten und dem Ersatzpflichtigen führt aber zur Vereitelung des Regressanspruchs des Arbeitgebers mit der Rechtsfolge des § 7 Abs. 1 Nr. 2 EFZG, so dass es angebracht sein kann, solche Ansprüche aus dem Vergleich auszuklammern. Zu beachten ist dabei, dass vom Verletzten unternommene Maßnahmen zur Verjährungsabwendung grundsätzlich nicht dem Rechtsnachfolger zugutekommen.⁵⁸³ Anderes gilt, wenn die Leistungszuständigkeit auf einen anderen Sozialversicherungsträger übergeht, wobei aber der Hemmungsgrund wegen Führens von Vergleichsverhandlungen gem. § 203 sowie ein Verjährungsverzicht grundsätzlich dem Rechtsnachfolger nicht zugutekommen.⁵⁸⁴ Zu beachten ist schließlich die Kategorie der Kausalität: die Rentenversicherung berücksichtigt die Gesamtsituation unter Einschluss von Vorschädigungen, während es im Schadensrecht nur auf die vom Schädiger zu verantwortenden Unfallfolgen ankommt; letzteres ist auch bei Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung maßgeblich, wobei auch deren Entscheidung für den Schadensersatzanspruch nicht präjudiziell ist.⁵⁸⁵

ff) Versagung oder Beschränkung des Regressanspruchs

102

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Altersteilzeit: Wird der Arbeitnehmer in der Phase der Altersteilzeit verletzt, erleidet er selbst einen bloß immateriellen Schaden, so dass ein Regressanspruch des Arbeitgebers zu verneinen ist.⁵⁸⁶ Ungeachtet der Fortzahlung seiner Bezüge hat er sich diese durch Vorausleistungen verdient. Maßgeblich ist, dass er über seine Zeit in dieser Phase völlig autonom verfügen kann und der Arbeitgeber keinen Vorteil daraus zieht. Das hat umgekehrt zur Folge, dass der Regressanspruch in der Ansparphase entsprechend höher ausfallen muss. Diese Grundsätze gelten nicht für Zeiten des Urlaubs, auch nicht bei Lehrern.

⁵⁸¹BGH NJW-RR 2009, 455 = SVR 2009, 143 (*J. Lang*) = jurisPR-VerkR 2009/4 Anm. 2 (*H. Lang*); NJW-RR 2005, 1517.

⁵⁸²Kritisch dazu *Ch. Huber in FS M. Binder* (2010), S. 583, 594: Normative Korrektur zugunsten eines Vorrangs des Regresses des Arbeitgebers, weil die Entgeltfortzahlung gegenüber der Erwerbsminderungsrente die konkretere Auffangmaßnahme darstellt.

⁵⁸³BGH NJW-RR 2009, 455 = SVR 2009, 143 (*J. Lang*) = jurisPR-VerkR 2009/4 Anm. 2 (*H. Lang*); NJW 2008, 2776: Hier aber Abwendung der Verjährung durch Berufung des Gläubigers auf Treu und Glauben.

⁵⁸⁴BGH r + s 2014, 525 = BGH jurisPR-VerkR 24/2014 Anm. 2 (*Jahnke*).

⁵⁸⁵*Scholten*, Fachtagung Personenschaden 2019, 137, 165.

⁵⁸⁶OLG Stuttgart VersR 2018, 1453 = NZV 2018, 529 (*Liborius*) = HAVE 2019, 60 (*Ch. Huber*) = JurisPR-VerkR 22/2018 Anm. 3 (*Jahnke*): Sabbatjahr einer Beamtin.

102a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Grobes (Mit-)Verschulden des verletzten Arbeitnehmers: Wird der Arbeitnehmer bei einem Verkehrsunfall von einem Schädiger verletzt, ist ihm aber ein grobes Mitverschulden anzulasten, hat dieses qualifizierte Mitverschulden wie Trunkenheit oder Vorfahrtverletzung nicht nur Auswirkungen auf die Kürzung des Schadensersatzanspruchs nach § 254; darüber hinaus entfällt in solchen Fällen gem. § 3 EFZG ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung.⁵⁸⁷

103

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Arbeitsunfall: Ist der Schädiger ein im selben Betrieb Tätiger, wird bei einem Arbeitsunfall durch die §§ 104, 105 SGB VII die zivilrechtliche Haftung ausgeschlossen.⁵⁸⁸ Entsprechendes gilt für Unfälle auf Betriebswegen nach § 8 Abs. 1 SGB 1 VII. Das gilt bei einem „Leiharbeiter“ auch gegenüber dem Entleiher, der zwar die Arbeitskraft nutzt, diesem aber nicht zur Entgeltzahlung verpflichtet ist; und zwar auch dann, wenn die Berufsgenossenschaft des Verleihers den Unfall als Arbeitsunfall anerkannt und Leistungen erbracht hat.⁵⁸⁹ An die Stelle eines Schadensersatzanspruchs gegen den privilegierten Schädiger tritt ein Anspruch gegen den Unfallversicherer, der ebenso wie der Anspruch gegen den Schädiger auf Restitution gerichtet ist, die zudem umfassender als in der Renten- und Krankenversicherung ist.⁵⁹⁰ Einerseits kommt der Arbeitgeber ausschließlich für die Unfallversicherungsbeiträge auf, wodurch es zu einer Ablösung seiner Haftung kommt (**Finanzierungsargument**), andererseits soll durch diese Haftungsersetzung der innerbetriebliche Friede gewahrt werden, indem Zivilprozesse wegen eines Körperschadens hintangehalten werden (**Friedensargument**). Der Arbeitgeber erlangt insoweit Haftpflichtschutz wie durch eine Pflichthaftpflichtversicherung.⁵⁹¹ Besonders hinzuweisen ist darauf, dass es sich nicht notwendigerweise um Personen handeln muss, die beim selben Arbeitgeber beschäftigt sind. Aufgrund der Verweisung von § 106 Abs. 3 Var. 3 SGB VII kommt es zu einer Haftungsersetzung auch dann, wenn Beschäftigte mehrerer Unternehmen auf einer

⁵⁸⁷Zu den von der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen *Diehl* zfs 2007, 543 (546) unter Hinweis darauf, dass diese bei Verkehrsunfällen mit der grob fahrlässigen Obliegenheitsverletzung in der Kaskoversicherung deckungsgleich sein müssten, wobei die Rechtsprechung diese Parallele bisher nicht bemüht hat. Nach der durch das neue VVG erfolgten Beseitigung des Alles-oder-nichts-Prinzips ist die Parallele womöglich auch nicht mehr so hilfreich, weil der Qualifizierung eines Verhaltens als grob fahrlässig nicht mehr eine so bedeutende Rolle zukommt.

⁵⁸⁸Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 *Rn.* 133; *Rolfs* DB 2001, 2294 *ff.*; *Gamperl* NZV 2001, 401 *ff.*; *Kirchhoff* NZV 2001, 361 (364 f.).

⁵⁸⁹BGHZ 203, 224 = NJW 2015, 940 (*Kampen*) = r + s 2015, 422 (*Lemcke*); r + s 2015, 46 (*Lemcke*) = zfs 2015, 321 (*Diehl*).

⁵⁹⁰*Kampen* SVR 2014, 401 (402).

⁵⁹¹*Buchholz* VGT 2014, 63, 64.

gemeinsamen Betriebsstätte zusammenwirken.⁵⁹² Darüber hinaus kommt die Haftungsprivilegierung durch Ersetzung der Schadensersatzansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung auch bei Betriebswegen nach § 8 Abs. 1 SGB VII, bei „Wie-Beschäftigten“ nach § 2 Abs. 2 SGB VII in Betracht, wie etwa der Pannenhilfe⁵⁹³ oder Tätigkeiten im Rahmen der Nachbarschaftshilfe, die über geradezu selbstverständliche Hilfsdienste hinausgehen,⁵⁹⁴ wenn die Tätigkeit ihrer Art nach sonst von Personen verrichtet wird, die in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, oder bei der unechten gesetzlichen Unfallversicherung, etwa im Kindergarten, der Schule oder Hochschule.⁵⁹⁵ Die Schulbezogenheit wird – großzügig – auch bei Spielerein, Neckereien und Raufereien angenommen und auch Vor- und Nachwirkungen des Schulbetriebs eingeschlossen,⁵⁹⁶ während bei Lehrlingen im Betrieb in vergleichbaren Konstellationen eine Schädigung „bei Gelegenheit“ angenommen und damit eine Haftungsprivilegierung verbunden mit einem Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung verneint wird.⁵⁹⁷ Der Vorzug von Ansprüchen gegen die gesetzliche Unfallversicherung besteht darin, dass diese ohne die für einen Schadensersatzanspruch erforderlichen Tatbestandselemente bestehen, keine Versagung wegen fehlender Deliktsfähigkeit des Schädigers, keine Kürzung wegen eines Mitverschuldens erfolgt, keine Haftungshöchstgrenzen bestehen und kein Insolvenzrisiko des Schädigers gegeben ist.⁵⁹⁸ Ausgeschlossen ist freilich jedweder Anspruch auf Schmerzensgeld. Bei Wegeunfällen nach § 8 Abs. 2 SGB VII⁵⁹⁹ sowie bei vorsätzlicher Verursachung durch haftungsprivilegierte Personen bleibt zwar der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch bestehen, aber die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung sind auf diesen anzurechnen, wobei es insoweit zu keinem Anspruchsübergang auf die gesetzliche Unfallversicherung kommt.⁶⁰⁰

104

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Familienprivileg: Ist der Schädiger ein Familienangehöriger des Verletzten und lebt er mit diesem in häuslicher Gemeinschaft, wird ein Regress des Arbeitgebers versagt. Es findet sich

⁵⁹²BGHZ 148, 214 = NJW 2001, 3125; BGHZ 148, 209 = NJW 2001, 3127; BGHZ 145, 331 = NJW 2001, 443; BGH NJW-RR 2001, 741; *Freyberger* MDR 2001, 541 (543); *Gitter* in FS Wiese, 131 (135); *Höher* VersR 2001, 372; *Imbusch* VersR 2001, 1485 ff.; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 133; *Waltermann* NJW 2004, 901 ff.

⁵⁹³ *Plagemann* SGB 2016, 245.

⁵⁹⁴ *Matz/Baumann* NJW 2016, 673 (677).

⁵⁹⁵ *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 63 ff.

⁵⁹⁶ *Matz/Baumann* NJW 2016, 673 (674 ff.).

⁵⁹⁷ BAG NZA 2015, 1057: Werfen durch Wuchtgewichten nach hinten durch einen Azubi.

⁵⁹⁸ *Plagemann* SGB 2016, 245 (246); *Kampen* SVR 2014, 401 (402).

⁵⁹⁹ Zu den fließenden Grenzen zum Betriebswegunfall *Plagemann* SVR 2014, 161; *Buchholz* VGT 2014, 63, 72 ff. mit zahlreichen Beispielen.

⁶⁰⁰ *Kampen* SVR 2014, 401 f.; *Lemcke/Hensen* NJW 2019, 2655 (2656).

zwar keine ausdrückliche Regelung im EFZG, aber die entsprechenden Normen des § 86 Abs. 3 VVG sowie des § 116 Abs. 6 SGB X werden analog angewendet.⁶⁰¹ Der Grund liegt darin, dass nicht mit einer Hand etwas gegeben werden soll, nämlich ein Schadensersatzanspruch, was mit der anderen wieder genommen wird, nämlich durch die Inanspruchnahme eines Familienangehörigen, leben doch Geschädigter und Schädiger häufig aus einer Kasse. Zudem soll der familiäre Friede nicht beeinträchtigt werden. Während § 86 Abs. 3 VVG nur noch auf die häusliche Gemeinschaft abstellt, wurde der Wortlaut von § 116 Abs. 6 SGB X nicht entsprechend angepasst. § 116 Abs. 6 SGB X ist aber im Lichte der jüngeren Norm des § 86 Abs. 3 VVG auszulegen,⁶⁰² wofür auch die Entscheidung des BVerfG⁶⁰³ spricht, dass eine häusliche Gemeinschaft selbst zwischen dem Kind und dem Elternteil gegeben ist, bei dem das Kind nicht wohnt, der aber mit diesem häufig Umgang hat;⁶⁰⁴ auch für das OEG⁶⁰⁵ und die Entgeltfortzahlung ist eine Analogie zu § 86 Abs. 3 VVG zu befürworten, auch dann, wenn davon der haftpflichtversicherte Schädiger nicht unmittelbar betroffen ist und davon lediglich die Haftpflichtversicherung profitiert.⁶⁰⁶ Aufgrund des Trennungsprinzips ist das folgerichtig (→ [Rn. 131](#)). Nicht zu berücksichtigen ist das Familienprivileg beim originären Erstattungsanspruch nach § 110 SGB VII, der sich nach dem fiktiven Schadensersatzanspruch des Geschädigten ohne Haftungsprivilegierung bemisst.⁶⁰⁷

105

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Quoten- bzw. Befriedigungsvorrecht des Arbeitnehmers: Wenn der Schadensersatzanspruch wegen eines Mitverschuldens gekürzt ist oder deshalb nicht in vollem Umfang durchsetzbar ist, weil der Schädiger nicht über ausreichend der Zwangsvollstreckung unterworfenen Vermögen verfügt, so steht dem verletzten Arbeitnehmer in Bezug auf den sachlich kongruenten Erwerbsschaden⁶⁰⁸ gem. § 6 Abs. 3 EFZG ein Vorrecht zu.⁶⁰⁹ Das bedeutet, dass der

⁶⁰¹BGHZ 66, 104 = NJW 1976, 1208 zu § 4 LFZG; ebenso zu § 5 Abs. 1 OEG BGH BeckRS 2011, 20327; [Küppersbusch/Höher Rn. 110](#); Staudinger/[Vieweg](#) (2015) § 843 [Rn. 132](#); [Zickfeld](#), 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsform 2012, 45, 56.

⁶⁰²So auch BGHZ 196, 122 = VersR 2013, 520 = jurisPR-VerkR 11/2013 Anm. 1 ([H. Lang](#)) = LMK 2013, 345111 ([Hilbig-Lugani](#)) für den Fall einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft; darauf, ob diese verschieden- oder gleichgeschlechtlich ist, kann es nicht ankommen; BGH NJW 2011, 3715 = jurisPR-VerkR 2/2012 Anm. 2 ([H. Lang](#)) = SGB 2012, 279 ([Koppentfels-Spies](#)): Nolens volens trotz Getrenntlebens noch Bewohnen der gemeinsamen Wohnung aus finanziellen Gründen.

⁶⁰³BVerfG NJW 2011, 1793 = SGB 2011, 210 ([Jung](#)).

⁶⁰⁴Ebenso [Jahnke](#) NZV 2008, 57 [ff.](#); [Dahm](#) NZV 2008, 280 [ff.](#); aA [Möller](#) NZV 2009, 218 ff.

⁶⁰⁵BGH NJW 2011, 3715 = jurisPR-VerkR 2/2012 Anm. 2 ([H. Lang](#)) = SGB 2012, 279 ([Koppentfels-Spies](#)).

⁶⁰⁶Für die Anwendung des Familienhaftpflichtprivilegs schon zur alten Rechtslage [Diehl](#) zfs 2007, 543 (549).

⁶⁰⁷BGH NZS 2017, 39 ([Waltermann](#)) = r + s 2016, 538; kritisch (schon im Vorfeld) [Jahnke/Vatter](#) NJW 2016, 1477 ff.

⁶⁰⁸Diese Einschränkung in seinem Beispiel übersehend [Diehl](#) zfs 2007, 543 (548).

Arbeitgeber nur insoweit ein Regressrecht hat, wenn der gesamte Schaden des Verletzten gedeckt ist. Soweit die Entgeltfortzahlung zu 100 % erfolgt, kommt dem keine Bedeutung zu, weil sich infolge der vollen Abdeckung des Schadens durch die Entgeltfortzahlung keine Konkurrenz ergibt.

b) Regressanspruch der Sozialversicherungsträger

aa) Grundsatz der sachlichen und zeitlichen Kongruenz (§ 116 SGB X)

106

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Regressanspruch der Sozialversicherungsträger	ff.

Besteht keine Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, hat der verletzte Arbeitnehmer Anspruch auf diverse **Sozialleistungen**. Jedenfalls soweit diese Lohnersatzfunktion haben, kommt es zu einem **Anspruchsübergang** des Schadensersatzanspruchs gegen den Schädiger auf den Sozialversicherungsträger.⁶¹⁰ Ausnahmsweise ist dieser auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz begrenzt, so der gesetzlichen Krankenkasse gegen Hebammen nach § 134a Abs. 5 SGB V. Die Darlegungs- und Beweislast wird durch den Anspruchsübergang nicht verändert.⁶¹¹ Diese Sozialleistungen werden im Regelfall gewährt, weil zwischen dem Verletzten und dem leistungspflichtigen Sozialversicherungsträger das Band eines Versicherungsverhältnisses besteht. Sofern das nicht der Fall ist, wenn etwa ein Sozialhilfeträger oder die Bundesanstalt für Arbeit Leistungen erbringt, gelten für den Regressanspruch Besonderheiten.⁶¹² Die Verzahnung der einzelnen Sozialversicherungsleistungen und deren Regressberechtigung gegenüber dem Ersatzpflichtigen, insbesondere die Frage, ob und in welchem Umfang Sozialversicherungsbeiträge ersatzfähig sind, ist im Einzelnen kompliziert.⁶¹³ An dieser Stelle kann es bloß um die Darstellung der Grundsätze gehen.

107

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁶⁰⁹ Küppersbusch/Höher Rn. 111; Staudinger/Vieweg (2015) § 843 Rn. 129.

⁶¹⁰ Instruktiver Überblick bei Fischinger Jura 2014, 594 ff.; Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 Rn. 14; auf die Lohnersatzfunktion kommt es aber nicht immer an, so nicht bei Bezug von Arbeitslosengeld II BGH NJW 2014, 303 = LM 2013, 350540 (Dauck).

⁶¹¹ Luckey DAR 2015, 563 (564).

⁶¹² Küppersbusch/Höher Rn. 712.

⁶¹³ Küppersbusch/Höher Rn. 616; Küppersbusch NZV 1992, 58 ff.

Voraussetzung für einen Regress des Sozialversicherungsträgers ist die **sachliche und zeitliche Kongruenz** der von ihm zu erbringenden Leistungen.⁶¹⁴ Die sachliche Kongruenz ist zu bejahen, wenn die vom Sozialversicherungsträger erbrachte Leistung inhaltlich den gleichen Nachteil ausgleichen soll.⁶¹⁵ Immaterielle Schäden sind in Bezug auf Sozialversicherungsleistungen nicht sachlich kongruent, auch nicht die Verletztenrente.⁶¹⁶ Es muss sich um die Abdeckung des aus der Verwertung der Arbeitskraft erzielten Erwerbseinkommens handeln. Ohne Bedeutung ist es hingegen, dass die Höhe der Sozialleistung nach ganz anderen Grundsätzen ermittelt wird als der nach Schadensrecht geschuldete Erwerbsschaden.⁶¹⁷ Sachlich kongruent sind nach diesem Maßstab das Krankengeld des Krankenversicherers gem. § 44 SGB V,⁶¹⁸ das Verletztengeld gem. § 45 SGB VII oder das Übergangsgeld gem. §§ 49 ff. SGB VII des Unfallversicherers sowie die Erwerbsminderungsrente eines Rentenversicherungsträgers gem. § 43 SGB VI.⁶¹⁹ Bejaht hat der BGH⁶²⁰ den Regressanspruch der Bundesanstalt für Arbeit nach § 116 SGB X für die erbrachten Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung; und das ungeachtet des Umstands, dass wegen der Nahtlosigkeitsregelung des § 145 Abs 1 S. 1 SGB III die gesetzliche Rentenversicherung eine Erwerbsminderungsrente für den betreffenden Zeitraum zu zahlen hat. Der interne Regressanspruch zwischen den Sozialversicherungsträgern führt nicht zu einer Begrenzung des Regressanspruchs gegenüber dem Ersatzpflichtigen. Die Entscheidung über die Erwerbsminderungsrente ist somit maßgeblich für das Ausmaß des Regresses. Das mag misslich sein. Fragwürdig ist freilich, wieso der Ersatzpflichtige dadurch einen Vorteil ziehen soll, dass die Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung von der geringeren Bemessungsgrundlage der Erwerbsminderungsrente gegenüber dem Arbeitslosengeld berechnet werden; und schon das Arbeitslosengeld hat eine geringere Bemessungsgrundlage als der Erwerbsschaden. Sachgerecht wäre insofern eine normative Korrektur, für die es womöglich aber eines Eingreifens des Gesetzgebers bedarf. Keine sachliche Kongruenz in Bezug auf Lohnersatzleistungen ist hingegen bei Sozialleistungen gegeben, die einen verletzungsbedingten Mehrbedarf ausgleichen sollen,⁶²¹ was namentlich bei Leistungen der Pflegeversicherung der Fall ist.

108

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
----------------	----------------	------

⁶¹⁴ Anders bei Bestehen eines Teilungsabkommens; dazu BGH NJW-RR 2012, 605: Ohne Bedeutung Bestehen von Kongruenz sowie das Eingreifen des Familienprivilegs.

⁶¹⁵ Pardey Rn. 1982.

⁶¹⁶ BGHZ 153, 113 = NJW 2003, 1871 = JuS 2003, 1245 (Ruland); Plagemann SGB 2016, 245 (246).

⁶¹⁷ Staudinger/Vieweg (2015) § 843 Rn. 98; Küppersbusch/Höher Rn. 598 jeweils unter Hinweis auf BGH VersR 1983, 686; aA freilich BGH NJW 1982, 984 bei Inanspruchnahme des Altersruhegeldes mit 63 Jahren, das der BGH auf den Schadensersatzanspruch anrechnete, ohne eine Legalzession des Sozialversicherungsträgers zu bejahen; ebenso BGH NJW 2001, 1274: Vorruhestand aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung; zu Recht kritisch MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 95 f.; von Koppenfels-Spies VersR 2005, 1511 ff. mit dem zutreffenden Hinweis, dass durchaus eine Maßnahme mit fürsorglichem Charakter gegeben ist.

⁶¹⁸ BGH NJW 1990, 2933.

⁶¹⁹ Küppersbusch/Höher Rn. 602.

⁶²⁰ BGH VersR 2020, 59 = ZVR 2020/106 (Ch. Huber).

⁶²¹ BGH NJW 2002, 292; Staudinger/Vieweg (2015) § 843 Rn. 102.

Ein Übergang auf den Sozialversicherungsträger findet lediglich statt, wenn die Sozialversicherungsleistung ein Defizit für den gleichen Zeitraum abdecken soll, in dem der Erwerbsschaden angefallen ist (zeitliche Kongruenz).⁶²² Im Regelfall wird auf den jeweiligen Monat abgestellt.⁶²³ Beim Krankengeld hat hingegen gem. § 47 Abs. 1 S. 4, Abs. 2 SGB V eine tageweise Abrechnung zu erfolgen.⁶²⁴

bb) [Zeitpunkt des Anspruchsübergangs](#)

109

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In Bezug auf den **Zeitpunkt des Anspruchsübergangs** gibt es grundsätzlich zwei Systeme: Beim Regress eines Privatversicherers gem. § 86 VVG sowie des Arbeitgebers gem. § 6 EFZG geht der Schadensersatzanspruch des Verletzten jeweils erst im Zeitpunkt der Erbringung der konkreten Leistung über. Nach § 116 SGB X findet ein Anspruchsübergang hingegen bereits zum Zeitpunkt der Verletzung statt, sofern zu diesem Zeitpunkt ein Sozialversicherungsverhältnis bestand oder ohne Bestehens eines solchen auch nur eine entfernte Möglichkeit der Pflicht zur Erbringung künftiger Leistungen gegeben ist.⁶²⁵ Wenn die Voraussetzungen für die Erhebung einer Feststellungsklage zu bejahen sind, ist ein solcher Anspruchsübergang zu bejahen.⁶²⁶ Auswirkungen hat der Zeitpunkt des Anspruchsübergangs auf die Möglichkeit des Verletzten, über den Schadensersatzanspruch zu disponieren. Am bedeutsamsten ist dabei die Frage, ob er mit dem Ersatzpflichtigen einen Abfindungsvergleich schließen kann. Während das bei einem Regress eines Privatversicherers und des Arbeitgebers in Bezug auf künftig fällig werdende oder noch nicht geleistete Anspruchsteile zu bejahen ist, freilich mit der Folge, dass diese beiden möglicherweise von ihrer Leistungspflicht gegenüber dem Verletzten frei werden, ist das im Sozialversicherungsrecht anders. Verfügungen des Verletzten sind nicht mehr möglich, weil bereits im Zeitpunkt der Verletzung der Anspruch auf den Sozialversicherungsträger übergegangen ist.⁶²⁷ Auswirkungen ergeben sich auch im Verjährungsrecht. Beim Regress nach § 86 VVG **bzw.** § 6 EFZG gilt für den Regressgläubiger der verjährungsrechtliche Status des Verletzten. Bei einem Anspruchsübergang nach § 116 SGB X beginnt die Verjährungsfrist

⁶²²BGH NJW 1997, 2175; [Küppersbusch/Höher Rn. 603](#).

⁶²³Staudinger/[Vieweg](#) (2015) § 843 [Rn. 108](#).

⁶²⁴[Schlaeger/Bruno](#) SGB 2020, 155 (156).

[Pardey Rn. 2328](#); [Küppersbusch/Höher Rn. 604](#); BGH VersR 1973, 436.

⁶²⁵BGH NJW-RR 1990, 344; [Heinz PflR](#) 2016, 278; van Bühren/Lemcke/Jahnke/[Jahnke](#) Teil 4 [Rn. 999](#); [Küppersbusch/Höher Rn. 590](#).

⁶²⁶BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; VersR 1990, 1028; NZV 1990, 308; Staudinger/[Vieweg](#) (2015) § 843 [Rn. 92](#).

⁶²⁷[Groß](#) DAR 1999, 337 (341).

hingegen erst ab Kenntnis des zuständigen Mitarbeiters der Regressabteilung,⁶²⁸ selbst dann, wenn dieser in anderer Eigenschaft schon früher Kenntnis von der Verletzung des Versicherungsnehmers und der daraus vorhersehbaren künftigen Inanspruchnahme des Sozialversicherungsträgers erlangte.⁶²⁹ Erbringen mehrere Sozialversicherungsträger – die Rentenversicherung und die Unfallversicherung – sachlich kongruente Leistungen in einem den Erwerbsschaden übersteigenden Ausmaß, sind diese Sozialversicherungsträger Gesamtgläubiger.⁶³⁰ Die Folge ist, dass die Leistung des Ersatzpflichtigen an einen von ihnen schuldbeitragende Wirkung hat und der von einem geschlossene Abfindungsvergleich auch den anderen bindet.⁶³¹

110

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In Fällen, in denen zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses **kein Sozialversicherungsverhältnis** bestand, ist bezüglich des Zeitpunkts des Anspruchsübergangs zu differenzieren: Wenn es sich um Sozialleistungen handelt, die ohne Bestehen eines Sozialversicherungsverhältnisses an den Bedarf anknüpfen, wie etwa solchen der Grundsicherung im Rahmen der Sozialhilfe oder der Arbeitsmarktverwaltung, ist darauf abzustellen, ob mit einem solchen Bedarf und einem dadurch ausgelösten sozialrechtlichen Anspruch ernsthaft zu rechnen **bzw.** ein solcher nicht völlig unwahrscheinlich ist.⁶³² Ist das gegeben, kommt es zu einem Anspruchsübergang im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses.⁶³³ Wenn es sich hingegen um Ansprüche gegen einen Sozialversicherungsträger handelt, die erst durch das Band eines Sozialversicherungsverhältnisses begründet werden, wie das etwa in der Rentenversicherung der Fall ist, ist auf den Zeitpunkt der Begründung des Sozialversicherungsverhältnisses abzustellen. Das hat zur Folge, dass der Verletzte künftige sachlich kongruente Ansprüche gegen den Ersatzpflichtigen durch einen davor geschlossenen Abfindungsvergleich mit dem Haftpflichtversicherer vereiteln kann; aber selbst wenn solche Ansprüche bei einem solchen Vergleich ausgeklammert werden, muss sich der Sozialversicherungsträger die bis dahin laufende Kenntnis des Verletzten verjährungsrechtlich

⁶²⁸BGH NJW 2011, 1799; NJW-RR 2009, 1471: Keine Maßgeblichkeit der Kenntnis der Leistungsabteilung; BGH NJW 2007, 834 = SVR 2007, 144 (*J. Lang*): Keine Anwendung der Regeln der Wissenszurechnung im rechtsgeschäftlichen Verkehr; BGHZ 193, 67 = NJW 2012, 2644 (*Schultz*): Keine Maßgeblichkeit des Wissens der Leistungsabteilung, aber Prüfung nach § 199 Abs. 1 Nr. 2, ob Regressabteilung grob fahrlässig keine Kenntnis über maßgebliche Umstände erlangt hat; ebenso BGH NJW 2012, 1789 = r + s 2012, 304 (*Lemcke*).

⁶²⁹BGH NJW 2011, 1799: Personalunion des Sachbearbeiters der Krankenkasse und der Pflegekasse; Lauf der Frist frühestens mit Antragstellung an die Pflegekasse.

⁶³⁰BGH VersR 2005, 1004; BGHZ 153, 113 = VersR 2003, 390.

⁶³¹*H. Lang*, jurisPR-VerkR 2009/17 Anm. 2.

⁶³²*Zickfeld*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsform 2012, 45, 49 f.

⁶³³BGHZ 127, 120 = NJW 1994, 3097; NJW 2006, 3565; NJW-RR 2009, 1534.

zurechnen lassen mit der Folge, dass in vielen Fällen sein Anspruch verjährt ist.⁶³⁴ Das gilt jedenfalls dann, wenn das Sozialversicherungsverhältnis zum Verletzten neu begründet wird, wie das in der Rentenversicherung der Fall ist. Abweichendes gilt, wenn ein Sozialversicherungsträger als Rechtsnachfolger eines anderen leistungspflichtig wird,⁶³⁵ was auch dann zu bejahen ist, wenn ein Minderjähriger bei einem Elternteil in der Krankenversicherung mitversichert war und später selbst Versicherungsnehmer der Krankenversicherung wird. Dann ist auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses abzustellen mit der Folge des Übergangs der Schadensersatzforderung zu diesem Zeitpunkt.⁶³⁶ Konsequenterweise müsste dies mE dazu führen, dass bei Begründung eines Sozialversicherungsverhältnisses nach dem schädigenden Ereignis sich der jeweilige Sozialversicherungsträger auf den Rechtsübergang im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses berufen kann, wenn er eine Leistung erbringt, die ohne seine Leistungspflicht von der Sozialhilfe oder der Arbeitsmarktverwaltung zu erbringen gewesen wäre.⁶³⁷ Darüber hinaus ist der Anspruchsübergang hinausgeschoben, wenn es im Rahmen der Sozialversicherung zu einer Systemänderung kommt, wenn also zwar im Zeitpunkt der Leistungserbringung die sachliche und zeitliche Kongruenz der betreffenden Sozialleistung zu bejahen ist, ein solcher Anspruch im Zeitpunkt der Verletzung aber noch nicht bestanden hat.⁶³⁸ Eine bloß quantitative Ausweitung der Sozialleistung ist nicht als Systemänderung anzusehen; vielmehr muss es sich um eine qualitativ neue Anspruchskategorie handeln.⁶³⁹ Dann beginnt auch erst ab diesem Zeitpunkt die Verjährungsfrist zu laufen.⁶⁴⁰

111

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Besteht zwischen dem Verletzten, der Sozialleistungen empfängt, und dem Sozialversicherungsträger, der diese erbringt, **kein Versicherungsverhältnis**, ergeben sich Besonderheiten in Bezug auf den Zeitpunkt des Anspruchsübergangs. Bei einem schwer

⁶³⁴So in BGH NJW 2012, 3639 mit Besprechungsaufsatz *Giesen* NJW 2012, 3609 f. = jurisPR 14/2012 Anm. 2 (*Jahnke*).

⁶³⁵BGH NJW 1990, 2933; NJW-RR 1990, 344.

⁶³⁶BGH NJW 2012, 3639 mit Besprechungsaufsatz *Giesen* NJW 2012, 3609 f. = jurisPR 14/2012 Anm. 2 (*Jahnke*).

⁶³⁷Möglicherweise gegenteilig *Zickfeld*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsform 2012, 45, 50: Leistungen, die von Beitragszahlung abhängig sind, erst ab Begründung des Sozialversicherungsverhältnisses. Dazu BGHZ 204, 44 = NZV 2015, 284: Aktivlegitimation des Sozialhilfeträgers nach § 116 SGB X bejaht, weil diese gem. § 14 Abs. 2 SGB IX zuständig geworden ist, obwohl die gesetzliche Unfallversicherung leistungszuständig gewesen wäre.

⁶³⁸BGH r + s 1999, 281; BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; BGH VersR 1990, 1028; *Küppersbusch/Höher* Rn. 590; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 90.

⁶³⁹BGH BeckRS 2011, 09443 = VersR 2011, 775; BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*): Einführung des Anspruchs auf häusliche Pflege durch §§ 53 ff. SGB V aF; *Küppersbusch/Höher* Rn. 591.

⁶⁴⁰BGH NJW 2008, 2776; NJW 2003, 1455.

verletzten Studenten, der im Zeitpunkt der Verletzung (während seines Studiums) nicht sozialversichert war, erbrachte die Bundesanstalt für Arbeit Rehabilitationsleistungen. Es stellte sich die Frage, ob ein Rückgriffsanspruch für sachlich und zeitlich kongruente Leistungen durch einen davor abgeschlossenen Abfindungsvergleich, in dem der Verletzte ausdrücklich angegeben hatte, von der Bundesanstalt für Arbeit keine Leistungen zu erwarten, vereitelt wurde. Der BGH⁶⁴¹ entschied zugunsten der Bundesanstalt für Arbeit, weil nach § 116 SGB X ein Anspruchsübergang – unabhängig vom Bestehen einer Sozialversicherungspflicht – zu dem Zeitpunkt anzunehmen sei, zu dem aufgrund der Schwere der Verletzung mit derartigen Leistungen zu rechnen sei, was im konkreten Fall zu bejahen war.⁶⁴² Auch eine schuldbefreiende Leistung des Haftpflichtversicherers an den Verletzten, weil dieser in Unkenntnis des Forderungsübergangs schuldbefreiend nach §§ 407 Abs. 1, 412 geleistet habe, wurde abgelehnt.

112

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zusätzliche Probleme ergeben sich bei der Frage des **Rechtsübergangs des Sozialhilfeträgers**. Auch diesem steht ein Regressanspruch nach § 116 SGB X zu. Seine Schutzwürdigkeit gegenüber Verfügungen des Verletzten zu seinen Lasten spricht für einen frühen Zeitpunkt des Anspruchsübergangs. Entsprechend den allgemeinen Regeln wäre das der Zeitpunkt, zu dem mit einer Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers zu rechnen ist.⁶⁴³ Allerdings ist der Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe gem. § 2 SGB XII zu beachten.⁶⁴⁴ Danach ist ein Anspruch auf Sozialhilfe erst dann gegeben, wenn der Verletzte sich nicht selbst helfen kann. Das ist dann zu verneinen, wenn der Verletzte einen durchsetzbaren Anspruch gegen einen Dritten hat und der Dritte die Bereitschaft zur Regulierung erkennen lässt.⁶⁴⁵ Insoweit könnte erst auf den Zeitpunkt abzustellen sein, zu dem der Sozialhilfeträger Leistungen tatsächlich erbringt.

113

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der BGH⁶⁴⁶ laviert zwischen diesen unterschiedlichen Zielsetzungen und trifft eine salomonische Mittellösung: Er nimmt einen Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger gem. § 116 SGB X bereits in dem Zeitpunkt an, zu dem eine Inanspruchnahme der Sozialhilfe nicht ganz unwahrscheinlich ist, räumt dem Verletzten aber eine Einzugsermächtigung ein. Der Geschädigte

⁶⁴¹BGHZ 127, 120 = NJW 1994, 3097.

⁶⁴²Küppersbusch/Höher Rn. 709.

⁶⁴³BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (J. Lang).

⁶⁴⁴Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 998; BGH VersR 1998, 772.

⁶⁴⁵Küppersbusch/Höher Rn. 714.

⁶⁴⁶BGHZ 131, 274 = NJW 1996, 726 = LM § 116 SGB X Nr. 14 (Stolleis/Gorny) = JR 1997, 14 (Steinmeyer/Müller); bestätigt durch BGH NJW 2002, 1877.

kann den Anspruch im Wege der Prozessstandschaft einklagen.⁶⁴⁷ Das bedeutet im Klartext, dass der Verletzte befugt ist, die Teile des Schadensersatzanspruchs einzuziehen, die ohne eine solche Maßnahme auf den Sozialversicherungsträger übergehen würden. Hat er bereits Sozialhilfe erhalten, kann er nur noch Leistung an den Sozialhilfeträger verlangen, ansonsten an sich selbst.⁶⁴⁸ Von dieser Einziehungsermächtigung ist allerdings nicht gedeckt, dass der Verletzte auf diese Ansprüche verzichtet oder darüber einen Vergleich schließt.

114

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Ersatzpflichtige könnte von seiner Schadensersatzpflicht freilich trotzdem befreit sein, wenn er in Unkenntnis des Anspruchsübergangs gem. §§ 407 Abs. 1, 412 schuldbefreiend an den Verletzten geleistet hat. An eine solche Kenntnis stellt der BGH durchaus maßvolle Anforderungen.⁶⁴⁹ Wenn der Ersatzpflichtige davon ausgehen musste, dass es infolge der Schwere der Verletzungen zu einer Inanspruchnahme des Sozialhilfeträgers kommen könnte, wird eine schuldbefreiende Leistung an den Verletzten wegen der erforderlichen Kenntnis verneint. Ist der Ersatzpflichtige – wie im Regelfall – ein Haftpflichtversicherer, ist dem zu folgen, weil dieser über die einschlägige Kenntnis verfügt, dass in einem solchen Fall ein Anspruchsübergang auf den Sozialversicherungsträger stattfindet und dem Verletzten bloß eine Inkassobefugnis zusteht. Ob die gleichen Maßstäbe auch bei einem sonstigen Ersatzpflichtigen anzulegen sind, erscheint indes fraglich.

115

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es ist nicht zu verkennen, dass diese Rechtsprechung den Abschluss von Abfindungsvergleichen nicht gerade erleichtert. *Küppersbusch/Höher*⁶⁵⁰ haben deshalb vorgeschlagen, dass mit der Erklärung des Haftpflichtversicherers, zur Regulierung bereit zu sein, der **Anspruch auf den Verletzten zurückfällt**, wie das auch bei Beendigung einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit der Fall ist.⁶⁵¹ Die Folge wäre, dass der Verletzte in dieser Phase einen wirksamen Vergleich über eine Kapitalabfindung schließen könnte, woran ein später einstandspflichtiger Sozialhilfeträger gebunden wäre. Es ist indes nicht zu verkennen, dass die Gefahr groß ist, dass ein Verletzter – gerade in seiner psychischen und physischen Situation – nicht in der Lage ist, die

⁶⁴⁷Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 94.

⁶⁴⁸BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*); *Küppersbusch/Höher* Rn. 716.

⁶⁴⁹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 999.

⁶⁵⁰*Küppersbusch/Höher* Rn. 719, 721.

⁶⁵¹Zur Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen gegenüber dem Verletzten bei dessen Wechsel des Sozialversicherungsträgers bei Abschluss eines Vergleichs zwischen Haftpflichtversicherung und Sozialversicherungsträger im Zeitpunkt der Verletzung BGH NJW 1999, 1782; *Luckey* VRR 2008, 404 (405).

Günstigkeit eines derartigen Abfindungsvergleichs zu beurteilen. Da gerade der Sozialhilfeträger einstandspflichtig bleibt, auch wenn die Kapitalentschädigung für die Deckung eines anfallenden Bedarfs nicht ausreicht oder von dieser aus anderen Gründen nichts mehr übrig ist, sprechen mE gute Gründe für eine stärkere Betonung der Schutzwürdigkeit des Sozialhilfeträgers. Und das selbst um den Preis, dass dadurch der Abschluss eines Vergleichs, durch den der Haftpflichtversicherer den Akt schließen und sich von seiner Ersatzpflicht befreien kann, erschwert wird, weil für diesen die Zustimmung des Sozialhilfeträgers eingeholt werden muss.

cc)Umfang des Regresses

116

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Regressumfang	

Die Regressnormen der §§ 116 und 119 SGB X wurden zum 1.1.1992 und zum 1.1.2001 grundlegend geändert. Die Darstellung beschränkt sich auf die aktuelle Rechtslage.

(1)Der Regelfall – Regress nach § 116 SGB X

117

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Hat der Sozialversicherungsträger, der eine Lohnersatzleistung erbringt, auch **Sozialversicherungsbeiträge an andere Sozialversicherungsträger** abzuführen, wie das im Rahmen der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber der Fall ist, umfasst der Regressanspruch auch diese Sozialversicherungsbeiträge.⁶⁵² Ausgenommen sind wie beim Arbeitgeberregress Beiträge zur Unfallversicherung.⁶⁵³ Diese bemessen sich – meist nach Prozentsätzen – nach der Höhe der vom Sozialversicherungsträger erbrachten Leistungen. Da die Sozialleistung häufig weniger ausmacht als das Erwerbseinkommen, bleiben auch die vom Sozialversicherungsträger abzuführenden Beträge hinter denen des Erwerbsschadens zurück. Sollte die Sozialleistung ausnahmsweise mehr betragen als der Erwerbsschaden, sind die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge maximal in dem Maß ersatzfähig, als diese vom Geschädigten zu entrichten gewesen wären, wenn er nicht verletzt worden wäre.⁶⁵⁴ Soweit bestimmte Sozialversicherungsbeiträge nur von seinem Erwerbseinkommen zu zahlen gewesen wären, ergibt sich eine zeitliche Begrenzung aus der Dauer seiner Erwerbstätigkeit, aber auch aus einem unfallunabhängigen Ausscheiden aus der Sozialversicherungspflicht, etwa wegen Aufnahme

⁶⁵²Küppersbusch/Höher Rn. 623; zum Regress der Sozialversicherungsträger in Bezug auf die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung nach § 26 Abs. 2 SGB III beim Krankengeld, Verletztengeld und Übergangsgeld BGH VersR 1990, 1028.

⁶⁵³BGH NJW 1976, 326; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 842 Rn. 10.

⁶⁵⁴Küppersbusch/Höher Rn. 617.

einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.⁶⁵⁵ Im Fall der Verbeamtung erfolgt eine Anrechnung der Versorgungsbezüge aus der beamtenrechtlichen Altersversorgung.⁶⁵⁶ Nimmt der Verletzte eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen ab dem 60. Lebensjahr in Anspruch, soll dem Sozialversicherungsträger dafür bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres ein Regressanspruch auch dann zustehen, wenn der Verletzte ab dem 63. Lebensjahr eine Altersrente wegen langer Versicherungszeit in Anspruch nehmen hätte können.⁶⁵⁷ Das ist mE bedenklich. Außer Streit steht, dass der Verletzte so viel Ersatz erhalten muss, als wenn er nicht verletzt worden wäre. Jedenfalls wenn er eine Rente wegen langer Versicherungsdauer sozialrechtlich in Anspruch nehmen könnte,⁶⁵⁸ trifft ihn diesbezüglich mE eine Schadensminderungspflicht. Aber selbst wenn das Sozialrecht eine solche Wahlmöglichkeit nicht zulässt, erscheint es unangemessen, dem Sozialversicherungsträger wegen der Starrheit des Sozialrechts nicht nur einen Regress in Höhe der zusätzlichen Abschläge, sondern in vollem Umfang der erbrachten Leistung zuzubilligen. Die Altersrente wegen langer Versicherungsdauer ist eine marktkonforme Gegenleistung für die zuvor erbrachten Beiträge, so dass ab diesem Zeitpunkt kein weitergehender Erwerbsschaden beim Verletzten gegeben ist.

118

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Besondere Probleme entstehen, wenn der die Sozialleistung gewährende Sozialversicherungsträger keine solchen Beiträge an andere Sozialversicherungsträger abführt, sondern eine **beitragslose Versicherung** gewährt, wie das etwa in Bezug auf die Krankenversicherung bei dem Krankengeld gewährenden Krankenversicherungsträger gem. § 224 Abs. 1 SGB V der Fall ist.⁶⁵⁹ In einem solchen Fall steht dem Krankenversicherungsträger ungeachtet des Umstands, dass er keine Beiträge abführt, ein Regressanspruch gegen den Ersatzpflichtigen zu. Bemessungsgrundlage ist dabei die Höhe der geringeren Sozialleistung, nicht aber das höhere Bruttoeinkommen, das der Geschädigte ohne Verletzung erzielt hätte.⁶⁶⁰ Entsprechendes gilt für die Pflegekasse wegen der Beiträge zur Pflegeversicherung.⁶⁶¹ Auch der Bund, der dem Träger einer Behindertenwerkstätte die Beiträge zur Rentenversicherung auf der Basis eines Durchschnittseinkommens erstattet, ohne dass die verletzte Person in der Behindertenwerkstätte tatsächlich Einkünfte in einer solchen Höhe erzielt, ist diesbezüglich nach § 179 Abs. 1a SGB VI regressberechtigt, sofern die verletzte Person ohne die vom Schädiger zu verantwortende Verletzung Rentenversicherungsbeiträge entrichtet hätte, wofür den Regressgläubiger freilich die Beweislast trifft.⁶⁶² Ein Anspruchsübergang auf den Bund findet

⁶⁵⁵Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1025.

⁶⁵⁶BGH NJW 2008, 1961: Beitragsregress insoweit betraglich begrenzt.

⁶⁵⁷BGH r + s 2011, 40 = SVR 2011, 139 (*J. Lang*).

⁶⁵⁸Das vom BGH (Rn. 12) verneint, von *J. Lang* (SVR 2011, 140) aber angenommen.

⁶⁵⁹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 974; *Küppersbusch/Höher* Rn. 626.

⁶⁶⁰*Küppersbusch/Höher* Rn. 626, Fn. 2090.

⁶⁶¹*Küppersbusch/Höher* Rn. 627.

⁶⁶²BGHZ 173, 169 = r + s 2007, 478 = zfs 2007, 681 (*Diehl*) = VRR 2007, 466 (*Zorn*).

freilich erst statt, wenn die Erstattungsleistungen erbracht worden sind.⁶⁶³ Wegen der Subsidiarität des § 119 SGB X geht ein Erstattungsanspruch des Bundes nach § 179 Abs. 1a SGB VI gleichwohl vor, was damit begründet wird, dass der Bund – anders als die gesetzliche Rentenversicherung – Beiträge zur Kompensation des Schadens geleistet hat.⁶⁶⁴ Ob der Verletzte im Zeitpunkt der Schädigung bereits Pflichtbeitragszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung nachweisen kann, ist ohne Bedeutung. Der in einer Behindertenwerkstätte Tätige ist unabhängig von der Erzielung eines Entgelts rentenversichert nach § 1 S. 1 Nr. 2a SGB VI.⁶⁶⁵ Unter Berufung auf den Wortlaut nimmt der BGH⁶⁶⁶ an, dass ein Anspruchsübergang insoweit erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung stattfindet, nicht aber wie bei § 116 SGB X im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses; Wertungsgesichtspunkte sprechen mE für einen Gleichklang mit § 116 SGB X. Macht ein Sozialversicherungsträger Kosten wegen der Beschäftigung in einer Behindertenwerkstätte geltend, seien diese nun vermehrte Bedürfnisse oder Teil des Erwerbsschadens, steht dem Verletzten daneben noch ein Anspruch auf Verdienstentgang zu. Auch bei Kumulierung dieser beiden Schadensposten kommt es zu keiner ungerechtfertigten Bereicherung des Verletzten.⁶⁶⁷

119

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei **konkurrierender Zuständigkeit von Sozialversicherungsträgern**, etwa der Kranken- und der Unfallversicherung, steht nur dem Sozialversicherungsträger nach § 116 SGB X ein Regressanspruch zu, der im Innenverhältnis zur Leistungserbringung letztlich verpflichtet ist; das ist gem. § 11 Abs. 4 SGB V im Verhältnis zur Krankenversicherung die Unfallversicherung. Der in Vorlage tretende Sozialversicherungsträger hat lediglich gem. § 105 SGB X einen Erstattungs- **bzw.** Bereicherungsanspruch gegen den, der letztlich leistungspflichtig ist, aber nicht einen Regressanspruch nach § 116 SGB X.⁶⁶⁸ Gem. § 117 SGB X wird der Ersatzpflichtige durch Leistung an jeden von diesen von seiner Schuld befreit.

(2) **Besonderheiten bei der Rentenversicherung – Beitragsregress nach § 119 SGB X**

120

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte	Beitragsregress nach § 119 SGB X	ff.

⁶⁶³ BGH VersR 2014, 1025 = zfs 2015 (*Diehl*) = LMK 2014, 361957 (*Dauck*); *Langenick/Lang* NZV 2019, 569 (570).

⁶⁶⁴ OLG Hamm BeckRS 2018, 38860; zustimmend *Langenick/Lang* NZV 2019, 569 ff. unter Hinweis darauf (574 f.), dass ein über den Regress nach § 179 Abs. 1a SGB VI zusätzlicher Regress des Rentenversicherers nach § 119 SGB X bei einem darüber hinausgehenden Erwerbsschaden in Betracht kommen kann.

⁶⁶⁵ BGH VersR 2015, 1140.

⁶⁶⁶ BGHZ 202, 1 = r + s 2014, 632 = LMK 2014, 361957 (*Dauck*) = zfs 2015 (*Diehl*).

⁶⁶⁷ BGH r + s 2015, 472 = LMK 2015, 373272 (*Dauck*).

⁶⁶⁸ OLG Rostock NZV 2005, 206.

Handlung		

Bei der **Krankenversicherung** erhält der Verletzte eine **gleich hohe Gegenleistung** unabhängig davon, ob für ihn geringe oder hohe Krankenversicherungsbeiträge entrichtet werden. Geht man davon aus, dass lediglich der Krankenversicherungsbeitrag, der nach der Höchstbemessungsgrundlage zu entrichten ist, kostendeckend ist, so handelt es sich dabei um ein Entgegenkommen des Sozialversicherungsträgers, bei dem rechtspolitisch fragwürdig ist, warum dies dem Ersatzpflichtigen zugutekommen soll. Der nunmehr in § 116 Abs. 2 Nr. 2 SGB X normierte Regressanspruch begrenzt das Ausmaß des Rückersatzes auf den sich aus der jeweiligen Sozialleistung ergebenden Prozentsatz, der typischerweise zu einem geringeren Betrag führt als bei Abstellen auf das höhere Bruttoeinkommen des Geschädigten, das dieser ohne Verletzung erzielt hätte.⁶⁶⁹ Ob der Verletzte im Zeitpunkt der Verletzung krankenversicherungspflichtig war, darauf kommt es nicht an; maßgeblich ist allein, ob er es ohne Verletzung geworden wäre.⁶⁷⁰

121

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei der **Rentenversicherung** gilt jedoch gem. § 119 SGB X eine gegenteilige Anordnung. Diese ist nur verständlich vor dem Hintergrund der nunmehr abgelösten BGH-Rechtsprechung⁶⁷¹ zur unfallfesten Position, weshalb diese kurz dargestellt werden soll. Diese ging von folgenden Überlegungen aus: Entrichtet der Verletzte wegen des verminderten oder gänzlich weggefallenen Erwerbseinkommens geringere Rentenversicherungsbeiträge, führt das möglicherweise später zu einer geringeren Altersrente. Dieser Schaden kann auf zweifache Weise ausgeglichen werden, nämlich durch Auffüllung der Rentenversicherungsbeiträge bis zu dem Betrag, der ohne Verletzung gezahlt worden wäre, oder durch Zahlung des Differenzbetrages ab Bezug der Altersrente. Der BGH hat dem Geschädigten die Möglichkeit eingeräumt, eine **Auffüllung der Beitragslücke** zu verlangen, sofern das Sozialversicherungsrecht eine solche Möglichkeit angeboten hatte⁶⁷² und das nicht wirtschaftlich unvernünftig war (§ 251 Abs. 2). Aufgrund des Sozialversicherungssystems konnte es zu Konstellationen kommen, bei denen die Rücksichtnahme auf die besondere Erwerbsbiografie des späteren Rentenberechtigten dazu führte, dass es für die spätere Höhe der Altersrente keinen oder nur einen ganz geringfügigen Unterschied machte, ob der Geschädigte für den Zeitraum nach der Verletzung weiterhin Rentenversicherungsbeiträge entrichtete oder nicht. Bestimmte beitragslose Zeiten wurden als Anrechnungs- bzw. Zurechnungszeiten berücksichtigt.⁶⁷³ Darüber hinaus führte ein Fehlen von

⁶⁶⁹ OLG Karlsruhe VersR 2001, 612.

⁶⁷⁰ *Küppersbusch/Höher* Rn. 766, *Fn.* 2396.

⁶⁷¹ BGHZ 116, 260 = NJW 1992, 509; BGHZ 129, 366 = NJW 1995, 1968; dazu *MüKoBGB⁷/Wagner* §§ 842, 843 *Rn.* 37.

⁶⁷² BGH NJW 1994, 131; *MüKoBGB⁷/Wagner* §§ 842, 843 *Rn.* 42.

⁶⁷³ *MüKoBGB⁷/Wagner* §§ 842, 843 *Rn.* 37; *Stelzer* VersR 1994, 518.

Versicherungszeiten wegen des Erreichens der Halbbelegung zu keiner oder einer bloß ganz geringfügigen Schmälerung der späteren Altersrente. Wenn das gegeben war, nahm der BGH eine unfallfeste Position an mit der Folge, dass weder der Geschädigte noch der Sozialversicherungsträger Ersatz solcher Rentenversicherungsbeiträge vom Ersatzpflichtigen verlangen konnte. Das im Sozialrecht angelegte Entgegenkommen gegenüber dem Versicherungsnehmer, in concreto dem verletzten Arbeitnehmer, führte somit im Ergebnis – mE entgegen der gesetzlichen Wertung des § 843 Abs. 4 – zu einer Entlastung des Ersatzpflichtigen. Bei Schadensfällen, die auf einer Verletzung vor dem 1.7.1983 beruhen, hat das nach wie vor praktische Bedeutung.⁶⁷⁴

122

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Gesetzgeber hat durch Schaffung des Beitragsregresses gem. § 119 SGB X in Verbindung mit § 62 SGB VI dem Rentenversicherungsträger die Möglichkeit eingeräumt, stets Regress in dem Umfang verlangen zu können, als ob es solche Regelungen, die dem Versicherungsnehmer aus sozialen Gründen entgegenkommen, nicht geben würde. Rechtstechnisch funktioniert der **Beitragsregress** gem. § 119 SGB X in der Weise, dass er **subsidiär** ist gegenüber dem Regress des Sozialversicherungsträgers gem. § 116 SGB X, der eine Sozialversicherungsleistung mit Lohnersatzfunktion erbringt, bei der Rentenversicherungsbeiträge abgeführt werden.⁶⁷⁵ Das gilt nicht nur dem Grund, sondern auch der Höhe nach.⁶⁷⁶ Im Klartext bedeutet das Folgendes: Führt ein Sozialversicherungsträger bei Erbringung einer Lohnersatzleistung auch Rentenversicherungsbeiträge an den Rentenversicherungsträger ab, bemessen sich diese aber nach der geringeren von ihm erbrachten Sozialleistung und nicht nach dem höheren Bruttoeinkommen, das der Geschädigte ohne Verletzung erzielt hätte, kann der Rentenversicherungsträger die Differenz an Rentenversicherungsbeiträgen zwischen dem Betrag, der sich aus der Sozialleistung und dem Bruttoeinkommen des Geschädigten ohne Verletzung ergibt, vom Ersatzpflichtigen verlangen.⁶⁷⁷ § 119 SGB X stellt für den Verletzten eine Naturalrestitution in Bezug auf seine Rentenversicherungsbeiträge dar.⁶⁷⁸

123

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ein solcher **Regressanspruch** besteht nunmehr unabhängig davon, ob der Verletzte eine unfallfeste Position erlangt hat und unabhängig davon, ob sich dadurch die Höhe der späteren

⁶⁷⁴LG Coburg NZV 2007, 629 (*Küppersbusch*).

⁶⁷⁵BGHZ 116, 260 = NJW 1992, 509; BGHZ 129, 366 = NJW 1995, 1968 = NZV 1995, 337 (*Nixdorf*); BGHZ 143, 344 = NJW 2000, 1338; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 119.

⁶⁷⁶Vgl. das instruktive Beispiel bei *Küppersbusch/Höher* Rn. 622.

⁶⁷⁷Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1024; *Küppersbusch/Höher* Rn. 779.

⁶⁷⁸BGH NZV 2016, 29.

Altersrente verändert.⁶⁷⁹ Abzustellen ist darauf, ob der Geschädigte ohne die Verletzung Rentenversicherungsbeiträge in dieser Höhe entrichtet hätte.⁶⁸⁰ Eine weitere Voraussetzung für einen solchen Rückersatzanspruch ist, dass die Rentenversicherungsbeiträge nicht im Wege des Regresses des Arbeitgebers nach § 6 EFZG oder § 116 SGB X verlangt werden und der Verletzte bereits pflichtversichert war oder vor der Verletzung bereits Pflichtbeitragszeiten nachgewiesen hat oder eine versicherungspflichtige Erwerbstätigkeit erstmals nach dem Unfall aufgenommen wurde und dann eine unfallbedingte Wiedererkrankung eintritt oder die Verletzungsfolgen fortbestehen.⁶⁸¹ Wird eine Person in eine Behindertenwerkstätte aufgenommen, ist damit eine Pflichtversicherung in der Rentenversicherung gegeben mit der Folge des künftigen Anspruchsübergangs nach § 119 SGB X, selbst wenn die Voraussetzungen für die Beschäftigung in der Behindertenwerkstätte in der Folge wegfallen.⁶⁸² Wechselt ein Arbeitnehmer unfallbedingt in das Beamtenverhältnis, steht dem Rentenversicherungsträger auch für den Zeitraum der Verbeamtung ein Regress nach § 119 SGB X zu;⁶⁸³ freilich hat eine Anrechnung des Vorteils zu erfolgen, dass der Beamte durch seine Tätigkeit ebenfalls einen Beitrag zu seiner Altersversorgung leistet. Maßstab der Anrechnung ist der Faktor, der anzuwenden wäre, wenn ein Beamter aus dem Beamtenverhältnis ausscheidet und seine bis dahin erworbenen Anwartschaften transferiert werden müssen in das System der gesetzlichen Altersversorgung.

124

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die – treuhänderische – Verfolgung solcher Ansprüche liegt ausschließlich in der Hand der **gesetzlichen Rentenversicherung**; bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Verletzten über das Ausmaß des insoweit zustehenden Erwerbsschadens hat es der BGH⁶⁸⁴ abgelehnt, dass die gesetzliche Rentenversicherung dem Verletzten eine Prozessführungsbefugnis einräumt, die darauf gerichtet ist, dass dieser Zahlung an die Rentenversicherung **bzw.** die Feststellung eines Anspruchs in diesem Ausmaß verlangt.⁶⁸⁵ Insoweit wurde der Verletzte auf Ansprüche gegen den Sozialversicherungsträger vor dem Sozialgericht verwiesen.⁶⁸⁶ Begründet hat der BGH dies damit, dass sich damit gem. § 399 Alt. 1 der Inhalt der Leistung verändere. Womöglich ging es

⁶⁷⁹BGH NJW 2000, 1338; NJW 1999, 3711; BGHZ 129, 366 = NJW 1995, 1968; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 14.

⁶⁸⁰*Küppersbusch/Höher* Rn. 764.

⁶⁸¹*Furtmayr*, Homburger Tage 2005, 43; *Luckey* VRR 2008, 404 (408); *Küppersbusch/Höher* Rn. 763; *Debudey* VGT 2013, 1, 6.

⁶⁸² BGH NZV 2016, 29.

⁶⁸³ BGH NJW 2008, 1961.

⁶⁸⁴ BGH NJW-RR 2004, 595.

⁶⁸⁵Ebenso apodiktisch *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (136): „Beiträge zur Rentenversicherung kann nur der Rentenversicherer vom Schädiger verlangen.“

⁶⁸⁶*Luckey* DAR 2015, 563 (566): Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage unter Betrugnahme auf LSG BW NJOZ 2007, 3373.

darum, die Zivilgerichte vor einer querulatorischen Inanspruchnahme durch den Verletzten zu schützen. Weshalb der Inhalt der Forderung verändert sein soll, wenn der Verletzte Zahlung an die gesetzliche Rentenversicherung verlangt, leuchtet aber mE nicht ein. Zudem ist es für eine Treuhänder charakteristisch, dass der Treuhänder in der Lage sein muss, bei Konsens mit dem Treugeber diesem die Anspruchsverfolgung zu übertragen. Schlussendlich ist zu bedenken, dass im Sozialrecht andere Anspruchsvoraussetzungen, etwa im Hinblick auf die Kausalität, gelten, so dass fraglich ist, ob dem Verletzten der ihm gebührende Rechtsschutz zuteilwird.

125

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Folgerichtig ist es immerhin, dass der Rentenversicherungsträger als Treuhänder die Regulierung des Beitragsregresses nicht ohne Rücksprache mit dem Verletzten vornehmen kann. Setzt der Verletzte gegenüber dem Ersatzpflichtigen den Erwerbsschaden bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres durch, reguliert der Rentenversicherungsträger den Beitragsregress aber bloß bis zur Vollendung des 63. Lebensjahres und verzichtet er gegenüber dem Ersatzpflichtigen rechtswirksam auf die Zeit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres, weshalb der Verletzte Einbußen bei der Altersrente erleidet, ist der Rentenversicherungsträger dem Verletzten ersatzpflichtig.⁶⁸⁷ Das gilt auch, wenn der Rentenversicherer den Beitragsregressanspruch verjähren lässt. Dann steht dem Verletzten ein Amtshaftungsanspruch gegen den Rentenversicherer nach § 839 zu, ohne dass er sich entgegenhalten lassen muss, davor einen sozialen Herstellungsanspruch oder einen Folgenbeseitigungsanspruch nach allgemeinem Verwaltungsrecht erhoben zu haben. Diese Rechtsbehelfe sind kein Rechtsmittel im Sinn von § 839 Abs. 3.⁶⁸⁸

126

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu betonen ist, dass sich der Verletzte durch den ohne seinen Antrag vom Rentenversicherungsträger durchzuführenden Beitragsregress nicht in Sicherheit wiegen sollte, dass damit seine **Altersversorgung** wie ohne schädigendes Ereignis gesichert ist.⁶⁸⁹ Die betriebliche Zusatzrente ist vom Beitragsregress nach § 119 SGB X nicht erfasst, so dass diesen Teil des Erwerbsschadens der **Verletzte selbst** gegenüber dem Ersatzpflichtigen **durchsetzen muss**. Darüber hinaus entstehen insbesondere dann **Defizite** gegenüber der ohne Verletzung bezogenen Altersrente, wenn sich der Verletzte für eine vorgezogene Altersrente oder eine Erwerbsminderungsrente bis zu dem für ihn maßgeblichen Renteneintrittsalter entscheidet. Schließlich besteht die Gefahr, dass der Rentenversicherungsträger nicht auf die Dynamik des Erwerbseinkommens achtet, so dass unzureichende Beiträge vom Ersatzpflichtigen verlangt und deshalb Defizite bei den Rentenanwartschaften entstehen. Achtet der mit der Regulierung betraute Geschädigtenanwalt darauf nicht, besteht die Gefahr, dass er wegen einer

⁶⁸⁷LG Landshut MittARGEVerkR 2007, 104 (*Furtmayr*).

⁶⁸⁸BGHZ 197, 375 = NJW 2013, 3237.

⁶⁸⁹Umfassend *Furtmayr*, Homburger Tage 2005, 43 ff.

Pflichtverletzung des Anwaltsvertrags dem Geschädigten für dessen Vermögensnachteil ersatzpflichtig wird.⁶⁹⁰ Die im Weg des Beitragsregresses nach § 119 SGB X von Rentenversicherer treuhänderisch eingezogenen Rentenbeiträge sind auch in den Versorgungsausgleich einzubeziehen.⁶⁹¹ Es stellt sich die – familienrechtliche – Frage, welche Auswirkungen auf den Versorgungsausgleich hat, wenn ein Beitragsregress nach § 119 SGB X nicht in Betracht kommt und Ansprüche erst zum Zeitpunkt des Antritts der Rente fällig werden. Es wäre wenig sachgerecht, wenn die Aufteilung zwischen den Ehegatten von dieser Modalität der Ersatzleistung im Schadensrecht abhängig wäre.

(3) Rechtspolitische Einschätzung des Regresses ohne Mittelabfluss beim Sozialversicherungsträger und dessen Reichweite

127

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In der zivilrechtlichen Literatur werden Bedenken gegenüber den Regressansprüchen der Sozialversicherungsträger angemeldet, soweit diesen solche zustehen, ohne dass dadurch die rechtliche Position des Geschädigten verbessert wird, so beim Beitragsregress nach § 119 SGB X⁶⁹² oder der Sozialversicherungsträger keine Beiträge an andere Sozialversicherungsträger abführt, weil er eine beitragsfreie Versicherung anbietet.⁶⁹³ Diese Sichtweise argumentiert lediglich aus der Perspektive des Individualschadens des Verletzten und berücksichtigt nicht die Besonderheiten des Sozialversicherungsrechts. Der Grundsatz, dass ein Entgegenkommen eines Dritten nach der Wertung des § 843 Abs. 4 den Schädiger nicht entlasten soll, muss auch im vorliegenden Zusammenhang gelten. Der Beitragsregress stellt lediglich den Zustand her, bei dem ohne Verletzung ein **volles Äquivalent für die Alterssicherung** geleistet worden wäre. Und wenn eine Abführung von Beiträgen an einen anderen Sozialversicherungsträger deshalb unterbleibt, weil der Sozialversicherungsträger, der normalerweise Empfänger eines bestimmten Sozialversicherungsbeitrags ist, zugleich derjenige ist, der die Leistung erbringt, wie das bei beitragsfreien Leistungen des Krankenversicherungsträgers der Fall ist, so dass insoweit auf ein In-sich-Geschäft verzichtet wird, ist nicht einzusehen, warum von einer solchen organisatorischen Zufälligkeit die Entlastung des Schädigers abhängig sein soll.

127a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wird eine Person verletzt und erleidet sie einen **Dauerschaden**, hat sie unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf eine **vorzeitige Altersrente** gemäß § 237 SGB VI oder eine **Erwerbsminderungsrente** gemäß § 43 SGB VI gegen die gesetzliche Rentenversicherung.

⁶⁹⁰ *Furtmayr*, Homburger Tage 2005, 43, 53.

⁶⁹¹ BGH NJW 2018, 1876 = NZFam 2018, 577 (*Bergmann*).

⁶⁹² Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 Rn. 14; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 39; Staudinger/Vieweg (2015) § 843 Rn. 119.

⁶⁹³ MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 39.

Sofern es sich um einen Arbeitsunfall gehandelt hat, steht ihr zusätzlich eine – lebenslange – **Verletztenrente** nach § 56 SGB VII gegen die gesetzliche Unfallversicherung zu. Nimmt die verletzte Person eine vorzeitige Altersrente oder eine Erwerbsminderungsrente in Anspruch, hat das Auswirkungen auf die Höhe ihrer Altersrente bei Erreichen des Renteneintrittsalters. Diese Rente setzt sich gemäß § 70 SGB VI unter anderem zusammen aus den Entgeltpunkten gemäß § 66 SGB VI und dem Zugangsfaktor nach § 77 SGB VI. Letzterer beträgt bei Antritt der Rente zum regulären Renteneintrittsalter 1,0. Bei Inanspruchnahme einer vorzeitigen Rente oder einer Erwerbsminderungsrente vor dem Renteneintrittsalter vermindert sich dieser um 0,003 je Monat der Inanspruchnahme der Rente vor dem Renteneintrittsalter. Die vom Gesetzgeber verfolgte Zielsetzung ist durchaus nachvollziehbar:⁶⁹⁴ Wer frühzeitig eine Rente in Anspruch nimmt, bezieht eine solche für einen längeren Zeitraum; darüber hinaus leistet er in der Phase von deren Bezug bis zum Zeitpunkt des regulären Renteneintrittsalters keine Beiträge mehr.⁶⁹⁵ Daher hat er Abschläge in Kauf zu nehmen, die bei Bezug der vorzeitigen Altersrente mit 18 % und der Erwerbsminderungsrente mit 10,8 % der Bruttorente gedeckelt sind, sich aber auch bei folgenden Renten wegen Todes fortsetzen.⁶⁹⁶ Möchte der Rentenbezieher das vermeiden, wird ihm das persönliche Gestaltungsrecht eingeräumt, bis zum Bezug der regulären Altersrente nach § 187a SGB VI einen Aufstockungsbetrag zu leisten, um diese Folge abzuwenden;⁶⁹⁷ bei einer Rente wegen Erwerbsminderung besteht kein solches Wahlrecht;⁶⁹⁸ in Betracht kommt allerdings eine Analogie.⁶⁹⁹ Zudem tritt diese Folge nicht ein, wenn der Berechtigte nach § 77 Abs. 3 Nr. 3 SGB VI die vorzeitige Altersrente nicht in Anspruch nimmt.

127b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Für den Fall, dass ein Schädiger einstandspflichtig ist, hat der Rentenversicherer im Wege des Leistungsregresses nach § 116 SGB X Anspruch auf **Ersatz der Aufwendungen für die vorzeitige Altersrente** vom Ersatzpflichtigen. Darüber hinaus steht dem Rentenversicherer als Treuhänder nach § 119 SGB X ein Anspruch auf **Ersatz der Rentenversicherungsbeiträge** zu, die der Geschädigte ohne Verletzung geleistet hätte, um einen „Rentenverkürzungsschaden“ abzuwenden.⁷⁰⁰ Der Verletzte wird damit rentenrechtlich so gestellt, als ob er bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres weitergearbeitet hätte.⁷⁰¹ In den letzten Jahren hat die gesetzliche Rentenversicherung ungeachtet des Umstands, dass sie damit vollen Ersatz erhalten hat, gleichwohl eine Kürzung bei Antritt zum Renteneintrittsalter vorgenommen, was zur Folge hatte, dass beim Verletzten ein restlicher Schaden verblieb;⁷⁰² und zwar in Form von Einbußen bei den

⁶⁹⁴ *Car VersR* 2018, 522 unter Hinweis auf die gleichzeitig steigende Lebenserwartung.

⁶⁹⁵ *H. Lang*, *JurisPR-VerkR* 6/2018 Anm. 1.

⁶⁹⁶ *Car VersR* 2016, 566 (567).

⁶⁹⁷ *Plagemann VersR* 2016, 879 (880); *Jahnke VersR* 2016, 1283 (1285).

⁶⁹⁸ *Car VersR* 2016, 566 (569).

⁶⁹⁹ *Car VersR* 2016, 566 (572); *ders.* *VersR* 2018, 522 (524).

⁷⁰⁰ *Car VersR* 2016, 566 (567).

⁷⁰¹ *Jahnke VersR* 2016, 1283 (1284).

⁷⁰² Zutreffend *Meyer NZS* 2014, 849 ff.

vor dem schädigenden Ereignis erworbenen Anwartschaften, dem „Rentenkürzungsschaden“.⁷⁰³ Einigkeit bestand, dass dieses Ergebnis dem Ausgleichsprinzip widerspricht und nicht der Direktgeschädigte damit belastet werden soll,⁷⁰⁴ der zwischen den Stühlen sitzt.⁷⁰⁵ Umstritten war, ob der Haftpflichtversicherer diesen Schaden zusätzlich auszugleichen hat (schadensrechtliche Lösung)⁷⁰⁶ oder der Rentenversicherer seine Leistungen anzupassen hat (rentenrechtliche Lösung). Gegen die schadensrechtliche Lösung spricht, dass dadurch der Schädiger mehr leisten muss als ohne Einschaltung des Rentenversicherers als Treuhänder nach § 119 SGB X; für die rentenrechtliche Lösung spricht der Umstand, dass bei Erstattung alle Nachteile die Versichertengemeinschaft der Sozialversicherten nicht zusätzlich belastet wird⁷⁰⁷ und Rentenbeiträge gezahlt werden, um eine Gegenleistung zu erhalten.⁷⁰⁸ Diese Frage liegt an der Schnittstelle von Haftpflichtrecht und Sozialversicherungsrecht, wobei nach § 118 SGB X die Entscheidungen des Sozialversicherungsträgers bzw. der Sozialgerichte für die Zivilgerichte bindend sind.

127c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In einem konkreten Fall ging es darum, dass der Verletzte, für dessen Unfall ein Haftpflichtiger in vollem Umfang einstandspflichtig war, von März 2006 bis April 2010 eine vorzeitige Altersrente bezog; als 1949 Geborener galt für ihn die Regelaltersgrenze von 65 Jahren. Die Steigerung aufgrund der in dieser Phase einbezahlten Rentenversicherungsbeiträge betrug mehr als 100 EUR, wobei die Entgeltpunkte mit dem Faktor 1,0 gewichtet wurden;⁷⁰⁹ infolge des Bezugs der vorzeitigen Altersrente wurden die bis dahin angesammelten Entgeltpunkte mit dem Faktor 0,847 (Abzug von 15,3 %) gewichtet, was einen monatlichen Abschlag von 196 EUR bedeutete.⁷¹⁰ Der Direktgeschädigte verklagte den Schädiger auf diese Differenz.⁷¹¹ Der BGH⁷¹² sprach aus, dass es letztlich auf das Vermögensminus beim Verletzten ankommt, ein nach § 249 ersatzpflichtiger

⁷⁰³ *Car VersR* 2016, 566 (567); weitergehend zu Unrecht *Jahnke VersR* 2016, 1283, der behauptet, dass auch die nach dem Schadensereignis nach § 119 SGB X eingezogenen Beiträge unberücksichtigt geblieben seien, was unzutreffend ist.

⁷⁰⁴ *Car VersR* 2017, 559 (560); *Wenning NZS* 2017, 305; zur Größenordnung *Meyer NZS* 2014, 849 (851): Im Beispielfall bei einem Mann ca 28.000 EUR, bei einer Frau 33.700 EUR.

⁷⁰⁵ So zutreffend *Jahnke VersR* 2016, 1283.

⁷⁰⁶ Eine solche Lösung erwägend *Car VersR* 2016, 566 (570).

⁷⁰⁷ *Plagemann VersR* 2016, 879 (880).

⁷⁰⁸ *Jahnke VersR* 2016, 1283 (1287).

⁷⁰⁹ *Plagemann VersR* 2016, 879.

⁷¹⁰ *Plagemann VersR* 2016, 879 (880).

⁷¹¹ *Jahnke*, jurisPR-VerkR 9/2017 Anm. 2 sieht das Klagebegehren als unschlüssig an und verweist auf die Anwaltshaftung. Das ist mE allerdings kein Fall der Anwaltshaftung. Selbst der BGH hat auf die abschließende Entscheidung des BSG verwiesen. Im Nachhinein schlau zu sein, ist immer einfach; so richtig und überzeugend das Ergebnis auch ist, hätte es auch anders ausgehen können.

⁷¹² BGH *VersR* 2017, 557 (*Car*) = *NZS* 2017, 302 (*Wenning*) = jurisPR-VerkR 9/2017 Anm. 2 (*Jahnke*).

Rentenkürzungsschaden nicht verneint werden könnte, wenn der Verletzte nach sozialversicherungsrechtlichen Grundsätzen gleichwohl eine Kürzung seiner Rente im Vergleich zu seiner Vermögenssituation ohne Schädigung hinnehmen müsste, und nicht allein darauf, dass dessen Rentenbeitragskonto kein Minus aufweist.⁷¹³ Zudem verwies er darauf, dass die sozialrechtliche Vorfrage, ob gegen die gesetzliche Rentenversicherung ein Anspruch auf eine ungekürzte Altersrente bestehe, nicht vom BGH, sondern vom BSG zu entscheiden sei. An sich sei in solchen Fällen das Verfahren bis zum Vorliegen dieser Entscheidung auszusetzen. Im konkreten Fall konnte der BGH aber in der Sache entscheiden, weil der Verletzte eine lebenslange zum Erwerbsschaden sachlich kongruente Verletztenrente bezog, bei der der Erwerbsschaden schon im Zeitpunkt der Verletzung auf die gesetzliche Unfallversicherung nach § 116 SGB X übergegangen war⁷¹⁴ und deren Höhe über die strittige Differenz der Altersrente hinausging. Die Aktivlegitimation des Verletzten war damit jedenfalls zu verneinen. Nach § 117 SGB X bestand Gesamtgläubigerschaft zwischen der Rentenversicherung und der gesetzlichen Unfallversicherung.

127d

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Verletzte hatte zudem die gesetzliche Rentenversicherung verklagt und verlangt, die ungekürzte Altersrente zu erhalten, weil der Haftpflichtige sowohl die vorzeitige Altersrente nach § 116 SGB X erstattet als auch die Beiträge nach § 119 SGB X geleistet hatte. Das BSG⁷¹⁵ gab dem Begehren statt und begründete dies unter Bezugnahme auf § 77 Abs. 3 Nr. 3 SGB VI, auch wenn das der Wortlaut der Norm nicht abdeckt;⁷¹⁶ das BSG sah eine planwidrige Regelungslücke vorliegen.⁷¹⁷ Wenn der Rentenversicherer sowohl die vorzeitige Rente erstattet erhalte als auch weiterhin Rentenversicherungsbeiträge, wird der Verletzte – und mittelbar auch die Rentenversicherung – so gestellt, als habe der Verletzte die vorzeitige Rente nicht in Anspruch genommen.⁷¹⁸ Auf das Wahlrecht des Versicherungsnehmers nach § 187a SGB VI, wonach dieser eine Kürzung der Altersrente wegen vorzeitiger Inanspruchnahme einer Altersrente abwenden könne, kommt es nicht mehr an. Sich für ein solches zu entscheiden, ist entbehrlich, wenn er ohnehin vollen Ersatz erhält;⁷¹⁹ um den Verletzten darüber zu beraten, muss der Geschädigtenanwalt über die hier geschilderten Details Bescheid wissen. Das spielt indes dann eine Rolle, wenn die Haftung wegen eines Mitverschuldens gekürzt ist. Ob der Verletzte davon Gebrauch macht, was auch in begrenztem Umfang möglich ist, liegt allerdings allein bei ihm. Für den nicht gedeckten Schaden gibt es allerdings keinen Regress. Bei nicht voller Haftung des

⁷¹³ So aber *Jahnke* VersR 2016, 1283 (1285).

⁷¹⁴ *Jahnke* VersR 2016, 1283/290.

⁷¹⁵ BSG VersR 2018, 570 = NZS 2018, 653 (*Mey*) = SGB 2018, 651 (*Ruland*) = JurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 1 (*H. Lang*).

⁷¹⁶ *Wenning* NZS 2017, 305; *H. Lang*, JurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 1.

⁷¹⁷ Zustimmung *H. Lang*, JurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 1: Gordischen Knoten dogmatisch überzeugend gelöst.

⁷¹⁸ *Jahnke* VersR 2016, 1283 (1285).

⁷¹⁹ Skeptisch gegenüber einem umfassenden Ersatz in allen diesen Fällen *Lachner* DAR 2018, 609 (612).

Ersatzpflichtigen sind noch weitere Detailfragen offen;⁷²⁰ die Grundsatzfrage ist aber mit den auf einander abgestimmten Entscheidungen des BGH und des BSG geklärt.

128

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In der Rechtsprechung wird aber die Eigenart des Beitragsregresses nach § 119 SGB X zum Teil auch überschätzt. So wird bei diesem einerseits die Anwendung des Familienhaftpflichtprivilegs abgelehnt,⁷²¹ andererseits wird ein Regress auch gegenüber dem Entschädigungsfonds gem. § 12 PflVG bejaht, der bloß dann anzuwenden ist, wenn es um einen Personenschaden des Geschädigten selbst geht, nicht aber bei Regressansprüchen des Sozialversicherungsträgers.⁷²² Beide Unterschiede gegenüber einem sonstigen Regressanspruch sind mE nicht zu billigen. Denn für das Ausmaß der Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen soll es keinen Unterschied machen, ob ein Arbeitgeber nach § 6 EFZG bzw. ein Sozialversicherungsträger nach § 116 SGB X Rentenversicherungsbeiträge einzieht oder mangels einer solchen Leistung ein ergänzender Rückgriffsanspruch des Rentenversicherungsträgers besteht. Wenn im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch kein Rentenversicherungsverhältnis bestand, kommt es zum Regress nach § 119 SGB X erst mit Abführung der ersten Rentenversicherungsbeiträge, was auch bei Tätigwerden in einer Behindertenwerkstätte der Fall sein kann mit der Folge, dass der Verletzte durch einen Abfindungsvergleich darüber disponieren und den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers vereiteln kann.⁷²³ Soweit der Verletzte keine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit ausübt bzw. ausgeübt hat, wird er darauf verwiesen, den späteren Rentenverkürzungsschaden geltend zu machen. Nicht einmal die Verwendung der Mittel für eine (Sozial-)Versicherung, um einen möglichen künftigen Schaden aufzufangen, wird zugelassen,⁷²⁴ was mE bedenklich ist, weil damit dem Verletzten auferlegt wird, nachzuweisen, um wieviel dereinst sein Rentenanspruch geringer ausgefallen wäre, eine probatio diabolica.

(4) Beschränkung des Regresses durch das Angehörigenprivileg (§ 116 Abs. 6 SGB X)

129

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁷²⁰ *Car* VersR 2017, 559 (561): Hinweis auf Rechtskraft des Bescheids der Rentenversicherung, dann lediglich Anspruch gegen den Haftpflichtigen möglich; *Ruland* SGB 2018, 655 (656): Auch bei der vorgezogenen Rente keine Abschläge berechtigt; Appell an den Gesetzgeber, für eine Klarstellung zu sorgen; *Mey* NZS 2018, 657 (658): Abschlag bei der Regelaltersrente im prozentualen Verhältnis; *H. Lang*, JurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 1 Hinweis auf zahlreiche offene Folgefragen; händelbare Umsetzung in die Regulierungspraxis alles andere als einfach; ähnlich *Car* VersR 2018, 522 (524 ff.), insbesondere (525 f.) die Diskrepanz des ersatzfähigen Erwerbsschadens und des Rentenverlaufs.

⁷²¹ BGHZ 216, 149 = NZV 2018, 133 (*Martin*) = jurisPR-MedizinR 2/2018 Anm. 1 (*Plagemann*) = jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1 (*Jahnke*) = VersR 2018, 830 (*Höher*) = r + s 2018, 43 (*Lemcke*) = LMK 2018, 402631 (*Kreße*) = JA 2018, 226 (*Hager*); BGHZ 106, 284 = NJW 1989, 2217; *Rischar* VersR 1998, 27 ff.; *Pardey* Rn. 1531.

⁷²² BGH VersR 2000, 427; kritisch dazu Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 119.

⁷²³ *Zickfeld*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsform 2012, 45 (51).

⁷²⁴ BGHZ 87, 181 = NJW 1983, 1669; LG Münster NJW-RR 2011, 1593.

Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Regressbeschränkung durch Angehörigenprivileg	ff.

Sowohl das Privatversicherungsrecht (§ 86 Abs. 3 VVG) als auch das Sozialversicherungsrecht (§ 116 Abs. 6 SGB X) kennen ein Angehörigenprivileg.⁷²⁵ Nach § 116 Abs. 6 SGB X wird dem Sozialversicherungsträger, der eine Leistung an den Geschädigten erbringt, bei nicht vorsätzlicher Schädigung, wobei sich der Vorsatz auf Schadensfolge beziehen muss,⁷²⁶ ein Rückgriff gegen den Familienangehörigen, der mit dem Anspruchsinhaber in häuslicher Gemeinschaft lebt, versagt. § 86 Abs. 3 VVG verzichtet dabei auf das Erfordernis des Familienangehörigen. Der BGH legt auch § 116 Abs. 6 SGB X so aus.⁷²⁷ Der darin zum Ausdruck kommende Grundgedanke wird auch auf solche Legalzessionsnormen erstreckt, bei denen der Gesetzgeber diese Konstellation nicht bedacht hat, so etwa bei § 81a Abs. 1 S 1 BVG und § 5 OEG.⁷²⁸ Für das Angehörigenprivileg gibt es zwei Gründe:⁷²⁹ Geschädigter und Schädiger leben aus einer Kasse, so dass bei Zubilligung eines Rückgriffsanspruchs mit der einen Hand genommen würde, was mit der anderen gegeben wurde. Dazu kommt ein zweiter Gesichtspunkt. Es ist dem häuslichen Frieden abträglich, wenn innerhalb der Familie Rechtsstreitigkeiten vor Gericht ausgetragen werden müssten.

130

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Eine **häusliche Gemeinschaft** ist gegeben bei einem auf gewisse Dauer beabsichtigten Zusammenleben mit überwiegend gemeinschaftlicher Haushaltsführung.⁷³⁰ Die Eigenschaft als **Familienangehöriger** ist gegeben, wenn Geschädigter und Schädiger verwandt oder verheiratet sind bzw. durch Adoption eine solche Verbindung hergestellt worden ist. Die Familienangehörigeneigenschaft ist auch zu bejahen bei einer gleichgeschlechtlichen

⁷²⁵ *Groß* DAR 1999, 337 (344); Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 116.

⁷²⁶ BGH BeckRS 2011, 20327.

⁷²⁷ BGHZ 196, 122 = VersR 2013, 520 = jurisPR-VerkR 11/2013 Anm. 1 (*H. Lang*) = LMK 2013, 345111 (*Hilbig-Lugani*).

⁷²⁸ BGH BeckRS 2011, 20327: kein Rückgriffsanspruch gegen den das Kind fahrlässig verletzenden Vater.

⁷²⁹ *Pardey* Rn. 1592; *Küppersbusch/Höher* Rn. 636.

⁷³⁰ *Küppersbusch/Höher* Rn. 641; zu den durchaus maßvollen Anforderungen, wenn Vater und Mutter im Sinn des Scheidungsrechts in der gleichen Wohnung getrennt leben und abwechselnd das gemeinsame Kind betreuen BGH BeckRS 2011, 20327: Bejahung der Haushaltsgemeinschaft gegenüber dem Kind. Noch weitergehend BVerfG NJW 2011, 1793: Bejahung einer häuslichen Gemeinschaft zwischen Kind und dem auswärts wohnenden Vater, wenn dieser häufigen Umgang mit dem Kind hat.

Lebenspartnerschaft.⁷³¹ Eine Haushaltsgemeinschaft zu bejahen ist bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft,⁷³² wenn eine gewisse Verfestigung eingetreten ist,⁷³³ was jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn ein gemeinsames Kind in dieser betreut wird.⁷³⁴ Das BVerfG⁷³⁵ hat das sogar gegenüber dem Elternteil bejaht, bei dem das Kind nicht wohnt, wenn ein ständiger Umgang gegeben ist. Das Bestehen eines gemeinsamen Kindes wurde auch alternativ für ausreichend angesehen.⁷³⁶ Nach § 116 Abs. 6 S. 2 SGB X ist es ausreichend, wenn die Voraussetzungen (Familienangehörigeneigenschaft sowie häusliche Gemeinschaft) erst nach dem schädigenden Ereignis gegeben sind. Diese Norm dient dem Schutz von Verlobten, wobei das Verlöbnis im Zeitpunkt der Schädigung noch nicht bestanden haben muss.⁷³⁷ Eine Eheschließung nach erfolgter Zahlung des Ersatzpflichtigen führt aber nicht dazu, dass dieser die erbrachte Leistung zurückverlangen kann.⁷³⁸

131

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Umstritten ist, ob das Familienhaftpflichtprivileg auch dann anzuwenden sein soll, wenn für den Schädiger ein **Haftpflichtversicherer einstandspflichtig** ist. Bei der Kfz-Haftpflichtversicherung kommt hinzu, dass in solchen Fällen dem Geschädigten ein Direktanspruch nach § 115 VVG gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer zusteht. Für eine Anwendung des Familienhaftpflichtprivilegs spricht der Wortlaut des § 116 Abs. 6 SGB X, der diesbezüglich nicht unterscheidet, sowie das Trennungsprinzip, wonach der Haftpflichtversicherer nur dann einstandspflichtig ist, wenn auch der Ersatzpflichtige leisten müsste.⁷³⁹ Für eine teleologische

⁷³¹ *Küppersbusch/Höher* Rn. 640.

⁷³² Eine solche bejahend auch bei studentischen Lebens- sowie Wohngemeinschaften *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1220).

⁷³³ Zu den Kriterien *Gail* SVR 2017, 241 ff.

⁷³⁴ OLG Brandenburg VersR 2002, 839 zu § 86 Abs. 3 VVG; zustimmend *Küppersbusch/Höher* Rn. 639; zu weiteren Fällen *Lachner* DAR 2018, 609 (611).

⁷³⁵ BVerfG NJW 2011, 1793.

⁷³⁶ OLG Rostock NJW-RR 2008, 695 = jurisPR-VerkR 2/2008 Anm. 5 (*H. Lang*) mit Besprechungsaufsatz *Dahm* NZV 2008, 551.

⁷³⁷ BGH NJW 1977, 108; OLG Köln VersR 1991, 1237; *Küppersbusch/Höher* Rn. 642; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 117.

⁷³⁸ OLG Rostock NJW-RR 2008, 695 = jurisPR-VerkR 2/2008 Anm. 5 (*H. Lang*) mit Besprechungsaufsatz *Dahm* NZV 2008, 551. Das OLG Rostock stellt auf den Zeitpunkt der Zahlung ab; maßgeblich ist mE freilich der einer getroffenen Regulierungsvereinbarung oder eines rechtskräftigen Urteils.

⁷³⁹ *Plagemann* NZV 1998, 94 (95 ff.); diese Rechtsprechung bestätigend BGHZ 216, 149 = NZV 2018, 133 (*Martin*) = jurisPR-MedizinR 2/2018 Anm. 1 (*Plagemann*) = jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1 (*Jahnke*) = VersR 2018, 830 (*Höher*) = r + s 2018, 43 (*Lemcke*) = LMK 2018, 402631 (*Kreße*) = JA 2018, 226 (*Hager*).

Reduktion⁷⁴⁰ im Fall der Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers spricht der Zweck der Regressbeschränkung sowie das schadensrechtliche Ausgleichsprinzip. Weder wird die Familienkasse geschmälert noch ist der Frieden der Familie gefährdet. Der von *Armbrüster*⁷⁴¹ erwähnte (mögliche) Rückstufungsschaden bei Inanspruchnahme des Haftpflichtversicherers ist im Verhältnis zu den Größenordnungen bei (schweren) Personenschäden eine quantität negligeeable.

132

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Unterschied zwischen § 86 Abs. 3 VVG und § 116 Abs. 6 SGB X besteht darüber hinaus darin, dass § 86 Abs. 3 VVG zwar einen **Anspruchsübergang** zulässt, aber ein Regressverbot ausspricht, während nach § 116 Abs. 6 SGB X bereits der Anspruchsübergang versagt wird. Was zunächst wie eine bloße Konstruktionsfrage aussieht, hat in der Praxis weitreichende Auswirkungen. Das führt dazu, dass der Geschädigte bei § 116 Abs. 6 SGB X sowohl die Sozialleistung in Anspruch nehmen kann als auch den angehörigen Schädiger bzw., was in der Praxis sehr viel bedeutsamer ist, dessen Haftpflichtversicherer. Im Ergebnis kommt es, soweit Leistungen sachlich kongruent sind, zu einer – ansonsten stets verpönten – Doppelliquidation beim Geschädigten, zu der es nach § 86 Abs. 3 VVG deshalb nicht kommt, weil insoweit der Anspruch auf den Versicherer übergeht, der Geschädigte somit gerade die Aktivlegitimation verliert. Das hatte der BGH⁷⁴² bereits in einem Fall der Pflegeversicherung so entschieden und dabei zwar Unbehagen artikuliert, aber sich damit beruhigt, dass solche Fälle nicht häufig seien, weshalb auch kein Bedarf für ein Einschreiten des Gesetzgebers gegeben sei. In einer neueren Entscheidung⁷⁴³ hat er dieses Judiz aber mittelbar bestätigt, wengleich er den konkreten Fall – mit beachtlichem konstruktiven Aufwand unter Berufung auf § 242 BGB – gegenteilig entschieden hat; ausschlaggebend war, dass der BGH den in § 86 Abs. 3 VVG angeordneten Regressverzicht nicht analog auf § 116 Abs. 6 SGB X angewendet hat, weil der Wortlaut eindeutig sei und der Gesetzgeber in Kenntnis des Unterschieds keine Anlassung vorgenommen habe, der BGH sich zu einer richterlichen Rechtsfortbildung nicht legitimiert sah.⁷⁴⁴ Es ging um folgenden Sachverhalt: Die Sozia auf einem Motorrad wurde schwer verletzt; einstandspflichtig waren der

⁷⁴⁰ *Schirmer* DAR 1988, 289 ff.

⁷⁴¹ *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1219).

⁷⁴² BGHZ 190, 131 = NJW 2011, 3715 = SGB 2012, 279 (*von Koppenfels-Spies*); BGHZ 146, 108 = NJW 2001, 754; dazu *van Bühren* EWiR 2001, 183; BGHZ 133, 192 = NJW 1996, 2944 = LM § 852 BGB Nr. 137 (*Schiemann*); zustimmend *Rischar* VersR 1998, 27 (29 f.); *Schiemann* Anm. zu BGH LM § 852 BGB Nr. 137; *Plagemann* NZV 1998, 94 ff.; *ders.* NZV 2000, 417; ablehnend *Halfmeier/Schnitzler* VersR 2002, 11 (14).

⁷⁴³ BGHZ 216, 149 = NZV 2018, 133 (*Martin*) = jurisPR-MedizinR 2/2018 Anm. 1 (*Plagemann*) = jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1 (*Jahnke*) = VersR 2018, 830 (*Höher*) = r + s 2018, 43 (*Lemcke*) = LMK 2018, 402631 (*Kreße*) = JA 2018, 226 (*Hager*).

⁷⁴⁴ *Lang/Jahnke* VersR 2017, 927 (928): „Unsaubere Formulierung“ bei Schaffung von § 116 Abs. 6 SGB X; Kritisch *Jahnke* jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1: Angehörigenprivileg war schon immer Richterrecht; *Hager* JA 2018, 226, 228: Analogie zhu § 86 Abs. 3 VVG; wohlwollend indes *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1220): BGH schreckt „verständlicherweise“ vor Analogie zu § 86 Abs. 3 VVG zurück.

Ehemann als Halter nach § 7 StVG sowie der Lenker eines Kfz nach § 823 Abs. 1. Im Innenverhältnis der beiden Ersatzpflichtigen sollte die Kfz-Haftpflichtversicherung des Kfz-Lenkens den Schaden endgültig tragen. Wenn bei einer solchen Konstellation die Verletzte die Kfz-Haftpflichtversicherung des Halters des Motorrads in Anspruch nimmt, ist das rechtsmissbräuchlich und stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar; sie vereitelt dadurch in treuwidriger Weise (§ 242) den Regress des Sozialversicherers nach § 116 SGB X. Denn wenn die Verletzte vom Kfz-Haftpflichtversicherer des Kfz-Lenkens Ersatz verlangen kann, ist nichts mehr vorhanden, worauf der Sozialversicherer zugreifen kann; der Anspruch ist ungeachtet der Sozialleistung bei der Verletzten verblieben. Sie könnte auf diese Weise die sachlich kongruente Sozialleistung und den insoweit bestehenden Schadensersatz kumulieren. Wenn im Innenverhältnis der beiden Schädiger der Kfz-Lenker den Schaden endgültig zu tragen hat, ist das aber nicht hinzunehmen, weil es sich um eine Verfügung unmittelbar zulasten des Sozialversicherungsträgers sowie der Versichertengemeinschaft handelte. Die verletzte Person müsste daher das vom Haftpflichtversicherer Erlangte herausgeben, weil ein Gesamtschuldnerausgleich zwischen Sozialversicherer und Kfz-Haftpflichtversicherern mangels Gesamtschuld und Gleichstufigkeit nicht in Betracht kommt.⁷⁴⁵ Um einen Wettlauf der Gläubiger zu verhindern, ob zuerst die Geschädigte den Kfz-Haftpflichtversicherer des angehörigen Schädigers oder der Sozialversicherer den Kfz-Haftpflichtversicherer des Kfz-Lenkens in Anspruch nimmt, wodurch jeweils die Ersatzpflicht erlischt, hat der BGH den Anspruch des Verletzten in dieser Fallkonstellation auf Null reduziert. Es handelt sich um keinen Fall einer gestörten Gesamtschuld, bei der es um den Schutz des Drittschädigers geht; in concreto geht es aber um den Schutz des Sozialversicherers als Regressgläubiger. Gäbe es keinen Drittschädiger, sondern würde allein der Familienangehörige bzw. dessen Haftpflichtversicherung eintreten, bleibt es dabei, dass der Verletzte doppelt liquidieren kann. Dass das Ergebnis wenig sachgerecht ist, darüber besteht Einigkeit. Zum Teil wird an der BGH-Entscheidung wütende Kritik mit beachtlicher verbaler Schärfe⁷⁴⁶ angebracht, zum Teil aber für die Entscheidung des BGH auch Verständnis aufgebracht.⁷⁴⁷ Misslich ist gewiss, dass die unterschiedliche Zuständigkeit von Ministerien und die unzureichende Abstimmung von § 87 Abs. 3 VVG und § 116 Abs. 6 SGB zu einer auch unter Gleichheitsgesichtspunkten zwischen privat und sozialversicherten fragwürdigen Differenzierung führt,⁷⁴⁸ ganz abgesehen davon, dass das Ergebnis wenig nachvollziehbar ist, dass ein Verletzter Sozialleistung und Ersatzleistung des Schädigers kumulieren kann, wenn allein ein Familienangehöriger haftet, er diesen „unverdienten“ Vorteil der Doppelliquidation verliert, wenn ein weiterer Schädiger dazu kommt, der im Innenverhältnis den Nachteil endgültig tragen muss.⁷⁴⁹ Dass auch der Schädiger über einen erhöhten Unterhalt oder eine reduzierte eigen Unterhaltungspflicht davon profitiert, wird als zusätzlich anstößig empfunden.⁷⁵⁰ Insoweit hat der BGH schon in Vorgänger-Entscheidung die

⁷⁴⁵ Kritisch dazu *Hager* JA 2018, 226 (228).

⁷⁴⁶ *Martin* NZV 2018, 140: „ohne Not Rechtsunsicherheit“; „macht das oberste Gericht einen schlechten Job“; „fehlt jede sozialpolitische qualifizierte Begründung“; *Jahnke* jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1: „den (!) Gesetzgeber gibt es nicht“; „BGH hat ein Fass ohne Boden aufgemacht“.

⁷⁴⁷ *Armbrüster* NJW 2018, 1218, 1221: „Fall ist überzeugend gelöst.“

⁷⁴⁸ *Lang/Jahnke* VersR 2017, 927 (929); *Plagemann*, jurisPR-MedizinR 2/2018 Anm. 1: absurdes Ergebnis; *Lemcke*, r + s 2018, 50; auf einen Verstoß gegen Art. 3 GG hinweisend *Höher* VersR 2018, 830 (832).

⁷⁴⁹ *Lemcke* r + s 2018, 50; *Kreße* LMK 2018, 402631.

⁷⁵⁰ *Jahnke* jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1.

wirtschaftliche Tragweite verkannt, sind doch solche Ansprüche immer dann gegeben, wenn ein Familienangehöriger als Insasse eines Fahrzeugs verletzt wird, wobei seit 1.8.2002 eine solche Haftung auch nach dem StVG gegeben ist. Auch die Ausnahme, dass ein solcher Rückgriffsanspruch einem Sozialhilfeträger gewährt wird,⁷⁵¹ ist inkonsequent und kann auch nicht mit der Subsidiarität der Sozialhilfe gem. § 2 SGB XII erklärt werden. Denn ein solcher Nachrang kann nicht dazu führen, dass wegen § 116 Abs. 6 SGB X nicht bestehende Regressansprüche dadurch erst geschaffen werden. So verständlich das Ergebnis im Einzelfall sein mag, so hat eine Problemlösung im Grundsätzlichen zu erfolgen. Wenn der Gesetzgeber nicht tätig wird,⁷⁵² sollte das Problem nochmals überdacht und gegenteilig entschieden werden, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob dem Geschädigten ein Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer zusteht oder der Geschädigte nur auf den Deckungsanspruch des Ersatzpflichtigen gegen seinen Haftpflichtversicherer zugreifen kann.⁷⁵³

(5) Kürzung des Regressanspruchs

(a) Quotenvorrecht des Verletzten versus relative Theorie

133

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Anspruchskürzungen	ff.

Es gibt Konstellationen, bei denen der Schadensersatzanspruch des Geschädigten nicht in vollem Umfang gegeben bzw. durchsetzbar ist. Wenn auch die Drittleistung nicht den gesamten Schaden abdeckt, stellt sich folgendes **Konkurrenzproblem**.⁷⁵⁴ Der Geschädigte erhält jedenfalls die **Drittleistung**. In welchem Ausmaß soll er aber darüber hinaus vom **Schädiger** Ersatz verlangen können? Wenn ihm der Vorrang bis zur Deckung des gesamten Schadens gebührt und ein Regressanspruch des Drittleistenden nur in Bezug auf den Rest gegeben ist, wird das als Quotenvorrecht des Geschädigten bezeichnet. Wenn hingegen in Bezug auf den durch die Drittleistung nicht gedeckten Rest des Geschädigten eine anteilige Aufteilung zwischen ihm und dem Drittleistenden vorgenommen wird mit der Folge, dass der Drittleistende mit dieser Quote sich von seiner erbrachten Leistung beim Ersatzpflichtigen regressieren kann, spricht man von relativer Theorie.⁷⁵⁵ Das Quotenvorrecht führt zu einer Bevorzugung des Geschädigten, die

⁷⁵¹BGHZ 133, 192 = NJW 1996, 2933; bestätigt durch BGH BeckRS 2011, 20327; zustimmend *Rischar* VersR 1998, 27 ff.; ablehnend *Schiemann* Anm. zu BGH LM § 852 BGB Nr. 137; daran festhaltend aber BGHZ 216, 149 = NZV 2018, 133 (*Martin*) = jurisPR-MedizinR 2/2018 Anm. 1 (*Plagemann*) = jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1 (*Jahnke*) = VersR 2018, 830 (*Höher*) = r + s 2018, 43 (*Lemcke*) = LMK 2018, 402631 (*Kreße*) = JA 2018, 226 (*Hager*).

⁷⁵²Für eine Änderung de lege ferenda *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1221); *Halfmeier/Schnitzler* VersR 2002, 11 (17); *Deinhardt* VersR 1984, 697 (702).

⁷⁵³ Für eine Ausklammerung des Angehörigenprivilegs auf den Direktanspruch gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer indes *Kreße* LMK 2018, 402631.

⁷⁵⁴ Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 110.

⁷⁵⁵ Dazu ein konkretes Beispiel bei *Küppersbusch/Höher* Rn. 650.

relative Theorie berücksichtigt demgegenüber stärker die Interessen des Dritteleistenden. Beim Regress des Sozialversicherungsträgers kommen beide Ausprägungen vor:

(b) Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens oder Zurechnung der Betriebsgefahr – relative Theorie⁷⁵⁶

134

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Trifft den Geschädigten ein Mitverschulden oder ist sein Anspruch deshalb zu kürzen, weil er sich die Betriebsgefahr anrechnen lassen muss, ist gem. § 116 Abs. 3 SGB X die relative Theorie anzuwenden.⁷⁵⁷ Ein vom Geschädigten zu verantwortendes Verhalten ist Ursache dafür, dass ihm lediglich ein gekürzter Anspruch zusteht, so dass der Sanktionsgedanke dazu führt, dass anders als beim Regress des Arbeitgebers gem. § 6 Abs. 3 EFZG und dem des Dienstherrn bei einem verletzten Beamten gem. § 76 BBG (ehemals § 87a BBG), § 52 BRRG aF und deren Umsetzung in die einzelnen Landesgesetze sowie § 30 SoldG die Interessen des regressberechtigten Sozialversicherungsträgers stärker berücksichtigt werden.⁷⁵⁸ Im Fall der Pflegebedürftigkeit sind sämtliche Sozialversicherungsleistungen sachlich kongruent, so dass eine Abspaltung von Betreuungsleistungen in der Nacht nicht in Betracht kommt.⁷⁵⁹ Lediglich in dem Fall, in dem der Geschädigte wegen des konkurrierenden Regressanspruchs des Sozialversicherungsträgers sozialhilfeberechtigt würde, hat der Regress des Sozialversicherungsträgers zurückzutreten. Sachgerecht ist eine Beschränkung des Regressrechts des Sozialversicherungsträgers, soweit gewährleistet ist, dass der Geschädigte gerade nicht sozialhilfeberechtigt wird;⁷⁶⁰ pragmatische Gründe mögen dafür sprechen, in solchen Fällen die Regeln des Quotenvorrechts des Geschädigten anzuwenden.⁷⁶¹

(c) Quotenvorrecht – Kürzung des Anspruchs wegen Betragsbeschränkung der Haftung oder Scheiterns der tatsächlichen Durchsetzung

135

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁷⁵⁶Vom Problem der Konkurrenz des Anspruchs des Geschädigten und des Regressanspruchs des Dritteleistenden bei Mitverschulden ist zu unterscheiden, in welchem Ausmaß der Geschädigte Einkünfte aus einer Erwerbstätigkeit, die er in Erfüllung der Schadensminderungspflicht erzielt, sich anrechnen lassen muss; anders als beim Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 hat beim Erwerbsschaden keine vorrangige Anrechnung der Einkünfte auf die Quote, die durch die Haftung des Schädigers nicht gedeckt ist, zu erfolgen; so BGH NJW-RR 1992, 1050 = LM § 252 BGB Nr. 56 (*Grunsky*); zustimmend Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 *Rn.* 29; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 842 *Rn.* 6.

⁷⁵⁷BGHZ 146, 84 = NJW 2001, 1214.

⁷⁵⁸Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 *Rn.* 14.

⁷⁵⁹BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*): Pflegebedürftigkeit im Ausmaß von 17 Stunden, davon 6 während der Nacht.

⁷⁶⁰*Deinhardt* VersR 1984, 697 (701); *v. Maydell/Breuer* NJW 1984, 23 (26); Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 *Rn.* 114.

⁷⁶¹*Küppersbusch* VersR 1983, 193 (200 f.).

--	--	--

Sowohl bei summenmäßigen Haftungsbeschränkungen, etwa infolge der Haftungshöchstbeträge nach § 12 StVG, als auch bei faktischen Durchsetzungshindernissen,⁷⁶² weil über das Vermögen des Schuldners das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, gilt gem. § 116 Abs. 2 und 4 SGB X ein Quotenvorrecht des Geschädigten.⁷⁶³ Der Sozialversicherungsträger erlangt nur insoweit ein Regressrecht, als der Geschädigte durch die Drittleistung und den zusätzlichen Schadensersatzanspruch vollen Ersatz erhalten hat.⁷⁶⁴ Das Quotenvorrecht gilt dabei nicht bloß für kongruente Ansprüche.⁷⁶⁵ Das bedeutet, dass ein Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers nur dann in Betracht kommt, wenn zuvor sämtliche Ansprüche des Geschädigten, auch die, für die keine zeitlich und sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen erbracht werden, wie etwa das Schmerzensgeld, befriedigt worden sind. Soweit es zu einer Konkurrenz zwischen einer Haftungsbeschränkung wegen Mitverschuldens und eines Haftungshöchstbetrags kommt, ist grundsätzlich die relative Theorie – mit gewissen Modifikationen – anzuwenden.⁷⁶⁶ Sollte nach der relativen Theorie die Haftungshöchstgrenze überschritten werden, ist eine anteilige Kürzung vorzunehmen, um eine gleichmäßige Verteilung der Unterdeckung zu bewirken.⁷⁶⁷ Hinzuweisen ist darauf, dass bei einer Pflichtversicherung, insbesondere der Kfz-Haftpflichtversicherung, gem. § 118 Abs. 1 VVG der Verletzte mit seinen Ansprüchen Vorrang genießt vor Regressansprüchen Dritter.

c) Konkurrenz zwischen dem Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers und des Arbeitgebers

136

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Regressansprüche, Konkurrenz	

Die Regressansprüche des Arbeitgebers und der Sozialversicherungsträger sind grundsätzlich in der Weise aufeinander abgestimmt, dass zunächst der Arbeitgeber das Entgelt fortzuzahlen hat und anschließend Sozialleistungen zu erbringen sind, die typischerweise betraglich weniger ausmachen als das bis dahin fortgezahlte Entgelt, wie das etwa beim Krankengeld der Fall ist.

⁷⁶² *Waltermann* NJW 1996, 1644 (1648).

⁷⁶³ *Pardey* Rn. 1627.

⁷⁶⁴ *Waltermann* NJW 1996, 1644 (1647).

⁷⁶⁵ BGHZ 135, 170 = NJW 1997, 1785; zustimmend *Elsner* zfs 1999, 276 (277); *Gitter* JZ 2001, 716 (717); *Greger/Otto* NZV 1997, 292 (293); Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 113; aA *Lange/Schiemann*, § 11 C II 7 b.

⁷⁶⁶ BGHZ 146, 84 = NJW 2001, 1214; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 112.

⁷⁶⁷ BGH NJW 2007, 370 = zfs 2007, 322 (*Diehl*); BGHZ 146, 84 = NJW 2001, 1214; v. *Olshausen* VersR 2001, 936 (939); *Groß* DAR 1999, 337 (344); Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 111.

Mitunter kommt es aber zu einem Konkurrenzverhältnis, wenn wegen eines Dauerschadens der Sozialversicherungsträger eine Rente zu zahlen hat, die auch schon während der Entgeltfortzahlung geschuldet ist. Zudem ist das so, wenn der Arbeitnehmer zunächst gesundet, in der Folge jedoch unfallkausal abermals erkrankt und bei fortbestehendem Bezug der Sozialrente Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat. Wegen des früheren Anspruchsübergangs nach § 116 SGB X gegenüber dem nach § 6 EFZG genießt der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers Vorrang.⁷⁶⁸ Darüber hinaus ergibt sich ein Konkurrenzverhältnis zwischen dem Sozialversicherungsträger, der für die Heilbehandlungskosten aufkommt, und dem Arbeitgeber. Bei den Heilbehandlungskosten ist die ersparte häusliche Verpflegung anzurechnen. Diesbezüglich nimmt der BGH aber an, dass dem Sozialversicherungsträger ein Regressanspruch in Bezug auf den Erwerbsschaden zusteht. Wegen des früheren Zeitpunkts des Anspruchsübergangs, nämlich im Zeitpunkt der Verletzung zugunsten des Sozialversicherungsträgers gegenüber dem Zeitpunkt der tatsächlichen Erbringung der Leistung zugunsten des Arbeitgebers, kommt der BGH⁷⁶⁹ zu dem Ergebnis, dass in solchen Fällen der Regress des Sozialversicherungsträgers Vorrang genießt.

d) Restlicher Erwerbsschaden des Verletzten

137

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	restlicher Erwerbsschaden	

Soweit der Verletzte weder durch die Entgeltfortzahlung noch durch Leistungen von Sozialversicherungsträgern Ersatz in Höhe des erlittenen Erwerbsschadens erlangt hat, ist er selbst zur **Geltendmachung des Restbetrags** legitimiert. Hinsichtlich der Rentenversicherungsbeiträge ist das wegen § 119 SGB X freilich nur insoweit der Fall, als der Geschädigte weder im Zeitpunkt der Verletzung noch in weiterer Folge ein Versicherungsverhältnis begründet, bei dem Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung abzuführen sind.⁷⁷⁰ Soweit das nicht der Fall ist, verbleiben diese Anspruchsteile beim Geschädigten, der insoweit befugt ist, einen Abfindungsvergleich zu schließen.⁷⁷¹ Sofern der Geschädigtenanwalt das nicht erkennt und auf die Absicherung nach § 119 SGB X vertraut, macht er sich regresspflichtig. Sofern der Geschädigte ohne Verletzung für seine Alterssicherung durch Entrichtung von Prämien an einen Privatversicherer gesorgt hat, kann er deren Fortzahlung verlangen.⁷⁷² Ihm steht aber auch das Wahlrecht zu, erst bei Antritt der Altersrente die

⁷⁶⁸BGH NJW-RR 2009, 455; *Luckey* DAR 2015, 566.

⁷⁶⁹BGH NJW 1984, 2628 mit berechtigter Kritik daran von *Kleb-Braun* NJW 1985, 663; kritisch auch *Erman*¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 13; bloß referierend *Küppersbusch/Höher* Rn. 116; *Staudinger/Vieweg* (2015) § 843 Rn. 130.

⁷⁷⁰Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1058; *MüKoBGB*⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 42.

⁷⁷¹*Burmann/Heß* NJW 2016, 200 (202).

⁷⁷²AA wohl *MüKoBGB*⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 42, der den Geschädigten außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung zwingend auf den Differenzschaden bei Bezug der Altersrente verweist; vgl. dazu auch *Hänlein* NJW 1998, 105.

verletzungsbedingte Einbuße geltend zu machen. Bei Beschäftigung in einer Behindertenwerkstätte, die darauf gerichtet ist, die verbliebene Arbeitskraft zu aktivieren, primär aber der Wiederherstellung eines dem Lebenszuschnitt ohne schädigendes Ereignis möglichst nahe kommenden Zustands zu bewirken, steht zwar der Bundesagentur für Arbeit ein Regressanspruch für deren Aufwendungen zu; daneben besteht aber ein Anspruch des Verletzten wegen dessen Erwerbsschadens.⁷⁷³ Das dem Verletzten gezahlte Ausbildungsgeld muss sich dieser auch nicht auf den Erwerbsschaden anrechnen lassen.⁷⁷⁴

2. Beamter

138

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Besonderheiten bei Beamten	ff.

Das Verhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn weist bei einer von einem Dritten zu verantwortenden Verletzung vielerlei **Parallelen zu einem Arbeitsverhältnis** auf, so etwa in Bezug auf die Kategorien der Begrenzung des Regresses durch die sachliche und zeitliche Kongruenz⁷⁷⁵ oder die Anrechnung von Ersparnissen auf den Erwerbsschaden,⁷⁷⁶ unterscheidet sich aber doch auch in mancherlei Hinsicht: Ein bloß terminologischer Unterschied besteht darin, dass ein Arbeitnehmer ein Arbeitseinkommen erzielt, während ein Beamter vom Dienstherrn alimentiert wird;⁷⁷⁷ sachliche Unterschiede sind im Schadensrecht damit nicht verbunden. Im Beamtenrecht findet eine Annäherung an die Rechtslage wie bei der Entgeltfortzahlung des Arbeitnehmers statt, so etwa in Bezug auf ein umfassendes Quotenvorrecht,⁷⁷⁸ unabhängig davon, ob eine nicht vollständige Durchsetzung des Anspruchs gegen den Drittschädiger auf Mitverschulden,⁷⁷⁹ Verstoß gegen die Schadensminderungsobligiertheit nach dem schädigenden Ereignis,⁷⁸⁰ einem Haftungshöchstbetrag oder nicht ausreichendem der Zwangsvollstreckung unterworfenem Vermögen bei diesem beruht.⁷⁸¹ Zu einem **Anspruchsübergang** kommt es im Beamtenrecht gem. § 76 BBG (ehemals § 87a BBG), § 30 Abs. 3 SoldG bzw. § 52 BRRG aF

⁷⁷³ BGHZ 206, 136 = r + s 2015, 472 = LMK 2015, 373272 (*Dauck*).

⁷⁷⁴ *Dauck* LMK 2015, 373272: Keine dem Lebensunterhalt dienende (Rumpf-)Ausbildungsvergütung oder Berufsausbildungsbeihilfe, sondern ein aliud mit sozialpolitischer (Taschengeld-)Funktion.

⁷⁷⁵ Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 *Rn.* 144.

⁷⁷⁶ BGH VersR 1986, 463; *Küppersbusch/Höher* *Rn.* 739.

⁷⁷⁷ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 *Rn.* 918.

⁷⁷⁸ *Luckey* DAR 2015, 563 (567).

⁷⁷⁹ Anders beim Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 116 Abs. 3 SGB X.

⁷⁸⁰ *Luckey* DAR 2015, 563 (567).

⁷⁸¹ BGH NZV 1989, 268; OLG Celle BeckRS 2007, 00337; OLG Hamm zfs 2002, 475; *Jahnke* jurisPR-VerkR 2010/2 Anm. 2; *Küppersbusch/Höher* *Rn.* 650, 748; *Pardey* *Rn.* 1613 f.

bzw. deren Umsetzung in die jeweiligen Landesgesetze wie nach § 116 SGB X zu dem Zeitpunkt, zu dem eine Inanspruchnahme nicht völlig unwahrscheinlich ist, sofern zu diesem Zeitpunkt das Beamtenverhältnis bestanden hat.⁷⁸² Bei nachträglicher Begründung des Beamtenverhältnisses erfolgt der Anspruchsübergang, wie im Sozialversicherungsrecht, im Zeitpunkt der späteren Begründung.⁷⁸³ Der Umstand, dass die Entgeltfortzahlungspflicht des Dienstherrn für einen wesentlich längeren Zeitraum besteht als beim Arbeitnehmer,⁷⁸⁴ führt dazu, dass für einen längeren Zeitraum ähnliche Regeln wie beim Arbeitgeberregress anzuwenden sind,⁷⁸⁵ führt aber zu keinen strukturellen Unterschieden. Befindet sich ein Beamter im Sabbatjahr, hat er somit die Dienstfreistellung durch vorangehende Mehrleistungen verdient, steht dem Dienstherrn kein Regressanspruch zu.⁷⁸⁶ Folgerichtig muss daher der Regressanspruch des Dienstherrn in der Ansparphase im Verletzungsfall und Einstandspflicht eines Dritten aliquot höher sein. Nicht anzuwenden sind diese Grundsätze auf Lehrer während der Ferien, da diese mit Unterrichtsvor- und Nachbereitung beschäftigt sind und sich fortbilden; und auch nicht für Professoren an der Universität in ihrem Forschungssemester, weil es sich insoweit um eine Dienstleistung mit Nutzen für den Dienstherrn handelt.

139

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Beamte entrichtet keine Sozialversicherungsbeiträge, so dass er einen **Rentenschaden** grundsätzlich erst im Zeitpunkt des Antritts der Alterspension geltend machen kann. Erwägenswert könnte freilich sein, dem Dienstherrn einen Regress für die von ihm gebildeten Rückstellungen einzuräumen.⁷⁸⁷ Ob er diesbezügliche Aufzeichnungen führt oder nicht, davon sollte die Ersatzfähigkeit nicht abhängig sein, wenngleich für jede Schätzung nach § 287 ZPO greifbare Anhaltspunkte vorhanden sein müssen. Nachdem der BGH⁷⁸⁸ bei einem Arbeitsverhältnis die Bildung von Rückstellungen für ausreichend erachtet hat, um einen Rückgriff des Arbeitgebers zu bejahen, sollte beim Dienstherrnregress des Beamten nicht anders verfahren werden. Der Unfallausgleich wird ermittelt nach dem Ausmaß der Minderung der Erwerbsfähigkeit, ist aber sachlich kongruent lediglich in Bezug auf die vermehrten Bedürfnisse.⁷⁸⁹

⁷⁸² Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 142.

⁷⁸³ BayObLG VersR 1987, 992.

⁷⁸⁴ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 **Rn.** 920.

⁷⁸⁵ *Küppersbusch/Höher* **Rn.** 737.

⁷⁸⁶ OLG Stuttgart VersR 2018, 1453 = NZV 2018, 529 (*Liborius*) = HAVE 2019, 60 (*Ch. Huber*) = JurisPR-VerKR 22/2018 Anm. 3 (*Jahnke*).

⁷⁸⁷ AA BGH VersR 1982, 1193; *Küppersbusch/Höher* **Rn.** 733.

⁷⁸⁸ BGHZ 139, 167 = NJW 1998, 3276 = LM § 249 (A) BGB Nr. 115 (*Löwisch*) = JR 1999, 190 (*Preis/Rolfs*).

⁷⁸⁹ BGH NJW 2010, 927 = jurisPR-VerKR 2010/2 Anm. 2 (*Jahnke*).

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ob der Dienstherr Regress wegen der von ihm verletzungsunabhängig erbrachten **Beihilfeleistungen** verlangen kann, war umstritten.⁷⁹⁰ Der BGH⁷⁹¹ hat das mE zu Unrecht abgelehnt: Ob der Dienstherr für Erkrankungen, die nicht auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen sind, Beihilfeleistungen erbringt oder dem Beamten einen bestimmten Betrag ausbezahlt, damit dieser sich selbst versichern kann, macht wirtschaftlich keinen Unterschied. Während bei einem Arbeitnehmer auch der Krankenversicherungsbeitrag, der dieses Risiko abdeckt, regressfähig ist, wird dem Dienstherrn ein solcher Rückgriffsanspruch – zu Unrecht – versagt.⁷⁹² Der BGH hat sich zwar mit diesem Argument auseinander gesetzt, es aber schlussendlich mit der Begründung verworfen, dass es ansonsten passieren könnte, dass es auf diese Weise zu einer Belastung des Schädigers kommen könne, die weit über die Krankenversicherungsprämie hinausgehe. Das ist zwar zutreffend, vermag aber das erzielte Ergebnis nicht zu tragen. Vielmehr ist das die Folge des Umstands, dass der Dienstherr in der Lage ist, selbst als Versicherer aufzutreten. Wie besonders hohe Belastungen vorkommen mögen, wird es umgekehrt auch passieren, dass so mancher besonders geringe Beihilfeansprüche erhebt. Die diesbezügliche Belastung oder Entlastung des Ersatzpflichtigen davon abhängig zu machen, ob der Dienstherr das Risiko auf einen Versicherer auslagert oder selbst als Versicherer tätig wird, ist keinesfalls einleuchtend. Die Ersatzpflicht ist freilich zeitlich insofern zu begrenzen, als ein Regress ausscheidet, wenn der Beamte verletzungsunabhängig aus dem aktiven Erwerbsleben ausgeschieden wäre.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Während Sozialrenten häufig steuerfrei sind, unterliegen die fortgezahlten Bezüge des Beamten ebenso wie seine Versorgungsbezüge uneingeschränkt der **Einkommensteuer**.⁷⁹³ Freibeträge sind freilich zu beachten.⁷⁹⁴

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁷⁹⁰ Ablehnend *Schmalz*/ VersR 1998, 210; befürwortend OLG Frankfurt / M. VersR 1997, 1297; ähnlich OLG Koblenz VRS 92, 280.

⁷⁹¹ BGH VersR 2003, 330; Vorentscheidung OLG Nürnberg VersR 2002, 592; dazu *Ebener/Schmalz* VersR 2002, 594; zustimmend *Küppersbusch/Höher* Rn. 741.

⁷⁹² Wie der BGH zu Unrecht auch *Luckey* DAR 2015, 563 (567): „natürlich“ nur solche Beihilfeleistungen übergangsfähig, die zur Behandlung unfallbedingter Erkrankungen aufgewendet werden.

⁷⁹³ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 922.

⁷⁹⁴ BGH NJW-RR 1992, 1050 = LM § 252 BGB Nr. 56 (*Grunsky*).

Die Entscheidung, in der durch Bescheid ausgesprochen wird, dass der Beamte wegen seiner Dienstunfähigkeit in den **vorzeitigen Ruhestand** versetzt wird, ist als Verwaltungsakt für den Haftpflichtprozess bindend.⁷⁹⁵ Freilich ist der Einwand denkbar, dass sich der Beamte schuldhafterweise dagegen nicht ausreichend zur Wehr gesetzt hat.⁷⁹⁶ Darüber hinaus ist der Beamte verpflichtet, wie jeder andere Arbeitnehmer seine **Restarbeitskraft** zu verwerten, weil ihm ansonsten ein Verstoß gegen die **Schadensminderungspflicht** gem. § 254 Abs. 2 vorgeworfen und sein Schadensersatzanspruch entsprechend gekürzt wird.⁷⁹⁷ Auswirkungen werden sich freilich häufig nicht beim Verletzten selbst einstellen, sondern beim Dienstherrn. Wegen des Quotenvorrechts des Beamten wirkt sich ein solcher Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht erst dann aus, wenn der gekürzte Schadensersatzanspruch weniger ausmacht als die Differenz zwischen den Bezügen während der aktiven Erwerbstätigkeit und den Versorgungsbezügen.⁷⁹⁸ Soweit es um unfallbedingt unterlassene Beförderungen geht, sind die daraus resultierenden Erwerbseinbußen vom Beamten selbst gegenüber dem Ersatzpflichtigen geltend zu machen.⁷⁹⁹ Das gilt auch für Einbußen bei der Pension,⁸⁰⁰ weil das Beamtenrecht – wegen des Fehlens von Renten- **bzw.** Pensionsversicherungsbeiträgen – eine dem § 119 SGB X entsprechende Norm nicht kennt.

3.Arbeitsloser

143

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden bei Arbeitslosen	ff.

Wird eine Person verletzt, die zu diesem Zeitpunkt arbeitslos war, stellt sich die Frage, ob diese Person einen **Erwerbsschaden geltend machen kann**. War der Geschädigte zwar im Zeitpunkt der Verletzung arbeitslos, hätte er in der Folge aber eine Beschäftigung gefunden, hat er Anspruch auf einen Erwerbsschaden, wobei ihm die Beweiserleichterungen gem. § 252 S. 2 BGB

⁷⁹⁵ OLG München BeckRS 2011, 11164; OLG Celle BeckRS 2007, 00337; OLG Schleswig VersR 2006, 938 = SVR 2005, 471 (*Schröder*); OLG Koblenz NJW-RR 1997, 1455; OLG Karlsruhe VersR 1998, 115; *Luckey* VRR 2006, 364 (370); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 923.

⁷⁹⁶ OLG München NZV 1997, 518; *Dunz* VersR 1984, 905 (906).

⁷⁹⁷ BGH NJW 1984, 354; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 925; zur ausnahmsweisen Beachtlichkeit bloß beim Dienstherrn: BGH NJW 2010, 927 = jurisPR-VerkR 2010/2 Anm. 2 (*Jahnke*): Früherer Einsatz eines verletzten Beamten im Innendienst möglich.

⁷⁹⁸ OLG Celle BeckRS 2007, 00337; OLG Karlsruhe VersR 1998, 1115; OLG Frankfurt / M. NZV 1993, 471; *Küppersbusch/Höher* Rn. 746; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 926.

⁷⁹⁹ *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (142).

⁸⁰⁰ *Luckey* VRR 2008, 404 (409).

sowie § 287 ZPO zugutekommen,⁸⁰¹ (Näheres → [Rn. 10](#)). Handelt es sich um einen **Privatier**, der im Verletzungszeitpunkt nicht gearbeitet hat und das auch in Zukunft nicht hätte tun wollen, steht diesem kein Erwerbsschaden zu, weil die – potenzielle – Arbeitskraft als solche keinen Vermögenswert hat. Handelt es sich um eine Person, die **arbeitslos** ist und Arbeitslosengeld I (§ 117 SGB III) **bzw.** Arbeitslosengeld II (§ 19 SGB II) bezieht, wird dieses im Verletzungsfall – wie beim Arbeitseinkommen – während eines Zeitraums von sechs Wochen fort entrichtet (§ 126 SGB III, § 25 SGB II); danach wird, ebenfalls wie beim Arbeitseinkommen, vom Krankenversicherungsträger Krankengeld gezahlt (§§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 2a, 47b SGB V).⁸⁰² Der BGH⁸⁰³ bejaht zu Recht einen Erwerbsschaden des Verletzten und einen Regress des Bundesagentur für Arbeit gem. § 116 SGB X.⁸⁰⁴ Voraussetzung für den Anspruch auf Arbeitslosengeld ist immerhin, dass der Bezieher arbeitsfähig ist und bei Vorhandensein einer Stelle in der Lage ist, diese wahrzunehmen.⁸⁰⁵ Daran ist er durch die vom Schädiger zu verantwortende Verletzung gehindert. Deshalb ist es folgerichtig, dass sowohl bei Fortzahlung des Arbeitslosengeldes I **bzw.** des Arbeitslosengeldes II⁸⁰⁶ als auch der anschließenden Zahlung von Krankengeld gem. § 44 SGB VI **bzw.** einer Erwerbsunfähigkeitsrente gem. § 43 SGB VI ein Regress des jeweiligen Sozialversicherungsträgers bejaht wird, nicht aber bei Leistung von Sozialhilfe.⁸⁰⁷ Dass das Arbeitslosengeld II keine Lohnersatzfunktion hat, spielt dabei keine Rolle. Es besteht zwar kein Unterschied zur Sozialhilfe bezüglich der Höhe, weil beide Leistungen bedarfsorientiert sind; allerdings wird das Arbeitslosengeld II gewährt für die Bereitschaft zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt, wodurch der Anspruchsteller durch die Verletzung gehindert wurde.⁸⁰⁸

4. Selbstständig Erwerbstätiger

a) Keine abstrakte, sondern konkrete Schadensberechnung

144

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden bei Selbstständigen	ff.

⁸⁰¹BGH NJW 1997, 937; BGH NJW 1991, 2422; [Pardey Rn. 2119](#); van Bühren/Lemcke/Jahnke/[Jahnke](#) Teil 4 [Rn. 1062](#).

⁸⁰²[Küppersbusch/Höher Rn. 165](#).

⁸⁰³BGHZ 176, 109 = NJW 2008, 2185 = JZ 2008, 1112 ([Ch. Huber](#)) = r + s 2008, 356 ([Lemcke](#)) = LMK 2008, 264450 ([Dauck](#)) = SVR 2008, 420 ([J. Lang](#)) = jurisPR-BGHZivilR 2008/14 Anm. 3 ([Ebert](#)) = jurisPR-SozR 2008/20 Anm. 6 ([Luik](#)); BGHZ 90, 334 (336) = NJW 1984, 1811.

⁸⁰⁴Zu Unrecht ablehnend für das Arbeitslosengeld II OLG Köln r + s 2009, 435.

⁸⁰⁵[Pardey Rn. 2120](#).

⁸⁰⁶BGH NJW 2014, 303 = LM 2013, 350540 ([Dauck](#)).

⁸⁰⁷Unzutreffend insoweit OLG Köln VersR 2000, 869, das einen Regressanspruch nach § 116 SGB X auch bei Bezug von Sozialhilfe bejaht.

⁸⁰⁸BGH NJW 2014, 303 = LM 2013, 350540 ([Dauck](#)).

Wird eine Person verletzt, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, besteht die besondere Schwierigkeit darin, den **künftigen Erwerbsschaden** verlässlich zu ermitteln. Während der Arbeitnehmer für die Bereitstellung seiner Arbeitskraft entlohnt wird, ist der Arbeitskrachteinsatz eines Selbstständigen von einer entsprechenden Nachfrage auf dem Markt abhängig.⁸⁰⁹ Dazu kommt, dass Gegenleistungen für seine Tätigkeit in unregelmäßigen Abständen und häufig mit einer gewissen Zeitverzögerung erfolgen.⁸¹⁰ Diesen Bewertungsschwierigkeiten könnte man ausweichen, wenn man eine abstrakte Bewertung der Arbeitskraft vornehmen würde. Verschiedene Spielarten wären dabei vorstellbar. All diese lehnt die hM⁸¹¹ aber ab, und zwar sowohl eine Anknüpfung an die allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sozialversicherungsrecht,⁸¹² auch in Kombination mit dem Tagesumsatz,⁸¹³ der sich aus der Vergangenheit errechnet,⁸¹⁴ als auch eine Abgeltung nach dem Stundenlohn einer Ersatzkraft mit der Qualifikation des Verletzten.⁸¹⁵ Vielmehr kommt es auf die konkreten Auswirkungen der Verletzung im Vermögen des jeweils Geschädigten an. Das gilt auch, sofern ein Sozialversicherungsträger wegen sachlich kongruenter Leistungen sich nach § 116 SGB X regressiert.⁸¹⁶ Als Ansatzpunkte kommen in Betracht der Vergleich mit dem in den letzten 3 bis 5 Jahren erzielten Gewinn, den konkreten Aufträgen bzw. Geschäften, die entgehen oder den Kosten für eine eingestellte Ersatzkraft.⁸¹⁷

b) Geringe Anforderungen an das Beweismaß – § 252 S. 2 BGB, § 287 ZPO

145

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Beweismaß	ff.

⁸⁰⁹Pardey Rn. 2348 ff.

⁸¹⁰Prototypisch der Diplomchemiker-Fall BGHZ 54, 45 = NJW 1970, 1411, der heute wohl gegenteilig entschieden würde.

⁸¹¹BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (*Schiemann*); NJW 1993, 2673; KG BeckRS 2011, 05677 = zfs 2011, 141 (*Diehl*); MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 44; *Küppersbusch/Höher* Rn. 139.

⁸¹²OLG Karlsruhe SP 2005, 374.

⁸¹³OLG Celle BeckRS 2010, 61: Ablehnung der Berechnung des Erwerbsschadens eines Physiotherapeuten unter Zugrundelegung des maximal möglichen Tagesumsatzes.

⁸¹⁴OLG Koblenz SP 2006, 349.

⁸¹⁵Prototypisch OLG Saarbrücken VersR 2000, 985: Anwalt, der seinen Beruf nicht ausübt, kann seinen Erwerbsschaden nicht nach fiktivem Stundenhonorar berechnen; für eine abstrakte Berechnung *Grunsky* DAR 1988, 400 (403 f.); vgl. OLG Koblenz VersR 1991, 194: Immerhin Anhaltspunkt für die Schätzung des entgangenen Gewinns.

⁸¹⁶BGH NJW 2010, 1532 = jurisPR-VerKR 14/2010 Anm. 2 (*H. Lang*) = SVR 2010, 462 (*J. Lang*): Abweisung eines Regressanspruchs der gesetzlichen Unfallversicherung, weil bloßer Vortrag der eigenen Aufwendungen, aber keine wie immer gearteten Anhaltspunkte für eine Schätzung nach § 287 ZPO.

⁸¹⁷*Höke* NZV 2016, 10 (12).

Bei Arbeitnehmern ergeben sich Prognoseprobleme in Bezug auf ihre Aufstiegsmöglichkeiten⁸¹⁸ oder bei solchen, deren Erwerbsbiografie nicht kontinuierlich verläuft. Bei selbstständig Erwerbstätigen sind die **Unwägbarkeiten hinsichtlich der künftigen Entwicklung** ungleich größer. Selbst wenn die selbstständige Tätigkeit bereits einige Jahre ausgeübt wird, ist das keine Garantie, dass sich ein solcher Erfolg wie in der Vergangenheit auch in der Zukunft eingestellt hätte. Noch schwieriger ist eine derartige Prognose, wenn eine solche Tätigkeit erst angelaufen ist⁸¹⁹ oder überhaupt bloß beabsichtigt ist.⁸²⁰ Der BGH ist daher großzügig und begnügt sich damit, dass der Geschädigte möglichst präzise Anknüpfungstatsachen vorträgt,⁸²¹ wobei gem. § 252 S. 2 und § 287 ZPO auch die Anforderungen an die Darlegungslast herabgesetzt sind.⁸²² Die pauschale Bescheinigung des Steuerberaters zu einem Gewinnausfall ist indes nicht genug.⁸²³ Selbst wenn der Vortrag des Geschädigten nicht ausreichend ist, wird der Tatrichter dazu angehalten, nach Gesichtspunkten Ausschau zu halten, um eine völlige Versagung jeglichen Erwerbsschadens abzuwenden.⁸²⁴ Gerade bei einem selbstständig Erwerbstätigen verlangt er aber auch eine substantiierte Darlegung solcher Tatsachen unter Einschluss der Geschäftsentwicklung nach dem Unfall,⁸²⁵ insbesondere bei anwaltlicher Vertretung auch ohne besonderen Hinweis des Gerichts;⁸²⁶ fehlt es daran, kommt es zur Abweisung des Begehrens.⁸²⁷ Viel hängt vom anwaltlichen Geschick und dem jeweiligen Vorbringen ab.⁸²⁸ Typischerweise verfügen die Ersatzpflichtigen (Haftpflichtversicherer) über die versierteren und erfahreneren

⁸¹⁸KG NZV 2005, 315: Infolge 5-monatiger Arbeitsunfähigkeit verpasster Karrieresprung vom Vertriebsmitarbeiter zum Bezirksdirektionsassistenten. Hinweis des Gerichts, dass nicht plausibel sei, warum unfallkausale Vereitelung des beruflichen Aufstiegs, wenn weiterhin Möglichkeit der Tätigkeit als Vertriebsmitarbeiter – keine Bedachtnahme darauf, dass **Matthias Platzek** zwar nicht in der Lage war SPD-Vorsitzender zu sein, wohl aber Ministerpräsident des Landes Brandenburg.

⁸¹⁹BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (**Schiemann**): Versicherungsmakler.

⁸²⁰BGH NJW 1998, 1633: Fußballtrainer im Nebenberuf.

⁸²¹BGH VersR 1998, 770; NJW 1995, 1023; NJW 1993, 2673; NJW-RR 1992, 852; OLG Celle BeckRS 2010, 61; **Küppersbusch/Höher** Rn. 138.

⁸²²KG SVR 2011, 223 (**Schröder**) = jurisPR-VerkR 2010/18 Anm. 4 (**Jahnke**); KG DAR 2006, 149 = VRR 2006, 225 (**Luckey**).

⁸²³**Nugel/Wenker** VRR 2014, 4 (5).

⁸²⁴BGH NJW-RR 1992, 852; NJW-RR 1992, 792; BGHZ 74, 226 = NJW 1979, 1403.

⁸²⁵OLG Celle BeckRS 2010, 61; **Zoll r + s** Sonderheft 2011, 133 (136).

⁸²⁶OLG Karlsruhe SP 2005, 374.

⁸²⁷BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (**Schiemann**); OLG Karlsruhe SP 2005, 374; OLG Karlsruhe SP 2015, 334 = SVR 2014, 433 (**Balke**).

⁸²⁸**H. Lang**, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3: „Großer Spielraum, der für einvernehmliche Ergebnisse genutzt werden kann.“

Anwälte wie auch die einschlägige Literatur von diesen⁸²⁹ dominiert wird, was nicht ohne Auswirkungen auf die Rechtsprechung bleibt. Prototypisch ist eine Entscheidung des OLG München,⁸³⁰ in der dieses bei einem schwer verletzten 34-jährigen Architekten bei Bemessung der Rente infolge eines Dauerschadens einen 25 %-igen Abschlag vorgenommen hat, weil die Baukonjunktur rückläufig sei und er im Wesentlichen nur einen Abnehmer gehabt habe. Womöglich infolge unzureichenden Vorbringens wurde freilich nicht berücksichtigt, dass die Konjunktur ein Phänomen ist, das nicht wie eine Einbahnstraße verläuft; vielmehr handelt es sich um ein Auf und Ab. Nur den Abwärtstrend zu berücksichtigen, bedeutet, auf einem Auge blind zu sein. Der Abschlag wurde damit begründet, dass der Architekt bloß einen Abnehmer gehabt hätte; gilt diese Momentaufnahme aber auch für seine restliche Erwerbsbiographie ohne Verletzung? Völlig ausgeblendet blieb der Umstand, dass ein 34-jähriger Architekt gerade erst am Beginn seiner Laufbahn steht und typischerweise seinen Einkommenszenit noch lange nicht erreicht hat.⁸³¹

145a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Durchaus einfühlsam hat der BGH⁸³² – nach Abweisung des Begehrens durch die Tatgerichte – anerkannt, dass sich ein Erwerbsschaden eines Zahnarztes in der Zukunft nicht durch einen mechanischen Vergleich eines kurzen Zeitraums vor und nach dem schädigenden Ereignis ermitteln lässt. Der Rückgang der Einnahmen muss nicht „deutlich“ sein; wenn eine Arbeitskraft entlassen, die Ehefrau für 20 Stunden bezahlt wird, aber 40 Stunden arbeitet, und der Verletzte Aufwendungen für eine zusätzliche Zweigpraxis tätigt, was zwar seinen steuerlichen Gewinn schmälert, aber nicht Ausdruck geminderter Leistungsfähigkeit ist, ist eine normative Korrektur geboten. Zudem war zu beachten, dass die Verletzung der linken Hand in einer ersten Phase kompensiert werden konnte, aber nicht auf Dauer; zudem der Umstand, dass es – womöglich erst mittel- oder langfristig – Auswirkungen auf den Kundenstamm hat, wenn ein Zahnarzt Pausen einlegen muss für Lockerungsübungen bzw. manche Eingriffe nicht mehr selbst durchführen kann. Nachdrücklich und zu Recht hat der BGH darauf hingewiesen, dass solche Auswirkungen nicht ein Orthopäde, sondern nur ein Zahnmediziner beurteilen könne, so dass das Tatgericht nicht den „richtigen“ Sachverständigen herangezogen bzw. dem herangezogenen nicht die richtigen Fragen gestellt hat.⁸³³

⁸²⁹ *Jahnke* (LVM-Versicherungen); *Küppersbusch* und *H. Lang* (Allianz-Versicherung) sowie die Anwälte der Kanzleien *Bach, Langheid & Dallmayr* sowie *Dr. Eick & Partner*.

⁸³⁰ OLG München BeckRS 2010, 10686 = jurisPR-VerkR 2010/13 mit naturgemäß zustimmender Anm. 3 (*H. Lang* – Deutsche Allianz).

⁸³¹ Zur insoweit ausgewogeneren Betrachtung im schweizerischen Recht, wo nicht nur Risiken, sondern auch Chancen mit in den Blick genommen werden *Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens (2007); *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (491).

⁸³² BGH NZV 2018, 172 (*Ch. Huber*) = zfs 2018, 85 (*Diehl*).

⁸³³ Zur Bedeutsamkeit des „richtigen“ medizinischen Sachverständigen und der richtigen Fragen an diesen *M. Schah Sedi* VGT 2017, 141 ff. unter Hinweis darauf, dass nicht alle Ärzte zwischen der allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit, dem Grad der Invalidität und dem Erwerbsschaden nach §§ 842 f. unterscheiden; ebenso *Hoffmann* VGT 2017, 131 (134).

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei einem Antrag nach § 485 Abs. 2 ZPO, der auf die Feststellung der Gewinneinbuße durch einen Sachverständigen in einem **selbstständigen Beweisverfahren** gerichtet ist, sind die Anforderungen geringer als im streitigen Verfahren, dürfen aber auch in diesem eine **Mindestschwelle** nicht unterschreiten.⁸³⁴ In aller Regel wird auf die Beiziehung eines Sachverständigen nicht verzichtet werden können. Es ist freilich darauf zu achten, dass dieser bei der Ermittlung des künftigen Erwerbsschadens die schadensersatzrechtlichen Vorgaben gebührend beachtet.⁸³⁵ In solchen Fällen wird eine exakte Festlegung der Schadenshöhe kaum möglich sein; begnügen muss man sich vielmehr mit einer ungefähren Schätzung. Bezug zu nehmen ist dabei auch auf die Entwicklung seit Eintritt der Verletzung.⁸³⁶ Solchen Unsicherheiten der Zukunft kann auch nur dann mit einer Feststellungsklage begegnet werden, wenn absehbar ist, dass man zu einem späteren Zeitpunkt einen besseren Kenntnisstand haben wird.⁸³⁷

c) Schadensminderungspflicht

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Schadensminderungspflicht	ff.

Der Ausfall der unternehmerischen Arbeitskraft hat häufig gravierende Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Erfolg eines Unternehmens. Der Geschädigte muss daher danach trachten, solche Einbußen so gering wie möglich zu halten. Die ihm verbleibende **Restarbeitskraft** muss er einsetzen.⁸³⁸ Kann er verletzungsbedingt kein Fahrzeug lenken, auf das er für die Ausübung seiner Erwerbstätigkeit angewiesen ist, muss er auf andere Verkehrsmittel umsteigen oder einen Fahrer anstellen.⁸³⁹ Je nachdem, ob seine Arbeitskraft bloß vorübergehend beeinträchtigt ist oder auf Dauer ausfällt, haben die Maßnahmen unterschiedlich auszufallen. Bei vorübergehender Beeinträchtigung können Umdispositionen geboten sein.⁸⁴⁰ Die Einstellung einer Ersatzkraft kann

⁸³⁴BGH NJW-RR 2010, 946: Abweisung des Begehrens, weil das Ausmaß der überobligationsgemäßen Anstrengung der Ehefrau und Mitgesellschafterin nicht substantiiert dargelegt worden ist.

⁸³⁵Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1085; *Küppersbusch/Höher* Rn. 149.

⁸³⁶BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (*Schiemann*).

⁸³⁷BGH NJW 1998, 1633.

⁸³⁸KG BeckRS 2011, 05677 = zfs 2011, 141 (*Diehl*): Inhaber eines Bestattungsunternehmens.

⁸³⁹OLG Köln zfs 1993, 261; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1099.

⁸⁴⁰Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1100; *Küppersbusch/Höher* Rn. 151.

eine adäquate Maßnahme sein.⁸⁴¹ In gewissem Rahmen mag es dem Geschädigten zumutbar sein, Geschäfte während der Phase der Verletzung nachzuholen. Im Allgemeinen wird mE in Bezug auf den Vorwurf des Verstoßes gegen die Pflicht zur Schadensminderung Zurückhaltung zu üben sein. In aller Regel wird der Verletzte schon selbst daran interessiert sein, die **Verluste in Grenzen zu halten**. Darüber hinaus ist man im Nachhinein stets schlauer als im Vorhinein. Es ist ein relativ weites unternehmerisches Ermessen zu respektieren. Nicht immer ist im Zeitpunkt der Verletzung verlässlich zu beurteilen, ob eine völlige oder doch wenigstens teilweise Wiederherstellung des Verletzten möglich ist; zudem ist ungewiss, bis zu welchem Zeitpunkt das sein wird. Manche Maßnahme, wie etwa die Einstellung einer Ersatzkraft, erscheint ex post unsinnig, wenn es schließlich doch zur Liquidation des Unternehmens kommt. Auf die Perspektive des Verletzten in der jeweiligen Situation ex ante kann daher nicht nachdrücklich genug hingewiesen werden. Ein Unternehmer kann jedenfalls nicht auf eine höher entlohnte Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer verwiesen werden.⁸⁴² Bei einem Dauerschaden neigt die Rechtsprechung dazu, selbst bei 100%iger berufsspezifischer Erwerbsminderung die aus einer tatsächlich ausgeübten Nebentätigkeit erzielten Einkünfte anzurechnen und diese nicht als überobligationsgemäß zu qualifizieren.⁸⁴³ Wenn ein Anwalt im Krankenhaus aber sich nicht auf seine allgemeine Leitungsfunktion beschränkt, sondern dort einen Teil seiner Arbeit erledigt, ist das als überobligationsgemäß anzusehen mit der Folge, dass er die Kosten eines bezahlten Anwaltsvertreters verlangen kann.⁸⁴⁴ Nimmt der Verletzte ein Darlehen auf, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, sollen die Zinsen – auch im Ausmaß von 2,5 %! – nur ersatzfähig sein, wenn der Geschädigte den Ersatzpflichtigen zuvor auf die Notwendigkeit einer Darlehensaufnahme hingewiesen hat.⁸⁴⁵ Dieser engherzige Standpunkt erscheint lebensfremd. Während bei einem Arbeitnehmer durch die Fortzahlung des Entgelts der laufende Lebensunterhalt gesichert ist, geht es bei einem Unternehmer nicht nur um den eigenen Lebensunterhalt, sondern auch die Fortzahlung der Löhne und Gehälter der Mitarbeiter. Und wenn während eines Verletzungszeitraums kein Erwerbseinkommen erzielt wird, bleibt gar nichts anderes übrig, als ein Darlehen aufzunehmen.

148

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit erfolgt nicht bloß zur Erzielung eines Erwerbseinkommens, sondern dient auch der **Selbstverwirklichung**. Insbesondere in landwirtschaftlichen Betrieben ist der Gewinn oft geringer als das vom Inhaber als Arbeitnehmer erzielbare Einkommen. Bei Verletzung ist mE dem verletzten Unternehmer gleichwohl zuzubilligen, den Betrieb durch Einstellung einer Ersatzkraft auf Kosten des Ersatzpflichtigen auch dann fortzuführen, wenn diese Kosten höher sind als der Gewinnentgang, insbesondere dann, wenn es sich um einen überschaubaren Zeitraum handelt **bzw.** ein Nachkomme in

⁸⁴¹ OLG Koblenz VersR 1991, 194; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 43.

⁸⁴² OLG Celle r + s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (*Diehl*).

⁸⁴³ OLG München BeckRS 2010, 10686 = jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 (*H. Lang*): Architekt; *Luckey* VRR 2005, 364 (365).

⁸⁴⁴ So das Beispiel von *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (136).

⁸⁴⁵ KG SVR 2011, 223 (*Schröder*) = jurisPR-VerkR 2010/18 Anm. 4 (*Jahnke*).

absehbarer Zeit als Unternehmer in Betracht kommt. Zu begründen ist dies damit, dass nicht nur beim Sachschaden, sondern gerade auch beim Personenschaden das Integritätsinteresse am Erhalt des realen Zustands schützenswert ist. Wie der Geschädigte sich nach Beschädigung eines Kfz anstelle der Ersatzbeschaffung für die Reparatur entscheiden kann, mag die wirtschaftliche Belastung des Schädigers auch doppelt so hoch sein, muss Entsprechendes auch beim Personenschaden gelten.⁸⁴⁶

d) Arten der Berechnung des Erwerbsschadens⁸⁴⁷

aa) Output bezogener Ansatz

(1) Bezugnahme auf Bilanz und Einkommensteuererklärung

149

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Ermittlung der Schadenshöhe	ff.

Ein erster Ansatzpunkt⁸⁴⁸ für die Ermittlung des verletzungsbedingt entgangenen Gewinns sind die **Bilanzen und Steuererklärungen** der letzten zwei bis drei Jahre.⁸⁴⁹ Werden nur solche vorgelegt, die mehr als zehn Jahre zurückliegen, ist das ungenügend.⁸⁵⁰ Diese können freilich nicht mechanisch in die Zukunft extrapoliert werden. Diese geben nämlich nur Aufschluss darüber, welche Einnahmen der Verletzte in der Vergangenheit erzielt hat und welche Ausgaben ihm entstanden sind. Unfallunabhängige Faktoren wie saisonale Schwankungen, Konjunkturentwicklung⁸⁵¹ und Fehldispositionen⁸⁵² sind auszuklammern. Für ein junges Unternehmen, das gerade erst gegründet wurde, stehen solche Unterlagen womöglich gar nicht zur Verfügung.⁸⁵³ Auch wird sich eine bestimmte Verletzung in unterschiedlicher Weise auf die unternehmerische Tätigkeit auswirken; darzulegen ist, welche Tätigkeiten nicht ausgeübt werden

⁸⁴⁶Ch. Huber in FS M. Binder (2010), 583 (599 ff.).

⁸⁴⁷Grundlegend noch immer *Ruhkopf/Book* VersR 1970, 690 ff.; VersR 1972, 114 ff.; umfassend *Halfpap*, S. 202 ff.

⁸⁴⁸Beachte aber OLG Karlsruhe SP 2005, 374: Keine völlig abstrakte Berechnung auf der Grundlage der durchschnittlichen Gewinne der letzten 3 Jahre.

⁸⁴⁹BGH NJW 2001, 1640; NJW 1999, 136; NJW 1997, 941; dazu *Michalski* WiB 1997, 537; BGH NJW 1993, 2673; NJW-RR 1992, 852; *Küppersbusch/Höher* Rn. 145, 146; *Pardey* Rn. 2383; *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3: 3–5 Jahre; *Luckey* VRR 2005, 404 (405): mindestens 3 Jahre.

⁸⁵⁰BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (*Schiemann*).

⁸⁵¹OLG Karlsruhe SP 2005, 374.

⁸⁵²KG NZV 2005, 148.

⁸⁵³OLG Celle BeckRS 2010, 61: Physiotherapeut; OLG Celle r + s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (*Diehl*): Verletzung eines 36 Jahre alten Zimmermanns.

konnten.⁸⁵⁴ Bei den Ausgaben ist zu bedenken, dass solche im Verletzungsfall erspart werden, freilich nicht die fixen Kosten, sondern lediglich die variablen.⁸⁵⁵ Maßgeblich ist somit der entgangene Deckungsbeitrag, nicht notwendigerweise ein Gewinn.⁸⁵⁶ Dazu kommt, dass bei der Gewinnermittlung nach der Methode der doppelten Buchführung der Gewinn davon abhängig ist, ob Investitionen getätigt worden sind, für die womöglich Sonderabschreibungen in Anspruch genommen worden sind. Bei den Einnahmen ist zu bedenken, dass Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen zwar bei der Einkommensteuerbelastung eine Rolle spielen, es sich aber bei diesen Abzugsposten um Einkommen handelt. Ganz generell kann darauf hingewiesen werden, dass der Saldo, der sich aus der Einkommensteuererklärung ergibt, einen Mindestbetrag darstellt; durch die steuerrechtlichen Bilanzierungsvorschriften wird das reale Betriebsergebnis nicht immer korrekt abgebildet.⁸⁵⁷

150

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Einkommensteuererklärung und die Ermittlung des Erwerbsschadens im Verletzungsfall verfolgen gegenläufige Ziele.⁸⁵⁸ Bei der Einkommensteuererklärung ist der Unternehmer bemüht, sein Einkommen so gering wie möglich auszuweisen. Bei der Ermittlung des Erwerbsschadens trifft das Gegenteil zu. Geht es bei der Ermittlung der Einkommensteuerbemessungsgrundlage um Perioden der Vergangenheit, hat beim Erwerbsschaden eine Zukunftsprognose zu erfolgen. Förderlich ist es dabei, auch den Zeitraum seit der Verletzung mit einzubeziehen. Besonders bedeutsam ist das, wenn eine Expansion des Unternehmens stattgefunden hat, die trotz der Verletzung möglich war. In aller Regel ist die Annahme plausibel, dass es ohne Verletzung umso eher zu einer solchen Expansion gekommen wäre. Wird der Gewinnentgang nach einer pauschalierten Methode ermittelt, kann der Geschädigte nicht – zusätzlich – den Entgang konkreter Geschäfte – Bauvorhaben – ersetzt verlangen, weil es sich insoweit um eine doppelte Berücksichtigung handeln könnte.⁸⁵⁹

(2) Spezifika einzelner Tätigkeiten

151

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Spezifika bei Selbstständigen Tätigkeiten	ff.

⁸⁵⁴ OLG Celle BeckRS 2010, 61: Verletzung eines Physiotherapeuten am rechten Ellbogen; OLG Celle r + s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (*Diehl*): Zimmermann muss mit beiden Händen zupacken können; OLG Karlsruhe SP 2005, 374: Zerrung der Halswirbelsäule bei einem Einzelhandelsunternehmer.

⁸⁵⁵ Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 9; *Grunsky* DAR 1988, 400 (405).

⁸⁵⁶ OLG Celle BeckRS 2010, 61; *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3: Auch nicht der Umsatz.

⁸⁵⁷ KG NZV 2005, 148.

⁸⁵⁸ *Grunsky* DAR 1988, 400 (406 f.).

⁸⁵⁹ KG NZV 2005, 148.

--	--	--

Für die Ermittlung der Höhe des Erwerbsschadens kommt es in besonderer Weise auf die Spezifika der jeweiligen Tätigkeit an. Bedeutsam ist, ob die Abnehmer Dauerkunden sind oder nicht. Handelt es sich um Dauerkunden, sind Auswirkungen des verletzungsbedingten Ausfalls auch nach vollständiger gesundheitlicher Wiederherstellung des Verletzten denkbar. *Grunsky*⁸⁶⁰ verweist etwa auf einen Anwalt und zieht durchaus zu Recht die Parallele zum merkantilen Minderwert einer beschädigten Sache. Der Anwalt verliert Mandate während seines krankheitsbedingten Ausfalls; aber auch nach seiner Wiederherstellung wird eine gewisse Skepsis bestehen, ihn zu betrauen – womöglich ist er doch nicht der Alte; unter Umständen ist er wegen der Verletzung nicht auf dem neuesten Stand. Dieser Nachteil verflüchtigt sich umso mehr, je länger der Verletzte wieder voll einsatzfähig ist.

152

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Je nach Tätigkeit ergibt sich eine Einbuße sogleich, etwa bei einem Taxiunternehmer, der während der Verletzung keine Fahrten ausführen kann,⁸⁶¹ oder erst mit einer gewissen Phasenverschiebung, so etwa bei einem Architekten, bei dem verletzungsbedingt Defizite in der Akquisition dazu führen, dass er in der nachfolgenden Phase keine „Aufträge“ ausführen kann. Die Abrechnung solcher Geschäfte erfolgt meist erst Jahre später.⁸⁶² Um Dauerkunden nicht zu verlieren und nachhaltig Gewinn zu erzielen, ist es sinnvoll, auch verlustträchtige Geschäfte durchzuführen, was keinen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht darstellt.⁸⁶³

152a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es gibt Tätigkeiten, bei denen hängt das Einkommen in hohem Maße vom persönlichen Arbeitskräfteeinsatz ab,⁸⁶⁴ so etwa bei einem Facharzt; in anderen Bereichen beeinflussen weitere Faktoren in beträchtlichem Ausmaß die Höhe des Erwerbseinkommens. In der Landwirtschaft ist das die Witterung, in vielen anderen Bereichen ist es die Konjunktur.⁸⁶⁵ Aufschlussreich kann hier eine Bezugnahme auf die Branche⁸⁶⁶ oder einen vergleichbaren Referenzbetrieb sein. Bei

⁸⁶⁰ *Grunsky* DAR 1988, 400 (402).

⁸⁶¹ Zur Differenzierung, ob es sich um einen 1-, 2- oder 3-Schichtbetrieb handelt *Nugel/Wenker* VRR 2014, 4 (5).

⁸⁶² OLG Frankfurt / M. VersR 1979, 86; ähnlich für einen Orthopäden OLG Karlsruhe VersR 1998, 1256; *Pardey* Rn. 2402, 2371.

⁸⁶³ *Höke* NZV 2016, 10 (12).

⁸⁶⁴ *MüKoBGB*⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 44.

⁸⁶⁵ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1066; *Küppersbusch/Höher* Rn. 145.

⁸⁶⁶ *Pardey* Rn. 2383.

vorübergehenden Beeinträchtigungen können saisonale Besonderheiten zu beachten sein, wenn etwa ein Einzelhändler einen Großteil seines Umsatzes in der Vorweihnachtszeit realisiert. Auch der Auslastungsgrad kann eine Rolle spielen.

153

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Soweit eine Ermittlung des entgangenen Gewinns nach Tagen möglich ist, wie etwa bei einem Transportunternehmen,⁸⁶⁷ ist darauf zu achten, ob bei einer vorübergehenden Beeinträchtigung der Verletzte seinen Jahresurlaub schon verbraucht hat, ob er manche Tage auch unfallunabhängig krank gewesen wäre, so dass der Gewinn an den sonstigen Tagen erzielt worden wäre.⁸⁶⁸ Je höher der so ermittelte Gewinn pro Tag ist, umso höher bemisst sich der verletzungsbedingte Erwerbsschaden. Bei manchen Verletzten kommt eine Ermittlung nach konkret entgangenen Geschäften in Betracht, etwa bei einem Künstler, Makler, Steuerberater, Autohändler oder Architekten.⁸⁶⁹ Zu prüfen ist dabei, ob eine Nachholung des Geschäfts in Betracht kommt oder dieses endgültig entgangen ist. Darüber hinaus wird streng darauf zu achten sein, dass keine Gefälligkeitsbescheinigungen ausgestellt werden.⁸⁷⁰

(3)Zeitdimension

154

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bedeutsam ist sowohl das Alter des Verletzten als auch das des Unternehmens. Wenn der Verletzte noch jung ist, spricht manches für eine Expansion seiner beruflichen Betätigung.⁸⁷¹ Es bedarf einer **Prognose**, ob das Unternehmen mittelfristig erfolgreich gewesen wäre⁸⁷² oder sogar steigende Gewinne erzielt hätte. Zu bedenken ist, dass Anlaufverluste bei einem neu gegründeten Unternehmen der Regelfall sind. Ist er hingegen bereits in einem fortgeschrittenen Alter, ist zu prüfen, ob er nicht auch verletzungsunabhängig in den nächsten Jahren kontinuierlich seine Aktivitäten zurückgeschraubt hätte.⁸⁷³ In beiden Fällen ist eine gestaffelte Rente zuzusprechen. Darüber hinaus kommt es darauf an, in welchem Lebenszyklus sich das

⁸⁶⁷ Pardey Rn. 2371.

⁸⁶⁸ Grunsky DAR 1988, 400 (408).

⁸⁶⁹ Luckey VRR 2005, 404 (405); van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 1087; Pardey Rn. 2370.

⁸⁷⁰ BGH VersR 1996, 380; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 1087; Küppersbusch/Höher Rn. 140.

⁸⁷¹ Übersehen von OLG München BeckRS 2010, 10686 = jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 (H. Lang).

⁸⁷² OLG Celle r + s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (Diehl).

⁸⁷³ Grunsky DAR 1988, 400 (403).

Unternehmen befindet. Ist es gerade erst gegründet worden und steckt es in der Verlustphase, ergibt sich für diesen Zeitraum kein entgangener Gewinn.⁸⁷⁴ Es ist freilich zu bedenken, dass das Durchtauchen einer Verlustphase häufig notwendige Voraussetzung für spätere Gewinne ist. Wird der selbstständig Erwerbstätige in dieser Phase verletzt, muss er die gesamte Verlustphase noch einmal passieren, ehe er Gewinne erwirtschaftet.⁸⁷⁵ Kommt es dazu, dass der Verletzte einige Zeit nach der Verletzung stirbt, hat ein genauer Nachvollzug zu erfolgen, wie lange die Verlustphase gedauert hätte, wann er die Gewinnschwelle erreicht hätte und ob für den gesamten Zeitraum ein positiver Saldo sich ergeben hätte.⁸⁷⁶ Dass sich später Gewinne in beträchtlicher Höhe eingestellt hätten, wird für den Unterhaltersatzanspruch der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger gem. § 844 Abs. 2 bedeutsam sein, aber nicht mehr für den Erwerbsschaden des Verletzten. Befindet sich das Unternehmen demgegenüber bereits in einer konsolidierten Phase, ist es eher angebracht, an die bisherigen Ergebnisse anzuknüpfen, wobei die oben beschriebenen Besonderheiten jeweils zu beachten sind. Allzu pauschalen Durchschnittsbetrachtungen hat der BGH⁸⁷⁷ zu Recht eine Absage erteilt; es sind zumindest die Ergebnisse der einzelnen Jahre heranzuziehen. Zu bedenken ist schließlich, dass nach den Vorgaben der konkreten Schadensberechnung der Ersatzpflichtige auch für verletzungsbedingte Fehldispositionen einzustehen hat.⁸⁷⁸

155

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wenn trotz aller Beweiserleichterungen keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen entgangenen Gewinn aus selbstständiger Tätigkeit sich ermitteln lassen, hat der BGH darauf hingewiesen, dass dann immer noch zu prüfen ist, ob der Geschädigte verletzungsunabhängig dann womöglich ein Erwerbseinkommen aus unselbstständiger Tätigkeit erzielt hätte.⁸⁷⁹ Das ist namentlich dann angezeigt, wenn es sich um eine unternehmerische Tätigkeit im Rahmen von Klein- und Kleinstbetrieben handelt, deren wirtschaftlicher Erfolg auf sehr wackeligen Füßen gestanden ist.

bb) Inputbezogener Ansatz

156

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Ermittlung der Schadenshöhe	ff.

⁸⁷⁴BGH NJW 1993, 2673.

⁸⁷⁵*Grunsky* DAR 1988, 400 (402 f.).

⁸⁷⁶OLG Karlsruhe VersR 1998, 1256.

⁸⁷⁷BGH NJW 1997, 941.

⁸⁷⁸*Pardey* Rn. 2362.

⁸⁷⁹BGH NJW 1998, 1634 = EWiR 1998, 393 (*Grunsky*); OLG Hamm zfs 1996, 11; *Küppersbusch/Höher* Rn. 150.

--	--	--

Geht es beim outputbezogenen Bewertungsansatz um die Ermittlung desjenigen, was verletzungsbedingt nicht erwirtschaftet werden konnte, ist beim inputbezogenen Ansatz zu ersetzen, welche Aufwendungen getätigt worden sind, um eine Gewinneinbuße möglichst hintanzuhalten. Auszugehen ist davon, dass der Arbeitskrachteinsatz des Verletzten produktiv war. Da Ersatzkräfte, die mit den jeweiligen Gegebenheiten vertraut sind und über Führungskompetenz verfügen, nicht ohne Weiteres vorhanden sind, muss sich der Geschädigte meist mit Hilfslösungen behelfen. Die konkret getätigten Aufwendungen sind ersatzfähig,⁸⁸⁰ sofern sie wirtschaftlich nicht völlig unsinnig waren, auch unter Beachtung, dass stets eine ex ante Betrachtung anzustellen ist.⁸⁸¹ Die zu bewältigenden Aufgaben werden erledigt durch einspringende Familienangehörige, Mehrarbeit von Mitarbeitern⁸⁸² oder eigene überobligationsgemäße Anstrengungen. Charakteristisch für diese Konstellationen ist, dass eine präzise Ermittlung des Mehreinsatzes nur schwer messbar ist, weil sich kein rechnerischer Schaden in Form eines Mittelabflusses niederschlägt.⁸⁸³ Es bleibt daher mE nichts anderes übrig, als in einem ersten Schritt zu ermitteln, wie viel eine Ersatzkraft kosten würde, die die ausgefallenen Tätigkeiten verrichtet; und in einem zweiten Schritt mag geprüft werden, inwieweit ein geringerer Betrag geschuldet ist, weil durch die konkreten Maßnahmen ein effizienteres Auffangen des Schadens möglich war. Eine **fiktive Abrechnung** findet bei diesem Bewertungsansatz insoweit statt, als der tatsächliche Arbeitskrachteinsatz anhand von Marktparametern bewertet wird;⁸⁸⁴ davon ist aber strikt zu unterscheiden, dass es abgelehnt wird, die vereitelte Betätigung der Arbeitskraft des Geschädigten nach solchen Kosten zu bemessen.⁸⁸⁵ Zu verweisen ist immerhin darauf, dass der Gesetzgeber bei einer vergleichbaren Konstellation in § 284 eine solche Berechnung zugelassen hat. Zudem würde dafür die Vermutung sprechen, dass ein Unternehmer nach der Rentabilitätshypothese durch Einsatz seiner Arbeitskraft im eigenen Unternehmen zumeist mindestens einen Gewinn in Höhe einer entsprechend qualifizierten fremden Ersatzkraft erwirtschaftet.

157

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bedeutsam ist der Ausgangspunkt, nämlich worin das Tätigkeitsspektrum liegt, das verletzungsbedingt zu erledigen ist. Bei Beschädigung eines Fahrschulwagens hat der BGH⁸⁸⁶

⁸⁸⁰ OLG Celle r + s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (*Diehl*).

⁸⁸¹ OLG Karlsruhe SP 2015, 334 = SVR 2014, 433 (*Balke*): Einstellung einer Ersatzkraft für 6.350 EUR bei einem Erlös von 366,10 EUR.

⁸⁸² *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 393.

⁸⁸³ *Grunsky* DAR 1988, 400 (404); vgl. dazu grundlegend *Lieb* JZ 1971, 358 ff.

⁸⁸⁴ BGH NJW 1994, 652; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 44.

⁸⁸⁵ BGH VersR 1992, 973; OLG Celle r + s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (*Diehl*); OLG Saarbrücken VersR 2000, 985; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1066, 1074.

⁸⁸⁶ BGHZ 55, 329 = NJW 1971, 836.

ausgesprochen, dass eine Nachholung von Geschäften im Rahmen der Schadensminderungspflicht während eines überschaubaren Zeitraums geboten sein kann.⁸⁸⁷ Die Interessenlage ist die gleiche, ob Geschäfte während eines bestimmten Zeitraums nicht möglich sind, weil eine dafür benötigte Sache nicht eingesetzt werden kann, oder die Ausführung wegen einer Verletzung der Person unmöglich ist. Insoweit wird es darauf ankommen, wie hoch die Kapazitätsauslastung beim Geschädigten in der Phase nach der Verletzung ist und in welchem Zeitfenster er seine Tätigkeit verletzungsunabhängig ausübt.⁸⁸⁸ Zu beachten ist dabei, dass die allermeisten selbstständigen Tätigkeiten anders als die Tätigkeit eines Arbeitnehmers sich nicht in einer vorgegebenen Wochenarbeitszeit abspielen. Zu verweisen ist darauf, dass bei Beschädigung eines Kfz der BGH nun auch im unternehmerischen Bereich zu Recht die pauschalierte Nutzungsentschädigung zugelassen hat, wenn der Geschädigte ins Gewicht fallende Nachweisprobleme hat.⁸⁸⁹

158

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

An der Schnittstelle zwischen Erfüllung der Schadensminderungspflicht und überobligationsgemäßer Anstrengung liegt der Landärztin-Fall.⁸⁹⁰ Eine Ärztin, die vor der Verletzung „Vertretungen“ anderer Ärzte übernommen hatte, fühlte sich dazu nach der Verletzung nicht mehr in der Lage. Anstelle dessen gründete sie eine eigene Praxis. Die daraus erzielten Einkünfte hielt der BGH für nicht anrechenbar, weil ihr die Gründung einer eigenen Praxis mit dem Risiko des Einsatzes eigenen Kapitals nicht zumutbar war. Das ist wohl zutreffend. Freilich wäre mE zu prüfen (gewesen), ob es nicht eine andere zumutbare Betätigung der Arbeitskraft gegeben hätte. Denn allein durch den Sprung in die Selbstständigkeit kann der Geschädigte nicht die ansonsten bestehende Schadensminderungspflicht „überspielen“.

159

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wenn vertreten wird, dass beim Einspringen von Familienangehörigen wie beim Haushaltsführerschaden lediglich die **Nettokosten** ersatzfähig sein sollen,⁸⁹¹ so begegnet das Bedenken. Unabhängig davon, dass dieser Bemessungsansatz auch für den

⁸⁸⁷Zu den Beweisschwierigkeiten, dass eine Nachholung nicht möglich war VAN Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn.](#) 1087.

⁸⁸⁸Für eine maßvolle Verlängerung der täglichen Arbeitszeit *Luckey* VRR 2005, 404 (406); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn.](#) 1100; *Küppersbusch/Höher* [Rn.](#) 151.

⁸⁸⁹BGH NJW 2008, 913 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NJW 2008, 1785 [ff.](#); aA KG BeckRS 2006, 12411: Einbuße eines Taxi-Einwagen-Unternehmers.

⁸⁹⁰BGH NJW 1974, 602; dazu *G. Müller* zfs 2009, 62 (124), 126; *Pauge* VersR 2007, 569 (572).

⁸⁹¹OLG Oldenburg NJW-RR 1993, 798; *Küppersbusch/Höher* [Rn.](#) 144; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 [Rn.](#) 1029.

Haushaltsführerschaden überprüfungsbedürftig erscheint,⁸⁹² ist im vorliegenden Kontext zu beachten, dass die Gründe, die beim Haushaltsführerschaden für eine Begrenzung auf den Nettoschaden sprechen, nicht zutreffen. Anders als im Haushalt gibt es bei Ausfall eines selbstständig Erwerbstätigen durchaus Ersatzkräfte, deren Arbeitskräfteeinsatz sich messen lässt. Es handelt sich um eine Betätigung der Arbeitskraft, für die es am Markt durchaus geeignete Parameter gibt. Einzubeziehen sind daher grundsätzlich nicht nur die Lohnnebenkosten. Vielmehr ist zu beachten, dass der Stundenlohn einer solchen Ersatzkraft insoweit höher liegt, als diese auch einmal krank ist, Urlaub macht, gesetzliche Feiertage gegeben sind⁸⁹³ und dergleichen. Der Einsatz solcher Ersatzkräfte scheidet aber häufig daran, dass es sich in einem Unternehmen um eine besondere Vertrauensstellung handelt, so dass nicht ein x-Beliebiger herangezogen werden kann; dazu kommt, dass eine kurzfristige Verfügbarkeit solcher Kräfte meist nicht gegeben ist, ganz abgesehen davon, dass es häufig um unternehmensspezifische Kenntnisse geht, über die eine fremde Ersatzkraft nicht verfügt. Stellt der Verletzte einen Familienangehörigen zu – möglicherweise überhöhten – Kosten ein, soll dafür kein Ersatz gebühren, wenn diese über den Marktkosten einer derartigen Ersatzkraft liegen.⁸⁹⁴ Bei Entlohnung von Familienangehörigen ist die vereinbarte Vergütung nicht immer mit der ersatzfähigen Einbuße gleichzusetzen, weil die Gefahr von Absprachen zulasten des Ersatzpflichtigen besteht. Die Begrenzung auf den Unternehmerlohn des Verletzten ist mE freilich eine überschießende (Straf-)Sanktion, weil bei Engagement einer derartigen Kraft für einen kurzfristigen, zeitlich begrenzten, zu Beginn noch dazu nicht absehbaren Einsatz diese mehr als den Durchschnittslohn verlangen würde. Anhaltspunkt könnte sein, in welchem Maße ein Taxiunternehmer ein Fahrzeug anmieten darf, bei dem die Kosten die konkrete Gewinneinbuße während des betreffenden Zeitraums erheblich übersteigen. Das wird jedenfalls bis zum Doppelten angenommen.⁸⁹⁵ Für den Personenschaden muss Entsprechendes gelten,⁸⁹⁶ ohne dass es darauf ankommt, ob die wirtschaftliche Existenz des Unternehmens bedroht ist.

cc)Kombination beider Ansätze

160

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Ansätze zueinanderstehen. Während es beim outputbezogenen Ansatz um das **Kompensationsinteresse** geht, was also dem Geschädigten vermögensmäßig entgangen ist, geht es beim inputbezogenen Ansatz um eine **Ausprägung der Restitution**. Der Verletzte möchte möglichst den Zustand herstellen, der ohne schädigendes Ereignis gegeben gewesen wäre. Es kann ihm daher bis zur Grenze des § 251 Abs. 2 nicht verwehrt sein, den Betrieb durch Einstellung einer Ersatzkraft auf Kosten des

⁸⁹²Ch. Huber DAR 2010, 677 (680 ff.).

⁸⁹³Die Summe aus Urlaub und gesetzlichen Feiertagen ist in Europa nirgendwo so hoch wie in Deutschland. Die Vernachlässigung dieses Faktors ist dementsprechend besonders schwerwiegend.

⁸⁹⁴KG BeckRS 2011, 05677 = zfs 2011, 141 (Diehl): Einstellung der Mutter zum 6-fachen Entgelt des Unternehmerlohns des Inhabers eines Bestattungsunternehmens.

⁸⁹⁵Nachweise bei Geigel/Katzenstein Haftpflichtprozess²⁸ (2020) Kap. 3 Rn. 136 f. unter Hinweis auf BGH NJW 1985, 793; NJW 1993, 3321.

⁸⁹⁶Ch. Huber in FS M. Binder (2010), 583 (602).

Schädigers auch dann aufrechtzuerhalten, wenn dieser – vorübergehend – Verluste erwirtschaftet. Gerade in der Landwirtschaft sind Konstellationen denkbar, dass der Geschädigte an seinem Hof hängt, zu diesem auch eine ideelle Beziehung besteht, so dass die Einstellung einer Ersatzkraft auch dann geschuldet ist, wenn diese mehr kostet, als an Ertrag erwirtschaftet werden kann, insbesondere dann, wenn absehbar ist, dass der Verletzte selbst oder ein familiärer Übernehmer den Hof fortführen wird. Aber auch bei sonstigen Unternehmen gilt es zu beachten, dass der Einsatz einer Ersatzkraft bei kurzfristiger Perspektive unwirtschaftlich erscheint, während man bei mittel- oder langfristiger Perspektive zu einer gegenteiligen Einschätzung gelangt. Die Kosten einer Ersatzkraft sind somit nicht nur dann ersatzfähig, wenn deren Einstellung eine Maßnahme im Rahmen der Schadensminderung ist.⁸⁹⁷ In aller Regel wird eine Ersatzkraft oder eine vergleichbare Mehranstrengung Dritter oder des Verletzten selbst dessen Einsatz nicht vollständig kompensieren können.⁸⁹⁸ Dass die Ersatzkraft hingegen tüchtiger ist als der Verletzte,⁸⁹⁹ wird eine rare Ausnahme bleiben. In aller Regel wird daher neben den Restitutionskosten ein zusätzliches Kompensationsinteresse in Form eines restlichen Gewinnentgangs zurückbleiben,⁹⁰⁰ gerade so, wie nach einer Reparatur zusätzlich ein merkantiler Minderwert verlangt werden kann.

e) Anrechnung von Vorteilen, insbesondere im Steuerrecht

aa) Steuervorteile

161

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Vorteilsanrechnung	ff.

Stellt der Geschädigte eine Ersatzkraft ein, muss er sich als Vorteil anrechnen lassen, dass die Ausgaben dafür als **Werbungskosten** oder **Betriebsausgaben** abzugsfähig sind und seine Einkommen- und ggf. Gewerbesteuerschuld vermindern.⁹⁰¹ Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass die Schadensersatzleistung selbst weder der Umsatz-⁹⁰² noch der Gewerbesteuer⁹⁰³ unterliegt. Ein Erwerbsschaden ist eine Entschädigung, die nach § 24 Nr. 1a EStG steuerpflichtig ist, die aber nach § 34 Abs. 1, 2 Nr. 2 EStG als außerordentliche Einkünfte einer privilegierten Besteuerung unterliegt. Umstritten ist, ob sich der Geschädigte diesen Steuervorteil anrechnen lassen muss. *Dittmayer*⁹⁰⁴ begründet die Anrechnung damit, dass es

⁸⁹⁷Zur Ersatzfähigkeit in solchen Fällen BGH NJW 1994, 652; NJW-RR 1992, 852.

⁸⁹⁸*Pardey* Rn. 806.

⁸⁹⁹*Küppersbusch/Höher* Rn. 142; möglich ist zwar alles, realistisch dürfte das freilich nicht sein.

⁹⁰⁰*Pardey* Rn. 806.

⁹⁰¹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1089.

⁹⁰²BGH NJW-RR 1992, 241; NJW 1987, 1814; *Küppersbusch/Höher* Rn. 134.

⁹⁰³BGH NJW 1987, 1814; *Küppersbusch/Höher* Rn. 135.

⁹⁰⁴*Dittmayer* S. 122.

sich um eine Frage der Schadensberechnung handle; unter Hinweis auf das Bereicherungsverbot sei nicht einzusehen, warum der Geschädigte mehr erhalten solle als seinen Nettoschaden.

*Grunsky*⁹⁰⁵ argumentiert von der Warte der Vorteilsausgleichung und verweist darauf, dass die Steuerprivilegierung keinesfalls den Schädiger entlasten solle,⁹⁰⁶ ob sie sachlich berechtigt sei, stehe auf einem anderen Blatt. Von der Frage der Einordnung als Problem der Schadensberechnung oder Vorteilsausgleichung kann die Höhe des Ersatzanspruchs nicht abhängig sein. ME sprechen die besseren Gründe für die Ansicht von *Dittmayer*.⁹⁰⁷

bb) Leistungen von berufsständischen Versorgungswerken

162

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei Leistungen von berufsständischen Versorgungswerken kommt es anders als bei Leistungen eines Sozialversicherungsträgers nicht zu einem Anspruchsübergang im Zeitpunkt der Verletzung gem. § 116 SGB X. Typischerweise ist eine Abtretungspflicht vorgesehen.⁹⁰⁸ Zu beachten sind dabei steuerrechtliche Folgen, wenn der Geschädigte den Zufluss versteuern muss; zu prüfen ist dann, ob auch dieser Annexanspruch mit abgetreten worden ist.⁹⁰⁹ Sollte aus dem Zweck der Drittleistung sich nicht ergeben, dass der Versorgungsträger im Fall der Einstandspflicht eines Dritten nur in Vorlage treten wollte, ist eine Kumulation anzunehmen und nicht eine Anrechnung. Denn eher sollte dem Verletzten ein zusätzlicher Vorteil beschert werden als eine Entlastung des Schädigers. So ist das namentlich bei einer Summenversicherung.⁹¹⁰

cc) Sonstige Vorteile

163

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Durch die Verletzung kann es dazu kommen, dass der Verletzte sein Unternehmen früher als ohne Verletzung veräußert. Häufig führt die zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgedrängte Unternehmensveräußerung zu einem ersatzfähigen Folgeschaden. Ausnahmsweise kommt auch eine Vorteilsanrechnung in Betracht, wenn ein höherer Erlös nicht auf besonderes

⁹⁰⁵ *Grunsky* DAR 1988, 400 (410).

⁹⁰⁶ So auch BGH NJW 1984, 2084; NJW-RR 1988, 470; NJW-RR 1986, 1102; BGHZ 74, 103 = NJW 1979, 1449.

⁹⁰⁷ So auch *Küppersbusch/Höher* Rn. 134, 135.

⁹⁰⁸ *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3.

⁹⁰⁹ *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (328).

⁹¹⁰ *Jahnke*, jurisPR-VerkR 2010/18 Anm. 4 unter Hinweis auf die private Unfallversicherung, die private Berufsunfähigkeitsversicherung sowie eine Lebensversicherung.

Verhandlungsgeschick des Veräußerers, sondern strukturelle Gegebenheiten zurückzuführen ist.⁹¹¹ Soweit variable Kosten nicht anfallen, ist dieser Umstand zu berücksichtigen.⁹¹²

5. Gesellschafter

a) Spezialprobleme beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters

164

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden eines Gesellschafters	ff.

Wird eine Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Gesellschaft ausgeübt, ergeben sich neben den Bemessungsproblemen, die bei jeder selbstständigen Erwerbstätigkeit auftreten, noch zusätzliche: Zu unterscheiden ist, ob es sich um die Verletzung eines Gesellschafters einer Personen- oder Kapitalgesellschaft handelt. Das Hauptproblem ist dabei jeweils die Abgrenzung zwischen dem ersatzfähigen unmittelbaren Schaden des verletzten Gesellschafters und dem nicht ersatzfähigen mittelbaren Schaden der Gesellschaft bzw. von Mitgesellschaftern. Ungeachtet des Umstands, dass die Kasuistik reichhaltig und viele Einzelfragen ungeklärt sind, gibt es nur wenige Entscheidungen aus der jüngeren Zeit.

b) Personengesellschaft

165

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei einer Personengesellschaft wirkt typischerweise nur der Gesellschafter an der Geschäftsführung mit, der auch mit seinem Privatvermögen haftet. Das ist jeder Gesellschafter einer OHG und Partnerschaft, der Komplementär einer KG sowie einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Auch wenn das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern untereinander und zur Gesellschaft kein synallagmatisches ist, erhält jeder Gesellschafter für die Betätigung seiner Arbeitskraft eine Gegenleistung. Für Zwecke der Schadensberechnung ist das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft so zu behandeln, als ob es ein synallagmatisches wäre. Die Gegenleistung der Gesellschaft für den Arbeitskräfteeinsatz des einzelnen Gesellschafters ist entweder eine fixe Tätigkeitsvergütung oder eine Teilhabe am Gewinn.

aa) Tätigkeitsvergütung

⁹¹¹ OLG Saarbrücken NZV 2007, 469 = zfs 2007, 325 (*Diehl*): Einbruch der Veräußerungserlöse für Apotheken um 30 bis 40 % infolge gesundheitspolitischer Maßnahmen nach dem 31.12.2001.

⁹¹² OLG Celle BeckRS 2010, 61: Ersparte Fahrtaufwendungen eines Physiotherapeuten für Hausbesuche. Dabei ist freilich nicht auf das km-Geld abzustellen, sondern bloß auf den Benzinverbrauch.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei einer Tätigkeitsvergütung sind die Regeln über die Entgeltfortzahlung eines Arbeitnehmers entsprechend anzuwenden.⁹¹³ Die Fortzahlung der Tätigkeitsvergütung während der verletzungsbedingten Verhinderung des Gesellschafters durch die Gesellschaft soll nicht zur Entlastung des Ersatzpflichtigen führen. Da der Gesellschafter kein Arbeitnehmer ist, kann die Legalzession des § 6 EFZG nicht unmittelbar angewendet werden. Die hM nimmt eine Pflicht zur Abtretung an;⁹¹⁴ erwägenswert wäre mE eine analoge Anwendung des § 6 EFZG oder des § 774. Das ist eine konstruktive Detailfrage. Für den Umfang des Übergangs ist aber zu klären, inwieweit die Tätigkeitsvergütung – ungeachtet ihrer Bezeichnung – tatsächlich lediglich eine Gegenleistung für den Arbeitskräfteeinsatz darstellt oder ob damit auch eine Abgeltung für andere Leistungen erfolgen soll, etwa die Übernahme der persönlichen Haftung, wenn bei einer KG auch Kommanditisten an der Geschäftsführung beteiligt sind, oder besondere Verdienste bei der Gründung des Unternehmens honoriert werden sollen. Insoweit müsste eine Herausrechnung erfolgen, weil es beim Erwerbsschaden nur um eine Entschädigung für die durch die Körperverletzung ausgelöste Beeinträchtigung gehen kann.

bb) Gewinnbeteiligung

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Nach dem dispositiven Gesellschaftsrecht ist keine Tätigkeitsvergütung vorgesehen. Fällt ein Gesellschafter verletzungsbedingt einige Zeit aus, wird sich das in der Weise auswirken, dass der Gewinn der Gesellschaft entweder im betreffenden Jahr oder in den Folgejahren geringer ausfällt **bzw.** sich der Verlust erhöht.⁹¹⁵ Diese Verminderung des Gewinnbeteiligungs- **bzw.** Erhöhung des Verlustbeteiligungsanspruchs wirkt sich aber – zunächst – lediglich beim Verletzten selbst aus. Entsprechendes gilt für eine Verminderung seines Kapitalkontos oder Auseinandersetzungsguthabens.⁹¹⁶ Die Verminderung der diesbezüglichen Positionen der Mitgesellschafter ist jedoch ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden.⁹¹⁷ Je mehr Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt sind **bzw.** je geringer der Anteil des verletzten Gesellschafters ist, umso höher ist der nicht ersatzfähige mittelbare Schaden.

⁹¹³ Küppersbusch/Höher Rn. 158.

⁹¹⁴ OLG Hamm zfs 2002, 505.

⁹¹⁵ Küppersbusch/Höher Rn. 155.

⁹¹⁶ BGH NJW 2001, 971; Luckey VRR 2005, 404 (406); Pardey Rn. 2412.

⁹¹⁷ BGH VersR 1994, 316; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 45; Pardey Rn. 2412; Küppersbusch/Höher Rn. 154.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Dieses Ergebnis ist insoweit zu korrigieren, als den verletzten Gesellschafter nach **Gesellschaftsrecht** eine Pflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages treffen kann. Er kann verpflichtet sein, sich mit einer Kürzung seiner Gewinnbeteiligungsquote bzw. einer negativen Tätigkeitsvergütung einverstanden zu erklären. Unter einer negativen Tätigkeitsvergütung versteht man, dass der verletzte Gesellschafter für die Kosten einer Ersatzkraft aufzukommen hat. Der beim verletzten Gesellschafter ermittelbare rechnerische Schaden geht dann über die Einbuße bei seinem Gewinnbeteiligungsanspruch hinaus. Es ist indes festzustellen, dass in solchen Fällen häufig ein Etikettenschwindel betrieben wird.⁹¹⁸ Im Gesellschaftsrecht werden wegen der bestehenden Treuepflichten der Gesellschafter solche Anpassungspflichten nur unter ganz restriktiven Voraussetzungen angenommen, wenn eine solche Anpassung nach Treu und Glauben unabweisbar ist oder die den anderen Gesellschaftern zugemutete Mehrarbeit ganz außergewöhnlich war;⁹¹⁹ wenn es um eine von einem Dritten zu verantwortende Verletzung eines Gesellschafters geht, ist man damit häufig aber sehr rasch zur Hand.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Diese Rechtsprechung ist in sich widersprüchlich, weil die Anpassungspflicht mitunter nach den restriktiven Maßstäben des Gesellschaftsrechts erfolgt, häufig aber in viel weiter gehendem Maße angenommen wird, um ein im **Schadensrecht** gewünschtes Ergebnis zu erzielen, nämlich die Ersatzfähigkeit des Schadens der Gesellschaft. Dazu kommt, dass im Schadensrecht aus nicht nachvollziehbaren Gründen – zumindest bei Ehegatten – danach differenziert werden soll, ob es sich um eine Innen- oder Außengesellschaft handelt. Bei der Innengesellschaft soll der gesamte Schaden der Gesellschaft ersatzfähig sein, bei einer Außengesellschaft aber nicht.⁹²⁰ Offen ist dabei, ob diese Differenzierung für andere Gesellschaften nicht gilt; wie ist das etwa, wenn neben den Ehegatten auch noch externe Gesellschafter beteiligt sind? Auch für ein Unternehmen, das als Gesamtgut im Rahmen einer Gütergemeinschaft geführt wird, wird vom BGH⁹²¹ der gesamte Schaden für ersatzfähig angesehen und nicht bloß die auf den Verletzten entfallende Einbuße.⁹²² Im Ergebnis führt diese Rechtsprechung dazu, dass der Ersatzpflichtige insoweit entlastet wird, als die Gesellschaft den verletzungsbedingten Schaden des

⁹¹⁸Nachweise bei *Ch. Huber* JBI 1987, 613 (624); zB BGH VersR 1963, 369: Umdeutung eines Entnahmerechts in eine Tätigkeitsvergütung; DB 1972, 2201: Umdeutung eines Gewinnbeteiligungsanspruchs in eine Tätigkeitsvergütung.

⁹¹⁹*Küppersbusch/Höher* Rn. 156; BGH VersR 1964, 1243.

⁹²⁰*Dressler* in FS Steffen, 121 (130); MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 45.

⁹²¹BGH NJW 1994, 652 = LM § 842 BGB Nr. 46 (*Hübner/Matusche*) = EWiR 1994, 561 (*Tiedtke*) = FuR 1994, 110 (*Derleder*).

⁹²²*Küppersbusch/Höher* Rn. 164; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 45.

Gesellschafters auffängt und nicht auf den Verletzten abwälzt. Wenn man die Parallele zum verletzten Arbeitnehmer zieht, bedeutet das, dass ein Erwerbsschaden erst ab dem Zeitpunkt des Endes der Entgeltfortzahlung zu bejahen wäre. Gerade das wird dort aber abgelehnt. Beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters wirkt sich das deshalb besonders fatal aus, weil die Treuepflicht dazu führt, dass eine ungekürzte Teilhabe am Unternehmensertrag für einen besonders langen Zeitraum bejaht wird. Dem würde entsprechen, dass die Entgeltfortzahlung des verletzten Arbeitnehmers bzw. die Alimentierung des Beamten durch den Dienstherrn über einen sehr langen Zeitraum in ungekürztem Ausmaß erfolgt.

cc)Einheitlicher Lösungsansatz⁹²³

170

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Hat man diese Diskrepanz erkannt, sind daraus folgende Schlussfolgerungen zu ziehen: Auch soweit die Gesellschaft dem Gesellschafter eine ungekürzte Teilhabe am Unternehmenserfolg zubilligt, der Gesellschafter aber verletzungsbedingt zu einer Betätigung seiner Arbeitskraft nicht in der Lage ist, gebührt ein **Erwerbsschaden** des Verletzten **in vollem Umfang**. Auf die Pflicht des Gesellschafters zur Anpassung des Gesellschaftsvertrags kommt es nicht an; maßgeblich ist allein, ob es zu einer Durchbrechung des fiktiven Synallagmas kommt. Ob eine Tätigkeitsvergütung vereinbart worden ist oder nicht, kann für die Bemessung des Schadensersatzanspruchs nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Auch die Differenzierung zwischen Innen- und Außengesellschaft sowie zwischen Ehegatten oder familienfremden Gesellschaftern ist für die schadensrechtliche Bemessungsfrage ohne Relevanz. Ebenso belanglos ist die Art, zu welcher Ausprägung des Schadens es kommt, ob sich eine Gewinneinbuße zeigt oder Aufwendungen getätigt werden, sei es die Einstellung einer Ersatzkraft, die Mehranstrengung der übrigen Gesellschafter oder der überobligationsgemäße Einsatz des Verletzten selbst.

171

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der verletzungsbedingte Ausfall eines Gesellschafters kann dazu führen, dass nicht bloß das Entgelt für den Arbeitskrafteinsatz des verletzten Gesellschafters fortgezahlt wird, sondern es darüber hinaus zu einer **Wertminderung der Gesellschaftsanteile** der einzelnen Gesellschafter kommt. Eine solche Wertminderung ist lediglich beim verletzten Gesellschafter als Folgeschaden ersatzfähig. Bei den übrigen Gesellschaftern handelt es sich demgegenüber um einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Schaden. Insoweit ist eine Einschränkung vorzunehmen gegenüber dem Lösungsansatz, der eine punktuelle Ausnahme bei der Gütergemeinschaft und bei der Ehegatteninnengesellschaft annimmt. Zu beachten ist dabei, dass es nicht zu einer stets verpönten Doppelliquidation kommt. Durch die Tätigkeitsvergütung wird ein Teil des Schadens schon erfasst, so dass es nur noch um den dann verbleibenden Schaden gehen kann.⁹²⁴

⁹²³Dazu *Ch. Huber* JBI 1987, 613 ff. unter Bezugnahme auch auf die deutsche Rechtslage.

⁹²⁴*Küppersbusch/Höher* Rn. 159.

c) Kapitalgesellschaft mit (partieller) Identität von Gesellschaftern und Geschäftsführern

aa) Ausgangspunkt: Entgeltfortzahlungsregeln für Geschäftsführergehalt

172

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die dargestellten Grundsätze gelten auch für Gesellschafter von Kapitalgesellschaften. Freilich gilt es bei diesen, Besonderheiten zu beachten. Bei ihnen kommt es nicht notwendigerweise zu einer Identität zwischen Geschäftsführern und Kapitaleignern. Wird ein Gesellschafter verletzt, der an der Geschäftsführung nicht teilnimmt, wird es typischerweise zu keinem Erwerbsschaden dieses Gesellschafters kommen. Wird umgekehrt der Geschäftsführer verletzt, der an der Gesellschaft kapitalmäßig nicht beteiligt ist, wird dieser die Geschäftsführervergütung weiterbezahlt erhalten. Insoweit sind die Grundsätze der Entgeltfortzahlung wie bei einem Arbeitnehmer anzuwenden.⁹²⁵ Wenn das KG⁹²⁶ jeglichen Ersatz versagt, weil der Einbuße des Gesellschafters das ersparte fortgezahlte Entgelt entspreche, verkennt es freilich die zugrunde liegende Problematik. Die Gegenleistung wird typischerweise marktkonform sein, wobei zu beachten ist, dass das Entgelt in solchen Beziehungen häufig auch in Form von fringe benefits erbracht wird, etwa der Bereitstellung einer Wohnung, eines Fahrzeugs, einer zusätzlichen Alterssicherung usw, so dass jeweils zu prüfen ist, was alles Gegenleistung für den Einsatz der Arbeitskraft ist. Ob die Abgeltung in einem Fixbetrag erfolgt oder vom unternehmerischen Erfolg abhängig ist, kann keinen Unterschied machen, weshalb eine Differenzierung zwischen einer unechten Umsatzantiente, die wie eine fixe Tätigkeitsvergütung ersatzfähig sein soll, und einer echten Gewinnantiente, die nicht ersatzfähig sein soll,⁹²⁷ abzulehnen ist. Besonders problemträchtig sind die Fälle, in denen es zu einer Identität zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer kommt, wobei die extremste Ausprägung die Ein-Mann-GmbH ist.

bb) Im Vergleich zwischen einzelkaufmännischem Unternehmen und Ein-Mann-GmbH Gefahr der Bejahung eines Erwerbsschadens ohne Schadensnachweis

173

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wendet man auch auf die Ein-Mann-GmbH die Regeln der Entgeltfortzahlung uneingeschränkt an, kann es dazu kommen, dass der Schädiger zu Ersatzleistungen in beträchtlicher Höhe herangezogen wird, ohne dass die Gesellschaft einen Schaden erlitten hat. Bei einem einzelkaufmännischen Unternehmen müsste der Inhaber für einen Erwerbsschaden nachweisen, in welcher Höhe eine Erwerbseinbuße durch die verletzungsbedingte Verhinderung seines Arbeitskräfteeinsatzes eingetreten ist. Bei einer Ein-Mann-GmbH könnten bei mechanischem Abstellen auf die fortgezahlte Geschäftsführervergütung beliebige Beträge auf den Schädiger

⁹²⁵MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 46; Erman¹⁵/Wilhelmi § 842 Rn. 5.

⁹²⁶KG NZV 2005, 149.

⁹²⁷So Küppersbusch/Höher Rn. 158; Pardey Rn. 2410; Hofmann VersR 1980, 605 (606); aA Kuckuk BB 1978, 283 (284).

überwältigt werden, ohne dass der Nachweis geführt werden müsste, ob dieser Ausfall überhaupt zu einem Schaden der Gesellschaft geführt hat.⁹²⁸ ME kann auch beim Arbeitnehmerschaden der Arbeitgeber Ersatz für das fortgezahlte Entgelt nur verlangen, wenn durch die Verletzung des Arbeitnehmers ein Schaden beim Arbeitgeber eintritt, mag man sich dabei auch mit geringen Beweisanforderungen begnügen. Das muss selbstverständlich dann auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH und umso mehr für den einer Ein-Mann-GmbH gelten.⁹²⁹

174

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Aber selbst wenn man auf dieses Erfordernis, das sich aus dem Gedanken der Schadensverlagerung ergibt, verzichten wollte, ist zu verlangen, dass eine **Überwälzung** des fortgezahlten Geschäftsführergehalts nur insoweit ohne Nachweis eines konkreten Schadens bei der Gesellschaft gebilligt wird, als es sich um eine Abgeltung für den Arbeitskräfteeinsatz und nicht um eine verdeckte Gewinnausschüttung handelt.⁹³⁰ Die steuerlichen Grundsätze binden zwar nicht den Richter im Haftpflichtprozess; sie haben aber immerhin Indiz-Wirkung in der Weise, dass eine Qualifikation als verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht dazu führt, für den überschießenden Teil des Geschäftsführerbezugs den Nachweis eines konkreten Schadens bei der Gesellschaft zu verlangen.⁹³¹ Das gilt insbesondere dann, wenn die jeweilige Gestaltung einer steuerlichen Betriebsprüfung unterzogen worden ist.⁹³²

175

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Soweit der Gesellschafter über die von der Gesellschaft fortgezahlte Geschäftsführervergütung einen zusätzlichen Schaden an seinem Gesellschaftsanteil erleidet, ist dieser ersatzfähig. Zu beachten ist, dass bei Zufluss des Ersatzes auch dieser der ESt-Pflicht unterliegt.⁹³³ Während dafür bei der Ein-Mann-GmbH lediglich der Nachweis eines konkreten Schadens erforderlich ist, führt die Verletzung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer Gesellschaft, an der mehrere

⁹²⁸ Hofmann VersR 1980, 605 ff.; Ganßmüller VersR 1978, 805 (807); Küppersbusch/Höher Rn. 163, Fn. 279; OLG Hamm zfs 1996, 11.

⁹²⁹ So auch OLG München zfs 2018, 259 (Diehl) = NJW-RR 2018, 468: Bei 1-Mann-GmbH mit Gesellschafter-Geschäftsführer ist diese bei schadensrechtlicher Betrachtung praktisch ein „in besonderer Form verwalteter Teil seines Vermögens“.

⁹³⁰ Deutlich van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 1071: Kein Ersatz von Mondscheingehältern; aA Kuckuk BB 1978, 283 (284).

⁹³¹ BGH VersR 1992, 1410; NJW 1978, 40; Küppersbusch/Höher Rn. 158; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 46.

⁹³² Ganßmüller VersR 1978, 805 (806).

⁹³³ C. Schah Sedi SVR 2016, 325 (329).

Gesellschafter beteiligt sind, dazu, dass der Schaden an den Kapitalanteilen der übrigen Gesellschafter ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden ist.⁹³⁴ Ansonsten bestehen keine Unterschiede zwischen einer Ein-Mann-GmbH und einer aus mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern bestehenden GmbH.⁹³⁵

cc) **Pflicht zur Zahlung des Schadensersatzes an die Kapitalgesellschaft**

176

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei Verletzung eines Gesellschafters einer Personengesellschaft, der seine Arbeitskraft für die Gesellschaft betätigt, kommt es nicht darauf an, ob der Schadensersatzbetrag an den Gesellschafter oder die Gesellschaft ausbezahlt wird, weil die Gläubiger ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft sowohl gegen diese als auch die Gesellschafter durchsetzen können. Bei einer Kapitalgesellschaft ist das anders. Wäre der Geschäftsführer nicht verletzt worden, hätte die GmbH einen höheren Gewinn erzielt, aus dem sie den Geschäftsführerbezug zahlen sowie darüber hinaus einen Gewinn hätte ausschütten können. Wird der Mindergewinn der Gesellschaft, der auf eine Verletzung des Gesellschafter-Geschäftsführers zurückzuführen ist, direkt an den Verletzten ausbezahlt, können die Gläubiger darauf nicht mehr zugreifen. Der BGH hat daher ausgesprochen, dass streng genommen bloß Zahlung an die Gesellschaft verlangt werden könne.⁹³⁶ Es werde aber auch toleriert, dass der Verletzte Zahlung an sich verlange, wobei ihn dann gegebenenfalls die Verpflichtung treffe, eine Zahlung an die Gesellschaft zu leisten.⁹³⁷ Vor allem die gesellschaftsrechtliche Literatur⁹³⁸ hat daran Kritik geübt und darauf insistiert, dass lediglich Zahlung an die Gesellschaft verlangt werden könne. Da der BGH möglicherweise künftig strikter verfahren könnte, sollte der Geschädigte sich darauf einstellen. Eine Abgrenzung zum Schaden eines Arbeitnehmers ist gleichwohl möglich,⁹³⁹ weil bloß der Gesellschafter-Geschäftsführer einen über die Geschäftsführervergütung hinausgehenden Schaden ersetzt verlangen kann. Dieser liegt in der Einbuße an seiner Kapitalbeteiligung, was bei einem Arbeitnehmer mangels Beteiligung am Unternehmen nicht der Fall sein kann.

d) Besondere Anforderungen an die Gesellschafter bzw. Geschäftsführer

177

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁹³⁴ Dies übersehend BGH NJW 1993, 2673.

⁹³⁵ AA *Kuckuk* BB 1978, 283 (286), der die Angemessenheit der Vergütung bei mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern überprüfen, ausgerechnet aber bei einer Ein-Mann-Gesellschaft davon absehen will.

⁹³⁶ So auch MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 46.

⁹³⁷ BGH NJW 1977, 1283 (*Hüffer*); NJW 1978, 40; dazu *Ganßmüller* VersR 1978, 805 ff.; *Kuckuk* BB 1978, 283 ff.; noch großzügiger BGHZ 61, 380 = NJW 1974, 134.

⁹³⁸ *Hüffer* NJW 1977, 1285; *Mann* NJW 1977, 2160; *John* JZ 1979, 511 ff.

⁹³⁹ Zweifelnd MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 47.

--	--	--

Soweit es um einen über die angemessene Geschäftsführervergütung hinausgehenden Schaden geht, hat die Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass der verletzte Geschäftsführer manche Geschäfte nachholen bzw. vom Krankenbett aus erledigen könne.⁹⁴⁰ Derartige Anforderungen sind bei Verletzung eines Arbeitnehmers bisher niemals gestellt worden. Es mag zwar zutreffend sein, dass an Geschäftsführer strengere Anforderungen zu stellen sind als an Arbeitnehmer; dies ist freilich kein Spezifikum eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft, sondern muss für jede selbstständige Tätigkeit gelten.

6. Haushaltsführer

178

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Haushaltsführerschaden	ff.

Beim Haushaltsführungsschaden handelt es sich um einen überaus bedeutsamen Schadensposten, bei dem der Umfang ähnlich streitträchtig ist wie beim Schmerzensgeld und dieses häufig übersteigt;⁹⁴¹ wie beim Schmerzensgeld erfolgt häufig, aber nicht ausschließlich eine Anspruchsdurchsetzung im Verhältnis zwischen Geschädigtem und Ersatzpflichtigem.⁹⁴² Wie beim Schmerzensgeld erfolgt eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO. Das Tatgericht ist dabei besonders freigestellt, es besteht nur eine eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit durch den BGH.⁹⁴³ Bei verletzungsbedingtem Ausfall des Haushaltsführers lässt sich im Regelfall kein rechnerischer Schaden des unmittelbar Geschädigten ermitteln. Einerseits wird der Schaden häufig durch überobligationsgemäße Anstrengungen der verletzten Person bzw. Einspringen von Familienangehörigen oder Bekannten aufgefangen; andererseits wirkt sich bei Einstellung einer Ersatzkraft der Schaden nicht beim verletzten Haushaltsführer, sondern typischerweise bei dem im Erwerbsleben stehenden Ehegatten aus, der für die Kosten aufkommt. § 845 hat das Problem daher in der Weise bewältigt, dass er in solchen Fällen dem im Erwerbsleben stehenden Ehemann einen Anspruch auf Ersatz des Wertes der ihm entgangenen Dienste einräumte. Diese Norm war im Zuge der Gleichberechtigung der Ehegatten untragbar geworden.⁹⁴⁴ Die Tätigkeit des Haushaltsführers, typischerweise der Ehefrau, konnte nicht mehr

⁹⁴⁰BGH NJW 1978, 40; OLG Hamm zfs 1996, 11.

⁹⁴¹H. Lang, jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1; H. Lang, jurisPR-VerkR 2/2009 Anm. 2; Balke SVR 2006, 321 unter Hinweis darauf, dass dieser Schadensposten selbst bei anwaltlich vertretenen Geschädigten häufig (!) übersehen wird. Ähnlich C. Shah Sedi/ M. Shah Sedi zfs 2009, 610: Bezifferung durch Geschädigten-Vertreter hat viele Jahre ein Schattendasein geführt und ist nun im Begriff, ins Rampenlicht zu treten.

⁹⁴²Ch. Huber HAVE 2009, 109.

⁹⁴³Ernst/H. Lang VersR 2019, 1122 (1126).

⁹⁴⁴BGHZ 38, 55 = NJW 1962, 2248; BGHZ 50, 304 = NJW 1968, 1823.

länger als Erbringung eines Dienstes zugunsten des Ehemannes qualifiziert werden, sondern als wirtschaftlich sinnvoller eigener Beitrag zum Familienunterhalt. Auch wenn nunmehr der Anspruch bei Verletzung des Haushaltsführers auf die §§ 842 f. gestützt wird,⁹⁴⁵ wirkt die ursprüngliche Anspruchsgrundlage des § 845 – wenn auch zu Unrecht – noch nach. Bedeutsamer als die dogmatische Qualifikation, eine eher akademische Frage, ist ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit, die daraus resultiert, dass die gesetzliche Determinierung dünn ist⁹⁴⁶ und es höchstrichterliche Entscheidungen zum Haushaltsführerschaden bei Verletzung außerordentlich selten gibt;⁹⁴⁷ und selbst bei diesen betont der BGH⁹⁴⁸ seine eingeschränkte Überprüfungscompetenz im Rahmen der richterlichen Schadensschätzung gem. § 287 ZPO, nämlich nur bei grundsätzlich falschen Erwägungen oder der fehlenden Berücksichtigung entscheidungserheblicher Tatsachen. Diese Unsicherheit⁹⁴⁹ kommt typischerweise den durch kompetentere Anwälte vertretenen Haftpflichtversicherern zugute; besonders große Bedeutung hat zudem das Ermessen der Tatgerichte,⁹⁵⁰ deren Spielraum entsprechend groß ist.⁹⁵¹ Den Keim der Unterschätzung tragen diejenigen Literaturstimmen in sich, die die Tätigkeit als „unentgeltlich“⁹⁵² qualifizieren oder das „ausufernde Anspruchsdenken“⁹⁵³ betonen.⁹⁵⁴

a) Haushaltsführung im engeren Sinn

179

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁹⁴⁵ Pardey NJW 1997, 2094 (2095 f.); MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 52.

⁹⁴⁶ Bachmeier in FS L. Jaeger (2014), 177: „letztlich reines Richterrecht“.

⁹⁴⁷ H. Lang, jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1; Ch. Huber HAVE 2009, 109 (110).

⁹⁴⁸ BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (J. Lang) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (Ebert) = jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1 (H. Lang) = DAR 2009, 263 (Ernst) mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber HAVE 2009, 109 ff.

⁹⁴⁹ Prototypisch BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (J. Lang) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (Ebert) = jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1 (H. Lang) = DAR 2009, 263 (Ernst) mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber HAVE 2009, 109 ff.; Angebot des Haftpflichtversicherers 3.500 EUR, Begehren der verletzten Person 13.834 EUR; Zuspruch 11.243 EUR; die Bandbreite beläuft sich auf mehrere 100 %!

⁹⁵⁰ BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (J. Lang) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (Ebert) = jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1 (H. Lang) = DAR 2009, 263 (Ernst) mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber HAVE 2009, 109 ff.

⁹⁵¹ Ernst DAR 2009, 264 (265); Ch. Huber DAR 2010, 677 (679); ders. HAVE 2009, 109 (112); Pardey DAR 2010, 14 (16): Bloß Korrektur willkürlicher Entscheidungen; G. Müller zfs 2009, 62 (68): Echter Gestaltungsspielraum des Richters, enge Grenzen des Revisionsgerichts, geringe Erfolgsaussicht von Rechtsmitteln.

⁹⁵² Wessel zfs 2010, 183 (185).

⁹⁵³ Pardey DAR 2010, 14.

⁹⁵⁴ Zum viel geringeren Entschädigungsniveau in Deutschland gegenüber der Schweiz und Österreich Ch. Huber DAR 2010, 677 ff.

Von § 845 umfasst war die klassische Hausarbeit. Diese umfasste Tätigkeiten wie Einkauf, Zubereitung der Nahrung, Reinigung von Kleidung und Wohnung, Betreuung der Kinder und dergleichen.⁹⁵⁵ Nach dem überkommenen Rollenbild von Mann und Frau war diese Aufgabe der nicht berufstätigen Ehefrau zugewiesen. Für die Beeinträchtigung solcher Tätigkeiten wird auch heute Ersatz geschuldet; freilich nicht nur dann, wenn diese Arbeiten von der nicht berufstätigen Ehefrau ausgeübt werden. Auch dem Ehemann und den Kindern⁹⁵⁶ steht wegen der verletzungsbedingten Beeinträchtigung solcher Tätigkeiten ein Ersatzanspruch zu. Auch Hilfeleistungen sind entschädigungspflichtig. Es geht auch nicht mehr bloß um die Haushaltsführung für andere Familienmitglieder, sondern auch um die Führung des Haushalts für die verletzte Person selbst.⁹⁵⁷ Während die Tätigkeit für andere vom BGH⁹⁵⁸ als Erwerbsschaden qualifiziert wird, sieht er bei Beeinträchtigung der Haushaltsführung für sich selbst einen Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse als gegeben an.⁹⁵⁹ Diese Unterscheidung wird in erster Linie im Hinblick auf die jeweils unterschiedliche sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen vorgenommen; bedeutsam ist sie aber auch bei einem stationären Krankenhausaufenthalt des verletzten Haushaltsführers,⁹⁶⁰ weil sein Anspruch dann stark gemindert ist, für die Versorgung der Restfamilie aber eine Ersatzkraft mit höherer Qualifikation benötigt wird, weil der Haushaltsführer sie schwerlich vom Krankenhaus aus anleiten und überwachen kann. Die Abgrenzung erfolgt aus Vereinfachungsgründen nach Kopfquoten der Haushaltsmitglieder⁹⁶¹ mit der Folge, dass sich bei Ausscheiden eines Mitglieds die Anspruchshöhe von Erwerbsschaden und dem Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse verändert. Plausibel wäre mE – bei einem kinderlosen Ehepaar – die Zugrundelegung eines reduzierten 2-Personen-Haushalts,⁹⁶² also die Annahme, dass der Haushaltsführer zunächst einmal für sich selbst arbeitet, was den Vorteil hätte, dass eine Anpassung des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse bei Ausscheiden eines Haushaltsmitglieds entbehrlich wäre. Es wirkt sich auch hier das Phänomen der Fixkosten bei der Haushaltsführung aus. Beim Abstellen auf Kopfteile ist zu beachten, dass durch den Auszug eines Haushaltsmitglieds sich zwar das Stundenausmaß insgesamt verringert, aber der – gegenüber Lohnersatzleistungen nicht sachlich kongruente – Anspruch der verletzten Person wegen vermehrter Bedürfnisse ansteigt.⁹⁶³ Dem

⁹⁵⁵ *Küppersbusch/Höher* Rn. 180, Fn. 598; *Pardey* Rn. 2474 f.; *Balke* SVR 2006, 321 f.

⁹⁵⁶ *Pardey* Rn. 2455.

⁹⁵⁷ BGH NJW-RR 1992, 792; *Küppersbusch/Höher* Rn. 182; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 24.

⁹⁵⁸ BGH VersR 1989, 1273; NJW 1985, 735; NJW 1974, 41; OLG Schleswig zfs 1995, 10; OLG Oldenburg VersR 1993, 1491; *Küppersbusch/Höher* Rn. 184.

⁹⁵⁹ BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (*J. Lang*) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (*Ebert*) = jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1 (*H. Lang*) = DAR 2009, 263 (*Ernst*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 ff.; VersR 1996, 1565; NJW-RR 1992, 792; NJW-RR 1990, 34; OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407: Student – 10 Stunden pro Woche; *Pardey* Rn. 2691.

⁹⁶⁰ *Krücker*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 5.

⁹⁶¹ BGH NJW 1985, 735; NJW 1974, 41; *Ernst* VA 2008, 42.

⁹⁶² So auch *Krücker*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 15.

⁹⁶³ Zur Auswirkung solcher Veränderungen auf die Regressgläubiger *Jahnke* VGT 2010, 99, 106 f.

Haushaltsführer eines Single-Haushalts steht nur ein Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse zu.

b) Haushaltsführung im weiteren Sinn

180

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung das Spektrum der ersatzfähigen Haushaltsdienstleistungen – namentlich im Fall der Tötung des Haushaltsführers – immer mehr erweitert. In Bezug auf die grundsätzliche Ersatzfähigkeit kann für den Verletzungsfall nichts anderes gelten. In Abgrenzung zu dem auch noch von § 845 erfassten Kernbereich soll dieses Tätigkeitsspektrum als Haushaltsführung im weiteren Sinn⁹⁶⁴ bezeichnet werden.⁹⁶⁵ Die Abgrenzung zwischen Haushaltsführung im engeren oder weiteren Sinn hat bloß didaktischen Wert; schadensersatzrechtliche Rechtsfolgen knüpfen sich daran keine. Zu unterscheiden sind laufende und einmalige Verrichtungen. Zur Haushaltsführung im weiteren Sinn zählen alle wiederkehrenden Instandsetzungs- und Reparaturarbeiten bei Wohnsitz⁹⁶⁶ und Auto, die Pflege des Gartens,⁹⁶⁷ Winter- und Streudienste, die Betreuung von Haustieren,⁹⁶⁸ der allgemeine Schriftverkehr mit Behörden und Versicherungen⁹⁶⁹ sowie die Betreuung von pflegebedürftigen Personen.⁹⁷⁰ Bei Letzteren hat es das OLG Düsseldorf⁹⁷¹ abgelehnt, die konkreten Kosten bei

⁹⁶⁴ *Damrau* ZAP Fach 2, 605, 608.

⁹⁶⁵ Zum Kreis der Tätigkeiten *Pardey* DAR 2006, 671 (673 f.); *Balke* SVR 2006, 321 (322).

⁹⁶⁶ BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783; *Pardey* Rn. 2477.

⁹⁶⁷ BGH NJW 1989, 2539; OLG Oldenburg SP 2001, 196; *Pardey* Rn. 2478, 2487; *Küppersbusch/Höher* Rn. 189 Fn. 651: Dies gilt nicht, soweit der Garten ein Hobby ist, unter Hinweis auf LG Duisburg SP 2000, 307; weitergehend *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (679): Unter Einschluss des Schrebergartens; *ders.* HAVE 2009, 109 (115): Abrundung der Wohnkultur; unzutreffend *Balke* SVR 2006, 321 (322) sowie *Pardey* DAR 2006, 671 (672); *ders.* DAR 2010, 14 (15), die in solchen Fällen stets nur einen immateriellen Schaden annehmen. Auf die Obst- und Gemüseproduktion abstellend *Kuhn* in FS Eggert (2008), 301 (310); leicht ironisch *G. Müller* zfs 2019, 247 (249): „mit Neid gesehen, in welchem Umfang manche Ehemänner in Haus und Garten mithelfen und hierfür offenbar ihre ganze Freizeit opfern.“

⁹⁶⁸ *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (679); *Pardey* Rn. 2476; ebenso OLG Innsbruck ZVR 2006/158 (*Danzl*); ZVR 2015/104 (*Ch. Huber*) zu § 844 Abs. 2; aA *Pardey* DAR 2010, 14; *Wessel* zfs 2010, 183 (184) FN 13, 186: Zuweisung zur immateriellen Sphäre; danach differenzierend, ob dem Haustier eine (Schutz-)funktion zukommt: *Kuhn* in FS Eggert (2008), 301 (310); danach, ob damit eine Selbstversorgung verbunden ist wie bei Kühen, Schweinen oder Hühnern *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 38; dazu auch *Luckey*, 7. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum, 2018, 39 (48): Angreifbar, Übergang zum immateriellen Schaden fließend.

⁹⁶⁹ BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783; dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94 und *Schlund* JR 1989, 68.

⁹⁷⁰ OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 07386 = SP 2011, 14: Pflege des demenzkranken Ehemannes; *Pardey* Rn. 2475, freilich als hauswirtschaftliche Aufgabe im engeren Sinne ansehend.

Verlegung des bis dahin durch die nunmehr verletzte Ehefrau betreuten demenzkranken Ehemannes in ein Pflegeheim als Erwerbsschaden der verletzten Ehefrau anzuerkennen, ist aber betraglich auf einen Ersatzbetrag in der entsprechenden Höhe gelangt. Unter dem Gesichtspunkt der konkreten Schadensberechnung spricht mE nichts dagegen, die Einbuße der verletzten Person an den Kosten der Schaffung einer Ersatzlage zu bemessen. Gerade so ist das OLG Köln⁹⁷² vorgegangen, als der Ehemann einen Pflegedienst, der bereits die Grundpflege der pflegebedürftigen Ehefrau übernommen hatte, als er noch gesund war, mit den zusätzlichen **Pflegetätigkeiten** betraut hat, zu denen er vorübergehend infolge seiner Verletzung nicht mehr in der Lage war. Im Rahmen eines solchen Erwerbsschadens ist die überholende Kausalität zu prüfen, ob nämlich die Verlegung des betreuungsbedürftigen Ehepartners ins Pflegeheim wegen der Verletzung des betreuenden verletzten Ehegatten erfolgte, oder derzeit oder später ohnehin aus anderen Gründen.⁹⁷³ *Kreuter-Lange*⁹⁷⁴ lehnt bei Bezug von Pflegegeld und Verletzung des unterhaltspflichtigen Pflegers jeglichen Ersatzanspruch ab, weil der Pflegebedürftige sich mit dem Pflegegeld seine Pflege anderweitig finanzieren könne. Das ist unzutreffend. Es liegt eine Schadensverlagerung vor. Bei Verletzung eines Arbeitnehmers ist noch niemand auf die Idee gekommen, einen Schadensersatzanspruch abzulehnen, weil der Arbeitgeber das Entgelt fortzahlt. Zudem kann es sein, dass durch das Pflegehonorar nicht der gesamte – ersatzpflichtige! – Pflegeschaden abgegolten ist, würde doch ansonsten ein solches Pflegegeld dazu führen, dass der Verletzte schlechter gestellt wäre als ohne jegliche sozialrechtliche Absicherung.

181

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Während solche Tätigkeiten regelmäßig anfallen, sind Arbeiten, die auf die Errichtung eines **Einfamilienhauses** gerichtet sind, typischerweise einmalig, weshalb nicht eine Rente, sondern ein Kapitalbetrag verlangt werden kann.⁹⁷⁵ Die deutsche Rechtsprechung ist in Bezug auf die Zuerkennung einer solchen Einbuße zurückhaltend,⁹⁷⁶ was damit zusammenhängen könnte, dass der BGH in seiner ersten Leitentscheidung⁹⁷⁷ ein Begehren zu beurteilen hatte, bei dem der Anspruchsteller maßlos überzogen hatte.⁹⁷⁸ Es wird ein hohes Beweismaß verlangt, so dass bloß Ersatz zu leisten ist für tatsächliche Einbußen und nicht bloß vorstellbare Entwicklungen.⁹⁷⁹ Das

⁹⁷¹ OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 07386 = SP 2011, 14.

⁹⁷² OLG Köln BeckRS 2010, 13536 = SP 2010, 180.

⁹⁷³ OLG Stuttgart NJW-Spezial 2013, 331.

⁹⁷⁴ In Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 106.

⁹⁷⁵ *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 (274 f.).

⁹⁷⁶ Zustimmend *Grunsky* NZV 1989, 389 ff.

⁹⁷⁷ BGH NJW 1989, 2539 = NZV 1989, 387 (*Grunsky*).

⁹⁷⁸ Zur viel großzügigeren österreichischen Rechtsprechung *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 (262).

⁹⁷⁹ BGH NJW 1989, 2539; NJW 1990, 1037; OLG München BeckRS 2007, 17656; OLG Hamm NJW-RR 1996, 170; OLG München NZV 1990, 117; OLG Hamm MDR 1989, 160; *Pardey* Rn. 2431; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 843.

Vorliegen einer Baugenehmigung ist zwar nicht *conditio sine qua non*; es werden aber sehr wohl konkrete Anhaltspunkte für die ernsthafte Absicht eines solchen Vorhabens verlangt,⁹⁸⁰ das kurz vor Beginn stand.⁹⁸¹ Dazu kommen müssen handwerkliche Fähigkeiten,⁹⁸² ein entsprechendes Umfeld, ausreichende finanzielle Ressourcen⁹⁸³ sowie eine ausreichende zeitliche Verfügbarkeit.⁹⁸⁴ Bei Verletzung im Kindes- oder Jugendalter wird wegen der hohen Beweisschwelle ein Ersatz überwiegend versagt;⁹⁸⁵ bei anderen Schadensposten ist hingegen selbstverständlich, dass sich diese erst später auswirken, etwa bei Erwerbsschäden im Beruf, vermehrten Bedürfnissen eines behindertengerechten Fahrzeugs im Führerscheinalter⁹⁸⁶ oder Beeinträchtigungen im Haushalt bei Eheschließung nach der Verletzung.⁹⁸⁷ Warum eine verletzte Person auf den Wohnstandard im Zeitpunkt des Unfalls festgelegt wird,⁹⁸⁸ ist überhaupt nicht einzusehen, liegt es doch im normalen Lauf der Dinge, dass mit zunehmendem Lebensalter ein höheres Erwerbseinkommen erzielt wird, was sich häufig auch in einem quantitativ und qualitativ höheren Wohnumfeld auswirkt. Ersatzfähig sind in diesem Zusammenhang die Kosten einer solchen Ersatzkraft bzw. das durch eine solche Arbeitsleistung erzielte Ergebnis, nämlich die Steigerung des Wertes des Grundstücks durch die Errichtung eines derartigen Gebäudes bzw. Gebäudeteils.⁹⁸⁹ Wenn bei einem solchen Projekt – wie in dörflichen Gemeinschaften nicht atypisch – auch Bekannte und Verwandte mitgeholfen hätten, bei denen der Verletzte das Empfangene vor- oder zurückgearbeitet hätte,⁹⁹⁰ ist auch diese (Gegen-)Leistung ersatzfähig.⁹⁹¹ Ersatzfähig sind auch Folgeschäden, seien es Kostensteigerungen beim Material,⁹⁹²

⁹⁸⁰ BGH NZV 1990, 118; OLG Frankfurt BeckRS 2013, 01698; *Pardey Rn. 2432*.

⁹⁸¹ *Luckey* VRR 2006, 364 (365).

⁹⁸² Dazu OLG München BeckRS 2007, 17656: Berechtigte Ablehnung, weil der Verletzte bereits vor dem Unfall am Stock ging und daher zu Eigenleistungen nicht in der Lage war.

⁹⁸³ OLG Frankfurt BeckRS 2013, 01698: Verneint bei monatlicher Darlehensbelastung von 1.760 EUR bei einem monatlichen Einkommen von 3.143 EUR.

⁹⁸⁴ OLG Frankfurt BeckRS 2013, 01698: Verneint bei einem Lehrer, der vortrug im Beruf bei 1900 Arbeitsstunden pro Jahr nur an 200 Arbeitstagen zu 8 Stunden ausgelastet gewesen zu sein.

Zu den geringeren Beweisanforderungen in der gefestigten Rechtsprechung des österreichischen OGH *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (680).

⁹⁸⁵ OLG Hamm NZV 1995, 480: Verletzung mit 14 Jahren; KG NZV 1997, 232: Verletzung mit 9 Jahren; OLG Frankfurt BeckRS 2013, 01698: Verletzung mit 17 Jahren; großzügig hingegen OLG Zweibrücken NZV 1995, 315: Verletzung mit 20 Jahren.

⁹⁸⁶ *Luckey*, Personenschaden Rn. 1004.

⁹⁸⁷ LG Kleve SVR 2013, 425 (*Balke*) = jurisPR-VerKR 16/2013 Anm. 1 (*Wenker*).

⁹⁸⁸ So OLG Karlsruhe NJOZ 2020, 579: 25-jähriger hat im Unfallzeitpunkt in einer Dachgeschosswohnung gelebt; daher keine Ersatzfähigkeit der Kosten für Haus und Garten.

⁹⁸⁹ *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 (266 f.); *Pardey Rn. 2435*.

⁹⁹⁰ So das Vorbringen in OLG Frankfurt BeckRS 2013, 01698.

⁹⁹¹ *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), S. 259, 272 f. unter Hinweis auf OGH ZVR 1999/33.

⁹⁹² OLG Düsseldorf OLGR 1998, 240.

Finanzierungskosten unabhängig vom Verzug des Ersatzpflichtigen⁹⁹³ oder entgehende Einnahmen aus einer Vermietung bzw. ersparte Kosten der Miete.⁹⁹⁴ Sofern Handwerkerleistungen zur Substituierung der verletzungsbedingt vereitelten Eigenleistungen tatsächlich in Anspruch genommen werden, sind auch die darauf entfallenden Steuern ersatzfähig.⁹⁹⁵ Ob mit dem Bauvorhaben eine Beistandspflicht erfüllt wurde oder auch nur ein Wohnbedarf bestand, ist im Verletzungsfall ohne Bedeutung.⁹⁹⁶

182

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Noch nicht geklärt ist, ob derartige Tätigkeiten stets als Erwerbsschaden⁹⁹⁷ zu qualifizieren sind oder gleichfalls eine Aufteilung in einen solchen und vermehrte Bedürfnisse vorzunehmen ist,⁹⁹⁸ je nachdem, ob diese Tätigkeiten nur für den Verletzten selbst erfolgen oder auch zugunsten von Familienangehörigen erbracht werden.⁹⁹⁹ Sachlogisch wäre eine Aufspaltung wie bei den Haushaltsdienstleistungen im engeren Sinn. Für eine einheitliche Qualifikation als Erwerbsschaden spricht, dass bei der Haushaltsführung im weiteren Sinne bezüglich der sachlichen Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen keine Differenzierung vorgenommen wird. Ob durch solche Eigenleistungen, namentlich bei Errichtung oder Ausbau eines Wohnsitzes, ein Vermögenswert beim Verletzten entstanden wäre oder auf der Liegenschaft des Ehepartners, kann es mE nicht ankommen,¹⁰⁰⁰ jedenfalls dann nicht, wenn das entsprechende Projekt tatsächlich verwirklicht worden ist.¹⁰⁰¹

c) Der Kreis der anspruchsberechtigten Personen – Unterschiede zwischen Verletzung und Tötung

aa) Tatsächliche Ebene versus gesetzliche Unterhaltspflicht

183

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

⁹⁹³BGH 1990, 1037 = EWiR § 249 BGB 1/90, 21 (*Grunsky*).

⁹⁹⁴BGH NJW 1989, 2539 = NZV 1989, 387 (*Grunsky*); OLG München NJW-RR 1986, 194; dazu *Klimke* DAR 1986, 140.

⁹⁹⁵BGH VersR 1989, 1308; OLG Köln VersR 1991, 111; *Pardey* Rn. 2434.

⁹⁹⁶*Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 (268).

⁹⁹⁷Dafür *Pardey* DAR 2006, 671 (674).

⁹⁹⁸Für eine Qualifizierung als vermehrte Bedürfnisse OLG Köln VersR 1999, 111; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 159 (160).

⁹⁹⁹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 842; offengelassen auch von OLG Karlsruhe NJOZ 2020, 579.

¹⁰⁰⁰*Ch. Huber* in FS-Kuhn (2009), S. 265; *Pardey* DAR 2010, 14 (15); aA noch *ders.* DAR 2006, 671 (674).

¹⁰⁰¹*Ch. Huber* VersR 2007, 1330 (1336 f.).

In Bezug auf die Mithilfe von Familienangehörigen bei der Haushaltsführung kommt es im Verletzungsfall – anders als bei der Tötung nach § 844 Abs. 2 – nicht auf gesetzliche Standards des Unterhaltsrechts an,¹⁰⁰² sondern allein auf die tatsächliche Ebene.¹⁰⁰³ Selbst bei ungleicher Lastenverteilung wäre das im Verletzungsfall hinzunehmen,¹⁰⁰⁴ wobei für den Nachweis an eine solche Verteilung besonders strenge Beweismaßstäbe anzulegen sein mögen. Mitunter wird aber – zu Unrecht – das Bestehen einer gesetzlichen Unterhaltspflicht als Voraussetzung für einen Erwerbsschaden des Haushaltsführers verlangt.¹⁰⁰⁵ Auch die Annahme, dass in einer Haushaltsführerehe der bis dahin berufstätige Ehegatte mit Bezug der Altersrente von heute auf morgen 50 % der Hausarbeit übernimmt, dürfte kaum der Realität entsprechen.¹⁰⁰⁶ Abzustellen ist daher auch insoweit auf die faktischen Verhältnisse. Das gilt ebenso für die Aufteilung der Hausarbeit in einer – türkischstämmigen – Familie, die von der Ehefrau und Mutter zu 100 % erbracht wurde – ohne Mitwirkung von Ehemann und Kindern; insoweit ist keine normative Korrektur vorzunehmen.¹⁰⁰⁷

bb) Single-Haushalt

184

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Von § 845 erfasst war die Verletzung der den Haushalt führenden Ehefrau wegen Behinderung bei der Haushaltsführung im engeren Sinn. Nicht nur in Bezug auf das Tätigkeitsspektrum hat eine Erweiterung stattgefunden, sondern auch in Bezug auf den Personenkreis. Ersatzberechtigt ist der beruflich erwerbstätige Ehegatte in Bezug auf ergänzende Haushaltstätigkeiten¹⁰⁰⁸ sowie ein Single, also der Verletzte in einem Ein-Personen-Haushalt, wobei dessen stationärer

¹⁰⁰²So aber OLG Oldenburg VersR 1983, 890; dazu, dass die Unterschiede zwischen Verletzung und Tötung überschätzt werden *Ch. Huber* in FS Reischauer (2010), 155 ff.

¹⁰⁰³BGH NJW 1997, 256; OLG München DAR 1999, 407; *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (138); *Küppersbusch/Höher* Rn. 186; *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1127).

¹⁰⁰⁴AA OLG Oldenburg VersR 1983, 890; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1186; *Jahnke* VGT 2010, 99 (103), wobei der Leser insoweit – bewusst? – in die Irre geführt wird, als auf S. 103 FN 19 BGH-Entscheidungen zu § 844 Abs. 2 angeführt werden, während der Verletzungsfall erörtert wird.

¹⁰⁰⁵*Wessel* zfs 2010, 183 (184) FN 18; *Jahnke* VGT 2010, 99; *Pardey* DAR 2006, 671.

¹⁰⁰⁶Für eine solche Annahme aber *Küppersbusch/Höher* Rn. 209; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1184.

¹⁰⁰⁷OLG Celle, 26.6.2019 – 14 U 154/18, VersR 2019, 1157 = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 215 (*Ch. Huber*).

¹⁰⁰⁸LG Braunschweig SVR 2007, 99 (*Balke*).

Krankenhausaufenthalt zu einer besonders drastischen Kürzung des Stundenausmaßes auf „notwendige Erhaltungsarbeiten“ führt.¹⁰⁰⁹

cc)Andere Personen als durch Unterhaltsband verbundene Kernfamilie

185

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu den ersatzfähigen Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn¹⁰¹⁰ zählt auch die Betreuung erwachsener Kinder¹⁰¹¹ bzw. pflegebedürftiger Personen,¹⁰¹² unabhängig davon, ob ihnen gegenüber eine Unterhaltspflicht besteht¹⁰¹³ oder sie in die Hausgemeinschaft aufgenommen worden sind oder nicht.¹⁰¹⁴ Manche OLG sehen das gegenteilig und grenzen Haushaltsdienstleistungen für nicht unterhaltsberechtigte betagte Eltern¹⁰¹⁵ sowie erwachsene Kinder und solche, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, von der Ersatzpflicht aus,¹⁰¹⁶ während in der Schweiz angenommen wird, dass Kinder erst mit 25 Jahren den elterlichen Haushalt verlassen.¹⁰¹⁷

¹⁰⁰⁹BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (*J. Lang*) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (*Ebert*) = jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1 (*H. Lang*) = DAR 2009, 263 (*Ernst*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 ff.: Von 21,7 Stunden auf 3 Stunden pro Woche; OLG Hamm NVZ 2017, 335 (*Slizyk*) = NJOZ 2017, 1002: 30 Minuten pro Tag; OLG Hamm BeckRS 2019, 5624: 1,5 Stunden pro Woche; OLG Nürnberg SVR 2016, 143 (*Balke*) 2016, 106; noch extremer *Wessel* zfs 2010, 183 (187): Überhaupt kein Schaden sowie 243 unter Hinweis auf die dadurch entstehenden Ersparnisse.

¹⁰¹⁰Zu deren Ersatzfähigkeit bei tatsächlicher Restitution *Ch. Huber* VersR 2007, 1330 ff.

¹⁰¹¹BGH NJW 1997, 256; aA OLG Köln r + s 2015, 422; *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89, (101): Ende mit Eintritt der Volljährigkeit.

¹⁰¹²OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 07386 = SP 2011, 14: Pflege des demenzkranken Ehemannes; OLG Oldenburg VersR 1993, 1491: Mitversorgte Tante; BGH VersR 1974, 1017: Erwachsene Tochter; aA OLG Schleswig NJW 2018, 1889 = NZFam 2018, 602 (*Löhnig*) = SVR 2018, 389 (*Schröder*): Haushaltsführung zugunsten der 98 Jahre alten Mutter; OLG Köln NJW-RR 1994, 350: Kein Ersatz für Leistungen zugunsten der Mutter, weil diese nicht im Haushalt der Verletzten wohnte.

¹⁰¹³OLG Frankfurt BeckRS 2018, 25352; NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (*Warmbach, Engelbrecht*) = zfs 2019, 83 (*Zarges*) = NZV 2019, 351 (*Slizyk*) = MedR 2019, 885 (*L. Jaeger*) = JurisPR 5/2019 Anm. 1 (*H. Lang*): Unterstützung der eigenen Mutter an jedem zweiten Wochenende.

¹⁰¹⁴*V. Einem* VersR 1995, 1164.

¹⁰¹⁵OLG Brandenburg SVR 2017, 103 (*Balke*); kritisch *Pardey* SVR 2018, 165 (167).

¹⁰¹⁶OLG Celle VersR 2019, 1157 = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197 (205) = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*); so auch *Scholten* DAR 2016, 631 (635); aA *Pardey* SVR 2017, 466 (467); *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (729); *Luckey*, 7. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum, 2018, 39, 45.

¹⁰¹⁷*M. Schmid* VersR 2020, 529 (533).

185a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Auswirkungen hat das auch bei stationären Aufenthalten des Verletzten, weil der Ersatzanspruch nicht nur wie im Mehrpersonenhaushalt bloß moderat¹⁰¹⁸ sondern drastisch zu kürzen ist.¹⁰¹⁹ Ein Ersatz muss mE auch gebühren, wenn ein erwachsenes – auch schon im Erwerbsleben stehendes – Kind Hilfeleistungen im Haushalt der Eltern erbringt¹⁰²⁰ oder Großeltern ein Enkelkind betreuen¹⁰²¹ oder ein Elternteil Hand anlegt bei Errichtung eines Einfamilienhauses des Kindes.¹⁰²² Entsprechendes gilt für die in den Haushalt aufgenommenen Personen, seien sie verwandt, wie Onkel, Tante oder Geschwister,¹⁰²³ oder auch nicht, etwa die Kinder des Ehepartners, wobei zu bedenken ist, dass solche Patchworkfamilien ständig zunehmen. Auf eine gesetzliche Unterhaltspflicht kommt es – anders als bei Tötung des Unterhaltsschuldners nach § 844 Abs. 2 – im Verletzungsfall nicht an.¹⁰²⁴ Maßgeblich ist allein, was tatsächlich entgangen ist.¹⁰²⁵ Wenn für den Umfang des Anspruchs auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, wäre es wenig nachvollziehbar, weshalb für den Grund anderes gelten sollte.

dd) [Nichteheliche Lebensgemeinschaft](#)

186

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, ob Haushaltsdienstleistungen lediglich im Verbund einer traditionellen Familie ersatzfähig sind oder darüber hinaus. Von manchen wird das als theoretisches Problem angesehen;¹⁰²⁶ immerhin geht es um die Frage, ob nur die Versorgung für die verletzte Person selbst oder auch für den Partner ersatzfähig ist. Bei eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften umfasst gem. § 5 LPartG, der auf § 1360

¹⁰¹⁸ [Pardey](#) SVR 2017, 466 (467); OLG Frankfurt NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 ([Warmbach](#), [Engelbrecht](#)) = zfs 2019, 83 ([Zarges](#)) = NZV 2019, 351 ([Slizyk](#)) = MedR 2019, 885 ([L. Jaeger](#)) = JurisPR 5/2019 Anm. 1 ([H. Lang](#)): 20 %.

¹⁰¹⁹ OLG Hamm NVZ 2017, 335 ([Slizyk](#)) = NJOZ 2017, 1002: Zuspruch für 30 Minuten pro Tag.

¹⁰²⁰ [Kreuter-Lange](#), in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 [Rn.](#) 95; ablehnend OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407; OLG Frankfurt / M. VersR 1982, 909; [Balke](#) SVR 2006, 321 (324 f.); [Luckey](#), Personenschaden [Rn.](#) 782.

¹⁰²¹ Ablehnend OLG Celle VersR 1983, 40; [Balke](#) SVR 2006, 321 (325).

¹⁰²² OLG Köln VersR 1994, 356.

¹⁰²³ [Damrau](#) ZAP Fach 2, 605 (606, 607) unter Hinweis auf OLG Oldenburg r + s 1993, 101.

¹⁰²⁴ [Pardey](#) [Rn.](#) 2452; Erman¹⁵ / [Wilhelmi](#) § 843 [Rn.](#) 6; [Krücker](#), 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 3; aA [Heß/Burmann](#) NZV 2010, 8; [Balke](#) SVR 2006, 321 (323).

¹⁰²⁵ [Pardey](#) / [Schulz-Borck](#) DAR 2002, 289; MüKoBGB⁷ / [Wagner](#) §§ 842, 843 [Rn.](#) 52; [Pardey](#) [Rn.](#) 2452.

¹⁰²⁶ [C. Schah Sedi](#), Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, § 2 [Rn.](#) 34.

verweist, die Unterhaltspflicht nunmehr auch die Haushaltsführung, so dass sogar im Todesfall ein Ersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 gegeben ist.¹⁰²⁷ Strittig ist nach wie vor die Rechtslage bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft,¹⁰²⁸ deren Verbreitung in unterschiedlichen Ausprägungen in den letzten Jahrzehnten stark zugenommen hat.¹⁰²⁹ Für eine Versagung wird ins Treffen geführt, dass der BGH¹⁰³⁰ die Vorteile aus dem Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bei § 844 Abs. 2 nicht als Vorteil angerechnet habe, so dass im Verletzungsfall kein Ersatz gebühren könne. Abgesehen davon, dass dies fragwürdig ist, handelt es sich um unterschiedliche Probleme.¹⁰³¹ Unterschiedlich beantwortet wird der Gleichlauf von Familienrecht und Deliktsrecht.¹⁰³² Abgestellt wird darauf, dass keine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht, weshalb ein Erwerbsschaden abzulehnen sei.¹⁰³³ Jedenfalls ersatzfähig sind Haushaltsleistungen des Verletzten für ein gemeinsames Kind.¹⁰³⁴ Eingeräumt wird ein Anspruch aber bei einer entsprechenden vertraglichen Absprache,¹⁰³⁵ was als „Vertragsmodell“ bezeichnet wird,¹⁰³⁶ wobei aber so strenge Anforderungen aufgestellt werden,¹⁰³⁷ dass nicht einmal ein

¹⁰²⁷AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 95a: Ablehnung selbst im Verletzungsfall.

¹⁰²⁸Befürwortend LG Zweibrücken NJW 1993, 3207; OLG Karlsruhe DAR 1993, 391; *Pardey* Rn. 883; *ders.* DAR 1994, 265; ablehnend OLG Düsseldorf BeckRS 2009, 24688 = jurisPR-VerkR 2009/20, Anm. 3 (*Jahnke*); OLG Celle NZV 2009, 400 = jurisPR-VerkR 19/2009 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1535; OLG Nürnberg NZV 2006, 209 = FamRZ 2005, 2069 (*Löhnig*); KG NJW-RR 2010, 1687 = SVR 2011, 102 (*Balke*) = jurisPR-VerkR 1/2011 Anm. 2 (*H. Lang*); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1171; *Küppersbusch/Höher* Rn. 183; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 843 Rn. 8; offenlassend OLG Rostock zfs 2003, 233; OLG Hamm NZV 2005, 150.

¹⁰²⁹*Jahnke* NZV 2007, 329: Im Jahr 2003 4 Mio. Bundesbürger, 330: Hinweis auf Bandbreite von studentischen Wohngemeinschaften bis zu Rentenkubinaten; *Delank* VGT 2007, 41: 2,5 Mio. heterosexuelle Paare davon 800.000 mit Kindern; *Ch. Huber* NZV 2007, 1: 46 % der in Deutschland Lebenden sind verheiratet, 6 % leben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

¹⁰³⁰BGH NJW 1984, 2520.

¹⁰³¹*Ch. Huber* NZV 2007, 1 (4).

¹⁰³²Für einen Gleichlauf *Jahnke* NZV 2007, 329 (336); dagegen *Pardey* zfs 2007, 303 (307); *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (3).

¹⁰³³*Scholten* DAR 2016, 631 (635): Zuerkennung wäre Rechtsfortbildung, und das Aufgabe des Gesetzgebers; *Jahnke* NZV 2007, 329 (334) unter Hinweis auf die weitgehend zustimmende Literatur, wobei der Autor freilich nur die ihm genehme, nicht aber die beträchtliche, wohl überwiegend gegenläufige Literatur zitiert, nicht eben ein Markenzeichen wissenschaftlicher Redlichkeit. Vgl. etwa Staudinger/*Schiemann* (2017) § 252 Rn. 53: Erwerbsschaden der Lebensgefährtin „heute kaum noch bestritten“.

¹⁰³⁴*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 95b.

¹⁰³⁵*Balke* SVR 2007, 16; *Schirmer* DAR 2007, 2 (10): Selbst bei vertraglicher Absprache kein Anspruch, weil bloße Fiktion; *Damrau* ZAP Fach 2, 605 (607); *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (138): Ablehnend, dass es darauf ankommen soll.

¹⁰³⁶*J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (43).

Anwalt den Anforderungen an die Darlegungslast genügt hat.¹⁰³⁸ Diese *conditio diabolica* wird schon deshalb kaum jemals erfüllt sein, weil sich eine nichteheliche Lebensgemeinschaft dadurch auszeichnet, dass die Partner gerade ohne Ehe- und wohl auch sonstigen schriftlichen Vertrag zusammenleben wollen.¹⁰³⁹ Im Regelfall würde bei Abstellen auf einen – schriftlichen – Vertrag ein wesentlich geringerer Ersatzanspruch resultieren; ausnahmsweise aber ein viel höherer, wenn ein begüterter älterer Herr mit einer jüngeren Partnerin zusammenlebt, wobei sich dann die Frage stellt, welche Leistungen im (Quasi-)Synallagma stehen.¹⁰⁴⁰ ME gebührt in solchen Fällen – wie auch bei Haushaltsdienstleistungen zugunsten von Kommunen oder Klosterbruderschaften¹⁰⁴¹ – ein Ersatzanspruch, weil es bloß darum geht, ob eine wirtschaftlich sinnvolle Verwertung der Arbeitskraft gegeben ist.¹⁰⁴² Da es für die Bemessung des Erwerbsschadens wegen verletzungsbedingter Vereitelung von Haushaltsdienstleistungen in der Kernfamilie nicht auf gesetzliche Unterhaltspflichten ankommt, sondern bloß auf die tatsächliche Ebene, ist auf das Band einer gesetzlichen Unterhaltspflicht auch für den Grund des Anspruchs folgerichtig zu verzichten.¹⁰⁴³ Der Bemessungsansatz für den Erwerbsschaden eines Haushaltsführers weicht freilich von sonstigen schadensersatzrechtlichen Bewertungsansätzen ab, als auf die Kosten einer fiktiven Ersatzkraft abgestellt wird, auch wenn eine solche nicht eingestellt wird. Die Analogie zur Ehe ist daher bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nur zu bejahen, wenn eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft besteht;¹⁰⁴⁴ darüber hinaus soll es darauf ankommen, dass die Partner für einander eintreten wollen und keine weitere Gemeinschaft gleicher Art besteht.¹⁰⁴⁵ Ins Treffen geführt wird für eine Gleichbehandlung eine entsprechende Vorgehensweise auf anderen Rechtsgebieten.¹⁰⁴⁶ Abzulehnen ist freilich, dass ein Anspruch nur dann besteht, wenn eine solche nichteheliche Lebensgemeinschaft schon für einen bestimmten Zeitraum bestanden hat.¹⁰⁴⁷ Zutreffenderweise gebührt Ersatz auch dann, wenn die

¹⁰³⁷ *Jahnke* NZV 2007, 329 (336): Abschluss eines schriftlichen Partnerschaftsvertrags; *Balke* SVR 2007, 16.

¹⁰³⁸ OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1535.

¹⁰³⁹ *Delank* VGT 2007, 41, 43; *Luckey*, Personenschaden Rn. 779 Fn. 1016: Realistisch ist dies nicht.

¹⁰⁴⁰ *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (4).

¹⁰⁴¹ *Ch. Huber* in FS Steffen (1995), 193 (200 ff.); zustimmend Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 20; *C. Shah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, § 2 Rn. 34.

¹⁰⁴² *Delank* VGT 2007, 41, 53; *Röthel* NZV 2001, 329 (333); aA *Schirmer* DAR 2007, 2: Gefahr der uferlosen Ausweitung der Ersatzpflicht.

¹⁰⁴³ *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (138); *Pardey* DAR 2010, 14 (18); aA *Balke* SVR 2006, 321 (323).

¹⁰⁴⁴ *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (2): Erotische Dimension ohne Bedeutung. Vorsichtig zustimmend *Burmann* DAR 2012, 127 (132): „spricht vieles dafür,“ in solchen Fällen einen Schadensersatzanspruch zuzubilligen.

¹⁰⁴⁵ *Pardey* zfs 2007, 303 (309).

¹⁰⁴⁶ *Pardey* zfs 2007, 303 (307 f.); Zwangsvollstreckungsrecht in Bezug auf verschleiertes Einkommen; *Delank* VGT 2007, 41 (49): Sozialrecht. Dafür aufgeschlossen *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 22 f.

¹⁰⁴⁷ *Pardey* zfs 2007, 303 (309): 2 Jahre; *Delank* VGT 2007, 41, 50: 1 Jahr mit Bezug auf das Sozialrecht. Ähnlich *Burmann* DAR 2012, 127 (132); gegen solche Zeiträume *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (4).

nichteheliche Lebensgemeinschaft erst lange nach der Verletzung begründet wird und dann Behinderungen auftreten.¹⁰⁴⁸ Allenfalls ist es denkbar, die Rente zeitlich enger als bei einer Ehe zu befristen, weil die Bestandsgarantie einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geringer sein mag als die einer Ehe, wobei zu bedenken ist, dass in Deutschland jede 3. Ehe geschieden wird,¹⁰⁴⁹ zudem ist zu bedenken, dass auch Arbeitsverhältnisse gekündigt werden können.¹⁰⁵⁰ Darüber hinaus gebührt Ersatz bei Rumpffamilien, mit und ohne ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.¹⁰⁵¹ Die wirtschaftliche Tragweite des mit beachtlicher Heftigkeit geführten Streits hängt weitgehend davon ab, nach welchen Kriterien der unstreitige Anspruch des verletzten Haushaltsführers wegen vermehrter Bedürfnisse bemessen wird. Nimmt man – wie bei einem Ehegatten – eine Kürzung nach Kopfquoten vor,¹⁰⁵² führt das dazu, dass eine solche Person einen viel geringeren Ersatzanspruch hätte, als würde sie allein leben. So man den Haushaltsführer nicht wie einen Ehegatten behandelt, ist der Ansatz vorzugswürdig, dass vom Zeitumfang her ein reduzierter Zwei-Personen-Haushalt zugrunde gelegt wird¹⁰⁵³ bzw. lediglich die variablen Anteile herausgerechnet werden, die ausschließlich dem nicht verletzten Partner zugutekommen, wie das Putzen von dessen Schuhen oder das Bügeln von dessen Hemden.¹⁰⁵⁴ Ansonsten käme man zu einer Rosinenpickerei zugunsten des Ersatzpflichtigen: Kein Ersatz wie bei Ehepartnern, sehr wohl aber Proportionalisierung des Schadens wie in einer Ehe; wer A sagt, wird auch B sagen müssen! Für die Gleichbehandlung mit der Ehe spricht auch das Argument, dass bei Verletzung beider Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft es nicht sein kann, dass jeder Partner nach den Verhältnissen eines reduzierten 2-Personen-Haushalts Ersatz verlangen kann mit der Folge, dass der Ersatz höher wäre als in aufrechter Ehe.¹⁰⁵⁵

ee)Kind

187

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹⁰⁴⁸ Pardey zfs 2007, 303 (309).

¹⁰⁴⁹ Delank VGT 2007, 41, 51; ähnlich Ch. Huber NZV 2007, 1 (3).

¹⁰⁵⁰ Ch. Huber NZV 2007, 1 (7).

¹⁰⁵¹ Zoll r + s Sonderheft 2011, 133 (138) unter Hinweis auf BGH NJW 1989, 2539: Mutter und erwachsener Sohn sowie OLG Düsseldorf VersR 1992, 1418: Haushaltsführung der Mutter für den erwachsenen Sohn; ebenso OLG Oldenburg VersR 1993, 1491 = r + s 1993, 101: Versorgung der betagten und in den Haushalt aufgenommenen Tante; Pardey zfs 2007, 243 (244).

¹⁰⁵² Jahnke NZV 2007, 329 (335); Burmann DAR 2012, 127 (131); ablehnend Pardey zfs 2007, 243 (246).

¹⁰⁵³ Kreuter-Lange in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 Rn. 95b.

¹⁰⁵⁴ Ch. Huber NZV 2007, 1 (3).

¹⁰⁵⁵ Zutreffend Luckey, Personenschaden, Rn. 777.

Die Mithilfe von minderjährigen Kindern im Haushalt ist oft eine bloße Schimäre,¹⁰⁵⁶ und selbst wenn sie erfolgt, dient sie eher erzieherischen Zwecken, als dass eine konkrete Entlastung bewirkt wird. Soweit eine effektive Arbeit erfolgt, gebührt freilich Ersatz. Im Rahmen des § 845 sind die Eltern anspruchsberechtigt. Es sprechen aber gute Gründe dafür, dem verletzten Kind alternativ eine vorrangige Aktivlegitimation einzuräumen.¹⁰⁵⁷ Folgerichtig muss das Kind – unabhängig von einem eigenen Hausstand – auch einen Anspruch haben.¹⁰⁵⁸ Als Gipfel der Widersprüchlichkeit ist es anzusehen, bei Tötung des Haushaltsführers eine Mitwirkungspflicht eines Kindes ab dem vollendeten 14. Jahr anzunehmen, bei Verletzung eines Kindes aber einen Vermögensschaden zu versagen, solange es keinen eigenen Hausstand gegründet hat.¹⁰⁵⁹ Soweit das (erwachsene) Kind, das bei den Eltern wohnt, dort den Haushalt für sich führt, gebührt ein Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse, wobei an den Anspruch aber strenge Anforderungen zu stellen sind, um das von Fällen des „Hotels Mama“ abzugrenzen, in dem das Kind bloß versorgt wird, aber keine eigenständigen Haushaltsleistungen erbringt.¹⁰⁶⁰ In manchen Konstellationen ersetzt nach einer Scheidung ein heranwachsendes oder erwachsenes Kind aber den – nunmehr geschiedenen – Ehegatten, so dass es sachgerecht sein kann, nicht einen Ein-Personen-Haushalt mit Kind, sondern einen Zwei-Personen-Haushalt anzunehmen.¹⁰⁶¹

d) Reaktionen auf den Schaden

188

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Kann die verletzte Person Tätigkeiten im Haushalt nicht mehr ausüben, stellt sich die Frage, in welcher Weise die Familie **bzw.** die sonst Betroffenen auf das dadurch ausgelöste Defizit reagieren. Manche Ausfälle mögen durch die Anschaffung **technischer Geräte bzw.** die Inanspruchnahme von Marktleistungen kompensiert werden können.¹⁰⁶² Wurde etwa die Wäsche bisher mit Hand gewaschen, mag die Anschaffung einer Waschmaschine **bzw.** die Ausgabe der Wäsche in eine Mangelstube¹⁰⁶³ weiterhelfen. Bei Anschaffung technischer Geräte ist allerdings zu bedenken, dass der Verletzte damit auch umgehen kann, es zumutbar sein muss, sich gerade im Zustand der beeinträchtigten körperlichen Fitness mit einer neuen Technologie vertraut zu

¹⁰⁵⁶Eine Kürzung wegen einer Mithilfe der Kinder ablehnend OLG Frankfurt / M. VersR 1982, 981 (*Hofmann*).

¹⁰⁵⁷So auch *Wessel* zfs 2010, 183 (184); *Balke* SVR 2006, 321 (324); *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 35.

¹⁰⁵⁸*C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 36.

¹⁰⁵⁹So aber *Jahnke* VGT 2010, 99 (100).

¹⁰⁶⁰OLG Saarbrücken SVR 2018, 59 (*Pardey*) = zfs 2017, 620 (*Diehl*).

¹⁰⁶¹*C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 37.

¹⁰⁶²Zur Schadensminderungspflicht durch Benutzung technischer Geräte OLG Köln SP 2000, 336; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 1176; *Held* VGT 2012, 41 (50).

¹⁰⁶³*Pardey* Rn. 2548.

machen. Umstritten ist dabei, ob lediglich die Betriebskosten¹⁰⁶⁴ oder auch die Anschaffungskosten¹⁰⁶⁵ ersatzfähig sind.¹⁰⁶⁶ ME ist der Schädiger verpflichtet, dem Geschädigten den Gebrauch des entsprechenden Utensils für die Dauer des Bedarfs zur Verfügung zu stellen, so dass die Anschaffungskosten zu viel sein können, wenn der Bedarf alsbald wegfällt, aber auch zu wenig, wenn der Bedarf länger gegeben ist als die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer. Zu ersetzen sind dann Anschaffungs-, Betriebs-, Einbau- und Wartungskosten;¹⁰⁶⁷ und dazu noch die Reinvestitionskosten nach Ende der Nutzungsdauer. Wegen der gegenüber den Kosten einer Ersatzkraft geringeren Kosten technischer Geräte sollte der Ersatzpflichtige im Zweifel großzügig sein. Darüber hinaus wird ein solches Rationalisierungspotenzial heutzutage bei den allermeisten Haushalten kaum gegeben sein.¹⁰⁶⁸ Ein pauschaler Verweis darauf ist unstatthaft;¹⁰⁶⁹ vielmehr handelt es sich um eine anspruchsbegrenzende Einwendung, die der Schädiger substantiiert vorzutragen, zu beweisen und deren Kosten er zu tragen hat. Denkbar ist die Einstellung einer Ersatzkraft, die an die Stelle des Haushaltsführers tritt. Sollte diese überqualifiziert sein oder in zu weitgehendem Umfang beschäftigt werden, sollen die Kosten nur teilweise ersatzfähig sein.¹⁰⁷⁰ Anders als bei Mietfahrzeugen ist es freilich ungleich schwieriger, eine Naturalrestitution passgenau zu bewerkstelligen; da zudem der Bedarf plötzlich anfällt und zeitnah zu decken ist, kann eine Kürzung nur in Betracht kommen, wenn der Anspruchsteller schuldhaft gegen die Schadensminderungsobliegenheit verstoßen hat. Häufig springen Familienangehörige oder Bekannte ein, denen geldwerte Vorteile gewährt werden,¹⁰⁷¹ oder der verletzte Haushaltsführer strengt sich überobligationsgemäß an oder braucht länger. Denkbar ist auch, dass der Verletzte einen überobligationsgemäßen Komfortverzicht¹⁰⁷² übt. Im Regelfall sind Mischlösungen zwischen diesen Varianten anzutreffen. Ausgangspunkt für die Bemessung des Umfangs sind die Kosten einer Ersatzkraft. Wäre freilich unabhängig von der vom Schädiger zu verantwortenden Verletzung ohnehin eine Ersatzkraft eingestellt worden, etwa wegen der Geburt von Zwillingen, scheidet insoweit mangels Kausalität ein Ersatzanspruch aus.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁴ So für den Regelfall *Pardey* Rn. 2548; *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (290).

¹⁰⁶⁵ *Küppersbusch/Höher* Rn. 211.

¹⁰⁶⁶ Für beides *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 98.

¹⁰⁶⁷ *Mathis*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 25 (32).

¹⁰⁶⁸ *Luckey*, Personenschaden, Rn. 809.

¹⁰⁶⁹ So aber OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940.

¹⁰⁷⁰ *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89, (99).

¹⁰⁷¹ *Freyman*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (111): Mietfreie Unterkunft und Verpflegung; ob dies als „echte“ tatsächliche Aufwendung anzusehen als Ausgangspunkt für die Schätzung, ist mE allerdings fragwürdig.

¹⁰⁷² BGH NJW-RR 1992, 792.

¹⁰⁷³ BGH NJW-RR 1990, 34.

e) Wechselwirkungen zu den Pflegeleistungen, zum Erwerbsschaden und zum Schmerzensgeld

188a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Sofern ein Haushaltsführer stationär betreut wird, kann er für diesen Zeitraum lediglich Ersatz im Ausmaß notwendiger Erhaltungsarbeiten verlangen, solange er seinen Wohnsitz noch aufrechterhält; wenn er diesen aufgibt, kommt auch das nicht mehr in Betracht.¹⁰⁷⁴ Bei einem Mehrpersonenhaushalt geht es indes auch um den Erwerbsschaden für die Erbringung von Haushaltsdienstleistungen zugunsten anderer Familienmitglieder. Dieser besteht auch dann fort, wenn die verletzte Person auf Dauer in einem Pflegeheim untergebracht ist. Der eigene Haushaltsführerschaden ist bei einem umfassenden Anspruch auf Pflege vollkommen abgegolten.¹⁰⁷⁵

188b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zwischen dem Erwerbsschaden wegen Beeinträchtigung der beruflichen Erwerbsarbeit und dem Haushaltsführungsschaden bestehen **Wechselwirkungen**. Das OLG Frankfurt¹⁰⁷⁶ hat es als vereinbar angesehen, bei einer vollen beruflichen Erwerbsarbeit im Ausmaß einer 40-Stunden-Woche noch Ersatz für entgehende Haushaltsarbeit im Ausmaß von 32,8 Stunden zu verlangen. *L. Jaeger*¹⁰⁷⁷ hält es dem gegenüber für wenig plausibel, dass ein jüngeres Ehepaar neben einer vollen Berufstätigkeit täglich noch sieben Stunden mit dem eigenen Haushalt und am Wochenende dem der Mutter zubringt. *Pardey*¹⁰⁷⁸ weist darauf hin, dass Tabellen nicht unreflektiert übernommen werden dürfen, wenn Erwerbs- und Hausarbeit mehr als 70 Stunden ausmachen.

188c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu verweisen ist darauf, dass bei ohne Verletzung wahrscheinlichem und verletzungsbedingt tatsächlichem Verlauf nicht beide Ansprüche – im Höchstausmaß – mit einander kombiniert werden können. Wer den Erwerbsschaden auf Basis einer hoch gestellten Managertätigkeit abrechnet, kann nicht kumulativ, wenn die betreffende Person sich verletzungsbedingt für eine „Familienkarriere“ entscheidet, heiratet und drei Kinder betreut, auf der Basis eines solchen Haushaltszuschnitts Abgeltung der – verletzungsbedingt vereitelten – Haushaltsdienstleistungen

¹⁰⁷⁴ *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 15.

¹⁰⁷⁵ OLG Celle VersR 2019, 1157 = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197, 205 = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁰⁷⁶ OLG Frankfurt BeckRS 2018, 25352.

¹⁰⁷⁷ *L. Jaeger* MedR 2019, 890.

¹⁰⁷⁸ *Pardey* SVR 2018, 81.

verlangen. Verlangt werden kann dann eine Abrechnung auf der Basis der getroffenen Laufbahn, also in vollem Umfang den konkreten Haushaltsschaden, aber nicht den hohen Erwerbsschaden ohne Betätigung der Arbeitskraft im Haushalt mit 3 Kindern.¹⁰⁷⁹ ME ist dem Verletzten insoweit ein Wahlrecht einzuräumen, weil sich kaum begründen lässt, warum ihm sein – womöglich umfänglich viel weitreichender – Erwerbsschaden versagt werden sollte.

188d

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Eine Abgrenzung des Hausarbeitsschadens zum Schmerzensgeld ist danach vorzunehmen, ob die Aktivitäten einer anderen Person gegen Bezahlung übertragen werden können.¹⁰⁸⁰ Das wird man für die allermeisten Tätigkeiten bejahen können. Die Zuordnung zur einen oder anderen Kategorie ist deshalb so bedeutsam, weil sich eine Berücksichtigung beim Schmerzensgeld kaum, jedenfalls nur homöopathisch auswirkt.¹⁰⁸¹

f) Der Umfang des Ersatzes bei Einstellung einer (fiktiven) Ersatzkraft

189

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Haushaltsführerschaden bei Verletzung wird ermittelt durch das Produkt von **Zeitbedarf und Stundenlohn**. Der Zeitbedarf ergibt sich aus dem Produkt der anfallenden Hausarbeit in Abhängigkeit von der Größe und dem Zuschnitt des Haushalts einerseits und der haushaltsspezifischen Minderung der Beeinträchtigung bei der Haushaltsführung andererseits; bedeutsam ist schließlich die Ausfallzeit.¹⁰⁸² Sowohl für den Zeitbedarf als auch die haushaltsspezifische Minderung der Beeinträchtigung bei der Haushaltsführung sind Zeitfenster zu bilden, vom stationären Aufenthalt über die Übergangsphase bis zum Dauerzustand.¹⁰⁸³ Die Anforderungen an die Substanziierung des Schadens sind herabgesetzt; verlangt wird nicht mathematische Genauigkeit.¹⁰⁸⁴

aa) Zeitaufwand

190

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹⁰⁷⁹ *Moreno* HAVE 2018, 269 (273).

¹⁰⁸⁰ *Pardey* SVR 2018, 81 (84).

¹⁰⁸¹ So auch *Luckey*, 7. Düsseldorferverkehrsrechtsforum, 2018, 39, 49: Bei Berücksichtigung beim Schmerzensgeld kaum messbarer Zuschlag.

¹⁰⁸² *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (104 f.).

¹⁰⁸³ *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 7.

¹⁰⁸⁴ *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (105).

Maßgeblich ist, wie viel Zeit der verletzte Haushaltsführer tatsächlich aufgewendet¹⁰⁸⁵ hat, also nicht, ob und in welchem Ausmaß er unterhaltsrechtlich verpflichtet war,¹⁰⁸⁶ und in welchem Ausmaß dementsprechend eine Ersatzkraft heranzuziehen ist, um dieses unterhaltsrechtlich geschuldete Pensum zu bewältigen.¹⁰⁸⁷ Das wird als „Ersatzkraftmodell“ bezeichnet.¹⁰⁸⁸ Wer in seinem Haushalt wie ein „Putzteufel“¹⁰⁸⁹ agiert, der schafft im Verhältnis zu einer „Schlampe“ ein höheres Versorgungsniveau, was durchaus berücksichtigungsfähig ist.¹⁰⁹⁰ Manche OLG¹⁰⁹¹ begrenzen den Hausarbeitsschaden für Kinder mit deren 18. Lebensjahr; das widerspricht nicht nur dem BGH,¹⁰⁹² sondern ist auch unzutreffend, weil es auf die tatsächlich erbrachten Leistungen ankommt. Wer bereits in Rente ist und sich daher in höherem Ausmaß um den Haushalt kümmert, der kann auf Basis eines höheren Zeitbudgets abrechnen.¹⁰⁹³ Auf die – unterhaltsrechtlich – geschuldete Mitarbeit des Ehegatten kommt es nicht an.¹⁰⁹⁴ Der ersatzfähige Zeitaufwand kann ermittelt werden nach der Differenzmethode; bei dieser ist zu ermitteln, in welchem Ausmaß der Anspruchsteller vor der Verletzung Hausarbeit verrichten konnte und in welchem Zeitausmaß dies nach der Verletzung noch möglich ist; oder aber nach der Quotenmethode; bei dieser ist maßgeblich, wieviel Zeit eine Ersatzkraft für die Bewältigung der Hausarbeit ohne Verletzung benötigt hätte; dieses Zeitbudget wird mit der haushaltsspezifischen Minderung der Erwerbsfähigkeit gewichtet.¹⁰⁹⁵ Namentlich bei dynamischer Entwicklung, wenn die verletzte Person heiratet, Kinder bekommt, geschieden wird,

¹⁰⁸⁵ OLG Celle SVR 2011, 149 (*Balke*): Aufteilung zwischen Rentnerehepaar 47 Stunden Ehefrau, 18 Stunden Ehemann; OLG Brandenburg BeckRS 2008, 09497: Bloß Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Rahmen des § 287 ZPO, dass die übrigen 3 Familienmitglieder keinen Beitrag zur Haushaltsführung geleistet hätten. Vgl. aber LG Frankfurt/O DAR 2008, 29: Annahme hälftiger Bewältigung der Hausarbeit bei 2 voll beruflich erwerbstätigen Ehepartnern.

¹⁰⁸⁶ OLG Köln BeckRS 2010, 13536 = SP 2010, 180: Die Ehefrau pflegender Ehemann.

¹⁰⁸⁷ Zu eng *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (611), die lediglich auf den Zeitaufwand der Verletzten abstellen.

¹⁰⁸⁸ *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (104).

¹⁰⁸⁹ *Wessel* zfs 2010, 242 (243): Putzfimmel findet keine Berücksichtigung. „Fimmel“ ist sprachlich jedenfalls in der Nähe einer Krankheit anzusiedeln. Ob der Autor das gemeint hat, ist offen.

¹⁰⁹⁰ So auch *Burmann* DAR 2012, 127 (129): Standard der Haushaltsführung wie vor dem Unfall; *Luckey*, Personenschaden, Rn. 813: Kein Verweis auf höhere Schmutztoleranz und Mikrowelle; aA *Jahnke* VGT 2010, 99 (104): Verweis auf den immateriellen Bereich.

¹⁰⁹¹ OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505; OLG Oldenburg NZV 2010, 156.

¹⁰⁹² *Pardey* SVR 2018, 165 (167).

¹⁰⁹³ OLG Naumburg VersR 2015, 505: 66-jährige Rentnerin.

¹⁰⁹⁴ AA OLG Naumburg VersR 2015, 505: 20 % Zuarbeit durch den Ehegatten, vornehmlich bei der Gartenarbeit, zumutbar.

¹⁰⁹⁵ *Pardey* SVR 2018, 165 (170 f.); *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (728).

in eine kleinere oder größere Wohnung zieht, Kinder ausziehen, kommt lediglich die quotale Methode in Betracht, weil es einen Vergleich zur Situation vor der Schädigung nicht gibt.¹⁰⁹⁶

190a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Haushaltsführungsschaden	Tabellen	ff.

Der Verletzte befindet sich in einem Beweisnotstand, weil er als Gesunder keine diesbezüglichen Aufzeichnungen geführt hat;¹⁰⁹⁷ typischerweise ist er ohne **Bezugnahme auf Tabellen** nicht in der Lage, alle maßgeblichen Tätigkeiten zu erfassen,¹⁰⁹⁸ wobei ein bloßer Verweis auf die Tabelle nicht genügt.¹⁰⁹⁹ Viele unregelmäßig anfallende Tätigkeiten wie die Pflege von Familienangehörigen, wenn diese krank sind,¹¹⁰⁰ hat er nicht präsent. Bei Vorlage eines Wochenplans wie in der Berufsunfähigkeitsversicherung¹¹⁰¹ besteht die Gefahr, dass manches unter den Tisch fällt.¹¹⁰² Er muss die wesentlichen Lebensumstände vortragen, so dass unter Zuhilfenahme auf Tabellen eine Eingruppierung möglich ist.¹¹⁰³ Die Tabellen ersetzen den konkreten Vortrag nicht.¹¹⁰⁴ Eine bloße Bezugnahme auf Tabellen ist nur ausnahmsweise ausreichend, wenn eine Partei etwa wegen Todes oder ihres Gesundheitszustands keine Aussagen zu den maßgeblichen Verhältnissen machen kann.¹¹⁰⁵ Bei fehlender Glaubwürdigkeit der Parteiaussagen schätzt das Gericht unter Bezugnahme auf die Tabelle von *Pardey* einen Mindestschaden.¹¹⁰⁶ Tabellen dienen dem Trichter auch dazu, die Behauptungen des

¹⁰⁹⁶ C. *Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 18.

¹⁰⁹⁷ Dass die Anforderungen an die Darlegungslast bei einem die Ehefrau pflegenden Ehemann nicht überspannt werden dürfen, dazu OLG Köln BeckRS 2010, 13536 = SP 2010, 180; ebenso *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1128); treffend *Engelbrecht* MDR 2020, 381 (383): Nahezu niemand ist in der Lage, konkrete Angaben zu Art und Umfang der Haushaltsführung vor dem Unfall sowie zum zeitlichen Umfang zu machen; ähnlich *M. Schmid* VersR 2020, 529 (530) für das schweizerische Recht: Konkrete Erfassung ist kaum möglich.

¹⁰⁹⁸ *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (116).

¹⁰⁹⁹ KG DAR 2016, 456 = VersR 2016, 1205; OLG Köln r + s 2015, 422; LG Wuppertal BeckRS 2012, 06310; *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 8; *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1127): Jedenfalls nicht in allen Punkten entbehrlich.

¹¹⁰⁰ Zu deren Berücksichtigung OLG Saarbrücken zfs 2015, 683 (*Diehl*) = NJW-RR 2015, 1119.

¹¹⁰¹ So *Bock* SVR 2020, 171 (172).

¹¹⁰² Umfassend hingegen die Aufzählung hauswirtschaftlicher Aufgaben bei *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176.

¹¹⁰³ OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.

¹¹⁰⁴ *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (106); *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (178); *Pardey* SVR 2017, 347; anders in der Schweiz, wo der Anspruchsteller ein Wahlrecht hat; dazu *Landolt*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 71.

¹¹⁰⁵ OLG Köln VersR 2016, 191.

¹¹⁰⁶ OLG Hamm r + s 2016, 638 = VersR 2017, 372: Bezugnahme auf die Tabelle 1 von *Pardey*.

Anspruchstellers auf Plausibilität zu überprüfen,¹¹⁰⁷ namentlich bei allzu deutlichen Abweichungen von den Tabellenwerten.¹¹⁰⁸ Wenn der Vortrag jedoch schlüssig ist und dem Gericht auch noch moderat erscheint, ist fragwürdig, weshalb das Gericht dann eine Schätzung auf Basis einer Tabelle vornimmt.¹¹⁰⁹

190b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Eine Erfassung durch Sachverständige kommt im Regelfall nicht in Betracht,¹¹¹⁰ ganz abgesehen davon, dass die Schnüffeltätigkeit zu einer erheblichen persönlichen Belastung und die strikte Beobachtung zu einem veränderten Verhalten führen.¹¹¹¹ Auch wenn Tabellen Werte mit zwei Stellen nach dem Komma ausweisen, muss man sich bewusst sein, dass es sich insoweit um eine Scheingenauigkeit handelt; bei der richterlichen Schadensschätzung sollten die Werte gerundet werden.¹¹¹² Das Gericht kann auf die Tabellen zurückgreifen, etwa in Ermangelung konkreter Anhaltspunkte,¹¹¹³ muss das aber nicht,¹¹¹⁴ jedenfalls dann nicht, wenn konkrete Anknüpfungstatsachen zur Verfügung stehen.¹¹¹⁵ Wenn es den konkreten Lebenssachverhalt nicht durch die Tabelle abgebildet sieht, kann es Zu- oder Abschläge vornehmen. Dem Tatrichter steht ein sehr weiter Ermessensspielraum zu, aber keine uneingeschränkte Freiheit.¹¹¹⁶ Ob gegenüber der Tabelle im Regelfall eine Reduzierung vorzunehmen ist oder ein Zuschlag, wird unterschiedlich beurteilt.¹¹¹⁷

¹¹⁰⁷ OLG Frankfurt NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (*Warmbach, Engelbrecht*) = zfs 2019, 83 (*Zarges*) = NZV 2019, 351 (*Slizyk*) = MedR 2019, 885 (*L. Jaeger*) = JurisPR 5/2019 Anm. 1 (*H. Lang*); *Warmbach* DAR 2019, 43.

¹¹⁰⁸ *Freyermann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (114 f.).

¹¹⁰⁹ *L. Jaeger* MedR 2019, 890; *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (728): Keine Orientierung an Tabellenwerken, wenn konkrete Anknüpfungstatsachen zur Verfügung stehen.

¹¹¹⁰ So selbst *Warlimont* VGT 2010, 139, 140 f.: Zugeschnitten auf komplexe Haushalte, nämlich solche mit (behinderten) Kindern oder hohen gesellschaftlichen Verpflichtungen, bei denen dann aber Hausangestellte vorhanden sein werden; ebenso *Warmbach* DAR 2019, 43.

¹¹¹¹ *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), S. 177 (178).

¹¹¹² *Lemcke* r + s 2012, 410.

¹¹¹³ *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1126); *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (178).

¹¹¹⁴ OLG Saarbrücken 930: Tabellenwerte oder Menschenverstand des Gerichts in die Schätzung nach § 287 ZPO einzubringen.

¹¹¹⁵ OLG Köln r + s 2015, 422.

¹¹¹⁶ *Freyermann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 104 f.

¹¹¹⁷ Im Sinn eines Abschlags *Freyermann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (115); *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (92); gegenteilig *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (53).

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Abzustellen ist dabei nicht auf den Input, die verbrachte Zeit, sondern den Output, was dabei herausgekommen ist.¹¹¹⁸ Eine individuelle Ermittlung im Einzelfall ist meist nicht möglich, weil keine individuellen Aufzeichnungen existieren.¹¹¹⁹ Seit der Entscheidung NJW 1979, 1501 akzeptiert der BGH die Tabellen von *Pardey*,¹¹²⁰ aus denen sich Zeitbedarfswerte nach der Anzahl der Personen des Haushalts sowie den unterschiedlichen Anspruchsstufen ergeben und die zu Näherungslösungen führen.¹¹²¹ Sie stellen jedoch ein bloß subsidiäres Beweismittel dar und entbinden den Geschädigten nicht von seiner Obliegenheit, möglichst präzise Anknüpfungstatsachen darzulegen und zu beweisen.¹¹²² Insbesondere für einen höheren Zeitaufwand, zB für die Betreuung von Kleinkindern oder eines großen Hauses,¹¹²³ als den, der sich aus der Tabelle ergibt, ist der Geschädigte beweisbelastet.¹¹²⁴ Kritisiert wird an den Tabellen, dass sie auf Datenmaterial beruhen, das von Anfang der 90er Jahre stammt¹¹²⁵ und die Technologisierung des Haushalts, zB Geschirrspüler oder Wäschetrockner, moderne Einkaufsformen, zB Onlineshopping und Pizzaservice, Staubsaugroboter, Rasenmäroboter, Thermomixgerät,¹¹²⁶ Smart-Home-Service¹¹²⁷ sowie eine Entlastung der Eltern durch den Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen und Ganztagschulen noch nicht berücksichtigt.¹¹²⁸ Manches davon ist eher Zukunftsperspektive als Alltag der Gegenwart.¹¹²⁹ Solche Geräte müssen gewartet

¹¹¹⁸ *Küppersbusch/Höher* Rn. 186.

¹¹¹⁹ *Pardey* Rn. 2595.

¹¹²⁰ Nunmehr *Pardey*, S. 22 ff.

¹¹²¹ *Küppersbusch/Höher* Rn. 193; *Pardey* Rn. 2609 f.; umfassend dazu *Eckelmann/Nehls*, S. 65; *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1995), S. 508 ff.

¹¹²² OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940; OLG Celle SVR 2011, 215 (*Balke*) = jurisPR-VerkR 2010/5 Anm. 1 = (*H. Lang*); BeckRS 2011, 06346 = jurisPR-VerkR 2011/2 Anm. 3 (*Wenker*); KG BeckRS 2006, 08455: Reduzierung des sich aus der Tabelle von *Schulz-Borck* ergebenden Zeitaufwands, weil die Wohnung erheblich kleiner war als die in der Tabelle angenommene Wohnungsgröße; *Ernst* DAR 2009, 264 (265); *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3; *Wessel* zfs 2010, 183 (187); *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (138); *Heß/Burman* NJW-Spezial 2011, 457; *Scholten*, Fachtagung Personenschaden 2019, 137 (155).

¹¹²³ *Luckey* VRR 2005, 404 (408).

¹¹²⁴ *Ebert* jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1.

¹¹²⁵ *Zarges* zfs 2019, 90; *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1129).

¹¹²⁶ OLG Frankfurt NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (*Warmbach, Engelbrecht*) = zfs 2019, 83 (*Zarges*) = NZV 2019, 351 (*Slizyk*) = MedR 2019, 885 (*L. Jaeger*) = JurisPR 5/2019 Anm. 1 (*H. Lang*).

¹¹²⁷ *Hensen / Figgner* NJW-Spezial 2019, 713 (714); *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89, 92.

¹¹²⁸ *Burmann* DAR 2012, 127 (128); *Mergner* VersR 2013, 1377 (1378, 1379).

¹¹²⁹ *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (178).

werden;¹¹³⁰ und eine (schwere) Verletzung ist nicht immer der Zeitpunkt, sich mit anspruchsvoller Technologie vertraut zu machen. *Ernst/H. Lang*¹¹³¹ verweisen zutreffend darauf, dass nicht alle von Dosenkost und Fertiggerichten leben, sondern heute wieder mehr Wert auf klassische Vorbereitung oder Darbietung des Essens gelegt wird.¹¹³² Auch soweit die Kritik zutreffen mag, ist zu bedenken, dass auch Aktivitäten dazu kommen, wie das Zusammenbauen von Möbeln¹¹³³ oder zusätzliche Betreuungskosten für Kinder wegen heute häufigeren, betreuungsintensiven Allergien,¹¹³⁴ ganz abgesehen davon, dass die gewonnene Zeit für Standardsteigerungen auf anderen Gebieten genutzt wird, dass etwa aufwendiger gekocht wird.¹¹³⁵ Zutreffen wird, dass eher die körperlich beschwerlichen Arbeiten abgenommen haben, nicht aber der Zeitumfang.¹¹³⁶ Wenn Geschlechtsneutralität verlangt wird,¹¹³⁷ ist mE zwischen Sein und Sollen zu unterscheiden. Rein faktisch wird es so sein, dass das höhere Zeitvolumen bei der Hausarbeit von Frauen aufgewendet wird.¹¹³⁸ Während manche Gerichte die Tabellen von *Pardey* nach wie vor für ein realistisches Abbild des tatsächlichen Zeitbedarfs ansehen,¹¹³⁹ hält das OLG Frankfurt¹¹⁴⁰ – auch unter Bezugnahme auf eigene Erfahrungen – die Tabellen von *Schah Sedi* für überzeugender;¹¹⁴¹ das OLG Celle¹¹⁴² spricht beiden Tabellen ab, eine taugliche Schätzgrundlage zu sein, weil sie willkürlich gewählt, empirisch nicht abgesichert seien und der heutigen Lebenswirklichkeit nicht gerecht würden.¹¹⁴³ Verwiesen wird auf den technischen Fortschritt und die geänderten Lebensgewohnheiten unter Einschluss der zunehmenden Arbeit außer Haus und der zerfallenden Familienstrukturen. Die Datenerhebungen hätten mit den heutigen Lebensgewohnheiten in Deutschland nur sehr wenig gemein. Manche Detailkritik ist durchaus berechtigt, etwa die große Spannweite bei den Tabellen von *Pardey* in Abhängigkeit von der Anspruchsstufe, so für den 2-Personenhaushalt von 25,7 Stunden und 60,5 Stunden¹¹⁴⁴

¹¹³⁰ *Warmbach* DAR 2019, 43 (44).

¹¹³¹ *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1129).

¹¹³² Ebenso *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (178).

¹¹³³ So auch *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (55).

¹¹³⁴ *Luckey*, Personenschaden *Rn.* 842 Fn. 1094.

¹¹³⁵ *Burmann* DAR 2012, 127 (128).

¹¹³⁶ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (55).

¹¹³⁷ *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (92).

¹¹³⁸ *Landolt*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 71 (72): Anteil der Frauen an der unbezahlten Arbeit: 61,3 %.

¹¹³⁹ OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505; ebenso *Scholten* DAR 2016, 631 (636).

¹¹⁴⁰ OLG Frankfurt NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (*Warmbach, Engelbrecht*) = zfs 2019, 83 (*Zarges*) = NZV 2019, 351 (*Slizyk*) = MedR 2019, 885 (*L. Jaeger*) = JurisPR 5/2019 Anm. 1 (*H. Lang*).

¹¹⁴¹ Ebenso OLG Hamburg BeckRS 2019, 28888.

¹¹⁴² OLG Celle VersR 2019, 1157 = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197 (205) = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹¹⁴³ Kritisch insoweit *Hensen / Figgenger* NJW-Spezial 2019, 713 (714).

¹¹⁴⁴ So auch *Warmbach* DAR 2019, 43 (44).

oder die hohen Zuschläge für die Kinderbetreuung in den Tabellen von *Schah Sedi*.¹¹⁴⁵ Mag bei der Kritik auch ein Funken Wahrheit gegeben sein, so ist fragwürdig, ob seit 1991 eine „Revolution in der Haushaltsführung“ tatsächlich schon stattgefunden hat. Die Versagung jeglicher Bedeutung von Tabellen unter ausschließlicher Bezugnahme auf Literaturstimmen von Defensivkanzleien¹¹⁴⁶ erscheint jedenfalls wenig ausgewogen.¹¹⁴⁷ Wenn das OLG Celle anstelle von Tabellen die konkreten Lebensverhältnisse – offenbar nach der Einschätzung des jeweiligen Gerichts – für maßgeblich ansieht, so werden – womöglich – überhöhte Zusprüche vermieden; allerdings wird nichts von auch nur vergleichbarer Präzision an dessen Stelle gesetzt; die Verschärfung an die Darlegungs- und Beweislastlast benachteiligt einseitig den Anspruchsteller. Zu bedenken ist zudem, dass die Einholung von Sachverständigengutachten wie beim Kfz-Schaden zu beträchtlichen – zusätzlichen – Kosten für die Ersatzpflichtigen führen würde, so dass Tabellen namentlich in der außergerichtlichen Regulierung eine hohe Bedeutung haben.¹¹⁴⁸eng

192

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die alle drei bis vier Jahre aktualisierte schweizerische SAKE (Schweizerische Arbeitskräfteerhebung),¹¹⁴⁹ die lediglich nach dem Alter, dem Erwerbsstatus und dem Alter des jüngsten Kindes differenziert,¹¹⁵⁰ hat ergeben, dass das Zeitausmaß im Haushalt über die Jahrzehnte konstant geblieben ist;¹¹⁵¹ einzuräumen ist freilich, dass gewisse Tätigkeiten mit Kraftanstrengung geringer geworden sind, was sich im Verletzungsfall – anders als im Tötungsfall – auswirken mag. Der Geschädigte muss darlegen und beweisen, welche bestimmten Tätigkeiten er ohne Verletzung verrichtet hat, und zu welchen er nunmehr nicht mehr in der Lage ist.¹¹⁵² Auch wenn dafür das geringere Beweismaß des § 287 ZPO gilt, also bereits überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, scheitern daran viele Begehren,¹¹⁵³ mitunter werden von den

¹¹⁴⁵ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (68).

¹¹⁴⁶ *Mergner* VersR 2013, 1377 ff.; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschäden Rn. 194; *Quaisser* NJW 2014, 1290.

¹¹⁴⁷ Kritisch auch *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1130).

¹¹⁴⁸ *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 13; *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (91): In der Regulierungspraxis meist ausschließlicher Bezug auf gängige Tabellen.

¹¹⁴⁹ Bezugnehmend auf diese *Pardey* SVR 2018, 165 (170); ausführlich dazu *Landolt*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 71, (79 ff.) unter Hinweis auf den Grundsatzentscheid BGE 129 III 135; zuletzt 9.7.2019, 4A_430/2019.

¹¹⁵⁰ *M. Schmid* VersR 2020, 529 (531).

¹¹⁵¹ *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119).

¹¹⁵² *Mergner* VersR 2013, 1377 (1378); OLG Düsseldorf, 1 U 92/14.

¹¹⁵³ *Krücker*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 6 f.; OLG Hamm NJW-RR 2013, 1242: Unzureichender Vortrag.

Tatgerichten zu strenge Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt, namentlich bei schweren Verletzungen.¹¹⁵⁴ In jedem Fall hat eine Plausibilitätsprüfung in Hinblick auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt zu erfolgen.¹¹⁵⁵ Wenig sachgerecht ist ein Rückschluss auf den Zustand ohne Verletzung daraus, welche Arbeiten trotz Verletzung durchgeführt werden,¹¹⁵⁶ das kann mit Schmerzen¹¹⁵⁷ erfolgen oder länger dauern.¹¹⁵⁸ Ein solches überobligationsgemäßes Verhalten ist auszublenden, dafür der Arbeitsaufwand einer Ersatzkraft anzusetzen und nicht als bloße Freizeiteinbuße im Rahmen des Schmerzensgeldes abzugelten,¹¹⁵⁹ wo es sich als homöopathische Dosis verliert. Unterbleibt eine entsprechende Darlegung von Ausgangs- bzw. Anknüpfungstatsachen, also bei Fehlen eines entsprechenden Vortrags,¹¹⁶⁰ wird bloß ein Mindestschaden zuerkannt¹¹⁶¹ oder es kommt gar zu einer Abweisung wegen Unschlüssigkeit,¹¹⁶² weil keine unzulässige Schätzung ins Blaue hinein möglich sei.¹¹⁶³ *Scholten*¹¹⁶⁴ erklärt das – durchaus plausibel – mit einer gewissen Skepsis der Gerichte gegenüber dem Wahrheitsgehalt des Vorbringens.¹¹⁶⁵ Zu verweisen ist darauf, dass der BGH

¹¹⁵⁴ *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (109 f.).

¹¹⁵⁵ Zutreffend *Wessel* zfs 2010, 183 (187).

¹¹⁵⁶ *Damrau* ZAP Fach 2, 605 (609).

¹¹⁵⁷ Trotzdem Versagung des Zuspruchs durch AG Bad Segeberg NJOZ 2013, 850.

¹¹⁵⁸ Für deren Berücksichtigung *Luckey*, Personenschaden Rn. 786, 812; dagegen *Mergner* VersR 2013, 1377 (1379); OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940; AG Düsseldorf SP 2012, 219.

¹¹⁵⁹ *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (181); aA *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (96).

¹¹⁶⁰ OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940: Vorbringen verworren und teilweise unsubstantiiert.

¹¹⁶¹ OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 5445: Probleme beim Beugen des Knies: 2 Stunden pro Woche; OLG Brandenburg NJOZ 2010, 730: In Ermangelung konkreter Gesichtspunkte Bezugnahme auf Tabelle von *Schulz-Borck*; *C. Shah Sedi* DAR 2016, 726 (727).

¹¹⁶² *Ernst* DAR 2009, 264 (265); *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (2); *Luckey*, Personenschaden Rn. 858; ebenso *Ch. Huber* HAVE 2009, 109: Höchste Hürde im Rahmen der Durchsetzung; OLG Brandenburg NJW-Spezial 2019, 427 = VA 2019, 151; OLG Dresden BeckRS 2018, 928 = RDG 2018, 256: Vortrag, vor dem Schadensereignis 75 % der im Haushalt anfallenden Arbeiten übernommen zu haben, Anspruch auf Prozesskostenhilfe; KG DAR 2016, 456 = VersR 2016, 1205; OLG Celle BeckRS 2008, 25856: Bezugnahme auf die Tabelle von Schulz-Borck sowie die Krankenschreibungen durch den Arzt; OLG Celle SVR 2007, 147 (*Schröder*) = VRR 2007, 187 (*Luckey*); OLG Koblenz BeckRS 2005, 13163: Jeweils bloße Bezugnahme auf allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit; OLG München BeckRS 2005, 31160105 = SVR 2006, 180 (*Quarch*): Bloß Bezugnahme auf Tabelle und allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit; OLG Koblenz NJW 2003, 2834: Abweisung bei einem Chirurgen bei einer 200 m² großen Wohnung; *G. Müller* zfs 2019, 247 (249): Anwälte tragen so wenig vor, dass der Tatrichter keine Anhaltspunkte für eine sachgerechte Bewertung hat.

¹¹⁶³ *Jahnke* VGT 2010, 99 (113).

¹¹⁶⁴ *Scholten* DAR 2016, 631 (636).

¹¹⁶⁵ Ähnlich *Pardey* SVR 2018, 81 (83): Skepsis, wenn Anspruchsberechtigte überhaupt nicht in der Lage sind, tatsächlich belastende oder ausfallende Arbeiten im Haushalt zu beschreiben.

beim Erwerbsschaden eines Arbeitslosen (→ Rn. 11, 83) bzw. eines Unternehmers (→ Rn. 81, 145) darauf verwiesen hat, dass der Tatrichter alle Möglichkeiten ausschöpfen müsse und nicht vorschnell das Begehren wegen unzureichender Sicherheit der vorgelegten Beweismittel abweisen darf. Warum insoweit beim Haushaltsführerschaden ganz andere Maßstäbe gelten sollten, wäre nicht einzusehen,¹¹⁶⁶ noch dazu, weil er insoweit auf Tabellen zurückgreifen kann, wenn er das auch nicht tun muss.¹¹⁶⁷ Das hat auch der BGH¹¹⁶⁸ ausgesprochen, als das Tatgericht unter Außerachtlassung einer Anlage, die den Tagesablauf auf nur einer Seite darstellte, das Begehren – ohne Bezugnahme auf Tabellen – als un schlüssig abgewiesen hat. Die Anlage muss dabei aus sich heraus verständlich sein und darf dem Tatrichter keine unzumutbare Sucharbeit abverlangen.¹¹⁶⁹

192a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Während der Geschädigte zu näheren Angaben zum Zuschnitt seines Haushalts in der Lage sein wird, wird es ihm viel schwerer fallen, im Einzelnen darzulegen, bei welchen Verrichtungen er beeinträchtigt ist, weshalb insoweit die Bezugnahme auf die haushaltsspezifische Minderung der Erwerbsfähigkeit genügen sollte.¹¹⁷⁰ Die Kosten für die Beiziehung eines Sachverständigen sollen freilich nicht ersatzfähig sein, weil dazu jeder Anwalt bzw. Fachanwalt für Verkehrsrecht in der Lage sein soll.¹¹⁷¹ Das KG¹¹⁷² hat angenommen, dass dem Verletzten ohne entsprechenden Hinweis des Erstgerichts darauf nach § 139 Abs. 1 ZPO eine Nachholung in der Berufungsinstanz zu ermöglichen ist.¹¹⁷³ Kommt es zur Abweisung oder bloß einem verminderten Zuspruch infolge unzureichender Darlegung, handelt es sich um einen – entschädigungspflichtigen – anwaltlichen Kunstfehler des Geschädigtenanwalts.¹¹⁷⁴

193

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹¹⁶⁶So auch *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (177); *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 9.

¹¹⁶⁷OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.

¹¹⁶⁸BGH NJW 2019, 1082 = zfs 2019, 503 (*Diehl*).

¹¹⁶⁹*Frey mann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (113).

¹¹⁷⁰AA *Wenker*, jurisPR-VerkR 2011/2 Anm. 3; OLG Brandenburg NJW-Spezial 2019, 427 = VA 2019, 151: Abweisung, weil keine Darlegung, welche bestimmten Haushaltstätigkeiten nicht mehr ausgeübt werden konnten.

¹¹⁷¹OLG Hamm VRR 2011, 185 (*Zorn*); kritisch zu Recht *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (187); *Luckey*, Personenschaden Rn. 860 f. unter zutreffendem Hinweis auf die viel großzügigere Handhabung beim Kfz-Sachschaden.

¹¹⁷²KG BeckRS 2006, 08455.

¹¹⁷³So auch *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (10): Dadurch Möglichkeit einer Ergänzung in 2. Instanz.

¹¹⁷⁴*C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (615).

--	--	--

Die Haftpflichtversicherer versuchen, auch im Verletzungsfall nicht auf den höheren Wert, der sich aus der Tabelle 8 von *Pardey* ergibt,¹¹⁷⁵ abzustellen,¹¹⁷⁶ sondern auf einen geringeren Mischwert der Tabellen 1¹¹⁷⁷ und 8¹¹⁷⁸ oder gleich auf Tabelle 1,¹¹⁷⁹ was zu angemesseneren Ergebnissen – für die Haftpflichtversicherer? – führe.¹¹⁸⁰ Zu betonen ist, dass die Verwendung der Tabellen zu deutlich höheren Werten als ohne deren Anwendung geführt hat.¹¹⁸¹ Freilich muss das Tatgericht nicht auf diese zurückgreifen.¹¹⁸² Denkbar ist zudem, dass er Zu- bzw. Abschläge vornimmt.¹¹⁸³ Durch die Erhöhung der Anzahl der Tabellen¹¹⁸⁴ soll die Differenziertheit des Lebens genauer abgebildet werden; das wird aber durch ein Minus bei der Praktikabilität erkauft. Ein geringerer Zuspruch ergibt sich, wenn der Wohnsitz bedeutend kleiner ist als in der betreffenden Tabelle angenommen.¹¹⁸⁵ Bei der Anzahl der Haushaltsmitglieder ist das Alter der Kinder bedeutsam; je jünger die Kinder, umso höher der Zeitbedarf. Die Anspruchsstufen differenzieren danach, welches Versorgungsniveau im Haushalt¹¹⁸⁶ erreicht wird, wobei

¹¹⁷⁵Für die Maßgeblichkeit dieses Wertes OLG Brandenburg BeckRS 2010, 13987.

¹¹⁷⁶*Lemcke* r + s 2012, 410; dazu *Krücker*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (17): Keine grundlegende Glaubensfrage, liegt innerhalb der Streubreite des § 287 ZPO.

¹¹⁷⁷Noch restriktiver OLG Celle SVR 2011, 149 (*Balke*); BeckRS 2007, 01820; BeckRS 2011, 06346 = jurisPR-VerkR 2011/2 Anm. 3 (*Wenker*): Maßgeblich Tabelle 1, weil Tabelle 8 nur auf Befragungen beruhe und nur subjektive Einschätzungen wiedergebe; ebenso *Balke* SVR 2006, 361 (362).

¹¹⁷⁸Kritisch *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (178) unter Hinweis auf die Probleme bei den Mietwagenkosten (Schwacke, Fraunhofer).

¹¹⁷⁹*Burmann* DAR 2012, 127 (129).

¹¹⁸⁰*H. Lang* jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 unter Berufung auf die Judikatur der OLG, wobei aber lediglich eine – unveröffentlichte und damit nicht nachprüfbar – Entscheidung des OLG München als Belegstelle angeführt wird. Ebenso *H. Lang* jurisPR-VerkR 2/2009 Anm. 2 unter Hinweis auf den „Charme“ der Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2004, 351; kritisch *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (613).

¹¹⁸¹Deshalb (?) Plädoyer der Haftpflichtversicherer, auf die Heranziehung von Tabellen durch die Gerichte zu verzichten, so *Mergner* VersR 2013, 1377 (1379).

¹¹⁸²OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407; OLG Celle BeckRS 2008, 25856; KG NJW 2006, 1677 = jurisPR-VerkR 2/2009 Anm. 2 (*H. Lang*).

¹¹⁸³*Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1129).

¹¹⁸⁴Kritisch *Mergner* VersR 2013, 1377 (1378): Erhöhung auf nahezu 40 Tabellen in der 7. Auflage, nicht nachvollziehbare Aufteilungen nach Geschlecht, zeitlichem Aufwand und Art der Tätigkeit. Reduzierung auf 12 Tabellen in der 8. Auflage, aber unpraktisch, weil Fragebögen über mehr als 10 Seiten.

¹¹⁸⁵OLG Frankfurt / M. SP 2009, 217 = jurisPR-VerkR 8/2009 Anm. 2 (*Eilers*): Unterdurchschnittlich kleine Wohnung – 47 m².

¹¹⁸⁶*Pardey* Rn. 2611.

angenommen wird, dass dieses umso höher ist, je höher das Haushaltseinkommen ist.¹¹⁸⁷ Darüber hinaus spielt die Größe des Wohnsitzes¹¹⁸⁸ bzw. des angrenzenden Gartens eine wichtige Rolle. Von Bedeutung ist darüber hinaus, ob der verletzte Haushaltsführer berufstätig oder nur im Haushalt tätig ist,¹¹⁸⁹ wobei Vertreter der Haftpflichtversicherer¹¹⁹⁰ mutmaßen, dass die „Nur-Hausfrau“ kein höheres Versorgungsniveau schafft, sondern sich bloß mehr Zeit lässt, eine mE wenig plausible Annahme. Bedeutsam ist zudem, ob der Haushaltsführer noch im beruflichen Erwerbsleben steht oder aus diesem ausgeschieden ist; dann hat er für den Haushalt mehr Zeit.¹¹⁹¹

193a

Uneinheitlich ist, ob eine Bezugnahme auf fünf,¹¹⁹² sechs¹¹⁹³ oder sieben¹¹⁹⁴ Tage zu erfolgen hat.¹¹⁹⁵ Mitunter wird darauf hingewiesen, dass die sich daraus ergebenden Werte zu hoch seien.¹¹⁹⁶ Dafür wird unter anderem ins Treffen geführt, dass die Arbeit im Garten saisonal stark schwankt¹¹⁹⁷ und im Urlaub bzw. bei Krankheit gar nicht gegeben sei.¹¹⁹⁸ Dabei wird übersehen, dass der Arbeitsanfall im Garten saisonal eben auch besonders hoch sein kann, abgesehen davon, dass sich das bei einem Dauerschaden ausgleicht; fällt im Winter im Garten keine oder weniger Arbeit an, kommt freilich das Schneeschippen hinzu. Außerdem ist bei einem heute weit verbreiteten Urlaub in einer Ferienwohnung der Anfall an Hausarbeit ebenso hoch, ganz abgesehen, dass Vor- und Nachbereitung sowie Kinderbetreuung zeitintensiver sind.¹¹⁹⁹ Dazu kommt, dass auch die (fiktive) Ersatzkraft nicht zwölf Monate im Jahr arbeitet, sondern einen Urlaubsanspruch von jedenfalls fünf Wochen hat, wozu zwei Wochen Feiertage kommen, und

¹¹⁸⁷ *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (291).

¹¹⁸⁸ Zutreffend *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (728): Bedeutsam, wenn Wechsel in eine doppelt so große Wohnung.

¹¹⁸⁹ OLG Köln SP 2000, 306.

¹¹⁹⁰ *Heß/Burmann* NZV 2010, 8 (10); *Mergner* VersR 2013, 1377 (1378).

¹¹⁹¹ *M. Schmid* VersR 2020, 529 (530) für das schweizerische Recht.

¹¹⁹² OLG Köln r + s 1989, 400.

¹¹⁹³ OLG Oldenburg VersR 1986, 1220.

¹¹⁹⁴ OLG Köln VersR 1981, 690.

¹¹⁹⁵ *Pardey* Rn. 2619.

¹¹⁹⁶ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1193.

¹¹⁹⁷ OLG Celle BeckRS 2011, 06346 = jurisPR-VerkR 2011/2 Anm. 3 (*Wenker*): Hinweis, dass bis Ende Februar kaum Gartenarbeiten anfallen; *Wessel* zfs 2010, 183 (187).

¹¹⁹⁸ *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3; *Wessel* zfs 2010, 183 (187); *Luckey*, Personenschaden Rn. 856; *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 Rn. 103a.

¹¹⁹⁹ *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119) unter Bezugnahme auf die Literatur in der Schweiz.

diese zudem gelegentlich krank ist.¹²⁰⁰ Eine einäugige Betrachtung zugunsten des Ersatzpflichtigen ist wenig ausgewogen! ME ist das sich aus den Tabellen ergebende Stundenausmaß im Regelfall zu gering.¹²⁰¹ Vor allem, wenn es um die Betreuung von Kleinkindern geht, ist bedeutsam, dass sich die einzelnen Verrichtungen nicht bündeln lassen und über den gesamten Tag – und auch die Nacht – verteilt anfallen, so dass auch Bereitschaftszeiten abgegolten werden müssen. Gerade bei solchen Tätigkeiten kommt eine Verschiebung nicht in Betracht.¹²⁰²

194

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wenn mitunter darauf hingewiesen wird, dass eine professionelle Ersatzkraft tüchtiger als der verletzte Haushaltsführer sei,¹²⁰³ das Leitbild der jungen, flinken Profihausfrau,¹²⁰⁴ so dürfte das kaum lebensnah sein.¹²⁰⁵ Eine solche ist jedenfalls nicht für 9 EUR zu bekommen.¹²⁰⁶ Ausnahmsweise kommt so etwas in Betracht, wenn es sich um einen Verletzten im fortgeschrittenen Alter¹²⁰⁷ oder einen Alkoholsüchtigen¹²⁰⁸ handelt. Gegen diese Annahme im Regelfall spricht, dass eine fremde Ersatzkraft mit den konkreten Gegebenheiten wenig vertraut ist, weshalb sie schon deshalb länger brauchen wird. Dazu kommt, dass die Motivation des Haushaltsführers bei Erledigungen für die eigene Familie typischerweise höher zu veranschlagen ist als bei fremden Arbeitnehmern.¹²⁰⁹ Braucht die Ersatzkraft länger, soll nach *Pardey*¹²¹⁰ ein

¹²⁰⁰Für eine Berücksichtigung bei Schwerstverletzten *Luckey*, Personenschaden, Rn. 857. Warum aber nur bei diesen? Dass diese nicht mehr auf Urlaub fahren, führt dazu, dass ein solcher Verletzter mehr als eine Ersatzkraft benötigt.

¹²⁰¹AA *Jahnke* VGT 2010, 99 (117), der deshalb und wegen der Kompliziertheit nicht auf die neuesten Tabellen von *Schulz-Borck/Pardey* zurückgreifen will; gegenteilig *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (615): Durch 7. Auflage das in der Regulierungspraxis bestehende Bedürfnis bestens bedient.

¹²⁰²*Luckey*, Personenschaden, Rn. 786, 816 ff.

¹²⁰³*H. Lang*, jurisPR-VerkR 2/2009 Anm. 2, jedenfalls bei älteren Verletzten; *Hofmann* VersR 1982, 983 (984); *Hensen / Figgner* NJW-Spezial 2019, 713; *Pardey* Rn. 2544.

¹²⁰⁴*Heß/Burmann* NZV 2010, 8 (9); ähnlich *Jahnke* VGT 2010, 99, 104 (111).

¹²⁰⁵*Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (179); *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (681 f.); *ders.* HAVE 2009, 109 (118), 122 unter Hinweis auf die gerade gegenläufige Einschätzung durch das BG in der Schweiz. Die faktischen Verhältnisse dürften kaum unterschiedlich sein; ähnlich *Pardey* SVR 2018, 81 (85 f.): Hinweis auf professionelle Arbeitskräfte und geübte Haushaltshilfen.

¹²⁰⁶Zutreffend *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (729).

¹²⁰⁷*Burmann* DAR 2012, 127 (129): Ältere Nur-Hausfrau braucht 60 Stunden, jüngere bezahlte Ersatzkraft schafft das in 30 Stunden. Wo gibt es aber solche?

¹²⁰⁸Dazu BGH NJW 2002, 292.

¹²⁰⁹*J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (52).

Auswahlverschulden gegeben sein. Das müsste aber ex ante erkennbar sein, was selten der Fall sein wird. Im Übrigen ist wie beim Kfz-Schaden das Risiko der Schlechterfüllung vom Ersatzpflichtigen zu tragen.¹²¹¹

195

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Eine Kürzung des Zeitbudgets soll sich dadurch ergeben, dass der Haushaltsführer in einer Ehe zu **Umdispositionen** dergestalt verpflichtet sein soll, dass die von ihm nicht mehr zu bewältigenden Arbeiten vom Ehepartner auszuführen sein sollen,¹²¹² allerdings nur dann, wenn dieser dadurch zeitlich nicht stärker beansprucht wird¹²¹³ und schon bisher im Haushalt tätig war;¹²¹⁴ zu prüfen ist jedenfalls, ob diesem auch möglich und zumutbar ist und welche zusätzlichen Tätigkeiten der verletzte Ehegatte im Abtausch übernehmen kann.¹²¹⁵ Zu bedenken ist, dass es beim Haushaltsführerschaden auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, auch auf die des nicht verletzten Ehepartners.¹²¹⁶ Die Folge ist, dass etwa bei einem Unterarmbruch jeglicher Haushaltsführerschaden verneint wurde.¹²¹⁷ Es mag zwar sein, dass der Ehepartner dazu familienrechtlich verpflichtet ist; allein, es handelt sich insoweit um eine im Verhältnis zum Schädiger überobligationsgemäße Mehranstrengung, die – wie bei Verletzung eines Gesellschafters und Mehrarbeit eines Mitgesellschafters – den Schädiger nach § 843 Abs. 4 nicht zu entlasten vermag.¹²¹⁸ In Bezug auf die Umorganisation¹²¹⁹ sowie Verschiebung gewisser

¹²¹⁰ *Pardey* Rn. 2545.

¹²¹¹ BGHZ 63, 182 = NJW 1975, 160; dazu *Gotthardt* VersR 1975, 977; *Seliger* VersR 1976, 146.

¹²¹² OLG Nürnberg SVR 2016, 143 (*Balke*) 2016, 143; OLG Saarbrücken zfs 2015, 683 (*Diehl*) = NJW-RR 2015, 1119; OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940; OLG Celle SVR 2011, 149 (*Balke*); KG BeckRS 2005, 03034 = zfs 2005, 182 (*Diehl*); OLG Köln NJW-RR 1994, 350; OLG Köln r + s 1989, 401; *Heß/Burmann* NZV 2010, 8 (11); *Pardey* Rn. 2509; *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (290); noch weitergehend OLG Celle BeckRS 2008, 25856: Andere Familienmitglieder; *Wessel* zfs 2010, 183 (185); *Pardey* DAR 2006, 671 (675); *Balke* SVR 2006, 361 (364): In geringfügigem Ausmaß; *Pardey*: Auch zusätzliche Arbeit zulasten des Ehegatten zumutbar, nicht bloß Umschichtung; aA OLG Celle BeckRS 2005, 14088 = VRR 2005, 425 (*Luckey*).

¹²¹³ OLG Celle VersR 2019, 1157 = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197 (205) = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*); OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 14930; OLG Celle SVR 2011, 149 (*Balke*); *Held* VGT 2012, 41, 50: Bloß Umverteilung, nicht Mehrarbeit.

¹²¹⁴ OLG Düsseldorf NJW 2011, 1152.

¹²¹⁵ *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 29.

¹²¹⁶ OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 14930: Dass Ehemann sich auch nach Verrentung nur mäßig an Hausarbeit beteiligt hat, ist im Sinn eines modernen Familienbildes ungewöhnlich, aber nicht unglaubwürdig.

¹²¹⁷ So in der Tat OLG Frankfurt BeckRS 2018, 25352; OLG Köln r + s 1989, 401; *Pardey* Rn. 2510.

¹²¹⁸ *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119 f.); ebenso *Luckey*, Personenschaden, Rn. 800; für das schweizerische Recht *M. Schmid* VersR 2020, 529 (532).

Tätigkeiten¹²²⁰ könnten allenfalls die gleichen Kriterien wie beim Erwerbsschaden eines Selbstständigen gelten. Unbedenklich ist etwa, das Geschirr in untere Regale umzuräumen – so dort Platz ist.¹²²¹ Zu bedenken ist indes, dass dem Selbstständigen die Arbeitskraft seiner Arbeitnehmer zugewiesen ist, was beim Ehegatten so nicht der Fall ist;¹²²² zusätzlich ist zu bedenken, dass manche Tätigkeiten, etwa das Wickeln und Füttern von Kindern, keinen zeitlichen Aufschub erlauben;¹²²³ auch müsste der andere – im Beruf stehende – Ehegatte zu den jeweiligen Arbeiten in der Lage sein. Die besseren Gründe sprechen daher gegen eine solche Obliegenheit des Verletzten.¹²²⁴ Darüber hinaus werden dem Geschädigten Schadensminderungsobliegenheiten auferlegt, die jeder beruflich Erwerbstätige als unzumutbar ablehnen würde, so zB den Einkauf von Lebensmitteln im Rucksack mit zwei Stützkrücken¹²²⁵ oder mit dem Rollstuhl.¹²²⁶ Dass der Geschädigte für manche Verrichtung länger braucht, wird im Rahmen des Haushaltsführerschadens zu Unrecht für nicht entschädigungspflichtig erachtet.¹²²⁷ Heiratet eine Frau nach der Verletzung, muss es der Schädiger hinnehmen, dass sich das Arbeitsvolumen, in dem sie im Haushalt beeinträchtigt ist, erhöht und kann nicht darauf verweisen, dass der Ehemann eine geschädigte Frau geheiratet habe.¹²²⁸

196

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹²¹⁹Eine solche Pflicht in concreto verneinend OLG Hamm NZV 2002, 570.

¹²²⁰Zu den Grenzen bei einem berufstätigen Haushaltsführer AG Wiesbaden zfs 1994, 12; *Pardey* Rn. 2509.

¹²²¹ *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (181).

¹²²² Ablehnend auch *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1129); vgl. *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (62 f.).

¹²²³ Anders bei manchen Arbeiten im Garten, so LG Duisburg SP 2000, 307.

¹²²⁴ *Mathis*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 25 (29); *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (181); aA *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (99).

¹²²⁵ So aber OLG Frankfurt / M. OLGR 2009, 131; kritisch *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119); aA auch LG München I zfs 2013, 22: 100 % bei Angewiesenheit auf 2 Krücken.

¹²²⁶ OLG Hamm BeckRS 2019, 5624.

¹²²⁷ *Jahnke* VGT 2010, 99, 108; *Balke* SVR 2006, 361 (366); *Pardey* DAR 2006, 671 (675); OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 22815 = SVR 2009, 307 (*Balke*): Zumutbar bei einem Studenten; aA aber OLG Köln SVR 2017, 345 (*Pardey*) = NJOZ 2016, 618: Nur in geringem Umfang zeitlicher Mehraufwand zumutbar; *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (181); *Wessel* zfs 2010, 183; *Pardey* zfs 2007, 303 (304); ebenso der österreichische OGH ZVR 2011/145 (*Ch. Huber*); für das schweizerische Recht *M. Schmid* VersR 2020, 529.

¹²²⁸ LG Kleve SVR 2013, 425 (*Balke*) = jurisPR-VerkR 16/2013 Anm. 1 (*Wenker*).

Manche Entscheidungen haben ausgesprochen, dass Voraussetzung für den Ersatz eine gewisse Erheblichkeitsschwelle ist,¹²²⁹ so dass für nur im größeren zeitlichen Abstand anfallende Arbeiten wie Schnitarbeiten im Garten und Renovierungsarbeiten im Haus¹²³⁰ sowie geringfügige oder übliche Hilfeleistungen¹²³¹ kein Vermögensschadensersatz gebühren,¹²³² sondern insoweit eine Abgeltung im Rahmen des Schmerzensgeldes erfolgen soll;¹²³³ *Balke*¹²³⁴ fordert gar, dass für die Ersatzfähigkeit die Haushaltsführung einer eigenen Berufstätigkeit gleichstehen muss.¹²³⁵ So hat das OLG Oldenburg¹²³⁶ ausgesprochen, dass bei Fehlen einer beruflichen Erwerbstätigkeit der Ehefrau der verletzte Ehemann keinen Ersatz für die Mithilfe im Haushalt verlangen könne, obwohl dieser die Tätigkeiten konkret spezifiziert hatte, nämlich Beheizung, Hilfe bei schweren Arbeiten und die Aufsicht bei Schularbeiten.¹²³⁷ Diese Ansicht ist abzulehnen,¹²³⁸ weil es anders als bei § 844 Abs. 2 lediglich auf die tatsächliche Ebene ankommt und eine Bagatellschwelle weder im Gesetz angeordnet noch sonst wo beim Erwerbsschaden auch nur diskutiert wird. Eine Abgeltung im Rahmen des Schmerzensgeldes führt zu für den Geschädigten kaum wahrnehmbaren homöopathischen Erhöhungen des Ersatzbetrags und stellt damit ein untaugliches Vehikel dar, den nach dem Gesetz gebührenden Ausgleich zu verweigern.¹²³⁹ Erwähnt sei, dass die Bagatellschwelle beim Schmerzensgeld deutlich geringer ist.¹²⁴⁰ Ebenso abzulehnen sind die mitunter vorgeschlagenen „pragmatischen Wege“, durch die eine zeitaufwendige Berechnung anhand von Tabellen entbehrlich sein soll.¹²⁴¹ ME ist nicht

¹²²⁹OLG Saarbrücken zfs 2015, 683 (*Diehl*) = NJW-RR 2015, 1119; so auch *Pardey* Rn. 2513 ff., 2519; *ders.* DAR 1994, 266 f.; aA LG Zweibrücken NJW 1993, 3207: Ersatz in Höhe von 75 EUR.

¹²³⁰OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940.

¹²³¹*Pardey* SVR 2017, 466 (468): Erwogen für 7-tätige Abwesenheit infolge stationären Aufenthalts.

¹²³²*Pardey* DAR 2006, 671 (672); ähnlich *Jahnke* VGT 2010, 99 (107): Ersatz nur bei „nennenswerten“ tatsächlichen Verletzungen.

¹²³³*Pardey* DAR 2010, 14.

¹²³⁴*Balke* SVR 2006, 321 (323).

¹²³⁵AA *Pardey* DAR 2006, 671 (672): Alle begleitenden, unterstützenden, helfenden Tätigkeiten, geschlechtsneutral und eigentlich altersunabhängig.

¹²³⁶OLG Oldenburg VersR 1983, 890; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 52; kritisch freilich *Pardey* Rn. 2485.

¹²³⁷Ähnlich *Krücker*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 13: 50 Minuten tägliche (!) Beeinträchtigung lassen sich durch Umorganisation und Umverteilung auf den Ehemann kompensieren.

¹²³⁸So auch *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289; *Luckey*, Personenschaden, Rn. 767.

¹²³⁹So auch *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (478): „Erhebliche Gerechtigkeitsdefizite, Möglichkeit eines Ausgleichs über das Schmerzensgeld wird insofern häufig überschätzt.“

¹²⁴⁰BGH NJW 1992, 1043: Geringfügige Kopfschmerzen und Schnupfen an wenigen Tagen; für einen Anspruch beim Haushaltsführerschaden auch bei einer Beeinträchtigung von 10 % *C. Shah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 30.

¹²⁴¹*H. Lang* (Deutsche Allianz), jurisPR-VerKR 2010/13 Anm. 3 unter Berufung auf OLG Schleswig Spektrum für Versicherungsrecht des DAV 2008/3, 88 sowie nicht veröffentlichte – und daher nicht

ersichtlich, wieso die Berechnung unter Bezugnahme auf Tabellen zeitaufwendig sein soll; dahinter dürfte der Versuch stecken, den berechtigten Anspruch des Verletzten zusätzlich zu kürzen, ohne das offenzulegen.¹²⁴²

197

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Gefordert wird gelegentlich, dass die veralteten Tabellen von *Schulz-Borck*¹²⁴³ von „objektiven“, also weder im Sold der Haftpflichtversicherer noch der Verbraucherschutzverbände stehenden Wissenschaftlern überarbeitet werden mögen.¹²⁴⁴ Tabellen stellen Modelle dar, die die Wirklichkeit notwendigerweise vereinfachen. Hilfreich könnten insoweit die neuesten fundierten statistischen Untersuchungen aus der Schweiz, insbesondere die vierteljährlich jeweils aktualisierten SAKE-Tabellen,¹²⁴⁵ sein, die andere Variablen für bedeutsam erachten, nämlich unter anderem Alter¹²⁴⁶ und Geschlecht.¹²⁴⁷ Diese haben dabei ergeben, dass das Arbeitsvolumen im Haushalt im Laufe der Jahre ziemlich konstant geblieben ist.¹²⁴⁸ Der Hinweis, dass lediglich der Zeitaufwand für einen zügigen, geplanten Einkauf ersatzfähig sei, nicht aber Erlebnishopping,¹²⁴⁹ ist zutreffend. Ersatzkräfte, die mit einem Stundenentgelt von 8 oder 9 EUR entlohnt sind, werden dazu freilich kaum in der Lage sein. Dazu kommt, dass der Einkauf heute womöglich auch deshalb länger dauert, weil der Tante-Emma-Laden um die Ecke nicht mehr existiert und weitere Wege in Kauf genommen werden müssen.¹²⁵⁰ Die gesellschaftliche Entwicklung ist eben keine Einbahnstraße! Und nicht jeder ernährt sich mit Fastfood, Mikrowelle

nachprüfbar – Entscheidungen. Ähnlich *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2/2009 Anm. 2: Verzicht auf „komplizierte“ Berechnung auf Basis von Tabellen bei leichteren Verletzungen. Zu Recht kritisch *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (613).

¹²⁴²Kritisch *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (116).

¹²⁴³*Jahnke* VGT 2010, 99, 115, 117. fn4.

¹²⁴⁴*H. Lang* jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3; *Balke* SVR 2006, 361 (363 f.).

¹²⁴⁵*M. Schmid* VersR 2020, 529 (531); bezüglich der Entwicklung einer aktuellen Tabelle für Deutschland skeptisch *Jahnke* VGT 2010, 99, 119, weil das viele Jahre dauere. Die Schweiz hat das freilich geschafft!

¹²⁴⁶Zur Plausibilität dieses Kriteriums *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (680); die Lebenswirklichkeit verkennend indes *Mergner* VersR 2013, 1377 (1378).

¹²⁴⁷Zu den Unterschieden gegenüber den Tabellen von *Schulz-Borck* *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (110 ff.); zur Bedeutsamkeit des Geschlechts für die Schätzung des Zeitumfangs *Pardey* DAR 2006, 671 (672). Zur Berücksichtigung in der 8. Auflage der Tabellen von Schulz-Borck/*Pardey* *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (615).

¹²⁴⁸*Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119); ebenso *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (614 f) für die letzten 20 bis 30 Jahre.

¹²⁴⁹*Jahnke* VGT 2010, 99, 117.

¹²⁵⁰Zur Anrechnung der Ersparnis solcher Fahrtkosten bei stationärem Krankenhausaufenthalt *Wessel* zfs 2010, 242 (243).

oder Zuhilfenahme eines Pizzataxis.¹²⁵¹ Ebenso wenig nutzt jeder – schon wegen des fortgeschrittenen Alters oder des Bildungsstandes – die Möglichkeiten des Online-Shoppings,¹²⁵² ganz abgesehen davon, dass gewisse Schnäppchen und Rabatte sich nur vor Ort entdecken lassen. Wenn zu berücksichtigen ist, dass sich der Zeitaufwand nach dem jeweiligen Bedarf des Verletzten zu orientieren hat, so etwa die dramatische Absenkung des Stundenausmaßes bei einem Krankenhausaufenthalt¹²⁵³ bzw. der Wechsel der Qualifikation der Ersatzkraft, wenn eine partielle Wiederherstellung der Gesundheit erfolgt ist, sei darauf verwiesen, dass taugliche Arbeitskräfte, die zu diesen Bedingungen einsatzbereit wären, am Markt gar nicht vorhanden sind. Eine Professorenstelle ist innerhalb von vier Wochen zu besetzen, wobei eine Auswahl zwischen mehreren Bewerbern/innen möglich ist; für eine Putzhilfe sucht man indes ein halbes Jahr oder länger. Realistischer wäre insoweit die Anknüpfung an die um Verwaltungsaufwand und Gewinn bereinigten Kosten eines Haushaltsdienstleistungsunternehmens, bei dem dann berücksichtigt wird, dass solche Ersatzkräfte nicht zu 100 % ausgelastet sind, was sich – wie bei Anmietung eines Autos – in den Kosten niederschlägt.¹²⁵⁴

197a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Erbringung von Haushaltsdienstleistungen für andere wird als Erwerbsschaden qualifiziert; er unterscheidet sich von einem Erwerbsschaden eines Arbeitnehmers. Während der Arbeitnehmer arbeitsfähig oder arbeitsunfähig ist, ist es bei dem Hausarbeit Verrichtenden möglich, dass dieser auch einen Teil der verbliebenen Arbeitskraft im konkreten Haushalt einsetzen kann.¹²⁵⁵ Zudem ist die Arbeitsunfähigkeit im Erwerbsleben nicht immer gleichbedeutend mit einer Einschränkung der Fähigkeit zur Haushaltsführung.¹²⁵⁶ Zumutbar ist ihm jedenfalls die Koordinierung des Haushalts.¹²⁵⁷ Für einen Arbeitnehmer ist die Ausübung einer Tätigkeit, selbst einer Nebentätigkeit, schon dann nicht zumutbar, wenn dadurch sein Heilungsfortschritt gefährdet ist. Das ist mE auch der maßgebliche Maßstab bei dem, der Hausarbeit verrichtet, nicht erst die Schwelle, wenn es durch die Überbelastung zu körperlichen Schäden kommt.¹²⁵⁸ Ein Verweis auf die zusätzliche Verwertung der Arbeitskraft im Haushalt bei Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der

¹²⁵¹ So aber der Hinweis von *Jahnke* VGT 2010, 99, 117.

¹²⁵² Zum Verweis darauf bei Verlust der Hörfähigkeit *Mergner* VersR 2013, 1377 (1379).

¹²⁵³ Zur gebotenen Differenzierung zwischen 1- und Mehr-Personen-Haushalten *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (180): Bei einem 1-Personen-Haushalt kommt es zu einer erheblichen Reduzierung, bei einem Mehr-Personen-Haushalt zu einer bloß unwesentlichen Reduktion des Zeitumfangs.

¹²⁵⁴ *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (123).

¹²⁵⁵ OLG Köln MedR 2015, 599 (*Lissl*): Körperlich wenig anstrengende Tätigkeiten wie Ein- und Ausräumen des Geschirrspülers, Mithilfe bei der Zubereitung von Speisen; einsatzfähig an besseren Tagen.

¹²⁵⁶ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (49).

¹²⁵⁷ OLG Hamm BeckRS 2019, 5624.

¹²⁵⁸ So *Pardey* SVR 2017, 347.

beruflichen Erwerbsarbeit kommt daher nur unter diesen restriktiven Voraussetzungen in Betracht.¹²⁵⁹

bb) Haushaltsspezifische Minderung der Erwerbsfähigkeit

198

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei Verletzung des Haushaltsführers wird das der Bemessung zugrunde zu legende Zeitbudget ermittelt, indem der für eine bestimmte Haushaltsgröße sich ergebende Bedarfswert mit der haushaltsspezifischen Minderung der Erwerbsfähigkeit¹²⁶⁰ multipliziert wird. Es handelt sich dabei um eine Tabelle, die von *Reichenbach/Vogel*¹²⁶¹ entwickelt und zum **Münchener Modell**¹²⁶² fortentwickelt wurde und darauf abstellt, bei welchen Verletzungen Behinderungen in welchem Maße bei der Haushaltsführung gegeben sind. Während die allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit einen Durchschnittswert für sämtliche Berufe ermittelt, stellt die haushaltsspezifische Minderung der Erwerbsfähigkeit darauf ab, dass namentlich Einschränkungen der Sinnesorgane und der oberen Gliedmaßen einen stärkeren Einfluss ausüben, während die unteren Gliedmaßen eine geringere Rolle spielen.¹²⁶³ Vertreten wird, dass die Haushaltsführung „spürbar“ beeinträchtigt sein müsse;¹²⁶⁴ beim Schmerzensgeld wird durch eine solche Bagatellschwelle nur Ersatz für veritable Petitessees ausgeklammert,¹²⁶⁵ warum die Erheblichkeitsschwelle beim Haushaltsführungsschaden höher sein sollte, wäre nicht einzusehen. Es wird dabei einerseits betont, dass die allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit keine Rolle spiele;¹²⁶⁶ andererseits wird aber darauf hingewiesen, dass eine allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit bis 5 %, ¹²⁶⁷ 10 %, ¹²⁶⁸ ja sogar 20 %¹²⁶⁹ so geringfügig sei, dass

¹²⁵⁹ Eine solche „Verrechnung“ generell ablehnend *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (181).

¹²⁶⁰ OLG Hamm NZV 2002, 570; OLG Köln SP 2000, 306 und 336; *Küppersbusch/Höher* Rn. 196.

¹²⁶¹ *Reichenbach/Vogel* VersR 1981, 812 ff.

¹²⁶² *Ludwig* DAR 1991, 401 ff.

¹²⁶³ *Pardey* Rn. 2521.

¹²⁶⁴ *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (104).

¹²⁶⁵ BGH NJW 1982, 1043: Vorübergehende leichte Kopfschmerzen und Schnupfen.

¹²⁶⁶ OLG München BeckRS 2005, 31160105 = SVR 2006, 180 (*Quarch*); *Balke* SVR 2006, 361 (363). Vgl. aber LG Frankfurt/O DAR 2008, 29: Annahme, dass aus 90%iger allgemeiner Erwerbsminderung eine solche im Haushalt von ebenfalls 90 % folge. Bei so hohen Werten dürfte das plausibel sein.

¹²⁶⁷ *Pardey* SVR 2018, 81 (84 f.) Gegen eine zu geringe Bagatellschwelle unter kritischer Bezugnahme auf OLG Düsseldorf VersR 1982, 881: Keine Beeinträchtigung in der Haushaltsführung bei Verlust des Geruchs- oder Geschmackssinns; gegen diese Ausklammerung auch *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (728).

¹²⁶⁸ OLG Saarbrücken zfs 2015, 683 (Diehl) = NJW-RR 2015, 1119: 15 % in concreto, liegt immerhin über 10 %; OLG Düsseldorf DAR 1988, 24; LG Braunschweig SVR 2007, 99 (*Balke*); *Pardey* Rn.

keine haushaltsspezifische Minderung der Erwerbsfähigkeit gegeben sei, weil dies durch Umverteilung der Hausarbeit, Umorganisation und mithilfe maschineller Unterstützung kompensierbar sei,¹²⁷⁰ wobei das für widerlegbar gehalten wird.¹²⁷¹ Womöglich wird bei der 20 %-Grenze eine „Anleihe“ bei der gesetzlichen Unfallversicherung genommen, bei der eine Verletztenrente nach § 56 Abs. 1 S. 1 SGB VII erst bei einer Erwerbsminderung von 20 % gebührt; die Kategorien im Sozialrecht und Schadensrecht sind indes häufig unterschiedlich. In der Praxis sei die haushaltsspezifische Minderung der Erwerbsfähigkeit im Regelfall niedriger¹²⁷² oder betrage häufig bloß die Hälfte der allgemeinen Erwerbsminderung.¹²⁷³ Das erscheint zumindest widersprüchlich.¹²⁷⁴ Ebenso wenig angebracht ist die Aussage, dass wegen der fehlenden Beeinträchtigung bei der Bürotätigkeit diejenige bei der Haushaltsführung nicht über ein gewisses Ausmaß (hier 15 %) hinausgehen könne.¹²⁷⁵ Bei geringfügiger Minderung der haushaltsspezifischen Erwerbsfähigkeit wird die – fragwürdige – Ansicht vertreten, dass diese – stets? – kompensierbar sei.¹²⁷⁶ Das Rationalisierungspotenzial im Haushalt wird dabei mE

2519; aA OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 14930; OLG Celle SVR 2011, 149 (*Balke*); LG Münster SP 2011, 327: Zuspruch eines Haushaltsführungsschadens auch bei 10 %.

¹²⁶⁹ OLG Brandenburg SVR 2017, 103 (*Balke*); OLG Hamm r + s 2010, 481 = SVR 2011, 145 (*Balke*); OLG Celle SVR 2007, 147 (*Schröder*) = VRR 2007, 187 (zu Recht kritisch *Luckey*); LG Aachen PVR 2003, 28 (*Balke*); *Balke* SVR 2006, 361. 364; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1176; *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (292); *Küppersbusch/Höher* Rn. 199; aA OLG Rostock zfs 2003, 233. Beschwichtigend *Heß/Burmann* NZV 2010, 8 (11): 20%ige Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht in jedem Fall durch Gewöhnung und Anpassung kompensierbar; kritisch auch *Mathis*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 25 (33).

¹²⁷⁰ OLG Brandenburg SVR 2017, 103 (*Balke*); OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940; *Wenker*, jurisPR-VerkR 2011/2 Anm. 3; *Luckey* VRR 2005, 404 (407); *Ernst* VA 2008, 132 (133); *Kreuter-Lange*, in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn.; aA OLG Celle BeckRS 2007, 01820; BeckRS 2005, 14088 = VRR 2005, 425 (*Luckey*); LG Köln SP 2014, 86: Zuspruch jeweils auch bei 15 %. Weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Balke* SVR 2017, 105 Fn. 18 ff.

¹²⁷¹ *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1128).

¹²⁷² OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505; OLG Köln r + s 2015, 422; OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940; *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (117); *Hensen/Figgenger* NJW-Spezial 2019, 713; zu Recht kritisch *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (728).

¹²⁷³ LG Aachen NZV 2003, 137 mit Anm. *Balke* PVR 2003, 28 (30); kritisch *Diehl* zfs 2005, 183 (184). Vgl. auch LG Kaiserslautern SVR 2007, 343 (*Balke*): 50%ige Minderung der Erwerbsfähigkeit, 10%ige Minderung der haushaltsspezifischen Erwerbsminderung, kein Ersatz, weil das kompensierbar sei – mE fragwürdig. Ähnlich *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 Rn. 97: In aller Regel deutlich geringer; ähnlich *Quaisser* NJW-Spezial 2013, 585 (586).

¹²⁷⁴ Ebenso *Ernst* DAR 2009, 264 (265) unter Hinweis auf das Erfordernis der Darlegung der jeweils konkreten Behinderung. Ähnlich *Balke* SVR 2011, 146 sowie *Luckey*, Personenschaden Rn. 797 Fn. 1054: Haushaltsspezifische Minderung kann geringer oder größer sein als allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit; ebenso *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (94) mit konkreten Beispielen.

¹²⁷⁵ OLG Celle BeckRS 2007, 01820.

¹²⁷⁶ KG BeckRS 2006, 08455: 5–15 %; KG NZV 2006, 305: 5 %.

maßlos überschätzt. Kaum ein Haushalt hat heute keinen Geschirrspüler;¹²⁷⁷ und soweit es um die Anschaffung von Staubsauger oder Rasenmäher geht, sind die nicht überall einsetzbar; zudem ist der Zeitpunkt einer schweren Verletzung nicht immer der zumutbare Zeitpunkt, sich mit neuesten Technologien vertraut zu machen. Zutreffend ist jedoch, dass solche Vermutungen durch einen entsprechend konkreten Vortrag widerlegt werden können¹²⁷⁸ und den Geschädigten eine sekundäre Darlegungslast treffe.¹²⁷⁹ Wenn vom Verletzten verlangt wird, dass er jeweils vortragen und beweisen müsse, welche konkrete Beeinträchtigung ihn daran hindere, welche bestimmten Haushaltstätigkeiten auszuführen¹²⁸⁰ und ein bloßer Verweis auf die Tabelle nicht ausreichend sei,¹²⁸¹ so ist sowohl die verletzte Person als auch der Geschädigtenanwalt damit überfordert, was für eine weitgehende Anlehnung an die aus der Tabelle ermittelte Minderung der haushaltsspezifischen Erwerbstätigkeit spricht. Ist eine Person am rechten Handgelenk verletzt, ist der Vortrag bedeutsam, dass die Person Rechtshänder ist.¹²⁸² Sofern es sich um eine neurologisch-psychische Erkrankung handelt, ist die allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit mit der haushaltsspezifischen deckungsgleich.¹²⁸³ Auch bei der Haushaltsführung können psychische Beeinträchtigungen eine Rolle spielen,¹²⁸⁴ wiewohl das in den bisherigen Tabellen noch nicht erfasst ist.¹²⁸⁵

198a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei **Mehrfachverletzungen** ist besonders darauf zu achten, dass nicht eine schlichte Addition vorgenommen werden darf.¹²⁸⁶ Wer beide Arme verloren hat, hat eine wesentlich stärkere Beeinträchtigung, als es der doppelten Minderung bei Verlust eines Armes entspricht.¹²⁸⁷ Vorerkrankungen führen – anders als etwa bei einer privaten Unfallversicherung – nur dann zu einem Abzug, wenn eine konkrete Beeinträchtigung vor der vom Schädiger zu verantwortenden Verletzung gegeben war.¹²⁸⁸ Zu betonen ist schließlich, dass die Tabelle in erster Linie äußerlich auftretende (orthopädische) Gebrechen erfasst; aber Schmerzen und psychische

¹²⁷⁷ OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.

¹²⁷⁸ *Ernst* VA 2008, 42 (44).

¹²⁷⁹ *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (182).

¹²⁸⁰ *Balke* SVR 2006, 361 (363).

¹²⁸¹ *Mergner* VersR 2013, 1377 (1379).

¹²⁸² OLG Köln SVR 2017, 345 (*Pardey*) = NJOZ 2016, 618.

¹²⁸³ OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.

¹²⁸⁴ *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, § 2 Rn. 28.

¹²⁸⁵ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (62).

¹²⁸⁶ *Pardey* Rn. 2525.

¹²⁸⁷ So auch *Krücken*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (11) mit dem instruktiven Beispiel der Verletzung des linken Knies und des rechten Handgelenks: 100 %, weil (gesunde) rechte Hand nicht einsetzbar, weil man diese für die Benutzung der Krücke benötigt.

¹²⁸⁸ OLG Köln r + s 2015, 422.

Beeinträchtigungen werden auch nicht ohne Einfluss auf die Haushaltsführung sein.¹²⁸⁹ Zutreffend ist, dass die Beurteilung, in welchem Ausmaß eine Verletzung die Haushaltsführung beeinträchtigt, keine allein medizinische Sachverständigenfrage ist; aber der (Haftpflicht-)Jurist wird dazu auch nicht in der Lage sein;¹²⁹⁰ vielmehr fällt das in die Kompetenz eines Sachverständigen der Hauswirtschaftslehre.¹²⁹¹ Vorerkrankungen sind nur dann mindernd anzusetzen, wenn sie sich vorher auf die Hausarbeit limitierend ausgewirkt haben;¹²⁹² beweispflichtig ist dafür der Schädiger.¹²⁹³ Zu erfassen sind nicht nur die Tätigkeiten, die unmöglich geworden sind, sondern auch die, die unzumutbar sind.¹²⁹⁴ Bezüglich der Ermittlung der haushaltsspezifischen Minderung der Erwerbsfähigkeit ist zu beachten, dass diese sich im Heilungsverlauf verändert, ehe schlussendlich ein Dauerzustand eingetreten ist. Zu beachten ist, dass ein hoher Wert unmittelbar nach Ende des stationären Aufenthalts anzunehmen ist, weil sich die verletzte Person während eines gewissen Zeitraums besonders zu schonen hat.¹²⁹⁵ Wenn der rechte Arm wegen einer Gipsschiene nicht eingesetzt werden kann, ist das für diese Phase mit dem Verlust des Arms vergleichbar.¹²⁹⁶

cc)Stundenlohn in Abhängigkeit von der Qualifikation der zugrunde zu legenden Ersatzkraft

199

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Begründung für den maßgeblichen Stundenlohn ist dünn; verwiesen wird auf § 287 ZPO oder die ständige Rechtsprechung.¹²⁹⁷ Abgestellt wurde bisher auf den Stundenlohn, der sich aus dem BAT bzw. seit 1.10.2005 dem TVöD ergibt. Der TVöD ist insoweit komplizierter,¹²⁹⁸ als es 15

¹²⁸⁹ OLG Saarbrücken VRR 2013, 343 (*Luckey*) = BeckRS 2013, 04132.

¹²⁹⁰ So aber *Mergner* VersR 2013, 1377 (1380).

¹²⁹¹ *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (179).

¹²⁹² OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505: Verneint bei Asthma; *C. Shah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, § 2 Rn. 27.

¹²⁹³ *Pardey* SVR 2018, 165.

¹²⁹⁴ OLG Saarbrücken zfs 2015, 683 (*Diehl*) = NJW-RR 2015, 1119; OLG Köln SVR 2017, 345 (*Pardey*) = NJOZ 2016, 618; *Pardey* SVR 2018, 81 (84).

¹²⁹⁵ OLG Brandenburg BeckRS 2019, 14211: 1 Woche nach Verlassen des Krankenhauses; ebenso *Pardey* SVR 2018, 165 (170).

¹²⁹⁶ OLG Hamm r + s 2016, 638 = VersR 2017, 372.

¹²⁹⁷ *Luckey*, Personenschaden Rn. 853; ähnlich *Nickel/Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 13: Verlassen auf das Bauchgefühl mit Verweis auf die Divergenz der Senate eines OLG; *Engelbrecht* MDR 2020, 381 (385).

¹²⁹⁸ Zum „Vorzug“ der einfacheren Handhabung des Tarifvertrags zwischen dem Deutschen-Hausfrauen-Bund und der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten *Eilers* jurisPR-VerkR 8/2009 Anm. 2.

Entgeltgruppen mit je sechs Entgeltstufen mit Unterschieden zwischen Bund, Ländern und Kommunen sowie West und Ost enthält.¹²⁹⁹ Diese höhere Differenziertheit ist der Verwendung als Referenzgröße für die Schadensregulierung nicht gerade förderlich. Wenn der Haushaltsführer zur Leitung des Haushalts noch in der Lage ist, was bei einer haushaltsspezifischen Minderung der Erwerbsfähigkeit von unter 50 % angenommen wird, verweisen viele Gerichte¹³⁰⁰ – jedenfalls bei einem Durchschnittshaushalt einfachen Zuschnitts und ohne Kinder – auf die niedrigste Stufe, nämlich eine ungelernete Reinigungskraft nach BAT X, sonst auf BAT VIII. Das gilt – bei fiktiver Abrechnung – auch für die Zeit eines stationären Krankenhausaufenthalts, bei dem die Leitungsfunktion vom Verletzten nicht wahrgenommen werden kann,¹³⁰¹ in der Praxis dürfte das kaum funktionieren, so dass der Ansatz lebensfremd ist. *Forster*¹³⁰² weist zu Recht darauf hin, dass BAT X immer nur für die Einstiegsgruppe für einfache mechanische Tätigkeiten gegolten habe. Dem entspricht beim TVöD zumindest die EG 2.¹³⁰³ Die Leitungsaufgabe des verletzten Haushaltsführers wird auch dann nicht erfüllt werden können, wenn dieser schwer krank ist und/oder mehrere Stockwerke und ein Garten zu betreuen sind. Da sich in der Praxis aber kaum Hilfskräfte finden lassen, die zu diesem Tarif die erforderlichen Haushaltsarbeiten erbringen, haben manche Entscheidungen eine Verweisung auf den geringfügig höheren BAT IXa¹³⁰⁴ bzw. BAT IXb¹³⁰⁵ zugelassen, was in der Entsprechung zum TVöD derzeit ca. 10 EUR ausmacht.¹³⁰⁶ Für einen gehobeneren Haushalt, insbesondere einen solchen mit Kindern, sind aber höhere Stundenlöhne anzusetzen.¹³⁰⁷ *Ernst*¹³⁰⁸ berichtet, dass die

¹²⁹⁹ *Ernst* DAR 2009, 264 (265); *Pardey* DAR 2006, 671 (676 f.); zur Umschlüsselung *Forster* DAR 2008, 25 f. Zur Komplexität *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (179 ff.).

¹³⁰⁰ BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (*J. Lang*) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (*Ebert*) = jurisPR-VerkrR 7/2009 Anm. 1 (*H. Lang*) = DAR 2009, 263 (*Ernst*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 ff.; KG BeckRS 2007, 8720 mit Anm. *Forster* DAR 2008, 25 unter Hinweis, auf BAT X Ost; OLG Rostock zfs 2003, 233; OLG Oldenburg SP 2001, 196; OLG Schleswig zfs 1995, 10; OLG Oldenburg VersR 1993, 1491; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 9; *Küppersbusch/Höher* Rn. 202; ausnahmsweise großzügiger bei einer Verkrüppelung des rechten Arms BGH NJW-RR 1990, 34 sowie OLG Frankfurt / M. VersR 1982, 981 bei einer haushaltsspezifischen Minderung der Erwerbsfähigkeit von 56,6 % (allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit 100 %); kritisch dazu *Hofmann* VersR 1982, 983 (984).

¹³⁰¹ BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (*J. Lang*) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (*Ebert*) = jurisPR-VerkrR 7/2009 Anm. 1 (*H. Lang*) = DAR 2009, 263 (*Ernst*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 ff.; aA *Luckey* VRR 2005, 404 (407). Womöglich gelten die Aussagen des BGH nur für einen 1-Personen-Haushalt.

¹³⁰² DAR 2008, 25.

¹³⁰³ *Luckey*, Personenschaden, Rn. 853; OLG Brandenburg BeckRS 2019, 14211: 9 EUR.

¹³⁰⁴ BGH NJW 2001, 149.

¹³⁰⁵ OLG Brandenburg BeckRS 2010, 13987; OLG Hamm NZV 2002, 570; OLG Köln SP 2000, 307.

¹³⁰⁶ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (65): Für eine Einstufung nach TVöD, weil damit eine IT-basierte Verarbeitung des Sozialversicherers möglich sei.

¹³⁰⁷ *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (612), 613; gegenteilig OLG Brandenburg SVR 2017, 103 (*Balke*): 7,66 EUR für gehobenen 2-Personenhaushalt.

¹³⁰⁸ DAR 2009, 264 (265); *ders.* VA 2008, 42 (45); so auch *Freyermann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (119).

Tatgerichte pauschal zwischen 8 EUR¹³⁰⁹ und 10 EUR¹³¹⁰ netto zubilligen;¹³¹¹ die Spanne liegt aber sogar zwischen 6 und 10 EUR,¹³¹² 7 EUR und 10 EUR,¹³¹³ 6 EUR und 13 EUR¹³¹⁴ bzw. 8 und 14 EUR¹³¹⁵ wobei die Spannbreite nur mit dem regionalen Gefälle zwischen (strukturschwachen) ländlichen Gebieten und der (teuren) Großstadt¹³¹⁶ erklärbar sein dürfte.¹³¹⁷ *Balke*¹³¹⁸ weist ein Spektrum zwischen 6,26 EUR¹³¹⁹ und 15.- EUR¹³²⁰ nach. Wenn das

¹³⁰⁹ OLG Celle VersR 2019, 1157 = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197, 205 = jurisPR-VerKR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*); OLG Celle SVR 2016, 74 (*Balke*); OLG Koblenz NJW-Spezial 2015, 426 = SVR 2015, 302 (*Balke*); OLG Köln BeckRS 2014, 17034: Im untersten Bereich für das Jahr 2008; OLG Celle SVR 2011, 149 (*Balke*); BeckRS 2007, 01820: 2-Personen-Haushalt unter Bezugnahme auf BAT IXb; OLG Celle BeckRS 2011, 06346 = jurisPR-VerKR 2011/2 Anm. 3 (*Wenker*): 1- Personen-Haushalt; BeckRS 2005, 14088 = VRR 2005, 425 (*Luckey*): 3 schulpflichtige Kinder und außer Haus arbeitender Ehemann; OLG Celle NJW-RR 2004, 1673: 4-Personen-Haushalt, 2 Grundschulkinder, Eigenheim; LG Köln SP 2014, 86; LG München I zfs 2013, 22: 8 EUR für Haushaltshilfe in München nicht überzogen; LG Ulm SP 2011, 144; restriktiver noch *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (98): Stundensätze zwischen 7,50 EUR und 8 EUR.

¹³¹⁰ OLG Köln r + s 2015, 422; OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 14930 unter Hinweis auf die Zubilligung schon 2006 und die Inflation seither; OLG Köln VRR 2010, 187 (*Luckey*); OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407 unter Verweis auf seine Vorjudikatur; LG Münster SP 2011, 326; LG Frankfurt/O DAR 2008, 29; LG Braunschweig SVR 2007, 99 (*Balke*); BAT IXb. Ebenso *H. Lang*, jurisPR-VerKR 2/2009 Anm. 2: „eigentlich“ TVöD anzuwenden; restriktiver OLG Düsseldorf NJW 2011, 1152 sowie KG NZV 2005, 92: 10 EUR für eine Putzfrau überzogen, daher 9 EUR; OLG Hamm r + s 2016, 638 = VersR 2017, 372: 9 EUR; OLG Hamm BeckRS 2019, 5624: 9 EUR; OLG Köln VersR 2016, 191: 10 EUR; OLG Frankfurt NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (*Warmbach, Engelbrecht*) = zfs 2019, 83 (*Zarges*) = NZV 2019, 351 (*Slizyk*) = MedR 2019, 885 (*L. Jaeger*) = JurisPR 5/2019 Anm. 1 (*H. Lang*): 10 EUR.

¹³¹¹ *Krücker*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (15): 9 EUR beim OLG Düsseldorf; so OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 07940; OLG Düsseldorf 1 U 92/14, unter Hinweis darauf, dass wegen der Lohnentwicklung Anhebung auf 10 EUR in absehbarer Zeit angezeigt ist; ebenso OLG Köln MedR 2015, 599 (*Lissl*); OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505; ebenso der Befund bei *Bock* SVR 2020, 171 (172 f.); kritisch dazu *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (138): Heranziehung von Tarifverträgen vorzuziehen.

¹³¹² *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (186); *Lemcke* r + s 2012, 410; *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 *Rn.* 101; Überblick bei *Balke* SVR 2012, 47 (48 ff.); OLG Saarbrücken SVR 2018, 59 (*Pardey*) = zfs 2017, 620 (*Diehl*): Bloß 5,50 EUR begehrt; OLG Naumburg 4 U 44/13: Vom Kläger bloß 7,50 EUR begehrt; OLG Hamm NJW-RR 2014, 1444: 7,20 EUR; LG Konstanz NJW-RR 2013, 399 = VRR 2013, 347 (*Nugel*): 7,50 EUR.

¹³¹³ *Scholten* DAR 2016, 631 (636).

¹³¹⁴ *L. Jaeger* MedR 2019, 890.

¹³¹⁵ *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1128); *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (179).

¹³¹⁶ *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1130): In teuren Großstädten Putzhilfe nicht für 8,50 EUR zu bekommen. Fragen könnte man, ob es auch „billige“ Großstädte gibt.

¹³¹⁷ *L. Jaeger* MedR 2019, 890 (891); OLG Hamburg BeckRS 2019, 28888: Berücksichtigung der bekannten Verhältnisse in einer Großstadt wie Hamburg; Zuspruch von 10 EUR.

¹³¹⁸ SVR 2012, 47 (48 ff.).

Tatgericht nicht angibt, wie es zu einem bestimmten Stundenlohn gelangt ist, in concreto 8,50 EUR im Sprengel des OLG München, erfolgt eine Aufhebung durch den BGH.¹³²¹

200

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Im Jahr 2009 hat der BGH¹³²² es für unmaßgeblich angesehen, dass der Stundenlohn laut BAT X nicht mehr zeitgemäß sei. *J. Lang*¹³²³ sieht darin – immerhin – eine Absage an noch geringere Werte aus dem Tarifvertrag zwischen dem Deutschen-Hausfrauen-Bund und der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten.¹³²⁴ Diese werden von *Nickel/Schwab*¹³²⁵ jeweils bekanntgegeben, wobei der Hinweis erfolgt, dass es sich um eine „faire“ Entlohnung handle und um 15 % über dem gesetzlichen Mindestbruttotariflohn liege. Die Werte liegen netto zwischen 7,65 EUR und 8,77 EUR für reine Putzhilfen und bei gehobener Anforderung, somit bei Speisenzubereitung sowie Pflege und Instandsetzung von Einrichtungs- und Haushaltsgegenständen zwischen 8,35 EUR und 9,58 EUR. Es ist mE kaum vorstellbar, dass zu diesen Entgelten selbst im ländlichen Raum für auf bestimmte Stunden begrenzte Tätigkeiten, die sich noch dazu dem jeweiligen Bedarf des Verletzten anpassen müssen, jemand gefunden werden kann, schon gar keine flinke Profikraft.¹³²⁶ Mitunter werden gegenüber dem BAT bzw. TVöD sogar noch geringere ortsübliche Stundenlöhne für maßgeblich angesehen.¹³²⁷ Der Tiefpunkt dürften 5 EUR pro Stunde sein, den das OLG Dresden¹³²⁸ bei Einspringen von Verwandten für die Kinderbetreuung zugebilligt hat.¹³²⁹ Mitunter wird auch nur ein derart niedriger Stundensatz verlangt.¹³³⁰ Weder Gerichte noch Angehörige der Haftpflichtversicherer dürften jemals in ihrem Haushalt Arbeitskräfte zu einem

¹³¹⁹OLG Frankfurt SVR 2009, 223 (*Balke*).

¹³²⁰AG Ludwigsburg BeckRS 2010, 22260.

¹³²¹BGH NJW 2012, 2024.

¹³²²BGH NJW 2009, 2060 = SVR 2009, 223 (*J. Lang*) = jurisPR-BGHZivilR 6/2009 Anm. 1 (*Ebert*) = jurisPR-VerkR 7/2009 Anm. 1 (*H. Lang*) = DAR 2009, 263 (*Ernst*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 ff.

¹³²³SVR 2009, 222 (223).

¹³²⁴Zuspruch auf dieser Basis aber OLG Frankfurt / M. SP 2009, 217 = jurisPR-VerkR 8/2009 Anm. 2 (*Eilers*): 6,26 EUR in Hessen; für diesen Maßstab *Heß/Burmann* NZV 2010, 8 (11 f.).

¹³²⁵Zuletzt *Nickel/Schwab* SVR 2018, 454 ff.

¹³²⁶Ablehnend auch *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (65).

¹³²⁷*H. Lang* jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3: Zwischen 7,50 EUR und 10 EUR.

¹³²⁸OLG Dresden SP 2008, 292. Kritisch *Luckey*, Personenschaden, *Rn.* 794 FN1053: Dafür werden nur Teenager tätig; mE nicht einmal diese!

¹³²⁹Zu dem gegenüber der reinen Haushaltsarbeit höheren Stundenlohn in der Schweiz *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (123).

¹³³⁰OLG München BeckRS 2015, 9712: Stundensatz 5,11 EUR begehrt.

derart geringen Entgelt beschäftigt haben; dann wäre – auch für sie – sehr rasch erkennbar, dass es „funktionierende und zuverlässige“ Arbeitskräfte zu diesem Entgelt auf dem Markt nicht gibt.¹³³¹ Als Gipfel des Zynismus ist es anzusehen, solche in der Praxis kaum zu findende und jedenfalls nicht zu brauchbaren Tätigkeiten einsetzbare Arbeitskräfte als „Profihausfrauen“ zu apostrophieren,¹³³² die vom Haushaltsführer bewältigten Aufgaben – wohl in gleicher Qualität – rascher bewältigen könnten.¹³³³

200a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Neuerdings besteht der Versuch des Verweises auf die Stundenlöhne, die von der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 12 Abs. 1 SGB V), Rentenversicherung (§ 13 Abs. 1 SGB VI) oder gesetzlichen Unfallversicherung (§ 42 SGB VII) gezahlt werden. Diese belaufen sich auf maximal 8 EUR¹³³⁴ bzw. mittlerweile 8,60 EUR.¹³³⁵ Abgesehen davon, dass die Zubilligung an weitere restriktive Voraussetzungen gebunden ist, ist zu beachten, dass im Sozialversicherungsrecht, auch bei der gesetzlichen Unfallversicherung, ein Mindestersatz nach Maßgabe des Prämienaufkommens zu leisten ist, während es im Schadensrecht um vollen Ausgleich geht.¹³³⁶ Nach § 17 JVEG wird als Mindestersatz für entgehende Haushaltstätigkeit seit 1.8.2013 ein Stundenlohn von 14 EUR zugebilligt, allerdings ohne regionale Differenzierung und nur bei Haushaltsführung für andere begrenzt auf zehn Stunden, zudem nicht für Singles.¹³³⁷ Auch dieser Ansatz erscheint somit nur begrenzt tauglich.¹³³⁸ Das LG Osnabrück¹³³⁹ hat angenommen, dass solche Tätigkeiten „anständiger- und gerechterweise“ mit 12 EUR zu vergüten seien; und wie hinzuzufügen ist, nicht in einer Großstadt, weil es eine solche in diesem Gerichtssprengel nicht gibt. Bedeutsam ist aber letztlich nicht, was anständig und gerecht ist, sondern wie hoch die Arbeitskraftkosten auf dem Markt sind; bei realistischer Analyse dürften sie noch deutlich darüber liegen. Realitätsnah ist es, auf die Stundensätze bei einschlägigen Online-Börsen für Haushaltsdienstleistungen wie www.diehaushaltshilfen.de/ oder www.happymaids.de/ abzustellen. Diese bieten eine regionale Differenzierung und berücksichtigen den Umstand, dass solche Dienstleistungen rasch und in im Zeitverlauf unterschiedlichem Ausmaß benötigt werden.

¹³³¹ *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119); *ders.* DAR 2010, 677 (681): Hinweis, dass für 5 EUR pro Stunde nicht einmal ein polnischer Schwarzarbeiter zu bekommen ist, allenfalls einer aus Kasachstan!

¹³³² So aber *Heß/Burmann* NZV 2010, 8 ff.

¹³³³ So OLG Hamburg BeckRS 2019, 28888.

¹³³⁴ *Lemcke* r + s 2012, 410; *Burmann* DAR 2012, 127 (130).

¹³³⁵ *Bachmeier* FS L. Jaeger (2014), 177 (184). OLG Hamm NJW-RR 2013, 1242: Unter Bezugnahme darauf Anspruch von 9 EUR.

¹³³⁶ Zu Recht kritisch daher *Bachmeier* FS L. Jaeger (2014), S. 177, 184; ablehnend auch *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (180).

¹³³⁷ OLG Hamm BeckRS 2019, 5624.

¹³³⁸ *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (183); befürwortend indes *Bock* SVR 2020, 171 (174): Ergebnis näher an den tatsächlichen Verhältnissen als die Praxis der OLG.

¹³³⁹ LG Osnabrück zfs 2016, 638.

Es ist mE nicht einzusehen, dass solche Ansatzpunkte im Internet, die für Mietwagen inzwischen gebräuchlich sind, für Haushaltsdienstleistungen untauglich sein sollten. Bedeutsam ist zudem, dass selbst zur eingestellten Putzhilfe ein gewisses Vertrauensverhältnis bestehen muss,¹³⁴⁰ was dagegensprechen könnte, die allerbilligste auszuwählen. Aufschlussreich ist, dass in der Schweiz seit Jahrzehnten zwischen 25 SFR und 30 SFR angesetzt werden; da 30 SFR bereits 1991 für angemessen angesehen wurden, liegt der Stundensatz für städtische Verhältnisse mindestens bei 39 SFR.¹³⁴¹ Selbst bei Annahme, dass das Lohnniveau in der Schweiz doppelt so hoch sein sollte, würde man für Deutschland immer noch auf einen Wert von ca 20 EUR kommen, somit mehr als dem Doppelten des derzeitigen Niveaus. Auch *Bock*¹³⁴² verweist darauf, dass eine Haushaltshilfe zum gesetzlichen Mindestlohn von 9,35 EUR nirgendwo zu finden ist; realistisch seien vielmehr Mindestwerte zwischen 10 EUR und 15 EUR netto pro Stunde.

201

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Vorbehalte bestehen auch gegen den **REFA-Ansatz** bei der Bewertung.¹³⁴³ Diese Methode stellt nämlich darauf ab, in welchem Zeitausmaß unter optimalen Bedingungen eine isolierte Verrichtung zu erledigen ist. Dieser Ansatz mag für die Entgeltbestimmung bei Akkordarbeitern tauglich sein; Arbeitskräfte, die so funktionieren, sind auf dem Arbeitsmarkt jedoch nicht zu finden. Es ist eine Tendenz feststellbar, dass die zugrunde gelegten Stundenlöhne in den letzten Jahren – entgegen der Entwicklung auf dem Markt – nicht nur nicht an die Inflation angepasst wurden, sondern sogar nominell gesunken sind!¹³⁴⁴ Maßgeblich sollen die Stundenlöhne sein, die im Tarifvertrag zwischen den Landesverbänden des Deutschen Hausfrauenbundes als Arbeitgebervertretung mit den Landesbezirken der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten geschlossen werden.¹³⁴⁵ Als deren Vorzug wird gepriesen, dass landestypische Besonderheiten berücksichtigt werden,¹³⁴⁶ wobei maßgeblich allerdings weniger das jeweilige Bundesland ist, sondern ob es sich um einen Bedarf auf dem Land oder in einer Großstadt handelt.¹³⁴⁷ Wenn es

¹³⁴⁰ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (52).

¹³⁴¹ *Landolt*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 71 (85).

¹³⁴² *Bock* SVR 2020, 171 (173).

¹³⁴³ Diesem Ansatz folgend *Warlimont* VGT 2010, 139 ff.; kritisch *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (680).

¹³⁴⁴ Kritisch dazu *Forster* DAR 2008, 25 (26): Zubilligung von 10 EUR netto bereits 1999 bis 2001; *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (122) unter Hinweis auf die Annahme einer 1%igen Reallohnsteigerung in der Schweiz. Da solche Dienstleistungen kaum Rationalisierungspotenziale aufweisen, dürften die Entgelte dafür eher stärker steigen als der Verbraucherpreisindex.

¹³⁴⁵ Übersicht bei *Nickel/Schwab* SVR 2010, 11 ff.; (aktuell *Nickel/Schwab* SVR 2014, 17 ff.); für deren alleinige Maßgeblichkeit *Nickel/Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 22; zustimmend *Jahnke* VGT 2010, 99, 121; *Damrau* ZAP Fach 2, 605 (610); zu Recht kritisch *Warlimont* VGT 2010, 139, 141: unzulängliche Putzfrauenlöhne; *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (613): Schwarzarbeit im Bereich der bloßen Haushaltsreinigung.

¹³⁴⁶ *Lemcke* r + s 2012, 410; *Nickel/Schwab* SVR 2014, 17 (18).

¹³⁴⁷ Völlig zutreffend *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (182): Ganz andere Verhältnisse in München als in Hof, so dass der Tarifvertrag für Bayern wenig aussagekräftig ist.

um wenige Stunden geht, soll der noch geringere Stundenlohn von Mini-Jobbern maßgeblich sein.¹³⁴⁸ Dass in solchen Fällen tatsächlich ein höherer Stundenlohn bezahlt wird, soll bei fiktiver Abrechnung nicht bedeutsam sein;¹³⁴⁹ das steht freilich im Gegensatz zu den Marktgesetzen, weil eine kurzfristig abgerufene Leistung in geringer Dosis häufig teurer ist als eine Abnahme größerer Portionen, die lange vorbestellt worden sind.¹³⁵⁰ Nur wenn zu diesen Konditionen keine Ersatzkraft zu finden ist, soll der BAT bzw. nunmehr der TVöD maßgeblich sein.¹³⁵¹ Die Bezugnahme auf den ortsüblichen Stundenlohn ist aber mE eher bedeutsam, wenn in städtischen Ballungsgebieten wie Frankfurt / M. oder München keine Ersatzkräfte zum TVöD zu bekommen sind.¹³⁵² Die empirische Ermittlung tatsächlich gezahlter Stundenlöhne stößt aber auf Schwierigkeiten, weil mehr als 95 % solcher Tätigkeiten im Rahmen von Schwarzarbeitsverträgen erbracht werden.¹³⁵³ Wenn Unsicherheit über die Erstattung besteht, ist der Geschädigte bestrebt, die Kosten möglichst gering zu halten.¹³⁵⁴

201a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Manche Gerichte begrenzen den Umfang des Ersatzes im Rahmen der fiktiven Abrechnung aber selbst dann auf exorbitant mickrige Stundenlöhne, wenn die verletzte Person tatsächlich mehr bezahlt hat.¹³⁵⁵ Wenn die Leitungsaufgabe vom Haushaltsführer nicht wahrgenommen werden kann, was bei ganz schweren Verletzungen der Fall ist, haben ältere Entscheidungen¹³⁵⁶ eine höhere Einstufung, die je nach Anspruchsstufe bis BAT Vc gehen kann,¹³⁵⁷ vorgenommen. Zu beachten ist, dass seit 1.1.2015 durch das MiLoG ein genereller Mindestlohn von 8,50 EUR

¹³⁴⁸ *Nickel/Schwab* SVR 2014, 17 (18); *Damrau* ZAP Fach 2, 605 (610).

¹³⁴⁹ *Nickel/Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 14.

¹³⁵⁰ So auch OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 14930: Tarifvertragslohn basiert auf vollschichtiger Beschäftigung; bei stundenweiser Beschäftigung sind auch Fahrtkosten zu erstatten.

¹³⁵¹ *Balke* SVR 2006, 361 (365).

¹³⁵² *Pardey* DAR 2006, 671 (676): Maßgeblichkeit örtlicher Stundenlöhne, mögen sie höher oder geringer sein; *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (186): Nicht jede Kraft arbeitet zum Tariflohn. Ähnlich OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 14930: Sklavische Anlehnung an das tarifvertragliche Lohnniveau nicht interessengerecht; OLG Koblenz SVR 2015, 302 (*Balke*) = NJW-Spezial 2015, 426: In Großstädten höherer Stundenlohn als 8 EUR anzusetzen.

¹³⁵³ *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (184); ähnlich *Nickel/Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 1: 90 %.

¹³⁵⁴ *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (729).

¹³⁵⁵ OLG Frankfurt / M. OLGR 2009, 131.

¹³⁵⁶ BGH NJW-RR 1990, 34: Geprüfte Hauswirtschaftsmeisterin; OLG Frankfurt / M. VersR 1982, 981 (*Hofmann*); BAT VIb; *Küppersbusch/Höher* Rn. 202.

¹³⁵⁷ *Balke* SVR 2006, 361 (365).

eingeführt wurde; 2020 beträgt dieser 9,35 EUR. Bei der Umrechnung des Wochen- in einen Monatslohn ist dabei der „Vervielfältiger“ 4,33 maßgeblich (52 Wochen/12 Monate).¹³⁵⁸ Wenn bei der Ermittlung des maßgeblichen Zeitumfangs auf die aktuelle gesellschaftliche Entwicklung verwiesen wird, muss das auch beim Stundenlohn berücksichtigt werden, da es nämlich die früher noch weit verbreitete „Zugefrau“, die hauswirtschaftliche Dienste gegen kleine Münze verrichtet hat, so nicht mehr gibt. Dazu kommt, dass sich das Lohnniveau zwischen Deutschland und Osteuropa annähert, so dass auch „Billigkräfte“ von dort nicht mehr in dem Ausmaß wie früher vorhanden sind, ganz abgesehen davon, dass auch diesen gegenüber der Mindestlohn zu beachten ist.

202

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei Einstellung einer **Ersatzkraft** gebührt deren Bruttolohn.¹³⁵⁹ Selbst dieser deckt aber nicht den gesamten Schaden ab, weil die Arbeitskraftkosten höher sind als der Bruttolohn; die Ersatzkraft hat einen Anspruch auf Weihnachts- und Urlaubsgeld, Urlaub und bezahlte Feiertage und ist zudem gelegentlich krank. Das macht im Jahr mindestens zwei Monate aus, so dass der Anspruch um mindestens 1/6 zu gering ausfällt. Der von **C. Schah Sedi**¹³⁶⁰ errechnete Stundensatz von 14,26 EUR ist somit zu gering, weil nur manche dieser Kriterien berücksichtigt worden sind.¹³⁶¹ In der Schweiz ist für die Ermittlung der Arbeitskraftkosten geläufig die Bezeichnung Bruttobruttolohn.¹³⁶² Da die Hausarbeit auch während des Urlaubs und der Krankheit der Ersatzkraft zu bewältigen ist, werden in der Schweiz zur Versorgung während 52 Wochen im Jahr auch „Stellvertretungskosten“ gebilligt.¹³⁶³

202a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Kann der Verletzte nicht nachweisen, dass mit einer Ersatzkraft ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist, wird eine Begrenzung auf den Nettolohn vorgenommen. Dieser wird in der Weise ermittelt, dass vom Bruttolohn 30 % für Steuern und Sozialversicherungsabgaben abgezogen werden.¹³⁶⁴ Bei geringen Werten ist dieser Abzug freilich zu hoch.¹³⁶⁵ Ungenauigkeiten lassen

¹³⁵⁸ So der zureffende Hinweis in OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505; OLG Köln r+s 2015, 422.

¹³⁵⁹ **Ernst/H. Lang** VersR 2019, 1122 (1128).

¹³⁶⁰ **C. Schah Sedi**, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 10 Rn. 4.

¹³⁶¹ Umfassend dazu **Ch. Huber**, demnächst zfs 2020.

¹³⁶² **M. Schmid** VersR 2020, 529 (533).

¹³⁶³ **Landolt**, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 71 (84).

¹³⁶⁴ **Küppersbusch/Höher** Rn_204; **Pardey** Rn_2656 mit Verweis auf Gerichte, die nur 20 % abziehen.

¹³⁶⁵ **Forster** DAR 2008, 25 (26): Bei Minijobs gilt brutto = netto; ebenso **Zarges** zfs 2019, 90.

sich vermeiden, indem auf die jeweiligen Tabellenwerte aus der Tabelle von *Pardey*¹³⁶⁶ abgestellt wird, wo die jeweiligen Brutto- und Nettowerte ausgerechnet sind. In der Literatur¹³⁶⁷ wird das Abstellen auf die Nettowerte mE zu Recht kritisiert. Wenn mangels Einstellung einer Ersatzkraft bei einer Haushaltsführungsrente keine ESt anfällt,¹³⁶⁸ ist insoweit ein anrechnungspflichtiger Vorteil gegeben. Die Sozialversicherungsbeiträge werden aber an eine – fiktive – Ersatzkraft bloß nicht bar ausbezahlt, sind aber gleichwohl als Einkommensbestandteil und damit als Vermögenswert anzusehen, was etwa beim Arbeitnehmerschaden mittlerweile nicht mehr streitig ist.¹³⁶⁹ Ob der Stundensatz 8, 10, 12 oder 14 EUR beträgt, erscheint wenig bedeutsam; zu bedenken ist indes, dass er zu multiplizieren ist pro Tag, pro Woche, pro Monat und häufig für viele Jahre.¹³⁷⁰

203

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Aber das Abstellen auf den Nettostundenlohn ist auch aus anderen Gründen unzureichend. Zu bedenken ist, dass eine Ersatzkraft häufig mehr als zwölf Jahresbezüge erhält und die Kosten je Arbeitsstunde erheblich höher liegen, weil jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub und bezahlte Feiertage hat und darüber hinaus gelegentlich krank ist. Nicht immer lässt sich eine Ersatzkraft finden, die genau den anfallenden Zeitbedarf deckt. Bei Einstellung einer Ersatzkraft fallen demgemäß Überstundenzuschläge an. Entsprechende Zuschläge müssten gezahlt werden, wenn eine Ersatzkraft in der Nacht (schreiende Kinder!) oder am Wochenende tätig sein muss. Wenn darauf verwiesen wird, dass ein Haushaltsführer in der Familie an solchen Segnungen des Arbeitsrechts nicht teilhabe,¹³⁷¹ so ist das zwar zutreffend; die Deckung des Bedarfs bei Einstellung einer Ersatzkraft ist aber um ein geringeres Entgelt nicht zu bekommen; und darauf allein kommt es an. Dass der Verzicht auf eine betriebswirtschaftlich korrekte Ermittlung des Stundenlohnes die Abrechnung erleichtert,¹³⁷² kann jedenfalls nicht das ausschlaggebende Argument sein. Solche Binsenweisheiten der Kostenrechnung sind etwa beim österreichischen OGH¹³⁷³ oder schweizerischen BG¹³⁷⁴ bereits auf fruchtbaren Boden gefallen;¹³⁷⁵ in anderen

¹³⁶⁶ *Pardey* S. 104 f.

¹³⁶⁷ Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 *Rn.* 8; RGRK/*Boujong*, § 844 *Rn.* 61; Soergel¹³/*Beater* § 843 *Rn.* 23; *Grunsky* NJW 1983, 2465 (2470); *Schiemann*, Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 58; aA Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 *Rn.* 16.

¹³⁶⁸ BFH NJW 2009, 1229 = jurisPR-VerkR 4/2009 Anm. 1 (*Jahnke*).

¹³⁶⁹ OLG Köln r + s 2015, 422.

¹³⁷⁰ Instruktiv *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (729): 1 EUR Unterschied führte in der besprochenen Entscheidung zu einem Unterschied von 2.078 EUR.

¹³⁷¹ *Steffen* NJW 1995, 2057 (2061); *Pardey* *Rn.* 2671.

¹³⁷² *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (291).

¹³⁷³ OGH ZVR 2015/104 (*Ch. Huber*): 23 EUR Stundenlohn.

¹³⁷⁴ BG HAVE 2002, 276 = ZBJV 2003, 394 (*Landolt*).

¹³⁷⁵ *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (681).

Rechtsordnungen ist der Ersatz freilich noch geringer,¹³⁷⁶ ein schwacher Trost. Wenn *Wagner*¹³⁷⁷ für das Abstellen auf den so ermittelten Nettolohn ins Treffen führt, dass für den Geschädigten notwendige Anreize zur Schadensminderung erzielt werden müssten, so ist das ein viel zu unbestimmter Maßstab, geht es doch im Schadensrecht stets um den Ausgleich der jeweiligen Einbuße, ohne dass ersichtlich ist, warum und in welchem Ausmaß ein solcher wegen bestimmter Anreizmechanismen zu kürzen sein sollte. Realistischer ist die Einschätzung von *Bachmeier*,¹³⁷⁸ wonach sich der Anspruchsteller bei fiktiver Abrechnung mit dem Spatz in der Hand begnügen muss; die Taube auf dem Dach bleibt für ihn unerreichbar.

204

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ausnahmsweise bleibt es nicht bei der Begrenzung auf den Nettolohn, wenn für den einspringenden Familienangehörigen ein Zuschlag für eine eigene Kranken- und Altersversicherung geboten ist.¹³⁷⁹ Darüber hinaus ergibt sich eine Pflicht zur Zahlung von Rentenversicherungsbeiträgen nach § 3 S. 1 Nr. 1a SGB VI, wenn Familienangehörige, ansonsten nicht erwerbstätige Pflegepersonen den Verletzten während eines Zeitraums von wenigstens 14 Stunden pro Woche betreuen, wozu auch die Erbringung von Haushaltsdienstleistungen zählt. Für eine solche Leistung hat die Pflegeversicherung Rentenversicherungsbeiträge gem. § 44 Abs. 1 SGB XI an die Rentenkasse zu leisten. Für solche Leistungen hat der BGH¹³⁸⁰ einen Rückgriffsanspruch nach § 116 SGB X bejaht. Den Umstand, dass diese Beiträge nicht vom Verletzten entrichtet werden, sondern direkt vom Pflegeversicherer, hat er zu Recht nicht für maßgeblich angesehen, weil es allein darauf ankommt, dass es sich um sachlich kongruente Leistungen handelt.¹³⁸¹

205

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Verbleibt trotz Einstellung einer Ersatzkraft ein restlicher Schaden, der durch das Einspringen von Familienangehörigen oder überobligationsgemäße Mehranstrengung der Verletzten behoben wird, liegt also eine **Mischform** vor,¹³⁸² ist der Teil des Schadens brutto abzurechnen, für den der Nachweis der Abführung von Steuern und Sozialversicherungsabgaben für die Einstellung einer

¹³⁷⁶ *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (1889: in Belgien 17,50 EUR pro Tag).

¹³⁷⁷ MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 **Rn.** 53.

¹³⁷⁸ In FS L. Jaeger (2014), 177 (189).

¹³⁷⁹ So BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425 bei einem Anspruch gem. § 844 Abs. 2.

¹³⁸⁰ BGHZ 140, 39 = NJW 1999, 421 = LM § 843 BGB Nr. 58 (*Schiemann*).

¹³⁸¹ Zustimmend *Schiemann* Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 58.

¹³⁸² OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.

Ersatzkraft geführt werden kann, der restliche Teil aber netto.¹³⁸³ Wegen der Gefahr des Vorwurfs der Schwarzarbeit ist nicht anzuraten, sich von einspringenden Verwandten oder Bekannten Quittungen über die tatsächlich ausbezahlten Beträge ausstellen zu lassen.¹³⁸⁴ Unzutreffend ist die von manchen¹³⁸⁵ aufgestellte Vermutung, dass bei Einstellung einer – auch geringer qualifizierten – Ersatzkraft zu vermuten ist, dass damit der gesamte Schaden abgegolten sei.¹³⁸⁶ Vielmehr ist es häufig so, dass das zeitliche Angebot von Ersatzkräften sich nicht stets exakt dem durch die Verletzung ausgelösten Bedarf – Voranschreiten der Heilung, zwischenzeitliche Krankenhausaufenthalte – anpasst; Ersatzkräfte im Haushalt bieten ihre Leistungen vielmehr in bestimmten Zeitkontingenten an, so dass es geradezu ein Zufall wäre, wenn das in Anspruch genommene Zeitkontingent mit dem konkreten schadensrechtlichen Bedarf deckungsgleich ist. Entsprechende Überlegungen gelten für die Qualifikation der Ersatzkraft. Häufig ist es ein Glücksfall, überhaupt auf die Schnelle eine zuverlässige Person zu bekommen, ohne dass der Verletzte in Bezug auf deren Qualifikation besonders zimperlich sein kann. Der Verweis auf eine bestimmte Höhe der Arbeitslosenquote¹³⁸⁷ ist insofern wenig aussagekräftig, will eine verletzte Person nicht jeder x-beliebigen Person ihren Haushalt anvertraut. Auch insoweit sind die tatsächlichen Kosten nicht abschließend.¹³⁸⁸ Dass eine Kürzung bei Beschäftigung einer überqualifizierten Ersatzkraft vorzunehmen ist,¹³⁸⁹ gilt daher – jedenfalls bei vorübergehenden Behinderungen – nur mit der Einschränkung, dass der verletzten Person ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht vorzuwerfen ist, dass für sie eine dem Bedarf entsprechende Person ohne Weiteres verfügbar war. Durchaus erwägenswert ist es mE, nicht auf den Stundenlohn einer in einem Dauerverhältnis beschäftigten Arbeitskraft abzustellen, sondern wie beim Kfz-Sachschaden auf die Stundenverrechnungssätze eines entsprechenden Dienstleistungsunternehmens, wobei im Fall fiktiver Abrechnung die Mehrwertsteuer nach § 249 Abs. 2 S. 2 zu kappen wäre.¹³⁹⁰

206

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹³⁸³BGH NJW-RR 1990, 34; OLG Köln r + s 2015, 422; *Küppersbusch/Höher* Rn. 207.

¹³⁸⁴*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 Rn. 100.

¹³⁸⁵*Hofmann* VersR 1982, 983 (984); ebenso BGH NJW-RR 1990, 34.

¹³⁸⁶Dazu *Luckey*, Personenschaden Rn. 835: Vorzugswürdig deshalb, den gesamten Schaden fiktiv abzurechnen.

¹³⁸⁷So aber *Nickel/Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 4.

¹³⁸⁸AA *Nickel/Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 4: Bei Anfall tatsächlicher Kosten kein Bedarf für Schätzung nach § 287 ZPO.

¹³⁸⁹*Balke* SVR 2006, 361; *Luckey*, Personenschaden, Rn. 833.

¹³⁹⁰*Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682); *C. Schah Sedi/ M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (616); *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (184 f.) unter Bezugnahme auf die Stundenverrechnungssätze einer Fachwerkstätte beim Kfz-Sachschaden und der internetbasierten Berechnung via Audatex: Stundenlohn zwischen 12 und 15 EUR. Ähnlich *Luckey*, Personenschaden, Rn. 794 Rn. 1053.

Da seit 2009 nach § 35a EStG für Hausarbeiten bis maximal 20.000 EUR eine Rückerstattung von 20 % der ESt erfolgt, ist dieser Vorteil anspruchsmindernd zu berücksichtigen.¹³⁹¹ Bei Annahme von Stundenlöhnen von Dienstleistungsfirmen käme man auf einen Stundenlohn zwischen 9,60 und 12 EUR.

dd) [Befristung der Rente](#)

207

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wird bei beruflicher Erwerbsarbeit eines Arbeitnehmers oder Beamten auf das gesetzliche Renteneintrittsalter auf den Korridor zwischen 65 und 67 Jahren abgestellt, wobei zu beachten ist, dass dieses wegen der steigenden Lebenserwartung und dem demografischen Wandel diese Grenze künftig schrittweise angehoben wird, erfolgte bei Dauerschäden wegen Beeinträchtigung der Haushaltsarbeit eine Befristung – zunächst – bis zum 75. Lebensjahr.¹³⁹² Mitunter steht fest, dass wes zur Hausarbeit keine Regelaltersgrenze und kein Höchstalter gibt.¹³⁹³

207a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei der Kapitalisierung wird von einer lebenslangen Rente ausgegangen.¹³⁹⁴ Die steigende Lebenserwartung spricht dafür, das diesbezügliche Alter eher höher zu veranschlagen,¹³⁹⁵ mE mindestens bis zur Vollendung des 80. Lebensjahres.¹³⁹⁶ Je älter eine Entscheidung ist, auf die Bezug genommen wird, ein umso geringeres Lebensalter ergibt sich.¹³⁹⁷ Um der

¹³⁹¹ [Bachmeier](#) FS L. Jaeger (2014), 177 (185); [Nickel/Schwab](#) in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 [Rn.](#) 3.

¹³⁹² OLG Brandenburg BeckRS 2010, 13987; KG r + s 1997, 461; OLG Hamm NJW-RR 1995, 559; OLG Celle zfs 1983, 291; LG Köln SP 2014, 86; [Luckey](#) VRR 2005, 364 (369); van Bühren/Lemcke/Jahnke/[Jahnke](#) Teil 4 [Rn.](#) 1196; [Küppersbusch/Höher](#) [Rn.](#) 210; [Pardey/Schulz-Borck](#) DAR 2002, 289 (295); ebenso OLG Frankfurt / M. VersR 1982, 981 ([Hofmann](#)), damals unter ausdrücklichem Hinweis auf die umfangreiche sportliche Betätigung und der dadurch bedingten körperlichen Fitness. [Vgl.](#) auch [Ernst](#) VA 2008, 42 (45): Kein Dogma. Sehr viel restriktiver [Balke](#) SVR 2012, 47 (51): Begrenzung auf das 68. Lebensjahr.

¹³⁹³ [Pardey](#) SVR 2018, 81 (87).

¹³⁹⁴ [H. Lang](#), jurisPR-VerkR 2/2009 Anm. 2.

¹³⁹⁵ [Freymann](#), Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (121); [Zoll r + s](#) Sonderheft 2011, 133 (138); [vgl.](#) dazu OLG Hamm VRR 2007, 228 ([Luckey](#)): Zuspruch von Pflegekosten an eine bis zum Unfall rüstige 81-Jährige; überholt jedenfalls BGH VersR 1974, 1016: Bis zur Erreichung des 68. Lebensjahres; ebenso OLG Celle Fa. 1983, 291: Begrenzung mit Vollendung des 75. Lebensjahres.

¹³⁹⁶ [L. Jaeger](#) VersR 2006, 597 (600).

¹³⁹⁷ Zur Bandbreite der Rechtsprechung [Quaisser](#) NJW-Spezial 2015, 649 f.

Lebenswirklichkeit gerecht zu werden, sollten aktuelle Sterblichkeitstabellen verwendet werden.¹³⁹⁸ Jedenfalls sollte der Geschädigte eine Feststellungsklage für den Zeitraum nach Vollendung des 75. **bzw.** 80. Lebensjahres erheben.¹³⁹⁹ Manche Gerichte erkennen eine lebenslange Rente zu¹⁴⁰⁰ und verweisen den Ersatzpflichtigen auf die Möglichkeit einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO zu.¹⁴⁰¹ Ganz generell wird man darauf hinweisen können, dass ein Zuspruch über das 75. **bzw.** 80. Lebensjahr umso eher zu billigen ist, wenn die vom Ersatzpflichtigen zu verantwortende Verletzung sich im fortgeschrittenen Alter ereignet hat und absehbar ist, dass der Geschädigte über das 75. **bzw.** 80. Lebensjahr hinaus in der Lage gewesen wäre, eigenverantwortlich den Haushalt zu führen.¹⁴⁰² Nur wenn gewisse Tätigkeiten, namentlich schwerere Arbeiten gar nicht mehr erledigt werden hätten können, ist ein Abschlag berechtigt;¹⁴⁰³ dass der Haushaltsführer dafür länger gebraucht hätte, führt zu keiner Kürzung, weil Zeit in diesem Lebensabschnitt keine so knappe Ressource mehr ist. Selbstverständlich ist dieser Umstand auch im Rahmen der Kapitalentschädigung zu berücksichtigen.

208

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei der Rente ist so weit wie möglich die künftige Entwicklung zu berücksichtigen.¹⁴⁰⁴ Das OLG Düsseldorf hat das in der Weise berücksichtigt, dass es einen Abschlag von 5 % von der erwarteten Lebenserwartung vorgenommen hat.¹⁴⁰⁵ Sachgerecht wäre mE eine Bemessung der Rente dergestalt, dass dem nachlassenden Leistungsvermögen – und womöglich auch Anspruchsniveau¹⁴⁰⁶ – im Rahmen der Haushaltsführung durch kontinuierliche Abschläge der Rente Rechnung getragen wird,¹⁴⁰⁷ aber idR nicht vor Vollendung des 70. Lebensjahres.¹⁴⁰⁸ Zu

¹³⁹⁸ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (63): Mittlere Lebenserwartung ist im Vergleich zum Jahr 1974 um 10 Jahre gestiegen.

¹³⁹⁹ OLG Rostock zfs 2003, 233; *C. Shah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 26.

¹⁴⁰⁰ OLG Köln SVR 2017, 345 (*Pardey*) = NJOZ 2016, 618; zustimmend *Pardey* SVR 2017, 347 (349): Insbesondere in Fällen der Eigenversorgung; OLG Koblenz zfs 2016, 558 (*Diehl*) = jurisPR-VerkR 23/2016 Anm. 3 (*Wenker*); weitere Nachweise bei Luckey, 7. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum, 2018, 39, 43 f.; zustimmend *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (182).

¹⁴⁰¹ OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.

¹⁴⁰² *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (18); *Balke* SVR 2012, 47 (51).

¹⁴⁰³ *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2014, 329; *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89, 101.

¹⁴⁰⁴ *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (294); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 1195.

¹⁴⁰⁵ *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 210.

¹⁴⁰⁶ Dazu LG Ulm SP 2011, 144. Bei über 60-jährigem Ehepaar Annahme von 40,5 Stunden gegenüber Tabelle von 52 Stunden pro Woche.

¹⁴⁰⁷ So auch OLG Köln r + s 2015, 422: Aber keine belastbaren Faktoren im konkreten Fall.

¹⁴⁰⁸ *Luckey*, Personenschaden **Rn.** 826, 827.

bedenken ist freilich, dass so mancher Kräfteverschleiß durch zusätzliche Routine aufgefangen wird.¹⁴⁰⁹ Darüber hinaus ist auf eine vorhersehbare Verkleinerung der Haushaltsgröße¹⁴¹⁰ und ein damit einhergehendes geringeres Entlohnungsniveau der erforderlichen Ersatzkraft Bedacht zu nehmen.¹⁴¹¹ Auch sollte die meist über der Inflationsrate liegende Steigerung der Löhne der maßgeblichen Ersatzkräfte durch eine Indexbindung der Rente berücksichtigt werden. In der Schweiz wird eine jährliche Reallohnsteigerung von 1 % angenommen – bis zum Erreichen des Renteneintrittsalters.¹⁴¹² 208a Denn jede Verweisung auf § 323 ZPO führt dazu, dass die bis dahin angefallenen Defizite nicht mehr überwälzbar sind, was dem Prinzip des vollständigen Ausgleichs widerspricht. Auf eine Mithilfepflicht des Ehegatten kommt es nicht an, ist doch im Verletzungsfall ausschließlich auf die tatsächliche Ebene abzustellen.¹⁴¹³

ee) [Abänderung der Rente](#)

209

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Typischerweise erfolgt der Zuspruch auf der Basis der Verhältnisse zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in 1. Instanz. Bei einer wesentlichen Veränderung der Umstände kann jede Partei, die verletzte Person und auch der Ersatzpflichtige eine Anpassung verlangen. Das gilt auch bei einem außergerichtlichen Vergleich. Das OLG Hamm¹⁴¹⁴ hat dem Ersatzpflichtigen ein „Kündigungsrecht“ eingeräumt. Terminologisch ist das insofern missverständlich, als der Anspruchsteller dann gar keinen Anspruch mehr hätte. Worum es allein gehen kann, das ist eine Anpassung an die veränderten Verhältnisse. Angemessen und hilfreich ist es, wenn im Urteil eine vorhersehbare Determinante für eine Abänderung angesprochen wird, mag die Annahme der Übernahme der häftigen Haushaltstätigkeit bei Eintritt des berufstätigen Ehemanns in den Ruhestand auch nicht immer realistisch sein.¹⁴¹⁵

¹⁴⁰⁹ [Ch. Huber](#) HAVE 2009, 109 (118).

¹⁴¹⁰ OLG Köln r + s 2015, 422.

¹⁴¹¹ OLG Frankfurt / M. VersR 1982, 981 ([Hofmann](#)): Auszug der beiden Söhne nach Beendigung des Studiums, bei Reduzierung der Haushaltsgröße Modifizierung des Ersatzkraftlohnes von BAT VI auf BAT VII.

¹⁴¹² [M. Schmid](#) VersR 2020, 529 (533).

¹⁴¹³ Diesen Umstand verkennend [Kreuter-Lange](#) in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 [Rn.](#) 103.

¹⁴¹⁴ OLG Hamm NZV 2005, 150: Wohnung mit 75 m² statt Haus mit 124 m², Auszug von 2 von 4 Kindern, die noch dazu älter geworden sind; offengelassen, ob bedeutsam, dass Lebensgefährte statt Ehemann.

¹⁴¹⁵ OLG Celle BeckRS 2007, 01820; [Luckey](#) VRR 2005, 404 (407): Maßgeblich die tatsächlichen Verhältnisse.

g) Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen

210

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Eine Aktivlegitimation des Verletzten ist nur gegeben, soweit nicht Sozialversicherern Regressansprüche nach § 116 SGB X bzw. § 110 SGB VII zustehen, was in der Regulierungspraxis oft übersehen wird.¹⁴¹⁶ Vor allem für die Frage, in Bezug auf welche Leistungen eines Sozialversicherungsträgers diesem ein Regressrecht zusteht, ist die Abgrenzung zwischen Erwerbsschaden und vermehrten Bedürfnissen bedeutsam. Soweit der Verletzte für sich den Haushalt führt, liegen vermehrte Bedürfnisse vor, bei der Haushaltsführung für andere ist ein Erwerbsschaden gegeben. Die Rechtsprechung¹⁴¹⁷ nimmt die Abgrenzung nach Kopfteilen vor und geht dabei von der Annahme aus, dass sämtliche erbrachten Haushaltsleistungen allen Familienmitgliedern zugutekommen.¹⁴¹⁸ Jedenfalls soweit es sich um die Betreuung von Kindern handelt, ist das aber unzutreffend; der auf die Kinder entfallende Anteil und somit der Erwerbsschaden müsste mehr ausmachen.¹⁴¹⁹ Sozialversicherer billigen das gleichwohl, weil das rechnerisch in schematischer Weise einfacher darstellbar ist.¹⁴²⁰ Dem Verletzten trifft die Beweislast dafür, dass ihm ein über sachlich kongruente Sozialversicherungsleistungen hinausgehender Restanspruch zusteht.¹⁴²¹

211

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Je nach Zuweisung zum Erwerbsschaden oder zu den vermehrten Bedürfnissen sind jeweils andere Sozialversicherungsleistungen sachlich kongruent.¹⁴²² In Bezug auf den Erwerbsschaden sind es solche mit **Lohnersatzfunktion**, also all jene, die daher rühren, dass der Haushaltsführer einer beruflichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, wie zB das Krankengeld,¹⁴²³ eine Rente

¹⁴¹⁶ *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (100).

¹⁴¹⁷ BGH NJW 1974, 41; NJW 1985, 735; OLG Brandenburg NJOZ 2010, 730; KG NJOZ 2008, 4695 = jurisPR-VerkR 2009/2 Anm. 2 (*H. Lang*); *Küppersbusch/Höher* Rn. 189; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1233.

¹⁴¹⁸ *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (729); aA OLG Frankfurt / M. VersR 1982, 981 (*Hofmann*), wo der Anteil der auf den Haushaltsführer entfallenden Hausarbeit in einem Vierpersonenhaushalt mit 40 % angenommen wird.

¹⁴¹⁹ *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (292); *Pardey* Rn. 948; *Luckey*, Personenschaden Rn. 772.

¹⁴²⁰ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (41).

¹⁴²¹ OLG Saarbrücken VRR 2013, 343 (*Luckey*) = BeckRS 2013, 04132.

¹⁴²² Übersicht bei *Jahnke* VGT 2010, 99 (105 f.).

¹⁴²³ OLG Hamm r + s 2001, 506.

wegen Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit¹⁴²⁴ oder Verletztengeld bzw. Verletztenrente.¹⁴²⁵ Dass die Haushaltstätigkeit nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt und die Bemessung der Sozialversicherungsleistung an die frühere berufliche Erwerbstätigkeit anknüpft, spielt dabei keine Rolle.¹⁴²⁶ Die sachliche Kongruenz in Bezug auf die vermehrten Bedürfnisse ist hingegen bei der häuslichen Pflegehilfe gegeben, weil dieses auch dazu dient, den Verletzten in die Lage zu versetzen, seinen eigenen Haushalt führen zu können.¹⁴²⁷ Das gilt freilich nur für die Haushaltsführung im engeren Sinn, so dass in Bezug auf die Haushaltsführung im weiteren Sinn unabhängig davon, ob der Verletzte sie für sich oder auch für andere Familienmitglieder erbringt, ein sachlich kongruenter Schaden in Bezug auf Sozialleistungen mit Lohnersatzfunktion gegeben ist.¹⁴²⁸ Zu beachten ist, dass manche Drittleistung wie die Erwerbsminderungsrente nur bis zum Erreichen des gesetzlichen Rentenalters geleistet wird.¹⁴²⁹ Da Sozialversicherungsleistungen im Regelfall nur einen Mindestbedarf decken, verbleibt häufig ein darüber hinausgehender Schaden des Direktgeschädigten; ein engagiertes Vorgehen des Sozialversicherungsträgers stärkt inzident auch die Position des Direktgeschädigten.¹⁴³⁰

h) Mitwirkung des Haushaltsführers beim Erwerb des anderen

212

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Haushaltsführerschaden	

Seit der Grundsatzentscheidung vom 11.7.1972¹⁴³¹ ist klargestellt, dass die ohne besondere vertragliche Vereinbarung erfolgende Mitarbeit im Unternehmen des Ehegatten zu einem Erwerbsschaden des Verletzten führt. § 845 ist ebenso wenig anzuwenden wie bei Beeinträchtigungen im Haushalt. Bei der Verletzung kommt es auf das Bestehen einer Unterhaltspflicht nicht an,¹⁴³² so dass auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist.¹⁴³³

¹⁴²⁴BGH NJW 1974, 41; dazu *Meurer* NJW 1974, 640.

¹⁴²⁵BGH NJW 1985, 735; KG NJOZ 2008, 4695 = jurisPR-VerkR 2009/2 Anm. 2 (*H. Lang*); OLG Nürnberg VersR 2002, 1114; OLG Oldenburg SP 2001, 196; *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2/2009 Anm. 2.

¹⁴²⁶OLG Hamm r + s 2001, 506; *Küppersbusch/Höher* Rn. 212.

¹⁴²⁷BGH NJW 1997, 257; *Pardey* Rn. 2691.

¹⁴²⁸*Küppersbusch/Höher* Rn. 602.

¹⁴²⁹*C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 32.

¹⁴³⁰*J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37; ähnlich *Mathis*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 25, (35): Einheitliche Vorgehensweise von Geschädigten und Rechtsnachfolgern sinnvoll sowie Koordination geboten.

¹⁴³¹BGHZ 59, 172 = NJW 1972, 2217 (*Franz*; *Schmidt-Salzer*).

¹⁴³²*Pardey* Rn. 2728.

¹⁴³³Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 6.

Deshalb ist ein solcher Erwerbsschaden auch bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften sowie nichtehelichen Gemeinschaften anzunehmen.¹⁴³⁴ Die Annahme eines faktischen Arbeitsverhältnisses¹⁴³⁵ ist für die Begründung eines Schadensersatzanspruchs entbehrlich.¹⁴³⁶ Hilfreich kann die Bezugnahme allenfalls in dem Zusammenhang sein, ob der Erwerbsschaden des Verletzten nach der Bereitstellung seiner Arbeitskraft oder nach dem erzielten Erfolg zu bemessen ist. Diesbezüglich wird es darauf ankommen, ob er als gleichberechtigter Partner mitgewirkt oder in abhängiger bzw. untergeordneter Stellung tätig war, so dass sein Ersatzanspruch nach den Kosten einer Ersatzkraft zu bemessen ist.¹⁴³⁷ Wenn das OLG Oldenburg¹⁴³⁸ die Bemessungsansätze des Haushaltsführerschadens, nämlich die Begrenzung auf das Nettoentgelt bei Verzicht auf die Einstellung einer Ersatzkraft zugrunde legt, ist das im gegebenen Kontext besonders unpassend, weil insoweit eine marktmäßige Bewertung nach den Kosten einer Ersatzkraft durchaus in Betracht kommt, während man für den Haushaltsführer ins Treffen führt, dass es für solche Tätigkeiten keinen Markt gebe.

i) Mitwirkung eines Kindes im Haushalt oder Erwerb

213

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei Kindern verweist die Rechtsprechung im Rahmen des § 845 zu Recht darauf, dass eine Pflicht zur Mitwirkung nur insoweit besteht, als die schulischen Belange darunter nicht leiden.¹⁴³⁹ Das ist auch bei der Kürzung des Zeitbudgets des getöteten Haushaltsführers nach § 844 Abs. 2 zu beachten.¹⁴⁴⁰ Im Verletzungsfall kommt es aber bei den Ehegatten auf das tatsächliche Ausmaß an. Es ist daher in keiner Weise einzusehen, weshalb beim verletzten Kind ein anderer Maßstab anzulegen sein sollte. Das bedeutet, dass die verletzungsbedingte Vereitelung von nach familienrechtlichem Maßstab erbrachten überobligationsgemäßen Arbeitsleistungen schadensersatzrechtlich nicht entschädigungslos bleiben darf.¹⁴⁴¹

j) Prozessuale Fragen

213a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹⁴³⁴ Pardey Rn. 2719.

¹⁴³⁵ So OLG München NJW-RR 1991, 1179.

¹⁴³⁶ Pardey Rn. 2720.

¹⁴³⁷ Dressler in FS Steffen, 121 (126).

¹⁴³⁸ OLG Oldenburg NJW-RR 1993, 798.

¹⁴³⁹ OLG Thüringen zfs 2010, 79 (Diehl); OLG Celle NJW-RR 1990, 1478.

¹⁴⁴⁰ BGH NJW-RR 1990, 962; Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 138.

¹⁴⁴¹ So aber OLG Celle NZV 2006, 95.

Wenn der Verletzte ein den Hausarbeitsschaden betreffendes besonderes Feststellungsbegehren stellt, ist die Zulässigkeit davon abhängig, dass er konkretisierende Parameter nennt wie die Minderung der haushaltsspezifischen Beeinträchtigung sowie den zeitlichen Umfang des dauerhaften Ausfalls.¹⁴⁴²

k) Komplexität der Berechnung

213b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Während *J. Lang*¹⁴⁴³ meint, dass ein geübter Sachbearbeiter den Haushaltsführungsschaden in nur wenigen Minuten errechnen und beziffern kann, beklagt *Thoenneßen*¹⁴⁴⁴ die enorme Komplexität der Berechnung. Die gegenläufige Beurteilung von *J. Lang* hat ihren Grund wohl darin, dass es bei Sozialversicherern um ein Massengeschäft geht, somit eine summarische Bewertung ohne Zu- und Abschläge,¹⁴⁴⁵ sie lediglich wegen kongruenter Leistungen Regress nehmen, die häufig über einen Mindestbetrag nicht hinausgehen, so dass sie nicht um „des Kaisers Bart streiten“ müssen,¹⁴⁴⁶ während der Direktgeschädigte bzw. dessen Anwalt um den darüber hinausgehenden vollen Ausgleich streiten. Einigkeit besteht, dass der Anspruchsteller häufig – schon wegen seines begrenzten Intellekts bzw. seines angegriffenen Gesundheitszustands – nicht in der Lage ist, den Substanziierungsanforderungen zu genügen;¹⁴⁴⁷ zudem ist er vielfältigen möglichen Einwendungen der hoch spezialisierten Defensivkanzleien der im Regelfall ersatzpflichtigen Haftpflichtversicherer ausgesetzt – „je komplexer die Berechnungen, umso größer die Einfallstore für Einwände der Schädiger“; „Verhandlungen wie auf einem orientalischen Bazar“¹⁴⁴⁸ –, weshalb *Thoenneßen*¹⁴⁴⁹ in Anlehnung an die Tagessätze der pauschalierten Nutzungsausfallsentschädigung solche als Mindestersatz beim Haushaltsführerschaden vorschlägt. Maßgeblich sollen allein die Größe der Wohnung und die Anzahl der Personen sein – gestaffelt nach fünf Kategorien; und in Korrelation dazu fünf Entgelte zwischen 20 EUR und 100 EUR. Anstelle der haushaltsspezifischen Erwerbsminderung soll die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit treten.¹⁴⁵⁰ Dieser „radikale“

¹⁴⁴² OLG Saarbrücken NJW-RR 2016, 1168 = SP 2016, 299 = NJW-Spezial 2016, 394.

¹⁴⁴³ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37.

¹⁴⁴⁴ *Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 11 (14): „Tummelplatz juristischer Spitzfindigkeiten“.

¹⁴⁴⁵ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (53).

¹⁴⁴⁶ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (46).

¹⁴⁴⁷ *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (54); *Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 11 (12).

¹⁴⁴⁸ *Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 11 (19).

¹⁴⁴⁹ Dafür aber auch *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (55).

¹⁴⁵⁰ *Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 1 (19, 22 ff.).

Vorschlag sollte mE ernstlich erwogen werden, mag man über Details der Ausgestaltung auch diskutieren. Ein paritätisch besetzter Expertenrat könnte für Rechtssicherheit sorgen; ein Anknüpfen an einen passenden Index könnte zu zeitgemäßen Werten führen. Wer das für allzu grob hält, sei darauf verwiesen, dass es dem Anspruchsteller – wie beim Blechschaden die Inanspruchnahme eines Mietfahrzeugs oder ein Rückgriff auf die Betriebsreserve – unbenommen bleiben muss, eine konkrete Abrechnung zu wählen. Wenn *Medjdoub*¹⁴⁵¹ von der Warte des Haftpflichtversicherers darauf verweist, dass der Haushaltsführerschaden unter anderem deshalb nicht mit mathematischer Genauigkeit sich ermitteln lasse, weil es beträchtliche Unterschiede in der Rechtsprechung der Instanzgerichte gebe, wäre damit zum Teil Wind aus den Segeln genommen. Die derzeitige regionale „Differenziertheit“ wiederum ist eine Folge des Umstands, dass der VI. Senat des BGH – im Gegensatz zu den Mietwagenkosten – unter Hinweis auf das weite tatrichterliche Ermessen der Tatgerichte im Rahmen des § 287 ZPO die Annahme von Revisionen sehr restriktiv handhabt.

7. Noch nicht im Erwerbsleben stehende Person

214

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Erwerbsschaden sehr junger Menschen	ff.

Es fällt auf, dass es wenig Judikatur zum Erwerbsschaden von Personen gibt, die im Zeitpunkt der Verletzung noch nicht im Erwerbsleben standen.¹⁴⁵² Womöglich ist die Vergleichsbereitschaft in solchen Causen besonders ausgeprägt, weil das Urteil in hohem Maße vom Richter und dessen Persönlichkeitsstruktur abhängig ist.¹⁴⁵³ Der Rechtsanwalt hat einen Mittelweg zu finden zwischen „verzagter Bescheidenheit und wirklichkeitsfremder Übertreibung“.¹⁴⁵⁴ Zur letzteren Kategorie ist es zu rechnen, wenn die Behauptung aufgestellt wird, dass der Geschädigte ein Studium, dessen Mindestdauer neun Semester beträgt, in sieben Semestern erfolgreich abgeschlossen hätte.¹⁴⁵⁵ Abgelehnt hat das OLG Celle¹⁴⁵⁶ bei einem 17-Jährigen mit durchschnittlichen Noten (Abiturschnitt 2,9), den Erwerbsschaden zu berechnen auf Basis des Berufswunsches Offizier der Luftwaffe mit Studium, bei dem bloß 0,48 % der Bewerber genommen werden, sowie ohne Studium, bei dem bloß 3,6 % der Bewerber genommen werden. Das OLG Schleswig hat eine Erwerbsbiographie als Arzt abgelehnt, wenn infolge eines Notendurchschnitts von 2,4 nur 25 % einen Studienplatz über einen entsprechend erfolgreichen

¹⁴⁵¹ *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89.

¹⁴⁵² *Medicus* DAR 1994, 442 (443).

¹⁴⁵³ *Steffen* DAR 1984, 1.

¹⁴⁵⁴ *Medicus* DAR 1994, 442 (447).

¹⁴⁵⁵ OLG Hamm VersR 2000, 234.

¹⁴⁵⁶ OLG Celle BeckRS 2009, 18133 = zfs 2008, 16 (*Diehl*).

Einstellungstest erlangen.¹⁴⁵⁷ Die Anforderungen an den Nachweis einer „Durchschnittslaufbahn“ sind geringer: Auch schlechte Noten werden nicht als Indiz angesehen, dass das angepeilte Berufsziel nicht erreicht worden wäre.¹⁴⁵⁸ Bei dieser Sichtweise besteht die Gefahr, dass atypische Berufslaufbahnen nicht adäquat beurteilt werden, etwa ein zweiter Bildungsweg, (infolge der Betreuung von Kindern wahrgenommene) befristete Teilzeitstellen, wie das infolge der Veränderungen des Arbeitsmarktes heute weit verbreitet ist,¹⁴⁵⁹ oder die Erreichung gewisser Berufsziele erst in einem fortgeschrittenen Alter.¹⁴⁶⁰

a) Besonders große Schwierigkeiten der Prognose bei sehr jungen Menschen

215

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Bemessungsprobleme sind umso größer, je jünger die verletzte Person ist, weil dann umso weniger Anhaltspunkte für ihre spätere Entwicklung im Erwerbsleben gegeben sind.¹⁴⁶¹ Das Spektrum reicht vom jungen Erwachsenen, der knapp vor Abschluss seines Studiums steht,¹⁴⁶² bis zum Neugeborenen, bei dem vor allem bei ärztlichen Kunstfehlern sich die Frage der Einstandspflicht für spätere Erwerbsschäden stellt.¹⁴⁶³ Je jünger der Verletzte, umso geringer sind die Darlegungs- und Beweisanforderungen.¹⁴⁶⁴ In all diesen Fällen muss sich der Tatrichter um eine möglichst konkrete Schadensberechnung bemühen. Bedeutsam ist zudem, die gesamte Kausalität zu erfassen. Wenn ein 14-jähriger infolge eines Verkehrsunfalls eine Querschnittlähmung erleidet und ihm entgegengehalten wird, dass er infolge des Notendurchschnitts von 2,4 danach fünf Jahre auf einen Studienplatz hätte warten müssen,¹⁴⁶⁵ bleibt hier unberücksichtigt, dass ohne die Querschnittlähmung womöglich der Notendurchschnitt beim Abitur ein besserer gewesen wäre. Entsprechendes gilt für einen bei Geburt Hörgeschädigten, dem bescheinigt wird, dass er bloß einen Intelligenzquotienten von 118 habe.¹⁴⁶⁶ Womöglich ist dieser darauf zurückzuführen, dass er nicht alles so gut aufnehmen

¹⁴⁵⁷ OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407.

¹⁴⁵⁸ OLG Celle SVR 2007, 147 (*Schröder*) = VRR 2007, 187 (*Luckey*): Erzieherin.

¹⁴⁵⁹ Zutreffend *Luckey* VRR 2011, 1143.

¹⁴⁶⁰ BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.: Promotion mit 45 Jahren und anschließend – angepeilt – eine Tätigkeit als Gymnasiallehrerin im öffentlichen Dienst.

¹⁴⁶¹ Dazu *Eilers* VGT 2013, 9 (15 f.) mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

¹⁴⁶² BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.: Verletzung in der Promotionsphase.

¹⁴⁶³ *Medicus* DAR 1994, 442 (443); MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 51.

¹⁴⁶⁴ *Freyermann* VGT 2013, 21, 29.

¹⁴⁶⁵ OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407.

¹⁴⁶⁶ BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*).

konnte wie ohne diese Beeinträchtigung.¹⁴⁶⁷ Abgelehnt werden Knochen- oder Gliedertaxen.¹⁴⁶⁸ In aller Regel kann eine Leistungsklage aber erst eingebracht werden, wenn der Verletzte knapp vor Eintritt ins Erwerbsleben steht **bzw.** stünde.¹⁴⁶⁹ Das wurde abgelehnt bei einem neunjährigen Kind, das einen Geburtsschaden erlitten hatte.¹⁴⁷⁰ Davor ist lediglich eine Feststellungsklage zulässig, aber auch geboten, um Verjährungsfolgen abzuwenden.¹⁴⁷¹ Nach Erlass eines Feststellungsurteils kann es zulässig sein, zur Bestimmung der Anspruchshöhe ein Teilurteil nach § 304 ZPO zu erlassen, in dem die Determinanten zur Betragsfestsetzung geklärt werden, wobei die Befristung der Rente dann dem Betragsverfahren vorbehalten werden kann.¹⁴⁷²

216

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Je älter das Kind oder der Jugendliche ist, umso mehr kann auf **Umstände aus seinem Leben** zurückgegriffen werden, die naturgemäß zuverlässiger sind als ein Schluss von sonstigen Faktoren seiner Umgebung.¹⁴⁷³ Bedeutsam sind schulische Leistungen,¹⁴⁷⁴ aber auch ein Engagement, das darüber hinausgeht, sportliche Aktivitäten¹⁴⁷⁵ oder die Teilnahme an Schülerwettbewerben. Gewisse Affinitäten und Neigungen lassen Rückschlüsse auf die spätere berufliche Betätigung zu. Berücksichtigt werden sollte auch, wie sich eine Person im Laufe ihres Erwerbslebens entwickelt hat.¹⁴⁷⁶ Ein in früher Kindheit geäußerter Berufswunsch hat demgegenüber keine allzu große Bedeutung.¹⁴⁷⁷ Verwertbar ist jedoch, wie der Verletzte auf die Verletzung reagiert hat, mit Lethargie oder Kampfesmut, um seinem Dasein einen Lebenssinn zu

¹⁴⁶⁷ *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 (255).

¹⁴⁶⁸ *Steffen* DAR 1984, 1; *Medicus* DAR 1994, 442 (443).

¹⁴⁶⁹ *Medicus* DAR 1994, 442 (449).

¹⁴⁷⁰ OLG Köln VersR 1988, 1185.

¹⁴⁷¹ Palandt⁷⁹/Sprau § 843 **Rn.** 2, 12.

¹⁴⁷² BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 **ff.**: 80 % der Differenz des Durchschnittseinkommens eines angestellten Tischlergesellen und eines nicht akademisch ausgebildeten Kommunikationstechnikers.

¹⁴⁷³ *Medicus* DAR 1994, 442 (446).

¹⁴⁷⁴ BGH NJWE-VHR 1996, 141: Mitteilung der Aufnahme ins Gymnasium; OLG Karlsruhe VersR 1989, 1101: Bis zum Unfall gute Schülerin.

¹⁴⁷⁵ OLG Karlsruhe VersR 1989, 1101.

¹⁴⁷⁶ BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 **ff.**: Unzureichende Berücksichtigung, dass Verletzte Patentgehilfin war, dann aber immer bessere schulische Leistungen erbracht hat, so dass sie nach Abitur und Studium promovieren und dann als Deutschlehrerin tätig sein wollte. Diesen Aspekt völlig übergehend *Langenick* (Handlungsbevollmächtigter der SIGNAL IDUNA Gruppe) NZV 2009, 257 **ff.**, 318 ff.

¹⁴⁷⁷ OLG Frankfurt / M. VersR 1989, 48.

geben, weil daraus geschlossen werden kann, wie engagiert er ohne Verletzung im Berufsleben gewesen wäre.¹⁴⁷⁸ Zu beobachten ist, dass bei jungen Menschen Begehrensneurosen noch nicht so ausgeprägt sind wie bei älteren, weil im Unterbewusstsein noch keine raffinierten Entlastungsstrategien vorhanden sind.¹⁴⁷⁹ Meist erfolgt eine Orientierung an einer Berufstätigkeit in abhängiger Stellung; eine Orientierung am Beruf eines Selbstständigen hat in der Rechtsprechung keine Rolle gespielt.¹⁴⁸⁰

217

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Je jünger das Kind ist, umso stärker ist auf Umstände aus seinem **Umfeld** Bedacht zu nehmen.¹⁴⁸¹ Frei nach der Devise „Der Apfel fällt nicht weit vom Stamm“ kommt der Biografie der Eltern eine erhebliche Bedeutung zu.¹⁴⁸² So gibt es mitunter eine Familientradition, wie das namentlich bei freien Berufen immer wieder vorkommt.¹⁴⁸³ Ein Anhaltspunkt für den Erwerbsschaden ist, welchen Beruf die Eltern ergriffen haben und wie sie in diesem vorwärts gekommen sind.¹⁴⁸⁴ Auch das Vorankommen von Geschwistern¹⁴⁸⁵ liefert Anhaltspunkte, die meist noch immer konkreter sind als das Abstellen auf Kinder aus einem vergleichbaren gesellschaftlichen Umfeld.¹⁴⁸⁶ *Medicus*¹⁴⁸⁷ weist darauf hin, dass Abstriche zu machen sind bei Spitzeneinkommen, weil sich besondere berufliche Tüchtigkeit und berufliches Glück regelmäßig in der nächsten Generation nicht fortsetzen.¹⁴⁸⁸ Er nennt das prägnant den „Buddenbrook-Effekt“. Zu bedenken ist freilich auch, dass es immer wieder vorkommt, dass es die nächste Generation ein Stück weiterbringt als die vorangegangene, insbesondere, wenn es sich um soziale Aufsteiger handelt. Dafür spricht, dass der Anteil von Personen mit einem Schul- oder

¹⁴⁷⁸ OLG Köln SP 2000, 229; *Funk* DAR 1985, 42 (45); *Steffen* DAR 1984, 1 (3); *Medicus* DAR 1994, 442 (447).

¹⁴⁷⁹ *Steffen* DAR 1984, 1 (4).

¹⁴⁸⁰ *Freymann* VGT 2013, 21, 39.

¹⁴⁸¹ *Eckelmann/Nehls/Schäfer* DAR 1983, 337 (343).

¹⁴⁸² OLG Frankfurt / M. VersR 1989, 48: Bedeutsam ist der Beruf des Vaters.

¹⁴⁸³ *Medicus* DAR 1994, 442 (447).

¹⁴⁸⁴ BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.: Abstellen auf den Beruf des Vaters.

¹⁴⁸⁵ BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*): Freilich Korrektur insoweit, als beim Bruder angenommen wird, dass dessen Aufstieg auf individueller Chancen-Nutzung beruhte; kritisch dazu *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 (255); OLG Karlsruhe VersR 1989, 1101; LG Münster NJW-RR 2011, 1593.

¹⁴⁸⁶ MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 51.

¹⁴⁸⁷ *Medicus* DAR 1994, 442 (447, Fn. 54).

¹⁴⁸⁸ Ähnlich *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283, 290: Wenn Vater und Mutter Chefarzt in der Klinik, nicht anzunehmen, dass das Kind die gleiche berufliche Entwicklung genommen hätte.

Hochschulabschluss tendenziell steigt.¹⁴⁸⁹ Insoweit kommt dem Umstand Bedeutung zu, welches Engagement und welchen Biss die Eltern im Leben gezeigt haben,¹⁴⁹⁰ wie sie das Kind bis zur Verletzung gefördert und zu seiner Entfaltung beigetragen und wie das Geschwister angenommen haben. *Medicus*¹⁴⁹¹ hält die Orientierung an den elterlichen Verhältnissen beim Erwerbsschaden darüber hinaus deshalb für plausibel, weil schwer verletzte Kinder in elterlichem Verbund verbleiben und bei einer Festsetzung des Erwerbsschadens in dieser Höhe die Eltern einerseits unterhaltsrechtlich entlastet werden und das verletzte Kind auch nach Ableben der Eltern den gewohnten Lebensstandard aufrecht erhalten kann. Dieser Gedanke der Besitzstandswahrung ist mE freilich im Rahmen der Ermittlung des Erwerbsschadens ein sachfremdes Argument.¹⁴⁹²

218

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Abzulehnen ist der Verweis allein auf Statistiken oder generelle Aussagen, dass etwa die Akademikerarbeitslosigkeit geringer sei oder im Bereich der Sprachausbildung besonderer Bedarf bestehe.¹⁴⁹³ Diese sind von der jeweiligen Biografie des Einzelnen zu weit entfernt, um tragfähige Rückschlüsse auf den Verlauf ohne Verletzung zu ermöglichen.¹⁴⁹⁴ Vielmehr geht es um die Erkundung, wie gerade der Verletzte sein Leben gemeistert hätte. Ihm kann nicht von vornherein unterstellt werden, dass er sich in einem wenig marktgängigen Berufsfeld nicht doch durchgesetzt hätte.¹⁴⁹⁵ Der Trichter steht häufig vor der schwierigen Aufgabe, herausfinden zu müssen, ob ein Berufsziel verletzungsbedingt verfehlt wurde oder dieses wegen verletzungsunabhängiger Persönlichkeitsdefizite ohnehin nicht erreicht worden wäre. Selbst wenn bloß ganz rudimentäre Anhaltspunkte gegeben sind, muss der Trichter eine ganz bestimmte Berufslaufbahn zugrunde legen. Keinesfalls darf er sich damit begnügen, ein Mindesteinkommen zu unterstellen.¹⁴⁹⁶ Losgelöst von den Besonderheiten des jeweiligen Falles

¹⁴⁸⁹LG Münster NJW-RR 2011, 1593.

¹⁴⁹⁰So nachdrücklich OLG Karlsruhe VersR 1989, 1101.

¹⁴⁹¹*Medicus* DAR 1994, 442 (447).

¹⁴⁹²*Freymann* VGT 2013, 21, 34: Orientierung an der Lebensstellung der Eltern nicht unproblematisch, aber immerhin nicht willkürlich.

¹⁴⁹³BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

¹⁴⁹⁴*Steffen* DAR 1984, 1 (5); *Medicus* DAR 1994, 442 (446).

¹⁴⁹⁵Vgl. aber BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*): Abschlag von 20 % wegen des Arbeitsplatzrisikos; kritisch insbesondere zur Höhe des Abschlags *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 (255).

¹⁴⁹⁶*Steffen* DAR 1984, 1 (3); *Medicus* DAR 1994, 442 (445); BGH NJWE-VHR 1996, 141: Anhebung des Monatsverdienstes durch den BGH von 2.600 DM auf 3.660 DM.

und gestützt auf statistische Unterlagen Abschlüsse wegen der Gefahr einer von Arbeitslosigkeit unterbrochenen Erwerbsbiografie anzunehmen, ist mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar.¹⁴⁹⁷

219

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

§ 287 ZPO ermöglicht es dem Tatrichter, den Feststellungsaufwand auf ein vernünftiges Ausmaß zu begrenzen.¹⁴⁹⁸ Zu bedenken ist indes, dass es sich häufig nicht nur um große Beträge, sondern auch um existenzielle Schicksale handelt, so dass nicht vorschnell unter Berufung auf § 287 ZPO auf eine höhere Zuverlässigkeit der **Prognoseentscheidung** verzichtet werden soll.¹⁴⁹⁹ Beachtlich ist zudem, dass der Schädiger den Geschädigten in solche Darlegungs- und Beweisprobleme gebracht hat, so dass ein „besonderer“ Schätzungsbonus zugunsten des Geschädigten durchaus angebracht ist.¹⁵⁰⁰ Je früher sich die Verletzung ereignet, umso größer ist die Beweisnot des Verletzten; und umso eher ist es angebracht, keine zu hohen Anforderungen an die Erwerbsschadensprognose zu stellen¹⁵⁰¹ und ihm eine krisenfeste Position zuzubilligen.¹⁵⁰² Das Risiko, dass der infolge der Verletzung ergriffene Beruf krisenanfälliger ist, trägt der Ersatzpflichtige.¹⁵⁰³ Bedenklich ist es daher, wenn angenommen wird, dass sich der verwirklichte Arbeitsplatzverlust im verletzungsbedingt ergriffenen Referenzberuf auch im ohne Verletzung ergriffenen Beruf realisiert hätte.¹⁵⁰⁴ Ebenso fragwürdig ist es, aufgrund eines

¹⁴⁹⁷ So aber *Quaisser* NJW-Spezial 2017, 9.

¹⁴⁹⁸ *Debudey* VGT 2013, 1 (2 **ff.**) unter Hinweis auf mögliche Informationsquellen: Verdienststrukturerhebung www.destatis.de; Tarifarchiv der Hans-Böckler-Stiftung www.boeckler.de; so auch LG Münster NJW-RR 2011, 1593; Lebenshaltungskostenindex **bzw.** Steigerung der Bezugsgröße nach § 18 Abs. 4 SGB IV; Anknüpfung an Verletztenrente der gesetzlichen Unfallversicherung.

¹⁴⁹⁹ *Medicus* DAR 1994, 442 (443).

¹⁵⁰⁰ KG NZV 2006, 207 = VRR 2006, 225 (*Luckey*) = zfs 2006, 147 (*Diehl*); OLG Stuttgart VersR 1999, 630; OLG Karlsruhe VersR 1989, 1101; *Luckey* VRR 2005, 404 (409); *Stürner* JZ 1984, 461; *Steffen* DAR 1984, 1 (4); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 1113; *Nugel/Wenker* VRR 2014, 4 (6); zurückhaltender *Medicus* DAR 1994, 442 (446), 447; für eine Gewichtung nach Wahrscheinlichkeitskalkülen MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 **Rn.** 51. Zur durchaus maßvollen Bedeutung in der praktischen Umsetzung *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 (259); skeptisch gegenüber diesem Argument, aber für eine Absenkung der Darlegungs- und Beweisanforderungen unter Bezugnahme auf § 287 ZPO *Freyman* VGT 2013, 21, 30.

¹⁵⁰¹ BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

¹⁵⁰² *Steffen* DAR 1984, 1 (4).

¹⁵⁰³ *Luckey* VRR 2005, 404 (409).

¹⁵⁰⁴ So aber BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 **ff.**: Verletzungsbedingt Tischler und nicht Kommunikationstechniker; nach Arbeitslosigkeit als Tischler Zubilligung bloß der Differenz des jeweiligen Durchschnittseinkommens.

punktuellen Befundes eine Prognose für ein gesamtes Erwerbsleben zu stellen:¹⁵⁰⁵ Während im Jahr 2006 unter dem zynischen Stichwort „Sichere Zukunft für Hessen“ ein de-facto-Einstellungsstopp im Schuldienst bestand, reaktivierte man wenige Jahre später bereits pensionierte Lehrer, weil ein entsprechender Mangel bestand.¹⁵⁰⁶

220

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei Verletzten, die zwar schon im Erwerbsleben stehen, aber in ihren jungen Jahren noch keine ausgeprägte und zusammenhängende Erwerbsbiografie vorweisen können, hat der BGH¹⁵⁰⁷ in den letzten Jahren ein stärkeres Entgegenkommen gegenüber dem Verletzten walten lassen. Es ist folgerichtig, diese Grundsätze auch auf die noch nicht im Erwerbsleben stehenden Verletzten anzuwenden.¹⁵⁰⁸ Es gilt ein herabgesetztes Beweismaß. Die Anforderungen an das Vorbringen dürfen nicht überspannt werden,¹⁵⁰⁹ was namentlich vom Tatrichter zu berücksichtigen ist. Auszugehen ist von einer **durchschnittlichen Entwicklung**.¹⁵¹⁰ Verbleibenden Unsicherheiten kann er durch Abschlüge begegnen. Ohne konkrete Anhaltspunkte darf er nicht zu dem Ergebnis kommen, dass der Verletzte überhaupt kein Erwerbseinkommen erzielt hätte. Selbst wenn der Verletzte wieder gesund ist, trägt der Schädiger das Risiko, dass der Verletzte keine Stelle findet; das gilt umso mehr, wenn Behinderungen verblieben sind.¹⁵¹¹ Wenn der Verletzte auf einen bestimmten Beruf abstellt, der verletzungsbedingt ergriffen worden wäre, darf das Tatgericht, wenn es davon nicht überzeugt ist, das Begehren nicht abweisen, sondern als Minus einen anderen Beruf – mit geringerem Einkommen – zugrunde legen,¹⁵¹² wobei es aus Sicht des

¹⁵⁰⁵BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

¹⁵⁰⁶*Ch. Huber* HAVE 2011, 253 (257).

¹⁵⁰⁷BGH NJW 1998, 1634 = EWiR 1998, 393 (*Grunsky*); NJW 1997, 937; NJW 1995, 1023.

¹⁵⁰⁸Auf diese Parallele hinweisend OLG Stuttgart VersR 1999, 630.

¹⁵⁰⁹So auch OLG Köln SP 2000, 229. Bedenklich BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.: Beweislast des Geschädigten, dass er infolge der vom Schädiger zu verantwortenden Hörschädigung arbeitslos geworden ist und deshalb keine neue Stelle gefunden hat. Gerade unter dem Regime des AGG werden potenzielle Arbeitgeber eine solche Begründung kaum geben. Einfühlsamer OLG Hamm BeckRS 2005, 02606 = SVR 2006, 67 (*Luckey*): Bei Bewerbungen ist die Behinderung anzugeben, deshalb ist eine Benachteiligung gegeben.

¹⁵¹⁰BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; *Küppersbusch/Höher* Rn. 173.

¹⁵¹¹OLG Hamm BeckRS 2005, 02606 = SVR 2006, 67 (*Luckey*).

¹⁵¹²BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

Geschädigtenanwalts sinnvoll sein kann, einen entsprechenden Hilfsantrag zu stellen.¹⁵¹³ Ohne Ausweis eigener Sachkunde wird das Tatgericht sachverständiger Hilfe bedürfen.¹⁵¹⁴

221

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Soweit wie möglich soll beim Zuspruch einer Rente die künftige Entwicklung berücksichtigt werden. Es ergibt sich dabei ein Spannungsverhältnis zwischen der nachvollziehbaren Zurückhaltung der Gerichte, sich als Sterndeuter zu betätigen¹⁵¹⁵ und der dadurch eröffneten weiteren Möglichkeit, den urteilsmäßigen Zuspruch später im Wege des § 323 ZPO zu korrigieren. Zu bedenken ist freilich, dass bis dahin akkumulierte Defizite – meist werden es solche zulasten des Verletzten sein – auch über § 323 ZPO nicht mehr aufgeholt werden können. In jedem Fall sollte dem Urteil zu entnehmen sein, von welchen Annahmen der Richter bei seinem Spruch ausgegangen ist. Je konkreter die künftige Entwicklung explizit berücksichtigt worden ist, umso geringer ist der Spielraum für eine Abänderung gem. § 323 ZPO.¹⁵¹⁶ Sosehr der BGH stets betont, dass der Tatrichter eine besonders freie Stellung im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO habe und eine revisionsrechtliche Korrektur nur bei ganz schweren Fehltritten vorgenommen werde,¹⁵¹⁷ fällt auf, wie häufig es zu einer Aufhebung des BGH in solchen Causen kommt.¹⁵¹⁸

222

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Für den Geschädigtenanwalt ist zu beachten, dass die Anforderungen an die Beweislast umso höher sind, einen je exklusiveren und häufig auch höher dotierten Beruf er zugrunde legt und umgekehrt.¹⁵¹⁹ Zudem ist zu beachten, dass bei einem Ausbildungsberuf die Ersatzpflicht ab einem früheren Alter einsetzt als bei einem Akademiker.¹⁵²⁰ Eine Verrechnung der sonst aufgewendeten bzw. in concreto ersparten Ausbildungskosten kommt mE aber nur im Rahmen

¹⁵¹³ *Eilers* VGT 2013, 9, 17; *Freymann* VGT 2013, 21, 31: „Downsizing“.

¹⁵¹⁴ BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) = mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

¹⁵¹⁵ *Steffen* DAR 1984, 1 (2), 5.

¹⁵¹⁶ *Medicus* DAR 1994, 442 (449).

¹⁵¹⁷ *Steffen* DAR 1984, 1 (2).

¹⁵¹⁸ *Steffen* DAR 1984, 1 (3); *Medicus* DAR 1994, 442 (446).

¹⁵¹⁹ *Freymann* VGT 2013, 21, 35.

¹⁵²⁰ *Eilers* VGT 2013, 9, 16.

der zeitlichen Kongruenz in Betracht, nicht als Abzugsposten bei Ermittlung eines Saldos des Lebenseinkommens.¹⁵²¹

b) Verspäteter Eintritt ins Erwerbsleben

223

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	verspäteter Eintritt ins Erwerbsleben	ff.

Die vom Schädiger zu verantwortende Verletzung führt häufig zu einer Verlängerung der Ausbildungszeit. Bei Verletzung eines Studenten kann beachtlich sein, dass Lehrveranstaltungen nur in einem WS bzw. SS angeboten werden, so dass sich der Erwerbsschaden auch nach Gesundung des Verletzten weiter in die Zukunft erstreckt.¹⁵²² Die Lebenshaltungskosten für diese Phase kann der Verletzte nicht geltend machen, auch nicht als vermehrte Bedürfnisse.¹⁵²³ Diese wären nämlich unabhängig von der Verletzung angefallen. Der Verletzte wird vielmehr darauf verwiesen, den anschließend eintretenden Erwerbsschaden zu begehren. Auch eine Geltendmachung als frustrierte Aufwendungen wird abgelehnt.¹⁵²⁴ Bedeutsam ist das insoweit, weil der Schaden, der in der Lebensverkürzung liegt, sei diese auch durch das vom Schädiger gesetzte Verhalten verursacht, nicht ersatzfähig ist.¹⁵²⁵ Würde man einen Ersatz frustrierter Aufwendungen anerkennen, wäre in bestimmten Konstellationen der Schädiger ersatzpflichtig, bei Verweisung auf den später eintretenden Erwerbsschaden jedoch nicht, weil der Verletzte mittlerweile gestorben ist. Ersatzfähig ist allerdings, wenn verletzungsbedingt der Geschädigte Wartezeiten in Kauf nehmen muss, weil zwischenzeitig ein Numerus clausus eingeführt wurde und er mit dem Studium erst später beginnen kann oder sich die Arbeitsmarktlage so verändert hat, dass er länger auf den Berufseinstieg warten muss.¹⁵²⁶ Bei einem verletzungsbedingt verspäteten Beginn des Studiums infolge Wiederholung einer Klasse war bis zur Abschaffung der Wehrpflicht zum 1.3.2011 als Vorteil zu berücksichtigen, wenn der Verletzte von der Ableistung des Wehrdienstes befreit war,¹⁵²⁷ wobei der Sold als Einkommen entging. Ersatzfähig ist auch

¹⁵²¹AA *Eilers* VGT 2013, 9, 16.

¹⁵²²KG NZV 2006, 207 = VRR 2006, 225 (*Luckey*) = zfs 2006, 147 (*Diehl*).

¹⁵²³BGH NJW-RR 1992, 791; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 11.

¹⁵²⁴OLG Celle BeckRS 2009, 18133 = zfs 2008, 16 (*Diehl*); *Steffen* DAR 1984, 1 (2); *Pardey* Rn. 2126; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1111; *Küppersbusch/Höher* Rn. 179.

¹⁵²⁵*Steffen* DAR 1984, 1.

¹⁵²⁶Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1109.

¹⁵²⁷OLG Celle BeckRS 2009, 18133 = zfs 2008, 16 (*Diehl*); *Luckey* VRR 2006, 226.

das Erwerbseinkommen aus einer Ausbildungsvergütung¹⁵²⁸ sowie aus Nebenjobs, die der Geschädigte verletzungsbedingt nicht wahrnehmen kann.¹⁵²⁹

224

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Kommt es zu einer **Verlängerung der Ausbildung**, weil der Geschädigte infolge der Verletzung in einer Phase studieren muss, in der ein zügiges Studium wegen Vorlesungsstreiks nicht möglich ist, handelt es sich nicht um ein allgemeines Lebensrisiko,¹⁵³⁰ sondern um einen vom Schädiger adäquat verursachten Folgeschaden.¹⁵³¹ Gegenteilig hat das OLG Hamm¹⁵³² entschieden, als es darum ging, dass der Geschädigte sein Wunschstudium verletzungsbedingt nicht in Angriff nehmen konnte, weshalb er mit dem sodann gewählten Studium länger gebraucht hat. ME ist auch insoweit ein Folgeschaden gegeben, weil es als durchaus adäquat anzusehen ist, dass für eine Ausbildung, die nicht 100 % den Wunschvorstellungen des Betroffenen entspricht, dieser weniger Neigungen mitbringt, weniger Engagement zeigt und deshalb länger braucht. Ersatzfähig sind schließlich erhöhte Kosten des Studiums, wenn in dieser Phase das BAföG-System von einem nicht rückzahlbaren Zuschuss auf ein Darlehen umgestellt wird sowie die Sozialbeiträge zum Studentenwerk.¹⁵³³

225

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wird bei den Kosten der Rehabilitation eine zeitabschnittsweise Berechnung vorgenommen, muss das auch für den Erwerbsschaden einer Person gelten, die vor Eintritt ins Erwerbsleben verletzt worden ist.¹⁵³⁴ Wurde die Ausbildung verzögert, kann die verletzte Person für diesen Zeitraum einen Erwerbsschaden geltend machen, etwa eine entgangene Ausbildungsvergütung bei einem Lehrling,¹⁵³⁵ während ein höheres Einkommen in einer späteren Phase damit nicht verrechenbar ist.¹⁵³⁶ Zumeist wird die Betrachtung in Bezug auf den durch die Verlängerung der

¹⁵²⁸ *Luckey* VRR 2005, 404 (409).

¹⁵²⁹ OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407: Querschnittsgelähmter, der Medizin studieren wollte und aus einem Elternhaus mit bescheidenen finanziellen Mitteln stammt, freilich nicht für die Phase vor der Examensvorbereitung.

¹⁵³⁰ So noch OLG Hamm NJW 1979, 1853.

¹⁵³¹ In diesem Sinn BGH NJW 1985, 791 im Anschluss an *Steffen* DAR 1984, 1 (4).

¹⁵³² OLG Hamm VersR 2000, 234.

¹⁵³³ OLG Hamm VersR 2000, 234.

¹⁵³⁴ *Küppersbusch/Höher* Rn. 170: Berechnung pro rata temporis.

¹⁵³⁵ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1109.

¹⁵³⁶ OLG Hamm VersR 2000, 234.

Ausbildung resultierenden Erwerbsschaden in dem Zeitpunkt abgebrochen, in dem der Verletzte ins Erwerbsleben eingetreten ist. Es ist indes zu bedenken, dass es Konstellationen gibt, in denen sich der spätere Eintritt über die gesamte Erwerbsbiografie fortpflanzt.¹⁵³⁷ So ist das etwa bei einem Beamten, der alle zwei Jahre allein aufgrund des Umstands der zurückgelegten Arbeits- bzw. Lebenszeit eine Gehaltssteigerung erzielt. Solche Treueprämien haben Entsprechungen auch in der Privatwirtschaft. Und selbst bei Berufsanfängern so mancher freien Berufe wirkt es sich in den ersten Jahren nach Einstieg in den Beruf auf die Höhe des Erwerbseinkommens aus, auf eine wie lange praktische berufliche Erfahrung eine Person verweisen kann. Die Verzögerung der Ausbildung und der verspätete Berufseintritt können sich bis zur Höhe der Altersrente auswirken, sofern nicht Rentenversicherungsbeiträge nach § 119 SGB X eingezogen worden sind.¹⁵³⁸ Von solchen greifbaren Vermögensnachteilen sind solche Nachteile abzugrenzen, die sich in einer späteren Phase der Erwerbsbiografie ergeben. Je länger sie vom Zeitpunkt der vom Schädiger zu verantwortenden Verletzung entfernt liegen und je weniger ein innerer Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis gegeben ist, umso eher wird eine Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos gegeben sein, für das der Schädiger nicht einzustehen hat. Von der Ersatzpflicht – noch – erfasst sind jedoch Nachteile, die darauf beruhen, dass der Geschädigte verletzungsbedingt einen krisenanfälligen Beruf ergreifen musste.¹⁵³⁹ Auch diesbezüglich führt aber ein höheres Einkommen in einer Phase zu keiner Verrechnung mit dem geringeren oder fehlenden in der Folgezeit.

c) Behinderung in der Haushaltsführung

226

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Im Regelfall geht es um Beeinträchtigungen im beruflichen Erwerbsleben. Es stellt sich indes die Frage, ob auch Beeinträchtigungen der Arbeitskraft für die Familie, also im Haushalt und bei der Kindererziehung ebenfalls ersatzfähig sind. Wird eine Familie begründet, besteht ein Anspruch auf die Kosten einer Ersatzkraft. Je nachdem, ob eine solche eingestellt wird, sind die Brutto- oder Nettokosten geschuldet. Wird jedoch keine Familie gegründet, was vor allem bei schweren Verletzungen häufig der Fall sein wird, erwägt *Medicus*,¹⁵⁴⁰ die Ersatzkraftkosten für eine Durchschnittsfamilie zuzubilligen, wobei anzurechnen sein soll, was der Verletzte stattdessen im Rahmen einer beruflichen Erwerbsarbeit verdienen könnte. ME sprechen die besseren Gründe dafür, einen solchen fiktiven Schadensposten zu versagen und diesen Nachteil im Rahmen des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. Fest steht, dass ein Haushaltsführungsschaden auch begehrt werden kann, wenn im Zeitpunkt der Verletzung, etwa bei Geburt, noch keine Beeinträchtigung bei der Haushaltsführung vorlag.¹⁵⁴¹

¹⁵³⁷ Zutreffend *Eilers* VGT 2013, 9, 11.

¹⁵³⁸ *Küppersbusch/Höher* Rn. 169.

¹⁵³⁹ *Küppersbusch/Höher* Rn. 171.

¹⁵⁴⁰ *Medicus* DAR 1994, 442 (450).

¹⁵⁴¹ *Pardey* DAR 2006, 671 (674) mit zutreffendem Verweis auf BGHZ 38, 55 = NJW 1962, 2248: Verletzung einer späteren Hausfrau vor der Eheschließung.

d) Einwendungen des Ersatzpflichtigen

227

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Schädiger mag einwenden, dass der Geschädigte seine Ausbildung fortgesetzt hat, obwohl er die dabei erworbenen Kenntnisse für eine spätere berufliche Tätigkeit nicht verwerten kann, so in einem Sachverhalt, den das OLG Köln¹⁵⁴² zu beurteilen hatte und bei dem es darum ging, dass eine Architektin ihren Beruf nicht ausüben konnte, weil sie wegen ihrer verletzungsbedingten Behinderung zur Bauaufsicht nicht mehr in der Lage war. Zu Recht hat sie sich damit verteidigt, dass sie vor Inangriffnahme des Studiums den Berufswunsch mit dem Arzt besprochen hatte, der dagegen keine Einwände erhoben hatte. Maßgeblich ist jeweils die Sicht ex ante und nicht ein besserer Kenntnisstand ex post.¹⁵⁴³

228

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Darüber hinaus gibt es Reserveursachen, die dazu geführt hätten, dass der Geschädigte unabhängig von der ihm vom Schädiger zugefügten Verletzung kein oder ein geringeres Einkommen erzielt hätte. Dafür trägt freilich der Schädiger die Beweislast. Bei einer Krankheit wird dieser Beweis schwer zu erbringen sein, weil er darüber hinaus nachweisen muss, dass eine solche Krankheit in keinem Zusammenhang mit der von ihm zu verantwortenden Verletzung steht.¹⁵⁴⁴ Besser stehen die Chancen in Bezug auf den Einwand, dass die Widrigkeiten des Arbeitsmarktes dazu geführt hätten, dass der Geschädigte verletzungsunabhängig arbeitslos geworden wäre,¹⁵⁴⁵ wenn etwa ein ganzer Wirtschaftszweig wie der Bergbau stillgelegt wird;¹⁵⁴⁶ der Geschädigte kann freilich den Gegenbeweis führen, dass er davon nicht betroffen gewesen wäre oder als Gesunder auf dem Arbeitsmarkt wieder alsbald eine Stelle gefunden hätte.¹⁵⁴⁷ Bis zum 1.3.2011, dem Zeitpunkt der Aussetzung der Wehrpflicht, ist der Nachweis durch den Ersatzpflichtigen zu führen, dass der Geschädigte ohne Verletzung den Wehr- oder Ersatzdienst leisten hätte müssen, so dass er während dieses Zeitraums bloß ein geringes Einkommen erzielt hätte, während er infolge der Verletzung seine Ausbildung fortsetzen **bzw.** ein

¹⁵⁴²OLG Köln SP 2000, 229.

¹⁵⁴³Vgl. dazu OLG Hamm VersR 2000, 234: Verzicht auf naturwissenschaftliches Studium, weil sich der Geschädigte dazu verletzungsbedingt nicht in der Lage fühlte; dieses Gefühl wurde akzeptiert und nicht als Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht angesehen.

¹⁵⁴⁴OLG Hamm BeckRS 2005, 02606 = SVR 2006, 67 (*Luckey*); *Medicus* DAR 1994, 442 (448).

¹⁵⁴⁵*Küppersbusch/Höher* Rn. 178.

¹⁵⁴⁶*Freymann* VGT 2013, 21 (38).

¹⁵⁴⁷*Freymann* VGT 2013, 21 (36): Arbeitsmarktentwicklung und Konjunktorentwicklung in der Praxis weniger bedeutsam, als man vermuten wollte.

Erwerbseinkommen erzielen konnte.¹⁵⁴⁸ Schließlich sind solche ersparten Aufwendungen als Vorteile anspruchsmindernd in Anschlag zu bringen, die bei Nichtausübung der Erwerbstätigkeit nicht anfallen, wie etwa ein zweiter Wohnsitz, Fahrtkosten, Berufskleidung und dergleichen.¹⁵⁴⁹

D. Die vermehrten Bedürfnisse¹⁵⁵⁰

I. Rechtstatsächliche Bedeutung

229

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse		ff.

Die Fixierung der meisten Verletzten auf das Schmerzensgeld wurde beim Erwerbsschaden in → [Rn. 37](#) bereits erwähnt.¹⁵⁵¹ Bei schwer- und schwerstverletzten Geschädigten machen dem gegenüber die Kosten für vermehrte Bedürfnisse, namentlich für Pflegekosten, zwischen 40 und 60 % der zu regulierenden Schadensaufwendungen aus – und das mit stark steigender Tendenz.¹⁵⁵² Namentlich bei jungen Verletzten kommen Schäden, die über die Mindestdeckungssumme in der Kfz-Haftpflichtversicherung von 15 Mio. EUR hinausreichen, auch in Deutschland vor.¹⁵⁵³ Bei einer ambulanten Maximalversorgung durch Pflegedienste geht es um eine Größenordnung von 45.000–60.000 EUR pro Monat.¹⁵⁵⁴ Selbst durch die Einführung der Pflegeversicherung wird bei schweren und schwersten Verletzungen durch deren Leistungen nur ein Bruchteil des konkreten Schadens abgedeckt.¹⁵⁵⁵ Das Gutachten zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit gemäß SGB XI deckt lediglich einen Ausschnitt der zu ersetzenden vermehrten Bedürfnisse ab.¹⁵⁵⁶ Zutreffend ist die Einschätzung von [Zoll](#),¹⁵⁵⁷ dass ein

¹⁵⁴⁸ OLG Köln VersR 1998, 507: 13,50 DM pro Tag für die ersten drei Monate, 4,15 DM pro Tag in den neun Folgemonaten sowie den Wert der Verpflegung von 336 DM pro Monat; OLG Hamm VersR 2000, 234; [Küppersbusch/Höher](#) Rn. 177; [Bamberger/Roth/Spindler \(52. Edition\)](#) § 843 [Rn. 12](#); van Bühren/Lemcke/Jahnke/[Jahnke](#) Teil 4 [Rn. 1112](#).

¹⁵⁴⁹ [Küppersbusch/Höher](#) Rn. 176.

¹⁵⁵⁰ Umfassend dazu [Ch. Huber](#), *Fragen der Schadensberechnung*² (2005), S. 309 [ff.](#); [Drees](#) VersR 1988, 874 ff.

¹⁵⁵¹ Zur untergeordneten Bedeutung des Schmerzensgeldes [Zoll](#) in FS L. Jaeger (2014), 473.

¹⁵⁵² [Ch. Huber](#) in FS G. Müller (2009), 35 (36); [Hoffmann](#) zfs 2007, 428.

¹⁵⁵³ [Werwigk](#), 56. VGT 2018, 283 (284).

¹⁵⁵⁴ [Hoffmann](#) zfs 2007, 428.

¹⁵⁵⁵ [Ch. Huber](#) in FS G. Müller (2009), 35 (36) mit Hinweis auf OGH ZVR 2007/124 ([Ch. Huber](#)): Relation zwischen Rente der Sozialversicherung und Schadensersatz 1:10.

¹⁵⁵⁶ [Beißwenger/L. Quirnbach](#) zfs 2017, 64 ff. mit zahlreichen Beispielen.

¹⁵⁵⁷ [Zoll](#) in FS L. Jaeger (2014), 473 (483): „Insoweit sollte ein Umdenken einsetzen.“

angemessener Ausgleich über jeweils konkrete vermehrte Bedürfnisse besser erreicht werden kann als über die Globalgröße Schmerzensgeld.¹⁵⁵⁸

II. Zielsetzung des Anspruchs

230

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	vermehrte Bedürfnisse	ff.

Durch die Zubilligung eines Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse soll der Geschädigte in die Lage versetzt werden, in seiner privaten Lebensführung annäherungsweise einen solchen Zustand herzustellen, als ob er nicht verletzt worden wäre,¹⁵⁵⁹ was beinhaltet, sein gewohntes Leben trotz erlittener dauerhafter Beeinträchtigungen möglichst weitgehend aufrecht zu erhalten, im Klartext in seiner häuslichen Umgebung zu verbleiben und sich nicht in eine stationäre Einrichtung verweisen lassen.¹⁵⁶⁰

230a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es geht um eine **bestmögliche Annäherung**; eine vollständige Wiederherstellung kommt bei schweren Verletzungen ohnehin nicht in Betracht.¹⁵⁶¹ Zu Recht betont *Werwigk*¹⁵⁶² das Integritätsinteresse des Geschädigten sowie sein Dispositionsrecht. Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse ist komplementär zu den Heilungskosten und zum Erwerbsschaden:¹⁵⁶³ Der Begriff „vermehrte“ Bedürfnisse bringt zum Ausdruck, dass es nicht um den Ersatz allgemeiner Lebenshaltungskosten geht, die auch bei einem Gesunden anfallen. Eine vollständige Wiederherstellung gelingt nicht bei allen Dauerschäden.¹⁵⁶⁴ Weder ist bloß auf den Zustand unmittelbar vor der Verletzung abzustellen,¹⁵⁶⁵ noch geht es um die Ausgrenzung der

¹⁵⁵⁸ Das Problem bloß beschreibend *Höke*, 56. VGT 2018, 265: Eine genaue Abgrenzung der §§ 249, 253 und 843 ist „bis heute nicht gelungen“.

¹⁵⁵⁹ *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (38); *ders.* in FS G: Müller (2009), 35 (39).

¹⁵⁶⁰ BGH NJW 2019, 362 (*Filthaut*) = ZVR 2019/102 (*Ch. Huber*) = HAVE 2018, 61 (*Ch. Huber*).

¹⁵⁶¹ *Höke*, 56. VGT 2018, 265; *Vöcking*, 56. VGT 2018, 277, 280; *Scholten* DAR 2016, 631 (632).

¹⁵⁶² *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (286).

¹⁵⁶³ *Zoll* NJW 2014, 967 (968).

¹⁵⁶⁴ *Zoll* NJW 2014, 967.

¹⁵⁶⁵ So zu Unrecht OLG Koblenz VersR 2013, 725 (*Luckey*) = *Wenker* jurisPR-VerkR 2/2012 Anm. 3; kritisch zu Recht *Luckey*, Personenschaden, *Rn.* 1004; *Zoll* NJW 2014, 967 (972); *ders.* in FS L. Jaeger (2014), 473 (478 ff.).

„persönlichen Freizeitgestaltung“, die nur im Rahmen des Schmerzensgeldes ersatzfähig sein soll.¹⁵⁶⁶ *Zoll*¹⁵⁶⁷ drückt das prägnant so aus, dass „bis zur Grenze der völligen finanziellen Unvernunft eine Wiederherstellung Vorrang haben (sollte) vor einer Verschiebung der Schadensfolge in den immateriellen Bereich.“¹⁵⁶⁸ Auch das Interesse der Haftpflichtversicherer, den Schadensakt irgendwann zu schließen und deshalb bloß auf die Verhältnisse bei der Verletzung abzustellen, muss bei schweren Verletzungsfolgen zurücktreten.¹⁵⁶⁹ Dem eigentlichen Anliegen nach geht es um eine möglichst weitgehende Annäherung, nicht bloß um eine Minimalversorgung.¹⁵⁷⁰ Bei den einzelnen Ausprägungen des Anspruchs wird das nach der Judikatur in unterschiedlich weit reichendem Maß verwirklicht. Anerkannt ist dabei, dass auch ideelle Momente wie der Kontakt zur Öffentlichkeit¹⁵⁷¹ und zur Familie,¹⁵⁷² der Verbleib in der vertrauten Umgebung sowie beim vertrauten Therapeuten,¹⁵⁷³ die Kontinuität der Lebensführung¹⁵⁷⁴ sowie der Bezug zu einer Vertrauensperson¹⁵⁷⁵ für das Ausmaß der ersatzfähigen Kosten bei der gewählten Abhilfemaßnahme bedeutsam sein können. Je nachdem, ob auf die Respektierung der vom Verletzten oder dessen Sorgepflichtigen gewählten Maßnahme¹⁵⁷⁶ oder die eines verständigen Geschädigten in der konkreten Situation des Verletzten¹⁵⁷⁷ abgestellt wird, sind die tatsächlichen Kosten ersatzfähig, ein reduzierter Betrag oder gar nichts.

231

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Dieser Anspruch ist abzugrenzen gegenüber den Heilungskosten, dem Erwerbsschaden und dem Schmerzensgeld. Die Heilungskosten zeichnen sich dadurch aus, dass eine Verbesserung des verletzungsbedingten Zustands möglich ist, sie somit vorübergehend anfallen, während der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse die darauf folgende Phase erfasst, in der eine weitere

¹⁵⁶⁶ So zu Unrecht OLG Koblenz VersR 2013, 725 (mit zu Recht kritischer Anm. *Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerKR 2/2012 Anm. 3; kritische auch *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (272 f.).

¹⁵⁶⁷ In FS L. Jaeger (2014), 473 (474).

¹⁵⁶⁸ So auch *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (273).

¹⁵⁶⁹ *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (480).

¹⁵⁷⁰ OLG Köln VersR 1988, 61.

¹⁵⁷¹ OLG Köln VersR 1988, 61.

¹⁵⁷² OLG Frankfurt / M. VersR 1990, 912.

¹⁵⁷³ LG Bochum BeckRS 2012, 16390.

¹⁵⁷⁴ OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.

¹⁵⁷⁵ OLG Nürnberg VersR 1986, 173.

¹⁵⁷⁶ OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.

¹⁵⁷⁷ BGH NJW 1999, 2819.

Heilung nicht mehr möglich ist und er somit längerfristig anfällt.¹⁵⁷⁸ Die typische Form der Ersatzleistung ist bei den Heilungskosten ein Vorschuss oder ein Kapitalbetrag, bei den vermehrten Bedürfnissen jedoch eine Rente.¹⁵⁷⁹ *Zoll*¹⁵⁸⁰ zählt Kosten der langfristigen Linderung (welcher Zeithorizont ist maßgeblich?)¹⁵⁸¹ zu den vermehrten Bedürfnissen; man könnte mit einiger Berechtigung Maßnahmen der Verhinderung der Verschlechterung eines status quo aber auch zu den Heilungskosten zählen.¹⁵⁸² Insoweit lässt sich eine gewisse Unschärfe der Begriffe nicht ganz vermeiden. Eine **Abgrenzung** zwischen diesen beiden Anspruchskategorien ist im Hinblick auf die Rechtsfolgen geboten, weil nach hM die vermehrten Bedürfnisse unabhängig von der Deckung des Bedarfs ersatzfähig sein sollen, während das bei den Heilungskosten nicht der Fall ist.¹⁵⁸³ Der Erwerbsschaden betrifft die berufliche Tätigkeit sowie die Hausarbeit für andere; bei den vermehrten Bedürfnissen geht es um die private Lebensführung unter Einschluss der Hausarbeit für sich selbst. Eine Unterscheidung zwischen dem Erwerbsschaden und den vermehrten Bedürfnissen ist erforderlich, weil die Erwerbsschadensrente – für die berufliche Erwerbsarbeit, nicht die Hausarbeit für andere – der Einkommensteuerpflicht unterliegt, während das bei einer Mehrbedarfsrente nicht der Fall ist;¹⁵⁸⁴ es handelt sich um „durchlaufendes Geld“.¹⁵⁸⁵ Auch die Befristung unterscheidet sich. Darüber hinaus erfolgt eine unterschiedliche Beurteilung der sachlichen Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen, je nachdem, ob die eine oder andere Anspruchskategorie gegeben ist. Zudem hängt von der Sensibilität der Differenzierung die Ersatzfähigkeit ab.¹⁵⁸⁶ Das Verhältnis zum Schmerzensgeld ist deshalb zu klären, weil im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse konkrete Aufwendungen – zumeist in vollem Umfang – ersatzfähig sind, während die ohne solche Deckung korrespondierenden Unlustgefühle im Pauschalbetrag des Schmerzensgeldes untergehen, was dazu führt, dass sie bloß zu einem

¹⁵⁷⁸ *Luckey*, Personenschaden, [Rn.](#) 958.

¹⁵⁷⁹ Auf diese Unterscheidung hinweisend BGH NJW 2019, 362 (*Filthaut*) = ZVR 2019/102 (*Ch. Huber*) = HAVE 2018, 61 (*Ch. Huber*).

¹⁵⁸⁰ *Zoll* NJW 2014, 967 (969).

¹⁵⁸¹ Dazu LG Bochum BeckRS 2012, 16390: Wahrscheinlicher Dauerzustand, weitere Verbesserungen aber angesichts des jungen Alters der Klägerin nicht völlig ausgeschlossen.

¹⁵⁸² Zur Grenzwertigkeit der Argumentation OLG Stuttgart BeckRS 2012, 09676 = zfs 2012, 198 (*Diehl*): Rollstuhlzuggerät unter dem Aspekt der gelenkschonenden Mobilität zur Erhaltung der Gesundheit lebensnotwendig; zur Mobilitätsförderung sowie zur Rehabilitation, die auf selbstbestimmtes Handeln ausgerichtet sind, förderlich. Trotz der dynamischen Komponente Qualifizierung als vermehrte Bedürfnisse. LG Bochum BeckRS 2012, 16390: Bei unzureichender Behandlung droht deutliche Zustandsverschlechterung.

¹⁵⁸³ MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 [Rn.](#) 64.

¹⁵⁸⁴ BFHE 176, 402; BFHE 175, 439 = NJW 1995, 1238; dazu *Gschwendtner* DStZ 1995, 130 [f.](#); MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 [Rn.](#) 62.

¹⁵⁸⁵ *Dabitz* zfs 2016, 364.

¹⁵⁸⁶ BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 [ff.](#): Bei Abstellen auf die Beseitigung des Mobilitätsdefizits kein Ersatz für eine behindertengerechte Ausgestaltung des Motorrades bei Vorhandensein eines behindertengerechten Erstfahrzeugs; anders bei Abstellen auf die Lust am Motorradfahren wie bisher.

Bruchteil oder gar nicht abgegolten werden.¹⁵⁸⁷ Kann durch einen Kapitalbetrag ein konkreter Bedarf gedeckt werden, wie beim Mehrbedarf von Fahrzeug oder Wohnsitz, gebührt unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes ein Kapitalbetrag und keine Rente.¹⁵⁸⁸ Die Abgrenzung der vermehrten Bedürfnisse zu Heilungskosten und Erwerbsschaden ist auch bedeutsam bei der Ausklammerung bestimmter Schadenskategorien bei einem Abfindungsvergleich, Näheres → [Rn. 305](#).

III. Ausprägungen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse

232

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die vermehrten Bedürfnisse lassen sich drei großen Gruppen zuordnen, nämlich sachliche Hilfsmittel, Dienstleistungen und Vermögensfolgeschäden.¹⁵⁸⁹ Auch wenn eine abschließende Aufzählung an dieser Stelle unterbleibt, soll auf besonders wichtige Konstellationen hingewiesen werden:

233

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse	Hilfsmittel	

Bei den sachlichen **Hilfsmitteln** dominieren Aufwendungen zur behinderungsgerechten Ausgestaltung des Wohnsitzes [bzw.](#) des Fahrzeugs. Bei diesen besteht auch ein Vorschussanspruch.¹⁵⁹⁰ Eine Kostenübernahme- bzw. eine Freistellungserklärung der Haftpflichtversicherung¹⁵⁹¹ sind mE dem gleichwertig. Darüber hinaus geht es um Kommunikationshilfen, vom Computer bis zum Blindenhund, vermehrten Kleiderverschleiß,¹⁵⁹² einen Rollstuhl samt Rollstuhlzuggerät,¹⁵⁹³ Möbelmehrverschleiß bei einer Rollstuhlfahrerin,¹⁵⁹⁴

¹⁵⁸⁷ BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz [Ch. Huber](#) NZV 2005, 620 [ff.](#): Versagung der Kosten für die behindertengerechte Ausstattung eines Motorrads wegen des vorangehenden Zuspruchs von Schmerzensgeld.

¹⁵⁸⁸ [Ch. Huber](#) NZV 2005, 620.

¹⁵⁸⁹ [Greger/Zwickel](#), § 29 [Rn. 40 ff.](#); van Bühren/Lemcke/Jahnke/[Jahnke](#) Teil 4 [Rn. 577](#); [Pardey](#) [Rn. 1830](#).

¹⁵⁹⁰ [Höher](#) SVR 2018, 23 (26); [Höke](#), 56. VGT 2018, 265 (273 ff.).

¹⁵⁹¹ Diesen Weg bevorzugend [Werwigk](#), 56. VGT 2018, 283 (289).

¹⁵⁹² BGH NJW-RR 1992, 792; OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 ([Ch. Huber](#)) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 ([Wenker](#)): 25 EUR pro Monat bei 18-jähriger Querschnittgelähmter; aA OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 ([Ch. Huber](#)) = jurisPR-Verkr 16/2019 Anm. 3 ([Wenker](#)): Verrechnung mit geringerem Kleiderverschleiß bei Aktivität.

¹⁵⁹³ OLG Stuttgart BeckRS 2012, 09676 = zfs 2012, 198 ([Diehl](#)).

orthopädische und technische Hilfsmittel wie künstliche Gliedmaßen und Spezialschuhe, Mehrkosten für Diät,¹⁵⁹⁵ von der gesetzlichen Krankenversicherung nicht getragene Medikamente¹⁵⁹⁶ oder Therapiekosten für Muskelentspannung¹⁵⁹⁷ und sowie Behandlungen, auch wenn sie von der Schulmedizin nicht anerkannt sind, bei denen aber bei objektiver Betrachtung die realistische Chance eines Behandlungserfolgs besteht.¹⁵⁹⁸ Warum Kosten einer privatärztlichen Behandlung nur nach dem sonstigen Zuschnitt des Verletzten oder nachgewiesener medizinischer Indikation ersatzfähig sein sollen,¹⁵⁹⁹ ist abzulehnen. Der Arzt bekommt von einem Privatpatienten ein deutlich höheres Honorar und kann sich dementsprechend mehr Zeit nehmen; auch entspricht es der Realität in Deutschland, dass Privatpatienten – wohl deshalb – zeitnäher behandelt werden. Ein Verweis auf die Verhaltensweise, wie sich der Verletzte verhalten hätte bei Selbsttragung des Schadens, ist daher unangebracht. Das OLG Hamm¹⁶⁰⁰ hat die (Mehr-)Kosten für das Ausführen eines Hundes als nicht ersatzfähig angesehen, weil die Anschaffung erst nach dem Unfall erfolgte und medizinisch nicht indiziert war. Weder auf das eine noch auf das andere kann es indes ankommen. In menschenverachtender und an Sarkasmus grenzender Weise hat das OLG Celle¹⁶⁰¹ Heizungsmehrkosten einer Rollstuhlfahrerin, die wegen geringerer Bewegung angefallen sind, mit dem Hinweis abgelehnt, dass ein Ausgleich durch wärmere Kleidung zumutbar sei. Im Krankenhaus fallen Mehrkosten wegen eines Fernsehers oder Telefons an.¹⁶⁰² Zu betonen ist dabei, dass es stets nur um den Ersatz der Mehrkosten gegenüber dem Zustand ohne Verletzung geht. Wer ohnehin schon über eine Wohnung im Erdgeschoss verfügt bzw. ein Fahrzeug, bei dem kann es bloß um die Kosten für die behindertengerechte Adaptierung gehen. Wer hingegen wegen der Behinderung einen neuen Wohnsitz benötigt, weil seine Wohnung sich im 5. Stock ohne Aufzug befand, oder ein Fahrzeug anschaffen muss, weil er bisher keines hatte und ohne Verletzung auch keines angeschafft hätte, bei dem sind auch diese Kosten, jedenfalls zum Teil, zu ersetzen.¹⁶⁰³ Bei der infolge einer Gewichtszunahme um 25 kg indizierten

¹⁵⁹⁴ OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*).

¹⁵⁹⁵ BGH NJW-RR 1992, 792; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 *Rn.* 70.

¹⁵⁹⁶ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283: Augensalbe Coliquifilm.

¹⁵⁹⁷ OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-Verkr 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁵⁹⁸ LG Bochum BeckRS 2012, 16390; *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (287).

¹⁵⁹⁹ So *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (287).

¹⁶⁰⁰ OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*).

¹⁶⁰¹ OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-Verkr 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁶⁰² *H. Lang*, jurisPR-Verkr 2/2009 Anm. 2; aA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 *Rn.* 112 mit der unzutreffenden Begründung, dass Unterhaltung nicht geschuldet sei. Bei den vermehrten Bedürfnissen geht es aber gerade um die Mehrkosten der bisherigen Lebensführung unter Einschluss der Freizeitgestaltung.

¹⁶⁰³ OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407: Ersatz der Kosten an einen schwer verletzten Studenten, der sonst in dieser Phase kein Fahrzeug angeschafft hätte.

Anschaffung neuer Kleidung hat das OLG Düsseldorf¹⁶⁰⁴ bloß 10 % der Kosten für ersatzfähig angesehen, weil eine Ersatzbeschaffung früher oder später ohnehin erfolgt wäre und der Verletzte keine Angaben zum Alter seiner Kleidung gemacht hat. Bei entsprechender Darlegung hätte der Anspruch viel höher ausfallen müssen, entstehen doch Anschaffungskosten in erheblichem Maß, während der Veräußerungserlös der bisherigen Kleidung gegen Null konvergieren wird. Das OLG Zweibrücken¹⁶⁰⁵ hat ca 45 % der Anschaffungskosten einer rollstuhlgerechten Kleidung zuerkannt und dabei den höheren Verschleiß solcher Kleidung berücksichtigt. Gerade in diesem Zusammenhang sei auf den Appell von *Zoll*¹⁶⁰⁶ verwiesen, dass es extrem persönlichkeitsverletzend sein kann,¹⁶⁰⁷ um Kleinpositionen zu streiten. *Höke*¹⁶⁰⁸ verweist zu Recht darauf, dass eine gewisse Großzügigkeit für das Regulierungsklima förderlich sei, was auch dem Haftpflichtversicherer schlussendlich zugutekomme.

234

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu den vermehrten Bedürfnissen zählen auch Kosten einer **In-vitro-Fertilisation** eines durch einen Unfall zeugungsunfähig gewordenen Mannes unter Einschluss der Kosten des Eingriffs bei der Partnerin,¹⁶⁰⁹ wobei es nicht darauf ankommt, ob der Verletzte mit der Partnerin verheiratet ist.¹⁶¹⁰ Bei den Kosten bei der Partnerin handelt es sich um keinen Drittschaden, weil erst durch das kombinierte Behandlungspaket die Zeugungsunfähigkeit des Verletzten gemildert wird. Strittig ist dabei, ob es sich nicht doch um Heilungskosten handelt.¹⁶¹¹ In concreto hat das OLG Stuttgart eine Qualifikation als Heilungskosten vorgenommen, weil bei einer Qualifizierung als vermehrte Bedürfnisse der geschlossene Vergleich einem Zuspruch entgegengestanden wäre. Mit *Zoll*¹⁶¹² halte ich eine Einordnung unter die vermehrten Bedürfnisse für mindestens ebenso überzeugend.

¹⁶⁰⁴OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 816.

¹⁶⁰⁵OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.

¹⁶⁰⁶*Zoll* NJW 2014, 967 (973). Prototypisch dafür OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283: Zuzahlung für die Augensalbe Coliquifilm für die Jahre 2006 und 2007 in Höhe von 54 EUR.

¹⁶⁰⁷ So auch *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (274): Geschädigter soll nicht zum Bittsteller werden, Zermürbung durch Gefühl der Erniedrigung und der Ohnmacht.

¹⁶⁰⁸ *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (268).

¹⁶⁰⁹Für eine Qualifikation als Heilungskosten *Diehl* zfs 2012, 203. Im konkreten Fall war der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse durch einen vorangehenden Abfindungsvergleich ausgeschlossen gewesen.

¹⁶¹⁰OLG Stuttgart BeckRS 2012, 09676 = zfs 2012, 198 (*Diehl*): Nur bei einer In-vitro-Fertilisation der Ehepartnerin Übernahme der Kosten durch die gesetzliche Krankenkasse. Einmal mehr eine Belegstelle, dass das Schadensrecht auch Schäden ausgleicht, die nach Sozialversicherungsrecht nicht ersatzfähig sind.

¹⁶¹¹*Zoll* NJW 2014, 967 (969).

¹⁶¹²*Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (482).

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse	Dienstleistungen	f.

Bei den **Dienstleistungen** geht es nach hM zunächst einmal um die Führung des eigenen Haushalts unter Einschluss der Kosten für die Wagenpflege und dessen Reparaturen.¹⁶¹³ Darüber hinaus zählen dazu jene Pflegedienstleistungen, die den Verletzten in die Lage versetzen, diejenigen Tätigkeiten auszuüben, für die ein Gesunder niemals eine Hilfsperson in Anspruch nehmen würde. Es geht dabei um das An- und Auskleiden, das Einnehmen der Nahrung, Hilfen beim Stoffwechsel, die Körperpflege und dergleichen. In Betracht kommt dafür das „Arbeitgebermodell“, nach dem der Verletzte selbst Pflegekräfte anstellt, was ihm einen besseren Einfluss auf die Auswahl sichert.¹⁶¹⁴ Sofern Angehörige eben solche Leistungen erbringen, ist nicht einzusehen, warum nicht auch diese behandelt werden sollen. Dann wäre der Streit, ob die familiäre Betreuungsperson, die ihre berufliche Erwerbstätigkeit aufgibt, nicht wenigstens die Mittel für die Aufrechterhaltung ihrer Altersversorgung verlangen kann.¹⁶¹⁵

235a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Vorteil liegt darin, dass die Beschränkung auf den Nettolohn vom Tisch ist. Auch Begleitkosten zu stationären Aufenthalten sowie die Beaufsichtigung während der Wartezeiten dort gehören dazu.¹⁶¹⁶ Darüber hinaus geht es um Maßnahmen zur Fithaltung des Körpers wie Massagen, Krankengymnastik, Mehrkosten für den Besuch eines Schwimmbades¹⁶¹⁷ bis hin zu Kuren. Über den rein körperlichen Bereich hinaus geht es um die Kontaktnahme zur Öffentlichkeit¹⁶¹⁸ sowie die Wahrnehmung von Rechts- und Vermögensangelegenheiten. Jeweils hat der Ersatzpflichtige den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist, mag die Belastung auch höher sein, weil der Verletzte schadensunabhängig Übergewichtig ist.¹⁶¹⁹ Der Geschädigte hat jeweils die Verrichtungen zu schildern, bei denen er einer Hilfe bedarf.¹⁶²⁰

¹⁶¹³BGH NJW-RR 1992, 792.

¹⁶¹⁴*Höher* SVR 2018, 23 (24).

¹⁶¹⁵Ablehnend LG Münster BeckRS 2019, 9065 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 184 (*Ch. Huber*) mit dem zynischen Hinweis des Gerichts, dass die Aufgabe der beruflichen Tätigkeit eine „letztlich freiwillige und selbstbestimmte Entscheidung“ gewesen sei.

¹⁶¹⁶OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513.

¹⁶¹⁷OLG Hamm VersR 2000, 234.

¹⁶¹⁸LG Bochum BeckRS 2012, 16390: Organisation von individuellen Außenkontakten.

¹⁶¹⁹OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 816; OLG Oldenburg VersR 1998, 1380.

¹⁶²⁰*Luckey*, Personenschaden Rn. 960. Zur vergleichbaren Darlegungslast beim Haushaltsführerschaden, bei dem immerhin eine Bezugnahme auf Tabellen in Betracht kommt, oben Rn. 192.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse	Versicherungen	

Prototypisches Beispiel für Vermögensfolgeschäden sind höhere Aufwendungen für den Abschluss von **Versicherungen**, wie das namentlich bei einer privaten Krankenversicherung,¹⁶²¹ einer Krankengeldtagegeld-¹⁶²² und einer Risikolebensversicherung¹⁶²³ der Fall ist. Ist das Ablebens- bzw. Erkrankungsrisiko verletzungsbedingt höher, steigt die Prämie der jeweiligen Versicherung. Soweit es sich dabei um Versicherungen im Rahmen der privaten Lebensführung handelt, liegen vermehrte Bedürfnisse vor. Soweit es um den Abschluss einer Versicherung geht, die normalerweise Teil des Erwerbseinkommens ist, wie das bei der Krankenversicherung gegeben ist,¹⁶²⁴ zählen die diesbezüglichen Mehrkosten bei einem im beruflichen Erwerbsleben stehenden Verletzten zum Erwerbsschaden.¹⁶²⁵ Ungeachtet dieser Einordnung sind diesbezügliche Mehrkosten isoliert ersatzfähig, was vor allem dann bedeutsam ist, wenn der Verletzte, weil er nach der Verletzung einen Beruf mit einer höheren Dotierung ergriffen hat, keinen sonstigen Verdienstentgang erleidet. Ersatzfähig sind darüber hinaus Kosten für die Betrauung eines Anwalts, soweit sie erforderlich waren. Das umfasst auch Ansprüche gegen den eigenen Versicherer. Bei einer Kaskoversicherung ist das jedenfalls insoweit gegeben, als Deckungsgleichheit mit dem Schaden gegeben ist,¹⁶²⁶ nicht aber über die Quote, für die der Haftpflichtversicherer einzustehen hat, hinaus.¹⁶²⁷ Sofern bei Inanspruchnahme des eigenen Versicherers für den Geschädigten keine Nachteile verbunden sind, zB in Form eines Rückstufungsschadens bei der Kaskoversicherung, ist die Ersatzfähigkeit von Rechtsverfolgungskosten von der Erforderlichkeit abhängig. Bei einer schlichten Schadensmeldung wird das im Zweifel nicht gegeben sein, mag dabei auch eine Aufklärung über mögliche weitere Nachteile wie zB die Gefahr der Kündigung des Versicherungsvertrags zu beachten sein. Bei einer Summenversicherung, häufig einer privaten Unfallversicherung ist die Erforderlichkeit unabhängig von der Deckungsgleichheit gegeben, wenn der Geschädigte infolge seiner schweren Verletzung und dem damit verbundenen stationären Krankenhausaufenthalt nicht in der Lage ist, sich selbst um die Geltendmachung und Wahrung seiner Ansprüche zu kümmern.¹⁶²⁸ Wenn der Verletzte im Koma liegt und seine Ehefrau zur Betreuerin bestellt worden

¹⁶²¹ OLG Hamm NJW-RR 2006, 1537: Ablehnung des Abschlusses durch die Versicherung wegen eines Gebrechens bei Geburt. Ersatzfähig Mehrkosten der privatärztlichen Behandlung abzüglich der ersparten Versicherungsprämien, da dies dem Lebensstandard der Familie entsprach.

¹⁶²² BGH NJW 1984, 2627.

¹⁶²³ OLG Karlsruhe VersR 1996, 864; OLG München NJW 1974, 1203.

¹⁶²⁴ OLG Karlsruhe VersR 1994, 1250.

¹⁶²⁵ Generell zum Erwerbsschaden zählend BGH NJW 1984, 2627.

¹⁶²⁶ BGH NJW 2004, 1943.

¹⁶²⁷ BGH NJW 2017, 3527 (*Franzke*); generell für die Kaskoversicherung ablehnend OLG Saarbrücken NJW-RR 2018, 1516.

¹⁶²⁸ BGH NJW 2006, 1065; ablehnend aber OLG Saarbrücken NJW-RR 2018, 1516: Zumutbarkeit der Anmeldung des Anspruchs durch Ausfüllen eines Fragebogens bei einem Beinverletzten.

ist, ist auf deren Verhältnisse abzustellen. Im Zweifel wird für die schlichte Schadensmeldung keine anwaltliche Hilfe erforderlich sein.¹⁶²⁹

Bei einer Rechtsschutzversicherung sollen die Anwaltskosten für die Einholung einer Deckungszusage nach Ansicht des OLG Celle nicht ersatzfähig sein.¹⁶³⁰ Es sprechen mE gute Gründe dafür, die Ersatzfähigkeit nach den gleichen Grundsätzen wie bei einer privaten Unfallversicherung zu bejahen.¹⁶³¹ So großzügig die Ersatzfähigkeit bei Einschreiten eines Anwalts bejaht wird, so engherzig ist die Ersatzfähigkeit des Zeitaufwands bei Tätigwerden der Eltern als Sachwalter für das schwerverletzte Kind.¹⁶³² Begründet wird das zu Unrecht mit § 1836 Abs. 3. Insoweit hätte eine normative Korrektur über § 843 Abs. 4 zu erfolgen, weil die familienrechtliche Lastenverteilung nicht – stets – Maßstab für die Versagung von Ersatz im Schadensrecht ist.

IV. Ersatzanspruch unabhängig von der widmungsgemäßen Verwendung

237

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse soll sich dadurch auszeichnen, dass er unabhängig von der Deckung des Bedarfs entsteht und auch in Bezug auf seine Höhe davon unabhängig sein soll,¹⁶³³ wofür sogar der Wortlaut bemüht wird,¹⁶³⁴ während das bei den Heilungskosten anders sein soll.¹⁶³⁵ Eine nähere Analyse der Rechtsprechung ergibt indes, dass dieser Befund unzutreffend ist: Es gibt zahlreiche vermehrte Bedürfnisse, die nur bei entsprechenden Dispositionen bzw. widmungsgemäßer Verwendung ersatzfähig sind. Wer keine Risikolebensversicherung abschließt, kann die verletzungsbedingten Mehrkosten der Prämie nicht verlangen, weil bei ihm kein solcher Mehrbedarf entstanden ist.¹⁶³⁶ Selbst wenn der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse unabhängig von der Deckung des Bedarfs dem Grunde nach gegeben sein sollte, hat die Art der Bedarfsdeckung erheblichen Einfluss auf den Umfang des Ersatzanspruchs. Wer eine Pflegekraft einstellt, kann die Bruttokosten ersetzt verlangen,¹⁶³⁷

¹⁶²⁹ BGH VersR 2020, 987.

¹⁶³⁰ OLG Celle jurisPR-VerkR 3/2011 Anm. 3 *Revilla*.

¹⁶³¹ Kritisch auch *Revilla*, jurisPR-VerkR 3/2011 Anm. 3.

¹⁶³² Abgelehnt von OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.

¹⁶³³ *Pardey* Rn. 480; Jauernig¹⁷//*Teichmann* § 843 Rn. 2; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 60; *Filthaut* NJW 2019, 364 (365).

¹⁶³⁴ *Staudinger/Vieweg* (2015) § 843 Rn. 10, 27.

¹⁶³⁵ *Luckey*, Personenschaden Rn. 957.

¹⁶³⁶ So auch für den Mehrbedarf bei Wohnraum *Pardey* Rn. 1968, 1870.

¹⁶³⁷ *Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke* Teil 4 Rn. 580.

wer sich selbst behilft oder wem Familienangehörige im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht behilflich sind, kann bloß die Nettokosten ersetzt verlangen.¹⁶³⁸

238

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der richtige Kern der generalisierenden Aussage dürfte sein, dass es sich – wie bei § 249 – um keinen Erstattungsanspruch für getätigte Aufwendungen handelt. Wie bei den Heilungskosten kann bei fester Absicht der demnächst bevorstehenden Durchführung der Maßnahme¹⁶³⁹ ein Vorschuss verlangt werden,¹⁶⁴⁰ und zwar unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Anspruchstellers. Darüber hinaus soll ein Unterbleiben einer Maßnahme wegen der nicht erfolgten Zahlung des Ersatzpflichtigen nicht dazu führen, dass dieser daraus einen Vorteil ziehen und endgültig entlastet werden soll.¹⁶⁴¹ Diese aus dem **Präventionsprinzip** ableitbare Rechtsfolge kann dann aber nicht auf den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse begrenzt werden. Bei der als Leitentscheidung stets zitierten Stärkungsmittelentscheidung¹⁶⁴² ging es der Sache nach denn auch um Heilungskosten: Ein Stärkungsmittel, dessen Verabreichung ex ante durchaus angezeigt war, dessen Einnahme aber nicht erfolgte, weil der Ersatzpflichtige die Zahlung verweigert und der Geschädigte es nicht auf eigene Kosten angeschafft hatte, konnte sein Ziel nicht mehr erreichen, weil der Verletzte auch ohne das Stärkungsmittel gerade so rasch gesund geworden ist wie bei dessen Einnahme. Während die Heilungskosten zumeist erfolgsbezogen und typischerweise nachholbar sind, geht es bei den vermehrten Bedürfnissen darum, dass der Verletzte infolge des Zahlungsverzugs und des Unterbleibens einer bestimmten Maßnahme eine bestimmte Lebensphase weniger angenehm verbringen kann, was gerade nicht nachholbar ist.

239

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Verzichtet der Geschädigte aber aus freien Stücken auf eine bestimmte Bedarfsdeckung, kann er den dafür erforderlichen Geldbetrag nicht abstrakt ersetzt verlangen. Davon zu unterscheiden ist, dass bei tatsächlicher Durchführung einer Maßnahme nicht stets ein rechnerischer Schaden in

¹⁶³⁸BGHZ 140, 39 = NJW 1999, 421 = LM § 843 BGB Nr. 58 (*Schiemann*); BGH NJW-RR 1992, 792; NJW-RR 1990, 962; NJW-RR 1990, 34; OLG Koblenz VersR 2002, 245; ausnahmsweise darüber hinausgehend BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; BGH NJW 1999, 421; dazu *Pardey* Rn. 1923.

¹⁶³⁹Zum bloßen Feststellungsbegehren bei weit in der Zukunft liegenden Maßnahmen OGH ZVR 2011/241 (*Ch. Huber*).

¹⁶⁴⁰Zutreffend *Zoll* NJW 2014, 967 (968); aA zu Unrecht OLG Köln BeckRS 2012, 06518.

¹⁶⁴¹BGH NJW-RR 1992, 792; KG VersR 1982, 978; Bamberger/Roth/*Spindler* § 843 Rn. 23; Soergel/*Beater* § 843 Rn. 6; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 582.

¹⁶⁴²BGH NJW 1958, 627. Diese zu Unrecht für sämtliche Fälle der vermehrten Bedürfnisse generalisierend *Luckey*, Personenschaden, Rn. 961.

Form eines Geldabflusses in einer bestimmten Höhe nachweisbar ist, so namentlich dann nicht, wenn Familienangehörige qua Unterhaltsrecht Leistungen erbringen, für die der Verletzte auch Marktleistungen in Anspruch nehmen könnte. Nach der Wertung des § 843 Abs. 4 soll es dadurch zu keiner Entlastung des Schädigers kommen; diese sind vielmehr marktkonform zu bewerten.¹⁶⁴³

V. Modalität der Abrechnung

240

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse	Abrechnung	

Für einen wiederkehrenden Bedarf ist eine **Rente** vorgesehen, die unpfändbar und steuerfrei ist.¹⁶⁴⁴ Entsprechend dem Postulat der subjektiv-konkreten Schadensberechnung ist die jeweils getroffene zumutbarerweise gewählte Gestaltung maßgeblich.¹⁶⁴⁵ Für die Vergangenheit ist darüber eine präzise Aussage möglich, nicht aber für die Zukunft. Entweder wird darüber vom Gericht oder bei der außergerichtlichen Regulierung von den Parteien eine Annahme getroffen; oder aber es wird im Rahmen einer fortlaufenden Pflegeschadensliquidierung ein Vorschuss geleistet und jeweils am Ende des Jahres erfolgt eine konkrete Abrechnung.¹⁶⁴⁶ Diese Art der Regulierung entspricht in hohem Maß der subjektiv-konkreten Schadensberechnung; erwähnt sei freilich, dass darin auch beträchtliches Streitpotenzial steckt.¹⁶⁴⁷ Entsprechendes gilt, wenn für einen Mehrbedarf ein Kapitalbetrag begehrt wird; der Ersatzbetrag kann dann bloß vorschussweise verlangt werden.¹⁶⁴⁸

VI. Zeitliche Befristung

241

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse	zeitliche Befristung	

¹⁶⁴³ Instruktiv OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*): Abgeltung der Tätigkeit des Angehörigen mit 8 EUR; Kosten des Pflegedienstes 57,50 EUR, somit mehr als das 7-fache!

¹⁶⁴⁴ *Luckey*, Personenschaden, Rn. 957.

¹⁶⁴⁵ LG Bochum BeckRS 2012, 16390: Abzustellen auf die üblichen Preise in Griechenland, weil die Verletzte dort lebt, nicht in Deutschland.

¹⁶⁴⁶ So im Sachverhalt der Entscheidung OLG Zweibrücken MedR 2008, 741 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.

¹⁶⁴⁷ *Ch. Huber* in FS G. Müller (2009), 35 (47 f.); *ders.* MedR 2008, 712 (713).

¹⁶⁴⁸ Dies verkennend BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.: Unbedingter Zuspruch der behindertengerechten Ausgestaltung des Zweitwohnsitzes ohne Nachweis der Durchführung einer solchen Maßnahme.

Werden durch die Verletzung vermehrte Bedürfnisse ausgelöst, sind diese typischerweise bis zum **Lebensende** gegeben,¹⁶⁴⁹ sofern ein Mehrbedarf auch unfallunabhängig eingetreten wäre, etwa die Unterbringung in einem Pflegeheim wegen fortgeschrittenen Alters, ist der Anspruch insoweit zu befristen, wofür freilich nach den Regeln der überholenden Kausalität den Schädiger die Beweislast trifft.¹⁶⁵⁰ Während der Erwerbsschaden, der auf die Abgeltung der Nachteile im beruflichen Erwerbsleben gerichtet ist, bis zum fiktiven Bezug einer Altersrente begrenzt ist, sind der Erwerbsschaden wegen Beeinträchtigung in der Haushaltsführung sowie der diesbezügliche Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse nicht wie der (berufliche) Erwerbsschaden bis zum (gesetzlichen) Renteneintrittsalter begrenzt.¹⁶⁵¹ Eine umfängliche Begrenzung ergibt sich allenfalls daraus, dass verletzungsunabhängig mit fortschreitendem Lebensalter die Kräfte nachgelassen hätten, so dass zB die Kausalität der Kosten für eine Ersatzkraft jedenfalls partiell zu verneinen ist. Soweit es dafür keinen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, trägt die Beweislast dafür der Ersatzpflichtige. War eine – 81 Jahre alte – Person bis zum Unfall rüstig und agil, ist anzunehmen, dass sie auch weiterhin ihren Haushalt allein bewältigt hätte.¹⁶⁵² Auch diese Rente sollte an einen Index gebunden werden, bei Dienstleistungen möglichst an den einer geeigneten Ersatzkraft; ein Verweis auf die Möglichkeit der Anpassung nach § 323 Abs. 3 ZPO¹⁶⁵³ benachteiligt den Anspruchsteller, weil einerseits eine Anpassung erst bei wesentlichen Änderungen in Betracht kommt, und andererseits auch dann nur für die Zukunft.

VII. Sachliche Mehraufwendungen

1. Verkehrsmittel

242

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	vermehrte Bedürfnisse	ff.
Vermehrte Bedürfnisse	Verkehrsmittel	f.

Da heute nahezu jeder (noch) über ein Fahrzeug verfügt,¹⁶⁵⁴ geht es kaum noch um die Anschaffungskosten eines Fahrzeugs.¹⁶⁵⁵ Ausnahmsweise ist das bei einem querschnittgelähmten Studenten so, der sich in dieser Phase kein Auto angeschafft hätte, verletzungsbedingt auf ein solches aber angewiesen ist.¹⁶⁵⁶ Entsprechendes gilt, wenn Eltern

¹⁶⁴⁹ Pardey Rn. 1842; Luckey, Personenschaden, Rn. 1009.

¹⁶⁵⁰ Quaisser NW-Spezial 2015, 265.

¹⁶⁵¹ MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 66; → Rn. 85 ff.

¹⁶⁵² OLG Hamm VRR 2007, 228 (Luckey).

¹⁶⁵³ So Luckey, Personenschaden, Rn. 1009.

¹⁶⁵⁴ In Großstädten ist – namentlich bei jüngeren Menschen – der Trend freilich rückläufig.

¹⁶⁵⁵ Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 597; solche zu Unrecht generell ablehnend Kreuter-Lange in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 120.

¹⁶⁵⁶ OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407.

eines schwerstbehinderten Kindes zwar ein Familienfahrzeug haben, aber ein besonders ausgestattetes Fahrzeug für Transporte des Schwerstverletzten erforderlich ist¹⁶⁵⁷ oder wenn der Ehemann das Auto für den Beruf benötigt und die querschnittgelähmte Ehefrau für ihre Mobilität darauf angewiesen ist.¹⁶⁵⁸ Letztlich geht es um eine Frage der Kausalität. Der Verletzte ist dabei berechtigt, ein Neufahrzeug anzuschaffen,¹⁶⁵⁹ weil die Sicherheit eine besondere Rolle spielt, was bei einem Fahrzeug, das älter als fünf Jahre ist, nicht mehr gegeben ist,¹⁶⁶⁰ zudem ist es bei längerer Nutzung die wirtschaftlichere Variante gegenüber einem Gebrauchtfahrzeug.¹⁶⁶¹ Ersatzfähig sind dabei auch die Betriebs- unter Einschluss der Benzinkosten¹⁶⁶² abzüglich der ersparten Kosten für ein öffentliches Verkehrsmittel.¹⁶⁶³ Ohne Anschaffung eines eigenen Kfz ist ersatzfähig das amtliche Kilometergeld,¹⁶⁶⁴ das auch die Abschreibung des Kfz beinhaltet (hoffentlich), nicht bloß die reinen Betriebskosten.¹⁶⁶⁵ Anders als im Sozialrecht (§ 53 Abs. 4 SGB IX) kommt es nicht auf die kürzeste Strecke an,¹⁶⁶⁶ sondern die tatsächlich zurückgelegten Kilometer, sofern den Verletzten kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht trifft, wofür der Schädiger beweispflichtig ist. Der Mehrbedarf liegt zumeist nur noch in der behindertengerechten Ausstattung des Fahrzeugs wie etwa einem Automatikgetriebe.¹⁶⁶⁷ Da solche Einbauten selten zu einer Wertsteigerung des Fahrzeugs führen, stellt sich auch kaum das Problem, dass durch den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse lediglich die Deckung eines zusätzlichen Bedarfs, aber kein Vermögenstransfer geschuldet ist. Zu bedenken gilt es, dass ein solcher Mehrbedarf bis zum Lebensende geschuldet ist, die Sonderausstattung des Fahrzeugs wie dieses selbst aber eine begrenzte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer hat. Daraus folgt, dass bei der jeweiligen Reinvestition die Mehrkosten abermals zu ersetzen sind,¹⁶⁶⁸ was durch einen Feststellungsantrag gesichert werden sollte, um bei einem solch vorhersehbaren Schaden einer späteren Verjährungseinrede zu begegnen.¹⁶⁶⁹ Neben solchen

¹⁶⁵⁷ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283: 32.000 EUR für einen Mercedes-Benz Viano in einer Langversion.

¹⁶⁵⁸ OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-VerKR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁶⁵⁹ Gegenteilig OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-VerKR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁶⁶⁰ OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407.

¹⁶⁶¹ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283.

¹⁶⁶² *Quaisser*, NW-Spezial 2015, 265.

¹⁶⁶³ OLG Brandenburg BeckRS 2010, 13987.

¹⁶⁶⁴ OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513: 0,30 EUR je km; ebenso LG Köln SP 2011, 16: Verweis auf den (damals) höheren Satz nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 JVEG.

¹⁶⁶⁵ So aber *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 Rn. 109.

¹⁶⁶⁶ So aber *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 Rn. 109.

¹⁶⁶⁷ BGH NJW-RR 1992, 792; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 71.

¹⁶⁶⁸ *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (271).

¹⁶⁶⁹ *Ch. Huber* NZV 2005, 620.

Anschaffungskosten kommen noch Betriebsmehrkosten dazu, wenn der Geschädigte verletzungsbedingt anstelle eines Großeinkaufs mehrere kleinere Einkäufe im Rahmen der Haushaltsführung tätigt¹⁶⁷⁰ oder nunmehr stärker auf das Auto angewiesen ist als früher, wobei allfällige Ersparnisse zu berücksichtigen sind.¹⁶⁷¹ Ist der Verletzte nicht in der Lage, selbst ein Kfz zu lenken, sind die Kosten eines Chauffeurs zu ersetzen. Wenn *Höke* darauf hinweist, dass Kosten als außergewöhnliche Belastungen nach §§ 33, 33b EStG steuerlich absetzbar sind, wird übersehen, dass für den Verletzten bei Ersatzfähigkeit durch den Ersatzpflichtigen keine Mehrkosten anfallen.

243

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Neben den Kosten für die behindertengerechte Ausgestaltung eines Fahrzeugs hat der BGH¹⁶⁷² – mE zu Unrecht und anders als in der Schloss-Entscheidung¹⁶⁷³ – die Kosten für eine behindertengerechte Ausstattung eines Motorrads versagt, obwohl der nunmehr Querschnittgelähmte vorgetragen hat, dass er vor dem Unfall sowohl einen Pkw als auch ein Motorrad benutzt hatte.¹⁶⁷⁴ Der BGH begründete dies damit, dass dadurch kein Mobilitätsgewinn eintrete und die entgangene Freude am Motorradfahren schon durch das Schmerzensgeld abgegolten sei. Unter den Mitgliedern des VI. Senats befand sich offenbar kein Easy Rider, so dass das Dahinbrausen mit einem Motorrad als besonderes Glücksgefühl nicht nachvollziehbar war.¹⁶⁷⁵ Der Ansatz ist abgesehen von der falschen Einordnung der behindertengerechten Ausgestaltung eines Fahrzeugs, um zur Arbeitsstätte zu gelangen, zu den vermehrten Bedürfnissen, während es sich in Wahrheit um einen Erwerbsschaden handelt, zu funktionalistisch. Soweit ein Teil der früheren Lebensführung – infolge einer technischen Neuerung, nämlich der behindertengerechten Ausgestaltung eines Motorrads für einen Querschnittgelähmten – möglich ist, sind die diesbezüglichen Aufwendungen bis zur Grenze der Unwirtschaftlichkeit, nämlich völliger wirtschaftlicher Unvernunft,¹⁶⁷⁶ ersatzfähig; nur sofern eine solche Restitution unterbleibt oder nicht gänzlich gelingt, sind die restlichen Unlustgefühle durch das Schmerzensgeld abzudecken. Über die Berechtigung der Ersatzfähigkeit lässt sich dann

¹⁶⁷⁰BGH NJW-RR 1992, 792.

¹⁶⁷¹*Pardey* Rn. 1832, 1881 f.; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 23.

¹⁶⁷²BGH NJW-RR 2004, 671 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.

¹⁶⁷³BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.; auf den Wertungswiderspruch hinweisend *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (477).

¹⁶⁷⁴Zutreffend die Einschätzung von *Luckey*, Personenschaden Rn. 990 FN1290, wonach der BGH – unberechtigterweise – sich von der Differenzierung bei der pauschalierten Nutzungsentschädigung zwischen Wohnsitz und Fortbewegungsmittel einerseits und anderen Gütern andererseits hat leiten lassen.

¹⁶⁷⁵Mutig aber nunmehr *Zoll* NJW 2014, 967 (972): „durchaus nicht unproblematisch“, „kann man in Frage stellen“. Noch deutlicher *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (475): Sehe Urteil, an dem ich selbst mitgewirkt habe, heute eher kritisch.

¹⁶⁷⁶Dazu *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (287): Delphin-Therapie in Florida.

nicht „trefflich streiten“, ¹⁶⁷⁷ wenn die Frage korrekt gestellt wird: ¹⁶⁷⁸ Es geht nicht bloß um die Herstellung von Mobilität, sondern eine Annäherung an das ohne Verletzung gegebene Lebensgefühl. Der darauf entfallende Anteil beim Schmerzensgeld macht zumeist einen verschwindend geringen Bruchteil im Verhältnis zu den Aufwendungen zur Herstellung der privaten Lebenssphäre wie ohne den Unfall aus, ¹⁶⁷⁹ und das selbst dann, wenn der Anspruchsteller bei der Darlegung seines Schmerzensgeldanspruch auf diesen Umstand hingewiesen hat. Da das Schmerzensgeld im Sachverhalt der BGH-Entscheidung bereits abschließend festgelegt worden ist, hätte der Verletzte womöglich anbieten müssen, diesen Bruchteil zurückzuerstatten. Zu ergänzen ist, dass für ein E-Bike oder Hand-Bike entsprechende Grundsätze gelten. ¹⁶⁸⁰

2. Wohnbedarf

a) Qualitative und quantitative Dimension

244

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse	Wohnbedarf	

Ähnlich wie beim Fahrzeug ist zu konstatieren, dass jede Person unabhängig von der Verletzung ihren Wohnbedarf zu decken hat. Es kann somit lediglich um den verletzungsbedingten Mehrbedarf gehen. Bei diesem ist eine qualitative und eine quantitative Dimension zu unterscheiden. ¹⁶⁸¹ Bei manchen Verletzungen ist es erforderlich, den bestehenden Wohnraum so herzurichten, dass Staffeln bei den Türen beseitigt und die Türen verbreitert sowie die Nassräume und die Küche behindertengerecht ausgestaltet werden ¹⁶⁸² und die Garage beheizt bzw. ein Treppenlift ¹⁶⁸³ eingebaut wird. Der Geschädigte kann als Mieter einer Wohnung grundsätzlich vom Vermieter gem. § 554a Abs. 1 die Zustimmung zur Vornahme solcher Maßnahmen verlangen, wobei der Vermieter nach § 554a Abs. 2 eine Sicherstellung für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bei Wegfall des Bedarfs verlangen kann. Diese Kosten hat der Schädiger dann zu übernehmen. ¹⁶⁸⁴ Ein Umzug in eine behindertengerechte

¹⁶⁷⁷ So *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (288).

¹⁶⁷⁸ Auf eine Beschreibung des Problems beschränkt auch *Scholten* DAR 2016, 631 (634): Schwierigkeiten der Abgrenzung zu erkennen.

¹⁶⁷⁹ So auch *Zoll* NJW 2014, 967 (972); *ders.* in FS L. Jaeger (2014), 473 (476); *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (269 f.).

¹⁶⁸⁰ *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (269 ff.).

¹⁶⁸¹ OLG Stuttgart VersR 1998, 366; *Pardey* Rn. 1967.

¹⁶⁸² OLG Stuttgart VersR 1998, 366.

¹⁶⁸³ OLG Frankfurt / M. DAR 1990, 181.

¹⁶⁸⁴ Zur vergleichbaren Rechtslage in Österreich OGH ZVR 2015/47 (*Ch. Huber*): Versagung einer Kürzung des Anspruchs und Ablehnung der Einwendung des Beklagten, dass die betagte rüstige Geschädigte auch ohne Verletzung das Treppensteigen ohnehin alsbald nicht mehr bewältigt hätte.

Wohnung kommt nur ausnahmsweise in Betracht, weil es für eine verletzte Person häufig wichtig ist, in ihrer angestammten Umgebung zu verbleiben.¹⁶⁸⁵ Darüber hinaus kann es erforderlich sein, dass wegen der Verletzung zusätzlicher Wohnraum erforderlich ist, insbesondere dann, wenn ein Therapieraum oder ein Schwimmbad¹⁶⁸⁶ benötigt wird.¹⁶⁸⁷ Für das Pflegepersonal kann dann zusätzlich die Errichtung eines Raums für dieses,¹⁶⁸⁸ sanitärer Einrichtungen samt Umkleideraum sowie ein separater Eingang verlangt werden, wenn eine Übernahme der Betreuung auch in den Nachtstunden erforderlich ist.¹⁶⁸⁹ Bei Kindern wird häufig ein zusätzlicher Raum angebaut oder gemietet; deren Kosten werden dann ersetzt verlangt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Wohnbedarf typischerweise aus dem Erwerbseinkommen bezahlt wird. Eine Doppelliquidation über vermehrte Bedürfnisse und Erwerbsschaden ist zu vermeiden, als die Deckung des Wohnbedarfs bei den vermehrten Bedürfnissen nur insoweit in Betracht kommt, als dieser Bedarf beim Erwerbsschaden als Ersparnis berücksichtigt wird, freilich nur in dem Ausmaß, in dem tatsächlich eine Deckung des Wohnbedarfs erfolgt.¹⁶⁹⁰ Wird der Verletzte in einem Raum gepflegt, hätte er sich ohne Verletzung aus seinem Erwerbseinkommen aber eine 5-Zimmer-Wohnung geleistet, dürfen nur die Kosten für das eine Zimmer – zuzüglich der Kosten für die anteilige Nutzung von Küche und Nassräumen – als Ersparnis angerechnet werden. Das ist sowohl bei einer Rente als auch Kapitalabfindung zu berücksichtigen. Nicht anrechnungspflichtig sind indes die Kosten für einen zusätzlichen Behandlungsraum, weil insoweit ein verletzungsbedingter Sonderbedarf gegeben ist.¹⁶⁹¹

b) Bedarfsdeckung, nicht Vermögenstransfer

245

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹⁶⁸⁵ AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 **Rn.** 121. Auf die ähnliche Interessenlage bei Tötung des Unterhaltsschuldners sei verwiesen. Dazu § 844 **Rn.** 43.

¹⁶⁸⁶ Für die Ersatzfähigkeit OLG Nürnberg VersR 1971, 260; aA OGH VersR 1992, 259 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* VersR 1992, 545 ff.

¹⁶⁸⁷ OLG Stuttgart VersR 1998, 366; ablehnend jedoch OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 **ff.**: Begehren Differenz zwischen 25 m² für normale Studentin und 60 m² für 19-Jährige mit schwerer Hirnschädigung; kein Erfahrungssatz, dass sonstige Studentin oder Schülerin nicht über eine Wohnfläche von 60 m² verfüge. Statistisch ist das wohl anzuzweifeln!

¹⁶⁸⁸ Ablehnend zu Unrecht jedoch *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (289): Fehlen der Zurechenbarkeit und der Verhältnismäßigkeit.

¹⁶⁸⁹ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283: Behandlungsraum 27 m².

¹⁶⁹⁰ *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (39).

¹⁶⁹¹ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283.

Bei sämtlichen sachlichen Mehraufwendungen geht es bloß um die **Deckung des Bedarfs**, nicht aber um einen Vermögenstransfer.¹⁶⁹² Auch bei künstlichen Gliedmaßen oder Krücken schuldet der Ersatzpflichtige nicht die Anschaffungskosten, sondern bloß die Bereitstellung des Gebrauchs, gerade wie in der Pflegeversicherung in Bezug auf Pflegehilfsmittel und andere technische Hilfen.¹⁶⁹³ Während solche Utensilien aber relativ geringwertig sind, geht es bei der Schaffung von Wohnraum um durchaus namhafte Beträge.¹⁶⁹⁴ Geschuldet ist auch insoweit die Bereitstellung des Gebrauchs, mit anderen Worten die Kosten für die Anmietung solch zusätzlichen Wohnbedarfs unter Einschluss der anteiligen Betriebskosten.¹⁶⁹⁵ In der Praxis wählt der Geschädigte aber meist einen anderen Weg. Entweder er selbst oder die Sorgeberechtigten decken im Rahmen der Begründung von Immobiliareigentum den entsprechenden Raumbedarf, wobei zugunsten des Verletzten für diesen Teil ein dingliches Recht begründet wird oder das auch unterbleibt. Für den Umfang des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse kommt es darauf nicht an.¹⁶⁹⁶ Es stellt sich dann die Frage, in welchem Umfang der Ersatzpflichtige sich an diesen Kosten beteiligen muss. In Bezug auf den Standard ist das restliche Wohnumfeld maßgeblich.¹⁶⁹⁷ Für eine Kostentragung spricht, dass es ohne Verletzung zu dieser Investition nicht gekommen wäre und der Wohnraum für die Deckung eines vermehrten Bedürfnisses des Verletzten auch benötigt wird. Gegen die Erstattung der – vollen – Kosten spricht, dass auf diese Weise der Ersatzpflichtige dem Verletzten im Wege des Schadensersatzes **Immobiliareigentum** verschaffen würde, was nach den Intentionen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse gerade nicht geschuldet ist. Immerhin bleibt am Ende des Lebens des Verletzten ein Wert zurück.

246

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der BGH¹⁶⁹⁸ hat das Problem erkannt, die quantitative Frage aber als eine solche des Tatrichters qualifiziert und sich diesbezüglich nicht festgelegt. Denkbar wäre folgende Vorgehensweise: Der Grund und Boden, auf dem ein solcher Zubau errichtet wird, unterliegt nicht der Abnutzung, so dass er insoweit ausgeklammert werden kann. Der Geschädigte hat dabei den Nachteil hinzunehmen, dass ihm für einen Teil seines Vermögens eine bestimmte Zweckwidmung verletzungsbedingt aufgedrängt wird. Die Wertsteigerung des Grund und Bodens wird aber – insbesondere in Zeiten moderater Zinsen – auch nicht geringer sein als bei langfristiger mündelsicherer Veranlagung in einem Finanzprodukt. Die behindertengerechten Einbauten

¹⁶⁹² Deshalb kritisch in Bezug auf die Kosten für ein Schwimmbad *Pardey Rn.* 1975.

¹⁶⁹³ *Heinz PflR* 2016, 278 (281 f.).

¹⁶⁹⁴ OLG Stuttgart VersR 1998, 366: 205.000 EUR.

¹⁶⁹⁵ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283: Für Anbau anteilige Kosten unter Einschluss der Kosten für Hausrat- und Gebäudeversicherung, Schornsteinfeger, Wartungskosten für die Gastherme, insgesamt mehr als 2.000 EUR pro Jahr; ebenso zusätzliche Mülltonne für Entsorgung der Windel und Hygieneartikel.

¹⁶⁹⁶ OLG Stuttgart VersR 1998, 366.

¹⁶⁹⁷ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283: Unberechtigter Einwand des Beklagten, dass zu teure Baumaterialien verwendet worden seien.

¹⁶⁹⁸ BGH NJW 1982, 757; dazu Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 *Rn.* 23; *Drees* VersR 1988, 784 (788).

führen einerseits typischerweise zu keiner Wertsteigerung und sind andererseits am Lebensende des Verletzten kaum mehr etwas wert, so dass sie in vollem Umfang ersatzfähig sind.¹⁶⁹⁹ Bei den verbleibenden Baukosten wäre denkbar, dass man die voraussichtliche Lebenserwartung schätzt, dafür die Finanzierungskosten¹⁷⁰⁰ bemisst bzw. fiktive Mietkosten ansetzt¹⁷⁰¹ und diese in einem Kapitalwert ausdrückt.¹⁷⁰² Das OLG Brandenburg¹⁷⁰³ hat bei einem Kind darauf abgestellt, dass die Nutzungsdauer von 60 Jahren mit der Lebenserwartung deckungsgleich ist, so dass insoweit kein Vermögenszuwachs gegeben ist. Der BGH¹⁷⁰⁴ weist aber zu Recht darauf hin, dass es um einen würdigen Schadensausgleich gehe, so dass überlegenswert sein könnte, dem OLG Stuttgart¹⁷⁰⁵ zu folgen, das nach Prüfung aller – komplizierten – Bewertungsformeln schließlich über den Daumen gepeilt einen Abzug von 10 % von den Anschaffungskosten vorgenommen hat. Bei Anschaffung eines Vermögenswertes gebührt Ersatz auch dann, wenn die Anschaffung vom Geschädigten getätigt wurde, der Anspruchsteller aber vor Zahlung durch den Ersatzpflichtigen stirbt. Dann steht den Erben ein Ersatzanspruch zu.¹⁷⁰⁶ Wäre bloß der Gebrauch zur Verfügung gestellt worden, wofür dem Ersatzpflichtigen mE ein Wahlrecht zusteht, würde der Gegenstand wieder an ihn zurückfallen. Bei behindertengerechter Ausgestaltung eines Wohnsitzes, wofür der Bedarf infolge des Todes des Anspruchstellers weggefallen ist, steht den Erben immerhin ein Vorschuss in Höhe einer zumindest provisorischen Fertigstellung zur Verfügung.¹⁷⁰⁷ Da Erben mit behindertengerechten Einbauten typischerweise nichts anfangen, ist ihnen mE ein Wahlrecht zuzubilligen, bis zur Höhe der Fertigstellungskosten den Vorschuss auch für einen Rückbau verwenden zu dürfen.

247

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der BGH¹⁷⁰⁸ hat ausgesprochen, dass die Kosten für eine behindertengerechte Ausgestaltung eines Zweitwohnsitzes – in der Schweiz – erstattungsfähig sind, mögen diese auch besonders hoch sein, in concreto fast 380.000 EUR. Zutreffend ist die Feststellung, dass kein Abzug neu für alt vorzunehmen ist, weil die behindertengerechte Ausgestaltung zu keiner Wertsteigerung des „Schlosses“ geführt hat. Falsch ist hingegen der Zuspruch ohne Wenn und Aber, weil dann nicht

¹⁶⁹⁹BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.; OLG Stuttgart VersR 1998, 366; *Luckey*, Personenschaden Rn. 1007.

¹⁷⁰⁰*Pardey* Rn. 1976; die Einbeziehung auch der Kapitaltilgung erwägend BGH NJW 1982, 757.

¹⁷⁰¹Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 611.

¹⁷⁰²Für eine Anrechnung von Mehrflächen als Werterhöhung *Quaisser*, NW-Spezial 2015, 265.

¹⁷⁰³OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283.

¹⁷⁰⁴BGH NJW 1982, 757.

¹⁷⁰⁵OLG Stuttgart VersR 1998, 366.

¹⁷⁰⁶OLG Nürnberg VersR 1993, 1365: Anschaffung eines Kfz; *Zoll* NJW 2014, 967 (971).

¹⁷⁰⁷*Zoll* NJW 2014, 967 (972).

¹⁷⁰⁸BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.

sichergestellt ist, dass der beträchtliche Betrag widmungsgemäß verwendet wird. Berechtigt wäre demgegenüber lediglich ein Anspruch auf Vorschuss gewesen, über dessen widmungsgemäße Verwendung innerhalb angemessener Frist der Verletzte rechenschaftspflichtig gewesen wäre.

c) Kapital oder Rente

248

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Für die vom Ersatzpflichtigen verursachten vermehrten Bedürfnisse hat dieser grundsätzlich Ersatz in Form einer Rente zu leisten, sofern die Determinanten für deren Bemessung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz einigermaßen verlässlich abzuschätzen sind.¹⁷⁰⁹ Diese Wertentscheidung des Gesetzgebers beruht darauf, dass der Mehrbedarf immer wieder anfällt und auf diese Weise am besten eine elastische Anpassung an einen sich ändernden Bedarf möglich ist. Wenn aber durch eine einmalige Kapitalzahlung auf Dauer eine Deckung des durch das schädigende Ereignis ausgelösten Bedarfs möglich ist, spricht nichts dagegen, dass der Geschädigte in solchen Fällen anstelle der Rente einen Kapitalbetrag verlangen kann.¹⁷¹⁰ Auf einen wichtigen Grund nach § 843 Abs. 3 kommt es insoweit nicht an.¹⁷¹¹ Bei der Deckung des verletzungsbedingten Wohnbedarfs oder anderer Gebrauchsgüter wie etwa eines Behinderten-Kfz, eines Rollstuhls oder eines Computers ist das der Fall. Freilich ist zu beachten, dass der Geschädigte über einen solchen Anspruch nur noch insoweit disponieren kann, als es nicht bereits zu einem Übergang auf einen Sozialversicherungsträger gekommen ist.¹⁷¹² Nach § 116 SGB X kommt es nämlich zu einem Anspruchsübergang bereits im Zeitpunkt der Verletzung, wenn zu diesem Zeitpunkt nicht auszuschließen ist, dass der Sozialversicherungsträger wegen der in der Folge zu erbringenden Sozialleistung einstandspflichtig werden könnte. Wenn der Sozialversicherungsträger eine Rente für einen pauschalen Mehrbedarf erbringt, ist zu prüfen, ob sämtliche anderen in Rentenform zu erbringenden Leistungen dadurch abgedeckt sind oder daneben auch noch ein Restbetrag für die Deckung des Wohnbedarfs verbleibt. Wenn das der Fall sein sollte, kürzt sich insoweit der Schadensersatzbetrag, für den der Geschädigte einen Kapitalbetrag verlangen kann.¹⁷¹³ Von der Ersatzform Kapital oder Rente ist abhängig, ob nach Erlass eines Feststellungsurteils der Anspruch lediglich in der Frist des § 195, 197 Abs. 2 für wiederkehrende Ansprüche erhoben werden kann¹⁷¹⁴ oder innerhalb der durch das Feststellungsurteil erwirkten 30-jährigen Frist.

¹⁷⁰⁹ OLG Karlsruhe NJOZ 2005, 2853 = VersR 2006, 515: Ablehnung des Zuspruchs einer Rente für die Zukunft mangels hinreichender Wahrscheinlichkeit der maßgeblichen Verhältnisse, Stattgebung des Feststellungsbegehrens.

¹⁷¹⁰ BGH NJW-RR 2004, 671 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.; NJW 1982, 757; OLG Stuttgart VersR 1998, 366; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 60.

¹⁷¹¹ So aber Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 9.

¹⁷¹² BGH NJW 1982, 757.

¹⁷¹³ BGH NJW 1982, 757.

¹⁷¹⁴ BGH NJW-RR 2006, 191 zur Rechtslage nach § 197 aF.

VIII. Pflegedienstleistungen, häufig von Familien

249

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Pflegedienstleistungen von Angehörigen	
Pflegedienstleistungen		ff.
Vermehrte Bedürfnisse	Pflegedienstleistungen	

Pflegedienstleistungen werden häufig von Familienangehörigen erbracht, nicht erst seit Einführung der Pflegeversicherung, die einen besonderen Anreiz für diese Art der Pflege schaffen wollte. Jedenfalls ergeben sich in solchen Fällen durchaus streitträchtige Bewertungsfragen, ist doch wie beim Erwerbsschaden auch auf diesem Gebiet die pauschalierende Vorgehensweise im Sozialversicherungsrecht nicht bindend für das Schadensrecht. Die Bewertungsansätze klaffen sehr weit auseinander, und das ungeachtet des Umstands, dass der BGH – zu Unrecht – bei der Bemessung äußerst restriktiv vorgeht. Referenzgröße sind häufig nicht die Kosten einer entsprechend qualifizierten Ersatzkraft;¹⁷¹⁵ vielmehr soll es bloß darum gehen, dass die Verrichtungen der Familienangehörigen nicht unentgeltlich erfolgen, sondern immerhin „angemessen“ abgegolten werden sollen.¹⁷¹⁶ Diese Formel bietet dem Tatgericht vielfältige Möglichkeiten, Abstriche von dem nach dem Gesetz geschuldeten vollen Ausgleich zulasten des Anspruchstellers vorzunehmen.¹⁷¹⁷ Wegen der eingeschränkten Überprüfbarkeit der richterlichen Schadensschätzung im Rahmen des § 287 ZPO kommt auch eine Korrektur durch den BGH kaum jemals in Betracht.

1. Besuchskosten

250

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Vermehrte Bedürfnisse	Besuchskosten	
Besuchskosten		

Für Besuchskosten naher Angehöriger soll allein die verletzte Person aktivlegitimiert sein.¹⁷¹⁸ Zu den Besuchskosten im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse hat das OLG Bremen¹⁷¹⁹ eine

¹⁷¹⁵So aber zutreffend *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 159: Preiswerte Pflegeleistung von Verwandten soll Schädiger nicht entlasten; abzustellen ist auf angemessene Ersatzkraft.

¹⁷¹⁶So etwa OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*); OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

¹⁷¹⁷Insoweit konkreter, aber ebenfalls unzureichend LG Köln SP 2011, 16: Kein Ersatz nach Stundensätzen, sondern Verweis auf Betreuungskosten, die Pflegekassen übernehmen, hier pauschal 400 EUR pro Monat.

¹⁷¹⁸OLG Köln VersR 2018, 1264: Kunstfehler eines Anwalts. Dazu und weiteren Detailfragen rechtsvergleichend *Landolt* in FS Koller (2018), 71 ff.

¹⁷¹⁹OLG Bremen VersR 2001, 595 – gebilligt durch Nichtannahme der Revision durch den BGH; das Ergebnis der Entscheidung ist umso erschütternder, als nicht einmal in der Sache selbst eine Entscheidung getroffen wurde, sondern Prozesskostenhilfe abgelehnt und somit eine Beurteilung

geradezu menschenverachtende Entscheidung gefällt: Ein Schwerstverletzter war in einem Pflegeheim untergebracht. An Besuchskosten wurden zuerkannt die der sorgeberechtigten Mutter zweimal im Monat, nicht aber die des nicht sorgeberechtigten Vaters; und das lediglich für die Phase der Minderjährigkeit. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass für solche Besuche keine medizinische Notwendigkeit bestehe, weil der Verletzte auch auf eine freundliche Ansprache durch das Pflegepersonal positiv reagiere. Es grenzt an Zynismus, wenn einerseits gegen die Ersatzfähigkeit von Betreuungsaufwendungen ins Treffen geführt wird, dass diese nur von den Eltern erbracht werden können, und andererseits bei Anfall konkreter Vermögensaufwendungen, hier von Fahrtkosten, der Ersatz mit der Begründung versagt wird, dass auch das Pflegepersonal ausreichend sei. Dazu kommt, dass das Bedürfnis nach persönlicher Zuwendung der engsten Familienangehörigen nicht an die Sorgeberechtigung zu knüpfen ist, ganz abgesehen davon, dass es nicht mit der Minderjährigkeit endet.¹⁷²⁰

250a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Das KG¹⁷²¹ hat demgemäß entschieden, dass in einem solchen Fall sogar die Besuchskosten eines nichtehelichen **Lebensgefährten** im Pflegeheim ersatzfähig sind, auch wenn die Partner im Zeitpunkt des Unfalls nicht zusammengewohnt haben. Im konkreten Fall bestand eine gefestigte – seit über drei Jahren bestehende – Partnerschaft, wobei beide eine Anzahlung für die Anschaffung einer gemeinsamen Eigentumswohnung geleistet hatten, mag der Lebensgefährte der Verletzten auch später eine andere Beziehung eingegangen sein. Die der Entscheidung nicht zu entnehmende, von *H. Lang*¹⁷²² aber vorgeschlagene Differenzierung der Ersatzfähigkeit der Besuchskosten nach der Schwere der Verletzung, ist mE nicht zutreffend. Denn gerade bei den vermehrten Bedürfnissen geht es nicht um die medizinische Förderung des Heilungsverlaufs, sondern die Wiederherstellung möglichst des Lebenszuschnitts, wie er ohne schädigendes Ereignis bestanden hat, wobei zu bedenken ist, dass eine verletzte Person gerade wegen ihres Zustands eines besonderen seelischen Zuspruchs bedarf. In Bezug auf den Personenkreis sowie das Ausmaß der ersatzfähigen Kosten, beispielsweise der Fahrtkosten,¹⁷²³ gelten die für die Heilungskosten entwickelten Grundsätze.¹⁷²⁴ Erbringen die Eltern keine Pflegeleistungen, ist der Ersatz auf die Fahrtkosten zu begrenzen; die Anwesenheit gehört zum originären

vorgenommen wurde, dass die Zubilligung der verlangten Fahrtkosten von vornherein aussichtslos sei.

¹⁷²⁰ Ähnlich OLG Köln VersR 2018, 1264: Anwaltskunstfehlerprozess; wegen Anwesenheit der Mutter für Besuche des Vaters keine medizinische Notwendigkeit bei erwachsenem neurologisch stark betroffenem Sohn in Reha-Zentrum, daher keine Erstattung der Fahrtkosten.

¹⁷²¹ KG BeckRS 2009, 11737 = jurisPR-VerkR 15/2009 Anm. 1 (*H. Lang*).

¹⁷²² *H. Lang* jurisPR-VerkR 15/2009 Anm. 1: Von 5–6 Besuchen pro Woche bei schwersten Verletzungen mit Lebensgefahr bis zu 1–2 Besuchen pro Woche bei leichten Verletzungen mit dem Hinweis für den Haftpflichtversicherer, nicht kleinlich zu sein, weil dies das Verhandlungsklima „emotional“ belaste, abgesehen davon, dass das Ausmaß der Belastung überschaubar sei.

¹⁷²³ OLG Karlsruhe NJOZ 2005, 2853 = VersR 2006, 515; LG Köln SP 2011, 16: 0,30 EUR pro km.

¹⁷²⁴ BGH NJW 1991, 2340; BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766.

Aufgabenbereich der Eltern.¹⁷²⁵ Bei einem schwerstverletzten Kind hat das OLG Zweibrücken¹⁷²⁶ immerhin für eine Eingewöhnungsphase von einem Monat auch den Arbeitskräfteeinsatz der Eltern für ersatzfähig angesehen.

2. Nicht ersatzfähige Unterhaltsleistungen

251

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	nicht ersatzfähige Unterhaltsleistungen	ff.

Ein ärztlicher Kunstfehler und das Inverkehrbringen von mit Zucker gesüßtem Tee, der zu Kariesschäden bei Kleinkindern geführt hat, waren der Anlass für zwei grundlegende BGH-Entscheidungen,¹⁷²⁷ in denen dieser sich zur Ersatzfähigkeit von zusätzlicher elterlicher Betreuung zu äußern hatte. Es ging darum, ob der durch das schädigende Ereignis ausgelöste Zeitaufwand der Eltern zur Beruhigung ihrer vor Schmerz brüllenden Kinder, insbesondere in der Nacht, als ersatzfähiger Vermögensschaden anzusehen ist. In der ersten Entscheidung¹⁷²⁸ ging es um Anwesenheiten der Eltern während eines Krankenhausaufenthalts, in der zweiten¹⁷²⁹ um einen zeitlichen Mehraufwand bei der häuslichen Pflege sowie für das Pürieren der Nahrung und für Sprechübungen mit dem in seiner Sprachentwicklung beeinträchtigten Kind. Der BGH ist vollinhaltlich der Ansicht von *Grunsky*¹⁷³⁰ gefolgt, der offengelegt hat, dass er nicht einen wissenschaftlichen Beitrag, sondern ein Gutachten für den Ersatzpflichtigen verfasst hat. Weder die Prämisse noch das erzielte Ergebnis vermögen zu überzeugen.¹⁷³¹

252

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Eckpunkte der beiden BGH-Entscheidungen können so zusammengefasst werden:¹⁷³²
Soweit **Betreuungsleistungen** zum selbstverständlichen originären Aufgabenbereich der Eltern

¹⁷²⁵OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513.

¹⁷²⁶OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

¹⁷²⁷BGH NJW 1999, 2819 = LM § 843 BGB Nr. 59 (*Kullmann*); BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*).

¹⁷²⁸BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*).

¹⁷²⁹BGH NJW 1999, 2819 = LM § 843 BGB Nr. 59 (*Kullmann*).

¹⁷³⁰*Grunsky* BB 1995, 937 ff.

¹⁷³¹Kritisch *Ch. Huber* in FS G. Müller (2009), 35 (50 f.).

¹⁷³²Dazu van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 585; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 843 Rn. 3; *Pardey* Rn. 1785; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 25.

gehören, könne dafür nur dann Ersatz verlangt werden, wenn die Eltern nachweisen können, dass sie durch den zeitlichen Mehraufwand einen Verdienstentgang erlitten haben.¹⁷³³ Nur wenn die Einstellung einer Ersatzkraft bei vernünftiger Betrachtung als praktische und nicht bloß theoretische Möglichkeit ernstlich in Betracht komme, liege ein ersatzfähiger Vermögensschaden vor.¹⁷³⁴ Gegen eine solche Qualifizierung spreche darüber hinaus der Umstand, dass solche Betreuungsleistungen ohnehin lediglich von den Eltern erbracht werden können,¹⁷³⁵ einerseits, weil sich ein vor Schmerzen brüllendes Kind von niemand anderem trösten ließe, andererseits, weil die Schmerzperioden unregelmäßig über den Tag und die Nacht verteilt auftreten. Dem BGH ging es hier um die Abgrenzung zum grundsätzlich nicht ersatzfähigen immateriellen Schaden, wenn er darauf hinweist, dass es keinen Vermögensschadensersatz für die Beeinträchtigung von Lebensgestaltungsmöglichkeiten gebe.¹⁷³⁶ Das OLG Zweibrücken¹⁷³⁷ verlangt darüber hinaus, dass sich die Aufwendungen in der Vermögenssphäre der Eltern konkret niedergeschlagen haben müssen, was kaum jemals der Fall bzw. nachweisbar ist. *Grunsky*¹⁷³⁸ verweist darüber hinaus darauf, dass der Einsatz von Arbeitskraft als solcher nicht zum Ersatz berechtige, was namentlich dann gelte, wenn dieser in unregelmäßigen Abständen erfolge, insbesondere während der Nacht, weil die Eltern in dieser Zeit auch sonst kein Geld verdienen könnten. Und da der BGH auf eine äußerst restriktive Linie eingeschwenkt war, lehnte er auch einen Ersatz für die Kosten der von den Eltern durchgeführten Sprechübungen ab.¹⁷³⁹ Er räumte zwar ein, dass es auf den Erfolg nicht ankomme, aber der Umstand, dass lediglich die Sprecherziehung bei einer Logopädin zum Erfolg geführt habe, sei ein Indiz, dass die Bemühungen der Eltern schon im Ansatz nicht mit denen einer fremden Ersatzkraft verglichen werden können.¹⁷⁴⁰ Was somit bleibt, das ist eine Ersatzfähigkeit in Fällen, in denen die Einstellung einer Pflegekraft ernstlich in Betracht zu ziehen ist; unterhalb dieser Schwelle wird jeglicher Ersatz versagt. Ein Verweis auf den originären – entschädigungslosen – Aufgabenbereich der Eltern kommt freilich umso weniger in Betracht, je gravierender die Verletzung ist.¹⁷⁴¹ Das wird freilich nicht von allen Tatgerichten

¹⁷³³So auch in der Folge OLG Hamm OLGR 2003, 70.

¹⁷³⁴BGH NJW 1999, 2819; so auch OLG Schleswig BeckRS 2008, 01932: Bei Therapiemaßnahmen bloß Substitution der Förderung eines gesunden Kindes bei Musik und Sport als Bestandteil des täglichen Zusammenlebens.

¹⁷³⁵BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*).

¹⁷³⁶BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*); *Kullmann*, Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 59; OLG Frankfurt / M. VersR 2001, 1572.

¹⁷³⁷OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.

¹⁷³⁸*Grunsky* BB 1995, 937 (940).

¹⁷³⁹BGH NJW 1999, 2819.

¹⁷⁴⁰Vgl. aber OLG Bamberg VersR 2005, 1593 = VRR 2006, 25 (*Luckey*): Nach Versagen von „professionellen“ Pflegeeinrichtungen durchschlagender Erfolg nach Aufgabe des Berufs des Vaters, der sich umfassend um den Sohn gekümmert und den Unterricht vor- und nachbereitet hat. Nachfolgend BGH NJW 2019, 2607 = Fachtagung Personenschaden 2019, 198 (*Ch. Huber*): Aufhebung wegen Verstoßes gegen das rechtliche Gehör, aber keine Stellungnahme zur Frage der Verhältnismäßigkeit, weil die Arbeitskraftkosten eines Maschinenbauingenieurs über dem Nettostundenlohn einer Pflegekraft liegen.

¹⁷⁴¹OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*): Eine Ersatzfähigkeit daher zu Recht bejahend bei epileptischen Anfällen sowie Einschränkung der Sehfähigkeit des Sohnes.

beherzigt. Das OLG Düsseldorf¹⁷⁴² hat – in Verkennung der BGH-Rechtsprechung – nur diejenigen Tätigkeiten für ersatzfähig angesehen, die bloß von einer professionellen Pflegekraft erledigt werden können, so dass folgende Aktivitäten der pflegenden Mutter eines Kindes mit Tetraplegie – zu Unrecht – entschädigungslos geblieben sind: Autofahrten zur Schule sowie zur Ergotherapie und Krankengymnastik, zum Rollstuhlsport, vermehrte Wasch- und Reinigungsarbeiten für Kleidung, Wäsche und sonstige Gebrauchsgegenstände. All dies wurde noch als – nicht entschädigungspflichtiger – Ausfluss elterlicher Zuwendung qualifiziert.¹⁷⁴³ Das OLG Köln¹⁷⁴⁴ erwägt, diese Überlegungen auch auf das Verhältnis zwischen Ehegatten auszudehnen, tut das aber in concreto nicht, sondern sieht folgende Tätigkeiten als ersatzfähig an: Fahrten zu Therapieterminen, Hin- und Herfahren auf dem Grundstück mit dem Rollstuhl, Hilfe bei der täglichen Hygiene. Das OLG Dresden¹⁷⁴⁵ grenzt die aktivierende Pflege und unterstützende Kommunikation von der nicht ersatzfähigen normalen elterlichen Zuwendung ab. Das OLG Köln¹⁷⁴⁶ sieht zu Recht die dauerhafte Anwesenheit der Mutter des erwachsenen neurologisch stark betroffenen Sohnes, einer gelernten Krankenschwester, als vertrauter Person bei dessen Rehabilitation mit der Möglichkeit dauerhafter psychischer Stabilisierung und dauerhafter Beübung als ersatzfähig an. In concreto ist eine Gemengelage gegeben: Im Vordergrund steht die Einbindung in die Rehabilitation. Der Umstand, dass die Mutter als vertraute Person und zusätzlich ihrer Kompetenz als Krankenschwester dazu besonders befähigt ist, kann kein Ausschlusskriterium darstellen.

253

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Während *Vieweg*¹⁷⁴⁷ unter Berufung auf Art. 6 GG diese Rechtsprechung billigt, ja sogar noch einen Ausbau fordert, gibt es mE gute Gründe, die für einen viel großzügigeren Maßstab sprechen.¹⁷⁴⁸ Im Zusammenhang mit dem Ersatz von Verwendungen im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses hat der BGH¹⁷⁴⁹ ausgesprochen, dass der Einsatz von Arbeitskraft unabhängig vom Nachweis eines Verdienstentgangs ersatzfähig ist, wobei er sich ausdrücklich auf Parallelen zum Schadensrecht berufen hat. Wenn die elterliche Zuwendung nur von den Eltern erbracht werden kann und der ideellen Sphäre zuzurechnen ist, erscheint es wenig folgerichtig, einen Ersatzanspruch einzuräumen, wenn die Eltern einen Verdienstentgang

¹⁷⁴²OLG Düsseldorf NJOZ 2009, 3427 = SP 2008, 255.

¹⁷⁴³AA zu Recht LG Köln SP 2011, 16: Abgeltung für Versorgungsleistungen betreffend Körperpflege, Essen sowie Fahrten in die Schule und zu behandelnden Ärzten.

¹⁷⁴⁴OLG KölnVRR 2010, 187 (*Luckey*).

¹⁷⁴⁵OLG Dresden BeckRS 2011, 27538: 20 bis 30 Minuten Mehraufwand gegenüber einem gesunden Kind.

¹⁷⁴⁶OLG Köln VersR 2018, 1264.

¹⁷⁴⁷Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 25.

¹⁷⁴⁸So auch Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 23; die Bedeutsamkeit der physischen Präsenz am Krankenbett betonend MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 75.

¹⁷⁴⁹BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921 = LM § 249 (A) BGB Nr. 111 (*Stürner/Dittmann*).

nachweisen können – selbstständig Erwerbstätige tun sich da naturgemäß sehr viel leichter als Arbeitnehmer. Aber schon die Prämisse ist angreifbar. Der Einsatz einer Pflegekraft ist in einer solchen Situation noch immer besser, als das Kind in seinem Schmerz allein zu lassen. Deren Kosten sind durchaus marktmäßig bewertbar. Und dass eine Ersatzkraft in der Qualität ihrer Leistung hinter der Person, die das eigentlich tun sollte, zurückbleibt, ist nichts Ungewöhnliches. In neun von zehn Fällen wird das bei Verletzung oder Tötung eines Haushaltsführers ebenso sein. Beim Haushaltsführerschaden wird keine Bagatellschwelle in der Weise errichtet, dass Ersatz lediglich gebührt, wenn die Einstellung einer Ersatzkraft ernstlich in Erwägung gezogen würde; warum hier anderes gelten sollte, ist nicht einzusehen. Für die von *Kullmann*¹⁷⁵⁰ vorgeschlagene Differenzierung, ob der Schwerpunkt der elterlichen Leistung im Zeitaufwand oder in der Zuwendung liegt, wird es kaum praktikable Kriterien geben. Wenn *Grunsky*¹⁷⁵¹ ins Treffen führt, dass die Eltern in der Nacht nichts verdient hätten, so trifft das – so sie nicht Schichtarbeiter oder Prostituierte sind – zu. Darauf kommt es aber mE nicht an. Maßgeblich ist vielmehr, dass man für die Deckung eines solchen Bedarfs etwas zahlen müsste. Zudem ist nur der während des Tages leistungsfähig, der in der Nacht einige Zeit ohne Unterbrechungen geschlafen hat. Sind solche Ausgrenzungen zwar nicht berechtigt, aber mit Rücksicht auf § 253 immerhin noch diskutabel, so setzt der BGH das eindeutig falsche Signal, wenn er auch für Therapiemaßnahmen von Familienangehörigen, die auch oder sogar regelmäßig von fremden Pflegekräften ausgeführt werden, etwa die von der Mutter vorgenommenen Sprachübungen, jeglichen Ersatz versagt. Im Regelfall wird es nämlich so sein wie in der Schule, dass der Erfolg von professionellen Kräften nur dann zu einem nachhaltigen Erfolg führt, wenn die dortigen Übungen zu Hause unter Anleitung der Eltern nachgearbeitet und vertieft werden.¹⁷⁵² Dafür jeglichen Ersatz zu versagen,¹⁷⁵³ muss dazu führen, dass ein rationaler Geschädigter solche häuslichen Bemühungen unterlässt und in noch höherem Maße Marktleistungen in Anspruch nimmt, was zu einer weiteren Verteuerung des Ersatzes führt.

3. Ersatzfähige Dienstleistungen

254

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	ersatzfähige Dienstleistungen	ff.
Vermehrte Bedürfnisse	ersatzfähige Dienstleistungen	

¹⁷⁵⁰ *Kullmann* Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 59.

¹⁷⁵¹ *Grunsky* BB 1995, 937 (940).

¹⁷⁵² So ist es auch bei einem gesunden Kind, sonst wäre nicht erklärbar, dass das Bildungsniveau – in Deutschland – in so hohem Maß von der sozialen Schicht der Eltern abhängig ist. Prototypisch OLG Bamberg VersR 2005, 1593 = VRR 2006, 25 (*Luckey*): Versagen professioneller Einrichtungen, Besserung erst durch Aufgabe des Berufs des Vaters zur Koordinierung der Betreuungsmaßnahmen und Vertiefung zu Zeiten, in denen das Kind aufnahmebereit ist.

¹⁷⁵³ So zu Unrecht OLG Schleswig BeckRS 2008, 01932: Kein Ersatz für Übungen der Eltern mit dem Kind auf den Gebieten der Ergotherapie, Logopädie, Heileurythmie und Kinesiologie.

Wird die soeben beschriebene Schwelle überschritten, sind **Pflegedienstleistungen** ersatzfähig. Ersatzfähig sind demgemäß Pflegeleistungen bei schwer- und schwerstverletzten Personen. Ist eine ständige Anwesenheit bei der pflegebedürftigen Person geboten, wie das etwa bei spastischer Tetraplegie der Fall ist, wird das nicht mehr zum originären Aufgabengebiet der Eltern gezählt. Vielmehr wird insoweit die Parallele zu einer ärztlichen Rufbereitschaft gezogen, die marktmäßig durchaus bewertbar ist.¹⁷⁵⁴ Entsprechendes gilt für die **Begleitung** zu Arztbesuchen,¹⁷⁵⁵ während eine Begleitung in den Urlaub¹⁷⁵⁶ und zu sonntäglichen Ausflugsfahrten¹⁷⁵⁷ – zu Unrecht – abgelehnt,¹⁷⁵⁸ vom BGH aber nun ausdrücklich bejaht wurde.¹⁷⁵⁹ Zwar ging es in concreto um die Auslegung eines Vergleichs; Entsprechendes gilt aber für den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse an sich. Der BGH betont die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten für die Teilhabe am gesellschaftlichen und kulturellen Leben sowie unter Beachtung des Grundsatzes des vollen Schadensausgleichs die Herstellung eines Zustands, der dem ohne schädigendes Ereignis möglichst nahekommt. Bei einer – fast – blinden Person hat das OLG Frankfurt/M.¹⁷⁶⁰ einen Tagessatz von 20 EUR für eine Begleitperson gebilligt, wobei es berücksichtigt hat, dass der Lebenspartner manche Begleitung mit der Verletzten auch unternommen hätte, wenn sie gesund geblieben wäre.¹⁷⁶¹ Zu bedenken ist freilich, dass solche Begleitungen bei einer derart schwer verletzten Person eine andere Qualität haben; sollte die Lebensgemeinschaft zerbrechen, was nicht unwahrscheinlich ist, besteht jedenfalls ein Anspruch auf Anpassung der Rente nach § 323 Abs. 3 ZPO. Das OLG Celle¹⁷⁶² hat einen Anspruch abgelehnt, weil in dem über zehn Jahre dauernden Prozess keine Reise nachgewiesen wurde. Dogmatisch mag das stimmig sein; allein der Verletzte wird dadurch zum Bittsteller. Womöglich wurde die Reise auch deshalb nicht unternommen, weil kein Vorschuss geleistet wurde, so dass insoweit das Judiz der Stärkungsmittel-Entscheidung heranzuziehen wäre. Das OLG Brandenburg¹⁷⁶³ hat bei einer partiellen Pflege durch die Eltern diesen über die elf Stunden „Verhinderungspflege“, die von der Krankenversicherung des Verletzten übernommen worden sind, weitere 37 Tage zugebilligt, damit die Eltern Ausflüge und Urlaube – mit den anderen Kindern – unternehmen können. Ob die Eltern diese Zeit dafür nutzen, ist nicht maßgeblich, weil insoweit eine den Schädiger nicht entlastende überobligationsgemäße Anstrengung gegeben ist.

¹⁷⁵⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90.

¹⁷⁵⁵ BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*).

¹⁷⁵⁶ OLG Düsseldorf VersR 1995, 548; kritisch *Pardey Rn.* 1865.

¹⁷⁵⁷ OLG Stuttgart VersR 1977, 846; kritisch *Pardey Rn.* 1924.

¹⁷⁵⁸ So auch *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (272) unter Hinweis auf den Film „Ziemlich beste Freunde“; Anspruch auf Erstattung von Reise- und Unterkunftskosten für Begleitperson; OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*): Detaillierte Aufzählung der Reisemehrkosten.

¹⁷⁵⁹ BGH r + s 2020, 359: Begleitkosten für einen Urlaub nach Gran Canaria.

¹⁷⁶⁰ OLG Frankfurt / M. BeckRS 2008, 04229 = SP 2008, 12.

¹⁷⁶¹ *Zoll* NJW 2014, 967 (969): Gut vertretbare Schadensschätzung nach § 287 ZPO.

¹⁷⁶² OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-Verkr 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁷⁶³ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283.

Dieser Ansatz ist mE nicht auf die Pflege Schwerstverletzter beschränkt, sondern überall dort angebracht, wo Dienstleistungen an sieben Tagen der Woche zu erbringen sind.

255

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Abgelehnt hat das OLG Düsseldorf¹⁷⁶⁴ die verletzungsbedingten Aufwendungen für die Befriedigung sexueller Bedürfnisse nach dem einer **Prostituierten** zu bezahlenden Entgelt. Der Geschädigte hatte ins Treffen geführt, dass er seit der Verletzung keine Sexualpartnerin mehr finde und die Leistungen von Prostituierten in Anspruch nehmen müsse. Im Lichte der Anerkennung eines durchsetzbaren Anspruchs der Prostituierten auf das versprochene Entgelt nach Erbringung ihrer Leistung ist mE auch ein solcher Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse zu gewähren.¹⁷⁶⁵ Zuzustimmen ist auch **Lucky**,¹⁷⁶⁶ dass demjenigen, der schon vor dem Unfall – regelmäßig – zur Ausübung seines Sexualtriebs ein Bordell besucht hat und dem nunmehr höhere Kosten entstehen, weil die „Tarife“ von Prostituierten, die auf Behindertenbesuche spezialisiert sind, höher seien, die Differenz gebühre.

256

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Erbringt ein Familienangehöriger, der als Lenker oder Halter eines Kfz für die Verletzung des Geschädigten verantwortlich ist, Pflegedienstleistungen zugunsten des Verletzten, so steht ihm gegen den **Kfz-Haftpflichtversicherer** ein Rückgriffsanspruch zu.¹⁷⁶⁷ Durch seine Pflegedienstleistungen, mögen diese dem verletzten Familienangehörigen im Rahmen der Unterhaltspflicht auch geschuldet sein, soll nicht der einstandspflichtige Kfz-Haftpflichtversicherer entlastet werden.

4. Verhältnismäßigkeitsgrenze (§ 251 Abs. 2)

257

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Pflegedienstleistungen	Verhältnismäßigkeit	f.

¹⁷⁶⁴OLG Düsseldorf r + s 1997, 504; dazu **Pardey** Rn. 1853.

¹⁷⁶⁵So auch **Zoll** NJW 2014, 967 (971): Begrifflich schwer, insoweit einen Mehrbedarf zu verneinen; so auch **ders.** in FS L. Jaeger (2014), 473 (480) mit dem süffisanten Hinweis, mit welchem Betrag dieser Umstand bei der Schmerzengeldbemessung wohl Berücksichtigung gefunden habe.

¹⁷⁶⁶**Lucky**, Personenschaden, **Rn.** 1002.

¹⁷⁶⁷OLG München NJW-RR 1995, 1239, dazu **Ch. Huber** NZV 1997, 377 **ff.**; van Bühren/Lemcke/Jahnke/**Jahnke** Teil 4 **Rn.** 583.

Häufig gibt es mehrere Möglichkeiten bei der Inanspruchnahme des durch die Verletzung ausgelösten **Pflegebedarfs**. Der Geschädigte steht vor der Wahl zwischen der Unterbringung in einem Pflegeheim und dem Verbleib in den eigenen vier Wänden sowie der Inanspruchnahme familiärer Pflegedienstleistungen. Es gibt auch Zwischenlösungen,¹⁷⁶⁸ etwa die Unterbringung in einer Tagesheimstätte samt zusätzlichen Kosten für eine Pflegekraft zu Hause¹⁷⁶⁹ und eine Pflege zu Hause unter Heranziehung familienfremder Pfleger.¹⁷⁷⁰ Der Geschädigte kann nicht – unabhängig von der gewählten Restitutionsform – stets nach der teuersten Variante Ersatz verlangen;¹⁷⁷¹ er kann aber auch nicht auf die mit den geringsten Kosten verwiesen werden.¹⁷⁷² Vielmehr ist zu respektieren, dass bei den einzelnen Arten der Schadensbeseitigung seinem Restitutionsinteresse in verschiedenem Ausmaß Rechnung getragen wird.

258

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wenn die häusliche Betreuung im Verhältnis zur Unterbringung in einem Pflegeheim zu geringeren Kosten führt, sind die **Kosten bei familiärer Betreuung** ohne Weiteres ersatzfähig. Aber auch wenn die Unterbringung in einem Pflegeheim billiger wäre, muss sich der Geschädigte nicht auf diese Art der Schadensbeseitigung verweisen lassen, solange es nicht zu einem Missverhältnis zwischen den Kosten und der Qualität der Versorgung kommt.¹⁷⁷³ Die Bezugnahme auf den verständigen Geschädigten in der besonderen Lage des Geschädigten¹⁷⁷⁴ meint häufig die Reaktion bei Selbsttragung des Schadens,¹⁷⁷⁵ worauf es aber nicht ankommt.¹⁷⁷⁶ Dieser Ansatz ist als zusätzliches Hilfsargument zur zusätzlichen Begründung tauglich, wenn eine Ersatzpflicht schon auf diese Weise zu bejahen ist.¹⁷⁷⁷ Im Fall der Verneinung ist aber zu bedenken, dass es nicht nur einen Unterschied macht, sondern auch machen darf, ob eine Überwälzung auf einen Schädiger möglich ist, behilft sich doch insbesondere der finanziell schwache Geschädigte bei Selbsttragung des Schadens häufig mit Notlösungen, die er bei

¹⁷⁶⁸Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 604.

¹⁷⁶⁹OLG Köln VersR 1988, 61.

¹⁷⁷⁰OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.

¹⁷⁷¹OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; *Hoffmann* zfs 2007, 428 (429); Palandt⁷⁹/*Sprau* § 843 **Rn.** 3.

¹⁷⁷²OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.

¹⁷⁷³OLG Koblenz VersR 2002, 245; OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 21; *Pardey* **Rn.** 1922, 1958; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 **Rn.** 23.

¹⁷⁷⁴*Hoffmann* zfs 2007, 428 (429).

¹⁷⁷⁵So BGH NJW 2019, 362 (*Filthaut*) = ZVR 2019/102 (*Ch. Huber*) = HAVE 2018, 61 (*Ch. Huber*): Immerhin mit dem Hinweis, dass ein solcher Geschädigter einen solchen Schaden auch selbst tragen könnte.

¹⁷⁷⁶Kritisch auch *Luckey*, Personenschaden, **Rn.** 976.

¹⁷⁷⁷So OLG München DAR 2004, 651 (*Nettesheim*): Ersatzfähigkeit privatärztlicher Behandlung.

Überwälzbarkeit auf einen Schädiger nicht auf sich nehmen muss. Die Berufung auf die „Zumutbarkeit der Versichertengemeinschaft“¹⁷⁷⁸ ist eine Kategorie, die dem bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzrecht fremd ist.¹⁷⁷⁹ Infolge des Trennungsprinzips hat der Haftpflichtversicherer zu leisten, was sein Versicherungsnehmer, der Schädiger, an Ausgleich schuldet. Aber selbst bei Rekurrerung auf die Tragfähigkeit der Versichertengemeinschaft bzw. – worum es eigentlich geht – einer ausreichenden Eigenkapitalrendite für den Haftpflichtversicherer würde sich herausstellen, dass dieses Argument untauglich ist, weil zwar die Regulierung solcher Schwerstschäden mit beträchtliche Kosten verbunden ist, solche Fälle aber nicht so häufig auftreten.¹⁷⁸⁰ Bei einer Abwägung wird vielmehr zu berücksichtigen sein, dass häufig die Qualität der individuellen Betreuung durch Familienangehörige eine viel höhere sein wird als die Unterbringung in einer Pflegeeinrichtung. Die Annahme des Verhältnisses von 2:1 zwischen der Pflege zu Hause und der des besten Pflegeheims, insbesondere bei Minderjährigen,¹⁷⁸¹ mag diskutabel sein. Zu bedenken ist, dass der Schädiger eine solche Differenz auch beim Sachschaden zwischen Reparatur- und Totalschadensabrechnung¹⁷⁸² hinnehmen muss. Da die Integrität der Person das weitaus höherwertige Rechtsgut ist gegenüber dem Eigentum am Blech, wäre mE auch ein Verhältnis von 3:1 gut begründbar.¹⁷⁸³ Bedeutsam ist dabei, dass die jeweiligen Kosten betriebswirtschaftlich korrekt ermittelt werden.¹⁷⁸⁴ Die häufig beschworene Verweisung auf den „Einzelfall“¹⁷⁸⁵ führt zu einem Defizit an Rechtssicherheit, was sich im Regelfall zulasten des Anspruchstellers auswirkt. ME müsste selbst in Fällen der Unverhältnismäßigkeit der Geschädigte die Möglichkeit haben, die Kosten bis zu dieser Grenze ersetzt zu verlangen und den Rest selbst zu tragen.

5. Anrechnung von Vorteilen

259

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Pflegedienstleistungen	Vorteilsanrechnung	

¹⁷⁷⁸ Darauf abstellend *Hoffmann* zfs 2007, 428 (429); ablehnend *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (684).

¹⁷⁷⁹ *Ch. Huber* MedR 2008, 712 (713) Fn. 14.

¹⁷⁸⁰ Instrukтив *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283: Halbierung der schweren Personenschäden (solche mit mehr als 1 Tag stationären Aufenthalt) zwischen 1991 und 2016; *Scholten* DAR 2016, 631 (632): Bei Außerachtlassung der Leichtverletzten Personenschadensfälle im Verkehrsunfallrecht bloß 3 % der Regulierungsmasse; weitere quantitative Angaben zu schwer hirnerkrankten Unfallopfern bei *Vöcking*, 56. VGT 2018, 277 (278).

¹⁷⁸¹ *Hoffmann* zfs 2007, 428 (430).

¹⁷⁸² 130 % des Wiederbeschaffungswertes einerseits sowie Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwerts andererseits; vor allem bei Verwertung durch einen spezialisierten Restwertaufkäufer kann sich dieser schon einmal auf 35 % des Wiederbeschaffungswertes belaufen.

¹⁷⁸³ *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (683); *ders. in* FS G.Müller (2009), S. 35, 41 f.; zustimmend L. Jaeger VersR 2018, 1208 (1209); pauschaler *Zoll* NJW 2014, 967 (969): Verweis auf Treu und Glauben, noch weitergehend 973: Überschreitung der Opfergrenze sollte nur ausnahmsweise bejaht werden. Auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls abstellend und Ablehnung einer schematischen Obergrenze BGH NJW 2019, 362 (*Filthaut*) = ZVR 2019/102 (*Ch. Huber*) = HAVE 2018, 61 (*Ch. Huber*).

¹⁷⁸⁴ *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197 (202).

¹⁷⁸⁵ Dafür *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (288).

--	--	--

Im Rahmen der Vorteilsanrechnung kommt bei Unterbringung in einem Pflegeheim eine Ersparnis bei Wohn- und Verpflegungskosten in Betracht. Keine Anrechnung von Wohnkosten ist vorzunehmen, wenn noch ein Angehöriger dort wohnt,¹⁷⁸⁶ solange der verletzungsunabhängig dort gewohnt hätte, oder eine Chance besteht, dass die verletzte Person dorthin zurückkehrt.¹⁷⁸⁷ Eine Anrechnung ist auf den tatsächlichen Wert der Heimunterbringung begrenzt.¹⁷⁸⁸ Bei den Verpflegungskosten ist auf die individuellen Verhältnisse abzustellen, wobei die Spannbreite der Anrechnung der Ersparnis der häuslichen Verpflegung von 5 EUR¹⁷⁸⁹ bis 9 EUR reicht.¹⁷⁹⁰ Da der erzwungene Konsumverzicht den Schädiger nicht entlasten soll, ist es sachgerecht, eine Ersparnis in der Weise nach oben zu begrenzen, was die Verpflegung im Heim den Verletzten zu Hause gekostet hätte.¹⁷⁹¹ Sind die Kosten für die Verpflegung im Heim höher, liegt eine aufgedrängte – nicht zu berücksichtigende – Bereicherung vor. Obergrenze des Regresses des Sozialversicherungsträgers sind wiederum dessen tatsächliche Kosten unter Berücksichtigung des Umstands, dass eine Leistungserbringung für viele Personen Kostenvorteile bringt.¹⁷⁹² Bei einem in einem Pflegeheim untergebrachten Kind müssen sich die Eltern den ersparten Unterhalt anrechnen lassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein schwerbehindertes Kind manches Konsumgut wie Kinderfahrrad oder Winterbekleidung nicht in Anspruch nimmt; bei der Betreuung und Pflege hat das OLG München¹⁷⁹³ den Regelbedarf angesetzt, was bedenklich ist, weil den Eltern durch das Unterbleiben der Pflege kein Vermögensvorteil erwächst, sofern sie diesen Zeitraum nicht für eine berufliche Erwerbsarbeit nutzen bzw. – wegen der Betreuung weiterer Kinder – nutzen können. Die zusätzliche „Freizeit“ stellt mE eine nicht anrechnungspflichtige aufgedrängte ideelle Bereicherung dar. Bei einem Rollstuhlgewicht hat der Schädiger eingewendet, dass sich der Verletzte dadurch die Anschaffung eines sportlichen Fahrrads erspart habe, was das OLG Stuttgart¹⁷⁹⁴ wegen mangelnder Substantiierung nicht beachtet hat. Gegen eine Vorteilsanrechnung spricht, dass der Verletzte zwar die Anschaffung sich durchaus erspart hat, er aber auch auf den korrespondierenden „Genuss“ des Fahrens mit einem sportlichen Rad verzichten muss.

¹⁷⁸⁶KG BeckRS 2009, 11737 = jurisPR-VerkR 15/2009 Anm. 1 (*H. Lang*): Sohn bis zum Ende der Ausbildung; *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (39).

¹⁷⁸⁷Gegen jegliche Vorteilsausgleichung *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 *Rn.* 123; ähnlich *Zoll* NJW 2014, 967 (970): Großzügiger Maßstab anzulegen, Heimeinweisung darf kein Umzugskarussell in Gang setzen.

¹⁷⁸⁸OLG Hamm NZV 2001, 473; *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (38 *f.*); *Pauge* VersR 2007, 569 (573).

¹⁷⁸⁹OLG München NJW-RR 2007, 653: 5 EUR für ein Kind.

¹⁷⁹⁰Zur Orientierung an der Zuzahlung zur Kassenleistung bei einem Krankenhausaufenthalt gem. §§ 39 Abs. 4, 40 SGB V von derzeit 9 EUR *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 447.

¹⁷⁹¹OLG Saarbrücken BeckRS 2010, 24045; *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (141); *Pauge* VersR 2007, 569 (573).

¹⁷⁹²*Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (39).

¹⁷⁹³OLG München NJW-RR 2007, 653.

¹⁷⁹⁴OLG Stuttgart BeckRS 2012, 09676 = zfs 2012, 198 (*Diehl*).

6. Umfang ohne Einstellung einer Ersatzkraft

a) Zeitumfang

260

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Pflegedienstleistungen	zeitlicher Umfang	ff.

Die Rechtsprechung geht bei einer **Pflege durch Familienangehörige** davon aus, dass diese effizienter – weniger belastend und zeitaufwendig¹⁷⁹⁵ – durchgeführt werden kann als durch eine familienfremde Ersatzkraft.¹⁷⁹⁶ Das mag insoweit zutreffen, als ein Familienangehöriger sich sowohl um Tätigkeiten im Haushalt als auch die Pflege kümmert und gleichzeitig noch individuelle Maßnahmen im Rahmen der Resozialisierung.¹⁷⁹⁷ Es wird daher nicht der Maßstab angelegt, was einer fremden Kraft zu bezahlen wäre.¹⁷⁹⁸ Der Umfang wird über den Daumen gepeilt, was den Keim der Unterschätzung in sich trägt.¹⁷⁹⁹ Mitunter erfolgt eine Anlehnung an den an einzelnen Verrichtungen orientierten Zeitbedarfswerten der Pflegeversicherung (§§ 14 Abs. 4, 18 Abs. 1 SGB XI),¹⁸⁰⁰ was freilich bedenklich ist, weil es im Sozialrecht um eine Mindestversorgung geht, im Schadensrecht jedoch um vollen Ausgleich.¹⁸⁰¹ Vielmehr verweist man darauf, dass lediglich eine marktkonforme Abgeltung der jeweils konkreten Verrichtungen zu erfolgen habe.¹⁸⁰² Bei einer verletzungsbedingt erforderlichen Rund-um-die-Uhr-Betreuung kommt man auf Zeitwerte zwischen acht¹⁸⁰³ und zehn¹⁸⁰⁴ Stunden. Präziser ist es, das erforderliche Zeitausmaß durch nachvollziehbare Angaben der mit der Betreuung befassten Angehörigen und einem darauf aufbauenden Sachverständigengutachten unter Zugrundelegung

¹⁷⁹⁵ Höher SVR 2018, 23 (26).

¹⁷⁹⁶ BGH VersR 1986, 173; VersR 1978, 149; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke Teil 4 Rn. 583, 586; kritisch aber bei einem Schwerstverletzten BGHZ 140, 39 = NJW 1999, 421 = LM § 843 BGB Nr. 58 (Schiemann).

¹⁷⁹⁷ LG Bochum BeckRS 2012, 16390.

¹⁷⁹⁸ OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber MedR 2008, 712 ff.: (Unzulässige) Verquickung von geringerem Zeitaufwand mit geringerem Stundenlohn.

¹⁷⁹⁹ Ch. Huber MedR 2008, 712.

¹⁸⁰⁰ Luckey, Personenschaden, Rn. 973; Zoll NJW 2014, 967 (970): Indiz; so auch OLG Dresden BeckRS 2011, 27538; LG Köln SP 2011, 16; zu Recht ablehnend OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513.

¹⁸⁰¹ Instruktiv die Beispiele bei Höke, 56. VGT 2018, 265 (266 ff.): Anspruch auf Einhand-Rollstuhl sowie solchen mit Elektroantrieb sowie besonderen Prothesen, deren Kosten von gesetzlicher Krankenkasse nicht getragen werden.

¹⁸⁰² BGH VersR 1978, 149; OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber MedR 2008, 712 ff.; OLG Hamm NJW-RR 1994, 415.

¹⁸⁰³ OLG Hamm NJW-RR 1994, 415.

¹⁸⁰⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; OLG Koblenz VersR 2002, 244.

von Erfahrungswerten nach § 287 ZPO zu ermitteln.¹⁸⁰⁵ Dass bei Kindern geringere Zeitbudgets angenommen werden, erklärt sich daraus, dass diese auch im gesunden Zustand betreuungsbedürftig wären,¹⁸⁰⁶ also das Betreuungsgrundbedürfnis herauszurechnen ist,¹⁸⁰⁷ mag diese Art der Betreuung auch ganz andere Anforderungen stellen als die Pflege eines schwer verletzten Kindes. Selbst bei einem einjährigen Kind gibt es insoweit Unterschiede.¹⁸⁰⁸ Zu berücksichtigen ist dabei, dass mit zunehmendem Alter des Kindes dieser zu berücksichtigende Umstand kontinuierlich geringer wird¹⁸⁰⁹ und schließlich ganz wegfällt.¹⁸¹⁰ Bei einem gesunden Kind entfällt in den Bereichen der Selbstpflege ein Betreuungsaufwand ab dem 9. Lebensjahr, sieht man von gelegentlichem Verwaltungsaufwand ab, etwa bei Arztbesuchen.¹⁸¹¹ Die insoweit abgezogenen Zeitbedarfswerte müssten folgerichtig mit denen übereinstimmen, die bei § 844 Abs. 2 für ersatzfähig angesehen werden.¹⁸¹²

260a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wird ein Elternteil mit dem Kind stationär aufgenommen, gibt es dafür keinen Ersatz, sofern die aufnehmende Einrichtung die gesamte Pflege übernimmt.¹⁸¹³ Besucht ein behindertes Kind einen Kindergarten oder eine Schule oder eine Behindertenwerkstätte, sind diese Zeiten auszuklammern. Bei penibler Aufzeichnung zeigt sich, dass das häufig nur an 50 % oder 60 % der Tage des Jahres erfolgt.¹⁸¹⁴

261

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹⁸⁰⁵ OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513; OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.

¹⁸⁰⁶ OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; OLG Hamm NJW-RR 1994, 415.

¹⁸⁰⁷ *Luckey*, Personenschaden Rn. 977.

¹⁸⁰⁸ OLG Dresden BeckRS 2011, 27538: Allein bei Essenseinnahme 480 Minuten gegenüber 80 Minuten bei einem gesunden Kind. Zutreffender Hinweis, dass die Versagung eines Anspruchs in der Pflegeversicherung für das Schadensrecht nicht maßgeblich ist.

¹⁸⁰⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 182 (*Ch. Huber*): Steigerung von 3 auf 6,5 Stunden pro Tag.

¹⁸¹⁰ OLG Stuttgart MedR 2006, 719; *Ch. Huber* MedR 2008, 712 (713); OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513: Volljähriges Kind, Pflegebedarf 22 Stunden, Pflegestufe II gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI.

¹⁸¹¹ OLG Dresden BeckRS 2011, 27538; *Luckey*, Personenschaden, Rn. 982.

¹⁸¹² AA LG Münster BeckRS 2019, 9065 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 184 (*Ch. Huber*): Abzug von 7 Stunden pro Tag für ein 16- bis 19-jähriges Kind.

¹⁸¹³ OLG Dresden BeckRS 2011, 27538: Anders aber, soweit Vater nicht lediglich Begleitperson, sondern auch Grundpflege übernimmt.

¹⁸¹⁴ LG Münster BeckRS 2019, 9065 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 184 (*Ch. Huber*).

Sogenannte **Bereitschaftszeiten**, insbesondere in der Nacht,¹⁸¹⁵ sind von der Betreuungsperson entschädigungslos zu erbringen,¹⁸¹⁶ oder es wird dafür eine Pauschale im Ausmaß eines Almosens¹⁸¹⁷ oder von 1,¹⁸¹⁸ 2¹⁸¹⁹ oder auch 5,5¹⁸²⁰ Stunden **bzw.** ein Zuschlag von 10 %, ¹⁸²¹ 25 %, ¹⁸²² 30 %¹⁸²³ oder 50 %¹⁸²⁴ zugewilligt; das fallweise Einspringen einer fremden Ersatzkraft wird entweder in vollem Umfang¹⁸²⁵ oder mit einer Bagatelle entschädigt.¹⁸²⁶ Anerkannt wird, dass Bereitschaftszeiten bei einem schwer(st) geschädigten Kleinkind beschwerlicher sind als bei einem gesunden Kleinkind.¹⁸²⁷ Verwiesen wird darauf, dass in der Familie diese Zeiten zur Familienarbeit oder sonstiger Freizeitgestaltung genutzt werden können,¹⁸²⁸ wobei freilich Erledigungen außer Haus nicht möglich sind.¹⁸²⁹ Als Ansatzpunkt der Bemessung wird für maßgeblich angesehen ein „angemessener Ausgleich für die Beschneidung der Lebens- und Freizeitgestaltung“¹⁸³⁰ oder bloß eine angemessene Abgeltung der zusätzlichen Mühewaltung,

¹⁸¹⁵Zu den Kosten eines Pflegedienstes für eine Nachtbereitschaft für 5,5 Stunden in Höhe von 88 EUR OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.

¹⁸¹⁶OLG Schleswig BeckRS 2008, 00060.

¹⁸¹⁷OLG Koblenz VersR 2002, 244: 12 EUR für 14 Stunden Bereitschaft.

¹⁸¹⁸OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.

¹⁸¹⁹OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*); OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 **ff.**; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90.

¹⁸²⁰OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.

¹⁸²¹OLG Stuttgart MedR 2006, 719.

¹⁸²²OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 182 (*Ch. Huber*); OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513.

¹⁸²³OLG Oldenburg VersR 1993, 753.

¹⁸²⁴BGH NJW 2019, 362 (*Filthaut*) = ZVR 2019/102 (*Ch. Huber*) = HAVE 2018, 61 (*Ch. Huber*): Zurückverweisung durch den BGH, um zu prüfen, ob auf Basis von 50 % nicht auch 3 EUR Stundenlohn genug seien.

¹⁸²⁵OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.

¹⁸²⁶OLG Schleswig BeckRS 2008, 00060: Abgeltung nicht für 15 Minuten (LG), sondern 60 Minuten (OLG) einmal pro Woche bei einem schwerstgeschädigten Kind.

¹⁸²⁷Anschaulich unter Bezugnahme auf ein Sachverständigengutachten OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

¹⁸²⁸OLG Koblenz VersR 2002, 245.

¹⁸²⁹*Ch. Huber* in FS G. Müller (2009), 35 (55).

¹⁸³⁰OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*).

weil diese im Verhältnis zum Schädiger nicht unentgeltlich erfolgen soll¹⁸³¹ oder die Disposition eines verständigen Menschen in der besonderen Lage des Geschädigten.¹⁸³²

261a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Das erinnert eher an die Abgeltung von Unbill beim Schmerzensgeld als der Ermittlung einer Vermögenseinbuße bei marktkonformer Berechnung.¹⁸³³

261b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Eine solche Einschätzung verkennt indes, dass die effektive Nutzung solcher Zeiten für andere Zwecke durchaus eng begrenzt ist.¹⁸³⁴ Und im beruflichen Alltag sind eben auch Bereitschaftszeiten abzugelten.¹⁸³⁵ Während die Ärzteschaft darum inzwischen erfolgreich gekämpft hat,¹⁸³⁶ würde niemand auf die Idee kommen, eine Verkäuferin in einer Boutique nur für die Zeiträume zu entlohnen, in denen sie Kunden bedient, oder einen Feuerwehrmann nur dann, wenn es brennt.¹⁸³⁷ Dass solche Zeiträume mit einem geringeren Tarif abzugelten sind,¹⁸³⁸ steht auf einem anderen Blatt; sie aber herauszunehmen, eine tarifvertragliche Abgeltung zu versagen¹⁸³⁹ oder mit einer Pauschale von zwei Zeitstunden abzugelten,¹⁸⁴⁰ ist völlig

¹⁸³¹ OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-Verkr 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁸³² LG Münster BeckRS 2019, 9065 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 184 (*Ch. Huber*).

¹⁸³³ *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197 (204).

¹⁸³⁴ Realistisch die Einschätzung in OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513: Schlafen der Eltern im Schichtbetrieb, damit jeder Elternteil wenigstens 4–5 Stunden Schlaf am Stück zusammenbrachte.

¹⁸³⁵ OLG Koblenz VersR 2002, 245.

¹⁸³⁶ EuGH NJW 2018, 1073.

¹⁸³⁷ Darauf abstellend aber OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*).

¹⁸³⁸ So OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115: Für die Nachtbereitschaft 7,50 EUR, für die Tagesstunde 10 EUR; noch engherziger OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-Verkr 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*): Für die Tagesstunde 8 EUR, für die Nachtbereitschaft 6 EUR; dabei berücksichtigt, dass nicht lediglich Rufbereitschaft sondern Erfordernis aktiver Hilfeleistungen.

¹⁸³⁹ So OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*).

unangebracht. Um es auf den Punkt zu bringen: Die verletzte Person stundenlang nicht von ihren eigenen Fäkalien zu befreien, weil der Schädiger für Bereitschaftszeiten nicht aufzukommen hat, widerspricht in eklatanter Weise der Menschenwürde!¹⁸⁴¹ In einer bemerkenswerten Entscheidung hat das OLG Bamberg¹⁸⁴² dem Vater des Verletzten, der seine berufliche Erwerbstätigkeit als Maschinenbauingenieur aufgegeben hat, um sich der Förderung seines behinderten Sohnes zu widmen, den Ersatz seines Einkommens zugebilligt; und zwar unabhängig davon, wie viele Stunden für die Pflege und Betreuung des Verletzten erforderlich waren.¹⁸⁴³ Zu betonen ist, dass es sich bei der Frage, ob und in welchem Ausmaß solche Zeiten entschädigungspflichtig sind, um eine Rechts- und nicht eine Tatfrage handelt, somit vom Gericht zu entscheiden ist und nicht – allein – vom Sachverständigen,¹⁸⁴⁴ wobei darauf hinzuweisen ist, dass es insoweit nicht nur auf die Expertise eines Mediziners ankommt.¹⁸⁴⁵

b) Stundenlohn

262

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der maßgebliche Stundenlohn bewegt sich zwischen 6,¹⁸⁴⁶ 8,¹⁸⁴⁷ 10¹⁸⁴⁸ und 11 EUR,¹⁸⁴⁹ bei Spezialkenntnissen, die über die des Personals eines Krankenhauses hinausgehen, sogar 12

¹⁸⁴⁰ OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; OLG Koblenz VersR 2002, 245.

¹⁸⁴¹ *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (684).

¹⁸⁴² OLG Bamberg VersR 2005, 1593 = VRR 2006, 25 (*Luckey*); es dürfte kein Zufall sein, dass diese – geschädigtenfreundliche – Entscheidung nur in manchen Fachzeitschriften veröffentlicht wurde.

¹⁸⁴³ Zustimmend *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (684 f.).

¹⁸⁴⁴ OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.: So der völlig zutreffende Hinweis des Sachverständigen.

¹⁸⁴⁵ *Ch. Huber* in FS G. Müller (2009), 35 (49).

¹⁸⁴⁶ BGH NJW 2019, 362 (*Filthaut*) = ZVR 2019/102 (*Ch. Huber*) = HAVE 2018, 61 (*Ch. Huber*): Zurückverweisung durch den BGH, um zu prüfen, ob nicht auch 6 EUR Stundenlohn genug seien.

¹⁸⁴⁷ OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*).

¹⁸⁴⁸ KG VersR 2018, 1202 (*L. Jaeger*) = MedR 2018, 575 (*Ch. Huber*).

¹⁸⁴⁹ BGH NJW 1999, 2819; BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*); OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*): 9,92 EUR (BAT IXb); OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241: 10,23 EUR; NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.: 10,22 EUR, das nicht zu niedrig, deutlich über BAT X, 7,96 EUR; OLG Koblenz VersR 2002, 245; aA OLG Stuttgart MedR 2006, 719: 10 EUR zu wenig, weil dieser Betrag schon 1998 gezahlt worden ist; OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513: 11 EUR; OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-VerkR 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*).

EUR,¹⁸⁵⁰ wovon noch ein Abzug vorzunehmen ist, weil beim Einsatz von Familienangehörigen bloß der Nettolohn zugrunde gelegt wird.¹⁸⁵¹ Hinzuweisen ist darauf, dass wegen des typischerweise höheren Anforderungsprofils die Stundenlöhne über denen von Putzhilfen liegen sollten.¹⁸⁵² Bei besonderer Beschwerlichkeit werden Zuschläge gebilligt.¹⁸⁵³ Abhängig ist die Höhe darüber hinaus davon, ob es sich um Tätigkeiten handelt, die auch ungelernete Pflegekräfte ausführen könnten oder eine Einweisung und Anlernung erforderlich ist.¹⁸⁵⁴ Das geringer werdende Belastungsniveau wird als Dämpfungsfaktor angesehen,¹⁸⁵⁵ wobei geflissentlich übersehen wird, dass es vom (Mindest-)Lohn einer ungelerneten Hilfskraft eigentlich keine Abschläge gibt. Bei einer Differenzierung zwischen un- und angelernten Pflegekräften ist freilich zu beachten, ob eine derartige Aufspaltung in mehrere unterschiedlich qualifizierte Personen im konkreten Fall in Betracht käme, was dann zu verneinen ist, wenn die anspruchsvolleren Dienstleistungen über den Tag – und auch die Nacht – verteilt anfallen. Für die Koordination von Pflegekräften billigt das OLG Bremen¹⁸⁵⁶ eine zusätzliche Zeitstunde pro Tag zu (zum erheblich höheren Stundenlohn für eine Ersatzkraft beim Haushaltsführerschaden, wenn auch die Leitungsfunktion zu erbringen ist, → [Rn.](#) 199). Bei einem schwerstgeschädigten Kind hat das OLG Schleswig¹⁸⁵⁷ einen Abschlag vom Bruttolohn bloß im Ausmaß von 20 % anstelle von 30 % vorgenommen. Das OLG Hamm¹⁸⁵⁸ hat einen Abschlag beim Stundenlohn vorgenommen, weil die den Verletzten pflegende Mutter daneben noch vier weitere Kinder betreut hat.¹⁸⁵⁹ Das ist im

¹⁸⁵⁰OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 182 ([Ch. Huber](#)); ebenso für eine pflegerische Hilfskraft LG Münster BeckRS 2019, 9065 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 184 ([Ch. Huber](#)).

¹⁸⁵¹OLG Schleswig BeckRS 2008, 01932: 7 EUR netto; OLG Karlsruhe NJOZ 2005, 2853 = VersR 2006, 515: 7,20 EUR nach BAT VII; für eine Anhebung auf 12,50 EUR [Pardey Rn.](#) 1904 unter Verweis auf [Budel](#) zfs 1998, 81. Ähnlich [Luckey](#), Personenschaden [Rn.](#) 969: Zwischen 7,20 EUR und 9,92 EUR; [Zoll](#) NJW 2014, 967 (970) FN 42: zwischen 7,20 EUR und 10,23 EUR.

¹⁸⁵²Zum Haushaltsführerschaden bei Verletzung oben [Rn.](#) 199 [ff.](#), zu dem bei Tötung des Haushaltsführers § 844 [Rn.](#) 85 [ff.](#), wobei zu bedenken ist, dass der Anspruchsteller umso weniger Leitungsaufgaben wahrnehmen kann, je gravierender die Verletzung ist, so dass Bezugsgröße somit eher der Stundenlohn einer eigenverantwortlich tätigen Pflegekraft ist. [Vgl.](#) auch OLG Dresden BeckRS 2011, 27538: Pflegeleistungen der Eltern nicht auf Routinetätigkeiten begrenzt, dennoch bloß Zuspruch von 9 EUR pro Stunde.

¹⁸⁵³OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 869: Infolge starker Gewichtszunahme des Kindes; OLG Zweibrücken OLGR 1999, 153: Krankes Kind, das inaktiv.

¹⁸⁵⁴OLG Karlsruhe NJOZ 2005, 2853 = VersR 2006, 515: Erfordernis des Anlernens der Eltern für physiotherapeutische Übungen mit dem Kind, deshalb keine Fachkraft, sondern bloß Hilfskraft – 7,20 EUR nach BAT VII; [Hoffmann](#) zfs 2007, 428 (430).

¹⁸⁵⁵LG Münster BeckRS 2019, 9065 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 184 ([Ch. Huber](#)).

¹⁸⁵⁶OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.

¹⁸⁵⁷OLG Schleswig BeckRS 2008, 00060: Für das Jahr 2002 Stundenlohn von 8.54 EUR.

¹⁸⁵⁸OLG Hamm NJW-RR 1994, 415.

¹⁸⁵⁹AA OLG Dresden BeckRS 2011, 27538: Weder Abschlag beim Stundenlohn noch beim Zeitbudget, weil in einer Familie mit 7 Kindern andere Geschwister Pflegeaufgaben übernommen haben. Das ist durchaus plausibel.

konkreten Fall durchaus diskutabel. Ansonsten ist der Umstand, dass sich bei der Pflege im Familienverbund Rationalisierungsvorteile ergeben, nur im Rahmen des Zeitbudgets zu beachten, nicht aber auch noch beim Stundenlohn.¹⁸⁶⁰ Die hM nimmt eine Differenzierung zwischen Brutto- und Nettokosten vor, die bei den vermehrten Bedürfnissen ebenso fragwürdig ist wie beim Haushaltsführerschaden.¹⁸⁶¹ Wie dort ist der Netto-Stundenlohn ein untauglicher Ansatzpunkt; maßgeblich sind wie dort die Arbeitskraftkosten, was zu einer Steigerung um mindestens das Doppelte führen würde.¹⁸⁶² Allein schon die Berücksichtigung von Weihnachts- und Urlaubsgeld, Feiertagen, Urlauben und Krankenständen würde zu um ein Drittel höheren Werten führen.¹⁸⁶³ Stellen die Eltern eine Haushaltshilfe ein, um sich der Pflege des Kindes widmen zu können, sind diese Kosten mE ebenso ersatzfähig¹⁸⁶⁴ wie – in den Grenzen des § 251 Abs. 2 – der entgangene Verdienst bei Aufgabe einer beruflichen Erwerbstätigkeit,¹⁸⁶⁵ wobei es sich jeweils um einen Anspruch des Verletzten handelt. Das KG lehnt das mit der Begründung ab, dass das nur gelte, wenn andere Betreuungswege fehlgeschlagen seien; beim Blechschaden sind freilich die Kosten der Werkstätte des Vertrauens auch nicht erst dann ersatzfähig, wenn eine 0815-Werkstätte gescheitert ist. Die in Sonntagsreden so häufig beschworene besondere Wertigkeit der körperlichen Integrität hat bei der konkreten Schadensregulierung einen geringeren Stellenwert als das Blech.¹⁸⁶⁶

262a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Das OLG Düsseldorf¹⁸⁶⁷ hat darauf hingewiesen, dass über den nach § 3 S 1 Nr. 1a SGB VI abzuführenden Sozialversicherungsbeitrag ein weitergehender ersatzfähig sein kann, um eine gegenüber der bisherigen beruflichen Erwerbstätigkeit vergleichbare Alterssicherung aufzubauen. Erwägenswert könnte sein, dass die verletzte Person die Betreuungsperson zu den Konditionen einer entsprechend qualifizierten Ersatzkraft oder zu denen ihrer bisherigen beruflichen Erwerbstätigkeit einstellt, wobei bei einem Minderjährigen zu beachten sein wird, dass dafür die

¹⁸⁶⁰So BGHZ 106, 28; kritisch aber BGHZ 140, 39 = NJW 1999, 421 = LM § 843 BGB Nr. 58 (*Schiemann*).

¹⁸⁶¹Kritisch zu einer Geringer-Bewertung auch *Schiemann*, Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 58.

¹⁸⁶²Näheres dazu bei *Ch. Huber* in FS G. Müller (2009), 35 (59): Umsetzung betriebswirtschaftlicher Binsenweisheiten.

¹⁸⁶³*Ch. Huber* MedR 2018, 579 (580).

¹⁸⁶⁴*Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1995), S. 381; aA *Pardey* Rn. 1905.

¹⁸⁶⁵OLG Bamberg VersR 2005, 1593 = VRR 2006, 25 (*Luckey*): Nahezu gleiche Kostenbelastung bei außerhäuslicher Pflege; für eine Beschränkung auf den Marktwert der Pflegekosten van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 587.

¹⁸⁶⁶*Ch. Huber* MedR 2018, 579 (580).

¹⁸⁶⁷OLG Düsseldorf NJOZ 2009, 3427 = SP 2008, 255: In concreto freilich außerordentlich restriktiv, weil bei der Pflege eines Kindes mit Tetraplegie und Aufgabe der beruflichen Tätigkeit der Mutter als diplomierte Krankenschwester nur Tätigkeiten einer professionellen Pflegekraft zum ersatzfähigen Leistungsspektrum gezählt worden sind.

Zustimmung des Familiengerichts erforderlich sein wird. Geht der Betreuungsbedarf über die übliche 40-Stunden-Woche hinaus, ergeben sich Grenzen aus dem zugunsten des Arbeitnehmers zwingenden Arbeitszeitgesetz.¹⁸⁶⁸ Beachtlich ist schließlich auch die regionale Dimension.¹⁸⁶⁹ In städtischen Ballungsgebieten ist zum Tariflohn kaum eine Pflegekraft zu bekommen, was auch Auswirkungen haben muss auf die Bewertung des Einsatzes von Angehörigen.¹⁸⁷⁰ Das OLG Dresden¹⁸⁷¹ hat auf die sich aus dem Tariflohn ergebenden Erhöhungsposten hingewiesen, das aber als zu kompliziert abgetan und schlussendlich – frei gegriffen? – einen Stundenlohn von 9 EUR festgesetzt.¹⁸⁷² Wie in allen anderen Konstellationen einer Rente ist mE eine Indexbindung geboten, um auch die eintretende Inflation zu erfassen.

c) Größenordnung

263

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Auch wenn zu bedenken ist, dass jeder Fall ein bisschen anders liegt und dem Postulat der konkreten Schadensberechnung Rechnung zu tragen ist, so ist es beeindruckend, welche unterschiedliche Beträge für angemessen erachtet werden. Da der BGH zur Höhe des Anspruchs unter Berufung auf das große trichterliche Ermessen bei der Schätzung nach § 287 ZPO sich – anders als bei den ersatzfähigen Mietwagenkosten, wozu es mehr als 50 BGH Entscheidungen im Zeitraum zwischen 2000 und 2020 gibt – häufig einer Stellungnahme überhaupt enthält oder es allenfalls dabei bewenden lässt, ob ein konkret ermittelter Betrag noch vertretbar ist oder nicht, sofern er eine diesbezügliche Revision überhaupt annimmt, fehlt es der Praxis an greifbaren Anhaltspunkten in der höchstrichterlichen Judikatur.¹⁸⁷³ Eine weitere Unsicherheit resultiert daraus, dass es anders als beim Haushaltsführerschaden keine Tabellen gibt, an die angeknüpft werden könnte. Ungeachtet regionaler Unterschiede sollten für Verletzte, die rund um die Uhr pflegebedürftig sind, einigermaßen gleich hohe Beträge herauskommen. Auch wenn die zuerkannten Beträge im Zeitablauf wegen der Steigerung der Löhne von Pflegekräften nicht ohne Weiteres vergleichbar sind, sei darauf verwiesen, dass der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1985¹⁸⁷⁴ umgerechnet 900 EUR pro Monat als an der Obergrenze liegend angesehen hat, das OLG Düsseldorf¹⁸⁷⁵ 2.650 EUR zugebilligt hat, während in einem vom OLG Bremen¹⁸⁷⁶ zu

¹⁸⁶⁸ *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (681); *ders.* in FS G. Müller (2009), 35 (53).

¹⁸⁶⁹ *Balke* SVR 2012, 2012 (47), 48: Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage vor Ort.

¹⁸⁷⁰ *Pardey* in Dautert/Jorzig, *Arzthaftung* (2009), 1 (33); optimistischer die Einschätzung (zum Haushaltsführerschaden) von *Balke* SVR 2012, 47 (48): TVöD nur, wenn Nachweis gelingt, dass zu einem geringeren Entgelt keine Hilfskraft zu finden sei.

¹⁸⁷¹ OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.

¹⁸⁷² Ebenso OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.

¹⁸⁷³ Dazu *Scholten* DAR 2016, 631 (632): Sachschadensrecht „ungleich ausgearbeiteter“; Personenschadensrecht die „komplexere und damit fehleranfälliger Materie“.

¹⁸⁷⁴ BGH VersR 1986, 59 im Anschluss an OLG Nürnberg VersR 1986, 173.

¹⁸⁷⁵ OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90.

beurteilenden Sachverhalt zunächst anstandslos 21.000 EUR bezahlt wurden und das OLG schließlich immerhin noch 9.000 EUR zuerkannt hat, das LG Bochum immerhin 12.900 EUR.¹⁸⁷⁷ Meist bewegt sich der Ersatz bei ca. 3.000 EUR pro Monat.¹⁸⁷⁸ Auch insoweit ist – entsprechend zum Haushaltsführerschaden, → [Rn.](#) 197, 205 – fraglich, ob der Einsatz einer Pflegekraft der passende Ansatzpunkt ist oder nicht vielmehr die Kosten eines Pflegedienstes, dessen Kosten häufig beim Doppelten liegen.¹⁸⁷⁹ Häufig wird ein darunter liegender Bemessungsansatz für passend angesehen.¹⁸⁸⁰ Nachdrücklich sei darauf hingewiesen, dass es im Schadensrecht um Ausgleich der verursachten Einbuße geht, bei der Pflegeversicherung hingegen um eine (symbolische) materielle Anerkennung, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Entscheidung zur gesetzlichen Pflege durch Angehörige nicht abhängig ist von der Höhe der Vergütung, die eine professionelle Pflegekraft für diese Leistung erhält.¹⁸⁸¹

7. Ersatz der Kosten für die Rentenversicherungsbeiträge der unentgeltlich tätig werdenden Pflegekraft gem. § 44 SGB XI

264

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Pflegedienstleistungen	Rentenversicherungsbeiträge	

Die Sozialgesetzgebung hat eine erste Bresche gegen die Begrenzung des Stundenlohnes auf den Nettosatz einer Pflegekraft bei Tätigwerden von Familienangehörigen geschlagen. Wenn der Familienangehörige, der noch nicht 65 Jahre alt ist, den Verletzten gem. § 3 S. 1 Nr. 1a SGB VI wenigstens 14 Stunden wöchentlich in häuslicher Umgebung pflegt, und nach § 44 SGB XI nicht mehr als 30 Stunden pro Woche beruflich erwerbstätig ist, ist der Pflegeversicherer dem Rentenversicherer gegenüber verpflichtet, für die Pflegeperson Rentenbeiträge abzuführen. Der BGH¹⁸⁸² hat entschieden, dass auch diese Rentenversicherungsbeiträge sachlich kongruent und vom Regress des Pflegeversicherers nach § 116 SGB X erfasst sind. Den Umstand, dass diese Beiträge nicht dem Verletzten zustehen, sondern gem. § 170 Abs. 1 Nr. 6a SGB VI und § 44 Abs. 1 SGB XI direkt vom Pflege- an den Rentenversicherer abzuführen sind, hat er zu Recht als technische Ausgestaltungsfrage qualifiziert. [Schiemann](#)¹⁸⁸³ hat dafür zusätzlich auf den Wortlaut

¹⁸⁷⁶OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.

¹⁸⁷⁷LG Bochum BeckRS 2012, 16390.

¹⁸⁷⁸[Ch. Huber](#) in FS G. Müller (2009), 35 (41).

¹⁸⁷⁹[Ch. Hube](#) MedR 2008, 712 (715) unter Hinweis auf OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115: Stundenlohn des Pflegedienstes 16 EUR, für den Vater 7,50 EUR.

¹⁸⁸⁰[Kreuter-Lange](#) in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 17 [Rn.](#) 122a.

¹⁸⁸¹[Heinz](#) PflR 2016, 278 (280).

¹⁸⁸²BGHZ 140, 39 = NJW 1999, 421 = LM § 843 BGB Nr. 58 ([Schiemann](#)); zustimmend Staudinger/[Vieweg](#) (2015) § 843 [Rn.](#) 105; dazu Bamberger/Roth/[Spindler](#) (52. Edition) § 843 [Rn.](#) 14; [Küppersbusch/Höher](#) [Rn.](#) 697; [Pardey](#) [Rn.](#) 1985.

¹⁸⁸³[Schiemann](#) Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 58.

des § 116 SGB X verwiesen, der lediglich verlangt, dass eine bestimmte Leistung aufgrund des Schadensereignisses zu erbringen ist. Wenn die Sozialgesetzgebung auf diesem Weg voranschreitet, ist die Einschätzung von *Schiemann*¹⁸⁸⁴ zu teilen, dass dadurch ein Beitrag geleistet wird, die derzeit bestehende Kluft zwischen den Bruttobeträgen bei Einstellung fremder Ersatzkräfte und den Nettokosten bei Einspringen von Familienangehörigen zu vermindern. Das OLG Düsseldorf¹⁸⁸⁵ ist noch einen zusätzlichen Schritt gegangen, indem es – jedenfalls im Prinzip – anerkannt hat, dass Rentenversicherungsbeiträge zum Aufbau einer Alterssicherung in einem weiteren Maß ersatzfähig sind, wenn die Betreuungsperson ihre bisherige berufliche Erwerbstätigkeit – als diplomierte Krankenschwester – aufgibt.

8. Rehabilitationsmanagement

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Pflegedienstleistungen	Rehabilitation	f.

264a

Bei Schwerstverletzungen ist eine möglichst rasche Primärversorgung des Verletzten besonders bedeutsam. Darüber hinaus kommt es darauf an, in der nachfolgenden Phase für eine familiäre, soziale und berufliche Wiedereingliederung zu sorgen.¹⁸⁸⁶ Den umfassendsten Leistungskatalog unter Einschluss von Spezialkliniken hat nach §§ 26 ff. SGB VII die gesetzliche Unfallversicherung; nur diese verfolgt einen ganzheitlichen Ansatz,¹⁸⁸⁷ während ansonsten häufig infolge fehlender Kooperation zwischen Akutklinik und Rehaklinik nach der Akutversorgung eine Rehabilitationslücke besteht.¹⁸⁸⁸ Zudem gibt es in der gesetzlichen Unfallversicherung keine Zuzahlungen.¹⁸⁸⁹

264b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Auch viele Haftpflichtversicherer unterhalten seit Mitte der 90er Jahre Reha-Dienste.¹⁸⁹⁰ Die Zielsetzung von Anspruchsteller und Haftpflichtversicherer ist im Ausgangspunkt die gleiche, nämlich die möglichst umfassende Wiederherstellung. Es bestehen aber insoweit unterschiedliche Akzente, als es dem Verletzten darum geht, ein einigermaßen selbstbestimmtes und auch sinnerfülltes Leben führen zu können;¹⁸⁹¹ beim Haftpflichtversicherer liegt der

¹⁸⁸⁴ *Schiemann* Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 58.

¹⁸⁸⁵ OLG Düsseldorf NJOZ 2009, 3427 = SP 2008, 255.

¹⁸⁸⁶ *Höher* SVR 2018, 23.

¹⁸⁸⁷ *Vöcking*, 56. VGT 2018, 277 (280); *Kampen* SVR 2014, 401 (403).

¹⁸⁸⁸ *Grützner*, 56. VGT 2018, 257 (259).

¹⁸⁸⁹ *Buchholz* VGT 2014, 63 (68).

¹⁸⁹⁰ *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (290).

¹⁸⁹¹ Einfühlsames Beispiel bei *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (291 f.): Schwer verletzter Student (Bauingenieurwesen) findet Erfüllung in der Musik mit durch vom Reha-Dienst finanzierten speziell konstruiertem Saxophon.

Schwerpunkt darin, eine Investition zu tätigen, die sich langfristig rechnet, indem bei – jedenfalls partieller – Mobilisierung des Verletzten durch die Ersparnis bei künftigen Ersatzleistungen die Ersparnis größer ist als die zunächst getätigte Investition.¹⁸⁹² Dabei ist gegenseitiges Vertrauen hilfreich,¹⁸⁹³ ein solches kann sich für den Verletzten aber auch als Bumerang erweisen.¹⁸⁹⁴ Betont wird, dass die Teilnahme am Reha-Management freiwillig ist¹⁸⁹⁵ – entsprechend dem Code of Conduct.

IX. Kosten einer Behindertenwerkstätte

265

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Behindertenwerkstatt	
Behindertenwerkstatt	Kostentragung	

Mitunter ist die vom Schädiger zu verantwortende Verletzung des Geschädigten so schwerwiegend, dass eine Reintegration in den primären Arbeitsmarkt nicht in Betracht kommt. Es geht sodann um eine Beschäftigungstherapie in einer Behindertenwerkstätte, deren Kosten oft höher liegen als der wirtschaftliche Ertrag der Tätigkeit des Verletzten. Der Verletzte ist durch Aufnahme einer Tätigkeit, mögen deren Voraussetzungen in der Folge auch wegfallen, in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert, mit der Folge, dass dem Rentenversicherungsträger ein Regressanspruch nach § 119 SGB X wegen der während einer Tätigkeit als Gesunder begründeter Rentenversicherungsbeiträge gegen den Haftpflichtigen zusteht.¹⁸⁹⁶

265a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Ersatzpflichtigen lehnen die Kosten dieser besonderen „Freizeitgestaltung“ ab und verweisen darauf, dass eine solche nicht medizinisch indiziert sei. Das OLG Hamm hat in zwei überaus einfühlsamen Entscheidungen¹⁸⁹⁷ die Kosten gleichwohl zuerkannt. Es hat zu Recht darauf verwiesen, dass eine solche Beschäftigungstherapie bei Ausfall anderer Freizeitbetätigungen besondere Bedeutung habe und dem Verletzten die Chance eröffne, dem Leben wieder einen

¹⁸⁹² Höher SVR 2018, 23 (24 ff.) mit dem Hinweis, dass es für den Haftpflichtversicherer sinnvoll sein kann, sogar bei einer Mithaftung die vollen Kosten zu übernehmen. Auf den Interessenwiderstreit hinweisend Scholten DAR 2016, 631 (640).

¹⁸⁹³ Höher SVR 2018, 23 (24).

¹⁸⁹⁴ Scholten DAR 2016, 631 (640).

¹⁸⁹⁵ Werwigk, 56. VGT 2018, 283 (291).

¹⁸⁹⁶ BGH NZV 2016, 29.

¹⁸⁹⁷ OLG Hamm DAR 2001, 308; VersR 1992, 459.

Sinn zu geben, diese sein Selbstwertgefühl stärken sowie gesellschaftliche Anerkennung und soziale Kontakte vermitteln.¹⁸⁹⁸ Zudem vermeide es einen geistigen Abbau und helfe gegen Aggressionen.¹⁸⁹⁹ Selbst wenn das Sozialrecht solche Tätigkeiten nur zeitlich begrenzt finanzieren sollte, hat der Verletzte gegenüber dem Haftpflichtversicherer einen weitergehenden, zeitlich unbegrenzten Anspruch.¹⁹⁰⁰ Da es sich insoweit um einen Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse handelt, besteht daneben ein Anspruch wegen des Erwerbsschadens.¹⁹⁰¹

X. Sachliche Kongruenz von Leistungen der Sozialversicherungsträger

266

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	sachliche Kongruenz von Leistungen der Sozialversicherungsträger	ff.

Soweit ein Sozialversicherungsträger Leistungen erbringt, die zum Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse sachlich kongruent sind, steht ihm bei Bestehen einer Sozialversicherungspflicht ein **Regressanspruch** nach § 116 SGB X zu, der im Zeitpunkt der Verletzung übergeht – und zwar über den Wortlaut hinaus auch bei vertraglichen Ansprüchen.¹⁹⁰² Ohne Bestehen einer Sozialversicherungspflicht ist für den Rechtsübergang der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem nach den konkreten Umständen eine Leistungspflicht ernsthaft in Betracht kommt mit der Folge,¹⁹⁰³ dass der Anspruch auf den Sozialversicherungsträger so übergeht, wie er beim Verletzten bestanden hat.¹⁹⁰⁴ Der Schadensersatzanspruch des Verletzten geht sowohl bei Pflicht- als auch Ermessensleistungen grundsätzlich im Zeitpunkt der Verletzung auf den Sozialversicherungsträger über. Das gilt aber nur dann, wenn der Sozialversicherungsträger eine Leistung auch erbringt. Stellt der Verletzte bei einem behinderungsbedingtem Anbau keinen Antrag auf einen Zuschuss nach § 40 Abs. 4 SGB XI, kommt es auch zu keinem Anspruchsübergang;¹⁹⁰⁵ Entsprechendes gilt für § 41 Abs. 1 SGB VII.¹⁹⁰⁶ Bei vorsätzlicher

¹⁸⁹⁸ Ebenso *Höke*, 56. VGT 2018, 265, 266: Teilhabe am Arbeitsleben bedeutet auch Strukturierung des Alltags, soziale Kontakte und Anerkennung.

¹⁸⁹⁹ Ebenso OLG Oldenburg 5 U 76/12.

¹⁹⁰⁰ So auch *Zoll* NJW 2014, 967 (970).

¹⁹⁰¹ *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (41); BGH VersR 2015, 1048.

¹⁹⁰² OLG Oldenburg 5 U 76/12: Anspruch gegen den Krankenhausträger nach einem ärztlichen Kunstfehler.

¹⁹⁰³ BGH NJW-RR 2009, 1534.

¹⁹⁰⁴ OLG Oldenburg 5 U 76/12: Beschäftigung in einer Behindertenwerkstätte bei Geburtsschaden noch nicht absehbar; Beschränkung der Ansprüche auf den Zeitraum nach Vollendung des 18. Lebensjahres, deklaratorisches Anerkenntnis.

¹⁹⁰⁵ OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283.

¹⁹⁰⁶ *Kampen* SVR 2014, 401 (405).

strafgesetzwidriger Verletzung steht dem Opfer ein Anspruch auf eine Grundrente nach § 31 BVG zu, die den Mehrbedarf abdecken soll; sie hat keine Lohnersatzfunktion und dient – anders als die Ausgleichsrente nach § 32 BVG und der Berufsschadensausgleich nach § 30 Abs. 3 ff. BVG – nicht der Bestreitung des Lebensunterhalts, weshalb insoweit keine sachliche Kongruenz zum Erwerbsschaden gegeben ist.¹⁹⁰⁷ Soweit es um den Übergang von Rentenversicherungsbeiträgen in einer geschützten Werkstätte nach § 179 Abs. 1 a SGB VI geht, soll es auf den Zeitpunkt der Entrichtung der Beiträge ankommen, was der BGH¹⁹⁰⁸ mit dem Wortlaut begründet; überzeugender wäre eine systematische Einbettung in den Kontext des § 116 SGB X und ein Übergang im Zeitpunkt der Verletzung. Ebenso nimmt der BGH¹⁹⁰⁹ einen Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger an, wenn dieser infolge unterlassener Weiterleitung eines Antrags an die zuständige gesetzliche Unfallversicherung gegenüber dem Verletzten nach § 14 Abs. 1 SGB IX zuständig geworden ist; darüber hinaus hat er – ohne weitere Begründung auch einen Übergang von Beiträgen zur Krankenversicherung angenommen. Diese Entscheidung ist zu Recht kritisiert worden, weil infolge des nach § 116 SGB X erfolgten Anspruchsübergangs auf die gesetzliche Unfallversicherung beim Verletzten kein Anspruch mehr gegeben war, bei dem durch unterlassene Weiterleitung eine Aktivlegitimation des Sozialhilfeträgers bewirkt werden hätte können; zudem, stellt der Wortlaut des § 179 Abs. 1 a SGB VI lediglich auf die Rentenversicherungsbeiträge ab. Eine sachliche Kongruenz zwischen Pflegegeld und vermehrten Bedürfnissen besteht in Bezug auf Pflege- und Betreuungsbedarf sowie Haushaltshilfe.¹⁹¹⁰ Entsprechendes gilt für das Landesblindengeld.¹⁹¹¹ Die Ablehnung eines Antrags auf Erhöhung solcher Leistungen durch den Sozialversicherungsträger muss der Ersatzpflichtige gegen sich gelten lassen, ohne dass dem – vermeintlich – Anspruchsberechtigten ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorzuwerfen ist, wenn er dagegen kein Rechtsmittel ergreift. Für den Ersatzpflichtigen ändert sich nämlich dadurch am Ausmaß seiner Einstandspflicht nichts; es geht allein um die Frage, an wen er leisten muss, den Verletzten oder den Sozialversicherungsträger.¹⁹¹² Bei den Sachleistungen ist zu beachten, dass der Sozialversicherungsträger nur bei gering wertigen Gütern diese dem Verletzten übereignet, während er bei höherwertigen diese gem. § 40 Abs. 3 SGB XI dem Verletzten bloß kostenlos zur Verfügung stellt.¹⁹¹³ Dementsprechend kann er nur bei Übereignung die Anschaffungskosten verlangen, während er bei Überlassung des Gebrauchs über die Instandhaltungskosten hinaus die jeweilige Abschreibung begehren kann.¹⁹¹⁴

267

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

¹⁹⁰⁷BGH zfs 2016, 440 (*Diehl*) = ZVR 2016/100 (*Ch. Huber*).

¹⁹⁰⁸BGH VersR 2014, 1025.

¹⁹⁰⁹BGHZ 204, 44 = jurisPR-VerkR 17/2015 Anm. 1 (*Lang*) = NJ 2015, 513 (*Lauterbach*) = r + s 2015, 264 (*Lemcke*).

¹⁹¹⁰BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*).

¹⁹¹¹OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.

¹⁹¹²BGHZ 159, 318 = NJW 2004, 2892 = LMK 2005, 5 (*Fuchs*) = SVR 2004, 467 (*Schröder*) = jurisPR-BGHZivilR 34/2004 Anm. 1 (*Baukelmann*).

¹⁹¹³*Küppersbusch/Höher* Rn. 692.

¹⁹¹⁴Für eine Beschränkung auf die geringeren Instandhaltungskosten *Küppersbusch/Höher* Rn. 693.

--	--	--

Bei den Pflegedienstleistungen kommt es nicht darauf an, ob eine Leistung des Sozialversicherungsträgers an den Verletzten erfolgt oder an die Betreuungsperson, wie das beim Kinderpflegekrankengeld nach § 45 SGB V der Fall ist, das an die Eltern des verletzten Kindes gezahlt wird.¹⁹¹⁵ Entsprechendes gilt, wenn der Sozialhilfeträger sich beim Schädiger wegen einer an den Arbeitgeber des Verletzten geleisteten Eingliederungshilfe regressiert oder wenn nach einem unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch bloß die Mutter einen Anspruch gegen den Schädiger wegen einer erhöhten Unterhaltsbelastung hat, dem behinderten Kind selbst aber kein Anspruch zusteht.¹⁹¹⁶ Mag die Mutter, die das Kind pflegt, wegen einer Aufsichtspflichtverletzung auch neben dem Schädiger haften, kann sich der Schädiger bei einem Schadensersatzanspruch des Kindes nicht darauf berufen, dass die Mutter durch die Pflege ihn von seiner Verpflichtung befreie; es liegt keine Gesamtschuld vor, weil nach § 843 Abs. 4 der Unterhaltsanspruch gegenüber dem Schadensersatzanspruch subsidiär ist und es an einer Gleichstufigkeit für das Vorliegen einer Gesamtschuld fehlt.¹⁹¹⁷ Wird ein schwer behindertes Kind in einem heilpädagogischen Kindergarten betreut, sind die aus einer Mischkalkulation für unterschiedlich behinderte Kinder ergebenden Pflegesätze zu ersetzen, wobei davon die Kosten der Unterbringung in einem Kindergarten für gesunde Kinder in Abzug zu bringen sind.¹⁹¹⁸ Wird Pflegegeld geleistet, kann bei bloß anteiliger Haftung des Schädigers und der Anwendung der relativen Theorie nach § 116 Abs. 3 S 3 SGB X der Verletzte das erbrachte Pflegegeld nicht bloß auf die elf Stunden für die Versorgung während des Tages beziehen; vielmehr hat eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen, so dass auch die sechs Stunden während der Nacht einzubeziehen sind.¹⁹¹⁹ Bei den Leistungen der Pflegeversicherung ist eine sachliche Kongruenz zu bejahen in Bezug auf die Versorgung des Haushalts für den Verletzten selbst¹⁹²⁰ sowie die Tätigkeiten, die ein Gesunder stets allein erledigen würde.¹⁹²¹ Der Unfallausgleich eines Beamten wird zwar berechnet nach dem Prozentsatz der Minderung der Erwerbsfähigkeit, dient aber der Abdeckung vermehrter Bedürfnisse und ist nur in Bezug auf einen solchen Schadensersatzanspruch sachlich kongruent.¹⁹²² Die Verletztenrente, die einem minderjährigen

¹⁹¹⁵Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 629.

¹⁹¹⁶BGH NJW 2004, 3176.

¹⁹¹⁷BGHZ 159, 318 = NJW 2004, 2892 = LMK 2005, 5 (*Fuchs*) = SVR 2004, 467 (*Schröder*) = jurisPR-BGHZivilR 34/2004 Anm. 1 (*Baukelmann*).

¹⁹¹⁸LG Oldenburg VersR 2009, 367 (*Sitz*).

¹⁹¹⁹BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*).

¹⁹²⁰BGH NJW 1997, 256: Nicht in Bezug auf den Erwerbsschaden, der in der Haushaltsführung für andere Familienmitglieder besteht.

¹⁹²¹BGH NJW 2003, 1455; BGHZ 146, 108 = NJW 2001, 754 = LM § 116 SGB X Nr. 23 (*Schmitt*) = r + s 2001, 112 (*Lemcke*) = EWiR 2001, 183 (*van Bühren*) = PVR 2001, 83 (*Halm*); dazu *Halfmeier/Schnitzler* VersR 2002, 11; BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; OLG Bamberg OLG 2000, 256; *Küppersbusch/Höher* Rn. 683; *Küppersbusch* NZV 1997, 30; *Plagemann* DAR 1997, 428; *Schwarz* zfs 1999, 273.

¹⁹²²BGH NJW 2010, 927 = jurisPR-VerKR 2010/2 Anm. 2 (*Jahnke*): Abweisung des Regresses, weil verletzungsbedingt keine – konkreten – vermehrten Bedürfnisse entstanden sind; ebenso OLG Koblenz BeckRS 2013, 00748.

Kind gezahlt wird, ist in Bezug auf den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch dann nicht sachlich kongruent, wenn das Kind in diesem Lebensabschnitt kein Erwerbseinkommen erzielt hätte.¹⁹²³ Die an den Schulträger gezahlte Eingliederungshilfe nach § 43 BSHG ist nicht sachlich kongruent zu den Pflegeaufwendungen.¹⁹²⁴ Bei Verdacht einer drittverschuldeten Körperverletzung trifft Ärzte und Krankenhäuser gem. § 294a SGB V eine Pflicht zur Mitteilung eines solchen Vorfalls an die gesetzliche Krankenkasse. Gegenüber einem Pflegeheim besteht in einem solchen Fall ein Anspruch des Sozialversicherungsträgers auf Herausgabe der Pflegedokumentation als Nebenrecht der Legalzession unter der Voraussetzung, dass der Verletzte eingewilligt oder im Fall seines Todes dies seinem mutmaßlichen Willen entsprochen hat.¹⁹²⁵

XI. Zeitpunkt des Regresses des Sozialversicherungsträgers bei einem Systemwechsel – Einfluss auf einen vom Verletzten und dem Ersatzpflichtigen geschlossenen Abfindungsvergleich

268

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Abfindungsvergleich	ff.

Im Zusammenhang mit dem Abschluss von Abfindungsvergleichen zwischen dem Geschädigten und dem Ersatzpflichtigen, im Regelfall einem Haftpflichtversicherer, stellt sich die Frage, ob bei der Änderung der Anspruchsberechtigung für Pflegedienstleistungen im Sozialversicherungsrecht ein Systemwechsel gegeben oder ein solcher zu verneinen ist. Davon ist abhängig, wann ein Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers für eine neu eingeführte Sozialleistung nach § 116 SGB X gegeben ist. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass auf den Sozialversicherungsträger nach § 116 SGB X auch zukünftige Schadensersatzansprüche übergehen, sofern im Zeitpunkt der Verletzung eine künftige Inanspruchnahme von Sozialleistungen ernsthaft in Betracht zu ziehen, diese jedenfalls nicht auszuschließen war.¹⁹²⁶ Das gilt auch für eine Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers, wobei der Verletzte für noch nicht erbrachte Leistungen eine Einzugsermächtigung hat wie der Altgläubiger für den Neugläubiger bei einer Sicherungszession.¹⁹²⁷ Das setzt freilich voraus, dass zu diesem Zeitpunkt eine derartige Sozialleistung bereits bestand. Dann nämlich erfolgte bereits zu diesem Zeitpunkt ein Anspruchsübergang auf den Sozialversicherungsträger mit der Folge, dass der Verletzte darüber nicht mehr verfügen konnte und dieser Anspruchsteil nicht mehr vom Abfindungsvergleich erfasst

¹⁹²³BGHZ 159, 318 = NJW 2004, 2892 = LMK 2005, 5 (*Fuchs*) = SVR 2004, 467 (*Schröder*) = jurisPR-BGHZivilR 34/2004 Anm. 1 (*Baukelmann*).

¹⁹²⁴OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.

¹⁹²⁵BGH VersR 2010, 969 und 971 (*Maria Pregartbauer/Mathias Pregartbauer*) = MedR 2010, 856 (*L. Jaeger*) = FamRZ 2010, 971 (*Bienwald*); *Ch. Huber* AJP 2010, 371 (382 f.).

¹⁹²⁶BGH NJW 2003, 1455; BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; NJW 1990, 2933; *Burghart* NZV 2005, 441 (445).

¹⁹²⁷BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*).

sein konnte. Das wird auch dann bejaht, wenn der jeweilige Anspruch gegen den Sozialversicherungsträger betraglich angepasst bzw. ausgebaut wurde.

269

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Handelt es sich jedoch um einen **Systemwechsel**, wenn also eine gänzlich neue Anspruchskategorie erst geschaffen wurde, die im bisherigen Leistungssystem noch nicht enthalten war,¹⁹²⁸ dann erfolgt ein Anspruchsübergang nicht bereits im Zeitpunkt der Verletzung, sondern erst zu dem Zeitpunkt, zu dem die Neuregelung in Kraft trat. Der vor diesem Zeitpunkt geschlossene Abfindungsvergleich, von dem typischerweise sämtliche Ansprüche erfasst sind, führt dann dazu, dass ein Schadensersatzanspruch des Geschädigten schon abschließend reguliert wurde mit der Folge, dass kein Schadensersatzanspruch mehr existiert, der auf den Sozialversicherungsträger übergehen kann.

270

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Abzustellen ist dabei jeweils auf den konkret zu beurteilenden Anspruch, nicht auf die Änderung der organisatorischen Abwicklung sowie die Aufbringung der Mittel zur Finanzierung der Sozialleistungen.¹⁹²⁹ Bei der Umstellung von § 185 RVO auf die §§ 53 ff. SGB V aF hat der BGH¹⁹³⁰ einen solchen Systemwechsel bejaht, weil infolge der gesetzlichen Änderung dadurch nicht nur kranke, sondern auch pflegebedürftige Personen einbezogen worden sind. Konnte nach § 185 RVO bloß Ersatz verlangt werden, wenn eine häusliche Krankenpflege anstelle einer Krankenhausbehandlung erfolgte, kam es darauf nach den §§ 53 ff. SGB V aF nicht mehr an. Darüber hinaus war auch die hauswirtschaftliche Versorgung in den Kreis der ersatzpflichtigen Leistungen einbezogen. Der BGH¹⁹³¹ hat die Umstellung von den §§ 53 ff. SGB V aF auf die Pflegeversicherung gem. SGB XI nicht als Systemwechsel qualifiziert, so dass der Pflegeversicherer als Rechtsnachfolger des Krankenversicherers nach § 116 SGB X Regress nehmen konnte. Der Umstand, dass die Pflegeversicherung als eigenständiger Zweig der Sozialversicherung etabliert wurde und Anspruch nicht erst bei sehr hoher, sondern schon bei erheblicher Hilfsbedürftigkeit gegeben ist, führte zu keinem Systemwechsel, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Verletzte im Zeitpunkt der Verletzung schon einen sozialrechtlichen Anspruch gehabt hätte. *Fuchs*¹⁹³² wendet dagegen ein, dass es nicht angehe, dem Verletzten einen Anspruch zu entziehen, wobei ungewiss ist, ob und in welchem Ausmaß ein

¹⁹²⁸BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*); NJW 2003, 1455; BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; NJW 1990, 2933; NJW 1984, 607.

¹⁹²⁹BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*); NJW 2003, 1455.

¹⁹³⁰BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783.

¹⁹³¹BGHZ 189, 158 = NJW 2011, 2357; NJW 2003, 1455.

¹⁹³²JZ 2012, 134 ff.

entsprechender Anspruch gegen einen Sozialversicherungsträger überhaupt be- bzw. entstehe. Wie auch sonst bei einer Umorganisation und einer Rechtsnachfolge tritt der Leistungsträger, der nunmehr zuständig ist, in die Rechte desjenigen ein, der bisher leistungszuständig war.¹⁹³³

XII. Darlegung

271

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse kommt in überaus vielgestaltigen Ausprägungen vor. Der Verletzte muss deshalb darlegen, worin seine vermehrten Bedürfnisse bestehen.¹⁹³⁴ Mit einem bloßen Hinweis auf einen bestimmten Prozentsatz der Minderung seiner Erwerbsfähigkeit¹⁹³⁵ oder der Bezugnahme auf das für die Pflegeversicherung erstellte Gutachten¹⁹³⁶ ist es nicht getan. Darüber hinaus hängen Grund und Umfang des ersatzfähigen Betrags häufig von einer konkreten Disposition ab, so etwa in Bezug auf den Grund des Abschlusses von Versicherungen oder in Bezug auf den Umfang der Einstellung einer Ersatzkraft. An die Substantiierung dürfen aber auch keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden.¹⁹³⁷ Eine jahreszeitabhängige oder gar taggenaue Rekonstruktion ist weder erforderlich noch praktikabel.¹⁹³⁸

271a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Vom Geschädigten ist zu erwarten, dass er die Art des Mehrbedarfs umschreibt, er muss aber nicht ins Detail gehen. So ist es ausreichend, wenn er auf den Bedarf einer Ersatzkraft für die Bewältigung der Haushaltsführung für ihn selbst hinweist, er muss aber nicht noch auch umschreiben, bei welchen Haushaltstätigkeiten er verletzungsbedingt behindert ist.¹⁹³⁹ An den Nachweis werden dann geringere Anforderungen gestellt, wenn das sich daraus ergebende Zeitausmaß in Einklang mit den entsprechenden Tabellen steht.¹⁹⁴⁰ Wie beim Schmerzensgeld kann der Anspruchsteller ein Mindestbegehren stellen, so dass das Gericht die Möglichkeit hat,

¹⁹³³ BGHZ 189, 158 = NJW 2011, 2357.

¹⁹³⁴ BGH NJW-RR 1990, 34; OLG Hamm OLGR 2003, 70; Bamberger/Roth/*Spindler (52. Edition)* § 843 *Rn.* 44; *Drees* VersR 1988, 784 (785 ff.).

¹⁹³⁵ OLG Oldenburg VersR 1998, 1380.

¹⁹³⁶ OLG Schleswig BeckRS 2008, 01932; BeckRS 2008, 00060.

¹⁹³⁷ *Pardey* Rn. 1857.

¹⁹³⁸ OLG Saarbrücken zfs 2015, 683 (*Diehl*) = NJW-RR 2015, 1119.

¹⁹³⁹ BGH NJW-RR 1992, 792.

¹⁹⁴⁰ OLG Köln MedR 2015, 599 (*Lissl*).

einen höheren als den begehrten Betrag zuzusprechen.¹⁹⁴¹ Unterlässt der Anwalt eine solche Formulierung des Klagebegehrens und hätte das Gericht bei einem entsprechenden Begehren einen höheren Betrag zugesprochen, ist er infolge eines anwaltlichen Kunstfehlers einstandspflichtig.¹⁹⁴²

E. Der Anfall der Rente und Sicherheitsleistung (§ 843 Abs. 2)

I. Dreimonatlicher Anfall (§ 843 Abs. 2 S. 1 – Verweis auf § 760)

272

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In der Praxis ist es üblich, dass die Rente für den Erwerbsschaden und die vermehrten Bedürfnisse monatlich im Vorhinein entrichtet wird.¹⁹⁴³ Nach dem ausdrücklichen Verweis des § 843 Abs. 2 S. 1 auf § 760 ist indes eine **Zahlung** drei Monate **im Vorhinein** geschuldet. Verlangt der Geschädigte bloß eine monatliche Zahlung im Vorhinein – allerdings auch nur dann¹⁹⁴⁴ –, hat das Gericht die Rente wie begehrt zuzusprechen. Allerdings verlangt der Geschädigte damit weniger als den nach dem Gesetz ihm zustehenden Anspruch. Bedeutsam ist dies insbesondere bei seinem Tod. Die Erben können gem. § 760 Abs. 3 den für drei Monate geschuldeten Anspruch für den gesamten Zeitraum behalten, wenn der Verletzte zu Beginn dieses Intervalls darauf Anspruch hatte.¹⁹⁴⁵ War der Anspruch fällig und ist noch nicht gezahlt worden, können sie den entsprechenden Betrag nachfordern. *Schlund*¹⁹⁴⁶ weist darauf hin, dass die Drei-Monatsfrist nicht ab dem Kalendervierteljahr, sondern ab dem Beginn der Zahlungspflicht besteht, somit im Zweifel ab der Zufügung der Verletzung. Insoweit kann es ratsam sein, sich nach einer ersten Teilzahlung auf eine Zahlungspflicht zu Beginn des Quartals zu einigen.

II. Sicherheitsleistung (§ 843 Abs. 2 S. 2)

273

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Sicherheitsleistung	

¹⁹⁴¹BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.

¹⁹⁴²*Ch. Huber* NZV 2005, 620 (622).

¹⁹⁴³*Pardey* Rn. 1307; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 78; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 32; *Schlund* BB 1993, 2025 (2026).

¹⁹⁴⁴RGZ 69, 296; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 32.

¹⁹⁴⁵Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 17; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 29.

¹⁹⁴⁶*Schlund* BB 1993, 2025 (2026).

Ist der Anspruch auf künftig fällig werdende Ansprüche durch Leistungsurteil (§ 258 ZPO) oder Vergleich bestimmt, kann der Geschädigte bei Gefahr der Uneinbringlichkeit Sicherheitsleistung verlangen, nach § 324 ZPO auch dann, wenn bereits einige Rentenzahlungen erbracht worden sind.¹⁹⁴⁷ Ein solcher Anspruch steht nicht zu, wenn der Geschädigte bloß ein Feststellungsurteil erlangt hat, weil der Anspruch dann nicht hinreichend bestimmt ist,¹⁹⁴⁸ oder der Anspruch bereits fällig ist, weil für solche Beträge nach § 708 Nr. 8 ZPO Zwangsvollstreckung betrieben werden kann.¹⁹⁴⁹ Ältere Entscheidungen¹⁹⁵⁰ haben zwar ausgesprochen, dass die Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers dem Verlangen nach einer Sicherheitsleistung grundsätzlich nicht im Wege steht. Das dürfte heute indes obsolet sein.¹⁹⁵¹ Das gilt nicht nur bei einem Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer nach § 115 VVG, sondern wegen des Verfügungsverbots nach § 156 VVG generell.¹⁹⁵² Wenn es um die Einstandspflicht eines Ersatzpflichtigen geht, für den kein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, kann eine Sicherheitsleistung in Betracht kommen, wenn sich der Schuldner durch häufigen Wohnsitzwechsel seiner Zahlungspflicht zu entziehen sucht. In einem solchen Fall ist freilich zu erwägen, anstelle der Sicherheitsleistung eine Kapitalabfindung nach § 843 Abs. 3 zu verlangen.¹⁹⁵³

F. Kapitalabfindung anstelle einer Rente (§ 843 Abs. 3)

I. Verhältnis von Kapital und Rente

274

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Verhältnis von Kapital und Rente	ff.

Die Rente entspricht im Ausgangspunkt in höherem Maß dem Ausgleichsprinzip, weil das Ende der Ersatzpflicht nicht geschätzt werden muss, sondern zum richtigen Zeitpunkt, dem Erreichen des Rentenalters oder dem Tod eintritt; zudem ist eine Anpassung an geänderte Verhältnisse möglich.¹⁹⁵⁴ Angestrebt wird eine Verstetigung, im Klartext ein nominell gleich hoher Ersatzbetrag, um dem Bestimmtheitsgebot eines Zwangsvollstreckungstitels zu genügen. Nach dem Äquivalenzprinzip soll die Kapitalabfindung so bemessen sein, dass diese mit den Zinsen aus ihrer Veranlagung dem Berechtigten einen solchen Geldwert verschafft, als würde diesem

¹⁹⁴⁷ Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 31.

¹⁹⁴⁸ MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 81.

¹⁹⁴⁹ Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 29; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 17.

¹⁹⁵⁰ RGZ 157, 348; RG JW 1935, 2949; dazu Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 31; Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 29.

¹⁹⁵¹ Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 17; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 33.

¹⁹⁵² MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 80.

¹⁹⁵³ MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 80.

¹⁹⁵⁴ *Ch. Huber* NZV 2019, 321.

eine Rente bezahlt.¹⁹⁵⁵ Der Vorzug der Rente wird aber sogleich entwertet, als eine Anpassung an geänderte Verhältnisse stets nur bei wesentlicher Änderung und bloß für die Zukunft möglich ist, so dass sich die bis dahin akkumulierenden Defizite typischerweise zulasten des Anspruchstellers auswirken.

274a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Geschädigte kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der von ihm nachzuweisen ist,¹⁹⁵⁶ nicht nur bis zum Ende der letzten mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz zwischen Rente und Kapitalabfindung wählen,¹⁹⁵⁷ sogar dann, wenn er schon Rentenleistungen erhalten hat,¹⁹⁵⁸ wobei sowohl die eine als auch die andere Form der Klage zu einem einheitlichen Neubeginn der Verjährung führt;¹⁹⁵⁹ der Geschädigte kann sich auch dann noch für eine **Kapitalabfindung** entscheiden, wenn er zuvor schon teilweise Ersatz in Form einer Rente erhalten hat.¹⁹⁶⁰ Liegen die Voraussetzungen nicht vor, muss der Anspruchsteller ein Eventualbegehren auf Zahlung einer Rente stellen, weil er ansonsten riskiert, dass sein Begehren kostenpflichtig abgewiesen wird.¹⁹⁶¹ Der Geschädigte kann im Rahmen einer zunächst einheitlichen Rente für einen Teilanspruch eine Rente und für einen anderen einen Kapitalbetrag begehren.¹⁹⁶² Das gilt sogar innerhalb einer Anspruchskategorie, etwa im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse für die Pflegedienstleistungen eine Rente und für die behindertengerechte Ausgestaltung des Wohnsitzes einen Kapitalbetrag. Eine Festlegung auf Kapital oder Rente ist aber insoweit zu treffen, als nicht die vermehrten Bedürfnisse in Bezug auf den Wohnbedarf zum Teil als Rente und zum Teil als Kapitalbetrag verlangt werden können.¹⁹⁶³ Das gilt auch dann, wenn es sich um einen Anspruch handelt, der mehreren Gesamtgläubigern zusteht.¹⁹⁶⁴ Die Ausübung des

¹⁹⁵⁵ R. Schneider/S. Dietz-Schneider VersR 2006, 1325.

¹⁹⁵⁶ Pardey Rn. 1348.

¹⁹⁵⁷ BGHZ 59, 187 = NJW 1972, 1711; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 843 Rn. 32; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 85.

¹⁹⁵⁸ Bachmeier SVR 2019, 10 (12).

¹⁹⁵⁹ Soergel¹³/Beater § 843 Rn. 34.

¹⁹⁶⁰ BGH NJW 1982, 757; Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 Rn. 18.

¹⁹⁶¹ AA LG Nürnberg-Fürth mit Hinweisbeschluss OLG Nürnberg NZV 2008, 349 (Küppersbusch): Zuspruch einer Kapitalabfindung ohne Vorbringen eines Begehrens für einen wichtigen Grund; zu Recht kritisch L. Jaeger NZV 2008, 634.

¹⁹⁶² Soergel¹³/Beater § 843 Rn. 33.

¹⁹⁶³ Schwintowski VersR 2010, 149 (155); MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 85; BGH NJW 1982, 757: Der Verletzte verlangte einen Kapitalbetrag; es war zu prüfen, ob ein Teil der diesbezüglichen Forderung nicht auf einen Sozialversicherungsträger übergegangen war, der dafür eine sachlich kongruente Leistung in Form einer Rente erbrachte. AA offenbar R. Schneider/S. Schneider zfs 2004, 541 (546) Fn. 34.

Wahlrechts zwischen Rente und Kapitalabfindung soll nur in einheitlicher Weise möglich sein. Entsprechendes soll gelten bei einer Mehrheit von Schuldner, die solidarisch einzustehen haben.¹⁹⁶⁵ Fraglich ist, ob das in der Kfz-Haftpflichtversicherung auch für das Verhältnis von – unbegrenzt haftendem – Schädiger und – dem auf die Deckungssumme haftenden – Haftpflichtversicherer gilt. Zu bedenken ist, dass es durchaus ein praktisches Bedürfnis gibt, sich mit dem Haftpflichtversicherer auf eine Kapitalabfindung zu einigen, während der darüber hinaus – persönlich unbeschränkt – haftende Schädiger eine den Restschaden abdeckende zusätzliche Rente erbringen soll, um nicht infolge des Verlangens einer Kapitalabfindung in die Insolvenz getrieben zu werden.

275

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der intensiven Auseinandersetzung in der Literatur¹⁹⁶⁶ ist zu entnehmen, dass die Kapitalisierung von Rentenansprüchen weit verbreitet ist,¹⁹⁶⁷ weil es für beide Parteien, sowohl den Geschädigten als auch den Ersatzpflichtigen, Vorteile bringt:¹⁹⁶⁸ Wenn 90 % der schweren Personenschäden kapitalisiert werden¹⁹⁶⁹ und es davon allein bei Verkehrsunfällen im Jahr 2015 67.000 solche gab – das Arzthaftungsrecht ergibt jedenfalls gemessen an den veröffentlichten Entscheidungen nicht weniger solche Fälle –, wozu die Tötungsfälle, ca 3.500 pro Jahr im Straßenverkehr kommen,¹⁹⁷⁰ kann man die praktische Bedeutsamkeit leicht ermessen. Der Geschädigte kann über einen beträchtlichen Geldbetrag verfügen, sich ganz auf seine neue Situation konzentrieren, ganz abgesehen davon, dass es keiner ständigen Rechenschaft über seine gesundheitlichen und privaten Umstände bedarf¹⁹⁷¹ und er nicht weiterhin Zeit und

¹⁹⁶⁴BGHZ 59, 187 = NJW 1972, 1711; BGHZ 28, 68 = NJW 1958, 1588; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 85; Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 Rn. 19.

¹⁹⁶⁵Soergel¹³/Beater § 843 Rn. 30; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 843 Rn. 33.

¹⁹⁶⁶Kornes r + s 2003, 485 ff.; ders. r + s 2004, 1 ff.; R. Schneider r + s 2004, 177 ff.; ders. r + s 2004, 221 ff.; Nehls zfs 2004, 193 ff. sowie die Behandlung des Themas auf dem 43. VGT 2005 in Goslar.

¹⁹⁶⁷Köck DAR 2019, 2: In der täglichen Regulierungspraxis Regel-Ausnahme-Verhältnis umgedreht; Schwintowski VersR 2010, 149 (150): In der Regulierungspraxis der Haftpflichtversicherer der Regelfall; L. Jaeger VersR 2006, 597: In der Praxis nahezu ausnahmslos durch Abfindungsvergleiche reguliert; H. Lang VersR 2005, 894 (895): Weit überwiegende Anzahl der schweren Personenschäden wird kapitalisiert; ebenso H. Lang jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3: Bei schweren Personenschäden Kapitalisierung längst der Regelfall; ders. VersR 2019, 385: 90 % der schweren Personenschäden.

¹⁹⁶⁸L. Jaeger VRR 2006, 124; H. Lang VersR 2005, 894 (895): Anspruchsteller kann Schlusstrich ziehen, Versicherer sparen Verwaltungsaufwand; aufschlussreich Heß/Burmann (Dr. Eick & Partner, größte für Haftpflichtversicherer tätige Kanzlei) NJW-Spezial 2004, 207 (208): Mit Abfindungsvergleich kann auch (!) dem Geschädigten geholfen sein; ähnlich Engelbrecht DAR 2009, 447: Anregung in der Mehrzahl der Fälle vom Haftpflichtversicherer, da man dort die Akte schließen möchte; H. Lang jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3: Geringere Zahl von Anpassungen.

¹⁹⁶⁹So Lang jurisPR-VerkR 24/2018 Anm. 1.

¹⁹⁷⁰Scholten DAR 2016, 631.

¹⁹⁷¹Höher SVR 2018, 23 (25).

nervliche Anspannung aufwenden muss, um Anpassungen durchzusetzen, was für den weiteren Heilverlauf auch psychisch förderlich ist; der Haftpflichtversicherung kann die Akte schließen, muss für den Schadensfall keine Rückstellungen bilden und erspart beträchtlichen Regulierungsaufwand durch eine Reduktion der „Anfassungen“ in der Akte¹⁹⁷² und damit Effizienzgewinnen aufgrund wegfallender Bearbeitungskosten.¹⁹⁷³ Im Ausgangspunkt ist somit eine Win-Win-Situation für beide.¹⁹⁷⁴

275a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Das wird von der Rechtsprechung mitunter verkannt wird.¹⁹⁷⁵ Auch wenn kein wichtiger Grund gegeben ist, über dessen Vorliegen selten gestritten wird, wählt man häufig den Weg einer Kapitalabfindung anstelle einer Rentenzahlung. *Küppersbusch/Höher*¹⁹⁷⁶ verweisen sogar darauf, dass die gesetzliche Ausnahme der Kapitalabfindung der „ungeliebten Rente“¹⁹⁷⁷ in der Praxis die Regel sei;¹⁹⁷⁸ und das ungeachtet des Umstands, dass ein wichtiger Grund fast nie gegeben ist.¹⁹⁷⁹ Dabei verfügt der Haftpflichtversicherer, bei dem die Umrechnung von Renten in Kapitalbeträge sowie die Abschätzung künftiger Risikopotenziale zu seinem genuinen Geschäftsfeld zählt, typischerweise über einen beträchtlichen Wissensvorsprung, während sich der auch anwaltlich vertretene Geschädigte durch die Höhe der Einmalzahlung häufig blenden lässt und die Garstigkeit nicht immer zutreffend beurteilen kann.¹⁹⁸⁰ Einerseits gibt es offenbar – anders als beim Kfz-Sachschaden – keine (Vielzahl von) dienstbaren Sachverständigen, die dem Geschädigten und dessen Anwalt mit Expertisen zur Seite stehen,¹⁹⁸¹ andererseits mag der Geschädigtenanwalt geneigt sein, dem Geschädigten einen Abfindungsvergleich – ohne die gebotene gründliche Prüfung des Für und Wider – schmackhaft zu machen, weil die gemessen am Zeitaufwand zu verdienende Gebühr deutlich über der liegt, die bei einer mühsamen

¹⁹⁷² So *H. Lang* jurisPR-VerkR 22/2018 Anm. 2.

¹⁹⁷³ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477; *Scholten* DAR 2016, 631 (639).

¹⁹⁷⁴ *H. Lang* VersR 2019, 385.

¹⁹⁷⁵ BGH NJW-RR 2008, 649 = jurisPR-VerkR 9/2008, Anm. 3 (*Nugel*) mit Besprechungsaufsatz *L. Jaeger* DAR 2008, 354 ff.; ebenso *R. Schneider/S. Schneider* NZV 2005, 497 (503): Wer Kapital verlangt, geht das ... Risiko bewusst ein, weil er sich Vorteile verspricht; kritisch dazu *Ch. Huber* NZV 2008, 431 (432).

¹⁹⁷⁶ *Küppersbusch/Höher* Rn. 854.

¹⁹⁷⁷ So die Qualifikation von *Bachmeier* SVR 2019, 10 (11).

¹⁹⁷⁸ Ebenso *Strunk* DAR 2019, 313: Weit überwiegende Anzahl der Personengroßschäden durch reine Gesamtabfindung erledigt.

¹⁹⁷⁹ *Ernst* VA 2010, 149 (151); *Küppersbusch*, Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth mit Hinweisbeschl. OLG Nürnberg NZV 2008, 349; *Nehls* zfs 2004, 193 (194).

¹⁹⁸⁰ *Motzer* FamRZ 1996, 844 (845): Namentlich bei minderjährigen Verletzten.

¹⁹⁸¹ *Nehls* DAR 2007, 444 (446) FN 23: Gutachten sind zu teuer; unter Bezugnahme auf LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*) und LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*) erfolgt der Hinweis, dass selbst Gerichte auf hausinterne Programme zurückgreifen.

Einklagung einer Rente – sowie deren fortlaufender Anpassung – anfällt.¹⁹⁸² Die sich verschärfenden Anforderungen an die Anwaltshaftung¹⁹⁸³ könnten ein Hebel sein, den Schadensersatzgläubiger künftig häufiger davor zu bewahren, ohne sorgfältige Abwägung dessen, was er bekommt und worauf er verzichtet, einen für ihn nachteiligen Abfindungsvergleich abzuschließen.¹⁹⁸⁴ Das setzt aber Transparenz darüber voraus, was bei einer Rente und der vom Haftpflichtigen angebotenen Kapitalisierung herauskäme. Auch ein zu hoher Zinssatz kann seine Haftung begründen.¹⁹⁸⁵ Allerdings muss der Verletzte nicht nur ein Aufklärungsver schulden des Anwalts nachweisen, sondern zudem, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der als geltend gemachte Betrag im Prozess durchsetzbar gewesen wäre.¹⁹⁸⁶

275b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Entsprechendes gilt für Beanstandungen der Aufsichtsbehörde bei den Sozialversicherungsträgern.¹⁹⁸⁷ Umgekehrt wiederum wird der Konsens über die Berücksichtigung von Inflation, Wirtschaftswachstum und Karrieresprüngen bei der Kapitalabfindung dazu führen, dass die Zubilligung von Renten auf der Basis der Verhältnisse zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz und der Verweisung auf eine Abänderung nach § 323 ZPO bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse, was typischerweise den Schadensersatzgläubiger benachteiligt, nicht mehr haltbar sein wird.

II. Wahlrecht des Geschädigten bei Vorliegen eines wichtigen Grundes

276

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Wahlrecht des Geschädigten	ff.

¹⁹⁸² Zutreffend *Scholten* DAR 2016, 631 (639): Den Anwalt lockt uU die Vergleichsgebühr; ähnlich *Ch. Huber* zfs 2018, 484 487; *Bachmeier* SVR 2019, 10 (15).

¹⁹⁸³ Dazu *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 (186).

¹⁹⁸⁴ *Burghart* NZV 2005, 441 (442): Mögliche Haftung, wenn bedenkenlose Einlassung auf Kapitalisierungszinssatz von 5 %; Kalmierung freilich bei *H. Lang* VersR 2005, 894 (901). BGH NZV 2002, 268: Haftung des Geschädigtenanwalts, wenn keine Berücksichtigung von „unentgeltlich erbrachten“ Pflegeleistungen der Angehörigen; *Bachmeier* SVR 2019, 10 (14): „Vor der Kapitalisierung einer Rente kann nicht eindringlich genug gewarnt werden,“ 15 „...“, wird man dem Geschädigten wirtschaftlich extrem selten zum Vergleich raten können.“

¹⁹⁸⁵ *Köck* DAR 2019, 2 (4).

¹⁹⁸⁶ OLG Hamm NJOZ 2015, 1576: Begehren abgewiesen, weil letzterer Beweis nicht erbracht werden konnte.

¹⁹⁸⁷ *Nehls* DAR 2007, 444 (445).

Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann der Geschädigte anstelle einer Rente eine Kapitalabfindung begehren. Das gilt für Rentenansprüche aus den §§ 842 und 843 sowie § 844 Abs. 2. Ein Wahlrecht des Ersatzpflichtigen auf Leistung einer Kapitalabfindung anstelle einer Rente besteht nicht.¹⁹⁸⁸ Bei Inkrafttreten des BGB war das eine „Verbraucherschutznorm“, sollte doch der Geschädigte davor bewahrt werden, das Kapital für Luxusbedürfnisse auf den Kopf zu stellen und später kein Kapital mehr für eine dann erforderliche Bedarfsdeckung zu haben.¹⁹⁸⁹ Zudem kommt allein bei der Rente eine Korrektur einer falschen Prognose in Betracht.¹⁹⁹⁰ Bei sozialversicherten Anspruchstellern ist die Gefahr der Verwendung des Kapitals zur Deckung von Luxusbedürfnissen durch den erfolgten Ausbau des Sozialversicherungssystems geringer zu gewichten.¹⁹⁹¹ Nach hM¹⁹⁹² kommt es beim wichtigen Grund bloß auf die Interessen des Geschädigten an. Wenn *Schwab*¹⁹⁹³ ins Treffen führt, dass der nicht haftpflichtversicherte Schädiger durch Verlangen einer Kapitalabfindung nicht in die Insolvenz getrieben werden soll, weil man nicht die Kuh schlachten soll, die man melken möchte, so wird sich das der Anspruchsteller schon selbst überlegen. In der veröffentlichten Judikatur hat dieses Problem bisher keine Rolle gespielt; und bei einem Personengroßschaden wird ein durchschnittlicher Schädiger, der nicht haftpflichtversichert ist, jedenfalls insolvent sein, egal ob die Ersatzleistung in Form einer Rente oder Kapitalentschädigung zu leisten ist. Zum Teil liegen die Umstände für das Vorliegen eines wichtigen Grundes – entgegen der hM – zwar primär beim Geschädigten, zum Teil aber auch beim Ersatzpflichtigen. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist die „absolute Ausnahme“.¹⁹⁹⁴ Aus der älteren Judikatur gibt es dazu mehrere Entscheidungen; es hat aber den Anschein, dass mittlerweile die Sensibilität bei den Geschädigten sowie den Gerichten für die wirtschaftliche Tragweite der Problematik gestiegen ist. Bedeutsam ist insbesondere die Leitbildfunktion solcher vereinzelter – veröffentlichter – Gerichtsentscheidungen für die Maßstäbe der außergerichtlichen Regulierung. Dass etwa die Inflationsabgeltung bei der außergerichtlichen Kapitalisierung keine Rolle spielen soll, ist unzutreffend.¹⁹⁹⁵ Es gibt seit der 1. Auflage der Erläuterung in diesem Kommentar, nicht zuletzt entfacht durch die Diskussion auf den Verkehrsgerichtstagen 2005¹⁹⁹⁶ und 2019¹⁹⁹⁷ eine größer gewordene Zahl von Literaturstimmen,¹⁹⁹⁸ namentlich der Geschädigtenanwälte,¹⁹⁹⁹ und nicht nur solche aus dem

¹⁹⁸⁸ OLG Schleswig NJW-RR 1992, 95; Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 Rn. 18; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 32; aA ausnahmsweise *Schlund* BB 1993, 2025 (2027).

¹⁹⁸⁹ So die Sorge des LG Hamburg BeckRS 2011, 78634.

¹⁹⁹⁰ *Bachmeier* SVR 2019, 10 (11); *Luckey* NZV 2019, 8 (9).

¹⁹⁹¹ Zur Veränderung der Verhältnisse seit Inkrafttreten des BGB *Nehls* DAR 2007, 444 (449); *L. Jaeger* VersR 2006, 597.

¹⁹⁹² MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 85; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 34; aA Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 32.

¹⁹⁹³ *Schwab* DAR 2007, 669 f.

¹⁹⁹⁴ *Funk* zfs 2015, 243; *Kornes* VersR 2015, 794 (795).

¹⁹⁹⁵ *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (603); aA *Küppersbusch/Höher* Rn. 854.

¹⁹⁹⁶ *Nehls* VGT 2005, S. 114 ff.; *H. Lang* VGT 2005, S. 130 ff.; *Burghart* VGT 2005, 147 ff.

¹⁹⁹⁷ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (323).

¹⁹⁹⁸ *L. Jaeger* VRR 2006, 124 ff.; *ders.* VersR 2006, 597 ff.; *ders.* VersR 2006, 1328 f.; *Ernst* VA 2010, 149 ff.; *Schwintowski* VersR 2010, 149 ff. Professoren haben offenbar besondere Berührungspunkte

Dunstkreis der Haftpflicht-²⁰⁰⁰ und Sozialversicherer²⁰⁰¹ sowie immerhin vereinzelte – veröffentlichte – tatgerichtliche Entscheidungen.²⁰⁰² Die Diskussion ist in Bewegung geraten.²⁰⁰³ Die herablassende Bemerkung von *R. Schneider/S. Schneider*,²⁰⁰⁴ dass *Nehls* sich mit seiner Argumentationsweise im „Niemandland“ befinde und „seine Ansichten nicht ernst genommen“ würden, ist bestenfalls eine Aussage der Rechtsgeschichte. Die Diskussion ist vor allem infolge der beharrlich vertretenen Kritik von *Nehls* nunmehr voll entbrannt und primär von Juristen zu führen.²⁰⁰⁵ Die Expertise von Versicherungsmathematikern ist bloß insoweit wertvoll, als sie offenzulegen haben, von welchen Prämissen ihre Berechnungen ausgehen.²⁰⁰⁶ Es besteht nämlich durchaus die Gefahr, dass durch Irrglauben²⁰⁰⁷ oder „falsche“ Propaganda²⁰⁰⁸

vor dieser Materie, weil mitunter der Eindruck erweckt wird, als handle es sich um eine versicherungsmathematische Spezialmaterie, in Bezug auf die ihnen die einschlägige Expertise fehlt. Dem Verfasser dieser Kommentierung ist als graduiertem Betriebswirt und Angehörigem einer Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät hingegen klar, dass Sachverständigengutachten der Versicherungsmathematik eine bloß dienende Funktion haben und die normativen Vorgaben keine Tat-, sondern Rechtsfragen sind. „Beeindruckend mutig“ insoweit, dass reine Versicherungsmathematiker Stellung nehmen zur Abänderung von juristischen Normen, so namentlich *R. Schneider/S. Schneider* zfs 2004, 541 (545): Keine überzeugende Begründung für die Forderung nach Wegfall der Einschränkung des § 843 Abs. 3. Das Fehlen von Rechtsprechung sowie Autoritäten, die ordnend eingreifen, beklagend *L. Jaeger* VersR 2006, 597. Den Juristen insoweit als Elektriker bezeichnend, der von der Physik nichts wisse *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10.

¹⁹⁹⁹ *Engelbrecht* DAR 2009, 447 ff.; *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 ff.; *Euler* SVR 2005, 10 ff.

²⁰⁰⁰ *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2004, 207 f.; *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10 ff.; *H. Lang* VersR 2005, 894 ff.; *R. Schneider/S. Dietz-Schneider* VersR 2006, 597 ff. sowie 1330 ff.; *Hoffmann/Schwab/Tolksdorf* DAR 2006, 666 ff.; *Schwab* DAR 2007, 669 f.

²⁰⁰¹ *Nehls* SVR 2005, 161 ff.; *Kornes* Anm. zu LG Köln VersR 2005, 710.

²⁰⁰² LG Nürnberg-Fürth mit Hinweisbeschl. OLG Nürnberg NZV 2008, 349 (*Küppersbusch*) sowie NZV 2008, 634 (*L. Jaeger*); LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*); LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*).

²⁰⁰³ So *L. Jaeger* VRR 2006, 124; *ders.* NZV 2008, 634 (635) zur Behauptung von *Küppersbusch* NZV 2008, 351 („immer wieder einmal geäußerte Bedenken“): Hinweis auf Frontalangriffe gegen die der Versicherungswirtschaft nahestehenden Autoren. Letztere Einschätzung von *L. Jaeger* ist zutreffend.

²⁰⁰⁴ *R. Schneider/S. Schneider* zfs 2004, 541.

²⁰⁰⁵ So selbst *R. Schneider/S. Schneider* (Versicherungsmathematiker) NZV 2005, 497.

²⁰⁰⁶ So etwa zur Frage, welche Tabelle welches Sterblichkeitsrisiko berücksichtigt *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (601).

²⁰⁰⁷ *Euler* SVR 2005, 10 (16): Durchschnittliche Einkommens- und Rentensteigerungen in gängigen Kapitalisierungstabellen eingearbeitet; LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*): Annahme, dass Inflationsrate im Kapitalisierungsfaktor bereits berücksichtigt sei; zu Recht kritisch *Nehls* DAR 2007, 444 (447); *ders.* SVR 2005, 161 (165).

²⁰⁰⁸ *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10 (11): In der Regulierungspraxis Teuerungszuschläge berücksichtigt.

ersatzfähige Schadensposten übersehen werden.²⁰⁰⁹ Auch wird der Eindruck erweckt, dass wie in den Naturwissenschaften eine mathematische Widerlegung möglich sei;²⁰¹⁰ das ist so aber nicht richtig. Zudem werden Nebenschauplätze zu zentralen Fragen hochstilisiert, etwa der des juristischen oder versicherungsmathematischen Lebensalters²⁰¹¹ – um von den eigentlichen Kernproblemen abzulenken?

277

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ein in der Person des Ersatzpflichtigen liegender wichtiger Grund ist die Gefahr der Eindringlichkeit der Rentenforderung,²⁰¹² etwa durch häufigen Wohnsitzwechsel²⁰¹³ oder Verlegung eines solchen ins Ausland,²⁰¹⁴ wobei *Staudinger*²⁰¹⁵ zu bedenken gibt, dass seit dem EuGVÜ bzw. der Brüssel I-VO der Binnenmarkt als einheitlicher Rechtsraum zu qualifizieren ist; sofern freilich ein Haftpflichtversicherer hinter dem Schädiger steht²⁰¹⁶ bzw. eine Sicherstellung erfolgt ist,²⁰¹⁷ fällt dieser Grund weg. Das gilt bei Kfz-Unfällen umso mehr seit der *Odenbreit-*Entscheidung,²⁰¹⁸ wonach der ausländische Kfz-Haftpflichtversicherer im Inland verklagt werden kann. Bei einem besonders unverständlichen Regulierungsverhalten verweist *L. Jaeger*²⁰¹⁹ darauf, dass ein solcher Haftpflichtversicherer einen wichtigen Grund setzt, der es rechtfertigt, dass der Anspruchsteller von ihm eine Kapitalentschädigung verlangen kann. Bei einem Ersatzpflichtigen, hinter dem kein Haftpflichtversicherer steht, weist *Wagner*²⁰²⁰ freilich zu Recht darauf hin, dass sich der Geschädigte sehr gut überlegen muss, anstelle einer Rente eine Kapitalabfindung zu begehren, kann doch das Insolvenzverfahren gem. den §§ 286 ff. InsO dazu führen, dass der Geschädigte sich für den Gesamtbetrag bloß mit einer Quote zufrieden geben muss. Zu beachten ist, dass nämlich bloß Schadensersatzforderungen aus Vorsatzdelikten gem. § 302 Nr. 1 InsO von der Restschuldbefreiung ausgenommen sind.

²⁰⁰⁹Zu Recht kritisch *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (605).

²⁰¹⁰*H. Lang* VersR 2005, 894 (899): Von 5 % abweichender Zinssatz „mathematisch widerlegt“.

²⁰¹¹*R. Schneider/S. Schneider* zfs 2004, 541 (544).

²⁰¹²*Schwintowski* VersR 2010, 149 (150); *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (598 f.).

²⁰¹³OLG Nürnberg FamRZ 1968, 478.

²⁰¹⁴Jauernig¹⁷/*Teichmann* § 843 Rn. 5.

²⁰¹⁵Schulze¹⁰/*Staudinger* § 843 Rn. 9.

²⁰¹⁶Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 31; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 843 Rn. 18; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 32; aA OLG Nürnberg FamRZ 1968, 476.

²⁰¹⁷Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 32.

²⁰¹⁸BGH NJW 2008, 819.

²⁰¹⁹VersR 2012, 908 (909) unter Bezugnahme auf das OLG Köln.

²⁰²⁰MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 85.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In der Praxis steht aber häufig hinter dem Schädiger ein **Haftpflichtversicherer**, so dass es jedenfalls bis zur Deckungssumme nur noch auf Umstände aus der Sphäre des Verletzten ankommt. Selbst die Erschöpfung der Versicherungssumme wird nicht als wichtiger Grund angesehen.²⁰²¹ Als wichtiger Grund wird hingegen anerkannt, dass der Geschädigte sich selbstständig machen möchte,²⁰²² was so oft freilich nicht vorkommen wird, ist doch eine verletzte Person typischerweise nicht prädestiniert, eine risikoreiche selbstständige Tätigkeit in Angriff zu nehmen.²⁰²³ Darüber hinaus wird als wichtiger Grund anerkannt, dass sich die Kapitalabfindung günstig auf den Gesundheitszustand auswirkt,²⁰²⁴ ein einmaliger Betrag in beeindruckender Höhe Balsam für die Seele ist.²⁰²⁵ Bezüglich des Wohnbedarfs ist mE zu unterscheiden, ob ein solcher Bedarf einen Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse darstellt oder das nicht der Fall ist. Bei einem vermehrten Bedürfnis gebührt ein Kapitalbetrag unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass die Neubegründung eines Wohnsitzes für den Verletzten zwar förderlich, aber ein bisheriger ausreichend ist und bloß der kapitalmäßige Gegenwert der restlichen Anspruchsteile für einen neuen Wohnsitz verwendet werden soll. Dann kommt es auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes an.²⁰²⁶

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In Bezug auf die Annahme eines wichtigen Grundes sind folgende gegenläufige Argumentationslinien zu beobachten: Die Haftpflichtversicherer sind daran interessiert, dass dessen Voraussetzungen möglichst nicht gegeben sind, weil sie meinen, dass für einen außergerichtlichen Vergleich dann die von ihnen seit Jahrzehnten diktierten – ihnen genehmen – Spielregeln²⁰²⁷ ohne richterliche Kontrolle weitergelten. Auf die Gefahr vermeidbarer Prozesse

²⁰²¹ LG Hamburg BeckRS 2011, 78634.

²⁰²² RG JW 1933, 840; Jauernig¹⁷//Teichmann § 843 Rn. 5; Schulze¹⁰/Staudinger § 843 Rn. 9; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 84.

²⁰²³ Zweifelnd auch Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 843 Rn. 32.

²⁰²⁴ RGZ 73, 418; OLG Koblenz OLGR 1997, 332: Psychische Gegebenheiten können ein solcher Grund sein, müssen aber von einigem Gewicht sein, in concreto abgelehnt; Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 Rn. 18; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 843 Rn. 32; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 84.

²⁰²⁵ AA LG Hamburg BeckRS 2011, 78634.

²⁰²⁶ So der Sachverhalt von LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (Nehls); ebenso L. Jaeger VersR 2006, 597. 598.

²⁰²⁷ L. Jaeger VRR 2006, 124: „Fakt ist“, dass die Kapitalisierung von Renten „zu den von der Versicherungswirtschaft gestellten Bedingungen“ erfolgt.

wird hingewiesen.²⁰²⁸ *Nehls*²⁰²⁹ fordert demgegenüber seit urdenklichen Zeiten eine Gesetzesänderung dergestalt, dass der Geschädigte – unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes – im Regelfall ein Wahlrecht haben soll, um damit eine gerichtliche Kontrolle von Abfindungsvergleichen zu ermöglichen.²⁰³⁰ Da eine solche Regelung den Interessen der Versicherungswirtschaft zuwiderläuft, die seit Jahrzehnten die für sie vorteilhaften Bedingungen diktiert,²⁰³¹ und viele befasste Entscheidungsträger die wirtschaftliche Bedeutsamkeit bis heute nicht erkannt haben, ist es dazu bisher nicht gekommen. *M. Schah-Sedi/C. Schah-Sedi*²⁰³² schätzen, dass sich die Versicherer dadurch Milliarden EUR sparen, weil sie die Geschädigten übervorteilen. Einen anderen Weg – nach der Devise „steter Tropfen höhlt den Stein“ – beschreiten demgegenüber *L. Jaeger*²⁰³³ und *Schwintowski*,²⁰³⁴ die bezugnehmend auf Ansätze aus der Rechtsprechung²⁰³⁵ die Voraussetzungen für einen wichtigen Grund so aufweichen wollen, dass kaum – sachlich berechnete – Fälle übrig bleiben, in denen der Schadensersatzgläubiger keine Kapitalabfindung verlangen kann mit der Folge, dass die Modalitäten der Berechnung nicht vom Wohlwollen des Haftpflichtversicherers abhängig sind, sondern einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen.²⁰³⁶ *Schwintowski* lässt genügen, dass die Kapitalabfindung eine zur Ausgleiche von dauernden Nachteilen geeignete Form ist,²⁰³⁷ wenn durch die Kapitalabfindung voraussichtlich ein günstiger Einfluss auf den Zustand des Verletzten bewirkt wird,²⁰³⁸ wenn es darum geht, durch Schaffung räumlicher Voraussetzungen nahestehende Personen, insbesondere solche, die sich um die Pflege des Verletzten kümmern, einzubinden;²⁰³⁹ schlussendlich soll es aber allein auf die subjektive Perspektive des Verletzten ankommen.²⁰⁴⁰ Auf die Präferenz des Verletzten soll es nur dann nicht ankommen, wenn für den Ersatzpflichtigen erkennbar ist, dass der Verletzte an Spielsucht leidet oder drogensüchtig ist oder unter dem Einfluss von Sekten oder der Mafia steht. Die Gründe aus der Sphäre des Haftpflichtversicherers sind demgegenüber eher theoretischer Natur, etwa dessen drohende

²⁰²⁸ *H. Lang* VersR 2005, 894 (895); aA *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (599): Unvermeidlich, bis gefestigte verbraucherfreundliche Rechtsprechung gegeben ist.

²⁰²⁹ *Nehls* VGT 1981, 259 ff.; *ders.* DAR 2007, 444 (450).

²⁰³⁰ *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi zfs* 2008, 183 (184).

²⁰³¹ In hohem Maße zynisch *H. Lang* VersR 2005, 894 (896): „Angesichts der funktionierenden Praxis besteht kein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, aktiv zu werden.“

²⁰³² *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi zfs* 2008, 183 (186).

²⁰³³ *L. Jaeger* VRR 2006, 124 ff.

²⁰³⁴ *Schwintowski* VersR 2010, 149 ff.

²⁰³⁵ LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).

²⁰³⁶ *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (599): Unter diesen Voraussetzungen Gesetzesänderung entbehrlich.

²⁰³⁷ *Schwintowski* VersR 2010, 149 (150).

²⁰³⁸ Abgelehnt von OLG Celle NZV 2012, 547 = jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3 (*H. Lang*): Querschnittsgelähmte mit Verlust der Sprechfähigkeit – Kontakt nur mit Augenlidern und Mundwinkeln.

²⁰³⁹ *Schwintowski* VersR 2010, 149 (151).

²⁰⁴⁰ *Schwintowski* VersR 2010, 149 (152); aA *H. Lang*, jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3; LG Hamburg BeckRS 2011, 78634.

Insolvenz, wenn bei einem Massenschaden sich alle Geschädigten für eine Kapitalabfindung entscheiden würden.²⁰⁴¹ *L. Jaeger*²⁰⁴² verweist ebenfalls auf die Herstellung einer für den Verletzten angemessenen Wohnsituation sowie die Zermürbung des Verletzten durch Verschleppung der Regulierung, im Fall des LG Stuttgart²⁰⁴³ 20 Jahre lang!²⁰⁴⁴ *L. Jaeger* geht es aber auch darum, Einzelfälle auszuklammern, so, wenn ansonsten die wirtschaftliche Zukunft des Verletzten gefährdet wäre,²⁰⁴⁵ bei enormen Unsicherheiten der Prognose,²⁰⁴⁶ wenn die Schadensentwicklung noch nicht verlässlich beurteilt werden kann, oder bei Minderjährigen, bei denen die Gefahr besteht, dass der Kapitalbetrag von den gesetzlichen Vertretern, also den Eltern, zweckwidrig verwendet wird.²⁰⁴⁷ *Motzer*²⁰⁴⁸ betont, dass es sich gemessen an den wirtschaftlichen Lebensverhältnissen der allermeisten Familien um außerordentlich hohe Summen handelt. Zudem wird bei diesen das Argument, dass ein Schlussstrich gezogen werden kann, eine eher untergeordnete Rolle spielen.²⁰⁴⁹ *Nehls*²⁰⁵⁰ ergänzt das um den Fall von Anspruchstellern, die sozialversicherungsrechtlich nicht abgesichert sind.

280

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die Gefahr widmungswidriger Verwendung ist mE freilich mit dem Instrumentarium des Familienrechts zu bewältigen.²⁰⁵¹ Es bedarf diesbezüglich keines Schadensmanagements eines Versicherers, der unter Berufung auf *Thomas von Aquin* und Einbeziehung der Moralthologie auch gleich eine kirchliche Bank per Schleichwerbung ins Spiel bringt,²⁰⁵² dass Gelder für den

²⁰⁴¹ *Schwintowski* VersR 2010, 149 (153 f.) Diese Gefahr ist schon deshalb nicht gegeben, weil Haftpflichtversicherer typischerweise rückversichert sind.

²⁰⁴² *L. Jaeger* VRR 2006, 124 (125).

²⁰⁴³ LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).

²⁰⁴⁴ Vgl. demgegenüber OLG Koblenz OLGR 1997, 332: Zermürbung über einen Zeitraum von 6 Jahren mit der Folge von Depressionen nicht ausreichend als wichtiger Grund für eine Kapitalabfindung.

²⁰⁴⁵ LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*): Keine Gefahr zweckfremder Verwendung; *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (599); zustimmend *Nehls* DAR 2007, 444 (449).

²⁰⁴⁶ Ebenso *H. Lang* VersR 2005, 894 (895).

²⁰⁴⁷ *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (599); eine solche Gefahr andeutend und als einen Gesichtspunkt unter mehreren in die Abwägung einbeziehend OLG Celle NZV 2012, 547 = jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3 (*H. Lang*).

²⁰⁴⁸ *Motzer* FamRZ 1996, 844.

²⁰⁴⁹ AA *Hoffmann/Schwab/Tolksdorf* DAR 2006, 666 (668).

²⁰⁵⁰ *Nehls* SVR 2005, 161 (167).

²⁰⁵¹ Zu einem diesbezüglichen Gesetzesvorschlag *Schwab* PVR 2003, 2 f.

²⁰⁵² So *Hoffmann/Schwab/Tolksdorf* DAR 2006, 666 ff.

Minderjährigen langfristig zu sichern sind, lässt sich genuin juristisch aus dem Gedanken der treuhänderischen Vermögensverwaltung mit der Bindung an das Kindeswohl ableiten; Anleihen der Theologie sind insoweit durchaus entbehrlich, wenn nicht fehl am Platz. Die **Verwendungsgebundenheit** eines Kapitalbetrags ist unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um das Schmerzensgeld handelt, bei dem eine Partizipation der Angehörigen diskutabel erscheint, während bei Heilungskosten und Erwerbsschaden eine strengere Zweckbindung anzunehmen ist. Pflegen die Angehörigen den Verletzten, ist der Betrag an die Pflegepersonen durchzureichen.²⁰⁵³ Wenn die überwiegende Meinung die Ansicht vertritt, dass beide Eltern berechtigt sind, ohne Einschaltung des Familiengerichts rechtswirksam für den Minderjährigen einen Abfindungsvergleich zu schließen,²⁰⁵⁴ so begegnet das Bedenken.²⁰⁵⁵ Die Disposition über sämtliche künftigen Ansprüche stellt bei einem Minderjährigen im Sinn der §§ 1643, 1822 Nr. 1 im Regelfall wohl im Wesentlichen sein Vermögen dar.²⁰⁵⁶ Dann bedarf es aber der Einschaltung des Familiengerichts, das auch nach § 1667 Abs. 2 und 3 Anordnungen treffen kann, in welcher Weise das Geld widmungsgemäß zu verwenden ist.²⁰⁵⁷ Diese Regelung ist mE wenig durchdacht, ist doch die Schutzwürdigkeit des Minderjährigen ähnlich groß, wenn er im Zeitpunkt des Unfalls Erbe eines nicht ganz unbeträchtlichen Vermögens ist, so dass insofern die §§ 1643, 1822 Nr. 1 nicht anwendbar sind; zudem sind die Auswirkungen aller anderen vom Familiengericht genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte weniger weitreichend.²⁰⁵⁸ Der vereinzelt Ansicht von *Nehls*,²⁰⁵⁹ dass Vergleiche, bei denen kein wichtiger Grund gegeben ist, allesamt nichtig seien, sofern sie nicht ein Sozialversicherungsträger aufgrund der Befugnis von § 116 Abs. 9 SGB X und § 119 Abs. 4 S 1 SGB X geschlossen hat, ist nicht zu folgen. Eine derart weitgehende Einschränkung der Privatautonomie wäre unverhältnismäßig und überschießend,²⁰⁶⁰ weil andere Schutzmechanismen zur Verfügung stehen. Außer Streit steht, dass beide Eltern von der Vertretung ausgeschlossen sind und einen Ergänzungspfleger gem. §§ 1629 Abs. 2, 1795 bestellen müssen, wenn einer von ihnen Schädiger ist,²⁰⁶¹ das kommt vor allem bei Unfällen vor, bei denen das Kind Insasse ist.

281

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²⁰⁵³ *Motzer* FamRZ 1996, 844 (847 ff.).

²⁰⁵⁴ *Nehls* DAR 2007, 444 (450); *ders.* SVR 2005, 161 (167); *Hoffmann/Schwab/Tolksdorf* DAR 2006, 666; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2004, 207.

²⁰⁵⁵ So auch *Euler* SVR 2005, 10 (13): Nicht ganz zweifelsfrei.

²⁰⁵⁶ *Euler* SVR 2005, 10 (13); *Motzer* FamRZ 1996, 844 (845).

²⁰⁵⁷ *Motzer* FamRZ 1996, 844 (846).

²⁰⁵⁸ *Motzer* FamRZ 1996, 844 (845).

²⁰⁵⁹ *Nehls* DAR 2007, 444 (450); *ders.* SVR 2005, 161 (168).

²⁰⁶⁰ Zutreffend *Schwab* DAR 2007, 669 (670).

²⁰⁶¹ *Nugel zfs* 2006, 190 (192); *Motzer* FamRZ 1996, 844.

Womöglich ließe sich eine gewisse Entzerrung der Problematik dadurch erreichen, dass man das Recht, eine Kapitalabfindung zu verlangen, von den Modalitäten ihrer Berechnung löst. In der Entscheidung OLG Celle NZV 2012, 547²⁰⁶² wurde das Recht auf einen Kapitalbetrag bei einer sprechunfähigen und auf ständige künstliche Beatmung und Ernährung angewiesenen 24-Jährigen damit begründet, dass diese eine reduzierte Lebenserwartung habe und nicht die sich den Sterbetafeln ergebende durchschnittliche Lebenserwartung zugrunde zu legen sei. Letzteres ist mE durchaus zutreffend. Bei einem Unfallopfer mit derart existenziellen Beeinträchtigungen ist aber mE gut nachvollziehbar, dass diesem wenigstens die laufende Auseinandersetzung mit dem Haftpflichtversicherer erspart bleiben soll, es dem Nervenkostüm der verletzten Person wohl gut bekäme, ohne diese Aufregungen auszukommen.

III. Keine Abänderung bei wesentlicher Änderung gem. § 323 ZPO

282

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei einer Rente muss zwar der Tatrichter versuchen, bei seiner Schätzung gem. § 287 ZPO die zukünftige Entwicklung möglichst präzise zu erfassen; beiden Parteien bleibt aber das Korrektiv, dass sie bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse eine Abänderung der Rente für die Zukunft verlangen können. Bei einer Kapitalabfindung wird eine analoge Anwendung des § 323 ZPO vom BGH²⁰⁶³ und einem Teil der Literatur²⁰⁶⁴ freilich abgelehnt, weil eine solche vergleichsähnliche Züge aufweise und für beide Parteien eine abschließende Streitbereinigung bewirken soll. Vom anderen Teil der Literatur²⁰⁶⁵ wird dagegen das Argument ins Treffen geführt, dass bei Versagung einer Anpassungsmöglichkeit der Tatrichter auf den Weg der Spekulation und Scharlatanerie verwiesen werde. Zuzugeben ist, dass eine künftige Prognose mit großen Unwägbarkeiten verbunden ist. Freilich gilt es zu bedenken, dass der Geschädigte sich auf ein solches Wagnis niemals einlassen muss, weil gem. § 843 Abs. 3 nur ihm ein solches Wahlrecht zusteht; und da in der Praxis ein wichtiger Grund kaum jemals gegeben ist, kommt es zu einer Kapitalabfindung nur dann, wenn beide Parteien sie wollen. Eine Abänderung eines Abfindungsvergleichs findet nur unter ganz restriktiven Voraussetzungen statt,²⁰⁶⁶ wenn etwa

²⁰⁶²= jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3 (H. Lang).

²⁰⁶³BGH NZV 2002, 268; BGHZ 105, 243 = NJW 1989, 286; BGH NJW 1984, 115; BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (Weber) = VersR 1981, 283 (Nehls).

²⁰⁶⁴Ernst VA 2010, 149; Engelbrecht DAR 2009, 447 f.; Nehls DAR 2007, 444 (446); Schulze¹⁰/Staudinger § 843 Rn. 11; Soergel¹³/Beater § 843 Rn. 41; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 89; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 843 Rn. 42; Pardey Rn. 1353; Nehls VersR 1981, 286; ders. zfs 2004, 193 (197); Weber Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 28; Schlund BB 1993, 2025 (2030).

²⁰⁶⁵Erman¹⁵/Wilhelmi § 843 Rn. 19; Stürner JZ 1984, 461 (468); Zöller/Vollkommer, ZPO, § 323 Rn. 28; Baumbach/Hartmann ZPO § 323 Rn. 79.

²⁰⁶⁶Nugel zfs 2006, 190 (191).

beide Parteien sich in einem Irrtum befunden haben,²⁰⁶⁷ sich etwas ganz anderes vorgestellt haben oder das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in einem ganz krassen Missverhältnis steht. Es geht um ganz exorbitante Relationen, etwa wenn der tatsächliche Schaden die Vergleichssumme um das 10-fache übersteigt,²⁰⁶⁸ oder der Schaden um gut 500 % ansteigt; wenn der Schaden um 200 % zunimmt, ist das nicht ausreichend.²⁰⁶⁹ Nicht einmal ein exorbitantes Auseinanderklaffen ist ausreichend, wenn die spätere negative Entwicklung zur Zeit des Vergleichsabschlusses nicht nur bereits angelegt, sondern schon deutlich erkennbar war.²⁰⁷⁰ Bezugnahme ist dabei Treu und Glauben (§ 242)²⁰⁷¹ sowie eine Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313).²⁰⁷²

283

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wenn sich die Parteien auf eine Kapitalzahlung einlassen, wollen sie auch **Rechtssicherheit**: Der Geschädigte will über den Betrag disponieren können, ohne dem Risiko ausgesetzt zu sein, einen Teilbetrag wieder zurückzahlen zu müssen; und der Ersatzpflichtige will die Schadensakte endgültig schließen.²⁰⁷³ Dieser Zielsetzung kann nur durch den Ausschluss jeglicher Anpassungsmöglichkeit Rechnung getragen werden – sieht man von den oben beschriebenen Extremfällen ab; eine Abstufung in der Weise, dass für die wesentliche Änderung der Verhältnisse strengere Anforderungen zu stellen sind als bei einem Rentenvergleich,²⁰⁷⁴ würde dieser Zielsetzung nicht genügen. Umso bedeutsamer ist dann aber, nach welchen Determinanten eine solche Kapitalabfindung ermittelt wird.

IV. Bemessungsdeterminanten der Kapitalabfindung

1. Einführung

284

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Bemessung der Kapitalabfindung	ff.

²⁰⁶⁷BGH NJW-RR 2008, 1716 = jurisPR-BGHZivilR 24/2008 Anm. 2 (*Nassall*) = jurisPR-VerkR 25/2008 Anm. 1 (*H. Lang*) = zfs 2009, 144 (*Diehl*) mit Besprechungsaufsatz *Nehls* SVR 2009, 214 **ff.**: Irrtum über Höhe der Sozialversicherungsrente.

²⁰⁶⁸OLG Frankfurt / M. zfs 2004, 16.

²⁰⁶⁹OLG Nürnberg VersR 2001, 982.

²⁰⁷⁰OLG München NZV 2007, 423.

²⁰⁷¹*Engelbrecht* DAR 2009, 447 (449).

²⁰⁷²*Ernst* VA 2010, 149 (150); LG Siegen zfs 2015, 317 (*Diehl*).

²⁰⁷³MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 **Rn.** 89.

²⁰⁷⁴So Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 **Rn.** 37.

Es gibt – in über 100 Jahren – eine einzige höchstrichterliche Entscheidung,²⁰⁷⁵ in der der BGH Gelegenheit hatte, zu den Bemessungsdeterminanten im Rahmen des § 843 Abs. 3 Stellung zu nehmen;²⁰⁷⁶ deshalb wird diese von *Nehls*²⁰⁷⁷ als Magna Charta der Kapitalisierung bezeichnet. Die außergerichtliche Regulierungspraxis bewegt sich daher weitgehend im rechtsfreien Raum²⁰⁷⁸ und hat nur dürftige Anhaltspunkte;²⁰⁷⁹ und selbst diese wenigen werden zum Teil als Orientierung für die Festlegung der Höhe des Kapitalbetrags – mit kaum nachvollziehbaren Gründen – für unbeachtlich erklärt.²⁰⁸⁰ Mitunter beachtet ein Tatgericht nicht einmal Fundamentalprinzipien der Kapitalisierung.²⁰⁸¹ Den wenigen Entscheidungen kommt hingegen Leitbildfunktion zu,²⁰⁸² das gilt in eingeschränktem Maß auch für die Kapitalisierung nach § 110 Abs. 1 S. 2 SGB VII,²⁰⁸³ bei dem die gesetzliche Unfallversicherung unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes eine Kapitalzahlung verlangen kann. Einigkeit besteht über den Grundsatz, dass bei Rente und Kapitalabfindung wirtschaftlich das Gleiche herauskommen muss.²⁰⁸⁴ Bei Veranlagung des Kapitalbetrags und sukzessiver Konsumierung des Kapitals und der Zinsen für den jeweiligen Bedarf²⁰⁸⁵ soll sich ein ebenso hoher Betrag ergeben wie bei fortlaufender Zahlung einer Rente.²⁰⁸⁶ Auf dieser Grundlage ist der Barwert der Rente zu ermitteln. Das ist der abgezinste Betrag der künftig geschuldeten Rentenzahlungen. Je höher der Kapitalisierungszinsfuß ist, umso geringer ist der Barwert und umgekehrt.²⁰⁸⁷ Die aus der

²⁰⁷⁵BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*).

²⁰⁷⁶*Nehls* SVR 2005, 187: LG Stuttgart ist die erste veröffentlichte Entscheidung, in der ein Barwert nach § 843 Abs. 3 berechnet wird.

²⁰⁷⁷*Nehls* DAR 2007, 444 (445); *ders.* SVR 2005, 161 (162).

²⁰⁷⁸*Kornes* VersR 2015, 794 (796); *Nehls* zfs 2004, 193: „In einer dunklen Höhle wird verhandelt – wie in Mitteleerde.“ *L. Jaeger* VersR 2012, 908 f.; Thema, das in der Rechtsprechung nicht vorkommt; Zahl der Entscheidungen an einer Hand abzuzählen.

²⁰⁷⁹*Weber*, Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 28.

²⁰⁸⁰*Küppersbusch/Höher* Rn. 854, 876.

²⁰⁸¹LG Bonn VersR 2012, 907 mit zu Recht kritischer Anmerkung von *L. Jaeger*: Keine Darlegung eines wichtigen Grundes; keine Berücksichtigung der Abzinsung; zudem wurde der Unterhaltersatzanspruch falsch berechnet.

²⁰⁸²*L. Jaeger* VersR 2006, 597 (599).

²⁰⁸³*Engelbrecht* DAR 2009, 447; Zu einem Anspruch auf Kapitalabfindung nach § 110 SGB VII LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*).

²⁰⁸⁴Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 32; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 34; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 37.

²⁰⁸⁵Darauf hinweisend *Kornes* r + s 2003, 485 (491).

²⁰⁸⁶BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*); BGHZ 97, 52 = NJW-RR 1986, 650; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 88.

²⁰⁸⁷*L. Jaeger* VersR 2006, 597 (601).

Bestimmtheit des Zwangsvollstreckungstitels – angeblich – gegebenen Restriktionen bestehen bei Ermittlung der Rente, die schlussendlich Basis der Kapitalisierung ist, nicht.

2. Qualität der Prognose

285

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu bedenken ist dabei, dass die Rente – anders als nach schweizerischen Recht – bei wesentlicher Veränderung nach § 323 ZPO angepasst werden kann. Der Blick des Tatrichters in die Zukunft reicht daher zu Unrecht häufig nicht (weit) über das Ende der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz.²⁰⁸⁸ Da durch die Kapitalabfindung aber eine endgültige Festlegung des geschuldeten Betrags erfolgen muss, ist es unabdingbar, dass der Tatrichter viel mutiger künftige Entwicklungen in seine Prognose mit einbeziehen muss, auch wenn er sie fast für Spekulation hält.²⁰⁸⁹ Dass die Inflation 0 % beträgt, ist am allerunwahrscheinlichsten; genau das ist aber die Annahme bei Zuspruch einer nominell gleichbleibenden Rente.²⁰⁹⁰ Beim Erwerbsschaden geht es um die Chance von Karrieresprüngen einerseits²⁰⁹¹ sowie das Risiko einer Unterbrechung der Erwerbsbiografie andererseits (zur Berücksichtigung solcher Risiken durch Abschläge → [Rn.](#) 11, 79). Zu bedenken ist, dass in den letzten Jahrzehnten eine nominelle Einkommenssteigerung zumindest in Höhe der Inflation, die in den letzten zehn Jahren ca. 2 % pro Jahr betragen hat,²⁰⁹² stattgefunden hat; darüber hinaus wurden Zuwächse beim Arbeitseinkommen erzielt, die aus einer Teilhabe am Wirtschaftswachstum resultierten. Wenn der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung im Jahr 1981²⁰⁹³ auch ausgesprochen hat, dass eine mechanistische Extrapolation in die Zukunft nicht möglich sei, frei nach der Devise „Die fetten Jahre sind vorbei. Man muss froh sein, wenn es nicht schlechter wird“ haben die letzten Jahrzehnte gezeigt, dass die Aufwärtsentwicklung zwar nicht mehr so stürmisch erfolgt wie in den ersten Nachkriegsjahren, ein mäßiges Wirtschaftswachstum aber noch immer die wahrscheinlichste Variante ist, sieht man von einzelnen Jahren wie der Finanzmarktkrise des Jahres 2008 sowie der Corona-Krise des Jahres 2020 ab; und auf den Trend bzw. Durchschnitt

²⁰⁸⁸ [Ch. Huber](#) zfs 2018, 484.

²⁰⁸⁹ BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 ([Weber](#)) = VersR 1981, 283 ([Nehls](#)); kritisch gegenüber solchen Unwägbarkeiten [R. Schneider](#) r + s 2004, 177 (179): „Lesen aus dem Kaffeesatz, wenn auch manchmal auf vermeintlich hochwissenschaftlichem Niveau.“

²⁰⁹⁰ [Ch. Huber](#) zfs 2018, 484 (486).

²⁰⁹¹ BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 ([Weber](#)) = VersR 1981, 283 ([Nehls](#)); [Nehls](#) SVR 2005, 161 (163); [ders.](#) zfs 2004, 193 (195); das Wort Karrieresprung suggeriert außerordentliche Aufstiege; es geht aber um das ganz normale Vorwärtskommen, wie das etwa in einer Beamtenlaufbahn anhand der – noch – zweijährigen Gehaltserhöhungen bis zu einem bestimmten Lebensalter ohne Weiteres fassbar ist. Ebenso [H. Lang](#) VersR 2005, 894 (897).

²⁰⁹² [Nehls](#) zfs 2004, 193 (195). Für den Zeitraum zwischen 2005 und 2020 sind eher 1,5 % anzunehmen.

²⁰⁹³ BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 ([Weber](#)) = VersR 1981, 283 ([Nehls](#)).

kommt es an.²⁰⁹⁴ Soweit individuelle Karriereläufe präzisere Ergebnisse liefern, so die zweijährigen Gehaltssprünge bei Beamten, sind die als konkretere Parameter heranzuziehen.²⁰⁹⁵ Durch Einbeziehung von Sachverständigen kann das Prognoserisiko abgemildert, wenn auch nicht beseitigt werden.²⁰⁹⁶ Wenn *Luckey*²⁰⁹⁷ diese Phänomene der Möglichkeit der Anpassung der Rente zuweist, sei darauf verwiesen, dass eine realistische Prognose diese von vorneherein einbeziehen kann, ist man nämlich in Bezug auf manche Phänomene, etwa hypothetische Beförderungen auch später nicht sehr viel schlauer.

286

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Entsprechend den Vorgaben der konkreten Schadensberechnung wird auch zwischen den jeweiligen Schadenskategorien zu unterscheiden sein. Der Erwerbsschaden ist an den Einkommenszuwächsen der betreffenden Berufsgruppe zu orientieren; bei den vermehrten Bedürfnissen ist auf die Steigerung der Kosten beim jeweiligen Mehrbedarf abzustellen.²⁰⁹⁸ Da etwa bei Pflegedienstleistungen bei gleicher Qualität kaum Rationalisierungspotenziale bestehen, werden die Kosten dafür stärker steigen als der allgemeine Verbraucherpreisindex,²⁰⁹⁹ bei dem sich dämpfend auswirkt, dass darin auch Dienstleistungen und Waren enthalten sind, die infolge des technischen Fortschritts billiger werden, sei es nun das Telefonieren oder die Anschaffung eines Computers.²¹⁰⁰ Häufig wird nur an die berufliche Erwerbstätigkeit gedacht; im Regelfall wäre aber auch ein Einsatz der Arbeitskraft im Rahmen der Hauswirtschaft erfolgt, was es zusätzlich zu berücksichtigen gilt.²¹⁰¹

3. Leibrente bzw. Verbindungsrente, nicht Zeitrente²¹⁰²

287

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Leibrente	

²⁰⁹⁴ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1484).

²⁰⁹⁵ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (325); *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1484).

²⁰⁹⁶ *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (600).

²⁰⁹⁷ *Luckey* NZV 2019, 8 (10).

²⁰⁹⁸ BGHZ 97, 52 = NJW-RR 1986, 650.

²⁰⁹⁹ *Nehls* DAR 2007, 444 (449): Im Gesundheitswesen jährliche Steigerung um 3,3 %. *Vismara* PHI 2013, 138 (144): Verweis auf Großbritannien: dort 2 % über dem Verbraucherpreisindex.

²¹⁰⁰ So auch die Einschätzung von LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).

²¹⁰¹ *Nehls* zfs 2004, 193 (195).ööö.

²¹⁰² Zur Terminologie *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10 ff.

Außer Streit stehen sollte, dass es bei der Kapitalisierung von Personenschäden um Leibrenten und nicht um Zeitrenten²¹⁰³ geht, also das Vorversterblichkeitsrisiko vor der errechneten voraussichtlichen Lebenserwartung zu beachten ist, so dass der Kapitalisierungsfaktor geringer ist als bei Zeitrenten.²¹⁰⁴ Zu unterscheiden ist zwischen solchen, die lebenslang gebühren, so bei vermehrten Bedürfnissen oder auch grundsätzlich dem Haushaltsführerschaden sowie solchen mit temporärer Befristung, wie das beim Erwerbsschaden der Fall ist,²¹⁰⁵ wobei hinzukommen kann, dass sie erst später beginnen, weil erst beim Eintritt ins Erwerbsleben ein Erwerbsschaden gegeben ist (aufgeschobene Leibrente).²¹⁰⁶ Bei Unterhaltsrenten nach § 844 Abs. 2 sind im Rahmen einer Verbindungsrente zusätzlich Risiken aus der Sphäre der Anspruchsteller zu beachten.²¹⁰⁷ Maßgeblich ist somit die Anwendung der passenden Sterbetafel.²¹⁰⁸

4. Anknüpfung an Brutto- oder Nettowerte – Est und Sozialversicherungsbeiträge

288

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Sozialversicherung	ff.

Beim Erwerbsschaden stellt sich die Frage, ob an die Brutto- oder Nettowerte anzuknüpfen ist.²¹⁰⁹ Die Beiträge zur Sozialversicherung sind mE nicht einzubeziehen, soweit sie keine Gegenleistung darstellen, weil sich beim Geschädigten das korrespondierende Risiko nach der Verletzung nicht mehr verwirklichen kann, wie das etwa in Bezug auf die Unfall- und Arbeitslosenversicherung bei einem erwerbsunfähigen Schwerstverletzten der Fall ist. Es ist aber auch denkbar, dass ein entsprechender Bedarf nach wie vor gegeben ist, wie etwa bei der Kranken- oder Pflegeversicherung.²¹¹⁰ Und schließlich sorgen Regressnormen des

²¹⁰³So aber der Vorwurf von *H. Lang* VersR 2005, 894 (900); *R. Schneider/S. Schneider* zfs 2004, 541 (543 f.) an *Nehls*.

²¹⁰⁴*L. Jaeger* VersR 2006, 597; *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10 (11).

²¹⁰⁵*L. Jaeger* VersR 2006, 1328: Hinweis auf einen entsprechenden Fehler von *Nehls* zfs 2004, 193 ff., der bei einem Erwerbsschaden eine lebenslange Rente zugrunde gelegt hat.

²¹⁰⁶*L. Jaeger* VersR 2006, 597 (600).

²¹⁰⁷Zutreffend LG Nürnberg-Fürth mit Hinweisbeschl. OLG Nürnberg NZV 2008, 349 (*Küppersbusch*) sowie NZV 2008, 634 (*L. Jaeger*); *R. Schneider/S. Dietz-Schneider* VersR 2006, 1325: Neben dem Risiko, vorher zu versterben, auch die Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit.

²¹⁰⁸Zum Vorwurf von *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10 (12) *Nehls* zfs 2004, 193 ff. habe nicht die zutreffende Sterbetafel angewendet, *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (601): Diesbezüglich Vorwurf unbegründet, weil Risiko des Vorversterbens nicht doppelt berücksichtigt werden dürfe.

²¹⁰⁹Für die Maßgeblichkeit der Nettowerte *Nehls* VersR 1981, 286 (287).

²¹¹⁰OLG München VersR 2005, 1150: Abfindungsvergleich auf der Basis der modifizierten Nettolohntheorie unter Ausklammerung der Rentenversicherungsbeiträge; keine Nachforderung in Bezug auf Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung.

Sozialversicherungsrechts selbst, wie etwa § 119 SGB X, dafür, dass die Beiträge für die Alterssicherung vom Ersatzpflichtigen sogleich an den Rentenversicherer erbracht werden, so dass der darauf entfallende Betrag bei der Kapitalisierung des vom Geschädigten selbst geltend zu machenden Betrags auszuklammern ist. Zu prüfen ist dabei, ob der Sozialversicherer auch die Dynamisierung berücksichtigt. In Bezug auf die Entrichtung von ESt ist zu beachten, dass darauf abzustellen ist, ob der Geschädigte die Rente bzw. das der Rente entsprechende Äquivalent hätte versteuern müssen.²¹¹¹ Bei den vermehrten Bedürfnissen und dem Haushaltsführungsschaden ist das zu verneinen, beim Erwerbsschaden aber gem. § 24, 34 EStG zu bejahen.²¹¹² Der Geschädigte kann zwar gem. § 34 Abs. 2 Nr. 2 EStG eine Steuervergünstigung bei der Empfangnahme des Kapitalbetrags in Anspruch nehmen,²¹¹³ diese verfolgt aber lediglich die Zielsetzung, eine Progressionskappung zu bewirken. Bei einer quartalsmäßig zufließenden Rente wäre nämlich die Progression deutlich geringer.²¹¹⁴ Er wird daher mithilfe dieser steuerrechtlichen Pauschalierung gerade so gestellt, als ob er fortlaufend eine Rente anstelle des Erwerbseinkommens bezogen hätte.

5. Aufteilung zwischen Geschädigtem und Sozialversicherungsträger

289

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Eine Kapitalisierung von Rentenansprüchen findet sowohl beim Regressanspruch der Sozialversicherungsträger als auch bei dem beim Verletzten verbleibenden Anspruch statt. Es hat dabei eine Abschätzung zu erfolgen, in welchem Ausmaß der jeweilige Sozialversicherungsträger in Zukunft Leistungen zu erbringen hat und welcher Teil beim Geschädigten verbleiben wird. Tendenziell dürfte es so sein, dass die Sozialversicherungsrenten in der Zukunft kaum ausgebaut werden, weil die jeweiligen Kassen schon aus demografischen Gründen eher leerer als voller werden. Ausnahmsweise mag für die Unfallversicherer etwas anderes gelten.²¹¹⁵

290

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Aus währungspolitischen Gründen bestehen Bedenken, eine Rente an einen Index zu binden. Das führt typischerweise zu einer Verkürzung des Geschädigten, der weniger erhält, als nach dem Ausgleichsprinzip geboten ist. Denn eine Anpassung kann bloß begehrt werden, wenn die

²¹¹¹Zu den Besonderheiten der Steuerfreiheit bei ausländischem Wohnsitz BGH NZV 2002, 268.

²¹¹²*Ernst* VA 2010, 149 (151).

²¹¹³Dazu BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*).

²¹¹⁴*C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (329).

²¹¹⁵*Kornes* r + s 2003, 485 (490).

Wesentlichkeitsgrenze überschritten ist; die in der Vergangenheit akkumulierten Defizite bleiben sodann ohne Abgeltung. Nach der hier vertretenen Ansicht ist aber in all diesen Fällen eine indexgebundene Rente zulässig und auch geboten (→ Rn. 78, 91). Der BGH²¹¹⁶ hat indes ausgesprochen, dass selbst währungsrechtliche Skrupel nicht dazu führen können, diesen Umstand bei der Festsetzung einer Kapitalentschädigung unberücksichtigt zu lassen.²¹¹⁷ Zugrunde zu legen ist somit eine „dynamische Rente“, wobei die Größen der Anpassung Inflation, Wirtschaftswachstum, beim Erwerbsschaden darüber hinaus Karrieresprünge bzw. Unterbrechungen der Erwerbsbiografie sind.

6. Zeitliche Dimension

291

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Dauer der Rente	ff.

Die Dauer der Rente wird typischerweise den Sterbetafeln entnommen. Dass es dabei je nach Halbjahr zu Auf- bzw. Abrundungen kommt,²¹¹⁸ ist hinzunehmen; freilich wäre eine exaktere Berechnung möglich; nur für den Haftpflichtversicherer sowie den Sozialversicherer ergibt sich ein Ausgleich, der jeweilige Geschädigte erhält zu viel oder zu wenig. Insoweit wird zu Recht darauf hingewiesen, dass konkrete Umstände beachtlich sind,²¹¹⁹ also eine besonders schwere Verletzung²¹²⁰ dazu führt, dass die Lebenserwartung geringer ist als der Durchschnitt, was zu Abschlägen führt,²¹²¹ ebenso eine Vorerkrankung;²¹²² denkbar sind aber auch Zuschläge – bei guten Genen und ansonsten robuster Gesundheit.²¹²³ Das kommt etwa in Betracht bei einer Rente nach § 844 Abs. 2, wenn der Getötete im Zeitpunkt des Todes besonders gesund und leistungsfähig war. Auch für die regionale Dimension ist beachtlich, dass die Sterbetabellen etwa in den alten und neuen Bundesländern unterschiedlich sein wird. Die Sterbetabellen differenzieren insoweit lediglich nach dem Geschlecht.²¹²⁴

²¹¹⁶BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*).

²¹¹⁷Zustimmend *Nehls* VersR 1981, 286 (287).

²¹¹⁸*Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1479).

²¹¹⁹*Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1479).

²¹²⁰Instruktiv OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 207: Anspruch nach § 844 Abs. 2, Getöteter litt an einer Krebserkrankung.

²¹²¹*Strunk* DAR 2019, 313 (318): Da die Sterbetafeln das „durchschnittliche“ Vorversterbensrisiko bereits enthalten, ist darauf zu achten, dass es zu keiner „partiellen“ Doppelberücksichtigung kommt.

²¹²²LG Bonn VersR 2012, 907 (*L. Jaeger*).

²¹²³*H. Lang* VersR 2005, 894 (896).

²¹²⁴*Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1479).

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bedeutsam ist die Befristung der Rente. Beim Erwerbsschaden nimmt der BGH²¹²⁵ eine Befristung nach dem gesetzlichen **Renteneintrittsalter** vor. ME trägt der Anspruchsteller die Beweislast für eine Abweichung von der wahrscheinlichsten tatsächlichen Entwicklung,²¹²⁶ wobei die Verhältnisse der jeweiligen Berufsgruppe zu beachten sind.²¹²⁷ Im Verhältnis zwischen Verletztem und Ersatzpflichtigem ist das besonders bedeutsam, soweit § 119 SGB X nicht zum Tragen kommt.²¹²⁸ Zutreffend ist hingegen ein Abstellen auf die tatsächlichen Verhältnisse, was derzeit zu einem wesentlich niedrigeren Alter führt.²¹²⁹ Bei der Berechnung des Barwertes für eine Rente ist indes zu bedenken, dass nach der wahrscheinlichsten Entwicklung davon auszugehen ist, dass wegen der demografischen Entwicklung das Rentenniveau eher sinken dürfte²¹³⁰ und das Renteneintrittsalter künftig angehoben wird.²¹³¹ Bedeutsam ist, ob jemand vor 1964 geboten wurde, dann gilt die Gleitklausel zwischen 65 und 67 Jahren; ab 2031 ist jedoch mit einer Anhebung des Rentenalters auf 70 bis 72 Jahre zu rechnen.²¹³²

292a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei einer Rente wegen vermehrter Bedürfnisse ist zu bedenken, dass die durchschnittliche **Lebenserwartung** kontinuierlich ansteigt,²¹³³ mag der Zuwachs künftig auch geringer sein als in

²¹²⁵BGH NJW-RR 1995, 1272; dazu *Lemcke* r + s 1995, 384; BGH NJW 1989, 3150; NJW-RR 1988, 470; BGHZ 97, 52 = NJW-RR 1986, 650; ebenso LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).

²¹²⁶AA *H. Lang* VersR 2005, 894 (898): Beweislast des Ersatzpflichtigen.

²¹²⁷*L. Jaeger* VersR 2006, 597 (600); *H. Lang* VersR 2005, 894 (898): Unterscheidung zwischen Bauarbeiter und Verwaltungsangestellten. Viel zu pauschal hingegen *Schwab* DAR 2007, 669 (670): Nur 45 % der über 55-Jährigen sind noch in Lohn und Brot.

²¹²⁸So in LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*): Unfall am 29.6.1980. Dass durch § 119 SGB X nicht in allen Fällen alle Defizite erfasst sind, dazu *Rn.* 126.

²¹²⁹*Küppersbusch/Höher* Rn. 860 *ff.*; *Schlund* BB 1993, 2025 (2028).

²¹³⁰LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*): Annahme der Absenkung von 67 % des derzeitigen Nettostandardniveaus mit der Perspektive der Absenkung auf 64,2 % und schlussendlich auf 62 %.

²¹³¹*Gräfenstein/Strunk* zfs 2019, 431; *Luckey* NZV 2019, 8 (10); *Kornes* r + s 2004, 1 (4).

²¹³²Zutreffend die Einschätzung von *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (9).

²¹³³*Kornes* VersR 2015, 794 (802 *ff.*); *Nehls* zfs 2004, 193 (196); *Kornes* r + s 2003, 485 (487, 492 *Fn.* 14).

den letzten Jahren.²¹³⁴ *Strunk*²¹³⁵ verweist instruktiv darauf, dass zwischen 1970/72 und 2014/16 die Lebenserwartung einer 40-jährigen Frau um acht Jahre gestiegen ist; es geht somit um mehr als Peanuts. Es sind deshalb im Interesse des Geschädigten möglichst aktuelle Sterbetafeln zu verwenden;²¹³⁶ und selbst diese geben lediglich eine Extrapolation der Vergangenheit wieder, so dass sie den Geschädigten benachteiligen.²¹³⁷ Immerhin sollte auf die aktuellsten zurückgegriffen werden, die vom Statistischen Bundesamt jährlich veröffentlicht werden.²¹³⁸ Lohnend ist ein vergleichender Blick in das Standardwerk in der Schweiz,²¹³⁹ die wegen des gesetzlichen Regelfalls der Kapitalabfindung gegenüber dem Ausnahmefall der Rente seit Jahrzehnten das höchste Know-how auf diesem Gebiet aufweist.²¹⁴⁰ Darüber hinaus können die Werte aus Sterbetafeln stets nur einen Anhaltspunkt liefern. Individuelle Umstände des jeweils Verletzten, etwa dessen verkürzte Lebenserwartung infolge des schädigenden Ereignisses, sind zu beachten,²¹⁴¹ so dass sich daraus höhere oder geringere Werte ergeben können.²¹⁴² Wird bei der Kapitalisierung eine verkürzte Lebenserwartung infolge des schädigenden Ereignisses angenommen, ist ein Unterhaltersatzanspruch von Ehefrau und Kindern für die Dauer der Verkürzung zusätzlich zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Lebenserwartung einer erwachsenen Person höher ist als die eines Kindes, weil in einem bestimmten Alter das Risiko, bis dahin zu versterben, sich nicht verwirklicht hat. Demgemäß ist es im Interesse des Geschädigten, bezüglich der Lebenserwartung nicht auf den Zeitpunkt der Verletzung, sondern den der Kapitalisierung abzustellen,²¹⁴³ was deshalb bedeutsam ist, weil das Vorversterbensrisiko vor dem angenommenen Ende der Rente umso geringer wird.²¹⁴⁴ Das entspricht im Übrigen auch dem Grundsatz, möglichst auch die Umstände seit der Verletzung für die Bemessung des Ersatzumfangs einfließen zu lassen.

293

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²¹³⁴ *R. Schneider* r + s 2004, 177 (178).

²¹³⁵ *Strunk* DAR 2019, 313 (314).

²¹³⁶ Dafür auch *H. Lang* VersR 2005, 894 (896).

²¹³⁷ *Luckey* NZV 2019, 8 (10); *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1480).

²¹³⁸ *Luckey* NZV 2019, 8 (10); *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (70).

²¹³⁹ *Stauffer/Schaetzle/Weber*, Barwerttafeln und Berechnungsprogramme I; darauf hinweisend auch *Kornes* VersR 2015, 794 (803).

²¹⁴⁰ *Ch. Huber* HAVE 2018, 283 (284).

²¹⁴¹ BGH NZV 2002, 268.

²¹⁴² *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (599); BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*); *Küppersbusch/Höher* Rn. 857.

²¹⁴³ LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*); LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*); *Küppersbusch/Höher* Rn. 857; *Schlund* BB 1993, 2025 (2027).

²¹⁴⁴ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1478).

Eine Rente wegen vermehrter Bedürfnisse gebührt **ein Leben lang**.²¹⁴⁵ Eine solche wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung wurde bislang mit dem 75. Lebensjahr begrenzt.²¹⁴⁶ Das erscheint freilich angesichts der steigenden Lebenserwartung und der besseren Fitness nicht mehr angemessen.²¹⁴⁷

293a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Sachgerecht ist demgegenüber auch bei Beeinträchtigungen der Haushaltsführung jedenfalls eine Anhebung auf das vollendete 80. Lebensjahr; angemessener ist freilich eine lebenslange Rente, wobei der nachlassenden Leistungsfähigkeit durch Abschläge Rechnung zu tragen ist,²¹⁴⁸ was sich durch Untersuchungen des Statistischen Bundesamtes belegen lässt.²¹⁴⁹ Zu bedenken ist, dass die Menschen nicht nur länger leben, sondern die silver ager auch länger agil und leistungsfähig bleiben.²¹⁵⁰

293b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Renten wegen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit wurden bisher mit dem 65. Lebensjahr begrenzt; die Anhebung des Rentenalters auf das 67. Lebensjahr ist aber schon Realität; und wegen des demografischen Wandels werden weitere Schritte folgen, so dass eine Anhebung auf das 70. Lebensjahr bei jüngeren Verletzten schon derzeit sachgerecht ist.²¹⁵¹

294

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²¹⁴⁵ LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).

²¹⁴⁶ LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).

²¹⁴⁷ *Luckey* NZV 2019, 8 (11); *Strunk* DAR 2019, 313 (314).

²¹⁴⁸ *H. Lang* VersR 2019, 385 (392); *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 (187) unter Hinweis auf OLG Rostock zfs 2003, 233; *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (600); restriktiver *Ernst* VA 2010, 149 (151): Lebenslange Rente nur bei Verletzung im hohen Alter zugrundelegen.

²¹⁴⁹ *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (71).

²¹⁵⁰ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (326).

²¹⁵¹ *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (70); *Kornes* VersR 2015, 794 (803).

§ 843 Abs. 2 verweist auf § 760, wonach eine Leibrente quartalsmäßig im Vorhinein zu bezahlen ist; Auswirkungen kann das auch auf den Streitwert haben.²¹⁵² Die gängigen Kapitalisierungstabellen gehen demgegenüber von einer monatlich vorschüssigen Zahlung aus.²¹⁵³ Das wirkt sich zum Nachteil des Anspruchstellers aus.

7. Dynamisierung

294a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	dynamische Rente	

Dass die Dynamisierung, also das Ansteigen der Rente wegen Inflation, Wirtschaftswachstum und beim Erwerbsschaden individuellen Aufstiegs zu berücksichtigen ist, steht außer Streit.²¹⁵⁴ Fraglich ist allein, ob nach Ermittlung des Kapitalbetrags eine pauschale Korrektur vorzunehmen ist;²¹⁵⁵ oder aber nach Schadensposten getrennt die unterschiedliche Rentendynamik berücksichtigt werden soll.²¹⁵⁶ Letzterer Ansatz führt zu einer höheren Genauigkeit, weil er eine unterschiedliche Gewichtung bei den einzelnen Schadensposten erlaubt. Wenn *Strunk*²¹⁵⁷ darauf verweist, dass das Steigen der Gehälter im öffentlichen Dienst und in der Versicherungswirtschaft am deutlichsten auszumachen sei, mag das von der Transparenz her zutreffen; die Einkommenssteigerungen im Laufe des Lebens sind freilich bei Selbstständigen und Managern deutlich höher. Pflegedienstleistungen werden etwa in der Zukunft stärker steigen, weil insoweit kein Rationalisierungspotenzial besteht, solange kranke Menschen von Personen und nicht Robotern gepflegt werden. Dazu kommt, dass derzeit – jedenfalls faktisch – sich die Stundensätze an denen der Pflegekräfte aus Osteuropa orientieren; die Corona-Krise belegt eindrucksvoll, in welchem hohem Ausmaß das in Deutschland der Fall ist. Zu beachten ist, dass sich schon in den letzten 30 Jahren das Lohngefälle verringert hat und das auch weiter so sein wird. Eine solche Detailbetrachtung wird zum Ergebnis führen, dass der von *Strunk*²¹⁵⁸ vorgeschlagene pauschale Dynamisierungszuschlag von 1,5 bis 2 % viel zu gering ist.

8. Kapitalisierungszinsfuß

295

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²¹⁵² *Schneider* NJW-Spezial 2016, 603.

²¹⁵³ *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2013, 713.

²¹⁵⁴ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1484).

²¹⁵⁵ So *Strunk* DAR 2019, 313 (318).

²¹⁵⁶ Dafür *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (327).

²¹⁵⁷ *Strunk* DAR 2019, 313 (318).

²¹⁵⁸ *Strunk* DAR 2019, 313 (318).

Steht der Betrag fest, der bis zu einem bestimmten kalendermäßig fixierten Termin in Rentenform zu leisten wäre, ist dieser in einen Barwert umzuwandeln. Nach §§ 843 Abs. 2, 760 Abs. 2 ist dabei eine Zahlung drei Monate im Voraus zugrunde zu legen;²¹⁵⁹ die Praxis geht hingegen – zulasten des Geschädigten – von einer einmonatigen Vorschusspflicht, zum Teil sogar von einer vierteljährlichen nachschüssigen Zahlungsweise aus.²¹⁶⁰ Der Hauptstreitpunkt bei der korrekten Ermittlung des Barwertes ist der zugrunde zu legende Kapitalisierungszinsfuß.²¹⁶¹ Die Auswirkungen, welchen Zinssatz man zugrunde legt, sind beträchtlich.²¹⁶² Es geht dabei um die Frage, in welcher Höhe der Geschädigte aus dem gezahlten Kapital Zinseinkünfte erzielen kann. Die Praxis ging die längste Zeit von einem Wert von 5 % bis 5,5 % aus.²¹⁶³ Dieser ist freilich – nicht nur derzeit, sondern schon längere Zeit²¹⁶⁴ – viel zu hoch.²¹⁶⁵ Selbst *Küppersbusch/Höher*²¹⁶⁶ nennen nun eine Bandbreite von 3 bis 5 %.²¹⁶⁷ Zu bedenken ist, dass die einzige BGH-Entscheidung,²¹⁶⁸ in einer Hochzinsphase erging,²¹⁶⁹ als für täglich fälliges Geld

²¹⁵⁹ LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*); *Nehls* zfs 2004, 193, [Fn. 7](#).

²¹⁶⁰ *Küppersbusch/Höher* Rn. 870; kritisch dazu *Kornes* r + s 2003, 485 (487).

²¹⁶¹ *Strunk* DAR 2019, 313 (315) mit anschaulichen Beispielen, welche enorme Bedeutung die Wahl des Kapitalisierungszinsfußes hat; *M. Shah Sedi/C. Shah Sedi* zfs 2008, 183 (185): Größtmögliche Bedeutung; *Nehls* DAR 2007, 444 (446): Schwierigstes Tatbestandsmerkmal; *R. Schneider* r + s 2004, 177.

²¹⁶² *Ernst* VA 2010, 149 (151).

²¹⁶³ *H. Lang* VersR 2005, 894 (898); *Kornes* r + s 2003, 485 (488); zustimmend, freilich bloß für die Vergangenheit Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 [Rn.](#) 19; vorsichtig auch MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 [Rn.](#) 88: Erster Anhaltspunkt. Völlig abwegig *Schwab* DAR 2007, 669 (670), der auf den Verzugszins abstellt, der völlig andere Ziele verfolgt.

²¹⁶⁴ Instrukтив insoweit OLG Hamm BeckRS 2016, 114204: Im Oktober 2007 Basiszinssatz 3,19 %, daher Zinsfaktor von 5 % damals „gut vertretbar“.

²¹⁶⁵ *Luckey* NZV 2019, 8 (10): Kaum vertretbar; ähnlich *Scholten* NJW 2018, 1302 (1304); *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (488): Maßlos überzogen; so auch LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*): 2,5 %; LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*): 3,75 %; *L. Jaeger* VRR 2006, 124 (126): Realzins maximal 3 %, eher nur 2 %; *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (604): maximal 3 % unter Hinweis, dass das auch für die nächsten Jahre so sein wird; *Euler* SVR 2005, 10 (15); *Engelbrecht* DAR 2009, 447 (450 f.); Zwischen 2,8 und 4,3 %.

²¹⁶⁶ *Küppersbusch/Höher* Rn. 869.

²¹⁶⁷ Dazu *Bachmeier* SVR 2019, 10 (11): 5 % nahezu zementiert, Festhalten an 5 % „geradezu absurd“; *Strunk* DAR 2019, 313 (318): Angesichts der aktuellen Zinslage „überraschend“, dass 3 % als niedrigster Wert ausgewiesen wird; *Gräfenstein/Strunk* zfs 2019, 431 432: 5 % nun als überholt anzusehen.

²¹⁶⁸ BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*) unter ausdrücklichem Hinweis auf das „derzeitige“ Zinsniveau.

²¹⁶⁹ *L. Jaeger* VRR 2006, 124 (125); *Nehls* zfs 2004, 193 (196); *Kornes* r + s 2003, 485 (487): Damalige Umlaufrendite 8,5 %.

ebenso wie bei langfristiger Veranlagung Zinsen von ca 10 % bezahlt worden sind,²¹⁷⁰ zudem betrug damals die Inflation 6,31 %.²¹⁷¹ Da der Geschädigte einerseits bei der Veranlagung von Kapital typischerweise nicht besonders erfahren ist, er andererseits die Zinsen und Teile des Kapitals kontinuierlich benötigt, ist es bei Anlegung eines groben Maßstabs plausibel, die Verzinsung von Bundesanleihen mit einer mittelfristigen Laufzeit zugrunde zu legen.²¹⁷² Eine Spekulationen mit Risikopapieren wie Aktien, die in der Finanzkrise des Jahres 2008 sowie der Corona-Krise des Jahres 2020 innerhalb weniger Tage um 30 % eingebrochen sind, ist ihm ebenso wenig zuzumuten²¹⁷³ wie die Veranlagung in Industrieobligationen,²¹⁷⁴ deren Sicherheit – nicht nur in der jüngsten Vergangenheit – mit dem Insolvenzrisiko des Emittenten belastet ist.²¹⁷⁵ Davon ist die Abgeltungssteuer von 25 % zuzüglich des Solidaritätszuschlags, bei der Mehrzahl der Verletzten zusätzlich die Kirchensteuer, in Abzug zu bringen. Dass die Steuer vom Ersatzpflichtigen zu tragen ist, ist unstrittig,²¹⁷⁶ vertreten wird freilich die Ansicht, dass der Geschädigte in Entsprechung der Regeln der Nettolohnmethode nachweisen müsse, dass er sie gezahlt habe; wenn er den Betrag für eine größere Investition verwendet habe, sei das freilich nicht der Fall, so dass sie nicht geschuldet sei.²¹⁷⁷ Dagegen werden zwei Gesichtspunkte eingewendet: Die Abführung der Abgeltungssteuer von Zinserträgen ist eine Determinante für die Ermittlung der Höhe der Kapitalabfindung; wie der Geschädigte diese dann verwendet, ist davon zu trennen.²¹⁷⁸ Schließlich ist darauf zu verweisen, dass es gerade der Sinn der Kapitalabfindung ist, dass künftig keine weiteren Berührungspunkte zwischen Verletztem und Ersatzpflichtigem bestehen. Einzuräumen ist, dass die Erstattung von Abgeltungssteuer ohne tatsächliche Veranlagung eine fiktive Zahlung wäre. Am sachgerechtesten ist in der Tat, dass der Geschädigte die Abgeltungssteuer verlangen kann, die infolge der Veranlagung des Kapitals bei ihm zusätzlich anfällt, wobei er den Freibetrag für eigene Kapitaleinkünfte vorbehalten darf. Das widerspricht zwar dem Postulat, dass der Geschädigte mit dem Ersatzpflichtigen möglichst nichts mehr zu tun haben soll, ist aber nach den Postulaten der subjektiv-konkreten Schadensberechnung nicht zu vermeiden. Zudem beugt eine solche Regelung dem Risiko vor,

²¹⁷⁰ *Strunk* DAR 2019, 313 (315); *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (71); *Kornes* VersR 2015, 794 (799): Spitzenwert 11,4 % im Jahr 1981.

²¹⁷¹ *Kornes* VersR 2015, 794 (796).

²¹⁷² *Nehls* DAR 2007, 444 (446); *ders.* zfs 2004, 193 (195): Umlaufrendite börsennotierter Bundesanleihen; ebenso *Kornes* r + s 2003, 485 (489).

²¹⁷³ Zurückhaltend auch *Scholten* NJW 2018, 1302 (1304): Nur in Ausnahmefällen; aA für das schweizerische Recht *Schmidlin-Kaiser/Lörtscher* HAVE 2018, 281 (282).

²¹⁷⁴ So aber *H. Lang* VersR 2005, 894 (899 f.); *R. Schneider/S. Schneider* NZV 2005, 497; *dies.* zfs 2004, 541 (542) FN 8.

²¹⁷⁵ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1481); *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (602); *ders.* VersR 2006, 1328; *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller* r + s 2013, 477 (478); *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (71); *Köck* DAR 2015, 557 (558); aA *H. Lang* VersR 2005, 894 (899).

²¹⁷⁶ *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (72).

²¹⁷⁷ *H. Lang* VersR 2005, 894 (900); *R. Schneider/S. Schneider* NZV 2005, 497 (503); *dies.* zfs 2004, 541 (546).

²¹⁷⁸ *Nehls* DAR 2007, 444 (447); *L. Jaeger* VRR 2006, 124 (126); *ders.* VersR 2006, 597 (604).

dass die Abgeltungssteuer eines Tages abgeschafft wird mit der Folge, dass die Kapitaleinkünfte dann mit dem Grenzsteuersatz zu versteuern sein werden.²¹⁷⁹

295a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Davon zu trennen ist die Frage, ob für den Schadensposten, für den eine Kapitalentschädigung bezahlt wird, Steuer anfällt. Sofern beim Empfänger unter keinen Umständen Steuer anfällt, ist sie auch nicht – zusätzlich – zu berücksichtigen.²¹⁸⁰ Insbesondere bei einem Minderjährigen kann es vorkommen, dass die – fiktiven – Zinserträge aus der Veranlagung des Kapitalbetrags geringer sind als der Freibetrag. Zu bedenken ist indes, dass bei diesem durch die Kapitalabfindung und die Veranlagung ein zusätzlicher Vermögensnachteil entsteht, wenn er dadurch für seine sonstigen Zinseinkünfte, die ansonsten steuerfrei geblieben wären, durch die Veranlagung der Kapitalabfindung Abgeltungssteuer entrichten muss. Die Berücksichtigung von Zinsen an sich hängt aber nicht davon ab, ob der Anspruchsteller das Kapital veranlagt oder zur Tilgung von Schulden oder für eine Großinvestition oder für andere konsumtive Zwecke verwendet.

296

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es stellt sich dabei die Frage, ob der Zinssatz maßgeblich sein soll, der zum Zeitpunkt der Verletzung bzw. des Empfangs des Kapitals erzielbar ist oder ob ein durchschnittlicher Zinssatz zugrunde zu legen ist. Einerseits muss der Geschädigte das empfangene Kapital im Zeitpunkt des Empfangs veranlagen; bei Defiziten in dieser Phase, wenn also der bei der Kapitalisierung angenommene (durchschnittliche) Zinssatz signifikant über dem tatsächlich erzielbaren liegt, kommt es zu einem Verzehr des Kapitals, was später nie mehr – in vollem Umfang – aufgeholt werden kann,²¹⁸¹ wie überhaupt Umstände eine umso geringere Rolle spielen, je weiter sie in der Zukunft liegen. Andererseits wird der Geschädigte das Kapital bei einem längeren Zeitraum einer fiktiven Rente nicht für die gesamte Laufzeit binden. Einen Teil benötigt er ja, so dass manche tendenziell höheren Anlageformen ausscheiden.²¹⁸² Plausibel wäre deshalb, von einer durchschnittlichen Verzinsung auszugehen,²¹⁸³ freilich mit einer Gewichtung nach den im Zeitpunkt der Verletzung maßgeblichen Verhältnissen. Durchaus nachvollziehbar ist es etwa, wenn *Kornes*²¹⁸⁴ vorschlägt, dass als Ausgangspunkt der Ermittlung der Höhe des Zinssatzes der

²¹⁷⁹ Darauf hinweisend *Car/Mittelstadt* VersR 2018, 1477 (1485).

²¹⁸⁰ *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (604) unter Hinweis auf LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*).

²¹⁸¹ Zutreffend *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (604).

²¹⁸² *Kornes* r + s 2003, 485 (488).

²¹⁸³ *Schlund* BB 1993, 2025 (2027); für ein Abstellen auf einen zehnjährigen Zeitraum OLG München zfs 2003, 176.

²¹⁸⁴ *Kornes* r + s 2004, 1 (5).

Durchschnittzinssatz für den Zeitraum der Vergangenheit herangezogen werden soll, für den in der Zukunft eine Rente zu zahlen wäre. Das bedeutet, dass bei Ermittlung eines Barwertes für eine Rente, die noch fünf Jahre zu zahlen wäre, der durchschnittliche Zinssatz der letzten fünf Jahre maßgeblich sein soll. Fakt ist freilich, dass in den letzten zehn Jahren nie mehr die exorbitant hohen Zinssätze aus der Zeit zu Beginn der 80er-Jahre erreicht wurden,²¹⁸⁵ und keine Anhaltspunkte gegeben sind, dass das in absehbarer Zukunft so sein wird.²¹⁸⁶ Jedenfalls ex post hat sich erwiesen, dass die Absenkung des Zinsniveaus keine „kurzfristige Entwicklung“²¹⁸⁷ war; 2011 sind die Zinsen ähnlich tief wie 2005; 2015 liegen sie noch ein Stück weit darunter; und 2020 ist das Zinsniveau sogar noch tiefer! Zudem unausgewogen ist eine Argumentation, die bei den Zinssätzen einen Zeitraum von 50 Jahren betrachtet,²¹⁸⁸ bei Lohnsteigerungen sich aber mit düsteren Prognosen der nächsten Zukunft begnügt oder bloß einen Zeitraum von drei oder fünf Jahren heranzieht.²¹⁸⁹ *Kornes*²¹⁹⁰ bezeichnet die Spiegelung der Vergangenheit in die Zukunft als „im Ergebnis auch alternativlos“. Der Durchschnittzinssatz von Bundesanleihen im Zeitraum von 2009 bis 2019 lag bei 1,62 %.²¹⁹¹ Sehr viel einleuchtender und konkreter ist mE der Ansatz von *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller*,²¹⁹² die auf die tagesaktuellen Zinssätze entsprechend der Fristigkeit abstellen.

297

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es ist durchaus üblich, bei Kapitaleinkünften einen in Prozent- bzw. Promillesätzen bemessenen Verwaltungskostenbeitrag zu berücksichtigen. Einerseits ergeben sich An- und Verkaufsspesen, andererseits entstehen Depotgebühren. Der BGH²¹⁹³ hat das für beachtlich angesehen. Vorgeschlagen wurden 0,5 %, ²¹⁹⁴ ja sogar 1,5 %.²¹⁹⁵ *Küppersbusch/Höher*²¹⁹⁶ halten

²¹⁸⁵ *Nehls* DAR 2007, 444 (446): Halbierung des Zinsniveaus gegenüber 1991.

²¹⁸⁶ *L. Jaeger* NZV 2008, 634 (635).

²¹⁸⁷ So aber *H. Lang* VersR 2005, 894 (900).

²¹⁸⁸ So *R. Schneider/S. Dietz-Schneider* VersR 2006, 1325; *R. Schneider/S. Schneider* NZV 2005, 497 (499); *H. Lang* VersR 2005, 894 (900).

²¹⁸⁹ *H. Lang* VersR 2005, 894 (899, 900).

²¹⁹⁰ VersR 2015, 794 (805).

²¹⁹¹ *Strunk* DAR 2019, 313 (316).

²¹⁹² R+s. 2013, 477 (481).

²¹⁹³ BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*) unter Hinweis darauf, dass diese bei einem Privatmann anders aussehen mögen als bei einem Versicherungsunternehmen.

²¹⁹⁴ *Nehls* zfs 2004, 193 (196).

²¹⁹⁵ *Nehls* SVR 2005, 141 (167).

²¹⁹⁶ *Küppersbusch/Höher* Rn. 869 *Fn.* 2728; ebenso *H. Lang* VersR 2005, 894 (898).

demgegenüber bloß 0,1 % für angemessen. Geht man von einer Veranlagung in Bundesanleihen oder Festgeldern bei Online-Banken, also konservative Anlageformen ohne Erfordernis einer häufigen Umschichtung aus,²¹⁹⁷ kann man diesen Gesichtspunkt aber auch ganz ausklammern,²¹⁹⁸ weil Online-Banking oft kostenlos ist. Der Streit darüber macht das Kraut nicht fett!²¹⁹⁹ Von dem um die Zinseinkünfte reduzierten Verwaltungsbeitrag hat der Empfänger der Kapitalentschädigung aber noch die Abgeltungssteuer zu bezahlen. Bei der Festsetzung der Kapitalentschädigung darf jedenfalls nicht von einer Steuerhinterziehung ausgegangen werden. Zieht man all diese Posten ab, gelangt man nie und nimmer zu einem Kapitalisierungszinsfuß von 5 oder 5,5 %. Bezeichnend ist, dass Lebensversicherer, die viel größere Kapitalbeträge veranlagen und auf diesem Gebiet über wesentlich mehr Erfahrung verfügen, lange Zeit nur noch eine Verzinsung von 2,25 % garantierten,²²⁰⁰ die 2015 auf 1,25 % gesenkt wurde²²⁰¹ und seit dem Jahr 2017 0,9 % beträgt.²²⁰² Dann kann aber dem Geschädigten keinesfalls abverlangt werden, eine höhere Rendite zu erzielen. Dieser Zinssatz ist auch für Regressansprüche der Sozialversicherungsträger zugrunde zu legen, mag man diesen auch zubilligen, in der Veranlagung erfahrener zu sein als der durchschnittliche Geschädigte. Eine Ersparnis von Finanzierungskosten kommt freilich nicht in Betracht,²²⁰³ weil die Sozialversicherung auf dem Umlagesystem beruht. Dass der Sozialversicherungsträger das vereinnahmte Geld im Rahmen des Umlageverfahrens sogleich wieder verausgabt, muss unberücksichtigt bleiben,²²⁰⁴ nicht nur bei im Weg der Legalzession nach § 116 SGB X übergegangenen Ansprüchen, sondern auch beim originären Rückgriffsanspruch nach § 110 SGB X.

298

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Dazu kommt noch ein weiterer Faktor, der für einen geringeren Zinssatz spricht. In den Kapitalisierungstabellen wird nicht so vorgegangen, dass in einem ersten Schritt wegen Inflation, Wirtschaftswachstum und Karrieresprüngen jährlich steigende Beträge abgezinst werden. Vielfach werden nominell gleichhohe Werte abgezinst.²²⁰⁵ Die genannten Faktoren sind bei der

²¹⁹⁷ So *Car/Mittelstadt* VersR 2018, 1477 (1482).

²¹⁹⁸ So LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*): Kosten für die Verwaltung können vernachlässigt werden; ebenso *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (603) und nun auch *Nehls* DAR 2007, 444 (447); aA *Car/Mittelstadt* VersR 2018, 1477 (1485).

²¹⁹⁹ Ebenso *L. Jaeger* VersR 2006, 1328: Nebensache.

²²⁰⁰ *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 (185); *Nehls* DAR 2007, 444 (446); *ders.* zfs 2004, 193 (195); *Kornes* r + s 2004, 1.

²²⁰¹ *Kornes* VersR 2015, 794 (797).

²²⁰² Darauf hinweisend *Luckey* NZV 2019, 8 (10); *Strunk* DAR 2019, 313 (316).

²²⁰³ So aber LG Köln VersR 2005, 710 mit zu Recht kritischer Anmerkung von *Kornes*.

²²⁰⁴ AA *Kornes* VersR 2015, 794 (798 f., 808).

²²⁰⁵ So LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*) in Verkennung des Umstands, dass das Erwerbseinkommen nicht auf Dauer nominell konstant bleibt. Kritisch *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (603); *Nehls* SVR 2005, 187.

Wahl der Höhe des Abzinsungsfaktors zu berücksichtigen.²²⁰⁶ Je bedeutsamer diese Umstände sind, umso geringer hat der Kapitalisierungszinsfuß auszufallen, mit der Folge, dass sich ein umso höherer Barwert ergibt. Berücksichtigt man auch diesen Umstand, sind die von der Praxis die längste Zeit verwendeten 5 %²²⁰⁷ bzw. 5,5 % völlig indiskutabel.²²⁰⁸ Realistisch wären demgegenüber Werte von ca. 1 %²²⁰⁹ oder allenfalls 2 %, ²²¹⁰ bei dem Zins- und Inflationsniveau des Jahres 2020 jedenfalls ein negativer Zinssatz. Es wird zwischen den einzelnen Renten zu differenzieren sein.²²¹¹ Bei Renten wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen hat eine Orientierung an der – höheren – Kostensteigerung für solche Dienstleistungen zu erfolgen.²²¹² Beim Erwerbsschaden bzw. dem korrespondierenden Unterhaltersatz ist auf die Steigerungsrate der vergleichbaren Bezugsperson abzustellen. Dabei gilt es zu bedenken, dass im Regelfall jedenfalls ein Inflationsausgleich erfolgt, meist aber auch eine Teilhabe am Wirtschaftswachstum.²²¹³ Unzutreffend ist, dass die Nettoeinkommen in den letzten Jahren völlig stagniert hätten und das auch in den nächsten 10 bis 20 Jahren so sein werde.²²¹⁴ Zudem gilt es den jeweiligen beruflichen Aufstieg zu bedenken. Wegen des demografischen Wandels ist für Renten der Sozialversicherungsträger von eingeschränkteren Steigerungsraten auszugehen.²²¹⁵ Mitunter wird das eine mit dem anderen zu Unrecht vermengt.²²¹⁶ Zu bedenken ist schließlich, dass die Unwägbarkeiten der Schätzung sich dadurch

²²⁰⁶BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*); BGHZ 97, 52 = NJW-RR 1986, 650; *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (603); *Kornes* r + s 2003, 485 (486); aA *Küppersbusch/Höher* Rn. 875 f.; *Schlund* BB 1993, 2025 (2027).

²²⁰⁷In diesem Sinn LG Nürnberg-Fürth mit Hinweisbeschl. OLG Nürnberg NZV 2008, 349 (*Küppersbusch*) sowie NZV 2008, 634 (*L. Jaeger*).

²²⁰⁸Ebenso *Köck* DAR 2019, 2 (5): Im Jahr 2019 deutliche Tendenz zu 0 %; ebenso *Strunk* DAR 2019, 313 (316).

²²⁰⁹*Gräfenstein/Strunk* zfs 2019, 431 (433): Deutlich unter 1 %; *Nehls* zfs 2004, 193 (196) mit einem rechtsvergleichenden Hinweis auf die Schweiz; zur Rechtslage dort auch *Kornes* r + s 2004, 1 (3 f.); *M. Shah Sedi/C. Shah Sedi* zfs 2008, 183 (185): Deutschland Entwicklungsland im Sinn des Zinssatzes; aA *H. Lang* VersR 2005, 894 (901) mit dem Hinweis, dass die Schweiz der Bundesrepublik Deutschland an Größe und Wirtschaftskraft nicht ebenbürtig sei. Das wurde freilich in der Rechtsvergleichung bisher noch nie als maßgeblicher Gesichtspunkt angesehen!

²²¹⁰*M. Shah Sedi/C. Shah Sedi* zfs 2008, 183 (187).

²²¹¹*M. Shah Sedi/C. Shah Sedi* zfs 2008, 183 (185).

²²¹²So auch *H. Lang* VersR 2005, 894 (901). Die Kostendämpfung durch Verweis auf Tarifvertrag zwischen dem Deutschen-Hausfrauen-Bund und der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten anstelle des BAT bzw. TVöD ist dabei untauglich. Dazu bereits *Rn.* 200 f. Für eine differenzierte Anknüpfung nach Schadensposten *Kornes* VersR 2015, 794 (800); *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller* r + s 2013, 477 (481).

²²¹³*Nehls* DAR 2007, 444 (447) mit Hinweis auf statistische Daten.

²²¹⁴So aber *H. Lang* VersR 2005, 894 (901); aA zu Recht *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (604 f.).

²²¹⁵Zutreffend LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*): Nicht 1,8 %, sondern bloß 1,5 % pro Jahr.

²²¹⁶LG Nürnberg-Fürth mit Hinweisbeschl. OLG Nürnberg NZV 2008, 349 (*Küppersbusch*) sowie NZV 2008, 634 (*L. Jaeger*): Versagung der Dynamisierung bei einem Anspruch des Unterhaltsgläubigers nach § 844 Abs. 2 mit dem Argument, dass die Sozialversicherungssysteme stagnieren. Das mag

reduzieren, dass hohe Zinsen im Regelfall mit einer hohen Inflationsrate einhergehen, so dass die Realverzinsung im Zeitablauf relativ konstant bleibt;²²¹⁷ in den letzten Jahren war sie durchgehend sogar negativ. Da bei höherer Inflation auch die Zinsen steigen, wirken sich gleichlaufende höhere Ausprägungen nicht aus, weil sie sich gegenseitig aufheben.²²¹⁸ Zudem ist die Abschätzung der Inflation mit weniger Unwägbarkeiten verbunden als häufig angenommen. Im Zeitfenster von 1996 bis 2013 pendelte diese zwischen 1,4 %, 1,19 % und 1,61 %, ²²¹⁹ zwischen 2013 und 2020 zwischen 0,3 % und 1,8 %.

299

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

*H. Lang*²²²⁰ erweckt durch einen Verweis auf die Standardliteratur²²²¹ sowie eine Zitierung einer Vielzahl von Entscheidungen den Anschein einer gefestigten Rechtsprechung auf der Basis des in der Praxis üblichen Zinssatzes von 5 %, so dass er die abweichenden Entscheidungen des LG Stuttgart²²²² und des LG Köln²²²³ als „Einzelfallentscheidungen“ abtut.²²²⁴ Eine Nachprüfung der Judikatur-Zitate führt freilich dazu, dass es um gänzlich anders gelagerte Probleme geht.²²²⁵ In der BGH-Entscheidung NJW-RR 1986, 650 ging es um die Abzinsung einer Rente bei einer Deckungsinsolvenz. Anders als bei einer Kapitalabfindung aus wichtigem Grund nach § 843 Abs. 3 ist in einem solchen Fall der Haftpflichtversicherer an einem möglichst geringen Zinssatz interessiert, weil er dann umso eher die von ihm zu erbringenden Rentenleistungen kürzen kann. Ihm ist aber ein höheres Know-how bei der Veranlagung zuzutrauen als einem durchschnittlichen

sein; nur spielt das für den Anspruch des Unterhaltersatzgläubigers gerade keine Rolle! „Beeindruckend“, dass so hochkarätige Spezialisten wie *Küppersbusch* und *L. Jaeger* diesen gravierenden Fehler in concreto nicht anprangern. Diesen Unterschied ebenfalls negierend *H. Lang* VersR 2005, 894 (901); das Problem verkennend *Euler* SVR 2005, 10 16; diesen Unterschied aber zu Recht betonend *Nehls* DAR 2007, 444 (447), 448; *L. Jaeger* VersR 2006, 1328.

²²¹⁷ *R. Schneider/S. Schneider* NZV 2005, 497 (499).

²²¹⁸ Zu dieser Korrelation BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*); ebenso *Schneider/Dietz-Schneider* VersR 2006, 1330; *Nehls* SVR 2005, 161 (162).

²²¹⁹ *Kornes* VersR 2015, 794 (799).

²²²⁰ VersR 2005, 894 (899) Fn. 46–53.

²²²¹ Wofür in *Fn.* 55 bloß eine Sekundärquelle angegeben wird; gemeint sind wohl die aus der Feder der Versicherungswirtschaft stammenden Werke.

²²²² LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).

²²²³ LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*).

²²²⁴ So auch noch *H. Lang* VersR 2019, 385 (392).

²²²⁵ Dies aufdeckend *Nehls* DAR 2007, 444 (449): Vergleich von Äpfeln mit Kiwis und Bananen; *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (602) Fn. 59.

Geschädigten.²²²⁶ Die zitierten Schmerzensgeldrenten sind ebenfalls anders gelagert, geht es doch bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes um eine Billigkeitsentscheidung. Dass insoweit der hohe Zinssatz dem Haftpflichtversicherer bei der Umrechnung einer Rente in einen Kapitalbetrag nachteilig ist, trifft zu, wird aber von der Versicherungswirtschaft billigend in Kauf genommen, weil die wirtschaftliche Dimension – im Verhältnis zu den anderen Renten – kaum ins Gewicht fällt.²²²⁷ Schließlich verweist er auf Überziehungszinsen bei Steuerschulden sowie Verzugszinsen;²²²⁸ diese haben aber pönalen Charakter;²²²⁹ dem Anspruchsteller stehen sie nicht für Veranlagungen zur Verfügung.

299a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Da erkennbar ist, dass all diese Argumente nicht überzeugen, führte *H. Lang*²²³⁰ zur Verteidigung des Kapitalisierungszinssatzes von 5 % ins Treffen, dass damit auch weitere Risiken abgedeckt werden wie eine unfallunabhängige Erkrankung oder Arbeitslosigkeit. Der Verweis, zu welchen Prozentsätzen welche Erkrankung zu einer Erwerbsunfähigkeitsrente führt, sagt für sich wenig; bedeutsamer wäre allenfalls, welcher Prozentsatz der zunächst gesunden Menschen später eine Erwerbsunfähigkeitsrente bezieht. Das mag im Einzelfall durchaus berechtigt sein, ist aber gerade nach den Postulaten der subjektiv-konkreten Schadensberechnung ein viel zu grobschlächtiger Korrekturmechanismus. Möglich wäre ebenfalls ein überdurchschnittlicher beruflicher Aufstieg gewesen. Der Zinssatz von 5 % ist jedenfalls schon sehr lange viel zu hoch;²²³¹ unter Berücksichtigung der Rentendynamik, der für die meisten Renten mit mindestens 2 % anzusetzen ist,²²³² ist der richtige Zinssatz für die allermeisten Renten im Jahr 2015 negativ, also unter 0 %, ²²³³ da der Leitzins unterhalb der Inflationsrate liegt.²²³⁴ *Heß/Burmann*²²³⁵ gestehen hingegen – immerhin – zu, dass zurzeit auch bei langfristiger Geldanlage kaum 5 % zu erzielen seien, plädieren aber bei langer Laufzeit für eine „Stufenberechnung“, wenn eine Rente erst später zu laufen beginnt. Das verkennt aber, dass der Anspruchsteller im Zeitpunkt der Empfangnahme eine Veranlagung vornehmen muss, so dass das im Zeitpunkt des

²²²⁶ Diesen Unterschied einräumend *H. Lang* VersR 2005, 894 (898); aA *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10 (11).

²²²⁷ *L. Jaeger* VersR 2006, 1328.

²²²⁸ *H. Lang* VersR 2019, 385 (392, 394).

²²²⁹ *Gräfenstein/Strunk* zfs 2019, 431 (432).

²²³⁰ VersR 2005, 894 (900); so auch *ders.* VersR 2019, 385 (393).

²²³¹ *Köck* DAR 2015, 557 (558); *ders.* DAR 2019, 2.

²²³² *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (73).

²²³³ AA *Funk* zfs 2015, 243: Mehr als 3 % derzeit nicht zu erzielen.

²²³⁴ *Kornes* VersR 2015, 794 (799).

²²³⁵ NJW-Spezial 2013, 713.

Vergleichsschlusses **bzw.** der Auszahlung gegebene Zinsniveau maßgeblich ist.²²³⁶ Darüber hinaus sagen praktisch alle Finanzexperten ein niedriges Zinsniveau auch für die nächste bis mittlere Zukunft voraus,²²³⁷ so dass dieses somit die wahrscheinlichste Entwicklung ist; und nach der Corona-Krise des Jahres 2020 gilt das erst recht. Manche Gerichte²²³⁸ gehen weiterhin von 5 % aus, weil diese Verzinsung üblich sei; eine Begründung ist der Verweis auf die Üblichkeit indes nicht.²²³⁹

300

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass mithilfe eines BGH-Urteils,²²⁴⁰ das zu einem historisch ausgerissenen Zeitpunkt erging und zudem den Realzins selbst damals unter Berücksichtigung der Inflationsrate zu hoch auswies,²²⁴¹ Schindluder getrieben wird. Dazu kommt, dass vielen Gerichten und Geschädigtenanwälten die Kompetenz und zudem die Einfühlsamkeit fehlt, in welchem Ausmaß der Anspruchsteller unter Anlegung des Maßstabs des gesetzlich geschuldeten vollen Ausgleichs verkürzt wird. Womöglich sind Geschädigtenanwälte gegenüber Kapitalentschädigungen auch deshalb „aufgeschlossen“, weil – *horribile dictu* – der Streitwert und damit die Bemessungsgrundlage für ihre Gebühren höher ist als bei einer Rente.²²⁴² Dem Anspruchsteller wird nach heutiger Praxis – wider besseres Wissen – ein viel zu hoher Zinssatz aufs Auge gedrückt, wenn es zu einer Kapitalabfindung kommt. Und der Gesetzgeber ist sich der Brisanz des Rechtsmissbrauchs nicht bewusst – oder starke Lobbyinteressen der durch den rechtsfreien Raum begünstigten Haftpflichtversicherer sind so stark, dass es bei dessen Untätigkeit bleibt. Insoweit bestünde im Rahmen eines 3. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes akuter Handlungsbedarf,²²⁴³ der noch viel höher zu veranschlagen ist als die Ausklammerung des Schmerzensgeldanspruchs aus dem Zugewinnausgleich (Näheres → § 253 **Rn.** 138). Dass Versicherer dem in Veranlagungen typischerweise unerfahrenen Verletzten abverlangen, 5 bis 5,5 % Ertrag (nach Berücksichtigung der Abgeltungssteuer somit ca 7 %!) zu erwirtschaften, den Garantiezinssatz der Lebensversicherung aber seit 2017 auf 0,9 % gesenkt haben, ist an Zynismus kaum zu

²²³⁶Zutreffend *Kornes* VersR 2015, 794 (805); *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller* r + s 2013, 477 (480).

²²³⁷*Strunk* DAR 2019, 313 (317); *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (72); *Kornes* VersR 2015, 794 (801).

²²³⁸KG NZV 2012, 445.

²²³⁹*Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (71); *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller* r + s 2013, 477 (480).

²²⁴⁰BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*).

²²⁴¹*Kornes* VersR 2015, 794 (801, 804).

²²⁴²Für eine Streitwertbemessung am Betrag der Kapitalabfindung und nicht nach dem 5-fachen der Jahresrente nach § 42 Abs. 1 GKG *Deller* VersR 2013, 433 (434) unter Hinweis auf das erhöhte Haftungsrisiko bei einer Kapitalabfindung.

²²⁴³AA *Lang*, jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3: Gut funktionierende Praxis (für die Haftpflichtversicherer), daher keine Notwendigkeit, die aktuelle gesetzliche Regelung (die zu einem rechtsfreien Raum führt, Anmerkung des Verfassers) zu verändern.

überbieten. Dass die Versicherer dem Geschädigten kein Produkt anbieten, das eine solche Rendite abwirft,²²⁴⁴ womit der Streit weitgehend vom Tisch wäre, ist dabei bloß als Zugabe anzusehen. Wenn *H. Lang*²²⁴⁵ darauf verweist, dass die Allianz-Lebensversicherung von 2014 bis 2019 eine durchschnittliche Rendite von 5 % erzielt habe, könnte durch ein maßgeschneidertes Produkt Wind aus den Segeln genommen werden. Bezeichnend ist freilich, wenn *H. Lang*²²⁴⁶ bei der Umrechnung von Renten in Kapital nach der alten Rechtslage des § 12 Abs. 2 StVG darauf hinweist, dass bei der damals vom BGH vorgegebene Verzinsung von 6 % das Kapital „in der aktuellen Kapitalmarktsituation schnell aufgezehrt wäre.“ Gilt nun das eine (5 % und mehr Rendite ohne Weiteres möglich) oder das andere (veränderte Kapitalmarktlage); eigentlich kann es in einer Welt nur eine Wahrheit geben. Ähnlich scheinheilig ist auch das Anliegen der ersatzpflichtigen Haftpflichtversicherer, die Fürsorge um das Wohl des Verletzten und die widmungsgemäße Verwendung eines Kapitalbetrags durch die Angehörigen in die Hände des Haftpflichtrichters zu legen;²²⁴⁷ eigentlich zählt das zur Kernkompetenz des Familiengerichts und ist womöglich dort besser aufgehoben.²²⁴⁸ Dahinter steht in Wahrheit das Bestreben, die Modalitäten der Umrechnung von Rente in Kapital möglichst im rechtsfreien Raum und losgelöst von einer gerichtlichen Kontrolle abwickeln zu können. Es besteht ein mit allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbares Ungleichgewicht; während es bei AGBs eine Inhaltskontrolle gibt, fehlt nahezu jegliche richterliche Kontrolle bei einer Kapitalabfindung. Da eine solche Vereinbarung zwischen wirtschaftlich unterschiedlich starken Parteien erfolgt, ist die Übervorteilung des wirtschaftlich Schwächeren die sehenden Auges in Kauf genommene Rechtsfolge.

9. Günstigkeit einer Kapitalabfindung

301

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Kapitalabfindung	ff.

Warum diese Umstände bei einer außergerichtlichen Regulierung keine Beachtung finden sollten,²²⁴⁹ ist mE nicht einzusehen. Jeder einzelne Gesichtspunkt wirkt sich bei einer Umrechnung eines Rentenanspruchs in eine Kapitalabfindung beträchtlich aus; die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung mehrerer Gesichtspunkte kann dann leicht dazu führen, dass der Geschädigte nur noch einen Bruchteil des Ersatzbetrags erhält, der ihm

²²⁴⁴ *Kornes* VersR 2015, 794 (796).

²²⁴⁵ *H. Lang* VersR 2019, 385 (393).

²²⁴⁶ *H. Lang*, jurisPR-VerkR 14/2017 Anm. 2; *ders.*, jurisPR -VerkR 10/2019 Anm. 2.

²²⁴⁷ *H. Lang* (Allianz-Versicherung), jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3: Dringendes Erfordernis gerichtlicher Kontrolle.

²²⁴⁸ Auf den grundsätzlichen Widerstreit der Interessen zu Recht hinweisend *Scholten* DAR 2016, 631 (640).

²²⁴⁹ So *Küppersbusch/Höher* Rn. 876; aA *Nehls* DAR 2007, 444 (448); *ders.* zfs 2004, 193 (197); *Kornes* r + s 2003, 485 (489).

eigentlich zustünde bzw. den er bei einer Rentenzahlung erhielte.²²⁵⁰ Die Kapitalisierung erfordert ein Grundverständnis, was Kapitalisierung bedeutet.²²⁵¹

301a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der mit der Regulierung betraute Anwalt des Geschädigten ist daher gut beraten, sich auf eine Kapitalabfindung mit einem Haftpflichtversicherer nur unter Beiziehung eines **Sachverständigen** auf dem Gebiet der Versicherungsmathematik einzulassen.²²⁵² Ein Erfordernis gleich hoher Beträge – wie bei der Rente aus Gründen der Bestimmtheit des Zwangsvollstreckungstitels – ergibt sich bei Ermittlung der Kapitalabfindung nicht. Es sollten alle maßgeblichen Daten für die Ermittlung der Kapitalabfindung durch den Sachverständigen ausreichend dokumentiert werden, damit dieser einen möglichst präzisen Barwert errechnen kann. Dem soll die Rente mit den Unwägbarkeiten der Anpassung gegenübergestellt werden, damit der Geschädigte einerseits abschätzen kann, ob die Kapitalabfindung für ihn in der Tat vorteilhaft ist, andererseits um einer möglichen Einstandspflicht wegen eines anwaltlichen Kunstfehlers zu begegnen.²²⁵³ Dass die Kapitalabfindung frei ausgehandelt wird,²²⁵⁴ ist schon zutreffend;²²⁵⁵ wenn dem Anspruchsteller aber die konkreten Determinanten vorliegen, um wie viel er vom Haftpflichtversicherer verkürzt wird, wird er sich darauf (eher) nicht einlassen. Dass ein verantwortungsvoller Gesetzgeber, der den Verbraucherschutz bei jeder passenden und auch unpassenden Gelegenheit propagiert, selbst bei geringfügigen Alltagsgeschäften, das bewusst den Beteiligten habe überlassen wollen,²²⁵⁶ ist zweifelhaft; eher dürfte die Einschätzung zutreffen, dass nur wenige Entscheidungsträger sich der Brisanz bewusst sind, in welcher eklatanter Weise die Anspruchsteller typischerweise in ihren Rechten verkürzt werden. Im Zweifel sollte von einer Kapitalabfindung mit Abstand genommen werden, birgt diese nämlich auch bei korrekter Ermittlung das Risiko, dass der Verletzte länger lebt, als es der angenommenen Lebenserwartung entspricht, was zur Folge hat, dass für den restlichen Abschnitt des Lebens keine schadensersatzrechtliche Deckung mehr vorhanden ist. Die derzeit niedrigen Zinsen sprechen zudem dafür, ein allfälliges Investitionsprojekt, etwa eine Immobilie, mit einem

²²⁵⁰ *Nehls* zfs 2004, 193 (197): Fast 50 % Divergenz, und das bei Werten, die mehrere 100.000 EUR betragen; ähnlich *Kornes* r + s 2003, 485 (488): Je nach dem Kapitalisierungszinsfuß von 3,5 oder 5 % ergibt sich ein Unterschiedsbetrag von einem Viertel; ähnlich *Pardey* Rn. 1394 f.

²²⁵¹ *Funk* zfs 2015, 243.

²²⁵² Die fehlende Einbeziehung ökonomischer Expertise zu Recht anprangernd *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller* r + s 2013, 477.

²²⁵³ *Nehls* zfs 2004, 193; *Kornes* r + s 2003, 485 (489).

²²⁵⁴ *H. Lang* VersR 2005, 894 (895).

²²⁵⁵ Zum Einfluss des Kräfteverhältnisses der Kontrahenten auf das Ergebnis *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller* r + s 2013, 477, die eine Schieflage diagnostizieren. Ganz anders *H. Lang (Allianz Versicherung)*, jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3: „Auf Augenhöhe geführte Verhandlungen, die „regelmäßig einvernehmlich“ zu „vernünftigen Ergebnissen“ führen, gelegentlich auf „pragmatischem Weg“. Die Praxis funktioniert gut – wie zu ergänzen ist – für den Haftpflichtversicherer.

²²⁵⁶ *H. Lang* VersR 2005, 894 (896).

Bankdarlehen zu finanzieren und die Annuitäten mit der – hoffentlich wertangepassten – Rente abzuzahlen.²²⁵⁷ Zu weitgehend ist es jedoch, eine Kapitalisierung von künftigen Pflege- und Betreuungskosten gänzlich zu versagen;²²⁵⁸ warum für den Erwerbsschaden oder Unterhaltersatz Gegenteiliges gelten soll, wäre nicht einzusehen.

10. Reformbedarf

a)Haftpflichtversicherer: Festhalten am status quo

301b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Je nachdem, ob man allein die Perspektive der Ersatzpflichtigen, insbesondere der hinter diesen stehenden Haftpflichtversicherer einnimmt, oder das Problem aus der Sicht der Geschädigten oder neutralen Autoren betrachtet, kommt man zu ganz unterschiedlichen Petita. Die Haftpflichtversicherer betonen die „Regulierung auf Augenhöhe“,²²⁵⁹ die erfolgreich „gelebte“ Abfindung, die „pragmatischen Lösungen“ – fernab rein akademischer dogmatischer Diskussionen – sowie die (für wen?) „funktionierende Regulierungspraxis“.²²⁶⁰ Dass Geschädigte auf diese Weise über den Tisch gezogen würden, sei „nicht nachvollziehbar“.²²⁶¹ Hingewiesen wird auf die „erforderlichen flexiblen Lösungen“, die der Praxis durch den unbestimmten Rechtsbegriff des „wichtigen Grundes“ ermöglicht würden; wegen der „überzeugenden Handhabung“ dieses Begriffs durch die Rechtsprechung bestehe keine Veranlassung, etwas an der gesetzlichen Regelung zu ändern bzw. den Terminus extensiver als bisher auszulegen.²²⁶² Die Wahrnehmung durch Geschädigtenanwälte²²⁶³ und Richter²²⁶⁴ kommt zu einem gegenteiligen Befund.

301c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²²⁵⁷ *Kornes* VersR 2015, 794 (807).

²²⁵⁸ So aber *Car/Mittelstadt* VersR 2018, 1477 (1486).

²²⁵⁹ Gegenteilig *Scholten* DAR 2016, 631 (640): In der Praxis in vielen Fällen keine Waffenfgleichheit.

²²⁶⁰ *H. Lang* VersR 2019, 385 f.

²²⁶¹ *H. Lang* VersR 2019, 385 (386).

²²⁶² *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

²²⁶³ *Car/Mittelstadt* VersR 2018, 1477 (1478).

²²⁶⁴ *Bachmeier* SVR 2019, 10 (11): Diktat der Versicherer, „Take ist or leave ist“; 13 Verhandeln auf Augenhöhe nur in der Versicherungswirtschaft angenommen; ebenso *Gräfenstein/Strunk* zfs 2019, 431 433: Häufig nicht auf Augenhöhe.

Unterschiedlich ist auch der Zugang zur Umrechnung einer Rente in einen Kapitalbetrag. Eigentlich sollte dominant das Ausgleichsprinzip sein, dass bei aller Unwägbarkeit künftiger Entwicklungen das gleiche wirtschaftliche Ergebnis herauskommt. Von manchen wird aber das „Bazarprinzip“ in den Vordergrund gerückt, dass es nämlich um ein wechselseitiges Nachgeben gehe,²²⁶⁵ um **Spielräume für Verhandlungen**, die von beiden Seiten genützt würden.²²⁶⁶ Es soll mehr um „Vergleichsmotivation“ als um „justiziable Kategorien“ gehen.²²⁶⁷ Das ist die Sicht eines Richters, die geprägt ist vom Wunsch, dass der Kelch solch schwieriger Fälle an ihm vorübergehen möge.²²⁶⁸ Bezeichnend ist auch die Einschätzung von *Luckey*,²²⁶⁹ dass es angesichts der zu erwartenden Dauer eines Prozesses und der Unsicherheit von Prognosen für den Geschädigten menschlich verständlich sei, den „Spatz in der Hand“ zu wählen; eigentlich sollte es aber bei Kapital und Rente um gleichwertige Modalitäten des Ausgleichs gehen.²²⁷⁰ Nach den Verfechtern des „Bazarprinzips“ soll auch der Zinssatz weitgehend den Beteiligten überlassen werden.²²⁷¹ Es folgt der Ratschlag „pragmatisch und flexibel“ vorzugehen; ein Zinssatz von 5 % sollte ebenso wenig ein Dogma sein wie einer von 0 % oder gar eine negative Abzinsung.²²⁷² Die Folge ist, dass er trotz völlig veränderter Marktverhältnisse bis vor kurzem 5 % betrug.²²⁷³ Auch insoweit zeigt sich Folgendes: Wenn zum Machtgefälle noch ein Kompetenzgefälle, jeweils zugunsten der Haftpflichtversicherer,²²⁷⁴ kommt, besteht keine „Richtigkeitsgewähr“ des durch Aushandeln erzielten Ergebnisses.²²⁷⁵ Es geht nicht allein darum, dass auf Geschädigtenseite ebenso hohe Fachkompetenz erforderlich ist wie auf Seite der Haftpflichtversicherer,²²⁷⁶ mag es an solcher häufig auch fehlen. Was selbst dann verbleibt, ist ein Machtgefälle. Der Anspruchsteller ist auf das Geld – mitunter existenziell – angewiesen, für den Haftpflichtversicherer mag es lästig sein, die Akte nicht zeitnah schließen zu können,²²⁷⁷ im Übrigen kann er das aber „aussitzen“,²²⁷⁸ bis sehr viele Anspruchsteller mürbe werden und dann bereit sind, zu den – für die Haftpflichtversicherer – vorteilhaften Konditionen, nämlich weit unter dem Ausgleich der tatsächlichen Einbuße, einen Abfindungsvergleich zu schließen. Es besteht

²²⁶⁵ Ebenso *Köck* DAR 2019, 2 (3): Vergleich beinhaltet immer ein gegenseitiges Nachgeben.

²²⁶⁶ *H. Lang* VersR 2019, 385 (386, 392).

²²⁶⁷ *Luckey* NZV 2019, 8 (14).

²²⁶⁸ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (325).

²²⁶⁹ *Luckey* NZV 2019, 8.

²²⁷⁰ So auch *Strunk* DAR 2019, 313 (319).

²²⁷¹ *H. Lang* VersR 2019, 385 (393).

²²⁷² *H. Lang* VersR 2019, 385 (394).

²²⁷³ Kritisch dazu *Scholten* DAR 2016, 631 (639): Sogar 3 % zu hoch.

²²⁷⁴ So auch die Einschätzung von *Scholten* DAR 2016, 631 (640): Schädigerseite scheint wesentlich besser aufgestellt; *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (487): Umrechnung von Kapital in Rente bzw. vice versa zählt zur Kernkompetenz eines Versicherers.

²²⁷⁵ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1485).

²²⁷⁶ So aber *H. Lang* VersR 2019, 385 (386).

²²⁷⁷ *Bachmeier* SVR 2019, 10 (12): Rentenbegehren bringt Versicherer unter Zugzwang.

²²⁷⁸ So auch die Einschätzung von *Scholten* DAR 2016, 631 (641).

daher typischerweise eine Schieflage wie bei einem Vertragsschluss unter Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen; freilich mit dem Unterschied, dass der Vertragspartner auf einen Vertrag mit einem AGB-Partner ausnahmsweise verzichten kann; der Haftpflichtversicherer ist aber für den Geschädigten der aufgezwungene Verhandlungspartner und so gesehen in der Rolle des „Monopolisten“.

301d

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Allein schon der Umstand, dass 90 % der schweren Personenschäden abweichend vom gesetzlichen Leitbild in Form der Kapitalabfindung reguliert werden, indiziert ein Bedürfnis nach **gesetzlicher Regulierung**.²²⁷⁹ Wenn dagegen ins Treffen geführt wird, dass die Gefahr bestehe, dass bei Minderjährigen das Kapital dann durch deren Eltern verschwendet werde,²²⁸⁰ mag es solche Fälle durchaus geben. Aber auch sonst kann man nicht den Ausnahmefall als Richtschnur für den Regelfall machen.²²⁸¹ Der Verweis auf die überzeugende Handhabung des Begriffs „wichtiger Grund“ durch die Rechtsprechung²²⁸² ist wenig gewichtig, gibt es doch dazu kaum Judikatur.²²⁸³ Während sonst „pragmatische Lösungen“ gefordert werden, sieht man insoweit die Gefahr eines „Systembruchs“, als nämlich ein Anspruch bestünde auf noch nicht fällige Zahlungen und ein Verstoß gegen das Bereicherungsverbot vorläge, wenn der Schaden nicht eintreten sollte.²²⁸⁴ Dass dies beim behindertengerechten Wohnbedarf bzw. Fahrzeug ebenso wie beim Schmerzensgeld gerade so ist, wird geflissentlich verschwiegen.²²⁸⁵ Und warum der Systembruch bei einem wichtigen Grund hinzunehmen sei, wäre dann ebenfalls erklärungsbedürftig. Auch wird auf die Gefahr hingewiesen, dass der nicht haftpflichtversicherte Schädiger ungebührlich hoch belastet und in die Insolvenz getrieben werde.²²⁸⁶ Zu verweisen ist darauf, dass im Regelfall ein Haftpflichtversicherer hinter dem Schädiger steht; so das nicht der Fall ist, wäre die gesetzliche Ausgestaltung einer Einrede denkbar. Zudem wird der Anspruchsteller im eigenen Interesse darauf achten, die Insolvenz des Ersatzpflichtigen zu vermeiden, weil dadurch bewirkt würde, dass er bloß eine Quote bekäme. Schließlich birgt der Anspruch auf Kapitalisierung die Chance, sich mit dem Schädiger auf eine Stundung zu verständigen bei gleichzeitiger – dinglicher – Sicherstellung. Bei einem Rentenanspruch besteht hingegen die Gefahr, dass der Schuldner die fälligen Raten begleicht und das restliche –

²²⁷⁹ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (326).

²²⁸⁰ *H. Lang* VersR 2019, 385 (386), 391 unter Hinweis auf OLG Celle NZV 2012, 907 = JurisPR-VerkR 11/2012 Am. 3.

²²⁸¹ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (324).

²²⁸² *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

²²⁸³ Ähnlich *Luckey* NZV 2019, 8 (10): Wichtiger Grund von den Gerichten nur zurückhaltend angenommen.

²²⁸⁴ *Köck* DAR 2019, 2 (3); diesem folgend *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

²²⁸⁵ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (324).

²²⁸⁶ *Köck* DAR 2019, 2.

vorhandene – Vermögen verschiebt mit der Folge, dass bei seinem Tod der Anspruchsteller auf unwägbara Anfechtungsansprüche angewiesen ist.²²⁸⁷

301e

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Schließlich wird auf die Gefahr ständiger Prozesse hingewiesen und eine damit verbundene höhere Belastung der Gerichte.²²⁸⁸ Dies wird dann zutreffen, wenn die Haftpflichtversicherer – wie derzeit wohl weit verbreitet – die Anspruchsteller ungebührlich verkürzen; wenn es jedoch zutreffen sollte, dass das gar nicht der Fall ist, ist das eine unbegründete Furcht. Und im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass das gerade Aufgabe des Rechtsstaats ist zu überprüfen, ob eine Ersatzleistung den gesetzlichen Vorgaben des Ausgleichs entspricht, vor allem dort, wo ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht. Auf den Punkt bringt das *Scholten*.²²⁸⁹ Soweit Erschwernisse dazu führen, dass gegebene Ansprüche nicht oder nur unvollkommen durchgesetzt werden, beeinträchtigt das nicht nur die Rechtsposition des einzelnen, sondern auch die Wirksamkeit des Rechts.

301f

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Gegen einen gesetzlichen Anspruch auf Kapitalabfindung soll sprechen, dass die Haftpflichtversicherer selbst dann die Zahlung verweigern könnten.²²⁹⁰ Letzteres trifft zu. Das ist freilich das Risiko jedes Gläubigers, dass der Schuldner eine ihn treffende Zahlungspflicht nicht erfüllt. Zur Durchsetzung gibt es dafür das rechtsstaatliche Verfahren. Warum insoweit für die Anordnung einer Pflicht zur Zahlung eines Kapitalbetrags Besonderes gelten sollte, ist schlicht nicht nachvollziehbar.²²⁹¹

301g

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Befürchtet wird, dass bei einem gesetzlichen Anspruch auf Kapitalisierung der Anspruchsteller die Parameter einseitig diktieren könnte und das „bewährte Gleichgewicht“ verschiebe.²²⁹² Das ist

²²⁸⁷ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (324).

²²⁸⁸ *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

²²⁸⁹ *Scholten* DAR 2016, 631 (639).

²²⁹⁰ *Köck* DAR 2019, 2 (3).

²²⁹¹ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (325).

²²⁹² *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

jedoch unzutreffend; es geht allein um eine gerichtliche Kontrolle, ob die Kapitalentschädigung den Vorgaben des vollen Ausgleichs entspricht. Dass eine für die Ersatzpflichtigen vorteilhafte – und aus deren Sicht bewährte – Machtposition verloren geht, mag durchaus zutreffen. Bedenken werden erhoben, wenn ein Anspruchsteller eine Kapitalentschädigung verlangt, obwohl die gesundheitliche Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist.²²⁹³ Dieses Problem lässt sich unter Bezugnahme auf das Schmerzensgeld „leicht lösen“. Dann kann eben – wie beim Teilschmerzensgeld – lediglich ein Kapitalbetrag bis zu dem Zeitpunkt verlangt werden, bis zu dem man die Entwicklung überblickt bzw. soweit ein Mindestschaden für den weiteren Verlauf sich schon derzeit abschätzen lässt.

301h

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wenn ins Treffen geführt, dass sich der Verkehrsgerichtstag damit zweimal befasst habe und dieser ebenso wie der Gesetzgeber des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes nach Anhörung der Verbände einer Reform eine Absage erteilt habe, so ist darauf zu verweisen, dass Empfehlungen des Verkehrsgerichtstages immer davon abhängig sind, welche Interessenvertretung wie viele „Anhänger“ mobilisieren kann; zudem wurde nirgendwo offengelegt, welche Verbände – außer der GDV – vom Gesetzgeber gehört worden sind.²²⁹⁴

301i

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Vergleich mit der Schweiz wird als „hinkend“ verworfen, weil es ein mit der deutschen Rechtslage nicht vergleichbares System zu den Anspruchsübergängen gebe.²²⁹⁵ Abgesehen davon, dass die Frage, ob es einen gesetzlichen Anspruch auf eine Kapitalentschädigung geben soll, nicht von der Ausgestaltung des Regresssystems abhängig sein kann, ist der Befund unzutreffend;²²⁹⁶ das Regresssystem in der Schweiz entspricht dem in Deutschland nahezu vollkommen.

301j

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Verwiesen wird darauf, dass die Kapitalisierung von einer Vielzahl ineinandergreifender Faktoren abhängig sei;²²⁹⁷ das ist zwar zutreffend; *H. Lang*²²⁹⁸ bemüht dafür einen Ausspruch des

²²⁹³ *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

²²⁹⁴ *Gräfenstein/Strunk* zfs 2019, 431 (434).

²²⁹⁵ *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

²²⁹⁶ *Ch. Huber* HAVE 2018, 283: Strukturen in Deutschland und Österreich mit denen in der Schweiz vergleichbar.

²²⁹⁷ *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

ehemaligen Kanzlers *Kohl*, der darauf verwiesen habe, dass entscheidend sei, was „hinten herauskomme“. Gerade so passend könnte auch der Ausspruch des ehemaligen österreichischen Bundeskanzlers *Sinowatz* sei, der ständig darauf hingewiesen hat, dass „das alles sehr kompliziert“ sei – er war in Österreich einer der Bundeskanzler mit der kürzesten Amtszeit. Wird ständig betont, wie kompliziert das alles ist, besteht die Gefahr, dass der – mitunter unbedarfte – Geschädigtenanwalt den Überblick verliert und dieser vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht.²²⁹⁹ Aufgabe der Wissenschaft ist es jedenfalls, Zusammenhänge transparent darzustellen und durch gebotene Vereinfachungen für „Licht im Dunkel“ zu sorgen. Zutreffend ist die Einschätzung, dass Prognoseschwierigkeiten der Kapitalisierung immanent, aber letztlich beherrschbar seien.²³⁰⁰

301k

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Verweis, dass die „Regulierungspraxis“ mit dem Thema „pragmatisch“ umgehe und im Gesamtpaket aller Parameter in der Regel für alle akzeptable Ergebnisse finde,²³⁰¹ ist die Sicht der – wirtschaftlich stärkeren – Haftpflichtversicherer; in Wahrheit ist das eine Vernebelungstaktik, die zu übertünchen sucht, dass in vielen Fällen sehr viel weniger herauskommt als der gebotene Ausgleich der erlittenen Einbuße. Als unwägbare wird zudem angesehen, ob der Verletzte wieder arbeiten könne.²³⁰² Das ist in der Tat nur schwer abschätzbar; allerdings dominiert in Deutschland eher der Pessimismus als der Optimismus bzw. Realismus.²³⁰³ *Scholten*²³⁰⁴ weist zutreffend darauf hin, dass auch Karriere- und Rentennachteile zu berücksichtigen sind.

301l

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

*H. Lang*²³⁰⁵ sieht es – trotz einer gegenteiligen Empfehlung des VGT 2019 – als entbehrlich an, für die Kapitalisierung Sachverständige einzuschalten.²³⁰⁶ Der Unterschied zum

²²⁹⁸ *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

²²⁹⁹ So auch die Einschätzung von *Strunk* DAR 2019, 313 (318): Mangels spezifischer Kenntnis Kapitalisierungszinssatz von 5 % unkritisch übernommen.

²³⁰⁰ *Car/Mittelstätt* VersR 2018, 1477 (1485).

²³⁰¹ *H. Lang* VersR 2019, 385 (393).

²³⁰² *H. Lang* VersR 2019, 385 (392).

²³⁰³ Dazu mit Blick auf die Schweiz *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (489 f.).

²³⁰⁴ *Scholten* DAR 2016, 631 (634); *ders.* NJW 2018, 1302 (1304).

²³⁰⁵ *H. Lang* VersR 2019, 385 (392).

Fahrzeugschaden soll nämlich darin liegen, dass dieser zum Zeitpunkt der Begutachtung schon abgeschlossen sei und „auf den Cent genau“ kalkuliert werden könne. Bei der Kapitalisierung käme es dem gegenüber auf juristisches Wissen an. Wörtlich heißt es dann: „Die bei der Kapitalisierung anfallenden (geringen) mathematischen Anforderungen bei der Berechnung des Kapitalbetrags sind von ihm (dem klägerischen Anwalt) ebenfalls zu erbringen“. *H. Lang*²³⁰⁷ verweist dann wenig später darauf, dass Sterbetafeln „die Laufzeit des Schadensersatzes, den Zinsfuß, die Zahlweise der Rente und das statistische Risiko des Vorversterben des Geschädigten“ berücksichtigen. *H. Lang* als Spitzenrepräsentant der Haftpflichtversicherer, der zu diesem Thema zweimal am VGT referiert und durch zahlreiche einschlägige Publikationen ausgewiesen ist, müsste es besser wissen: Sterbetafeln geben keinerlei Auskunft über den Zinsfuß und die Zahlweise der Rente; und auch nicht die Laufzeit aller Schadensersatzrenten. Der „unbedarfte“ Geschädigtenanwalt ist jedoch verwirrt und meint, dass das alles wirklich so kompliziert sei und nur er das zu wenig verstehe. Bezeichnend ist, dass *Scholten*,²³⁰⁸ vorsitzender Richter eines Verkehrsunfallsenats am OLG Düsseldorf, bekundet, dass selbst er wenige Kanzleien benennen könnte mit einer eindeutigen Schwerpunktsetzung auf dem Gebiet der Regulierung von – schweren – Personenschäden. Da viele Geschädigtenanwälte meinen, dass ein hoher Zinssatz für den Geschädigten vorteilhaft sei,²³⁰⁹ aber gerade das Gegenteil zutrifft,²³¹⁰ ist es sachgerecht, dass die Kosten eines Sachverständigen – schon de lege lata – überwältigbar sind.²³¹¹ Erwähnenswert ist, dass *H. Lang*²³¹² bei der Kürzung des Rentenbarwerts wegen Überschreitens des Haftungshöchstbetrags nach § 12 Abs. 2 StVG einen Sachverständigen für erforderlich ansieht, der „von dem beteiligten Versicherer benannt werden“ kann. Warum das eine „einfach“, für das andere ein „Spezialist“ erforderlich sei, will nicht ohne Weiteres einleuchten. Gewiss kann der Versicherer (s.) einen „Spezialisten“ namhaft machen; der Geschädigte sollte freilich – auf Kosten des Haftpflichtversicherers – einen eigenen beiziehen dürfen. Mit Bezug auf die Unterschiedlichkeit zum Sachschaden sei angemerkt, dass der Umstand, ob ein Schaden abgeschlossen ist oder in die Zukunft reicht, kein Kriterium ist, ob die Expertise eines Sachverständigen benötigt wird; vielmehr kommt es allein darauf an, ob der Anspruchsteller oder sein Anwalt über das einschlägige Wissen verfügt.

301m

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²³⁰⁶ Gegenteilig *Bachmeier* SVR 2019, 10 (11) unter Hinweis darauf, dass die Sachverständigen von Geschädigtem und Versicherer sich kaum einigen werden.

²³⁰⁷ *H. Lang* VersR 2019, 385 (392).

²³⁰⁸ *Scholten* DAR 2016, 631,641.

²³⁰⁹ So der durchaus realistische Befund von *Strunk* DAR 2019, 313 (315); ebenso *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (487): Beeindruckende Unwissenheit und Naivität.

²³¹⁰ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1478): Hinweis auf zuweilen große Unkenntnis der relevanten Berechnungsmethoden.

²³¹¹ *Bachmeier* SVR 2019, 10 (14); *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (489).

²³¹² *H. Lang* jurisPR-VerkR 14/2017 Anm. 2; *ders.*, jurisPR -VerkR 10/2019 Anm. 2.

Bezüglich des **Zinssatzes** verweist *H. Lang*²³¹³ darauf, dass es immer wieder Hoch- und Niedrigzinsphasen gegeben habe, so dass auf eine Durchschnittsverzinsung für die gesamte Laufzeit abzustellen sei.²³¹⁴ Das ist durchaus zutreffend; allerdings übersieht dieser Ansatz, dass der Anspruchsteller im Zeitpunkt des Empfangs vor der Veranlagungsentscheidung steht, so dass es allein auf die Verhältnisse zu diesem Zeitpunkt ankommen kann;²³¹⁵ davon zu unterscheiden ist das Phänomen, dass es für längere Veranlagungen typischerweise höhere Zinsen gibt. Gegen die Beachtlichkeit des später – womöglich – höheren Zinssatzes spricht schließlich folgender Umstand. Hat der Geschädigte das Kapital in Bundesobligationen mit langer Laufzeit investiert, führt ein Ansteigen des Zinsniveaus zu einem Kursverlust solcher Wertpapiere. Bei Regressansprüchen der Sozialversicherer mag eine andere Interessenlage bestehen, weil diese – anders als der Direktgeschädigte – einen Ausgleich über einen längeren Zeitraum vornehmen können; allerdings gilt auch für diese, dass es der Anspruch des Verletzten oder der Unterhaltersatzgläubiger ist, der auf sie übergeht. Zudem ist fraglich, welches Interesse bei den Regressgläubigern bestehen sollte, langfristig mit gleicher Abzinsung zu arbeiten,²³¹⁶ haben sie doch die Möglichkeit der stets neuen Veranlagung, sofern sie die Ersatzleistungen nicht ohnehin stets für geschuldete Leistungen wieder verausgaben.

b) Alternativen zum Festhalten am Status quo

301n

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Während Literaturäußerungen von Geschädigtenanwälten²³¹⁷ nur sporadisch auszumachen sind,²³¹⁸ sind es namentlich die Sozialversicherungsträger, die für eine Änderung der Rechtslage eintreten, um auch bei den auf sie im Weg einer Legalzession nach § 116 SGB X übergegangenen Ansprüchen eine Überprüfung der Art der Kapitalisierung durch die Gerichte zu ermöglichen.²³¹⁹

²³¹³ *H. Lang* VersR 2019, 385 (393).

²³¹⁴ So auch *Köck* DAR 2019, 2 (3); ebenso *Strunk* DAR 2019, 313 (317): „Natürlich“ zu berücksichtigen, dass der Zins möglicherweise wieder ansteigen kann.

²³¹⁵ *Ch. Huber* HAVE 2018, 283 (286); *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1482): Renditeermittlung als „Blitzlicht“; aA freilich für das schweizerische Recht *Schmidlin-Kaiser/Lörtscher* HAVE 2018, 281 ff.

²³¹⁶ Ein solches aber unterstellend *H. Lang* VersR 2019, 385 (393).

²³¹⁷ Ausnahmen bilden *Strunk*, *Gräfenstein Mittelstaedt*, *Schah Sedi*.

²³¹⁸ So auch *Scholten* DAR 2016, 631 (640): Dominanz der Versicherer und Defensivkanzleien bei Fortbildung und in der Literatur.

²³¹⁹ *Nehls* zfs 2001, 97 f.; sowie *ders.* zfs 2004, 193 (194); *Dahm* r + s 2002, 17 f.; *Kornes* r + s 2003, 485 (486) sowie *ders. r + s* 2004, 1 (3) unter Hinweis darauf, dass es in der Schweiz seit dem Urteil BGE 125 III 312 ff. ein freies Wahlrecht des Geschädigten zwischen Rente und Kapitalabfindung gebe; Schulze¹⁰/*Staudinger* § 843 Rn. 9; *Staudinger/Vieweg* (2015) § 843 Rn. 39 jeweils unter Hinweis auf die Initiative des Bundesrates, BT-Drs. 14/7752, 49.

301o

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Manche²³²⁰ versuchen durch extensive Auslegung des Begriffs „**wichtiger Grund**“ Abhilfe zu verschaffen. Sie sehen einen wichtigen Grund als gegeben an, wenn dadurch das psychische Wohlbefinden des Anspruchstellers gesteigert wird. Das freilich ist so gut wie immer der Fall, weil jede gerichtliche Auseinandersetzung oder auch jede sich hinziehende Regulierung mit Nervenaufwand verbunden ist. Der Begriff „wichtiger Grund“ wäre dadurch sinnentleert. Insoweit ist es nachvollziehbar, dass dann ein Reformbedarf verneint wird.²³²¹ **Köck**²³²² schlägt vor, auf eine „erhebliche“ Verbesserung abzustellen. Es ergibt sich dann indes die Frage, welche Anforderungen daran zu stellen sind; womöglich braucht man dafür erst wieder einen Sachverständigen. Zudem ist unwägbar, wie die Tatgerichte diesen Begriff auslegen. Letztlich ist das eine halbherzige Lösung; Abhilfe würde lediglich ein Wahlrecht des Geschädigten nach schweizerischem Vorbild schaffen.²³²³

301p

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Schon der Umstand allein, dass die Ausnahme zum Regelfall geworden ist, sollte Anlass für eine gesetzliche Regelung sein. Wenn dazu noch ein Machtgefälle kommt, ist für den Gesetzgeber dringender Handlungsbedarf gegeben. Im Handelsrecht gibt es das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns; dem entspricht im Schadensersatzrecht das des redlichen Haftpflichtversicherers, der schon bisher an den geschädigten Dritten – wie gesetzlich geschuldet – vollen Ausgleich geleistet hat.²³²⁴ Wenn die ganz überwiegende Mehrzahl der Haftpflichtversicherer diesem Leitbild entspricht, macht es stutzig, warum der Widerstand gegenüber der Einführung eines gesetzlichen Anspruchs und damit gerichtlicher Kontrolle so groß ist.²³²⁵

301q

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²³²⁰ **Car/Mittelstädt** VersR 2018, 1477 (1478) mit weiteren Nachweisen in FN 6; **Gräfenstein/Strunk** zfs 2019, 431 (433 f.).

²³²¹ So **Car/Mittelstädt** VersR 2018, 1477 (1487).

²³²² **Köck** DAR 2019, 2 (3).

²³²³ **Ch. Huber** NZV 2019, 321 (323).

²³²⁴ **Ch. Huber** zfs 2018, 484 (488): Haftpflichtversicherer ist weder Gutsherr noch sozial-karitative Einrichtung, die jeweils Almosen verteilen.

²³²⁵ **Ch. Huber** NZV 2019, 321 (323).

Zugrunde zu legen ist eine **dynamische Rente**. Da in der schweizerischen Rechtsordnung die Rente „starr“ ist, zukünftig nicht angepasst werden kann, muss die Prognose sich um ein höheres Maß an Treffsicherheit bemühen.²³²⁶ Diese ist je Schadensposten so präzise wie möglich zu ermitteln.²³²⁷ Da sich dabei je Quartal unterschiedlich hohe Beträge ergeben, ist die Kapitalisierung nicht mehr mit den herkömmlichen Tabellen zu bewältigen. Da es bei schweren Personenschäden um hohe Beträge im sechs-, häufig sogar siebenstelligen Bereich geht, sind die dafür erforderlichen Kosten des Gutachtens eines Sachverständigen verhältnismäßig gering.²³²⁸

301r

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ein zentraler Streitpunkt ist der Kapitalisierungszinssatz. Unter Beachtung des Umstands, dass der Geschädigte zum Zeitpunkt des Empfangs des Kapitalbetrags vor der Veranlagungsentscheidung steht, ist daher das Zinsniveau zu diesem Zeitpunkt maßgeblich. Bei Abstellen auf den durchschnittlichen Zinssatz der letzten zehn Jahre und dessen Extrapolation in die Zukunft kommt es zu einem Retardierungseffekt; für Regressgläubiger und Haftpflichtversicherer hat das wenig Bedeutung, weil sie einen Ausgleich aufgrund der großen Zahl erzielen können; für den Direktgeschädigten ist der Zinssatz zu hoch oder zu gering. Die vage Hoffnung, dass das Zinsniveau eines Tages auch wieder steigen wird, ist damit ebenso vom Tisch wie die Spekulation, dass es noch weiter fallen könnte. Wenn man den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit betont, bietet sich an, ähnlich wie bei den Verzugszinsen einen – allerdings geringeren – Aufschlag zum Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank zu wählen und diesen halbjährlich zu aktualisieren. Vorgeschlagen wird 1 % für den Normalbürger und 2 % für Unternehmer und Sozialversicherer, weil diese bei der Veranlagung erfahrener sind und bei den Spesen Mengenrabatte erzielen können.²³²⁹ Es ist davon auszugehen, dass eine fixe Relation besteht zwischen der Rendite mündelsicherer Veranlagungen und dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank. Die Einschaltung von Finanzexperten für die Prognose künftiger Zinssätze²³³⁰ wird damit entbehrlich.

301s

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wollte man noch präziser sein, könnte bedacht werden, dass für kürzere Laufzeiten der Zinssatz geringer ist als für langfristige Veranlagungen. Ein Sachverständiger der Finanzmathematik

²³²⁶ *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (485).

²³²⁷ Ähnlich *Bachmeier* SVR 2019, 10 (11): Außergerichtliche Regulierung vor einem Urteilsspruch über die Rente „regelmäßig abzulehnen“.

²³²⁸ *Ch. Huber* NZV 2019, 321 (328).

²³²⁹ *Ch. Huber* HAVE 2018, 283 (285); *ders.* NZV 2019, 321 (328).

²³³⁰ Dafür aber *Strunk* DAR 2019, 313 (318); *Gräfenstein/Strunk* zfs 2019, 431 (433).

könnte auf der Basis des aktuellen Zinssatzes von Bundesanleihen exakt berechnen, welcher Betrag erforderlich ist, damit der Anspruchsteller die an sich geschuldete dynamische Rente erwirtschaften kann.²³³¹ Zu erwägen ist, dass der Haftpflichtversicherer dem Geschädigten ein solch maßgeschneidertes „Versicherungsprodukt“ einer dynamischen Rente anbietet,²³³² lehnt der Geschädigte ein solches – und sei es auch partiell – ab, muss er sich auf den vom Haftpflichtversicherer angebotenen Zinssatz verweisen lassen.

301t

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Wegen der immer wieder betonten Komplexität der Kapitalisierung sowie deren Abhängigkeit von so vielen Stellschrauben erscheint es angebracht, dem Geschädigten – ähnlich wie beim Schmerzensgeld – das Recht einzuräumen, ein nach oben offenes Mindestbegehren stellen zu können. Ob Sozialversicherer als Regressgläubiger des gleichen Schutzes bedürfen, ist indes fragwürdig.²³³³

301u

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Gäbe es einen gesetzlichen Anspruch, hätte das zur Folge, dass der Anspruchsteller bei Verlangen einer Kapitalzahlung nicht notwendigerweise auf alle noch nicht absehbaren **Zukunftsschäden** verzichten müsste; wie beim Schmerzensgeld würde sich die Bereinigungswirkung lediglich auf die vorhersehbaren Schäden erstrecken.²³³⁴

301v

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu erwägen ist, ob die Fälle der §§ 1822 Nr. 12, 1915 Abs. 1, wonach abgeschlossene Vergleiche ab einem Wert von 3.000 EUR der Genehmigung des Familiengerichts unterliegen, ausgeweitet werden sollten, jedenfalls für alle Minderjährigen. Zudem ist auch der durchschnittliche erwachsene Geschädigte mit der Komplexität der Kapitalisierung überfordert,

²³³¹ Ch. Huber NZV 2019, 321 (328 ff.).

²³³² Ähnlich Köck DAR 2019, 2 (4): Benennung von entsprechenden risikoloser Kapitalanlagen durch den Haftpflichtversicherer, der zudem den Zinssatz garantieren müsste und für den Fall, dass dieser nicht erreicht wird, Nachzahlungen erbringen müsste, die auch verjährungsrechtlich abzusichern wären. Mein Gegenvorschlag, eine maßgeschneiderte dynamische Rente anzubieten, ist dem gegenüber deutlich einfacher.

²³³³ Ch. Huber NZV 2019, 321 (325).

²³³⁴ Ch. Huber NZV 2019, 321.

sind es doch schon viele (Wald-und-Wiesen-)Anwälte und mitunter sogar Gerichte.²³³⁵ Sofern man nicht generell solche Vergleiche einer Genehmigungspflicht der – dann hoffentlich spezialisierten – Familiengerichte unterwirft, wäre überlegenswert, die Wirksamkeit eines solchen Vergleichs an die Mitwirkung eines Fachanwalts für Verkehrs- oder Medizinrecht zu binden. Insoweit ist der Einwand zu erwarten, dass das auch derzeit nicht anders gehandhabt werde. Wenn das so ist, tant mieux; schwarze Schafe könnten so aber eliminiert werden. Zudem sollte eine Kapitalabfindung nur bei vorheriger Einholung eines ärztlichen Attests erfolgen.²³³⁶

301w

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es bleibt abzuwarten, ob nach der Devise „Steter Tropfen höhlt den Stein“ der Gesetzgeber sich in absehbarer Zukunft dem dringenden Handlungsbedarf nicht verschließt und Abhilfe schafft, wie er das bei Einführung des Hinterbliebenengeldes in § 844 Abs. 3 getan hat, mag dafür auch der German-Wings-Absturz letzter Auslöser für das schlussendlich doch rasche Handeln gewesen sein. Bis es – hoffentlich – so weit sein wird, wäre wünschenswert, wenn die hier vorgestellten Desiderata in einem Code of Conduct zusammengefasst würden. Namentlich für den Anspruchsteller könnte das hilfreich sein, um zu erkennen, in welchem Maß der jeweilige Ersatzpflichtige – zu seinen Lasten – davon abweicht; aber auch für den redlichen Haftpflichtversicherer wäre das wertvoll, könnte er sich nämlich daran orientieren, wie viel er leisten müsste, um den gesetzlich geschuldeten vollen Ausgleich zu leisten.

G. Eckpunkte eines Abfindungsvergleichs

302

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Abfindungsvergleich	ff.

Der Abfindungsvergleich wird typischerweise zwischen dem Verletzten bzw. den Unterhaltersatzgläubigern sowie den Regressgläubigern, namentlich den Sozialversicherungsträgern, einerseits und dem Haftpflichtversicherer andererseits geschlossen. Auch wenn der Vergleich nur Einzelwirkung hat, wird der Ersatzpflichtige im Regelfall darauf bedacht sein, dass sich ein solcher Vergleich auch auf die ersatzpflichtigen Schädiger erstreckt, beim Verkehrsunfall somit auf den Lenker und Halter,²³³⁷ bei einem ärztlichen Kunstfehler auf

²³³⁵ Prototypisch LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*): Ignorierung des Umstands der Möglichkeit, aus einer Veranlagung Zinsen zu lukrieren.

²³³⁶ So wohl auch *Köck* DAR 2019, 2 (3): Einholung eines ärztlichen Attests unabdingbar, um ein umfassendes Bild von Gesundheitszustand und künftiger Entwicklung zu erhalten.

²³³⁷ *Ernst* VA 2010, 149; *Euler* SVR 2005, 10 (12).

Arzt und Krankenhausträger. Man nennt das „**Abtretungsklausel**“.²³³⁸ Insoweit ist freilich darauf zu achten, dass die Haftung Dritter nur insoweit ausgeschlossen ist, als es sich um Versicherungsnehmer **bzw.** Mitversicherte des die Vergleichsverhandlung führenden Haftpflichtversicherers handelt, nicht aber sämtliche Gesamtschuldner.²³³⁹ Ist die Deckungssumme erschöpft, ist insbesondere auf die betraglich unbeschränkte Haftung des Lenkers Bedacht zu nehmen. Der zwischen dem unmittelbar Anspruchsberechtigten und dem Ersatzpflichtigen abgeschlossene Abfindungsvergleich entfaltet keine Bindungswirkung für die Sozialversicherungsträger und umgekehrt, so dass insofern auch unterschiedliche Quoten denkbar sind.²³⁴⁰ Der Ersatzpflichtige muss mögliche Regressansprüche von Sozialversicherungsträgern berücksichtigen, um der Gefahr der doppelten Inanspruchnahme zu begegnen. Der Anspruchsberechtigte kann Rechtsklarheit auch nicht dadurch schaffen, dass er auf künftige Ansprüche gegen Sozialversicherungsträger – so sie bestehen – verzichtet, weil das nach § 46 Abs. 1. **Hs.** 1 SGB I unwirksam ist.²³⁴¹ Ein von einem Schwerverletzten abgeschlossener Abfindungsvergleich hat keine Bindungswirkung für die Ansprüche der gesetzlich Unterhaltsberechtigten nach seinem Versterben.²³⁴² Auch wenn es von Gesetzes wegen (§ 126) keine Formpflicht gibt, hat der Versicherer einen Vergleich nach den aufsichtsrechtlichen Vorgaben der BaFin schriftlich abzuschließen.²³⁴³ Im Regelfall wird eine Kapitalzahlung vereinbart; denkbar ist auch eine oder mehrere Renten, wobei zu bedenken ist, diese dann an einen Index zu binden. Eine Anpassung nach § 323 ZPO führt nicht zum gleichen Ergebnis, weil der Anspruchsteller um die Nachteile bis zum Erreichen der Erheblichkeitsschwelle verkürzt wird, was im Gegensatz zum Ausgleichsprinzip steht. Dass der Prozentsatz bei normalen Renten 10 %²³⁴⁴ beträgt, beim Schmerzensgeld aber 25 %, ²³⁴⁵ ist sachlich nicht begründbar.²³⁴⁶

303

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Typischerweise ist der Text des Abfindungsvergleichs vom Haftpflichtversicherer vorformuliert. Im Regelfall handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen,²³⁴⁷ die der Kontrolle der §§ 305

²³³⁸ *Scholten* NJW 2018, 1302.

²³³⁹ Unzutreffend weit daher die Formulierung bei *Ernst* VA 2010, 149 (150): „und irgendwelche dritte Personen, die als Gesamtschuldner in Betracht kommen, ...“. Instruktiv *Nugel* zfs 2006, 190 (192): Ausklammerung, wenn Verschlimmerung durch einen Arzt nach einer Fehlbehandlung.

²³⁴⁰ *Engelbrecht* DAR 2009, 447 (448).

²³⁴¹ *Zickfeld*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsform 2012, 45 (48).

²³⁴² BGH NJW 1996, 1674; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2013, 713 (714).

²³⁴³ *Köck* DAR 2015, 557.

²³⁴⁴ BGH NJW 1986, 2054.

²³⁴⁵ BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = VRR 2007, 342 (*Luckey*).

²³⁴⁶ *Köck* DAR 2015, 557 (562).

²³⁴⁷ *Nugel zfs* 2006, 190: Vorformulierte Abfindungserklärungen.

ff. unterliegen.²³⁴⁸ Erfasst sind typischerweise alle Ansprüche aus Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft, mögen sie vorhersehbar sein oder auch nicht.²³⁴⁹ Erwägenswert wäre insoweit, im Sinne des Transparenzgebotes zu verlangen, dass im Vergleichstext hinreichend deutlich ausgewiesen werden muss, mit welchem Geldbetrag der Verzicht auf den Ersatz für mögliche, aber derzeit nicht vorhersehbare unfallkausale künftige Verletzungsfolgen abgegolten worden ist, dem Anspruchsteller somit bewusst wird, welcher Geldbetrag der „Spekulation mit der eigenen Gesundheit“ entspricht. Letztlich hat der Schadensersatzgläubiger die Entscheidung für oder gegen eine Kapitalentschädigung zu treffen. Diese Entscheidung setzt aber voraus, dass der eigene Anwalt ihn umfassend aufklärt.²³⁵⁰ Das gilt namentlich bei jungen Geschädigten, bei denen sich die Lücke erst nach mehreren Jahrzehnten zeigt.²³⁵¹

303a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zur Vermeidung einer Anwaltshaftung ist dem Geschädigtenanwalt dringend anzuraten, neben der mündlichen Erläuterung dem Klienten ein Schriftstück zu übergeben und sich dessen Erhalt bestätigen zu lassen.²³⁵² Enthält der Vergleich eine unangemessene Benachteiligung und besteht begründete Aussicht, im Fall eines Prozesses ein wesentlich günstigeres Ergebnis zu erzielen, muss der Anwalt vom Vergleich abraten.²³⁵³ Allerdings hat er einen Ermessensspielraum.²³⁵⁴ Der Vorteil eines Vergleichs liegt indes darin, dass man bei Gericht wie auf hoher See in Gottes Hand ist, im Klartext das Ergebnis häufig ungewiss ist, sowie der Vermeidung der langen Dauer eines Prozesses sowie der damit verbundenen Belastung für den ohnehin gesundheitlich – und häufig auch psychisch – beeinträchtigten Anspruchsteller.²³⁵⁵ Der Anwalt hat auf den Empfängerhorizont des Klienten zu achten, ob diesem etwa bewusst ist, dass mit dem Begriff des materiellen Schadens auch der Haushaltsführungsschaden und die Kinderbetreuungskosten umfasst sind.²³⁵⁶

304

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

²³⁴⁸ *Engelbrecht* DAR 2009, 447.

²³⁴⁹ *Günter* SVR 2014, 54: Das der „klassische Fall“.

²³⁵⁰ *Burghart* NZV 2005, 441 (446); *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1486): Häufig viel zu kurz und oberflächlich.

²³⁵¹ *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1485).

²³⁵² *Köck* DAR 2015, 557 (562).

²³⁵³ BGH BeckRS 2012, 03733; *Scholten* DAR 2016, 631 (639); *Schwaiger* AnwBI 2013, 372.

²³⁵⁴ OLG Frankfurt/M. MDR 2020, 380 = BeckRS 2019, 31492: Maßgeblich Sicht ex ante; zu beachten zusätzlich, Gefahr des Verlustes des Haftpflichtversicherungsschutzes bei Vorsatz, Schwierigkeiten, den Kausalitätsnachweis zu erbringen sowie Intention des Anspruchstellers, rasch Geld zu erhalten.

²³⁵⁵ *Luckey* NZV 2019, 8 (9); *ders.* SVR 2012, 135; *Schwaiger* AnwBI 2013, 372.

²³⁵⁶ BGH NJW 2002, 292; *Scholten* NJW 2018, 1302 (1305).

Der Ersatzpflichtige, namentlich der Haftpflichtversicherer, ist daran interessiert, dass eine abschließende Regelung für sämtliche Ansprüche erfolgt.²³⁵⁷ Das ist der Regelfall.²³⁵⁸ Wird kein **Vorbehalt** aufgenommen, ist ein Vergleich im Zweifel so zu verstehen;²³⁵⁹ es ergibt sich somit eine andere Rechtsfolge als beim Schmerzensgeld nach einer Gerichtsentscheidung, bei der lediglich die vorhersehbaren Schmerzen abgegolten sind. Eine Nachforderung durch Anfechtung oder Anpassung ist nur unter ganz restriktiven Voraussetzungen (Anfechtung nach § 779, Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313, unzulässige Rechtsausübung nach § 242 sowie grober Inäquivalenz insbesondere nach Verschlimmerung des Gesundheitszustands) möglich.²³⁶⁰ Entsprechendes gilt für eine Sittenwidrigkeit eines Vergleichs nach § 138, namentlich bei Vertretung des Geschädigten durch einen Anwalt; abzustellen ist auf das beiderseitige Nachgeben, das mehr als 100 % auseinanderklaffen müsse.²³⁶¹

304a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der Anspruchsteller muss sich gut überlegen, ob er dieses Risiko eingehen soll. Der – in der Praxis kaum bedeutsamen – Chance, dass sich das Leiden bessert und er dann ein „Geschäft macht“, steht das jedenfalls nicht nur in ausgerissenen Ausnahmefällen bestehende Risiko gegenüber, dass sich die Verletzungsfolgen verschlimmern. Jedenfalls sollte aus der Warte des Verletzten ein derartiger Vergleich nur abgeschlossen werden, wenn eine ärztliche Stellungnahme vorliegt, die zu so einem Risiko Stellung nimmt.²³⁶² Auch sollte bei den Vergleichsverhandlungen eine Abgeltung für den Verzicht auf die Abgeltung dieses Zukunftsrisikos angesprochen und ein Geldbetrag dafür nach Möglichkeit explizit ausgewiesen werden. Auch kommen Vorbehalte vor für sämtliche oder einzelne Schadensposten²³⁶³ sowie für einen bestimmten Zeitraum,²³⁶⁴ insbesondere bei Kindern oder Jugendlichen, wenn die

²³⁵⁷ *Nugel* zfs 2006, 190; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2004, 207: In den meisten Fällen sämtliche Ansprüche für Vergangenheit und Zukunft, bekannt oder nicht bekannt, vorhersehbar oder nicht vorhersehbar.

²³⁵⁸ *Scholten* NJW 2018, 1302.

²³⁵⁹ *H. Lang* VersR 2019, 385 (388).

²³⁶⁰ *H. Lang* VersR 2019, 385 (388); *Köck* DAR 2015, 557 (559 ff.); *Günter* SVR 2014, 54 (55); *Schwaiger* AnwBl 2013, 372; *Luckey* SVR 2012, 135; OLG München NZV 2007, 423 = zfs 2007, 380 (*Diehl*); OLG Jena r + s 2012, 147.

²³⁶¹ OLG Hamm BeckRS 2016, 114204: Nichtigkeit nach § 138 nur ausnahmsweise denkbar. Verwiesen wird auf Möglichkeit des Anwaltsregresses; OLG Dresden NJW-RR 2018, 30 = jurisPR-VerkR 22/2018 Anm. 2 (*H. Lang*): Abstellen auf die Sicht ex ante.

²³⁶² *Ernst* VA 2010, 149 (153).

²³⁶³ *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 (186 f.).

²³⁶⁴ *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2004, 207.

Entwicklung noch gar nicht absehbar ist²³⁶⁵ – und das später besser beurteilt werden kann.
Denkbar ist auch eine Abgeltungsklausel mit der Begrenzung auf vorhersehbare Schmerzen.²³⁶⁶

304b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Auch dabei ist darauf zu achten, dass der Vorbehalt eindeutig festgelegt wird.²³⁶⁷ Eine Verweisung auf andere Schriftstücke oder Rechtsprechung soll möglichst vermieden werden.²³⁶⁸ Wenig hilfreich ist eine Formulierung „bei wesentlicher Verschlimmerung des medizinischen Zustands“, weil dadurch weiterer Streit vorprogrammiert ist.²³⁶⁹ Bedeutsam ist, dass diese möglichst präzise umschrieben werden, weil ansonsten neuer Streit vorprogrammiert ist. Genannt wird eine bestimmte Minderung der Erwerbsfähigkeit,²³⁷⁰ mag dieser Umstand beim Schadensersatzanspruch auch ohne Bedeutung sein. *H. Lang*²³⁷¹ hält es für sinnvoll, sogar das Klinikum zur Feststellung festzulegen.

304c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Bei solchen ist dann von der Warte des Geschädigtenanwalts darauf zu achten, dass vereinbart wird, dass der Ersatzpflichtige ein titelersetzendes Anerkenntnis abgibt,²³⁷² das die Wirkung eines gerichtlichen Feststellungsurteils mit der Wirkung des Tages des Abschlusses des Vergleichs

²³⁶⁵ *Köck* DAR 2015, 557 (559).

²³⁶⁶ LG Siegen jurisPR-VerkR 2/2016 Anm. 6 (*Wenker*): Wegen Vorhersehbarkeit durch einen medizinischen Sachverständigen abgelehnt. Sollte das Gutachten nicht ausreichend klar gewesen sein, kommt ein Schadensersatzanspruch gegen den Sachverständigen in Betracht.

²³⁶⁷ *Luckey* NZV 2019, 8 (11); OLG Jena NZV 2007, 315 = zfs 2007, 27 (*Diehl*): Vorbehalt immaterieller Ansprüche bei Verschlechterung der Beschwerden unter Hinweis auf BGH VersR 1980, 975. Bei Eintritt einer Verschlechterung aber kein Zuschlag, weil in der BGH-Entscheidung nur solche Beschwerden erfasst waren, die für einen Sachverständigen nicht vorhersehbar waren, was hier aber gegeben war.

²³⁶⁸ *Schwaiger* AnwBl 2013, 372 (373).

²³⁶⁹ Zutreffend *Scholten* NJW 2018, 1302 (1303); *H. Lang* VersR 2019, 385 (3878).

²³⁷⁰ *Engelbrecht* DAR 2009, 447 (450); so in OLG Rostock r + s 2011, 490 = VRR 2011, 226 (*Knappmann*).

²³⁷¹ OLG Köln jurisPR-VerkR 24/2018 Anm. 1.

²³⁷² *Köck* DAR 2019, 2 (5); *Eilers* VGT 2013, 9, 18.

hat,²³⁷³ was gem. § 197 Abs. 1 Nr. 3 zu einer Verjährungsfrist von 30 Jahren führt,²³⁷⁴ oder der Versicherer einen Verjährungsverzicht abgibt, weil ein bloßer Vorbehalt keinen Einfluss auf die Verjährung hat,²³⁷⁵ anschließende Zahlungen aufgrund des Vergleichs nur die Wirkung eines deklaratorischen Anerkenntnisses gem. § 212 Abs. 1 Nr. 1 haben, was bloß zu einem Neubeginn der Verjährungsfrist führt.²³⁷⁶ Spätfolgen treten aber häufig außerhalb dieses Zeitfensters auf.²³⁷⁷ Selbst bei einem Feststellungsurteil oder einer diesem entsprechenden außergerichtlichen Erklärung ist zu beachten, dass wiederkehrende Leistungen gem. § 197 Abs. 2 in drei Jahren verjähren. Auch die Hemmungswirkung des § 115 Abs. 2 S. 3 VVG fällt für die vorbehaltenen Ansprüche mit Abschluss des Vergleichs weg.²³⁷⁸ Bei einem Verjährungsverzicht ist zu präzisieren, welche Ansprüche er erfasst und für wie lange er gilt.²³⁷⁹ Während der Geschädigte ein Feststellungsurteil erwirken kann, weshalb der Haftpflichtversicherer einen solchen Passus, wenn er vom Geschädigtenanwalt reklamiert wird, akzeptiert,²³⁸⁰ ist das bei einem Verjährungsverzicht nicht der Fall.²³⁸¹ Lediglich bei gerichtlichen Vergleichen kommt es nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 eine 30-jährige Verjährungsfrist.²³⁸²

305

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Die **Ausklammerung von Ansprüchen der Sozialversicherungsträger** hat zumeist deklaratorische Bedeutung, weil ein Anspruchsübergang bereits im Zeitpunkt der Verletzung stattfindet.²³⁸³ Das gilt sowohl für Regressansprüche nach § 116 SGB X als auch für solche nach

²³⁷³ *Luckey* NZV 2019, 8 (12); *Scholten* NJW 2018, 1302 (1303); *Luckey* SVR 2012, 135; *Ernst* VA 2010, 149 (151); *Engelbrecht* DAR 2009, 447 (450); *M. Shah Sedi/C. Shah Sedi* zfs 2008, 183 (187); *Nugel* zfs 2006, 190 (194).

²³⁷⁴ *Köck* DAR 2015, 557 (562): Da bei jungen Geschädigten nicht einmal diese Frist reicht, ist ein aus § 242 abzuleitender Anspruch auf Verlängerung anzunehmen.

²³⁷⁵ *Burghart* NZV 2005, 441 (443); OLG Rostock r + s 2011, 490 = VRR 2011, 226 (*Knappmann*); OLG Koblenz NZV 2012, 233.

²³⁷⁶ *Ernst* VA 2010, 149 (150); *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2004, 207.

²³⁷⁷ Instruktiv OLG Bamberg DAR 2017, 34 (*Köck*): Vorbehalt wegen Nachteilen bei der weit in der Zukunft liegenden Altersrente; Anspruch auch ohne konstitutives Anerkenntnis bejaht; mE zu Recht, weil in concreto der Vorbehalt sonst praktisch sinnlos wäre.

²³⁷⁸ OLG Hamm jurisPR-VerkR 19/2017 Anm. 3 (*H. Lang*); OLG Köln jurisPR-VerkR 24/2018 Anm. 1 (*H. Lang*); *H. Lang* VersR 2019, 385 (389); *Schwaiger* AnwBl 2013, 372 (373).

²³⁷⁹ *Schwaiger* AnwBl 2013, 372 (374).

²³⁸⁰ *H. Lang* jurisPR-VerkR 2017 Anm. 3.

²³⁸¹ Für eine Aufnahme solchen in den Vergleich aber *Freyman* DAR 2016, 246 (250).

²³⁸² *H. Lang* VersR 2019, 385 (389); *Scholten* NJW 2018, 1302 (1303).

²³⁸³ *Nugel* zfs 2006, 190 (193).

§ 119 SGB X.²³⁸⁴ Eine Besonderheit besteht bei Ansprüchen der Sozialhilfe, bei der zwischen dem Leistungsträger und dem Anspruchsberechtigten kein Sozialversicherungsverhältnis besteht; bei solchen wird ein Anspruchsübergang nach § 116 SGB X zu dem Zeitpunkt angenommen, zu dem mit der Bedürftigkeit bzw. sonstigen Anspruchsberechtigung zu rechnen ist;²³⁸⁵ für den Haftpflichtversicherer besteht die Gefahr, dass das bei Verbrauch der Kapitalentschädigung durch den Anspruchsteller passieren kann, er somit unberechtigterweise insoweit doppelt leisten muss; die Haftpflichtversicherer schließen Abfindungsvergleich trotzdem „sehenden Auges“ ab, weil sie die Vorteilhaftigkeit der Schließung der Akte generell als höher einstufen als die Realisierung eines solchen Risikos in Einzelfällen.²³⁸⁶ Sofern nicht ein Vorbehalt zugunsten von Ansprüchen von Regressgläubigern vorgenommen wird, bei denen eine Legalzession erst im Zeitpunkt der Leistungserbringung erfolgt, wie etwa bei einem Schadensversicherer nach § 86 VVG oder dem Arbeitgeber nach § 6 EFZG, führt das dazu, dass infolge Regressvereitelung die jeweiligen Ansprüche gegen diese Schuldner nach § 86 Abs. 2 VVG bei Vorsatz **bzw. nach** § 7 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 EFZG bei jedem Verschulden verlorengehen.²³⁸⁷ Zu beachten, dass sich die Entgeltfortzahlung auch auf das anteilige spätere Urlaubs- und Weihnachtsgeld erstreckt.²³⁸⁸ Will man einen Anspruchsverlust vermeiden, ist ein entsprechender Vorbehalt geboten,²³⁸⁹ dass auch die Ansprüche ausgeklammert werden, die noch übergehen werden.²³⁹⁰ Dem Geschädigten wird das Fehlverhalten seines Anwalts im Kontext des § 7 Abs. 1 Nr. 2 EFZG zugerechnet.²³⁹¹ Die Abgrenzung einzelner Schadensposten, nämlich Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse und Erwerbsschaden sowie Schmerzensgeld ist bedeutsam, wenn nur manche von einer endgültigen Abfindung ausgeklammert werden.²³⁹² Die getrennte Ausweisung des Erwerbsschadens ist schon deshalb bedeutsam, weil nur dieser der

²³⁸⁴Darauf hinweisend *Debudey* VGT 2013, 1 (6).

²³⁸⁵ OLG Hamm BeckRS 2016, 114204: Anspruchsübergang auf den Sozialhilfeträger jedenfalls im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses bei dauernder Querschnittlähmung eines minderjährigen Kindes erkennbar; Ebenso bei Förderleistungen der Bundesagentur für Arbeit zur Teilhabe am Arbeitsleben durch Besuch einer Werkstatt für behinderte Menschen; dazu OLG Hamm NJOZ 2015, 1290: Vergleichsschluss im Alter von 12 Jahren nach einem Geburtsschaden.

²³⁸⁶ *H. Lang* VersR 2019, 385 (390).

²³⁸⁷ *Schwaiger* AnwBl 2013, 372 (374); *Luckey* SVR 2012, 135 (136); *Engelbrecht* DAR 2009, 447 (448); *Burghart* NZV 2005, 441 (445).

²³⁸⁸ *Höher* SVR 2018, 23 (26).

²³⁸⁹ *Luckey* DAR 2015, 563 (565).

²³⁹⁰ *Scholten* NJW 2018, 1302 (1303).

²³⁹¹ LAG SchIH NZA-RR 2006, 568 zu § 7 Abs. 1 Nr. 2 EFZG; *Luckey* DAR 2015, 563 (566), *Schwaiger* AnwBl 2013, 372 (374): Zu § 86 Abs. 2 S. 1 VVG ist das ungeklärt. Dagegen spricht mE, dass der Anwalt nicht Repräsentant des Versicherungsnehmers ist.

²³⁹² *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (483). Die Brisanz deutlich machend OLG Stuttgart BeckRS 2012, 09676 = zfs 2012, 198 (*Diehl*): Kosten einer In-vitro-Fertilisation des zeugungsunfähigen Verletzten mitsamt dem Eingriff bei der Partnerin als Heilungskosten qualifiziert, weil Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse endgültig abgefunden. LG Wiesbaden BeckRS 2014, 11850 = *Wenker*, jurisPR-VerkR 18/2014 Anm. 2: Bloß Vorbehalt der vermehrten Bedürfnisse, nicht aber von Heilungskosten, kein Ersatz bei Erfordernis einer Erneuerung der Zahnprothese 13 Jahre nach dem Unfall, weil insoweit Heilungskosten und keine vermehrten Bedürfnisse gegeben sind.

ESt-Pflicht unterliegt. Vor einem zu hohen Ausweis von Schmerzensgeld und einem zu geringen Ausweis von Schmerzensgeld nach Art eines „Verschiebebahnhoofs“ ist nachdrücklich zu warnen. Der Geschädigten-Anwalt riskiert dann wegen des zu geringen Erwerbsschadens dem Geschädigten gegenüber regresspflichtig zu werden; vor allem aber droht die Gefahr, dass das Finanzamt die Aufteilung korrigiert, was zu höherer ESt-Pflicht führt.²³⁹³ Zu erwägen ist, auch insoweit einen Vorbehalt samt die Gefahr der Verjährung vermeidenden Anerkenntnisses aufzunehmen, wenn das Finanzamt die vorgenommene Aufteilung der Schadensposten – sei es auch bei einer Betriebsprüfung viele Jahre später – nicht akzeptiert. *Freymann*²³⁹⁴ betont, dass bei hinreichend deutlicher Abgrenzung die Chancen höher seien, dass auch das Finanzamt von dieser Bemessungsgrundlage ausgeht; das bedeutet aber mit anderen Worten, dass eben doch ein Restrisiko besteht.

306

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Ein **Abfindungsvergleich** sollte **alle möglichen Schäden** erfassen, beim Erwerbsschaden auch Einbußen der Altersvorsorge.²³⁹⁵ Zu beachten ist, dass anders als bei Arbeitnehmern bei Beamten und Selbstständigen eine dem § 119 SGB X vergleichbare Norm fehlt.²³⁹⁶ § 119 SGB X berücksichtigt zwar – hoffentlich – die volle Dynamik, nämlich Abgeltung von Inflation und Wirtschaftswachstum, vor allem aber Teilhabe am beruflichen Aufstieg, allerdings nur bis zur Höchstbemessungsgrundlage. Der Haushaltsführungsschaden kann infolge familiärer und beruflicher Veränderungen stark schwanken.²³⁹⁷ Abzustellen ist bei der „Hausarbeitskarriere“ auf den überwiegend wahrscheinlichen Verlauf.²³⁹⁸

306a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zu bedenken ist, dass die Ausübung von – künftigen – Freizeitaktivitäten mit erheblichen Mehrkosten verbunden sein kann.²³⁹⁹ Selbst bei einem „vorbehaltlosen“ Abfindungsvergleich sollte der Umstand bedacht werden, dass die bei diesem mit ins Kalkül gezogenen Drittleistungen, namentlich die von Sozialversicherungsträgern, künftig geringer ausfallen oder eingestellt werden.²⁴⁰⁰ Allein die Umstellung der Begutachtungskriterien, so in der

²³⁹³ *C. Shah Sedi* SVR 2016, 325 (328): Dieser „Verschiebebahnhof“ ist strafrechtlich relevant.

²³⁹⁴ *Freymann* DAR 2016, 246 (251).

²³⁹⁵ *Scholten* NJW 2018, 1302 (1303).

²³⁹⁶ *Luckey* NZV 2019, 8 (11).

²³⁹⁷ *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 1 (12).

²³⁹⁸ *Landolt*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 71 (78).

²³⁹⁹ *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (273).

²⁴⁰⁰ *M. Shah Sedi/C. Shah Sedi* zfs 2008, 183 (187); *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1014.

Pflegeversicherung der Paradigmawechsel vom Umfang der erforderlichen Hilfe zum Grad der noch bestehenden Selbstständigkeit durch das am 1.1.2017 in Kraft getretene Pflegestärkungsgesetz II kann zu einer geringeren Einstufung und damit zu einer Verminderung der Pflegegeldleistung führen.²⁴⁰¹

306b

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Es gibt keinen sachlichen Grund, dass der Haftpflichtversicherer davon profitieren soll.²⁴⁰² Er hat insoweit bloß die Funktion eines Factors oder eines Inkassoinstituts.²⁴⁰³ Während bei anderen Unwägbarkeiten der Haftpflichtversicherer es vermeiden will, stärker belastet zu werden, geht es insoweit „bloß“ darum, den beim Abfindungsvergleich mit kalkulierten geschuldeten Betrag nicht mehr an den Sozialversicherer zu leisten, der ihn an den Anspruchsberechtigten weiterleitet, sondern sogleich an den Anspruchsteller durchzuleiten. Es ist geradezu als anwaltlicher Kunstfehler anzusehen, wenn der Anwalt des Geschädigten einen solchen Vorbehalt nicht aufnimmt.²⁴⁰⁴ Für den Haftpflichtversicherer hat das wiederum zur Folge, dass bei Kapitalisierung von Ansprüchen des Sozialversicherungsträgers als Regressgläubigers ein Vorbehalt dergestalt zu vereinbaren ist, dass eine – anteilige – Rückzahlung zu erfolgen hat, wenn dieser seine Leistungen an den Verletzten einstellt.²⁴⁰⁵ Bedacht werden sollte darüber hinaus folgender Umstand: Die Schadensersatzrenten werden in den nächsten Jahrzehnten in unterschiedlichem Tempo steigen. Eine besonders hohe Steigerung wird sich beim Haushaltsführerschaden und den Pflegeleistungen ergeben, weil insoweit das die Inflation dämpfende Rationalisierungspotential gering ist; beim Erwerbsschaden wird es Zuwächse geben, weil arbeitende Menschen beim Entgelt für die von ihnen erbrachte Arbeitsleistung nicht auf Dauer einen Ausschluss an der Teilhabe am Wirtschaftswachstum hinnehmen werden. Das Argument der ansonsten drohenden Verlagerung der Produktion oder Dienstleistung ins Ausland gilt nicht für alle Tätigkeiten. Zutreffend wird freilich sein, dass infolge des demografischen Wandels die Leistungen der Sozialversicherungsträger kaum noch wachsen bzw. real sogar rückläufig sein werden. Diese beiden Entwicklungen sind aber streng voneinander zu trennen. Beim Abfindungsvergleich zwischen dem Verletzten und dem Ersatzpflichtigen ist darauf Bedacht zu nehmen. Wenn darauf hingewiesen wird, dass bei Vorbehalten für den Haftpflichtversicherer der Anreiz für einen Vergleich fehle,²⁴⁰⁶ mag das im Einzelfall zutreffen. Zu bedenken ist freilich, dass auch der Haftpflichtversicherer dadurch beträchtlichen Verwaltungsaufwand einspart; und die

²⁴⁰¹ *Beißwenger/L. Quirnbach* zfs 2017, 64 (69).

²⁴⁰² So aber BGH NZV 2008, 448; kritisch *Ch. Huber* NZV 2008, 431 ff.; *L. Jaeger* DAR 2008, 354; *Köck* DAR 2015, 557 (561); *Bachmeier* SVR 2019, 10 (13); *Köck* DAR 2019, 2 (4).

²⁴⁰³ *Ch. Huber* NZV 2008, 431 (434).

²⁴⁰⁴ *Ch. Huber* NZV 2008, 431 (435); *Bachmeier* SVR 2019, 10 (13); *Köck* DAR 2019, 2 (5).

²⁴⁰⁵ So auch *H. Lang* jurisPR-VerkR 17/2015 Anm. 1 zu einer nachträglichen Aktivlegitimation des Sozialhilfeträgers gemäß § 14 Abs. 1 SGB IX nach abschließender Regulierung zwischen gesetzlicher Unfallversicherung und Haftpflichtversicherung.

²⁴⁰⁶ *Ernst* VA 2010, 149 (150).

Kapitalabfindung inhaltlich bloß den Zustand abbilden soll, der bei gerichtlicher Streitaustragung und Zuerkennung einer Rente eintreten würde.

306c

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Abfindungsvergleiche sind nur wirksam, wenn der Anspruchsteller ausreichend geschäftsfähig ist. Namentlich bei schwer Hirnverletzten ist das häufig nicht der Fall. Der vom Betreuer abgeschlossene Vergleich bedarf zudem ab einem Wert von 3.000 EUR gemäß §§ 1822 Nr. 12, 1915 Abs. 1 der Genehmigung des Familiengerichts.²⁴⁰⁷ Das ist auch dann der Fall, wenn ein Elternteil zum Betreuer eines erwachsenen – geschäftsunfähigen – Kind bestellt wird.²⁴⁰⁸ Darüber hinaus gilt das Erfordernis einer Genehmigung durch das Familiengericht auch dann, wenn ein Elternteil Schädiger eines minderjährigen Kindes ist, was häufig der Fall ist, wenn das Kind Insasse eines Fahrzeugs war; es ist dann kein Elternteil ohne Genehmigung des Familiengerichts zum Abschluss eines Abfindungsvergleichs befugt.²⁴⁰⁹ Zu beachten ist zudem, dass in einem solchen Fall nicht derselbe Anwalt den Insassen und den – verantwortlichen – Lenker vertreten darf.²⁴¹⁰

307

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Nach der Rechtsprechung des BFH unterliegt die Kapitalabfindung, soweit sie zu versteuerndes Erwerbseinkommen substituiert, der **ESt-Pflicht**; und darüber hinaus unterliegen die Zinserträge bei der Veranlagung einer Kapitalabfindung der Abgeltungssteuer, wobei zu bedenken ist, dass bei Personen, die Kirchensteuer entrichten,²⁴¹¹ mehr als 25 % abzuführen sind. Auch Verzugs- und Prozesszinsen sind Einkünfte aus Kapitalvermögen und unterliegen der Abgeltungssteuer, selbst wenn es sich um solche für Schadensposten handelt, die nicht ESt-pflichtig sind wie das Schmerzensgeld.²⁴¹² Für den Anfall dieser Steuer muss der Ersatzpflichtige keinen Ausgleich leisten.²⁴¹³ Eine Rente wegen anderer Schadensposten, also Schmerzensgeld, vermehrter Bedürfnisse und Haushaltsführung sowie Unterhaltersatz ist hingegen steuerfrei; und zwar unabhängig davon, ob Ersatz in Kapital oder Rente erfolgt.²⁴¹⁴ Sollte sich die Rechtsprechung

²⁴⁰⁷ *H. Lang* VersR 2019, 385 (387).

²⁴⁰⁸ OLG Köln jurisPR-VerkR 22/2018 Anm. 1 (*Jahnke*): Nichtigkeit des Vergleichs bei einem Erledigungsbetrag von 1.650.000 EUR.

²⁴⁰⁹ *H. Lang* VersR 2019, 385 (387).

²⁴¹⁰ LG Saarbrücken zfs 2015, 209 = *H. Lang* jurisPR-VerkR 10/2015 Am 2.

²⁴¹¹ *Höke* NZV 2016, 10 (11): Je nach Bundesland gemäß § 51a EStG 8 % oder 9 %.

²⁴¹² *Dabitz* zfs 2016, 364 (366).

²⁴¹³ *Freymann* DAR 2016, 246 (247).

²⁴¹⁴ *Freymann* DAR 2016, 246 (247); *Jahnke*, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79 (80).

des BFH künftig ändern, ist dem auch beim Abfindungsvergleich Rechnung zu tragen. Eine Rückwirkung dürfte freilich nicht statthaft sein. Wegen der unterschiedlichen Folgen im Steuerrecht,²⁴¹⁵ aber auch wegen der Legalzessionen ist es stets geboten, offenzulegen, welcher Betrag der Gesamtsumme auf welchen Schadensposten entfällt,²⁴¹⁶ namentlich gilt das für den (beruflichen) Erwerbsschaden.²⁴¹⁷ Bei Festsetzung des Erwerbsschadens auf Nettolohnbasis, wie das bei einem Arbeitnehmer der Regelfall ist,²⁴¹⁸ sollte der Anspruchsteller zur Abwendung der Verjährung eine Feststellung erwirken,²⁴¹⁹ dass für den Fall der Steuerpflicht der Haftpflichtige die sich daraus ergebenden Beträge ersetzen muss.²⁴²⁰ Die Formulierung muss ausreichend präzise sein, etwa lauten: „Vorbehalten bleibt der Steuerschaden mit der Wirkung eines rechtskräftigen Feststellungsurteils.“²⁴²¹ Das führt zu einem Verjährungsschutz für 30 Jahre mit Ausnahme der wiederkehrenden Leistungen nach § 197 Abs. 2, worüber der Geschädigte von seinem Anwalt aufzuklären ist.²⁴²² Die Folge ist, dass der jeweilige Zufluss abermals der Steuerpflicht unterliegt, was zu einer Regulierung über viele Jahre führt. Das wird als „Steuerschraube“ bezeichnet,²⁴²³ die bei Verkennen dieser Rechtsfolge zur „Steuerfalle“ werden kann.²⁴²⁴ Der Vorteil liegt – gegenüber einem Bruttovergleich – in einer Stundung und der Ausnützung künftig geringerer Grenzsteuersätze,²⁴²⁵ der Nachteil besteht in einer Verhinderung der angestrebten endgültigen Bereinigung.²⁴²⁶ Ein „Abkaufen“ dieser Folge durch einen Aufschlag auf die Abfindungssumme führt zu einem unüberschaubaren Risiko,²⁴²⁷ das der Geschädigte allenfalls nach Vorliegen eines Gutachtens zum Steuerschaden eingehen sollte.²⁴²⁸

²⁴¹⁵Dazu *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi zfs* 2008, 183 (187).

²⁴¹⁶Zur Schätzung des ESt-pflichtigen Anteils bei einer Gesamtsumme BFH DB 1960, 279.

²⁴¹⁷*Scholten* NJW 2018, 1302 (1304).

²⁴¹⁸*C. Schah Sedi* SVR 2016, 325.

²⁴¹⁹*Freyermann* DAR 2016, 246 (250): Bloß deklaratorisches Schuldanerkenntnis, allerdeings mit Hinweis auf die Verjährungsproblematik. ME sollte daher ein konstitutives Anerkenntnis mit der im Text vorgeschlagenen Formulierung gewählt werden.

²⁴²⁰*H. Lang* VersR 2019, 385 (390); *Scholten* NJW 2018, 1302 (1305); *Luckey* SVR 2012, 135 (136); *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (329): „Must-have“ in der Regulierungspraxis; *Freyermann* DAR 2016, 246 (249).

²⁴²¹*C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (328).

²⁴²²*C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (329).

²⁴²³*Dabitz* zfs 2016, 364 (273).

²⁴²⁴*Freyermann* DAR 2016, 246 (248).

²⁴²⁵*Dabitz* zfs 2016, 364 (273 f.).

²⁴²⁶FG Stuttgart VersR 2018, 698 (*List*). Die Revision (X R 1/18) wurde zurückgenommen, so dass der BFH darüber nicht entscheiden konnte.

²⁴²⁷So auch *Freyermann* DAR 2016, 246 (250): Sicherer ist Vorbehalt, dass alle später anfallenden Steuern später von der Schädigerseite erstattet werden.

²⁴²⁸*C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (329).

Empfohlen wird mitunter, mit dem Finanzamt eine einmalige Versteuerung zu vereinbaren,²⁴²⁹ die Realisierbarkeit wird indes skeptisch beurteilt.²⁴³⁰ Mitunter wird in Abfindungsvergleichen vom Haftpflichtversicherer vorgeschlagen, dass der Geschädigte von der Fünftelregelung des § 34 EStG Gebrauch machen solle, während der Ersatzpflichtige die anfallenden Steuerlasten auf den Abfindungsbetrag übernehme. Letzteres ist freilich kein Entgegenkommen, weil es sich insoweit um eine Pflicht des Ersatzpflichtigen handelt.²⁴³¹ *Freymann*²⁴³² betont zu Recht, dass die Schädigerseite kein genuines Interesse daran hat, die Steuerproblematik – jedenfalls ungefragt – anzusprechen, ist doch damit eine Erhöhung der von ihr zu leistenden Abfindungssumme verbunden. Wird das vom Geschädigtenanwalt übersehen, was nach der Erfahrung von *Scholten* häufig der Fall ist, liegt ein Beratungsfehler vor, der einen Anwaltsregress begründen kann.²⁴³³

308

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Außergerichtliche **Anwaltskosten** sind vom Ersatzpflichtigen neben dem vereinbarten Abfindungsbetrag zu leisten, auch wenn der Abfindungsvergleich das nicht explizit regelt. Der guten Ordnung halber sollte im Vergleich allerdings festgehalten werden, dass die Sachverständigen- und Anwaltsgebühren des Geschädigten der Ersatzpflichtige zu tragen hat.²⁴³⁴ Mag das auch nur ausnahmsweise bedeutsam sein, sei darauf hingewiesen, dass anders als bei einer gerichtlichen Entscheidung ein gerichtlicher Sachverständiger nach § 839a nicht haftet²⁴³⁵ und nur Personenschadensrenten, nicht aber eine Kapitalabfindung nach § 850b Abs. 1 Nr. 1 ZPO nur bedingt pfändbar ist.²⁴³⁶

H. Anrechnung von Drittleistungen (§ 843 Abs. 4)

309

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff
Erwerbsunfähigkeit durch unerlaubte Handlung	Drittleistungen	ff.

²⁴²⁹ *Höke* NZV 2016, 10 (11).

²⁴³⁰ *Freymann* DAR 2016, 246 (249).

²⁴³¹ *Höke* NZV 2016, 10 (11).

²⁴³² *Freymann* DAR 2016, 246 (250).

²⁴³³ *Scholten*, Fachtagung Personenschaden 2019, 137 (154).

²⁴³⁴ *Ernst* VA 2010, 149; *Engelbrecht* DAR 2009, 447.

²⁴³⁵ *Scholten* NJW 2018, 1302 (1305); OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216.

²⁴³⁶ *Luckey* NZV 2019, 8 (10).

Hat eine schädigende Handlung zur Folge, dass sich beim Geschädigten neben dem realen Schaden auch Vorteile einstellen, ergibt sich bei mechanischer Anwendung der Differenzhypothese ein Saldo, den der Ersatzpflichtige zu ersetzen hat.²⁴³⁷ Freilich ist nach den Regeln des versagten Vorteilsausgleichs ein Vorteil dann nicht anzurechnen, wenn nach Sinn und Zweck der Drittleistung diese den Schädiger nicht entlasten soll. Eine solche punktuelle gesetzliche Wertentscheidung findet sich in § 843 Abs. 4.

I. Der in § 843 Abs. 4 geregelte Fall und die Erweiterungen durch die Rechtsprechung

310

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Hat der Geschädigte bei einem Anspruch nach § 843 gegen den Ersatzpflichtigen auch einen **korrespondierenden Unterhaltsanspruch** gegen einen Familienangehörigen, trifft § 843 Abs. 4 die Entscheidung, dass das Bestehen eines Unterhaltsanspruchs nicht zur Entlastung des Schädigers führen soll.²⁴³⁸ Gesetzlich geregelt ist ausschließlich der Fall, dass der Geschädigte die Unterhaltsleistung noch nicht in Anspruch genommen hat.²⁴³⁹ Die Rechtsprechung wendet § 843 Abs. 4 darüber hinaus analog auf zahlreiche andere Fälle an: Auch wenn es sich um einen anderen als einen Anspruch aus § 843 handelt, etwa um Heilungskosten.²⁴⁴⁰ Die Wertung des § 843 Abs. 4 wird auch dann für maßgeblich angesehen, wenn es nicht um einen deliktischen Schadensersatzanspruch geht, sondern um einen aus der Gefährdungs- oder Vertragshaftung.²⁴⁴¹ Auf § 843 Abs. 4 wird aber auch dann Bezug genommen, wenn aufgrund einer Unterhaltspflicht eine Leistung bereits erbracht worden ist,²⁴⁴² was durchaus häufig vorkommt, wenn ein Bedarf rasch zu decken ist. Während sich der Unterhaltspflichtige häufig nicht lange ziert, kann die Regulierung eines Schadensersatzanspruchs längere Zeit in Anspruch nehmen. Ob eine Pflicht zur Unterhaltsgewährung bestand oder der Unterhalt freiwillig erbracht wurde, darauf kommt es bei § 843 Abs. 4 nicht an. Über die Erbringung von Unterhalt hinaus werden auch sonstige freiwillige Leistungen eines Dritten so behandelt. Schließlich wird auch nicht differenziert, ob eine solche Leistung ein Dritter erbracht hat oder sie dadurch entbehrlich wurde, dass sich der Geschädigte selbst überobligationsgemäß angestrengt oder Verzicht geleistet hat.²⁴⁴³

²⁴³⁷MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 90.

²⁴³⁸BGHZ 159, 318 = NJW 2004, 2892 = LMK 2005, 5 (*Fuchs*) = SVR 2004, 467 (*Schröder*) = jurisPR-BGHZivilR 34/2004 Anm. 1 (*Baukelmann*): Die das verletzte Kind betreuende Mutter haftet – womöglich – deliktisch neben dem Schädiger.

²⁴³⁹MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 92.

²⁴⁴⁰Schulze¹⁰/Staudinger § 843 Rn. 10; MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 93.

²⁴⁴¹MüKoBGB⁷/Wagner §§ 842, 843 Rn. 91.

²⁴⁴²BGHZ 159, 318 = NJW 2004, 2892 = LMK 2005, 5 (*Fuchs*) = SVR 2004, 467 (*Schröder*) = jurisPR-BGHZivilR 34/2004 Anm. 1 (*Baukelmann*); BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520.

²⁴⁴³BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766.

II. Verhältnis des § 843 Abs. 4 zu den Legalzessionsnormen, insbesondere § 86 VVG, § 6 EFZG, § 116 SGB X – Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens

311

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

In dem vom Wortlaut gedeckten Anwendungsbereich des § 843 Abs. 4 ergibt sich kein Regressproblem. Das Bestehen einer Unterhaltspflicht soll bei der Schadensbilanz ausgeblendet bleiben mit der Folge, dass dem Geschädigten ein ungekürzter Anspruch gegen den Schädiger zusteht. Sofern ein Dritter eine solche Leistung bereits erbracht hat, die auch der Schädiger schuldet, stellt sich in den Fällen, in denen § 843 Abs. 4 analog angewendet wird, die Frage des Regressanspruchs des Dritten gegen den Schädiger. § 843 Abs. 4 nimmt dazu nicht Stellung. In der Literatur werden als Anspruchsgrundlagen für den Rückgriff vorgeschlagen: Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683),²⁴⁴⁴ bzw. Bereicherung (§ 812)²⁴⁴⁵ oder eine Pflicht des Geschädigten zur Abtretung des Schadensersatzanspruchs (§ 255).²⁴⁴⁶ Welche Anspruchsgrundlage bei welcher Konstellation die passende ist, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.²⁴⁴⁷ Aus pragmatischen Gründen sollte der Geschädigte zur Sicherheit eine Abtretungserklärung abgeben.

312

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Zur Frage der Tragung des Schadens zwischen Schädiger und einem Dritten, der eine korrespondierende Leistung erbringt, nehmen auch zahlreiche Legalzessionsnormen Stellung.²⁴⁴⁸ Während § 843 Abs. 4 den Fall erfasst, dass noch keine Leistung eines Dritten erfolgt ist, stellen die Legalzessionsnormen darauf ab, dass der Dritte eine solche Leistung schon erbracht hat (§ 6 EFZG, § 86 VVG) oder doch dazu verpflichtet ist (§ 116 SGB X). In solchen Fällen geht der Schadensersatzanspruch ohne Zutun des Geschädigten auf den Drittleistenden über. Mitunter ist eine rechtsgeschäftliche Pflicht zur Abtretung des Schadensersatzanspruchs vorgesehen, so bei Leistungen des Arbeitgebers oder der Gesellschaft für den Fall einer Zusatzversorgung des Verletzten.²⁴⁴⁹ Aus § 843 Abs. 4 sowie den Legalzessionsnormen, die auch zur Art des Rückgriffs Stellung nehmen, ist ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen:²⁴⁵⁰ Wenn Dritte aus einer

²⁴⁴⁴Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 37.

²⁴⁴⁵MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 98; §§ 683, 670, hilfsweise § 812.

²⁴⁴⁶Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 38; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 20.

²⁴⁴⁷Umfassend zu diesen Konstruktionsfragen Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 45 ff.

²⁴⁴⁸MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 94.

²⁴⁴⁹*Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 447.

²⁴⁵⁰Soergel¹³/*Beater* § 843 Rn. 36; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 43; MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 94; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 843 Rn. 20; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 35.

Verpflichtung zur Fürsorge oder Versorgung eine Leistung zu erbringen haben, für die ohne deren Verpflichtung der Schädiger aufzukommen hätte, soll der Schädiger durch die Drittleistung nicht entlastet werden. Da wegen des Ausgleichsprinzips auch der Geschädigte nicht mehr als seinen Schaden ersetzt bekommen soll, bleibt als Lösung nur übrig, dass bei einer von einem Dritten erbrachten Leistung dieser beim Schädiger sich regressieren kann. Bedeutsam ist dieses Prinzip in all den Fällen, in denen eine solche Konstellation gegeben ist, ohne dass durch eine Legalzession eine Festlegung über die Art des Regresses erfolgt ist.²⁴⁵¹ Nach diesem Konzept wäre somit lediglich zu prüfen, ob die Drittleistung ihrer Zielrichtung nach den Schädiger entlasten soll oder ob das nicht der Fall ist. Der BGH verfährt aber fallweise gegenteilig, wie sogleich darzustellen ist.

III. Grenzen der versagten Anrechnung

313

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Der BGH²⁴⁵² hat eine Anrechnung auf den Erwerbsschaden abgelehnt, als ein Geschädigter verletzungsbedingt gekündigt wurde und eine Kündigungsabfindung erhielt. Er hat dies damit begründet, dass die Abfindung nicht dazu bestimmt sei, die Verkürzung des Arbeitseinkommens während der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit des Geschädigten auszugleichen.²⁴⁵³ Dagegen ist ins Treffen zu führen, dass die Abfindung immerhin auch die Zielsetzung verfolgt, Einkommenseinbußen, die sich aus dem Verlust der Stelle ergeben, abzufedern.²⁴⁵⁴ Insoweit hat die Abfindung Lohnersatzfunktion, was dazu führen müsste, dass sich einerseits der gekündigte Arbeitnehmer eine Anrechnung gefallen lassen, dem Arbeitgeber andererseits ein Rückgriffsanspruch zustehen müsste. Freilich muss es dem Arbeitgeber freistehen, darauf zu verzichten und dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Leistung zu erbringen, was allerdings nicht zu vermuten ist, sondern sich aus der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben müsste.

314

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Als ein Arbeitnehmer von der tarifvertraglich vorgesehenen Möglichkeit des **Vorruhestands** Gebrauch gemacht hat, weil er vom Schädiger verletzt worden ist, stellte sich die Frage, ob der Erwerbsschaden des Verletzten sich auf die Differenz zwischen seinem ohne Verletzung

²⁴⁵¹BGHZ 139, 167 = NJW 1998, 3276: So auch für freiwillige Zahlungen des Arbeitgebers sowie solche für die betriebliche Altersversorgung.

²⁴⁵²BGH NJW 1990, 1360.

²⁴⁵³ So auch OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2016, 171 = BeckRS 2016, 2329.

²⁴⁵⁴ So auch van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 **Rn.** 949 unter Hinweis darauf, dass nunmehr gem. §§ 143a, 198 S. 2 Nr. 6 SGB III die Abfindung auf das Arbeitslosengeld und die Arbeitslosenhilfe (nunmehr Arbeitslosengeld II) anzurechnen sei.

erzielten Arbeitseinkommen und dem Vorruhestandsbezug beschränkt, oder ob darüber hinaus dem Arbeitgeber ein Rückgriffsanspruch wegen der Vorruhestandsbezüge zusteht. Der BGH²⁴⁵⁵ hat einen solchen Rückgriffsanspruch abgelehnt, weil die Vorruhestandsregelung hier nicht Ausdruck der Fürsorge sei. In concreto musste diese neun Monate vorher beantragt werden und konnte nur von fünf Prozent der Arbeitnehmer in Anspruch genommen werden. *Schiemann*²⁴⁵⁶ weist zu Recht darauf hin, dass Fürsorgeleistungen sich nicht generell dadurch auszeichnen, dass sie spontan erbracht werden, so dass die neunmonatige Antragsfrist nicht hinderlich sein sollte. Dass lediglich ein gewisser Prozentsatz eine solche Leistung in Anspruch nehmen könne, sollte auch nicht dagegensprechen, sind doch bei der Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers die Fälle drittverschuldeter Verletzungen statistisch in der Minderheit. Bei Abstellen auf das Kriterium, ob der Arbeitgeber durch die – wenn auch arbeitsmarktpolitisch motivierte – tarifvertraglich vereinbarte Vorruhestandsregelung den Schädiger entlasten wollte, wäre man zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt.²⁴⁵⁷

315

Hauptstichwort	Unterstichwort	f/ff

Nach hM²⁴⁵⁸ kommt es bei vom Geschädigten abgeschlossenen Versicherungen darauf an, ob es sich um eine Schadens- oder eine Summenversicherung handelt. Bei einer Schadensversicherung kommt es im Verhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger zu einer Anrechnung, weil nach der Legalzessionsnorm des § 86 VVG dem Versicherer ein Regressanspruch gegenüber dem Schädiger eingeräumt wird, während die Anwendbarkeit des § 86 VVG für die Summenversicherung geleugnet wird.²⁴⁵⁹ Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Versicherungsarten wird danach vorgenommen, ob die Versicherungsleistung sich an einem konkret eingetretenen Vermögensschaden orientiert (dann Schadensversicherung) oder das nicht der Fall ist (dann Summenversicherung).²⁴⁶⁰ Soweit eine Summenversicherung auch einen Schaden pauschal abdecken soll, wie etwa bei einer Tagegeldversicherung den pauschalen Verdienstentgang²⁴⁶¹ oder bei einer privaten Unfallversicherung die Bestattungskosten, vertritt die Kommentarliteratur²⁴⁶² die Ansicht, dass dann § 86 VVG

²⁴⁵⁵BGH NJW 2001, 1274 = LM § 252 BGB Nr. 79 (*Schiemann*); kritisch *von Koppenfels-Spies* VersR 2005, 1511 ff.

²⁴⁵⁶*Schiemann* Anm. zu BGH LM § 252 BGB Nr. 79.

²⁴⁵⁷Kritisch – jedenfalls zur Begründung – auch MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn., 95, 96; darüber hinaus zum Ergebnis *von Koppenfels-Spies* VersR 2005, 1511 ff.

²⁴⁵⁸MüKoBGB⁷/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 97; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 55; *Küppersbusch/Höher* Rn. 759; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1002.

²⁴⁵⁹*Zickfeld*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsform 2012, 45 (55) unter Hinweis auf ein frei vereinbartes Krankentagegeld.

²⁴⁶⁰Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 53; *Groß* DAR 1999, 337 ff.

²⁴⁶¹AA BGH VersR 2001, 1100.

²⁴⁶²Rüffer/Halbach/Schimikowski/*Muschner*, 3. Aufl., § 86 Rn. 4; Looschelders/Pohlmann/*von Koppenfels-Spies*, 2. Aufl., § 86 Rn. 3; MüKoBGB-VVG/*Möller/Segger* § 86 Rn. 36 f.; Prölss/Martin/*Armbrüster*, 29. Aufl., § 86 Rn. 4.

anzuwenden sein soll. Dafür spricht, dass auch im Sozialversicherungsrecht das Ausmaß der Leistung häufig nach ganz anderen Kriterien ermittelt wird, ohne dass damit eine Versagung der sachlichen Kongruenz und damit eines Regressanspruchs nach § 116 SGB X verbunden wäre.

§ 844 Ersatzansprüche Dritter bei Tötung Huber

(1) Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.

(2) ¹Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschrift des § 843 Abs. 2 bis 4 findet entsprechende Anwendung. ²Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war.

(3) ¹Der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. ²Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.

Literatur zu Abs. 1 und 2:

Ackmann, Die deutsche und amerikanische Rechtsprechung zur Anrechenbarkeit von Erbschaftsstamm und -erträgen auf Unterhaltersatzansprüche (§ 844 Abs. 2 BGB) im Wege der Vorteilsausgleichung Teil 1, JZ 1991, 818; Teil 2, JZ 1991, 967; *Balke*, Die Erstattungsfähigkeit von Beerdigungskosten, SVR 2009, 132; *Böhme/Biela*, Kraftverkehrs-Haftpflicht-Schäden, 26. Auflage 2018; *Born*, Bescheidenheit oder Luxus? – Die Bestimmung des Bedarfs bei gehobenen Lebensverhältnissen, FamRZ 2013, 1613; *Berz/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 40. Auflage 2019; *Burmann/Jahnke*, (Kein) Ersatz von mittelbaren Schäden im Haftpflichtfall, NZV 2012, 11; v. *Bühren/Lemcke/Jahnke* (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2. Auflage 2012; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage 2011; *Deutsch*, Embryonenschutz in Deutschland, NJW 1991, 721; *A. Diederichsen*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, NJW 2013, 641; *dies.*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, Homburger Tage 2012, 7; *Deutsch/Schramm*, Schockschaden und frustrierte Aufwendungen – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4.4.1989 (VI ZR 97/88), VersR 1989, 853, VersR 1990, 715; *Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens (2007); *Drees*, Berechnung des Unterhaltsschadens bei Ausfall des mitverdienenden Ehegatten, VersR 1985, 611; *ders.*, Ersatz des Unterhaltsschadens und Altersversorgung der Witwe, VersR 1992, 1169; *Dunz*, Freie Lebensgemeinschaft der Unfallwitwe

– Einige Überlegungen zum Erwerbs- und Unterhaltsschaden, VersR 1985, 509; *Eckelmann*, Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer Ehefrau, NJW 1971, 355; *ders.*, Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau, MDR 1976, 103; *ders.*, Bewertung der Arbeit der Hausfrau und Schadensersatz bei ihrem Ausfall in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DAR 1987, 44; *ders./Boos*, Schadensersatz beim Ausfall der Hausfrau, VersR 1978, 210; *dies.*, Vae calamitate victis – Zur Problematik der Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Ausfall der Hausfrau im Haushalt durch Unfalltod, DAR 1984, 297; *Eckelmann/Freier*, Die unbefriedigende Regulierungspraxis bei Personenschäden im Straßenverkehr und ihre Konsequenzen, DAR 1992, 121; *Eckelmann/Nehls*, Beitrag zum Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt nach Unfalltod, DAR 1982, 377; *dies.*, Die Berechnung des Schadensersatzes bei Ausfall von Geldunterhalt nach Unfalltod des Ehemannes/Vaters, NJW 1984, 945; *dies.*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15. Oktober 1985 (VI ZR 55/84, DAR 1986, 51), DAR 1986, 284; *dies.*, Schadensersatz bei Verletzung und Tötung, 1987; *Eckelmann/Nehls/Schäfer*, Beitrag zum Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt nach Unfalltod, DAR 1982, 377; *Ege*, Unterhaltsschaden und fixe Kosten, Homburger Tage 1989, 69; *ders.*, Checkliste zur Erfassung der fixen Kosten bei der Berechnung des Unterhaltsschadens, DAR 1995, 305; *Ernst*, Die 24 wichtigsten Punkte zur optimalen Durchsetzung des Haushaltsführungsschadens, VA 2008, 42; *Eschenbruch/Loy*, Die Sättigungsgrenze beim Ehegattenunterhalt, FamRZ 1994, 665; *Schneider*, Das verkehrsrechtliche Mandat, Band 2: Verkehrszivilrecht, 8. Auflage 2020; *Frank*, Schadensersatzansprüche bei Tötung des Versorgers (§ 844 Abs. 2 BGB), FS Stoll (2001), S. 143; *Freyberger*, Der Unterhaltsschaden, MDR 2000, 11 7; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 28. Auflage 2020; *Gotthardt*, Zum Ausfall der Haushaltstätigkeit eines sozialversicherten Ehegatten, FamRZ 1981, 728; *Grunsky*, Anmerkungen zur Rechtsprechung des BGH zum Unterhaltsschaden, Homburger Tage 1989, 37; *Heiß/Born*, Unterhaltsrecht, idF der 46. ErgLief 2014; *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, 4. Aufl. 2018; *Hofmann*, Schadensersatz beim Ausfall der Hausfrau, VersR 1977, 296; *ders.*, Der Ersatzanspruch bei Beeinträchtigung der Haushaltsführung, NZV 1990, 8; *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 2. Auflage 1995; *ders.*, Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten, DAR 2010, 677; *ders.*, Das Ausmaß des Ersatzes bei Tötung des Unterhaltsschuldners im Spannungsfeld zwischen tatsächlich Entgangenem und gesetzlich Geschuldetem (§ 1327 ABGB, § 12 Abs. 2 EKHG), FS-Reischauer (2010) S. 153; *ders.*, Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, FS Kuhn (2009), S. 259; *ders.*, Personenschaden und Wohnen, in: 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum – Aktuelle Probleme des Personenschadens (2012) 25 = VersR 2013, 129; *ders.*, Ersatz künftiger Einbußen beim Personenschaden, zfs 2018, 484; *ders.*, Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: *ders./Kornes/Mathis/Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197; *ders.*, Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in:

ders./Kornes/Mathis/Thoenneßen, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 181; *Hürzeler*, System und Dogmatik der Hinterlassenensicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht (2014); *Jahnke*, Mittelbare Betroffenheit und Schadensersatzanspruch, r + s 2003, 89; *ders.*, Unfalltod und Schadenersatz, 2. Auflage 2012; *ders.*, Haushaltsführungsschaden, VGT 2010, 99; *ders./Burmam*, Handbuch des Personenschadensrechts (2016); *Jung*, Schadensersatz für entgangene Haushaltstätigkeit, DAR 1990, 161; *Kendel*, Das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen bei Selbständigen, Homburger Tage 1989, 93; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 13. Auflage 2020; *Lange*, Familienrechtsreform und Ersatz von Personenschäden, FamRZ 1983, 1181; *Luckey*, Personenschaden, 2. Auflage 2018; *Ludovisy/Eggert/Burhoff*, Praxis des Straßenverkehrsrechts, 6. Auflage 2015; *Macke*, Der Unterhaltsschaden zwischen Schadensrecht und Familienrecht, NZV 1989, 249 = Homburger Tage 1989, 7; *Matthäus*, Schadensminderungspflichten im Haftpflicht- und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, 2008; *Meckbach*, Zivilrechtliche Ansprüche bei Tötung eines Menschen – Bestandsaufnahme, Bewertung, Fortentwicklung, 2011; *F. Müller*, Deliktische Schadensersatzansprüche von mittelbar geschädigten Personen im Fall einer tödlichen Verletzung im deutschen und amerikanischen Recht, 2009; *H. Müller*, Ersatz des Unterhaltsschadens aus der Sicht des Ersatzpflichtigen, Homburger Tage 1989, 51; *Nickel/Schwab*, Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2010, SVR 2010, 11; *Pardey*, Haushaltsführungsschaden bei Verletzung oder Tötung, DAR 2006, 671; *ders.*, Berechnung von Personenschäden, 4. Auflage 2010; *Pardey/Schulz-Borck*, Angemessene Entschädigung für die zeitweise oder dauernde, teilweise oder vollständig vereitelte unentgeltliche Arbeit im Haushalt, DAR 2002, 289; *Pauge*, Vorteilsausgleichung bei Sach- und Personenschäden, VersR 2007, 569 = Homburger Tage 2006, 7; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage 1999; *Rohde*, Haftung und Kompensation bei Straßenverkehrsunfällen, 2009; *Reidel*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, VGT 2012, 1; *Roth*, Die gesetzliche Unterhaltspflicht im Schadensrecht, FS Kraft (1998), S. 537; *Schacht*, Die Bestimmung der Unterhaltsrente nach § 844 Abs. 2 BGB, VersR 1982, 517; *C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat, Band 5: Personenschäden, 3. Auflage 2017; *Scheffen*, Erwerbsausfallschaden bei verletzten und getöteten Personen (§§ 842 bis 844 BGB), VersR 1990, 926; *Schekahn*, § 844 II BGB – Ein Fall für den Gesetzgeber?!, FamRZ 2012, 1187; *Schmitz-Herscheidt*, Der Unterhaltsschaden in der Praxis, VersR 2003, 33; *Schramm*, Haftung für Tötung: Eine vergleichende Untersuchung des englischen, französischen und deutschen Rechts zur Fortentwicklung des deutschen Haftungsrechts in Tötungsfällen, 2009; *Schubel*, Ansprüche Unterhaltsberechtigter bei Tötung des Verpflichteten zwischen Delikts-, Familien- und Erbrecht, AcP 198 (1998), 1; *Pardey*, Der Haushaltsführungsschaden, 9. Auflage 2018; *Schwab*, Zur Sättigungsgrenze beim Unterhalt geschiedener Ehegatten, FamRZ 1982, 456; *Söhn*, Besteuerung von Schadensersatzrenten und Verfassungsrecht, FS Friauf (1996), S. 809; *ders.*, Steuerbarkeit von Unterhaltersatzrenten, FR 1996, 81; *Staudinger*, § 844 Abs. 2 Satz 1, Ersatz von Schockschäden sowie Angehörigenentschädigung de lege lata und ferenda, VGT 2012, 11;

Staudinger, Vom Ausbau des § 844 Abs. 2 S. 1 BGB, über den erleichterten Nachweis eines Schockschadens bis hin zur Angehörigenentschädigung, DAR 2012, 280; *Steffen*, Abkehr von der konkreten Berechnung des Personenschadens und kein Ende?, VersR 1985, 605; *Theda*, Die Beerdigungskosten nach § 844 Abs. 1 BGB, DAR 1985, 10; *Weimar*, Ist die Regelung des § 845 BGB überholt?, JR 1981, 316; *Wenker*, Die Kosten der Beerdigung gem. § 844 Abs. 1 BGB, VersR 1998, 557; *ders.*, Verkehrsunfälle mit Todesfolge, VersR 2014, 680; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, Überlegungen zur Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsstellung der Angehörigen von Unfallopfern, NZV 2012, 471; *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Auflage 2014; *Zoll*, Entwicklungen im Personenschadensrecht, r + s Sonderheft 2011, 133.

Literatur zu Abs. 3:

Adelmann, Schmerzensgeld wegen des Miterlebens der schweren Verletzung oder Tötung eines anderen im Straßenverkehr, VersR 2009, 449; *Balke*, Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld im Verkehrsunfallrecht, SVR 2018, 207; *Becker*, Das Hinterbliebenengeld in der Fallbearbeitung, JA 2020, 96; *Bischoff*, Das „neue“ Hinterbliebenengeld, MDR 2017, 739; *Bredemeyer* Hinterbliebenengeld und Schockschadensersatz: Lösungen für die Praxis, ZEV 2017, 690; *Burmann/Jahnke*, Hinterbliebenengeld – viele Fragen und etliche Antworten, NZV 2017, 401; *Danzl*, Schmerzensgeld (2019); *Diederichsen*, Angehörigenschmerzensgeld „Für und Wider“, DAR 2011, 122; *Eidam*, Deutschland – Referentenentwurf zum Schmerzensgeld für Angehörige, PHI 2017, 10; *Fechner*, Klare Anspruchsgrundlage für Hinterbliebene, DRiZ 2017, 84; *Fischer*, Die Haftung für Schockschäden vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung eines Angehörigenschmerzensgeldes, VersR 2016, 1155; *Frank*, Das neue Hinterbliebenengeld, FamRZ 2017, 1640; *Hoppenstedt/Stern*, Einführung eines Anspruchs auf Angehörigenschmerzensgeld, ZRP 2015, 18; *Ch. Huber*, Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten, NZV 2006, 169; *ders.*, Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation, NZV 2012, 5; *ders.*, Zuspruch von Trauerschmerzensgeld an beide Elternteile im Fall der Totgeburt – Bestandsaufnahme und weitergehende Überlegungen, Anmerkung zu OGH, Urt. v. 30.8.2016 – 1 Ob 114/16w, ÖJZ 2017, 383 ff; *ders.*, Das „neue“ Hinterbliebenengeld des § 844 Abs 3 BGB – Versuch einer ersten Einschätzung mit rechtsvergleichenden Bezügen zum österreichischen und schweizerischen Recht, in FS-Schwintowski (2017) 920; *ders.*, Das Hinterbliebenengeld nach § 844 III BGB, JuS 2018, 744; *ders.*, Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: *ders./Kornes/Mathis/Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197; *ders.*, Hinterbliebenengeld – wer kann wieviel verlangen?, VersR 2020, 385; *ders.*, Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: *ders./Kornes/Mathis/Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 181; *L. Jaeger*, Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld, VersR 2017, 1041; *Janssen*, Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa

und dessen Entwicklung. Verpasst Deutschland den Anschluss?, ZRP 2003, 156; *ders.*, Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden naher Angehöriger in den Niederlanden, VersR AI 2003, 28; *Jayme*, Das Hinterbliebenengeld im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, IPRax 2018, 230; v. *Jeinsen*, Das Angehörigenschmerzensgeld, zfs 2008, 61; *Kadner Graziano*, Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?, ZEuP 1996, 135; *ders.*, Angehörigenschmerzensgeld im europäischen Privatrecht – die Schere schließt sich, ZEuP 2002, 834; *ders.*, Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld – die Würfel fallen, RIW 2015, 549; *Karner*, Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz, FS Danzl (2017), S. 87; *Katzenmeier*, Hinterbliebenengeld – Anspruch auf Entschädigung für seelisches Leid, JZ 2017, 869; *ders./Jansen*, Anwendung der Grundsätze zum Schockschaden auf fehlerhafte ärztliche Behandlung, MedR 2020, 35; *Kowalczyk*, Terror in Deutschland – Hinterbliebenengeld für Täterangehörige beim finalen Rettungsschuss, JA 2020, 125; *Kuhn*, Angehörigenschmerzensgeld, SVR 2012, 288; *ders.* Das Angehörigenschmerzensgeld – Situation in Deutschland und anderen europäischen Ländern, FS Jaeger (2014), S. 345; *Luckey*, He blew his mind out in a car ... Ansprüche naher Angehöriger beim Unfalltod, SVR 2012, 1; *Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht I – Genugtuung als Folge von Tötung oder Sexualdelikten (2013); *Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht – Genugtuung bei Körperverletzung II (2013); *Merk*, Angehörigenschmerzensgeld: Schließen wir endlich die Gerechtigkeitslücke im deutschen Haftungsrecht!, DRiZ 2012, 118; *G. Müller*, Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld, VersR 2017, 321; *Nitsch*, Schock- und Trauerschadenersatzansprüche nach österreichischem und deutschem Recht, ZfRV 2019, 20; *Pflüger*, Schmerzensgeld für Angehörige (2005); *Nugel*, Das Hinterbliebenengeld bei Unfällen im Straßenverkehr – eine Herausforderung für die Praxis, zfs 2018, 72; *Peiffer*, Das neue Hinterbliebenengeld – Darstellung, Bewertung und Ausblick, Phi 2018, 42; *Quaisser*, Die Zukunft des „Schockschadens“ nach den Urteilen BGH vom 27.1.2015, Az. VI ZR 548/12 und BGH vom 10.2.2015, Az. VI ZR 8/14, NZV 2015, 465; *dies.*, Hinterbliebenengeld – Ein Zeichen der Anerkennung seelischen Leids, DAR 2017, 688; *Reidel*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, VGT 2012, 1; *Röthel*, Deliktische Ansprüche bei Tod eines Menschen, Jura 2018, 235; *Schiemann*, Das Hinterbliebenengeld und seine Bedeutung für das Arzthaftungsrecht, GesR 2018, 69; *Schubert*, Karlsruher Forum 2016: Schmerzensgeld, Band 62 (2017), 3; *Schumann/Nugel*, Leitfaden für die Praxis zum neuen Hinterbliebenengeld, VRR 05/2018, 4; *Schwintowski*, Angehörigenschmerzensgeld – Zeit zum Umdenken!, VuR 2016, 18; *ders./C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, Angehörigenschmerzensgeld – Überwindung eines zivilrechtlichen Dogmas, zfs 2012, 6; *Staudinger*, Vom Aufbau des § 844 Abs 2 S 1 BGB, über den erleichterten Nachweis eines Schockschadens bis hin zur Angehörigenentschädigung, DAR 2012, 280; *ders.*, § 844 Abs 2 S 1, Ersatz von Schockschäden sowie Angehörigenentschädigung de lege lata und de lege ferenda, VGT 2012, 11; *ders.*, Gedankensplitter zu § 844 Abs 3 BGB, DAR 2019, 601; *Steenbuck* Das Hinterbliebenengeld, r + s 2017, 449; *Vorndran*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger –

Ein Diskussionsvorschlag, ZRP 1988, 293; *Wagner*, Angehörigenschmerzensgeld, FS Stürner (2013), S. 231; *ders.*, Auf dem Weg zum Angehörigenschmerzensgeld, Editorial NJW 2017 Heft 5; *ders.*, Schadensersatz in Todesfällen – Das neue Hinterbliebenengeld, NJW 2017, 2641; *Walter*, Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld, MedR 2018, 213; *Wenter/Müller*, Die Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern im italienischen Schadensrecht, zfs 2012, 243; *Wever/Krekeler*, Mittelbar geschädigte Anspruchssteller im Arzthaftungsrecht – Zur Anwendung der Rechtsprechung zu „Schockschäden“ im Bereich der Arzthaftung, MedR 2020, 9; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, Überlegungen zur Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsstellung der Angehörigen von Unfallopfern, NZV 2012, 471; *Zwickel*, Schockschaden und Angehörigenschmerzensgeld: Neues vom BGH und vom Gesetzgeber, NZV 2015, 214.

A. Ausnahmsweise Ersatzanspruch eines mittelbar Geschädigten

1

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Ansprüche mittelbar Geschädigter	ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Erwerbsschaden	

Grundsätzlich kann nur der in seinen Rechtsgütern Beeinträchtigte Schadensersatz verlangen (§ 823 Abs. 1). Die §§ 844, 845 durchbrechen dieses Prinzip.¹ Am praktisch bedeutsamsten ist dabei der Ersatzanspruch der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger. Die Zuweisung eines Schadensersatzanspruchs an sie lässt sich damit begründen, dass bei Überleben des Getöteten die Erwerbsquelle erhalten geblieben wäre, aus der ihr Unterhalt geleistet worden wäre.² Insofern räumt Abs. 2 den gesetzlichen Unterhaltsgläubigern einen Anspruch auf einen Ausschnitt des Erwerbsschadens des Getöteten ein.³ Sonstige Folgeschäden der Hinterbliebenen sind freilich nicht ersatzfähig, dass etwa sie später mehr geerbt hätten oder der Mindererlös des vom Getöteten betriebenen Unternehmens und wegen seines Todes erfolgten Notverkaufs.⁴

2

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 1; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 2; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 1; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 1.

²MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 1.

³*Schubel* AcP 198 (1998), 1 (33).

⁴OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

Entsprechende Bewertungsprobleme stellen sich bei Geburt eines ungewollten Kindes infolge einer fehlgeschlagenen Sterilisation,⁵ einer fehlerhaften Behandlung mit empfängnisverhütenden Mitteln,⁶ einer fehlerhaften Beratung über die Sicherheit der empfängnisverhütenden Wirkungen eines Hormonpräparats⁷ sowie einer fehlerhaften genetischen Beratung vor Zeugung eines genetisch behinderten Kindes.⁸

3

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Unterlassungsansprüche	f.

Beim Unterhaltersatzanspruch sind sowohl unterhaltsrechtliche als auch schadensrechtliche Anspruchsvoraussetzungen wie etwa Vorteilsausgleich oder Schadensminderungspflicht zu beachten.⁹ Die Einschätzung *Wagners*¹⁰ trifft zu, dass es sich dabei um ein hoch komplexes Verfahren handelt, um dem Postulat der konkreten Schadensberechnung zu genügen. Aber nur wenn die jeweiligen Bemessungsansätze präzise herausgearbeitet werden, kann die Praxis von Pauschalierungen Gebrauch machen, soll durch solche doch bloß Regulierungsaufwand gespart werden, ohne dass das bei exakter Ermittlung erzielbare Ergebnis meilenweit verfehlt werden soll. Der Umfang dieses Anspruchs ist in besonderer Weise davon abhängig, dass der Geschädigtenanwalt alle maßgeblichen Gesichtspunkte darlegt.

4

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Beerdigungskosten	

Der Ersatz der Beerdigungskosten gem. Abs. 1 ohne Zulassung der überholenden Kausalität beruht auf Billigkeit. Bei Abs. 2 geht es um einen Ausschnitt des Erwerbsschadens des Getöteten zugunsten von Personen, die auf diese Erwerbsquelle besonders angewiesen sind, nämlich die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger. Ganz folgerichtig ist es daher, dass einige der für den Erwerbsschaden geltenden Regeln, nämlich die Vorschusspflicht für drei Monate gem. §§ 842 Abs. 3, 760 Abs. 2, die Kapitalabfindung nach § 843 Abs. 3 sowie die Anordnung des versagten Vorteilsausgleichs bei Einstandspflicht anderer Unterhaltsgläubiger nach § 843 Abs. 4 kraft ausdrücklicher Verweisung in § 844 Abs. 2 S. 1 letzter Hs. auch für den

⁵BGH NJW 2008, 2846; NJW 1995, 2407; NJW 1984, 2625; BGHZ 76, 259 = NJW 1980, 1452; BGHZ 76, 249 = NJW 1980, 1450.

⁶BGH NJW 2007, 989.

⁷BGH NJW 1998, 155.

⁸BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788.

⁹Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 11.

¹⁰MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 36, 48, 49.

Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 gelten. Viele andere Nachteile, die über den gesetzlichen Unterhaltsanspruch hinausgehen, sind nicht ersatzfähig: Der Ehegatte kann keinen Ersatz für den Verlust des Splittingtarifs verlangen.¹¹ Die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger sind häufig auch Erben. Dass ihre Erbschaft wegen des vom Schädiger zu verantwortenden Todes und der dadurch vereitelten zusätzlichen Vermögensbildung in den Jahren bis zum fiktiven natürlichen Tod geringer ausfällt, ist ebenfalls kein ersatzfähiger Nachteil.

5

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Mitverschulden des Getöteten	

Der Anspruch der Hinterbliebenen ist akzessorisch zur Haftung des Schädigers gegenüber dem unmittelbar Verletzten.¹² Der Schädiger soll den Hinterbliebenen nicht in weitergehendem Ausmaß einstehen müssen als dem Verletzten selbst.¹³ Der Anspruch nach § 844 Abs. 2 geht insofern über den des Verletzten nach §§ 842 f. hinaus, als der Unterhaltsgläubiger aus einem vom Unterhaltsschuldner bezogenen Renteneinkommen, namentlich der Altersrente, Unterhalt beanspruchen hätte können. Soll durch einen Haftungsausschluss der Ersatzpflichtige von jeglicher Haftung befreit werden, wie dies bei der Haftungersatzung bei einem Arbeitsunfall durch die Einstandspflicht des Unfallversicherers gem. §§ 104 ff. SGB VII gegeben ist, hat das zur Folge, dass insoweit auch ein Anspruch der Hinterbliebenen nach § 844 zu verneinen ist.¹⁴ Da der BGH¹⁵ beim Schmerzensgeld freilich nunmehr gegenteilig entschieden hat, stellt sich die Frage, ob er seine Rechtsprechung zu § 844 Abs. 2 aufrechterhält. Dafür spricht immerhin, dass die unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen typischerweise kongruente Sozialversicherungsleistungen erhalten, während es eine solche Leistung beim Schmerzensgeld gerade nicht gibt. Darüber hinaus wirkt sich ein Mitverschulden des Getöteten oder ein von ihm zu verantwortender Zurechnungsgrund bei der Gefährdungshaftung in der Weise aus, dass der Anspruch nach § 844 gem. §§ 846, 254 zu kürzen ist.¹⁶ Dass der Getötete erkennen kann, dass der Schädiger ein alkoholisches Getränk zu sich genommen hat, reicht dafür nicht aus, sofern er beim Schädiger nicht größere Mengen oder Ausfallserscheinungen wahrnimmt.¹⁷ Ein

¹¹BGH NJW 1979, 1501; Erman¹⁵/Wilhelmi § 844 Rn. 3; Staudinger/Röthel § 844 Rn. 240; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1431; Küppersbusch/Höher, Rn. 390; zu Recht kritisch Höke NZV 2016, 10 (11).

¹²Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 5.

¹³Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 5; OLG Bremen NJW-RR 2008, 765: Keine Kürzung, wenn der später Getötete zwar mit tätlichen Auseinandersetzungen begonnen hat, der Täter ihn aber in der Folge ohne Notwehrsituation mit einem Schuss aus einer Pistole tötet.

¹⁴BAG DB 1989, 2540: Kein Unterhaltersatzanspruch; BGH NJW 1989, 2838: Kein Ersatz von Beerdigungskosten; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 844 Rn. 2; Palandt⁷⁹/Sprau § 844 Rn. 1b.

¹⁵BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (Luckey); dazu § 253 Rn. 70.

¹⁶BGH VersR 1957, 198.

¹⁷BGH VersR 1970, 624; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071; OLG Hamm NZV 2006, 85.

Mitverschulden der Hinterbliebenen führt zu einer davon unabhängigen Anspruchskürzung im Wege des § 254.¹⁸ Zu beachten ist, dass das bei einem Unterhaltsgläubiger (zum Beispiel der Witwe) gegeben sein kann, bei anderen (zum Beispiel den Waisen) aber nicht.¹⁹

B. Haftungsbegründung: Delikt, Gefährdungshaftung, nur ausnahmsweise Vertrag (§ 618 und § 62 Abs. 3 HGB)

6

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Deliktsrecht	f.

Nach der systematischen Stellung gebührt ein Anspruch nach § 844 bei Verwirklichung eines Deliktstatbestands der §§ 823 ff.²⁰ Darüber hinaus enthalten die Gefährdungshaftungsgesetze inhaltlich gleichlautende Normen, auch wenn die Haftung betraglich beschränkt ist.²¹ Umstritten ist, ob und in welchem Ausmaß eine Einstandspflicht nach § 844 bei Vertragsverletzungen gegeben ist. Über das Deliktsrecht hinaus gibt es Verweisungen auf § 844 in § 618 Abs. 3 sowie § 62 Abs. 3 HGB. Vorgenommen wird eine Ausdehnung auf solche Verträge, in denen der Getötete zu einer Tätigkeit in der Sphäre des Gläubigers verpflichtet war, also in dessen Räumen oder mit dessen Verrichtungen zu arbeiten hatte.²² Bejaht wurde die Anwendbarkeit des § 844 bei Werkverträgen,²³ dem Personentransport von Schiffen,²⁴ Auftragsverhältnissen, Maklerverträgen, Gefälligkeitsverhältnissen sowie Rechtsverhältnissen im öffentlichen Dienst.²⁵ Bei manchen Verhältnissen führt der Haftungsausschluss infolge der die zivilrechtliche Haftung ersetzenden Einstandspflicht des Unfallversicherers dazu, dass es auf die Anwendbarkeit des § 844 nicht ankommt, so bei der Frage der Einstandspflicht des Arbeitgebers oder der Arbeitskollegen bei nicht vorsätzlicher Schädigung gem. §§ 63 ff., 104 ff. SGB VII²⁶ bzw. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag des Nothelfers gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. a SGB VII.²⁷

7

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹⁸Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 31; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 4.

¹⁹*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 142d.

²⁰MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 10.

²¹MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 11; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 17.

²²MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 13.

²³OLG Stuttgart NJW 1984, 1904.

²⁴BGH NJW-RR 1997, 541: Anwendbarkeit von § 664 HGB § 77 BinnSchG sowie des Athener Abkommens.

²⁵Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 27.

²⁶MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 13.

²⁷Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 28; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 844 Rn. 3.

Die hM²⁸ lehnt eine Einstandspflicht nach § 844 bei Vertragsverletzungen darüber hinaus mit dem Argument ab, dass aus den Verweisungen in § 618 Abs. 3 und § 62 Abs. 3 HGB ersichtlich sei, dass der Gesetzgeber eine generelle Anwendbarkeit bei Vertragsverletzungen abgelehnt habe; zudem sei § 844 eine Ausnahmenorm, die restriktiv auszulegen sei.²⁹ Letzteres ist nach den neueren Erkenntnissen der Methodenlehre allerdings unzutreffend.³⁰ Für eine generelle Anwendbarkeit des § 844 bei Vertragsverletzungen spricht das von *Wagner*³¹ genannte Argument, dass einerseits die §§ 842 ff. eigentlich ins allgemeine Schuldrecht gehörten und der Gesetzgeber nunmehr sogar die Norm, die bisher als Exklusivnorm für die deliktische Haftung gegolten hat, nämlich der Ersatz immateriellen Schadens, im Zuge des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes durch Streichung des § 847 und Erweiterung des § 253 dort platziert wurde. Deshalb ist nunmehr überhaupt nicht einzusehen, warum bei Vertragsverletzungen eine Einstandspflicht nach § 844 nicht gegeben sein sollte. Eine Differenzierung danach, ob es sich um einen mit § 618 Abs. 3 bzw. § 62 Abs. 3 HGB vergleichbaren Vertrag handelt, sollte damit entfallen.

C. Schadensersatzanspruch wegen Tötung

I. Zurechnung der Tötung, nicht bloß Verursachung der Verletzung

8

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Zurechnung der Tötung	f.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 844 setzt voraus, dass dem Schädiger der Tod zurechenbar ist.³² Sein Verschulden muss sich lediglich auf die Verletzung beziehen.³³ Auch kommt es nicht darauf an, ob der Tod vorhersehbar war.³⁴ Für den Nachweis der Zurechnung der Tötung können sich die Anspruchsberechtigten im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität auf die Beweiserleichterung des § 287 ZPO berufen, so dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit

²⁸BGH NJW-RR 1997, 541; OLG Saarbrücken NJW-RR 1995, 986; Palandt⁷⁹/Sprau § 844 Rn. 2; Erman¹⁵/Wilhelmi § 844 Rn. 3, 4; Wussow/Zoll, Kap. 43 Rn. 2.

²⁹Burmann/Jahnke NZV 2012, 11 (12); Kreuter-Lange in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 133.

³⁰Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 24; F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 440; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 489a.

³¹MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 14.

³²BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 16.

³³MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 17.

³⁴Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 43.

ausreichend ist.³⁵ Eine Einstandspflicht des Schädigers scheidet aber dann aus, wenn es an der adäquaten Verursachung fehlt³⁶ oder die Zurechnung aus anderen Gründen zu verneinen ist.³⁷ Je größer der zeitliche Abstand zwischen Verletzung und Tod ist, umso sorgfältiger ist die Adäquanz zu prüfen.³⁸

II. Kein Ersatz von Nachteilen der Unterhaltsgläubiger während der Phase der Verletzung bei späterem vom Schädiger nicht zu verantwortenden Tod

9

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Erwerbsschaden	

Wird ein Unterhaltsschuldner verletzt, ist er zur Geltendmachung seines Erwerbsschadens legitimiert. Soweit er vollen Ersatz erhält, steht den Unterhaltsgläubigern die Quelle zur Verfügung, aus der ihr Unterhalt gespeist wird. In Bezug auf Nachteile bei der Altersrente hat der Geschädigte – sofern nicht § 119 SGB X anzuwenden ist – grundsätzlich ein Wahlrecht, ob er sogleich verlangt, dass die Beitragslücke aufgefüllt wird oder bei Bezug der Altersrente die Differenz gezahlt wird.³⁹ Während dieses Wahlrecht für ihn neutral ist, hat es Auswirkungen für die Rechtsposition seiner Unterhaltsgläubiger. Entscheidet er sich für die Auffüllung der Beitragslücke, steht diesen bei seinem – vom Schädiger nicht zu verantwortenden – Tod ein ungekürzter Anspruch auf die Hinterbliebenenversorgung zu. Entscheidet er sich hingegen für die Geltendmachung der Differenz bei Anfall der Altersrente, kann er damit zwar seinen Schaden ausgleichen, solange er lebt. Die Unterhaltsgläubiger gehen indes leer aus, weil § 844 lediglich Ansprüche einräumt, wenn der Schädiger für den Tod verantwortlich ist.⁴⁰ Da neben dem Ehepartner auch Ansprüche der Waisen bestehen können, ist denkbar, dass der Ehepartner zum Zeitpunkt, zu dem dieser Zuschlag fällig wird, bereits verstorben ist bzw. eine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern nicht mehr bestanden hätte; die „nachgelagerte“ Berücksichtigung ist daher idR im Interesse des Ersatzpflichtigen.

³⁵BGH NJW 1992, 3298; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 25.

³⁶Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 44.

³⁷BGHZ 107, 359 = NJW 1989, 2616: Keine Zurechnung, wenn nach einem Verkehrsunfall das Opfer nahezu unverletzt das Auto verlässt und sich während der Auseinandersetzung derart erregt, dass es einen Schlaganfall erleidet; ähnlich KG VersR 1987, 105; anders aber bei Herztod nach einem Beinaheunfall OLG Düsseldorf VersR 1992, 1233.

³⁸Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 44.

³⁹Zur Bemessung des Anspruchs nach § 844 Abs. 2 über dessen natürlichen Tod hinaus *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1392.

⁴⁰BGH NJW 1986, 984 = JZ 1986, 451 (*Dunz*) = JR 1986, 413 (*v. Einem*); OLG Stuttgart zfs 1988, 311; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1335; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 52; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 321.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Im Rahmen der Sozialversicherung stellt sich dieses Problem seit Einführung des § 119 SGB X nicht mehr, weil durch den Beitragsregress des Rentenversicherers sichergestellt ist, dass keine Lücke entsteht.⁴¹ Nach wie vor virulent ist das Problem aber bei Beamten.⁴² Eine Versagung eines Anspruchs der hinterbliebenen Unterhaltersatzgläubiger ist zwar folgerichtig, weil diesen nur im Fall der Tötung ein Anspruch nach Abs. 2 zusteht. *Dunz*⁴³ weist aber völlig zu Recht darauf hin, dass es als Einkommensbestandteil anzusehen ist, dass die ausreichende Absicherung seiner Unterhaltsgläubiger nach seinem Tod gesichert wird. Dass die Liquidierung dieses Einkommensbestandteils von Zufälligkeiten der Ausgestaltung des Versorgungssystems abhängig sein soll, leuchtet in keiner Weise ein. Wenn man an der Zweckbindung dieses Einkommensbestandteils festhalten wollte, müsste der Verletzte zumindest verlangen können, dass ihm die Prämien für eine Versicherung erstattet werden, die er zur Abdeckung dieses Risikos abschließt.

D. Ersatz der Beerdigungskosten (Abs. 1)⁴⁴

I. Keine überholende Kausalität

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Beerdigungskosten	ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	überholende Kausalität	

Nach Abs. 1 ist der Schädiger zur Tragung der Beerdigungskosten verpflichtet; und das ungeachtet des Umstands, dass jeder Mensch einmal stirbt und diese dann ohnehin anfallen. Wegen dieser aus Billigkeit getroffenen Wertentscheidung muss deshalb auch der Umstand unberücksichtigt bleiben, dass der Getötete kurze Zeit später ohnehin verstorben wäre, weil er schwerkrank war.⁴⁵ Eine Berufung auf die überholende Kausalität ist dem Schädiger somit versagt.⁴⁶

⁴¹ *V. Einem* JR 1986, 414.

⁴² BGH VersR 1962, 568; VersR 1969, 75; LG Stuttgart VersR 1989, 98; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 50.

⁴³ *Dunz* JZ 1986, 452 (453).

⁴⁴ *Theda* DAR 1985, 10 ff.; *Wenker* VersR 1998, 557 ff.; *Balke* SVR 2009, 132 ff.

⁴⁵ OLG Düsseldorf zfs 1994, 405.

⁴⁶ BGH NJW 1992, 3298; OLG Karlsruhe NZV 1992, 444; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 23; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 70.

II. Anspruchsberechtigte Personen

12

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Während es bei Abs. 2 darauf ankommt, dass lediglich die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger anspruchsberechtigt sind, sind bei Abs. 1 weitere Anspruchsberechtigte denkbar: Zum Ersatz berechtigt ist letztlich derjenige, der die Kosten der Beerdigung im erstattungsfähigen Ausmaß getragen hat.⁴⁷ Der Erbe kann sich dafür auf § 1968 stützen.⁴⁸ Subsidiär hat für die Beerdigungskosten nach § 1615 Abs. 2 der Unterhaltsverpflichtete aufzukommen, der sie sowohl vom Erben als auch vom Schädiger ersetzt verlangen kann. Zu den Unterhaltsverpflichteten zählen die Verwandten in auf- und absteigender Linie (§ 1615 Abs. 2) sowie der Ehegatte (§ 1360a Abs. 3) und der Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft; freilich nicht der Ehegatte/Partner nach Scheidung/Trennung.⁴⁹ Darüber hinaus kann ein Rückgriffsanspruch gegen den Schädiger auf einer vertraglichen Übernahme⁵⁰ bzw. öffentlich-rechtlichen Verpflichtung beruhen.⁵¹ Schließlich kommt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 683 in Betracht, was vor allem für den Partner einer außerehelichen Lebensgemeinschaft praktisch bedeutsam ist.⁵²

III. Umfang des Ersatzanspruchs

1. Der Begriff und die einzelnen Posten⁵³

13

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zu den ersatzfähigen Kosten nach Abs. 1 zählen die Aufwendungen, die unmittelbar durch den Beerdigungsakt⁵⁴ bzw. die Feuerbestattung,⁵⁵ unter Einschluss der Kosten für einen

⁴⁷Vgl. auch MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 18.

⁴⁸OVG Münster NJW 1998, 2154.

⁴⁹Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 47.

⁵⁰MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 18.

⁵¹LG Oldenburg VersR 1979, 1135: Pflicht zur Bestattung von Bundeswehrangehörigen aufgrund eines Erlasses des Verteidigungsministeriums; zust. Staudinger/Röthel § 844 Rn. 49.

⁵²OLG Köln FamRZ 1992, 55; Wenker VersR 1998, 557.

⁵³Übersicht bei Küppersbusch/Höher, Rn. 452; Eckelmann/Nehls, S. 102 f.

⁵⁴van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1306.

⁵⁵Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 58: Auch wenn diese teurer ist.

Trauerredner,⁵⁶ die Trauerfreier⁵⁷ und die Errichtung einer Grabstätte⁵⁸ verbunden sind. Bei einem ausländischen Getöteten sind auch die Überführungskosten in sein Heimatland ersatzfähig;⁵⁹ Umbettungskosten nach der erstmaligen Grablegung sind nicht ersatzfähig,⁶⁰ es sei denn, sie sind erforderlich, weil der Friedhof in der Folge aufgelöst oder verlegt wird.⁶¹ Kosten Dritter⁶² sowie Vermögensfolgeschäden⁶³ sind nur ausnahmsweise ersatzfähig. Ersatzfähig sind die Kosten der Überführung der Leiche⁶⁴ sowie sämtliche Kosten des Leichengangs. Dazu zählen auch die Kosten eines Trauermahls,⁶⁵ aber grundsätzlich nicht die Reise-, Übernachtungs- und Bewirtungskosten der Angehörigen,⁶⁶ sofern diese nicht bedürftig sind.⁶⁷ Bei Angehörigen eines anderen Kulturkreises kann Gegenteiliges gelten.⁶⁸ Nicht ersatzfähig sind Bewirtungskosten anlässlich von Gedächtnisveranstaltungen (6 Wochen, 1 Jahr) nach dem Tod.⁶⁹ Das ist fragwürdig, ist das nämlich eine Ausprägung so mancher Region im Rahmen des deutschen Kulturkreises; warum ausländische Usancen Beachtung finden sollen, inländische jedoch nicht, ist mE nicht einzusehen. Bei demjenigen, der das Begräbnis ausrichtet, sind Reisekosten⁷⁰ ersatzfähig sowie der Verdienstausfall für einen Vorbereitungstag sowie den Tag des Begräbnisses selbst.⁷¹ Zahlt der Arbeitgeber das Entgelt fort oder gewährt er Sonderurlaub, steht ihm mE ein Regressanspruch gem. § 6 EFZG zu; sollte man das verneinen, ist der

⁵⁶OLG Brandenburg 27.3.2008 – 12 U 239/06.

⁵⁷BGHZ 32, 72 = NJW 1960, 910.

⁵⁸Bei einem Doppelgrab für anteilige Erstattung des Grabsteins OLG Celle r + s 1997, 160.

⁵⁹OLG Bremen NJW-RR 2008, 765; OLG Frankfurt zfs 2004, 452 (*Diehl*).

⁶⁰OLG Koblenz SP 2003, 200: Eltern ziehen in eine andere Stadt.

⁶¹OLG München NJW 1974, 703.

⁶²Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 54.

⁶³BGH NJW 1989, 2317 = JR 1990, 110 (*Dunz*); dazu *Deutsch/Schramm* VersR 1990, 715: Kein Ersatz für die Kosten einer Vergnügungsreise auf einem Schiff in Höhe von über 5.000 EUR, die die Eltern des getöteten Sohnes nicht angetreten hatten, weil diese am Tag nach dem Begräbnis begonnen hätte.

⁶⁴LG Gießen DAR 1984, 151: Überführung eines türkischen Gastarbeiters in seine Heimat.

⁶⁵LG Stuttgart zfs 1985, 166.

⁶⁶Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 62.

⁶⁷LG Siegen SP 1998, 457; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 453.

⁶⁸KG VersR 1999, 504; LG Darmstadt zfs 1990, 6: Türkischer Kulturkreis; zust. Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 11.

⁶⁹OLG Hamm zfs 1993, 407.

⁷⁰OLG Karlsruhe VersR 1970, 261.

⁷¹OLG Hamm VersR 1956, 666; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1310.

Empfänger der Entgeltfortzahlung zu einer Abtretung des Anspruchs nach dem Rechtsgedanken des § 255 verpflichtet.⁷²

14

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei der Trauerkleidung schwankt die Judikatur in Bezug auf das Ausmaß des anzurechnenden Vorteilsausgleichs zwischen 25 und 50 %.⁷³ Einerseits wird darauf verwiesen, dass Trauerkleidung heute nur noch beim Begräbnis,⁷⁴ aber nicht in der Phase danach getragen wird, so dass insofern eine Vorteilsausgleichung wegen der Ersparnis des Tragens sonstiger Kleidung wegfalle;⁷⁵ andererseits wird ins Treffen geführt, dass die Trauerkleidung auch sonst getragen oder zumindest mit anderer Kleidung kombiniert werden könne.⁷⁶ Das LG Detmold⁷⁷ differenziert insoweit sogar zwischen dem Geschlecht. *Röthe*⁷⁸ will jeglichen Ersatz versagen, weil nicht einzusehen sei, warum solche Aufwendungen dem Vermögen des Verstorbenen zuzurechnen sein sollen. Jedenfalls soll insoweit eine großzügige Vorteilsanrechnung vorzunehmen sein. Darüber hinaus soll der Ersatz von Trauerkleidung nur bei wirtschaftlich beengten Verhältnissen in Betracht kommen. Dieser Standpunkt ist mE kleinkariert. Es geht um eine Petitesse. Eine angemessene Trauerkleidung – und deren Anschaffungskosten – zählen zu einer würdigen Beerdigung bzw. Bestattung.

15

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Schließlich ist zu den Kosten der Beerdigung die Errichtung eines angemessenen Grabsteins⁷⁹ sowie die Erstbepflanzung des Grabes⁸⁰ zu rechnen, nicht aber die laufende Pflege.⁸¹ Bei einem Doppel-⁸² oder Familiengrab⁸³ sind die anteiligen Kosten zu ersetzen.⁸⁴

⁷²AA OLG Hamburg VersR 1967, 666; *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 134 Fn. 378, die einen Anspruch naher Angehöriger – und damit auch einen Regressanspruch des Arbeitgebers – versagt.

⁷³van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1307.

⁷⁴Explizit für die Begrenzung auf diesen Tag, nicht des Trauerjahres, auch wenn während dieses Zeitraums Trauerkleidung getragen wird, OLG Brandenburg Ur. v. 27.3.2008 – 12 U 239/06.

⁷⁵OLG Stuttgart zfs 1983, 325; OLG Hamm VersR 1977, 1110.

⁷⁶Staudinger/*Röthe* (2015) § 844 Rn. 64.

⁷⁷LG Detmold r + s 1978, 237.

⁷⁸Staudinger/*Röthe* (2015) § 844 Rn. 64.

⁷⁹OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kein Ersatz einer Bronzefigur für einen getöteten Kfz-Mechanikergesellen, weil dieser nicht zu den herausragenden Persönlichkeiten seines Wohnbezirks zählte.

2. Maßstab der standesgemäßen Beerdigung

16

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Ersatzfähigkeit von Beerdigungskosten	

Unabhängig davon, wer die Kosten trägt, ergibt sich ein einheitlicher Maßstab für die Ersatzfähigkeit.⁸⁵ Es kommt nicht auf die tatsächlichen Kosten an, sondern darauf, in welchem Ausmaß sie der Erbe gem. § 1968 zu tragen hätte.⁸⁶ Ungeachtet des Umstands, dass § 1968 nunmehr⁸⁷ nur auf die Kosten der Beerdigung ohne Beifügung des Adjektivs „standesgemäß“ Bezug nimmt, ist der Erbe und somit auch der Ersatzpflichtige nicht bloß zu den Kosten einer notdürftigen Beerdigung verpflichtet. Ansatzpunkte für den Umfang der Verpflichtung bilden der Umfang des Nachlasses bzw. die Leistungsfähigkeit der Erben sowie die Kreise, in denen sich der Getötete bewegt hat. Vor allem bei jüngeren Personen, bei denen kein nennenswerter Nachlass vorhanden ist, ist darüber hinaus auch auf deren soziale Stellung bzw. die ihrer Eltern abzustellen.⁸⁸ Auch regionale Besonderheiten sowie die Herkunft aus einem bestimmten Kulturkreis⁸⁹ können für das Ausmaß bedeutsam sein.

17

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁸⁰BGH VersR 1974, 140; OLG Düsseldorf Ur. v. 13.10.2003 – I-1 U 234/02.

⁸¹BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Düsseldorf r + s 1997, 159; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 65; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1312; aA nur OLG Hamm r + s 1990, 304 m. abl. Anm. *Dornwald*.

⁸²BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Celle r + s 1997, 160.

⁸³OLG Celle NZV 1997, 232.

⁸⁴Großzügiger, für volle Erstattung: OLG Köln VersR 1976, 373.

⁸⁵MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 21.

⁸⁶BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Hamm zfs 1993, 407.

⁸⁷Nach Änderung des § 1968 durch Art. 33 EGInsO v. 5.10.1994.

⁸⁸OLG Hamm NJW-RR 1994, 155: Gutbürgerlicher Mittelstand, Eltern sind Kaufleute; OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kfz-Mechaniker, der nicht zu den herausragenden Persönlichkeiten seines Wohnbezirks zählte.

⁸⁹KG VersR 1999, 504: Der Getötete und die Hinterbliebenen entstammten dem türkischen Kulturkreis.

Wurde in der Rechtsprechung bisher bei jedem einzelnen Posten geprüft, ob die Aufwendungen noch angemessen sind oder nicht,⁹⁰ gehen andere Entscheidungen⁹¹ zu Recht dazu über, auf die Gesamtbelastung abzustellen.⁹² Eine solche Sichtweise räumt demjenigen, der die Ausrichtung der Beerdigung übernimmt, ein größeres Maß an Privatautonomie ein, ohne befürchten zu müssen, dass der eine Posten nicht ersatzfähig ist, während bei einem anderen das mögliche Maß nicht ausgeschöpft wurde. Eine solche Gesamtbetrachtung enthebt den Anspruchsberechtigten aber nicht davon, die jeweiligen Einzelposten zu belegen.⁹³ Das Ausmaß der insgesamt ersatzfähigen Kosten ist von der Stellung des Getöteten bzw. der Hinterbliebenen abhängig.⁹⁴

IV. Rückgriffsansprüche Dritter

18

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Rückgriffsansprüche Dritter	f.

Auch wenn das den Hinterbliebenen eines Beamten gem. § 18 BeamtVG zu zahlende Sterbegeld⁹⁵ weitergehende Zwecke verfolgt, so findet ebenso wie bei den Überführungs- und Bestattungskosten nach einem Dienstunfall gem. § 33 Abs. 4 S. 2 BeamtVG oder Beihilfe ein Anspruchsübergang nach § 76 (früher § 87a) BBG auf den Dienstherrn statt, sofern der ausbezahlte Betrag so hoch ist wie der nach Abs. 1 bestehende Anspruch.⁹⁶ Erbringen der Arbeitgeber, etwa nach § 23 Abs. 3 TVöD (früher § 41 BAT),⁹⁷ berufsständische

⁹⁰So OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kürzung beim Grabstein.

⁹¹KG VersR 1999, 504; OLG Hamm NJW-RR 1994, 15; zust. Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 57; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 11; bloß referierend *Küppersbusch/Höher*, Rn. 451; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1302.

⁹²Zustimmend *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 133.

⁹³*Küppersbusch/Höher*, Rn. 451, Fn. 1491.

⁹⁴OLG Düsseldorf 14.1.2008 – I-1 U 79/06: 6.453,84 EUR; OLG Köln 18.12.2006 – 16 U 40/06: 7.342,80 EUR; OLG Brandenburg 27.3.2008 – 12 U 239/06: 9.237,81 EUR; OLG Frankfurt zfs 2004, 452 (*Diehl*): 11.472,71 \$ unter Einschluss der Überführungskosten einer US-Amerikanerin.

⁹⁵In der gesetzlichen Rentenversicherung wird ein Sterbegeld nicht mehr gezahlt.

⁹⁶BGH NJW 1977, 802; OLG Celle OLGR 2001, 227; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 24; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 51; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1324.

⁹⁷BGH NJW 1978, 536.

Versorgungswerke⁹⁸ oder eine private Beerdigungsversicherung⁹⁹ vergleichbare Leistungen, wird darauf hingewiesen, dass es in solchen Fällen zu keiner Anrechnung kommt.¹⁰⁰

19

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das erscheint zunächst widersprüchlich, liegt doch wie bei den Leistungen des Sozialversicherungsträgers bzw. Dienstherrn eine fürsorgliche Leistung eines Dritten vor. In solchen Konstellationen ist weder die Anrechnung noch die Kumulation passend; vielmehr ist der Übergang der Leistung auf den Dritteleistenden die allein passende Rechtsfolge. Sofern der Dritteleistende aber dem Berechtigten einen zusätzlichen Vorteil beschern will, ohne sich beim Schädiger zu regressieren, hat eine Anrechnung zu unterbleiben. Bei der Beerdigungsversicherung spricht dafür, dass der Anspruchsberechtigte dafür Prämien gezahlt und sich den Vorteil erkaufte hat.¹⁰¹ Da meist eine bestimmte Summe ohne Rücksicht auf den eingetretenen Schaden gezahlt wird, somit eine Summenversicherung gegeben ist, scheidet ein Rückgriff nach § 86 VVG aus. Ansonsten ist auch bei Fehlen einer Legalzessionsnorm¹⁰² von einer Abtretungspflicht nach dem Rechtsgedanken des § 255 auszugehen,¹⁰³ was freilich im Direktprozess zwischen den Anspruchstellern nach Abs. 1 und dem Ersatzpflichtigen dazu führt, dass die Beerdigungskosten verlangt werden können und nicht angerechnet werden. Sowohl beim Sozialversicherungsträger als auch beim Dienstherrn ist die Rechtslage insoweit anders, als die dortigen Legalzessionsnormen (§ 116 SGB X; § 76 BBG) zu einem Anspruchsübergang im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses führen, so dass dem Anspruchsteller nach Abs. 1 insoweit keine Aktivlegitimation mehr zukommt.

E. Allgemeine Regeln des Unterhaltersatzanspruchs (Abs. 2)

I. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch

1. Inhalt

20

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Unterlassungsansprüche	ff.

⁹⁸van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1323.

⁹⁹Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 69.

¹⁰⁰MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 24.

¹⁰¹Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 8; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 69: Ablehnung eines Vorteilsausgleichs bei einer privaten Beerdigungsversicherung.

¹⁰²van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1325: § 6 EFZG ist nicht anzuwenden.

¹⁰³Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 52; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 24.

Der Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 umfasst die gesamte gesetzlich geschuldete Unterhaltsarbeit.¹⁰⁴ Darunter versteht man die wirtschaftliche Unterstützung durch Bareinkommen sowie den Naturalunterhalt durch Betreuung, Erziehung und Haushaltsführung.¹⁰⁵ Zum Barunterhalt, der in einer intakten Familie häufig durch Sachleistungen erbracht wird, zählt nach Scheidung der Ehe auch der schuldrechtliche (§§ 20–22 VersAusglG), nicht aber der öffentlich-rechtliche Versorgungsausgleich, da die Ansprüche gem. § 31 Abs. 1 VersAusglG nicht mit dem Tod des Unterhaltsverpflichteten erlöschen.¹⁰⁶ Der Naturalunterhalt kann auch die Betreuung eines pflegebedürftigen Familienangehörigen umfassen.¹⁰⁷ Dadurch, dass ein zwischen Familienangehörigen bestehender Unterhaltsanspruch durch Vertrag anerkannt oder näher geregelt wird, verliert er nicht seinen Charakter als gesetzlicher Unterhalt.¹⁰⁸ Gegenüber dem Unterhaltsanspruch besteht so mancher Unterschied. So gilt § 1613 für den Schadensersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 nicht,¹⁰⁹ was zur Folge hat, dass auch Unterhalt für die Vergangenheit gebührt und die Leistung durch den Verweis auf die §§ 843 Abs. 2 sowie 760 nicht monatlich, sondern vierteljährlich im Vorhinein zu leisten ist, was auch im Rahmen der Kapitalisierung für den Geschädigten vorteilhaft ist.

2. Kreis der ersatzberechtigten und nicht ersatzberechtigten Personen

21

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ersatzberechtigt sind die Verwandten in gerade Linie (§§ 1601 ff.), in erster Linie die Kinder; bei nichtehelichen Kindern läuft die Verjährungsfrist für die Geltendmachung erst mit der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft;¹¹⁰ darüber hinaus aber auch die Ehegatten sowie die Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft; und zwar nicht nur bei aufrechter Gemeinschaft (§§ 1360 ff. bzw. § 5 LPartG), sondern auch bei Getrenntleben bzw. Scheidung (§§ 1569 ff. bzw. § 16 LPartG); besteht keine Haushaltsgemeinschaft, entfällt freilich ein Anspruch wegen entgangener Haushaltsführung.¹¹¹ Bei Angehörigen gemischt nationaler Ehen ist auf das jeweilige Unterhaltsstatut des Kollisionsrechts gem. Art. 15 EuUntVO und Art. 3 ff. HUntProt

¹⁰⁴Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 28.

¹⁰⁵van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1353.

¹⁰⁶OLG Koblenz FamRZ 1982, 175; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 26; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 76; dazu im Einzelnen *Lange* FamRZ 1983, 1181 (1188).

¹⁰⁷BGH NJW 2006, 2327; VersR 1993, 56; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 11.

¹⁰⁸Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 75; *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (642); anders bei § 845; dazu § 845 Rn. 13.

¹⁰⁹OLG Celle NJW-RR 2004, 380.

¹¹⁰OLG Karlsruhe VRR 2005, 188 (*K. Böhm*).

¹¹¹LG Bayreuth VersR 1982, 607; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 39.

abzustellen.¹¹² Manche Unterhaltsansprüche gehen bei Tod des Unterhaltsschuldners auf die Erben über, so der Anspruch des geschiedenen Ehegatten bis zur Höhe des hypothetischen Pflichtteils gem. § 1586b Abs. 1, der Anspruch des Partners einer eingetragenen Lebenspartnerschaft bei Scheidung dieser nach § 16 Abs. 2 S. 2 LPartG sowie der Anspruch der Mutter des nichtehelichen Kindes gegen den Vater nach § 1615 I Abs. 3 S. 4. Bei solchen Ansprüchen vertritt die hM¹¹³ die Ansicht, dass ein Unterhaltsanspruch nach Abs. 2 nur insoweit gegeben ist, als der gegenüber dem Unterhaltsschuldner bestehende Anspruch, wäre dieser noch am Leben, gegen die Erben nicht durchsetzbar ist; nur dann sei dem gesetzlichen Unterhaltsgläubiger ein Unterhalt entzogen.

22

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

*Wagner*¹¹⁴ erscheint eine solche Privilegierung des Schädigers zugunsten der Erben freilich nur gerechtfertigt, wenn diese den Unterhalt aus den Erträgen des nachgelassenen Vermögens bestreiten können. ME sollte man noch einen Schritt weiter gehen und unter Berufung auf § 843 Abs. 4 die Erben völlig entlasten. Zu bedenken ist, dass den Erben die Erbschaft zwar früher zugefallen ist, so dass es billig erscheinen mag, dass sie verpflichtet sind, aus den gezogenen Früchten die gesetzlichen Unterhaltsansprüche zu befriedigen. Allerdings ist zu bedenken, dass häufig der Unterhaltsschuldner diese nicht für den Unterhalt verbraucht hätte, weil er die Unterhaltungspflichten aus dem laufenden Erwerbseinkommen erfüllt hätte. Sollten die Unterhaltungspflichten ausnahmsweise aus den Erträgen des Vermögens bestritten worden sein, würden die allgemeinen Regeln der Quellentheorie anzuwenden sein.

23

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Keine gesetzlichen Unterhaltsberechtigten und somit nicht anspruchsberechtigt nach Abs. 2 sind Verlobte,¹¹⁵ außereheliche Lebensgefährten,¹¹⁶ Stiefkinder¹¹⁷ sowie solche Personen, denen aufgrund eines Vertrags,¹¹⁸ einer sittlichen Verpflichtung oder freiwillig Unterhalt gewährt worden ist bzw. in Zukunft gewährt worden wäre. Diese auf dem Willen des historischen Gesetzgebers

¹¹²MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 25.

¹¹³BGH NJW 1969, 2008; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 30; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 844 Rn. 10; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 14; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 74, 86.

¹¹⁴MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 37.

¹¹⁵OLG Frankfurt VersR 1984, 449; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 21.

¹¹⁶Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 2, 30.

¹¹⁷BGH NJW 1984, 977; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 31.

¹¹⁸BGH NJW 2001, 971; OLG München VersR 1979, 1066; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1343; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 21; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 28.

beruhende Eingrenzung ist in der Literatur¹¹⁹ verschiedentlich auf Kritik gestoßen. Unter Hinweis auf rechtsvergleichende Vorbilder wird – de lege ferenda – gefordert, sich vom Bestehen der gesetzlichen Unterhaltspflicht zu lösen, weil die Ehe nur noch eine von mehreren möglichen Formen des Zusammenlebens darstelle und auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung abzustellen sei. *Wagner*¹²⁰ lässt dafür zunächst Sympathie erkennen, weist aber abschließend darauf hin, dass es keineswegs ausgemacht sei, dass das Abrücken von einer gesetzlichen Unterhaltspflicht wirklich eine Verbesserung darstelle.

3. Umfang nach der gesetzlichen Unterhaltspflicht, nicht nach tatsächlichem Unterhalt zu bemessen

24

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Umfang der Unterhaltspflicht	ff.

Wenn darauf hingewiesen wird, dass es auf den gesetzlich geschuldeten und nicht auf den tatsächlich geleisteten Unterhalt ankommt,¹²¹ so ist diese Unterscheidung in der Praxis in Bezug auf das Ausmaß der Ersatzpflicht kaum bedeutsam.¹²² Auch die Formel, „was das Ergebnis eines Unterhaltsprozesses wäre“,¹²³ ist missverständlich, gibt es doch Leistungen, die gerichtlich nicht durchsetzbar wären, aber doch Leistungen im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts darstellen. Zunächst steht außer Streit, dass es bei der schadensersatzrechtlichen Einstandspflicht beim Barunterhalt nicht auf die Unterhaltstabellen in gestörten Familien ankommt.¹²⁴ Bei diesen muss nämlich berücksichtigt werden, dass zwei Haushalte geführt werden, so dass der Selbstbehalt des Unterhaltsschuldners höher zu bemessen und dementsprechend der den Unterhaltsgläubigern zukommende Unterhalt geringer zu veranschlagen ist als in einer intakten Familie.¹²⁵ In Bezug auf den Ausfall der Haushaltsführung existieren gar keine solchen Tabellen, weil der Naturalunterhalt nicht Gegenstand von Unterhaltsprozessen zwischen Familienangehörigen ist.

¹¹⁹Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 34.

¹²⁰MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 29 f.

¹²¹BGH NJW-RR 1988, 1238; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 325.

¹²²Zum weitgehenden Gleichlauf von tatsächlichem und gesetzlich geschuldetem Unterhalt bei § 844 Abs. 2 *Ch. Huber* in FS Reischauer (2010), 153 ff.

¹²³BGH NJW 2006, 2327; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 104, 167; Soergel¹³/*Beater* § 844 Rn. 23.

¹²⁴BGH VersR 1986, 39; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 7; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1382; *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1390, 1426; aA Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 21.

¹²⁵*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 149b.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Dazu kommt, dass sich das Ausmaß des gesetzlich geschuldeten Unterhalts nach der jeweiligen Vereinbarung der Ehegatten gem. § 1356 richtet, mag das gesetzliche Leitbild auch Indizcharakter haben, dass etwa bei einer Haushaltsführerehe der voll berufstätige Ehegatte Haushaltsleistungen nicht in Erfüllung einer Unterhaltungspflicht, sondern freiwillig erbringt.¹²⁶ Das betrifft die Aufteilung der Unterhaltsarbeit, nämlich der beruflichen Erwerbsarbeit sowie der Haushaltsführung und Kinderbetreuung.¹²⁷ Und selbst wenn das feststeht, ist von der jeweiligen Absprache sowie vom gewählten Lebensstil abhängig, welche Akzente gesetzt werden.¹²⁸ Das Einvernehmen der Ehegatten bzw. die tatsächliche Handhabung ist nicht nur für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Ehegatten, sondern auch der Kinder maßgeblich, sofern das angemessene Maß nicht überschritten¹²⁹ oder eine überobligationsgemäße Anstrengung eines Ehegatten¹³⁰ gegeben ist. Zu bedenken ist dabei freilich, dass das Ausmaß des jeweils Geschuldeten sich einerseits nach dem einvernehmlich festgelegten beiderseitigen Engagement richtet (Arbeitstiere oder Lebensgenießer), andererseits aber auch nach der jeweiligen Leistungsfähigkeit der Ehegatten.¹³¹ Nach diesem Maßstab wird eine nicht angemessene Verteilung der Unterhaltsarbeit bzw. eine überobligationsgemäße Anstrengung, die vom gesetzlichen Unterhalt nicht mehr gedeckt ist, nur in ausgerissenen Ausnahmefällen zu bejahen sein.¹³²

II. Maßgeblicher Zeitpunkt: Körperverletzung

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Unterlassungsansprüche	f.

¹²⁶ OLG Frankfurt / M. SP 2005, 338; OLG Oldenburg VersR 1983, 890.

¹²⁷ Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 37 f.

¹²⁸ BGH VersR 1993, 56; NJW 1987, 1549; NJW 1985, 1460; OLG Köln VersR 1990, 1285; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 26.

¹²⁹ BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94.

¹³⁰ BGH VersR 1993, 56; OLG Düsseldorf NZV 1993, 473; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1352.

¹³¹ Diesen Aspekt übersehend *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 150a.

¹³² *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682): Kritisch zu BGH NJW 1979, 1501: Betreuung des Gartens und Nähen von Kleidungsstücken als überobligationsgemäße Anstrengung. Ebenso kritisch zur Begründung des Ergebnisses qua Vorteilsausgleichung *Paugé* VersR 2007, 569 (575): „Wohl eher“ Frage der Schadensermittlung.

Ob ein Anspruch nach Abs. 2 dem Grunde nach gegeben ist, ist davon abhängig, ob im Zeitpunkt der Verletzung¹³³ eine Beziehung zwischen dem Hinterbliebenen und dem Getöteten gegeben war, aus der später einmal ein Unterhaltsanspruch entstehen konnte.¹³⁴ Es kommt demgemäß weder auf den früheren Zeitpunkt der schädigenden Handlung, noch auf den späteren des Eintritts des Todes an. Der nasciturus ist anspruchsberechtigt, wenn er im Zeitpunkt der Verletzung bereits gezeugt war; ob das der Fall war, hat der Richter im Haftpflichtprozess selbst zu beurteilen, ohne an die Vermutungen der §§ 1592, 1600d Abs. 3 gebunden zu sein.¹³⁵ Bei einer in-vitro-Fertilisation ist umstritten, ob es auf den Zeitpunkt der extrakorporalen Verschmelzung der Keimzellen ankommt¹³⁶ oder auf den der Einnistung des Eis in der Gebärmutter.¹³⁷

27

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wird ein Kind nach Zufügung einer tödlichen Verletzung gezeugt oder heiratet der Verletzte nach diesem Zeitpunkt,¹³⁸ steht nach dem eindeutigen Wortlaut des Abs. 2 S. 1 diesen Unterhaltsgläubigern kein Ersatzanspruch gegen den Schädiger zu. *Wagner*¹³⁹ befürwortet diese gesetzgeberische Entscheidung, weil der Manipulation sonst Tür und Tor geöffnet wäre. Freilich ist zu bedenken, dass schon kaum jemand heiratet und sich an einen Partner bindet, weil er weiß, dass bei seinem Tod ein anderer für den Unterhalt aufkommen wird; noch mehr trägt dieses Argument bei der Zeugung. Denn niemand stellt deshalb Kinder in die Welt, weil er darauf vertraut, dass der Schädiger, der für seinen Tod verantwortlich ist, dann für den Unterhalt aufkommen muss.

28

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bedeutsam ist die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Verletzung auch dafür, dass einerseits der Verletzte über die Ansprüche der künftigen Unterhaltsgläubiger nicht mehr verfügen kann, somit auch nicht zu deren Lasten einen Abfindungsvergleich schließen kann, und andererseits bereits zu diesem Zeitpunkt künftige Schadensersatzansprüche auf den Sozialversicherungsträger nach § 116 SGB X bzw. Dienstherrn nach § 76 BBG übergehen, sofern deren künftige Einstandspflicht

¹³³Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 10.

¹³⁴Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 16.

¹³⁵MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 31.

¹³⁶*Deutsch* NJW 1991, 721 (723); Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 79.

¹³⁷Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 844 Rn. 8.

¹³⁸BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 16.

¹³⁹MüKoBGB⁶⁷/*Wagner* § 844 Rn. 31.

gegenüber den Unterhaltsgläubigern nicht auszuschließen ist.¹⁴⁰ Ein vor dem Unfall erklärter Haftungsverzicht des später Getöteten bindet auch die Anspruchsteller nach § 844.¹⁴¹

III. Durchsetzbarkeit eines zukünftigen gesetzlich geschuldeten Unterhaltsanspruchs

29

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Erwerbsschaden	ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	rückständige Unterhaltsschulden	

Der Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 erfasst jedenfalls den Zeitraum ab der Tötung des Unterhaltsschuldners. Die hM¹⁴² lehnt eine Einstandspflicht des Schädigers für rückständige Unterhaltsschulden ab und verweist den Unterhaltsgläubiger auf den Nachlass bzw. an die Erben. Eine Mindermeinung¹⁴³ bejaht einen solchen Anspruch dann, wenn der Getötete in weiterer Folge zur Bezahlung der Unterhaltsschulden in der Lage gewesen wäre. Die Unterhaltsgläubiger müssen ganz generell nachweisen, dass der Getötete leistungsfähig gewesen wäre,¹⁴⁴ wobei die Rechtsprechung wie beim Erwerbsschaden davon ausgeht, dass insbesondere ein jüngerer Mensch nicht ein ganzes Leben arbeitslos bleiben wird.¹⁴⁵ Beim zusätzlich zu führenden Nachweis der Durchsetzbarkeit, die wegen Lohnpfändungen – zeitlich begrenzt – nicht gegeben sein kann,¹⁴⁶ kommt dem Unterhaltsgläubiger die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute.¹⁴⁷ Ist das zu verneinen, scheidet ein Schadensersatzanspruch aus, soll durch diesen der Geschädigte nämlich auch nicht besser als ohne das schädigende Ereignis gestellt werden.

¹⁴⁰BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 18; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 2; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 51.

¹⁴¹A. *Diederichsen* NJW 2013, 641.

¹⁴²BGH VersR 1973, 620; LG Düsseldorf SP 2000, 379; van Bühren/Lemcke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1415; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 25, 34; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 8.

¹⁴³OLG Nürnberg VersR 1971, 749.

¹⁴⁴Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 24; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 90.

¹⁴⁵BGH NJW 1985, 732; OLG Hamm NZV 2006, 85; OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 425. Näheres dazu bei §§ 842, 843 Rn. 11.

¹⁴⁶*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 149.

¹⁴⁷BGH NJW 1974, 1373; OLG Hamm NZV 2006, 85; OLG Bremen FamRZ 1990, 403; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 325; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 25; van Bühren/Lemcke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1368.

IV. Verhältnis der Ansprüche zueinander

30

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Unterlassungsansprüche	f.

Beim Erwerbsschaden geht es um die Prognose, wie es dem Geschädigten gelungen wäre, seine Erwerbskraft ohne Verletzung zu verwerten. Die sich dabei stellenden Fragen ergeben sich mutatis mutandis auch beim Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2. Die Prognose darf nicht „in der Luft schweben“, es müssen immerhin greifbare Tatsachen als Ausgangspunkt vorhanden sein, wobei eine Schätzung nach § 287 ZPO dem Richter die Möglichkeit einräumt bzw. sogar gebietet, eine Schätzung im Sinn eines Wahrscheinlichkeitsurteils vorzunehmen.¹⁴⁸ Insbesondere, wenn ein solcher Anspruch nicht nur dem Ehegatten, sondern auch einem oder mehreren Kindern zusteht, ergeben sich weitere Anpassungserfordernisse im Laufe der Zeit. Sie sollen an dieser Stelle überblicksartig zusammengefasst werden, um deutlich zu machen, wie sehr die Höhe des Anspruchs eines Unterhaltersatzgläubigers vom Ausmaß der anderen abhängig ist.¹⁴⁹

31

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Auf die Kinder entfällt eine nach ihrem Alter unterschiedliche Quote, und zwar beim Barunterhalt eine mit dem Alter ansteigende, beim Betreuungsunterhalt hingegen eine fallende Quote. Auch an den Fixkosten sind diese beteiligt, so dass bei Ende ihres Unterhaltsanspruchs auch die Ansprüche der anderen jeweils neu zu berechnen sind. Mit Wegfall der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind reduziert sich zwar das Stundenausmaß; allerdings erhöht sich der Anteil des Ehepartners des Haushaltsführers, der ab diesem Zeitpunkt ein höheres Versorgungsniveau verlangen oder anders ausgedrückt weniger Abstriche machen muss.¹⁵⁰ Ab 12 bzw. 14 Jahren trifft sie eine Mitwirkungspflicht im Haushalt.¹⁵¹ Da der Unterhaltsanspruch von Kindern von deren Bedürftigkeit abhängig ist, mindern Einkünfte ihren Unterhaltersatzanspruch. Wenn der hinterbliebene Ehegatte zumutbarerweise eine Erwerbstätigkeit aufnimmt bzw. wieder heiratet, reduziert sich sein Unterhaltsanspruch. Wenn der Barunterhaltspflichtige aus dem aktiven Erwerbsleben ausgeschieden wäre, hätte sich das für den Unterhalt maßgebliche verfügbare Einkommen reduziert; und auch die Quote zugunsten des barunterhaltsberechtigten Ehepartners wäre auf 50 % angewachsen. Es hätte den beruflich erwerbstätigen Ehegatten aber auch eine zusätzliche Pflicht zur Mitwirkung im Haushalt getroffen. Aber auch für die Anrechnung der

¹⁴⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071.

¹⁴⁹ van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1347, 1427.

¹⁵⁰ *Luckey*, Personenschaden Rn. 1480.

¹⁵¹ OLG Oldenburg NZV 2010, 156; OLG Stuttgart VersR 1993, 1356; OLG Hamburg VersR 1993, 1538.

maßgeblichen Unterhaltersparnis wäre dies bedeutsam gewesen. Je nachdem, wie die Hinterbliebenen auf die Tötung des Haushaltsführers reagieren, ob eine Ersatzkraft eingestellt oder das Defizit innerfamiliär aufgefangen wird, ergibt sich ein unterschiedlich hoher Ersatzanspruch. Beim Haushaltsführer kann darüber hinaus das Nachlassen seiner Kräfte in der Haushaltsführung beachtlich sein. Ja selbst die Art der Finanzierung von Immobilieneigentum hat Einfluss auf die Höhe des Unterhaltersatzes. Die unterschiedliche Höhe der an die einzelnen Unterhaltersatzgläubiger geleisteten sachlich kongruenten Sozialleistungen führt dazu, dass der Anteil, über den sie verfügen können, sich im Laufe der Zeit verändert. All diese Komplikationen werden dadurch in besonderer Weise potenziert, dass der Anspruch jedes Unterhaltsgläubigers ein eigenes Schicksal hat, somit Teil- und nicht Gesamtgläubigerschaft gegeben ist.

V. Unterhaltersatz und Einkommensteuerrecht

32

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Einkommensteuer bei Unterhaltersatz	f.

Bis zur grundlegenden Entscheidung des BFH,¹⁵² in der dieser ausgesprochen hat, dass von einer Rente wegen vermehrter Bedürfnisse nunmehr keine Einkommensteuer zu entrichten ist, war umstritten, ob eine Unterhaltersatzrente gem. § 22 Nr. 1 EStG der Einkommensteuer zu unterwerfen ist und diese Belastung vom Schädiger zu ersetzen ist.¹⁵³ Da sich der BFH lediglich zur Steuerfreiheit der Rente wegen vermehrter Bedürfnisse geäußert hat, war offen, ob auch die Unterhaltersatzrente steuerfrei ist.¹⁵⁴ Das hat der BFH nunmehr klargestellt, indem er ausgesprochen hat, dass die Rente aus § 844 Abs. 2 steuerfrei ist; und zwar sowohl der Ersatz für den Barunterhalt als auch für die Haushaltsführung.¹⁵⁵

F. Die einzelnen Ansprüche

I. Barunterhaltsanspruch des Haushaltsführers bei Tötung des Alleinverdieners

1. Das verfügbare Nettoeinkommen

33

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Unterlassungsansprüche	f.

¹⁵²BFHE 175, 439 = NJW 1995, 1238; BFHE 176, 402.

¹⁵³BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; BGH VersR 1987, 409; NJW 1985, 3011; MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 64.

¹⁵⁴Dies offenlassend BFH DStRE 2002, 1175.

¹⁵⁵BFH NJW 2009, 1229 = SVR 2009, 234 (*Schröder*) = jurisPR-VerkR 2009/4 Anm. 1 (*Jahnke*); NJOZ 2014, 1712.

In intakter Ehe ist der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten gegen den anderen nicht von der eigenen Bedürftigkeit abhängig, weil § 1360a Abs. 3 nicht auf § 1602 verweist.¹⁵⁶ Anders verhält es sich freilich beim Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten nach § 1577.¹⁵⁷ Im Regelfall ist die Höhe des Anspruchs von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen abhängig, die in dessen Nettoeinkommen zum Ausdruck kommt.¹⁵⁸ Diesbezüglich ergeben sich keine Unterschiede zum Unterhaltsrecht.¹⁵⁹ Darüber hinaus ergeben sich Parallelen zum Erwerbsschaden, aber auch Besonderheiten.

a) Anknüpfung an das maßgebliche Erwerbseinkommen

34

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie im Verletzungsfall ist nun im Tötungsfall zu ermitteln, welches Erwerbseinkommen der nunmehr Getötete voraussichtlich erzielt hätte.¹⁶⁰ Bei einem Selbstständigen, der am Beginn seiner Laufbahn steht, darf ein Erwerbseinkommen – wie beim Erwerbsschaden – nicht vorschnell unter Hinweis auf die Unsicherheit der Prognosen abgewiesen werden, vielmehr ist – mangels anderer Anhaltspunkte – ein durchschnittlicher Erfolg zugrunde zu legen.¹⁶¹ Bei Überstunden kann fraglich sein, ob sie auch in Zukunft in eben dieser Höhe angefallen wären.¹⁶² Es ist eine Abgrenzung vorzunehmen zwischen echtem Einkommen und der Abgeltung von Aufwendungen,¹⁶³ die nur einzubeziehen sind, wenn ein Reineinkommen verbleibt, wobei – wie beim Erwerbsschaden – häufig zwischen 30 und 50 % als Einkommen berücksichtigt werden.¹⁶⁴ Wie dort sind auch Sachbezüge mit einzubeziehen.¹⁶⁵ Berufsbedingte Werbungskosten sind abzuziehen,¹⁶⁶ wobei zu bedenken ist, dass der wegfallende Steuerabzugsposten

¹⁵⁶ Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 40; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 35; *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (642).

¹⁵⁷ Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 126.

¹⁵⁸ *Küppersbusch/Höher* Rn. 329.

¹⁵⁹ *Freyberger* MDR 2000, 117.

¹⁶⁰ BGH NJW-RR 1988, 1238; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 28, 35.

¹⁶¹ OLG Frankfurt BeckRS 2013, 02379: Selbständiger Versicherungs- und Immobilienmakler.

¹⁶² Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 107.

¹⁶³ BGH NJW 1986, 715: Keine Einbeziehung für Aufwandsersatz eines Sportvereins.

¹⁶⁴ BGH NJW-RR 1987, 538; OLG Bamberg FamRZ 1997, 1339; OLG München DAR 1984, 117; OLG Saarbrücken VersR 1977, 727; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 55.

¹⁶⁵ *Küppersbusch/Höher* Rn. 330.

gegenzurechnen ist. Bei aperiodischen, aber auch künftig anfallenden Einkünften hat eine Umrechnung auf Monatsbeträge zu erfolgen. Umstritten ist, ob auch ein illegales bzw. sittenwidriges Einkommen zu berücksichtigen ist.¹⁶⁷ Außer Streit stehen sollte das Einkommen einer Prostituierten, wird zwar dabei kein vollgültiger Vertrag geschlossen; nach Erbringung der vertragstypischen Leistung ist indes ein durchsetzbarer Anspruch auf die Gegenleistung gegeben.¹⁶⁸ Darüber hinaus ist mE wie folgt zu differenzieren: Wenn der Getötete zwar das verpönte Einkommen nicht mehr erzielt hätte, aber anstelle dessen ein anderes legales, kann nicht jeglicher Anspruch versagt werden. Liegt der Verstoß freilich darin, dass es unzulässig ist, neben einer Erwerbsunfähigkeitsrente ein Arbeitseinkommen zu erzielen,¹⁶⁹ ist insoweit keine Substitution durch irgendeine andere Tätigkeit möglich, so dass entweder das eine oder das andere Einkommen als Bemessungsgrundlage für den Unterhaltersatzanspruch herangezogen werden kann, nicht aber die Summe aus beiden. Maßgeblich ist die wahrscheinlichere Variante.

35

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Erwerbsschaden	

Wie beim Erwerbsschaden hat eine Prognose zu erfolgen, welches Erwerbseinkommen künftig erzielt worden wäre,¹⁷⁰ wobei die Bezüge der letzten Zeit ein geeigneter Anknüpfungspunkt sein können,¹⁷¹ wenngleich diese bloß eine Momentaufnahme darstellen.¹⁷² Bestehen beim Getöteten – wegen seiner Person und/oder der Branche – konkrete Anhaltspunkte, dass er künftig jedenfalls teilweise arbeitslos geworden wäre, kann ein Abschlag bei der Rente gerechtfertigt sein.¹⁷³ Dabei kann es geboten sein, eine Staffelung der Rente nach Zeitintervallen vorzunehmen.¹⁷⁴ Soweit für den Tatrichter einigermaßen greifbare Anhaltspunkte vorhanden sind, soll er künftige Entwicklungen bei der Festsetzung der Rente berücksichtigen, wobei ihm im Rahmen des § 287 ZPO ein großzügiger Ermessensspielraum eingeräumt wird. Bei selbstständig Erwerbstätigen ist im Zweifel das Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre

¹⁶⁶OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerKR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Frankfurt / M SP 2005, 338: Abzug von 5 % bei einem ungelerten Bauarbeiter; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1361; *Wenker* VersR 2014, 680 (682): Regelmäßig zwischen 5 und 10 %.

¹⁶⁷Dafür MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 52; dagegen Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 109.

¹⁶⁸So auch Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 109.

¹⁶⁹So der Sachverhalt in OLG Hamm FamRZ 1998, 1169.

¹⁷⁰BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (*Höher*): Gebot alle voraussehbaren Veränderungen einzubeziehen.

¹⁷¹BGH VersR 1990, 907; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 9; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 39.

¹⁷²*Luckey*, Personenschaden, Rn. 1428.

¹⁷³OLG Frankfurt / M. SP 2005, 338: 20 % bei einem ungelerten Arbeiter der Baubranche.

¹⁷⁴van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1359.

heranzuziehen.¹⁷⁵ Bei einer Kapitalgesellschaft ist maßgeblich, ob die nachhaltige Ertragskraft des Unternehmens ausgereicht hätte für die festgesetzte Geschäftsführervergütung, wobei diesbezüglich nicht allein auf den steuerrechtlichen Reingewinn abzustellen ist.¹⁷⁶ Zu beachten ist, dass nicht nur anspruchsmindernde, sondern auch anspruchserhöhende Umstände berücksichtigt werden müssen.¹⁷⁷ Sofern der Tatrichter sich zur Berücksichtigung künftiger Umstände nicht in der Lage sieht, soll er das offenlegen, weil davon die Möglichkeit einer Anpassung im Wege einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO abhängt.¹⁷⁸ Sind keine greifbaren Anhaltspunkte für eine einigermaßen plausible Schätzung vorhanden, so etwa die Höhe der in über 30 Jahren fällig werdenden Altersrente,¹⁷⁹ kann der künftige Anspruch im Wege eines Feststellungsurteils gesichert werden.¹⁸⁰ Zweckgewidmete Transferleistungen wie eine Schwerbeschädigten- oder Pflegezulage stellen kein Einkommen dar, sondern sind treuhänderisch dem Sonderbedarf des Anspruchsberechtigten zuzurechnen, so dass sie beim Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 keine Rolle spielen.¹⁸¹ Wie beim Erwerbsschaden wäre auch beim Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 eine dynamische Rente die allein sachgerechte Lösung,¹⁸² weil eine Anpassung erst bei wesentlicher Änderung möglich ist und die bis dahin akkumulierten Einkommenszuwächse entgegen dem Ausgleichsprinzip unentschädigt bleiben.¹⁸³

b) Unterschiede gegenüber dem Erwerbsschaden

36

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Beim Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 ist abzustellen auf das Nettoeinkommen,¹⁸⁴ somit nach Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen,¹⁸⁵ aber unter Berücksichtigung staatlicher

¹⁷⁵BGH NJW 1985, 909; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071 mit zutr. Hinweis, dass Besonderheiten bei der Unternehmensgründung zu beachten sind.

¹⁷⁶OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

¹⁷⁷*Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens, S. 56 ff.; Näheres → Rn. 72.

¹⁷⁸BGH NJW-RR 1990, 962; BGHZ 105, 243 = NJW 1989, 289; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 100.

¹⁷⁹OLG Frankfurt / M. SP 2005, 338.

¹⁸⁰BGH VersR 1984, 389; OLG Frankfurt / M FamRZ 1999, 1064; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221 = zfs 1996, 211 (*Diehl*); Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 9.

¹⁸¹AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 148.

¹⁸² Dafür *Ch. Huber* zfs 2018, 484 (486).

¹⁸³ Prototypisch: OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*): Einwendungen von Einkommenszuwächsen des Getöteten durch die Witwe erst bei Herabsetzung des Ersatzes durch den Haftpflichtversicherer bei Verrentung der Witwe.

¹⁸⁴*Küppersbusch/Höher* Rn. 329.

Transferleistungen wie der Eigenheimzulage,¹⁸⁶ wobei auf Steuerrückerstattungen, wenn sie ständig anfallen, auch bei der Festsetzung der Rente Rücksicht zu nehmen ist.¹⁸⁷ Soweit infolge der Tötung aber zusätzliche Kosten für die Kranken- und Unfallversicherung anfallen, sind diese zusätzlich zu ersetzen. Entsprechendes gilt für die Altersvorsorge des Ehegatten.¹⁸⁸ Während beim Erwerbsschaden im Verletzungsfall das durch Betätigung der Arbeitskraft erzielte Einkommen maßgeblich ist, ist ein Unterhaltersatzanspruch darüber hinaus auch dann gegeben, wenn der Unterhaltsschuldner anstelle der beruflichen Erwerbstätigkeit ein Erwerbserseztinkommen erzielt, sei es eine Alters- oder Verletztenrente oder Arbeitslosengeld.¹⁸⁹ Es ergibt sich nur insoweit eine Zäsur, als das Einkommen und damit auch der daraus resultierende Unterhaltsanspruch typischerweise geringer ist. Soweit der Unterhaltspflichtige bloß die Inkassostelle für eine Sozialleistung eines anderen Unterhaltsgläubigers war, die nach seinem Tod in der gleichen Höhe weiter bezogen wird, wie das beim Kindergeldanspruch der Fall ist,¹⁹⁰ liegt kein Unterhaltsschaden nach Abs. 2 vor.

37

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei Selbstständigen stellt – wie im Unterhaltsrecht – das steuerpflichtige Einkommen nicht immer eine taugliche Anknüpfunggrundlage dar. Deshalb wird bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften an die Privatentnahmen angeknüpft, wenn diese in einer angemessenen Relation zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen.¹⁹¹ Zu beachten ist mE freilich, dass die nicht in einem Liquiditätsabfluss zum Ausdruck kommenden Aufwendungen für die Abdeckung diverser Risiken, von der Krankenversicherung bis zur Alterssicherung, dabei nicht unter den Tisch fallen dürfen.

38

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹⁸⁵OLG Frankfurt SP 1999, 267.

¹⁸⁶BGH NJW 2004, 358 = BGHReport 2004, 157 m. krit. Anm. *Schiemann*.

¹⁸⁷BGH NJW-RR 1990, 706: Beteiligung an einer Abschreibungsgesellschaft aus Mitteln des ererbten Vermögens.

¹⁸⁸OLG München OLGR 2000, 1; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 112 f., 199.

¹⁸⁹van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1360.

¹⁹⁰BGH VersR 1979, 1029; OLG Saarbrücken SP 2005, 160; *Küppersbusch/Höher* Rn. 331.

¹⁹¹BGH FamRZ 1998, 357; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 111; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1363; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 332.

Nach hM¹⁹² werden die Arbeitsleistungen des Getöteten für die Errichtung eines Einfamilienhauses nicht zum ersatzfähigen Unterhaltsschaden gerechnet. Begründet wird dies damit, dass der Unterhaltsschuldner lediglich die Deckung des Wohnbedarfs schulde, aber nicht die Verschaffung von Immobiliareigentum. Ersatzfähig sollen – von der Muskelhypothek¹⁹³ – bloß sein Instandhaltungs- und Renovierungsarbeiten, nicht aber Neu- und Ausbautätigkeiten; und all das zudem nur im Rahmen einer Rente.¹⁹⁴ Das ist mE der unzutreffende Ansatzpunkt.¹⁹⁵ Maßgeblich ist vielmehr, dass der Getötete durch die Betätigung seiner Arbeitskraft einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt, der sich positiv auf den Unterhaltsstandard der Familie ausgewirkt hätte. Hätte der Getötete beim Eigenheimbau des Nachbarn gearbeitet, wäre das damit verdiente Entgelt beim Unterhaltersatz zu berücksichtigen (gewesen). Nicht einzusehen ist mE, weshalb wirtschaftlich Gleichwertiges ungleich behandelt werden soll. Insofern sind solche Arbeitsleistungen mit ihrem wirtschaftlichen Äquivalent ebenso wie beim Erwerbsschaden zu erfassen, wobei zu bedenken ist, dass eine solche Betätigung der Arbeitskraft sich typischerweise auf eine bestimmte Zeitspanne beschränkt, so dass ein auf einen Kapitalbetrag gerichtetes Begehren durchaus plausibel ist.

39

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Neben den vom Erwerbsschaden geläufigen Prognoseproblemen sind beim Anspruch nach Abs. 2 weitere Gesichtspunkte zu beachten. Der Umfang des Anspruchs jedes einzelnen Unterhaltersatzgläubigers ist von folgenden Änderungen abhängig: Ein Kind wird älter und seine Quote steigt an; ein Kind wird selbsterhaltungsfähig, womit sein Unterhaltersatzanspruch wegfällt; der hinterbliebene Ehegatte wäre wegen des Freiwerdens von der Haushaltsarbeit zugunsten des Getöteten bzw. wegen des Heranwachsens oder Ausziehens der Kinder nach der von der Tötung unabhängigen Lebensplanung wieder ins Erwerbsleben eingetreten.¹⁹⁶ Zwar sind dem Trichter insoweit großzügige Pauschalierungen erlaubt. Die Grenze wäre freilich überschritten, wenn er sämtlichen Kindern unabhängig von ihrem Alter eine gleich große Quote zuweisen würde.¹⁹⁷

¹⁹²BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (*Diehl*) = SVR 2006, 100 (*Bachmeier*); NJW 1985, 49; JR 1967, 100; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1364; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 331; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 39.

¹⁹³So die Bezeichnung von *Diehl* zfs 2004, 555; *Bachmeier* SVR 2006, 101.

¹⁹⁴BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (*Diehl*) = SVR 2006, 100 (*Bachmeier*).

¹⁹⁵Ausf. dazu *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 ff.

¹⁹⁶Geigel/Pardey, Kap. 8 Rn. 63, 79.

¹⁹⁷Zuletzt BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (*Höher*).

2. Die fixen Kosten

a) Der Grundsatz

40

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Fixkosten	ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Unterlassungsansprüche	

In einem Haushalt gibt es Kosten, die vermindern sich entweder gar nicht oder jedenfalls nicht proportional, wenn diesem Haushalt eine Person weniger angehört.¹⁹⁸ Man bezeichnet diese als fixe Kosten.¹⁹⁹ Im Rahmen des Unterhaltersatzanspruchs nach Abs. 2 werden diese Kosten vom verfügbaren Nettoeinkommen ermittelt und sodann auf die verbliebenen Unterhaltersatzgläubiger zu 100 % verteilt. Während vom restlichen Einkommen – allenfalls nach Abzug von Aufwendungen für die Vermögensbildung – der Eigenanteil des Getöteten abgezogen wird, verbleiben die fixen Kosten den Unterhaltsgläubigern in vollem Umfang. Es ist einer der am stärksten umkämpften Schadensposten und macht mitunter 2/3 des verfügbaren Nettoeinkommens aus.²⁰⁰ Ohne Einzelnachweis wird häufig von 30 bis 40 % ausgegangen.²⁰¹ Das hat zur Folge, dass der Unterhaltersatzanspruch aller Unterhaltsgläubiger erheblich mehr ausmacht, als es ihrer Kopfquote entspricht. Der Hauptanwendungsbereich liegt bei den Kosten für die Deckung des Wohnbedarfs sowie für das Fahrzeug der Familie.

b) Die Kritik an der Berücksichtigung fixer Kosten

41

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Von manchen Literaturstimmen²⁰² wird vorgeschlagen, auf die Herausrechnung der Fixkosten zu verzichten und anstelle dessen höhere Unterhaltsquoten vorzusehen. *Wagner*²⁰³ meint, dass nicht einzusehen sei, dass die Unterhaltersatzgläubiger bei Abs. 2 mehr verlangen können als

¹⁹⁸BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); BGH NJW 1988, 2365; OLG Brandenburg NZV 2001, 213; zfs 1999, 330; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 11.

¹⁹⁹Übersicht bei *Ege* DAR 1995, 305.

²⁰⁰*Freyberger* MDR 2000, 117 (119); OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071: Ohne konkretes Vorbringen 40 %.

²⁰¹*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 156.

²⁰²van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1386; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 51.

²⁰³MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 55.

im Unterhaltsprozess, obwohl dort zwei Haushalte geführt werden, was höhere Kosten verursache. Dieses Argument spricht freilich nicht gegen die Berücksichtigung fixer Kosten, ist doch die Führung von zwei Haushalten im Regelfall mit einer Verringerung des Unterhaltsstandards verbunden, während es bei Abs. 2 darum geht, dass dieser gerade aufrechterhalten werden soll. Dafür kann man freilich ins Treffen führen, dass dies daran liegt, dass der Zustand ohne schädigendes Ereignis aufrechterhalten werden soll. Und die Gestaltung der Lebensverhältnisse durch die Ehegatten hat auch sonst maßgeblichen Einfluss auf die Höhe der Unterhaltsrente nach Abs. 2. *Jahnke*²⁰⁴ führt gegen die Berücksichtigung der fixen Kosten das pragmatische Argument ins Treffen, dass nach Ausscheiden eines Kindes die Fixkosten jeweils wieder neu berechnet werden müssten, was kompliziert sei. Das ist durchaus zuzugestehen. Bemerkenswert ist freilich, dass er sich gleichzeitig gegen deren Pauschalierung wendet und einen jeweiligen Einzelnachweis verlangt. Das ist nicht weniger kompliziert. Der BGH²⁰⁵ ist diesbezüglich großzügiger und greift schon einmal zu Statistiken und Schätzungen, wenn die Hinterbliebenen zu einem detaillierten Vorbringen nicht in der Lage sind.

c) Berücksichtigungsfähige fixe Kosten

42

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Den Löwenanteil der fixen Kosten machen die Kosten für die Deckung des Wohnbedarfs aus. Dazu kommen Aufwendungen für das Fahrzeug sowie nicht personengebundene Versicherungen.²⁰⁶ An kleineren Posten sind noch erwähnenswert die Kosten für Kommunikation und Information (Telefon, Zeitung); keinesfalls fixe Kosten sind Aufwendungen, die von der Person abhängig sind,²⁰⁷ wie Vereins- und Gewerkschaftsbeiträge²⁰⁸ oder an die Person gebundene Versicherungsprämien.²⁰⁹ Der BGH hat in der Entscheidung BGHZ 137, 327²¹⁰ auch die Kindergartenkosten zu den fixen Kosten gerechnet.²¹¹ Angemessener wäre es mE insoweit ebenso wie bei Versicherungsprämien oder Aufwendungen für die Krankenversicherung²¹² oder

²⁰⁴van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1387; so auch *Küppersbusch/Höher*, Rn. 340.

²⁰⁵BGH NJW 1988, 2365; NJW-RR 1990, 962; ebenso OLG Zweibrücken VersR 1994, 613; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 17 f.

²⁰⁶*Küppersbusch/Höher*, Rn. 338.

²⁰⁷BGH VersR 1987, 1241; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 338a; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 57; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 118.

²⁰⁸BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*).

²⁰⁹OLG Brandenburg NZV 2001, 213.

²¹⁰= NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*).

²¹¹Zweifelnd MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 55.

²¹²MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 64; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 29; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 24; BGH NJW-RR 1989, 610; VersR 1986, 264; ebenso für die Unfallversicherung OLG Zweibrücken VersR 1994, 613.

Altersversorgung²¹³ einen Sonderbedarf des jeweiligen Unterhaltsgläubigers anzunehmen.²¹⁴ Dieser wäre nach den Fixkosten vom Nettoeinkommen in Abzug zu bringen, ehe das restliche Nettoeinkommen im Wege der Unterhaltsquoten auf die hinterbliebenen Unterhaltersatzgläubiger verteilt wird. Auf diese Weise wäre eine präzisere Zurechnung zum Unterhalt des jeweiligen Unterhaltersatzgläubigers möglich, ist es doch kaum einleuchtend, die Kosten für den Kindergarten als Unterhalt des hinterbliebenen Ehegatten zu qualifizieren. Ein Sonderbedarf ist jedenfalls bei Nachhilfestunden für die Kinder gegeben.²¹⁵

d) Schadensminderungspflicht zum Umzug in eine kleinere Wohnung

43

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Schadensminderungspflicht	

Verschiedentlich²¹⁶ wird darauf hingewiesen, dass den hinterbliebenen Ehegatten eine Schadensminderungspflicht treffe, nach einer angemessenen Übergangsfrist in eine kleinere Wohnung zu ziehen. Einerseits verminderten sich die Wohnungskosten, andererseits reduziere sich auch der Aufwand für die Haushaltsführung. Für einen nunmehr allein Wohnenden bestehe kein Anspruch, dass ihm die Wohnqualität seines eigenen Hauses erhalten bleibe.²¹⁷ Diesen restriktiven Ansätzen ist mE grundsätzlich nicht zu folgen.²¹⁸ Häufig besteht zum bisherigen Wohnsitz eine ideelle Beziehung. Abgesehen davon, dass es schwierig ist, in der vertrauten Umgebung eine passende kleinere Wohnung zu finden, und der Ersatzpflichtige auch für die Umzugskosten aufzukommen hätte, ist es nach Tötung des Unterhaltsschuldners dem hinterbliebenen Ehegatten häufig nicht zuzumuten, die Strapazen und Unannehmlichkeiten eines Umzugs auf sich zu nehmen.²¹⁹ Das gilt jedenfalls dann, wenn in dem Haus neben dem hinterbliebenen Ehegatten noch – erwachsene – Kinder wohnen.²²⁰ Wenn die Witwe zu ihrem Vater zieht, um den zu pflegen und dafür Kost und Logis bei diesem bekommt, hat das OLG

²¹³Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 18.

²¹⁴Zum Regress des Sozialversicherungsträgers bei Krankenversicherungskosten BGH NJW 1986, 715 (*Eckelmann/Nehls*); zum Regress des Dienstherrn bei Heilbehandlungskosten BGH NJW-RR 1989, 609; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 24.

²¹⁵OLG Hamm BeckRS 2008, 25157; Wenker VersR 2014, 680 (682).

²¹⁶BGH NZV 1988, 60; NJW 1985, 49; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; *Küppersbusch/Höher* Rn. 384.

²¹⁷BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*) – dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; BGH VersR 1984, 961.

²¹⁸Zurückhaltend zu Recht auch Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 15.

²¹⁹Ähnlich *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (643): Nur ausnahmsweise, wenn vom Getöteten besonderer Repräsentationsaufwand betrieben wurde, der nun wegfällt.

²²⁰OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

Koblenz²²¹ eine Kappung der fixen Kosten vorgenommen. Das ist aus mehreren Gründen problematisch: Womöglich hat die Witwe ihren Wohnsitz nicht aufgegeben, dann fallen fixe Kosten weiterhin an; jedenfalls bei Rückkehr an ihren bisherigen Wohnsitz nach Tod des Vaters leben diese wieder auf; zudem wird die Wohnsituation bei Pflege des Vaters vom Standard her gegenüber dem bisherigen Einfamilienhaus zurückbleiben, was eine normative Korrektur rechtfertigen würde; und schließlich ist die Pflege des Vaters – gemessen an § 844 Abs. 2 – eine überobligationsgemäße Anstrengung dar, was für die Beibehaltung der Berücksichtigung der bisherigen fixen Kosten sprechen könnte.²²²

43a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der (österr) OGH²²³ hat unter Hinweis auf die Vertrautheit – durchaus einfühlsam – ausgesprochen, dass auch die Kosten für die Betreuung eines Haustieres ersatzfähig sind, wenn der Getötete sich darum gekümmert hatte. Zu bedenken ist dabei jeweils, dass es nicht allein um das ökonomische Kalkül geht, sondern den jeweiligen Menschen, der gerade nach Verlust des Unterhaltsschuldners in besonderer Weise darauf angewiesen ist, dass ihm seine vertraute Umgebung erhalten bleibt, was ihm durch den Anspruch nach § 844 Abs. 2 gerade ermöglicht werden soll.

e) Der Umfang des ersatzfähigen Wohnaufwands

44

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Fixkosten	ff.

Außer Streit steht die Ersatzfähigkeit der Kosten für eine Mietwohnung unter Einschluss der Mietneben- und Energiekosten.²²⁴ Darüber hinaus zählen zu den fixen Kosten Rücklagen (präziser: Rückstellungen) für Schönheitsreparaturen,²²⁵ Instandsetzungen²²⁶ sowie die Erneuerung von Hausrat.²²⁷ Wenn *Küppersbusch/Höher*²²⁸ einwenden, dass Hausrat

²²¹ OLG Koblenz NJW 2019, 3006 (*Luckey*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 235 (*Ch. Huber*).

²²² So auch *Luckey* NJW 2019, 3006.

²²³ ZVR 2015/104 (*Ch. Huber*).

²²⁴ Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 12.

²²⁵ OLG Hamm zfs 1996, 211 (*Diehl*).

²²⁶ BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (*Diehl*) = SVR 2006, 100 (*Bachmeier*); BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); OLG Brandenburg NZV 2001, 213: Wartung und Erneuerung der Heizung; *Küppersbusch/Höher* Rn. 338; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 56.

²²⁷ BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); NJW 1988, 2365; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1389; MüKoBGB⁶/*Wagner* § 844 Rn. 56.

üblicherweise nur einmal angeschafft wird, so mag das einmal so gewesen sein. Einerseits halten nicht alle Hausratsgegenstände ewig, andererseits dürften heutzutage etwa vielerorts Möbel von weniger hochwertiger Qualität gekauft werden, was zur Folge hat, dass diese nach wenigen Jahren durch neue ersetzt werden, weil sie abgenutzt sind oder nicht mehr dem Zeitgeist entsprechen.

45

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nach wie vor umstritten ist die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Kosten für eine Eigentumswohnung oder ein Eigenheim ersatzfähig sind.²²⁹ Da die Verschaffung von Immobiliareigentum unterhaltsrechtlich nicht geschuldet ist, wird darauf abgestellt, dass die tatsächlichen Aufwendungen nur bis zu der Obergrenze ersatzfähig sind, bis zu der solche Aufwendungen auch für die Anmietung einer vergleichbaren Wohnung anfielen. Das OLG Hamm²³⁰ hat dabei klargestellt, dass von der Anzahl der Zimmer (Gästezimmer, 2. Bad) keine Abstriche zu machen sind. Wenn die Arbeiten im Garten zum ersatzfähigen Unterhaltsaufwand zählen,²³¹ ist es freilich mE widersprüchlich, warum Aufwendungen für das Wohnen in einem Haus nicht ersatzfähig sein sollten. Auch wenn stets von einer Wohnung die Rede ist, muss eine einvernehmliche Gestaltung der Ehegatten möglich sein, den diesbezüglichen gesetzlichen Unterhaltsbedarf durch das Wohnen in einem Einfamilienhaus zu decken mit der Folge, dass auf die Mietkosten eines derartigen Einfamilienhauses abzustellen ist²³² und nicht auf die einer Wohnung.²³³ Was freilich viel schwerer wiegt, das ist die Frage, ob bei einem ausbezahlten Einfamilienhaus die angemessenen Mietkosten generell als Mindestschaden ersatzfähig sind,²³⁴ oder lediglich die Instandhaltungskosten²³⁵ bzw. bei einem zum Teil fremdfinanzierten Einfamilienhaus bis zur Höhe der Mietkosten die gesamte Annuität²³⁶ oder bloß die Zinsen und nicht die Tilgung. Den letzteren Standpunkt hat der BGH²³⁷ eingenommen.

²²⁸Küppersbusch/Höher Rn. 338, Fn. 1260.

²²⁹Für den Ansatz einer fiktiven Miete bei Wohnen im lastenfreien Eigentum *Luckey*, Personenschaden Rn. 1432. Das ist freilich eine Mindermeinung.

²³⁰OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

²³¹OLG Celle OLGR 2007, 465: Im Jahresdurchschnitt 2 Stunden pro Woche für einen Ziergarten.

²³²So auch *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (642 f.).

²³³So aber die Argumentation des BerG in BGH NJW 1985, 49; zurückhaltender der BGH in dieser Entscheidung.

²³⁴So noch BGH NJW 1985, 49; NJW 1988, 2365; ebenso nun OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*).

²³⁵So OLG Nürnberg NZV 1997, 439.

²³⁶OLG München NJW-RR 2001, 1298.

²³⁷BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (*Diehl*) = SVR 2006, 100 (*Bachmeier*); BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); BGH NJW-RR 1990, 221; VersR 1984,

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nach dieser Ansicht sind die ersatzfähigen Fixkosten dann am höchsten, wenn sich die Eheleute dafür entschieden haben, das Wohnobjekt möglichst mit Fremdmitteln zu finanzieren und etwa einen angesparten oder ererbten Geldbetrag nicht für die Abzahlung zu verwenden. Stellt man auf die Finanzierung mithilfe eines Darlehens mit gleich hohen Annuitäten ab, ändern sich die Fixkosten jedes Jahr, weil der Zinsanteil jedes Jahr geringer wird.²³⁸ Dazu kommt, dass sich auch Zinsschwankungen auf die Höhe der Fixkosten auswirken, jedenfalls dann, wenn diese nicht bei der Laufzeit, sondern bei der Höhe der Rückzahlungsraten berücksichtigt werden. So sehr die Berücksichtigung fixer Kosten einem Postulat der konkreten Schadensberechnung entspricht, bleibt ein Unbehagen zurück, dass das Ausmaß des ersatzfähigen Schadens nicht bloß von der Art der Deckung des Bedarfs abhängt, sondern darüber hinaus auch noch von der Art seiner Finanzierung. Stellt man auf die Parallele zu den Mietkosten ab, müsste aber selbst bei einem abbezahlten Einfamilienhaus eine Abschreibung sowie eine Instandhaltungsrückstellung berücksichtigt werden.²³⁹ Entsprechendes gilt für Rückstellungen für die Renovierung.²⁴⁰ Keineswegs versagt werden kann aber das Wohngeld, ist dieses doch bei einer Miet- und Eigentumswohnung in etwa gleich.²⁴¹

f) Das Ausmaß der ersatzfähigen Kfz-Kosten

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei einem Fahrzeug stellen sich derartige Fragen nicht, weil das Fahrzeug der Abnutzung unterliegt und am Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer kein ins Gewicht fallender Vermögenswert verbleibt. Es sind somit nicht bloß die Instandhaltungskosten für Inspektion und Service ersatzfähig,²⁴² sondern darüber hinaus auch die Rückstellungen für die Anschaffung

961; so auch Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 14; Geigel/Pardey, Kap. 8 Rn. 58; Küppersbusch/Höher, Rn. 338; Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 115.

²³⁸Zur Durchschnittsbildung der Tilgung aus Vereinfachungsgründen OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

²³⁹Ch. Huber VersR 2013, 129 (133).

²⁴⁰OLG Celle OLGR 2007, 465; abl. freilich OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerkR 2008/11 Anm. 2 (Jahnke).

²⁴¹ So aber OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (Ch. Huber).

²⁴²So aber Wenker VersR 2014, 680 (682).

eines derartigen Fahrzeugs.²⁴³ Das gilt jedenfalls dann, wenn das Fahrzeug für Zwecke der Familie verwendet worden ist. Darüber hinaus sind auch die vom Ausmaß der Nutzung abhängigen Kosten, also für Öl- und Benzinverbrauch, grundsätzlich zu den fixen Kosten zu rechnen.²⁴⁴ Lediglich der Teil dieser variablen Kosten ist auszugrenzen, der für berufliche Fahrten des Getöteten erfolgte oder auch solche, die dieser allein zu seinem Privatvergnügen durchführte. Das OLG Koblenz²⁴⁵ hat eine Berücksichtigung bei einem geringen Einkommen mit der Begründung abgelehnt, dass tatsächlich solche Rücklagen nicht gebildet würden. Es verkennt mE dabei, dass es nicht um den Ersatz konkreter Aufwendungen geht, sondern um eine Verstärkung der Rente.

3. Abzugsposten wegen Vermögensbildung

48

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Vermögensbildung	ff.

Namentlich bei höherem Einkommen wird darauf hingewiesen, dass keine Pflicht besteht, das gesamte Einkommen für den Unterhalt zu verwenden.²⁴⁶ Der für die Vermögensbildung zweckgewidmete Betrag ist vom verfügbaren Einkommen abzuziehen und vermindert die Bemessungsgrundlage, von der die Unterhaltsquoten der einzelnen Hinterbliebenen gebildet werden.²⁴⁷ Diesbezüglich akzeptiert der BGH²⁴⁸ keine Erfahrungssätze, sondern verweist auf den jeweiligen Einzelfall. Der hinterbliebene Ehegatte kann sich bei einem verfügbaren Monatseinkommen von 6.700 EUR darauf zurückziehen, dass das zur freien Verfügung stehende Einkommen „verlebt“ worden sei, ohne einen Verwendungsnachweis führen zu müssen.²⁴⁹ Wenn *Zoll*²⁵⁰ bei ausschweifender oder zu dürftiger Lebensführung eine Korrektur mithilfe von § 287 ZPO erreichen will, ist das der falsche Ansatzpunkt, weil § 287 ZPO lediglich die Aufgabe hat,

²⁴³BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); OLG Brandenburg NZV 2001, 213; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 338; Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 117.

²⁴⁴Engherziger van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1389; *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 155.

²⁴⁵OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerKR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*).

²⁴⁶OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 1440; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 114; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 9; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 56; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 334 die den Hinterbliebenen die Beweislast auferlegen wollen, dass gleichwohl das gesamte Einkommen für den Unterhalt verwendet worden ist.

²⁴⁷OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerKR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*): Abzug selbst bei einem Nettoeinkommen von 2.650 EUR.

²⁴⁸BGH VersR 1987, 156; NJW 1983, 1733; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 77; aA OLG Bamberg VersR 1982, 856.

²⁴⁹OLG Bremen NJW-RR 2008, 765.

²⁵⁰Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 10.

den Ermittlungsaufwand des Gerichts in erträglichen Grenzen zu halten, während es im gegebenen Zusammenhang um eine normative Korrektur geht. Lediglich bei Kindern anerkennt er eine Sättigungsgrenze, namentlich wenn das betreffende Kind noch sehr jung ist. Beim Ehegattenunterhalt ist eine Sättigungsgrenze nur ausnahmsweise gegeben, wenn es um „übertriebenen“ Luxus geht wie ein eigenes Jagdschloss²⁵¹ oder eine dauerhafte Motorbootanmietung und Helikopter-Skiing.²⁵² Die Unterhaltsfestsetzung hat bei gehobenen Einkommensverhältnissen bedarfsorientiert zu erfolgen,²⁵³ wobei das OLG Frankfurt²⁵⁴ im Jahr 1995 einen Bedarf von 11.500 DM, somit knapp 6.000 EUR gebilligt hat.²⁵⁵ Bei Beschädigung eines Ferrari oder Bentley ist noch niemand auf die Idee gekommen, die Reparaturkosten zu begrenzen, weil es sich um übertriebenen Luxus handle; auch beim Unterhaltersatz erscheint es wenig angebracht, den Ersatzbetrag beim Ehegattenunterhalt auf solche Beträge zu begrenzen, die nach den Lebensverhältnissen von (Höchst-)Richtern noch einigermaßen sinnvoll für die Deckung angemessenen Unterhalts verwendet werden können. Zu verweisen ist darauf, dass der Unterhalt – in Extremfällen deutlich höher ausfallen kann, etwa muss Silvio Berlusconi seiner geschiedenen Ehefrau 50.000 EUR – und nicht mehr wie ursprünglich 100.000 EUR – bezahlen – und das pro Tag! Deutsche Gerichte sind da wesentlich spartanischer; selbst beim Ehegattenunterhalt dürfte die Grenze in der Größenordnung von 12.000 EUR liegen.²⁵⁶

49

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Diesbezüglich ist mit *Wagner*²⁵⁷ darauf zu verweisen, dass eine Ersparnisbildung in den allermeisten Familien nur erfolgt, um einen künftigen Konsum finanzieren zu können.²⁵⁸ ME sollte daher eine Korrektur des für den Unterhalt zur Verfügung stehenden Einkommens im Wege eines Abzugs unter Verweis auf die Zweckwidmung zur Vermögensbildung nur in ganz ausgerissenen Sachverhalten vorgenommen werden, in denen ein Unterhaltsanspruch deshalb versagt wird, weil ein einigermaßen sinnvoller Unterhaltsbedarf damit nicht mehr gedeckt werden kann.²⁵⁹ Die

²⁵¹ OLG Koblenz FamRZ 1985, 480.

²⁵² OLG Köln FamRZ 1992, 322.

²⁵³ *Heiß/Born*, Unterhaltsrecht, idF der 46. ErgLief. (2014) Kap. 2 Rn. 16 f.

²⁵⁴ OLG Frankfurt FamRZ 1997, 353.

²⁵⁵ Ähnlich *Eschenbruch/Loy* FamRZ 1994, 665 ff.

²⁵⁶ *Born* FamRZ 2013, 1613 (1617 Fn. 66).

²⁵⁷ MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 54.

²⁵⁸ BGH NJW 1983, 1733.

²⁵⁹ So auch BGH VersR 1987, 1243; *Küppersbusch/Höher* Rn. 334; ähnlich *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (643): Sparleistungen dienen häufig dazu, größere Ausgaben anzusparen, sie sind daher zu den Lebenshaltungskosten zu rechnen.

Unterhaltsrechtsprechung ist diesbezüglich nicht kleinlich und akzeptiert auch Unterhaltsbegehren von 7.500 EUR und mehr pro Monat.²⁶⁰

50

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Wurde in Entscheidungen bisher lediglich bei Selbstständigen darauf hingewiesen, dass gegenüber dem Ehegatten eine Pflicht zur Altersvorsorge bestehe,²⁶¹ die sich nicht allein auf die Entrichtung von Pflichtbeiträgen an einen Sozialversicherungsträger erschöpfen kann,²⁶² so ist angesichts der auf Jahrzehnte hinaus bestehenden demografischen Schiefelage diese Sicht zu erweitern. Wie die Ehegatten entscheiden können, mehr für Haus und Auto auszugeben, muss es ihnen unbenommen bleiben, eine Aufteilung zwischen heutigem Konsum und künftiger Vorsorge für das Alter vorzunehmen,²⁶³ aber auch, auf welche Art eine solche Vorsorge getätigt wird. Versicherungsprämien für eine Renten- oder Lebensversicherung, möge der Getötete Versicherungsnehmer oder auch nur Begünstigter sein,²⁶⁴ sind dabei nur eine mögliche Ausprägung. Gleichberechtigt muss mE auch die Abbezahlung des eigenen Wohnsitzes sein, um im Alter nicht mit diesen Kosten belastet zu sein.²⁶⁵ Dementsprechend sind die Tilgungsraten für die Rückzahlung eines zur Finanzierung des Wohnsitzes aufgenommenen Grundschuldlehens mE keine von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzugsfähigen, weil der Vermögensbildung dienenden Aufwendungen;²⁶⁶ vielmehr handelt es sich mE insoweit um einen Sonderbedarf des jeweiligen hinterbliebenen Ehegatten für seine eigene Alterssicherung.²⁶⁷ Zu bedenken ist, dass die Entrichtung von zusätzlichen Sozialversicherungsbeiträgen zur Alterssicherung jedenfalls ersatzfähig wäre; die Rechtsprechung sollte auch insoweit den Grundsatz der Privatautonomie respektieren und im Fall der Tötung des Unterhaltsschuldners eine Art der Alterssicherung für

²⁶⁰BGH NJW 1994, 2618; OLG Hamm FamRZ 1999, 723.

²⁶¹BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (*Höher*): Wenn keine ausreichende Altersrente zur Verfügung steht, in concreto bei einem selbständigen Schausteller- und Imbissbetrieb – aber woran ist zu messen, was ausreichend ist; OLG Hamm BeckRS 2008, 25157; OLG Zweibrücken VersR 1994, 613: Anrechnung von Lebensversicherungsprämien zur Hälfte; OLG Frankfurt BeckRS 2016, 4872: Beiträge für Kapitallebensversicherung, die zur Besicherung eines für das Haus aufgenommenen Darlehens verwendet wurden; aA OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071: Vollständiger Abzug vom Einkommen eines selbständig Erwerbstätigen.

²⁶²BGH VersR 1971, 717; VersR 1956, 38; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 18; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 844 Rn. 12.

²⁶³van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1361; OLG Stuttgart VersR 2002, 1520: Beschränkt bei getöteten freiberuflich Tätigen.

²⁶⁴OLG Hamm BeckRS 2008, 25157: Abschluss durch die GmbH, deren alleiniger Eigentümer der Getötete war.

²⁶⁵So auch BGH NJW 2004, 358; *Ch. Huber* VersR 2013, 129 (134).

²⁶⁶So aber Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 115.

²⁶⁷AA *Wenker* VersR 2014, 680 (682), der insoweit Fixkosten annimmt.

ersatzfähig ansehen, eine andere hingegen nicht. Besonders sachwidrig wäre, bei deutschen Gastarbeitern, die einen Teil ihres Einkommens für die Phase nach der geplanten Rückkehr in ihre Heimat „zurücklegen“, als nicht unterhaltersatzfähig anzusehen.²⁶⁸ Auch eine Differenzierung zwischen betrieblichen Zusatzrenten und vermögenswirksamen Leistungen, die in der Ansparphase jeweils abgezogen werden, ist abzulehnen. Nur weil bei vermögenswirksamen Leistungen ein Kapitalwahlrecht besteht, ist eine kumulative Ausklammerung sowohl in der Ansparphase als auch bei künftiger Auszahlung abzulehnen.²⁶⁹

4. Quoten des Ehegatten

51

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Ehegattenquote	ff.

Stehen das für den Unterhalt verfügbare Nettoeinkommen sowie die Fixkosten fest, ist in einem nächsten Schritt festzulegen, wie hoch die prozentualen Quoten der Hinterbliebenen sind. Der Anteil des Ehegatten hängt davon ab, ob ihm allein ein Anspruch zusteht oder es daneben noch unterhaltsberechtigende Kinder gibt. Während bei den Fixkosten eine 100%ige Verteilung auf alle Unterhaltsgläubiger zu erfolgen hat, ist beim restlichen verfügbaren Einkommen der Eigenanteil des Getöteten abzuziehen. Bei Älterwerden eines Kindes bzw. bei dessen Ausscheiden aus dem Haushalt ist jeweils eine Anpassung der Quoten aller übrigen Unterhaltsgläubiger vorzunehmen.

52

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Selbst wenn die Summe der Quoten der Unterhaltersatzgläubiger außer Streit steht, wird häufig über deren Zuweisung an die einzelnen Unterhaltersatzgläubiger gestritten. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe: Der hinterbliebene Ehegatte (Witwe bzw. Witwer) erhält typischerweise eine viel höhere Versorgungsrente als die Kinder (Halbwaisen). Je höher die Quote des überlebenden Ehegatten, umso höher ist der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers.²⁷⁰ Je höher die Quote der Kinder, umso mehr verbleibt der Gesamtfamilie, weil diesen gegen den Ersatzpflichtigen ein über die Sozialrente hinausreichender Betrag zusteht, den sie zusätzlich vom Ersatzpflichtigen verlangen können. Insoweit geht es allein um die Frage, ob die Unterhaltersatzgläubiger oder der regressberechtigte Sozialversicherungsträger bevorzugt werden sollen; für den Ersatzpflichtigen macht es keinen Unterschied, ob er an die Hinterbliebenen oder den Sozialversicherungsträger leistet. Freilich ist von der Aufteilung der Quoten auch der Umfang seiner Ersatzpflicht betroffen. Während beim hinterbliebenen Ehegatten eine Anrechnung der ersparten Haushaltsführung im

²⁶⁸ So aber *Kreuter-Lange* in *Himmelreich/Halm*, Kap. 17 Rn. 162a.

²⁶⁹ So aber OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*).

²⁷⁰ Für eine Zuweisung sämtlicher Fixkosten an den Ehegatten *Nehls* FamRZ 1988, 696 (697).

Wege des Vorteilsausgleichs in Betracht kommt, gibt es beim Unterhaltersatzanspruch der Kinder keine vergleichbare Anrechnung.²⁷¹

a)An den Fixkosten

53

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Fixkosten	ff.

Steht allein dem hinterbliebenen Ehegatten ein Anspruch zu, kann er die Fixkosten zu 100 % ersetzt verlangen. Manche Entscheidungen nehmen eine Kürzung vor, weil sie den hinterbliebenen Ehegatten darauf verweisen, einen Wohnsitz mit geringerer m²-Anzahl zu wählen.²⁷² ME ist eine solche Verweisung – von ausgerissenen Ausnahmefällen abgesehen – aber unberechtigt. Gibt es neben dem Ehegatten noch anspruchsberechtigte Kinder, ist eine kopfmäßige Aufteilung nur in Ausnahmefällen berechtigt.²⁷³ Im Regelfall ist die Quote des Ehegatten erheblich höher zu veranschlagen als die des Kindes bzw. der Kinder.²⁷⁴ Von der Rechtsprechung gebilligt wurden Quoten von 2:1²⁷⁵ bzw. 70:30²⁷⁶ bei einem Kind und 2:1:1 bei zwei Kindern.²⁷⁷

b)Am verfügbaren Einkommen

54

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Sofern keine Ansprüche neben dem des hinterbliebenen Ehegatten bestehen, kommt es darauf an, ob der hinterbliebene Ehegatte ebenfalls beruflich erwerbstätig war oder nicht. Ein erwerbstätiger hinterbliebener Ehegatte kann eine 50%ige Quote vom Bareinkommen als Unterhalt verlangen, bei einem nicht berufstätigen Ehegatten ist die Quote etwas geringer zu veranschlagen, sofern der Getötete noch im Berufsleben stand; bezog er eine Altersrente, ist

²⁷¹OLG Hamm NJW-RR 1987, 539.

²⁷²BGH NJW 1985, 49; VersR 1987, 507; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190.

²⁷³BGH NJW 1988, 2365; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 23.

²⁷⁴Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 23; MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 58.

²⁷⁵BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); OLG Oldenburg NZV 2010, 156; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1392.

²⁷⁶OLG Zweibrücken VersR 1994, 613.

²⁷⁷BGH NJW 1988, 2365.

ebenfalls von einem Verhältnis von 50:50 auszugehen.²⁷⁸ Keinesfalls sind dabei die Quoten der Unterhaltstabellen bei gestörten Familienverhältnissen heranzuziehen, die eine Relation von 60:40 bzw. 4:3 zugunsten des Unterhaltsschuldners vorsehen.²⁷⁹ Bei diesen ist die Quote bzw. der Selbstanteil des Unterhaltsschuldners deshalb so hoch zu veranschlagen, weil es zu berücksichtigen gilt, dass zwei Haushalte betrieben werden.²⁸⁰ Bei einer intakten Familie ist hingegen nur ein maßvoller Unterschied zu machen, wobei jüngere Entscheidungen eine Aufteilung von 52,5:47,5 vorsehen.²⁸¹ Zu beachten ist dabei, ob der getötete Barunterhaltspflichtige für seine berufsbedingten Mehraufwendungen ein zusätzliches Entgelt bezieht, das bei der Ermittlung des Nettoeinkommens ausgeklammert wird.²⁸² Wird so verfahren, ist an dieser Quote festzuhalten. Ansonsten kommt eine Relation von 55:45 in Betracht.²⁸³

55

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei Vorhandensein von Kindern verschiebt sich die Relation. Je nach Alter des Kindes wird diesem eine Quote von 15–20 % zugebilligt.²⁸⁴ Vor allem bei niedrigem Einkommen bzw. fortgeschrittenem Alter der Kinder werden auch Quoten von 22,5²⁸⁵ bzw. 23,5 %²⁸⁶ gebilligt.²⁸⁷ Je mehr Kinder vorhanden sind, umso geringer fällt die Quote des einzelnen Kindes aus. Die Quote des hinterbliebenen Ehegatten sowie des Getöteten ergeben sich dann als Restgröße. Der Abstand von 5 % zwischen dem Anteil des getöteten beruflich erwerbstätigen Ehegatten und dem hinterbliebenen Haushaltsführer wird jedoch beibehalten. Überlegenswert wäre, diesen Abstand nicht mit absolut 5 % beizubehalten, sondern auf relativ 5 % zu reduzieren, so dass bei mehreren Kindern der Abstand nur noch 2 oder 3 % zu betragen hätte. Aus der Judikatur des BGH wird man diesbezüglich indes wenig brauchbare Leitlinien zu erwarten haben, weil insoweit dem Tatrichter ein großzügiger Ermessensspielraum zugebilligt wird.²⁸⁸

²⁷⁸BGH VersR 1987, 507; OLG Brandenburg zfs 1999, 330; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 22; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1393; aA OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1699.

²⁷⁹MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 58; Küppersbusch/Höher, Rn. 347; Geigell/Pardey, Kap. 8 Rn. 77.

²⁸⁰BGH NJW 1988, 2365; NJW-RR 1988, 66; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 21.

²⁸¹Schädigerfreundlicher A. Diederichsen NJW 2013, 641 (643): 55:45.

²⁸²So BGH VersR 1986, 507: Außendienstmitarbeiter, dessen berufsbedingte Mehraufwendungen durch Spesen abgegolten werden, die beim Nettoeinkommen nicht berücksichtigt werden.

²⁸³BGH NJW-RR 1987, 538; noch weitergehend jedoch OLG Düsseldorf r + s 1992, 375: 40 % an die Witwe, und das selbst ohne Berücksichtigung fixer Kosten.

²⁸⁴BGH VersR 1986, 39; VersR 1986, 264; OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1698; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 22.

²⁸⁵BGH NJW-RR 1988, 66; dazu Nehls FamRZ 1988, 696.

²⁸⁶BGH NJW 1988, 2365.

²⁸⁷Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 22.

²⁸⁸BGH NJW-RR 1988, 66; dazu Nehls FamRZ 1988, 696.

5. Erwerbsobliegenheit des hinterbliebenen Ehegatten

56

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Erwerbsobliegenheit des hinterbliebenen Ehegatten	ff.

Infolge der Tötung des Unterhaltsschuldners, der für den Barunterhalt aufzukommen hatte, wird der hinterbliebene Ehegatte von der Pflicht frei, diesem den Haushalt zu führen. Dieses Freiwerden der Arbeitskraft an sich stellt keinen anrechnungsfähigen Vorteil dar, weil es zu keiner Vermögenszunahme führt.²⁸⁹ Zu prüfen ist allerdings, ob der Haushaltsführer infolge dessen verpflichtet ist, einer beruflichen Erwerbstätigkeit nachzugehen und das daraus erzielte Einkommen auf seinen Unterhaltersatzanspruch anrechnen lassen muss. Ob das der Fall ist, soll sich danach beurteilen, ob die Aufnahme einer solchen Tätigkeit bei einer am Grundsatz von Treu und Glauben ausgerichteten Interessenabwägung im Einzelfall zumutbar sei und ob der Schädiger nicht unbillig entlastet werde.²⁹⁰ Diese Formel ist ein Freibrief für den Tatrichter. Damit ist jedes Ergebnis zu begründen. ME ist in diesem Zusammenhang bisher zu wenig beachtet worden, in welchem Ausmaß der Haushaltsführer eine Entlastung erfährt.²⁹¹ Wie es beim Barunterhalt fixe Kosten gibt, verhält es sich bei der Haushaltsführung. Der allein dem Ehepartner, der für den Barunterhalt aufkommt, zurechenbare Anteil der Haushaltsführung macht viel weniger aus als dessen proportionaler Anteil innerhalb der Familie.²⁹² Das OLG Frankfurt hat daher eine Obliegenheit der Witwe, ihre Halbzeitstelle zu einer Vollzeitstelle aufzustocken, zu Recht verneint;²⁹³ ebenso das OLG Koblenz,²⁹⁴ dass die 54-jährige ungelernete Witwe über den bisherigen Minijob hinaus eine zusätzliche Stelle aufnimmt. Schon vom Ausgangspunkt her sollte eine Anrechnung allenfalls für die Zeitdauer erfolgen, für die tatsächlich eine Entlastung eintritt. Dazu kommt, dass der nunmehr berufstätige ehemalige Haushaltsführer sich womöglich im Beruf mehr anstrengen muss als im Haushalt und zudem so manche berufsbedingte Mehraufwendung zu tätigen hat, ihm etwa Fahrtkosten entstehen, die Verpflegung teurer ist, er adretter gekleidet sein muss usw, so dass nicht das gesamte für diesen Zeitraum erzielte Einkommen anzurechnen ist.²⁹⁵ Dazu kann kommen, dass für den Haushalt nunmehr eine Putzhilfe erforderlich ist.²⁹⁶

²⁸⁹ Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 206.

²⁹⁰ BGH NJW 1976, 1501; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 355; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 232.

²⁹¹ Dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung (1995), S. 575 f.

²⁹² Viel zu hoch daher die Einschätzung durch das OLG Nürnberg NZV 1997, 439: ein Drittel bei einer ehemals fünfköpfigen Familie.

²⁹³ OLG Frankfurt BeckRS 2018, 33072 = FD-SozVR 2019, 414498 (*Haidn*).

²⁹⁴ OLG Koblenz NJW 2019, 3006 (*Luckey*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 235 (*Ch. Huber*).

²⁹⁵ Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 32; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 229.

²⁹⁶ Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 36.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Wiederverheiratung des hinterbliebenen Ehepartners	

Die Anrechnungspflichten gehen nach hM über diese Grundsätze hinaus: Einer jungen, arbeitsfähigen, kinderlosen Witwe wird die Pflicht auferlegt, einer ihrem sozialen Stand und ihren Fähigkeiten entsprechenden Tätigkeit nachzugehen.²⁹⁷ Dem wird man insoweit folgen können, als die Nichtausübung einer beruflichen Erwerbstätigkeit darauf zurückzuführen ist, dass nach der Lebensplanung sich dieser Ehegatte künftig um die Betreuung der Kinder kümmern sollte. Hat sich der hinterbliebene Ehegatte um zumindest ein Kind zu kümmern, ist ihm bis zum 8. Lebensjahr keine Erwerbstätigkeit,²⁹⁸ bis zum 15. Lebensjahr höchstens eine Teilzeitbeschäftigung²⁹⁹ zuzumuten.³⁰⁰ Zu bedenken ist dabei, dass eine solche Person in Bezug auf das Kind die Rolle beider Eltern ausfüllen muss,³⁰¹ was dafür spricht, keine zu strengen Anforderungen an eine berufliche Erwerbstätigkeit zu postulieren. Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diesbezüglich die strengeren Pflichten, wie sie nach Scheidung bestehen, nicht herangezogen werden können.³⁰² Einerseits müssen dort zwei Haushalte versorgt werden; andererseits geht es im Haftungsrecht um die Herstellung eines Zustands ohne schädigendes Ereignis sowie die Respektierung dessen, was die Ehegatten als Ausgestaltung der gesetzlichen Unterhaltspflichten im Rahmen des § 1356 festgelegt haben.³⁰³ Sofern die Bemühungen, eine Stelle zu finden, zu keinem Erfolg geführt haben, geht dies zulasten des Ersatzpflichtigen.³⁰⁴ Darüber hinaus ist der Witwe nur eine solche Tätigkeit zuzumuten, die für sie nicht mit einem sozialen Abstieg verbunden ist.³⁰⁵

²⁹⁷BGH NJW 2007, 64 = VRR 2007, 65 (*Zorn*); NJW 1976, 1501; OLG Düsseldorf NZV 1993, 473; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 64; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 14.

²⁹⁸BGH NJW 1989, 1083; *Diehl* zfs 1996, 213 (214).

²⁹⁹Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 32; OLG Nürnberg NZV 1997, 439: Halbtagsbeschäftigung bei drei Kindern, wobei das jüngste 13 Jahre alt ist; OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1699: 30 Wochenstunden bei 15-jährigem Kind.

³⁰⁰Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 29; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 18; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 356.

³⁰¹BGH VersR 1969, 469.

³⁰²BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520 = JZ 1985, 86 (*Lange*); Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 228; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 31; *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (643); aA zu Unrecht *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 160a.

³⁰³AA *Luckey*, Personenschaden Rn. 1437: Pflicht, sich auf die neuen und tatsächlichen Umstände nach dem Tod des Partners einzustellen.

³⁰⁴OLG Brandenburg zfs 1999, 330; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 30.

³⁰⁵BGH VersR 1969, 469; VersR 1960, 159.

58

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Eine andere Wertung ist indes geboten, wenn die Witwe Kinder erzogen und gepflegt hat und nach der Lebensplanung diese auch nach Volljährigkeit bzw. Selbsterhaltungsfähigkeit der Kinder nicht mehr ins berufliche Erwerbsleben zurückkehren sollte. Insoweit gebietet der Respekt vor der privatautonomen Gestaltung durch die Ehegatten sowie den greifbaren Anhaltspunkten für die weitere Gestaltung ohne Tötung, dass von der Witwe unter Bezugnahme auf die Schadensminderungspflicht nach dem Tod eine auch keine halbtägige Erwerbstätigkeit verlangt wird.³⁰⁶ Die Interessenlage im Unterhaltsrecht nach Scheidung unterscheidet sich von der des § 844 Abs. 2.

59

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Steht der Maßstab fest, nach dem vom hinterbliebenen Ehegatten die Aufnahme einer beruflichen Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, spielt dieser bei zwei unterschiedlichen Konstellationen eine Rolle: Übt diese Person eine Erwerbstätigkeit aus, stellt sich die Frage, ob dies in Erfüllung der Schadensminderungspflicht geschah oder eine überobligationsgemäße Anstrengung gegeben ist mit der Folge, dass die Einkünfte nicht oder nur zum Teil anzurechnen sind.³⁰⁷ Bedenklich ist dabei mE, dass die tatsächliche Ausübung einer solchen Tätigkeit als Indiz angesehen wird, dass diese auch zumutbar sei.³⁰⁸ Umgekehrt kann sich im Fall des Unterbleibens der Ausübung einer derartigen Tätigkeit ergeben, dass die daraus erzielbaren Einkünfte gleichwohl angerechnet werden und so zu einer Kürzung des Unterhaltersatzes führen.³⁰⁹

60

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Steht dem hinterbliebenen Ehegatten nur ein gekürzter Anspruch zu, etwa wegen eines Mitverschuldens des Getöteten, führt selbst die Erzielung eines Erwerbseinkommens im Rahmen

³⁰⁶So aber OLG Hamm BeckRS 2008, 25157 unter Hinweis darauf, dass die Witwe früher halbtägig berufstätig gewesen ist, wenn auch mit einem 8-monatigen Verlauf, der eine Qualifizierung für den Arbeitsmarkt ermöglichen sollte.

³⁰⁷BGH VersR 1987, 156: Geburt des Kindes zwei Tage nach dem Tod des Vaters, Ausübung einer Erwerbstätigkeit von fünf Stunden pro Tag; KG VersR 1971, 966: 74-jährige Witwe, die neben Rente zusätzliches Arbeitseinkommen erzielt.

³⁰⁸So MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 61.

³⁰⁹BGH NJW 2007, 64 = VRR 2007, 65 (Zorn).

der Schadensminderungspflicht dazu, dass er die Einkünfte daraus zunächst mit seiner nicht gedeckten Schadensquote verrechnen darf. Eine Anrechnung zugunsten des Schädigers erfolgt somit erst dann, wenn das anrechnungspflichtige Einkommen höher ist als der nicht gedeckte Teil des Unterhaltersatzanspruchs.³¹⁰ Sachlich berechtigt ist diese Ausnahme mE nicht.

6. Eingehen einer neuen Partnerschaft

a) Wiederverheiratung

61

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Heiratet der hinterbliebene Ehegatte, muss er sich den Unterhalt, den er vom neuen Partner zumutbarerweise verlangen kann, auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen.³¹¹ Es wird betont, dass durch die Wiederverheiratung der Unterhaltsanspruch des hinterbliebenen Ehegatten auf eine völlig neue, sichere Grundlage gestellt werde. Das Auffangnetz der weiteren Einstandspflicht des Schädigers bleibt indes bestehen: Einerseits kann der hinterbliebene Ehegatte, der vom neuen Ehepartner nicht einen Unterhalt in der Höhe wie gegenüber dem Getöteten verlangen kann, den Differenzbetrag vom Schädiger begehren.³¹² Andererseits lebt die Schadensersatzrente nach Abs. 2 in vollem Umfang wieder auf, wenn die zweite Ehe beendet wird,³¹³ aus welchem Grund auch immer, ob durch Tod des neuen Partners oder Scheidung.³¹⁴ Allenfalls kommt die Anrechnung des nahehelichen Unterhalts aus der zweiten Ehe in Betracht.³¹⁵ Da der Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 stets – jedenfalls potenziell – fortbesteht, ist es unzulässig, den Rentenanspruch bis zur Wiederverheiratung zu befristen.³¹⁶ Vielmehr stellt dieser Umstand einen Anlass für eine Anpassung nach § 323 ZPO dar.³¹⁷ Auch die Verjährung des Anspruchs gem. Abs. 2 nach Beendigung der zweiten Ehe beginnt erst ab diesem Zeitpunkt; zur Abwendung muss nicht vorher eine Feststellungsklage erhoben werden.³¹⁸

³¹⁰Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 32; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1349; Wenker VersR 2014, 680 (683).

³¹¹BGH NJW 1979, 268; BGH VersR 1970, 522; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 33 ff.; aA Kreuter-Lange in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 142b: Anspruch endet.

³¹²MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 85; Palandt⁷⁹/Sprau § 844 Rn. 13; Erman¹⁵/Wilhelmi § 844 Rn. 17.

³¹³van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1422; BGH NJW 1979, 268.

³¹⁴OLG Bamberg VersR 1978, 94.

³¹⁵Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 182.

³¹⁶Palandt⁷⁹/Sprau § 844 Rn. 13.

³¹⁷BGH VersR 1958, 158; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 34.

³¹⁸BGH VersR 1979, 55; Geigel/Pardey, Kap. 8 Rn. 79.

b) Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft

62

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Schließt der hinterbliebene Ehegatte keine Ehe, sondern geht er eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ein, verneint der BGH³¹⁹ die Obliegenheit zur Anrechnung des Wertes der erbrachten Haushaltsführung zugunsten des Partners der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, selbst wenn dieser leistungsfähig sein sollte. Auf die Führung eines Haushalts im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann sich der hinterbliebene Ehegatte lediglich insoweit nicht berufen, als ihm eine berufliche Erwerbstätigkeit zumutbar wäre. Bedeutung hat diese Unterscheidung in dem Fall, in dem der hinterbliebene Ehegatte ein Kind zu betreuen hat und gleichzeitig dem Lebensgefährten den Haushalt führt. Dann übt er gerade die Tätigkeit aus, die er auch während der Ehe verrichtet hat. Während eine berufliche Erwerbstätigkeit in einer solchen Konstellation unzumutbar ist, ist die Haushaltsführung zugunsten des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ohne Weiteres möglich. Bei Verehelichung hätte der hinterbliebene und dann verheiratete Ehegatte einen Unterhaltsanspruch gegen den neuen Ehepartner, der auf den Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 anzurechnen wäre.

63

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Diese Differenzierung ist in der Literatur³²⁰ auf Kritik gestoßen. Jedenfalls de lege ferenda wird eine Änderung verlangt, wobei unterschiedliche Ansatzpunkte für eine Gleichstellung von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft gewählt werden.³²¹ *Küppersbusch/Höher*³²² stellen darauf ab, dass auch die Verletzung eines den Haushalt führenden Lebensgefährten zu einem Erwerbsschaden führe. ME wäre schon de lege lata eine Anrechnung angebracht.³²³ Da nichteheliche Lebensgefährten einander keinen gesetzlichen Unterhalt schulden, käme es auf den Wert der erbrachten Haushaltsleistung an sowie darauf, ob von dem, dem diese zugutekommt, nach dessen Leistungsfähigkeit dafür eine Abgeltung verlangt werden kann. Da der hinterbliebene Ehegatte womöglich exakt die Tätigkeit verrichtet, die er ohne Tötung des Unterhaltsschuldners in aufrechter Ehe erbracht hätte, ist mE nicht einzusehen, warum insoweit keine Anrechnung erfolgen soll. Das Argument, dass die Ehe auf Dauer angelegt ist, während die Lebensgemeinschaft jeden Tag auseinander brechen kann, wiegt wenig schwer, weil es dann der

³¹⁹BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520 = JZ 1985, 86 (*Lange*); diese Entscheidung referierend Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 13; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 40; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 79.

³²⁰*Lange* JZ 1985, 90; *Dunz* VersR 1985, 509 ff.

³²¹Die derzeitige Differenzierung aber billigend MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 85.

³²²*Küppersbusch/Höher* Rn. 434, Fn. 1466.

³²³Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 844 Rn. 17; *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (4).

hinterbliebene Ehegatte in der Hand hat, wie bei Beendigung der Ehe den vollen Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 zu verlangen.³²⁴ Das OLG Hamm³²⁵ hat wegen des Fehlens einer gesicherten Rechtsposition auch das Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch den Witwer für unbeachtlich angesehen, was mE fragwürdig ist.

7. Anrechnung von Vorteilen

a) Anfall der Erbschaft – Quellentheorie in Bezug auf Stamm und Erträge

64

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Erbschaft	f.

Infolge des Todes des Barunterhaltsschuldners verliert der hinterbliebene Ehegatte nicht nur den gesetzlichen Unterhaltsanspruch; häufig wird er auch Erbe. Es stellt sich die Frage, ob der Stamm oder die Einkünfte der Erbschaft auf den Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 als Vorteil anzurechnen sind. Dafür könnte sprechen, dass der hinterbliebene Ehegatte jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt Erbe geworden wäre. Dagegen ist freilich einzuwenden, dass der hinterbliebene Ehegatte im Regelfall das nunmehr im Wege der Erbschaft erlangte Vermögen zu einem späteren Zeitpunkt geerbt hätte. Dazu kommt, dass typischerweise weder der Stamm noch die Einkünfte des Vermögens für die Unterhaltsdeckung verwendet werden.³²⁶ Der hinterbliebene Ehegatte hätte somit zu einem späteren Zeitpunkt das um die Erträge vermehrte Vermögen geerbt, was dafür spricht, auch die Zinsen des Vermögens nicht anzurechnen.³²⁷ Der BGH³²⁸ rechnet daher Vorteile aus dem vorzeitigen Anfall einer Erbschaft nur dann an, wenn schon zu Lebzeiten bzw. unabhängig von der Tötung des Barunterhaltsschuldners entweder die Zinsen oder der Stamm für die Deckung des gesetzlichen Unterhalts verwendet worden wären.³²⁹ In diesem Fall hat dann lediglich die Bezugsperson gewechselt, während die Quelle, aus der der Unterhalt bestritten wird, gleich geblieben ist.³³⁰ Wie *Wagner*³³¹ aber zu Recht feststellt, werden solche Konstellationen in Zukunft häufiger auftreten, wenn wegen der immer geringeren Leistungen der staatlichen Altersversicherung Personen in der letzten Etappe ihres Lebens auf

³²⁴Krit. zur BGH-Rspr. auch *Pauge* (Mitglied des VI. Senats des BGH), *VersR* 2007, 569 (575 f.).

³²⁵OLG Hamm BeckRS 2013, 02177.

³²⁶OLG Frankfurt *VersR* 1991, 595.

³²⁷*Küppersbusch/Höher* Rn. 426.

³²⁸BGHZ 115, 228 = *NJW* 1992, 115; BGH *NJW* 1969, 2008.

³²⁹van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1406.

³³⁰Dazu OLG Oldenburg *NZV* 2010, 156: Betreuungsunterhalt der haushaltsführenden Mutter bis zum 18. Lebensjahr des Kindes, danach Barunterhaltspflicht; kein Anspruch nach § 844 Abs. 2, wenn der Vater und Ehemann Erbe der Unterhaltsquelle wird.

³³¹MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 82.

die Zinsen oder auch den Stamm des angesparten Vermögens zugreifen,³³² um einen angemessenen Lebensstandard finanzieren zu können.

65

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei Einkünften aus einem Unternehmen ist zu beachten, dass typischerweise nur dann der zu Lebzeiten des Getöteten erzielte Ertrag erwirtschaftet werden kann, wenn anstelle des Getöteten eine andere Person einspringt. Die Einkünfte daraus sind daher nicht in vollem Maß anrechenbar.³³³ Entweder geht man von den Einkünften bei einer Verpachtung aus,³³⁴ oder es ist ein Geschäftsführerbezug der einspringenden Person abzuziehen, mag diese als Familienangehöriger dafür etwas in Rechnung stellen oder nicht.³³⁵ Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Unterhalt regelmäßig aus dem Erwerbseinkommen bestritten wird. Ist dieses so hoch, dass ein Rückgriff auf die sonstigen Einkünfte nicht erforderlich ist, sind derartige Einkünfte nicht anzurechnen, weil sie nicht die Quelle darstellen, aus der unabhängig von der Tötung des Barunterhaltsschuldners der gesetzliche Unterhalt bestritten worden wäre.³³⁶

66

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Beschränkung auf solche Vorteile führt dazu, dass eine Anrechnung auch dann versagt wird, wenn der getötete Unterhaltsschuldner den Stamm seines Vermögens oder die Erträge für andere als Unterhaltungszwecke der Familie verbraucht hätte. Der BGH weist überzeugend darauf hin, dass die Hinterbliebenen lediglich den Ersatz des gesetzlichen Unterhalts verlangen können, aber nicht weitere Nachteile, etwa den, dass sie ohne Tötung eine viel höhere Erbschaft gemacht hätten. Deshalb sei es sachgerecht, auch solche Nachteile nicht zu berücksichtigen.³³⁷ Dafür spricht mE zusätzlich das pragmatische Argument, dass solche Prognosen häufig auf tönernen Füßen stehen und in einem Haftpflichtfall das Familienleben des Getöteten nur in begrenztem Ausmaß ausgeleuchtet werden soll.

³³²Gegenteilig Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 44; Steffen VersR 1985, 605 (609): Zumeist wird es allenfalls um die Zinsen gehen.

³³³Zurückhaltend in Bezug auf die Anrechnung BGH VersR 1984, 353; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1407.

³³⁴Küppersbusch/Höher Rn. 420.

³³⁵BGHZ 58, 14 = NJW 1972, 574; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 43.

³³⁶BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 55 (Weber); dazu Rudloff VersR 1979, 1152; aA zu Unrecht Kreuter-Lange in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 159a: Anrechnung des Einkommens der Witwe, die den Betrieb fortführt.

³³⁷So auch OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

b) Lebensversicherung

67

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Lebensversicherung	

Eine Lebensversicherung führt dazu, dass infolge des Todes der hinterbliebene Ehegatte (und auch die Kinder) in den Genuss eines Vermögensvorteils gelangen, den sie ohne Tötung nicht erlangt hätten. Dessen ungeachtet rechnet der BGH³³⁸ weder den ausbezahlten Kapitalbetrag noch die Erträge daraus an;³³⁹ und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Kapitallebensversicherung oder eine reine Risikolebensversicherung oder Unfallversicherung handelt. In der Literatur³⁴⁰ wird das damit begründet, dass es sich um eine Summenversicherung handelt, bei der § 86 VVG nicht anzuwenden ist. Zum einen wird das von manchen³⁴¹ bezweifelt, zum anderen bedarf es des Rückgriffs darauf nicht. Es ist folgerichtig, eine solche Versicherung so zu behandeln wie eine Erbschaft. Da diese zu Lebzeiten und auch künftig nicht dazu gedient hätte, daraus den Unterhalt zu bestreiten, kommt eine Anrechnung nach der Quellentheorie nicht in Betracht. Hinsichtlich des Sparanteils kann man ins Treffen führen, dass der getötete Versicherungsnehmer ohne schädigendes Ereignis die weiteren Beträge einbezahlt hätte, so dass die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger auch ohne Tod nicht in deren Genuss gekommen wären. In Bezug auf die Risikokomponente wird die Nichtanrechnung damit begründet, dass sich die Risikolebensversicherung nicht wie eine Haftpflichtversicherung zugunsten des Schädigers auswirken soll und der getötete Barunterhaltsschuldner die Versicherungsprämien nicht zur Entlastung des Schädigers entrichten wollte.³⁴² Sieht man in einer Lebensversicherung einen Beitrag zur Deckung des Unterhalts im Alter, was insbesondere bei der Möglichkeit der Auszahlung einer Rente gegeben ist, wird zu differenzieren sein: Bei einer reinen Risikolebensversicherung ist zu berücksichtigen, dass die Aufwendungen für die künftigen Prämien wegfallen, weil der gleich hohe Betrag dem begünstigten überlebenden Ehegatten zu einem früheren Zeitpunkt zufließt. Bei einer Kapitallebens- bzw. Rentenversicherung ist jedoch zu beachten, dass der Zufluss an den überlebenden Ehegatten bei vorzeitigem Tod des Versicherungsnehmers deutlich geringer ist, so dass – mindestens im Ausmaß von 50 % – die geringeren Beträge im Rahmen der Alterssicherung des überlebenden Ehegatten vom Anspruch nach § 844 Abs. 2 erfasst sind.

³³⁸BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 55 (*Weber*); dazu *Rudloff* VersR 1979, 1152; BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115.

³³⁹AA OLG Frankfurt BeckRS 2016, 4872: Besonderheit, dass durch die ausbezahlte Lebensversicherung ein Darlehen eines vermieteten Geschäftslokals getilgt wurde, wodurch dieses einen positiven Saldo ergab, der für den Unterhalt verwendet wurde. Das Ergebnis ist fragwürdig, weil das eine Folge der Verwendung der ausbezahlten Lebensversicherung ist.

³⁴⁰*Küppersbusch/Höher* Rn. 430; *MüKoBGB*⁷/*Wagner* § 844 Rn. 80; *Staudinger/Röthel* (2015) § 844 Rn. 224.

³⁴¹*Prölss/Martin/Armbrüster*, VVG, 29. Aufl. § 86 Rn. 3 f.: Darauf abstellend, ob das Plandefizit trotz summenmäßiger Fixierung in Relation zu einem Schaden steht.

³⁴²*Bamberger/Roth/Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 30.

c) Sozial- und Fürsorgeleistungen

68

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Fürsorgeleistung	f.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Sozialleistungen	f.

Sozial- und Fürsorgeleistungen sollen ihrer Zwecksetzung nach nicht den Schädiger entlasten, was auch durch Bezugnahme auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 843 Abs. 4 begründbar ist. Die sachliche Kongruenz der üblichen Hinterbliebenenrenten ist sowohl in Bezug auf den Barunterhalt als auch die entgangenen Haushaltsdienstleistungen zu bejahen.³⁴³ Soweit Legalzessionsnormen – wie namentlich in § 116 SGB X für die Sozialversicherungs- und Sozialhilfeträger – angeordnet sind, findet im Verhältnis von Anspruchsberechtigtem und Ersatzpflichtigem eine Anrechnung auf den Ersatzanspruch statt; der Drittleistende regressiert sich aber beim Schädiger. Im Fall des Mitverschuldens des Getöteten findet nach § 116 Abs. 3 SGB X eine Anrechnung nach der relativen Berechnungsmethode statt, während bei einer betraglich beschränkten Haftung der Anspruchsteller nach § 116 Abs. 2 SGB X ein Quotenvorrecht gegenüber dem Sozialversicherer hat.³⁴⁴ Diese besteht darin, dass vom Unterhaltersatzanspruch die Sozialversicherungsrente abgezogen wird und auf die Differenz die Haftungsquote in Ansatz gebracht wird.³⁴⁵ Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man vom gesamten Unterhaltsschaden den sich aus der Haftungsquote ergebenden Betrag ermittelt und davon die um die Haftungsquote gekürzte Sozialversicherungsleistung abzieht.³⁴⁶ Muss sich der **Unterhaltsgläubiger anrechnen** lassen, dass er mit dem eigenen Einkommen nicht mehr zum Unterhalt beitragen muss, wodurch sich für ihn eine Ersparnis ergibt, kann er diese mit dem ungedeckten Teil seines Unterhaltsanspruchs verrechnen, das freilich mit der Einschränkung, dass der **Unterhaltersatzgläubiger nicht besser gestellt werden darf als bei voller Haftung**.³⁴⁷ Hat der Sozialversicherungsträger keine höheren Leistungen wie ohne den Unfall zu erbringen, was namentlich bei Tötung eines Rentners der Fall ist, steht dem Anspruchsberechtigten gem. § 116 Abs. 5 SGB X bei Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens oder Betriebsgefahr ein Quotenvorrecht zu. Das ist auch zu beachten, wenn der Unterhaltsschuldner im Zeitpunkt der Tötung zwar noch im Erwerbsleben stand, aber der Unterhaltersatzanspruch des Anspruchsberechtigten, also typischerweise des Ehegatten, nach § 844 Abs. 2 sich auch auf den Zeitraum erstreckt, in dem der Unterhaltsschuldner eine Rente vom Sozialversicherungsträger

³⁴³BGHZ 136, 78 = NJW 1997, 2883; NJW 1982, 1045; VersR 1968, 771; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 441; MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 86.

³⁴⁴ OLG Frankfurt BeckRS 2018, 33072 = FD-SozVR 2019, 414498 (*Haidn*): Der Geschädigte ist im Fall des Mitverschuldens weniger schutzwürdig, während er nicht vermeiden kann, dass der Ersatzpflichtige nur betragsbeschränkt haftet.

³⁴⁵ OLG Frankfurt BeckRS 2018, 33072 = FD-SozVR 2019, 414498 (*Haidn*).

³⁴⁶ OLG Hamm NJW-RR 2004, 317 = VersR 2004, 1425 (*Kerpen*).

³⁴⁷ BGH NJW-RR 1986, 1400; NJW 1983, 2315; OLG Hamm NJW-RR 2004, 317 = VersR 2004, 1425 (*Kerpen*).

bezogen hätte.³⁴⁸ Konkurriert ein Regressanspruch eines weiteren Leistungsträgers, für den nicht § 116 Abs. 3 SGB X – relative Methode – anzuwenden ist,³⁴⁹ gilt für diesen grundsätzlich ein Quotenvorrecht des Geschädigten; gegenüber dem Sozialversicherungsträger muss ein solcher Versorgungsträger rangmäßig insoweit zurücktreten, als auch der Geschädigte ohne die Leistung des Versorgungsträgers wegen § 116 Abs. 3 S. 1 SGB X keinen Anspruch hätte.³⁵⁰ Lediglich bei Konkurrenz eines solchen Versorgungsträgers mit einem Sozialversicherungsträger in Bezug auf den durch das Hinterbliebenenvorrecht des Unterhaltsgläubigers verbleibenden Restbetrag besteht Gleichrangigkeit.³⁵¹

69

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ein Rückgriff des Sozialhilfeträgers ist auch dann gegeben, wenn dieser den Schadensersatzanspruch wegen der Beschränkung des § 94 SGB XII – früher § 91 BSHG – nicht auf sich überleiten kann.³⁵² Besteht keine Legalzession, stellt sich mitunter die Frage, ob der Geschädigte das Recht haben soll, beide Leistungen, die Sozial- und Fürsorgeleistung des Dritten und den Ersatzanspruch gegen den Schädiger, zu kumulieren oder ob zur Vermeidung seiner Bereicherung nicht doch eine Anrechnung zu erfolgen hat. Zu beachten ist dabei, dass im Haftpflichtprozess zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger nur deren Rechtsbeziehung in den Blick zu nehmen ist.

70

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Manche Dritteleistungen sind zurückzuzahlen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine Bedürftigkeit des Empfängers gar nicht gegeben ist, so bei der Sozialhilfe,³⁵³ Leistungen nach dem BAföG³⁵⁴ oder dem Arbeitslosengeld II (vormals Arbeitslosenhilfe).³⁵⁵ Bei anderen besteht

³⁴⁸BGH NJW-R 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (*Jahnke*).

³⁴⁹BGH NJW-R 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (*Jahnke*): Maßgeblich, ob Bahnversicherungsanstalt bzw. Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See eine gesetzliche Witwenrente oder eine betriebliche Zusatzversorgung erbringt.

³⁵⁰BGH NJW 1989, 2622.

³⁵¹*Kerpen* VersR 2004, 1427 (1428).

³⁵²BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115: Wegfall der Bedürftigkeit im Sozialrecht wegen des ererbten Vermögens, das aber bei § 844 Abs. 2 nicht zu beachten ist; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 88; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 27.

³⁵³BGHZ 78, 201 = NJW 1981, 48; BGH FamRZ 1985, 1245.

³⁵⁴OLG Brandenburg NZV 2001, 213; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 223.

³⁵⁵OLG Brandenburg zfs 1999, 330.

eine Pflicht zur Abtretung des Anspruchs nach dem Rechtsgedanken des § 255,³⁵⁶ was freilich voraussetzt, dass der Geschädigte zunächst einmal zur Geltendmachung aktivlegitimiert ist. Und schließlich ist denkbar, dass eine Drittleistung in der Weise erfolgen soll, dass der Dritte jedenfalls nicht den Schädiger entlasten möchte und es darüber hinaus bewusst in Kauf genommen wird, dass es beim Geschädigten zu einer Überentschädigung kommt.³⁵⁷ Bei einer solchen Zweckwidmung, die sich durch Auslegung der Rechtsbeziehung zwischen dem Geschädigten und dem Drittleistenden ergeben muss,³⁵⁸ kommt es dann in der Tat zu einer Kumulation von Drittleistung und Schadensersatz.³⁵⁹ So ist das typischerweise bei einer Summenversicherung.

8. Befristung

71

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Befristung	ff.

Auch wenn die voraussichtliche Unterhaltspflicht von mehreren Faktoren abhängig ist, muss im Urteil eine kalendermäßige Befristung ausgesprochen werden.³⁶⁰ Maßgebliche Ansatzpunkte sind das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben des Getöteten einerseits und dessen voraussichtliche Lebenserwartung unter Einschluss seines Vorversterbensrisikos andererseits.³⁶¹ Wie beim Erwerbsschaden geht der BGH bei unselbstständig Erwerbstätigen davon aus, dass diese erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres aus dem Erwerbsleben ausscheiden,³⁶² wobei zu bedenken ist, dass das gesetzliche Renteneintrittsalter (§ 35 SGB VI) sowie das Pensionsantrittsalter bei Beamten kontinuierlich – derzeit auf das vollendete 67. Lebensjahr – angehoben wird;³⁶³ bei Selbstständigen wird ein späterer Zeitpunkt angenommen.³⁶⁴ Auch bei

³⁵⁶Anrechnung ohne Bezugnahme darauf OLG Hamm r + s 1992, 413; dazu *Küppersbusch/Höher*, Rn. 425, Fn. 1457.

³⁵⁷OLG München NJW 1985, 564: Hinterbliebenenrente der US Veterans-Administration.

³⁵⁸Zur Maßgeblichkeit dieser Beziehung BGH NJW 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (*Jahnke*); NJW 1978, 536.

³⁵⁹OLG Hamm BeckRS 2008, 25157 unter Hinweis darauf, dass eine betriebliche Altersversorgung so zu behandeln ist wie ein Einkommensbestandteil für die erbrachte Arbeitsleistung.

³⁶⁰BGH NJW-RR 2004, 821 = r + s 2004, 342 (*Lemcke*) = SVR 2004, 339 (*Luckey*); BGHZ 87, 121 = NJW 1983, 2197; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 48; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 38; aA OLG München BeckRS 2015, 03642: Zuspruch ohne zeitliche Begrenzung, weil Zeitpunkt der Verrentung nicht absehbar ist; Verweis auf eine Abänderungsklage.

³⁶¹*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 142b: Dort allerdings unter Hinweis auf die Lebenserwartung des Unterhaltsberechtigten; es geht außerhalb einer Kapitalabfindung aber bloß um die des Unterhaltsverpflichteten!

³⁶²BGH NJW-RR 2004, 821 = r + s 2004, 342 (*Lemcke*) = SVR 2004, 339 (*Luckey*).

³⁶³Wenker VersR 2014, 680 (683); *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 142a Fn. 401.

unselbständig Erwerbstätigen gibt es aber Konstellationen, in denen der Getötete auch nach Erreichen des Regelalters durch Betätigung seiner Arbeitskraft Einkünfte erzielt hätte, die für den Unterhaltsstandard bedeutsam gewesen wären. Das ist einerseits gegeben, wenn zur Abwendung von Altersarmut prekäre Beschäftigungsverhältnisse eingegangen werden,³⁶⁵ andererseits aber in Fällen, in denen agile Silver Ager ihr über Jahrzehnte angesammeltes Wissen sowie namentlich ihre Erfahrung noch sinnvoll einsetzen wollen, sei es als Richter oder Professoren oder auch Führungskräfte in der Wirtschaft als Mitglied eines Beirats oder Aufsichtsrats. Umgekehrt gibt es Berufe, in denen das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben früher erfolgt, etwa Bauarbeiter, Lehrer oder Flugzeugpiloten. Für solche Fälle sollten mE die Beweisanforderungen, dass der Betreffende nach den vorliegenden statistischen Unterlagen voraussichtlich früher aus dem Erwerbsleben ausgeschieden wäre, abgesenkt werden. Während beim Erwerbsschaden ab diesem Zeitpunkt eine Versagung jeglichen Anspruchs die Folge ist, verhält es sich beim Unterhaltersatzanspruch anders: Es geht lediglich um eine betragliche Zäsur, weil ab diesem Zeitpunkt das Nettoeinkommen geringer ist. Und selbst dann ist zu bedenken, dass berufsbedingte Werbungskosten wegfallen, und ob nicht ab diesem Zeitpunkt der durch die Einkommensdifferenz bewirkte Rückgang des Unterhaltsstandards durch den Rückgriff auf seit dem Tod gebildete Rücklagen abgemildert worden wäre.³⁶⁶ Insoweit wird dem hinterbliebenen Ehegatten ein Wahlrecht einzuräumen sein, entweder vom Zeitpunkt der Tötung bis zum fiktiven Ausscheiden aus dem Erwerbsleben einen Beitrag zur Alterssicherung zu verlangen oder danach einen Zuschlag, um unterhaltsrechtlich so gestellt zu werden, als ob der Unterhaltsschuldner nicht getötet worden wäre (zum entsprechenden Wahlrecht des Geschädigten beim Erwerbsschaden → §§ 842, 843 Rn. 137).

72

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Befristung ist darüber hinaus grundsätzlich bis zur voraussichtlichen Lebenserwartung des Getöteten vorzunehmen.³⁶⁷ Es wird darauf verwiesen, dass primär an dessen individuelle Lebenserwartung anzuknüpfen ist, hilfsweise aber möglichst aktuelle Sterbetafeln heranzuziehen sind.³⁶⁸ Bei der individuellen Lebenserwartung finden sich häufig Hinweise auf die ungesunde Lebensweise, besondere Belastungen im Beruf oder genetische Defekte sowie die niedrigere Lebenserwartung von Gastarbeitern.³⁶⁹ Zu bedenken ist freilich, dass individuelle Umstände nicht stets bloß zu einer Herabsetzung der Lebenserwartung führen; denkbar ist auch eine höhere

³⁶⁴Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 48.

³⁶⁵ OLG Koblenz NJW 2019, 3006 (Luckey) = Fachtagung Personenschaden 2019, 235 (Ch. Huber): Ausübung einer Tätigkeit als Taxilenker mindestens bis zum 68. Lebensjahr; Ehepaar konnte Geld gut brauchen, um Hausdarlehen weiter abtragen zu können.

³⁶⁶Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 50.

³⁶⁷OLG Stuttgart zfs 2001, 495; MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 42.

³⁶⁸BGH NJW-RR 2004, 821 = r + s 2004, 342 (Lemcke) = SVR 2004, 339 (Luckey); OLG Hamm MDR 1998, 1414; Palandt⁷⁹/Sprau § 844 Rn. 12.

³⁶⁹Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 197; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1419; Luckey, Personenschaden, Rn. 1394; Kreuter-Lange in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 142a.

Lebenserwartung, wenn der Getötete einen Beruf ausgeübt hat, bei dem eine Rüstigkeit bis ins hohe Alter häufig anzutreffen ist, in seiner Verwandtschaft ein überdurchschnittlich hohes Lebensalter erreicht wird, er besonders gesund gelebt hat und dergleichen. Die statistische Lebenserwartung mag der Ausgangspunkt sein; eine geringere Lebenserwartung wird vom Ersatzpflichtigen,³⁷⁰ eine höhere vom Unterhaltsgläubiger zu beweisen sein.³⁷¹ Wie beim Erwerbsschaden wäre es mE sachgerecht, die Beweislast für die Dauer des Anspruchs dem Anspruchsteller zuzuweisen.³⁷² Verwiesen wird darauf, dass die Gefahr eines Stellenverlustes berücksichtigt werden muss unter Einschluss des Risikos, dass der Arbeitgeber insolvent wird,³⁷³ dem steht freilich gegenüber, dass ein Arbeitnehmer im Lauf der Jahre ein höheres Einkommen erzielt hätte: Es akkumulieren sich individueller beruflicher Aufstieg, Abgeltung der Inflation sowie Teilhabe am Wirtschaftswachstum.³⁷⁴ Dass Arbeitnehmereinkommen ständig nur sinken, ist ein Ammenmärchen. Mindestens wäre der Unterhaltersatzanspruch an den Verbraucherpreisindex zu koppeln, wobei damit noch gar nicht alle ausgleichsbedürftigen Nachteile der Anspruchsberechtigten abgegolten werden, so dass es geboten ist, zusätzliche Staffellungen vorzunehmen.³⁷⁵

73

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ausnahmsweise kann auch ein Zuspruch einer Rente über die voraussichtliche Lebenserwartung des Getöteten hinaus geboten sein.³⁷⁶ Das ist dann gegeben, wenn die Tötung zu einem früheren Zeitpunkt dazu geführt hat, dass die Ansammlung von Rücklagen für die Alterssicherung vereitelt worden ist³⁷⁷ oder der hinterbliebene Ehegatte gerade dadurch eine bestimmte Sozialleistung, die seine Hinterbliebenenversorgung verbessert hätte, nicht erhält.³⁷⁸ Insoweit wird ein Wahlrecht

³⁷⁰ OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*): Beweis nicht erbracht trotz Krebserkrankung des mit 32 Jahren Getöteten.

³⁷¹ Palandt⁷⁹/Sprau § 844 Rn. 12; aA Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 38, der dem Geschädigten generell die Beweislast für die Dauer der Rente auferlegen will.

³⁷² *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 24.

³⁷³ *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 142a.

³⁷⁴ Instruktiv zur durchaus vergleichbaren Entwicklung in der Schweiz *Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, S. 56 ff.

³⁷⁵ AA OLG Frankfurt BeckRS 2013, 02379: Ein Dynamisierungszuschlag widerspricht dem System der konkreten Schadensprognose. ME trifft das Gegenteil zu. Durch Verweis auf § 323 Abs. 3 ZPO wird der Anspruchsteller verkürzt, weil er eine Anpassung nur bei wesentlicher Änderung und nur für die Zukunft verlangen kann.

³⁷⁶ MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 43.

³⁷⁷ BGH VersR 1960, 801; VersR 1960, 551; OLG Stuttgart VersR 2002, 1520; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 319.

³⁷⁸ BGH VersR 1970, 128; BGHZ 32, 246 = NJW 1960, 1200 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 21 (*Hauss*); Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 52.

bestehen, die Beitragslücke bis zur voraussichtlichen Lebenserwartung des Getöteten zu verlangen oder den Differenzschaden nach dessen vermutlichem Ableben.³⁷⁹

74

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Auch die Dauer der Ehe kann ein den Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 begrenzender Faktor sein. Mit Rechtskraft des Scheidungsurteils fällt der Unterhaltsanspruch entweder weg oder seine Höhe reduziert sich beträchtlich; die Reform des Unterhaltsrechts nach Scheidung hat diese Unterschiede noch akzentuiert. Eine bloße Scheidungsabsicht ist dafür nicht ausreichend.³⁸⁰ Vielmehr müssen für den Tatrichter greifbare Anhaltspunkte für eine derartige Prognose gegeben sein.³⁸¹ Das OLG Hamm³⁸² ist sogar bei einem Sachverhalt, bei dem die Scheidungsklage bereits eingereicht und eine notariell beurkundete Unterhaltsregelung getroffen war, nicht davon ausgegangen, weil der hinterbliebene Ehegatte plausibel gemacht hat, dass gute Chancen für eine Versöhnung bestanden hätten. Leben die Ehegatten allerdings getrennt, kann kein Ersatz für den Haushaltsführerschaden verlangt werden.³⁸³ Bei Getrenntleben sind die familienrechtlichen Tabellen maßgeblich.³⁸⁴ Nach Scheidung der Ehe bemisst sich das Ausmaß des Ersatzes nach den Werten des nahehelichen Unterhalts, was freilich nicht in jedem Fall zu einer Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs führen muss.³⁸⁵

75

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zu bedenken ist schließlich, dass auch der Unterhaltersatzanspruch des hinterbliebenen Ehegatten in vielfältiger Weise von dem der Kinder abhängig ist. Seine Quote an den Fixkosten sowie am restlichen verfügbaren Einkommen hängt davon ab, wie viele Kinder vorhanden sind, wie alt diese sind und wann sie ins Erwerbsleben eintreten. Es werden deshalb häufig lediglich eine Rentenfestsetzung bis zum nächsten abschätzbaren Termin vorgenommen und die weiteren Ansprüche sämtlicher Beteiligten durch ein Feststellungsurteil gesichert.³⁸⁶ Selbst wenn der

³⁷⁹Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 54; für eine Berücksichtigung bei der Rente während der mutmaßlichen Lebensdauer des Getöteten Staudinger/Röthel § 844 Rn. 199.

³⁸⁰BGH VersR 1969, 350; Geigel/Pardey, Kap. 8 Rn. 61; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn. 49.

³⁸¹Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 844 Rn. 39; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1356.

³⁸²OLG Hamm VersR 1992, 512.

³⁸³van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1357.

³⁸⁴OLG Hamm NZV 1989, 271; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1358.

³⁸⁵MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 45.

³⁸⁶OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221 = zfs 1996, 211 (Diehl).

künftige Renteneintritt vorhersehbar ist, kann – anders als beim Schmerzensgeld – eine Abänderung nach § 323 Abs. 2 ZPO verlangt werden.³⁸⁷

II. Anspruch des Alleinverdieners bei Tötung des Haushaltsführers wegen Entgangs des Betreuungsunterhalts

1. Das Spektrum des Betreuungsunterhalts

76

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Betreuungsunterhalt	ff.

Zum Betreuungsunterhalt zählt die klassische Haushaltsführung wie Kochen, Putzen, Waschen sowie die Beaufsichtigung und Erziehung der Kinder. Darüber hinaus sind vom Unterhaltersatzanspruch aber auch Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn erfasst wie etwa die Durchführung von Reparaturen am Kfz³⁸⁸ und Instandhaltungsmaßnahmen des Wohnsitzes sowie der Schriftverkehr mit Versicherungen und Behörden.³⁸⁹ Bei entsprechendem Bedarf gehört dazu auch die Pflege von kranken oder behinderten Unterhaltsgläubigern,³⁹⁰ allerdings nicht von Stiefkindern bzw. sonstigen Personen, die gegenüber der Betreuungsperson keinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch haben.³⁹¹ Seit der Klarstellung in § 5 LPartG sind auch die Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft anspruchsberechtigt.³⁹² Probleme der Darlegung des Haushaltsführungsaufwands stellen sich in ähnlicher Weise wie im Verletzungsfall.³⁹³

2. Gesetzlich geschuldeter, nicht tatsächlicher Unterhalt

77

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Umfang der Unterhaltspflicht	

³⁸⁷ OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*).

³⁸⁸ OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerKR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*): Ersatz für Reparaturarbeiten am Auto abgelehnt mangels ausreichender Darlegung.

³⁸⁹ BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*): Kein Zuspruch für diese Tätigkeiten, aber anerkannt, dass diese bedeutsam sind für das Ausmaß der Aufteilung der sonstigen Hausarbeit.

³⁹⁰ Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 130; BGH NJW 1993, 124: Pflege des blinden Ehemannes; aA zu Unrecht *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 173e.

³⁹¹ BGH NJW 1984, 977; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 4.

³⁹² *Jahnke*, VGT 2010, 99 (103); *Küppersbusch/Höher*, Rn. 324, Fn. 1183.

³⁹³ OLG Hamm BeckRS 2013, 02177. Dazu §§ 842, 843 Rn. 192.

Betont wird, dass es im Fall der Tötung um den Ersatz des gesetzlichen Unterhalts geht,³⁹⁴ während bei Verletzung auf die tatsächliche Ebene abzustellen ist. Zutreffend ist das in Bezug auf das Bestehen einer gesetzlichen Unterhaltsbeziehung zwischen dem Getöteten und dem Anspruchsteller. Was den Umfang betrifft, wird darauf hingewiesen, dass maßgeblich sein soll, was in einem fiktiven Unterhaltsprozess zugesprochen würde.³⁹⁵ Das ist aus mehreren Gründen unzutreffend. Schon beim Barunterhalt ist die Anknüpfung an die Beträge, die in Unterhaltsprozessen zuerkannt werden, unpassend, weil es dort um gestörte Familienverhältnisse geht, während bei § 844 Abs. 2 ein Unterhaltsschuldner aus einer intakten Familienbeziehung herausgerissen wird. Dazu kommt, dass es bei Entgang der Haushaltsführung keine familienrechtliche Judikatur gibt, an die eine Anknüpfung möglich wäre, weil der Unterhaltsgläubiger den Entgang der Haushaltsführung nicht – jedenfalls nicht in natura – einklagt. Der Paradigmenwechsel beim Ehegattenunterhalt nach Scheidung von der weiterlaufenden Versorgung zur Unterhaltsgewährung bloß für eine Übergangsphase hat keinerlei Einfluss auf die Gestaltung des gesetzlichen Familienunterhalts in aufrechter – intakter! – Ehe.³⁹⁶

78

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In der Rechtsprechung wird denn auch betont, dass das Ausmaß des gesetzlichen Unterhalts nach Abs. 2 in hohem Maße von der jeweiligen Absprache der Ehegatten abhängig ist, wofür die tatsächliche Gestaltung ein maßgebliches Indiz ist.³⁹⁷ Nur wenn eine ganz und gar unangemessene Aufgabenverteilung vorgenommen worden sei, ein grobes Missverhältnis vorliege, könnte korrigierend eingegriffen werden.³⁹⁸ Die privatautonome Aufgabenverteilung in der Familie bestimmt aber nicht nur, wer welche Tätigkeitsbereiche übernimmt. Von der ehelichen Gestaltung der Lebensverhältnisse ist auch der Unterhaltsstandard abhängig, ob sich die Partner viel oder wenig anstrengen. Zu bedenken ist dabei, dass es nicht allein auf eine ausgewogene Verteilung der Lasten ankommt, sondern auch die jeweilige Leistungsfähigkeit mit ins Kalkül zu ziehen ist. Dazu kommt, dass es im Laufe eines Ehelebens Phasen gibt, in denen

³⁹⁴BGH NJW 1993, 124; VersR 1988, 1166; NJW 1979, 1501; VersR 1976, 291; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 363.

³⁹⁵MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 33, 38; Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 98.

³⁹⁶AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 159b, 160, 175b; aA jedoch Rn. 149b, insoweit sind die Ausführungen widersprüchlich.

³⁹⁷BGH NJW 1993, 124; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); NJW 1985, 1460; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; ausführlich dazu *Ch. Huber* in FS Reischauer (2010), 153 ff.

³⁹⁸BGH NJW 1993, 124; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); Staudinger/Röthel § 844 Rn. 139; *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (642).

der eine oder der andere stärker belastet ist.³⁹⁹ ME sollte man sich daher vor allzu großen Schematisierungen hüten.⁴⁰⁰

3. Mithilfepflicht von Familienangehörigen (Kindern, Ehepartner)

79

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ins Treffen geführt wird, dass die Kinder ab dem 12.⁴⁰¹ bzw. 14.⁴⁰² Lebensjahr eine Mithilfepflicht im Haushalt trifft. Freilich ist darauf hinzuweisen, dass auch auf deren Belastungssituation in Schule und Ausbildung Rücksicht zu nehmen ist.⁴⁰³ Dazu kommt, dass bei deren Mithilfe im Haushalt häufig der erzieherische Zweck im Vordergrund steht.⁴⁰⁴ Während ansonsten sehr penibel darauf geachtet wird, welchem Anforderungsprofil die für den getöteten Haushaltsführer einspringende Ersatzkraft zu genügen hat, lässt die Rechtsprechung eine entsprechende Differenzierung bei der Mithilfe von Kindern vermissen. Entsprechendes gilt für die Mithilfepflicht des berufstätigen Ehegatten.⁴⁰⁵ Bei enorm hoher tatsächlicher zeitlicher Beanspruchung der getöteten Ehefrau und Mutter wird eine normative Korrektur vorgenommen, indem eine Bezugnahme auf das Arbeitspensum erfolgt, das Kinder und Ehegatte von ihr unterhaltsrechtlich insgesamt verlangen können. Diese normative Korrektur besteht darin, dass auch einem beruflich stark belasteten Ehemann am Wochenende eine Mitwirkung im Haushalt im Ausmaß von zwei Stunden abverlangt wird. Von den Kindern ab 12 Jahren kann eine Mitwirkung von dreieinhalb Stunden pro Woche abverlangt werden, so dass für die getötete Ehefrau und Mutter 46,3 Stunden verbleiben.⁴⁰⁶ Bei derart angespannten Verhältnissen mag das vertretbar sein, wobei es viele Berufe gibt, in denen das Arbeitspensum deutlich über 46,3 Stunden pro Woche liegt. Mit Aufgabe seiner beruflichen Erwerbsarbeit wird angenommen, dass ihn eine hälftige Pflicht zur Führung des Haushalts trifft,⁴⁰⁷ ohne zu prüfen, ob er dafür über die erforderlichen Kenntnisse

³⁹⁹BGH VersR 1986, 790: Starkes berufliches Engagement des Ehemanns als technischer Betriebsleiter.

⁴⁰⁰Ähnlich *Luckey*, Personenschaden Rn. 1470: Nur dann nicht anzuerkennen, wenn nicht mehr mit dem Grundsatz der Angemessenheit im Einklang.

⁴⁰¹OLG Stuttgart VersR 1993, 1536; *Küppersbusch/Höher* Rn. 372.

⁴⁰²van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1375: Eine Stunde pro Tag; BGH NJW-RR 1990, 962; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; OLG Hamburg VersR 1988, 135.

⁴⁰³BGH NJW-RR 1990, 962; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 138; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 17.

⁴⁰⁴Realistisch BGH NJW-RR 1990, 962: Entlastungseffekt kann im Ergebnis neutralisiert werden.

⁴⁰⁵van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1375: Bei Halbtagsbeschäftigung 25 %, Doppelverdienern 50 %; aA OLG Stuttgart VersR 1993, 1536: Je nach Ausmaß der beiderseitigen beruflichen Belastung.

⁴⁰⁶OLG Frankfurt BeckRS 2016, 4872.

⁴⁰⁷*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 173.

verfügt und dies in Anbetracht der das gesamte Leben einzubeziehenden Belastungssituation stets ausgewogen ist.⁴⁰⁸

4. Prognose

80

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie beim Barunterhalt hat der Tatrichter die künftigen Veränderungen, für die es greifbare Anhaltspunkte gibt, in seine Prognose mit einzubeziehen. Mit dem Heranwachsen der Kinder vermindert sich deren Betreuungsaufwand,⁴⁰⁹ was freilich durch ein höheres Anspruchsniveau des beruflich erwerbstätigen Ehegatten in Bezug auf die Haushaltsführung teilweise kompensiert wird.⁴¹⁰ Wie beim Erwerbsschaden ist zu bedenken, dass die Leistungsfähigkeit bei der Führung des Haushalts ab einem gewissen Alter nachlässt. Ein Restbereich wird jedoch mE bis zum Lebensende verbleiben,⁴¹¹ wobei zu bedenken ist, dass ohne berufliche Erwerbstätigkeit ein höheres Zeitbudget zur Verfügung steht, wodurch nachlassende Kräfte kompensiert werden können. Das Ausscheiden des anderen Ehegatten aus dem Erwerbsleben führt zu einer Neuverteilung der Haushaltsarbeit.⁴¹² Schließlich sollte auch bedacht werden, dass gerade die Kosten für eine Ersatzkraft im Haushalt im Zeitverlauf besonders stark steigen, weil das Rationalisierungspotenzial auf diesem Gebiet, im Unterschied zu anderen Gütern und Dienstleistungen, die im Verbraucherpreisindex erfasst sind, gering ist.⁴¹³ Sofern der Tatrichter sich außerstande sieht, diese Änderungen in seine Prognose mit einzubeziehen, sollte er das deutlich zum Ausdruck bringen, weil davon die Möglichkeit der Abänderung wegen wesentlicher Änderung der Umstände nach § 323 ZPO abhängig ist.⁴¹⁴ Mitunter wird freilich bloß einseitig auf anspruchsmindernde Umstände abgestellt, nicht auf solche, die zu einer Anspruchserhöhung führen.⁴¹⁵

⁴⁰⁸Krit. zu dieser schematischen Anrechnung *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682); zur Möglichkeit der Abschwächung bei konkretem Vorbringen *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1395.

⁴⁰⁹BGH VersR 1984, 875.

⁴¹⁰BGH NJW-RR 1990, 962.

⁴¹¹Dazu KG r + s 1997, 461: Ohne besondere Darlegung keine Pflicht zur Erbringung von Haushaltsdienstleistungen nach dem 78. Lebensjahr bei überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen bei Tötung der Ehefrau, als diese 53 Jahre alt war.

⁴¹²Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 6.

⁴¹³BGH NJW 1986, 715.

⁴¹⁴BGH NJW-RR 1990, 962; zur restriktiveren Handhabung bei einem Abfindungsvergleich über eine Rente BGHZ 105, 243 = NJW 1983, 1425.

⁴¹⁵So OLG Hamm BeckRS 2013, 02177: Mithilfepflicht des Ehemanns im Haushalt bei dessen Verrentung in mehr als 13 Jahren berücksichtigt, nicht aber Lohnsteigerungen der Ersatzkraft.

5. Umfang des Ersatzes

a) Einstellung einer Ersatzkraft

81

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Einstellung einer Ersatzkraft	ff.

Wird für die vom getöteten Haushaltsführer verrichteten Tätigkeiten eine Ersatzkraft eingestellt, sind deren Kosten zu ersetzen, und zwar inklusive sämtlicher Lohnnebenkosten sowie Urlaubs- und Weihnachtsgeld.⁴¹⁶ Dass die Ersatzkraft zu besonderen Anlässen wie zu Weihnachten oder zum Geburtstag Aufmerksamkeiten erhält, die ersatzfähig sind,⁴¹⁷ ist in diesem Zusammenhang fast eine *quantité négligeable*. Das gilt freilich nur dann, wenn eine solche Ersatzkraft nicht ohnehin unabhängig vom schädigenden Ereignis eingestellt worden wäre.⁴¹⁸ Zu prüfen ist darüber hinaus, ob die Ersatzkraft nicht mehr als das durch das schädigende Ereignis ausgelöste Defizit ausgleicht⁴¹⁹ oder bloß einen Teil des durch die Tötung des Haushaltsführers ausgelösten Bedarfs deckt.⁴²⁰ Die von der Rechtsprechung zuerkannten Stundenlöhne bewegen sich auf einem überaus mäßigen Niveau, das nach den Marktgegebenheiten kaum die Einstellung einer solchen Ersatzkraft zuließe.⁴²¹

b) Normativer Schaden ohne Einstellung einer Ersatzkraft

82

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bezeichnenderweise gibt es keine einzige BGH-Entscheidung aus der jüngeren Zeit, in der die Hinterbliebenen sich tatsächlich für die Einstellung einer Ersatzkraft entschieden haben und das Ausmaß des Ersatzes strittig war. Was allein umstritten ist, das ist das Ausmaß der Ersatzpflicht, wenn sich die Hinterbliebenen – auch in Ermangelung eines Vorschusses – auf andere Art beholfen haben, indem sie sich selbst mehr angestrengt haben oder Verwandte bzw. Bekannte

⁴¹⁶MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 67; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn. 8 f.; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425 mit dem Hinweis, wie es wäre, wenn eine solche Ersatzkraft eingestellt worden wäre, was in concreto freilich nicht der Fall war.

⁴¹⁷LG München I VersR 1981, 69; Geigel/Pardey, Kap. 8 Rn. 48.

⁴¹⁸BGH VersR 1989, 1273.

⁴¹⁹OLG Köln VersR 1990, 1285 (Ls.).

⁴²⁰BGH VersR 1986, 790; VersR 1982, 874.

⁴²¹OLG Oldenburg NZV 2010, 156: Stundenlohn 7,49 EUR. Beachtlich ist der nunmehr geltende Mindestlohn von 8,50 EUR.

eingesprungen sind. In solchen Fällen ergibt sich kein oder nur ein ganz geringfügiger rechnerischer Schaden, wenn den helfenden Dritten ein Anerkennungsbetrag für deren Tätigkeit gezahlt wird. Solche Quittungen bergen zudem den Vorwurf der Schwarzarbeit. In älteren Entscheidungen⁴²² fand sich der Stehsatz, dass den Hinterbliebenen ein Ersatzbetrag zustehe, der sie in die Lage versetzen soll, sich wirtschaftlich gleichwertige Dienste zu verschaffen, ohne sich Einschränkungen aufzuerlegen oder die Mildtätigkeit Dritter in Anspruch nehmen zu müssen. Dieser Satz findet sich zu Recht in neueren Entscheidungen nicht mehr, weil sehr viel weniger zuerkannt wird, als man nach dieser Formel erwarten könnte.

83

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wird auf die Einstellung einer Ersatzkraft verzichtet, wählt der BGH⁴²³ eine normative Berechnung des Schadens. Er berücksichtigt dabei, dass ein innerfamiliäres Auffangen des Schadens kostengünstiger zu bewältigen ist, will aber nach der Wertung des § 843 Abs. 4 vermeiden, dass das Entgegenkommen von hilfsbereiten Verwandten oder Bekannten zu einer Entlastung des Schädigers führt. Ansatzpunkt sind dabei die Kosten bei Einstellung einer fiktiven Ersatzkraft, wovon aber maßgebliche Abzüge erfolgen. Der geschuldete Ersatzbetrag ist das Produkt aus Arbeitszeitbedarf und Stundenlohn.

aa) Zeitbedarf

84

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Für den Zeitbedarf erfolgt eine Orientierung an den Tabellen von *Pardey*.⁴²⁴ Diese beruhen auf empirischen Untersuchungen und differenzieren nach der Anzahl der Familienangehörigen sowie der Anspruchsstufe des Haushalts (einfach, mittel, gehoben, hoch), wobei eine höhere Anspruchsstufe von den Anspruchstellern zu beweisen ist.⁴²⁵ Das Spektrum reicht von 18,8 Wochenstunden bei einem reduzierten 2-Personenhaushalt bis zu 65,5 Wochenstunden bei einem reduzierten 4-Personenhaushalt. Im Fall der Tötung verweisen sie darauf, dass der Arbeitszeitbedarf bei Wegfall einer Person nicht proportional sinkt, weil es auch hier das Phänomen fixer Kosten gibt, vom BGH⁴²⁶ als Rationalisierungsvorteil bezeichnet, in der Betriebswirtschaftslehre als Kostenremanenz bekannt. Während selbst diese Stundenangaben

⁴²²BGH NJW 1971, 2066; VersR 1967, 352; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 132.

⁴²³BGH NJW-RR 1992, 792.

⁴²⁴*Pardey*, Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt.

⁴²⁵*Kreuter/Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 171b.

⁴²⁶BGH VersR 1988, 954; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 16.

von manchen als zu großzügig angesehen werden,⁴²⁷ ist darauf zu verweisen, dass diese gerade keine Bereitschaftszeiten abgelten, sondern sich in der Aufsummierung konkreter Verrichtungen erschöpfen. Würde für einen solchen Zeitraum eine Ersatzkraft eingestellt, wäre das vom getöteten Haushaltsführer bewältigte Arbeitspensum nur zum Teil erledigt. Vor allem Pflegebedürftige und Kleinkinder erfordern aber eine Beaufsichtigung rund um die Uhr, so dass es bei diesen selbst mit 65 Wochenstunden nicht getan sein wird. Zu bedenken ist insbesondere, dass Dienstleistungen zugunsten solcher Personen durchgehend zu erbringen sind, nicht bloß an Werktagen von 8 bis 17 Uhr. Diese Tabellen haben sich freilich in der Judikatur⁴²⁸ durchgesetzt. Allerdings bieten sie bloß einen ersten Anhaltspunkt für die Ermittlung des maßgeblichen Zeitaufwands. Für die Betreuung von Kleinkindern wird immerhin ein täglicher Mehraufwand von zwei Stunden zugebilligt.⁴²⁹ Auch bei Betreuung von Pflegebedürftigen werden Zuschläge anerkannt.⁴³⁰ Wirkte der getötete Haushaltsführer halbbeschäftigt im Unternehmen des Ehegatten mit, führt das zu einer Reduktion seines ersatzfähigen Zeitbudgets für die Haushaltsführung; die Mitwirkung im Unternehmen des Ehegatten wirkt sich für den ersatzfähigen Unterhalt aber nur maßvoll aus, wenn das Unternehmen nur mäßig erfolgreich ist.⁴³¹

bb) **Stundenlohn**

85

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wird in vielen Fällen schon der Zeitaufwand nur unzureichend erfasst, werden weitere Einschnitte beim zugrunde zu legenden Stundenlohn gemacht,⁴³² der sich am TVöD (früher BAT) orientiert hat.⁴³³ Im Ausgangspunkt wird zwar anerkannt, dass im Tötungsfall die einspringende Ersatzkraft zur selbstständigen Führung des Haushalts in der Lage sein soll, weshalb im Regelfall eine Einstufung zwischen BAT VIII bis BAT VI zu erfolgen habe;⁴³⁴ bei Ehen, in denen beide Ehegatten berufstätig sind, werden davon aber Abstriche gemacht, weil die Leitungsaufgabe dem überlebenden Ehegatten zufalle,⁴³⁵ weshalb bloß eine Einstufung nach BAT IX vorgenommen

⁴²⁷ *Küppersbusch/Höher*, Rn. 370 Fn. 1353: „Werte unplausibel hoch“.

⁴²⁸ BGH NJW 1979, 1501; wN bei Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 135.

⁴²⁹ BGH NJW 1982, 2866; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 137.

⁴³⁰ BGH NJW 1993, 124; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 66; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 78.

⁴³¹ OLG Frankfurt BeckRS 2016, 4872: Ehemann Betreiber eines Motorradgeschäfts im Odenwald mit einem Nettoeinkommen von 2.000 EUR bei Mitwirkung der Ehefrau im Ausmaß von 24 Stunden pro Woche.

⁴³² Zum entsprechenden Problem bei Verletzung des Haushaltsführers §§ 842, 843 Rn. 199 ff.

⁴³³ Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 18; *Küppersbusch/Höher* Rn. 373.

⁴³⁴ Ausnahmsweise höher, so BGH VersR 1986, 790: BAT Vc.

⁴³⁵ OLG Hamm BeckRS 2013, 02177.

werde.⁴³⁶ In städtischen Ballungsgebieten wird anerkannt, dass man zum Tariflohn nicht immer – auf die Schnelle! – eine passende Ersatzkraft findet.⁴³⁷

86

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Springen Verwandte ein, wurde in der Judikatur⁴³⁸ darauf abgestellt, ob diese über die entsprechende Ausbildung verfügen.⁴³⁹ In jüngerer Zeit ist diese Differenzierung in der Kommentarliteratur⁴⁴⁰ auf Kritik gestoßen, weil nicht einzusehen ist, dass es einen Unterschied machen soll, ob sich die Familienangehörigen selbst behelfen oder Verwandte oder Bekannte einspringen. Haben die einspringenden Dritten durch Aufgabe ihrer beruflichen Erwerbstätigkeit ein Entgelt verloren, das unter dem liegt, das sich aus der Abgeltung ihrer Tätigkeit im Haushalt nach dem BAT ergibt, wurde dieser geringere Betrag als Bemessungsansatz herangezogen.⁴⁴¹ Ein höheres Entgelt hingegen, das diese durch Aufgabe ihrer Berufstätigkeit verloren haben, wurde für nicht ersatzfähig angesehen. ME müsste gerade gegenteilig verfahren werden.⁴⁴² Der einspringende Dritte verrichtet nämlich tatsächlich die Arbeit, die eine sonst einzustellende Ersatzkraft zu verrichten hätte. Was ihm gegenüber einer x-beliebigen Ersatzkraft an formaler Qualifikation abgeht, das macht er meist durch sein höheres Engagement mehr als wett. Der Ersatz des darüber hinausgehenden Entgelts aus der Aufgabe einer beruflichen Erwerbstätigkeit lässt sich zwanglos damit begründen, dass ein rationaler Dritter eine solche Tätigkeit allenfalls dann übernehmen würde, wenn er nicht weniger verdient, wobei er ohnehin das Risiko trägt, dass er ein Entgelt für die Führung des Haushalts nur solange verdient, als der entsprechende Bedarf gegeben ist. Wenn im Verletzungsfall anerkannt wird, dass sich zum entsprechenden BAT vor allem in großstädtischen Ballungsräumen keine geeigneten Ersatzkräfte finden lassen,⁴⁴³ so muss dies mutatis mutandis auch im Tötungsfall gelten; und zwar auch bei einer innerfamiliären Lösung und bei Einspringen von Verwandten oder Bekannten und nicht nur bei Einstellung einer Ersatzkraft.⁴⁴⁴ Entsprechendes gilt, wenn sich im ländlichen Raum ausnahmsweise derartige Ersatzkräfte zu einem Entgelt unter dem entsprechenden BAT finden lassen sollten.⁴⁴⁵ Der TVöD

⁴³⁶BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*).

⁴³⁷OLG München BeckRS 2012, 21370: Für München 8,50 EUR bei fiktiver Abrechnung.

⁴³⁸BGH VersR 1985, 365; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

⁴³⁹So auch *Küppersbusch/Höher*, Rn. 375.

⁴⁴⁰Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 28; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 144; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 69.

⁴⁴¹BGH NJW 1986, 715; NJW 1985, 1460; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

⁴⁴²*Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1995), S. 601 f.

⁴⁴³BGH NJW 2001, 149; OLG Hamm NZV 2002, 570; OLG Köln SP 2000, 307.

⁴⁴⁴Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 42.

⁴⁴⁵*Küppersbusch/Höher* Rn. 374; BGH NJW 1982, 2866.

hat seit dem 1.10.2005 den BAT abgelöst; die nunmehrigen 15 Entgeltgruppen und 6 Entgeltstufen bereiten Eingruppierungsprobleme.⁴⁴⁶ Vertreter der Haftpflichtversicherer⁴⁴⁷ nehmen seither Bezug auf den Tarifvertrag zwischen dem Deutschen Hausfrauenbund und der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten. Je nach gewöhnlichen Haushalten (Gruppe II) bzw. solchen mit Versorgung von Kindern (Gruppe IV) schwankte der Nettostundenlohn im Jahr 2010 je nach Bundesland in der Gruppe II zwischen 6,25 EUR und 6,76 EUR und in der Gruppe IV 7,01 EUR und 7,28 EUR. Dafür bekommt man aber nicht einmal in strukturschwachen Regionen eine brauchbare Aushilfe.⁴⁴⁸ Auch will gar nicht einleuchten, dass infolge der Umstellung des Tarifwerkes des öffentlichen Dienstes das Ersatzniveau von Haushaltsdienstleistungen signifikant sinken soll. Der Mindestlohntarif von 9,35 EUR brutto (im Jahr 2020) bildet nunmehr eine Untergrenze. Wenn das OLG Koblenz⁴⁴⁹ 8 EUR netto zuerkennt, wird das kaum der wirtschaftlichen Realität gerecht. Das OLG Frankfurt hat für die Region Odenwald, „weder ein herausragendes Hochlohngebiet noch ein nach unten abfallendes Niedriglohngebiet“ für das Jahr 2015 für einen reduzierten 5-Personenhaushalt einen Stundenlohn von 11,71 EUR angesetzt, wobei es immerhin Urlaubsgeld und Sonderzuwendung berücksichtigt hat. Auch das ist keinesfalls marktkonform.

87

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die gravierendste Einschränkung ist aber die Begrenzung auf den Nettolohn einer Ersatzkraft.⁴⁵⁰ Dies erfolgt unter Ausklammerung der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung durch einen 30%igen Abschlag vom Bruttolohn.⁴⁵¹ Begründet wird dies damit, dass es einen Hausfrauenmarkt nicht gebe und bei der Bemessung des Wertes zu berücksichtigen sei, dass der getötete Haushaltsführer an den Segnungen des Arbeits- und Sozialrechts nicht teilnehme.⁴⁵² Denkbar ist, dass insoweit § 845 nachwirkt, der seit mehr als einem halben Jahrhundert⁴⁵³ nicht mehr maßgeblich ist und bei dem es auf den Wert der vom Haushaltsführer erbrachten

⁴⁴⁶ *Pardey* DAR 2006, 671 (676 f.)

⁴⁴⁷ *Nickel/Schwab* SVR 2010, 11 ff.; *Jahnke* VGT 2010, 99, 121.

⁴⁴⁸ *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (681 f.) mit dem zusätzlichen Hinweis, dass wegen der sich an den unterschiedlichen Bedarf anpassenden Dienstleistungen angemessener Anknüpfungspunkt der Bewertung von Haushaltsdienstleistungen die Entgelte von Unternehmen seien, die solche Dienstleistungen anbieten, mögen diese auch um Verwaltungskosten und Gewinnanteile zu bereinigen sein.

⁴⁴⁹ OLG Koblenz NJW 2019, 3006 (*Luckey*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 235 (*Ch. Huber*).

⁴⁵⁰ BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 12.

⁴⁵¹ *Küppersbusch/Höher*, Rn. 376: Der jeweils konkrete Unterschiedsbetrag ist der Tabelle *Pardey*, Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, zu entnehmen.

⁴⁵² Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 12; *Küppersbusch/Höher* Rn. 368; *Steffen* VersR 1985, 605 (607).

⁴⁵³ BGHZ 38, 55 = NJW 1962, 2248 = LM § 842 BGB Nr. 1 (*Heuß*) = JZ 1963, 219 (*Eisser*) = JR 1964, 424 (*Göppinger*).

Dienstleistungen⁴⁵⁴ ankam. Maßgeblich ist mE aber, dass bei Erbringung der durch Tod vereitelten Haushaltsdienstleistungen eine Ersatzkraft eingesetzt werden muss, bei deren Einsatz all diese Kosten anfallen.⁴⁵⁵ Ob eine Gegenleistung durch eine Barauszahlung erbracht wird oder durch Abdeckung diverser Risiken im Wege der Entrichtung von Versicherungsleistungen, sollte keinen Unterschied machen.

88

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es wäre deshalb sachgerecht, vom vollen Bruttolohn auszugehen und Abschläge nur dann vorzunehmen, wenn die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge für den einspringenden Dritten nicht von Vorteil sind, weil er wegen seines Alters keine weitere Altersrente mehr erlangen kann oder er bereits krankenversichert ist. Da nicht davon auszugehen ist, dass der BGH seine Rechtsprechung ändern wird, sollte beim Einspringen von Dritten verlangt werden, dass die eine oder andere sozialrechtliche Absicherung sowie die damit verbundenen Beiträge, etwa für Kranken- oder Rentenversicherung, konkret verlangt werden, was insbesondere dann angebracht ist, wenn ein einspringender Dritter seine bisherige Berufstätigkeit aufgibt.⁴⁵⁶

89

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In der Literatur⁴⁵⁷ wird mit kaum überzeugenden Gründen versucht, die herrschende Judikatur zu billigen. *Röthel*⁴⁵⁸ verweist zunächst darauf, dass auch bei Verzicht auf die Einstellung einer Ersatzkraft ein fast genauso hoher Betrag zuerkannt wird. Dabei wird das Ausmaß der Lohnnebenkosten gehörig unterschätzt, geht es doch nicht bloß um den 30%igen Abzug, sondern zusätzlich um die Arbeitgeberanteile, so dass die Differenz 50 % oder mehr beträgt. Darüber hinaus verweist sie⁴⁵⁹ darauf, dass wie bei den Heilungskosten die Verwendungsfreiheit die Gefahr der Umgehung des § 253 in sich berge und es ebenfalls um immaterielle Faktoren wie Vertrautheit und familiäre Bindung gehe. Einerseits wird aber hier im Gegensatz zur abgelehnten Liquidierung fiktiver Heilungskosten bei Einspringen von Verwandten oder Bekannten eine Restitution durchgeführt, andererseits wird die Kategorie der familiären Vertrautheit gerade nicht abgegolten, sondern lediglich der Marktwert, der bei Einspringen einer x-beliebigen Ersatzkraft

⁴⁵⁴Darauf abstellend auch Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 42.

⁴⁵⁵Zur Ersatzfähigkeit solcher Kosten im österreichischen und schweizerischen Haftpflichtrecht *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (681); dazu OGH ZVR 2015/104 (*Ch. Huber*): Stundenlohn 23 EUR.

⁴⁵⁶So auch *Küppersbusch/Höher* Rn. 376.

⁴⁵⁷Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 141.

⁴⁵⁸Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 133, 141.

⁴⁵⁹Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 134.

anfele. Schließlich bemüht *Röthel*⁴⁶⁰ die Parallele zu § 249 Abs. 2 S. 2, wo bei Unterlassung einer Restitutionsmaßnahme die Mehrwertsteuer gekappt werde. Auch dieser Vergleich hinkt, können doch beim Sachschaden selbst bei Verzicht auf jegliche Restitution die Arbeitskraftkosten inklusive sämtlicher Lohnnebenkosten ersetzt verlangt werden. *Wagner*⁴⁶¹ befürwortet die Beschränkung des Ersatzes auf den Nettolohn damit, dass der Schaden ansonsten überkompensiert werde und der Abschlag einen gebotenen Anreiz zur möglichst kostengünstigen Behebung verschaffe. Dabei bleibt offen, weshalb eine Überkompensation vorliegen soll; und selbst wenn das so sein sollte, stellt sich die Frage, warum der Anreiz zur Selbstvornahme gerade durch Abzug in Höhe der Sozialversicherungsbeiträge erfolgen soll.

90

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

*Spindler*⁴⁶² verweist immerhin darauf, dass die Unterhaltersatzgläubiger gem. § 323 ZPO eine Aufstockung verlangen können, wenn sie wider Erwarten von der innerfamiliären Lösung oder dem Einspringen von Verwandten abweichen und eine Ersatzkraft einstellen wollen. Das ist deshalb bedeutsam, weil der BGH betont, dass das nach § 249 Abs. 2 zur Herstellung Erforderliche bei Abs. 2 nicht losgelöst von der konkret getroffenen Gestaltung beurteilt werden könne.⁴⁶³ In vielen Fällen führt dies dazu, dass sich die Hinterbliebenen unmittelbar nach dem schädigenden Ereignis – auch wegen der Vorenthaltung eines gebührenden Vorschusses – notdürftig behelfen und auf die Einstellung einer Ersatzkraft verzichten, was dazu führt, dass sie sich auf diese Art der Schadensbehebung für die Bemessung der künftigen Rente festlegen lassen müssen. ME müssen sie aber stets die Möglichkeit der Umstellung von der Netto- auf die Bruttoabrechnung bei Einstellung einer Ersatzkraft haben; und nicht nur dann, wenn wider Erwarten eine Fremdarbeitskraft benötigt wird.⁴⁶⁴

6. Teilgläubigerschaft und Quote bei Vorhandensein von Kindern

91

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴⁶⁰ Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 134.

⁴⁶¹ MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 69.

⁴⁶² Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 27.

⁴⁶³ BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; BGH VersR 1986, 790; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 44; *Ernst* VA 2008, 42 (46); *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682): Berücksichtigung der jeweiligen Leistungsfähigkeit; Zulässigkeit bis zur Grenze der *societas leonina*.

⁴⁶⁴ So bei einer bloß notdürftigen Schadensbehebung auch BGH VersR 1986, 790; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 78.

Bestehen neben Ansprüchen des hinterbliebenen Ehegatten auch Ansprüche der Kinder, hat jeder Gläubiger einen eigenen Anspruch. Wie beim Barunterhaltsanspruch stellt sich die Frage, welcher Anteil jedem Gläubiger zusteht. Während der BGH⁴⁶⁵ dem hinterbliebenen Ehegatten eine höhere Quote zubilligt – bei Konkurrenz mit einem Kind wird ein Verhältnis von 2:1 angenommen – weist das OLG Hamm⁴⁶⁶ zu Recht darauf hin, dass namentlich bei kleineren Kindern diesen eine höhere Quote zustehen muss, weil sie ein höheres Maß des Zeitbudgets des Haushaltsführers in Anspruch nehmen. Das beim Barunterhalt erörterte Phänomen der fixen Kosten existiert auch bei der Haushaltsführung, ohne dass dies im Rahmen der Zuweisung der Quoten bisher explizit diskutiert wurde. Vor allem bei kleineren Kindern werden sich direkt zurechenbare Zeiten, die der Haushaltsführer für diese verwendet, feststellen lassen. Mit Heranwachsen der Kinder wird zwar einerseits das Gesamtzeitbudget abnehmen, der relative Anteil der Kinder wird geringer werden, während sich andererseits der Anteil des überlebenden Ehegatten erhöht. Musste er so manche Komforteinbuße in der Haushaltsführung hinnehmen, solange die Kinder klein waren, wird das bei größeren Kindern anders zu beurteilen sein.

7.Vorteilsanrechnung: ersparter Unterhalt

92

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Anrechnung ersparten Unterhalts	ff.

Da der Anspruch nach Abs. 2 ein Schadensersatzanspruch ist, kommt eine Vorteilsausgleichung in Betracht.⁴⁶⁷ Bedeutsam ist vor allem die Anrechnung des ersparten Barunterhalts, wobei lediglich der Teil des Unterhalts in Betracht kommt, den der Haushaltsführer für seinen persönlichen Bedarf verwendet hätte, wobei die fixen Kosten auszuklammern sind. Deshalb wird sich typischerweise ein positiver Saldo ergeben.⁴⁶⁸ Maßgeblich sind insoweit nicht die tatsächlichen Verhältnisse, sondern der gesetzlich geschuldete Unterhalt. Der BGH sieht im Vorteilsausgleich ein Vehikel, das es ihm ermöglicht, eine Billigkeitskorrektur nach seinen Gerechtigkeitsvorstellungen vorzunehmen.⁴⁶⁹

93

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴⁶⁵BGH VersR 1984, 875; dazu Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn. 19.

⁴⁶⁶OLG Hamm zfs 1990, 341.

⁴⁶⁷BGHZ 56, 389 = NJW 1971; 2066; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn. 22.

⁴⁶⁸AA zu Unrecht *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 171b: Ein Unterhaltsschaden verbleibt idR nicht.

⁴⁶⁹Krit. dazu Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 204.

Hat der getötete Ehepartner die Kinder des überlebenden Ehepartners aus erster Ehe betreut, die nicht vom getöteten Ehepartner der zweiten Ehe adoptiert worden sind, so steht den Stiefkindern zwar kein Anspruch aus Abs. 2 zu; beim ersparten Unterhalt des überlebenden Ehepartners ist jedoch diese Dienstleistung bzw. der nunmehrige Mehrbedarf auf die Unterhaltersparnis anzurechnen.⁴⁷⁰ Wenn man das akzeptiert, schiene es folgerichtig, auch den Wegfall des Splittingtarifs und sonstiger steuerlicher Vergünstigungen bei den Werbungskosten und Sonderausgaben im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen.⁴⁷¹ Immerhin könnte man dafür ins Treffen führen, dass der getötete Haushaltsführer sich über die Steuerersparnis zum Teil selbst finanziert habe.⁴⁷² Das hat der BGH⁴⁷³ bisher freilich mit der Begründung abgelehnt, dass es sich um einen allgemeinen Vermögensschaden handle. Das ist auch zutreffend, was allerdings eine Berücksichtigung im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht ausschließen würde, handelt es sich doch auch bei den Betreuungsleistungen der Kinder des hinterbliebenen Ehegatten um einen nicht ersatzfähigen Nachteil.

94

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Sofern der getötete Haushaltsführer überobligationsgemäße Unterhaltsleistungen erbracht hat, soll eine Kürzung des Vorteilsausgleichs beim ersparten Unterhalt erfolgen können, frei nach der Devise, dass der getötete Haushaltsführer viel mehr geleistet, als er gekostet habe. Wenn der BGH freilich zu Recht das Ausmaß des gesetzlichen Unterhalts nach der getroffenen Absprache bzw. in Ermangelung einer solchen nach der tatsächlichen Gestaltung bemisst, stellt sich die Frage, nach welchem Maßstab er die Grenze desjenigen bestimmen möchte, was nach dem gesetzlichen Unterhalt noch obligationsgemäß ist und was darüber hinaus geht. Selbst Betreuungsleistungen zugunsten eines pflegebedürftigen Ehepartners wurden zu Recht als nach Abs. 2 ersatzfähig angesehen,⁴⁷⁴ weil die Ehe eben eine Risikogemeinschaft ist, die dazu führen kann, dass ein Partner aufgrund der Umstände stärker belastet wird als der andere. Dass dann das Nähen der eigenen Kleidung und das Ernten von Früchten nicht mehr zum gesetzlichen Unterhalt gehören, sondern eine überobligationsgemäße Leistung gewesen sein sollen,⁴⁷⁵ erscheint wenig folgerichtig.

95

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴⁷⁰BGH NJW 1984, 977.

⁴⁷¹ Ebenso *Höke* NZV 2016, 10 (11).

⁴⁷² *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682).

⁴⁷³BGH NJW 2004, 358; NJW 1979, 1501; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 240; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1431.

⁴⁷⁴BGH NJW 1993, 124; zurückhaltend demgegenüber OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 479: Pflegeleistungen des getöteten Ehepartners in einem die gesetzliche Verpflichtung weit übersteigenden Maße.

⁴⁷⁵BGH NJW 1979, 1501; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 22; kritisch *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682).

Das Ausmaß des anzurechnenden Unterhalts kann auch nicht generell mit dem Argument begrenzt werden, dass der hinterbliebene Ehegatte stets in der Lage sein müsse, mit der Unterhaltersatzrente eine Ersatzkraft zu bezahlen.⁴⁷⁶ Mag es im Regelfall auch so sein, dass die Substituierung des Haushaltsführers schon wegen des Fixkostenphänomens mehr kostet, als der hinterbliebene Ehegatte für seinen Unterhalt hätte aufwenden müssen, so sind doch derartige Konstellationen durchaus vorstellbar, insbesondere, wenn es sich um gehobene bürgerliche Verhältnisse handelt, bei denen dem Haushaltsführer schon zu dessen Lebzeiten Personal zur Unterstützung zur Verfügung stand.

96

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ist der Anspruch wegen Entgangs der Haushaltsführung wegen Mitverschuldens gekürzt, steht dem hinterbliebenen Ehegatten das Recht zu, den ersparten Unterhalt zunächst auf die ungedeckte Quote, also den nicht ersatzfähigen Schaden zu verrechnen.⁴⁷⁷

8. Wiederverheiratung

97

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Wiederverheiratung des hinterbliebenen Ehepartners	

Während beim Barunterhalt bloß eine Anrechnung erfolgt, wird vermutet, dass der neue Partner gegenüber dem getöteten gleichwertige Haushaltsdienstleistungen erbringt,⁴⁷⁸ eine durchaus angreifbare Vermutung. Nicht immer erwischt man in 2. Ehe einen Putzteufel, mitunter ist der Partner auf diesem Gebiet weniger tüchtig. Zudem hat der BGH⁴⁷⁹ ausgesprochen, dass der Schaden auch dann entfällt, wenn der neue Ehepartner zwar nicht den Haushalt führt, aber über eigene Erwerbseinkünfte verfügt, so dass daraus die Haushaltsführung finanziert werden kann. In der Literatur⁴⁸⁰ wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass der Unterhaltsanspruch wegen Entgangs der Haushaltsführung entfalle. Konsequenterweise müssten aber insoweit die gleichen Regeln gelten wie beim Barunterhalt, dass lediglich die konkreten Haushaltsleistungen anzurechnen sind. Das hat einerseits zur Folge, dass der gesamte Anspruch bei Beendigung der

⁴⁷⁶So aber Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 48.

⁴⁷⁷BGH NJW-RR 1986, 1400; NJW 1983, 2315; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 31; *Küppersbusch/Höher* Rn. 387; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 50; *Pardey* DAR 2006, 671 (679).

⁴⁷⁸*Luckey*, Personenschaden Rn. 1483 Fn. 1740.

⁴⁷⁹BGH NJW 1970, 1127.

⁴⁸⁰*Küppersbusch/Höher* Rn. 393.

zweiten Ehe wieder voll zum Aufleben kommt, aber auch, dass während der zweiten Ehe ein restlicher Anspruch verbleibt, wenn der neue Partner in Bezug auf die Haushaltsführung bzw. das aus der beruflichen Erwerbstätigkeit erzielte wirtschaftliche Substitut weniger leistungsfähig ist als der getötete Ehegatte. Wie der Barunterhaltsschaden kann der Anspruch wegen Entgangs der Haushaltsführung im Urteil nicht bis zur Wiederverheiratung zeitlich begrenzt werden.⁴⁸¹

9. Feststellungsklage

98

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Da denkbar ist, dass dem hinterbliebenen Ehegatten im weiteren Verlauf, etwa bei eigener Bedürftigkeit, ein Barunterhaltsanspruch gegen den Haushaltsführer in der Zukunft hätte zustehen können, kann er ein diesbezügliches Feststellungsbegehren erheben.⁴⁸²

III. Doppelverdieneren

1. Maßgeblichkeit der getroffenen Absprache bis zur Grenze der Angemessenheit

99

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Doppelverdieneren	ff.

Gerade in Doppelverdieneren kommt der Absprache zwischen den Ehegatten zentrale Bedeutung für den Umfang des gesetzlichen Unterhalts zu, und zwar sowohl für den Ehegattenunterhalt als auch für den Unterhalt der Kinder.⁴⁸³ Bis zur Grenze des offensichtlichen Missverhältnisses ist haftungsrechtlich die Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten zu respektieren.⁴⁸⁴ Beim Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 ist zu beachten, dass der Unterhaltsstandard der gesamten Familie durch das Erwerbseinkommen beider Ehegatten geprägt ist. Wer mehr zum Barunterhalt beiträgt, schuldet weniger Naturalunterhalt und umgekehrt, wobei auch insoweit die Absprachen zwischen den Ehegatten bzw. mangels solcher die tatsächliche Gestaltung maßgeblich ist.⁴⁸⁵ Sind beide Ehegatten beruflich erwerbstätig, ist zu prüfen, ob sie zusammen ebenso viel Zeit für die Haushaltsführung aufwenden wie ein

⁴⁸¹Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 40.

⁴⁸²BGH VersR 1984, 389; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 51.

⁴⁸³BGH NJW 1993, 124; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; Wussow/*Zoll*, Kap. 48 Rn. 1; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1374.

⁴⁸⁴BGH NJW 1985, 1460; *Küppersbusch/Höher* Rn. 407.

⁴⁸⁵*Küppersbusch/Höher* Rn. 401.

Haushaltsführer ohne berufliche Erwerbsarbeit oder sie wegen der beruflichen Beanspruchung manche Haushaltsdienstleistungen durch Marktleistungen substituieren, etwa Kleidungsstücke in eine Wäscherei geben, häufiger auswärts essen gehen und dergleichen.⁴⁸⁶ Zudem ist die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Ehegatten sowie dessen berufliche Beanspruchung, nicht nur in quantitativer Hinsicht, sondern auch der Intensität nach zu berücksichtigen, so dass sich eine mechanische Halbteilung verbietet.⁴⁸⁷

2. Barunterhalt

100

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Beim Barunterhaltsanspruch ist davon auszugehen, dass das gesamte erzielte Einkommen zwischen den Ehegatten im Verhältnis 1:1 aufgeteilt wird,⁴⁸⁸ jeder Ehegatte aber zu den Fixkosten im Verhältnis seines Einkommens beizutragen hat.⁴⁸⁹ In der Entscheidung NZV 1994, 475 hat der BGH eine Modellrechnung angestellt. Die Quintessenz liegt darin, dass die Fixkosten von Ehegatten, die beide berufstätig sind oder jeweils über eine Altersrente verfügen, im Verhältnis ihrer Bareinkommen zu tragen sind,⁴⁹⁰ während das restliche frei verfügbare Einkommen im Verhältnis von 50:50 zwischen den Ehegatten aufgeteilt wird.⁴⁹¹ Der Ehegatte kann einerseits neben den Fixkosten den Teil verlangen, den der Getötete zu seinem eigenen nach Abs. 2 geschuldeten restlichen Unterhaltungsniveau beigetragen hat, muss sich aber anrechnen lassen, dass auch er sich erspart, zu den persönlichen Bedürfnissen des Getöteten nun nicht mehr beitragen zu müssen.⁴⁹² Zu bedenken ist, dass sich diese Quoten entsprechend verändern, wenn neben dem überlebenden Ehegatten Kinder vorhanden sind.⁴⁹³

3. Haushaltsführung

101

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴⁸⁶BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; *Küppersbusch/Höher* Rn. 403.

⁴⁸⁷AA OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerKR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*): Keine Berücksichtigung des Lernens mit dem Kind und von Fahrdiensten für dieses durch den beruflich stärker beanspruchten Ehegatten.

⁴⁸⁸BGH NJW 1985, 49.

⁴⁸⁹Wussow/*Zoll*, Kap. 48 Rn. 2.

⁴⁹⁰So bereits BGH VersR 1984, 79; *Küppersbusch/Höher* Rn. 400.

⁴⁹¹So bereits BGH VersR 1987, 507; *Küppersbusch/Höher* Rn. 345, 398.

⁴⁹²Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 155.

⁴⁹³BGH NJW 1984, 979.

Der BGH⁴⁹⁴ hatte zunächst angenommen, dass bei Teilung der Haushaltsführung zwischen den beiden beruflich erwerbstätigen Ehegatten bei Tötung des einen der andere in Bezug auf die Haushaltsführung keinen Ersatz verlangen könne. Nunmehr⁴⁹⁵ hat er freilich erkannt, dass es auch bei der Haushaltsführung das Fixkostenphänomen gibt, das hier als „Rationalisierungsvorteil“ bezeichnet wird. Das hat zur Folge, dass selbst bei hälftiger Teilung des Haushalts ein ins Gewicht fallender Ersatzanspruch verbleibt. Auswirkungen hat die gemeinsame Haushaltsführung in einer Doppelverdiener Ehe auch insoweit, als der überlebende Ehegatte nicht verlangen kann, auf der Basis einer Ersatzkraft abzurechnen, die zur Leitung des Haushalts in der Lage ist.⁴⁹⁶ Das ist jedenfalls dann bedenklich, wenn der Getötete derjenige war, der die Leitungsfunktion im Haushalt wahrgenommen hat, während der überlebende Ehegatte bloß Hilfsdienste geleistet hatte. Diese Grundsätze müssen auch bei einem Rentnerehepaar gelten.⁴⁹⁷

4. Mitwirkung im Geschäft, Betrieb oder Beruf des Ehegatten

102

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nach § 845 konnte der überlebende Ehegatte Ersatz für den Wert der Dienstleistungen seines getöteten Ehepartners verlangen, die dieser ihm im Rahmen der ehelichen Beistandspflicht zu erbringen hatte, auch soweit es sich um Tätigkeiten in seinem Geschäft oder Betrieb handelte. Ob eine solche Arbeitsleistung für den angemessenen Familienunterhalt erforderlich war, darauf kam es nicht an. Zu ersetzen war der Wert der entgangenen Dienstleistungen. Die Auswirkungen des Arbeitsausfalls des Ehegatten sind aber nunmehr ausschließlich nach § 844 Abs. 2 zu beurteilen.⁴⁹⁸ Ersatzfähig ist ein derartiger Arbeitskraftausfall somit nur noch dann, wenn dessen wirtschaftliches Ergebnis sich auf den Unterhaltsstandard des hinterbliebenen Ehegatten und der Kinder ausgewirkt hat.⁴⁹⁹

103

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁴⁹⁴BGH NJW 1985, 49.

⁴⁹⁵BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783; zust. *Schlund* NZV 1988, 60; *Macke* NZV 1989, 249 (253 f.).

⁴⁹⁶Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 47.

⁴⁹⁷AA zu Unrecht *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 173d: Versagung jeglichen Anspruchs.

⁴⁹⁸BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196 = JuS 1981, 294 (*Emmerich*); Wussow/*Zoll*, Kap. 48 Rn. 5; zu Unrecht krit. *Frank* in FS Stoll, 143 (152).

⁴⁹⁹MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 65; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 131.

War der getötete Ehegatte zwar familienrechtlich gem. § 1353 Abs. 1 zur Mitarbeit verpflichtet,⁵⁰⁰ hat sich die Mitarbeit aber auf den Unterhaltsstandard der Familie nicht ausgewirkt, weil es bloß um die Förderung ideeller Interessen des überlebenden Ehegatten ging, die sich nicht in klingender Münze oder sonstigen vermögenswerten Vorteilen niedergeschlagen haben, so ist ein solcher Nachteil im Wege des § 844 Abs. 2 nicht ersatzfähig.⁵⁰¹ Soweit eine Mitarbeit des getöteten Ehegatten in einem Familienunternehmen erfolgte, sind nicht allein die Bezüge aus dessen Anstellungsvertrag zugrunde zu legen; zu ermitteln ist vielmehr, wie hoch der Beitrag des Getöteten zum Unternehmenserfolg zu taxieren ist.⁵⁰²

104

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ob der Einsatz für den finanziellen Unterhaltsbedarf erforderlich war,⁵⁰³ darauf kommt es nicht an. Auch wenn der Haushaltsführer ein zusätzliches Erwerbseinkommen erzielt, sind in einer intakten Familie die Einkünfte daraus für den Familienunterhalt heranzuziehen. Warum bei Mitwirkung im familieneigenen Unternehmen Gegenteiliges gelten sollte, wäre nicht einzusehen. Auch die Differenzierung, ob die Mitarbeit auf familien-, arbeits- oder gesellschaftsrechtlicher Grundlage erfolgte,⁵⁰⁴ kann mE ebenso dahingestellt bleiben wie der Umstand, ob die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand gelebt oder eine Gütergemeinschaft begründet haben.⁵⁰⁵ Selbst wenn der Ehemann, der selbst überschuldet war, im Unternehmen der Ehefrau unentgeltlich mitgewirkt und auf diese Weise zum Familienunterhalt beigetragen hat, hat eine solche Absprache zwischen den Ehegatten der Schädiger haftungsrechtlich selbst dann hinzunehmen, wenn diese Konstruktion gewählt wurde, um Gläubiger zu benachteiligen.⁵⁰⁶

104a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Haftungsrechtlich kommt es allein darauf an, zu welchen vermögenswerten Vorteilen eine solche Tätigkeit geführt hat und wie sich diese auf die Unterhaltsansprüche des überlebenden Ehegatten sowie der Kinder ausgewirkt haben. Auch das Abstellen darauf, ob die Mitarbeit „über das Maß

⁵⁰⁰Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn. 6 unter Hinweis auf eine derartige Pflicht in kleineren Familienbetrieben.

⁵⁰¹BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196 = JuS 1981, 294 (Emmerich): Förderung der Tätigkeit des Mannes als Volleyballtrainer durch Übersetzungs- und Bürotätigkeiten ohne zusätzliche finanzielle Abgeltung; Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn. 6.

⁵⁰²BGH NJW 1984, 979; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1362; Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 131.

⁵⁰³So Geigel/Pardey, Kap. 8 Rn. 42, 44.

⁵⁰⁴Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 131; Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 844 Rn. 23 jeweils unter Hinweis auf BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196 = JuS 1981, 294 (Emmerich).

⁵⁰⁵AA BGH VersR 1963, 635; Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn. 7.

⁵⁰⁶OLG Naumburg FamRZ 2016, 842.

des unterhaltsrechtlich Gebotenen hinausgeht“,⁵⁰⁷ erscheint mE schwer justiziabel, müsste doch in einem ersten Schritt normativ festgelegt werden, was unterhaltsrechtlich geboten ist; und das kann je nach Anspruchsniveau der Beteiligten sehr unterschiedlich sein.

IV. Anspruch des Kindes bei Tötung eines Elternteils

1. Bedürftigkeit als Anspruchsvoraussetzung (§ 1602)

105

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Kindesansprüche bei Tötung eines Elternteils	ff.

Während der Unterhaltersatzanspruch eines Ehegatten unabhängig von dessen Bedürftigkeit besteht, hat der Unterhaltersatzanspruch eines Kindes zur Voraussetzung, dass dieses gem. § 1602 bedürftig ist.⁵⁰⁸ Eine solche Bedürftigkeit ist dann zu verneinen, wenn das Kind selbst über ausreichende Einkünfte verfügt bzw. die Bedürftigkeit durch zumutbare Maßnahmen hätte abwenden können.⁵⁰⁹ In einem solchen Fall hätte dann auch zu Lebzeiten des Unterhaltsschuldners kein gesetzlicher Unterhaltsanspruch bestanden. So ist das jedenfalls beim Barunterhalt. Umstritten ist das beim Naturalunterhalt, weil zu Lebzeiten des Naturalunterhaltsschuldners dessen Pflicht nicht von der Bedürftigkeit des Kindes abhängig ist, bei dessen Tod aber stets nur ein auf Geld gerichteter Anspruch besteht. In jedem Fall hat die durch den Schadensfall ausgelöste Beseitigung der Bedürftigkeit, die daher rührt, dass das Kind vom getöteten Unterhaltsschuldner Vermögen geerbt hat, im Rahmen der Bedürftigkeit unberücksichtigt zu bleiben;⁵¹⁰ sie wirkt sich gegebenenfalls erst im Rahmen des Vorteilsausgleichs aus.⁵¹¹ Zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern bestehen keine Unterschiede (§ 1615a).⁵¹²

2. Barunterhalt

106

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵⁰⁷So *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2012, 7, 22.

⁵⁰⁸BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745; Wussow/*Zoll*, Kap.49 Rn. 1.

⁵⁰⁹OLG Köln VersR 1992, 1416 (Ls.); Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 23.

⁵¹⁰Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 14 unter Berufung auf BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745.

⁵¹¹Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 161.

⁵¹²Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 32.

Wie beim Ehegatten ist das Ausmaß des Unterhaltersatzanspruchs abhängig von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners. Es ist eine Prognose anzustellen, wie viel der Unterhaltsschuldner künftig verdient hätte. Wie beim Erwerbsschaden ist nicht davon auszugehen, dass eine Person auf Dauer ohne ein durch Betätigung ihrer Arbeitskraft erzieltetes Einkommen geblieben wäre, was namentlich bei jungen Getöteten bedeutsam ist.⁵¹³ Ist der Unterhaltsanspruch gegen den lebenden Elternteil – etwa wegen unbekanntem Aufenthalts – nicht durchsetzbar, haftet der getötete Elternteil nach § 1607 Abs. 2, so dass auch insoweit ein Anspruch nach § 844 Abs. 2 zu bejahen ist.⁵¹⁴

107

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der entgangene Barunterhalt eines Kindes ist vom Ansatz her ebenso zu ermitteln wie der des hinterbliebenen Haushaltsführers. Abzuziehen sind vorweg die fixen Kosten.⁵¹⁵ Diese sind auf die Unterhaltersatzgläubiger aufzuteilen. Vom sodann verbleibenden verfügbaren Einkommen ist für den jeweiligen Unterhaltersatzgläubiger eine Quote zu bilden. Beide Beträge zusammen ergeben den geschuldeten Unterhaltersatzbetrag. Es ist daher an dieser Stelle bloß auf Besonderheiten einzugehen, die sich beim entgangenen Barunterhalt eines Kindes gegenüber dem korrespondierenden Anspruch eines Haushaltsführers ergeben (→ Rn. 33 ff.):

108

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei den Fixkosten wird angenommen, dass dem überlebenden Elternteil ein höherer Anteil zugebilligt wird als dem Kind. Bei einem Kind wird ein Verhältnis von 2:1 gebilligt,⁵¹⁶ bei zwei Kindern ein solches von 2:1:1.⁵¹⁷ Beim verfügbaren Einkommen ist zu beachten, dass nach dem Alter der Kinder zu differenzieren ist.⁵¹⁸ Der Barunterhaltsanspruch steigt mit dem Alter des Kindes. Die Rechtsprechung hat es für zulässig, aber auch geboten angesehen, Differenzierungen in der Weise vorzusehen, dass Staffeln gebildet werden von null bis sechs Jahre, von sechs bis zwölf Jahre und ab zwölf Jahre.⁵¹⁹ *Küppersbusch/Höher*⁵²⁰ verweisen

⁵¹³ OLG Karlsruhe VRR 2005, 188 (*K. Böhm*).

⁵¹⁴ *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (646).

⁵¹⁵ BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Lucky*): Billigung in einer Höhe von 40 % des Einkommens.

⁵¹⁶ BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Lucky*).

⁵¹⁷ BGH NJW 1988, 2365; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 23.

⁵¹⁸ BGH NJW-RR 1988, 66; dazu *Nehls* FamRZ 1988, 696 f.; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 5; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1394; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 346; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 15; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 122; *Macke* NZV 1989, 249 (250 ff.)

⁵¹⁹ BGH NJW-RR 1988, 66 – dazu *Nehls* FamRZ 1988, 696; BGH NJW 1986, 715.

darauf, dass diese Vorgabe in der – außergerichtlichen – Praxis schwer zu verwirklichen ist, weil eine Änderung der Quote zur Folge hat, dass auch die Unterhaltsansprüche der übrigen Unterhaltersatzgläubiger neu berechnet werden müssen. Das ist freilich bloß eine weitere Komplikation unter mehreren; auch Änderungen beim überlebenden oder getöteten Ehegatten, zB dessen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben und der Bezug einer gegenüber dem Erwerbseinkommen niedrigeren Altersrente oder die Aufnahme einer zumutbaren beruflichen Erwerbstätigkeit des Haushaltsführers haben Auswirkungen auf die Unterhaltersatzansprüche sämtlicher Unterhaltersatzgläubiger.

109

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Konstellationen, bei denen Vater und Mutter nicht verheiratet sind, sind heute keine Seltenheit. Bei Tötung eines Elternteils stellt sich die Frage, ob das unterhaltsberechtignte Kind die gesamten Fixkosten geltend machen kann oder bloß den Anteil, der auf das Kind entfallen wäre wie bei aufrechter Ehe. Der BGH⁵²¹ hat sich mE zu Unrecht für den Zuspruch der bloß anteiligen Kosten entschieden.⁵²² Zu bedenken ist, dass die Zielsetzung des § 844 Abs. 2 im Ersatz des gesamten Unterhalts des Kindes liegt und es gerade das Wesen der fixen Kosten ist, dass diese unabhängig von der Anzahl der Familienmitglieder (nahezu) konstant bleiben. Auf die Frage der verfassungskonformen Auslegung des § 1615I Abs. 2 S. 3 kommt es – entgegen der Ansicht des BGH – daher beim Umfang des Ersatzanspruchs nach § 844 Abs. 2 nicht an.⁵²³ Der BGH orientierte sich dabei an der E BGH NVW 2006, 2687, die für das Verhältnis von Vater und Mutter, die in einer außerehelichen Gemeinschaft ein Kind gezeugt haben, ausgesprochen hat, dass für die Bemessung des Betreuungsunterhalts der Mutter nach Beendigung der außerehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1615I Abs. 2 und 3) andere Grundsätze gelten als in einer gescheiterten Ehe (§ 1570). Abgesehen davon, dass diese Differenzierung mittlerweile beseitigt worden ist, kommt es für das Schadenersatzrecht nicht auf das Innenverhältnis zwischen Mutter und Vater an, sondern darauf, dass der volle Unterhaltsstandard des Kindes aufrechterhalten bleiben muss – selbst unter Inkaufnahme, dass die nicht unterhaltsberechtignte Mutter davon profitiert, solange das Kind im gleichen Haushalt wie sie lebt.⁵²⁴ Das hat der österreichische OGH im Unterschied zum deutschen BGH erkannt.

110

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵²⁰ Küppersbusch/Höher Rn. 350.

⁵²¹ BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (Luckey).

⁵²² Diesem folgend OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071.

⁵²³ Großzügiger daher zu Recht der österreichische OGH ZVR 2011/120 und 121, jeweils mit Anm. Ch. Huber.

⁵²⁴ Ch. Huber VersR 2013, 129 (134).

Was die Höhe der Quote betrifft, so besteht Einigkeit darüber, dass diejenige nach der Düsseldorfer Tabelle zu niedrig ist.⁵²⁵ In gestörten Familienverhältnissen werden zwei Haushalte geführt, so dass wegen der dadurch anfallenden höheren Kosten für die Kinder bloß ein geringerer Anteil verbleibt. In intakten Familien steht den Kindern je nach Alter eine Quote zwischen 15 und 20 % zu, wobei die Quote des einzelnen Kindes naturgemäß umso geringer ausfallen muss, je mehr Kinder vorhanden sind.⁵²⁶ Bei einem Kind, das studiert, kann die Quote auch mehr als 20 % ausmachen; gebilligt wurden etwa 22,5 %, und das selbst bei zwei Kindern⁵²⁷ bzw. 23,5 %.⁵²⁸ Je geringer das Erwerbseinkommen, eine umso höhere Quote ist geboten. Bei sehr hohem Einkommen ist zu beachten, dass der Kindesunterhalt einer Sättigungsgrenze unterworfen ist. Das führt dazu, dass sich der Unterhaltersatzanspruch bei sehr hohem Einkommen nicht nach einer Quote des Einkommens bemisst,⁵²⁹ sondern an eine am erzieherisch sinnvollen Bedarf des Kindes orientierte Höchstgrenze stößt.⁵³⁰ Für diese ist zwar nicht der Betrag maßgeblich, den die Düsseldorfer Tabelle als Höchstbetrag ausweist; es liegt aber dann außer Verhältnis, wenn dieser um das Vierfache überschritten ist.⁵³¹ Eine solche Sättigungsgrenze wird umso mehr zu beachten sein, je jünger ein Kind ist, weil derart hohe Unterhaltsbeträge pädagogisch kontraproduktiv sind. Selbst bei einem studierenden Kind hat das OLG Celle⁵³² ausgesprochen, dass die Obergrenze bei einem Durchschnittseinkommen eines ledigen Angestellten anzusetzen ist, weil ein höherer Betrag das Streben nach Wissen und Bildung beeinträchtigt und der Hang zum Müßiggang und zur Vernachlässigung der Ausbildung gefördert würde.⁵³³ Dieser Gedanke trägt aber etwa dann nicht, wenn das Kind im Ausland studiert und die dortigen Lebenshaltungskosten unter Einschluss der Studiengebühren deutlich höher sind als in Deutschland. Lebt das Kind nicht im gemeinsamen Haushalt, sind die Werte nach der Regelbedarfsverordnung maßgeblich.⁵³⁴

3. Betreuungsunterhalt

111

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Betreuungsunterhalt	ff.

⁵²⁵BGH NJW 1985, 1460; VersR 1986, 39; OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1478; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 3; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 77.

⁵²⁶BGH VersR 1986, 39; NJW 1986, 715; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 3.

⁵²⁷BGH NJW-RR 1988, 66.

⁵²⁸BGH NJW 1988, 2365.

⁵²⁹Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 20.

⁵³⁰BGH NJW-RR 1988, 66; dazu *Nehls* FamRZ 1988, 696; OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 1440; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 6 f.; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 123; *Macke* NZV 1989, 249 (252 f.)

⁵³¹BGH NJW-RR 1988, 66.

⁵³²OLG Celle VersR 1976, 594 (Ls.).

⁵³³So auch MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 73: Kein Leben in Saus und Braus.

⁵³⁴Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 77.

Während der Barunterhalt mit steigendem Alter des Kindes zunimmt, verhält es sich beim Betreuungsunterhalt gerade gegenläufig.⁵³⁵ Bei diesem spielt weniger die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern eine Rolle, sondern die Angewiesenheit des Kindes.⁵³⁶ Auch insoweit sind Altersstaffeln zu bilden,⁵³⁷ zumindest solche von null bis sieben Jahren und von sieben bis achtzehn Jahren.⁵³⁸ Bei entsprechenden Aktivitäten der Kinder und dadurch ausgelösten Fahrdiensten der Eltern kann die Herabsetzung des Zeitumfangs geboten sein.⁵³⁹

111a

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der ersatzfähige Unterhalt soll mit achtzehn Jahren enden,⁵⁴⁰ was insofern fragwürdig ist, als in intakten Familien – insbesondere im „Hotel Mama“ – auch einem volljährigen Kind noch Betreuungsleistungen – jedenfalls in eingeschränktem Maß⁵⁴¹ – erbracht werden, die bei einem studierenden Kind als nach § 844 Abs. 2 ersatzfähige Unterhaltsleistungen betrachtet werden sollten,⁵⁴² wofür spricht, dass die Eltern bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des Kindes Kindergeld beziehen.⁵⁴³ Während die Rechtsprechung⁵⁴⁴ beim Betreuungsunterhalt dem hinterbliebenen Ehegatten eine höhere Quote als dem Kind zubilligt, ist das insbesondere bei Kleinkindern abzulehnen. *Röthel*⁵⁴⁵ verweist zu Recht darauf, dass dem Kind insoweit zumindest ebenso hohe Anteile, eher aber noch höhere Anteile zuzubilligen sind.⁵⁴⁶ Nicht angemessen wäre es, auf die Möglichkeit einer Abänderung nach § 323 ZPO zu verweisen.⁵⁴⁷ Bei Kindern ab

⁵³⁵MüKoBGB⁷/Wagner § 844 Rn. 40.

⁵³⁶Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 190.

⁵³⁷BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (Höher).

⁵³⁸BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

⁵³⁹Luckey, Personenschaden, Rn. 1500.

⁵⁴⁰OLG Oldenburg NZV 2010, 156. Bei Begrenzung des Betreuungsunterhalts mit dem 18. Lebensjahr ist dann freilich eine Barunterhaltspflicht des bis dahin betreuungspflichtigen Elternteils zu prüfen.

⁵⁴¹So auch Luckey, Personenschaden, Rn. 1397.

⁵⁴²So auch OLG Hamm FamRZ 1987, 1028.

⁵⁴³AA Kreuter-Lange in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 151: Ende mit dem vollendeten 18. Lebensjahr.

⁵⁴⁴BGH NJW 1974, 1238.

⁵⁴⁵Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 152.

⁵⁴⁶So auch OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

⁵⁴⁷BGH NJW-RR 1990, 962.

vierzehn Jahren ist eine Mithilfepflicht im Haushalt zu berücksichtigen.⁵⁴⁸ Umstritten ist, ob ein volljähriges Kind Anspruch auf Betreuungsunterhalt hat. Während der Wortlaut des § 1606 Abs. 3 S. 2 bloß von einem minderjährigen Kind spricht, wird dem sich in Ausbildung befindlichen Kind ein solcher Anspruch zumindest für eine Übergangsphase zugebilligt, auch wenn er umfänglich sehr viel geringer ausfällt.⁵⁴⁹ Dem pflegebedürftigen Kind steht ein Betreuungsunterhalt gegen die Eltern zu, selbst wenn es verheiratet ist und sein Ehegatte zur Pflege nicht in der Lage ist.⁵⁵⁰ Das vom Kind gem. § 37 SGB XI bezogene Pflegegeld ist dabei auf den diesbezüglichen Unterhaltsanspruch anzurechnen.⁵⁵¹ Die Leistungsfähigkeit des unterhaltsverpflichteten Elternteils spielt auch beim Betreuungsunterhalt eine bedeutsame Rolle. Wäre diese – etwa wegen Alkoholproblemen der Mutter⁵⁵² – auch bei deren Weiterleben nicht gegeben gewesen, scheidet ein Anspruch nach § 844 Abs. 2 aus. Anders verhält es sich freilich, wenn ein (sensibles) Kind nach Tötung der Mutter, die das Kind womöglich nicht besonders fürsorglich, aber immerhin einigermaßen ordentlich versorgt hat, wegen seiner auf den Tod der Mutter eintretenden Schwererziehbarkeit nicht bei einer Pflegefamilie betreut werden kann, sondern in einem Heim untergebracht werden muss. Dann sind auch die wesentlich höheren Kosten – in einer Größenordnung von derzeit ca. 4.000 EUR⁵⁵³ – vom Schädiger zu ersetzen.⁵⁵⁴ Das OLG Celle⁵⁵⁵ verweist zutreffend darauf, dass auch bei § 844 Abs. 2 der Schädiger den Anspruchsberechtigten so zu nehmen hat, wie er ist. Wenn die Großmutter die Betreuung eines Kleinkindes übernimmt, hat das OLG Naumburg⁵⁵⁶ von den verwendeten Tabellen einen Abschlag von 20 % für berechtigt angesehen, weil diese – anders als eine fremde Ersatzkraft – den Haushalt nicht völlig neu organisieren muss, sich bestimmte Tätigkeiten mit der eigenen Haushaltsführung überschneiden und die Großmutter – im konkreten Fall – keine Ausbildung und Fähigkeiten wie eine Ersatzkraft hat. Der Abschlag erfolgte mE zu Unrecht, weil die Tabelle die Arbeitskraft des getöteten Haushaltsführers mit dem Lohn einer Ersatzkraft bewertet, nicht aber die Neuorganisation bei Einspringen einer fremden Ersatzkraft berücksichtigt. Abgesehen davon, dass nicht der Lohn einer ausgebildeten Pädagogin zugrunde gelegt wird, macht die Großmutter des Kindes die nicht durch eine formale Ausbildung nachgewiesene Kompetenz durch menschliche Wärme und besonderes Engagement für das eigene Enkelkind mehr als wett.⁵⁵⁷

⁵⁴⁸BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Naumburg NJOZ 2005, 1206.

⁵⁴⁹BGH VersR 1973, 84; OLG Hamm NJW-RR 1987, 539; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 167; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 79.

⁵⁵⁰BGH NJW 2006, 2327 = r + s 2006, 519 (kritisch dazu *Bliesener*).

⁵⁵¹BGH NJW 2006, 2327.

⁵⁵²So in OLG Köln NJWE-VHR 1996, 152.

⁵⁵³VG Saarlouis BeckRS 2011, 49992; BayVGH FamRZ 2011, 331 = BeckRS 2011, 46870.

⁵⁵⁴Wenker VersR 2014, 680 (684).

⁵⁵⁵OLG Celle NZV 2004, 307; NJW-RR 2004, 380: Regressanspruch gem. § 95 Abs. 1 SGB VIII. Die monatliche Höhe ist freilich jeweils nicht abgedruckt.

⁵⁵⁶OLG Naumburg NJOZ 2005, 1206.

⁵⁵⁷Krit. auch *Pardey* DAR 2006, 671 (677).

4. Aufteilung zwischen Barunterhalt und Betreuungsunterhalt nach Absprache der Eltern

112

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie beim Ehegattenunterhalt ist auch beim Kindesunterhalt die Absprache der Eltern hinsichtlich der Aufteilung der Unterhaltsarbeit zu beachten, sofern nicht ein krasses Missverhältnis vorliegt.⁵⁵⁸ Insoweit kann bei Tötung eines Elternteils sowohl ein Anspruch auf Bar- als auch auf Betreuungsunterhalt in Betracht kommen.⁵⁵⁹ Der Umstand, dass der hinterbliebene Ehegatte nach Tötung des Unterhaltsschuldners nunmehr den gesamten Kindesunterhalt leistet, ist nach § 843 Abs. 4 unbeachtlich, weil eine solche Unterhaltsleistung den Schädiger nicht entlasten soll.⁵⁶⁰

5. Verlust beider Eltern

113

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Kindesansprüche bei Verlust beider Eltern	ff.

Verlieren die Kinder bei einem Unfall beide Eltern, ist ihnen sowohl der gesamte Bar- als auch Naturalunterhalt zu ersetzen. Mitunter springen Großeltern bzw. andere Verwandte ein oder die Kinder werden in einem Heim untergebracht. Beim Barunterhalt sollen sich die Kinder einen Abschlag bei den fixen Kosten gefallen lassen müssen, wenn die Großeltern in die Wohnung der Eltern ziehen.⁵⁶¹ Das ist aber mE nur insoweit geboten, als es dadurch bei den Großeltern zu einer Kostenersparnis kommt. Behalten diese ihren angestammten Wohnsitz, wird das nicht oder in nicht nennenswertem Umfang der Fall sein.

114

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵⁵⁸BGH NJW 1988, 2365; VersR 1984, 79; OLG Oldenburg NZV 2010, 156; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn. 14; Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 162.

⁵⁵⁹Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn. 11.

⁵⁶⁰BGH VersR 1971, 1043; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn. 13.

⁵⁶¹BGH NJW 1986, 715: 50 % der Fixkosten – dazu Eckelmann/Nehls DAR 1986, 284; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn. 17.

Abgelehnt hat es der BGH,⁵⁶² den Betreuungsunterhalt nach den Pflegegeldsätzen der Jugendämter zu bemessen, weil es sich insoweit um bloße Anerkennungsbeträge, nicht aber eine angemessene Abgeltung des Arbeitskrachteinsatzes handelt. Auch wenn zu bedenken ist, dass bei Einspringen von Großeltern oder sonstigen Verwandten eine günstigere Zeiteinteilung möglich ist als bei Einstellung einer Ersatzkraft, so sind doch deren Kosten und nicht die Sätze von Pflegefamilien der maßgebliche Anhaltspunkt für das Ausmaß des Ersatzes.⁵⁶³ Auch wenn das praktikabel sein mag,⁵⁶⁴ so ist der Ansatz des Regelbedarfs für den Betreuungsbedarf eine völlig frei gegriffene und willkürliche Größe, so dass diese mE für die Bemessung des Betreuungsbedarfs nicht geeignet ist.⁵⁶⁵ Bei Unterbringung der Kinder in einem Pflegeheim sind die konkret anfallenden Kosten zu ersetzen.⁵⁶⁶ Maßgeblich sind jeweils die Kosten der zumutbarerweise konkret gewählten Abhilfe.⁵⁶⁷ Bei innerfamiliärem Auffangen sind die Nettokosten einer Ersatzkraft zugrunde zu legen, zu denen Sozialversicherungsbeiträge kommen können, wenn der einspringende Familienangehörige eine berufliche Erwerbstätigkeit aufgegeben hat.⁵⁶⁸

6. Anrechnung von Vorteilen

115

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie beim hinterbliebenen Ehegatten stellt sich beim Unterhaltersatzanspruch von Kindern die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Einkünfte aus dem geerbten Vermögen bzw. einer Lebensversicherung anzurechnen sind. Bei einem Kind ist zusätzlich zu beachten, dass – anders als beim Ehegatten – ein Unterhaltsanspruch schon dann nicht gegeben ist, wenn es nicht bedürftig ist (§ 1602 Abs. 1 und 2). Einigkeit besteht, dass Vorteile aus einer Erbschaft oder Versicherung, und zwar sowohl der Stamm als auch die Einkünfte daraus nicht anzurechnen sind, sofern diese bei Weiterleben des Getöteten nicht für den Unterhalt verwendet worden wären

⁵⁶²BGH NJW 1986, 715; 1985, 1460; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 78; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 18; MüKoBGB/*Wagner* § 844 Rn. 76; vgl. aber Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 149: Immerhin Orientierungshilfe.

⁵⁶³BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

⁵⁶⁴So OLG Stuttgart VersR 1993, 1536 unter Hinweis auf einen Vorschlag des 15. VGT.

⁵⁶⁵In der Entscheidung OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1478 wurde dieser Betrag zwar als Mindestersatz zuerkannt, aber nur deshalb, weil der Geschädigte überhaupt keine anderen Angaben gemacht hatte.

⁵⁶⁶LG Duisburg VersR 1985, 698; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1378; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 19.

⁵⁶⁷Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 37.

⁵⁶⁸BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425.

(Quellentheorie).⁵⁶⁹ Dies ist damit zu begründen, dass das Kind diese Vermögenswerte auch ohne Tötung – zu einem späteren Zeitpunkt – erhalten hätte.

116

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Sofern freilich das Kind über eigene Einkünfte verfügt, sei es aus eigener Erwerbstätigkeit oder einer unabhängig vom schädigenden Ereignis zugefallenen Erbschaft, ist insoweit kein Unterhaltsanspruch gegeben, so dass auch ein Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 nicht in Betracht kommt.⁵⁷⁰ Umstritten ist die Frage, ob sich ein Kind Einkünfte aus der Erbschaft des Vaters auf den Anspruch auf Ersatz des Betreuungsunterhalts bei Tötung der Mutter anrechnen lassen muss. In einer älteren Entscheidung⁵⁷¹ hat das der BGH mit der Begründung bejaht, dass zwar zu Lebzeiten der Mutter der Anspruch gegen diese auch dann bestehe, wenn das Kind über eigene Einkünfte verfüge, im Zeitpunkt des Todes der Mutter der Anspruch aber ohnehin nur auf Geldersatz gerichtet sei. Dagegen bestehen mE Bedenken:⁵⁷² Werden schon beim Barunterhalt Erträge aus der Erbschaft des getöteten Unterhaltsschuldners nicht angerechnet, muss das umso mehr für den Betreuungsunterhalt gelten, weil dieser von der finanziellen Bedürftigkeit des Kindes unabhängig ist. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass dieser Geldbetrag ohne schädigendes Ereignis nicht für den Unterhalt verwendet worden wäre (Quellentheorie), sondern das Kind ohne schädigendes Ereignis die Einkünfte aus dem Vermögen zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin erhalten hätte.⁵⁷³

7. Adoption

117

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz Dritter bei Tötung	Adoption	

⁵⁶⁹BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115 = JuS 1992, 443 (*Ruland*); BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 55 (*Weber*); dazu *Rudloff* VersR 1979, 1152; *Küppersbusch/Höher* Rn. 352, 355, 420.

⁵⁷⁰Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 22; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1405.

⁵⁷¹BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745; diese referierend Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 30; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 23 f.; *Küppersbusch/Höher* Rn. 389.

⁵⁷²Krit. gegenüber der hM auch Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 165; *Eckelmann/Nehls/Schäfer* DAR 1982, 377; im Einzelnen *Ackmann* JZ 1991, 818 ff., 967 ff.

⁵⁷³Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 210 f.

Durch die Adoption wird der Unterhaltersatzanspruch des Kindes anders als der des hinterbliebenen Ehegatten bei dessen Wiederverheiratung nicht gemindert.⁵⁷⁴ Einerseits ist der Unterhaltsanspruch des Kindes von dessen Bedürftigkeit abhängig, so dass es keinen Unterhaltsanspruch gegen die Adoptiveltern hat, solange der Unterhaltersatzanspruch gegen den Schädiger besteht. Es droht somit – anders als bei einem Ehegatten – keine Gefahr der Doppelliquidation. Andererseits sprechen pragmatische Gründe dafür, den Schädiger nicht aus der Pflicht zu entlassen. Fest steht nämlich, dass die Leistungen von Pflegeeltern als freiwillige Leistungen Dritter anzusehen sind, die nach der Wertung des § 843 Abs. 4 nicht zur Entlastung des Schädigers führen sollen. Würde im Fall einer Adoption gegenteilig verfahren, so würde eine institutionelle Verfestigung der häufig zunächst im Wege der Pflegeelternschaft angebahnten Beziehung erschwert, was wenig wünschenswert wäre.⁵⁷⁵

8. Zeitliche Befristung

118

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Während der Unterhaltsanspruch des hinterbliebenen Ehegatten besteht, solange der nunmehr getötete Ehegatte gelebt hätte, ist beim Unterhaltersatzanspruch von Kindern eine weitere Beschränkung zu beachten, nämlich die Dauer ihres Unterhaltsanspruchs. Die Judikatur beschränkt diesen grundsätzlich auf die Vollendung des 18. Lebensjahres,⁵⁷⁶ weil davon auszugehen ist, dass die Ausbildung des Kindes bis dahin dauert.⁵⁷⁷ Steht fest, dass das Kind ein Studium bereits ergriffen hat, erfolgt eine Befristung bis zum vollendeten 27. Lebensjahr, sofern nicht fest steht, dass das Studium bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist.⁵⁷⁸ Weitere Ansprüche sind durch ein Feststellungsbegehren zu sichern.⁵⁷⁹ Mit *Wagner*⁵⁸⁰ ist aber darauf hinzuweisen, dass die Inangriffnahme eines Studiums heutzutage nicht mehr ein Privileg bestimmter Bevölkerungskreise ist. Sofern daher bei einem Kind Anhaltspunkte gegeben sind, dass es voraussichtlich ein Studium beginnen wird und diese Lebensgestaltung die wahrscheinlichste künftige Entwicklung ist, hat ein Zuspruch von vornherein über die Vollendung

⁵⁷⁴BGHZ 54, 269 = NJW 1970, 2061 = JZ 1971, 657 (*Rother*); dazu *Schultze-Bley* NJW 1971, 1137; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 169; *Küppersbusch/Höher* Rn. 438; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 72.

⁵⁷⁵Ebenso im Ergebnis *Pauge* VersR 2007, 569 (575) unter Hinweis auf den geänderten Wortlaut des § 1755 Abs. 1 S. 2 BGB. Daraus lässt sich die Nichtanrechnung mE freilich nicht ableiten, bezieht sich dieser doch bloß auf Rentenansprüche, die bis zur Anrechnung entstanden sind.

⁵⁷⁶BGH NJW 1986, 715; dazu *Eckelmann/Nehls* DAR 1986, 284; BGHZ 87, 121 = NJW 1983, 2197 = LM Nr. 44 zu § 3 Nr. 1, 4, 6 PflVG 1965 (*Steffen*); OLG Frankfurt / M SP 2005, 338; FamRZ 1999, 1064; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221.

⁵⁷⁷Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 29; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1424 f.

⁵⁷⁸OLG Köln VersR 1990, 1285 (Ls.) = zfs 1991, 11; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 30.

⁵⁷⁹OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 844 Rn. 20.

⁵⁸⁰MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 46.

des 18. Lebensjahres hinaus zu erfolgen.⁵⁸¹ Sollte das Kind dann nicht studieren, steht es dem Ersatzpflichtigen noch immer offen, eine Abänderung der Rente gem. § 323 ZPO zu verlangen. Es muss aber schon aus Gründen der Vermeidung von Anpassungsprozessen die Entwicklung zugrunde gelegt werden, die am wahrscheinlichsten ist. Kann ein Kind auch nach Volljährigkeit keine (bezahlte) Stelle finden und besteht kein sozialrechtlicher Anspruch, werden verantwortungsvolle Eltern ihr Kind nicht verhungern lassen; solche Leistungen erbringen sie in Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht mit der Folge der – zeitlich bis zur Erlangung einer bezahlten Stelle – gegebenen Ersatzfähigkeit des getöteten Elternteiles nach § 844 Abs. 2.⁵⁸² Der Betreuungsanspruch eines pflegebedürftigen Kindes besteht ein Leben lang und ist lediglich durch die mutmaßliche Dauer bzw. Leistungsfähigkeit des leistungspflichtigen Elternteils begrenzt.⁵⁸³ Bei Erhebung einer zeitlich unbefristeten Leistungsklage ist das Feststellungsbegehren als Minus anzusehen, so dass eine vollständige Abweisung des über die Vollendung des 18. Lebensjahres reichenden Begehrens unstatthaft ist.⁵⁸⁴

9. Regress von Sozialversicherungsträgern

119

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie beim Ehegattenunterhalt⁵⁸⁵ sind die Sozialrenten der Halb- bzw. Vollwaisen sachlich kongruent sowohl in Bezug auf den Barunterhalt als auch den Betreuungsunterhalt.⁵⁸⁶ Das führt dazu, dass der Anspruch nach § 116 SGB X auf den Sozialversicherungsträger übergeht, es insoweit an der Aktivlegitimation der hinterbliebenen Kinder fehlt und diese sich die Sozialrente auf ihren Schadensersatzanspruch gegen den Ersatzpflichtigen anrechnen lassen müssen.

⁵⁸¹Restriktiver Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 195, wonach eine solche Prognose erst ab Vollendung des 15. Lebensjahres eines Kindes möglich sein soll.

⁵⁸²AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 177.

⁵⁸³BGH NJW 2006, 2327.

⁵⁸⁴BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Luckey*).

⁵⁸⁵BGH NJW 1985, 715; NJW 1982, 1045; OLG Frankfurt NZV 1993, 474; OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 06282.

⁵⁸⁶BGH NJW 1987, 2295; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 844 Rn. 79; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 21; aA OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1478, wo ausgesprochen wird, dass die Waisenrente den Naturalunterhaltsanspruch nicht mindert, weil diese als Ersatz für den Barunterhalt gezahlt wird; diese Entscheidung war aber insofern besonders gelagert, als bei Tötung beider Eltern der Geschädigte sein Begehren so unzureichend substantiiert hat, dass das Gericht lediglich Naturalunterhalt zugesprochen hat; ein Barunterhaltsanspruch hat somit in Wahrheit sehr wohl bestanden; diesbezüglich wurde wohl angenommen, dass ein Anspruchsübergang auf den Sozialversicherungsträger erfolgt sei.

V. Ansprüche der Eltern bei Tötung eines Kindes

120

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Unter eng umrissenen Voraussetzungen kann es dazu kommen, dass auch ein Kind gegenüber seinen Eltern unterhaltspflichtig wird. Wird ein solches unterhaltspflichtiges Kind getötet, steht den Eltern ein Unterhaltersatzanspruch gegen den Schädiger zu. Im Regelfall ist eine solche Unterhaltspflicht freilich – noch – nicht akut, weshalb die hinterbliebenen Eltern eine Feststellungsklage erheben.⁵⁸⁷ Die Anforderungen an die Feststellungsklage sind nicht besonders streng. Grundsätzlich reicht die bloße Möglichkeit einer künftigen Unterhaltspflicht;⁵⁸⁸ sie darf nicht ausgeschlossen, aber auch nicht ganz fernliegend sein.⁵⁸⁹ Die Rechtsprechung ist mitunter strenger: Das OLG Oldenburg⁵⁹⁰ hat es als unzulässig angesehen, das Durchschnittseinkommen eines künftigen Berufs der getöteten 17-jährigen Tochter feststellen zu lassen, was fragwürdig ist, weil später zwar noch die Zeugnisse, womöglich aber mehr hilfreiche Beweismittel wie zum Beispiel Aussagen der Lehrer nicht mehr zur Verfügung stehen. Das LG Rostock⁵⁹¹ hat ein Feststellungsbegehren der Eltern, die 38 und 34 Jahre alt waren, bei Tötung ihres 9-jährigen Kindes abgewiesen, weil allein die theoretische Möglichkeit für ein Stattgeben nicht ausreichend ist.⁵⁹² Ebenso hat das OLG Thüringen⁵⁹³ bei Tötung des künftigen Hoferben des Inhabers des größten Hopfenbaubetriebs entschieden. Zutreffend ist, dass die bloß abstrakte Möglichkeit nicht ausreichend ist; gut begründet hat das OLG Köln⁵⁹⁴ ein Feststellungsbegehren abgewiesen, bei Tötung des 52-jährigen Sohnes, der Postzusteller war und dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit es nicht zugelassen hätte, auch bei – bloß theoretischer künftiger – Bedürftigkeit der Eltern zum Unterhalt gegenüber diesen herangezogen zu werden, wobei auch keinerlei Anhaltspunkte gegeben waren, dass sich dessen Leistungsfähigkeit noch erhöhen werde. Zu bedenken ist aber, dass wegen des demografischen Wandels heute weniger als früher vorhersehbar ist, dass ein Kind jedenfalls nicht unterhaltspflichtig geworden wäre.

121

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁵⁸⁷ OLG Celle NJW-RR 1988, 990; Wussow/Zoll, Kap. 50 Rn. 5.

⁵⁸⁸ OLG Koblenz NJW 2003, 521; Palandt⁷⁹/Sprau § 844 Rn. 20; Luckey, Personenschaden, Rn. 1398; strenger OLG Thüringen zfs 2010, 79.1615l.

⁵⁸⁹ OLG Köln VersR 2017, 1468.

⁵⁹⁰ OLG Oldenburg NZV 2011, 446 (zustimmend Küppersbusch, weil das künftige Einkommen als rechtserhebliche Grundlage für die Berechnung des Anspruchs kein Rechtsverhältnis iSd § 256 ZPO sei).

⁵⁹¹ LG Rostock SP 2001, 302; vgl. auch OLG Karlsruhe NZV 1992, 443.

⁵⁹² So auch Staudinger/Röthel (2015) § 844 Rn. 93, 96.

⁵⁹³ OLG Thüringen zfs 2010, 79 mit zu Recht krit. Anm. v. Diehl zfs 2010, 84.

⁵⁹⁴ OLG Köln VersR 2017, 1468.

--	--	--

Aber selbst, wenn einem Feststellungsbegehren stattgegeben worden ist, besteht ein Unterhaltersatzanspruch der Eltern gegen den Schädiger wegen des entgangenen Unterhalts gegen das getötete Kind kaum jemals. Jedenfalls sind die Voraussetzungen zurzeit nur dann gegeben, wenn die Eltern sozialversicherungsrechtlich nicht ausreichend abgesichert sind⁵⁹⁵ und dazu noch ein besonderer Pflegebedarf kommt.⁵⁹⁶ Bei weitergehenden Einschränkungen des Spektrums sozialversicherungsrechtlicher Leistungen werden derartige Ansprüche in Zukunft freilich bedeutsamer sein können. Es muss sich um einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch handeln, so dass es nicht darauf ankommt, was der Getötete tatsächlich gezahlt hat, sondern ob eine gesetzliche Unterhaltspflicht bestand. Ob sich ein Kind vertraglich zu Unterhalt verpflichtet hat, etwa aufgrund eines Leibgedinges, darauf kommt es nicht an.⁵⁹⁷ Anzurechnen sind bei Tötung jüngerer Kinder der ersparte Unterhalt; und bei allen die angefallene Erbschaft. Eine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht dann nicht, wenn die Eltern nicht bedürftig sind.⁵⁹⁸ Ihnen wird nicht nur die Heranziehung der Erträge des Vermögens zugemutet, sondern auch die Verwertung der Vermögenssubstanz, soweit ihnen das im Hinblick auf die mutmaßliche Lebensdauer zumutbar ist.⁵⁹⁹ Eine Heranziehung des getöteten Kindes setzt schließlich voraus, dass dessen eigener angemessener Unterhalt und der seiner Familie nicht gefährdet werden.⁶⁰⁰ Schließlich ist noch zu prüfen, ob nicht auch andere Unterhaltsschuldner vorhanden sind, also in erster Linie bei einem Elternteil dessen – auch geschiedener – Ehepartner oder weitere Kinder.⁶⁰¹ Insoweit besteht gem. § 1606 Abs. 3 S. 1 Teilgläubiger- und nicht Gesamtschuldnerschaft.⁶⁰²

G. Das Hinterbliebenengeld (Abs. 3)⁶⁰³

I. Beweggründe und Auslöser der Neuregelung

1. Die regelungsbedürftigen Fälle

122

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
----------------	----------------	--------

⁵⁹⁵van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1342.

⁵⁹⁶So der Sachverhalt in OLG Stuttgart zfs 1991, 83.

⁵⁹⁷BGH NJW 2001, 971; Wussow/*Zoll*, Kap. 50 Rn. 1; das wurde womöglich nicht ausreichend berücksichtigt in der Entscheidung OLG Stuttgart zfs 1991, 83.

⁵⁹⁸Wussow/*Zoll*, Kap. 50 Rn. 2.

⁵⁹⁹BGH VersR 1985, 1140; VersR 1976, 987; OLG Köln FamRZ 1992, 55; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 417; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 175; *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (646).

⁶⁰⁰BGH NJW 1992, 1393; OLG Köln NJW-RR 2000, 810; Wussow/*Zoll*, Kap. 50 Rn. 3.

⁶⁰¹BGH NJW-RR 1988, 1238; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1342.

⁶⁰²Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 174.

⁶⁰³Eine umfassende Darstellung nicht nur zum deutschen Recht, sondern auch zu den Nachbarrechtsordnungen von Österreich, der Schweiz, Italiens und England findet sich bei *Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey*, Hinterbliebenengeld (2018).

Hinterbliebenengeld		ff

Aufgrund eines Ereignisses, für das ein Schädiger einstandspflichtig ist, wird eine Person schwerst verletzt oder getötet. Dadurch wird das bisherige Leben der Angehörigen auf den Kopf gestellt. Im Fall schwerster Verletzung dreht sich alles nur noch um die Pflege. Der Ehepartner, der das bei Eheschließung abgegebene Versprechen einhält „bis der Tod uns scheidet“, verzichtet in der Folge auf jegliche lustvolle Aktivitäten; vielmehr hat er alle Hände voll zu tun, um den schwer(st) verletzten Partner zu pflegen. Die – noch minderjährigen – Kinder packen zum Teil auch mit an; sie spüren die Auswirkungen aber jedenfalls insoweit, als ihnen deutlich weniger Aufmerksamkeit zuteilwird.

123

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Im Fall der Tötung bricht für so manchen eine Welt zusammen. Die engste Bezugsperson lebt nicht mehr. Das gesamte bisherige Leben war auf diese fokussiert. Es muss eine Neuausrichtung stattfinden nach der Devise „Das Leben muss weitergehen“. Betroffenheit und Niedergeschlagenheit, Trauer und Kummer prägen die anschließende Phase.⁶⁰⁴

2. Ausnahmestellung des deutschen Rechts – Deutschland ehemals der letzte Mohikaner

124

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Für solche Beeinträchtigungen war in der deutschen Rechtsordnung ganz lange keine Entschädigung vorgesehen. Deutschland hatte in Europa insoweit eine Ausnahmestellung; es war „der letzte Mohikaner“.⁶⁰⁵

3. Grundsatz: Anspruch nur des unmittelbar Geschädigten

125

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Im Ausgangspunkt gilt das Dogma, dass nur die unmittelbar in ihren Rechtsgütern beeinträchtigte Person anspruchsberechtigt ist.⁶⁰⁶ Wird ein Primäröpfer schwer(st) verletzt oder getötet und führt

⁶⁰⁴ Ch. Huber in FS-Schwintowski (2018), 920 f.

⁶⁰⁵ So der Titel von Ch. Huber NZV 2012, 5 ff.

⁶⁰⁶ Röthel Jura 2018, 235; Katzenmeier JZ 2017, 869 (871).

dies bei einem Sekundäröpfer zu einer – immateriellen – Beeinträchtigung, wurde das dem allgemeinen Lebensrisiko zugerechnet.

a) Marginale Durchbrechungen

126

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Schon das RG⁶⁰⁷ hat in extrem gelagerten Ausnahmefällen Durchbrechungen zugelassen, die mit der Billigkeit begründet wurden;⁶⁰⁸ der BGH hat diese Rechtsprechung fortgeführt, aber – trotz Kritik daran – nicht ausgebaut.⁶⁰⁹ Voraussetzung war einerseits eine schwerste Verletzung oder Tötung des Primäröpfers und andererseits eine an Intensität und Dauer beträchtliche seelische Erkrankung des Sekundäröpfers.

aa) Schockschäden

127

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schockschäden	Hinterbliebenengeld	

Ein Schockschaden zeichnet sich dadurch aus, dass das Sekundäröpfer durch das Miterleben der Schädigung des Primäröpfers, meist eines Unfalls,⁶¹⁰ ein solche seelische Krankheit von erheblichem Ausmaß erleidet.⁶¹¹ Auf die Angehörigeneigenschaft kommt es dabei nicht an.

bb) Fernwirkungsschäden

128

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Fernwirkungsschäden	Hinterbliebenengeld	

⁶⁰⁷ RGZ 133, 270.

⁶⁰⁸ Ch. Huber JuS 2018, 744.

⁶⁰⁹ Diederichsen DAR 2011, 122 (123); dazu Jaeger VersR 2017, 1041 (1048): Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes durch den Gesetzgeber Reaktion auf „eigenwillige“ Rechtsprechung des BGH.

⁶¹⁰ Dazu OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2018, 599 = zfs 2017, 677 (Diehl): Die Ehefrau fährt auf der Autobahn voran und verliert – in der Dunkelheit – den hinter ihr fahrenden Motorradfahrer (ihren Ehemann) aus dem Blick. Schlussendlich entdeckt sie ihn tot unter einem Lkw. Das wurde (noch) als Miterleben und damit Schockschaden qualifiziert.

⁶¹¹ BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883; NJW 2015, 1451 (Thora).

Der Fernwirkungsschaden unterscheidet sich vom Schockschaden dadurch, dass das Sekundäröpfung die Schädigung nicht unmittelbar miterlebt, sondern von der schwer(st)en Verletzung bzw. dem Tod eines Angehörigen verständigt wird, was beim Sekundäröpfung zu einer erheblichen seelischen Erkrankung führt.⁶¹² Der Begriff Schockschaden wird mitunter als Oberbegriff für den Schockschaden im engeren Sinn (Miterleben) und den Fernwirkungsschaden verwendet.

b) Bis zur Neuregelung kein Ersatz für bloße Trauer, die unter dieser Schwelle lag

129

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Schwelle, ab der ein Schock- bzw. Fernwirkungsschaden angenommen wurde, lag hoch. Es schwang die Vorstellung mit, dass ein deutscher Normalbürger mit so einem Ereignis fertig werde. Man wolle keine Mimosen züchten. Es wurde daher – implizit – angenommen, dass derjenige, bei dem eine seelische Erkrankung ausgelöst wurde, besonders schadensanfällig sein musste. Sowohl in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen⁶¹³ als auch das Entschädigungsniveau führte das zu besonderer Zurückhaltung.

130

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Diese Rechtslage wurde als unbefriedigend empfunden. Der Germanwings-Absturz⁶¹⁴ war dann der letzte Auslöser dafür, dass der deutsche Gesetzgeber tätig wurde.⁶¹⁵ Auch wenn die gleiche Interessenlage bei den tagtäglich sich ereignenden Straßenverkehrsunfällen⁶¹⁶ gegeben ist,⁶¹⁷ unterscheidet sich ein so spektakulärer Unfall wie der Germanwings-Absturz von diesen dadurch,

⁶¹² *Katzenmeier* JZ 2017, 869 (871): Erforderlich ist eine lebensbedrohliche Verletzung; BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390.

⁶¹³ Dazu BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764 (*Elsner*): Ein Geisterfahrer haftete nicht für ein posttraumatisches Belastungssyndrom zweier Polizeibeamter, die nach Ende ihres Dienstes zur Unfallstelle kamen und – ohne helfend eingreifen zu können – mitansehen mussten, wie die Insassen beider Unfallfahrzeuge hilflos verbrannten. Eine Schädigung, die aus der bloßen Anwesenheit bei einem schrecklichen Ereignis herrührt, sei dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen. Daran ändere auch ein allfälliger Rettungsversuch nichts, da dieser jedenfalls abgebrochen worden sei, als die Fahrzeuge in Flammen aufgingen. Gegenteilig bei einem vorsätzlichen Verhalten eines Amokläufers BGH 17.4.2018 – VI ZR 237/17, BGHZ 218, 220 = NJW 2018, 3250.

⁶¹⁴ Absturz des Flugzeugs der Fluglinie Germanwings in den französischen Alpen am 24.3.2015.

⁶¹⁵ Verabschiedung der Neuregelung am 17.7.2017 in BGBl., etwas mehr als 2 Jahre später.

⁶¹⁶ Pro Jahr sind das mittlerweile ca. 3.000; es waren mitunter auch schon 10.000.

⁶¹⁷ *Jaeger* VersR 2017, 1041 (1043) *Müller* VersR 2017, 321.

dass letzterer von der breiten Öffentlichkeit wahrgenommen wird – und auch die Bild-Zeitung darüber berichtet. Juristisch bedeutsamer ist, dass bei einem Flugzeugabsturz mit vielen Toten stets mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass ein ausländischer Gerichtsstand und letztlich eine anwendbare ausländische Rechtsordnung gefunden wird, namentlich die US-amerikanische, was zu exorbitanten Schadenersatzforderungen der Angehörigen führen kann. Solche Katastrophen machen dann deutlich, wie „rückständig“ die deutsche Rechtsordnung – auch im Vergleich zu den europäischen Nachbarrechtsordnungen – war.

4. Begrenzung auf Tötung, Ausklammerung schwerster Verletzungen

131

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Begrenzung auf Tötung	

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem berühmten „Federstrich“ – jedenfalls für einen Ausschnitt der regelungsbedürftigen Sachverhalte – eine neue Norm geschaffen, nämlich § 844 Abs. 3. Da die Regelung schlank ist, bleiben der Rechtsprechung beachtliche Interpretationsspielräume.⁶¹⁸ Für den Fall der Tötung des Primäröpfungers gibt es nunmehr für bestimmte Sekundäröpfungers eine Entschädigung für deren Trauer und Niedergeschlagenheit. Es wurde als unangebracht angesehen, bei jeder kleinsten Prellung sowie für den vereitelten Gebrauch eines Kfz Ersatz zu erhalten, nicht aber für den Verlust der engsten Bezugsperson.⁶¹⁹

5. Zielsetzung des Anspruchs

a) Keine Abgeltung für den Verlust des Lebens

132

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Zielsetzung	ff.

Es geht dabei nicht um die Abgeltung für den Wert des vernichteten Lebens.⁶²⁰ Damit wäre die Rechtsordnung in der Tat überfordert.⁶²¹

⁶¹⁸ Ch. Huber VersR 2020, 385 (386).

⁶¹⁹ Katzenmeier JZ 2017, 869 (873); Kadner Graziano RIW 2015, 549 (552), 564; Ch. Huber NZV 2012, 5 (10); Hoppenstedt/Stern ZRP 2015, 18 (20); Wiedemann/Spelsberg-Korspeter NZV 2012, 471.

⁶²⁰ Müller VersR 2017, 321 (323); Krämer zfs 2016, 421.

⁶²¹ Ch. Huber in FS-Schwintowski (2018), 920 (945); dazu BGH NJW 2019, 1741 = JuS 2019, 577 (Omlor) = jurisPR-FamR 12/2019 Anm. 1 (Oldenburger); ebenso Nitsch ZfRV 2019, 20 ff.

b) Beitrag zur Trauerarbeit

133

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Zielsetzung der Entschädigung ist ein Beitrag zur Bewältigung der Trauerarbeit.⁶²² Wird ein Mensch getötet, verfällt der ihm nahestehende Angehörige zunächst in Agonie. Daran schließt sich eine Phase der Trauerarbeit an, die typischerweise 6–12 Monate dauert, ehe anschließend eine Rückkehr in geordnete Bahnen – mehr oder weniger – gelingt.⁶²³ Die Entschädigung dient der besseren Bewältigung der zweiten Phase, nämlich der der Trauerarbeit. Ein Geldbetrag in einer bestimmten Größenordnung soll dabei helfen, über den Tod leichter hinwegzukommen, indem der Angehörige in die Lage versetzt werden soll, sich mit dem Geldbetrag eine Annehmlichkeit zu leisten, um so „Zerstreuung und Ablenkung“ zu finden und auf andere Gedanken zu kommen. Prototypisch ist es das Unternehmen einer größeren Reise, die diese Person sonst nicht unternommen hätte.⁶²⁴

6. Bezeichnung Hinterbliebenengeld

134

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Bezeichnung	

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für den Begriff Hinterbliebenengeld entschieden. Diese Bezeichnung ist aus mehreren Gründen wenig gelungen. In der Schweiz wird das entsprechende Phänomen als Hinterbliebenengenußtuung bezeichnet, in Österreich als Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld. In einem künftigen europäischen Privatrecht ist es gewiss nicht förderlich, wenn die deutschsprachigen Rechtsordnungen schon bei der Bezeichnung eines Schadenspostens keine Einheitlichkeit erzielen können. Hinterbliebenengeld klingt darüber hinaus wie Wohngeld oder Kindergeld; es führt zu einer Assoziation mit einer wiederkehrenden Sozialleistung. Gewiss wäre die Bezeichnung „Hinterbliebenenentschädigung“ passender gewesen.⁶²⁵ Sollte der deutsche Gesetzgeber nach einer – angekündigten – Evaluierung nach fünf Jahren zum Ergebnis kommen, dass es sachgerecht wäre, auch Fälle schwer(st)er Verletzungen einzubeziehen, müsste die – bis dahin gebräuchliche – Bezeichnung geändert werden.

⁶²² Ch. Huber in FS-Schwintowski (2018), 920 (945).

⁶²³ Jaeger VersR 2017, 1041 (1045).

⁶²⁴ Ch. Huber VersR 2020, 385.

⁶²⁵ Müller VersR 2017, 321 (323).

7. Hauptanwendungsgebiete

135

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Hauptanwendungsgebiet	ff.
	e	

Ein Hinterbliebenengeld kommt in Betracht bei Unfällen mit tödlichem Ausgang, sei es mit dem Kfz, der Bahn, dem Schiff oder dem Flugzeug; darüber hinaus aber auch bei der Einstandspflicht eines Reiseveranstalters sowie ärztlichen Kunstfehlern. Auch bei Strafdelikten ist ein solcher Anspruch gegeben.⁶²⁶ Da bei Vorsatz aber typischerweise kein Deckungsschutz im Rahmen der Haftpflichtversicherung besteht, wird die Durchsetzbarkeit nicht immer gegeben sein.

II. Systematische Platzierung in Abs. 3

1. Anknüpfung an den Unterhaltersatzanspruch bei Tötung

136

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Anknüpfung an Unterhaltersatzanspruch	ff.

Lange Zeit war umstritten, an welcher Stelle der neue Entschädigungsanspruch platziert werden sollte. Hingewiesen wurde darauf, dass er im Kontext des § 253 unpassend sei, weil es nicht um Schmerzen wegen einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität gehe; aber auch § 844 nicht angemessen sei, weil es in dieser Norm zwar um den Ersatz mittelbar Geschädigter gehe, aber um deren Vermögensschäden und nicht um ideelle Schäden. Dem Gesetzgeber wurde aber zugestimmt, eine Regelung treffen zu können, wenn dafür ein Bedürfnis bestehe.⁶²⁷ Manche⁶²⁸ sehen darin bloß eine Konzession an den Zeitgeist,⁶²⁹ andere halten die Ergänzung für systematisch geboten.⁶³⁰ Eine vorwärtsgewandte Deutung und Ausdruck besserer Erkenntnis ist die Ausdrucksweise, dass es geboten sei, den Menschen in seiner Gesamtheit unter Einschluss seiner Seele wahrzunehmen.⁶³¹

⁶²⁶ Ch. Huber JuS 2018, 744 (745).

⁶²⁷ Müller VersR 2017, 321 (322).

⁶²⁸ Müller VersR 2017, 321 (322).

⁶²⁹ Zurückhaltend auch Schiemann GesR 2018, 69 (70): Wenigstens vordergründig durchaus ein konsequentes „Weiterdenken“ und eine sachgerechte Aktualisierung durch den Gesetzgeber.

⁶³⁰ Wagner NJW 2017, 2641 (2642).

⁶³¹ Katzenmeier JZ 2017, 869 (870 f.).

a) Schutzlücken durch Ausklammerung vertraglicher Ansprüche

137

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Mit der Platzierung in § 844 wird zum Ausdruck gebracht, dass ein solcher Anspruch nur bei Tötung des Primäröpfers gegeben sein soll, nicht aber bei schwer(st)er Verletzung. Zudem wird damit eine Begrenzung auf deliktische Ansprüche vorgenommen, vertragliche Ansprüche somit ausgeschlossen.⁶³² Das Argument, dass bei Tötung einer Person stets ein deliktischer Anspruch gegeben sei, ist zutreffend. Schutzlücken verbleiben indes gleichwohl, weil manche vertraglichen Ansprüche über solche deliktischer Art hinausgehen:⁶³³

138

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der vertragliche Sorgfaltsmaßstab ist mitunter strenger als der im Deliktsrecht; zudem gilt im Leistungsstörungenrecht die Beweislastumkehr für das Verschulden in § 280 Abs. 1 S. 2, während der Geschädigte im Deliktsrecht auch das Verschulden des Schädigers nachweisen muss. Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 278 greift häufig, die Einstandspflicht des Geschäftsherrn nach § 831 führt nur ausnahmsweise zu dessen Ersatzpflicht, ganz abgesehen davon, dass der Geschäftsherr für Unternehmer niemals nach § 831 haftet.⁶³⁴ Beim ärztlichen Behandlungsvertrag gibt es diverse Beweiserleichterungen, so namentlich nach § 630h.⁶³⁵ Beim Mietvertrag kommt es für anfängliche Mängel zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehafung nach § 536a Abs. 1. Nach Deliktsrecht wird dem gegenüber nur bei Verschulden gehaftet.

139

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Trotz all dieser gewichtigen Argumente, die für eine Einbeziehung vertraglicher Ansprüche gesprochen hätten, gibt es ein überzeugendes Gegenargument. Es wäre wenig folgerichtig

⁶³² Kritisch *Karner* in FS-Danzl (2017), 85 (90): Die Begrenzung des Hinterbliebenengeldes auf deliktische Ansprüche und die Ablehnung vertraglicher Ansprüche ist im Hinblick auf die Platzierung des Schmerzensgeldes in § 253 BGB „überraschend“.

⁶³³ *Schubert*, *Karlsruher Forum* 2017, 3 (32); *Walter* *MedR* 2018, 213 (215); *Katzenmeier* *JZ* 2017, 869 (874).

⁶³⁴ *Frank* *FamRZ* 2017, 1640 f.

⁶³⁵ *Steenbuck* *r + s* 2017, 449 (453).

gewesen, den – doch eher peripheren – Anspruch auf Hinterbliebenengeld auch bei einer Vertragsverletzung zu gewähren, während der wirtschaftlich ungleich bedeutsamere Unterhaltersatzanspruch nur bei deliktischer Schädigung gegeben wäre.⁶³⁶ Es sei freilich angemerkt, dass eine Verschiebung des Unterhaltersatzanspruchs in das allgemeine Schuldrecht – wie beim Schmerzensgeld – durchaus angebracht (gewesen) wäre.⁶³⁷

b) Parallele Regelungen bei Gefährdungshaftung

140

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Gefährdungshaftung, Parallelen	

Folgerichtig ist es, dass der Gesetzgeber – parallel – zu § 844 Abs. 3 in den Gefährdungshaftungsgesetzen entsprechende Regelungen getroffen hat. Das ist schon deshalb sachgerecht, weil ansonsten – wie früher beim Schmerzensgeld – Prozesse geführt werden müssten, wenn allein das Verschulden umstritten ist. Diese Regelungstechnik ist freilich anfällig für Lücken. Bei jedem neuen Gefährdungshaftungstatbestand muss darauf geachtet werden, ob auch das Hinterbliebenengeld erfasst ist. Zudem stellt sich bei sonstigen gesetzlichen Ansprüchen, etwa bei der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Eingriffshaftung die Frage, ob auch nach diesen das Hinterbliebenengeld zustehen soll. Das ist mE zu bejahen.

2. Gleichklang mit Unterhaltersatz – Folgerungen

141

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Unterhaltersatz	

Die Platzierung des Anspruchs auf Hinterbliebenengeld in § 844 sollte auch bewirken, dass manche dort geklärte Rechtsfragen für das Hinterbliebenengeld übernommen werden.⁶³⁸

a) Abstellen auf den Verletzungszeitpunkt

142

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Verletzungszeitpunkt	

Ob ein Anspruch gegeben ist, beurteilt sich nach dem Verletzungszeitpunkt.⁶³⁹ Dieser muss mit dem Tötungszeitpunkt nicht immer zusammenfallen, wie das beim Germanwings-Absturz der Fall

⁶³⁶ Ch. Huber in FS-Schwintowski (2018), 920 (928 f.); Wagner NJW 2017, 2641 (2643).

⁶³⁷ Ch. Huber in FS-Schwintowski (2018), 920 (929).

⁶³⁸ Burmann/Jahnke NZV 2017, 401 (404).

gewesen sein wird. Häufig führt ein Verhalten des Schädigers zunächst zu einer Verletzung und erst sehr viel später zum Tod.

b) Privilegierung von Anspruchsberechtigten nach Abs. 3 S. 2

143

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Privilegierung von Anspruchsberechtigten	

Manche Angehörige sind bezüglich des Nachweises der emotionalen Nahebeziehung privilegiert, indem aufgrund ihrer familiären Beziehung – in Anlehnung an § 844 Abs. 2 – eine emotionale Nahebeziehung vermutet wird. Zutreffend ist freilich, dass eine potenzielle Unterhaltsbeziehung nicht immer verlässlich auf eine emotionale Nahebeziehung schließen lässt;⁶⁴⁰ verwiesen sei etwa auf den Zahlvater; der unterhaltsberechtigte geschiedene Ehepartner ist demgegenüber ohnehin kein privilegierter Anspruchsberechtigter.

c) Maßgeblichkeit von Verletzungs- und Tötungszeitpunkt

144

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Diese kumulative Voraussetzung begünstigt den Ersatzpflichtigen: Bestand die Beziehung im Verletzungszeitpunkt, aber nicht mehr im Todeszeitpunkt, ist jedenfalls die privilegierte Stellung nach § 844 Abs. 3 S. 2 zu verneinen. Das ist etwa gegeben, wenn eine Person schwer verletzt wurde, womöglich auch wegen der schweren Verletzung die Ehe scheitert und es zur Scheidung kommt, ehe der schwerverletzte Ehepartner stirbt.⁶⁴¹ Umgekehrt besteht keine Anspruchsberechtigung von Personen, die ein – privilegiertes – familiäres Verhältnis erst nach dem Zeitpunkt der Verletzung zum Primäröpfer begründet haben. Prototypisch ist die Krankenschwester, die das Primäröpfer während des Krankenhausaufenthalts kennen und lieben gelernt und anschließend geheiratet hat. Entsprechendes gilt für die nach der Verletzung gezeugten Kinder.⁶⁴²

d) Nasciturus

145

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Nasciturus	Hinterbliebenengeld	

⁶³⁹ *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 401 (407).

⁶⁴⁰ *Schiemann* GesR 2018, 69 (70).

⁶⁴¹ *Bredemeyer* ZEV 2017, 690 (692).

⁶⁴² *Steenbuck r + s* 2017, 449, 451; *Walter* MedR 2018, 213 (216).

Hinterbliebenengeld	Nasciturus	
---------------------	------------	--

Wer A sagt, muss auch B sagen. Nach § 844 Abs. 2 S. 2 ist der Nasciturus, der im Zeitpunkt der Verletzung schon gezeugt, aber noch nicht geboren ist, anspruchsberechtigt. Entsprechendes muss auch für das Hinterbliebenengeld gelten.⁶⁴³

146

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Nasciturus	Tötung	

Umgekehrt führt eine Tötung des Nasciturus zu Ersatzansprüchen; die geäußerte Ansicht,⁶⁴⁴ dass das zu verneinen sei, weil der Nasciturus noch nicht rechtsfähig sei, hat der österreichische OGH⁶⁴⁵ – bei vergleichbarer Rechtslage – dezidiert abgelehnt. In der konkreten Entscheidung wäre der Nasciturus ohne den ärztlichen Kunstfehler überlebensfähig gewesen. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an; sondern allein darauf, dass das gezeugte, aber noch nicht geborene Kind gewollt war, also weder abgetrieben noch später zur Adoption frei gegeben werden sollte.⁶⁴⁶ In solchen Fällen liegt nämlich eine Entfremdung vor, die auch bei qualifizierter familiärer Beziehung zu einer Versagung des Anspruchs auf Hinterbliebenengeld führt.

e) Mitverschulden bzw. Betriebsgefahr

147

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Mitverschulden	

Wie beim Unterhaltersatzanspruch ist sowohl ein Mitverschulden des Primär- als auch des Sekundäröpfers zu berücksichtigen.⁶⁴⁷ Denkbar ist etwa, dass das Kind unachtsam ist und auf die Straße läuft sowie zudem den Eltern eine Aufsichtspflichtverletzung anzulasten ist.⁶⁴⁸ Dabei darf es freilich zu keiner mechanischen Aufaddierung der Belastungsquoten von Primär- und Sekundäröpfer kommen; vielmehr hat eine Gesamtabwägung gegenüber dem Belastungselement auf Schädigerseite zu erfolgen.⁶⁴⁹ Hingewiesen wird darauf, dass das

⁶⁴³ *Wagner* NJW 2017, 2641 (2644) unter Hinweis auf BGH BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390; aA *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 401 (411); *Bredemeyer* ZEV 2017, 690 (693).

⁶⁴⁴ *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 401 (404).

⁶⁴⁵ OGH RdM 2017/63 (*Karner*); dazu *Ch. Huber*, Zuspruch von Trauerschmerzensgeld an beide Elternteile im Fall der Totgeburt – Bestandsaufnahme und weitergehende Überlegungen, Anmerkung zu OGH, Urt. v. 30.8.2016 – 1 Ob 114/16w ÖJZ 2017, 383 ff.

⁶⁴⁶ *Karner* in FS-Danzl (2017), 85 (100).

⁶⁴⁷ *Wagner* NJW 2017, 2641 (2646) unter Bezugnahme auf BGH BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883.

⁶⁴⁸ *Ch. Huber* JuS 2018, 744 (746).

⁶⁴⁹ *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (943 f.).

Mitverschulden beim Schmerzensgeld zu keiner strikten anteiligen Kürzung führe, sondern bloß eine Bemessungsdeterminante sei.⁶⁵⁰ Das ist aber beim Schmerzensgeld kritikwürdig.⁶⁵¹

148

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der OGH hat ausgesprochen, dass im Rahmen des Mitverschuldens das rechtmäßige Alternativverhalten zu beachten ist. Im konkreten Fall hatte eine Zeugin Jehovas eine Blutkonserve aus religiösen Gründen abgelehnt, was zur Folge hatte, dass sie deshalb anstelle mit einer Beinamputation weiterzuleben verstorben ist. Der OGH hat für beachtlich angesehen, dass sich der Schädiger entgegenhalten lassen muss, dass er bezüglich des Mitverschuldenseinwands nicht besserstellen soll als bei rechtmäßigem Verhalten des Primäröpfers, was dazu geführt hätte, dass das Verkehrsunfallopfer überlebt hätte. In concreto hätte das dazu geführt, dass schon das Schmerzensgeld der Verletzten sehr viel höher ausgefallen wäre als das Hinterbliebenengeld und zudem Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse sowie ein Haushaltsführungsschaden bei der Verletzten angefallen wären. Da die Belastung des Schädigers in diesem Fall – per Saldo – deutlich höher gewesen wäre, entfiel die Kürzung wegen Mitverschuldens. Solche Fälle werden in der Praxis selten sein; was aber durchaus vorkommt, das ist, dass das Primäröpfung überlebt hätte, wenn es angeschnallt gewesen wäre oder einen Sturzhelm getragen hätte. Das wird auch nach deutschem Recht beim Hinterbliebenengeld zu beachten sein.

f) Arbeitsunfall

149

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Arbeitsunfall	

Die §§ 104 ff. SGB VII führen zu einer Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers. Dieser kommt für die Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung auf. Das Korrelat ist die Haftungsfreistellung bei einem Arbeitsunfall außer bei Vorsatz, der aber in der Praxis so gut wie nie vorkommt. Einzuräumen ist, dass es folgerichtig wäre, in solchen Fällen auch einen Anspruch auf das Hinterbliebenengeld zu versagen: Hat das Primäröpfung keinen Anspruch, sollte daraus folgen, dass es auch keinen Anspruch des Sekundäröpfung gibt. Allerdings ist darauf zu verweisen, dass es bezüglich des Schmerzensgeldes bei einem Schockschaden eine gegenteilige Entscheidung des VI. Senats des BGH⁶⁵² gibt, die sachlich damit zu begründen ist, dass im Sozialversicherungsrecht keine dem Schmerzensgeld entsprechenden Leistungen

⁶⁵⁰ *Steenbuck r + s* 2017, 449 (452).

⁶⁵¹ So auch *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschäden,¹³ Rn. 283: Weder einleuchtend noch praktikabel.

⁶⁵² BGH NJW-RR 2007, 1395; gegenteilig allerdings eine E des III. Senats (NZS 2012, 546), der allerdings keine Fachzuständigkeit auf diesem Gebiet hat.

vorgesehen sind. Wenn das beim Schmerzensgeld so judiziert wird, gibt es keinen überzeugenden Grund, warum das beim Hinterbliebenengeld anders sein sollte.

III. Kreis der Anspruchsberechtigten

1. Das maßgebliche Kriterium: Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft

150

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Gefühlsgemeinschaft	Hinterbliebenengeld	
Hinterbliebenengeld	Gefühlsgemeinschaft	

Anspruchsberechtigt soll derjenige sein, der zum Getöteten in einer emotionalen Nahebeziehung stand. Das Leitbild ist dabei eine intakte Familie.⁶⁵³ Bei einer formalisierten familiären Beziehung, nämlich zwischen Ehegatten, Lebenspartnern sowie Eltern und Kindern, wird das vermutet, mag eine Haushaltsgemeinschaft bestehen oder nicht. Wenn aber trotz formaler familiärer Statusbeziehung eine Entfremdung eingetreten ist, die Familienmitglieder keinen Kontakt mehr zu einander hatten, soll der Tod des einen nicht dazu führen, dass der andere daraus auch noch Kapital schlägt, der Tod für ihn noch zum Glücksfall wird.⁶⁵⁴ Bei anderen als nach S. 2 privilegierten Personen muss eine emotionale Nahebeziehung nachgewiesen werden.

2. Vermutung eines besonderen persönlichen Naheverhältnisses nach Abs. 3 S. 2

a) Der Regelfall

151

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Näheverhältnis	

Bei der nach S. 2 bestehenden familiären Beziehung wird eine emotionale Nahebeziehung vermutet. Dass sie nicht besteht, ist vom Ersatzpflichtigen zu beweisen, wobei den Anspruchsberechtigten eine sekundäre Darlegungslast trifft.

b) Anspruch trotz Konfliktsituation

152

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Nicht in jeder Familie herrscht permanent Harmonie und Verständnis füreinander. Auch Konflikte und Meinungsverschiedenheiten kommen vor. Es stellt sich die Frage, welches Ausmaß an

⁶⁵³ *Fechner* DRiZ 2017, 84 (85).

⁶⁵⁴ *Jaeger* VersR 2017, 1041 (1052); *Katzenmeier* JZ 2017, 869 (875).

familiärer Belastung zu einer Entfremdung und damit einem Ausschluss für einen Anspruch auf Hinterbliebenengeld führt.

aa) Eltern-Kind-Verhältnis

153

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Eltern-Kind-Verhältnis	

Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist namentlich in zwei Zeitfenstern konfliktbelastet, nämlich einerseits in der Pubertät und andererseits bei Selbständigwerden des Kindes, im Zuge des Abnabelungsprozesses bei Beginn einer Berufsausbildung oder Inangriffnahme eines Studiums sowie der Begründung eines eigenen Haushalts und/oder der Eingehung einer Zweier-Beziehung. Meist geht diese Phase vorüber und es stellt sich nach einer solchen Delle wieder Harmonie und das Gefühl der Zusammengehörigkeit ein. Kommt es in dieser Phase zum Tod, ist die Verbitterung groß, dass eine Versöhnung nicht mehr möglich ist. Die Betroffenheit ist gerade so groß, als hätte es die Konfliktsituation nicht gegeben.⁶⁵⁵ Ein Hinterbliebenengeld darf daher nicht vorschnell abgelehnt werden.

bb) Ehegatten-Verhältnis

154

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Ehegatten-Verhältnis	

Da heute meist aus Liebe geheiratet wird, hängt der Himmel am Beginn einer Ehe voller Geigen. Das lässt – mitunter – nach. Die Gewichte verschieben sich. Das Verliebtsein verfliegt, das Verständnis für die Eigenheiten des Partners nimmt ab. Die Macken des anderen werden stärker wahrgenommen. Irgendwann kommt es zu einer Verbitterung, gerade mit diesem Partner verheiratet zu sein. Zunächst fällt eine Entscheidung für getrennte Schlafzimmer, dann für einen getrennten Wohnsitz. Schlussendlich stehen die Ehepartner vor der Alternative, sich scheiden zu lassen oder darauf zu verzichten, weil das teuer ist: Es geht um den Verlust des Splittingtarifs; und womöglich ergeben sich auch Nachteile bei der Krankenversicherung. Es stellt sich die Frage, wann der Punkt erreicht ist, der das Fass zum Überlaufen bringt, eine völlige Entfremdung gegeben und ein Anspruch auf Hinterbliebenengeld zu versagen ist.⁶⁵⁶

155

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁶⁵⁵ Dazu OGH SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (Karner); OGH ZVR 2004/86; ebenso Karner in FS-Danzl (2017), 85 (98).

⁶⁵⁶ Auf dieses Kriterium abstellend Frank FamRZ 2017, 1640 (1642).

Solange die Ehegatten noch um den Bestand ihrer Ehe ringen,⁶⁵⁷ ist eine Entfremdung zu verneinen. Das ist erst gegeben, wenn eine Partizipation am Leben und Schicksal des anderen unterbleibt.⁶⁵⁸ Ist ein getrennter Wohnsitz zwar ein Indiz für eine Entfremdung, so ist eine solche doch nicht immer gegeben. Für einen getrennten Wohnsitz kann es sachliche Gründe geben: Ein Ehepartner geht an einem anderen Ort einer beruflichen Erwerbsarbeit nach; oder er verbüßt eine Freiheitsstrafe im Gefängnis. Bilder von heimkehrenden Kriegsgefangenen nach dem Zweiten Weltkrieg haben nachdrücklich dokumentiert, dass die enge persönliche Verbundenheit – mitunter – auch durch eine langfristige Trennung nicht gelitten hat. Aber auch wenn eine solche Trennung aus freien Stücken erfolgt, kann sie darin begründet liegen, dass es für einen Ehepartner aus gesundheitlichen Gründen ratsam ist, sich in einer bestimmten Gegend – am Meer oder in den Bergen – aufzuhalten; oder aber die Partner haben sich eine Auszeit genommen in der Hoffnung, anschließend wieder zueinander zu finden. Kommt es in dieser Phase zum Tod, gilt Entsprechendes wie im Eltern-Kind-Verhältnis: Die Verbitterung wiegt womöglich schwer, dass eine – erhoffte – Versöhnung nicht mehr stattfinden kann. Nur wenn all das nicht zutrifft, die Ehegatten keinen Kontakt mehr haben und völlige Entfremdung eingetreten ist, sie also nur noch auf dem Papier verheiratet sind, ist ein Anspruch auf Hinterbliebenengeld zu versagen.

3. Anspruch bei nachzuweisender personaler Nahebeziehung nach Abs. 3 S. 1

156

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Nahebeziehung	Nachweis	

Dass der Gesetzgeber sowohl Geschwister als auch Großeltern bzw. Enkelkinder vom Kreis der privilegierten Familienangehörigen ausgenommen hat, ist eine zu respektierende rechtspolitische Entscheidung.⁶⁵⁹ Maßgeblich ist der Nachweis einer emotionalen Nahebeziehung, die letztendlich nicht von einer formalen familienrechtlichen Statusbeziehung abhängig ist; so manche solche führt lediglich zu einer derartigen Vermutung.

a) Nicht-eheliche Lebensgemeinschaft bzw. Verlöbnis

157

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	nicht-eheliche Lebensgemeinschaft	
Hinterbliebenengeld	Verlöbnis	

⁶⁵⁷ Dazu OLG Karlsruhe NZV 2012, 41: Zuspruch von Schmerzensgeld bei einem Schockschaden trotz Getrenntlebens seit mehreren Monaten, weil die Eheleute die Ehe nicht als gescheitert angesehen haben und der Anspruchsteller davon überzeugt war, dass sie wieder zusammenkommen.

⁶⁵⁸ *Steenbuck r + s* 2017, 449, 451.

⁶⁵⁹ *Ch. Huber* VersR 2020, 385 (388).

Besteht eine nicht-eheliche Lebensgemeinschaft, wird eine solche enge emotionale Verbundenheit gegeben sein.⁶⁶⁰ Anders als in einer Ehe gibt es keine oder jedenfalls viel weniger Gründe, weiterhin zusammenzuleben, wenn das Verständnis für einander nicht mehr gegeben ist. Mitunter wird eine stabile nicht-eheliche Lebensgemeinschaft verlangt. Auf die Dauer kann es aber nicht ankommen,⁶⁶¹ ja nicht einmal darauf, dass eine Haushaltsgemeinschaft gegeben ist. Der OGH⁶⁶² hat einen derartigen Anspruch auch bei einem Verlöbnis bejaht, wofür spricht, dass gerade in dieser Phase ein besonders hohes Maß an wechselseitiger Wertschätzung gegeben ist. Eine besondere emotionale Verbundenheit wird vor allem dann gut belegbar sein, wenn ein gemeinsamer Wohnsitz besteht und darin (gemeinsame) Kinder betreut und unterhalten werden. Bei älteren Menschen ist zu beobachten, dass diese nicht mehr heiraten, um nicht ihre Altersrente einzubüßen, aber auch keinen gemeinsamen Wohnsitz begründen; gleichwohl kann eine besonders enge Beziehung gegeben sein, die in häufigen Besuchen, gemeinsamen Reisen oder Erbringung von Pflegeleistungen zum Ausdruck kommt.⁶⁶³ Nicht anspruchsberechtigt ist allerdings der Sexualpartner nach einem One-Night-Stand.

158

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das schweizerische BG⁶⁶⁴ hat einer Lebensabschnittsbegleiterin neben der Ehefrau einen Anspruch wegen der Entsprechung zum Hinterbliebenengeld zugebilligt. Dagegen könnte der ordre public sprechen, wonach in Deutschland – wie in der Schweiz – das Prinzip der Einehe gilt. Beim Hinterbliebenengeld kommt es aber nicht auf die Geschlechtsgemeinschaft an, sondern die emotionale Verbundenheit.⁶⁶⁵ Fraglich könnte im konkreten Fall eher die emotionale Nahebeziehung der Ehefrau gewesen sein. Denkbar wäre, dass diese zum Ehemann mehr eine wirtschaftliche als eine emotionale Nahebeziehung hatte. Allerdings kommt es immer wieder vor, dass Menschen offene Beziehungen leben oder der Ehefrau die zusätzliche Beziehung des Ehemanns zur Geliebten – jedenfalls einige Zeit hindurch – gar nicht bekannt ist.

b) Geschwister

159

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Geschwister	

⁶⁶⁰ Für eine Gleichstellung von hinreichend stabiler Lebensgemeinschaft und Ehe de lege ferenda *Staudinger* DAR 2019, 601. Ist schon das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Unwägbarkeiten verbunden, so gilt das noch mehr, wenn man verlangt, dass diese „hinreichend stabil“ sein müsse.

⁶⁶¹ So für die Schweiz *Landolt* in Hütte/Landolt II, Rn. 557; ebenso *Nitsch* ZfRV 2019, 20 ff.

⁶⁶² OGH Zak 2006/235.

⁶⁶³ *Ch. Huber* VersR 2020, 385 (388).

⁶⁶⁴ BG BGE 138 III 157; zustimmend *Landolt* in Hütte/Landolt II, Rn. 557.

⁶⁶⁵ *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (940).

Ist eine Haushaltsgemeinschaft gegeben, wird eine emotionale Nahebeziehung zwischen Geschwistern zu bejahen sein. Ist das nicht der Fall, müssen besondere Gründe gegeben sein. Der OGH⁶⁶⁶ hat das in einem Fall bejaht, in dem der getötete Bruder für den Anspruchsteller die Funktion eines Vaters hatte. Das LG Tübingen⁶⁶⁷ hat als ausreichend angesehen, dass der Getötete mit dem „Lieblingsbruder“ häufig zu Familienfeiern zusammengetroffen ist und mit diesem gemeinsame Motorradtouren unternommen hat.

c) Großeltern und Enkel

160

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Großeltern und Enkel	

Auch bei Großeltern kommt das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft Indizwirkung zu. Eine solche wird man auch dann bejahen können, wenn die Großeltern in der Nähe wohnen und de facto in den Haushalt der Eltern eingegliedert sind,⁶⁶⁸ das gilt umso mehr, wenn die Großeltern Aufgaben der Eltern übernehmen oder die Enkelkinder einen Großteil der Freizeit bei den Großeltern verbringen.

d) Patchwork-Familien

161

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Patchwork-Familie	

Patchwork-Familien sind heute weit verbreitet. Wenn zum jeweiligen Stiefelternteil eine Beziehung wie zum eigenen Elternteil besteht, wird eine emotionale Nahebeziehung zu bejahen sein.⁶⁶⁹ Das gilt umso mehr, wenn bezüglich Unterhalt oder auch letztwilliger Verfügungen nicht unterschieden wird. Das formale Kriterium der Adoption spielt lediglich dafür eine Rolle, ob eine privilegierte Familienbeziehung nach S. 2 gegeben ist.

⁶⁶⁶ OGH ZVR 2005/73, 254 (*Karner*).

⁶⁶⁷ LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*).

⁶⁶⁸ OGH ZVR 2004/86: Mutter hat zwar nicht im gemeinsamen Haushalt des 40-jährigen Sohnes gelebt, sondern vis-a-vis, war aber durch Einnahme gemeinsamer Mahlzeiten in das Familienleben des Sohnes wie ein Haushaltsangehöriger integriert.

⁶⁶⁹ Zweifelnd *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 401 (406).

e) Pflegeeltern, Nanny, Leihopa/-oma, nicht aber Au-Pair-Mädchen

162

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Pflegeeltern	

Da es auf die formelle Adoption nicht ankommt, wird auch zwischen Pflegekind und Pflegeeltern eine emotionale Nahebeziehung gegeben sein. Auch eine Nanny, wie sie in adeligen oder großbürgerlichen Schichten weit verbreitet ist, wird man dazuzählen müssen, hat diese mit dem Kind doch mitunter mehr emotionalen Kontakt als die leiblichen Eltern. Das kann auch für einen Leihopa oder eine Leihoma zutreffen; nicht aber für ein Au-Pair-Mädchen, weil dieses im Regelfall nur begrenzte Zeit, meist ein Jahr oder weniger, in den Familienverband aufgenommen wird, so dass es insoweit an der Nachhaltigkeit fehlt.⁶⁷⁰

f) Sonstige enge Bezugsperson

163

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	sonstige enge Bezugsperson	

Es ist erwogen worden, auch Mitglieder einer Kommune, Klosterbruderschaft⁶⁷¹ oder ein Kamerad bei Soldaten⁶⁷² als anspruchsberechtigt anzusehen. In der fast 150-jährigen Geschichte der entsprechenden Norm in der Schweiz ist kein einziger solcher Fall aus der Rechtsprechung dokumentiert.⁶⁷³ Das könnte ein Indiz sein, dass es sich insoweit um Hirngespinnste fantasiebegabter Professoren handeln könnte; oder die Rechtswirklichkeit in Deutschland führt dazu, dass es insoweit doch eines Tages zur Nagelprobe kommt. Kommunen und Klosterbruderschaften dürften von der Häufigkeit eine im Abnehmen begriffene Form des Zusammenlebens sein; und bei soldatischen Kameraden mag eine enge persönliche Verbundenheit namentlich bei – gefährlichen – Auslandseinsätzen durchaus gegeben sein; allerdings verblasst die enge Beziehung in der Folge rasch, so dass lediglich ein verklärter Blick in die Vergangenheit zurückbleibt. Nicht ausreichend ist jedenfalls eine rein aus ökonomischen Gründen gebildete Wohngemeinschaft.

⁶⁷⁰ Ch. Huber in FS-Schwintowski (2018), 920 (938).

⁶⁷¹ Ch. Huber in FS-Schwintowski (2018), 920 (938).

⁶⁷² Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi zfs 2012, 6 (7).

⁶⁷³ Landolt in Hütte/Landolt II, Rn. 565.

IV. Entschädigungsniveau

1. Weitgehende Enthaltensamkeit des Gesetzgebers

164

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Entschädigungsniveau	ff.

Im Gesetzgebungsverfahren konnte über die Höhe der Entschädigung keine Einigung erzielt werden. Man hat lediglich als Anhaltspunkt genommen, dass die durchschnittliche Belastung beim Schockschaden 10.000 EUR betrage.⁶⁷⁴ Eine Analyse ergibt jedoch, dass bei typischen Schockschäden die Bandbreite – von ausgerissenen Fällen⁶⁷⁵ abgesehen – sehr viel geringer ist.⁶⁷⁶ *Wagner*⁶⁷⁷ verweist zutreffend darauf, dass nicht einmal die die Oktave angegeben worden ist. Beträge in einer Größenordnung zwischen 30.000 EUR und 60.000 EUR waren jedenfalls nicht mehrheitsfähig.⁶⁷⁸ Manche Autoren⁶⁷⁹ sind besonders engherzig. Verwiesen hat der Gesetzgeber aber immerhin darauf, dass damit ein Anschluss an das Entschädigungsniveau anderer europäischer Rechtsordnungen erreicht werden sollte.⁶⁸⁰ Sehr präzise ist dieser Verweis freilich nicht, ist die Amplitude zwischen den einzelnen europäischen Rechtsordnungen doch beachtlich groß.⁶⁸¹ Schlussendlich hat man den Schwarzen Peter an die Rechtsprechung weitergereicht.⁶⁸² Der Gesetzgeber hat sich jedenfalls dafür entschieden, keinen Pauschalbetrag festzusetzen, sondern eine individuell auszumessende Entschädigung.

165

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁶⁷⁴ BT-Drs. 18/11397, 11. Dazu *Nugel* zfs 2018, 72 (76): Die 10.000 EUR zum Schockschaden sind nicht mit konkreten Fundstellen belegt.

⁶⁷⁵ OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2018, 599 = zfs 2017, 677 (*Diehl*): Zuspruch von 100.000.- EUR Schmerzensgeld für eine Ehefrau, die zeitnah zur Tötung des Ehemanns an der Unfallstelle war, was eine jahrelange (schwere) psychische Erkrankung zur Folge hatte.

⁶⁷⁶ NK-BGB/*Ch. Huber* § 253 Rn. 68: 500–3.000 EUR; *Quaisser* DAR 2017, 688 (691); *Bredemeyer* ZEV 2017, 690 (692); *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 401 (409): 3.000 EUR bis 5.000 EUR; *Jaeger* VersR 2017, 1041 (1053): 5.000 EUR bis 10.000 EUR.

⁶⁷⁷ *Wagner* Editorial NJW 2017 Heft 5.

⁶⁷⁸ *Fechner* DRiZ 2017, 84 (85).

⁶⁷⁹ *Nugel* zfs 2018, 72 (76): 3.000 EUR bis 5.000 EUR; *Quaisser* DAR 2017, 688 (691): 2.500 EUR bis 3.000 EUR.

⁶⁸⁰ *Ch. Huber* JuS 2018, 744 (749).

⁶⁸¹ Erwähnenswert LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*): 12.000 EUR an die Ehefrau nach einem Begehren von 5.000 EUR; 7.500 EUR an die Kinder nach einem Begehren von 2.500 EUR mit dem Hinweis, dass die zuerkannten Beträge im Rechtsvergleich „eher noch niedrig“ ausfallen.

⁶⁸² *Walter* MedR 2018, 213 (216).

Die Berücksichtigung individueller Umstände sollte aber auch nicht auf die Spitze getrieben werden,⁶⁸³ war (und ist) doch der Zuspruch eines Schockschadens auch von der Inszenierung des Anspruchstellers abhängig.⁶⁸⁴ Dieser – wenig sachgerechte – Umstand sollte beim Hinterbliebenengeld möglichst keine Rolle spielen. Zudem ist zu beachten, dass der Haftpflichtprozess nicht zu einem Scheidungsprozess mit umgekehrten Vorzeichen mutieren soll.⁶⁸⁵ Geht es im Scheidungsprozess um den Nachweis, dass ein bestimmtes Maß an Zerrüttung eingetreten ist, soll es im Haftpflichtprozess nicht mit umgekehrten Vorzeichen um einen Wettlauf gehen, wer dem Getöteten noch nähergestanden ist und wer weniger nahe – mit Auswirkungen auf die Höhe der vom Ersatzpflichtigen geschuldeten immateriellen Einbuße.

166

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Einigkeit besteht auch darüber, dass der Ersatzbetrag nicht beschämend gering sein soll. Wird dieser von den Anspruchstellern als provokant niedrig empfunden, kann auch die Zielsetzung, dass die Hinterbliebenen die Entschädigung für ihre immaterielle Einbuße als Sühneleistung ansehen, nicht erreicht werden. Wenn der Betrag „beleidigend gering“ gering ist, wird das eher als Provokation empfunden, so dass die mit dem Hinterbliebenengeld verfolgte Zielsetzung leicht ins Gegenteil umschlagen und das Klima bei der Regulierung der sonstigen Schadensposten Beerdigungskosten und Unterhaltersatz eher belastet als entspannt.⁶⁸⁶

167

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ratsam könnte sein eine Orientierung an den Werten, die in der Schweiz und Österreich zugebilligt werden. Diese Rechtsordnungen sind mit der deutschen strukturell verwandt und haben mit diesem Schadensposten eine langjährige Erfahrung. Während bei der Schweiz zu

⁶⁸³ *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (950): Im Sinn der vom Gesetzgeber verfolgten Intention ist der Akzent dabei stärker auf die pauschale Entschädigung als auf eine sublimen Feinjustierung zu richten.

⁶⁸⁴ Prototypisch OLG Köln OLGR 2007, 363: Die Witwe lässt kaum eine in Betracht kommende Therapie aus, tingelt durch alle möglichen seelischen Wellnesseinrichtungen, schluckt Psychopharmaka und bekommt neben den Therapiekosten auch Schmerzensgeld für den Schockschaden.

⁶⁸⁵ *Ch. Huber* VersR 2020, 385 (387).

⁶⁸⁶ *Katzenmeier* JZ 2017, 869 (876): „Eine Abfindung Hinterbliebener mit kleiner Münze schließt keine Gerechtigkeitslücke, sie kann das Gegenteil ... bewirken.“ Ähnlich *Wagner* NJW 2017, 2641; *Walter* MedR 2018, 214 (217).

konstatieren ist, dass das Lohnniveau und die Kaufkraftparität bei ca. dem Doppelten von Deutschland liegen, ist der Lebensstandard zwischen Österreich und Deutschland durchaus vergleichbar. Valorisiert liegen die Zusprüche in Österreich zwischen 10.000 EUR und 25.000 EUR;⁶⁸⁷ eine jüngere Entscheidung des schweizerischen BG⁶⁸⁸ hat dem Ehepartner 45.000 SFR und den vier Kindern jeweils 22.500 SFR zuerkannt. In der ersten veröffentlichten Entscheidung hat das LG Tübingen⁶⁸⁹ dem erwachsenen Bruder des Getöteten, einem nicht privilegierten Familienangehörigen nach S. 1, mit dem keine Haushaltsgemeinschaft bestand, aber immerhin gemeinsame Motorradfahrten unternommen wurden und Zusammenkünfte zu gemeinsamen Familienfesten stattfanden, 5.000 EUR zugesprochen. Das dürfte die Untergrenze sein.

2. Messung von Trauer und Betroffenheit

168

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die exakte Messung von Trauer und Betroffenheit stößt auf Schwierigkeiten. Immaterielle Einbußen sind generell schwer quantifizierbar. Am ehesten gelingt das noch bei körperlichen Schmerzen unter Zuhilfenahme medizinischer Sachverständiger. Bei psychischen Beschwerden ist das schon schwieriger. Und am wenigsten wird das bei Trauer und Betroffenheit gelingen.⁶⁹⁰ Man kann lediglich eine Abstufung vornehmen unter Bezug auf Hilfstatsachen.⁶⁹¹

a) Familienstatus

169

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Familienstatus	

Ein ganz maßgeblicher Anhaltspunkt für eine Grobabstufung ist das familiäre Naheverhältnis.⁶⁹² In der Schweiz erachtet man den Verlust des Ehegatten am schmerzlichsten;⁶⁹³ in Österreich

⁶⁸⁷ *Ch. Huber* VersR 2020, 385 (390).

⁶⁸⁸ BG HAVE 2019, 68.

⁶⁸⁹ LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*).

⁶⁹⁰ *Ch. Huber* JuS 2018, 744 (745).

⁶⁹¹ *Wagner* NJW 2017, 2641 (2644); *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (934).

⁶⁹² *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (948).

⁶⁹³ Nachweise bei *Hütte* in Hütte/Landolt I, Rn. 56.

sieht man den Verlust eines minderjährigen Kindes als schwersten Verlust an.⁶⁹⁴ Weder das eine noch das andere ist in Stein gemeißelt. Dafür, dass der Verlust eines minderjährigen Kindes am schwersten wiegt, spricht der Umstand, dass das ohne schädigendes Ereignis – nach der statistischen Wahrscheinlichkeit – nicht passiert wäre; beim Ehegatten geht es aber womöglich lediglich um das Vorziehen eines Umstands, der später ohnehin eingetreten wäre und mit dem der überlebende Ehegatte fertig werden hätte müssen.

b) Relation zum Schmerzensgeld bei Körperverletzung

170

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Relation zum Schmerzensgeld	

Eckpunkte für die Festlegung der Höhe des Hinterbliebenengeldes können aus der Schmerzensgeldhöhe für Körperverletzungen gewonnen werden.⁶⁹⁵ Das Hinterbliebenengeld für den Verlust eines Angehörigen sollte nicht geringer sein als das Schmerzensgeld für einen Beinbruch, der alsbald verheilt. Umgekehrt muss die Entschädigungshöhe für das Hinterbliebenengeld deutlich unter dem Schmerzensgeld bei Verlust einer Gliedmaße liegen, frei nach der Devise: Jedem ist das Hemd näher als der Rock.

c) Einzelne Kriterien für die Feinabstufung im Rahmen der Bemessung

aa) Seelische Beeinträchtigung

171

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Feinabstufung	ff.

Die Abgrenzung, ob eine seelische Beeinträchtigung von Krankheitswert von ausreichender Intensität und Dauer gegeben ist, die den Zuspruch eines Schockschadens rechtfertigt, ist mitunter von der Inszenierung des Sekundäröpfungers abhängig⁶⁹⁶ sowie davon, dass die „richtigen“ Ärzte aufgesucht werden und diese die „richtigen“ Schlüsselwörter verwenden,⁶⁹⁷ und dann auch noch der Anwalt zu einer entsprechenden Darlegung in der Lage ist.⁶⁹⁸ Wer „bloß“ 12 kg

⁶⁹⁴ OGH ZVR 2007/239 (*Danzl*); Zak 2008/579; *Ch. Huber* in Schwimann, TaKomm ABGB⁴ § 1325 Rn. 144; *Karner* FS-Danzl (2017), 85 (109); für eine solche Abstufung auch BernerKomm⁴/*Brehm* OR Art. 47 Rn. 140b; ebenso *Wagner* NJW 2017, 2641 (2645).

⁶⁹⁵ *Ch. Huber* JuS 2018, 744 (749).

⁶⁹⁶ *Kadner Graziano* RIW 2015, 549 (553 ff.): Angehörige müssen ihr Engagement nicht mehr in den Nachweis einer seelischen Krankheit investieren, was der Regulierungsatmosphäre förderlich ist.

⁶⁹⁷ Abweisung in OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (*Jaeger*): Von Rechtsradikalen zusammengeschlagener Sohn, der sich im Park noch blutverströmt zur Mutter schleppt und vor ihren Augen „verendet; Ablehnung des Antrags auf Prozesskostenhilfe.

abnimmt⁶⁹⁹ oder ein Attest für 18 EUR vorlegt,⁷⁰⁰ auch wenn er weiterhin in ärztlicher Behandlung ist, der vermag diese Hürde nicht zu nehmen.

172

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Durch Einführung des Hinterbliebenengeldes sollte der Ersatz davon gerade nicht – mehr – abhängig sein.⁷⁰¹ Gleichwohl ist es im Rahmen der Bemessung durchaus eine Komponente, ob „bloß“ Trauer und Betroffenheit ausgelöst wurde oder zusätzlich noch eine seelische Erkrankung, mag diese mangels Erreichens eines Mindestausmaßes an Intensität oder Dauer auch nicht für den Zuspruch eines Schockschadens ausreichen. Insoweit käme es auch nicht zu abrupten Zäsuren, sondern einer Skala mit gleichförmigen Übergängen.⁷⁰² Dass das Sekundärpfer den bisherigen Lebenszuschnitt beibehält, weiterhin einer beruflichen Tätigkeit nachgeht und auch Sport betreibt,⁷⁰³ führt zu keinem Abschlag. Die Fortführung der Berufstätigkeit kann ökonomische Gründe haben; die Beibehaltung des bisherigen Lebensstils ist Teil der Trauerarbeit. Nur einr Witwe/ein Witwer aus gut bürgerlichen Kreisen, kann es sich „leisten“, alles schleifen zu lassen, sich auf die Couch des Psychiaters zu legen und sich in seinem Leiden zu ergehen. Das sind aber keine Indizien für das Ausmaß der Trauer. Zu Recht hat das LG Tübingen⁷⁰⁴ darauf hingewiesen, dass die Witwe sich nach 36-jähriger Ehe an eine jahrelange Aufgabenverteilung und finanzielle Versorgung in der Ehe gewöhnt hatte, während sie sich nach dem Tod neu einrichten muss. Auch das hat eine berücksichtigungswürdige ideelle Komponente. Insofern kann die Dauer der Ehe Bedeutung in der Weise haben, dass die Vertrautheit umso größer ist, je länger die Ehe bestand hatte bzw. die Personen zusammengelebt haben.⁷⁰⁵

⁶⁹⁸ So auch die Einschätzung von *Müller* VersR 2017, 321 (325): Fraglich, ob seelische Beeinträchtigungen von besonderer Komplexität in einem Rechtsstreit zudem von oft wenig wortgewandten Anspruchstellern bzw. ihren Anwälten nachvollziehbar vorgetragen werden können. Ähnlich *Jaeger* VersR 2017, 1041 (1047): Erforderlich „einige Phantasie des Verletzten und seines Anwaltes“ bei Substantiierung des Begehrens.

⁶⁹⁹ LG München II BeckRS 2019, 24127 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 212 (*Ch. Huber*); wieviel Gewichtsabnahme muss erfolgen, ob eine Krankheit von einigem Gewicht zu diagnostizieren?

⁷⁰⁰ LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*).

⁷⁰¹ *Fechner* DRiZ 2017, 84 (85): Opfern soll erspart bleiben, komplizierte und lang andauernde Streitigkeiten um die Entschädigung zu führen.

⁷⁰² *Ch. Huber* JuS 2018, 744 (745).

⁷⁰³ So der Sachverhalt von LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*).

⁷⁰⁴ LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*).

⁷⁰⁵ Ähnlich LG Wiesbaden SVR 2020, 142 (*Balke*): 40-jährige Ehe.

173

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Erwähnt hat das LG Tübingen zudem, dass an gemeinsamen Freizeitaktivitäten die Witwe nur auf Urlaube an der Nordsee verweisen konnte. Anzumerken ist insoweit, dass das Ehepaar vier Kinder aufgezogen hat und die Witwe in einen Nebenjob ausgeübt hat. Womöglich blieb da deutlich weniger Zeit als einer Ehefrau in gehobenen bürgerlichen Verhältnissen, die während eines Gutteils des Jahres Reisen (mit dem Ehemann) unternehmen und um den Erdkreis tingeln konnte, im Übrigen aber nur mit der Beaufsichtigung des Hauspersonals beschäftigt war. Daraus auf das Maß emotionaler Verbundenheit zu schließen, wäre sachwidrig.⁷⁰⁶

bb) Miterleben

174

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das LG Tübingen⁷⁰⁷ hat als dämpfenden Umstand berücksichtigt, dass die Ehefrau „lediglich“ durch die Polizei und einen Seelsorger vom Tod des Ehemanns erfahren habe. Auch beim Schockschaden wird mitunter der Eindruck erweckt, dass das Miterleben für das Ausmaß des Ersatzes besonders bedeutsam sei.⁷⁰⁸ Das trifft indes nicht zu. Maßgeblich ist das jeweilige Ausmaß an Betroffenheit. Das Miterleben hat lediglich auf der Ebene des Beweises Bedeutung, weil ein Schock durch das unmittelbare Miterleben oder die zeitliche Nähe am Unfallort⁷⁰⁹ die seelische Erschütterung besonders nachvollziehbar macht.

cc) Alter des Getöteten und des Anspruchsberechtigten

175

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Im Rahmen der Feinjustierung wird zu beachten sein, dass der Verlust des Partners in der ersten Phase der Ehe, in der der Himmel noch voller Geigen hängt, besonders schmerzlich sein wird; das gilt auch für die Spätphase einer Ehe, in der ein zumeist älterer Ehemann auf seine – mitunter deutlich jüngere – Ehefrau, die ihn umsorgt, in besonderer Weise angewiesen ist. Ältere Ehepaare haben mitunter auch zunehmend weniger Außenkontakt, so dass der Verlust des

⁷⁰⁶ Ch. Huber VersR 2020, 385 (392).

⁷⁰⁷ LG Tübingen NZV 2019, 626 (Ch. Huber) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (Ch. Huber) = DAR 2019, 468 (Janeczek).

⁷⁰⁸ BGH NJW 2015, 1451 (Thora).

⁷⁰⁹ OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2018, 599 = zfs 2017, 677 (Diehl): Ehefrau entdeckt Ehemann unter einem Lkw, nachdem sie vorausgefahren war.

Partners besonders schwerwiegend ist, diese mitunter sogar vereinsamen. Der Umstand, dass der überlebende Ehepartner geraume Zeit nach dem Tod wieder eine Lebensgemeinschaft eingeht oder abermals heiratet, ist nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen, weil es beim Hinterbliebenengeld um die Abgeltung von Trauer und Kummer für die Phase der Trauerarbeit geht.

176

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei Kindern ist die Phase der Pubertät die kritischste. Wenn ein Kind in dieser Phase Vater oder Mutter verliert, ist das besonders schwer zu verkraften. Ist ein Kind noch ganz klein, vermag es intellektuell nicht zu begreifen, was passiert ist, mag es auch emotional eine Lücke empfinden. Kleine Kinder sind aber im Regelfall sehr anpassungsfähig, wozu kommt, dass sie sich auf die andere Situation noch nicht eingestellt haben.⁷¹⁰ Immaterielles Unbill stellt sich bei ihnen mitunter aber später ein, namentlich in der Pubertät. Führt ein Kind bereits einen eigenen Haushalt und noch mehr, wenn es selbst eine Familie begründet hat, kommt es über den Tod eines Elternteils leichter hinweg.

d) Haushaltsgemeinschaft bzw. Intensität des Kontakts

177

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Haushaltsgemeinschaft	ff.

§ 844 Abs. 3 S. 2 knüpft an eine potenzielle Unterhaltsbeziehung zwischen Primär- und Sekundärpöfper an, während im österreicherischen Recht das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft stärkeres Gewicht hat. Der Ansatz von § 844 Abs. 3 S. 2 hat gewiss den Vorzug höherer Rechtsklarheit, lässt sich doch der familiäre Status sehr viel leichter ermitteln als das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft.⁷¹¹ Gleichwohl spielt auch nach deutschem Recht das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft für die Bemessung durchaus eine Rolle. Wenn Personen zusammenwohnen, sind ein häufigerer Kontakt, eine stärkere Interaktion und damit eine höhere soziale Verbundenheit gegeben. Der Umstand des Bestehens einer Haushaltsgemeinschaft ist daher nicht nur ein Indiz, das bei den nicht privilegierten Personen nach S. 1 zu einer Anspruchsberechtigung an sich führt, sondern wirkt sich auch im Rahmen der Bemessung aus. Besteht eine solche, hat das Hinterbliebenengeld tendenziell höher auszufallen. Der Haushaltsgemeinschaft gleichzusetzen sind Fälle, in denen in der Nähe wohnende Familienangehörige de facto in das Familienleben integriert sind, wie das häufig bei Großeltern der Fall ist, die auch Aufgaben der Eltern gegenüber deren Kindern, also den Enkelkindern übernehmen.

⁷¹⁰ Deshalb einen Ersatzanspruch ablehnend *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 401 (411); *Schiemann* GesR 2018, 69 (71); aA zu Recht *Wagner* NJW 2017, 2641 (2645).

⁷¹¹ *Frank* FamRZ 2017, 1640 (1642): Regelung vernünftig und auch praktikabel.

178

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ist hingegen keine Haushaltsgemeinschaft gegeben, weil die Ehegatten getrennt oder Kinder an einem anderen Ort leben und/oder selbst eine Familie gegründet haben, ist ein Abschlag angebracht. Das gilt umso mehr, wenn der Kontakt nur spärlich war oder über längere Zeit gar nicht stattgefunden hat.⁷¹²

e) Weder Einkommen noch Vermögen, aber Kaufkraftparität

179

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Wie beim Schmerzensgeld spielen weder Einkommen noch Vermögen der Sekundärpfer eine Rolle. Was allein beachtlich ist, ist eine deutlich unterschiedliche Kaufkraftparität am Wohnsitz des Sekundärpfer, wie das die schweizerische Rechtsprechung anhand mehrerer Fälle überzeugend herausgearbeitet hat.⁷¹³ Da die Schweiz ein sehr reiches Land ist, ging es dort um die Vermeidung einer Überkompensation. Das gilt entsprechend für Deutschland. Allerdings ist das keine Einbahnstraße, so dass bei Angehörigen eines Hochlohnlandes wie der Schweiz auch eine Aufwertung in Betracht kommt.

f) Ausgleich oder Genugtuung

180

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Ausgleich oder Genugtuung	ff.

Umstritten ist, ob das Hinterbliebenengeld sich mithilfe des Ausgleichs- oder des Genugtuungsprinzips begründen lässt. Das Genugtuungsprinzip beruht darauf, dass der Ersatzpflichtige dem Anspruchsberechtigten eine Sühneleistung für das von ihm schuldhaft gesetzte Verhalten erbringt. Die Ersatzleistung hat dementsprechend umso höher auszufallen, je schwerer der Vorwurf wiegt. Das Hinterbliebenengeld kann jedenfalls nicht ausschließlich auf den Genugtuungsgedanken gestützt werden,⁷¹⁴ weil es auch bei der Gefährdungshaftung gebührt; und eine Haftung knüpft bei dieser gerade nicht an das Verschulden an.

⁷¹² Dazu LG Osnabrück (Strafkammer) SVR 2020, 139 (*Balke*): Zuspruch von 2.000 EUR an den Sohn nach Tötung des Vaters, mit dem bloß telefonischer bzw. Whats-App und seit einem Jahr kein persönlicher Kontakt bestand.

⁷¹³ Nachweise bei *Ch. Huber* NZV 2006, 169 ff.

⁷¹⁴ So aber *Müller* VersR 2017, 321 (325).

181

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das Ausgleichsprinzip bemisst den Umfang der Ersatzleistung nach dem Ausmaß der zugefügten Beeinträchtigung. Gegen das Ausgleichsprinzip wird beim Hinterbliebenengeld ins Treffen geführt, dass sich Trauer und Betroffenheit nicht messen lassen würden. Unter Heranziehung von Hilfsstatsachen ist jedoch zumindest eine Abstufung des Ersatzes möglich, abgesehen davon, dass die Ermittlung einer exakten Höhe bei allen immateriellen Einbußen an Grenzen stößt, ohne dass beim Schmerzensgeld die Dominanz des Ausgleichsprinzips in Frage gestellt wird. Das Ausgleichsprinzip ist daher auch für das Hinterbliebenengeld der zentrale Bemessungsansatz.

182

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Fraglich ist allein, welche zusätzliche Bedeutung die Genugtuungskomponente spielt, mit anderen Worten, ob ein Zuschlag bei qualifiziertem Verschulden gebührt. Beim Schmerzensgeld ist anerkannt, dass ein leicht fahrlässiges Verhalten keinen Zuschlag rechtfertigt. Mitunter lässt sich eine höhere Entschädigung bei schwererem Verschulden des Täters im Rahmen des Ausgleichsprinzips damit begründen, dass die Betroffenheit beim Anspruchsberechtigten dann besonders groß ist. Ungeachtet des Trennungsprinzips ist es mE darüber hinaus wenig einleuchtend, bei grober Fahrlässigkeit den Haftpflichtversicherer finanziell schwerer bluten zu lassen. Die mit der Genugtuungsfunktion verfolgte Zielsetzung der Sühne des jeweiligen Täters wird dadurch auch nicht erreicht, geht es doch um die finanzielle Belastung der Haftpflichtversicherung und nicht die des Schädigers. Wie beim Schmerzensgeld ist daher jedenfalls leichte Fahrlässigkeit nicht anspruchserhöhend zu berücksichtigen. Bei grober und grösster Fahrlässigkeit wird beim Schmerzensgeld ein Zuschlag befürwortet; das müsste dann auch für das Hinterbliebenengeld entsprechend gelten. Rational begründbar ist ein Zuschlag bei Vorsatz, weil insoweit kein Deckungsschutz durch die Haftpflichtversicherung gegeben ist. Eine vom Strafgericht verhängte Buße, die der Täter an die Angehörigen zu leisten hat, hat daher dem Empfänger – als Genugtuung – zusätzlich zu verbleiben und ist nicht auf das – an sich gebührende – Hinterbliebenengeld anzurechnen.⁷¹⁵

g) Gleichbehandlung der Kinder

183

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Kinder	

⁷¹⁵ Dazu LG Tübingen NZV 2019, 626 (Ch. Huber) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (Ch. Huber) = DAR 2019, 468 (Janeczek): Verhängung einer Geldbuße von 2.000 EUR, die der Straftäter an die Witwe zu zahlen hatte.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die Entschädigung je Anspruchsberechtigtem individuell auszumessen und nicht – wie nach englischem Recht – für die Tötung eine Globalsumme vorzusehen, über deren Aufteilung die Hinterbliebenen sich dann einigen müssen.⁷¹⁶ Ist mit der Aufteilung des Erbes häufig schon genug Zwist und Hader verbunden, soll nicht auch bezüglich der immateriellen Entschädigung ein weiterer Streitherd geschaffen werden, bei dem sich die Hinterbliebenen dann darüber zanken, wer dem Getöteten noch nähergestanden ist mit der Folge, dass er ein größeres Stück vom Kuchen, also der zur Verfügung stehenden Summe erhält. Das LG Tübingen⁷¹⁷ hat diesen Gedanken zu Ende gedacht und jedem der vier Kinder einen gleich hohen Betrag zugesprochen. Dem Umstand der Haushaltsgemeinschaft hat es dabei – zu Recht – keine besondere Bedeutung beigemessen, weil das rein ökonomisch bedingt war und daraus kein Rückschluss auf eine höhere oder geringere emotionale Verbundenheit gezogen werden konnte.

h) Ethnische Besonderheit

184

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In einer Entscheidung des LG München II⁷¹⁸ hat eine zentrale Rolle gespielt, dass die Familienangehörigen aus Tunesien stammten, aber in Deutschland lebten. Nicht zuletzt wegen der fehlenden Sprachkenntnisse war das Zusammengehörigkeitsgefühl ein besonders enges. Dieses Phänomen ist schon seit den in der Diaspora lebenden Juden bekannt; und gilt mehr oder weniger für alle im Ausland lebenden Menschen. Das wäre durchaus ein sachlicher Anknüpfungspunkt für einen Zuschlag gewesen. Das LG München II hat das freilich unbeachtet gelassen und hat ausgesprochen, dass gerade der vom Haftpflichtversicherer zugestandene Betrag gebührt habe – aber auch kein Cent mehr.

3. Erfordernis des Empfindens von

185

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Trauer	

Das Hinterbliebenengeld soll dazu dienen, dass das Sekundäröpfung den Entschädigungsbetrag dazu verwenden kann, auf andere Gedanken zu kommen und sich abzulenken. Beim Schmerzensgeld wird ein ähnlicher Gedanke für tragend angesehen: Der Verletzte soll sich wegen der ihm zugefügten Verletzung mit dem Schmerzensgeld andere Annehmlichkeiten leisten und Linderungen verschaffen können. Wenn der Verletzte im Koma liegt und empfindungsfähig ist, kann diese Zielsetzung nicht mehr erreicht werden. Der BGH spricht gleichwohl

⁷¹⁶ Dazu *Wagner*, Angehörigenschmerzensgeld, in FS-Stürmer (2013), 231 (237).

⁷¹⁷ LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*).

⁷¹⁸ LG München II BeckRS 2019, 24127 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 212 (*Ch. Huber*).

Schmerzensgeld in solchen Fällen zu und begründet das mit der eigenen Fallgruppe der „Zerstörung der Persönlichkeit“. Allerdings gebührt Ersatz nur dann, wenn der Verletzte während eines gewissen Zeitraums nach der ihm zugefügten Verletzung weiterlebt.

186

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es stellt sich die Frage, ob diese Grundsätze auch auf das Hinterbliebenengeld zu übertragen sind. Für den Mindestzeitraum des Überlebens gilt das jedenfalls. Wer allerdings keine Trauer und Betroffenheit empfinden kann, weil er im Koma liegt, bei dem kann die eigentliche Zielsetzung des Hinterbliebenengeldes nicht erreicht werden, so dass es folgerichtig erscheint, einen Ersatz zu versagen. Voraussetzung für den Zuspruch ist freilich nicht, dass der Anspruchsberechtigte zur intellektuellen Verarbeitung in der Lage sein muss. Auch – begrenzt – dementen Personen ist ein Hinterbliebenengeld zuzubilligen, wenn sie zumindest emotional annähernd begreifen, dass eine ihnen vertraute Person aus dem Leben gerissen wurde. Soweit in der Fallgruppe der Zerstörung der Persönlichkeit der Umstand eine Rolle gespielt haben sollte, dass wegen der Vererblichkeit des Schmerzensgeldes des Verletzten auch ein verkapptes Hinterbliebenengeld verbunden war, kann insoweit nunmehr eine knappere Bemessung vorgenommen werden, weil es dafür nun einen eigenen Schadensposten gibt.⁷¹⁹

4. Tod nach langer Leidensphase oder Ungewissheit

187

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Leidensphase	

Mitunter kommt es vor, dass nach einer langen Leidensphase der Tod von den Angehörigen als Erleichterung empfunden wird. Entsprechendes gilt, wenn nach dem Verschwinden einer Person die schlussendlich erlangte Kenntnis, wer dafür verantwortlich war, zu einer Beruhigung führt, weil dann zumindest Gewissheit über das Schicksal des Getöteten besteht. Es würde an Zynismus grenzen, in solchen Fällen ein Hinterbliebenengeld ganz zu versagen oder auch nur betragslich zu kürzen. Vielmehr hat eine normative Korrektur zu erfolgen. Im schweizerischen Recht wird bei langer Leidensdauer, für die eine Angehörigenengultung zuerkannt wird, diese bei der Festlegung der Hinterbliebenengultung angemessen angerechnet. Das ist durchaus sachgerecht. Solange es im deutschen Recht aber keine Abgeltung der immateriellen Einbußen bei schwerster Verletzung gibt, muss es dabei bleiben, dass bei Tötung ein ungekürztes Hinterbliebenengeld gebührt.

⁷¹⁹ Prototypisch OLG München 6.12.2019 – 10 U 2848/19, NJW-Spezial 2020, 74 = jurisPR-VerKR.5/2020 Anm. 3 (*Wenker*) = BeckRS 2019, 31111 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 206 (*Ch. Huber*): Trotz permanentem Koma und 1/3 Mitverschulden (vererbter) Schmerzensgeldanspruch von 75.000 EUR.

5. Gebot der Valorisierung

188

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Valorisierung	

Beim Schmerzensgeld wird für die Ermittlung der Höhe auf Vorentscheidungen Bezug genommen, im Regelfall in der Weise, dass aus den Schmerzensgeldtabellen eine möglichst passgenaue Entscheidung gesucht wird. Eine solche Vorgangsweise wird sich auch zum Hinterbliebenengeld entwickeln, sobald es eine ausreichende Anzahl einschlägiger Entscheidungen geben wird. Zu beachten ist dabei, dass eine Valorisierung zu erfolgen hat. In Österreich ist es mittlerweile Standard,⁷²⁰ dass wie beim Schmerzensgeld eine Aufwertung mit dem Verbraucherpreisindex erfolgt; und zwar ab dem Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz in Annäherung an das Ende der mündlichen Streitverhandlung in 1. Instanz, zu der der Anspruchsteller das letzte Mal die Möglichkeit hatte, sein Begehren anzupassen.

189

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es gibt keinen Grund, warum nach deutschem Recht eine solche Anpassung nicht vorgenommen werden sollte. Vielmehr wäre es sachgerecht, eine Anpassung nicht nur nach dem Verbraucherpreisindex vorzunehmen, sondern auch das Wirtschaftswachstum zu berücksichtigen. Der Verbraucherpreisindex bewirkt, dass der Anspruch real gleich hoch bleibt. Das Wirtschaftswachstum führt dazu, dass auch dem Umstand Rechnung getragen wird, dass im Lauf der Zeit mehr Wohlstand erwirtschaftet wird. Seit dem Zweiten Weltkrieg gab es in den allermeisten Jahren ein reales Wirtschaftswachstum. Infolge der Corona-Pandemie erfolgt zwar ein erheblicher Ausschlag nach unten, der allerdings ein vorübergehendes Phänomen bleiben dürfte; zu berücksichtigen ist dieser Umstand freilich allemal.

6. Kapital oder Rente

190

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Kapital oder Rente	

Das Hinterbliebenengeld dient dazu, für die Phase der Trauerarbeit eine angemessene Entschädigung zu leisten. Da es sich um einen überschaubaren Zeitraum handelt, ist ein Kapitalbetrag angemessen. Mitunter kommt es aber zu Langzeitfolgen, so bei einem Kind in der Pubertät oder Verlust des Ehepartners im vorgerückten Alter. Insofern könnte auch eine Rente

⁷²⁰ So seit OGH ZVR 2012/129 (*Ch. Huber*). Dazu *Danzl*, Schmerzensgeld (2019), wo in der mit dem Buch zugänglichen Online-Version eine Valorisierung mit dem Verbraucherpreisindex mit wenigen Mausklicks zu bewerkstelligen ist.

als Ersatzform diskutabel sein. Selbst wenn man aus Gründen der Einfachheit der Regulierung ausschließlich einen Kapitalbetrag für angemessen hält, ist dieser Umstand bei der Bemessung zu berücksichtigen.⁷²¹

V. Verhältnis des Schockschadens zum Hinterbliebenengeld

1. Trauer und Kummer sowie eine zusätzliche seelische Erkrankung

191

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Verhältnis zum Schockschaden	ff.

Wer neben Trauer und Betroffenheit auch eine seelische Erkrankung erleidet, soll insgesamt eine höhere Entschädigung erhalten als derjenige, der seine Trauer und Betroffenheit ohne eine seelische Krankheit bewältigt.⁷²² Darüber hinaus steht fest, dass der Gesetzgeber Trauer und Betroffenheit losgelöst von einer seelischen Erkrankung als abzugeltende Einbuße anerkannt hat.⁷²³ Umstritten ist freilich, ob bei einer seelischen Erkrankung die Entschädigung für diese auch Trauer und Betroffenheit mitumfasst oder das nicht der Fall ist. ME führt die Einführung des Hinterbliebenengeldes dazu, dass auch bei einer seelischen Erkrankung Trauer und Betroffenheit zu einer zusätzlichen Abgeltung führen müssen; oder anders ausgedrückt, bei einer seelischen Erkrankung neben der Abgeltung von Trauer und Betroffenheit ein Zuschlag für die seelische Erkrankung zu erfolgen hat.

2. Einheitliche oder getrennte Bemessung – maßgeblich Nachvollziehbarkeit des Bemessungsvorgangs

192

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Bemessung	ff.

Wenn das Sekundäröpfung eine seelische Erkrankung erleidet, kommt diese zu Trauer und Betroffenheit dazu. Es stellt sich die Frage, ob das Schmerzensgeld für die seelische Erkrankung und das Hinterbliebenengeld für Kummer und Betroffenheit einheitlich⁷²⁴ oder getrennt bemessen werden sollen. Während das Schmerzensgeld nach der Höhe der erlittenen Schmerzen zu ermitteln ist, was in Anlehnung an die Schmerzen bei einer Körperverletzung durch ein Sachverständigengutachten möglich ist, kann für das Hinterbliebenengeld lediglich an Hilfstatsachen angeknüpft werden.

⁷²¹ Ch. Huber VersR 2020, 385 (389).

⁷²² Müller VersR 2017, 321 (324).

⁷²³ Jaeger VersR 2017, 1041 (1055): Hinterbliebenengeld kein Schmerzensgeld.

⁷²⁴ So auch der OGH 9.9.2015 – 2 Ob 143/15s ZVR 2015/214 (Kathrein) = ÖJZ 2016/39 (Ch. Huber).

a) Unterschiedliche Kriterien

193

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Beim Schmerzensgeld wird – wenn auch zu Unrecht, so doch faktisch – eine Prädisposition des Geschädigten anspruchsmindernd in Anschlag gebracht.⁷²⁵ Das ist deshalb unangemessen, weil der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist.⁷²⁶ Beim Hinterbliebenengeld geht es aber um die Ermittlung von Trauer und Kummer anhand von Hilfstatsachen, so dass eine Kürzung wegen einer vorhandenen Prädisposition keine Rolle spielen kann.

194

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Beim Schmerzensgeld führt eine unterlassene Therapie zu einer Kürzung des Anspruchs; das mitunter in einem zu weitgehenden Umfang, weil eine Psychotherapie wohl nur dann erfolgversprechend sein kann, wenn der Patient auch daran glaubt; ganz abgesehen davon, dass für die Kosten der Schädiger aufzukommen hat, was nicht immer beachtet wird.⁷²⁷ Beim Hinterbliebenengeld kann dieser Umstand jedoch keine Rolle spielen.

195

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Schließlich führt die Tötung mehrerer dazu, dass der Schockschaden im Ausmaß der verursachten Schmerzen zu bemessen ist. Das Hinterbliebenengeld ist jedoch nach der aufgrund der Hilfstatsachen zu ermittelnden Trauer und Betroffenheit je Person zu ermitteln.

196

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Schließlich ist folgender Fall möglich: Ein Sekundäröpfer erleidet zunächst nur Trauer und Betroffenheit und kommt zunächst im Leben zurecht. Nach einiger Zeit führt der Tod des Primäröpfers aber zu einer seelischen Erkrankung. In einem solchen Fall liegt es wohl auf der

⁷²⁵ *Adelmann* VersR 2009, 449 (453 f.).

⁷²⁶ *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (943).

⁷²⁷ *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (943).

Hand, dass es zu einer kumulativen Bemessung von Trauer und Kummer einerseits sowie den anschließend ausgelösten Schmerzen andererseits kommen muss. Der Umstand, dass diese immateriellen Nachteile nicht nacheinander, sondern gleichzeitig eintreten, sollte zu keiner anderen Beurteilung führen.

b) Transparente Bemessung nur bei getrennter Erfassung

197

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das Schmerzensgeld zeichnet sich dadurch aus, dass unter Hinweis auf die Globalbemessung häufig nicht nachvollziehbar ist, welche Komponenten für die zuerkannte Höhe maßgeblich waren, wodurch die außergerichtliche Regulierung nicht eben vereinfacht wird. Wenn Hinterbliebenengeld und Schockschaden einheitlich bemessen werden, wie sich das der Gesetzgeber vorgestellt hat, ist zu befürchten, dass die unterschiedlichen Bemessungsfaktoren nicht berücksichtigt werden. Vielmehr besteht die Gefahr, dass das Hinterbliebenengeld im Schockschaden aufgeht, wodurch gegen das Postulat verstoßen würde, dass durch Einführung des Hinterbliebenengeldes Trauer und Kummer zusätzlich abgegolten werden sollten.⁷²⁸ Die besseren Gründe sprechen daher für eine getrennte Bemessung, wie das auch in der Schweiz gehandhabt wird.⁷²⁹

c) Entschädigungsniveau bei Schockschäden und Schmerzensgeld bei körperlichen Schmerzen

198

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Auch wenn das Hinterbliebenengeld eine eigene Kategorie darstellt, was systematisch schon darin zum Ausdruck kommt, dass es nicht im Kontext des § 253, sondern in § 844 Abs. 3 geregelt wurde, bedarf das Entschädigungsniveau einer stimmigen Einordnung in das bisherige Schmerzensgeldgefüge. Zu beobachten ist, dass die Schmerzensgelder für Körperverletzungen in Deutschland deutlich über dem Niveau von Österreich und der Schweiz liegen, während das bei Schockschäden gerade gegenteilig ist.⁷³⁰ Das könnte ein Grund sein, über die Stimmigkeit nachzudenken.⁷³¹ Angebracht wäre es, das Entschädigungsniveau bei Schockschäden

⁷²⁸ So auch *Staudinger* DAR 2019, 601: Anspruchskonkurrenz, Versagung eines Schockschadens keine Voraussetzung für das Hinterbliebenengeld; ebenso *Jaeger* JM 2020, 12: Schockschaden ein grundlegend anderer Anspruch als das Schmerzensgeld.

⁷²⁹ Prototypisch die Entscheidung Hunter: BG BGE 112 II 118: **40.000 SFR** Hinterbliebenengeld, zusätzlich **20.000 SFR** Schmerzensgeld auf Basis eines Schock- bzw. Fernwirkungsschadens.

⁷³⁰ *Ch. Huber* VersR 2020, 385 (390).

⁷³¹ *Ch. Huber* FS-Schwintowski (2018) 920, 952.

anzuheben,⁷³² um dieses in ein nachvollziehbares Verhältnis zum Hinterbliebenengeld zu rücken, somit auf das Niveau, das in der Schweiz und Österreich zuerkannt wird.⁷³³ Gegen eine Unterschreitung der vom Gesetzgeber für das Hinterbliebenengeld angepeilten Größenordnung von durchschnittlich 10.000 EUR spricht, dass der deutsche Gesetzgeber einen Anschluss an die in Europa gängigen Standards erzielen wollte und das Hinterbliebenengeld seine Funktion nur erfüllen kann, wenn es nicht beschämend niedrig ausfällt.⁷³⁴ Wird eine angemessene Höhe beim Hinterbliebenengeld erreicht und kommt das Schmerzensgeld für den Schockschaden als Zugabe bloß dazu, mag das bisherige Niveau angehen; zu bedenken ist freilich, dass es dann in den Fällen schwerster Verletzung deutlich anzuheben wäre, weil es dort im deutschen Recht keinen Mindestersatz für Trauer und Betroffenheit gibt.

VI. Übertragbarkeit, Pfändbarkeit, Vererblichkeit, Zugewinnausgleich

199

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Übertragbarkeit	
Hinterbliebenengeld	Pfändbarkeit	
Hinterbliebenengeld	Zugewinnausgleich	

Das Hinterbliebenengeld ist – wie das Schmerzensgeld – übertragbar und pfändbar. Das Abstellen allein auf die Genugtuungskomponente und damit die Betonung der Parallele zur Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts würde dazu führen, dass die Vererblichkeit zu verneinen wäre. Das Hinterbliebenengeld ist aber nach dem Ausgleichsprinzip zu bemessen und hat eine größere Nähe zum Schmerzensgeld. Es ist daher wie dieses vererblich. Wie das Schmerzensgeld ist es wenig angebracht, dass es in den Zugewinnausgleich einbezogen wird. Bei einer Reform des § 1374 sollte nicht nur das Schmerzensgeld, sondern auch das Hinterbliebenengeld ausgeklammert werden.

VII. Prozessuale Dimension

1. Mindestbegehren

200

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Mindestbegehren	

Gerade – aber nicht nur – in der Anfangsphase besteht bezüglich der gebührenden Höhe große Rechtsunsicherheit. Es ist bezeichnend, dass in der allerersten Entscheidung das LG

⁷³² Dafür auch *Walter* MedR 2018, 213 (218).

⁷³³ Zu diesen beiden Rechtsordnungen der jeweilige Länderbericht in *Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey*, Hinterbliebenengeld (2018).

⁷³⁴ *Wagner* NJW 2017, 2641; *Walter* MedR 2018, 213 (216 f.).

Tübingen⁷³⁵ jeweils mehr als das Doppelte von dem zugesprochen hat, was als Mindestbegehren geltend gemacht worden ist. Da auch das Hinterbliebenengeld – wie das Schmerzensgeld – von einer Vielzahl von dem Anspruchsteller nicht immer klar erkennbaren Bemessungsdeterminanten abhängig ist, ist es sachgerecht, dass auch für das Hinterbliebenengeld dem Anspruchsteller die Möglichkeit eingeräumt wird, ein Mindestbegehren zu stellen.

2. Begehren von Schockschaden und/oder Hinterbliebenengeld

201

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Unterscheidung zwischen Schockschaden bzw. präziser Fernwirkungsschaden und Hinterbliebenengeld ist – noch – nicht allen (Geschädigten-)Anwälten geläufig. Nach dem Grundsatz „iura novit curia“ kommt es daher allein darauf an, dass der Kläger ein ausreichendes Vorbringen mit einem bestimmten Begehren erstattet.⁷³⁶ Die rechtliche Beurteilung ist jedoch Sache des Gerichts. Der guten Ordnung halber sollte sich der Kläger bei seinem Begehren auf beide Anspruchsgrundlagen stützen bzw. das eine mit einem Eventualbegehren verbinden.

3. Anerkenntnis und Abfindungsvergleich

202

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Anerkenntnis	
Hinterbliebenengeld	Abfindungsvergleich	

Auch diesbezüglich wird zu unterscheiden sein, ob der Ersatzpflichtige bloß das Hinterbliebenengeld anerkannt hat oder auch den Schockschaden, ein Vergleich lediglich über das Hinterbliebenengeld oder auch den Schockschaden geschlossen wurde. Will der Ersatzpflichtige bei einem Vergleich Rechtssicherheit erzielen, sollte er beide Anspruchskategorien explizit benennen. Erwähnt er nur das Hinterbliebenengeld, droht die Gefahr, dass der Anspruchsteller gestützt darauf, dass für das Schmerzensgeld aufgrund eines Schockschadens die weitere Voraussetzung der seelischen Erkrankung von gewisser Intensität und Dauer erforderlich ist, einen Nachschlag fordert.

VIII. Evaluierung nach fünf Jahren – Rechtsschutzlücken

203

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Hinterbliebenengeld	Rechtsschutzlücken	ff.

⁷³⁵ LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*): 12.000 EUR an die Ehefrau nach einem Begehren von 5.000 EUR; 7.500 EUR an die Kinder nach einem Begehren von 2.500 EUR.

⁷³⁶ LG Tübingen NZV 2019, 626 (*Ch. Huber*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (*Ch. Huber*) = DAR 2019, 468 (*Janeczek*); LG München II BeckRS 2019, 24127 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 212 (*Ch. Huber*): Jeweils Hinterbliebenengeld begehrt.

--	--	--

Der Gesetzgeber hat vorgesehen, dass fünf Jahre nach Inkrafttreten eine Evaluierung vorzunehmen sein wird. Die beiden – schon zum Zeitpunkt des Inkrafttretens erkennbaren – gravierendsten Schwachstellen sind die Ausklammerung des Falls der schwersten Verletzung sowie der Ausschluss vertraglicher Ansprüche. In der Schweiz hat das BG⁷³⁷ über 100 Jahre gebraucht, um im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung die Lücke des Fehlens eines Anspruchs bei schwer(st)er Verletzung zu schließen; der deutschen Gesetzgeber könnte sich schon nach fünf Jahren eines Besseren besinnen. Die Beschränkung auf den Todesfall wurde als „kleine“⁷³⁸ bzw. „kleinmütige“⁷³⁹ Lösung bezeichnet, weil man meinte, die Abgrenzungsprobleme nicht bewältigen zu können. Womöglich ist dann eine „großzügige“ Lösung möglich, weil man feststellen kann, dass die Nachbarrechtsordnungen das durchaus in den Griff bekommen. Nachdenklich stimmen sollte, dass die Entschädigung im Verletzungsfall deutlich höher ist als im Tötungsfall.⁷⁴⁰

204

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Platzierung in § 844 und damit die Beschränkung auf das Deliktsrecht – unter Einschluss der Gefährdungshaftung – lässt sich de lege lata allein damit rechtfertigen, dass auch der Unterhaltersatzanspruch nur bei diesen Anspruchsgrundlagen gebührt. Womöglich bringt der Gesetzgeber in fünf Jahren den Mut auf, bezüglich beider Ansprüche so vorzugehen wie beim Schmerzensgeld, nämlich durch eine Verschiebung ins allgemeine Schuldrecht eine Versagung der vertraglichen Anspruchsgrundlage zu beseitigen. Sachgerecht wäre es, den Sekundäröpfem im Todesfall immer dann einen Anspruch einzuräumen, wenn das Primäröpfem einen solchen hätte.⁷⁴¹ Da die Regelung am 22.7.2017 in Kraft getreten ist, ist die Evaluierung schon Mitte 2022 vorzunehmen; hoffentlich gibt es dann schon genug Erfahrungen für eine „echte“ Evaluierung aufgrund tatsächlich gemachter Erfahrungen.

IX. Inkrafttreten

205

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

⁷³⁷ BG (11.3.1986) BGE 112 II 118; Einführung einer dem Art. 47 OR entsprechenden Norm 1875.

⁷³⁸ *Jaeger* VersR 2017, 1041 (1049).

⁷³⁹ *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (930).

⁷⁴⁰ *Landolt* in Hütte/Landolt II, Rn. 598 Relation der Angehörigengenguttung (Tötungsfall) zur Verletztengenguttung: Ehegatten 20 % bis 57 %, Eltern 20 % bis 50 %, er 17 % bis 33 %, Geschwister 20 % bis 25 %.

⁷⁴¹ *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018) 920 (929).

Der Gesetzgeber hat sich gegen eine Rückwirkung entschieden. Nach Art. 229 § 43 EGBGB sind § 844 Abs. 3 und die entsprechenden Gefährdungshaftungsnormen nur auf Neufälle anzuwenden, die sich nach dem 22.7.2017 ereignet haben. Es stellt sich dabei die Frage, worauf abzustellen ist, die Verletzungshandlung, die zugefügte Verletzung des Primäröpfungers, die schlussendlich zu dessen Tod führt, oder der Eintritt von Trauer und Kummer beim Sekundäröpfungers. Das fällt nicht immer zusammen. Beim Germanwings-Absturz folgte nach der Verletzung in Sekundenbruchteilen der Tod. Und mit der Ankündigung, dass das Flugzeug nicht landen werde, weil es abgestürzt sei und es keine Überlebenden gebe, wurde – jedenfalls bei den am Flughafen wartenden Angehörigen – damit Betroffenheit, Kummer und Niedergeschlagenheit ausgelöst. Diese Zeitpunkte können aber auch gestreckt sein. Die Verletzungshandlung führt nicht immer gleich zu einer Verletzung oder zum Tod. Zu denken ist an eine Zeitbombe bei einem Mord oder ärztliche Kunstfehler. Auch die seelische Erschütterung der Sekundäröpfungers erfolgt nicht immer zeitnah zum Tod des Primäröpfungers. Zu denken ist etwa an eine Entführung mit der Tötung des Primäröpfungers während dieser im Zuge einer Auslandsreise, bei der die Sekundäröpfungers oft erst sehr viel später erfahren, was passiert ist.

206

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der Wortlaut des Art. 29 § 43 EGBGB ist eindeutig. Abzustellen ist auf die zum Tod führende Verletzung, die nach dem 22.7.2017 eingetreten sein muss, damit § 844 Abs. 3 anwendbar ist. Maßgeblich ist somit die Zufügung der Verletzung, die zum Tod führt, die nach diesem Zeitpunkt eingetreten sein muss. Die Verletzungshandlung kann somit schon vor dem 22.7.2017 begangen worden sein.

§ 845 Ersatzansprüche wegen entgangener Dienste Huber

¹Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. ²Die Vorschrift des § 843 Abs. 2 bis 4 findet entsprechende Anwendung.

Literatur:

Burmann/Jahnke, (Kein) Ersatz von mittelbaren Schäden im Haftpflichtfall, NZV 2012, 11; *van Bühren/Lemcke/Jahnke* (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2. Auflage 2012; *Delank*, Haushaltsführungsschaden bei Verletzungen von Kindern, NZV 2002, 392; *A. Diederichsen*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, Homburger Tage 2012, 7; *Enderlein*, Die Dienstpflicht des Hauskindes als Folge seiner Unterhaltsgemeinschaft mit den Eltern, AcP 200 (2000), 565; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 28. Auflage 2020; *Greger/Zwickel*, Haftungsrechts des Straßenverkehrs 5. Auflage 2014; *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, 4. Auflage 2018; *Ch. Huber*, Familienrechtsreform und Schadensrecht – § 845 BGB, eine normative Ruine, in: Schlosser (Hrsg.), Ringvorlesung der Universität Augsburg anlässlich 100 Jahre BGB, 25 Jahre Universität Augsburg, 1997, S. 35; *Jahnke*, Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch, r + s 2003, 89; *ders./Burmann*, Handbuch des Personenschadensrechts (2016); *Kilian*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung, AcP 169 (1969), 443; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 13. Auflage 2020; *Röthel*, Ehe und Lebensgemeinschaft im Personenschadensrecht, NZV 2001, 329; *Weimar*, Ist die Regelung des § 845 BGB überholt?, JR 1981, 316; *Wenker*, Verkehrsunfälle mit Todesfolge, VersR 2014, 680; *Würthwein*, Beeinträchtigung der Arbeitskraft und Schaden. Vereitelte unentgeltliche Arbeitsleistung für Dritte und ihr Ersatz, JZ 2000, 337; *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Auflage 2014.

A. Zielsetzung der Norm

I. Ursprünglicher Anwendungsbereich

1

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadenersatz wegen entgangener Dienste		ff.

Wie § 844 Abs. 2 stellt § 845 eine Durchbrechung des Grundsatzes dar, dass lediglich der unmittelbar in seinen Rechtsgütern Beeinträchtigte anspruchsberechtigt ist. Vielmehr kann

ausnahmsweise ein Drittgeschädigter Ersatz seines Vermögensschadens begehren.¹ In der ursprünglichen Konzeption sollte § 845 eine Ergänzung zu § 844 Abs. 2 darstellen, weil man unter dem Begriff „Unterhalt“ nur den Geldunterhalt verstand. Da bei Ausfall von Dienstleistungen der Ehefrau im Haushalt oder im unternehmerischen Bereich des Ehemannes ähnliche Lücken gerissen werden wie beim Barunterhalt, sah der Gesetzgeber eine korrespondierende Norm vor. Diese war aufgrund ihrer patriarchalischen Konzeption mit der Umsetzung des Gleichheitsgrundsatzes im Familienrecht bei Verletzung oder Tötung der Ehefrau nicht mehr haltbar. Solche Leistungen werden seither nicht mehr als Dienstleistungen zugunsten des Ehemanns angesehen, sondern als eigenständiger Beitrag zum Unterhalt.²

2

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es erfolgte eine Verlagerung in die §§ 842 (Verletzung) und 844 Abs. 2 (Tötung). Im Fall der Verletzung steht nunmehr dem – männlichen und weiblichen – Haushaltsführer ein eigenständiger Erwerbsschaden zu, bei dem es abweichend von § 845 auf das Ausmaß der tatsächlich vereitelten und nicht der gesetzlich geschuldeten Leistungen ankommt.³ Bei Tötung des Haushaltsführers werden diese Leistungen als Unterhalt qualifiziert, so dass ein Anspruch nach § 844 Abs. 2 gegeben ist,⁴ bei dem wie bei § 845 das gesetzlich geschuldete Ausmaß maßgeblich ist. Soweit sich die Mitwirkung im Beruf des hinterbliebenen Ehegatten nicht auf dessen Unterhaltsanspruch auswirkt, besteht kein Anspruch mehr.⁵

II. Verbliebener Anwendungsbereich

3

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	Tötung eines Hauskindes	
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	Verletzung eines Hauskindes	

¹MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 1.

²MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 3.

³BGHZ 50, 304 = NJW 1968, 1823 = LM § 845 BGB Nr. 15 (Hauß) = FamRZ 1968, 507 (Bosch); BGHZ 38, 55 = NJW 1962, 2248 = LM § 842 BGB Nr. 1 (Hauß) = JZ 1963, 219 (Eisser) = JR 1964, 424 (Göppinger); Erman¹⁵/-Wilhelmi § 845 Rn. 1; Wussow/Zoll, Kap. 51 Rn. 2 f.

⁴BGHZ 51, 109 = NJW 1969, 321.

⁵BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196: Unterstützung des Ehegatten bei seiner Tätigkeit als Volleyballtrainer.

Ist der Hauptanwendungsbereich des § 845 weggefallen,⁶ so ist – als Restposten – eine eigenständige Anspruchsgrundlage bei Verletzung oder Tötung eines Hauskindes verblieben, soweit dieses zur Erbringung von Leistungen im Gewerbe oder Hauswesen der Eltern – unter Einschluss der Adoptiveltern,⁷ nicht aber der Stiefeltern⁸ – familienrechtlich verpflichtet war.⁹ Es handelt sich bei § 845 zusammen mit § 1619, dessen Hauptbedeutung bei Verletzung oder Tötung des Hauskindes und einem Schadensersatzanspruch der Eltern gem. § 845 liegt, um einen Normenkomplex, der nicht mehr der heutigen Konzeption einer partnerschaftlich gestalteten Familie entspricht. Vorbild war das römische Recht, in dem das Kind die längste Zeit für Kost und Logis sowie ein Taschengeld im Hauswesen bzw. elterlichen Betrieb schuffete in der (unsicheren) Erwartung, dass es einmal die von ihm selbst mit geschaffenen Vermögenswerte erben werde.¹⁰ Darauf lassen sich heute – im Unterschied zu den Verhältnissen vor 2000 Jahren – nur noch wenige ein. Anwendbar soll § 845 zudem auf den „Altenteiler“ eines landwirtschaftlichen Betriebs sein, also ein Elternteil, der gegen ein Taschengeld im Betrieb des Kindes mitwirkt.¹¹

III. Rechtspolitische Einschätzung

4

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Diese Norm ist alles andere als zeitgemäß. Es handelt sich um eine normative Ruine, die der Gesetzgeber so rasch wie möglich abtragen möge.¹² Es besteht inhaltlich kein Bedürfnis für eine Sonderregelung für kleinbetriebliche Landwirtschaften oder Handwerksbetriebe. Im Verletzungsfall würde dem Kind ohnehin ein Erwerbsschaden gem. § 842 zustehen, der dann ebenfalls nach dem tatsächlichen Ausmaß des vereitelten Arbeitskräfteeinsatzes zu beurteilen ist und nicht nach der gesetzlich geschuldeten Pflicht.¹³ Dabei ist mE in Bezug auf den fortentrichteten Unterhalt sowie den Vermögenswert der erwarteten Übertragung des Betriebs,

⁶Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 5, 7.

⁷Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 12.

⁸OLG Nürnberg FamRZ 1960, 119 (120).

⁹Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 3; aus der Judikatur: BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*); BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*); BGH NJW 1991, 1226; OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*); OLG Celle NZV 2006, 95; OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404; OLG Celle NZV 1997, 232; OLG Nürnberg VersR 1992, 188; LG Trier SP 1999, 341.

¹⁰Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 8; *Ch. Huber* in Schlosser (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896 bis 1996 – Ringvorlesung der Universität Augsburg, S. 35 (54); *Kilian* NJW 1969, 2005 (2006).

¹¹*Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 136.

¹²*Ch. Huber* in Schlosser (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896 bis 1996 – Ringvorlesung der Universität Augsburg, S. 35 ff.

¹³Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 845 Rn. 2.

zumeist einer Landwirtschaft,¹⁴ und der erbrachten Arbeitsleistung ein Synallagma zu fingieren und die Grundsätze über die Entgeltfortzahlung – partiell – anzuwenden. In aller Regel werden solche Leistungen in der auch dem Empfänger erkennbaren Erwartung der Hofübergabe erbracht. Bei Vereitelung steht dem Leistenden dann ein Bereicherungsanspruch zu. Diese Dimension ist bei der Bewertung des Erwerbsschadens mit zu berücksichtigen. Im Tötungsfall ist überhaupt nicht einzusehen, warum über die Unterhaltspflicht hinaus¹⁵ ein Ersatzanspruch der Eltern gegeben sein soll, wenn beim Ehegatten ein solcher abgelehnt wird. Der Hauptanwendungsbereich liegt im – kleinbäuerlichen – Bereich,¹⁶ ausnahmsweise im Hauswesen¹⁷ und in kleinen Handwerksbetrieben.¹⁸ Es kann aber nicht Aufgabe des Deliktsrechts sein, einem bestimmten Sektor einen besonderen Schutz dafür zu gewähren, dass ein Kind außerhalb einer vertragsrechtlichen Grundlage nach überkommener Form mitarbeitet, quasi ein „Antiquitätszuschlag“.

IV. Praktische Bedeutung

5

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die praktische Bedeutung ist mittlerweile sehr gering.¹⁹ Bezeichnend ist, dass seit der Voraufgabe (2012) keine einzige veröffentlichte Entscheidung ergangen ist. Die faktischen Verhältnisse haben sich so entwickelt, dass solche Konstellationen kaum mehr anzutreffen sind.²⁰ Zudem tut die Rechtsprechung das Ihre, um den Zuspruch auf eng umgrenzte Ausnahmefälle für einen geringer werdenden Zeitraum²¹ zu begrenzen.²² Dass ein solcher Anspruch nur gegeben ist, wenn ein Deliktstatbestand verwirklicht ist sowie bei Schädigung durch Militärflugzeuge gem. §

¹⁴Zum primären Anwendungsgebiet in diesem Bereich *Wenker* VersR 2014, 680.

¹⁵Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 1; *Weimar* JR 1981, 316: § 1619 stellt keine Unterhaltspflicht dar.

¹⁶MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 4; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 7; ausnahmsweise auch bei größeren landwirtschaftlichen Betrieben; dazu OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*): Tötung des in Aussicht genommenen Hofübernehmers des größten Hopfenbaubetriebs Deutschlands.

¹⁷BGH VersR 1973, 939; OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128.

¹⁸OLG Köln VersR 1991, 1292.

¹⁹*Küppersbusch/Höher*, Rn. 456; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 3; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 3; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 845 Rn. 1; *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2012, 7 (26); gegenteilig allein Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 1: Anwendungsbereich ist beschränkt, jedoch keinesfalls bedeutungslos.

²⁰Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 1.

²¹Zum Wechsel der Vermutungen in der BGH-Rechtsprechung in Entsprechung zum Wechsel der faktischen Verhältnisse zutr. OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*).

²²So auch *A. Diederichsen*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, Homburger Tage 2012, 7, 27.

53 Abs. 2 LuftVG, nicht aber bei einem sonstigen Tatbestand der Gefährdungshaftung,²³ ist ein betrüblicher Wertungswiderspruch,²⁴ mag es auch eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung gewesen sein.²⁵ Wird ein Hauskind verletzt und ist bloß ein Gefährdungshaftungstatbestand verwirklicht, ist mE schon de lege lata ein Ersatzanspruch nach dem Vorbild des § 842 zu bejahen.²⁶ Praktisch wirkt sich die sachwidrige Differenzierung wegen der abnehmenden Bedeutung des § 845 kaum – noch – aus.

B. Voraussetzungen für die Verwirklichung des Tatbestands

6

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	deliktsrechtliche Verantwortung	

Der Tatbestand des § 845 erfasst die Tötung, die Verletzung sowie die Freiheitsberaubung.²⁷ Während die Kommentarliteratur zur Freiheitsberaubung keine einzige Entscheidung ausweist, gibt es zur Verletzung immerhin einige.²⁸ Das Hauptanwendungsgebiet liegt bei der Tötung. Jeweils muss es sich um eine deliktsrechtliche Verantwortung handeln. Wenn man sich freilich bei § 844 Abs. 2 unter Hinweis auf die Verlagerung des Schmerzensgeldanspruchs vom § 847 zum § 253 für eine Einstandspflicht auch bei Vertragsverletzungen und Verwirklichung eines Gefährdungshaftungstatbestands entscheidet (→ § 844 Rn. 6), kann bei § 845 nichts anderes gelten.

7

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	familienrechtliche Pflichten	f.

Das Hauskind muss Dienste aufgrund einer familienrechtlichen Pflicht im Hauswesen oder Gewerbe der Eltern erbringen. Abzustellen ist allein auf die Verpflichtung; ob die Dienste tatsächlich erbracht worden sind, ist ohne Bedeutung.²⁹ Es gilt Entsprechendes wie bei § 844

²³Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 81.

²⁴MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 2.

²⁵Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 1.

²⁶Anderes gilt bei Tötung BGH zfs 1986, 105.

²⁷Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 9.

²⁸BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 unter Hinweis darauf, dass beim BGH „– wohl kaum zufällig – alle zur Entscheidung gekommenen Fälle Elternansprüche nach Tötung eines Hauskindes betroffen haben“; weitere Verletzungsfälle: OLG Köln VersR 1991, 1292; OLG Saarbrücken NZV 1989, 25.

²⁹*Zwicker* in Greger/*Zwicker*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs § 28 Rn. 178.

Abs. 2. Soweit das Kind minderjährig ist, ist lediglich Voraussetzung, dass den Eltern das Sorgerecht für das Kind zusteht.³⁰ Bei einem volljährigen Kind kommt es darauf an, dass die Eltern den Unterhalt – jedenfalls im Wesentlichen – tragen.³¹ Wie hoch der Beitrag des Hauskindes für die Bestreitung des Familienunterhalts ist, darauf kommt es nicht an. Selbst wenn das Hauskind der faktische Ernährer sein sollte, kommt ein solcher Anspruch in Betracht.³² In einem solchen Fall ist er sogar besonders hoch. Darüber hinaus muss das Kind in das Hauswesen integriert sein. Kurzfristige Abwesenheiten wegen einer Ausbildung oder der Absolvierung der Bundeswehr schaden nicht, wohl aber ein auswärtiger Wohnsitz.³³

8

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Das zugrunde liegende Konzept lässt sich so beschreiben: Das Kind ist in das Hauswesen integriert und zur unentgeltlichen Arbeitsleistung³⁴ verpflichtet. Dafür erhält es Kost, Logis und allenfalls ein Taschengeld.³⁵ Der Mehrwert der Arbeitsleistung des Kindes entgeht nicht diesem selbst, weil es ja auch ohne schädigendes Ereignis keine oder kaum eine Gegenleistung erhalten hätte. Den Schaden haben vielmehr die dienstberechtigten Eltern, denen auch ein Schadensersatzanspruch eingeräumt wird, unabhängig davon, ob sie verheiratet sind, freilich nur den leiblichen Eltern und Adoptiveltern, nicht aber den Stiefeltern³⁶ und Großeltern.³⁷ Soweit die Großeltern unterhaltspflichtig sind, wäre mE freilich eine Analogie angezeigt.

C. Hinderungsgründe für die Anwendbarkeit des § 845

9

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Aus der Judikatur ergibt sich, dass die Gerichte häufig einen Ansatzpunkt finden, um das auf § 845 gestützte Begehren abzuweisen. Es werden daher in der Folge solche Hinderungsgründe für einen Zuspruch dargestellt:

³⁰BGH NJW 1991, 1226; MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 7.

³¹MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 8.

³²BGH NJW 1991, 1226; NJW 1972, 429; Wussow/Zoll, Kap. 51 Rn. 7.

³³OLG Saarbrücken VersR 1981, 542; OLG Thüringen zfs 2010, 79 (Diehl): Schlafstelle in einem auswärtigen Zweigbetrieb schadet nicht.

³⁴MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 7.

³⁵Küppersbusch/Höher, Rn. 458.

³⁶OLG Nürnberg FamRZ 1960, 119 (Gernhuber); MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 5; krit. Coester-Waltjen, Anm. zu BGH LM § 1619 BGB Nr. 8.

³⁷Staudinger/Röthel (2015) § 845 Rn. 12.

I. Maßgeblicher Zeitpunkt

10

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Aus dem unterschiedlichen Wortlaut in § 844 Abs. 2 „unterhaltspflichtig werden konnte“ und § 845 „zur Leistung von Diensten ... verpflichtet war“ wird abgeleitet, dass ein Anspruch nach § 845 voraussetzt, dass das Hauskind im Zeitpunkt der Verletzung schon Dienste erbracht hat, es somit nicht ausreicht, wenn es künftig solche erbracht hätte.³⁸ Das Wortlautargument ist indes wenig bedeutsam.³⁹ Wenn ursprünglich der Betreuungsunterhalt als gleichwertig gegenüber dem Barunterhalt eingeschätzt wurde, weshalb dem § 844 Abs. 2 mit § 845 eine korrespondierende Norm zur Seite gestellt wurde, wäre nicht einzusehen, dass in Bezug auf den künftigen Schaden unterschiedliche Anforderungen zu stellen sein sollen.

11

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Beim verbliebenen Anwendungsbereich wird aber der Anspruchsberechtigte häufig nur schwer den Beweis erbringen können, dass das verletzte oder getötete Hauskind später allein auf familienrechtlicher Basis solche Dienste erbracht hätte. In der heutigen Zeit ist das nicht mehr der Regelfall.⁴⁰ Und selbst wenn eine solche Leistung erfolgt wäre, ist zu bedenken, dass das Hauskind eine solche gesetzliche Dienstleistung jederzeit und unbefristet beenden hätte können. Das ist aber ein Problem auf der Beweisebene, das umso größer sein wird, wenn Ersatz für einen Zeitraum begehrt wird, in dem das Kind volljährig ist.

II. Bloß gesetzlich geschuldetes Ausmaß

12

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	familienrechtliche Pflichten	f.

Wie bei § 844 Abs. 2 kommt es nicht auf die tatsächlich erbrachte Leistung, sondern auf die gesetzlich geschuldete an.⁴¹ Auch wenn man diesbezüglich einen gewissen Gestaltungsspielraum zu respektieren hat, ist doch zu beachten, dass für überobligationsgemäße

³⁸Staudinger/Röthel (2015) § 845 Rn. 10; MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 7.

³⁹Zutr. Staudinger/Hilbig-Lugani § 1619 Rn. 56.

⁴⁰OLG Celle NZV 1997, 232.

⁴¹Bamberger/Roth/Spindler (52. Edition) § 845 Rn. 6; Staudinger/Röthel § 845 Rn. 20.

Leistungen kein Ersatz gebührt. Besonderes Augenmerk ist diesem Umstand mE bei minderjährigen Kindern zuzuwenden. Aus gutem Grund wird angenommen, dass die Mithilfepflicht im Haushalt bei einem Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hat, sich grundsätzlich auf eine Stunde am Tag beschränkt, wobei dieses Ausmaß geringer ausfallen kann, wenn die Auslastung und Anspannung durch die Ausbildung hoch ist. Dieser Gedanke muss auch beim Ersatzanspruch wegen Verletzung oder Tötung des Hauskindes beachtet werden.⁴² Mögen in der Landwirtschaft auch nicht die Standards des Arbeitsrechts maßgeblich sein,⁴³ so sollte im Sinne der Einheit der Rechtsordnung ein Ersatzanspruch nach § 845 nicht mehr bei einer Überforderung des Kindes gegeben sein.⁴⁴ Selbst bei einem volljährigen Kind wird durch eine Vollzeitstelle typischerweise eine Vollauslastung der einzusetzenden Kräfte gegeben sein,⁴⁵ so dass hinsichtlich der Annahme einer familienrechtlichen Pflicht nach § 1619 Zurückhaltung geboten ist.⁴⁶ Maßgeblich ist somit die geschuldete Kräfteanspannung beim Kind, wobei von einem künftigen Hofübernehmer familienrechtlich ein Ausmaß an Anspannung erwartet werden kann, das für einen Auszubildenden als überobligationsgemäß anzusehen wäre.⁴⁷ Dass bei den Eltern durch eine beim Kind vereitelte Nebentätigkeit in deren Hauswesen oder Gewerbe eine nicht so spürbare Lücke gerissen wird,⁴⁸ darauf kommt es mE nicht an, ist doch auch bei § 844 Abs. 2 ein Unterhaltsbeitrag ersatzfähig, unabhängig davon, ob das für die Hinterbliebenen existenziell ist oder nicht.

III. Gesetzliche Dienstleistungsverpflichtung – Ausschluss bei vertraglicher Pflicht

13

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Ein Anspruch nach § 845 setzt voraus, dass ohne das schädigende Ereignis das Hauskind eine Dienstleistung in Erfüllung einer familienrechtlichen Pflicht nach § 1619 erbracht hätte. Es ist zwar unschädlich, wenn die Erbringung einer solchen Dienstpflicht zugleich die Erfüllung des gesetzlichen Unterhalts darstellt.⁴⁹ Ein solcher kann aber nicht nur in der Zahlung von Geld liegen, sondern auch in der Erbringung von Dienstleistungen bestehen. Bedeutsam ist das insoweit, als in solchen Fällen auch ein Anspruch nach den Gefährdungshaftungsgesetzen

⁴²OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128; OLG Celle NZV 2006, 95: 1 Jahr vor dem Abitur maximal 10 Stunden pro Woche gesetzlich geschuldet; tatsächlich erbrachte Mehrleistungen ohne Bedeutung.

⁴³OLG Celle NJW-RR 1990, 1478.

⁴⁴OLG Celle NZV 1997, 232; OLG Saarbrücken NZV 1989, 25; LG Köln VersR 1983, 1066; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83.

⁴⁵BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWIR 1998, 263 (*Grunsky*).

⁴⁶Ähnlich zur Mitarbeitspflicht eines Ehegatten OLG Hamburg VersR 1963, 1232.

⁴⁷OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*).

⁴⁸So Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 18.

⁴⁹BGH NJW 1991, 1226; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 9.

gegeben ist. Eine Ersatzpflicht nach § 845 scheidet nach hM⁵⁰ indes aus, wenn das verletzte oder getötete Hauskind in Erfüllung eines Vertrags tätig geworden wäre. Soweit es sich um einen voll äquivalenten Vertrag handelt, wird es häufig darüber hinaus an einem Schaden fehlen, weil der weggefallenen Dienstleistung die nicht mehr geschuldete Gegenleistung gegenübersteht; und mehr als der Wert der Dienstleistung kann auch nach § 845 nicht verlangt werden. Weshalb aber ein Anspruch nach § 845 auch dann wegfallen soll, wenn die dienstberechtigten Eltern gegenüber dem Hauskind nicht bloß in Aussicht stellen, dass es zur späteren Übertragung des landwirtschaftlichen Betriebs kommen wird, sondern das vertraglich festlegen, vermag inhaltlich kaum zu überzeugen. Im einen wie im anderen Fall besteht ein Anspruch, das eine Mal nach Bereicherungsrecht, das andere Mal auf vertraglicher Grundlage. Dass es wegen des Vertragsschlusses stets an der mit dem Unterhalt vergleichbaren Angewiesenheit fehle,⁵¹ ist mE unzutreffend; im Gegenteil, eine solche ist noch mehr gegeben, wenn das landwirtschaftliche Unternehmen bereits übertragen worden ist.⁵²

14

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Haben die Parteien keine ausdrücklichen Absprachen getroffen, prüft die Rechtsprechung mitunter einen konkludenten Vertragsschluss. Während dieses Vehikel typischerweise dazu dient, ansonsten nicht bestehende vertragliche Ansprüche zu begründen, verhält es sich im vorliegenden Kontext gerade gegenläufig. Die Bejahung eines auch konkludenten Vertragsschlusses bewirkt eine Versagung eines Anspruchs nach § 845. Ob ein solcher zu bejahen oder verneinen ist, ist häufig nicht verlässlich zu prognostizieren. Während die ältere Rechtsprechung⁵³ eine Vermutung für die Erbringung einer Dienstleistung auf familienrechtlicher Grundlage angenommen hat, ist die jüngere Rechtsprechung⁵⁴ von dieser Zweifelsregelung abgerückt. Die Verweisung auf eine „unvoreingenommene“ und „offene“ Würdigung der „jeweiligen Umstände des Einzelfalles“⁵⁵ ist eine Leerformel, die kaum weiterhilft.⁵⁶ Es wird die Rechtsfrage des Bestehens oder Fehlens eines Vertrags an das Tatgericht delegiert. Die

⁵⁰BGH NJW 2001, 971; BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWIR 1998, 263 (*Grunsky*); NJW 1991, 1226; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 9; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 13.

⁵¹So Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 13.

⁵²Ablehnend diesbezüglich freilich BGH NJW 2001, 971.

⁵³BGH FamRZ 1973, 298; VersR 1965, 1202; VersR 1961, 694; VersR 1960, 132.

⁵⁴BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWIR 1998, 263 (*Grunsky*); NJW 1972, 429; LG Köln VersR 1983, 1066; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 10; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 4; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 7; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1282.

⁵⁵BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWIR 1998, 263 (*Grunsky*); BGH NJW 1991, 1226; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 14.

⁵⁶So auch der Befund von MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 10: Erhebliche Abgrenzungsprobleme; ähnlich OLG Stuttgart VersR 1990, 902: Schwer zu entscheiden.

Beliebigkeit des Ergebnisses kommt mitunter darin zum Ausdruck, dass der BGH⁵⁷ ausspricht, dass die Deutung des Sachverhalts in dieser Weise möglich ist⁵⁸ – unausgesprochen ergibt sich daraus, dass auch die gegenteilige Entscheidung nicht beanstandet worden wäre, ja vielleicht mehr dem Rechtsgefühl des Höchstgerichts entsprochen hätte.

15

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	regelmäßige Dienstleistungen	ff.

Soweit sich der Rechtsprechung überhaupt eine Linie entnehmen lässt, wird man sagen können, dass der bloße Verweis auf übliche Gebräuche in landwirtschaftlichen Kreisen heute nicht mehr dazu führt, dass eine familienrechtliche Dienstleistungspflicht nach § 1619 und damit ein Ersatzanspruch nach § 845 bejaht wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn im Zeitpunkt der Verletzung nicht konkrete Indizien für eine solche Gestaltung gegeben waren.⁵⁹ Vielmehr bedarf es besonderer Anhaltspunkte für eine solche Annahme. Zwar hat der BGH⁶⁰ ausgesprochen, dass es auch keine Annahme für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags gebe; de facto gehen aber die Untergerichte eher von einer solchen Gestaltung aus.⁶¹ Erschwert wird die Qualifikation dadurch, dass selbst bei einem ausdrücklichen Vertragsschluss, etwa einem Arbeits- oder Ausbildungsvertrag, bei dem Lohnsteuer und Sozialabgaben abgeführt werden und die Ausgaben als Betriebsausgaben bei der steuerlichen Gewinnermittlung abgesetzt werden, dem Dienstberechtigten der Beweis eröffnet wird, dass es sich insoweit bloß um eine Absprache pro forma gehandelt habe, um dem Kind einen Ausbildungsvertrag zu ermöglichen⁶² oder den Schutz der Sozialversicherung zuteilwerden zu lassen.⁶³ Das gilt vor allem dann, wenn die Gegenleistung bedeutend hinter dem marktüblichen Entgelt zurückgeblieben ist.⁶⁴ Mit *Wagner*⁶⁵ ist diesbezüglich Skepsis angebracht, dass sich die Parteien von der von ihnen selbst gewählten Gestaltung distanzieren können.⁶⁶

⁵⁷BGH NJW 1972, 429.

⁵⁸Vgl. auch *Gernhuber* JZ 1998, 365: Auch eine andere Entscheidung des BGH wäre möglich gewesen, aber er wollte sie nicht nutzen.

⁵⁹OLG Celle NZV 1997, 233; NJW-RR 1990, 1478.

⁶⁰BGH NJW 1991, 1226; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458.

⁶¹OLG Celle NJW-RR 1990, 1478: Ohne konkrete Anhaltspunkte ist vom Tätigwerden im Rahmen eines Arbeits- oder Gesellschaftsvertrags auszugehen; LG Köln VersR 1983, 1066: Mangels präziser Angaben ist von einem Arbeitsvertrag auszugehen.

⁶²BGH NJW 1991, 1226; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 10.

⁶³OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*); OLG Köln VersR 1991, 1292.

⁶⁴BGH NJW 1991, 1226; *Bamberger/Roth/Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 4.

⁶⁵MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 10.

⁶⁶Für die Annahme eines Arbeits- bzw. Ausbildungsvertrags in solchen Fällen OLG Köln VersR 1991, 1292; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; *Staudinger/Röthel* (2015) § 845 Rn. 15.

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Je umfangreicher die erbrachte Arbeitsleistung einerseits⁶⁷ und/oder die Gegenleistung der Eltern andererseits⁶⁸ ist, umso eher wird ein konkludenter Vertragsschluss anzunehmen sein. Ist das Hauskind volljährig, wird ein konkludenter Vertragsschluss eher angenommen als bei einem minderjährigen Hauskind.⁶⁹ Während nach früherem Familienverständnis häufig eine Unterordnung des Hauskindes angenommen wurde, so dass man auf diese Weise zu einem Dienst- oder Arbeitsvertrag gelangte, führt das partnerschaftliche Zusammenwirken auf der Ebene der Gleichordnung in neuerer Zeit häufiger zur Bejahung eines Gesellschaftsvertrags.⁷⁰ Abgelehnt wird in der Rechtsprechung jedenfalls die Aufspaltung einer einheitlichen Tätigkeit dergestalt, dass ein Teil der Erfüllung eines Vertrags und der Rest der familienrechtlichen Dienstleistungspflicht zugewiesen wird.⁷¹

IV. Lebensmittelpunkt außerhalb des Wohnsitzes der Eltern

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Der Anspruch nach § 845 setzt voraus, dass das Hauskind den Lebensmittelpunkt im Haus der dienstberechtigten Eltern hatte,⁷² so dass selbst bei regelmäßigen Dienstleistungen, die durch das schädigende Ereignis vereitelt worden sind, ein Anspruch zu versagen ist,⁷³ wenn das

⁶⁷Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 14, 15; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478: Vollzeitbeschäftigung im elterlichen Betrieb; anders für Haushalts- und Gartenarbeiten von ein bis zwei Stunden OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128; gegenteilig aber BGH NJW 1991, 1226: Anspruch nach § 845 auch, wenn das Hauskind mit seiner Arbeit den Hof über Wasser hält; ähnlich BGH NJW 1972, 429: Hauskind ist durch seine Arbeitsleistung faktisch der Ernährer der Familie.

⁶⁸Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83: Mehr als ein Taschengeld.

⁶⁹Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 845 Rn. 3.

⁷⁰Zurückhaltend noch BGH FamRZ 1972, 558: Nur bei Vorliegen eindeutiger Anhaltspunkte; offener hingegen OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*); OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; OLG Stuttgart VersR 1990, 902; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 16 unter Hinweis auf den Wandel der Sichtweise der Familie; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83.

⁷¹BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*); BGH NJW 1991, 1226; NJW 1972, 429; OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*); OLG Köln VersR 1991, 1292.

⁷²Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 17; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 5.

⁷³Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83.

Hauskind einen eigenen Wohnsitz begründet hat.⁷⁴ Ein Anspruch scheidet aber nicht daran, dass das Hauskind für die Ableistung des Bundeswehrdienstes,⁷⁵ wegen einer Ausbildung⁷⁶ oder der Tätigkeit in einer anderen Betriebsstätte des elterlichen Unternehmens⁷⁷ vorübergehend anderswo wohnt, sofern es auch während dieses Zeitraums nach Hause zurückkehrt, um dort Dienstleistungen zu erbringen.

V. Anderweitige Vollzeitbeschäftigung

18

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

In der Entscheidung vom 7.10.1997 hat der BGH⁷⁸ ausgesprochen, dass eine volle Erwerbstätigkeit des Hauskindes dazu führe, dass bei dessen Tötung kein Ersatzanspruch nach § 845 gegeben sei.⁷⁹ Der BGH begründet seine richtungsweisende Entscheidung, die zu einer weiteren Einengung des Anwendungsbereichs des § 845 führt, mit mehreren Argumenten: Wenn das Hauskind voll erwerbstätig sei, fehle es daran, dass es von den Eltern im Wesentlichen unterhalten werde. Angenommen wird, dass die eigenen Einkünfte auch für den eigenen Unterhalt verwendet werden.⁸⁰ *Wagner*⁸¹ wendet dagegen zu Recht ein, dass es immerhin auch möglich sei, dass ungeachtet eigener Einkünfte der Unterhalt des Hauskindes überwiegend von den Eltern bestritten werde, wenn dem Hauskind ermöglicht werde, das eigene Erwerbseinkommen aus der Vollzeittätigkeit zu sparen. Darüber hinaus führt der BGH aber ins Treffen, dass neben einer Vollzeittätigkeit (von angenommen 40 Stunden zuzüglich Fahrzeiten) das Hauskind nicht auch noch zu weiteren 30 Wochenstunden in der elterlichen Landwirtschaft kraft Gesetzes verpflichtet sei. Dem wird man jedenfalls im Regelfall zustimmen können.

⁷⁴OLG Nürnberg VersR 1992, 188.

⁷⁵OLG Stuttgart VersR 1990, 902; OLG Saarbrücken VersR 1981, 542: Jeweils Verpflichtung zum Soldaten auf Zeit für zwei Jahre; OLG Hamm r + s 1986, 128: Bundeswehrdienst, Heimschläfer.

⁷⁶OLG Celle NJW-RR 1990, 1478: Ackerbauschule, Bindung zum väterlichen Anwesen gelockert, aber nicht gelöst.

⁷⁷OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*).

⁷⁸BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWIR 1998, 263 (*Grunsky*); so auch LG Trier SP 1999, 341.

⁷⁹Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 18.

⁸⁰So auch die Judikatur der OLG bei einem den Unterhaltsbedarf deckenden Einkommen: OLG Nürnberg VersR 1992, 188: 1.088 DM Umschulungsgeld; OLG Stuttgart VersR 1990, 902: 1.200 DM als Forstgehilfe; anders aber OLG Saarbrücken VersR 1981, 542: Eltern bieten neben Sold der Bundeswehr Kost und Logis; außerdem finanzieren sie Ankauf eines Kfz, damit das Hauskind rascher zur Arbeit und von dieser nach Hause kommt; vgl. auch OLG Saarbrücken NZV 1989, 25: Gesetzliche Mithilfpflicht auch noch während der Gesellenzeit (Kfz-Schlosser), wobei das Hauskind noch als Lehrling verletzt wurde und die Höhe des Einkommens als Geselle nicht einmal erwähnt wurde.

⁸¹MüKoBGB⁶⁷/*Wagner* § 845 Rn. 11.

*Grunsky*⁸² differenziert überzeugend danach, ob das Kind eine Teil- oder eine Vollzeittätigkeit ausübt,⁸³ weist aber darüber hinaus darauf hin, dass eine gesetzliche Dienstleistungspflicht bei einer Vollzeittätigkeit nicht bestehe, wenn der eigene Unterhalt damit gedeckt werden könne. Sollte das nicht der Fall sein, könne das Hauskind, das von den Eltern Kost, Logis und ein Taschengeld empfangt, nicht die Freizeitkarte spielen. *Gernhuber*⁸⁴ führt ins Treffen, dass die Arbeitskraft vieler durch eine Tätigkeit im Hauptberuf noch nicht völlig ausgeschöpft sei, sondern ein zusätzlicher Arbeitskräfteeinsatz bei einer Nebentätigkeit durchaus verbreitet sei. Zu bedenken ist indes, dass es insoweit um die Beurteilung einer gesetzlichen Pflicht ohne konkrete Gegenleistung geht. Insoweit wird man mit dem BGH in der Tat zurückhaltend sein müssen.⁸⁵

19

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Erwägenswert wäre immerhin die Prüfung gewesen, ob nicht immerhin zum Teil eine Erfüllung einer familienrechtlichen Dienstleistungspflicht in Betracht gekommen wäre.⁸⁶ Das lehnt der BGH⁸⁷ indes kategorisch ab, weil es im Verletzungsfall zur Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Schädigers kommen könne. Abgesehen davon, dass im konkreten Fall das Hauskind getötet wurde, so dass sich dieses Problem gar nicht stellte,⁸⁸ hätte diesem Bedenken auf andere Weise begegnet werden können. Anders als in den Fällen, in denen es um eine einheitliche Tätigkeit des Hauskindes im Hauswesen oder Gewerbe der Eltern handelt, bei der eine Aufspaltung in der Tat künstlich wäre, wäre eine solche im vorliegenden Kontext durchaus in Betracht gekommen.⁸⁹

VI. Dauer

1. Längstens bis zum Tod der Eltern

20

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	regelmäßige Dienstleistungen	ff.

⁸²*Grunsky* EWiR 1998, 263 (264).

⁸³So auch Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 7.

⁸⁴*Gernhuber* JZ 1998, 365 (366).

⁸⁵Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 18; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83.

⁸⁶*Grunsky* EWiR 1998, 263 (264).

⁸⁷BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*); Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 5.

⁸⁸*Gernhuber* JZ 1998, 365 (366).

⁸⁹So auch OLG Saarbrücken NZV 1989, 25.

--	--	--

Nach dem am römischen Recht orientierten patriarchalischen Familienbild hatte das Hauskind die Dienstleistungen dem Vater zu erbringen. Ist § 845 auch Ausdruck dieser Geisteswelt, so wirkt der Partnerschaftsgedanke im Familienrecht mE insoweit auf diese Norm ein, als beide Eltern anspruchsberechtigt sind,⁹⁰ und zwar als Teilgläubiger,⁹¹ mag das in der Rechtsprechung auch nicht immer beachtet worden sein.⁹² Auswirkungen hat das, als der Anspruch solange besteht, als ein Elternteil lebt. Weshalb eine Wiederverheiratung eines Elternteils zu einer Anpassung nach § 323 ZPO führen soll,⁹³ ist mE nicht einzusehen. Das Verhältnis zum neuen Ehepartner ist für das Verhältnis zum Hauskind ohne Bedeutung. Lediglich das Bestehen des gemeinsamen Hauswesens zu beiden Elternteilen wird dann meist nicht gegeben sein.

2. Jederzeitiges Ende

21

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Bei der Befristung kommt es darüber hinaus darauf an, wie lange das Hauskind seine Dienste gegen Kost und Logis sowie ein Taschengeld erbracht hätte. Zu bedenken ist, dass es eine solche Tätigkeit jederzeit ohne Angabe von Gründen bzw. Einhaltung einer Kündigungsfrist beenden kann.⁹⁴ Es ist deshalb eine instabile Rechtsbeziehung gegeben.⁹⁵ Einerseits kann das Kind das Hauswesen verlassen oder es kann einer anderen Erwerbstätigkeit nachgehen, was jeweils den Anspruch zum Erlöschen bringt. Diese Rechtsfolge ergibt sich freilich auch dann, wenn das Kind weiterhin die Tätigkeit verrichtet hätte, dafür aber verlangt hätte, dass eine vertragliche Absicherung in Form eines Arbeits- oder Gesellschaftsvertrags erfolgt.⁹⁶ Auch diese Unwägbarkeiten hat der Tatrichter bei der Befristung des Anspruchs zu berücksichtigen.⁹⁷

⁹⁰BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*); BGH NJW 1991, 1226; OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404; OLG Celle NZV 1997, 232; OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128; OLG Hamm r + s 1986, 128; LG Köln VersR 1983, 1066.

⁹¹BGH NJW 1972, 1716; OLG Hamm r + s 1986, 128.

⁹²Anspruchserhebung durch den Vater: LG Trier SP 1999, 341; OLG Köln VersR 1991, 1292; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; OLG Stuttgart VersR 1990, 902; OLG Saarbrücken VersR 1981, 542.

⁹³So Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 7.

⁹⁴BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*); BGH NJW 1991, 1226; OLG Celle NZV 1997, 232; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 25.

⁹⁵BGH NJW 1991, 1226; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458.

⁹⁶So die Annahme bei zunehmender Qualifikation und zunehmendem Umfang der Tätigkeit OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 25.

⁹⁷BGH NJW 1991, 1226; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 7; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 25.

Insofern ist ein Anspruch allenfalls so lange gegeben, bis das Kind seine Ausbildung abgeschlossen hat.⁹⁸

3. Beweislast der Eltern für die Dauer des Bestehens einer familienrechtlichen Mitarbeit

22

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die Beweislast für die Dauer des Bestehens eines Ersatzanspruchs liegt bei den Eltern. Ähnlich wie beim Unterhaltersatzanspruch minderjähriger Kinder gem. § 844 Abs. 2 bei Tötung eines elterlichen Unterhaltsschuldners wird bei Verletzung oder Tötung des Hauskindes der Anspruch der Eltern nach § 845 bei einem minderjährigen Kind typischerweise bis zu dessen Volljährigkeit begrenzt.⁹⁹ Ein Zuspruch darüber hinaus erfolgt nur dann, wenn die Eltern in der Lage sind, besondere Umstände darzulegen, dass eine Dienstleistung gem. § 1619 über diesen Zeitraum erbracht worden und bis zu welchem Zeitpunkt das der Fall gewesen wäre.¹⁰⁰ Jedenfalls dieser Beweis wurde in den letzten Jahren kaum noch erbracht.¹⁰¹

VII. Bei Verletzung des Kindes Konkurrenz zwischen Anspruch des Kindes (§ 842) und der Eltern (§ 845)

1. Das nur im Hauswesen tätige Kind

23

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Es trifft die Eltern die Beweislast, dass durch das schädigende Ereignis eine familienrechtliche Dienstleistungspflicht des Kindes vereitelt wurde.¹⁰² Dabei ist zu bedenken, dass eine solche

⁹⁸OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*): Durchaus großzügig bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres, der Ablegung der Meisterprüfung. Zu bedenken ist mE, dass ein Geselle nicht nur im Gewerbe, sondern auch in der Landwirtschaft üblicherweise entgeltlich beschäftigt wird.

⁹⁹OLG Saarbrücken VersR 1989, 757; LG Köln VersR 1983, 1066; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 24; MüKoBGB/*Wagner* § 845 Rn. 15.

¹⁰⁰OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128; LG Köln VersR 1983, 1066; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 24.

¹⁰¹BGH NJW 1972, 429: Bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres bei Tötung mit 25 Jahren; OLG Celle NZV 1997, 232: Bedenken bei Zuspruch bis zum vollendeten 25. Lebensjahr; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478: Bis zum Abschluss der Ackerbauschule; OLG Hamm r + s 1986, 128: Tötung als Bundeswehrsoldat, weitere neun Jahre; OLG Saarbrücken VersR 1981, 542: Bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres bei Tötung mit 23 Jahren.

¹⁰²Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 41; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1287.

nicht gegeben ist, wenn das Kind aufgrund eines – auch konkludenten – Vertrags Arbeiten verrichtet. Je höher die Gegenleistung der Eltern ist, umso eher wird diese nicht als bloßes Taschengeld, sondern als Entgelt anzusehen sein, mag dieses auch geringer als das sein, was marktüblich entrichtet wird.¹⁰³ Freilich sind dann Kost und Logis mit in die Abwägung einzubeziehen.¹⁰⁴ Darüber hinaus steht die Erbringung gesetzlich geschuldeter Dienstleistungen stets unter dem Damoklesschwert der jederzeitigen Beendigung seitens des Hauskindes, mag das auch Folge des schädigenden Ereignisses sein,¹⁰⁵ so etwa, wenn ein Müllergeselle, der im Hauswesen tätig war, verletzungsbedingt zum Feinmechaniker umgeschult wurde.¹⁰⁶ Vergleichsgröße ist dann der Wert der ohne Verletzung erbrachten gesetzlich geschuldeten Dienste.¹⁰⁷ Seltsam, aber – jedenfalls bei Festhalten am § 845 für diese Konstellation – wohl nicht anders lösbar ist dabei, dass es beim Erwerbsschaden ansonsten auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, hier aber ausnahmsweise auf das gesetzlich geschuldete Ausmaß. Bei Aufnahme einer vollen Erwerbstätigkeit ist nach Ansicht des BGH¹⁰⁸ eine zusätzliche gesetzliche Dienstleistungspflicht jedenfalls abzulehnen. Soweit das verletzte Kind selbst einen Erwerbsschaden (§ 842) geltend machen kann, steht den Eltern kein Anspruch nach § 845 zu.¹⁰⁹ Will der Ersatzpflichtige vermeiden, womöglich sowohl vom verletzten Hauskind aus § 842 als auch von den Eltern aus § 845 für die gleiche vereitelte Tätigkeit in Anspruch genommen zu werden, muss er bei Inanspruchnahme durch einen Geschädigten dem jeweils anderen den Streit verkünden (§§ 73, 74 ZPO).¹¹⁰

2. Das anderweitig erwerbstätige Hauskind

24

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Geht das Hauskind auch einer anderen Erwerbstätigkeit nach, ist zu prüfen, ob ein Anspruch der Eltern wegen der daneben erbrachten Dienstleistung im Hauswesen überhaupt noch besteht. Wenn der Auslastungsgrad des Kindes entsprechend hoch ist und das Kind sich aus den aus dieser Tätigkeit erzielten Einkünften selbst unterhalten kann, ist das zu verneinen.¹¹¹ Soweit das

¹⁰³OLG Frankfurt VersR 1982, 908.

¹⁰⁴OLG Köln VersR 1991, 1292.

¹⁰⁵Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 35.

¹⁰⁶BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*).

¹⁰⁷MüKoBGB⁶⁷/*Wagner* § 845 Rn. 12.

¹⁰⁸BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*).

¹⁰⁹Palandt⁷⁹/*Sprau* § 845 Rn. 8.

¹¹⁰BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 15; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 37.

¹¹¹BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*).

nicht so ist, besteht ein Anspruch des Kindes aus § 842 wegen dieser Tätigkeit neben einem Anspruch der Eltern wegen vereitelter Dienstleistungen im Hauswesen oder Gewerbe nach § 845.¹¹²

D. Umfang des Ersatzanspruchs

I. Ersatz des Wertes der Arbeitsleistung

25

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	Wert der Arbeitsleistung	f.

Eine ältere BGH-Entscheidung¹¹³ hat den Wert der vereitelten familiären Dienstleistungen nach den Bruttokosten einer Ersatzkraft bemessen, unabhängig davon, ob eine solche in der Folge eingestellt wird oder nicht.¹¹⁴ Auch wenn der BGH bisher bei einem Anspruch bei § 845 keine gegenteilige Aussage getroffen hat – weil er die diesbezüglichen Begehren zumeist abgewiesen hat bzw. diese Frage nicht strittig war – wird dieser undifferenzierte Zuspruch im Sinne der zum Haushaltsführerschaden herausgebildeten Rechtsprechung in der Weise zu modifizieren sein, dass bei Verzicht auf die Einstellung einer Ersatzkraft lediglich der Nettobetrag einer solchen Ersatzkraft ersatzfähig ist.¹¹⁵ Eine andere Aussage dieser Entscheidung ist aber nach wie vor gültig¹¹⁶ und sollte auch beim Haushaltsführerschaden stärker berücksichtigt werden. Ausgesprochen hat der BGH,¹¹⁷ dass die Arbeitskraft eines Familienmitglieds typischerweise höher zu veranschlagen ist als die einer fremden Ersatzkraft.¹¹⁸ Das ist deshalb plausibel, weil eine höhere Motivation gegeben ist, wobei beim Hauskind dazu kommt, dass in einen Vermögenswert investiert wird, der diesem später einmal zufällt.

26

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹¹²OLG Celle NJW-RR 1990, 1478: Besuch einer Ackerbauschule und Mitarbeit im elterlichen Hof am Wochenende; OLG Saarbrücken VersR 1989, 757: Schlosserlehre und Mitarbeit in der Nebenerwerbslandwirtschaft; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 39; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 12; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 845 Rn. 8; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 5.

¹¹³BGHZ 4, 123 = NJW 1952, 459 = JZ 1952, 332 (*Beitzke*).

¹¹⁴MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 14.

¹¹⁵OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 22; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 14; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 6.

¹¹⁶So auch Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 845 Rn. 4.

¹¹⁷BGHZ 4, 123 = NJW 1952, 459 = JZ 1952, 332 (*Beitzke*); Staudinger/*Röthel* § 845 Rn. 21.

¹¹⁸Für die mechanische Orientierung an den Ersatzkraftkosten aber OLG Köln FamRZ 1995, 1200; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128; OLG Hamm r + s 1986, 128; LG Köln VersR 1983, 1066; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 8.

--	--	--

Wie bei der Entgeltfortzahlung lediglich das fortgezahlte Entgelt ersatzfähig ist, wird das Ausmaß des ersatzfähigen Schadens bei § 845 durch den Wert der gesetzlich geschuldeten Dienstleistungen begrenzt. Jeglicher Folgeschaden, der in einem darüber hinausgehenden Betriebsgewinn¹¹⁹ oder einem Entwertungsschaden infolge der Aufgabe des Betriebs entsteht,¹²⁰ ist von § 845 nicht gedeckt. Ersatzfähig sind freilich die Vorfinanzierungskosten für die Einstellung einer Ersatzkraft bei Verzug des Ersatzpflichtigen.¹²¹

II. Eingeschränkte Vorteilsausgleichung

27

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	eingeschränkte Vorteilsausgleichung	f.

In der Entscheidung vom 3.12.1951¹²² stand der BGH vor der Frage, ob und wenn ja in welchem Ausmaß bei einem Anspruch nach § 845 Ersparnisse der Dienstberechtigten anzurechnen seien. Während das RG¹²³ unter Hinweis auf den besonderen Charakter dieser Norm als Wertersatzanspruch jegliche Vorteilsausgleichung abgelehnt hat, nimmt der BGH einen vermittelnden Standpunkt ein, wonach es zu einer eingeschränkten Vorteilsausgleichung kommen soll. Während Ersparnisse bei Verpflegung und Unterkunft anrechnungspflichtig sein sollen,¹²⁴ soll das bei weiteren Ersparnissen wie Bekleidung, ärztliche Heilbehandlung, Urlaub oder sonstige Freizeitaktivitäten nicht der Fall sein.¹²⁵ Als Begründung wird darauf verwiesen, dass gem. § 845 auch nicht der gesamte Schaden, sondern nur ein Teil ersatzfähig ist.¹²⁶ Es verbleiben somit im Regelfall bloß die Verpflegungsaufwendungen, weil für die Unterkunft einerseits kaum zusätzliche Ausgaben angefallen sind bzw. nach Wegfall des Bedarfs dafür

¹¹⁹BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*); Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 8; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 14; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 19.

¹²⁰OLG Köln FamRZ 1995, 1200; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 19.

¹²¹OLG Celle NJW 1969, 1671; Bamberger/*Roth/Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 6.

¹²²BGHZ 4, 123 = NJW 1952, 459 = JZ 1952, 332 (*Beitzke*).

¹²³RGZ 173, 137.

¹²⁴*Küppersbusch/Höher*, Rn. 460.

¹²⁵So auch MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 16; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 27.

¹²⁶Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 26; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 16.

Ersparnisse sich nicht ergeben.¹²⁷ Bei Beschäftigung einer fremden Ersatzkraft können indes durchaus zusätzliche Aufwendungen für die Unterkunft anfallen, die ersatzfähig sind.¹²⁸

28

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

Die tatrichterliche Rechtsprechung¹²⁹ ist freilich zu Recht darüber hinaus gegangen.¹³⁰ Auszugrenzen sind allenfalls Aufwendungen, die über den Unterhalt hinaus erbracht worden wären. Für die volle Anrechnung aller Unterhaltsleistungen¹³¹ spricht auch die Parallele zu § 844 Abs. 2, wo so verfahren wird. Ursprünglich war der Entgang der Haushaltsführung des Ehegatten infolge des schädigenden Ereignisses von § 845 erfasst. Wenn nunmehr bei § 844 Abs. 2 eine Vorteilsanrechnung vorgenommen wird, sollte man beim Hauskind bei § 845 nicht gegenteilig vorgehen. Wenn in der Literatur zum Teil¹³² die Ansicht vertreten wird, dass die Ersparnisse typischerweise mehr ausmachen als der Wert der gesetzlich geschuldeten Dienstleistung, wird dies für die reinen Haushaltsdienstleistungen des Hauskindes zutreffen;¹³³ für die Mitwirkung im betrieblichen Bereich gilt freilich Gegenteiliges.

III. Parallelen zu §§ 842 bis 844

29

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

S. 2 verweist auf § 843 Abs. 2 bis 4. Angesprochen sind dadurch die Fälligkeit der Rente mit dem weiteren Verweis auf § 760 Abs. 2 (Fälligkeit der Rente drei Monate im Voraus) sowie die Sicherheitsleistung (§ 843 Abs. 2), die Ersetzung der Rente durch eine Kapitalabfindung (§ 843 Abs. 3) sowie der allgemeine Grundsatz, dass das Einspringen Dritter nach dem schädigenden Ereignis den Ersatzpflichtigen nicht entlasten soll (§ 843 Abs. 4). Darüber hinaus ist das Mitverschulden des Hauskindes gem. §§ 846, 254¹³⁴ sowie nach dem schädigenden Ereignis

¹²⁷MüKoBGB⁷/Wagner § 845 Rn. 16.

¹²⁸BGH VersR 1966, 736 (737); Staudinger/Röthel § 845 Rn. 27.

¹²⁹OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128.

¹³⁰Zust. Staudinger/Röthel (2015) § 845 Rn. 28.

¹³¹So auch Staudinger/Röthel (2015) § 845 Rn. 28.

¹³²Küppersbusch/Höher, Rn. 458; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1285.

¹³³So OLG Karlsruhe VersR 1988, 128.

¹³⁴Staudinger/Röthel (2015) § 845 Rn. 31; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn. 1277.

gem. § 254¹³⁵ zu berücksichtigen. Die Heranziehung des § 287 ZPO für das Ausmaß des Ersatzes als auch die Rentendauer bewirkt, dass beim Beweismaß überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt.¹³⁶ Die hM¹³⁷ betont, dass es sich beim Anspruch nach § 845 um keinen Unterhaltersatzanspruch handle mit der Folge, dass dieser nicht unter § 850b Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO falle, somit unbeschränkt pfändbar sei. Der Wortlaut des § 850b Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist indes eindeutig. Es besteht aber kein Grund, bei der Pfändbarkeit zwischen dem Fall der Tötung bzw. Verletzung zu unterscheiden. Unter Bezugnahme auf die historische Konzeption der Norm und deren Ziel, die für die Bedarfsdeckung der Familie erbrachten Dienstleistungen dem Unterhalt gleichzustellen, ist eine beschränkte Pfändbarkeit sowohl bei Verletzung als auch bei Tötung zu bejahen.

E. Verhältnis zu Sozialversicherungsleistungen

30

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.
Schadensersatz wegen entgangener Dienste	Sozialversicherungsleistungen	f.

Während bei der gesetzlichen Rentenversicherung keine Hinterbliebenenrente der Eltern bei Tod des Kindes vorgesehen ist (§§ 46 ff. SGB VI), kommt im Rahmen der Unfallversicherung gem. § 69 SGB VII eine Hinterbliebenenrente der Eltern in Betracht, wenn sie wesentlich vom Kind unterhalten worden sind und ein Anspruch auf Unterhalt besteht. Ein Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers kommt bei einem Anspruch somit insoweit in Betracht, als dieser mit einem Unterhaltsanspruch gem. § 844 Abs. 2 deckungsgleich ist bzw. von diesem überlagert wird.¹³⁸ Bei Verletzung des Hauskindes kommt es für den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers bei sachlich kongruenten Leistungen nicht darauf an, ob dem Kind ein eigener Anspruch auf Ersatz des Erwerbsschadens nach § 842 oder ein Anspruch der Eltern nach § 845 zusteht. Im letzteren Fall wird ausnahmsweise vom Erfordernis persönlicher Kongruenz abgesehen.¹³⁹

F. Keine analoge Anwendung bei gesetzlich geschuldeter Mitarbeit der Eltern gegenüber den Kindern gem. § 1618a

31

Hauptstichwort	Unterstichwort	f./ff.

¹³⁵BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*): Umschulung eines Müllergesellen zu einem Feinmechaniker.

¹³⁶Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 23, 41; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 13.

¹³⁷Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 23, 42; MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 17; OLG Neustadt VersR 1958, 774.

¹³⁸Zutr. Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 32; die Besonderheit der Unfallversicherung nicht berücksichtigend und deshalb zu Unrecht einschränkend MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 18.

¹³⁹BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*); MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 18; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 462; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 33.

--	--	--

§ 1618a normiert im Sinn des im Familienrecht geltenden Partnerschaftsgedankens eine wechselseitige Beistandspflicht auch zwischen Eltern und Kindern. Dadurch wird freilich keine dem § 1619 entsprechende Dienstpflicht der Eltern gegenüber den Kindern begründet mit der Folge, dass bei Verletzung oder Tötung der Eltern dem Kind kein Ersatzanspruch nach § 845 zusteht,¹⁴⁰ so dass der Hoferbe keinen Ersatz verlangen kann für die entgehenden Leistungen der Eltern.¹⁴¹ Der BGH¹⁴² hält einen solchen Anspruch immerhin für möglich, wenn die Mitarbeit der Eltern in einer schwierigen Lebenslage – für einen vorübergehenden Zeitraum – unabweisbar gewesen sein sollte, hat dies freilich im konkret zu entscheidenden Fall abgelehnt.

¹⁴⁰BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*); OLG Celle NZV 1997, 232; OLG Bamberg NJW 1985, 2724; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 7; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 2; Palandt⁷⁹/*Sprau* § 845 Rn. 2; Erman¹⁵/*Wilhelmi* § 845 Rn. 3; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 459; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 6.

¹⁴¹MüKoBGB⁷/*Wagner* § 845 Rn. 4; *Wenker* VersR 2014, 680 (685).

¹⁴²BGH VersR 1985, 290; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 87; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 11.