NomosKommentar

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein
Herausgegeben von Dauner-Lieb | Heidel | Ring

Dauner-Lieb | Langen

# BGB

## Schuldrecht

Sonderdruck

– nicht im Buchhandel erhältlich –

Band 2/1
4. Auflage

Nomos

DeutscherAnwaltVerein

Gesamtherausgeber:
Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Köln
RA Dr. Thomas Heidel, Bonn
Prof. Dr. Gerhard Ring, Freiberg

NomosKommentar

# BGB

## Schuldrecht

**Band 2/1: §§ 241–487**
4. Auflage

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb,** Universität zu Köln, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Richterin am Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen | **Prof. Dr. Werner Langen,** Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach

**in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein**

Nomos

DeutscherAnwaltVerein

**Zitiervorschlag:** NK-BGB/*Bearbeiter* § ... Rn. ...

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4885-3

4. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort zur 4. Auflage

Seit dem Erscheinen der dritten Auflage Anfang 2016 hat das BGB allein im Schuldrecht 18 Gesetzesänderungen erfahren. Dabei wurden über 80 Vorschriften geändert, rund 50 neu eingefügt bzw. 20 Paragrafen neu gefasst. Nur wenige aufgehobene stehen dem gegenüber. Die Gesetzesänderungen reichen von redaktionellen Anpassungen bis hin zu Änderungen von Vorschriften, durch die deren Anwendungsbereich erweitert oder beschnitten wird.

Vor diesem Hintergrund verwundert es kaum, dass der Umfang der nunmehr 4. Auflage des Schuldrechtsbandes aus dem NK-BGB auf rund 6.700 Druckseiten angewachsen ist. Eine Aufteilung auf drei Teilbände wurde erforderlich.

Anlässlich der Änderungen im Rahmen des Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (neu: §§ 650a-650 v) wurden 13 neue Autorinnen und Autoren zur Kommentierung dieser neuen Materie gewonnen.

Berücksichtigung finden mussten natürlich auch die durch das Dritte Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften aufgenommenen neuen Normen.

Zudem stand das Mietrecht mehrmals im Focus – das Mietrechtsanpassungsgesetz machte im Dezember 2018 den Anfang, es schloss sich das Gesetz zur Verlängerung des Betrachtungszeitraums für die ortsübliche Vergleichsmiete an, gefolgt von dem Gesetz zur Verlängerung und Verbesserung der Regelungen über die zulässige Miethöhe beim Mietbeginn. Es gelang den Kommentatoren dieser Vorschriften dabei insbesondere noch deutlich nach Redaktionsschluss, im Spätherbst 2020 die neuerlichen Änderungen des Mietrechts durch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz zu berücksichtigen.

Eine besondere Situation stellte im Frühjahr 2020 der Beginn der Corona-Pandemie dar. Etlichen Mitwirkenden ist es noch gelungen, auch die infolge der Pandemie auftauchenden Rechtsfragen in ihren Kommentierungen abzubilden. Dies betrifft insbesondere die Bearbeitungen der Kommentierungen zu §§ 313, 497 BGB, die mietrechtlichen Kommentierungen und auch § 839 BGB. Zu Art. 240 EGBGB beinhaltet der Band Allgemeiner Teil zudem eine ausführliche Kommentierung.[1]

Zivilverfahren machen von allen Rechtsstreitigkeiten noch immer den größten Teil aus. Die Zahl der Neuzugänge in erster Instanz bewegte sich laut dem statistischen Bundesamt zwischen 2018 und 2019, mit steigender Tendenz auch hinsichtlich der durchschnittlichen Verfahrensdauer, bei über 1,2 Millionen.[2] Entsprechend umfangreich war die in der 4. Auflage zu berücksichtigende Rechtsprechung.

Der Kommentar, der in Kooperation mit dem Deutschen AnwaltVerein erscheint, verfolgt in nunmehr vierter Auflage das Ziel, der Anwaltschaft die Bearbeitung zivilrechtlicher Mandate zu erleichtern, Struktur und Funktion der Vorschriften im Gefüge des BGB zu vermitteln, dabei den Fokus auf das Wesentliche zu behalten und gleichermaßen die herrschende Meinung der Rechtsprechung wie auch alternative Sichtweisen im Blick zu behalten. Den Autorinnen und Autoren, die erneut mit großer Umsicht und Engagement in Ihren Kommentierungen diesem Konzept folgend alle Neuerungen eingearbeitet, ihre Auswirkungen bewertet und für die Praxis verständlich erläutert haben, sind wir zu großem Dank verpflichtet.

Ein reger Austausch mit den Benutzerinnen und Benutzern des Werkes ist für dieses Konzept ebenso unerlässlich; er findet von Auflage zu Auflage erfreulich oft statt und ist in vielen Facetten in die Kommentierungen eingeflossen. Auch bei dieser Auflage freuen wir uns auf entsprechende Hinweise.

Nomos Verlagsgesellschaft, im November 2020

1 NK-BGB/*Illner/Beneke* EGBGB Art. 240 § 3, S. 3035 ff.

2 https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Tabellen/gerichtsverfahren.html.

## Inhaltsübersicht


Vorwort zur 4. Auflage ..... V
Verzeichnis kommentierter Gesetze und Anhänge ..... IX
Autorenverzeichnis ..... XI
Bearbeiterverzeichnis ..... XV
Abkürzungsverzeichnis ..... XIX
Allgemeines Literaturverzeichnis ..... XXXIII

**Abschnitt 1 Inhalt der Schuldverhältnisse** (§§ 241–304) ..... 1
Titel 1 Verpflichtung zur Leistung (§§ 241–292) ..... 1
Titel 2 Verzug des Gläubigers (§§ 293–304) ..... 622

**Abschnitt 2 Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen** (§§ 305–310) ..... 649

**Abschnitt 3 Schuldverhältnisse aus Verträgen** (§§ 311–361) ..... 1037
Titel 1 Begründung, Inhalt und Beendigung (§§ 311–319) ..... 1037
Untertitel 1 Begründung (§§ 311–311c) ..... 1037
Untertitel 2 Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen (§§ 312–312k) ..... 1164
Kapitel 1 Anwendungsbereich und Grundsätze bei Verbraucherverträgen (§§ 312–312a) ..... 1164
Kapitel 2 Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge (§§ 312b–312h) ..... 1197
Kapitel 3 Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312i–312j) ..... 1230
Kapitel 4 Abweichende Vereinbarungen und Beweislast (§ 312k) ..... 1238
Untertitel 3 Anpassung und Beendigung von Verträgen (§§ 313–314) ..... 1240
Untertitel 4 Einseitige Leistungsbestimmungsrechte (§§ 315–319) ..... 1337
Titel 2 Gegenseitiger Vertrag (§§ 320–327) ..... 1365
Titel 3 Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328–335) ..... 1424
Anhang zu §§ 328–335: Lebensversicherung ..... 1447
Titel 4 Draufgabe, Vertragsstrafe (§§ 336–345) ..... 1492
Titel 5 Rücktritt; Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen (§§ 346–361) ..... 1514
Untertitel 1 Rücktritt (§§ 346–354) ..... 1514
Untertitel 2 Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen (§§ 355–361) ..... 1586

**Abschnitt 4 Erlöschen der Schuldverhältnisse** (§§ 362–397) ..... 1648
Titel 1 Erfüllung (§§ 362–371) ..... 1648
Titel 2 Hinterlegung (§§ 372–386) ..... 1667
Titel 3 Aufrechnung (§§ 387–396) ..... 1682
Titel 4 Erlass (§ 397) ..... 1720

**Abschnitt 5 Übertragung einer Forderung** (§§ 398–413) ..... 1734
Anhang zu §§ 398–413: Forderungsmanagement und moderne Finanzierungsgeschäfte ..... 1793

**Abschnitt 6 Schuldübernahme** (§§ 414–419) ..... 1800

**Abschnitt 7 Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern** (§§ 420–432) ..... 1814

**Abschnitt 8 Einzelne Schuldverhältnisse** (§§ 433–487) ..... 1853
Titel 1 Kauf, Tausch (§§ 433–480) ..... 1853
Untertitel 1 Allgemeine Vorschriften (§§ 433–453) ..... 1853
Anhang zu § 449: Eigentumsvorbehalt und AGB ..... 2036
Untertitel 2 Besondere Arten des Kaufs (§§ 454–473) ..... 2049
Kapitel 1 Kauf auf Probe (§§ 454–455) ..... 2049
Kapitel 2 Wiederkauf (§§ 456–462) ..... 2052
Kapitel 3 Vorkauf (§§ 463–473) ..... 2057
Untertitel 3 Verbrauchsgüterkauf (§§ 474–479) ..... 2063

Untertitel 4 Tausch (§ 480) ..... 2093
Anhang I zu §§ 433–480: Mängelhaftung beim Immobilienkauf ..... 2094
Anhang II zu §§ 433–480: Unternehmenskauf – BGB ..... 2214
Anhang III zu §§ 433–480: Unternehmenskauf – Gesellschafts- und Steuerrecht ..... 2243
Anhang IV zu §§ 433–480: Autokauf ..... 2276
Anhang V zu §§ 433–480: Tierkauf ..... 2351
Anhang VI zu §§ 433–480: UN-Kaufrecht/CISG ..... 2379
Anhang VII zu §§ 433–480: Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ..... 2424
Titel 2 Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte, Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge (§§ 481–487) ..... 2481

## Verzeichnis kommentierter Gesetze und Anhänge

**Teilband 1**


| | |
|---|---|
| Anhang zu §§ 328–335: | Lebensversicherung |
| Anhang zu §§ 398–413: | Forderungsmanagement und moderne Finanzierungsgeschäfte |
| Anhang zu § 449: | Eigentumsvorbehalt und AGB |
| Anhang I zu §§ 433–480: | Mängelhaftung beim Immobilienkauf |
| Anhang II zu §§ 433–480: | Unternehmenskauf – BGB |
| Anhang III zu §§ 433–480: | Unternehmenskauf – Gesellschafts- und Steuerrecht |
| Anhang IV zu §§ 433–480: | Autokauf |
| Anhang V zu §§ 433–480: | Tierkauf |
| Anhang VI zu §§ 433–480: | UN-Kaufrecht/CISG |
| Anhang VII zu §§ 433–480: | Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie |


**Teilband 2**


| | |
|---|---|
| Anhang zu §§ 536–536 d: | Mangeltabelle |
| Anhang I zu §§ 535–580 a: | WEG |
| Anhang II zu §§ 535–580 a: | Leasing |
| Anhang III zu §§ 535–580 a: | Franchiserecht |
| Anhang IV zu §§ 535–580 a: | Software-Vertragsrecht |
| Anhang zu §§ 581–597: | Unternehmenspacht |
| Anhang zu §§ 611–630: | Anwaltshaftung |
| Anhang I zu §§ 631–650 v: | Vergaberecht |
| Anhang II zu §§ 631–650 v: | Der VOB/B-Bauvertrag |
| Anhang III zu §§ 631–650 v: | Vertragstypen im Baurecht |


**Teilband 3**


| | |
|---|---|
| Anhang I zu § 705: | Die GbR im Verfahrensrecht – Zivilprozess, Zwangsvollstreckung, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Schiedsverfahren |
| Anhang II zu § 705: | Recht der ARGE |
| Anhang zu § 728: | Die GbR im Insolvenzverfahren |

Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)

Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UklaG)

## § 253 Immaterieller Schaden

**(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 Verbrechensopfern, 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 aus 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; *Frey-*

*mann*, Das Schmerzensgeld bei Bagatellverletzungen – 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 99/14 v, 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 Al 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 das 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.*, LuckeySchmerzensgeldbemessung – 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/Kandaouroff/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.*, Schmerzensgeld-

bemessung 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; *Quirmbach*, 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. Schah M. Sedi/Schah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat Band 5, 3. Aufl. (2017); *C. Schah Sedi*, Schmerzensgeld im Wandel der Zeit; eine neue Zeitrechnung?zfs 2019, 424; *M. Schah Sedi*, Schmerzensgeld und Spätfolgen, zfs 2017, 363; *v. Sachsen Gessaphe*, Verbesserter 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*., Merkpunkte 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 Schadensregulieru8ng 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
**B. Regel-Ausnahme-Verhältnis** ... 3
I. Regel (Abs. 1) ... 4
II. Ausnahmen (Abs. 2) ... 6
III. Verhältnis zum Vermögensschaden ... 9
IV. Begrenzung oder Ausschluss des Schmerzensgeldanspruchs ... 11
1. Begrenzung: Anspruch gegen den Entschädigungsfonds der Verkehrsopferhilfe (§ 12 Abs. 2 S. 1 PflVG) ... 11
2. Ausschluss: §§ 104 ff. SGB VII (Arbeitsunfall) sowie öffentlich-rechtliche Versorgungsgesetze ... 12
**C. Die Neupositionierung des Schmerzensgeldes nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz** ... 15
I. Verschiebung vom Deliktsrecht in das Schadensrecht ... 15
II. Vertrag oder vorvertragliches Schuldverhältnis ... 16
III. Gefährdungshaftung ... 18
IV. Billigkeitshaftung gem. § 829 ... 19
V. Sonstige Anspruchsgrundlagen ... 21
VI. Inkrafttreten der Neuregelung ... 22
**D. Der Anspruch auf Schmerzensgeld – ein Schadensersatzanspruch eigener Art** ... 23
I. Die Funktionen des Schmerzensgeldes ... 23
1. Allgemeines ... 23
2. Ausgleichsfunktion – Sphäre des Verletzten ... 24
3. Genugtuungsfunktion – Bemessungsdeterminanten aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen ... 27
4. Gewichtung dieser beiden Funktionen ... 28
5. Auswirkungen für die Bemessung des Umfangs ... 29
a) Kein geringeres Schmerzensgeld nach der Gefährdungshaftung ... 29
b) Genugtuungsfunktion nur noch Bedeutung bei Vorsatzdelikten und bei gröbster Fahrlässigkeit ... 30
6. Präventionsfunktion ... 31
II. Mitverschulden bzw. Zurechnung der Betriebsgefahr ... 32
1. Keine Kürzung nach Haftungsquoten, sondern eine Bemessungsdeterminante unter mehreren ... 32
2. Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2) ... 36
3. Kürzung auch bei deliktsunfähigem Kind (§ 828) ... 37
4. Gestörte Gesamtschuld ... 38
III. Mehrere Schädiger ... 40
**E. Die einzelnen Rechtsgüter** ... 41
I. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung, nicht aber der Tod ... 41
1. Der Kernbereich ... 41
2. Sonderfälle ... 42
a) HWS-Verletzungen ... 42
aa) Beweismaß bei Primärverletzung und Folgeschaden ... 43
bb) Mitwirkung welcher Sachverständigen ... 44
cc) Stellenwert anderer Beweismittel ... 45
dd) Psychische Schäden ... 46
b) Besondere Probleme bei der Zurechnung ... 47
aa) Überholende Kausalität oder Kürzung nach Billigkeit ... 47
bb) Arten von Neurosen ... 48
cc) Einfluss von Vorschäden ... 50
dd) (Auch) von einem Zweitschädiger verursachte Folgeschäden ... 51
c) Ungewollte Schwangerschaft ... 53
d) Vernichtung einer Spermakonserve bzw. einer Eizelle ... 55
e) Vertauschte Kinder ... 55a
II. Sexuelle Selbstbestimmung ... 56
III. Mobbing ... 59
IV. Stalking ... 61
**F. Ersatz bloß des unmittelbar Beeinträchtigten** ... 62
I. Kein Ersatz eines Drittschadens ... 62
II. Schockschaden ... 64
1. Begriff ... 64

2. Voraussetzung für Ersatzfähigkeit des Drittschadens ... 65
3. Ausmaß der verursachten Beeinträchtigung ... 66
4. Personenkreis: Nahe Angehörige ... 67
5. Größenordnung der zuerkannten Ersatzbeträge ... 68
6. Abhängigkeit von (fiktivem) Anspruch des Getöteten – Rechtfertigungsgrund, Deliktsunfähigkeit, Mitverschulden des Getöteten oder Haftungsausschluss ... 69
7. Erstreckung auf die Arzthaftung ... 71
8. Geltendmachung und Verjährung ... 71a
9. Ansprüche nach § 1 OEG ... 71b

**G. Bemessungsdeterminanten** ... 72
I. Stellung des Sachverständigen ... 72
II. Besonders freie Stellung des Tatrichters gem. § 287 ZPO ... 73
III. Geringfügigkeitsschwelle ... 74
1. Allgemeines ... 74
2. Körperverletzung ... 75
3. Freiheit ... 79
IV. Vergleichbarer Zuspruch bei vergleichbaren Verletzungen – Schmerzensgeldtabellen ... 80
V. Neue Bemessungsansätze ... 83b
1. Präzisierung durch Erkenntnisse der Lebenszufriedensheitsforschung ... 83b
2. Taggenaue Bemessung versus „klassische“ Methode der Bezugnahme auf Schmerzensgeldtabellen ... 83f
3. Auswirkungen der Niedrigzinsphase ... 83i
4. Abschließende Beurteilung ... 83j
VI. Derzeit maßgebliche Umstände des Einzelfalls ... 84
1. Familiäre Beziehung und/oder Gefälligkeitsverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger ... 85
2. Person des Geschädigten ... 89
a) Ausmaß und Intensität der Schmerzempfindungen ... 89
b) Verlauf und Ergebnis des Heilungsprozesses ... 90
c) Bedeutung der Verletzung eines bestimmten, namentlich eines paarigen Organs ... 91
d) Beeinträchtigungen des Aussehens ... 92
e) Lebensalter, insbesondere bei einem Dauerschaden ... 93
f) Geschlecht ... 95a
g) Vermögensverhältnisse ... 96
h) Aufenthaltsort des Verletzten – Einfluss unterschiedlicher Kaufkraftparitäten ... 97
i) Zustand im Zeitpunkt der Verletzung – besondere Schadensanfälligkeit ... 98
j) Auswirkungen für die Lebensgestaltung des jeweils Verletzten ... 99
aa) Berufstätigkeit ... 100
bb) Persönliche Beziehungen ... 101
cc) Freizeitverhalten ... 102
dd) Unannehmlichkeiten des Krankenhausaufenthalts ... 104
k) Kein Einfluss des Bezugs einer Verletztenrente gem. §§ 56 ff. SGB VII bzw. von Unfallausgleich gem. § 35 BeamtVG ... 105
l) Schmerzempfindung ... 106
aa) Psychische Belastungen ... 106
bb) Empfindungsunfähigkeit, Zerstörung der Persönlichkeit – eine eigene Fallgruppe ... 107
cc) Alsbaldiger Tod – Verletzung keine abgrenzbare Beeinträchtigung ... 112
m) Vorteilsausgleichung ... 116
3. Person des Ersatzpflichtigen ... 117
a) Ausprägung des Genugtuungsprinzips 117
b) Differenzierung nach dem Ausmaß des Verschuldens ... 118
c) Wirtschaftliche Verhältnisse bzw. Tragung des Schadens durch eine Haftpflichtversicherung ... 119
d) Strafgerichtliche Verurteilung ... 120
e) Abwicklungsverhalten – ungebührliche Verzögerung der Regulierung durch den Haftpflichtversicherer ... 121

**H. Form der Ersatzleistung: Kapital oder Rente** . 124
I. Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen den Ersatzformen Kapital und Rente ... 124
II. Gleiche Gesamtbelastung durch Kapital und Rente ... 131
III. Ausgewogenes Verhältnis zwischen Kapital und Rente ... 133
IV. Möglichkeit einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO – behauptete Unzulässigkeit einer dynamischen Rente ... 134

**I. Übertragbarkeit und Berücksichtigung des Schmerzensgeldanspruchs bei Ermittlung der Leistungsfähigkeit** ... 138

**J. Kein Übergang auf Sozialversicherungsträger – originärer Regressanspruch nach § 110 SGB VII** ... 139

**K. Gerichtliche Geltendmachung** ... 140b
I. Adhäsionsverfahren ... 140b
II. Prozessuale Möglichkeiten zur Reduzierung des Kostenrisikos ... 141
III. Verzinsung ... 143
IV. Die Berücksichtigung von Spätschäden ... 144
1. Grundsatz der Einheitlichkeit bzw. Globalbemessung ... 144
2. Drei unterschiedliche Kategorien künftiger Schäden ... 146
3. Verjährung ... 147
4. Rechtskraft eines vorangehenden Urteils bei späterer Geltendmachung zusätzlichen Schmerzensgeldes ... 149
a) Vollklage: Abgeltung der für einen einschlägigen Sachverständigen vorhersehbaren künftigen Schmerzen unter Einschluss von für diesen vorhersehbaren Komplikationen ... 149
b) Vollklage mit Risikozuschlag: Totalabgeltung auch der bloß möglichen Zukunftsschäden ... 151
c) Offene oder aufgedeckte Teilklage: Ausklammerung der noch nicht absehbaren Schadensfolgen ... 152
d) Würdigung ... 155
5. Abfindungsvergleich ... 156
V. Überprüfung der Schmerzensgeldbemessung durch ein Rechtsmittel ... 158

## A. Begriff

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] **1**

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] **2**

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. **2a**

## B. Regel-Ausnahme-Verhältnis

Nach wie vor gilt in Bezug auf das Schmerzensgeld ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: **3**

### I. Regel (Abs. 1)

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 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. **4**

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 **5**

1 Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 1; MüKoBGB[8]/*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.
5 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 15.
6 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 16.
7 *Freymann*, 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.
13 Bamberger/Roth/*Spindler (53. Edition)*, § 253 Rn. 4; *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 29; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 6; *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 208.
14 BGH NJW 1986, 1538 = JZ 1986, 640 (*Zeuner*) = JR 1986, 367 (*Hohloch*).
15 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 4.

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 Gegendarstellungsanspruch zusteht und dieser zum Ausgleich der Rufschädigung ausreicht.[18]

### II. Ausnahmen (Abs. 2)

**6** 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 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** 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 MRK[23] 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] § 651 f 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** 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 werden können.[27] Abgelehnt wurde deshalb ein Ersatz immateriellen Schadens gem. § 651 f bei einem Flugbeförderungsvertrag,[28] weil ein Gastwirt es versäumt hatte, ein Extrazimmer für eine Hochzeitsfeier zu reservieren und diese daher nicht stattfinden konnte[29] sowie wegen vermeintlich unberechtigtem Entzug des elterlichen Sorgerechts.[30]

### III. Verhältnis zum Vermögensschaden

**9** 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 Bereitstel-

16 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 4.
17 Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 3; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 4.
18 Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 3; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 4.
19 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 21.
20 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 10.
21 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 9.
22 *Küppersbusch/Höher,* Rn. 271.
23 BGHZ 122, 268 = NJW 1993, 2927; OLG Schleswig OLGR 2002, 165; Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 2, 6.
24 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 1.
25 Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 2.
26 Dazu *Reiter* NJW 2015, 2554 ff.
27 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 7; OLG Stuttgart NJOZ 2014, 801: Nutzungsentschädigung wegen abgebrannten Blockhauses.
28 LG Berlin NJW-RR 1990, 636.
29 OLG Saarbrücken NJW 1998, 2912.
30 OLG Naumburg NJOZ 2014, 928.
31 MüKoBGB[8]/*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.
34 Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 40.

lung 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 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 Mann[40] oder die Kosten des Aufenthalts der Eltern oder zumindest eines Elternteils bei einem Krankenhausaufenthalt eines Kleinkindes (sog. Rooming-in).

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

## IV. Begrenzung oder Ausschluss des Schmerzensgeldanspruchs

**11** **1. Begrenzung: Anspruch gegen den Entschädigungsfonds der Verkehrsopferhilfe (§ 12 Abs. 2 S. 1 PflVG).** 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 Verkehrsopferhilfe 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]

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

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

36 *Zoll*, 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.

37 *Ch. Huber*, HAVE 2015, 258 (259).

38 AA 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.

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

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

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

42 FS L. Jaeger (2014) 473, 483.

43 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 233.

44 Geigel/*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.

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

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

densersatzansprüche 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 Arbeitnehmer[49] sowie der unechten gesetzlichen Unfallversicherung wie der Schülerunfallversicherung.[50]

Das BAG[51] 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 Nürnberg[53] 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 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 Literatur[57] Bedenken gegen den Ausschluss eines Schmerzensgeldanspruchs bei nicht vorsätzlichem Verhalten vorgetragen werden, hat das BVerfG[58] 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 – obli-

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).

48 Kritisch 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.

52 BAG 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.

55 LAG SchlH 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.

gatorischen – 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 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 besteht[65] 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 verletzten.[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 Ausschlusstatbestand 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 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 aufrecht bleibt, von einem solchen auf einem Betriebsweg iSv § 8 Abs. 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 Arbeitgeber[74] 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 Fehlentschei-

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.

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

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

66 BGHZ 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.

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

68 BGHZ 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).

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

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

71 Kritisch *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.).

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

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

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

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

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

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

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

**14** Die Regelungen über die Haftungsersetzung gelten kraft Verweisung auch für Unfälle in Schulen[83] und Kindergärten,[84] nicht aber dann, wenn der Schulrektor 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 Soldaten[88] und Beamte[89] 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. 13 a 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 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.

79 So offensichtlich in BAG NZA 2007, 262: Abweisung eines Anspruchs gegen die gesetzliche Unfallversicherung nach einer Aufklärungspflichtverletzung des Arbeitgebers; ebenso BGH NJW 2008, 1877.
80 BAG AP § 104 SGB VII Nr. 4 = VersR 2005, 1439.
81 BGH VersR 2007, 1131; NJW 2008, 1877.
82 BGHZ 129, 195 = NJW 1995, 2038; BGHZ 158, 394 = NJW-RR 2004, 1093; r + s 2007, 437.
83 OLG Jena OLG Report Ost 48/2015 Anm. 2.
84 BGHZ 145, 311 = NJW 2001, 442 = LM § 104 SGB VII (zustimmend *Schmitt*): Von der Stadt organisierten Schülertransport.
85 OLG Celle VersR 2006, 1085: Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht.
86 BGH NJW 2009, 681: Schneeballschlacht in der Nähe einer Schule gelegenen Bushaltestelle.
87 OLG Köln SVR 2011, 180 (*Frese*).
88 Zu § 91 a SoldVersG BGHZ 120, 176 = NJW 1993, 1529.
89 § 46 BeamtVG.
90 OLG Jena OLG Report Ost 48/2015 Anm. 2.
91 OLG Koblenz NJW-RR 2006, 1174: Schubserei 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).
93 BGHZ 166, 42 = NJW 2006, 1592 = JuS 2007, 693 (*Ruland*).
94 So BGH NJW-RR 2008, 1239 = r + s 2008, 308 (*Lemcke*).
95 Der Unterschied zur Nothilfe, bei der gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13 a 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).
96 VG Ansbach VersR 2020, 113 (*L. Jaeger*).

## C. Die Neupositionierung des Schmerzensgeldes nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz

### I. Verschiebung vom Deliktsrecht in das Schadensrecht

15 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?

### II. Vertrag oder vorvertragliches Schuldverhältnis

16 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 Garantiehaftung des Vermieters für bei Vertragsschluss gegebene Mängel nach § 536 a 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 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 Werkvertrag[104] 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 Vorentscheidung[106] durch den BGH[107] unzutreffend. Womöglich wollte der BGH solche

97 Zur 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.

99 Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 8.

100 OLG 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.

103 BAG 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.

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

105 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 19; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 10.

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

107 BGH 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.

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 – Straftäters[108] 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** 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 § 1 a 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** Bei § 829 scheitert 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 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 BGH[115] 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** 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 deliktsunfähige 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

108 KG 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.

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

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).

114 Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 6.

115 BGHZ 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, 338 f; MüKoBGB[8]/*Wagner* § 829 Rn. 20 ff.; Soergel[13]/Spickhoff § 829 Rn. 20.

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]

## V. Sonstige Anspruchsgrundlagen

21 Neben den genannten vertraglichen und deliktischen Anspruchsgrundlagen sowie denen aus der Gefährdungshaftung unter Einschluss der Amtshaftung[120] 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 Erbrecht[122] kommen auch Aufopferungsansprüche[123] sowie weitere Ansprüche aus dem öffentlichen Recht in Betracht.[124] Zum allgemeinen Aufopferungsanspruch hat der BGH[125] 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 BGH[127] 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 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 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

117 BGH 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.

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

119 OLG 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.

120 OLG 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.

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

122 *Deutsch* ZRP 2001, 351 (352); MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 18.

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

124 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 20.

125 BGH 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.

126 Zu 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.

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

128 So 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*).

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

130 OLG 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.

131 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 3; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke,* Teil 4 Rn. 636, 637.

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

23 **1. Allgemeines.** Bis auf den heutigen Tag ist umstritten, ob der Schmerzensgeldanspruch möglichst wie ein auf einen Vermögensschaden gerichteter Ersatzanspruch zu behandeln sein soll[133] oder ob für ihn eigene Regeln gelten sollen. Kristallisationspunkt der Diskussion ist eine Entscheidung des 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.

24 **2. Ausgleichsfunktion – Sphäre des Verletzten.** 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 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 Bochum[144] unzutreffend, in der der Zuspruch 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 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 Zuspruch.[145]

27 **3. Genugtuungsfunktion – Bemessungsdeterminanten aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen.** Im Rahmen der Genugtuung kommt es darauf an, dass der Schädiger durch die Schmerzensgeldzahlung[146] eine Sühneleistung erbringt für das, was er dem Verletzten angetan hat.[147] Sie soll die Verbitterung des Verletz-

132 *Wagner* NJW 2002, 2049 (2064).
133 So 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.
134 BGHZ 18, 149 = NJW 1955, 1675.
135 Zur 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.
136 Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 35.
137 *Nehlsen-van Stryk* JZ 1987, 119 (125); *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1125.
138 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1125.
139 Wussow/*Schmitt,* Kap. 54 Rn. 13.
140 BGH 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.
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.
147 BGHZ 18, 149 = NJW 1955, 1675.

ten 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 Verschuldensvorwurf[151] 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 Straßenverkehrsunfällen[155] und bei der Arzthaftung[156] 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 Gerichte nicht nur formelartig, sondern auch widersprüchlich, wenn etwa das OLG Brandenburg[158] 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.

**28** **4. Gewichtung dieser beiden Funktionen.** 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 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

148 *L. 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 MüKoBGB[8]/*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 Schmerzensgeldgeldes 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.
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.
166 *G. Müller* VersR 1993, 909 (913). Für deren Aufwertung jedoch *Ziegler/Ehl* JR 2010, 1 (6).

gemacht werden kann. Berechtigung hat die Genugtuungsfunktion in Fällen des Vorsatzes[167] 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.

29 **5. Auswirkungen für die Bemessung des Umfangs. a) Kein geringeres Schmerzensgeld nach der 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 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 Gefährdungshaftungstatbestands 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 Vorsatztaten[176] und gröbster Fahrlässigkeit – völlig ab,[177] stellt sich das Problem von vornherein nicht. Ungeachtet der unterschiedlichen dogmatischen Einschätzung kommen manche zu der rechtstatsächlichen Prognose, dass die Abschläge beim Schmerzensgeld nach der Gefährdungshaftung in der Praxis gering sein werden,[178] mitunter wird eine unterschiedliche Bemessung ausdrücklich abgelehnt.[179]

30 **b) Genugtuungsfunktion nur noch Bedeutung bei Vorsatzdelikten und bei gröbster Fahrlässigkeit.** Während bei fahrlässigen Straßenverkehrsunfällen und bei der Arzthaftung[180] jegliche Bedeutung geleugnet wird, wird bei Vorsatztaten, somit auch bei bedingtem Vorsatz[181] und diesem nahekommender gröbster Fahrlässigkeit zugestanden,[182] dass auf diesem Gebiet ein legitimer Anwendungsbereich gegeben

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.

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.

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.

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.** Von manchen wird der beim Ersatz immateriellen Schadens bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von der Rechtsprechung[188] 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] **31**

## II. Mitverschulden bzw. Zurechnung der Betriebsgefahr

**1. Keine Kürzung nach Haftungsquoten, sondern eine Bemessungsdeterminante unter mehreren.** 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 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 gesetz- **32**

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; MüKoBGB[8]/*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.

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

189 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah 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.

190 AA *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 Spätmittelaltes 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.

193 *Küppersbusch/Höher,* Rn. 284. Vgl. dazu OLG Frankfurt/M. OLGR 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.

lich auch nicht verpflichtet gewesen sein[195] 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 das Mitverschulden als integrales Element der Bemessung des Umfangs sogleich mit einbezogen werden.[201]

**33** 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 Frankfurt[202] ausgesprochen, dass die Genugtuungsfunktion so stark ausgeprägt sein kann, dass trotz einer Verletzung nach einer Körperattacke gar kein Schmerzensgeld gebührt. Umgekehrt hat das OLG München[203] betont, dass trotz eines Mitverschuldens ein ungekürzter Schmerzensgeldbetrag zustehen kann.[204]

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

**35** 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

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 %.

201 BGH 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; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 46; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 47; *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 738; *Küppersbusch/Höher,* Rn. 283; *Luckey* VRR 2005, 351.

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

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

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

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

206 OLG 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.

207 So etwa OLG Brandenburg VersR 2002, 863.

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

Belastungselemente gegeben sein können.[209] Wenn sich der Verletzte einem alkoholisierten Lenker anvertraut, wird dessen Mitverschulden zwischen einem Viertel,[210] einem Drittel[211] 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. 2 a 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]

**36** **2. Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2).** 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]

**37** **3. Kürzung auch bei deliktsunfähigem Kind (§ 828).** 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 ungeschmälerten Schadensersatzanspruch zu verschaffen.[222]

**38** **4. Gestörte Gesamtschuld.** 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** 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 Verant-

209 So 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.

210 KG DAR 2006, 506.

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

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

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

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

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

216 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 47.

217 BGH 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.

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

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

220 OLG 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.

221 BGH 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.

222 So auch Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 47.

wortung 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 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** 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 gröbsten, 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

### I. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung, nicht aber der Tod

**41** **1. Der Kernbereich.** Unter einer Körperverletzung ist eine Beeinträchtigung der äußerlichen Unversehrtheit des Körpers zu verstehen, selbst wenn das – wie etwa das Bespucken eines Polizisten[231] – 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 Todesdrohungen[232] – 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 lebensverlängernder Maßnah-

223 BGHZ 110, 114 = NJW 1990, 1361; NJW 1987, 2669; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke,* Teil 4 Rn. 669; *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 778.
224 Ehegatten: § 1359; Lebenspartner: § 4 LPartG; Eltern: § 1664.
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*).
231 LG Münster NJW-RR 2002, 1672.
232 OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1402.
233 Wussow/*Schmitt,* Kap. 54 Rn. 10; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 58.
234 BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 13.
235 BGH NJW 1995, 2407; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 22.
236 Widersprüchlich *Neuner* JuS 2013, 577 (581).
237 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 20, 527 ff.; *L. Jaeger* MDR 1998, 1030 (1031).
238 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 24.
239 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 28.

men zu keinem – auf den Erben übergehenden – Schmerzensgeldanspruch des sterbenden Menschen führen kann.[240]

**2. Sonderfälle. a) HWS-Verletzungen.** 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] **42**

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 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 Attests[250] Beträge in der Größenordnung von 400 EUR,[251] 500 EUR[252] oder 600 EUR[253] zu, bei der Grenze zu einer Bagatellverletzung sogar nur 200 EUR[254] oder 250 EUR.[255] Das KG[256] 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.** Für die Primärverletzung – und zwar bei mehreren für jede einzelne[258] – 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 Wahrscheinlichkeit[260] bzw. eine mathematisch lückenlose Gewissheit.[261] Das Beweismaß ist aber deutlich stren- **43**

240 BGH 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.

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 (*Schwarz*).

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

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

261 OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.

ger 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 BGH[267] 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 Körperverletzung 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, dass eine Mitursächlichkeit für die Ersatzpflicht ausreichend ist; zudem hat der Ersatzpflichtige keinen Anspruch, einen Gesunden verletzt zu haben.[271]

44 **bb) Mitwirkung welcher Sachverständigen.** 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 Rempeleien zwischen Fußgängern[274] 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 BGH[276] 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] nicht aber bei einem Blick

262 KG 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.

264 OLG 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 *Burmann* NZV 2003, 169 (170).

266 KG NZV 2004, 460.

267 BGH NJW 2008, 1381.

268 OLG 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.

269 KG NZV 2005, 521.

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

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).

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 stehen[282] – 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/h[286] und einer Frontalkollision bis zu 20 km/h[287] keine Körperverletzung erleiden soll, so dass der Verletzte besondere Umstände vortragen muss, warum es bei ihm gleichwohl so ist.[288] Der BGH[289] 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 Beschwerden ist das eines Orthopäden,[292] Neurologen, Neurochirurgen, HNO-Arztes 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.** Die Gutachten von gerichtlichen Sachverständigen haben einen höheren Stellenwert als die Atteste der behandelnden Ärzte,[296] selbst wenn sie auf eigenen Feststellungen beruhen[297] 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 BGH[300] hat aber in einem Fall, in dem der Ersatzpflichtige keinen Beweisantrag auf Erstellung eines medizinischen Gutachtens gestellt hat,[301] **45**

281 KG NZV 2005, 470.
282 *Semrau/Staub* DAR 2016, 691 (693).
283 *Böhm* zfs 2011, 483 (487).
284 BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (*L. Jaeger*) = NZV 2003, 167 (*Burmann*).
285 *Eggert* VA 2004, 204 (205); *L. Jaeger*, in: FS Eggert (2008) S. 213, 229; *Luckey* SVR 2009, 141 (143).
286 *Burmann* NZV 2003, 169; weitergehend KG NZV 2005, 470: Bis 15 km/h kein Beweis des ersten Anscheins, dass HWS-Verletzung durch Aufprall verursacht wurde.
287 Vorsichtiger *Lemcke*, r + s 2008, 399: 15 km/h.
288 *Staab* VersR 2003, 1216 (1221); *L. Jaeger* VRR 2008, 342 (343); *Burmann/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.
289 BGH NJW 2013, 2965.
290 BGH 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 *Burmann/Heß* NZV 2008, 481 (483): Sowohl biomechanisches als auch medizinisches erforderlich, weil Übergehen eines Beweismittels zur Versagung des rechtlichen Gehörs führen würde.
291 BGH 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.
292 Dazu 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).
294 Für 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.
295 Dafür *Luckey* SVR 2010, 174; dagegen *Ernst*, in: FS Eggert (2008) S. 195, 199.
296 BGH NJW-RR 2008, 1380 = r + s 2008, 395 (*Lemcke*) = SVR 2009, 141 (*Luckey*); aA OLG Bamberg NZV 2001, 470: Maßgeblich Äußerung des erstbehandelnden Arztes.
297 KG 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.
298 Zum unterschiedlichen Gewicht im Rahmen der Beweiswürdigung *L. Jaeger* VRR 2008, 342 (344).
299 OLG Jena r + s 2009, 170; *L. Jaeger* ZAP 2008, 1305 (1318); *Burmann/Heß* NZV 2008, 481 (482).
300 BGH NJW 2008, 2845 = r + s 2008 397 (*Lemcke*) = VRR 2008, 342 (*L. Jaeger*).
301 Auf 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).

Schmerzensgeld auch aufgrund eines ärztlichen Attests sowie einer Zeugenaussage zuerkannt. Selbst die Parteiaussage des Verletzten selbst darf nicht als unbedeutend „marginalisiert" werden.[302]

46 **dd) Psychische Schäden.** 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 Allgemeinmedizinern 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, 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]

47 **b) Besondere Probleme bei der Zurechnung. aa) Überholende Kausalität oder Kürzung nach Billigkeit.** Mitunter führt eine relativ geringfügige Verletzung zu weitreichenden Folgen, die auf eine Vorschädigung[315] 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 Zeitpunkt eingetreten wären, hat der Schädiger dafür

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.

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.

nach den Regeln der überholenden Kausalität nicht einzustehen[318] 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 ist[322] und kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er einen Gesunden verletzt.[323] Selbst wenn es sich um eine psychische Fehlverarbeitung[324] 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] 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 Ausgangs-

318 OLG 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.

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

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

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

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

323 BGH 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.

324 BGH 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.

325 OLG 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.

326 Wussow/*Schmitt,* Kap. 54 Rn. 11.

327 KG NZV 2002, 172.

328 *Schumann/Nugel* VRR 2013, 244.

329 OLG 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*); 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 %.

lage 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 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]

**48** **bb) Arten von Neurosen.** In jüngerer Zeit greift die Rechtsprechung[344] 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 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 aufklärt[349] – 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 umfänglich zu begrenzen.[352]

**49** Bei einer Konversionsneurose wird ein latenter seelischer Konflikt im Gefolge einer schadensbedingten Körperverletzung[353] 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 Unfallverlet-

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

zung um eine Bagatelle handelt, die nicht eine spezielle Schadensanlage des Geschädigten trifft.[355] Eine solche Bagatelle[356] ist nur 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 Ellbogenprellung[359] 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.** 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. **50**

**dd) (Auch) von einem Zweitschädiger verursachte Folgeschäden.** 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 Krawatte[369] 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. **51**

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] Der BGH[375] verneint die Zurechnung darüber hinaus dann, wenn eine bereits vorhandene Disposition zur Fehlverarbeitung eines HWS-Schleudertraumas nur **52**

355 BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; BGHZ 137, 142 = NJW 1998, 810.
356 Zu den strengen Anforderungen BGH NJW 1998, 810.
357 BGH NJW 1992, 1043; OLG Naumburg NJW-Spezial 2014, 458: Leichtes Wirbelsäulentrauma und nicht näher beschriebene Prellung des linken Oberarms.
358 BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2003, 123 (*Schiemann*); OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.
359 KG NZV 2005, 311.
360 BGH NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Burmann*) = zfs 2015, 435 (*Diehl*).
361 BGH 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).
362 Plastisch *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).
367 BGH 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.
368 *Ch. Huber,* HAVE 2010, 309 (313).
369 *Lemcke*, r + s 2008, 399, 400.
370 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2012, 6 (11); *Höke* NZV 2014, 1 (2).
371 BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (*L. Jaeger*) = NZV 2003, 167 (*Burmann*); *Bischoff* zfs 2008, 122 (126) unter Hinweis auf die Parallele zum Werkstattrisiko beim Kfz-Sachschaden.
372 *Ch. Huber,* HAVE 2010, 309 (313).
373 OLG München VRR 2014, 307 (*Luckey*): Verlängerung der Beschwerden infolge unterlassener Schmerztherapie; OLG Hamm r + s 2014, 255: Behandlungsfehlerhafte Entfernung eines Hodens nach einem Tritt.
374 BGH NJW 2002, 504; *Halm/Staab* DAR 2009, 677 (679).
375 BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2003, 123 (*Schiemann*).

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.

53 **c) Ungewollte Schwangerschaft.** Wenn es infolge eines ärztlichen Kunstfehlers dazu kommt, dass eine Schwangerschaft ungewollt entstanden ist, weil eine Sterilisation der Frau selbst oder des Mannes[378] 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 Abtreibung[379] 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 Dass bei fehlgeschlagener Sterilisation das ärztliche Fehlverhalten nicht allein ursächlich ist, sondern ein zusätzlicher Geschlechtsverkehr dazu kommen muss, schließt die Einstandspflicht 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 BGH[385] 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]

55 **d) Vernichtung einer Spermakonserve bzw. einer Eizelle.** 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 leugnen. Der BGH[387] sprach den Mindestbetrag bei solchen Verletzungen zu, nämlich 12.500 EUR.

55a **e) Vertauschte Kinder.** 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

376 BGH NJW 2002, 504.
377 LMK 2004, 1213 (124).
378 BGH NJW 1985, 671; *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1414.
379 OLG Köln VersR 2011, 1325: 4.500 EUR.
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 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 22; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 24; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 235, im konkreten Fall freilich abgelehnt.
387 BGHZ 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.).

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 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 ist[394] 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 zuerkannten Beträge in der Vergangenheit zu gering war,[396] sich die Rechtsprechung aber zu wandeln beginnt[397] und damit anerkennt, dass es sich häufig um psychische Beeinträchtigungen mit Langzeitfolgen handelt.[398]

57 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 EUR[401] bis 50.000 EUR,[402] so schlägt *Foerste*[403] vor, die Beträge 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 BGH[407] 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 Genugtuungskomponente[408] 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 Bei Vergewaltigung eines Mannes hat das OLG Bamberg[411] 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

389 OGH 22.3.2018, 4 Ob 208/17 z 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.

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

391 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 23.

392 *Born* NZV 2016, 545 (548).

393 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 25.

394 MüKoBGB[8]/*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. Jae*ger/*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.

402 LG 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.

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

405 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 400.

406 LG 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.

407 BGH 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).

411 OLG 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.

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 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** 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. Mobbing[416]

**59** 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 Arbeitnehmern[417] gibt es schon lange. Wegen der in letzter Zeit zu beobachtenden Verbreitung[418] haben sich damit unter dem Begriff „Mobbing“[419] nunmehr gehäuft die Arbeitsgerichte zu befassen.[420] Da kein Arbeitsunfall 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 vereinzeltes Verhalten geht, das für sich oft keine rechtliche Bedeutung hätte,[424] sondern um einen Prozess kontinuierlicher[425] 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]

413 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 408.
414 OLG Schleswig NJOZ 2013, 1227.
415 OLG Naumburg NJW-RR 2015, 153: Anspruch auf Prozesskostenhilfe.
416 *Benecke*, Mobbing.
417 BAG NZA 1997, 781.
418 Rechtstatsächliche Angaben bei *Benecke* NZA-RR 2003, 225; *Hohmann* NZA 2006, 530 (531).
419 Zum Staffing, der systematischen Untergrabung von Vorgesetzten durch Mitarbeiter im öffentlichen Dienst *Hohmann* NZA 2006, 530 (531).
420 BAG NJOZ 2002, 1929; NZA 2007, 1155 mit Besprechungsaufsatz *Benecke* RdA 2008, 357 ff.; NZA 2008, 223; NJW 2009, 251.
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).

60 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 Vorwerfbarkeit[432] 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 umfassende Darlegung des Verletzungstatbestands an, so dass insoweit die Führung eines Mobbingtagebuchs angezeigt sein kann.[440]

### IV. Stalking

61 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 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 leidet[444] bzw. die Mutter eines neugeborenen Kindes, wenn dieses wegen eines Diagnosefehlers leiden muss und die Mutter mitleidet.[445] Auch die Ehefrau hat keinen

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).
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.

Anspruch auf Schmerzensgeld, wenn aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers eine erektile Dysfunktion des Ehemanns die Folge ist, weder aus Delikt 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** 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 Arbeitskrafteinsatz 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.

## II. Schockschaden

**64** **1. Begriff.** 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, Polizist[453] oder Nothelfer, oder als Angehöriger durch die Überbringung der Nachricht einen Schock erleiden.[454] Synonym wird für diese letztere Fallgruppe der Begriff „Fern-

446 OLG Hamm FamRZ 2018, 71 = MedR 2017, 971; OLG Köln VersR 2016, 796; LG Frankenthal MedR 1998, 130; MüKoBGB[8]/*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.

447 OLG Celle VersR 1976, 594 (Ls.).

448 OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 159.

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

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

451 Zum 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.

453 Zu 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 Schmerzengeld im unteren Bereich.

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

wirkungsschaden“ 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 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.** 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 an. Voraussetzung ist eine besonders schwere Verletzung des Erstgeschädigten[463] oder dessen Tod. Umstritten ist, ob auch andere Schadensereignisse zu einem ersatzfähigen Schockschaden führen, etwa eine rechtswidrige Verhaftung eines nahen Angehörigen[464] oder die Tötung eines Haustieres[465] oder der Verlust eines Kunstwerkes.[466] **65**

**3. Ausmaß der verursachten Beeinträchtigung.** 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 psychi- **66**

455 So 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.

457 Zur 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.

459 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*); *Zwickel* NZV 2015, 214 (215); vgl. auch *Quaisser* NZV 2015, 465 ff.; *Dörr* MDR 2015, 1209 ff.

460 BGHZ 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.

461 BGHZ 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.

462 Prototypisch 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.

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.

sche 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 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 verwirkliche.[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 kam[479] 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 Veränderung[482] von einiger Dauer[483] und erheblichen 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 hat[485] 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 Zweit-

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, 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.

484 OLG 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.

486 OLG 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 Ehewohnung wurde von Tatgerichten als normale Trauerreaktion qualifiziert – aA (erfreulicherweise) der BGH. OLG Koblenz GesR 2017, 724: (Zeitweise) Aufgabe des Berufs (und ärztliche Behandlung).

487 VRR 2005, 10 (12).

geschädigte 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 pilgert[489] 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 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.** 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) Verlobte[499] 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 festgelegte Vermutung bei der Kernfamilie unter Einschluss der Widerleglichkeit[501] bzw. das Erfordernis eines besonderen Nachweises bei weiteren Personen[502] 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. **67**

**5. Größenordnung der zuerkannten Ersatzbeträge.** 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 **68**

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

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

490 Angemessen 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".

492 OLG 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.

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

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

495 Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 61.

496 BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390.

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

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

499 LG Frankfurt/M. NJW 1969, 2286.

500 *Adelmann* VersR 2009, 449 (452).

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.

bei besonders qualifizierten Umständen geht der Ersatzumfang darüber hinaus[506] – so, wenn es sich um das einzige Kind gehandelt hat[507] oder Familienangehörige mitansehen mussten, wie ein Kind[508] bzw. Elternteil[509] durch ein Kapitalverbrechen getötet worden ist oder der Vater die 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 Nürnberg[511] weitere 35.000 EUR an den Vater bzw. 15.000 EUR an die Mutter zu. Der BGH hat die Revision nicht angenommen; das BVerfG[512] hat auch eine dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht angenommen und dabei ausgesprochen, dass die Zubilligung nicht verfassungswidrig sei. In der Literatur[513] 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 Frankfurt[515] 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.

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

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 Mitansehen 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.

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.

517 AA *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.

520 BGH 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.

tige 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 Verletzung[526] oder der Tod des Erstgeschädigten für einen Ersatzanspruch des Zweitgeschädigten verlangt wird, kann eine Überempfindlichkeit des Zweitgeschädigten oder für diesen gegebene Vermeidbarkeit nicht zu einer Versagung des Anspruchs führen.[527]

**70** Sofern es um den Haftungsausschluss gem. §§ 104 ff. SGB VII gegenüber dem Erstgeschädigten geht, entscheidet der BGH gegenteilig 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 § 91 a SVG sowie § 46 BeamtG gelten.[529] Ansonsten gilt: Sofern ein Schmerzensgeldanspruch zu bejahen ist, ist auch der Vermögenspersonenschaden ersatzfähig.[530]

**71** **7. Erstreckung auf die Arzthaftung.** Bisher wurden Schockschäden bei Unfällen anerkannt. Der BGH[531] 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 habe[534] 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 § 630 h Abs. 5 BGB eine Rolle, wobei mE nicht einzusehen ist, warum die Beweislastumkehr bei einem Dokumentationsmangel nach § 630 h Abs. 3 BGB sich nicht auch auf Ansprüche der Angehörigen erstrecken sollte.[536]

521 AA *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.
526 Verneint von OLG Nürnberg r + s 2006, 395: Hüftgelenksprellung sowie Kahnbeinfraktur.
527 AA *Adelmann* VersR 2009, 449 (453), 454.
528 BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Luckey*). Dafür schon zuvor *Halm/Steinmeister* DAR 2005, 481 (486) unter Hinweis auf das arbeitsrechtliche Schrifttum in Fn. 63.
529 AA OLG Celle OLGR 2007, 548 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Luckey*) sowie die eindeutige gesetzliche Regelung.
530 OLG Frankfurt NJW-RR 2013, 140: Anspruch auf Verdienstentgang.
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 „Primäropfers“ 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).

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 nachzuweisen ist.[538] Für das Ausmaß gilt dann § 287 ZPO, wofür sich die Angehörigen auch nicht auf die Beweislastumkehr des § 630 h 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.

71a **8. Geltendmachung und Verjährung.** Die Rechtsverfolgung des Schmerzensgeldanspruchs aus ererbtem Recht oder von Vermögensschäden (§ 844 Abs. 1 und 2) bewirkt keine Hemmung der Verjährung des Schockschadens.[541]

71b **9. Ansprüche nach § 1 OEG.** 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 Ersatz-

537 Zutreffend *Mäsch* JuS 2019, 1022 (1023).
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.
542 BSG BeckRS 2003, 30320590; BeckRS 2015, 73415.
543 LSG LSA BeckRS 2017, 121444.

anspruch gegeben. De lege ferenda wäre zu erwägen, nach schweizerischem Vorbild[544] 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 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 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 danebengegriffen[549] und sich in der Größenordnung vertan hat.[550] Verlangt wird immerhin, dass sich der Tatrichter ausreichend mit dem Sachverhalt auseinander gesetzt und die Besonderheiten des Einzelfalls 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 Arzthaftungssachen anders sein, gehört das doch bei solchen Zivilsenaten zum Alltagsgeschäft.[552]

### III. Geringfügigkeitsschwelle

74 **1. Allgemeines.** 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]

75 **2. Körperverletzung.** 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

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.

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.

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

553 AA BayObLG DAR 2002, 38; MüKoBGB[8]/*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.

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** 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 Bespucken 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** 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 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** Auch wenn der BGH[566] 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 Verletzungen[569] 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]

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.
563 Bamberger/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.
565 Ausführlich *Freymann*, in: FS L. Jaeger (2014) 295 ff. mit dem Fazit auf S. 308: „De lege lata erscheint die Ausweitung der Bagatellgrenze ausgeschlossen."
566 BGH 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).
571 Dazu ausführlich *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn. 103 ff.

**3. Freiheit.** 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 Razzia[573] oder 50 EUR wegen eines unberechtigten kurzfristigen Festhaltens eines vermeintlichen Ladendiebs.[574] Entsprechendes gilt für unwürdige Haftbedingungen. Das BVerfG[575] 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 mitunter[576] 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 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] **79**

## IV. Vergleichbarer Zuspruch bei vergleichbaren Verletzungen – Schmerzensgeldtabellen

Die Schmerzensgeldbemessung steht im Spannungsverhältnis zwischen einer gleichförmigen Festsetzung des Ersatzbetrags für vergleichbare Verletzungen[582] und der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.[583] Die Schmerzensgeldtabellen haben gegenüber der Orientierung am eigenen (OLG-)Sprengel 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 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 Fallähnlich- **80**

572 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 358; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 14, 71; OLG Koblenz NJW 2000, 962.
573 LG Göttingen NJW 1991, 236.
574 AG Regensburg NJW-RR 1999, 1402; kritisch dazu Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 52.
575 BVerfG BeckRS 2019, 32776 = MDR 2020, 632.
576 BGH NJW 2005, 58.
577 BGH 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.
578 So 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.
579 OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1267.
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; MüKoBGB[8]/*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.
592 OLG Hamm NJW-RR 2014, 281.
593 OLG Frankfurt aM GesR 2018, 264 = BeckRS 2017, 139887.

keit.[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 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 sei[612] bzw. keine Ausreißerentscheidung vorliege.[613] Dem Bedenken, dass solche Beträge

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.

604 Hingewiesen 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.

605 OLG 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.

607 Überaus 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).

609 OLG 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).

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

612 KG NJOZ 2005, 4637: 500.000 EUR.

613 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

der Versichertengemeinschaft nicht zumutbar seien,[614] wird entgegengehalten, dass darauf 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** 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] 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 I[628] 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

614 So apodiktisch mahnend 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 aufgebäht wird; auf solche Kriterien bezugnehmend und zur Restriktion mahnend *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 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).

615 KG 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.

616 Prototypisch 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."

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

618 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 602.

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

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

621 *Danzl*, Handbuch Schmerzengeld (2019).

622 Zu 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.

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

sollten, nämlich die Anpassung an Inflation und Wirtschaftswachstum einerseits und die überproportionale Anhebung der Schmerzensgelder für Schwerstverletzte andererseits.[630]

**82** *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 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** 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 Köln[637] „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 OLG[640] 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

630 Auf beide Phänomene hinweisend *Küppersbusch/Höher,* Rn. 281.
631 *L. Jaeger* VersR 1999, 1019.
632 Ebenso *Diehl* zfs 2007, 10 (11).
633 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 30.
634 *Born*, in: FS L. Jaeger (2014) 207, 212 f.
635 OLG Celle BeckRS 2014, 02432; Zu besonders hohen Schmerzensgeldern sei verwiesen auf den seit November 2015 von *Wellner* herausgegebenen Infobrief Spezial Hohe Schmerzensgeldbeträge.
636 LG 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).
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.

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 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** 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 Schmerzensgeld[649] der Tagessatz bei 27 EUR liegt, während er bei einer Freiheitsentziehung mit 88 EUR angesetzt wurde.

## V. Neue Bemessungsansätze

**83b** **1. Präzisierung durch Erkenntnisse der Lebenszufriedensheitsforschung.** Ein neuer, insbesondere im anglo-amerikanischen Bereich entwickelter Ansatz ist die Lebenszufriedensheitsforschung.[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 Wirtschaftswissenschafter 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 Scheingenauigkeit suggerieren[653] 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

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".

646 Vorbildlich 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.

647 Ebenso 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.

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.

Schicksalsschlägen, etwa einer Querschnittlähmung, nach einer gewissen Zeit – 3 bis 5 Jahren[655] – 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 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** 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 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 Schmer-

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).
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.
669 *Arntz* NJW 2017, 3329 (3331).
670 *Von Schönfeld*, r + s 2018, 639, 642.
671 *Arntz* NJW 2017, 3329 (3332).

zen und degenerativen Krankheiten, hingegen relativ besser bei Verlust einer Gliedmaße oder einer Querschnittlähmung.[672]

83d 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 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 vorneherein 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]

83f **2. Taggenaue Bemessung versus „klassische" Methode der Bezugnahme auf Schmerzensgeldtabellen.** Der herkömmliche Ansatz der Ermittlung für das im konkreten Fall angemessene Schmerzensgeld liegt darin, eine möglichst genaue Vorentscheidung aus den Schmerzensgeldtabellen zu finden. Der Tatrichter 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 Tatrichters – 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 Tatrichters liegen, der eine abweichende Berücksichtigung vornehmen kann. Sofern für die Bemessung bedeutsame Umstände überhaupt angegeben werden, werden die einen mit den anderen – ähnlich wie Äpfel mit Birnen[679] – 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

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).

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."

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.

Gerichte klaffen bei „vergleichbaren“ Fällen mitunter weit auseinander – in Abhängigkeit von Gericht und Region,[680] ein Indiz, dass nicht alle goldrichtig liegen.

**83g** 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 Frankfurt[682] hat diesen Bemessungsansatz übernommen und ist bei einer relativ geringfügigen Verletzung in etwa zu dem Ersatzbetrag gelangt, der auch nach herkömmlicher 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 Passagen[685] wurde das Bemühen gewürdigt, bei schweren und schwersten Verletzungen zu höheren Zusprüchen bzw. insgesamt zu einer besseren Vergleichbarkeit zu gelangen.[686] Geschädigtenanwälte,[687] Wissenschaftler[688] und Prozessfinanzierer[689] haben sich positiv geäußert bzw. aufgeschlossen gezeigt; vehement abgelehnt wird der Ansatz der Bemessung nach Tagessätzen von den Autoren, die Werke zu Schmerzensgeldtabellen herausgeben[690] – weil deren Bedeutsamkeit damit entwertet würde? – sowie Vertretern der Versicherungswirtschaft[691] und den in deren Sold stehenden Defensivkanzleien,[692] weil sie befürchten, dass auf diese Weise die Schmerzensgelder dramatisch ansteigen könnten; bei Konzedierung der Anhebung der Schmerzensgelder für schwerste Verletzungen im Rahmen des herkömmlichen Systems[693] hat man das vergleichsweise besser im Griff bzw. erfolgt eine bloß maßvolle Steigerung. Kritisch haben sich auch mehrere OLG[694] 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, so dass der Grad an „Bewährung“ schwer messbar sein dürfte. Die hohe Zahl an gerichtlichen Entscheidungen ist eher ein gegenteiliges Indiz.

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*).

683 *Luckey* NJW 2019, 3361.

684 Naturgemäß euphorisch *M. Schah 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).

83h 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 Vorbild[697] – 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 Tag[701] oder sogar zwischen 0,10 EUR und 20 EUR.[702] Dagegen wird 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 Beschwernisse 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.

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).
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).

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 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 Immobilienpreise[713] 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 Konzerts[716] – 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]

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 EUR[719] 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 Schieflage zu bringen und vom Postulat des vollen Aus-

708 *Schubert*, Karlsruher 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 Folgeentscheiden 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).

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.

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

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

720 *Slizyk* NZV 2019, 357 (358).

gleichs 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.

**83i** **3. Auswirkungen der Niedrigzinsphase.** Namentlich *L. Jaeger*[722] hat darauf hingewiesen, dass die derzeitige – und schon länger bestehende und auch auf absehbare Zukunft anhaltende – Niedrigzinsphase zu einer 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.

**83j** **4. Abschließende Beurteilung.** Die Entscheidung des OLG Frankfurt[727] 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.

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.

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.

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

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. 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 BGH[733] 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** 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 I[737] besonders hoch ausgefallen ist, nachdem die Richter nach einem „Lokalaugenschein" wohl auch emotional ergriffen waren von der erbärmlichen Lage des Anspruchstellers. Sofern der klägerische Anwalt nicht ausreichend vorträgt, ist es Aufgabe des Gerichts, das angemessene Schmerzensgeld zu ermitteln und dessen Angemessenheit zu begründen.[738]

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

**1. Familiäre Beziehung und/oder Gefälligkeitsverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger.** Umstritten ist, ob der Umstand, dass zwischen dem Verletzten und dem Schädiger eine familiäre Beziehung[739] besteht bzw. sich die Schadenszufügung während einer Gefälligkeit[740] oder einer gemeinschaftlichen Vergnügung[741] 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 soll[743] 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. **85**

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 unteilbar[745] 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] **86**

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 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. **87**

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 MüKoBGB[8]/*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; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 54.

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 (*Figgener*) = 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 Zuspruch.

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.

750 OLG München VersR 1989, 1056.

**88** Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Umstand, dass der Geschädigte sich die Verletzung bei einer gefährlichen Sportart[751] 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]

**89** **2. Person des Geschädigten. a) Ausmaß und Intensität der Schmerzempfindungen.** 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]

**90** **b) Verlauf und Ergebnis des Heilungsprozesses.** 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 ausübbaren Lustbarkeiten Folge der Erkrankung und nicht allein des Krankenhausaufenthalts sind. *L. Jaeger/Luckey* schlagen vor, diese Beschwernis in einer Größenordnung abzugelten, wie sie für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit beim Pauschalreisevertrag nach § 651 f Abs. 2 anerkannt ist. Dieser Ansatz würde gewiss zu einem dramatischen Ansteigen der Beträge führen, wobei dann zu fragen ist, ob diese Molesten 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]

**91** **c) Bedeutung der Verletzung eines bestimmten, namentlich eines paarigen Organs.** 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 Organs[762] oder Schädigung beider paariger Organe ist zu beachten, dass das Schmerzensgeld wesentlich höher ausfallen muss als der doppelte Betrag bei Schädigung eines paarigen

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

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

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

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

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.

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.

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.** 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] 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 unbekleidetem 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] **92**

**e) Lebensalter, insbesondere bei einem Dauerschaden.** 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 bemessen sei[774] 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 **93**

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.

767 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1339.

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

769 In diesem Sinn wohl auch MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 40.

770 OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*): 25.000EUR, mittlerer bis oberer Rückenbereich, selbst im unbekleideten 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.

771 Kritisch *L. Jaeger* VersR 2006, 1509 (1510).

772 OLG München BeckRS 2012, 04398: Seelische Auswirkungen sowie Beeinträchtigung bei der zwischenmenschlichen Kommunikation und auch beim Essen, Sprechen und Trinken – Zuspruch von 60.000EUR.

773 *Koziol*, 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.

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 MüKoBGB[8]/*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.

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]

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** 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. Schah Sedi/M. Schah 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 grundsätzlich anderes gelten sollte, wäre überhaupt nicht einzusehen. Vielmehr müsste eine rationale Bemessung des Schmerzensgeldes anknüpfen an die Summe der vom Geschädigten zu erduldenden 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

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.

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 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 43.

794 OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Köln NJW-RR 2007, 174: Bei Dauerschäden höheres Schmerzensgeld bei Kindern und Jugendlichen.

795 So *Luckey* VRR 2011, 406 (407).

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** 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 Lebensetappen sich welche immateriellen Unwägbarkeiten ergeben – im Beruf und in der Freizeit, im Familienleben und bei der Partnersuche, bei der sportlichen und sexuellen Betätigung[799] –, wobei sich nicht in jeder Lebensetappe Einbußen auf allen Gebieten ergeben werden.[800] Bei einem 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 Zinsniveau[801] – abgezinst werden müssen.[802] Wenn diese Grundausrichtung feststeht, könnte als ein Korrekturfaktor – aber auch nicht mehr[803] – 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.

**95a** **f) Geschlecht.** 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 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.

**96** **g) Vermögensverhältnisse.** Nach ganz überwiegender Ansicht[808] sollen die Vermögensverhältnisse des Verletzten keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben. Würde man sie berücksichtigen,

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): Suggerieren von Transparenz und Genauigkeit, die es im Bereich immaterieller Ansprüche nicht geben kann.

798 In diesem Sinn bereits *Ch. Huber* NZV 1998, 345 ff.; ebenso *L. Jaeger* VersR 2008, 416, der für eine Kontrollrechnung nach Monaten plädiert.

799 OLG Brandenburg SP 2007, 140: Verletzungsbedingt keine sexuellen Kontakte zum Ehemann.

800 OLG 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: 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.

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; MüKoBGB[8]/*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.

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 Senats[810] bestätigt, der lediglich unter Berufung auf die Billigkeit erwähnt hat, dass es in ganz ausgerissenen Ausnahmefälle auch einmal anders sein könnte.

97 **h) Aufenthaltsort des Verletzten – Einfluss unterschiedlicher Kaufkraftparitäten.** Von den Vermögensverhältnissen des Verletzten zu unterscheiden ist die unterschiedliche Kaufkraftparität der Gegend, in der er sich aufhält.[811] Das kann gegenüber dem 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 KG[818] 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.

98 **i) Zustand im Zeitpunkt der Verletzung – besondere Schadensanfälligkeit.** 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 einstandspflichtig.[819] Denn er kann eben nicht verlangen, so behandelt zu werden, als habe er 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 Schädiger[821] 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 vorzuneh-

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 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.

812 OLG Frankfurt zfs 2004, 452 (*Diehl*): US-Amerikaner; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 39; kritisch Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn. 24.

813 OLG Köln zfs 1994, 47.

814 BGH 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.

816 KG VersR 2002, 1567; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1030.

817 So im Sachverhalt OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1030.

818 VersR 2002, 1567.

819 OLG Hamm SP 2000, 377; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke,* Teil 4 Rn. 770.

820 BGHZ 123, 341 = NJW 1996, 2426; *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 720.

821 Diese 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.

822 BGH NJW 1997, 455; OLG Köln NJW-RR 2002, 1182; OLG Hamm NZV 1998, 413; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 38; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 39.

823 Sehr vage *Wenker* NZV 2014, 241 (242): Es kann im Einzelfall geboten sein, das zu berücksichtigen.

824 OLG Köln NJW-Spezial 2013, 617.

825 OLG Brandenburg SP 2017, 513.

men 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.** 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] **99**

**aa) Berufstätigkeit.** 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 Anerkennung[828] 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 passiert[829] 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] **100**

**bb) Persönliche Beziehungen.** Eine Verletzung kann sich nachhaltig auf die persönlichen Beziehungen des Verletzten zu seinen näheren oder weiteren Bezugspersonen[836] auswirken. Bedeutsam ist, wenn eine Erkrankung das Finden eines Ehepartners erschwert, namentlich wenn die Fortpflanzungsfähigkeit entfällt.[837] Mitunter kommt es zum Zerbrechen einer Ehe[838] 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 **101**

826 OLG Hamm BeckRS 2014, 22299.
827 Anschaulich der Vortrag in OLG Köln VersR 2016, 1123: Hirnorganische Wesensveränderung eines 42-jährigen Rangierers.
828 Für 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.
830 OLG 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*).
831 OLG München OLGR Süd 47/2010, Anm. 6: Übergabe des Hofs 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.
832 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 41.
833 LG Berlin VersR 2002, 1029; LG Amberg NJW-RR 1986, 1357.
834 OLG München VersR 1985, 868; *Born* NZV 2016, 545 (550).
835 Zur Gefahr von Manipulationsmöglichkeiten Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 36.
836 LG Amberg NJW-RR 1986, 1357: Freundeskreis des Studiums hat sich verflüchtigt, neuer ist schwer zu finden.
837 LAG Nürnberg MedR 2018, 332 (*L. Jaeger*): Kinderwunsch erheblich reduziert.
838 OLG Köln NJW-RR 1996, 986; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 37.
839 LG Arnsberg NJW-RR 1986, 1357; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 42.
840 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 40.
841 Zu Recht abgelehnt von OLG Köln NJW-RR 1996, 986: Fünfwöchige Krankenhausbehandlung.
842 OLG 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.
843 AA MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 42.
844 OLG Frankfurt VersR 2018, 560 (*L. Jaeger*) = jurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 2 (*Wenker*) = zfs 2017, 677 (*Diehl*): Folge eines Schockschadens.

kein Einreisevisum in das betreffende Land ausgestellt wird.[845] Die bloße Trennung der Familie[846] 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]

**102** **cc) Freizeitverhalten.** Im Rahmen des Freizeitverhaltens geht es häufig darum, dass vor allem bei jüngeren Menschen die sportlichen Betätigungsmöglichkeiten[849] 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 können[858] 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** Zu beachten ist, dass sich punktuelle Ereignisse auch nur marginal auswirken können. Bei Vereitelung eines runden Geburtstages[861] mag das noch ins Gewicht fallen; aber kaum bei einer einmaligen Absage oder Verschiebung einer Urlaubsreise. In der Entscheidung BGHZ 86, 212[862] ging es dem BGH primär darum, bei

845 OLG 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.

846 Für eine gesonderte Berücksichtigung Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 16.

847 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1300.

848 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1306.

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, substanziiert vorzutragen. Eher allgemein: OLG Köln BeckRS 2014, 17782: Verlust der sein Leben prägenden Freizeitgestaltungen – aber welche?

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 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 44; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 41; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 37; Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 16.

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.** 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 substanziierter Vortrag[863] 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 Molesten 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). **104**

**k) Kein Einfluss des Bezugs einer Verletztenrente gem. §§ 56 ff. SGB VII bzw. von Unfallausgleich gem. § 35 BeamtVG.** 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] **105**

**l) Schmerzempfindung. aa) Psychische Belastungen.** Während körperliche Schmerzen häufig durch ärztliche Gutachten dokumentiert sind, setzen psychische Beeinträchtigungen einen entsprechend substanziierten 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] **106**

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.** 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 **107**

863 OLG 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.

864 OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*).

865 *Höke* NZV 2014, 1 (3).

866 BGHZ 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.

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.

872 BGHZ 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.

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** Bei solchen Konstellationen ist der BGH in der Leitentscheidung BGHZ 120, 1[873] von seiner bisherigen Rechtsprechung[874] 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 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 Bamberg[881] 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** In der Folgeentscheidung NJW 1993, 1531 bekräftigte der BGH diese eingeschlagene Linie, präzisierte 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 Tatgerichte[885] wurde zum Teil berücksichtigt, dass das Schmerzensgeld geringer auszufallen hat, wenn es an der Empfindungsfähigkeit des Verletzten fehlt[886] bzw. die Leidensdauer zeitlich begrenzt ist,[887] zum Teil wurde unter Hinweis auf die Schwere der Verletzung ein gegenüber

873 = NJW 1993, 781; dazu auch *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 10: Entschädigung für persönlichkeitszerstörende Schwerstschäden.

874 BGH NJW 1976, 1147; NJW 1982, 2123.

875 Zustimmend 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.

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 = JurisPR VerkR 5/2020 Anm. 3 (*Wenker*): (ungekürzt) 112.500.- EUR bei einem Überleben von 22 Monaten im Koma.

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** 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 haben[890] 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** 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 BGH[892] 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]

**112** **cc) Alsbaldiger Tod – Verletzung keine abgrenzbare Beeinträchtigung.** 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:

**113** Wenn zwischen der Verletzung und dem Tod ein ganz kurzer Zeitraum liegt, wenige Sekunden oder auch einige Minuten, maximal eine Stunde[897] in denen der Verletzte keine bewusste Wahrnehmung hat, dann hat die Verletzung gegenüber der Tötung keinen eigenen Unrechtsgehalt mit der Folge, dass kein Schmerzens-

888 OLG 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.

889 So 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.

890 Zutreffend *Vrzal* VersR 2015, 284 (291): Angehörigenschmerzensgeld „durch die Hintertür".

891 Zur grundsätzlichen Belanglosigkeit des Umstands, dass das Schmerzensgeld den Erben zugutekommt, OLG Köln VersR 1992, 197; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 38.

892 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Geisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*).

893 So auch Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 43.

894 So zu Recht OLG Köln OLGR 2003, 25.

895 *L. Jaeger* VersR 1996, 1177.

896 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 983.

897 *Diehl* zfs 2015, 621.

geld 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 Saarbrücken[900] 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 Oldenburg[903] 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 Entscheidung[905] ausgesprochen, dass die zuerkannten 1.500 EUR für einen Zeitraum von einer Stunde sowie von 14.000 EUR für 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** Ein instruktiver Judikaturüberblick findet sich bei *L. Jaeger*[909] bzw. *L. Jaeger/Luckey*.[910] Die Spannbreite 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 temporius ist es aber deutlich höher.

**115** 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. 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 lebensverlän-

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.

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.

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.

gernde 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.** Beim Schmerzensgeld findet eine Vorteilsausgleichung nur unter eingeschränkten Voraussetzungen statt.[920] Jedenfalls nicht zu berücksichtigen sind Vermögensvorteile[921] sowie 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] **116**

**3. Person des Ersatzpflichtigen. a) Ausprägung des Genugtuungsprinzips.** 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. **117**

**b) Differenzierung nach dem Ausmaß des Verschuldens.** Bei Straßenverkehrsunfällen und bei der Arzthaftung[925] 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 Alkoholisierung,[927] anspruchserhöhend auswirke.[928] In Arzthaftungsfällen wird berücksichtigt, ob ein voll beherrschbares Risiko bzw. ein grober Behandlungsfehler gegeben war.[929] **118**

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. § 536 a Abs. 1.

**c) Wirtschaftliche Verhältnisse bzw. Tragung des Schadens durch eine Haftpflichtversicherung.** Umstritten ist, ob die Vermögensverhältnisse des Schädigers bzw. das Bestehen einer Haftpflichtversicherung[932] 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 Pri- **119**

917 MüKoBGB[8]/*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; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 55.
922 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 65.
923 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 55.
924 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 820.
925 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468; vgl. aber OLG Koblenz NJW-RR 2005, 815: Geringes Verschulden des Arztes anspruchsmindernd.
926 OLG Köln VersR 2000, 899; OLG Nürnberg VersR 1997, 502.
927 OLG Frankfurt/M. zfs 2005, 597 (*Diehl*)*:* Verdopplung des Schmerzensgeldes; OLG Hamm OLGR 2001, 240.
928 So auch MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 48.
929 LG Gießen BeckRS 2019, 34307.
930 OLG 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.
931 Zum differenzierten Verschuldensmaßstab bei vertraglicher und deliktischer Haftung von Ärzten *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1357 ff.
932 Gegen 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.
933 Umfassend 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.

vatstrafe, sondern eine Ausprägung des Schadensersatzes. Deshalb hat der Strafsenat des BGH[934] einen Vorlagebeschluss gefasst, ob ein Abgehen von der Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse, wie es durch die Entscheidung des Großen Senats[935] 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 Köln[938] 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 Köln[940] 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 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]

120 **d) Strafgerichtliche Verurteilung.** 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. § 153 a StPO auferlegte Geldbuße[948] 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 Ver-

934 BGH r + s 2015, 94 = zfs 2015, 203 (*Diehl*).
935 BGHZ 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.
938 OLG Köln VersR 2002, 65; ebenso OLG Koblenz VersR 2010, 1323 (zu Recht kritisch *L. Jaeger*).
939 So 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.
940 OLG Köln VersR 1992, 330.
941 OLG Köln VersR 2002, 65; *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 21; *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 48.
942 OLG Bremen NJW-RR 2012, 858: Brutales Würgen, das zum Tod führte.
943 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 46.
944 *Kilian* ZGS 2003, 168 (172); *Ch. Huber,* Das neue Schadensersatzrecht, § 3 Rn. 76.
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 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 50; aA OLG Hamm r + s 2014, 101 (*Lemcke*).
948 Ebenso bei Bewährungsauflagen gem. § 56 b Abs. 2 Nr. 1 StGB MüKoBGB[8]/*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).

wirklichung 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.

**e) Abwicklungsverhalten – ungebührliche Verzögerung der Regulierung durch den Haftpflichtversicherer.** In der Rechtsprechung der Tatgerichte[951] wird es als schmerzensgelderhöhend angesehen, wenn nach Geltendmachung realistischer Forderungen der Haftpflichtversicherer[952] im Rahmen der außergerichtlichen Schadensregulierung als auch des Haftpflichtprozesses die geschuldete Zahlung verweigert, indem er trotz eindeutiger Rechtslage entweder nicht einmal Vorschüsse[953] oder lange Zeit[954] gar keine[955] 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 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] 121

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 darf[968] und sich auf Umstände stützt, die er letztendlich nicht beweisen kann,[969] sondern vielmehr um Verhaltensweisen, die gegen Treu und Glauben verstoßen oder rechtsmissbräuchlich

951 Offen gelassen von BGH NJW 2006, 1271; auf eine gefestigte Rsp der Oberlandesgerichte hinweisend *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 53.

952 OLG Naumburg SP 2007, 354: Wenn der Schädiger den Schaden selbst tragen muss, weniger strenge Maßstäbe.

953 OLG 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).

954 OLG 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.

956 OLG 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.

958 OLG 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.

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; MüKoBGB[8]/*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.

sind. Besonders strenge Maßstäbe werden an einen Haftpflichtversicherer bei der Pflichthaftpflichtversicherung angelegt,[970] wobei es mE nicht 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 Jahren[971] 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 vergleichsweisen 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 *Quirmbach*[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** 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 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 ausgerissenen 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

970 OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*).
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); *Rolfs*, Karlsruher Forum 2016, 41, 56; Staudinger/*Schiemann* § 253 Rn. 33.
979 *Schubert*, Karlsruher Forum 2016, 3, 23.
980 Zustimmend *Grunewald/Nugel* VRR 2014, 4 (6); *Quirmbach* 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.

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 des Verletzten durch das Regulierungs- oder Prozessverhalten des Versicherers.[989] So nimmt das OLG Nürnberg[990] 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 Naumburg[992] 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 Saarbrücken[993] 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 Schmerzensgeldes[994] 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 BGH[996] 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** 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** 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

988 *L. Jaeger* MedR 2015, 739 (740); MedR 2016, 197 (198).

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).

998 Kritisch 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.

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** 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 voraussetzt[1005] 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 BGH[1007] 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** *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 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 Dauerschäden[1016] sowie schlechte wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers.

**127** *Halm/Scheffler*[1017] haben demgegenüber herausgearbeitet, wann die Voraussetzungen für eine Schmerzensgeldrente gerade nicht gegeben sind: Neben der fehlenden Schwere der Verletzung[1018] 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 Standardphrase[1020] 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

1001 Umfassend *Ch. Huber* FS E. Lorenz (2014) 603 ff.
1002 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 59.
1003 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1738; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke,* Teil 4 Rn. 774.
1004 MüKoBGB[8]/*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 MüKoBGB[8]/*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, 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.
1013 OLG Köln VersR 1999, 624: Lähmung der Beine; OLG Frankfurt/M. VersR 1995, 505: Amputation beider Unterschenkel.
1014 BGHZ 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.
1015 OLG Hamm VersR 1988, 1181.
1016 OLG 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.).
1018 OLG Jena BeckRS 2012, 11583: Unbrauchbarkeit des Schultergelenks nicht ausreichend, wenn Armbewegungen noch möglich sind.
1019 OLG Bremen OLGR 1995, 50; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 58.
1020 BGH NJWE-VHR 1996, 141; OLG Brandenburg r + s 2006, 260; OLG Köln NJW-RR 2002, 1039; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 58.

widmungsgemäß verwenden würden,[1021] sowie die Gefahr einer Entwertung durch Inflation werden nicht als anerkennenswerte Gründe für die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente anerkannt.

128 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 EUR[1024] oder 100 EUR[1025] 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 ME sollten die strengen Voraussetzungen für die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente bei Vorhandensein von Dauerschäden gelockert werden.[1028] Dagegen spricht allein der Umstand, 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 Gegen die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente werden folgende Argumente vorgebracht:[1032] Der Verletzte müsse sich bei einer Anpassung mit dem Ersatzpflichtigen auseinander setzen, 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 BGH[1036] bisher aus wenig überzeugenden formalen Gründen verschlossen hat.[1037] Die Begründung, dass eine dynamische Rente die 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.

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.
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.
1038 So *Wenker* NZV 2014, 241 (244).
1039 *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht[10] (2013) Rn. 56 f.

### II. Gleiche Gesamtbelastung durch Kapital und Rente

**131** 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 hat[1044] bzw. umgekehrt die monatlichen Rentenzahlungen bei einer verkürzten Lebenserwartung 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** Zur Vergleichbarkeit von Kapital und Rente ist die Rente zu kapitalisieren,[1049] wobei wie beim Vermögensschaden ein Abzinsungsfaktor von 5[1050] bis 5,5 % zugrunde gelegt wird.[1051] Wie beim Erwerbs- und Unterhaltsersatzanspruch 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 netto. Das wird unter Hinweis auf die Steuerfreiheit der Mehrbedarfsrente[1052] aus einem Größen- bzw. Analogieschluss abgeleitet.[1053] Zugrunde zu legen ist für einen Vergleich zwischen Kapitalabfindung und Rente mE die jeweils konkrete Lebenser-

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.

1041 Trotz 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.

1043 In 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.

1044 In diesem Sinn OLG Hamm VersR 2003, 780.

1045 Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 21.

1046 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Brandenburg r + s 2006, 260.

1047 KG 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).

1049 OLG 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!

1050 KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*L. Jaeger*).

1051 Van 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 %.

1052 BFH NJW 1995, 1238.

1053 780*Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 265; vorsichtiger *Heß* zfs 2001, 532 (534).

wartung, 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** 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 Köln[1059] hat dafür als Faustformel ein Verhältnis zwischen Kapital und Rente von 1:2 angenommen. Es verbieten sich aber diesbezüglich mE jegliche Schematisierungen. Das OLG Düsseldorf[1060] hat eine Relation von nahezu 1:1 angenommen, das OLG Thüringen[1061] hat eine Bemessung vorgenommen, bei der sich der Kapitalbetrag zur kapitalisierten Rente im Verhältnis von 4:1 zu verhalten hat, das OLG Karlsruhe[1062] 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** 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** 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 Nürnberg[1069] hat ausgesprochen, dass eine Veränderung des Lebenshaltungskostenindex um 10 % anders als bei Unterhaltsansprüchen noch keine wesentliche Änderung darstelle;

1054 Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition), § 253 Rn. 70; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 63.
1055 So aber *Küppersbusch/Höher,* Rn. 300.
1056 *Nothoff* VersR 2003, 966 (971).
1057 KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*L. Jaeger*).
1058 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.
1059 OLG Köln VersR 1998, 244 (Ls.) unter Hinweis auf eine einschlägige Vorentscheidung des gleichen Gerichts.
1060 OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18736.
1061 OLG Thüringen zfs 1999, 419.
1062 OLG Karlsruhe NJOZ 2014, 1463.
1063 OLG Thüringen zfs 1999, 419: Abgeltung der ersten 2,5 Jahre; für eine Abstufung der Rente wegen der Gewöhnung.
1064 OLG 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).
1066 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*), wo deshalb ein Feststellungsantrag für zulässig angesehen worden ist.
1067 MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 62.
1068 BGH NJW 1976, 1147.
1069 OLG Nürnberg VersR 1992, 623.

obiter dictum wird eine Änderung von 25 % für ausreichend erachtet.[1070] Das LG Hannover[1071] 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 BGH[1072] hat nun ausgesprochen, dass unterhalb von 25 % eine Anpassung grundsätzlich nicht in Betracht komme.

**136** 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 *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** Eine Anpassung soll nach verbreiteter Meinung[1079] 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.

1070 Noch restriktiver *Nothoff* VersR 2003, 966 (970).
1071 LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*).
1072 BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = VRR 2007, 342 (*Luckey*).
1073 So aber BGH NJW 1973, 1653; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 265 (266); *Nothoff* VersR 2003, 966 (970): Beschränkung auf extreme Ausnahmefälle.
1074 Untauglich 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.
1075 AA OLG Düsseldorf zfs 1986, 5; *Küppersbusch/Höher,* Rn. 301.
1076 NJW 2007, 2477.
1077 So 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*).
1078 So LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*); *Nothoff* VersR 966, 970.
1079 Dem vorsichtig zustimmend *Küppersbusch/Höher,* Rn. 301; *Diehl* zfs 2002, 431; *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 147.
1080 Für 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 nachehelichen Unterhalt ergangene Entscheidung BGHZ 153, 372 = NJW 2003, 1796.

## I. Übertragbarkeit und Berücksichtigung des Schmerzensgeldanspruchs bei Ermittlung der Leistungsfähigkeit

138 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 Insolvenzmasse[1084] und in den Zugewinnausgleich.[1085] Gegen eine Einbeziehung in den Zugewinnausgleich hat *Herr*[1086] überzeugende Argumente vorgebracht. Am plausibelsten ist, dass der Schmerzensgeldanspruch dem Verletzungsopfer für die Linderung seiner Leiden zur Verfügung stehen soll, weshalb eine normative Korrektur des Vermögensbegriffs des Zugewinnausgleichs vorgenommen werden sollte. Der Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums[1087] sieht eine Ausklammerung nun vor. Auf dieser Linie liegt, dass er bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Antragstellers auf Gewährung von Prozesskostenhilfe nach § 120 a 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 EStG[1089] sowie bei weiteren Sozialgesetzen (§ 11 a Abs. 2 SGB II; § 83 Abs. 2 SGB XII, § 25 d 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 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 VII[1091] – auch nicht beim Zusammentreffen mit einer Erwerbsunfähigkeitsrente nach § 93 SGB VI[1092] – 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 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 BGH[1098] 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

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 *Hergenröder* 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 MüKoBGB[8]/*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.

1090 Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 4; MüKoBGB[8]/*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*).

damit eine Kontroverse in der Literatur[1099] 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** 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

### I. Adhäsionsverfahren

**140b** 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 Anschlusserklärung 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 Beschwer 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** Namentlich im Adhäsionsverfahren war umstritten, ob bei Zuspruch von Schmerzensgeld die wirtschaftlichen Verhältnisse von Geschädigtem und Schädiger im Regelfall eine Rolle spielen. Der 2. Strafsenat[1108] 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 Strafsachen[1110] zu entscheiden hatte. Dessen zentrale Botschaft lässt sich so zusammenfassen: Man wollte von den Floskeln der bisherigen Rechtsprechung,[1111] wonach alle

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.
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.

Umstände des 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 Vorderrund stehe; und es bei dieser jedenfalls nicht auf die Einkommensverhältnisse des Schädigers ankommen könne.

## II. Prozessuale Möglichkeiten zur Reduzierung des Kostenrisikos

**141** 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** 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 Größenordnung[1117] oder einen Mindestbetrag angeben, weil nur so eine Festsetzung des Streitwertes[1118] 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 unterschritten wird,[1126] so

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).
1116 *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 1711 ff.; *Küppersbusch/Höher,* Rn. 312 ff.; *M. Huber* JuS 2019, 209 ff.
1117 BGH NJW 2002, 3769; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 67; Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 24: Angabe der Größenordnung genügt, die Angabe eines Mindestbetrags ist nicht erforderlich.
1118 Zur Maßgeblichkeit des Klagebegehrens und nicht der Schlüssigkeitsprüfung durch das Tatgericht KG VRR 2008, 282.
1119 *Hofmann/Uhrich* JURA 2011, 643.
1120 *L. Jaeger* VersR 2018, 563 (564).
1121 *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1768; *Musielak/Voith*, ZPO[12], § 3 Rn. 34.
1122 BGHZ 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; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 68; Palandt/*Grüneberg* § 253 Rn. 24; *Küppersbusch/Höher,* Rn. 312; Geigel/*Pardey,* Kap. 6 Rn. 25.
1123 OLG Hamm NJOZ 2014, 1334: Zuspruch von 40.000EUR nach einem Mindestbegehren von 20.000EUR.
1124 BGH 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.
1125 BGHZ 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.
1126 BGH 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).

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** 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 entsprechendem Begehren.[1133] Wird ein solches Begehren nicht gestellt, kann der Kläger die Zinsen bei Rechtskraft der Urteiles 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.

1127 *Born* NZV 1999, 205.
1128 *L. Jaeger* VersR 2008, 366.
1129 OLG Naumburg NJOZ 2014, 52.
1130 OLG Köln NJW 1997, 3099.
1131 OLG 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.
1132 BGH 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; MüKoBGB[8]/*Oetker* § 253 Rn. 67.
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.

## IV. Die Berücksichtigung von Spätschäden

**1. Grundsatz der Einheitlichkeit bzw. Globalbemessung.** 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 Einheitlichkeit[1141] 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. **144**

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 abschnittsweisen 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. **145**

**2. Drei unterschiedliche Kategorien künftiger 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 **146**

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; MüKoBGB[8]/*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.

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.

Verhandlung 1. Instanz.[1150] Die sicher vorhersehbaren 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 unsubstanziierten 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 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]

Naturgemäß 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]

147 **3. Verjährung.** 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

1150 OLG Hamburg MDR 2005, 451; OLG Schleswig OLGR 2005, 131.
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).
1159 BGH 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.
1160 KG VersR 2018, 958 = zfs 2018, 687 (*Diehl*).
1161 OLG Frankfurt BeckRS 2015, 8019.
1162 OLG Koblenz NJOZ 2012, 2063.
1163 OLG Köln VRR 2010, 187 (*Luckey*).
1164 *Scholten* VA 2016, 205.
1165 *Bussmann* MDR 2007, 446.

der Verletzte einen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO stellen.[1166] Die Zulässigkeit eines solchen ist immer dann gegeben, wenn ein künftiger Schadenseintritt nicht auszuschließen ist[1167] 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 lasse, vielmehr ist der Zeitpunkt seiner Kenntniserlangung vom Ursachenzusammenhang maßgeblich.[1171]

148 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 abgebe, das die gleichen Rechtsfolgen wie ein Feststellungsurteil habe. Eine solche Klarstellung ist insoweit empfehlenswert, um sicherzustellen, dass damit nicht bloß ein Neubeginn der Verjährungsfrist nach § 212 Abs. 1 S. 1 eintritt, sondern wie bei einem Urteil eine 30-jährige Verjährungsfrist.[1172]

149 **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.** 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 der Sachverständige einschätzt, welche Auswirkungen wann in welcher Intensität mit welchem Prozentsatz der Wahrscheinlichkeit eintreten werden.[1179] Sollte das für den klä-

1166 Zum inneren Zusammenhang von Feststellungsinteresse und Verjährung *G. Müller* VersR 1998, 129 (136).

1167 BGH NJW 2001, 3414; NJW 1998, 160; OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); MüKoBGB[8]/*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.

1169 BGH 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.

1170 BGH NJW 2000, 861; *Terbille* VersR 2005, 37 (40).

1171 BGH NJW 1997, 2448.

1172 *L. Jaeger/Luckey*, Rn. 1751 ff.; *Küppersbusch*, r + s 2002, 221, 225 unter Hinweis auf BGH VersR 1986, 684; VersR 1985, 62.

1173 OLG 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.

1174 OLG München NJW-Spezial 2013, 266; *Eggert* VA 2007, 64 (66); eine Nuance anders *Terbille* VersR 2005, 37 (39); *Bussmann* MDR 2007, 446: jeweils 35 %.

1175 BGH NJW 1988, 2300: 30 bis 40 %.

1176 BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (*Grunsky*); OLG München NJW-Spezial 2013, 266; SP 2002, 304; *Küppersbusch/Höher,* Rn. 316.

1177 BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (*Grunsky*); *Siegel* SVR 2017, 102.

1178 *Terbille* VersR 2005, 37 (38).

1179 *M. Schah Sedi* zfs 2017, 363.

gerischen 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** 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.

**151** **b) Vollklage mit Risikozuschlag: Totalabgeltung auch der bloß möglichen Zukunftsschäden.** 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 Köln[1190] 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 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

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.
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.
1194 BGH NJW-RR 2006, 712 = r + s 2006, 257 (*Lemcke*) = VRR 2006, 223 (*Burkard*). AA zu Unrecht OLG Koblenz NJOZ 2005, 2043.

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]

152 **c) Offene oder aufgedeckte Teilklage: Ausklammerung der noch nicht absehbaren Schadensfolgen.** 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 ausdrücklich[1197] 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 Eine verdeckte Teilklage ist gegeben, wenn der Verletzte das zwar nicht offen legt, dies aber aus der Stellung eines entsprechend formulierten Feststellungsantrags[1201] 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 Ein Teilschmerzensgeldbegehren ist nur beschränkt zulässig. Unzulässig ist etwa eine Beschränkung auf in der Vergangenheit eingetretene Schmerzen[1204] oder auf solche für bestimmte Körperteile,[1205] aber durchaus eine nach Schadensarten[1206] 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 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 BGH[1211] 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

1195 So eindringlich *Lemcke*, r + s 2006, 260.
1196 OLG Frankfurt VRR 2010, 122; OLG Brandenburg VRR 2007, 468 (*Luckey*).
1197 Auf die Ausdrücklichkeit abstellend *Terbille* VersR 2005, 37 (38).
1198 OLG Celle OLGR Celle 2009, 948.
1199 Bamberger/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.
1200 Zfs 2017, 363.
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 Rechtskrafterstreckung.
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).
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.

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** 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 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 Strafprozess[1218] 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 Sachverständigen[1221] 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]

**155** **d) Würdigung.** 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 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 wahrschein-

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.

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).

1223 BGH NJW 1985, 2022; Bamberger/Roth/*Spindler* (53. Edition) § 253 Rn. 71.

1224 OLG Brandenburg VRR 2007, 468 (*Luckey*).

1225 So 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.

lich 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.

**156** **5. Abfindungsvergleich.** 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 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 München[1233] 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 Anpassung des Schmerzensgeldes wird deutlich zurückhaltender gehandhabt als die Bejahung der Ersatzpflicht wegen einer konkret gewünschten Maßnahme.[1236]

**157** 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

1226 So auch die eindringliche Warnung von *L. Jaeger/Luckey,* Rn. 348.

1227 OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*): In AGB keine überraschende und unangemessen benachteiligende Klausel.

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.

1236 *Zoll* NJW 2014, 967 (973).

1237 OLG 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.

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** 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 freilich eine letztlich nicht begründbare Abänderung erstinstanzlicher Entscheidungen um Kleinbeträge zu vermeiden ist.[1243]

1238 BGH VersR 1990, 984; *G. Müller* VersR 1998, 129 (137).
1239 Daran hat es im Sachverhalt der Entscheidung OLG Köln NJW-RR 1988, 924 gefehlt.
1240 BGH NJW 1998, 2741.
1241 AA zu Unrecht OLG Koblenz MDR 2014, 220: Korrektur nur bei Fehlgriff in der Oktave.
1242 BGH 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.

NomosKommentar

# BGB

## Schuldrecht

ProdHaftG | UKlaG

**Band 2/3: §§ 662–853**
**4. Auflage**

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb,** Universität zu Köln, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Richterin am Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen | **Prof. Dr. Werner Langen,** Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach

**in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein**

Nomos

DeutscherAnwaltVerein

**Zitiervorschlag:** NK-BGB/*Bearbeiter* § ... Rn. ...

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4885-3

4. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Inhaltsübersicht


**Abschnitt 8 Einzelne Schuldverhältnisse** (§§ 662–853) ..... 4863
Titel 12 Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag und Zahlungsdienste (§§ 662–676c) ..... 4863
Untertitel 1 Auftrag (§§ 662–674) ..... 4863
Untertitel 2 Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675–675b) ..... 4934
Untertitel 3 Zahlungsdienste (§§ 675c–676c) ..... 4980
Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften (§§ 675c–675e) ..... 4989
Kapitel 2 Zahlungsdienstevertrag (§§ 675f–675i) ..... 4996
Kapitel 3 Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten (§§ 675j–676h) ..... 5018
Unterkapitel 1 Autorisierung von Zahlungsvorgängen; Zahlungsinstrumente; Verweigerung des Zugangs zum Zahlungskonto (§§ 675j–675m) 5018
Unterkapitel 2 Ausführung von Zahlungsvorgängen (§§ 675n–675t) ..... 5032
Unterkapitel 3 Haftung (§§ 675u–676h) ..... 5048
Titel 13 Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677–687) ..... 5085
Titel 14 Verwahrung (§§ 688–700) ..... 5213
Titel 15 Einbringung von Sachen bei Gastwirten (§§ 701–704) ..... 5224
Titel 16 Gesellschaft (§§ 705–740) ..... 5234
Anhang I zu § 705: Die GbR im Verfahrensrecht – Zivilprozess, Zwangsvollstreckung, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Schiedsverfahren ..... 5312
Anhang II zu § 705: Recht der ARGE ..... 5336
Anhang zu § 728: Die GbR im Insolvenzverfahren ..... 5456
Titel 17 Gemeinschaft (§§ 741–758) ..... 5512
Titel 18 Leibrente (§§ 759–761) ..... 5542
Titel 19 Unvollkommene Verbindlichkeiten (§§ 762–764) ..... 5547
Titel 20 Bürgschaft (§§ 765–778) ..... 5557
Titel 21 Vergleich (§ 779) ..... 5635
Titel 22 Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis (§§ 780–782) ..... 5645
Titel 23 Anweisung (§§ 783–792) ..... 5667
Titel 24 Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793–808) ..... 5682
Titel 25 Vorlegung von Sachen (§§ 809–811) ..... 5715
Titel 26 Ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812–822) ..... 5724
Titel 27 Unerlaubte Handlungen (§§ 823–853) ..... 5868

**Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG)** ..... 6529

**Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG)** ..... 6561

Stichwortverzeichnis ..... 6619

## § 839 a Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

**(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 § 839 a 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 § 839 a 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 § 839 a 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 (§ 839 a 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 § 839 a 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 § 839 a BGB, FS-Horn (2006) S. 67; *Kilian*, Zweifelsfragen der deliktsrechtlichen Sachverständigenhaftung nach § 839 a BGB, ZGS 2004, 220; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a BGB, VersR 2003, 683; *Klement*, Der Tod des Zuchtebers Cutlar, Jura 2010, 867; *Klöters*, Haftung des Sachverständigen bei Verkehrswertermittlung einer Immobilie im Zwangsversteigerungsverfahren, DS 2006, 299; *Lehmann*, Die Haftung des Sachverständigen nach § 839 a, 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 § 839 a 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; *dies.*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1; *U. Müller*, Die Haftung des D-Arztes – 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 – § 411 a 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 § 839 a BGB, zfs 2004, 241; *Schröter,* Haftung des gerichtlichen Sachverständigen unter Berücksichtigung des neuen Haftungstatbestandes nach § 839 a 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 § 839 a (2004); *ders.,* Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen – Haftungsfalle für den Prozessanwalt?, AnwBl. 2006, 91; *ders.,* Haftung des gerichtlichen Sachverständigen unter Berücksichtigung des neuen Haftungstatbestands nach § 839 a BGB – aus juristischer Sicht, MEDSACH 2006, 93;; *ders.*, Die zivilrechtliche Haftung des medizinischen Sachverständigen, insbesondere nach § 839 a BGB, GesR 2006, 154; *Tödtmann/Schwab*, 10 Jahre Sachverständigenhaftung – Ein Überblick über die Rechtsprechung zu § 839 a 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 § 839 a BGB, DS 2008, 140; *ders.*, Rechtsprechung zum Sachverständigenrecht, DS 2009, 370; *ders.*, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a 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 § 839 a 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** ..... 1
I. Der prototypische Sachverhalt ..... 1
II. Die ersatzfähigen Schadensposten ..... 2
III. Anforderungen an die Darlegung ..... 2a
IV. Erfolgsaussichten ..... 2b
**B. Frühere Regelung** ..... 3
I. Mögliche Anspruchsgrundlagen ..... 4
II. Bei Beeidigung des Sachverständigen umfassender Schutz ..... 5
III. Bei fehlender Beeidigung des Sachverständigen Differenzierung zwischen der Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsguts und einem reinen Vermögensschaden ..... 6
1. Bei Freiheitsverletzung Haftung bloß für grobe Fahrlässigkeit ..... 6
2. Bei reinen Vermögensschäden lediglich Haftung nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) ..... 12
**C. Eingriff des Gesetzgebers** ..... 13
I. Vereinheitlichung der Haftung ..... 14
II. Dogmatische Einordnung und systematische Stellung ..... 15
III. Ausgestaltung als zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch ..... 15a
IV. Keine vertragliche Haftungsbeschränkung ..... 15b
**D. Die Regelung im Detail** ..... 16
I. Schaden eines Verfahrensbeteiligten ..... 16
II. Gerichtliche Entscheidung ..... 18
III. Ein vom Gericht ernannter Sachverständiger ..... 18b
1. Sachverständiger ..... 18b
2. Einseitiger öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt, kein Vertrag ..... 19
3. Zeuge als Sachverständiger ..... 20
4. Aussage in einem Hearing vor einem parlamentarischen Ausschuss ..... 21
5. Vorläufiger Insolvenzverwalter ..... 22
6. Erstattung von Rechtsgutachten zu ausländischen Rechtsordnungen ..... 22b
7. Behörde als Sachverständiger des Gerichts – Staatshaftungsanspruch nach § 839 ..... 23
8. Sachverständiger einer Behörde – Anwendbarkeit von § 839 a ..... 24
9. Haftung nach § 839 a bei Verwertung des Gutachtens für ein (anderes) Gerichtsverfahren ..... 27
IV. Unrichtigkeit des Gutachtens ..... 28a
V. Grobe Fahrlässigkeit bei Erstattung des Gutachtens ..... 29
1. Sachliche Berechtigung der Haftungsbegrenzung ..... 29
2. Unterschied zu § 826 ..... 30
3. Der Haftungsmaßstab ..... 31
VI. Kausalität ..... 35
VII. Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839 a bloß bei gerichtlicher Entscheidung – keine Anwendung bei Klagerücknahme oder Vergleich ..... 38
1. (Gut gemeinte) Intention des Gesetzgebers: Vermeidung der Schwierigkeiten des Nachweises der Kausalität ..... 38
2. Rechtsfolgen ..... 39
3. Auswirkungen für die gütliche Regulierung ..... 41
VIII. Unzulässigkeit der Streitverkündung an den Sachverständigen ..... 41a
IX. Keine Möglichkeit der Abwendung durch ein Rechtsmittel (§ 839 a Abs. 2 – Verweis auf § 839 Abs. 3) ..... 42
1. Welche Rechtsmittel sind erfasst? ..... 43
2. Verschuldensmaßstab des Geschädigten ..... 44
X. Beweislastverteilung ..... 46
XI. Abschließende Regelung ..... 47
XII. Versicherbarkeit ..... 47a
**E. Reichweite der Norm – was ist (nicht) erfasst** ..... 48
I. Begleitschäden – bei Erstellung oder infolge eines Gutachtens ..... 48
II. Hoheitliche Tätigkeit des Gutachters – Anspruch aus § 839 ..... 49
III. Schädigung durch einen Zeugen – analoge Anwendung des § 839 a ..... 50
**F. Kollisionsrecht** ..... 50a
**G. Inkrafttreten der Norm (Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB)** ..... 51
**H. Rechtspolitische Bewertung** ..... 52

## A. Anwendungsbereich

### I. Der prototypische Sachverhalt

1 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]

### II. Die ersatzfähigen Schadensposten

2 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 Prozesskosten[11] 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 Folgeschäden[15] unter Einschluss der Zinsen, wenn es im Vorprozess zu einer Verurteilung zur Zahlung eines Geldbetrags gekommen 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 Der Geschädigte muss nachweisen, dass ihm durch eine Entscheidung eines Gerichts, die auf einem grob fahrlässig erstellten Gerichtssachverständigengutachten beruht, ein Schaden entstanden ist. Jedenfalls den Nachweis grober Fahrlässigkeit wird der Kläger nicht ohne technischen Sachverstand, im Klartext einem Privatgutachten, führen können.[18]

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 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 31; *Rixe* FPR 2012, 534.
4 JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 25; *R. Schwab* DS 2005, 132 (137).
5 Zu den möglichen Schäden BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 58 f.
6 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 31; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); *Ollmann* FuR 2005, 150 ff.: Freiheitsentziehung bei falschem (sexuellem) Missbrauchsverdacht von Erwachsenen gegenüber Minderjährigen.
7 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 10 f.
8 OLG Saarbrücken BeckRS 2008, 24747 = OLGR Saarbrücken 2009, 196: Gewinnausfall wegen Geschäftsaufgabe.
9 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 2; *Lesting* R&P 2002, 224 (225); *Schöpflin* zfs 2004, 241.
10 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 8 f.
11 Staudinger/*Wöstmann* (2013) § 839 a Rn. 25; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 14; *Kilian* VersR 2003, 683 (688); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (245).
12 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 31.
13 *Schöpflin* zfs 2004, 241 (245); *Kilian* VersR 2003, 683 (688); Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 41.
14 *Ollmann* FuR 2005, 150.
15 *R. Schwab* DS 2005, 132 (137); *Thole* MEDSACH 2006, 93, 96.
16 LG Frankenthal BeckRS 2012, 03154.
17 Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 10.
18 *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17 (18).

### IV. Erfolgsaussichten

2b Rechtstatsächlich ist darauf hinzuweisen, dass wegen der hohen Hürden[19] 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 § 839 a umbenennen müsste von „Haftung" in „Nichthaftung" des gerichtlichen Sachverständigen.

## B. Frühere Regelung

3 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 § 839 a nicht sämtliche regelungsbedürftigen Konstellationen erfasst, so dass die bisherige Rechtslage – partiell – fortwirkt.

### I. Mögliche Anspruchsgrundlagen

4 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 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

6 **1. Bei Freiheitsverletzung Haftung bloß für grobe Fahrlässigkeit.** 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 Beeinträch-

19 So auch die Einschätzung von *Rixe* FPR 2012, 534; alle Hürden genommen freilich in OLG Koblenz DS 2013, 107.

20 *E. 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), § 839 a Rn. 41.

21 *Jannsen* r+s 2015, 161 (166).

22 *Lesting* R&P 2002, 224.

23 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 4; *Kilian* VersR 2003, 683 (684); BGH NJW 2003, 2825; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2891; OLG Hamm VersR 1995, 225; pointiert MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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), § 839 a 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 § 839 a unter Bezugnahme auf Entscheidungen des RG *Schott* in FS Schlick (2015), 309 ff.

27 *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907).

28 *Kilian* VersR 2003, 683 (684); *Schröter* MEDSACH 2006, 98, 99: Rarität sondergleichen.

29 *Lesting* R&P 2002, 224 (225).

tigung eines absolut geschützten Rechtsgutes war die Freiheitsentziehung nach einer falschen medizinischen Expertise. In der Leitentscheidung Weigand hat der BGH[30] ausgesprochen, dass nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit eine Einstandspflicht des Sachverständigen gegeben wäre. Das wurde vom BVerfG[31] 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 Rechtsprechung[33] verantwortlich waren.[34]

7 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 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 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 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 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

30 BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312.
31 BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.
32 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 19.
33 *Lesting* R&P 2002, 224 ff.
34 Eine Übersicht findet sich bei *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 19 ff.
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* § 839 a 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.
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."
43 Zutreffend Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 6.
44 *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (423).
45 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 29 f.
46 BT-Drs. 14/7752, 28; Palandt[79]/*Sprau* § 839 a Rn. 3; Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839 a Rn. 14; Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 2; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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).

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.

**10a** 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 § 839 a 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. 41 a).

**11** Es lässt sich somit resümieren, dass die meisten ins Treffen geführten Argumente auf tönernen Füßen stehen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass im Fall Weigand[58] vier von acht Verfassungsrichtern sogar für die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von leichter Fahrlässigkeit – jedenfalls bei dem so bedeutsamen Rechtsgut der Freiheit – plädiert haben.

**12** **2. Bei reinen Vermögensschäden lediglich Haftung nach § 826 (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung).** 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** 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** § 839 a 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 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

50 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 36.
51 *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (909).
52 *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (51).
53 Pointiert *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."
55 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 15.
56 Ebenso Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 2; *Schöpflin* zfs 2004, 241 (242): Als bloßer „Bedenkenträger" ist der Sachverständige nicht hilfreich; *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (573).
57 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 12.
58 BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.
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.
64 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 2.
65 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = MDR 2013, 1397= DS 2014, 57 (*Volze*); *Tödtmann/Schwab* DS 2012, 302 (303).

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 Haftungsbeschränkung[68] 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 „anerkennenswertes 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** 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. 50 a).[81] Durch die Platzierung des § 839 a im Anschluss an den § 839 sowie die Versagung jeglichen Ersatzes bei schuldhafter Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels (Culpakompensation) wird die Nähe zum Spruchrichterprivileg[82] und die Funktion des Gerichtssachverständigen als ein auf Objektivität verpflichtetes, dem Gericht nahe stehendes Organ betont. § 839 a hat keine dem § 839 Abs. 1 S. 2 entsprechende Subsidiaritätsklausel, was dazu führt, dass der Schadenersatzanspruch gegen den gerichtlichen Sachverständigen nach § 839 a außerhalb des Richterspruchprivilegs als anderweitige Ersatzmöglichkeit anzusehen ist.[83]

## III. Ausgestaltung als zivilrechtlicher Schadenersatzanspruch

**15a** 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

66 *Kilian* ZGS 2004, 220 (221); Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839 a Rn. 5; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 3.
67 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 7.
68 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 3; Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839 a Rn. 5.
69 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 6.
70 *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (76, 81).
71 *Jung* ZVglRWiss 2008, 32; ebenso S. 50: „fraglich, ob goldener Mittelweg", S. 55: „können … inhaltlich und rechtssystematisch nicht überzeugen".
72 *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (52).
73 *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (55) mit weiteren Hinweisen zu bestehenden Wertungswidersprüchen de lege lata auf S. 57.
74 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 17.
75 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 13.
76 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 17; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 27; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 42 f. unter Verweis auf die Haftung des Mitarbeiters nach § 826; *Volze* DS 2011, 201 (203).
77 *Volze* DS 2012, 226.
78 Zur Zulässigkeit bei Erstattung eines Rechtsgutachtens zum ausländischen Recht *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (429).
79 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 13.
80 Wie hier auch Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 13; weitergehender *Schott* FS Schlick (2015) 309, 313 unter Hinweis darauf, dass der Sachverständige nicht für ein fehlerhaftes Verhalten, sondern ein fehlerhaftes Ergebnis einstehen muss.
81 Dazu ausführlich Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 8.
82 *Lesting* R&P 2002, 224.
83 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 26.

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 § 839 a weitgehend seine Bedeutung verlieren, weil der Anspruch nach § 839 a 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 § 839 a wird daher künftig stets mit zu berücksichtigen sein, wie sich die Erweiterung der Anwendung der Restitutionsklage gestaltet.

### IV. Keine vertragliche Haftungsbeschränkung

**15b** Anders als bei Bestellung eines „privaten" Gutachters sieht die ZPO eine Berechtigung für eine Haftungsbegrenzung nicht vor.[85]

## D. Die Regelung im Detail

### I. Schaden eines Verfahrensbeteiligten

**16** Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 839 a 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 Verwaltungsverfahren[88] 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 BGH[92] geht über die formalisierte, streng prozessrechtliche Betrachtungsweise hinaus[93] 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 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 mit-

84 Dazu umfassend *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 ff.
85 *Linz* DS 2018, 86 (92).
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), § 839 a 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*); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 29; A Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 44; *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (277); *G. Vollkommer* WuB VI § 74 a ZVG 1.02.
95 *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 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.
98 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 26: Ersatz des Erfüllungsinteresses.
99 OLG Brandenburg BeckRS 2018, 9692 = IBR 2018, 1044 (*Ch. Luckey*); Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 12.
100 OLG Celle BeckRS 2016, 5776 = IBR 2016, 317 (*Linz*); OLG Braunschweig BeckRS 2017, 105338: Vom Schutzbereich des § 839 a nicht erfasst.

geboten 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** 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 § 839 a, noch ihm die Möglichkeit offensteht, den Schaden durch Ergreifen eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 a Abs. 2).[105] Die Norm ist daher in Bezug auf den Zeugen teleologisch zu reduzieren.[106]

## II. Gerichtliche Entscheidung

**18** Von § 839 a 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 Ermittlungsverfahrens[111] sowie Insolvenzverfahren.[112] Es geht nicht nur um Urteile[113] oder urteilsvertretende Erkenntnisse wie etwa Beschlüsse, zB nach § 91 a ZPO.[114] Auch Zwischenurteile, vorläufige Entscheidungen wie zB die vorläufige Unterbringung sowie Verfügungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, oder Kostenentscheidungen[115] 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] 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 § 839 a 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]

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 Erman[15]/*Mayen,* § 839 a Rn. 5: Analoge Anwendung.
105 *Kilian* ZGS 2004, 220 (226).
106 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 92; *Kilian* ZGS 2004, 220 (226); ebenso im Ergebnis BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 61: Zeuge steht in diesem Sinn außerhalb des Verfahrens.
107 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 5.
108 KG BeckRS 2017, 155078.
109 *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907).
110 *Zimmermann* BuW 2003, 154 (155).
111 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (*Volze*); Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 36; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 10; *Gaidzik* MEDSACH 2004, 129.
112 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 8; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 9.
113 So noch *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 427.
114 *Kilian* ZGS 2004, 220 (224); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (244); MüKoBGB[7]/*Wagner,* § 839 a Rn. 23; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 78; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 57: Haftung auf Kostenentscheidung begrenzt; aA *Volze* DS 2011, 201 (203): § 839 a dürfte nicht anzuwenden sein.
115 OLG Brandenburg NZFam 2015, 1071: Kostengrundentscheidung im familienrechtlichen Verfahren nach § 81 FamFG.
116 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 9.
117 OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2017, 984; Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 8.
118 BGH NJW 2020, 1592 = jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3 (*Itzel*).
119 Auch insoweit auf die Zweiaktigkeit wie bei Wertgutachten und Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren abstellend *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 12.
120 *Lesting* R&P 2002, 224 (227).

**18a** § 839 a 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

**18b** **1. Sachverständiger.** 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] Auch auf gerichtliche Dolmetscher wird § 839 a 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 § 839 a 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.

**19** **2. Einseitiger öffentlich-rechtlicher Bestellungsakt, kein Vertrag.** Durch die Ernennung gem. § 404 ZPO in Form eines Beweisbeschlusses[130] 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 erfolgt[137] oder auf Vorschlag einer 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]

121 Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 5.
122 *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 11.
123 *Littbarski* VersR 2016, 154; MüKoBGB/Wagner § 839 a Rn. 10 f.; aA *Schöpflin* zfs 2004, 241 ff.
124 Näheres dazu bei Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 1; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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).
126 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 7; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 32.
127 Umfassend dazu *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 ff.
128 Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 3: Rechtsform als natürliche oder juristische Person unerheblich.
129 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 15 unter Hinweis darauf, dass noch nicht entschieden wurde, ob die Betrauung einer Unternehmung zulässig ist.
130 *Rixe* FPR 2012, 534 (535): Bestellung ist auch formlos möglich.
131 MüKoBGB[7]/*Wagner*, § 839 a Rn. 7; *Zimmermann* BuW 2003, 154 (155).
132 *Kilian* ZGS 2004, 220 (221); ungenau *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906: Rechtsverhältnis zum Gericht.
133 *Littbarski* VersR 2016, 154; *Zimmermann* DS 2007, 367 (368); *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (34).
134 *R. Schwab* DS 2005, 132.
135 OLG Hamm BeckRS 2011, 00095.
136 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 4.
137 *Kilian* ZGS 2004, 220 (221).
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; Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 3.

**3. Zeuge als Sachverständiger.** Außer Streit steht, dass der Sachverständige sein Gutachten auch mündlich abgeben kann.[147] Umstritten ist, ob eine Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839 a 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. **20**

**4. Aussage in einem Hearing vor einem parlamentarischen Ausschuss.** Auf eine Aussage eines Sachverständigen vor einem parlamentarischen Ausschuss eines Bundes- oder Landesparlaments ist § 839 a nicht anzuwenden.[149] **21**

**5. Vorläufiger Insolvenzverwalter.** 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 § 839 a 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 § 839 a 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 § 839 a haften sollen. **22**

Der Prototyp des nach § 839 a 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 masselosem Vermögen eine Entlohnung erhalten sollte.[153] Das spricht dafür, dass er gerade für diese Tätigkeit, nicht aber für weitere Tätigkeiten, bloß nach § 839 a haftet.[154] **22a**

**6. Erstattung von Rechtsgutachten zu ausländischen Rechtsordnungen.** 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 EuGH[156] 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 § 839 a.[158] **22b**

**7. Behörde als Sachverständiger des Gerichts – Staatshaftungsanspruch nach § 839.** 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 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 Fahrlässigkeit[161] – und nicht bloß ein Schadensersatzanspruch nach § 839 a – lediglich bei grober Fahrlässigkeit.[162] Der unterschiedlich strenge Haftungsmaßstab mutet bei funktioneller Betrachtungsweise willkürlich an, wirkt doch im einen wie anderen Fall ein **23**

147 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 7; Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839 a Rn. 8; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 21; *Kilian* VersR 2003, 683 (685); *Ollmann* FuR 2005, 150 (152).

148 Dafür MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 7; *Wagner/Thole* FPR 2003, 521 (522); dagegen *Kilian* ZGS 2004, 220 (223).

149 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 37; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 19.

150 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 8.

151 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 9.

152 *Uhlenbruck* ZInsO 2002, 809 f.

153 *Uhlenbruck* ZInsO 2002. 809.

154 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 32; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 28.

158 Umfassend *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 ff.

159 *Kilian* VersR 2003, 683 (685).

160 Aufzählung solcher bei BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 16.

161 *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (279); JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 12; *Klement* JURA 2010, 867 (868); *Rixe* FPR 2012, 534 (535).

162 So aber *Kilian* VersR 2003, 683 (688); Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 4 f.; Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839 a Rn. 5.

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 § 839 a 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 hatte[168] – freilich ein Aspekt unter mehreren ist.[169]

**24** **8. Sachverständiger einer Behörde – Anwendbarkeit von § 839 a.** 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 § 839 a 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 ist[173] 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** Dass jede Entscheidung einer Behörde durch ein Gericht überprüfbar ist, spricht nicht gegen eine Anwendung des § 839 a,[175] ist die Rechtskraft einer Gerichtsentscheidung doch keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 839 a. 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 § 839 a 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 nicht leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann, während der Sachverständige grob fahrlässig gehandelt und dadurch eine unrichtige Entscheidung der Behörde hervorgerufen hat.

**26** 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,

163 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 12 f.
164 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 10; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 13.
165 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 10.
166 JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 12.
167 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 13.
168 Darauf hinweisend OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*).
169 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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.
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; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 15 f.; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a 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* § 839 a Rn. 15: Durch § 839 a 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* § 839 a Rn. 15.
176 Die gleiche Interessenlage anerkennend, schlussendlich aber gegen eine analoge Anwendung auf Entscheidungen von Verwaltungsbehörden BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 22, 23; ebenso Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 15.
177 So *Kilian* ZGS 2004, 220 (225), der dies als Argument gegen die Anwendung des § 839 a anführt.
178 So 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); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 8; aA *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); *Zimmermann* BuW 2003, 154 (155).

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 § 839 a 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 § 411 a 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 Koblenz[184] 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 Sachverständigen nach § 839 a und ein Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger nach § 839. Entsprechendes gilt für ein Fehlverhalten des Durchgangsarztes der Berufsgenossenschaft.[185]

**9. Haftung nach § 839 a bei Verwertung des Gutachtens für ein (anderes) Gerichtsverfahren.** 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 er[189] 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 § 839 a entfallen solle, hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen. **27**

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 **28**

179 *Kilian* ZGS 2004, 220 (223).
180 Ähnlich 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.
181 Zur Kritik der Anwaltschaft, weil die Parteien bei dessen Einholung kein rechtliches Gehör haben, *von Preuschen* NJW 2007, 321 (323).
182 So durchaus einleuchtend *Itzel* jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3.
183 OLG Karlsruhe MedR 2016, 445 (*Middendorf*): Keine Haftung des Arztes nach § 839 a, vielmehr Maßnahme in Ausübung eines öffentlichen Amtes.
184 OLG Koblenz NJW-RR 2016, 796.
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* § 839 a Rn. 16.
189 *Kilian* ZGS 2004, 220 (221).
190 *Schöpflin* zfs 2004, 241 (243); ebenso *Morgenroth* DS 2010, 264.
191 JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 26.
192 Ebenso *Jacobs* DS 2006, 204 (206); *Bleutge* DS 2007, 91 (92).
193 *Jacobs* DS 2006, 204 (205 f.).
194 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 38.

Verwertung eines vom Staatsanwalt eingeholten Gutachtens für das spätere Strafverfahren oder ein im Wertfestsetzungsverfahren gem. § 74 a ZVG eingeholtes Verkehrswertgutachten für das spätere Zwangsversteigerungsverfahren.[195] Ansonsten ist mit *Spickhoff*[196] darauf zu verweisen, dass sich unter Präventionsgesichtspunkten das Ausmaß der Sorgfaltsanspannung auch an der Höhe des Streitwertes bzw. dem Risiko der Haftung orientiert. Ungeachtet der nunmehr in § 411 a ZPO vorgesehenen Möglichkeit der Verwertung eines Sachverständigengutachtens als solches, nicht nur als Urkundsbeweis in einem anderen Verfahren, ist die Haftung des Sachverständigen dafür nach § 839 a 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 vervielfacht[198] 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 der Maßstab der groben Fahrlässigkeit – wie derzeit – streng ausgelegt wird und der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 angenähert wird[203] 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 Gutachtens 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 § 839 a auslöst.[205]

### IV. Unrichtigkeit des Gutachtens[206]

**28a** 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

195 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 8; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 17; Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 5; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 10 unter Hinweis auf die enge verfahrensrechtliche Verbindung von staatsanwaltlichem und gerichtlichem Verfahren.

196 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 11.

197 So das instruktive Beispiel bei Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 11 FN 46; an die Verwertbarkeit als Sachverständigenbeweis nach § 411 a ZPO anknüpfend Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 18.

198 *Jacobs* DS 2006, 204 (206).

199 *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 16.

200 *Rath/Küppersbusch* VersR 2005, 890 ff.

201 *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (426); *Jacobs* DS 2006, 204 (205).

202 So MüKoBGB[7]/*Wagner,* § 839 a Rn. 37.

203 Dazu Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a 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 OLGR Brandenburg 2000, 219. Zum Ausschlagen der Waage zugunsten der leichten Fahrlässigkeit *Bleutge* IBR 2010, 539.

204 Für eine restriktive Handhabung der Verwertung in einem anderen Verfahren deshalb *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (73 f.).

205 Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 4.

206 Dazu 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), § 839 a Rn. 26.1; OLG Celle BeckRS 2014, 06532 = BauR 2014, 731.

Angaben Dritter verlassen hat,[210] ohne dies kenntlich zu machen.[211] Entsprechendes gilt, wenn die vom Gutachter festgestellten Tatsachen 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 hat[214] 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 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

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 %.

211 Vgl. 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 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 Geigel[28]/*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*); Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 6; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a 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, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 35 b.

216 *Volze* DS 2011, 201 (202).

217 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 20.

218 *Rixe* FPR 2012, 534 (536).

219 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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).

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.

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 – vereinzelte 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 § 839 a kommt es jedoch nicht, weil das Gutachten gerade nicht für eine unrichtige Entscheidung kausal wird.

## V. Grobe Fahrlässigkeit bei Erstattung des Gutachtens

29 **1. Sachliche Berechtigung der Haftungsbegrenzung.** *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 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.

30 **2. Unterschied zu § 826.** Während *Kilian*[244] betont, dass sich bei § 839 a 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 § 839 a nicht

227 OLG Köln BeckRS 2012, 09292 = FamFR 2012, 279 (*Rixe*); BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 Rn. 21; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 34.
231 *Littbarski* VersR 2016, 154 (156).
232 *Schöpflin* zfs 2004, 241 (242).
233 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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.
236 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 6.
237 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 4.
238 *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht[5] (2013) § 309 Nr. 7 Rn. 96.
239 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 5.
240 *Jankowski* NZBau 2006, 96 (98).
241 *Jankowski* NZBau 2006, 96 (97).
242 *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17.
243 *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (75 f.).
244 *Kilian* VersR 2003, 683 (687).
245 So auch Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 11.
246 *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (279).

allzu groß sei, weil die Nichtabwendung des Schadens durch schuldhafte Nichteinlegung 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 schuldhafte Nichteinlegung bei § 839 a 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 § 839 a eine abschließende Regelung sein will, so dass mE bei Versagung des Anspruchs nach § 839 a notwendigerweise ein solcher nach § 826 ausscheidet.[248] Andererseits wollte der Gesetzgeber die Haftung durchaus verschärfen, so dass es wenig folgerichtig erscheint, den Haftungsmaßstab bei § 839 a an dem des § 826 auszurichten.[249]

**31** **3. Der Haftungsmaßstab.** Fahrlässigkeit, die sich bei § 839 a 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 BGH[257] 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]

**31a** 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 erwar-

247 So auch MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 4: Die Haftung nach § 839 a 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 § 839 a.
249 Zur Abgrenzung OLG Frankfurt VersR 2008, 649: Verhalten war grob fahrlässig, aber nicht leichtfertig.
250 *Ollmann* FuR 2005, 150 (153).
251 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 12; *Kilian* VersR 2003, 683 (687); *Ollmann* FuR 2005, 150 (153); *Rixe* FPR 2012, 534 (536).
252 Kritisch dazu Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 9.
253 *Zimmermann* BuW 2003, 154 (157); *Lesting* R&P 2002, 224 (226); Geigel[28]/*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; Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 6.
255 Kritisch zu dieser behaupteten Marge *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 15.
256 *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 30; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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), § 839 a Rn. 25.
259 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 10.
260 OLG Schleswig BeckRS 2012, 13628: Falsche Angaben von m² und umbautem Raum.
261 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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.
262 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 12.
263 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 25, 29.
264 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 39.
265 OLG Köln BeckRS 2011, 23285.

ten, 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 auftrete, kennen müsse.[268]

**32** 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 darf einfach nicht vorkommen".[269] Die Pflichtverletzung muss schlechthin unentschuldbar 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 Sprachkenntnisse fehlen wird.[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 Disziplin[278] 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 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 substanziierten Darlegung, worin die vermeintliche Nachlässigkeit liegt.[283]

**32a** 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 § 404 a ZPO nicht ausreichend erfüllt[285] bzw. der Sachverständige

266 OLG Braunschweig BeckRS 2017, 105338: Offen gelassen bei Fehlen des 2. Rettungswegs bei Dachgeschosswohnung.

267 BGHZ 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.

268 OLG Jena DS 2013, 107.

269 *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 35.

270 Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 7.

271 Dazu Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 1: Überdurchschnittliche Fähigkeiten und Erfahrungen für einen Sachverständigen verlangend.

272 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 31.

273 Darauf hinweisend *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (437).

274 *Schott* in FS Schlick (2015), 309 (312); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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 Gerichtsinstanzen 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, Praxishandbuch[5] § 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).

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 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 20.

285 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 25.

Normen falsch auslegt,[286] handelt es sich doch insofern um eine genuine Kompetenz des Gerichts: Iura novit curia!

32b 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 § 839 a anlegen;[287] die Rechtsprechung zur Verwirkung des Entgeltanspruchs des gerichtlich bestellten Sachverständigen kann insoweit ergänzend herangezogen werden.[288]

33 Grobe Fahrlässigkeit[289] 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 sind[290] oder der Patient nicht untersucht wurde, obwohl das Aufgabe des Sachverständigen gewesen wäre[291] 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 Verschulden zulässig sein soll.[299] Die Herabsetzung der im Arzthaftungsprozess geltenden Substanziierungslast gilt für die Inanspruchnahme des Gerichtssachverständigen nach § 839 a nicht,[300] weil der Regresskläger gegenüber jedem Sachverständigen in fachlicher Hinsicht unterlegen ist, die Inanspruchnahme eines medizinischen Sachverständigen somit keine Besonderheit ist.[301]

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.

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); Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 8; BGH VersR 1983, 729; OLG Schleswig NJW 1995, 791.

291 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a 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 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 25: Kenntlichmachung ausreichend.

294 OLG Celle BauR 2004, 1481; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 15.

295 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 61; *Zimmermann* BuW 2003, 154 (158); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 21; anders noch *Wagner*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 75.

296 Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 3.

297 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 21; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 25; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 21.

298 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 12; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 26; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 21; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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 = OLGR Saarbrücken 2009, 196; OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (*Lehmann*): OLG Jena DS 2013, 107.

299 *Volze* DS 2011, 201 (203).

300 *Schott* in FS Schlick (2015), 309 (314) unter Bezugnahme auf § 630 h.

301 BGH VersR 2020, 572.

**34** 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]

### VI. Kausalität

**35** 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 § 839 a nicht aus;[308] Mitursächlichkeit[309] reicht ebenso[310] 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 § 313 a 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 Entscheidungsgründe ergeht, wie das bei einem Urteil nach § 313 a ZPO,[315] einem Anerkenntnis-[316] und Verzichtsurteil[317] sowie einem Versäumnisurteil der Fall ist.[318] Der Geschädigte muss dann auf andere Weise die Kausalität des falschen Sachverständigengutachtens für die ihn beschwerende Ent-

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* ZVglRWiss 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), § 839 a Rn. 40.

305 *Schott* in FS Schlick (2015), 309 (312); *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 35 e.

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); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 27; möglicherweise aA Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 18: Erforderlich Verwertung im Wege des Sachverständigenbeweises, bloße urkundsbeweisliche Verwertung nicht ausreichend; ebenso BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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, Praxishandbuch[5] § 34 Rn. 15, 33; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 27; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a 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 § 839 a 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).

315 *Zimmermann* BuW 2003, 154 (159).

316 *Thole* MEDSACH 2006, 93 (96).

317 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 30.

318 Für die Anwendung des § 839 a in solchen Fällen BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 56.

scheidung 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 BGH[322] auf § 839 a 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 BGH[324] 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** 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** Unterschiedlich beurteilt wird, ob der Anspruch nach § 839 a 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 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 Ausklam-

319 So aber *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908).
320 BGHZ 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.
321 BGHZ 156, 294 = NJW 2004, 1241.
322 BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (*Walker/Kraft*) = IBR 2007, 528 (*Schwenker*).
323 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 41; OLG Celle BeckRS 2011, 25989; OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280.
324 BGH 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.
325 OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*); *Ulrich* IBR 2018, 233.
326 BGHZ 166, 313 = NJW 2006, 1733 = IBR 2006, 285 (*Ulrich*) = Rpfleger 2006, 553 (*Alff*); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 29.
327 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 10.
328 Zum herabgesetzten Beweismaß generell in solchen Fällen Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 50; gegen einen strengen Beweismaßstab auch *R. Schwab* DS 2005, 132 (135).
329 Palandt[79]/*Sprau* § 839 a Rn. 4; *Kilian* VersR 2003, 683 (686 f.); *Ollmann* FuR 2005, 150 (153); *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (38).
330 In diesem Sinn wohl Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 10: Kein vernünftiger Grund, dass Entscheidung ohne Unrichtigkeit des Gutachtens anders ausgefallen wäre.
331 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a 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 %.
333 *Zimmermann* BuW 2003, 154 (159).
334 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 28; *Thole* MEDSACH 2006, 93 (96); OLG München BeckRS 2012, 14834; vorsichtig in diese Richtung tendierend Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 10.
335 OLG Oldenburg NJW-RR 1996, 666; *R. Schwab* DS 2005, 132 (136); *Rixe* FPR 2012, 534 (537).
336 *Jannsen*, r+s 2015, 161 (166).

merung der Ersatzfähigkeit außergerichtlicher Kosten vorgenommen wird, besteht kein Ersatzanspruch gegen den Gerichtssachverständigen.[337]

### VII. Haftung des Gerichtssachverständigen nach § 839 a bloß bei gerichtlicher Entscheidung – keine Anwendung bei Klagerücknahme oder Vergleich

38 **1. (Gut gemeinte) Intention des Gesetzgebers: Vermeidung der Schwierigkeiten des Nachweises der Kausalität.** Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 839 a kommt eine Haftung des Gerichtssachverständigen nur bei einer Entscheidung des Gerichts in Betracht, nicht aber bei einer Rücknahme einer Klage oder eines Rechtsmittels[338] 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 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 § 839 a 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?

39 **2. Rechtsfolgen.** Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass die Intention des § 839 a, 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 BVerfG[347] zum Fall Weigand widersprechen würde[348] 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 § 839 a 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 § 839 a 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 BGH[352] freilich den gordischen Knoten durchschlagen, indem er sich über die Gesetzesmaterialien hinweggesetzt hat und das stimmige und ausgewogene Haftungskonzept des § 839 a auch auf den Abschluss eines Vergleichs angewendet hat. 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 Abwä-

337 OLG Brandenburg NZFam 2015, 1071.
338 Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 20; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 54; aA JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a 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* AnwBl 2006, 91 (92).
342 BT-Drs. 14/7752, 28; *Karczewski* VersR 2001, 1070 (1076); *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908) Fn. 19; *Schöpflin* zfs 2004, 241 (244); Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839 a Rn. 9.
343 *Kilian* ZGS 2004, 220 (225).
344 *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (77).
345 Ebenso *Thole* AnwBl 2006, 91 (92).
346 *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (907); Palandt[79]/*Sprau,* § 839 a Rn. 4; OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216.
347 BVerfGE 49, 304 = NJW 1979, 305.
348 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 34.
349 Das läuft dann aber der Sache nach doch wieder auf eine analoge Anwendung hinaus; ähnlich *Kilian* ZGS 2004, 220 (225).
350 So aber *Cahn*, Schadensersatzrecht, Rn. 158.
351 So OLG Koblenz MedR 2016, 143: § 826 möglich, in concreto dafür aber kein ausreichend substanziiertes Vorbringen.
352 BGH NJW 2020, 2471 (*Finkelmeier*) = VersR 2020, 1324 (*Thora*).
353 *Finkelmeier*, NJW 2020, 2474; *Thora*, VersR 2020, 1326, 1327.

gung aller anderen Rechtsfolgen, die zu wesentlich größeren Verwerfungen führen würden, eine Analogie zu § 839 a bejaht hat. Es bleibt abzuwarten, ob es sich um eine Einzelentscheidung handelt oder der BGH diese – jedenfalls vom Ergebnis her überzeugende – Linie fortführt.

**40** 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 § 839 a in Betracht.[359] Das ist zwar von der Warte der Methodenlehre fragwürdig, weil der Gesetzgeber diesen Fall bewusst nicht dem § 839 a unterwerfen wollte;[360] freilich hat er ebenso die Differenzierung zwischen beeideten und unbeeideten Sachverständigen abgelehnt und auch sonst keine sachgerechte Lösung angeboten, so dass wegen der unzutreffenden Einschätzung der Rechtslage durch den – historischen – Gesetzgeber eine Einstandspflicht nur bei grober Fahrlässigkeit in Entsprechung der Wertung des § 839 a gleichwohl zu befürworten ist.[361]

**40a** 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 § 839 a als im Wesentlichen gelungene Rechtsnorm ansieht, spricht das dafür, ihren Anwendungsbereich möglichst weiträumig zu gestalten.[367] Über die rechtspolitisch unsinnige Ausklammerung des Prozessvergleichs[368] in den Materialien besteht Einigkeit in der Literatur.[369] Dazu kommt, dass die – vom Gesetzgeber gewollte? – haftungsrechtliche Schlechterstellung des Geschädigten gegenüber dem Gerichtssachverständigen dem Anreiz zur gütlichen Streitbereinigung als Beitrag zur Justizentlastung diametral zuwiderläuft.[370]

**41** **3. Auswirkungen für die gütliche Regulierung.** Der Ausschluss der Haftung des Sachverständigen nach § 839 a ist als kontraproduktiv für eine vom Gesetzgeber stets als wünschenswert angesehene gütliche Streitbeilegung erachtet worden;[371] und darüber hinaus als Haftungs- bzw. Regressfalle für den Anwalt des

354 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 25.
355 So auch OLG Nürnberg NJW-RR 2011, 1216; skeptisch allerdings Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 4.
356 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 25 Fn. 92.
357 Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a 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 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 25.
360 *Kilian* ZGS 2004, 220 (225); *Schöpflin* zfs 2004, 241 (244).
361 So 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), § 839 a Rn. 19.
362 *Volze* DS 2011, 201 (203).
363 JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 20: „Es kann alsdann keinen Zweifel daran geben, dass ein Beschluss gem. § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO eine gerichtliche Entscheidung iSd § 839 a Abs. 1 BGB ist."; aA Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 34.
364 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 35; *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (44) FN 93; aA Staudinger/*Wöstmann* (2013) Rn. 21.
365 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 26.
366 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 38; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 23; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 46.
367 Noch weitergehend JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a 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.
369 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 25; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 19; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 49; *Bayerlein* in Bayerlein, Praxishandbuch[5] § 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).
370 *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (78); treffend *Thole* AnwBl 2006, 91 (92): „Bremsklotz für derartige Instrumente prozessökonomischer Verfahrenserledigung".
371 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 86; Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 4.

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** 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] gegeißelt. 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 erklärt[379] 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 § 839 a 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** Umstritten war die Zulässigkeit einer solche Streitverkündung.[384] Vertreten wurde, dass der Gerichtssachverständige nicht Dritter im Sinn des § 72 ZPO sei[385] oder die Streitverkündung wegen der Rechtsmissbräuchlichkeit schon eine Zustellung zu unterbleiben habe, obwohl die Wirkungen grundsätzlich erst im

372 *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, Rn. 429; *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908); *Kilian* VersR 2003, 683 (686); *Thole* AnwBl 2006, 91 (92).
373 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 87.
374 Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 4; *Gaidzik* MEDSACH 2004, 129 (131).
375 AA, nämlich nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit des Gutachtens *Schöpflin* zfs 2004, 241 (244).
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).
384 Dafür *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), § 839 a Rn. 13; *Ulrich* BauR 2006, 724 (729 f.); aA *Bockholdt* NJW 2006, 122.

Folgeprozess zu prüfen seien. Nachdem nach schwankender Judikatur der OLG[386] der BGH[387] 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** 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 (§ 839 a Abs. 2 – Verweis auf § 839 Abs. 3)

**42** Da der Begriff „unrichtige Entscheidung" nicht nur ein Urteil erfasst, ist die Verweisung des § 839 a 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 Sorge-

386 OLG 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 = OLGR 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.

387 Offenlassend 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.

389 BGHZ 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).

392 AA 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*).

394 So Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 51; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 37.

395 BGH NJW-RR 2006, 1454 = zfs 2007, 25 (*Diehl*) = IBR 2006, 654 (*Ulrich*)*;* MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 38; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 31.

396 OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*).

397 BGH NJW 2004, 3488 = IBR 2004, 733 *(Biebelheimer).*

rechtsverfahren 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.

43 **1. Welche Rechtsmittel sind erfasst?** 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 § 839 a 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 Begriff[402] werden auch Gegenvorstellungen, Anträge auf Befangenheit des Gutachters gem. § 406 Abs. 1 ZPO[403] sowie 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] weiter Anträge auf schriftliche Ergänzung des Gutachtens[406] 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 Literatur[410] 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 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 Befan-

398 *Ollmann* FuR 2005, 150 (154).
399 OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*); restriktiver zu Recht Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 13: Keine Obliegenheit zu Verfassungsbeschwerde und Wiederaufnahmeklage.
400 Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 6; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 27; *Littbarski* VersR 2016, 154 (158); zu Recht krit. MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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), § 839 a Rn. 64; Erman[15]/*Mayen* § 839 a 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.
404 *Schöpflin* zfs 2004, 241 (245); *Brückner/Neumann* MDR 2003, 906 (908); *R. Schwab* DS 2006, 20 (21). MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 38; Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 47.
411 Vorsichtig *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (39): Dürfte dazugehören; ablehnend *Thole* AnwBl 2006, 91 (94): vorsichtiger *ders.* MEDSACH 2006, 93 (97): „Gegebenenfalls muss er eine Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens erheben."
412 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 47; ebenso BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 70: Dem Geschädigten nicht zumutbar.
413 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 39.
414 *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (577, 581).
415 AA *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (575): Für eine extensive Auslegung des Begriffs „Rechtsmittel".

genheitsantrag bloß deshalb gestellt werden muss, um eine – spätere – Haftung nach § 839 a 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 schuldhafte Unterlassung der Einlegung eines Rechtsmittels zum Anspruchsverlust führt, so dass insoweit eine Gegensteuerung möglich ist.

**43b** In Bezug auf Rechtsbehelfe, die vor Erlass der gerichtlichen Entscheidung einzulegen sind, um einen Anspruch nach § 839 a 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 §§ 839 a 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 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 § 839 a 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 substanziiert 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 wird ausschöpfen müssen.[431]

**44** **2. Verschuldensmaßstab des Geschädigten.** 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 Privatgut-

416 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 65 f.; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 38; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 27; *Thole* AnwBl 2006, 91 (94); *Rixe* FPR 2012, 534 (538); BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 69; aA JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 27.

417 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 46.

418 Ebenso *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).

420 BGH NJW-RR 2017, 1105; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 67; *Jannsen*, r+s 2015, 161, 167; *Rixe* FPR 2012, 534 (538).

421 *Kilian* VersR 2003, 683 (688).

422 OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280: Vorlage eines Privatgutachtens erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung des Ausgangsverfahrens.

423 BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (*Walker/Kraft*) = IBR 2007, 528 (*Schwenker*); NJW-RR 2006, 1454.

424 So auch OLG Hamm BeckRS 2011, 00095: Trotz Antrags auf Einholung eines Obergutachtens.

425 Diese 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.

426 IBR 2007, 528.

427 OLG Hamm IBR 2011, 2262 (*Schwenker*); *Schwenker* bezeichnet § 839 a hier als „Papiertiger" und verweist auf die Anwaltshaftpflicht. Skeptisch gegenüber der Qualifikation innerprozessualer Rechtsbehelfe als Rechtsmittel iS von § 839 a Abs. 2 *Volze* DS 2011, 201 (203): Wortlaut des § 839 a Abs. 2 stellt auf ein übergeordnetes Gericht ab.

428 So 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*).

429 OLG Celle BeckRS 2011, 25989.

430 *Rixe* FamFR 2012, 279.

431 *Rixe* FPR 2012, 534 (539).

achters 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 BGH[440] als ausreichend angesehen hat, in einem Schriftsatz substanziierte 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 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 § 839 a 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** 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** 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 § 839 a 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

432 Zu 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.
434 OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 21907.
435 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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).
438 So BGHZ 173, 98 = DS 2007, 306 = VersR 2007, 1379 = LMK 2007, 240366 (*Walker/Kraft*) = IBR 2007, 528 *(Schwenker).*
439 Insoweit für eine strenge Beurteilung, ob dem Geschädigten ein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann, BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 74 unter Hinweis darauf, dass sich der Geschädigte ohnehin das Anwaltsverhalten zurechnen lassen muss.
440 BGH NJW 2020, 1592 = jurisPR-BGHZivilR 3/2020 Anm. 3 (*Itzel*).
441 JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 29.
442 AA zu Recht Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 14.
443 *Thole* AnwBl 2006, 91 (93).
444 So auch MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 38 in Bezug auf die Obliegenheit, einen Befangenheitsantrag zu stellen.
445 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 40; *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (434); *Ollmann* FuR 2005, 150 (154); *Thole* AnwBl 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.
446 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 12.
447 Kritisch zu Recht *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (79).
448 OLG Köln BeckRS 2012, 06520 = VersR 2012, 1128: Hinweis auf die Möglichkeit der Stellung eines Antrags auf Prozesskostenhilfe oder Heranziehung eigenen Vermögens.
449 Missverständlich die Ausdruckweise in der Literatur etwa bei Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 45: Spezialisierte Ausprägung des Mitverschuldenseinwands; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 38: Besondere Ausprägung des Mitverschuldenseinwands; ähnlich *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (79). In der Sache falsch *Morgenroth* DS 2010, 264 (265).

unter 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** 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 substanziierte 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 angenommen wird, dass das Gericht dann keine auf dem unrichtigen Gutachten beruhende Entscheidung getroffen hätte.[459]

## XI. Abschließende Regelung

**47** Für die davon erfassten Sachverhalte bestehen neben dem Anspruch nach § 839 a 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 Verzögerungsschäden[462] 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 § 826[463] (im Detail → Rn. 38 ff.). Mitunter wird § 839 a 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.[464]

## XII. Versicherbarkeit

**47a** *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 zwar einerseits der Haftpflichtversicherer nicht ungebührlich belastet; andererseits werde er dieses Risiko kaum ohne Prämienzuschlag übernehmen.

450 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 38.
451 *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (575).
452 BGH NJW 2004, 3488 = IBR 2004, 733 (*Biebelheimer*).
453 Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 12.
454 *Zimmermann* BuW 2003, 154 (157).
455 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 42.
456 OLG Hamm BeckRS 2014, 229.
457 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 42; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 40; OLG Hamm DS 2010, 197 = IBR 2009, 1326 (*Lehmann*).
458 OLG Saarbrücken BeckRS 2017, 133752 = IBR 2018, 233 (*Ulrich*); *Littbarski* VersR 2016, 154 (159); *Kilian* VersR 2003, 683 (688).
459 OLG Celle DS 2012, 82 = MDR 2012, 280; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a 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); Palandt[79]/*Sprau* § 839 a Rn. 1 b.
462 *Wagner/Thole* VersR 2004, 275 (278).
463 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 25, 32; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 4; *R. Schwab* DS 2005, 132 (137); *Jung* ZVglRWiss 2008, 32 (49) FN 115.
464 KG BeckRS 2017, 155078; Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 17.
465 *Littbarski* VersR 2016, 154 (159 f.).

## E. Reichweite der Norm – was ist (nicht) erfasst

### I. Begleitschäden – bei Erstellung oder infolge eines Gutachtens

**48** § 839 a 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 Eigentum[467] 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 § 839 a 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]

### II. Hoheitliche Tätigkeit des Gutachters – Anspruch aus § 839

**49** 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 § 839 a.[475]

### III. Schädigung durch einen Zeugen – analoge Anwendung des § 839 a

**50** § 839 a 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. § 839 a 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 § 839 a bewirkten Ausschluss leichter Fahrlässigkeit, hält aber die mit § 839 a verbundene Haftung für grobe Fahrlässigkeit für nicht 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.

466 *Kilian* VersR 2003, 683 (686); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 32, 33; Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 11.
467 Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 1.
468 BGHZ 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; Palandt[79]/*Sprau* § 839 a Rn. 4; Erman[15]/*Mayen* § 839 a Rn. 11.
469 OLG Hamm MedR 1995, 328; *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (77); *Lesting* R&P 2002, 224 (227).
470 Beispiel bei Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 4.
471 *Kilian* VersR 2003, 683 (686).
472 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 42.
473 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 32; differenzierend BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 44: § 839 a 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.
474 BGHZ 198, 265 = NJW-RR 2014, 90 = DS 2014, 57 (*Volze*): Leichenöffnung durch den Gerichtsmediziner zur Ermittlung der Todesdursache 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.
475 BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 18.
476 Eine Regelungslücke indes verneinend *Kilian* ZGS 2004, 220 (223 f.); Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 2.
477 *Ch. Huber,* Das neue Schadensersatzrecht, § 5 Rn. 76 f.; diesem folgend *Wagner* NJW 2002, 2063; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 14; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 24, 33; *Häsemeyer* in FS Laufs (2006), 569 (574); aA Bamberger/Roth/*Reinert* (52. Edition), § 839 a Rn. 12; JurisPK[9]/*Zimmerling* § 839 a Rn. 14; BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 25.
478 So ausdrücklich Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a Rn. 33; gegen die Anwendung des § 839 a auf einen sachverständigen Zeugen Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 17.
479 *Windthorst* VersR 2005, 1634 ff.
480 Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 3: § 839 a auf den (sachverständigen) Zeugen nicht anzuwenden.

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 § 839 a 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 § 839 a, 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** 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** 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 § 839 a bewirkte – partielle – Haftungsverschärfung einstellen kann. Unzutreffend ist daher, wenn auf die Beeinträchtigung des Rechtsguts abgestellt wird[483] 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 § 839 a 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** 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

481 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 46; Schulze[10]/*Staudinger* § 839 a Rn. 8; *Spickhoff* in FS Heldrich (2005), 419 (435); ausführlich BeckOGK/*Dörr* (Stand: 1.12.2019), § 839 a Rn. 85 ff.

482 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 839 a Rn. 45; *Gaidzik* MEDSACH 2004, 129 FN 2; *Katzenmeier* in FS Horn (2006), 67 (68); *Klöters* DS 2006, 299 (301); OLG Hamm BeckRS 2012, 24835; eine Nuance anders Geigel[28]/*Haag* Kap. 34 Rn. 2: Wenn Gutachten auf der Geschäftsstelle niedergelegt; offen lassend OLG Hamm BeckRS 2014, 229: Einreichung bzw. Erstattung des Gutachtens.

483 *Däubler* JuS 2002, 625 (630).

484 BGH NJW 2004, 3488; Erman[15]/*Mayen* § 839 Rn. 1 unter Hinweis auf OLG Celle DS 2010, 32 = IBR 2010, 63 (*Schwenker*). AA Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a Rn. 53; Staudinger/*Wöstmann* (2013), § 839 a 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 Soergel[13]/*Spickhoff* § 839 a 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 Erman[15]/*Mayen,* § 839 a 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), § 839 a 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.

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]

## Vorbemerkung zu §§ 842 ff.

**Literatur:** *Apathy*, Historisches und Dogmatisches zur Verhinderung des besseren Fortkommens (§ 1326 ABGB, § 13 Z. 5 AtomHG, § 13 Z. 5 EKHG), FS Strasser (1993) S. 1; *Armbrüster*, Ansprüche des Geschädigten bei Schuldnermehrheit und Familienprivileg, NJW 2018, 1218; *Arnau*, Stellen die Rentenversicherungsbeiträge für Pflegepersonen gem. § 44 SGB XI einen vom Schädiger zu erstattenden Aufwand dar?, NZV 1997, 255; *Bachmeier*, BAT/DHB/Alternativen – Praxisschätzungswerte nach § 287 ZPO beim Haushaltsführungsschaden, FS L. Jaeger (2014) S. 177; *Bachmeier*, Personenschaden – Vergleich, Kapitalisierung und der Weg zur Anwaltshaftung, SVR 2019, 10; *Balke*, Der Haushaltsführungsschaden, Teil 1 – Anspruchsgrundlagen und Anspruchsberechtigte, SVR 2006, 321; *ders.*, Der Haushaltsführungsschaden, Teil 2 – Schadensberechnung, SVR 2006, 361; *ders.*, Die Beeinträchtigung der Haushaltsführung in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, SVR 2007, 16; *ders.*, Der Haushaltsführungsschaden, SVR 2011, 272, 412; SVR 2012, 47; *Baltzer*, Berufliche Rehabilitation Unfallgeschädigter auch nach bürgerlichem Schadensersatzrecht?, VersR 1976, 1; *Bliesener*, Verdienstausfallersatzansprüche einer nicht angemeldeten geringfügig beschäftigten Person in einem Privathaushalt, r+s Sonderheft 2011, 10; *Bock*, Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden, SVR 2020, 171; *Buchholz*, Gesetzlich unfallversichert - Fluch oder Segen? - Umfang des Versicherungsschutzes und Reichweite des Haftungsausschlusses, VGT 2014, 63 ff; *Budel*, Regreß der Pflegeversicherung, VGT 1997, 269 = r+s 1997, 133 = zfs 1998, 81; *Budel/Buschbell*, Neue Wege bei der Rehabilitation Schwerverletzter, VersR 1999, 158; *v. Bühren/Lemcke/Jahnke* (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2. Auflage 2011; *Burghart*, Anwaltshaftung beim Abschluss eines Abfindungsvergleichs, NZV 2005, 441; *ders.*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden – Anwaltshaftung nach Abschluss eines Abfindungsvergleichs, VGT 2005, 147; *Burmann*, Aktuelle Entwicklung beim Haushaltsführungsschaden, DAR 2012, 127; *Burmann/Jahnke*, Lohnfortzahlung und Regress des Arbeitgebers bei nicht bewiesener Verletzung des Arbeitnehmers, NZV 2013, 313; *dies*., Junge Menschen – Gesetzlicher Unfallversicherungsschutz und Haftungsprivilegierung, NZV 2017, 63; *Burmann/Heß*, Brennpunkte des Personenschadensrechts in der neueren Rechtsprechung des BGH, NJW 2016, 200; *F. Bydlinski*, Unerlaubte Vorteile als Schaden, FS Deutsch (1999) S. 63; *Car/Mittelstädt*, Kapitalisierung von Rentenansprüchen, VersR 2018, 1477; *Car*, Rentenverkürzungs- und Rentenkürzungsschaden, VersR 2016, 566; *ders*., Rentenkürzungsschaden: Karlsruhe und Kassel locuta, causa non finita, VersR 2018, 522; *Claussen*, Juristische Aspekte bei der Kapitalisierung von Renten- und Unterhaltsansprüchen, BB 1993, 2025; *ders.*, Medizinische und neuroontologische Wege zum Lösen von Beweisfragen beim HWS-Schleudertrauma, DAR 2001, 337; *Dabitz*, Besteuerung von Erwerbsschadensersatz bei Personenschäden, zfs 2016, 364 = 54. VGT 2016, 69; *Dahm*, Tagung der Regressreferenten der gewerblichen Berufsgenossenschaften, r+s 2002, 17; *ders.*, Häusliche Gemeinschaft und nichteheliche Lebensgemeinschaft – neue Rechtsprechung zur Anwendung des Familienprivilegs auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft und Reform des Versicherungsvertragsrechts, NZV 2008, 280; *ders.*, Neue Rechtsprechung zum Familienprivileg des § 116 VI SGB X, NZV 2008, 551; *Damrau*, Haushaltsführungsschaden, ZAP Fach 2, 605; *Debudey*, Erwerbsschadenermittlung bei Verletzung kurz vor oder nach Berufseinstieg, VGT 2013, 1 = SP 2015, 178; *Deinhardt*, Der gesetzliche Forderungsübergang nach den §§ 116–119 SGB X, VersR 1984, 697; *Delank*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Versicherungs- und Verkehrsrecht – Sind nichteheliche Partner im Verkehrs- und Versicherungsrecht den ehelichen Partnern gleich zu stellen?, VGT 2007, 41; *Deller*, Streitwertberechnung bei geforderter Kapitalabfindung statt Schadenersatzrente, VersR 2013, 433; *Diehl*, Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers nach Unfall seines Arbeitnehmers im Straßenverkehr und Regress gegen Drittschädiger, zfs 2007, 543; *Dittmayer*, Das Zusammenspiel von Steuerrecht und Schadensrecht bei der Erwerbsschadensberechnung, 1987; *Domes*, Personenschadenmanagement: Case-Management aus medizinischer Sicht, NZV 2008, 232; *Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens (2007); *Drees*, Schadensersatzansprüche wegen vermehrter Bedürfnisse, VersR 1988, 784; *Dressler*, Der Erwerbsschaden des im Betrieb des Partners mitarbeitenden Ehegatten, FS Steffen (1995) S. 121; *ders.*, Neugewichtung bei den Schadensersatzleistungen für Personen- und Sachschäden, DAR 1996, 81 = VGT 1996, 192; *Dunz*, Haftungsverhältnisse nach Pensionierung eines durch Drittverschulden verletzten Beamten, VersR 1984, 905; *ders.*, Vereitelung von Gruppen- bzw. fremdnütziger Arbeitsleistung als Deliktsschaden des Verletzten, FS Steffen (1995) S. 135; *Ebener/Schmalz*, Zur Frage, ob der Dienstherr vom Schädiger Regress für Beihilfeaufwendungen für unfallunabhängige Heilbehandlungsmaßnahmen verlangen kann, VersR 2002, 594; *Eckelmann/Freier*, Die unbefriedigende Regulierungspraxis bei Personenschäden im Straßenverkehr und ihre Konsequenzen – voller Schadensersatz oder Sicherstellung des lebensnotwendigen Bedarfs?, DAR 1992, 121; *Eckelmann/Nehls/Schäfer*, Beitrag zum Schadensersatz bei Verletzung von Kindern, Schülern, Lehrlingen oder Studenten wegen ihrer Verzögerung in der Ausbildung, Verdienstausfalles und vermehrter Bedürfnisse, DAR 1983, 337; *Eggert*, Der Einwand des Mitverschuldens beim Erwerbsschadenersatz, VA 2006, 116; *ders.*, Kein Ersatz bei Verdacht – Abenteuer Diagnose. Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 17.9.2013 – VI ZR 95/13, FS L. Jaeger (2014) S. 279; *Eichenhofer*, Umfaßt der Ersatzanspruch des pflegeberechtigten Geschädigten die Aufwendungen für die Alterssicherung der Pflegekraft?, VersR 1998, 393; *Eilers*, Erwerbsschadensermittlung bei Verletzung vor oder kurz nach dem Berufseinstieg – Anforderungen an die Darlegungen bei der Geltendmachung von Ansprüchen, zfs 2013, 244 = VGT 2013, 9; *v. Einem*, Nochmals: Zum Ausgleich unfallbedingt verkürzter Rentenleistungen, NJW 1984, 1222; *ders.*, Regreß der Sozialhilfeträger im Zusammenhang mit der Pflegeversicherung, SGb 1995, 524; *ders.*, Beitragsregreß des Rentenversicherungsträgers wegen drittverursachter Schädigung einer Pflegeperson, VersR 1995, 1164; *Elsner*, Quoten- und Befriedigungsvorrecht in der Sozialversicherung, zfs 1999, 276; *Engelbrecht*, Der Abfindungsvergleich, DAR 2009, 447; *Engelbrecht*, Die Ermittlung des Haushaltsführungsschadens - Erleichterte Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 287 ZPO, MDR 2020, 381; *Ernst*, Die 24 wichtigsten Punkte

489 So auch *E. Fuchs*, Der Kfz-Sachverständige 1/2013, 17, 18.

490 *Tödtmann/Schwab* DS 2012, 302.

zur optimalen Durchsetzung des Haushaltsführungsschadens, VA 2008, 42; *ders.*, Die 12 wichtigsten Punkte zur Erfassung und Durchsetzung des Erwerbsschadens, VA 2008, 132; *ders.*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden: Chancen und Risiken, VA 2010, 149; *Ernst/Lang*, Schmerzensgeld und Haushaltsführungsschaden – Sind die Schätzungsgrundlagen noch aktuell?VersR 2019, 1122; *Euler*, Der Abfindungsvergleich in der Regulierungspraxis: Chancen und Risiken im Personenschadensrecht, SVR 2005, 10; *ders.*, Prüfung des außergerichtlichen Abfindungsvergleichs, SVR 2005, 22; *Fischinger*, Schadensersatz und Regress der Sozialleistungsträger, JA 2014, 594; *Fleischmann*, Das Familienprivileg im Privat- und Sozialversicherungsrecht, zfs 2000, 140; *Schneider*, Das verkehrsrechtliche Mandat, Band 2: Verkehrszivilrecht, 8. Auflage 2020; *Freyberger*, Haftungsprivilegierung – Der Begriff der „gemeinsamen Betriebsstätte", MDR 2001, 541; *Freymann*, Darlegungs- und Beweiserleichterungen zur Erwerbsschadensermittlung bei Verletzung vor oder kurz nach dem Berufseinstieg, zfs 2013, 125 = VGT 2013, 21; *ders*., Hausarbeitsschaden – bei Verletzung und Tötung. Wie geht das Gericht mit dem Vortrag des Klägers um?, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 103 ff; *Fuchs*, Die Behandlung der unfallfesten Position im Schadensersatzrecht, NJW 1988, 2005; *ders.*, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerhaftung für Personenschäden, FS Gitter (1995) S. 1; *ders.*, Der Forderungsübergang nach § 116 SGB X und § 86 VVG, JZ 2012, 134; *Funk*, Das Zukunftsrisiko bei jugendlichen Verkehrsopfern, DAR 1985, 42; *ders.*, Die Kapitalisierung von Ansprüchen, zfs 2015, 243; *Furtmayr*, Der Beitragsregreß gem. § 119 SGB X aus der Sicht des Geschädigten, VersR 1997, 38; *ders.*, Neuregelung der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit aus Sicht der Schadensregulierung bei Personenschäden, NZS 2003, 586; *ders.*, Rentenschaden trotz Beitragsregress nach § 119 SGB X, Homburger Tage 2005, 43; *ders.*, Fragen des Rentenschadens und des Beitragsregresses (Anm. zu LG Landshut 13.6.2007 – 55 O 2933/06), MittBlARGE VerkR 2007, 103; *Gail*, Das Familien- und Angehörigenprivileg im Privatversicherungs- und Sozialrecht, SVR 2017, 241; *Gamperl*, Die Haftungsbeschränkungen von Unternehmen und Arbeitskollegen gem. §§ 104 ff SGB VII, NZV 2001, 401; *Ganßmüller*, Die Tantieme und andere umzurechnende Vergütungsteile beim Erwerbsschaden des Gesellschafter-Geschäftsführers, VersR 1978, 805; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 28. Auflage 2020; *Giesen*, Unfallregress nach Spätfolgen, NJW 2012, 3609; *Gitter*, Die Neuregelung der Haftungsfreistellung des Unternehmers und anderer im Betrieb tätiger Personen in der gesetzlichen Unfallversicherung, FS Wiese (1998) S. 131; *ders.*, Die Haftung der Pflegepersonen und Pflegebedürftigen bei Unfällen, FS Stoll (2001) S. 33; *Gotthardt*, Schadensersatz bei Ausfall einer Tätigkeit außerhalb des Erwerbslebens – OLG Celle NJW 1988, 2618, LG Zweibrücken NJW 1993, 3207, JuS 1995, 12; *Gräfenstein*, Aktuelle Fragen aus der Praxis des Rehabilitationsmanagements, zfs 2015, 192; *ders./Deller*, Kapitalisierung von Renten – Zinsfuß, Dynamisierung, Kapitalertragsteuer, zfs 2014, 69; *Gräfenstein/Strunk*, Zur Regulierung materieller Ansprüche bei schweren Personenschäden (Verdienstausfall), zfs 2018, 8; *dies.*, Abfindung von Personenschäden durch Kapitalisierung, zfs 2019, 431; *dies*., Der Haushaltsführungsschaden – Berechnung, Beweislast und Schadenminderungspflicht, NZV 2020, 176; *Greger/Zwickel*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Auflage 2014; *Greger/Otto*, Vom Nachrang zum Super-Vorrecht, NZV 1997, 292; *Groß*, Forderungsübergang im Schadensfall, DAR 1999, 337; *Grützner*, Ansprüche Schwerstverletzter, 56. VGT 2018, 257 ff; *Grunsky*, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2465; *ders.*, Zur Ersatzfähigkeit fiktiver Heilungskosten – BGHZ 97, 14, JuS 1987, 441; *ders.*, Schadensersatz bei Verletzung eines Gewerbetreibenden, DAR 1988, 400; *ders.*, Zur Ersatzfähigkeit von Betreuungsaufwand für den Geschädigten, BB 1995, 937; *Günter*, Wichtige Entscheidungen zum Abfindungsvergleich mit der gegnerischen Haftpflichtversicherung, SVR 2014, 54; *v. Hadeln/Riedl*, Reha-Management – die moderne Form der Personenschadenbearbeitung, NZV 2000, 34; *Hagen*, Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs?, BGH (GSZ), NJW 1968, 1823, Jus 1969, 61; *Halfmeier/Schnitzler*, Die Anwendungen des Angehörigenprivilegs bei Verkehrsunfällen, VersR 2002, 11; *Halfpap*, Der entgangene Gewinn, 1999; *Halm/Steinmeister*, Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Straßenverkehr, DAR 2005, 481; *Hänlein*, Der Ersatz des Beitragsschadens im Lichte neuerer Entwicklungen, NJW 1998, 105; *Heinz*, Übergang zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche auf den Träger der Sozialen Pflegeversicherung im Falle drittverursachter Pflegebedürftigkeit - zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur des gemäß § 37 SGB XI erbrachten Pflegegeldes PflR 2016, 278; *Held*, Schadensminderungspflichten im Bereich des Personenschadens, VGT 2012, 41; *Hensen/Figgener*, Ermittlung des Haushaltsführungsschadens – Überblick und Update, NJW-Spezial 2019, 713; *dies.,* Die Ermittlung des Verdienstausfallsschadens, NJW-Spezial 2020, 73; *Heß*, Noch einmal: Psychische Erkrankungen nach Unfallereignissen: HWS und die posttraumatische Belastungsstörung, NZV 2001, 287; *Heß/Burmann*, Der Abfindungsvergleich, NJW-Spezial 2004, 207; *dies.*, Der Haushaltsführungsschaden bei verletzten Personen, NJW-Spezial 2004, 351; *dies.*, Die vermehrten Bedürfnisse, NJW-Spezial 2006, 159; *dies.*, Vorteilsausgleichung beim Personenschaden, NJW-Spezial 2006, 447; *dies.*, Der Haushaltsführungsschaden bei Verletzung – ein Fall für § 287 ZPO, NZV 2010, 8; *dies.*, Schadensschätzung beim Haushaltsführungsschaden, NJW-Spezial 2011, 457; *dies.*, Ermittlung unfallbedingter Erwerbsschäden, NJW-Spezial 2012, 393; *dies.*, Grundlagen des Abfindungsvergleichs beim Personenschaden, NJW-Spezial 2013, 713; *dies.*, Der Rentenanspruch im Schadensersatzrecht, NJW-Spezial 2014, 329 *Hillmann*, „Haushaltsführungsschaden", zfs 1999, 229; *Himmelreich/Halm/Staab*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, 4. Aufl. 2018; *Hoffmann*, Die Höhe der häuslichen Pflegekosten – Entwicklung in der Rechtsprechung, zfs 2007, 428; ders., Die medizinische Begutachtung, VGT 2017, 131 ff; *ders./Schwab/Tolksdorf*, Abfindungsregelungen nach Unfällen von Kindern sowie angepasste Lösungen für ältere oder andere besonders schutzbedürftige Menschen. Nachhaltige Sicherung der Geldsummen, DAR 2006, 666; *Höfle*, Schadensmanagement beim Personenschaden, zfs 2001, 197; *Hofmann*, Der Erwerbsschaden des Gesellschafters einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, VersR 1980, 605; *ders.*, Gelungene Synthese oder Scheinlösung? Zum erstrebten Gleichklang zwischen modifizierter Nettolohnmethode und Bruttolohnmethode bei der Berechnung des Erwerbsschadens, NZV 1993, 139; *ders.*, Verdienstausfall eines sozialversicherten Arbeitnehmers im Falle einer nur quotenmäßigen Haftung des Schädigers, NZV 1995, 94; *Höher*, Ansprüche Schwerstverletzter im Haftpflichtschaden, SVR 2018, 23; *Höke*, Schadensersatz und Steuerrecht, NZV 2016, 10; *ders*.; Zu Arbeitskreis VII VGT 2018, Ansprüche Schwerstverletzter, 56. VGT 2018, S. 265 ff.; *Ch. Huber*, Der Schadenersatzanspruch eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft wegen Verdienstentgangs gemäß § 1325 ABGB, JBl 1987, 613; *ders.*, Umfaßt der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades?, VersR 1992, 545; *ders.*, Fragen der Schadensberechnung, 2. Auflage 1995; *ders.*, Der Erwerbsschaden des Partners einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft wegen Behinderung in der Haushaltsführung – „amerikanische Verhältnisse" durch Zuerkennung eines Ersatzanspruchs?, FS Steffen (1995) S. 193; *ders.*, Familienrechtsreform und Schadensrecht – § 845 BGB, eine normative Ruine, in: er (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896 bis 1996 – Ringvorlesung der Universität Augsburg, S. 35; *ders.*, Personenidentität zwischen Unterhaltsschuldner und Schädiger bei Erbrin-

gung von Pflegedienstleistungen an den Verletzten – Auswirkungen auf den Anspruch gegen einen weiteren Ersatzpflichtigen, NZV 1997, 377; *ders.*, Die Wende beim Lohnfortzahlungsschaden – Analyse und Ausblick, FS Dittrich (2000) S. 411; *ders.*, Behinderungsbedingter Umbau – hat es der Schlossherr besser?, NZV 2005, 620; *ders.*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft – Ersatz nur bei Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht?, NZV 2007, 1; *ders.*, Verletzungsbedingte Vereitelung unbezahlter Arbeit – niemals Ersatz?, VersR 2007, 1330; *ders.*, (Warum) soll der Haftpflichtversicherer vom Wegfall der Sozialleistung profitieren?, NZV 2008, 431; *ders.*, Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den „angemessenen marktkonformen Ausgleich", zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken vom 13.11.2007 (5 U 62/06), MedR 2008, 712; *ders.*, Das Ausmaß des Haushaltsführerschadens in Abhängigkeit von Tabellenwerken – Unterschiedliche Ansätze in Deutschland und der Schweiz, zugleich Besprechung von BGH vom 3.2.2009 (VI ZR 183/08), HAVE 2009, 109; *ders.*, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse einer verletzten Person – Der Teufel steckt immer im Detail – FS G. Müller (2009), S. 35; *ders.*, Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, FS Kuhn (2009), S. 259; *ders.*, Die „Subventionierung des Arbeitsplatzes" – eine neue Kategorie des Personenschadens?, FS M. Binder (2010), S. 583; *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.*, Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten?, DAR 2010, 677; *ders.,* Neuere Entwicklungen beim Personenschaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Deutschlands und Österreichs, HAVE 2010, 253; *ders.*, Abgrenzungen und Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, r+s Sonderheft 2011, 34; *ders.*, Haftung für Pflegefehler, AJP 2011, 371; *ders.*, Zwei neuere BGH-Entscheidungen zur Erwerbsschadensprognose – der „Schätzungsbonus" des Verletzten und dessen (dürftige) Umsetzung, HAVE 2011, 253; *ders.*, Personenschaden und Wohnen, in: 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum – Aktuelle Probleme des Personenschadens (2012) 25 = VersR 2013, 129; *ders.,* Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform?, FS E. Lorenz (2014) S. 603; *ders.,* Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, FS L. Jaeger (2014) S. 309; *ders*., Der Ersatz künftiger Einbußen beim Personenschaden, zfs 2018, 484; *ders.*, Rechtsfolgen fehlender (spezialgesetzlicher) Legalzessionsnormen – über Art und Ausmaß (gebotener) gesetzlicher Determinierung, FS-Danzl (2017) S. 441; *ders*., Der „richtige" Kapitalisierungszinsfuss sowie die Wechselwirkung von Direktschaden und Regressanspruch, HAVE 2018, 283; *ders.,* Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: *ders./Kornes/Mathis/Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2019, 197; *ders*., Kapital oder Rente – Erfordernis eines gesetzlichen Abfindungsanspruchs, NZV 2019, 321 = 57. VGT 2019, 113; *ders.,* Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: *ders./Kornes/Mathis/Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 181; *Imbusch*, Das Haftungsprivileg des § 106 Abs. 3 Alt. 3 SGB VII und seine Auswirkungen auf die Haftung des Unternehmers, VersR 2001, 1485; *L. Jaeger*, Neuere Entscheidungen zur Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich, VRR 2006, 124; *ders.*, Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich, VersR 2006, 597; *ders.*, Nochmals: Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich – Erwiderung auf den Beitrag von Dr. R. Schneider und S. Dietz-Schneider, VersR 2006, 1325 –, VersR 2006, 1328; *ders*., Einfluss der Niedrigzinsphase auf die Bemessung des Schmerzensgeldes, VersR 2019, 577; *Jahnke*,Entgeltfortzahlung und Regreß des Arbeitgebers im Schadenfall seines Arbeitnehmers, NZV 1996, 169; *ders.*, Pflegeleistungen nach SGB V und SGB IX: Forderungsübergang und Abfindung, VersR 1996, 924; *ders.*, Mittelbare Betroffenheit und Schadensersatzanspruch, r+s 2003, 89; *ders.*, Forderungsberechtigung und Forderungswechsel bei Verkehrsunfällen und ähnlichen Haftungsgeschehen, MDR 2004, 380; *ders.*, Beitragsregress nach § 179 Abs. 1 a SGB VI, VersR 2005, 1203; *ders.*, Versorgungsschaden in der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft nach einem Unfall, NZV 2007, 329; *ders.*, Selbstschädigendes Verhalten beim Erwerbsschaden – zugleich Besprechung des Urteils des OLG Oldenburg vom 1.10.2003 – 5 U 77/03, r+s 2007, 303 –, r+s 2007, 271; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Versicherungs- und Verkehrsrecht – Sind nichteheliche Partner im Verkehrs- und Versicherungsrecht den ehelichen Partnern gleich zu stellen? –, VGT 2007, 56; *ders.*, Angehörigenprivileg im Wandel, NZV 2008, 57; *ders.*, Abfindung von Personenschadenansprüchen 3. Auflage 2018; *ders.*, Der Verdienstausfall im Schadenersatzrecht, 4. Auflage 2015; *ders.*, Haushaltsführungsschaden, VGT 2010, 99; *ders*., Besteuerung von Erwerbsschadensersatz bei Personenschäden - Reformbedarf bei der Besteuerung von Verdienstausfallleistungen des Schädigers? 54. VGT 2016, 79; *ders*., Mit § 119 SGB X zwischen den Stühlen, VersR 2016, 1283; *ders./Burmann*, Handbuch des Personenschadensrechts (2016); *ders./Vatter*, Das sozialrechtliche Angehörigenprivileg beim Arbeitsunfall im Familienkreis, NJW 2016, 1477; *John*, Gesellschafterfreundlicher Durchgriff? – Schadenersatzprobleme bei Schädigung eines für die Gesellschaft tätigen Einmanngesellschafters, JZ 1979, 511; *Jung*, Schadensersatz für entgangene Haushaltstätigkeit – Erwiderung auf Hofmann in NZV 1990, 8 ff., DAR 1990, 161; *Kampen*, Umfang des Versicherungsschutzes in der gesetzlichen Unfallversicherung – ein Überblick, VGT 2014, 401 = SVR 2014, 401; *Kirchhoff*, Haftungsfragen bei Beteiligung Dritter am Verkehrsunfall, NZV 2001, 361; *Keysers*, Arbeitsplatzerhaltung zur Minderung des Erwerbsschadens, NJW-Spezial 2016, 713; *dies*., Schadensminderungspflicht des Geschädigten beim Erwerbsschaden, NJW 2019, 2072; *Kleb-Braun*, Der Abzug häuslicher Ersparnisse bei Krankenhausbehandlung eines durch Fremdverschulden geschädigten Arbeitnehmers, NJW 1985, 663; *Knobbe-Keuck*, „Steuervorteile" und Schadensersatz, in: 25 Jahre Karlsruher Forum, S. 134; *Köck*, Rechtsfragen des schadensrechtlichen Abfindungsvergleichs (2011); *ders.,* Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden, DAR 2015, 557; *ders*., Abfindung von Personenschäden und vergleichsweise Regelung – Ausblick und Anmerkungen zum Arbeitskreis IV des 57. Verkehrsgerichtstages 2019, DAR 2019, 2; *Konradi,* Zur Ermessensausübung bei der Haftung gegenüber Sozialversicherungsträgern - Mythos und Wirklichkeit eines (teilweisen) Regressverzichts, SGb 2016, 195; *ders*., Originäre und derivative Regressansprüche des Unfallversicherungsträgers bei mehreren Anspruchsgegnern, SGb 2017, 561; *von Koppenfels-Spies,* Richtungswechsel in der Rechtsprechung zur Vorteilsausgleichung?, VersR 2005, 1511; *Kornes*, Kapitalisierung: Flexibler Realzins statt 5 %-Tabellenzins – (Teil I), r+s 2003, 485 und (Teil II), r+s 2004, 1; *ders.*, Die Abfindung von Personenschadenersatzansprüchen: Abfindungszins, Lebenserwartung, Sterbetafeln – Bewertung der aktuellen Parameter und Ausblick, VersR 2015, 794; *Krücker*, Die Ersatzfähigkeit des Haushaltsführungsschadens, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum (2013) 1; *Kuckuk*, Die Tantieme eines GmbH-Geschäftsführers im Schadensersatzrecht, BB 1978, 283; *Kuhn*, HWS-Verletzungen in der Schadensregulierung, DAR 2001, 344; *ders.*, Die Berechnung des Haushaltsführungsschadens, FS Eggert (2008), 301; *ders.*, Methoden zur Bewertung des Haushaltsführungsschadens, VGT 2010, 123; *Kuhnke*, Darlegungs- und Beweislast bei Schadenersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen, NZV 2018, 447; *Kulenkampff*, Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis in der Rechtspre-

chung des BGH, FamRZ 2019, 1221; *Küppersbusch*, Die Ablösung der §§ 1542, 1543 RVO durch die §§ 116 bis 119 SGB X – Eine erste Interpretation aus der Sicht der Praxis, VersR 1983, 193; *ders.*, Beitragsregreß nach §§ 116, 119 SGB X n.F. – Änderungen durch das Rentenreformgesetz (RRG) zum 1.1.1992, NZV 1992, 58; *ders.*, Probleme beim Regreß der Pflegekasse, NZV 1997, 30; *ders.*, Probleme bei der Regulierung von Personenschäden, r+s 2002, 221; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 13. Auflage 2020; *Kullmann*, Schadensersatz und Steuern, VersR 1993, 385; *Lachner*, Das Quotenvorrecht, das unbekannte Wesen, zfs 1998, 161; *ders*. Haftungsfallen für den Rechtsanwalt des Geschädigten beim Anspruchsübergang im Personenschadensrecht, DAR 2018, 609; *Lackmann,* Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. (2018); *Landolt*, Ersatzpflicht für den Besuchsschaden, FS Koller (2018) 71 ff; *ders*. Hausarbeitsschaden: Lösungen aus dem Blickwinkel des schweizerischen Rechts, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoeneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 71 ff; *H. Lang*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden – Prognose und Kapitalisierung, VGT 2005, S. 130; *ders.*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden, VersR 2005, 894; *ders*., Chancen und Risiken beim Abfindungsvergleich und der Kapitalisierung von Ansprüchen, VersR 2019, 385 = 57. VGT 2019, 139; *ders./Jahnke*, (Keine) Anrechnung von Leistungen der Sozialversicherungsträger beim Angehörigenprivileg nach § 116 Abs. 6 SGB X,VersR 2016, 927; *J. Lang*, Hausarbeitsschaden – bei Verletzung und Tötung: Die Sicht des Sozialversicherungsträgers, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoeneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 37 ff.; *Lange/Schiemann,* Schadensersatz 3. Auflage 2003; *Langenick*, Der Beitragsregress des Bundes nach § 179 Ia SGB VI im Lichte aktueller OLG-Urteile und der Rechtsprechung des BGH zu analogen Problemkreisen – ein „Déja-vu-Erlebnis"?, NZV 2007, 105; *ders.*, Probleme bei der Ermittlung des Erwerbsschadens, insb. der Nachweis der Unpraktikabilität der Bruttolohnmethode auch bei sozialversicherten Geschädigten, NZV 2009, 257 (Teil 1) und 318 (Teil 2); *ders./H. Lang*, Aktuelle Probleme beim Beitragsregress für unfallbedingt in Werkstätten für behinderte Menschen tätige Personen, NZV 2019, 569; *ders./Vatter*, Aus der Praxis für die Praxis: Die aufgeschobene Leibrente – ein Buch mit sieben Siegeln, NZV 2005, 10; *dies.*, Der Beitragsregress des Bundes gemäß § 179 Ia SGB VI – eine notwendige Gesetzesvorschrift?, NZV 2005, 609; *Laschke*, Haftungsfallen im Verkehrszivilrecht, AnwBl 2007, 372; *Lauer*, Case Management in der Rehabilitation von Unfallverletzten, DAR 2006, 712; *Lemcke*, Die Beschränkung der Haftung nach dem Unfallversicherungsrecht, ZAP 1998, Fach 2, S. 199; *ders./Hensen*, Aktuelles zum Regress des Sozialversicherungsträgers, NJW 2019, 2655; *Ma. Lepa*, Auffälligkeiten des Haftpflichtprozesses in unserer Zeit, VersR 2001, 265; *Me. Lepa*, Haftungsbeschränkungen bei Personenschäden nach dem Unfallversicherungsrecht, 2004; *Lieb*, „Wegfall der Arbeitskraft" und normativer Schadensbegriff, JZ 1971, 358; *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller*, Zur Kapitalisierung von Schadenersatzansprüchen, r+s 2013, 477; *Luckey*, Erwerbsschadensersatz bei Verkehrsunfällen – Teil 1, VRR 2005, 364 und Teil 2, VRR 2005, 404; *ders.*, Aktuelle Rechtsprechung zum Erwerbsschaden, VRR 2006, 364; *ders.*, Haftungsfallen der Aktiv- und Passivlegitimation beim Personenschaden Teil 1, VRR 2008, 404 und Teil 2, VRR 2008, 444; *ders.*, Rechtsprechungsübersicht: Haushaltsführungsschaden, VRR 2012, 364; *ders.*, Haftungsfallen beim Abfindungsvergleich, SVR 2012, 135; *ders.*, Personenschaden, 2. Auflage (2018); *ders*., „Dreipersonenverhältnisse" im Personenschaden – Haftungsfallen bei Aktiv- und Passivlegitimation, DAR 2015, 563; *ders*., Aktuelle Fragen der Haushaltsführungsschadensregulierung, 7. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum, 2018, 39; *ders*., Die Abfindung von Personenschäden – Risiken und Haftungsfallen, NZV 2019, 9; *Ludolph*, Schadensersatz der verletzten Hausfrau/des verletzten Hausmannes im Haftpflichtrecht, SP 2004, 404; *Ludwig*, Schadensersatz bei verletzungsbedingtem Ausfall der Hausfrau, DAR 1991, 401; *Marburger*, Neu geregelt: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, BB 1994, 1417; *Marschner*, Die Neuregelung der Haftungsfreistellung in der gesetzlichen Unfallversicherung, BB 1996, 2090; *Mathis*, Ausgewählte Probleme des Hausarbeitsschadens mit Praxistipps, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoeneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 25 ff.; *Matz/Baumann*, Die Reichweite der Haftungsprivilegien nach dem SGB VII außerhalb des klassischen Arbeitsunfalls, NJW 2016, 673; *v. Maydell/Breuer*, Zum Übergang des Schadensersatzanspruchs auf den Sozialleistungsträger gemäß § 116 SGB X, NJW 1984, 23; *Medicus*, Nutzungsentgang als Vermögensschaden, Jura 1987, 240; *ders.*, Schadensersatz bei Verletzung vor Eintritt in das Erwerbsleben, DAR 1994, 442; *Medjdoub*, Der Hausarbeitsschaden – Die Sicht eines Versicherers, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoeneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 89 ff.; *Mergner*, Die tatrichterliche Schätzung des Haushaltsführungsschadens, VersR 2013, 1377; *ders.*, Ersparte Aufwendungen bei Pflegeheimunterbringung, VersR 2011, 463; *Messerschmidt*, Schadenersatz bei vereitelten Erwerbsbiografien (2015); *Meyer*, Wie die gesetzliche Rentenversicherung sich an Unfällen ihrer Versicherungsnehmer bereichert, NZS 2014, 849; *Mittelstädt*, Der Kapitalisierungsanspruch des Verletzten gemäß § 843 Abs. 3 BGB (2014); *Moreno*, Der Haushaltsschaden – die verbliebenen schwarzen Löcher, HAVE 2018, 269; *Motzer*, Geltendmachung und Verwendung von Schadensersatz wegen Gesundheitsschäden als Aspekt elterlicher Vermögenssorge, FamRZ 1996, 844; *Möller*, Das Angehörigenprivileg im Wandel?, NZV 2009, 218; *G. Müller*, Grundprinzipien und Gestaltungsspielräume beim Schadensersatz – Teil 1, zfs 2009, 62 und Teil 2 zfs 2009, 124; *dies*., Der Personenschaden im Wandel von Rechtsprechung und Gesetzgebung - Teil 1, zfs 2019, 247 und Teil 2, zfs 2019, 304; *M. Müller*, Darlegung der Höhe des Schadensersatzanspruchs nach § 110 Abs. 1 SGB VII durch den Sozialversicherungsträger, SGb 2016, 680; *U. Müller*, Die Haftung des D-Arztes – die Sicht der Rechtsprechung, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoeneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 125 ff; *Nagel*, Schadensersatzansprüche wegen entgangener Haushaltsführung bei Verletzung oder Tod des Versicherten und Forderungsübergang auf den Unfallversicherungsträger gem. § 1542 RVO a.F. bzw. § 116 SGB X, VersR 1990, 138; *Nehls*, Kapitalisierung von Schadensersatzrenten – Beachtung der Rentendynamik, VGT 1981, 259; *ders.*, § 843 Abs. 3 BGB de lege ferenda – Kapital statt Rente grundsätzlich einklagbar, zfs 2001, 97; *ders.*, Kapitalisierung und Verrentung von Schadensersatzforderungen, zfs 2004, 193; *ders.*, Kapitalisierung und Verrentung von Schadenersatzforderungen, MittBlARGE VerkR 2004, 44; *ders.*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden – Kapitalisierung, VGT 2005, S. 114; *ders.*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden, SVR 2005, 161; *ders.*, Kapital statt Rente (§§ 843 Abs. 3, 779 BGB): Rechnungszinsfuß näher bei 0 als bei 5 Prozent, DAR 2007, 444; *ders.*, Auslegung und Anpassung eines Abfindungsvergleichs – Anmerkung zum BGH-Urteil VI ZR 296/07 vom 16. September 2008, SVR 2009, 214; *Nickel/Schwab*, Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2010, SVR 2010, 11; *dies.*, Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2012/2013, SVR 2014, 17; *dies*., Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2014, SVR 2015, 335; *dies*., Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2015, SVR 2016, 169; *dies*., Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2016, SVR 2017, 132; *dies*., Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2017, SVR 2018, 41; *dies*., Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2018, SVR 2018, 454; *Notthoff*, Entgeltfortzahlungsansprüche als Schadensposition, zfs 1998, 163; *Nugel*, Der Abfindungsvergleich in der außergerichtlichen Schadensregulierung, zfs 2006, 190; *Nugel/Wenker*, Erwerbsschadensermittlung bei Verletzung kurz oder nach Eintritt ins Berufsleben, VRR 2013,

4; *v. Olshausen*, Die Aufteilung des Schadensersatzanspruches zwischen Geschädigtem und SVT beim Zusammentreffen von Haftungshöchstsummen und Mitverantwortung des Geschädigten (§ 116 Abs. 3 S. 2 SGB X), VersR 2001, 936; *Pardey*, Der Haushaltsführungsschaden bei Lebensgemeinschaften, DAR 1994, 265; *ders.*, Vereitelte fremdnützige Arbeitsleistung, individueller Vermögenswert und „sozialer" Vermögensschaden, NJW 1997, 2094; *ders.*, Haushaltsführungsschaden bei Verletzung oder Tötung, DAR 2006, 671; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Versicherungs- und Verkehrsrecht – Teil 1, zfs 2007, 243 und Teil 2, zfs 2007, 303; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Versicherungs- und Verkehrsrecht – Sind nichteheliche Partner im Verkehrs- und Versicherungsrecht den ehelichen Partnern gleich zu stellen?, VGT 2007, 84; *ders.*, Normativer Schadensbegriff – Notwendigkeit und Angemessenheit als Kriterien für die Ersatzfähigkeit von Schadenspositionen; obergerichtliche Rechtsprechung zur Bemessung von materiellen Schäden, Pflegebedarf, Erwerbsschäden, § 287 ZPO, in: *Dautert/Jorzig*, Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?, 2009, 1; *ders.*, Neues zum Haushaltsführungsschaden, DAR 2010, 14; *ders.*, Berechnung von Personenschäden, 4. Auflage 2010; *ders.*, Grundsätze der Ermittlung des Haushaltsführungsschadens, Teil 1, SVR 2018, 81 und Teil 3, SVR 2018, 165; *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; *Plagemann*, Teleologisch reduzieren oder: Die Metamorphose des Verwandtenprivilegs?, NZV 1998, 94; *ders.*, Regreß der Pflegeversicherung, DAR 1997, 428; *ders.*, Verkehrsunfallschadensregulierung und Sozialrecht (1. Teil), zfs 2004, 201; *ders.*, Verkehrsunfallschadensregulierung und Verkehrsrecht (2. Teil), zfs 2004, 246; *ders.*, Sozialleistungsansprüche nach dem Schadensfall – Ausstrahlungen auf die Schadensregulierung, Homburger Tage 2010, 39; *ders*., Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, VGT 2014, 113 = SVR 2014, 161; *ders*., Neues zum Haftungsprivileg gem. §§ 104 ff. SGB VII, SGb 2016, 245; *ders./Probst*, Personenschaden – Anspruch auf Sozialleistungen, DAR 2012, 61; *Quaisser*, Berechnung des Haushaltsführungsschadens nach Unfall, NJW-Spezial 2013, 585; *dies*., Mobilitätsanspruch und vermehrte Bedürfnisse, NJW-Spezial 2015, 265; *dies*., Die Prognose des Erwerbsschadens, NJW-Spezial 2017, 9; *Quirmbach/Gräfenstein/Strunk*, Kapitalisierungstabellen, 3. Aufl. 2020; *Rauscher*, Die Schadensrechtsreform, Jura 2002, 577; *Rinke*, Kein Ersatz fiktiver Operationskosten?, DAR 1987, 14; *Rischar*, Steht das Familienprivileg zur Disposition der Rechtsprechung?, VersR 1998, 27; *Rolfs*, Aktuelle Entwicklungen beim unfallversicherungsrechtlichen Haftungsausschluss (§§ 104 ff. SGB VII), DB 2001, 2294; *Ross*, Der Erwerbsschaden des Nichtselbständigen, NZV 1999, 276; *Röthel*, Ehe und Lebensgemeinschaft im Personenschadensrecht, NZV 2001, 329; *Ruhkopf/Book*, Über die Haftpflichtansprüche körperlich verletzter, freiberuflich tätiger Personen und Gewerbetreibender wegen Gewinnentgangs (Teil I), VersR 1970, 690 und (Teil II), VersR 1972, 114; *Schäfer/Baumann*, Die Rechtsprechung des BGH zum Schadensersatz für psychische Folgeschäden nach Unfällen, MDR 1998, 1080; *C. Schah Sedi*, Ein alltäglicher Schadenssachverhalt mit zahlreichen Stolpersteinen: Der Haushaltsführungsschaden am juristischen Hochreck DAR 2016, 726; *dies*., Erwerbsschadensersatz und Steuern, oder: die Unverzichtbarkeit des Steuervorbehalts in der außergerichtlichen Regulierung, SVR 2016, 325; *dies*., Besteuerung von Erwerbsschadensersatz bei Personenschäden - Reformbedarf bei der Besteuerung von Verdienstausfallleistungen des Schädigers?, 54. VGT 2016, 87; *dies*., Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden (2017); *dies. /M. Schah Sedi,* Abfindung oder Rente beim Personenschaden? – aus Anwaltssicht, zfs 2008, 183; *dies.*, Der Haushaltsführungsschaden in der gerichtlichen und außergerichtlichen Regulierung – zugleich Rechtsprechungsüberblick von 2007 bis 2009, zfs 2009, 610; *dies.*, Das Verkehrsrechtliche Mandat, Band 5: Personenschäden, 3. Aufl. 2017; *Schah Sedi*, Besteuerung von Erwerbsschadensersatz bei Personenschäden – Reformbedarf bei der Besteuerung von Verdienstausfallleistungen des Schädigers?, 55. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2017, 87; *M. Schah Sedi*, Medizinische Begutachtung von Unfallopfern, 55. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2017, 141; *Scheffen*, Erwerbsausfallschaden bei verletzten und getöteten Personen (§§ 842 bis 844 BGB), VersR 1990, 926; *Schiemann*, Luxusvilla auf schwankendem Grund – Der Nutzungsschaden an Wohneigentum – BGHZ (GS) 98, 212, JuS 1988, 20; *ders.*, Perspektiven des Rechts der Verkehrsunfallschäden, NZV 1996, 1; *Schirmer*, Ausdehnung des Familienprivilegs (§ 67 Abs. 2 VVG, § 116 Abs. 6 SGB X) auf eheähnliche Lebensgemeinschaften, DAR 1988, 289; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Versicherungs- und Verkehrsrecht, DAR 2007, 2; *Schlaeger/Bruno*, Zur Grundstruktur des § 116 SGB X und zu seinem Trägerbegriff, SGb 2020, 155; *Schlanstein*, Rechtsansprüche zur Versorgung psychischer Verkehrsunfallfolgen, NZV 2018, 406; *Schlund*, Juristische Grundlagen der Kapitalisierung von Schadensersatzrenten, VersR 1981, 401; *ders.*, Juristische Aspekte bei der Kapitalisierung von Renten- und Unterhaltsansprüchen, BB 1993, 2025; *Schmid*, Die (gerichtliche) Geltendmachung des Haushaltsführungsschadens nach schweizerischem Recht, VersR 2020, 529; *Schmidlin-Kaiser/Lörtscher,* Update Kapitalisierungszinsfuss, HAVE 2018, 281; *Schmidt-Räntsch*, Wertsicherungsklauseln nach dem Euro-Einführungsgesetz, NJW 1998, 3166; *Schmitt*, Die Neuregelung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, RdA 1996, 5; *N. Schneider*, Berechnung des Gegenstandswertes bei Einigungen über Schadensersatzrenten und späteren Abänderungsvereinbarungen, VRR 2007, 332; *ders*., Streitwert bei Klagen auf Zahlung einer Schadenersatzrente, NJW-Spezial 2016, 603; *R. Schneider*, Nochmals: Flexibler Realzins statt 5 %-Tabellenzins bei Kapitalisierung von Schadenersatzrenten? – (Teil II) – Erwiderung auf den Aufsatz von Roland Kornes in r+s 2003, 485 und 2004, 1 –, r+s 2004, 177, 221; *R. Schneider/S. Dietz-Schneider*, Nochmals: Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich – Zugleich Erwiderung auf den Aufsatz von L. Jaeger, VersR 2006, 597 –, VersR 2006, 1325; *dies.*, Nochmals – Kapitalisierung und Verrentung von Schadensersatzforderungen, zfs 2004, 541; *R. Schneider/S. Schneider*, Berücksichtigung von Zinsschwankungen bei der Kapitalisierung von Schadensersatzrenten, NZV 2005, 497; *Scholten*, Zur Entwicklung des Personenschadensrechts – Schlaglichter und Perspektiven, DAR 2016, 63; *ders*., Merkpunkte bei der Abfindung von Personenschäden, NJW 2018, 1302; *ders.,* Die Beweislast als Zünglein an der Waage im Haftpflichtprozess – die Sicht des Tatrichters, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoeneßen,* Fachtagung Personenschaden 2019, 137 ff; *Schrinner*, Regreß der Pflegeversicherung, VGT 1997, 248; *Schröder*, Personenschadenmanagement der Haftpflichtversicherer, SVR 2008, 89; *Schwaiger*, Risiken beim Abfindungsvergleich mit der gegnerischen Haftpflichtversicherung, AnwBl 2013, 372; *Pardey*, Der Haushaltsführungsschaden, 9. Auflage 2018; *Schwab*, Kinderunfall – Was geschieht mit der Entschädigungsleistung? Ein Gesetzesentwurf, PVR 2003, 2; *ders.*, Zwischenruf zum Aufsatz von Jürgen Nehls „Kapital statt Rente …", DAR 2007, 444 ff, DAR 2007, 669; *Schwab/Lüdke/Clemens*, Der Psychologe im Personenschadensmanagement, SVR 2005, 168; *Schwintowski*, Schutzfunktion und wichtiger Grund in § 843 Abs. 3 BGB, VersR 2010, 149; *Seidel*, Der Ersatz von Besuchskosten im Schadensersatzrecht, VersR 1991, 1319; *Stauffer/Schaetzle/Weber*, Barwerttafeln und Berechnungsprogramme Band 1 7. Auflage (2019); *Steffen*, Ersatz von Fortkommensnachteilen und Erwerbsschäden aus Unfällen vor Eintritt in das Erwerbsleben, DAR 1984, 1; *ders.*, Abkehr von der konkreten Berechnung des Personenschadens und kein Ende?, VersR 1985, 605; *ders.*, Der norma-

tive Verkehrsunfallschaden, NJW 1995, 2057; *ders.*, Erste Erfahrungen mit dem Personenschaden-Management, zfs 2001, 389; *Stelzer*, Der teilweise Beitragsausfall bei unfallbedingtem Minderverdienst des § 119 SGB X, NJW 1985, 182; *Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 1973; *Strunk*, Höhe der Abzinsung – der Zinsfuß, 57. VGT 2019, 163; *dies*., Abfindung von Personenschäden und vergleichsweise Regelung - Höhe der Abzinsung, DAR 2019, 313; *Stürner*, Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit, Teil 1, JZ 1984, 412 und Teil 2, JZ 1984, 461; *Schwarz*, Probleme der Regreßabwicklung in der Pflegeversicherung, zfs 1999, 273; *Stelzer*, Die „relative Theorie" gem. § 116 Abs. 3 SGB X im Kontext des § 119 SGB X unter Berücksichtigung des versagten Vorteilsausgleichs nach § 62 SGB VI, VersR 1994, 518; *Thoenneßen*, „Nutzungsausfallentschädigung" für die in der Hausarbeit Tätigen – Plädoyer für eine Reduktion der Komplexität, in: *Ch. Huber/Kornes/Mathis/Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/I, 11 ff.; *Tischendorf*, Zum Begriff der Gefahrengemeinschaft und seiner Bedeutung bei der Auslegung und Anwendung des § 106 Abs. 3 Alt. 3 SGB VII, VersR 2003, 1361; *Vismara*, Ersatzleistung für Personenschäden in Europa im Vergleich, Phi 2013, 138; *Vöcking*, Ein Situationsbericht über das Schicksal von schädelhirnverletzten Unfallopfern, 56. VGT 2018, 277; *Vogel*, Die Beurteilung der Behinderung der Hausfrau im Haftpflichtanspruch, VersR 1981, 812; *Waltermann*, Abstimmung von Zivilrecht und Sozialrecht – am Beispiel des Schadensregresses der Sozialleistungsträger, FS Gitter (1995) S. 1039; *ders.*, Forderungsübergang auf Sozialversicherungsträger, NJW 1996, 1644; *ders.*, Haftungsfreistellung bei Personenschäden – Grenzfälle und neue Rechtsprechung, NJW 2004, 901; *Warlimont*, Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für Haushaltsführungsschäden, VGT 2010, 139; *Werwigk*, Ansprüche Schwerstverletzter und Opfergrenzen, 56. VGT 2018, 283 ff.; *Wessel*, Der Haushaltsführungsschaden: Anspruchsvoraussetzungen, Darlegung und Bewertung – Teil 1, zfs 2010, 183 und Teil 2, zfs 2010, 242; *Wessels/Castro*, Ein Dauerbrenner: das „HWS-Schleudertrauma", VersR 2000, 284; *Westphal*, Zur Übergangsfähigkeit zivilrechtlicher Ausgleichsansprüche bei Berufshilfemaßnahmen der gesetzlichen Unfallversicherung, insbesondere der „Eingliederungshilfe an den Arbeitgeber" des § 567 I Nr. 1 RVO, VersR 1982, 1126; *Wiesner*, Die Pflegeversicherung, VersR 1995, 134; *Würthwein*, Beeinträchtigungen der Arbeitskraft und Schaden, JZ 2000, 337; *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Auflage 2014; *Zickfeld*, Gesetzliche Forderungsübergänge und ihre Folgen, in: 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum – Aktuelle Probleme des Personenschadens (2012) 45; *Zoll*, Entwicklungen im Personenschadenrecht, r+s Sonderheft 2011, 133; *ders.*, Schadensregulierung bei vermehrten Bedürfnissen Schwerstverletzter, NJW 2014, 967 = Homburger Tage 2013, 7; *ders.*, Probleme bei Heilbehandlungskosten und vermehrten Bedürfnissen in Abgrenzung zum Schmerzensgeld, FS L. Jaeger (2014) S. 473.

**A. Einbettung in ein System von Drittleistungen** . 1
**B. Systematische Stellung der §§ 842 ff. – Verhältnis zu den §§ 249 ff.** ..... 4
I. §§ 842 f. – lediglich Klarstellung ..... 4
II. §§ 844 f. – Erweiterung der Haftung, Ansprüche von mittelbar Geschädigten ..... 5
**C. Kategorien des Personenschadens – Parallelen und Unterschiede zum Sachschaden** ..... 8
**D. Die sachlichen Kategorien des Personenschadens und die Art des Ersatzes – Kapital oder Rente** ..... 13

## A. Einbettung in ein System von Drittleistungen

Die §§ 842 ff. regeln den Umfang des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten gegenüber dem Schädiger bei Vorliegen eines Personenschadens. Die Regulierung solcher Schäden findet häufig nicht zwischen dem Verletzten und dem Schädiger statt; vielmehr sind diese Ansprüche eingebettet in ein System sozialer Sicherung aufseiten des Geschädigten und einer Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers aufseiten des Schädigers. Das Ausmaß des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist aber nicht nur für den Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger bedeutsam; vielmehr hängt auch der Umfang des Regressanspruchs des Drittleistenden – so insbesondere der Sozialversicherungsträger, Schadensversicherer und Arbeitgeber – ganz maßgeblich von der Höhe des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten ab.[1] Dazu kommt, dass solche Versorgungssysteme häufig lediglich zu einer Mindestabsicherung führen, sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Zeitdauer, so dass darüber hinausgehende Ansprüche dem Verletzten verbleiben. **1**

Die Überlagerung durch Drittleistungen ist bei den einzelnen Anspruchsarten unterschiedlich ausgeprägt. Beim Erwerbsschaden eines Arbeitnehmers bleibt während der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers kein restlicher Anspruch beim verletzten Arbeitnehmer; danach kommt es zu Lohnersatzleistungen von Sozialversicherungsträgern, die aber den eingetretenen Schaden nur zum Teil auffangen. Beim Unterhaltsersatzanspruch gibt es zwar betragliche Unterschiede zwischen dem zivilrechtlichen Schaden und den Sozialleistungen; das Auseinanderklaffen hält sich aber in Grenzen, weil der Unterhaltsanspruch selbst immanente Grenzen aufweist. Bei den vermehrten Bedürfnissen werden die sachlichen Leistungen in hohem Maße von Leistungen der Sozialversicherungsträger abgedeckt, während bei Pflegedienstleistungen die Unterschiede zwischen Sozialrecht und Schadensrecht beträchtlich sind.[2] Das Schmerzensgeld ist jeweils allein vom Verletzten geltend zu machen – es finden sich keine Entsprechungen im Sozialrecht. **2**

Für die verletzte Person spielt der Schadensersatzanspruch eine umso größere Rolle, je weniger umfassend das System der sozialen Sicherung ist. Infolge der demografischen Entwicklung ist in den nächsten Jahrzehnten mit Leistungskürzungen zu rechnen, so dass die Lücke zwischen Sozial- und Schadenersatzleistung **3**

1 Staudinger/*Vieweg* (2015), § 843 Rn. 3.

2 Zutreffend Staudinger/*Vieweg* (2015), § 843 Rn. 21, der darauf hinweist, dass es nicht nur um eine medizinisch gebotene Minimalversorgung gehe, sondern darum, die vor der Verletzung bestehende Lebensqualität möglichst zu erhalten.

größer werden dürfte.[3] Im Rahmen des Erwerbsschadens ist sie namentlich beim selbstständig Erwerbstätigen und beim Haushaltsführer schon heute in beträchtlichem Ausmaß gegeben. In den letzten Jahren ist darüber hinaus das Bewusstsein der Werthaltigkeit der Betätigung der Arbeitskraft außerhalb des Marktes gestiegen,[4] was auch Auswirkungen auf die Bemessung des Schadensersatzanspruchs hat. Das gilt insbesondere für das Spektrum der Haushaltsdienstleistungen sowie die Pflege von Angehörigen.

## B. Systematische Stellung der §§ 842 ff. – Verhältnis zu den §§ 249 ff.

### I. §§ 842 f. – lediglich Klarstellung

**4** Die §§ 842 f. bringen lediglich eine Klarstellung gegenüber den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff.[5] Es wird deutlich hervorgehoben, dass bei einem Dauerschaden für künftige Schäden Ersatz in Form einer Rente zu leisten ist. Dadurch kann die Unsicherheit der künftigen Entwicklung besser beherrscht werden,[6] ganz abgesehen davon, dass bei einer Rente bei einer wesentlichen Änderung eine Anpassung an künftige Verhältnisse im Fall eines Urteils gem. § 323 ZPO oder bei einem außergerichtlichen Vergleich durch Berufung auf die Änderung der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt.[7] Die Hürde ist freilich so hoch,[8] dass die praktische Bedeutung gering ist. Geboten ist eine dynamische Rente, die dem Postulat, künftige Entwicklungen in möglichst hohem Maße zu berücksichtigen, am besten entspricht. Dass dabei das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Kapitalabfindung und Rente in den §§ 249 ff. und 842 f. gegenteilig sein soll,[9] ist übertrieben. Vielmehr kommt es darauf an, ob durch die eine oder andere Form des Ersatzes eine Herstellung des Zustands ohne Schädigung am besten gelingt.[10] Deshalb gebührt beim vermehrten Bedarf eines behindertengerechten Wohnsitzes Ersatz in Form eines Kapitals unabhängig von den Voraussetzungen des § 843 Abs. 3,[11] während eine Rente auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 843 zugesprochen wird.[12] Dass der konkrete Erwerbsschaden zu ersetzen ist, ergibt sich bereits aus § 252.[13] Das ist weder ein Spezifikum des Personenschadens noch eine Besonderheit bei deliktischer Schädigung.[14] Eine inhaltliche Erweiterung wird mit den §§ 842 f. nicht bewirkt.[15] Systematisch wäre es folgerichtiger, sie in die §§ 249 ff. zu integrieren – es geht um Schadensrecht, nicht um Deliktsrecht.[16] Zu bedenken ist, dass Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität nicht nur im Deliktsrecht vorkommen, sondern auch eine vertragliche Anspruchsgrundlage in Betracht kommt, so insbesondere beim Personenbeförderungs- oder Arztvertrag.[17]

### II. §§ 844 f. – Erweiterung der Haftung, Ansprüche von mittelbar Geschädigten

**5** Die §§ 844 f. führen zu einer Erweiterung der Haftung, indem ausnahmsweise einem Dritten, nämlich einer Person, die nicht in einem absolut geschützten Rechtsgut beeinträchtigt worden ist, ein Ersatzanspruch eingeräumt wird. Der Ersatzanspruch der gesetzlichen Unterhaltsersatzgläubiger ist freilich eine weniger spektakuläre Ausnahme, als es auf den ersten Blick erscheint. Vielmehr stellt er eine Fortführung des Erwerbsschadens en miniature dar, indem denen, denen die Erwerbsquelle ihres Unterhalts entzogen worden ist, der Ausschnitt des Erwerbsschadens zugebilligt wird, auf den sie als gesetzliche Unterhaltsgläubiger angewiesen sind.

**6** § 845 war ursprünglich eine – gut gemeinte – Norm, um die Bemessungsprobleme beim Auffangen des Ausfalls von familiären Arbeitsleistungen, in erster Linie solchen der Haushaltsführung, in den Griff zu

3 Prototypisch BGH NJW-RR 2008, 649 = NZV 2008, 448 m. krit. Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2008, 431 ff.: Mit der Einstellung von Sozialleistungen müsse immer gerechnet werden.
4 *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 ff.; *ders.* VersR 2007, 1330 ff.
5 MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 9 f.
6 Staudinger/*Vieweg* (2015), § 843 Rn. 1, 3 unter Hinweis auf die Materialien.
7 Schulze[10]/*Staudinger*, § 843 Rn. 11.
8 BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = VRR 2007, 342 (*Luckey*): Keine Anpassung, ehe die akkumulierte Inflation nicht 25 % überschritten hat.
9 Staudinger/*Vieweg* (2015), § 843 Rn. 2.
10 MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 59; Erman[15]/*Wilhelmi*, § 843 Rn. 2; Soergel[13]/*Beater*, § 843 Rn. 1, 31.
11 BGH NJW 1982, 757; OLG Düsseldorf VersR 1995, 1449, 1450; aA Staudinger/*Vieweg* (2015), § 843 Rn. 9, der insoweit eine extensive Auslegung von § 843 Abs. 3 vorschlägt.
12 Erman[15]/*Wilhelmi*, § 843 Rn. 2.
13 Erman[15]/*Wilhelmi*, § 842 Rn. 1.
14 MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 3 verweist zu Recht darauf, dass seit jeher auch bei vertraglichen Ansprüchen eine Rente gewährt wurde, so etwa RGZ 68, 429 (431); ebenso Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition), § 843 Rn. 1.
15 Erman[15]/*Wilhelmi*, § 843 Rn. 1; aA *Stoll*, S. 20 ff., wonach Zweifel darüber beseitigt werden sollen, dass eine Ersatzpflicht auch für solche Nachteile bestehe, die an der Grenze zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden liegen.
16 MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 10.
17 MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 4.

bekommen. Mit dem Fall des patriarchalischen Prinzips ist diese Norm aber – de facto – zur normativen Ruine verkommen.[18]

7 Keine wie immer gearteten sachlichen Gründe gibt es aber, solche Ansprüche nur bei deliktischer Schädigung zu gewähren. Beim Schmerzensgeld hat sich der Gesetzgeber zu dieser Erkenntnis im Zuge des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes durchgerungen. Er hat § 847 ersatzlos gestrichen und den Ersatz ideeller Schäden an systematisch richtiger Stelle im allgemeinen Schuldrecht, nämlich in § 253 geregelt, wodurch bewirkt wurde, dass Schmerzensgeld nunmehr auch bei der Vertrags- und Gefährdungshaftung zu leisten ist. Es ist *Wagner*[19] zu folgen, dass dies auch für die §§ 842–845 der Königsweg wäre, wobei § 845 mE ersatzlos gestrichen werden könnte. Sollte sich der Gesetzgeber zur Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes durchringen, wäre der passende Standort im Kontext des § 253 und nicht im Anschluss an § 844; vielmehr könnte eine solche Reform der Anlass sein, den Inhalt der §§ 842 bis 844 – wie bereits § 847 – zu den §§ 249 ff. zu verschieben und § 845 ersatzlos zu streichen.

## C. Kategorien des Personenschadens – Parallelen und Unterschiede zum Sachschaden

8 Ungeachtet der höheren Wertigkeit der körperlichen Integrität gelten nach der BGH-Rechtsprechung für den Ersatz von Sachschäden großzügigere Maßstäbe als für den Personenschaden.[20] Zum Teil lassen sich Strukturparallelen herstellen, zum Teil zeichnet sich der Personenschaden durch Spezifika aus.[21] Während bei Verdacht einer Substanzbeeinträchtigung Untersuchungskosten beim Sachschaden auch dann ersatzfähig sind, wenn sich herausstellt, dass ein Defizit gar nicht gegeben war,[22] soll das beim Personenschaden anders sein;[23] nach der Wertigkeit des Rechtsgutes müsste es eher umgekehrt sein.

9 Der Reparatur einer beschädigten Sache entspricht die Heilung einer verletzten Person. Während unabhängig von der Durchführung einer Reparatur bzw. losgelöst vom Entstehen von Kosten in bestimmter Höhe fiktive Reparaturkosten verlangt werden können, wobei nunmehr gem. § 249 Abs. 2 S. 2 lediglich der Ersatz der Mehrwertsteuer vom konkreten Anfall abhängig ist, gebühren Heilungskosten nur dann, wenn und soweit sie auch angefallen sind.[24]

10 Kann eine Sache während der Reparatur nicht benutzt werden, kann jedenfalls bei manchen Sachen – im Wesentlichen Fahrzeugen und Häusern – eine abstrakte Nutzungsentschädigung verlangt werden, somit eine Abgeltung dafür, dass die Nutzung der Sache nicht möglich war, unabhängig davon, ob sich das in einem rechnerischen Schaden niedergeschlagen hat oder nicht.[25] Kann eine Person verletzungsbedingt ihre Arbeitskraft nicht einsetzen, ist der – entsprechende – Ersatzanspruch abgesehen vom Haushaltsführerschaden davon abhängig, dass es wegen des vereitelten Einsatzes der Arbeitskraft zu einer konkreten Vermögenseinbuße gekommen ist.[26]

11 Keine Entsprechung zum Sachschaden gibt es bei den vermehrten Bedürfnissen, beim Unterhaltsersatzanspruch sowie beim Schmerzensgeld. Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse zeichnet sich dadurch aus, dass der Geschädigte in die Lage versetzt werden soll, ungeachtet der Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität sein Leben möglichst so fortzuführen, als ob er nicht verletzt worden wäre. Erfasst wird im Gegensatz zum Erwerbsschaden nicht die Fähigkeit der ökonomisch sinnvollen Verwertung der Arbeitskraft, sondern die dazu komplementäre Privatsphäre.[27] Es handelt sich – im Gegensatz zum Schmerzensgeld – um einen Vermögensschaden.[28] Ein Spannungsverhältnis zum Schmerzensgeld weist der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse insoweit auf, als durch das Schmerzensgeld eine Abgeltung für die Unlustgefühle erfolgen soll, die trotz Zubilligung des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse verbleiben.

18 *Ch. Huber* in Schlosser, Bürgerliches Gesetzbuch 1896 bis 1996 – Ringvorlesung der Universität Augsburg, S. 35.
19 MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 10.
20 Ausführlich dazu *Ch. Hube* in FS L. Jaeger (2014), 309 ff.
21 *Ch. Huber* r+s Sonderheft 2011, 34; *ders,* Fragen der Schadensberechnung[2] (1995), S. 10 ff.
22 BGH NJW-RR 2001, 322; NZV 2012, 481.
23 *Burmann/Jahnke* NZV 2013, 313 (314); BGH NJW 2013, 3634 = NZV 2014, 23 (kritisch *Ch. Huber*); kritisch auch *Eggert* in FS L. Jaeger (2014), 279 ff.
24 BGHZ 97, 14 = NJW 1986, 1538 = JZ 1986, 638 (*Zeuner*) = JR 1986, 365 (*Hohloch*) = JuS 1986, 648 (*Emmerich)*; dazu *Grunsky* JuS 1987, 441; *Rinke* DAR 1987, 14.
25 BGHZ 98, 212 = NJW 1987, 50 (*Rauscher*) = JR 1987, 103 (*Hohloch*) = JuS 1987, 574 (*Emmerich*) = AP Nr. 26 zu § 249 (*Stumpf*); dazu *Medicus* Jura 1987, 240; *Schiemann* JuS 1988, 20.
26 BGHZ 54, 45 = NJW 1970, 1411 = SAE 1971, 144 (*Hanau*); dazu *Lieb* JZ 1971, 358.
27 OLG Frankfurt/M SP 2008, 12: Zubilligung der Kosten einer Begleitperson neben Schmerzensgeld; *Ch. Huber* in FS G. Müller, 35 (39 f.).
28 MüKo[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 56, 60.

**12** Bei dieser Sichtweise stellt der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse eine Ausprägung der Restitution dar,[29] während durch das Schmerzensgeld eine Kompensation insoweit eintritt, als eine Restitution nicht mehr möglich ist. Vergleichbar ist das mit den Reparaturkosten einer beschädigten Sache und einem verbleibenden merkantilen Minderwert, sieht man davon ab, dass der merkantile Minderwert der Vermögenssphäre angehört, das Schmerzensgeld aber einen ideellen Schaden abgelten will. Eine Parallele lässt sich indes ziehen: Je perfekter die Restitution gelingt, umso geringer ist das verbleibende Kompensationsinteresse zu bemessen. Keinesfalls darf es aber zu einer Doppelentschädigung kommen.[30] Bei schweren Verletzungen ist eine Heilung bzw. vollständige Wiederherstellung häufig nicht möglich, weshalb die Ausdrucksweise im österreichischen Recht, nämlich die Schaffung einer Ersatzlage, durchaus prägnant ist. Mitunter gelingt nicht einmal eine Annäherung.[31]

## D. Die sachlichen Kategorien des Personenschadens und die Art des Ersatzes – Kapital oder Rente

**13** Die Heilungskosten sind dadurch charakterisiert, dass sie ihr Ende in sich tragen. Sie gebühren, solange ein Heilungsfortschritt zu erwarten ist. Deshalb ist Ersatz in Form einer Kapitalzahlung angemessen. Vermehrte Bedürfnisse entstehen demgegenüber erst in dem Moment, in dem eine weitere Heilung ausgeschlossen ist[32] und die verletzte Person ihr Leben trotz der Behinderung möglichst so führen möchte, als ob es zu keiner verletzungsbedingten Beeinträchtigung gekommen wäre. Sofern es sich um Dauerschäden handelt, ist die Rente im Regelfall die angemessene Ersatzform. Missverständnisse ergeben sich daraus, dass der Gesetzgeber in § 843 die vermehrten Bedürfnisse als sachliche Kategorie benennt und zugleich dafür Ersatz in Form einer Rente anordnet. Die sachliche Kategorie der vermehrten Bedürfnisse und die Ersatzform – Kapital oder Rente – sind aber zu unterscheiden. Es gibt durchaus vermehrte Bedürfnisse, die durch eine Kapitalzahlung befriedigt werden können. Die einschlägige Norm dafür ist § 249. Jedenfalls unzutreffend ist es, bei nicht regelmäßig wiederkehrendem Mehrbedarf jeglichen Anspruch zu versagen.[33]

**14** Beim Erwerbsschaden und beim Unterhaltsersatzanspruch treten demgegenüber keine Verwerfungen auf. Es handelt sich um einen Dauerschaden, für den Ersatz in Form einer Rente zu leisten ist.[34] Nur bei einem wichtigen Grund kann gem. § 843 Abs. 3 der Geschädigte Ersatz – nicht der Ersatzpflichtige Befreiung – in Form einer Kapitalzahlung verlangen. Beim Schmerzensgeld ist die Kapitalzahlung der Regelfall; daneben ist aber auch eine Rente denkbar, vor allem bei sehr schweren Verletzungen.[35] Die Zuerkennung einer Rente ist freilich von einem darauf gerichteten Begehren des Verletzten abhängig.[36]

**15** Bedeutsam ist die Art des Ersatzes – Kapital oder Rente – namentlich dann, wenn im Rahmen der Gefährdungshaftung der Schaden die Haftungshöchstbeträge überschreitet. Der Geschädigte kann dabei sein Wahlrecht zwischen Kapital und Rente in der Weise für sich ausnutzen, dass er für die Vergangenheit bei kurzfristig hohen Schäden einen Kapitalbetrag und bei Dauerschäden eine Rente verlangt.[37] Insoweit kann er durch das Zuwarten mit der Anspruchserhebung – bis zum Ende der Verjährungsfrist – das Ausmaß des Ersatzes zu seinen Gunsten beeinflussen. Zwar kann sich der Geschädigte bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz für den zurückliegenden Zeitraum für eine Kapitalzahlung entscheiden. Ist der Prozess aber einmal eingeleitet, liegt es nicht mehr in der Hand des Verletzten, wie lange dieser dauert, somit wann das Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz erreicht ist.

29 *Ch. Huber* in FS G. Müller, 35 (40); *Pardey*, Rn. 1829; aA MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 60, der auf § 251 verweist.

30 So zu Recht *Pardey*, Rn. 656 unter Hinweis auf OLG Bamberg MedR 1988, 99: Wer die Kosten für eine Begleitperson für den Besuch von Museen und Veranstaltungen verlangt, kann diesen Schaden nicht „doppelt" liquidieren, indem er Schmerzensgeld dafür verlangt, dass insoweit seine Freizeit beeinträchtigt ist; wie aber trotz Reparatur einer beschädigten Sache ein merkantiler Minderwert verlangt werden kann, ist es denkbar, dass ungeachtet der Begleitperson der Freizeitgenuss infolge der Verletzung gleichwohl getrübt ist, weshalb auch insoweit Schmerzensgeld gebührt, ist dieses auch geringer zu bemessen als ohne Zuspruch der Kosten für eine Begleitperson; zum Verhältnis von vermehrten Bedürfnissen und Schmerzensgeld *Ch. Huber*, VersR 1992, 545; *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 ff.

31 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468: Nach Sterilisation ohne Einwilligung der Frau Übernahme der Kosten einer künstlichen Befruchtung, die erfolglos blieb.

32 MüKoBGB[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 59.

33 So möglicherweise *Jahnke* in van Bühren/Lemcke/Jahnke, Teil 4 Rn. 584.

34 *Pardey*, Rn. 1270.

35 Erman[15]/*Wilhelmi*, § 843 Rn. 2; *Ch. Huber* in FS E. Lorenz (2014), 603 ff.

36 *Pardey*, Rn. 2884.

37 MüKo[7]/*Wagner*, §§ 842, 843 Rn. 6; BGHZ 59, 187, 188 = NJW 1972, 1711 f. = LM § 12 StVG Nr. 14 (*Kreft*), wobei der BGH als kritischen Bereich einen Zeitraum von 16 Jahren angibt.

## § 842 Umfang der Ersatzpflicht bei Verletzung einer Person

**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

**(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) [1]Auf die Rente findet die Vorschrift des § 760 Anwendung. [2]Ob, 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** ... 1
I. Erwerb und Fortkommen (§ 842) ... 1
1. Nachteil für den Erwerb ... 1
a) Das Erwerbseinkommen ... 1
b) Die Folgeschäden ... 6
2. Nachteil für das Fortkommen ... 7
3. Erwerbsschaden in Gestalt eines Schockschadens ... 9
4. Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und des § 252 S. 2 BGB – Unterschied zwischen haftungsbegründender (§ 286 ZPO) und haftungsausfüllender Kausalität (§ 287 ZPO) ... 10
II. Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit (§ 843) ... 12
1. Keine Bedeutung der unterschiedlichen Ausdrucksweise in § 842 (Nachteile für Erwerb und Fortkommen) und § 843 (Aufhebung oder Minderung der Erwerbstätigkeit) ... 12
2. Abstrakte oder konkrete Ermittlung der Einbuße ... 13
a) Unterschied zwischen Schadensrecht und Sozialversicherungsrecht ... 13
b) Ersatz für die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit als solcher ... 16
aa) Die Lehre vom Mindestschaden – ein Dauerbrenner der schadensrechtlichen Diskussion ... 16
bb) Keine Aktivierung der Arbeitskraft ohne Verletzung ... 17
cc) Probleme beim Nachweis eines Schadens, insbesondere bei Selbstständigen ... 19
dd) Haushaltsdienstleistungen an Personen außerhalb der Familie ... 21
ee) Sozial karitative Tätigkeiten – Abgrenzung zu Hobby und Freizeit ... 23
ff) Bagatellschwelle ... 27
III. Vermehrte Bedürfnisse ... 28
IV. Erwerbsschaden und vermehrte Bedürfnisse – einheitliche Rente und Abgrenzungsfragen ... 30
1. Einheitliche Rente ... 30
2. Bedeutsamkeit der Abgrenzung ... 31
3. Detailfragen der Abgrenzung ... 32
4. Beurteilung ... 34
**B. Anwendungsbereich** ... 35
**C. Der Erwerbsschaden** ... 37
I. Allgemeine Fragen ... 37
1. Rechtstatsächliche Bedeutung ... 37
2. Die grundsätzliche Vorgehensweise der Ermittlung der Höhe ... 38
3. Bemessungsansätze: Orientierung am Entgelt oder Arbeitswert, Opportunitätskosten ... 39
4. Nebentätigkeit ... 42
5. Rechtswidriger Erwerb ... 43
6. Anrechnung von Ersparnissen ... 45
7. Einfluss des Sozialversicherungs- und Einkommensteuerrechts ... 46
a) Ursache der Probleme und Zielsetzung des Schadensrechts ... 46
b) Regel-Ausnahme-Prinzip ... 48
c) Umsetzung: Brutto- und Nettolohntheorie ... 49
d) Detailfragen ... 52
8. Schadensminderungspflicht ... 57
a) Pflicht zur Wiederherstellung der Gesundheit ... 58
b) Eckpunkte des Sorgfaltsmaßstabs des Verletzten bei Verwertung der Restarbeitskraft ... 59
c) Mitverschulden des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn ... 60
d) Bemühen um ein möglichst hohes Erwerbseinkommen ... 61
e) Umschulung zu einem anderen Beruf ... 66
9. Einfluss eines nach dem Schadensereignis gefassten Entschlusses ... 74
10. Die Prognoseentscheidung ... 75
a) Abbildung der zukünftigen Entwicklung durch Zubilligung einer Rente ... 75
b) Keine übertrieben hohen Anforderungen an die Darlegungslast ... 79
c) Zwei besonders problemträchtige Fallgruppen ... 81
aa) Selbstständig Erwerbstätiger, insbesondere kurz nach Beginn der unternehmerischen Tätigkeit ... 81
bb) Unregelmäßige Erwerbsbiografie, insbesondere bei jungen Verletzten ... 83
11. Zeitliche Befristung der Rente ... 84
a) Anfangstermin ... 84
b) Endtermin ... 85
12. Prozessuale Geltendmachung ... 91

II. Die Fallgruppen des Erwerbsschadens ..... 92
1. Abhängig Beschäftigter ..... 93
a) Regressanspruch des Arbeitgebers .... 95
aa) Der Schaden des Arbeitnehmers, der auf den Arbeitgeber verlagert wird (§ 6 EFZG) ..... 96
bb) Rückgriff des Arbeitgebers außerhalb des § 6 EFZG ..... 97
cc) Ersatz bei Fortzahlung des vollen Entgelts und Rückkehr des Arbeitnehmers auf die Stelle ..... 98
dd) Berechnung des Regressanspruchs .. 99
ee) Zeitpunkt des Übergangs ..... 101
ff) Versagung oder Beschränkung des Regressanspruchs ..... 102
b) Regressanspruch der Sozialversicherungsträger ..... 106
aa) Grundsatz der sachlichen und zeitlichen Kongruenz (§ 116 SGB X) ..... 106
bb) Zeitpunkt des Anspruchsübergangs . 109
cc) Umfang des Regresses ..... 116
(1) Der Regelfall – Regress nach § 116 SGB X ..... 117
(2) Besonderheiten bei der Rentenversicherung – Beitragsregress nach § 119 SGB X ..... 120
(3) Rechtspolitische Einschätzung des Regresses ohne Mittelabfluss beim Sozialversicherungsträger und dessen Reichweite ..... 127
(4) Beschränkung des Regresses durch das Angehörigenprivileg (§ 116 Abs. 6 SGB X) ..... 129
(5) Kürzung des Regressanspruchs ..... 133
(a) Quotenvorrecht des Verletzten versus relative Theorie ..... 133
(b) Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens oder Zurechnung der Betriebsgefahr – relative Theorie ... 134
(c) Quotenvorrecht – Kürzung des Anspruchs wegen Betragsbeschränkung der Haftung oder Scheiterns der tatsächlichen Durchsetzung ..... 135
c) Konkurrenz zwischen dem Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers und des Arbeitgebers ..... 136
d) Restlicher Erwerbsschaden des Verletzten ..... 137
2. Beamter ..... 138
3. Arbeitsloser ..... 143
4. Selbstständig Erwerbstätiger ..... 144
a) Keine abstrakte, sondern konkrete Schadensberechnung ..... 144
b) Geringe Anforderungen an das Beweismaß – § 252 S. 2 BGB, § 287 ZPO ..... 145
c) Schadensminderungspflicht ..... 147
d) Arten der Berechnung des Erwerbsschadens ..... 149
aa) Output bezogener Ansatz ..... 149
(1) Bezugnahme auf Bilanz und Einkommensteuererklärung ..... 149
(2) Spezifika einzelner Tätigkeiten ..... 151
(3) Zeitdimension ..... 154
bb) Inputbezogener Ansatz ..... 156
cc) Kombination beider Ansätze ..... 160
e) Anrechnung von Vorteilen, insbesondere im Steuerrecht ..... 161
aa) Steuervorteile ..... 161
bb) Leistungen von berufsständischen Versorgungswerken ..... 162
cc) Sonstige Vorteile ..... 163
5. Gesellschafter ..... 164
a) Spezialprobleme beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters ..... 164
b) Personengesellschaft ..... 165
aa) Tätigkeitsvergütung ..... 166
bb) Gewinnbeteiligung ..... 167
cc) Einheitlicher Lösungsansatz ..... 170
c) Kapitalgesellschaft mit (partieller) Identität von Gesellschaftern und Geschäftsführern ..... 172
aa) Ausgangspunkt: Entgeltfortzahlungsregeln für Geschäftsführergehalt ..... 172
bb) Im Vergleich zwischen einzelkaufmännischem Unternehmen und Ein-Mann-GmbH Gefahr der Bejahung eines Erwerbsschadens ohne Schadensnachweis ..... 173
cc) Pflicht zur Zahlung des Schadensersatzes an die Kapitalgesellschaft .... 176
d) Besondere Anforderungen an die Gesellschafter bzw. Geschäftsführer .. 177
6. Haushaltsführer ..... 178
a) Haushaltsführung im engeren Sinn .... 179
b) Haushaltsführung im weiteren Sinn ... 180
c) Der Kreis der anspruchsberechtigten Personen – Unterschiede zwischen Verletzung und Tötung ..... 183
aa) Tatsächliche Ebene versus gesetzliche Unterhaltspflicht ..... 183
bb) Single-Haushalt ..... 184
cc) Andere Personen als durch Unterhaltsband verbundene Kernfamilie .. 185
dd) Nichteheliche Lebensgemeinschaft . 186
ee) Kind ..... 187
d) Reaktionen auf den Schaden ..... 188
e) Wechselwirkungen zu den Pflegeleistungen, zum Erwerbsschaden und zum Schmerzensgeld ..... 188a
f) Der Umfang des Ersatzes bei Einstellung einer (fiktiven) Ersatzkraft ..... 189
aa) Zeitaufwand ..... 190
bb) Haushaltsspezifische Minderung der Erwerbsfähigkeit ..... 198
cc) Stundenlohn in Abhängigkeit von der Qualifikation der zugrunde zu legenden Ersatzkraft ..... 199
dd) Befristung der Rente ..... 207
ee) Abänderung der Rente ..... 209
g) Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen ..... 210
h) Mitwirkung des Haushaltsführers beim Erwerb des anderen ..... 212
i) Mitwirkung eines Kindes im Haushalt oder Erwerb ..... 213
j) Prozessuale Fragen ..... 213a
k) Komplexität der Berechnung ..... 213b
7. Noch nicht im Erwerbsleben stehende Person ..... 214
a) Besonders große Schwierigkeiten der Prognose bei sehr jungen Menschen .. 215
b) Verspäteter Eintritt ins Erwerbsleben .. 223
c) Behinderung in der Haushaltsführung 226
d) Einwendungen des Ersatzpflichtigen .. 227
**D. Die vermehrten Bedürfnisse** ..... 229
I. Rechtstatsächliche Bedeutung ..... 229
II. Zielsetzung des Anspruchs ..... 230
III. Ausprägungen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse ..... 232

IV. Ersatzanspruch unabhängig von der widmungsgemäßen Verwendung ... 237
V. Modalität der Abrechnung ... 240
VI. Zeitliche Befristung ... 241
VII. Sachliche Mehraufwendungen ... 242
1. Verkehrsmittel ... 242
2. Wohnbedarf ... 244
a) Qualitative und quantitative Dimension ... 244
b) Bedarfsdeckung, nicht Vermögenstransfer ... 245
c) Kapital oder Rente ... 248
VIII. Pflegedienstleistungen, häufig von Familien .. 249
1. Besuchskosten ... 250
2. Nicht ersatzfähige Unterhaltsleistungen .. 251
3. Ersatzfähige Dienstleistungen ... 254
4. Verhältnismäßigkeitsgrenze (§ 251 Abs. 2) ... 257
5. Anrechnung von Vorteilen ... 259
6. Umfang ohne Einstellung einer Ersatzkraft ... 260
a) Zeitumfang ... 260
b) Stundenlohn ... 262
c) Größenordnung ... 263
7. Ersatz der Kosten für die Rentenversicherungsbeiträge der unentgeltlich tätig werdenden Pflegekraft gem. § 44 SGB XI .... 264
IX. Kosten einer Behindertenwerkstätte ... 265
X. Sachliche Kongruenz von Leistungen der Sozialversicherungsträger ... 266
XI. Zeitpunkt des Regresses des Sozialversicherungsträgers bei einem Systemwechsel – Einfluss auf einen vom Verletzten und dem Ersatzpflichtigen geschlossenen Abfindungsvergleich ... 268
XII. Darlegung ... 271
**E. Der Anfall der Rente und Sicherheitsleistung (§ 843 Abs. 2)** ... 272
I. Dreimonatlicher Anfall (§ 843 Abs. 2 S. 1 – Verweis auf § 760) ... 272
II. Sicherheitsleistung (§ 843 Abs. 2 S. 2) ... 273
**F. Kapitalabfindung anstelle einer Rente (§ 843 Abs. 3)** ... 274
I. Verhältnis von Kapital und Rente ... 274
II. Wahlrecht des Geschädigten bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ... 276
III. Keine Abänderung bei wesentlicher Änderung gem. § 323 ZPO ... 282
IV. Bemessungsdeterminanten der Kapitalabfindung ... 284
1. Einführung ... 284
2. Qualität der Prognose ... 285
3. Leibrente bzw. Verbindungsrente, nicht Zeitrente ... 287
4. Anknüpfung an Brutto- oder Nettowerte – ESt und Sozialversicherungsbeiträge ... 288
5. Aufteilung zwischen Geschädigtem und Sozialversicherungsträger ... 289
6. Zeitliche Dimension ... 291
7. Dynamisierung ... 294a
8. Kapitalisierungszinsfuß ... 295
9. Günstigkeit einer Kapitalabfindung ... 301
10. Reformbedarf ... 301b
a) Haftpflichtversicherer: Festhalten am status quo ... 301b
b) Alternativen zum Festhalten am Status quo ... 301n
**G. Eckpunkte eines Abfindungsvergleichs** ... 302
**H. Anrechnung von Drittleistungen (§ 843 Abs. 4)** ... 309
I. Der in § 843 Abs. 4 geregelte Fall und die Erweiterungen durch die Rechtsprechung ... 310
II. Verhältnis des § 843 Abs. 4 zu den Legalzessionsnormen, insbesondere § 86 VVG, § 6 EFZG, § 116 SGB X – Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ... 311
III. Grenzen der versagten Anrechnung ... 313

## A. Definition der Begriffe

### I. Erwerb und Fortkommen (§ 842)

**1. Nachteil für den Erwerb. a) Das Erwerbseinkommen.** 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] **1**

Zum Erwerbseinkommen zählt nicht nur die Gegenleistung für die Betätigung der Arbeitskraft in Geld, sondern jegliches **Vermögensäquivalent**, seien es nun Sachbezüge, Mitarbeiterrabatte[5] oder künftige Leistungen. Auch Trinkgelder[6] 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 Schichtar- **2**

1 *Küppersbusch/Höher* Rn. 40; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 833; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 5.
2 AA zu Unrecht *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 393: Haushaltsführung immaterieller Personenschaden.
3 *Langenick* NZV 2009, 257.
4 Lediglich auf die Zeitschiene abstellend MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 14.
5 OLG Braunschweig SP 2001, 91.
6 *Ernst* VA 2008, 132.
7 BGH VersR 1967, 1080: Bordzulage.

beiter- und Erschwerniszulagen[8] 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 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** In einer älteren Entscheidung[15] 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 Literatur[17] 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]

**4** Nicht als Erwerbsschaden ersatzfähig sind **frustrierte Aufwendungen**. In Betracht kämen etwa Aufwendungen für eine sinnlos gewordene Investition[20] 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** 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 Winterbauumlage 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.

8 OLG Hamm zfs 1996, 211.
9 BGH NJW 2016, 1386 = ZVR 2016/99 (*Ch. Huber*); OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 88; OLG Hamm NJW-RR 2006, 168.
10 OLG 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.
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: Hälftige 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 1 a; Schulze[10]/*Staudinger* § 842 Rn. 5; *Pardey* Rn. 2791; Erman[15]/*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.
20 Bejahend aber Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 5.
21 *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 125, 125 a.
22 BGH NJW-RR 1986, 513.

**b) Die Folgeschäden.** 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 Krankenkasse[28] 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 Prämienerhöhung nicht wegen Behinderungen in der Erwerbsfähigkeit erfolgt, sondern wegen des erhöhten Erkrankungsrisikos. Die Einordnung unter den Fortkommensschaden 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] 6

**2. Nachteil für das Fortkommen.** 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 Beförderungen[33] oder veränderte Arbeitsmarktbedingungen oder Erschwernisse im Studium und infolgedessen verzögerter Fertigstellung.[34] 7

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 Altersversicherung auswirken. 8

**3. Erwerbsschaden in Gestalt eines Schockschadens.** 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 KG[38] 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. 9

23 Jauernig[17]/*Teichmann* § 842 Rn. 3; Soergel[13]/*Beater* § 842 Rn. 9; BGH LM § 843 BGB Nr. 1 = VersR 1953, 147.
24 BGH NJW 1998 1634.
25 Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 6; RGZ 141, 169.
26 *Ernst* VA 2008, 132.
27 BGH NJW 1984, 2627.
28 OLG Köln NJW-RR 1990, 1179.
29 So der Sachverhalt der BGH-Entscheidung NJW 1984, 2627.
30 OLG Hamm VersR 2000, 234 (236); *Pardey* Rn. 2125.
31 BGH NJW 1998, 1635; NJW-RR 1989, 606; NJW 1985, 791; OLG Köln VersR 1989, 756; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 12.
32 Schulze[10]/*Staudinger* § 842 Rn. 5.
33 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 14, 29.
34 BGH NJW 1991, 2422 f.; NJW 1985, 791 f.
35 BGH NJW 2002, 292; NJW-RR 1999, 1039; Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 3, 7, der sie gar für unmöglich hält; ebenso *Steffen* DAR 1984, 1 (2); *Scheffen* VersR 1990, 926; *Pardey* Rn. 2023.
36 Anders im österreichischen Recht, wo der dem Fortkommensschaden entsprechende entgangene Gewinn lediglich bei grober Fahrlässigkeit ersatzfähig ist.
37 *Luckey* VRR 2006, 226.
38 KG NZV 2005, 315.

Der BGH hat ausgesprochen, dass ein Ersatz wegen eines **Schockschadens** auch auf einem ärztlichen Kunstfehler beruhen kann.[39]

10 **4. Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und des § 252 S. 2 BGB – Unterschied zwischen haftungsbegründender (§ 286 ZPO) und haftungsausfüllender Kausalität (§ 287 ZPO).** 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 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 Köln[48] hat durchaus einfühlsam ausgesprochen, dass das nachvollziehbar sei in einer Arbeiterfamilie, in der die Ehefrau auf eine Vollzeitstelle wechsle, 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 und 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 Hamm[49] 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 Probleme, einen nachhaltigen Gewinn im Ausmaß des Einkommens eines gleichaltrigen Arbeitnehmers nachzuweisen.[50]

10a Vor allem, aber nicht nur beim Erwerbsschaden eines selbstständig Erwerbstätigen[51] 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 Geschädig-

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*).

40 BGH NJW 1998, 1634; NJW 1995, 1023; *Küppersbusch/Höher* Rn. 45 f.; Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 12.

41 BGH NJW 1996, 2924; NJW 1993, 734; OLG Celle OLGR 2004, 457: Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 182; *Freymann* VGT 2013, 21, 25.

42 BGH 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.

44 BGH 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).

45 BGH 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 „deutich 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.

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.

ten) – 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 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)

12 **1. Keine Bedeutung der unterschiedlichen Ausdrucksweise in § 842 (Nachteile für Erwerb und Fortkommen) und § 843 (Aufhebung oder Minderung der Erwerbstätigkeit).** 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 Fortkommensschäden unterbleiben kann, verhält es sich auch bei der Aufhebung und Minderung der Erwerbsfähigkeit. Beide lassen sich unter dem Oberbegriff „Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit" zusammenfassen.[65]

13 **2. Abstrakte oder konkrete Ermittlung der Einbuße. a) Unterschied zwischen Schadensrecht und Sozialversicherungsrecht.** 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

54 *Freymann* 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. Schah 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"; *Freymann* DAR 2016, 246: Thema „Schadensersatz und Steuer" nicht selten stiefmütterlich behandelt, gehört „auch nicht unbedingt zum alltäglichen Geschäft der Regulierungspraxis".

56 MüKoBGB[7]/*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.

59 BGH NJW 1995, 1023.

60 BGH NJW 2000, 3287; NJW-RR 1999, 1039.

61 BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

62 BGH NJW 1997, 937.

63 *Langenick* NZV 2009, 257 (263).

64 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 13.

65 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 6.

66 Zu den unterschiedlichen Voraussetzujgnen *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.

lebenslänglich gebührt, so dass sie in solchen Fällen indirekt auch dem Ausgleich des immateriellen Schadens dient.[68]

**14** Im **Schadensrecht** ist demgegenüber bedeutsam, welche Auswirkungen die konkrete Verletzung auf den **Einsatz der Arbeitskraft** des jeweiligen Verletzten hat.[69] Dementsprechend erleidet der 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** 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 hat[73] und das Jahreseinkommen kraft Satzung festgelegt wird.[74] Anders als bei § 110 SGB VII, wo es auf die Aufwendungen des 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]

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 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; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 3; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 4.
70 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 32; BGH NJW 1991, 1412; NJW 1991, 2422.
71 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 831.
72 So *Pardey* Rn. 2027, Fn. 273.
73 BGH 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.
74 BGH NJW 2010, 1532 = jurisPR-VerkR 14/2010 Anm. 2 (*H. Lang*) = SVR 2010, 462 (*J. Lang*).
75 BGHZ 168, 161 = NJW 2006, 3563 = SVR 2006, 431 (*J. Lang*) = VRR 2007, 26 (*Luckey*).
76 Zu 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).
80 Dazu *Konradi* SGb 2017, 561 ff.

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.** 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: **16**

**bb) Keine Aktivierung der Arbeitskraft ohne Verletzung.** 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 Arbeitslosen[88] 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. **17**

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 (→ 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. **18**

**cc) Probleme beim Nachweis eines Schadens, insbesondere bei Selbstständigen.** 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 **19**

81 Ausführlich dazu *Konradi* SGb 2016, 195 ff.
82 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 4, mwN.
83 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 15; *Hagen* JuS 1969, 61 (68).
84 Soergel[13]/*Beater* § 842 Rn. 7; *Pardey* NJW 1997, 2094 (2096); BGHZ 90, 334 = NJW 1984, 1811; BGH NJW 1994, 652.
85 BGH NJW 2002, 292; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 48.
86 *Pardey* Rn. 2026.
87 Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 4.
88 *Pardey* Rn. 2120.
89 *Pardey* Rn. 2495.
90 OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513: Parallele zur ärztlichen Rufbereitschaft.
91 BGHZ 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.

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.

**20** 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]

**21** **dd) Haushaltsdienstleistungen an Personen außerhalb der Familie.** 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 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 Klosters[102] erbracht.

**22** Die Rechtsprechung ist in all diesen Fällen in Bezug auf die Anerkennung eines Erwerbsschadens zurückhaltend.[103] Auch in der Literatur[104] 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

93 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1074; *Küppersbusch/Höher* Rn. 137.
94 BGHZ 54, 45 = NJW 1979, 1411 = SAE 1971, 144 (*Hanau*); dazu *Lieb* JZ 1971, 538.
95 So die Rspr.: BGH NJW 1994, 652; NZV 1993, 428; NJW-RR 1992, 852; NJW-RR 1991, 470; BGHZ 90, 334 = NJW 1984, 1881; ebenso MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 43; *Küppersbusch/Höher* Rn. 138; Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 4; § 843 Rn. 4; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 4 § 843 Rn. 15.
96 Jeglichen Ersatz ablehnend *Burmann* DAR 2012, 127 (131).
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 MüKoBGB[7]/*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).

der verletzten Person jedenfalls Ersatz, wenn der reale Zustand wie ohne das schädigende Ereignis wiederhergestellt wird.

23 **ee) Sozial karitative Tätigkeiten – Abgrenzung zu Hobby und Freizeit.** 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 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 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 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.

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.
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.

**26** 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]

**27** **ff) 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** Die vermehrten Bedürfnisse sind der **Gegenbegriff** zum **Erwerbs- und Fortkommensschaden** 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 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** 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 Neuschaffung[124] 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 Schulaufgaben[129] bzw. Fahrten zur Ausbildungsstätte[130] 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 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 Freizeitgestaltung[135] 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]

119 LG Karlsruhe NJW-RR 1996, 1239.
120 *Pardey* Rn. 2774.
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.
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.

## IV. Erwerbsschaden und vermehrte Bedürfnisse – einheitliche Rente und Abgrenzungsfragen

**1. 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 **Teilglieder 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 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. **30**

**2. Bedeutsamkeit der Abgrenzung.** 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 BFH[144] 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 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] **31**

**3. Detailfragen der Abgrenzung.** Beim **Haushaltsführerschaden** wird eine Abgrenzung in der Weise vorgenommen, ob die Haushaltsführung bloß der **Eigenversorgung** dient – dann vermehrtes Bedürfnis[153] – oder diese **anderen Familienmitgliedern** zugutekommt – dann Erwerbsschaden.[154] Die Abgrenzung wird **32**

138 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 77; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 28, 165; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 15.
139 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 12.
140 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 28, 36.
141 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 28; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 13.
142 Palandt[79]/*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.
151 AA 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.
153 OLG 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.
154 BGH NJW 1997, 256; NJW-RR 1992, 792; NJW-RR 1990, 34; NJW 1974, 41; ebenso die Literatur: MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 52; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 8; *Drees* VersR 1988, 784 (786).

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 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** 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 Arbeitsstätte[161] oder einer höheren Miete am neuen Arbeitsort.[162] Bei zusätzlichen Ausbildungskosten[163] 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 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 Umschulungs-

155 BGH 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*).

156 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 5.

157 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung[2] (1995), S. 320 ff.

158 BGH NJW 1997, 256; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 8; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 2.

159 AA OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*): Fahrten der Mutter, damit der Sohn Jurastudium absolvieren kann, vermehrte Bedürfnisse.

160 AA *Zoll* NJW 2014, 967 (971): Vermehrte Bedürfnisse.

161 Staudinger/*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.

162 AA Palandt[79]/*Sprau* § 843 Rn. 3: Vermehrte Bedürfnisse.

163 Für 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.

165 BGH NJW-RR 1991, 854; NJW 1987, 2741; BGHZ 84, 151 = NJW 1982, 2321; aA aber OLG Schleswig VersR 1991, 355.

166 BGH NZV 1991, 387; OLG Hamm VersR 1992, 459; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 21; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 605.

167 Diese 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.

169 So auch bei einer reinen Beschäftigungstherapie OLG Hamm VersR 1992, 459; DAR 2001, 308; dazu *Ch. Huber* r+s Sonderheft 2011, 34, 40 f.

170 OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*).

171 BGH VersR 2015, 1048; OLG Oldenburg – 5 U 76/12.

maßnahme 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 Dienstherrn[173] ist im Rahmen des Regressanspruchs ein Mitverschulden des Regressgläubigers zusätzlich in Anschlag zu bringen.

**4. Beurteilung.** Die Zusammenfassung von Erwerbsschaden und vermehrten Bedürfnissen zu einer **einheitlichen Rente** hat mehr Nachteile als Vorteile.[174] Die vermehrten Bedürfnisse stehen 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] **34**

## B. Anwendungsbereich

Der Wortlaut des § 842 setzt eine deliktische Schädigung bzw. die Verwirklichung eines im BGB geregelten **Gefährdungshaftungstatbestandes**[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. **35**

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 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 Gefährdungshaftungsgesetzen[184] sowie bei Aufopferungsansprüchen[185] 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. **36**

## C. Der Erwerbsschaden

### I. Allgemeine Fragen

**1. Rechtstatsächliche Bedeutung.** 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 **37**

172 LG Augsburg NJW Spezial 2007, 258.
173 BGH NJW 2010, 927 = jurisPR-VerkR 2010/2 Anm. 2 (*Jahnke*): Früherer Einsatz eines verletzten Beamten im Innendienst möglich.
174 Kritisch auch MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 77.
175 BGHZ 119, 20 = NJW 1992, 2753.
176 So wohl auch *Pardey* Rn. 1321 ff.
177 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 2.
178 Soergel[13]/*Beater* § 842 Rn. 2.
179 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 5.
180 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 4, 3.
181 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 8.
182 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 8; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 9; Schulze[10]/*Staudinger* § 842 Rn. 2.
183 BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; BGH NJW 1993, 1523; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 4; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 12.
184 In § 89 WHG fehlt etwa eine Regelung des Entschädigungsumfangs bei Gesundheitsschäden, so der Hinweis bei MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 5.
185 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 5.
186 *Luckey* VRR 2005, 364 (365).

Personenschäden entfallen darauf.[187] Bei mittleren und schweren Verletzungen überschreitet selbst der Haushaltsführungsschaden das Schmerzensgeld.[188] Bei 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]

**38** **2. Die grundsätzliche Vorgehensweise der Ermittlung der Höhe.** 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 Erträgnisse 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 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.

**39** **3. Bemessungsansätze: Orientierung am Entgelt oder Arbeitswert, Opportunitätskosten.** 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]

187 *H. Lang* jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3.

188 *Gräfenstein/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 Arbeit (davon 7,1 Mrd. Stunden, 77 % für Hausarbeit), 7,9 Mrd. Stunden für bezahlte Arbeit; Wert der unbezahlten Arbeit nach der Marktmehthode 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.

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; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 19.

196 *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2012, 393 (394); *Eilers* VGT 2013, 9, 13.

197 Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 1.

198 Zutreffend *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, § 2 Rn. 20.

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] **40**

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.). **41**

**4. Nebentätigkeit.** 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 wurde[207] und er in der Folge keine solche Tätigkeit mehr findet. **42**

**5. Rechtswidriger Erwerb.** 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 Arbeitszeitordnung[210] und die Aufenthaltserlaubnis von Ausländern in Deutschland,[211] nicht aber bei Steuerhinterziehung[212] oder Verstoß gegen Meldepflichten nach dem Sozialversicherungsrecht.[213] **43**

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, inwieweit ein Wertewandel stattgefunden und auch in der Gesetzgebung sich niedergeschlagen hat. Der BGH hat in einer älteren Entscheidung[214] ausgesprochen, dass bei Verletzung einer **Prostituierten** diese zwar im Ausgangspunkt keinen Erwerbsschaden geltend machen könne, **44**

199 Zur Subsidiarität der arbeitswertorientierten Berechnungsmethode *Steffen* VersR 1985, 605 (606 f.).
200 MüKoBGB7/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 18.
201 BGH NJW 1998, 1633; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 5: In § 842 findet sich hierzu nichts.
202 OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407: Annahme bei einem Medizinstudenten, dass Aufgabe in der Phase der Examensvorbereitung.
203 OLG Köln VersR 1989, 755.
204 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 910 f.
205 BGH NJW 1994, 851; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 11.
206 *Eggert* VA 2006, 116 (117).
207 OLG 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.
208 MüKoBGB7/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 58; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 838.
209 BGH NJW 1990, 2542; OLG Brandenburg BeckRS 2010, 12595; LG Oldenburg VersR 1988, 1246 (Ls.); *Küppersbusch/Höher* Rn. 44.
210 BGH NJW 1986, 1486.
211 BGH VersR 1989, 284.
212 BGHZ 136, 125 = NJW 1997, 2599; ZIP 2001, 202.
213 BGH 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.
214 BGHZ 67, 119 = NJW 1976, 1883 = JZ 1977, 173 (*Stürner*) = JR 1977, 104 (*Lindacher*).

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 Literatur[215] 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 OGH[218] in einer dem Erwerbsschaden voll stattgebenden Entscheidung ausgesprochen hat, findet bei solchen Austauschverträgen typischerweise Vorkasse der Prostituierten statt.

45 **6. Anrechnung von Ersparnissen.** 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 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 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 Unterhaltsleitlinien[231] 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]

215 Schulze[10]/*Staudinger* § 842 Rn. 4; Erman[15]/*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.
217 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 58; *Küppersbusch/Höher* Rn. 43.
218 OGH SZ 54/70.
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.
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*): Grafikdesignerin; OLG Celle BeckRS 2008, 00245 = jurisPR-VerkR 2008/3 Anm. 6 (*Nugel*); *Luckey* VRR 2006, 364 (371).

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** 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 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 Drittleistungsträger, also des Arbeitgebers bei § 6 EFZG, des Sozialversicherungsträgers nach § 116 SGB X sowie des Dienstherrn gem. § 76 BBG (ehemals § 87 a BBG), § 52 BRRG aF bzw. dessen Umsetzung in die Landesgesetze sowie § 30 Abs. 2 SoldG entgegenhalten lassen muss.[244]

**46** **7. Einfluss des Sozialversicherungs- und Einkommensteuerrechts. a) Ursache der Probleme und Zielsetzung des Schadensrechts.** 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 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

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.
240 AA *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.
242 BGHZ 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.
245 Gem. § 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.
247 OLG 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.

(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** Dazu kommen **Komplikationen im Steuerrecht**. Die Steuer auf den Schadensersatz ist in der Regel geringer als die Besteuerung der Ersatzleistungen.[249]

**47a** Manche dieser Drittleistungen sind vollkommen **steuerfrei**, so die Auslandsverwendungszulage eines Soldaten,[250] das Arbeitslosengeld, das Krankengeld der Krankenkasse, sowie Leistungen der Pflegeversicherung und der Unfallversicherungsträger, nämlich die Verletztenrente, das Verletztengeld und das Übergangsgeld (§ 3 Nr. 1 a und 1 c 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 EStpflichtig.[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. 1 a, 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.

**48** **b) Regel-Ausnahme-Prinzip.** 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 Drittleistung 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 Drittleistung 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. § 33 b EStG[262] oder der Privilegierung der Betriebsveräußerung infolge Berufsunfähigkeit ab einem

248 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 9, 14.
249 *Jahnke*, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79, 81, 84.
250 OLG Stuttgart NJW-RR 2007, 88.
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.
260 BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389; *Küppersbusch/Höher* Rn. 131; MüKoBGB[7]/*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. 1 a 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).
261 BGH NJW 1999, 3711; NJW-RR 1992, 1050; NJW 1987, 1814; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 13; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 36; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 18; *Kullmann* VersR 1993, 385 (388 ff.); aA *Knobbe-Keuk* in 25 Jahre Karlsruher Forum, 134 (138).
262 BGH NJW-RR 1988, 470; *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (326).

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.** Eine in der Theorie belanglos erscheinende, aber in der Praxis überaus bedeutsame Frage[264] ist die der Umsetzung dieser Vorgaben im Haftpflichtprozess sowie bei der außergerichtlichen Schadensregulierung. Zwei gegenläufige Theorien standen jahrelang miteinander im Wettstreit, nämlich die Nettolohn- und die Bruttolohntheorie, ehe der BGH[265] erklärt hat, dass bei richtiger Anwendung beide zum gleichen Ergebnis führen müssen[266] 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? **49**

Die **Bruttolohntheorie** geht vom Bruttoeinkommen inklusive Weihnachts- und Urlaubsgeld und der Freistellungstage,[269] den Beiträgen zur privaten Vermögensbildung und Altersvorsorge[270] sowie der Kirchensteuer[271] 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 Drittleistung 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 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 Haftpflichtsicherer 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] **50**

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 **51**

263 BGH NJW 2014, 994; *Dabitz* zfs 2016, 364 (369 f.).
264 Gegenteilig die Einschätzung von *Luckey* VRR 2005, 364 (369): Eher ein akademisches Problem.
265 BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389 = LM § 249 (Ha) BGB Nr. 51 (*Rüßmann*) = 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 MüKoBGB[7]/*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.
268 BGH NJW 2001, 1640; *Freymann* DAR 2016, 246 (248).
269 BGH NJW 1996, 2296.
270 LG Kassel NJW-RR 1987, 799.
271 BGH NJW-RR 1988, 149.
272 Für diese *Scheffen* VersR 1990, 926.
273 *Langenick* NZV 2009, 257 (262).
274 BGHZ 87, 181 = NJW 1983, 1669; NJW 1996, 2296.
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 Erman[15]/*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.

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 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:

**52** **d) Detailfragen.** 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 Literatur[290] 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 nicht auszumachen.[292] Er wird erst dann deutlich, wenn man das Ergebnis mit dem der Nettolohntheorie vergleicht.

**53** 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** 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 deshalb geringer ist, als wenn er unverheiratet wäre.[298] Diese Umrechnung ist aus schadensrechtlicher Sicht durchaus folgerichtig; der

284 BGHZ 127, 391 = NJW 1995, 389; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 36; Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 5; *Pardey* Rn. 2260.
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 *Freymann* 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 *Freymann* DAR 2016, 246 (248).
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.
298 *Freymann* DAR 2016, 246 (251); auf diesen Umstand nicht hinweisend *Jahnke*, 54. Deutscher Verkehrsgerichtstag 2016, 79 (85).

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 Strittig ist, ob der Geschädigte für die voraussichtlich anfallende Einkommensteuer Zahlung ex ante[300] oder bloß Freistellung ex post[301] 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 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 ergebende Steuerbegünstigung soll beim Geschädigten verbleiben[305] 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 Beiziehung eines Steuerberaters durch den Geschädigten ist insoweit unerlässlich; die Kosten sind vom Schädiger zu ersetzen.[310]

57 **8. 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 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:

58 **a) 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

299 Ebenfalls dazu tendierend *Freymann* 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); *Freymann* DAR 2016, 246 (248).
305 *Langenick* NZV 2009, 257 (259); MüKoBGB[7]/*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. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (326); *Freyman* DAR 2016, 246 (250): Teil des nach § 249 zu ersetzenden Schadens.
311 *Eggert* VA 2006, 116; ähnlich der Befund von *G. Müller* zfs 2009, 62 (124), 126: „Die Anforderungen sind recht streng."
312 *G. Müller* zfs 2009, 62 (124), 127.
313 BGH NZV 1994, 271; VersR 1987, 408; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 21; Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 6; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 32.

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 ist auf das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abzustellen, nicht darauf, was denkbar oder möglich ist; die Beweislast trägt der Schädiger.[317]

**59** **b) Eckpunkte des Sorgfaltsmaßstabs des Verletzten bei Verwertung der 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 BGH[320] 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 BGH[323] drückt das mit der Formel aus, dass 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** 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

314 OLG Hamm VersR 1997, 374; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1132.
315 BGH r+s 1994, 217; *Ernst* VA 2008, 132 (136); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1133; *Held* VGT 2012, 41, 42.
316 *Eggert* VA 2006, 116.
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 Schadensberechnung[2] (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.
324 So auch MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 32.
325 OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141.
326 *Lunk* NJW 2019, 2349 ff.

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, 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.** 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. **60**

**d) Bemühen um ein möglichst hohes Erwerbseinkommen.** 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 aus- **61**

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.
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 Aufhebungsverttrag 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*).
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.

geübt 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 als Arbeitnehmer auszuüben.[342] Eine im Sicherheitsgewerbe tätige Hilfskraft kann sich jedoch nicht darauf versteifen, wieder im Sicherheitsgewerbe tätig zu sein.[343]

**62** Zu beobachten ist, dass eine Tendenz besteht, **strengere Maßstäbe an die zumutbare Ersatzstelle** anzulegen.[344] So hat etwa der BGH[345] 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** 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

336 Diesen Aspekt betonend BGH NJW 1991, 1412; OLG Frankfurt/M. NZV 1991, 188; OLG Hamm r+s 1994, 417; Soergel[13]/*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*).
342 OLG Köln VersR 2000, 237; *Eggert* VA 2006, 116 (119).
343 OLG Düsseldorf NJW 2011, 1152; weitere Beispiele bei *Held* VGT 2012, 41, 47.
344 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1119.
345 BGH NJW 1998, 3706.
346 Dazu MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 32.
347 Weitergehend unter fälschlicher Berufung auf diese Entscheidung *Küppersbusch/Höher* Rn. 59, wonach der Ersatzpflichtige für die Anschaffungskosten des Kfz aufzukommen habe.
348 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 32.
349 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1119.
350 BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520.
351 *Eggert* VA 2006, 116 (119).
352 *Ernst* VA 2008, 132 (136); *Luckey* VRR 2005, 364 (366).
353 BGH NJW 1979, 2142.
354 BGH NJW 1991, 1413: Türkische Gastarbeiterin, fünf Jahre Volksschule, keine Deutschkenntnisse.

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** 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 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** 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

355 BGH NJW 1996, 652.
356 So BGH NJW 1996, 652.
357 OLG Hamm BeckRS 2005, 02606 = SVR 2006, 67 (*Luckey*): ausreichend Vorlage einer Vielzahl von Bewerbungen; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1121; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 33; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 21.
358 OLG Hamm VersR 2017, 235: Abgelehnter Antrag auf Prozesskostenhilfe.
359 OLG Schleswig NZV 2015, 42; zustimend *Hensen/Figgener* 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.

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 Hamm[368] 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 Oldenburg[370] 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 Laie häufig nicht abschätzen kann, ist es fraglich, ob es zumutbar ist, weiterhin für einen Arbeitgeber tätig zu sein, der ihm gekündigt hat.

66 **e) Umschulung zu einem anderen Beruf.** 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 Einnahmenausfall 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 Verletzten[375] 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

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).
372 OLG 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.
373 BGH NJW-RR 1991, 854; NJW 1982, 1638; *Debudey* VGT 2013, 1, 6: Leidensgerechte berufliche Tätigkeit.
374 OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141: Einnahmenausfall 88.895 EUR; Kosten der Umschulung 81.089 EUR.
375 AA zu Unrecht *M. Müller* SGb 2016, 680 (682): Kosten der beruflichen Rehabilitation als Teil der vermehrten Bedürfnisse.
376 BGH NJW 1980, 2755.

sogar ausnahmsweise von einem Zivilgericht überprüfbar.[377] In den letzten Jahren sind auf diesem 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** 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 Einnahmenausfall; insoweit handelt es sich um ein bis zur Unverhältnismäßigkeitsschwelle berücksichtigungsfähiges Integritätsinteresse.[385]

**68** 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 Verdienstausfall abgewendet wird[387] 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** 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 BGH[391] 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 angemes-

377 BGH 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.

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; Schulze[10]/*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.).

386 OLG Schleswig VersR 1991, 355; *Küppersbusch/Höher* Rn. 68; *Pardey* Rn. 2178; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1126.

387 BGH NJW 1982, 1638.

388 BGH NJW-RR 1991, 854.

389 BGH NJW 1982, 1638: Montageschlosser zu Nachrichtengerätetechniker; ebenso Soergel[13]/*Beater* § 842 Rn. 18.

390 BGH NJW 1987, 2741: Verletzter Kfz-Mechaniker wird umgeschult zum Zahntechniker, größere Ähnlichkeit wäre gegeben bei Radio- und Fernsehtechniker.

391 BGH NJW 1987, 2741.

392 Diese 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.

sen, eine **Aufteilung des Mehrverdienstes** vorzunehmen, mangels anderer Anhaltspunkte – etwa eine 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** 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 Beschäftigungstherapie[397] 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 im Schadensrecht zu begründen, wenngleich 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** 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

393 So zu Recht OLG Nürnberg VersR 1991, 1256 mit dem Hinweis, dass keine Verrechnung mit einem bloß möglichen Mehrverdienst vorgenommen werden darf.
394 *Pardey* Rn. 2180.
395 BGH NJW-RR 1991, 854.
396 BGH NJW 1982, 2321.
397 Vgl. dazu BGH NJW 1994, 131.
398 BGH NJW-RR 1991, 854.
399 BGH 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.
400 OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141: Umschulung vom Kfz-Mechaniker zum Bürokaufmann, der in der Folge keine Stelle findet.
401 *Eggert* VA 2006, 116 (117).
402 BGH NJW 1982, 2321; OLG Jena NJW-RR 1999, 1408.
403 OLG Jena NJW-RR 1999, 1408.
404 Instruktiv BGH NJW 1991, 1412: Die verletzte Person ist während der Untätigkeit übergewichtig geworden.
405 Van 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).

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]

72 Die **Ablehnung** der Teilnahme an einer **beruflichen Umschulung** oder der **Abbruch** einer solchen Ausbildung ist unter dem Blickwinkel des Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht[409] 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 ungelernte Kraft mit keinen oder rudimentären Deutschkenntnissen ist.[414]

73 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 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 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.

74 **9. Einfluss eines nach dem Schadensereignis gefassten Entschlusses.** 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 BGH[419] 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

407 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1139.
408 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1142.
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).
416 OLG Celle VersR 1988, 1252: Kein Hinderungsgrund, dass die Fa. in der Folge insolvent wurde.
417 OLG Köln zfs 1988, 43; *Küppersbusch/Höher* Rn. 73.
418 *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (10).
419 BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 7; *Stürner* JZ 1984, 412 (415 f.).
420 BGH NJW 1986, 983; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 22.

musste sich an den geringeren Einkommensmöglichkeiten in Deutschland festhalten lassen.[421] Zu beachten ist, dass jedenfalls eine Doppelliquidation zu vermeiden ist.[422]

75 **10. Die Prognoseentscheidung. a) Abbildung der zukünftigen Entwicklung durch Zubilligung einer Rente.** 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 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 Feststellungbegehrens 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 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 Hamburg[436] 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 Ausbildung erheblicher Bedarf bestehe.[438] Der Geschädigte muss möglichst

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; MüKoBGB[7]/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.
429 BGH NJW 1997, 941.
430 BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; *Freymann* VGT 2013, 21, 33.
431 BGH NJW-RR 2005, 1517 = VRR 2005, 345 (*Zorn*).
432 So 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*).
434 Zutreffend *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1221).
435 *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103, (108); BGH NZV 2017, 226 (*Gutt*).
436 OLG Hamburg VersR 1997, 248.
437 BGH NJW-RR 1988, 534.
438 BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

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 – Überstunden[444] oder Kurzarbeit,[445] bei einem Gastarbeiter die Dauer seiner Aufenthaltserlaubnis[446] oder die Steigerung des Erwerbseinkommens nach Tarifvertrag[447] 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** 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. Das OLG Köln[451] hat es etwa abgelehnt, eine Mehrbedarfsrente an den Verbraucherpreisindex zu binden, weil dieser Index jedenfalls ungeeignet sei. Das OLG München[452] 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 RG[453] 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** 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 einer dritten zu einer Unterdeckung kommt,[458] ehe durch eine Anpassung

439 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 3.
440 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 842 Rn. 20.
441 Van 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.
445 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 908.
446 BGH 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.
448 BGH 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)*.
450 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 26; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 14.
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*, Zwangsvollstreckungsrecht[11] (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.
458 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, S. 337 f.

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.

79 **b) Keine übertrieben hohen Anforderungen an die Darlegungslast.** 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. Erkannt 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 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 werden[467] – 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 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

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. 1 a 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.

464 BGH NJW-RR 1991, 470; NJW 1988, 3016; NJW-RR 1988, 534; dazu *Freymann* VGT 2013, 21, 26.

465 BGH NJW-RR 1992, 852.

466 *Freymann* VGT 2013, 21, 28.

467 BGH NZV 2002, 268; NJW 1995, 2227; NJW 1993, 2673; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 3; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 20.

468 *Freymann* VGT 2013, 21, 23 f.

469 BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; BGH NJW 1997, 938; NJW 1995, 1023.

470 BGH NJW 2002, 292.

471 BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.; BGH NJW 2000, 3287; NJW 1998, 1633.

472 BGH 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 *Freymann* VGT 2013, 21, 24.

474 LG Münster NJW-RR 2011, 1593: Ausbildungsberuf anstelle Gymnasiums.

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 stützen[476] 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.** 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 Arbeitskrafteinsatz 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 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] **81**

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] **82**

**bb) Unregelmäßige Erwerbsbiografie, insbesondere bei jungen Verletzten.** 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 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 **83**

475 BGH 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.
476 BGH NJW-RR 1988, 534.
477 BGH NJW 1988, 3016.
478 BGH NJW 2011, 1145 = VRR 2011, 142 (*Luckey*) = JurisPR-BGHZivilR 2011/3 Anm. 2 (*Ebert*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.
479 *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (107).
480 BGH NJW 1993, 2673.
481 So 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.
482 BGH NJW 1998, 1634.
483 BGH NJW-RR 1992, 852.
484 BGH NJW 1999, 136.
485 *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2010/13 Anm. 3 unter Hinweis auf *Diehl* zfs 2006, 86.
486 BGH NJW 1998, 1633.
487 BGH NJW 1989, 2539.
488 Kritisch gegenüber dem sehr weitgehenden Entgegenkommen des BGH gegenüber dem Geschädigten auch *van Bühren* MDR 1998, 534 f.
489 *Gräfenstein/Strunk* zfs 2018, 8 (13).
490 BGH 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).
492 BGH 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.

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 Abschläge 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]

**84** **11. Zeitliche Befristung der Rente. a) Anfangstermin.** 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 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.

**85** **b) Endtermin.** 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** Bei einem **unselbstständig Erwerbstätigen** sowie einem **Beamten**[500] geht die Rechtsprechung[501] im Regelfall von einer zeitlichen Befristung der Erwerbsschadensrente mit 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 bereits[506] – 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 BGH[508] das Abstellen auf das geringere fak-

493 BGH NJW 1995, 2227: 47-Jähriger, der die Steuerberaterprüfung nach der Verletzung immer wieder hinausgeschoben hat.
494 BGH 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.
495 OLG Koblenz BeckRS 2006, 06141: Auslieferungsfahrer bei einem Pizzaservice nach Abbruch einer Kfz-Lehre; Hinweis auf die „Nachreifung" bei einem Jugendlichen.
496 OLG Köln VersR 1988, 1185; *Pardey* Rn. 2082.
497 MüKoBGB[7]/*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.
502 Diese Rechtsprechung bloß referierend Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 28; Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 7; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 27; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 24.
503 BGH NJW 1995, 3313.
504 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 30 unter Verweis auf *Ross* NZV 1999, 276 (278).
505 *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (137).
506 Angesichts 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.
508 BGH NJW 1989, 3150.

tische Rentenalter ab. In der Literatur[509] ist das auf Kritik gestoßen. Am prägnantesten hat *Lemcke*[510] ausgedrückt, worum es geht:

87 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 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 Bei **selbstständig Erwerbstätigen** haben – ausschließlich – ältere Entscheidungen[517] 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, 48 a 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 Erwerbsleben Grenzen gesetzt sein können.[520] Zu prüfen ist jedenfalls, ob nicht ein Abschlag auch wegen des Nachlassens der Kräfte angezeigt ist.

89 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. Lebensjahres[522] ist deshalb wenig überzeugend.

90 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 vorlie-

509 Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 6.
510 *Lemcke* r + s 1995, 384.
511 So auch *Schlund* BB 1993, 2025 (2028).
512 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 935.
513 Van 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. 940 a; *Pardey* Rn. 1288.
516 Für ein Abstellen auf die jeweilige Vergleichsgruppe mit der Folge der Modifizierung der Beweislast *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (137).
517 RG WarnR 1908, 57; JW 1910, 812; JW 1932, 787; dazu MüKoBGB[7]/Wagner §§ 842, 843 Rn. 26; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 30; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 28.
518 MüKoBGB[7]/Wagner §§ 842, 843 Rn. 26.
519 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1094 f.
520 So auch BGH VersR 1976, 663: Begrenzung der Erwerbsschadensrente beim Inhaber einer Kfz-Werkstätte mit Vollendung des 70. Lebensjahres.
521 BGH NJW 1974, 1651; *Pardey* Rn. 1296.
522 So OLG Hamm NJW-RR 1995, 599; *Ernst* VA 2008, 132 (136); *Pardey* Rn. 1297; vorsichtiger MüKoBGB[7]/Wagner §§ 842, 843 Rn. 24: über das 67. Lebensjahr hinaus; weitergehend *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (600): Verlängerung bis zum vollendeten 80. Lebensjahr.

gen, 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 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 Beweisnähe 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]

91 **12. Prozessuale Geltendmachung.** 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 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 Arbeitskrafteinsatz 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:

93 **1. Abhängig Beschäftigter.** 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 Drittleistungen 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 Tretenden werden treffend als „Vorschussschuldner" bezeichnet.[531]

94 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 auf Personengesellschafter, die ihre Arbeitskraft in der Gesellschaft einsetzen und dafür eine Tätigkeitsvergütung erhalten.

523 OLG 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.
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)ür die vermehrten Bedürfnisse.
527 BGH NJW 2016, 3785; dazu *Quaisser* NJW-Spezial 2017, 9.
528 *Eilers* VGT 2013, 9, 17.
529 *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht[11], Rn. 56 f.
530 *Eilers* VGT 2013, 9, 19; OLG Frankfurt NJW 2007, 851 = zfs 2007, 503 (*Diehl*).
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.

**a) Regressanspruch des Arbeitgebers.**[533] Während eines bestimmten Zeitraums nach Eintritt der Verletzung und der infolgedessen bestehenden Vereitelung des Arbeitskrafteinsatzes 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] **95**

**aa) Der Schaden des Arbeitnehmers, der auf den Arbeitgeber verlagert wird (§ 6 EFZG).** 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 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 Arbeitskrafteinsatzes 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] **96**

**bb) Rückgriff des Arbeitgebers außerhalb des § 6 EFZG.** 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 Auftrag[543] 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. **97**

**cc) Ersatz bei Fortzahlung des vollen Entgelts und Rückkehr des Arbeitnehmers auf die Stelle.** Kehrt 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**, **98**

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).
538 BGH 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.; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 14.
539 So *Ch. Huber* in FS Dittrich, S. 411, 426 ff.
540 *Diehl* zfs 2007, 543 (544).
541 AA *Luckey* VRR 2005, 404: Gehaltserhöhungen nur berücksichtigungsfähig bei sicherer Aussicht.
542 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 947; OLG Nürnberg SP 1994, 312.
543 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 28, 40; BGHZ 133, 1 = NJW 1996, 2296.
544 BGH 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.

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 Freiburg[547] 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 Hamm[549] 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]

99 **dd) Berechnung des Regressanspruchs.** 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 Sonderbonus[552] 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 Sozialversicherung[555] 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 BGH[557] 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 Unfallversicherung[561] sowie der vom Arbeitgeber einem Schwerbehinderten zu gewährende Zusatzurlaub gem. § 125 SGB IX angesehen.[562]

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.).
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 MüKoBGB[7]/*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; MüKoBGB[7]/*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).
562 BGH NJW 1980, 285 zu § 44 SchwBG; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 7.

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 Krankenkasse[570] – 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 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] **100**

**ee) Zeitpunkt des Übergangs.** 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 VVG[577] – 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 Fahrlässigkeit[579] – 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 insoweit zum Tragen kommt, als nicht für diesen Zeitraum eine **sachlich kongru-** **101**

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.
564 BGH NJW 1996, 2296; Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 5.
565 BGHZ 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*).
567 OLG 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.).
570 BGH VersR 1971, 127.
571 BGH NJW 1984, 2628; kritisch dazu *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (37).
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).

**ente 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]

**102** **ff) Versagung oder Beschränkung des Regressanspruchs. 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.

**102a** **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** **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 Pflichthaft-

581 BGH NJW-RR 2009, 455 = SVR 2009, 143 (*J. Lang*) = jurisPR-VerkR 2009/4 Anm. 2 (*H. Lang*); NJW-RR 2005, 1517.

582 Kritisch 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.

583 BGH 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.

584 BGH r+s 2014, 525 = BGH jurisPR-VerkR 24/2014 Anm. 2 (*Jahnke*).

585 *Scholten,* Fachtagung Personenschaden 2019, 137, 165.

586 OLG Stuttgart VersR 2018, 1453 = NZV 2018, 529 (*Liborius*) = HAVE 2019, 60 (*Ch. Huber*) = JurisPR-VerkR 22/2018 Anm. 3 (*Jahnke*): Sabbatjahr einer Beamtin.

587 Zu 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.

588 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 133; *Rolfs* DB 2001, 2294 ff.; *Gamperl* NZV 2001, 401 ff.; *Kirchhoff* NZV 2001, 361 (364 f.).

589 BGHZ 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).

pflichtversicherung.[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 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-Beschäftigen" nach § 2 Abs. 2 SGB VII in Betracht, wie etwa der Pannenhilfe[593] 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 VII[599] 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** **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 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 BVerfG[603] 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 OEG[605] 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,

591 *Buchholz* VGT 2014, 63, 64.
592 BGHZ 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).
601 BGHZ 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.
602 So 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 *(Koppenfels-Spies)*: Nolens volens trotz Getrenntlebens noch Bewohnen der gemeinsamen Wohnung aus finanziellen Gründen.
603 BVerfG NJW 2011, 1793 = SGb 2011, 210 (*Jung*).
604 Ebenso *Jahnke* NZV 2008, 57 ff.; *Dahm* NZV 2008, 280 ff.; aA *Möller* NZV 2009, 218 ff.
605 BGH NJW 2011, 3715 = jurisPR-VerkR 2/2012 Anm. 2 *(H. Lang)* = SGb 2012, 279 *(Koppenfels-Spies)*.
606 Für die Anwendung des Familienhaftpflichtprivilegs schon zur alten Rechtslage *Diehl* zfs 2007, 543 (549).

der sich nach dem fiktiven Schadensersatzanspruch des Geschädigten ohne Haftungsprivilegierung bemisst.[607]

105 **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 unterworfenes Vermögen verfügt, so steht dem verletzten Arbeitnehmer in Bezug auf den sachlich kongruenten Erwerbsschaden[608] gem. § 6 Abs. 3 EFZG ein Vorrecht zu.[609] Das bedeutet, dass der 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.

106 **b) Regressanspruch der Sozialversicherungsträger. aa) Grundsatz der sachlichen und zeitlichen Kongruenz (§ 116 SGB X).** 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 § 134 a 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 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 BGH[620] 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.

607 BGH NZS 2017, 39 (*Waltermann*) = r + s 2016, 538; kritisch (schom im Vorfeld) *Jahnke/Vatter* NJW 2016, 1477 ff.
608 Diese Einschränkung in seinem Beispiel übersehend *Diehl* zfs 2007, 543 (548).
609 *Küppersbusch/Höher* Rn. 111; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 129.
610 Instruktiver Überblick bei *Fischinger* Jura 2014, 594 ff.; Erman[15]/*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.
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 MüKoBGB[7]/*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*).

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** 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]

**109** **bb) Zeitpunkt des Anspruchsübergangs.** 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 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 schuldbefreiende Wirkung hat und der von einem geschlossene Abfindungsvergleich auch den anderen bindet.[631]

**110** 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

621 BGH NJW 2002, 292; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 102.
622 BGH NJW 1997, 2175; *Küppersbusch/Höher* Rn. 603.
623 Staudinger/*Vieweg* (2015) *§ 843* Rn. 108.
624 *Schlaeger/Bruno* SGb 2020, 155 (156). *Pardey* Rn. 2328; *Küppersbusch/Höher* Rn. 604; BGH VersR 1973, 436.
625 BGH NJW-RR 1990, 344; *Heinz* PflR 2016, 278;van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 999; *Küppersbusch/Höher* Rn. 590.
626 BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; VersR 1990, 1028; NZV 1990, 308; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 92.
627 *Groß* DAR 1999, 337 (341).
628 BGH 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*).
629 BGH NJW 2011, 1799: Personalunion des Sachbearbeiters der Krankenkasse und der Pflegekasse; Lauf der Frist frühestens mit Antragstellung an die Pflegekasse.
630 BGH VersR 2005, 1004; BGHZ 153, 113 = VersR 2003, 390.
631 *H. Lang*, jurisPR-VerkR 2009/17 Anm. 2.
632 *Zickfeld*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsform 2012, 45, 49 f.

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 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** 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 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 BGH[641] 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** 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 hel-

633 BGHZ 127, 120 = NJW 1994, 3097; NJW 2006, 3565; NJW-RR 2009, 1534.
634 So in BGH NJW 2012, 3639 mit Besprechungsaufsatz *Giesen* NJW 2012, 3609 f. = jurisPR 14/2012 Anm. 2 (*Jahnke*).
635 BGH NJW 1990, 2933; NJW-RR 1990, 344.
636 BGH NJW 2012, 3639 mit Besprechungsaufsatz *Giesen* NJW 2012, 3609 f. = jurisPR 14/2012 Anm. 2 (*Jahnke*).
637 Möglicherweise 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.
638 BGH r+s 1999, 281; BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; BGH VersR 1990, 1028; *Küppersbusch/Höher* Rn. 590; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 90.
639 BGH 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.
640 BGH NJW 2008, 2776; NJW 2003, 1455.
641 BGHZ 127, 120 = NJW 1994, 3097.
642 *Küppersbusch/Höher* Rn. 709.
643 BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*).
644 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 998; BGH VersR 1998, 772.

fen 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** Der BGH[646] 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 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** 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** 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 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.

**116** **cc) Umfang des Regresses.** 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.

**117** **(1) Der Regelfall – Regress nach § 116 SGB X.** 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

645 *Küppersbusch/Höher* Rn. 714.

646 BGHZ 131, 274 = NJW 1996, 726 = LM § 116 SGB X Nr. 14 (*Stolleis/Gorny*) = JR 1997, 14 (*Steinmeyer/Müller*); bestätigt durch BGH NJW 2002, 1877.

647 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 94.

648 BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*); *Küppersbusch/Höher* Rn. 716.

649 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 999.

650 *Küppersbusch/Höher* Rn. 719, 721.

651 Zur 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).

652 *Küppersbusch/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.

653 BGH NJW 1976, 326; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 842 Rn. 10.

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 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** 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. 1 a 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 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. 1 a 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. 2 a SGB VI.[665] Unter Berufung auf den Wortlaut nimmt der BGH[666] 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** 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 Ver-

654 *Küppersbusch/Höher* Rn. 617.
655 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1025.
656 BGH NJW 2008, 1961: Beitragsregress insoweit betraglich begrenzt.
657 BGH r+s 2011, 40 = SVR 2011, 139 (*J. Lang*).
658 Das vom BGH (Rn. 12) verneint, von *J. Lang* (SVR 2011, 140) aber angenommen.
659 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 974; *Küppersbusch/Höher* Rn. 626.
660 *Küppersbusch/Höher* Rn. 626, Fn. 2090.
661 *Küppersbusch/Höher* Rn. 627.
662 BGHZ 173, 169 = r+s 2007, 478 = zfs 2007, 681 (*Diehl*) = VRR 2007, 466 (*Zorn*).
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. 1 a SGB VI zusätzulciher 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*).

hältnis 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.** 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] **120**

Bei der **Rentenversicherung** gilt jedoch gem. § 119 SGB X eine gegenteilige Anordnung. Diese ist nur verständlich vor dem Hintergrund der nunmehr abgelösten BGH-Rechtsprechung[671] 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 hatte[672] 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 Rentenberechtigen 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 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] **121**

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 **122**

668 OLG Rostock NZV 2005, 206.
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 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 37.
672 BGH NJW 1994, 131; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 42.
673 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 37; *Stelzer* VersR 1994, 518.
674 LG Coburg NZV 2007, 629 (*Küppersbusch*).
675 BGHZ 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.
676 Vgl. das instruktive Beispiel bei *Küppersbusch/Höher* Rn. 622.

ohne Verletzung ergibt, vom Ersatzpflichtigen verlangen.[677] § 119 SGB X stellt für den Verletzten eine Naturalrestitution in Bezug auf seine Rentenversicherungsbeiträge dar.[678]

**123** 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 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** 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 BGH[684] 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 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 Treuhand 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** 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** 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

677 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1024; *Küppersbusch/Höher* Rn. 779.
678 BGH NZV 2016, 29.
679 BGH 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.
685 Ebenso 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 Leistugnsklage unter Betzugnahme auf LSG BW NJOZ 2007, 3373.
687 LG Landshut MittARGEVerkR 2007, 104 (*Furtmayr*).
688 BGHZ 197, 375 = NJW 2013, 3237.
689 Umfassend *Furtmayr*, Homburger Tage 2005, 43 ff.

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 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.** 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 X[692] 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. **127**

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. 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 § 187 a 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. **127a**

690 *Furtmayr*, Homburger Tage 2005, 43, 53.
691 BGH NJW 2018, 1876 = NZFam 2018, 577 (*Bergmann*).
692 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 14; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 39; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 119.
693 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 39.
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).

**127b** 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 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 wird[707] 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** 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 BGH[712] sprach aus, dass es letztlich auf das Vermögensminus beim Verletzten ankommt, ein nach § 249 ersatzpflichtiger 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 war[714] 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** 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 BSG[715] gab dem Begehren statt und begründete

700 *Car VersR* 2016, 566 (567).
701 *Jahnke* VersR 2016, 1283 (1284).
702 Zutreffend *Meyer* NZS 2014, 849 ff.
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 Beispielsfall 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*).
713 So aber *Jahnke* VersR 2016, 1283 (1285).
714 *Jahnke* VersR 2016, 12831290.
715 BSG VersR 2018, 570 = NZS 2018, 653 (*Mey*) = SGb 2018, 651 (*Ruland*) = JurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 1 (*H. Lang*).

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 § 187 a 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 Ersatzpflichtigen sind noch weitere Detailfragen offen;[720] die Grundsatzfrage ist aber mit den auf einander abgestimmten Entscheidungen des BGH und des BSG geklärt.

**128** 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.

**129** **(4) Beschränkung des Regresses durch das Angehörigenprivileg (§ 116 Abs. 6 SGB X).** 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

716 *Wenning* NZS 2017, 305; *H. Lang*, JurisPR-VerkR 6/2018 Anm. 1.

717 Zustimmend *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).

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 prozentzualen 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. Düsseldorfer Verkehrsrechtsform 2012, 45 (51).

724 BGHZ 87, 181 = NJW 1983, 1669; LG Münster NJW-RR 2011, 1593.

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*).

Gesetzgeber diese Konstellation nicht bedacht hat, so etwa bei § 81 a 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** 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 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 BVerfG[735] 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** 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 Reduktion[740] 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 quantité negligeable.

**132** 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

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.
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*).
740 *Schirmer* DAR 1988, 289 ff.
741 *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1219).

Anspruch auf den Versicherer übergeht, der Geschädigte somit gerade die Aktivlegitimation verliert. Das hatte der BGH[742] 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 Entscheidung[743] hat er dieses Judiz aber mittelbar bestätigt, wenngleich 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 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-Lenkers 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-Lenkers 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-Lenkers 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 einstehen, 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 Schärfe[746] 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 Unterhaltspflicht davon profitiert, wird als zusätzlich anstößig empfunden.[750] Insoweit hat der BGH schon in Vorgänger-Entscheidung die wirtschaftliche Tragweite verkannt, sind doch solche Ansprüche immer dann gegeben, wenn ein Familienangehöriger als

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; Kritsich *Jahnke* jurisPR-VerkR 5/2018 Anm. 1: Angehörigenprivileg war schon immer Richterrecht; *Hager* JA2018, 226, 228: Analogie zhu § 86 Abs. 3 VVG; wohlwollend indes *Armbrüster* NJW 2018, 1218 (1220): BGH schreckt „verständlicherweise" vor Analgie zu § 86 Abs. 3 VVG zurück.

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 qualfizierte 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.

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]

133 **(5) Kürzung des Regressanspruchs. (a) Quotenvorrecht des Verletzten versus relative Theorie.** 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 relative Theorie berücksichtigt demgegenüber stärker die Interessen des Drittleistenden. Beim Regress des Sozialversicherungsträgers kommen beide Ausprägungen vor:

134 **(b) Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens oder Zurechnung der Betriebsgefahr – relative Theorie[756]** 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 § 87 a 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]

751 BGHZ 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*).

752 Für 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 Direktanspruczh gegen den Kfz-Haftpflichtvresicherer indes *Kreße* LMK 2018, 402631.

754 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 110.

755 Dazu ein konkretes Beispiel bei *Küppersbusch*/*Höher* Rn. 650.

756 Vom Problem der Konkurrenz des Anspruchs des Geschädigten und des Regressanspruchs des Drittleistenden 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 Unterhaltsersatzanspruch 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; Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 6.

757 BGHZ 146, 84 = NJW 2001, 1214.

758 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 14.

759 BGH 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.).

**(c) Quotenvorrecht – Kürzung des Anspruchs wegen Betragsbeschränkung der Haftung oder Scheiterns der tatsächlichen Durchsetzung.** 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. **135**

**c) Konkurrenz zwischen dem Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers und des Arbeitgebers.** 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. 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 BGH[769] zu dem Ergebnis, dass in solchen Fällen der Regress des Sozialversicherungsträgers Vorrang genießt. **136**

**d) Restlicher Erwerbsschaden des Verletzten.** 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 verletzungsbedingte Einbuße geltend zu machen. Bei **137**

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.
768 BGH NJW-RR 2009, 455; *Luckey* DAR 2015, 566.
769 BGH 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.
770 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1058; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 42.
771 *Burmann/Heß* NJW 2016, 200 (202).
772 AA 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.

Beschäftigung in einer Behindertenwerkstäte, 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]

**138** **2. Beamter.** 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 Kongruenz[775] 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 Schadensminderungsobliegenheit 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 § 87 a BBG), § 30 Abs. 3 SoldG bzw. § 52 BRRG aF 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** 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 BGH[788] 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]

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.
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*).

140 Ob der Dienstherr Regress wegen der von ihm verletzungsunabhängig erbrachten **Beihilfeleistungen** verlangen kann, war umstritten.[790] Der BGH[791] 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.

141 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]

142 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.

143 **3. Arbeitsloser.** 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 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

790 Ablehnend *Schmalzl* 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*).

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).

801 BGH NJW 1997, 937; BGH NJW 1991, 2422; *Pardey* Rn. 2119; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1062.

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, 2 a, 47 b SGB V).[802] Der BGH[803] 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 II[806] 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]

144 **4. Selbstständig Erwerbstätiger. a) Keine abstrakte, sondern konkrete Schadensberechnung.** 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 Arbeitskrafteinsatz 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 hM[811] 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]

145 **b) Geringe Anforderungen an das Beweismaß – § 252 S. 2 BGB, § 287 ZPO.** Bei Arbeitnehmern ergeben sich Prognoseprobleme in Bezug auf ihre Aufstiegsmöglichkeiten[818] 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

802 *Küppersbusch/Höher* Rn. 165.
803 BGHZ 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.
804 Zu Unrecht ablehnend für das Arbeitslosengeld II OLG Köln r+s 2009, 435.
805 *Pardey* Rn. 2120.
806 BGH NJW 2014, 303 = LM 2013, 350540 (*Dauck*).
807 Unzutreffend insoweit OLG Köln VersR 2000, 869, das einen Regressanspruch nach § 116 SGB X auch bei Bezug von Sozialhilfe bejaht.
808 BGH NJW 2014, 303 = LM 2013, 350540 (*Dauck*).
809 *Pardey* Rn. 2348 ff.
810 Prototypisch der Diplomchemiker-Fall BGHZ 54, 45 = NJW 1970, 1411, der heute wohl gegenteilig entschieden würde.
811 BGH 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.
812 OLG Karlsruhe SP 2005, 374.
813 OLG Celle BeckRS 2010, 61: Ablehnung der Berechnung des Erwerbsschadens eines Physiotherapeuten unter Zugrundelegung des maximal möglichen Tagesumsatzes.
814 OLG Koblenz SP 2006, 349.
815 Prototypisch 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.
816 BGH 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).
818 KG 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.

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 ist[819] 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 Anwälte wie auch die einschlägige Literatur von diesen[829] 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** Durchaus einfühlsam hat der BGH[832] – 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]

819 BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (*Schiemann*): Versicherungsmakler.
820 BGH NJW 1998, 1633: Fußballtrainer im Nebenberuf.
821 BGH VersR 1998, 770; NJW 1995, 1023; NJW 1993, 2673; NJW-RR 1992, 852; OLG Celle BeckRS 2010, 61; *Küppersbusch/Höher* Rn. 138.
822 KG 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).
824 BGH NJW-RR 1992, 852; NJW-RR 1992, 792; BGHZ 74, 226 = NJW 1979, 1403.
825 OLG Celle BeckRS 2010, 61; *Zoll r + s* Sonderheft 2011, 133 (136).
826 OLG Karlsruhe SP 2005, 374.
827 BGH 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."
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).

**146** 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]

**147** **c) Schadensminderungspflicht.** 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 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 ausgebübten 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** 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

834 BGH NJW-RR 2010, 946: Abweisung des Begehrens, weil das Ausmaß der überobligationsgemäßen Anstrengung der Ehefrau und Mitgesellschafterin nicht substantiiert dargelegt worden ist.
835 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1085; *Küppersbusch/Höher* Rn. 149.
836 BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (*Schiemann*).
837 BGH NJW 1998, 1633.
838 KG BeckRS 2011, 05677 = zfs 2011, 141 (*Diehl*): Inhaber eines Bestattungsunternehmens.
839 OLG Köln zfs 1993, 261; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1099.
840 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1100; *Küppersbusch/Höher* Rn. 151.
841 OLG Koblenz VersR 1991, 194; MüKoBGB[7]/*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 Übernehmer 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]

149 **d) Arten der Berechnung des Erwerbsschadens.[847] aa) Output bezogener Ansatz. (1) Bezugnahme auf Bilanz und Einkommensteuererklärung.** Ein erster Ansatzpunkt[848] 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, Konjunkturentwicklung[851] und Fehldispositionen[852] 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 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 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]

151 **(2) Spezifika einzelner Tätigkeiten.** 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

846 *Ch. Huber* in FS M. Binder (2010), 583 (599 ff.).
847 Grundlegend noch immer *Ruhkopf/Book* VersR 1970, 690 ff.; VersR 1972, 114 ff.; umfassend *Halfpap*, S. 202 ff.
848 Beachte aber OLG Karlsruhe SP 2005, 374: Keine völlig abstrakte Berechnung auf der Grundlage der durchschnittlichen Gewinne der letzten 3 Jahre.
849 BGH 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.
850 BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2004, 123 (*Schiemann*).
851 OLG Karlsruhe SP 2005, 374.
852 KG NZV 2005, 148.
853 OLG Celle BeckRS 2010, 61: Physiotherapeut; OLG Celle r+s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (*Diehl*): Verletzung eines 36 Jahre alten Zimmermanns.
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.
860 *Grunsky* DAR 1988, 400 (402).

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** 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** Es gibt Tätigkeiten, bei denen hängt das Einkommen in hohem Maße vom persönlichen Arbeitskrafteinsatz 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 Branche[866] oder einen vergleichbaren Referenzbetrieb sein. Bei 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** 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 verbracht 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]

**154** **(3) Zeitdimension.** 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 wäre[872] 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 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 BGH[877] zu Recht eine Absage erteilt; es sind zumindest die Ergebnisse der einzelnen Jahre heranzuziehen. Zu bedenken ist

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.
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).
874 BGH NJW 1993, 2673.
875 *Grunsky* DAR 1988, 400 (402 f.).
876 OLG Karlsruhe VersR 1998, 1256.
877 BGH NJW 1997, 941.

schließlich, dass nach den Vorgaben der konkreten Schadensberechnung der Ersatzpflichtige auch für verletzungsbedingte Fehldispositionen einzustehen hat.[878]

155 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.

156 **bb) Inputbezogener Ansatz.** 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 Arbeitskrafteinsatz 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 Mitarbeitern[882] 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 Arbeitskrafteinsatz 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 Bedeutsam ist der Ausgangspunkt, nämlich worin das Tätigkeitsspektrum liegt, das verletzungsbedingt zu erledigen ist. Bei Beschädigung eines Fahrschulwagens hat der BGH[886] 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 An der Schnittstelle zwischen Erfüllung der Schadensminderungspflicht und überobligationsgemäßer Anstrengung liegt der Landärztin-Fall.[890] Eine Ärztin, die vor der Verletzung „Vertretungen" anderer Ärzte

878 *Pardey* Rn. 2362.
879 BGH NJW 1998, 1634 = EWiR 1998, 393 (*Grunsky*); OLG Hamm zfs 1996, 11; *Küppersbusch/Höher* Rn. 150.
880 OLG Celle r+s 2006, 42 = zfs 2006, 84 (*Diehl*).
881 OLG Karlsruhe SP 2015, 334 = SVR 2014, 433 (*Balke*): Einstellung einer Ersatzkaft 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; MüKoBGB[7]/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.
887 Zu den Beweisschwierigkeiten, dass eine Nachholung nicht möglich war VAn Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1087.
888 Für eine maßvolle Verlängerung der täglichen Arbeitszeit *Luckey* VRR 2005, 404 (406); van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1100; *Küppersbusch/Höher* Rn. 151.
889 BGH NJW 2008, 913 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NJW 2008, 1785 ff.; aA KG BeckRS 2006, 12411: Einbuße eines Taxi-Einwagen-Unternehmers.
890 BGH NJW 1974, 602; dazu *G. Müller* zfs 2009, 62 (124), 126; *Pauge* VersR 2007, 569 (572).

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** 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 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 Arbeitskrafteinsatz 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 sind[893] und dergleichen. Der Einsatz solcher Ersatzkräfte scheitert 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.

**160** **cc) Kombination beider Ansätze.** 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 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

891 OLG Oldenburg NJW-RR 1993, 798; *Küppersbusch/Höher* Rn. 144; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1029.

892 *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (680 ff.).

893 Die Summe aus Urlaub und gesetzlichen Feiertagen ist in Europa nirgendwo so hoch wie in Deutschland. Die Vernachlässigung dieses Faktors ist dementsprechend besonders schwerwiegend.

894 KG BeckRS 2011, 05677 = zfs 2011, 141 (*Diehl*): Einstellung der Mutter zum 6-fachen Entgelt des Unternehmerlohns des Inhabers eines Bestattungsunternehmens.

895 Nachweise bei *Geigel/Katzenstein* Haftpflichtprozess[28] (2020) Kap. 3 Rn. 136 f. unter Hinweis auf BGH NJW 1985, 793; NJW 1993, 3321.

896 *Ch. Huber* in FS M. Binder (2010), 583 (602).

897 Zur 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.

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.** 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 Gewerbesteuer[903] unterliegt. Ein Erwerbsschaden ist eine Entschädigung, die nach § 24 Nr. 1 a 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 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] **161**

**bb) Leistungen von berufsständischen Versorgungswerken.** 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] **162**

**cc) Sonstige Vorteile.** 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 Verhandlungsgeschick des Veräußerers, sondern strukturelle Gegebenheiten zurückzuführen ist.[911] Soweit variable Kosten nicht anfallen, ist dieser Umstand zu berücksichtigen.[912] **163**

**5. Gesellschafter. a) Spezialprobleme beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters.** 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. **164**

**b) Personengesellschaft.** 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 **165**

900 *Pardey* Rn. 806.
901 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1089.
902 BGH NJW-RR 1992, 241; NJW 1987, 1814; *Küppersbusch/Höher* Rn. 134.
903 BGH NJW 1987, 1814; *Küppersbusch/Höher* Rn. 135.
904 *Dittmayer* S. 122.
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.
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.

ein synallagmatisches wäre. Die Gegenleistung der Gesellschaft für den Arbeitskrafteinsatz des einzelnen Gesellschafters ist entweder eine fixe Tätigkeitsvergütung oder eine Teilhabe am Gewinn.

166 **aa) Tätigkeitsvergütung.** 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 Arbeitskrafteinsatz 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.

167 **bb) Gewinnbeteiligung.** 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.

168 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.

169 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 BGH[921] 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 Gesellschafters auffängt und nicht auf den Verletz-

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; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 45; *Pardey* Rn. 2412; *Küppersbusch/Höher* Rn. 154.
918 Nachweise bei *Ch. Huber* JBl 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); MüKoBGB[7]/Wagner §§ 842, 843 Rn. 45.
921 BGH NJW 1994, 652 = LM § 842 BGB Nr. 46 (*Hübner/Matusche*) = EWiR 1994, 561 (*Tiedtke*) = FuR 1994, 110 (*Derleder*).
922 *Küppersbusch/Höher* Rn. 164; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 45.

ten 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.

**170** **cc) Einheitlicher Lösungsansatz.**[923] 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** 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]

**172** **c) Kapitalgesellschaft mit (partieller) Identität von Gesellschaftern und Geschäftsführern. aa) Ausgangspunkt: Entgeltfortzahlungsregeln für Geschäftsführergehalt.** 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 KG[926] 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 Umsatztantieme, die wie eine fixe Tätigkeitsvergütung ersatzfähig sein soll, und einer echten Gewinntantieme, 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.

**173** **bb) Im Vergleich zwischen einzelkaufmännischem Unternehmen und Ein-Mann-GmbH Gefahr der Bejahung eines Erwerbsschadens ohne Schadensnachweis.** 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 Arbeits-

923 Dazu *Ch. Huber* JBl 1987, 613 ff. unter Bezugnahme auch auf die deutsche Rechtslage.
924 *Küppersbusch/Höher* Rn. 159.
925 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 46; Erman[15]/*Wilhelmi* § 842 Rn. 5.
926 KG NZV 2005, 149.
927 So *Küppersbusch/Höher* Rn. 158; *Pardey* Rn. 2410; *Hofmann* VersR 1980, 605 (606); aA *Kuckuk* BB 1978, 283 (284).

krafteinsatzes eingetreten ist. Bei einer Ein-Mann-GmbH könnten bei mechanischem Abstellen auf die fortgezahlte Geschäftsführervergütung beliebige Beträge auf den Schädiger überwälzt 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** 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 Arbeitskrafteinsatz 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** 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 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]

**176** **cc) Pflicht zur Zahlung des Schadensersatzes an die Kapitalgesellschaft.** 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 Literatur[938] 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.

**177** **d) Besondere Anforderungen an die Gesellschafter bzw. Geschäftsführer.** Soweit es um einen über die angemessene Geschäftsführervergütung hinausgehenden Schaden geht, hat die Rechtsprechung darauf

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; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 46.

932 *Ganßmüller* VersR 1978, 805 (806).

933 *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (329).

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 MüKoBGB[7]/*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 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 47.

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.

**178** **6. Haushaltsführer.** 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 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 ist[946] und es höchstrichterliche Entscheidungen zum Haushaltsführerschaden bei Verletzung außerordentlich selten gibt;[947] und selbst bei diesen betont der BGH[948] seine eingeschränkte Überprüfungskompetenz im Rahmen der richterlichen Schadensschätzung gem. § 287 ZPO, nämlich nur bei grundsätzlich falschen Erwägungen oder der fehlenden Berücksichtigung entscheidungserheblicher Tatsachen. Diese Unsicherheit[949] 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]

**179** **a) Haushaltsführung im engeren Sinn.** Von § 845 umfasst war die klassische Hausarbeit. Diese umfasste Tätigkeiten wie Einkauf, Zubereitung der Nahrung, Reinigung von Kleidung und Wohnung,

940 BGH NJW 1978, 40; OLG Hamm zfs 1996, 11.

941 *H. 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. Schah Sedi/ M. Schah Sedi* zfs 2009, 610: Bezifferung durch Geschädigten-Vertreter hat viele Jahre ein Schattendasein geführt und ist nun im Begriff, ins Rampenlicht zu treten.

942 *Ch. Huber* HAVE 2009, 109.

943 *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1126).

944 BGHZ 38, 55 = NJW 1962, 2248; BGHZ 50, 304 = NJW 1968, 1823.

945 *Pardey* NJW 1997, 2094 (2095 f.); MüKoBGB[7]/ *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.

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 Kindern[956] 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 BGH[958] 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 Haushaltsmitglieder[961] 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 Haushaltsführer eines Single-Haushalts steht nur ein Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse zu.

**180** **b) Haushaltsführung im weiteren Sinn.** 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 Sinn[964] 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 Wohnsitz[966]

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. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 5.
961 BGH NJW 1985, 735; NJW 1974, 41; *Ernst* VA 2008, 42.
962 So auch *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 15.
963 Zur Auswirkung solcher Veränderungen auf die Regressgläubiger *Jahnke* VGT 2010, 99, 106 f.
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.

und Auto, die Pflege des Gartens,[967] Winter- und Streudienste, die Betreuung von Haustieren,[968] der allgemeine Schriftverkehr mit Behörden und Versicherungen[969] sowie die Betreuung von pflegebedürftigen Personen.[970] Bei Letzteren hat es das OLG Düsseldorf[971] abgelehnt, die konkreten Kosten bei 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 Köln[972] 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** 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 Leitentscheidung[977] 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 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 entspre-

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.

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.

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.

chendes Umfeld, ausreichende finanzielle Ressourcen[983] 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 Führerscheinalter[986] 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] Finanzierungskosten unabhängig vom Verzug des Ersatzpflichtigen[993] 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** Noch nicht geklärt ist, ob derartige Tätigkeiten stets als Erwerbsschaden[997] 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]

**183** **c) Der Kreis der anspruchsberechtigten Personen – Unterschiede zwischen Verletzung und Tötung. aa) Tatsächliche Ebene versus gesetzliche Unterhaltspflicht.** 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 tat-

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.

993 BGH 1990, 1037 = EWiR § 249 BGB 1/90, 21 (*Grunsky*).

994 BGH NJW 1989, 2539 = NZV 1989, 387 (*Grunsky)*; OLG München NJW-RR 1986, 194; dazu *Klimke* DAR 1986, 140.

995 BGH VersR 1989, 1308; OLG Köln VersR 1991, 111; *Pardey* Rn. 2434.

996 *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 (268).

997 Dafür *Pardey* DAR 2006, 671 (674).

998 Für eine Qualifizierung als vermehrte Bedürfnisse OLG Köln VersR 1999, 111; *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 159 (160).

999 Van 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.).

1002 So aber OLG Oldenburg VersR 1983, 890; dazu, dass die Unterschiede zwischen Verletzung und Tötung überschätzt werden *Ch. Huber* in FS Reischauer (2010), 155 ff.

sächliche 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]

**184** **bb) Single-Haushalt.** 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 Haushaltstätigkeiten[1008] sowie ein Single, also der Verletzte in einem Ein-Personen-Haushalt, wobei dessen stationärer Krankenhausaufenthalt zu einer besonders drastischen Kürzung des Stundenausmaßes auf „notwendige Erhaltungsarbeiten" führt.[1009]

**185** **cc) Andere Personen als durch Unterhaltsband verbundene Kernfamilie.** Zu den ersatzfähigen Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn[1010] zählt auch die Betreuung erwachsener Kinder[1011] bzw. pflegebedürftiger Personen,[1012] unabhängig davon, ob ihnen gegenüber eine Unterhaltspflicht besteht[1013] oder sie in die Hausgemeinschaft aufgenommen worden sind oder nicht.[1014] Manche OLG sehen das gegenteilig und grenzen Haushaltsdienstleistungen für nicht unterhaltsberechtigte betagte Eltern[1015] 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]

**185a** Auswirkungen hat das auch bei stationären Aufenthalten des Verletzten, weil der Ersatzanspruch nicht nur wie im Mehrpersonenhaushalt bloß moderat[1018] sondern drastisch zu kürzen ist.[1019] Ein Ersatz muss mE auch gebühren, wenn ein erwachsenes – auch schon im Erwerbsleben stehendes – Kind Hilfeleistungen im

1003 BGH 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).

1004 AA 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.

1006 Für eine solche Annahme aber *Küppersbusch/Höher* Rn. 209; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1184.

1007 OLG Celle, 26.6.2019 – 14 U 154/18, VersR 2019, 1157 = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*) = Fachtagung Personenschaden 2019, 215 (*Ch. Huber*).

1008 LG Braunschweig SVR 2007, 99 (*Balke*).

1009 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.: 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 Stundcen 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.

1010 Zu deren Ersatzfähigkeit bei tatsächlicher Restitution *Ch. Huber* VersR 2007, 1330 ff.

1011 BGH NJW 1997, 256; aA OLG Köln r+s 2015, 422; *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89, (101): Ende mit Eintritt der Volljährigkeit.

1012 OLG 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.

1013 OLG 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.

1015 OLG Brandenburg SVR 2017, 103 (*Balke*); kritisch *Pardey* SVR 2018, 165 (167).

1016 OLG 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).

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.

Haushalt der Eltern erbringt[1020] oder Großeltern ein Enkelkind betreuen[1021] 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.

186 **dd) Nichteheliche Lebensgemeinschaft.** 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 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 BGH[1030] 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 Anwalt den Anforderungen an die Darlegungslast genügt hat.[1038] Diese conditio diabolica wird schon deshalb kaum jemals erfüllt sein, weil sich eine nichteheliche Lebensgemein-

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; Erman[15]/*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; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 52; *Pardey* Rn. 2452.

1026 *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden, § 2 Rn. 34.

1027 AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 95 a: Ablehnung selbst im Verletzungsfall.

1028 Befürwortend 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; Palandt[79]/*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 Rentenkonkubinaten; *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.

1030 BGH NJW 1984, 2520.

1031 *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (4).

1032 Für 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. 95 b.

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).

1037 *Jahnke* NZV 2007, 329 (336): Abschluss eines schriftlichen Partnerschaftsvertrags; *Balke* SVR 2007, 16.

1038 OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 1535.

schaft 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 Klosterbruderschaften[1041] – 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 einstehen 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 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 wird[1053] 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]

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. Schah 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).
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. 95 b.
1054 *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (3).
1055 Zutreffend *Luckey*, Personenschaden, Rn. 777.

187 **ee) Kind.** 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]

188 **d) Reaktionen auf den Schaden.** 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 Mangelstube[1063] 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 machen. Umstritten ist dabei, ob lediglich die Betriebskosten[1064] oder auch die Anschaffungskosten[1065] 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 Komfortverzicht[1072] übt. Im Regelfall sind Mischlösungen zwischen diesen Varianten anzutreffen. Ausgangspunkt für die Bemes-

1056 Eine Kürzung wegen einer Mithilfe der Kinder ablehnend OLG Frankfurt/M. VersR 1982, 981 (*Hofmann*).
1057 So 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.
1059 So aber *Jahnke* VGT 2010, 99 (100).
1060 OLG Saarbrücken SVR 2018, 59 (*Pardey*) = zfs 2017, 620 (*Diehl*).
1061 *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 37.
1062 Zur 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.
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 *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (111): Mietfreie Unterkunft und Verpflegung; ob dies als „echte" tatsächliche Aufwendung anzusehen als Ausgangspunkt für die Schäützung, ist mE allerdings fragwürdig.
1072 BGH NJW-RR 1992, 792.

sung 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]

188a **e) Wechselwirkungen zu den Pflegeleistungen, zum Erwerbsschaden und zum Schmerzensgeld.** 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 Zwischen dem Erwerbsschaden wegen Beeinträchtigung der beruflichen Erwerbsarbeit und dem Haushaltsführungsschaden bestehen **Wechselwirkungen**. Das OLG Frankfurt[1076] 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 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 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 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]

189 **f) Der Umfang des Ersatzes bei Einstellung einer (fiktiven) Ersatzkraft.** 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]

190 **aa) Zeitaufwand.** Maßgeblich ist, wie viel Zeit der verletzte Haushaltsführer tatsächlich aufgewendet[1085] hat, also nicht, ob und in welchem Ausmaß er unterhaltsrechtlich verpflichtet war,[1086] und in welchem Aus-

1073 BGH NJW-RR 1990, 34.
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.
1079 *Moreno* HAVE 2018, 269 (273).
1080 *Pardey* SVR 2018, 81 (84).
1081 So auch *Luckey*, 7. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum, 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).
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.

maß 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 OLG[1091] 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, 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** 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 Berufsunfähigkeitsversicherung[1101] 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 Tatrichter auch dazu, die Behauptungen des Anspruchstellers auf Plausibilität zu überprüfen,[1107] namentlich bei allzu deut-

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).
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*.
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.

lichen 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** 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 Ermessenspielraum zu, aber keine uneingeschränkte Freiheit.[1116] Ob gegenüber der Tabelle im Regelfall eine Reduzierung vorzunehmen ist oder ein Zuschlag, wird unterschiedlich beurteilt.[1117]

**191** 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 stammt[1125] und die Technologisierung des Haushalts, zB Geschirrspüler oder Wäschetrockner, moderne Einkaufsformen, zB Onlineshopping und Pizzaservice, Staubsaugroboter, Rasenmähroboter, Thermomixgerät,[1126] Smart-Home-Service[1127] sowie eine Entlastung der Eltern durch den Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen und Ganztagsschulen noch nicht berücksichtigt.[1128] Manches davon ist eher Zukunftsperspektive als Alltag der Gegenwart.[1129] Solche Geräte müssen gewartet 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,

1108 *Freymann*, 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 *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 104 f.
1117 Im Sinn eines Abschlags *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (115); *Medjdoub*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 89 (92); gegenteilig *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (53).
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 / Figgener* 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).
1130 *Warmbach* DAR 2019, 43 (44).
1131 *Ernst/H. Lang* VersR 2019, 1122 (1129).

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 Möbeln[1133] 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 Frankfurt[1140] – auch unter Bezugnahme auf eigene Erfahrungen – die Tabellen von *Schah Sedi* für überzeugender;[1141] das OLG Celle[1142] 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 Spannbreite bei den Tabellen von *Pardey* in Abhängigkeit von der Anspruchsstufe, so für den 2-Personenhaushalt von 25,7 Stunden und 60,5 Stunden[1144] 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 Defensivkanzleien[1146] 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.[1148]

**192** 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 Tatgerichten zu

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 / Figgener* NJW-Spezial 2019, 713 (714).
1144 So auch *Warmbach* DAR 2019, 43 (44).
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. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 6 f.; OLG Hamm NJW-RR 2013, 1242: Unzureichender Vortrag.

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 Schmerzen[1157] 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 zuerkannt[1161] 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 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 BGH[1168] ausgesprochen, als das Tatgericht unter Außerachtlassung einer Anlage, die den Tagesablauf auf nur einer Seite darstellte, das Begehren – ohne Bezugnahme auf Tabellen – als unschlüssig abgewiesen hat. Die Anlage muss dabei aus sich heraus verständlich sein und darf dem Tatrichter keine unzumutbare Sucharbeit abverlangen.[1169]

**192a** 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 KG[1172] 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 ver-

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. Schah 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 Arbeuiten 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 Krankschreibungen 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 Anhaltspuntke 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.
1166 So auch *Gräfenstein/Strunk* NZV 2020, 176 (177); *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 9.
1167 OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505.
1168 BGH NJW 2019, 1082 = zfs 2019, 503 (*Diehl*).
1169 *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (113).
1170 AA *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.
1171 OLG 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.
1172 KG BeckRS 2006, 08455.
1173 So auch *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (10): Dadurch Möglichkeit einer Ergänzung in 2. Instanz.

minderten Zuspruch infolge unzureichender Darlegung, handelt es sich um einen – entschädigungspflichtigen – anwaltlichen Kunstfehler des Geschädigtenanwalts.[1174]

**193** 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 1[1177] und 8[1178] 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 Tabellen[1184] 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 Haushalt[1186] erreicht wird, wobei angenommen wird, dass dieses umso höher ist, je höher das Haushaltseinkommen ist.[1187] Darüber hinaus spielt die Größe des Wohnsitzes[1188] 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 Haftpflichtversicherer[1190] 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] sechs[1193] oder sieben[1194] 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 schwankt[1197] 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,

1174 *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* zfs 2009, 610 (615).
1175 Für die Maßgeblichkeit dieses Wertes OLG Brandenburg BeckRS 2010, 13987.
1176 *Lemcke* r + s 2012, 410; dazu *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1 (17): Keine grundlegende Glaubensfrage, liegt innerhalb der Streubreite des § 287 ZPO.
1177 Noch 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).
1178 Kritisch *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 nachprüfbare – 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).
1181 Deshalb (?) Plädoyer der Haftpflichtversicherer, auf die Heranziehung von Tabellen durch die Gerichte zu verzichten, so *Mergner* VersR 2013, 1377 (1379).
1182 OLG 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).
1184 Kritisch *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.
1185 OLG Frankfurt/M. SP 2009, 217 = jurisPR-VerkR 8/2009 Anm. 2 (*Eilers*): Unterdurchschnittlich kleine Wohnung – 47 m².
1186 *Pardey* Rn. 2611.
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. 103 a.
1199 *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119) unter Bezugnahme auf die Literatur in der Schweiz.

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 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** 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 Alter[1207] oder einen Alkoholsüchtigen[1208] 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 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** 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 wird[1213] 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

1200 Für 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.

1201 AA *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 / Figgener* 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.

1206 Zutreffend *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?

1208 Dazu BGH NJW 2002, 292.

1209 *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (52).

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.

Mitgesellschafters – den Schädiger nach § 843 Abs. 4 nicht zu entlasten vermag.[1218] In Bezug auf die Umorganisation[1219] sowie Verschiebung gewisser Tätigkeiten[1220] 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 Stützkrücken[1225] 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** 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 Schnittarbeiten im Garten und Renovierungsarbeiten im Haus[1230] sowie geringfügige oder übliche Hilfeleistungen[1231] 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 Oldenburg[1236] 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 gerin-

1218 *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (119 f.); ebenso *Luckey*, Personenschaden, Rn. 800; für das schweizerische Recht *M. Schmid* VersR 2020, 529 (532).
1219 Eine solche Pflicht in concreto verneinend OLG Hamm NZV 2002, 570.
1220 Zu 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*).
1229 OLG 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.
1230 OLG 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).
1235 AA *Pardey* DAR 2006, 671 (672): Alle begleitenden, unterstützenden, helfenden Tätigkeiten, geschlechtsneutral und eigentlich altersunabhängig.
1236 OLG Oldenburg VersR 1983, 890; MüKoBGB7/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 52; kritisch freilich *Pardey* Rn. 2485.
1237 Ähnlich *Krücker*, 2. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2013, 1, 13: 50 Minuten tägliche (!) Beeinträchtigung lassen sich durch Umorganisation und Umverteilung auf den Ehemann kompensieren.
1238 So auch *Pardey*/*Schulz-Borck* DAR 2002, 289; *Luckey*, Personenschaden, Rn. 767.
1239 So auch *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (478): „Erhebliche Gerechtigkeitsdefizite, Möglichkeit eines Ausgleichs über das Schmerzensgeld wird insofern häufig überschätzt."

ger 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 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** 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 Alter[1246] 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 Erlebnisshopping,[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 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 Krankenhausaufenthalt[1253] 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** 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 Haushaltsfüh-

1240 BGH NJW 1992, 1043: Geringfügige Kopfschmerzen und Schnupfen an wenigen Tagen; für einen Anspruch beim Haushaltsführerschaden auch bei einer Beeinträchtigung von 10 % *C. Schah 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 nachprüfbare – 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).

1242 Kritisch *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (116).

1243 *Jahnke* VGT 2010, 99,115, 117.

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!

1246 Zur Plausibilität dieses Kriteriums *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (680); die Lebenswirklichkeit verkennend indes *Mergner* VersR 2013, 1377 (1378).

1247 Zu 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)ür die letzten 20 bis 30 Jahre.

1249 *Jahnke* VGT 2010, 99, 117.

1250 Zur Anrechnung der Ersparnis solcher Fahrtkosten bei stationärem Krankenhausaufenthalt *Wessel* zfs 2010, 242 (243).

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.

rung.[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 beruflichen Erwerbsarbeit kommt daher nur unter diesen restriktiven Voraussetzungen in Betracht.[1259]

198 **bb) Haushaltsspezifische Minderung der Erwerbsfähigkeit.** Bei Verletzung des Haushaltsführers wird das der Bemessung zugrunde zu legende Zeitbudget ermittelt, indem der für eine bestimmte Haushaltsgröße sich ergebende Bedarfswert mit der haushaltspezifischen Minderung der Erwerbsfähigkeit[1260] 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 Petitessen 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 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 niedriger[1272] oder betrage häufig bloß die Hälfte der all-

1256 *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (49).
1257 OLG Hamm BeckRS 2019, 5624.
1258 So *Pardey* SVR 2017, 347.
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 Kopfschmezen 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. 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/Figgener* NJW-Spezial 2019, 713; zu Recht kritisch *C. Schah Sedi* DAR 2016, 726 (728).

gemeinen 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 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 können[1278] 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 auszuführen[1280] 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** 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 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 unmittel-

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 %.

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 *Krücker*, 2. Düsseldorfer 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.

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. Schah 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).

bar 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]

199 **cc) Stundenlohn in Abhängigkeit von der Qualifikation der zugrunde zu legenden Ersatzkraft.** 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 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 Gerichte[1300] – jedenfalls bei einem Durchschnittshaushalt einfachen Zuschnitts und ohne Kinder – auf die niedrigste Stufe, nämlich eine ungelernte 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 IXa[1304] bzw. BAT IXb[1305] 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

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.

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-VerkR 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; Erman[15]/*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-VerkR 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.

Stundenlöhne anzusetzen.[1307] *Ernst*[1308] berichtet, dass die Tatgerichte pauschal zwischen 8 EUR[1309] und 10 EUR[1310] netto zubilligen;[1311] die Spanne liegt aber sogar zwischen 6 und 10 EUR,[1312] 7 EUR und 10 EUR,[1313] 6 EUR und 13 EUR[1314] bzw. 8 und 14 EUR[1315] wobei die Spannbreite nur mit dem regionalen Gefälle zwischen (strukturschwachen) ländlichen Gebieten und der (teuren) Großstadt[1316] erklärbar sein dürfte.[1317] *Balke*[1318] weist ein Spektrum zwischen 6,26 EUR[1319] und 15.- EUR[1320] nach. Wenn das 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** Im Jahr 2009 hat der BGH[1322] 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

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 *Freymann*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 103 (119).

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. Düsseldorfer 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 Putzzhilfe 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.).

1319 OLG Frankfurt SVR 2009, 223 (*Balke*).

1320 AG Ludwigsburg BeckRS 2010, 22260.

1321 BGH NJW 2012, 2024.

1322 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.

1323 SVR 2009, 222 (223).

1324 Zuspruch 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.).

1325 Zuletzt *Nickel/Schwab* SVR 2018, 454 ff.

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 Dresden[1328] 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 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** 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 EUR[1334] 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 Osnabrück[1339] 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. 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** 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.

1326 Ablehnend 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.
1328 OLG Dresden SP 2008, 292. Kritisch *Luckey*, Personenschaden, Rn. 794 FN1053: Dafür werden nur Teenager tätig; mE nicht einmal diese!
1329 Zu dem gegenüber der reinen Haushaltsarbeit höheren Stundenlohn in der Schweiz *Ch. Huber* HAVE 2009, 109 (123).
1330 OLG München BeckRS 2015, 9712: Stundensatz 5,11 EUR begehrt.
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 Zuspruch 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.
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).

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 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** 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 Entscheidungen[1356] 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 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 „Zugehfrau", 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.

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.

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).

1358 So der zureffende Hinweis in OLG Köln DAR 2016, 704 = NZV 2015, 505; OLG Köln r+s 2015, 422.

**202** 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** 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 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 Literatur[1367] 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** 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 OGH[1373] oder schweizerischen BG[1374] bereits auf fruchtbaren Boden gefallen;[1375] in anderen 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.

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.
1366 *Pardey* S. 104 f.
1367 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 8; RGRK/*Boujong*, § 844 Rn. 61; Soergel[13]/*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).
1376 *Bachmeier* in FS L. Jaeger (2014), 177 (1889: in Belgien 17,50 EUR pro Tag.
1377 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 53.
1378 In FS L. Jaeger (2014), 177 (189).

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. 1 a 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 BGH[1380] 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] **204**

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 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 manchen[1385] 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 Arbeitslosenquote[1387] 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] **205**

Da seit 2009 nach § 35 a 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. **206**

**dd) Befristung der Rente.** 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 **207**

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.
1383 BGH 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.
1386 Dazu *Luckey*, Personenschaden Rn. 835: Vorzugswürdig deshalb, den gesamten Schaden fiktiv abzurechnen.
1387 So aber *Nickel/Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 4.
1388 AA *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.
1391 *Bachmeier* FS L. Jaeger (2014), 177 (185); *Nickel/ Schwab* in Himmelreich/Halm/Staab, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, Kap. 18 Rn. 3.

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** 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 Lebenswirklichkeit gerecht zu werden, sollten aktuelle Sterblichkeitstafeln 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 zu[1400] 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** 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 Anspruchsniveau[1406] – im Rahmen der Haushaltsführung durch kontinuierliche Abschläge der Rente Rechnung getragen wird,[1407] aber idR nicht vor Vollendung des 70. Lebensjahres.[1408] Zu bedenken ist freilich, dass so mancher Kräfteverschleiß durch zusätzliche Routine aufgefangen wird.[1409] Darüber hinaus ist auf eine vorhersehbare Verkleinerung der Haushaltsgröße[1410] 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]208aDenn jede Verweisung auf § 323 ZPO führt dazu, dass die bis dahin angefallenen Defizite nicht mehr überwälzbar

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.

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. Schah 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.

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).

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.** 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 Hamm[1414] 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 hälftigen Haushaltstätigkeit bei Eintritt des berufstätigen Ehemanns in den Ruhestand auch nicht immer realistisch sein.[1415] **209**

**g) Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen.** 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 Rechtsprechung[1417] 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] Den Verletzten trifft die Beweislast dafür, dass ihm ein über sachlich kongruente Sozialversicherungsleistungen hinausgehender Restanspruch zusteht.[1421] **210**

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 wegen Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit[1424] 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 **211**

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.

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.

1424 BGH NJW 1974, 41; dazu *Meurer* NJW 1974, 640.

1425 BGH 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.

1426 OLG Hamm r+s 2001, 506; *Küppersbusch/Höher* Rn. 212.

1427 BGH NJW 1997, 257; *Pardey* Rn. 2691.

1428 *Küppersbusch/Höher* Rn. 602.

1429 *C. Schah Sedi*, Praxishandbuch Haushaltsführungsschaden § 2 Rn. 32.

ein darüber hinausgehender Schaden des Direktgeschädigten; ein engagiertes Vorgehen des Sozialversicherungsträgers stärkt inzident auch die Position des Direktgeschädigten.[1430]

212 **h) Mitwirkung des Haushaltsführers beim Erwerb des anderen.** Seit der Grundsatzentscheidung vom 11.7.1972[1431] 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] Deshalb ist ein solcher Erwerbsschaden auch bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften sowie nichtehelichen Gemeinschaften anzunehmen.[1434] Die Annahme eines faktischen Arbeitsverhältnisses[1435] 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 Oldenburg[1438] 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.

213 **i) Mitwirkung eines Kindes im Haushalt oder Erwerb.** 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]

213a **j) Prozessuale Fragen.** 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]

213b **k) Komplexität der Berechnung.** 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]

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.
1431 BGHZ 59, 172 = NJW 1972, 2217 (*Franz*; *Schmidt-Salzer*).
1432 *Pardey* Rn. 2728.
1433 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 6.
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.
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).

–, 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 haushaltspezifischen Erwerbsminderung soll die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit treten.[1450] Dieser „radikale" 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.** 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 Celle[1456] 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 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] **214**

**a) Besonders große Schwierigkeiten der Prognose bei sehr jungen Menschen.** 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 Quer- **215**

1449 Dafür aber auch *J. Lang*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 37 (55).
1450 *Thoenneßen*, Fachtagung Personenschaden 2020/1, 1 (19, 22 ff.).
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*).
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 *Freymann* VGT 2013, 21, 29.
1465 OLG Schleswig BeckRS 2009, 16407.

schnittlähmung 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 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** 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 Aktivitäten[1475] 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 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** 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 Geschwistern[1485] 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 voran-

1466 BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*).
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 Palandt[79]/*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 Deutschlehrerein 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.
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 MüKoBGB[7]/*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.

gegangene, insbesondere, wenn es sich um soziale Aufsteiger handelt. Dafür spricht, dass der Anteil von Personen mit einem Schul- oder 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** 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 Tatrichter 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 Tatrichter eine ganz bestimmte Berufslaufbahn zugrunde legen. Keinesfalls darf er sich damit begnügen, ein Mindesteinkommen zu unterstellen.[1496] Losgelöst von den Besonderheiten des jeweiligen Falles und gestützt auf statistische Unterlagen Abschläge wegen der Gefahr einer von Arbeitslosigkeit unterbrochenen Erwerbsbiografie anzunehmen, ist mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar.[1497]

**219** § 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 stellen[1501] 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 verlet-

1489 LG Münster NJW-RR 2011, 1593.
1490 So 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.
1493 BGH 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).
1495 Vgl. 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.
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 MüKoBGB[7]/*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 *Freymann* 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).

zungsbedingt ergriffenen Referenzberuf auch im ohne Verletzung ergriffenen Beruf realisiert hätte.[1504] Ebenso fragwürdig ist es, aufgrund eines 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** Bei Verletzten, die zwar schon im Erwerbsleben stehen, aber in ihren jungen Jahren noch keine ausgeprägte und zusammenhängende Erwerbsbiografie vorweisen können, hat der BGH[1507] 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 Abschläge 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 Geschädigtenanwalts sinnvoll sein kann, einen entsprechenden Hilfsantrag zu stellen.[1513] Ohne Ausweis eigener Sachkunde wird das Tatgericht sachverständiger Hilfe bedürfen.[1514]

**221** 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 betätigen[1515] 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** 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 Ausbildungs-

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.

1505 BGH 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).

1507 BGH NJW 1998, 1634 = EWiR 1998, 393 (*Grunsky*); NJW 1997, 937; NJW 1995, 1023.

1508 Auf diese Parallele hinweisend OLG Stuttgart VersR 1999, 630.

1509 So 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.

1510 BGH 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.

1511 OLG Hamm BeckRS 2005, 02606 = SVR 2006, 67 (*Luckey*).

1512 BGH NJW 2011, 1148 (*Schiemann*) = SVR 2011, 64 (*Luckey*) mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* HAVE 2011, 253 ff.

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.

kosten kommt mE aber nur im Rahmen der zeitlichen Kongruenz in Betracht, nicht als Abzugsposten bei Ermittlung eines Saldos des Lebenseinkommens.[1521]

**b) Verspäteter Eintritt ins Erwerbsleben.** 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 das Erwerbseinkommen aus einer Ausbildungsvergütung[1528] sowie aus Nebenjobs, die der Geschädigte verletzungsbedingt nicht wahrnehmen kann.[1529] **223**

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 Hamm[1532] 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 Betreffenden 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] **224**

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 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 **225**

1521 AA *Eilers* VGT 2013, 9, 16.
1522 KG NZV 2006, 207 = VRR 2006, 225 (*Luckey*) = zfs 2006, 147 (*Diehl*).
1523 BGH NJW-RR 1992, 791; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 11.
1524 OLG 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.
1526 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 1109.
1527 OLG Celle BeckRS 2009, 18133 = zfs 2008, 16 (*Diehl*); *Luckey* VRR 2006, 226.
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.
1537 Zutreffend *Eilers* VGT 2013, 9, 11.

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.

**226** **c) Behinderung in der Haushaltsführung.** 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]

**227** **d) Einwendungen des Ersatzpflichtigen.** 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 Köln[1542] 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** 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 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]

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.
1542 OLG Köln SP 2000, 229.
1543 Vgl. 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.
1544 OLG 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 Konjunkturentwicklung in der Praxis weniger bedeutsam, als man vermuten wollte.
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.

## D. Die vermehrten Bedürfnisse[1550]

### I. Rechtstatsächliche Bedeutung

229 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 angemessener Ausgleich über jeweils konkrete vermehrte Bedürfnisse besser erreicht werden kann als über die Globalgröße Schmerzensgeld.[1558]

### II. Zielsetzung des Anspruchs

230 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 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 „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

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. Quirmbach* zfs 2017, 64 ff. mit zahlreichen Beispielen.
1557 *Zoll* in FS L. Jaeger (2014), 473 (483): „Insoweit sollte ein Umdenken einsetzen."
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.).
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.

Öffentlichkeit[1571] und zur Familie,[1572] der Verbleib in der vertrauten Umgebung sowie beim vertrauten Therapeuten,[1573] die Kontinuität der Lebensführung[1574] sowie der Bezug zu einer Vertrauensperson[1575] 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 Maßnahme[1576] oder die eines verständigen Geschädigten in der konkreten Situation des Verletzten[1577] abgestellt wird, sind die tatsächlichen Kosten ersatzfähig, ein reduzierter Betrag oder gar nichts.

**231** 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 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 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.

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.
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 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 64.
1584 BFHE 176, 402; BFHE 175, 439 = NJW 1995, 1238; dazu *Gschwendtner* DStZ 1995, 130 f.; MüKoBGB[7]/*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.
1587 BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.: Versagung der Kosten für die behindertengerechte Ausstattung eines Motorrades wegen des vorangehenden Zuspruchs von Schmerzensgeld.
1588 *Ch. Huber* NZV 2005, 620.

### III. Ausprägungen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse

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: **232**

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 Haftpflichtversicherung[1591] 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] orthopädische und technische Hilfsmittel wie künstliche Gliedmaßen und Spezialschuhe, Mehrkosten für Diät,[1595] von der gesetzlichen Krankenversicherung nicht getragene Medikamente[1596] oder Therapiekosten für Muskelentspannung[1597] 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 Hamm[1600] 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 Celle[1601] 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 Anschaffung neuer Kleidung hat das OLG Düsseldorf[1604] 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 konvergie- **233**

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*).

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.

1604 OLG Düsseldorf NJW-RR 2006, 816.

ren wird. Das OLG Zweibrücken[1605] 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** 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.

**235** 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** 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 Schwimmbades[1617] bis hin zu Kuren. Über den rein körperlichen Bereich hinaus geht es um die Kontaktnahme zur Öffentlichkeit[1618] 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]

**236** 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 Risikolebensversicherung[1623] der Fall ist. Ist das Ablebens- bzw. Erkrankungsrisiko ver-

1605 OLG 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).
1609 Für eine Qualifikation als Heilungskosten *Diehl* zfs 2012, 203. Im konkreten Fall war der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse durch einen vorangehenden Abfindungsvergleich ausgeschlossen gewesen.
1610 OLG 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).
1613 BGH NJW-RR 1992, 792.
1614 *Höher* SVR 2018, 23 (24).
1615 Ablehnend 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.
1616 OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513.
1617 OLG Hamm VersR 2000, 234.
1618 LG Bochum BeckRS 2012, 16390: Organisation von individuellen Außenkontakten.
1619 OLG 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.
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.

letzungsbedingt 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 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** 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] wer sich selbst behilft oder wem Familien-

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 Kaskovericherung 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 Beinveletzten.
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; Jauernig[17]//*Teichmann* § 843 Rn. 2; MüKoBGB[7]/*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.

angehörige im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht behilflich sind, kann bloß die Nettokosten ersetzt verlangen.[1638]

**238** 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 Maßnahme[1639] 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 Stärkungsmittelentscheidung[1642] 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** 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 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** 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]

1638 BGHZ 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.

1639 Zum bloßen Feststellungsbegehren bei weit in der Zukunft liegenden Maßnahmen OGH ZVR 2011/241 (*Ch. Huber*).

1640 Zutreffend *Zoll* NJW 2014, 967 (968); aA zu Unrecht OLG Köln BeckRS 2012, 06518.

1641 BGH 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.

1642 BGH NJW 1958, 627. Diese zu Unrecht für sämtliche Fälle der vermehrten Bedürfnisse generalisierend *Luckey*, Personenschaden, Rn. 961.

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.

## VI. Zeitliche Befristung

241 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 ZPO[1653] 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

242 **1. Verkehrsmittel.** 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 eines schwerstbehinderten Kindes zwar ein Familienfahrzeug haben, aber ein besonders ausgestattetes Fahrzeug für Transporte des Schwerstverletzten erforderlich ist[1657] 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 Betriebsunter Einschluss der Benzinkosten[1662] 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

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.
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.

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 Anschaffungskosten kommen noch Betriebsmehrkosten dazu, wenn der Geschädigte verletzungsbedingt anstelle eines Großeinkaufs mehrere kleinere Einkäufe im Rahmen der Haushaltsführung tätigt[1670] 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, 33 b EStG steuerlich absetzbar sind, wird übersehen, dass für den Verletzten bei Ersatzfähigkeit durch den Ersatzpflichtigen keine Mehrkosten anfallen.

**243** Neben den Kosten für die behindertengerechte Ausgestaltung eines Fahrzeugs hat der BGH[1672] – mE zu Unrecht und anders als in der Schloss-Entscheidung[1673] – 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 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]

**244** **2. Wohnbedarf. a) Qualitative und quantitative Dimension.** 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. § 554 a Abs. 1 die Zustimmung zur Vornahme solcher Maßnahmen verlangen, wobei der Vermieter nach § 554 a Abs. 2 eine Sicherstellung für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bei Wegfall des Bedarfs

1668 *Höke*, 56. VGT 2018, 265 (271).
1669 *Ch. Huber* NZV 2005, 620.
1670 BGH NJW-RR 1992, 792.
1671 *Pardey* Rn. 1832, 1881 f.; Staudinger/*Vieweg* (2015) *§ 843* Rn. 23.
1672 BGH NJW-RR 2004, 671 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.
1673 BGHZ 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).
1674 Zutreffend 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.
1675 Mutig 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.
1676 Dazu *Werwigk*, 56. VGT 2018, 283 (287): Delphin-Therapie in Florida.
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.

verlangen kann. Diese Kosten hat der Schädiger dann zu übernehmen.[1684] Ein Umzug in eine behindertengerechte 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 Schwimmbad[1686] 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.** 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. **245**

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.

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.

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.

**246** Der BGH[1698] 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 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 Finanzierungskosten[1700] bemisst bzw. fiktive Mietkosten ansetzt[1701] und diese in einem Kapitalwert ausdrückt.[1702] Das OLG Brandenburg[1703] 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 BGH[1704] weist aber zu Recht darauf hin, dass es um einen würdigen Schadensausgleich gehe, so dass überlegenswert sein könnte, dem OLG Stuttgart[1705] 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** Der BGH[1708] 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 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.

**248** **c) Kapital oder Rente.** 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

1698 BGH NJW 1982, 757; dazu Staudinger/*Vieweg* (2015) *§ 843* Rn. 23; *Drees* VersR 1988, 784 (788).
1699 BGHZ 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.
1701 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 611.
1702 Für eine Anrechnung von Mehrflächen als Werterhöhung *Quaisser*, NW-Spezial 2015, 265.
1703 OLG Brandenburg BeckRS 2013, 03283.
1704 BGH NJW 1982, 757.
1705 OLG Stuttgart VersR 1998, 366.
1706 OLG Nürnberg VersR 1993, 1365: Anschaffung eines Kfz; *Zoll* NJW 2014, 967 (971).
1707 *Zoll* NJW 2014, 967 (972).
1708 BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.
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; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 60.
1711 So aber Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 9.

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 kann[1714] oder innerhalb der durch das Feststellungsurteil erwirkten 30-jährigen Frist.

## VIII. Pflegedienstleistungen, häufig von Familien

**249** 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.

**250** **1. Besuchskosten.** Für Besuchskosten naher Angehöriger soll allein die verletzte Person aktivlegitimiert sein.[1718] Zu den Besuchskosten im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse hat das OLG Bremen[1719] eine 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** Das KG[1721] 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 Eigentums-

1712 BGH NJW 1982, 757.
1713 BGH NJW 1982, 757.
1714 BGH NJW-RR 2006, 191 zur Rechtslage nach § 197 aF.
1715 So aber zutreffend *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 159: Preiswerte Pflegeleistung von Verwandten soll Schädiger nicht entlasten; abzustellen ist auf angemessene Ersatzkraft.
1716 So etwa OLG Celle VersR 2019, 1157 = Fachtagung Personenschaden 2019, 205 (*Ch. Huber*) = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (*Wenker*); OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.
1717 Insoweit 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.
1718 OLG Köln VersR 2018, 1264: Kunstfehler eines Anwalts. Dazu und weiteren Detailfragen rechtsvergleichend *Landolt* in FS Koller (2018), 71 ff.
1719 OLG 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 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*).

wohnung 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 Aufgabenbereich der Eltern.[1725] Bei einem schwerstverletzten Kind hat das OLG Zweibrücken[1726] immerhin für eine Eingewöhnungsphase von einem Monat auch den Arbeitskrafteinsatz der Eltern für ersatzfähig angesehen.

**251** **2. Nicht ersatzfähige Unterhaltsleistungen.** 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 Entscheidung[1728] ging es um Anwesenheiten der Eltern während eines Krankenhausaufenthalts, in der zweiten[1729] 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** Die Eckpunkte der beiden BGH-Entscheidungen können so zusammengefasst werden:[1732] Soweit **Betreuungsleistungen** zum selbstverständlichen originären Aufgabenbereich der Eltern 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 Zweibrücken[1737] 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, ins-

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.

1725 OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513.

1726 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

1727 BGH NJW 1999, 2819 = LM § 843 BGB Nr. 59 (*Kullmann*); BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*).

1728 BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*).

1729 BGH NJW 1999, 2819 = LM § 843 BGB Nr. 59 (*Kullmann*).

1730 *Grunsky* BB 1995, 937 ff.

1731 Kritisch *Ch. Huber* in FS G. Müller (2009), 35 (50 f.).

1732 Dazu van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 585; Palandt[79]/*Sprau* § 843 Rn. 3; *Pardey* Rn. 1785; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 25.

1733 So auch in der Folge OLG Hamm OLGR 2003, 70.

1734 BGH 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.

1735 BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*).

1736 BGHZ 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.

1737 OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.

1738 *Grunsky* BB 1995, 937 (940).

besondere 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 beherzigt. Das OLG Düsseldorf[1742] 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 Köln[1744] 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 Dresden[1745] grenzt die aktivierende Pflege und unterstützende Kommunikation von der nicht ersatzfähigen normalen elterlichen Zuwendung ab. Das OLG Köln[1746] 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** 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 BGH[1749] 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 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

1739 BGH NJW 1999, 2819.

1740 Vgl. 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.

1741 OLG Nürnberg VersR 2009, 1079 (*L. Jaeger*): Eine Ersatzfähigkeit daher zu Recht bejahend bei epileptischen Anfällen sowie Einschränkung der Sehfähigkeit des Sohnes.

1742 OLG Düsseldorf NJOZ 2009, 3427 = SP 2008, 255.

1743 AA zu Recht LG Köln SP 2011, 16: Abgeltung für Versorgungsleistungen betreffend Körperpflege, Essen sowie Fahrten in die Schule und zu behandelnden Ärzten.

1744 OLG KölnVRR 2010, 187 (*Luckey*).

1745 OLG Dresden BeckRS 2011, 27538: 20 bis 30 Minuten Mehraufwand gegenüber einem gesunden Kind.

1746 OLG Köln VersR 2018, 1264.

1747 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 25.

1748 So auch Bamberger/Roth/*Spindler (52. Edition)* § 843 Rn. 23; die Bedeutsamkeit der physischen Präsenz am Krankenbett betonend MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 75.

1749 BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921 = LM § 249 (A) BGB Nr. 111 (*Stürner*/*Dittmann*).

1750 *Kullmann* Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 59.

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.

254 **3. Ersatzfähige Dienstleistungen.** 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 Urlaub[1756] und zu sonntäglichen Ausflugsfahrten[1757] – 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 Celle[1762] 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 Brandenburg[1763] 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. Dieser Ansatz ist mE nicht auf die Pflege Schwerstverletzter beschränkt, sondern überall dort angebracht, wo Dienstleistungen an sieben Tagen der Woche zu erbringen sind.

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.
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.

255 Abgelehnt hat das OLG Düsseldorf[1764] 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 *Luckey*,[1766] dass demjenigen, der schon vor dem Unfall – regelmäßig – zur Auslebung 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 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.

257 **4. Verhältnismäßigkeitsgrenze (§ 251 Abs. 2).** 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 Hause[1769] 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 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 Geschädigten[1774] 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 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 Rekurrierung 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

1764 OLG Düsseldorf r+s 1997, 504; dazu *Pardey* Rn. 1853.
1765 So 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 *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1002.
1767 OLG München NJW-RR 1995, 1239, dazu *Ch. Huber* NZV 1997, 377 ff.; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 583.
1768 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 604.
1769 OLG Köln VersR 1988, 61.
1770 OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.
1771 OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; *Hoffmann* zfs 2007, 428 (429); Palandt[79]/*Sprau* § 843 Rn. 3.
1772 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.
1773 OLG 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).
1775 So 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.
1776 Kritisch auch *Luckey*, Personenschaden, Rn. 976.
1777 So OLG München DAR 2004, 651 (*Nettesheim*): Ersatzfähigkeit privatärztlicher Behandlung.
1778 Darauf abstellend *Hoffmann* zfs 2007, 428 (429); ablehnend *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (684).
1779 *Ch. Huber* MedR 2008, 712 (713) Fn. 14.

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 Totalschadensabrechnung[1782] 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.

**259** **5. Anrechnung von Vorteilen.** 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 EUR[1789] 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 München[1793] 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 Rollstuhlzuggerät hat der Schädiger eingewendet, dass sich der Verletzte dadurch die Anschaffung eines sportlichen Fahrrads erspart habe, was das OLG Stuttgart[1794] wegen mangelnder Substantiierung nicht beachtet hat. Gegen eine Vorteilsan-

1780 Instruktiv *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 hirnverletzten 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).

1786 KG 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).

1787 Gegen 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.

1788 OLG Hamm NZV 2001, 473; *Ch. Huber r + s* Sonderheft 2011, 34 (38 f.); *Pauge* VersR 2007, 569 (573).

1789 OLG München NJW-RR 2007, 653: 5 EUR für ein Kind.

1790 Zur 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.

1791 OLG 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).

1793 OLG München NJW-RR 2007, 653.

1794 OLG Stuttgart BeckRS 2012, 09676 = zfs 2012, 198 (*Diehl*).

rechnung 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.

**260** **6. Umfang ohne Einstellung einer Ersatzkraft. a) Zeitumfang.** Die Rechtsprechung geht bei einer **Pflege durch Familienangehörige** davon aus, dass diese effizienter – weniger belastend und zeitaufwendig[1795] – 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 acht[1803] und zehn[1804] Stunden. Präziser ist es, das erforderliche Zeitausmaß durch nachvollziehbare Angaben der mit der Betreuung befassten Angehörigen und einem darauf aufbauenden Sachverständigengutachten unter Zugrundelegung 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 wird[1809] 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** 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]

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.
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*).

**261** Sogenannte **Bereitschaftszeiten**, insbesondere in der Nacht,[1815] sind von der Betreuungsperson entschädigungslos zu erbringen;[1816] oder es wird dafür eine Pauschale im Ausmaß eines Almosens[1817] oder von 1,[1818] 2[1819] oder auch 5,5[1820] Stunden bzw. ein Zuschlag von 10 %,[1821] 25 %,[1822] 30 %[1823] oder 50 %[1824] zugebilligt; das fallweise Einspringen einer fremden Ersatzkraft wird entweder in vollem Umfang[1825] 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, weil diese im Verhältnis zum Schädiger nicht unentgeltlich erfolgen soll[1831] oder die Disposition eines verständigen Menschen in der besonderen Lage des Geschädigten.[1832]

**261a** Das erinnert eher an die Abgeltung von Unbill beim Schmerzensgeld als der Ermittlung einer Vermögenseinbuße bei marktkonformer Berechnung.[1833]

**261b** 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 versagen[1839] oder mit einer Pauschale von zwei Zeitstunden abzugelten,[1840] ist völlig 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 Bamberg[1842] dem Vater des Verletzten, der seine berufliche Erwerbstätigkeit als Maschinenbauingenieur aufgegeben hat, um

1815 Zu den Kosten eines Pflegedienstes für eine Nachtbereitschaft für 5,5 Stunden in Höhe von 88 EUR OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.
1816 OLG Schleswig BeckRS 2008, 00060.
1817 OLG Koblenz VersR 2002, 244: 12 EUR für 14 Stunden Bereitschaft.
1818 OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.
1819 OLG 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.
1820 OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.
1821 OLG Stuttgart MedR 2006, 719.
1822 OLG Karlsruhe BeckRS 2020, 1916 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 182 (*Ch. Huber*); OLG Karlsruhe GesR 2014, 725 = BeckRS 2014, 19513.
1823 OLG Oldenburg VersR 1993, 753.
1824 BGH 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.
1825 OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 620 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* MedR 2008, 712 ff.
1826 OLG Schleswig BeckRS 2008, 00060: Abgeltung nicht für 15 Minuten (LG), sondern 60 Minuten (OLG) einmal pro Woche bei einem schwerstgeschädigten Kind.
1827 Anschaulich unter Bezugnahme auf ein Sachverständigengutachten OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.
1828 OLG Koblenz VersR 2002, 245.
1829 *Ch. Huber* in FS G. Müller (2009), 35 (55).
1830 OLG Hamm Fachtagung Personenschaden 2019, 203 (*Ch. Huber*) = JurisPR-Verkr 17/2019 Anm. 1 (*Wenker*).
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*).
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.

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]

**262** **b) Stundenlohn.** Der maßgebliche Stundenlohn bewegt sich zwischen 6,[1846] 8,[1847] 10[1848] und 11 EUR,[1849] bei Spezialkenntnissen, die über die des Personals eines Krankenhauses hinausgehen, sogar 12 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 ungelernte 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 ungelernten 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 Bremen[1856] 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 Schleswig[1857] einen Abschlag vom Bruttolohn bloß im Ausmaß von 20 % anstelle von 30 % vorgenommen. Das OLG Hamm[1858] hat einen Abschlag beim Stundenlohn vorgenommen, weil die den Verletzten pflegende Mutter daneben noch vier weitere Kinder betreut hat.[1859] Das ist im 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 Stun-

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*).
1850 OLG 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*).
1851 OLG 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.
1852 Zum 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.
1853 OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 869: Infolge starker Gewichtszunahme des Kindes; OLG Zweibrücken OLGR 1999, 153: Krankes Kind, das inaktiv.
1854 OLG 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).
1855 LG Münster BeckRS 2019, 9065 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 184 (*Ch. Huber*).
1856 OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.
1857 OLG Schleswig BeckRS 2008, 00060: Für das Jahr 2002 Stundenlohn von 8.54 EUR.
1858 OLG Hamm NJW-RR 1994, 415.
1859 AA 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.

denlohn.[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 ersatzfähig[1864] 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** Das OLG Düsseldorf[1867] hat darauf hingewiesen, dass über den nach § 3 S 1 Nr. 1 a 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 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 Dresden[1871] 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.

**263** **c) Größenordnung.** 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, welch unterschiedliche Beträge für angemessen erachtet werden. Da der BGH zur Höhe des Anspruchs unter Berufung auf das große tatrichterliche 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

1860 So BGHZ 106, 28; kritisch aber BGHZ 140, 39 = NJW 1999, 421 = LM § 843 BGB Nr. 58 (*Schiemann*).
1861 Kritisch zu einer Geringer-Bewertung auch *Schiemann*, Anm. zu BGH LM § 843 BGB Nr. 58.
1862 Näheres 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 Schadensberechnung[2] (1995), S. 381; aA *Pardey* Rn. 1905.
1865 OLG 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).
1867 OLG 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.
1868 *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (681); *ders*. in FS G. Müller (2009), 35 (53).
1869 *Balke* SVR 2012, 2012 (47), 48: Berücksichtigung der Arbeitsmarktslage 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 fehleranfälligere Materie".

darauf verwiesen, dass der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1985[1874] umgerechnet 900 EUR pro Monat als an der Obergrenze liegend angesehen hat, das OLG Düsseldorf[1875] 2.650 EUR zugebilligt hat, während in einem vom OLG Bremen[1876] zu 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]

264 **7. Ersatz der Kosten für die Rentenversicherungsbeiträge der unentgeltlich tätig werdenden Pflegekraft gem. § 44 SGB XI.** 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. 1 a 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 BGH[1882] 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. 6 a 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 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 Düsseldorf[1885] 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

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 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

1874 BGH VersR 1986, 59 im Anschluss an OLG Nürnberg VersR 1986, 173.
1875 OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90.
1876 OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115.
1877 LG 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. 122 a.
1881 *Heinz* PflR 2016, 278 (280).
1882 BGHZ 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.
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.

Haftpflichtversicherer liegt der 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 ist[1895] – entsprechend dem Code of Coduct.

### IX. Kosten einer Behindertenwerkstätte

**265** 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** 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 Entscheidungen[1897] 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 Sinn zu geben, diese sein Selbstwertgefühl stärke sowie gesellschaftliche Anerkennung und soziale Kontakte vermittle.[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** 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 behinderungsbedingten 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 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

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.
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).
1907 BGH zfs 2016, 440 (*Diehl*) = ZVR 2016/100 (*Ch. Huber*).

der BGH[1908] 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 BGH[1909] 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** 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 selbst[1920] 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

1908 BGH VersR 2014, 1025.
1909 BGHZ 204, 44 = jurisPR-VerkR 17/2015 Anm. 1 (*Lang*) = NJ 2015, 513 (*Lauterbach*) = r + s 2015, 264 (*Lemcke*).
1910 BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*).
1911 OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.
1912 BGHZ 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.
1914 Für eine Beschränkung auf die geringeren Instandhaltungskosten *Küppersbusch/Höher* Rn. 693.
1915 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke* Teil 4 Rn. 629.
1916 BGH NJW 2004, 3176.
1917 BGHZ 159, 318 = NJW 2004, 2892 = LMK 2005, 5 (*Fuchs*) = SVR 2004, 467 (*Schröder*) = jurisPR-BGHZivilR 34/2004 Anm. 1 (*Baukelmann*).
1918 LG Oldenburg VersR 2009, 367 (*Sitz*).
1919 BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*).
1920 BGH NJW 1997, 256: Nicht in Bezug auf den Erwerbsschaden, der in der Haushaltsführung für andere Familienmitglieder besteht.
1921 BGH 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 OLGR 2000, 256; *Küppersbusch/Höher* Rn. 683; *Küppersbusch* NZV 1997, 30; *Plagemann* DAR 1997, 428; *Schwarz* zfs 1999, 273.

sachlich kongruent.[1922] Die Verletztenrente, die einem minderjährigen 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. § 294 a 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** 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 sein konnte. Das wird auch dann bejaht, wenn der jeweilige Anspruch gegen den Sozialversicherungsträger betraglich angepasst bzw. ausgebaut wurde.

**269** 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** 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 BGH[1930] 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 BGH[1931] 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

1922 BGH 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.

1923 BGHZ 159, 318 = NJW 2004, 2892 = LMK 2005, 5 (*Fuchs*) = SVR 2004, 467 (*Schröder*) = jurisPR-BGHZivilR 34/2004 Anm. 1 (*Baukelmann*).

1924 OLG Dresden BeckRS 2011, 27538.

1925 BGH 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.).

1926 BGH NJW 2003, 1455; BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; NJW 1990, 2933; *Burghart* NZV 2005, 441 (445).

1927 BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*).

1928 BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*); NJW 2003, 1455; BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783; NJW 1990, 2933; NJW 1984, 607.

1929 BGH NJW 2006, 3565 = SVR 2007, 58 (*J. Lang*); NJW 2003, 1455.

1930 BGHZ 134, 381 = NJW 1997, 1783.

1931 BGHZ 189, 158 = NJW 2011, 2357; NJW 2003, 1455.

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 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** 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 Erwerbsfähigkeit[1935] oder der Bezugnahme auf das für die Pflegeversicherung erstellte Gutachten[1936] 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** 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, einen höheren als den begehrten Betrag zuzusprechen.[1941] Unterlässt der Anwalt eine solche Formulierung des Klagebegehrens und hätte das Gericht bei einem entsprechenden Begehen 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** 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 dann[1944] –, 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.

1932 JZ 2012, 134 ff.
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*).
1941 BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.
1942 *Ch. Huber* NZV 2005, 620 (622).
1943 *Pardey* Rn. 1307; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 78; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 32; *Schlund* BB 1993, 2025 (2026).
1944 RGZ 69, 296; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 32.
1945 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 17; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 29.
1946 *Schlund* BB 1993, 2025 (2026).

### II. Sicherheitsleistung (§ 843 Abs. 2 S. 2)

**273** 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 Entscheidungen[1950] 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** 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 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** 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

1947 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 31.
1948 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 81.
1949 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 29; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 17.
1950 RGZ 157, 348; RG JW 1935, 2949; dazu Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 31; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 29.
1951 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 17; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 33.
1952 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 80.
1953 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 80.
1954 *Ch. Huber* NZV 2019, 321.
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; MüKoBGB[7]/Wagner §§ 842, 843 Rn. 85.
1958 *Bachmeier* SVR 2019, 10 (12).
1959 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 34.
1960 BGH NJW 1982, 757; Erman[15]/*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 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 33.

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 Wahlrechts zwischen Rente und Kapitalabfindung soll nur in einheitlicher Weise möglich sein. Entsprechendes soll gelten bei einer Mehrheit von Schuldnern, 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** Der intensiven Auseinandersetzung in der Literatur[1966] 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 werden[1969] 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 bedarf[1971] und er nicht weiterhin Zeit und 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 Akte[1972] und damit Effizienzgewinnen aufgrund wegfallender Bearbeitungskosten.[1973] Im Ausgangspunkt ist somit eine Win-Win-Situation für beide.[1974]

**275a** 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

1963 *Schwintowski* VersR 2010, 149 (155); MüKoBGB[7]/*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.

1964 BGHZ 59, 187 = NJW 1972, 1711; BGHZ 28, 68 = NJW 1958, 1588; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 85; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 19.

1965 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 30; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 33.

1966 *Kornes* 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.

1967 *Köck* 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.

1968 *L. Jaeger* VRR 2006, 124; *H. Lang* VersR 2005, 894 (895): Anspruchsteller kann Schlussstrich 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.

1969 So *Lang* jurisPR-VerkR 24/2018 Anm. 1.

1970 *Scholten* DAR 2016, 631.

1971 *Höher* SVR 2018, 23 (25).

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).

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 Einklagung einer Rente – sowie deren fortlaufender Anpassung – anfällt.[1982] Die sich verschärfenden Anforderungen an die Anwaltshaftung[1983] 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 Aufklärungsverschulden des Anwalts nachweisen, sondern zudem, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der als geltend gemachte Betrag im Prozess durchsetzbar gewesen wäre.[1986]

**275b** 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** 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 hM[1992] 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 Personengroßscha-

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.

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).

1988 OLG Schleswig NJW-RR 1992, 95; Erman[15]/*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 MüKoBGB[7]/*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.

den 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 2005[1996] und 2019[1997] eine größer gewordene Zahl von Literaturstimmen,[1998] namentlich der Geschädigtenanwälte,[1999] und nicht nur solche aus dem Dunstkreis der Haftpflicht-[2000] und Sozialversicherer[2001] 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 „Niemandsland" 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 Irrglauben[2007] oder „falsche" Propaganda[2008] 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 Lebensalters[2011] – um von den eigentlichen Kernproblemen abzulenken?

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 Berührungsängste 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.
2009 Zu 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).

**277** Ein in der Person des Ersatzpflichtigen liegender wichtiger Grund ist die Gefahr der Eindringlichkeit der Rentenforderung,[2012] etwa durch häufigen Wohnsitzwechsel[2013] 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 steht[2016] 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.

**278** 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]

**279** 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 – Spielregeln[2027] ohne richterliche Kontrolle weitergelten. Auf die Gefahr vermeidbarer Prozesse 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

2012 *Schwintowski* VersR 2010, 149 (150); *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (598 f.).
2013 OLG Nürnberg FamRZ 1968, 478.
2014 Jauernig[17]/*Teichmann* § 843 Rn. 5.
2015 Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 9.
2016 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 31; Palandt[79]/*Sprau* § 843 Rn. 18; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 32; aA OLG Nürnberg FamRZ 1968, 476.
2017 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 32.
2018 BGH NJW 2008, 819.
2019 VersR 2012, 908 (909) unter Bezugnahme auf das OLG Köln.
2020 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 85.
2021 LG Hamburg BeckRS 2011, 78634.
2022 RG JW 1933, 840; Jauernig[17]//*Teichmann* § 843 Rn. 5; Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 9; MüKoBGB[7]/*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; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 18; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 32; MüKoBGB[7]/*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.
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).

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 Rechtsprechung[2035] die Voraussetzungen für einen wichtigen Grund so aufweichen wollen, dass kaum – sachlich berechtigte – 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 Ausgleichung 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 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 Stuttgart[2043] 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** 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 Moraltheologie auch gleich eine kirchliche Bank per Schleichwerbung ins Spiel bringt;[2052] dass Gelder für den 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 rechts-

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.
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.
2053 *Motzer* FamRZ 1996, 844 (847 ff.).

wirksam 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 vereinzelten 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** 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, 547[2062] 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** 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 BGH[2063] und einem Teil der Literatur[2064] freilich abgelehnt, weil eine solche vergleichsähnliche Züge aufweise und für beide Parteien eine abschließende Streitbereinigung bewirken soll. Vom anderen Teil der Literatur[2065] 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 beide Parteien sich in einem Irrtum befunden haben,[2067] sich etwas ganz anderes vorgestellt haben oder das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in einem

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.
2062 = jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3 (*H. Lang*).
2063 BGH 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*).
2064 *Ernst* VA 2010, 149; *Engelbrecht* DAR 2009, 447 f.; *Nehls* DAR 2007, 444 (446); Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 11; Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 41; MüKoBGB[7]/*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).
2065 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 19; *Stürner* JZ 1984, 461 (468); Zöller/*Vollkommer*, ZPO, § 323 Rn. 28; Baumbach/*Hartmann* ZPO § 323 Rn. 79.
2066 *Nugel zfs* 2006, 190 (191).
2067 BGH 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.

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** 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

**284** **1. Einführung.** 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 Raum[2078] 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 Bedarf[2085] 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 Bestimmtheit des Zwangsvollstreckungstitels – angeblich – gegebenen Restriktionen bestehen bei Ermittlung der Rente, die schlussendlich Basis der Kapitalisierung ist, nicht.

**285** **2. Qualität der Prognose.** 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

2068 OLG Frankfurt/M. zfs 2004, 16.
2069 OLG Nürnberg VersR 2001, 982.
2070 OLG München NZV 2007, 423.
2071 *Engelbrecht* DAR 2009, 447 (449).
2072 *Ernst* VA 2010, 149 (150); LG Siegen zfs 2015, 317 (*Diehl*).
2073 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 89.
2074 So Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 37.
2075 BGHZ 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 Mittelerde." *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.
2081 LG Bonn VersR 2012, 907 mit zu Recht kritischer Anmerkung von *L. Jaeger*: Keine Darlegung eines wichtigen Grundes; keine Berücksichtigung der Abzinsung; zudem wurde der Unterhaltsersatzanspruch 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*).
2084 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 32; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 34; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 37.
2085 Darauf hinweisend *Kornes* r + s 2003, 485 (491).
2086 BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*); BGHZ 97, 52 = NJW-RR 1986, 650; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 88.
2087 *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (601).
2088 *Ch. Huber* zfs 2018, 484.

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 einerseits[2091] 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 1981[2093] 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 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** 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]

**287** **3. Leibrente bzw. Verbindungsrente, nicht Zeitrente.[2102]** Außer Streit stehen sollte, dass es bei der Kapitalisierung von Personenschäden um Leibrenten und nicht um Zeitrenten[2103] 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

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*).

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).öööö.

2102 Zur Terminologie *Langenick/Vatter* NZV 2005, 10 ff.

2103 So 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).

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.** 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 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. **288**

**5. Aufteilung zwischen Geschädigtem und Sozialversicherungsträger.** 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] **289**

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 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 BGH[2116] 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. **290**

**6. Zeitliche Dimension.** 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, **291**

2107 Zutreffend 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.

2108 Zum 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.

2109 Für die Maßgeblichkeit der Nettowerte *Nehls* VersR 1981, 286 (287).

2110 OLG 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.

2111 Zu den Besonderheiten der Steuerfreiheit bei ausländischem Wohnsitz BGH NZV 2002, 268.

2112 *Ernst* VA 2010, 149 (151).

2113 Dazu 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).

2116 BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*).

2117 Zustimmend *Nehls* VersR 1981, 286 (287).

2118 *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1479).

dass konkrete Umstände beachtlich sind,[2119] also eine besonders schwere Verletzung[2120] 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 Lebenserwartung etwa in den alten und neuen Bundesländern unterschiedlich sein wird. Die Sterbetabellen differenzieren insoweit lediglich nach dem Geschlecht.[2124]

**292** Bedeutsam ist die Befristung der Rente. Beim Erwerbsschaden nimmt der BGH[2125] 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 dürfte[2130] 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** 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 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 Unterhaltsersatzanspruch von Ehefrau und Kindern für die Dauer der Verkürzung zusätzlich zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die

2119 *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1479).
2120 Instruktiv 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.
2122 LG Bonn VersR 2012, 907 (*L. Jaeger*).
2123 *H. Lang* VersR 2005, 894 (896).
2124 *Car/Mittelstädt* VersR 2018, 1477 (1479).
2125 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; ebenso LG Stuttgart DAR 2007, 467 = SVR 2005, 186 (*Nehls*).
2126 AA *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.
2128 So 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).
2130 LG 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).
2132 Zutreffend 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).
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.

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** 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** 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** 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** § 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.

**294a** **7. Dynamisierung.** 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 welch 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.

**295** **8. Kapitalisierungszinsfuß.** 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 Bar-

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).
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 zugrundezulegen.
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).
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).
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).

wertes 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 Zeit[2164] – 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 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 zuzumuten[2173] 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 Kirchsteuer, 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 verlangten 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

2161 *Strunk* DAR 2019, 313 (315) mit anschaulichen Beispielen, welch enorme Bedeutung die Wahl des Kapitalisierungszinsfußes hat; *M. Schah Sedi/C. Schah 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 Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 19; vorsichtig auch MüKoBGB[7]/*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 Instruktiv 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 %.

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).

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, dass die Abgeltungssteuer eines Tages abgeschafft wird mit der Folge, dass die Kapitaleinkünfte dann mit dem Grenzsteuersatz zu versteuern sein werden.[2179]

**295a** 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** 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 Durchschnittszinssatz 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 Durchschnittszinssatz 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** 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 BGH[2193] hat das für beachtlich angesehen. Vorgeschlagen wurden 0,5 %,[2194] ja sogar 1,5 %.[2195] *Küppersbusch/Höher*[2196] halten demgegenüber bloß 0,1 % für angemessen. Geht man von einer Veranlagung in Bundesanleihen oder Festgeldern bei Online-Banken, also konservative Anlageformen

2179 Darauf hinweisend *Car/Mittelstädt* 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).
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).

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 Verwaltungskostenbeitrag 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 wurde[2201] 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** 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 Karriersprüngen jährlich steigende Beträge abgezinst werden. Vielfach werden nominell gleichhohe Werte abgezinst.[2205] Die genannten Faktoren sind bei der 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 Unterhaltsersatz 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 Nettorealeinkommen in den letzten Jahren völlig stagniert hätten und das auch in den nächsten 10 bis 20 Jahren so sein

2197 So *Car/Mittelstädt* 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/Mittelstädt* 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.
2206 BGHZ 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).
2207 In diesem Sinn LG Nürnberg-Fürth mit Hinweisbeschl. OLG Nürnberg NZV 2008, 349 (*Küppersbusch*) sowie NZV 2008, 634 (*L. Jaeger*).
2208 Ebenso *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. Schah Sedi/C. Schah 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. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 (187).
2211 *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 (185).
2212 So auch *H. Lang* VersR 2005, 894 (901). Die Kostendämpfung durch Verweis auf Tarifvertag 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.

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 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** *H. Lang*[2220] erweckt durch einen Verweis auf die Standardliteratur[2221] 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 Stuttgart[2222] und des LG Köln[2223] 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 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** 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

2214 So aber *H. Lang* VersR 2005, 894 (901); aA zu Recht *L. Jaeger* VersR 2006, 597 (604 f.).
2215 Zutreffend LG Köln VersR 2005, 710 (*Kornes*): Nicht 1,8 %, sondern bloß 1,5 % pro Jahr.
2216 LG 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 sein; nur spielt das für den Anspruch des Unterhaltsersatzgläubigers 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.
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).

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 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 Gerichte[2238] gehen weiterhin von 5 % aus, weil diese Verzinsung üblich sei; eine Begründung ist der Verweis auf die Üblichkeit indes nicht.[2239]

**300** 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 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.

2233 AA *Funk* zfs 2015, 243: Mehr als 3 % derzeit nicht zu erzielen.
2234 *Kornes* VersR 2015, 794 (799).
2235 NJW-Spezial 2013, 713.
2236 Zutreffend *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).
2238 KG NZV 2012, 445.
2239 *Gräfenstein/Deller* zfs 2014, 69 (71); *Löffler/Kruschwitz/Heintzen/Schiller* r + s 2013, 477 (480).
2240 BGHZ 79, 187 = NJW 1981, 818 = LM § 843 BGB Nr. 28 (*Weber*) = VersR 1981, 283 (*Nehls*).
2241 *Kornes* VersR 2015, 794 (801, 804).
2242 Für 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.
2243 AA *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.
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).

**9. Günstigkeit einer Kapitalabfindung.** 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 eigentlich zustünde bzw. den er bei einer Rentenzahlung erhielte.[2250] Die Kapitalisierung erfordert ein Grundverständnis, was Kapitalisierung bedeutet.[2251] **301**

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 welch eklatanter Weise die Anspruchsteller typischerweise in ihren Rechten verkürzt werden. Im Zweifel sollte von einer Kapitalabfindung mE auch 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 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 Unterhaltsersatz Gegenteiliges gelten soll, wäre nicht einzusehen. **301a**

**10. Reformbedarf. a) Haftpflichtversicherer: Festhalten am status quo.** 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 **301b**

2249 So *Küppersbusch/Höher* Rn. 876; aA *Nehls* DAR 2007, 444 (448); *ders.* zfs 2004, 193 (197); *Kornes* r + s 2003, 485 (489).
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).
2257 *Kornes* VersR 2015, 794 (807).
2258 So aber *Car/Mittelstädt* 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).

als bisher auszulegen[2262] Die Wahrnehmung durch Geschädigtenanwälte[2263] und Richter[2264] kommt zu einem gegenteiligen Befund.

**301c** 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 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** 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 Rechtsprechung[2282] 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

2262 *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).
2263 *Car/Mittelstädt* 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.
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).
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).

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 – vorhandene – Vermögen verschiebt mit der Folge, dass bei seinem Tod der Anspruchsteller auf unwägbare Anfechtungsansprüche angewiesen ist.[2287]

**301e** 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** 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** Befürchtet wird, dass bei einem gesetzlichen Anspruch auf Kapitalisierung der Anspruchsteller die Parameter einseitig diktieren könnte und das „bewährte Gleichgewicht" verschiebe.[2292] Das ist 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** 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** 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** 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 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 – mitun-

2286 *Köck* DAR 2019, 2.
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).
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).
2298 *H. Lang* VersR 2019, 385 (391).

ter 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** 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 unwägbar 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** *H. Lang*[2305] sieht es – trotz einer gegenteiligen Empfehlung des VGT 2019 – als entbehrlich an, für die Kapitalisierung Sachverständige einzuschalten.[2306] Der Unterschied zum 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 – überwälzbar 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** 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

2299 So auch die Einschätzung von *Strunk* DAR 2019, 313 (318): Mangels spezifischer Kenntnis Kapitalisierungszinssatz von 5 % unkritisch übernommen.
2300 *Car/Mittelstädt* 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).
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.
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.

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 Unterhaltsersatzgläubiger 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.

**301n** **b) Alternativen zum Festhalten am Status quo.** Während Literaturäußerungen von Geschädigtenanwälten[2317] 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]

**301o** Manche[2320] 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** 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** 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** 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 letz-

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; Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 9; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 39 jeweils unter Hinweis auf die Initiative des Bundesrates, BT-Drs. 14/7752, 49.

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).

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).

ten 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 Zinssätze[2330] wird damit entbehrlich.

**301s** Wollte man noch präziser sein, könnte bedacht werden, dass für kürzere Laufzeiten der Zinssatz geringer ist als für langfristige Veranlagungen. Ein Sachverständiger der Finanzmathematik 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** 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** 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** 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, 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** 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.

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).

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.

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.

## G. Eckpunkte eines Abfindungsvergleichs

302 Der Abfindungsvergleich wird typischerweise zwischen dem Verletzten bzw. den Unterhaltsersatzgläubigern 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 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 Typischerweise ist der Text des Abfindungsvergleichs vom Haftpflichtversicherer vorformuliert. Im Regelfall handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen,[2347] die der Kontrolle der §§ 305 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 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 abra-

2337 *Ernst* VA 2010, 149; *Euler* SVR 2005, 10 (12).
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. Düsseldorfer 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.
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).

ten.[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** 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 Verglich 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** 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 Schadensposten[2363] sowie für einen bestimmten Zeitraum,[2364] insbesondere bei Kindern oder Jugendlichen, wenn die Entwicklung noch gar nicht absehbar ist[2365] – und das später besser beurteilt werden kann. Denkbar ist auch eine Abgeltungsklausel mit der Begrenzung auf vorhersehbare Schmerzen.[2366]

**304b** 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.

2353 BGH BeckRS 2012, 03733; *Scholten* DAR 2016, 631 (639); *Schwaiger* AnwBl 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* AnwBl 2013, 372.
2356 BGH NJW 2002, 292; *Scholten* NJW 2018, 1302 (1305).
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.
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.

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 Feststellungurteils mit der Wirkung des Tages des Abschlusses des Vergleichs 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] **304c**

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 § 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 **305**

2372 *Köck* DAR 2019, 2 (5); *Eilers* VGT 2013, 9, 18.
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. Schah Sedi/C. Schah 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 *Freymann* DAR 2016, 246 (250).
2382 *H. Lang* VersR 2019, 385 (389); *Scholten* NJW 2018, 1302 (1303).
2383 *Nugel* zfs 2006, 190 (193).
2384 Darauf 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).

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 ESt-Pflicht unterliegt. Vor einem zu hohen Ausweis von Schmerzensgeld und einem zu geringen Ausweis von Schmerzensgeld nach Art eines „Verschiebebahnhofs" 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** 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** 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 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** 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

2391 LAG SchlH 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.

2393 *C. Schah 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. Schah Sedi/C. Schah Sedi* zfs 2008, 183 (187); *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1014.

2401 *Beißwenger/L. Quirmbach* 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).

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 Kapitalabfindung inhaltlich bloß den Zustand abbilden soll, der bei gerichtlicher Streitaustragung und Zuerkennung einer Rente eintreten würde.

**306c** 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** 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 Unterhaltsersatz ist hingegen steuerfrei; und zwar unabhängig davon, ob Ersatz in Kapital oder Rente erfolgt.[2414] Sollte sich die Rechtsprechung 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 rechts-

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).
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 § 51 a 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).
2415 Dazu *M. Schah Sedi/C. Schah Sedi zfs* 2008, 183 (187).
2416 Zur 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 *Freymann* 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; *Freymann* DAR 2016, 246 (249).

kräftigen 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] 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** 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 § 839 a nicht haftet[2435] und nur Personenschadensrenten, nicht aber eine Kapitalabfindung nach § 850 b Abs. 1 Nr. 1 ZPO nur bedingt pfändbar ist.[2436]

## H. Anrechnung von Drittleistungen (§ 843 Abs. 4)

**309** 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** 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 Vertragshaf-

2421 *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (328).
2422 *C. Schah Sedi* SVR 2016, 325 (329).
2423 *Dabitz* zfs 2016, 364 (273).
2424 *Freymann* DAR 2016, 246 (248).
2425 *Dabitz* zfs 2016, 364 (273 f.).
2426 FG Stuttgart VersR 2018, 698 (*List*). Die Revision (X R 1/18) wurde zurückgenommen, so dass der BFH darüber nicht entscheiden konnte.
2427 So auch *Freymann* 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).
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).
2437 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 90.
2438 BGHZ 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.
2439 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 92.
2440 Schulze[10]/*Staudinger* § 843 Rn. 10; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 93.

tung.[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]

### II. Verhältnis des § 843 Abs. 4 zu den Legalzessionsnormen, insbesondere § 86 VVG, § 6 EFZG, § 116 SGB X – Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens

311 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 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 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 Der BGH[2452] 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

2441 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 91.
2442 BGHZ 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.
2443 BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766.
2444 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 37.
2445 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 98: §§ 683, 670, hilfsweise § 812.
2446 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 38; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 20.
2447 Umfassend zu diesen Konstruktionsfragen Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 45 ff.
2448 MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 94.
2449 *Heß/Burmann* NJW-Spezial 2006, 447.
2450 Soergel[13]/*Beater* § 843 Rn. 36; Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 43; MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn. 94; Erman[15]/*Wilhelmi* § 843 Rn. 20; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 843 Rn. 35.
2451 BGHZ 139, 167 = NJW 1998, 3276: So auch für freiwillige Zahlungen des Arbeitgebers sowie solche für die betriebliche Altersversorgung.
2452 BGH NJW 1990, 1360.

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** 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 erzielten Arbeitseinkommen und dem Vorruhestandsbezug beschränkt, oder ob darüber hinaus dem Arbeitgeber ein Rückgriffsanspruch wegen der Vorruhestandsbezüge zusteht. Der BGH[2455] 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** Nach hM[2458] 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 Verdienstentgang[2461] oder bei einer privaten Unfallversicherung die Bestattungskosten, vertritt die Kommentarliteratur[2462] die Ansicht, dass dann § 86 VVG anzuwenden sein soll. Dafürspricht, 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

**(1) Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.**

**(2) [1]Stand 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**

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. §§ 143 a, 198 S. 2 Nr. 6 SGB III die Abfindung auf das Arbeitslosengeld und die Arbeitslosenhilfe (nunmehr Arbeitslosengeld II) anzurechnen sei.

2455 BGH 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.

2457 Kritisch – jedenfalls zur Begründung – auch MüKoBGB[7]/*Wagner* §§ 842, 843 Rn., 95, 96; darüber hinaus zum Ergebnis *von Koppenfels-Spies* VersR 2005, 1511 ff.

2458 MüKoBGB[7]/*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. Düsseldorfer Verkehrsrechtsform 2012, 45 (55) unter Hinweis auf ein frei vereinbartes Krankentagegeld.

2460 Staudinger/*Vieweg* (2015) § 843 Rn. 53; *Groß* DAR 1999, 337 ff.

2461 AA BGH VersR 2001, 1100.

2462 Rüffer/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.

**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. [2]Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war.**

**(3) [1]Der 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. [2]Ein 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 Unterhaltsersatzansprüche (§ 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./Burmann*, 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. Schah Sedi/M. Schah 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 Unterhaltsersatzrenten, 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 114/16 w, 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/Thoennеßen*, 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/Thoennеßen*, 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 Al 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. Schah Sedi/M. Schah 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
**B. Haftungsbegründung: Delikt, Gefährdungshaftung, nur ausnahmsweise Vertrag (§ 618 und § 62 Abs. 3 HGB)** ... 6
**C. Schadensersatzanspruch wegen Tötung** ... 8
I. Zurechnung der Tötung, nicht bloß Verursachung der Verletzung ... 8
II. Kein Ersatz von Nachteilen der Unterhaltsgläubiger während der Phase der Verletzung bei späterem vom Schädiger nicht zu verantwortenden Tod ... 9
**D. Ersatz der Beerdigungskosten (Abs. 1)** ... 11
I. Keine überholende Kausalität ... 11
II. Anspruchsberechtigte Personen ... 12
III. Umfang des Ersatzanspruchs ... 13
1. Der Begriff und die einzelnen Posten ... 13
2. Maßstab der standesgemäßen Beerdigung 16
IV. Rückgriffsansprüche Dritter ... 18
**E. Allgemeine Regeln des Unterhaltsersatzanspruchs (Abs. 2)** ... 20
I. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch ... 20
1. Inhalt ... 20
2. Kreis der ersatzberechtigten und nicht ersatzberechtigten Personen ... 21
3. Umfang nach der gesetzlichen Unterhaltspflicht, nicht nach tatsächlichem Unterhalt zu bemessen ... 24
II. Maßgeblicher Zeitpunkt: Körperverletzung ... 26
III. Durchsetzbarkeit eines zukünftigen gesetzlich geschuldeten Unterhaltsanspruchs ... 29
IV. Verhältnis der Ansprüche zueinander ... 30
V. Unterhaltsersatz und Einkommensteuerrecht ... 32
**F. Die einzelnen Ansprüche** ... 33
I. Barunterhaltsanspruch des Haushaltsführers bei Tötung des Alleinverdieners ... 33
1. Das verfügbare Nettoeinkommen ... 33
a) Anknüpfung an das maßgebliche Erwerbseinkommen ... 34
b) Unterschiede gegenüber dem Erwerbsschaden ... 36
2. Die fixen Kosten ... 40
a) Der Grundsatz ... 40
b) Die Kritik an der Berücksichtigung fixer Kosten ... 41
c) Berücksichtigungsfähige fixe Kosten . 42
d) Schadensminderungspflicht zum Umzug in eine kleinere Wohnung ... 43
e) Der Umfang des ersatzfähigen Wohnaufwands ... 44
f) Das Ausmaß der ersatzfähigen Kfz-Kosten ... 47
3. Abzugsposten wegen Vermögensbildung . 48
4. Quoten des Ehegatten ... 51
a) An den Fixkosten ... 53
b) Am verfügbaren Einkommen ... 54
5. Erwerbsobliegenheit des hinterbliebenen Ehegatten ... 56
6. Eingehen einer neuen Partnerschaft ... 61
a) Wiederverheiratung ... 61
b) Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ... 62
7. Anrechnung von Vorteilen ... 64
a) Anfall der Erbschaft – Quellentheorie in Bezug auf Stamm und Erträgnisse .. 64
b) Lebensversicherung ... 67
c) Sozial- und Fürsorgeleistungen ... 68
8. Befristung ... 71
II. Anspruch des Alleinverdieners bei Tötung des Haushaltsführers wegen Entgangs des Betreuungsunterhalts ... 76
1. Das Spektrum des Betreuungsunterhalts .. 76
2. Gesetzlich geschuldeter, nicht tatsächlicher Unterhalt ... 77
3. Mithilfepflicht von Familienangehörigen (Kindern, Ehepartner) ... 79
4. Prognose ... 80
5. Umfang des Ersatzes ... 81
a) Einstellung einer Ersatzkraft ... 81
b) Normativer Schaden ohne Einstellung einer Ersatzkraft ... 82
aa) Zeitbedarf ... 84
bb) Stundenlohn ... 85
6. Teilgläubigerschaft und Quote bei Vorhandensein von Kindern ... 91
7. Vorteilsanrechnung: ersparter Unterhalt .. 92
8. Wiederverheiratung ... 97
9. Feststellungsklage ... 98
III. Doppelverdienerehen ... 99
1. Maßgeblichkeit der getroffenen Absprache bis zur Grenze der Angemessenheit .. 99
2. Barunterhalt ... 100
3. Haushaltsführung ... 101
4. Mitwirkung im Geschäft, Betrieb oder Beruf des Ehegatten ... 102
IV. Anspruch des Kindes bei Tötung eines Elternteils ... 105
1. Bedürftigkeit als Anspruchsvoraussetzung (§ 1602) ... 105
2. Barunterhalt ... 106
3. Betreuungsunterhalt ... 111
4. Aufteilung zwischen Barunterhalt und Betreuungsunterhalt nach Absprache der Eltern ... 112
5. Verlust beider Eltern ... 113
6. Anrechnung von Vorteilen ... 115
7. Adoption ... 117
8. Zeitliche Befristung ... 118
9. Regress von Sozialversicherungsträgern .. 119
V. Ansprüche der Eltern bei Tötung eines Kindes ... 120
**G. Das Hinterbliebenengeld (Abs. 3)** ... 122
I. Beweggründe und Auslöser der Neuregelung . 122
1. Die regelungsbedürftigen Fälle ... 122
2. Ausnahmestellung des deutschen Rechts – Deutschland ehemals der letzte Mohikaner ... 124
3. Grundsatz: Anspruch nur des unmittelbar Geschädigten ... 125
a) Marginale Durchbrechungen ... 126
aa) Schockschäden ... 127

bb) Fernwirkungsschäden ..... 128
b) Bis zur Neuregelung kein Ersatz für bloße Trauer, die unter dieser Schwelle lag ..... 129
4. Begrenzung auf Tötung, Ausklammerung schwerster Verletzungen ..... 131
5. Zielsetzung des Anspruchs ..... 132
a) Keine Abgeltung für den Verlust des Lebens ..... 132
b) Beitrag zur Trauerarbeit ..... 133
6. Bezeichnung Hinterbliebenengeld ..... 134
7. Hauptanwendungsgebiete ..... 135
II. Systematische Platzierung in Abs. 3 ..... 136
1. Anknüpfung an den Unterhaltsersatzanspruch bei Tötung ..... 136
a) Schutzlücken durch Ausklammerung vertraglicher Ansprüche ..... 137
b) Parallele Regelungen bei Gefährdungshaftung ..... 140
2. Gleichklang mit Unterhaltsersatz – Folgerungen ..... 141
a) Abstellen auf den Verletzungszeitpunkt ..... 142
b) Privilegierung von Anspruchsberechtigten nach Abs. 3 S. 2 ..... 143
c) Maßgeblichkeit von Verletzungs- und Tötungszeitpunkt ..... 144
d) Nasciturus ..... 145
e) Mitverschulden bzw. Betriebsgefahr .. 147
f) Arbeitsunfall ..... 149
III. Kreis der Anspruchsberechtigten ..... 150
1. Das maßgebliche Kriterium: Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft .... 150
2. Vermutung eines besonderen persönlichen Naheverhältnisses nach Abs. 3 S. 2 ..... 151
a) Der Regelfall ..... 151
b) Anspruch trotz Konfliktsituation ..... 152
aa) Eltern-Kind-Verhältnis ..... 153
bb) Ehegatten-Verhältnis ..... 154
3. Anspruch bei nachzuweisender personaler Nahebeziehung nach Abs. 3 S. 1 ..... 156
a) Nicht-eheliche Lebensgemeinschaft bzw. Verlöbnis ..... 157
b) Geschwister ..... 159
c) Großeltern und Enkel ..... 160
d) Patchwork-Familien ..... 161
e) Pflegeeltern, Nanny, Leihopa/-oma, nicht aber Au-Pair-Mädchen ..... 162
f) Sonstige enge Bezugsperson ..... 163
IV. Entschädigungsniveau ..... 164
1. Weitgehende Enthaltsamkeit des Gesetzgebers ..... 164
2. Messung von Trauer und Betroffenheit ... 168
a) Familienstatus ..... 169
b) Relation zum Schmerzensgeld bei Körperverletzung ..... 170
c) Einzelne Kriterien für die Feinabstufung im Rahmen der Bemessung ..... 171
aa) Seelische Beeinträchtigung ..... 171
bb) Miterleben ..... 174
cc) Alter des Getöteten und des Anspruchsberechtigten ..... 175
d) Haushaltsgemeinschaft bzw. Intensität des Kontakts ..... 177
e) Weder Einkommen noch Vermögen, aber Kaufkraftparität ..... 179
f) Ausgleich oder Genugtuung ..... 180
g) Gleichbehandlung der Kinder ..... 183
h) Ethnische Besonderheit ..... 184
3. Erfordernis des Empfindens von ..... 185
4. Tod nach langer Leidensphase oder Ungewissheit ..... 187
5. Gebot der Valorisierung ..... 188
6. Kapital oder Rente ..... 190
V. Verhältnis des Schockschadens zum Hinterbliebenengeld ..... 191
1. Trauer und Kummer sowie eine zusätzliche seelische Erkrankung ..... 191
2. Einheitliche oder getrennte Bemessung – maßgeblich Nachvollziehbarkeit des Bemessungsvorgangs ..... 192
a) Unterschiedliche Kriterien ..... 193
b) Transparente Bemessung nur bei getrennter Erfassung ..... 197
c) Entschädigungsniveau bei Schockschäden und Schmerzensgeld bei körperlichen Schmerzen ..... 198
VI. Übertragbarkeit, Pfändbarkeit, Vererblichkeit, Zugewinnausgleich ..... 199
VII. Prozessuale Dimension ..... 200
1. Mindestbegehren ..... 200
2. Begehren von Schockschaden und/oder Hinterbliebenengeld ..... 201
3. Anerkenntnis und Abfindungsvergleich .. 202
VIII. Evaluierung nach fünf Jahren – Rechtsschutzlücken ..... 203
IX. Inkrafttreten ..... 205

## A. Ausnahmsweise Ersatzanspruch eines mittelbar Geschädigten

**1** 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]

1 Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 1; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 2; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 1; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 1.
2 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 1.
3 *Schubel* AcP 198 (1998), 1 (33).
4 OLG 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 Hormonpräparats[7] sowie einer fehlerhaften genetischen Beratung vor Zeugung eines genetisch behinderten Kindes.[8] **2**

Beim Unterhaltsersatzanspruch 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. **3**

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 Unterhaltsersatzanspruch 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. **4**

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 Haftungsersetzung 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 BGH[15] 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 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] **5**

5 BGH NJW 2008, 2846; NJW 1995, 2407; NJW 1984, 2625; BGHZ 76, 259 = NJW 1980, 1452; BGHZ 76, 249 = NJW 1980, 1450.
6 BGH NJW 2007, 989.
7 BGH NJW 1998, 155.
8 BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788.
9 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 11.
10 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 36, 48, 49.
11 BGH NJW 1979, 1501; Erman[15]/*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).
12 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 5.
13 Staudinger/*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.
14 BAG DB 1989, 2540: Kein Unterhaltsersatzanspruch; BGH NJW 1989, 2838: Kein Ersatz von Beerdigungskosten; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 2; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 1 b.
15 BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Luckey*); dazu § 253 Rn. 70.
16 BGH VersR 1957, 198.
17 BGH VersR 1970, 624; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071; OLG Hamm NZV 2006, 85.
18 Bamberger/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. 142 d.

## B. Haftungsbegründung: Delikt, Gefährdungshaftung, nur ausnahmsweise Vertrag (§ 618 und § 62 Abs. 3 HGB)

**6** 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 VII[26] bzw. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag des Nothelfers gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. a SGB VII.[27]

**7** Die hM[28] 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** 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 ausreichend ist.[35] Eine Einstandspflicht des Schädigers scheidet aber dann aus, wenn es an der adäquaten Verursachung fehlt[36] 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]

20 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 10.
21 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 11; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 17.
22 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 13.
23 OLG Stuttgart NJW 1984, 1904.
24 BGH NJW-RR 1997, 541: Anwendbarkeit von § 664 HGB § 77 BinnSchG sowie des Athener Abkommens.
25 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 27.
26 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 13.
27 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 28; Erman[15]/*Wilhelmi* § 844 Rn. 3.
28 BGH NJW-RR 1997, 541; OLG Saarbrücken NJW-RR 1995, 986; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 2; Erman[15]/*Wilhelmi* § 844 Rn. 3, 4; Wussow/*Zoll*, Kap. 43 Rn. 2.
29 *Burmann/Jahnke* NZV 2012, 11 (12); *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 133.
30 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 24; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 440; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 489 a.
31 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 14.
32 BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 16.
33 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 17.
34 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 43.
35 BGH NJW 1992, 3298; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 25.
36 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 44.
37 BGHZ 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.
38 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 44.

### II. Kein Ersatz von Nachteilen der Unterhaltsgläubiger während der Phase der Verletzung bei späterem vom Schädiger nicht zu verantwortenden Tod

9 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.

10 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 Unterhaltsersatzgläubiger 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

11 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]

### II. Anspruchsberechtigte Personen

12 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 (§ 1360 a Abs. 3) und der Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft; freilich nicht der Ehegatte/Partner nach Scheidung/Trennung.[49] Darüber hinaus kann ein Rückgriffsanspruch gegen den Schädi-

39 Zur Bemessung des Anspruchs nach § 844 Abs. 2 über dessen natürlichen Tod hinaus *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1392.
40 BGH 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.
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; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 23; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 70.
47 Vgl. auch MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 18.
48 OVG Münster NJW 1998, 2154.
49 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 47.

ger auf einer vertraglichen Übernahme[50] 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

13 **1. Der Begriff und die einzelnen Posten.**[53] Zu den ersatzfähigen Kosten nach Abs. 1 zählen die Aufwendungen, die unmittelbar durch den Beerdigungsakt[54] bzw. die Feuerbestattung,[55] unter Einschluss der Kosten für einen Trauerredner,[56] die Trauerfreier[57] und die Errichtung einer Grabstätte[58] 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 Dritter[62] sowie Vermögensfolgeschäden[63] sind nur ausnahmsweise ersatzfähig. Ersatzfähig sind die Kosten der Überführung der Leiche[64] 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 Reisekosten[70] 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 Empfänger der Entgeltfortzahlung zu einer Abtretung des Anspruchs nach dem Rechtsgedanken des § 255 verpflichtet.[72]

14 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 Detmold[77] differenziert insoweit sogar zwischen dem Geschlecht. *Röthel*[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

50 MüKoBGB7/*Wagner* § 844 Rn. 18.
51 LG Oldenburg VersR 1979, 1135: Pflicht zur Bestattung von Bundeswehrangehörigen aufgrund eines Erlasses des Verteidigungsministeriums; zust. Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 49.
52 OLG Köln FamRZ 1992, 55; *Wenker* VersR 1998, 557.
53 Übersicht bei *Küppersbusch/Höher*, Rn. 452; *Eckelmann/Nehls*, S. 102 f.
54 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1306.
55 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 58: Auch wenn diese teurer ist.
56 OLG Brandenburg 27.3.2008 – 12 U 239/06.
57 BGHZ 32, 72 = NJW 1960, 910.
58 Bei einem Doppelgrab für anteilige Erstattung des Grabsteins OLG Celle r+s 1997, 160.
59 OLG Bremen NJW-RR 2008, 765; OLG Frankfurt zfs 2004, 452 (*Diehl*).
60 OLG Koblenz SP 2003, 200: Eltern ziehen in eine andere Stadt.
61 OLG München NJW 1974, 703.
62 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 54.
63 BGH 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.
64 LG Gießen DAR 1984, 151: Überführung eines türkischen Gastarbeiters in seine Heimat.
65 LG Stuttgart zfs 1985, 166.
66 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 62.
67 LG Siegen SP 1998, 457; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 453.
68 KG VersR 1999, 504; LG Darmstadt zfs 1990, 6: Türkischer Kulturkreis; zust. Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 11.
69 OLG Hamm zfs 1993, 407.
70 OLG Karlsruhe VersR 1970, 261.
71 OLG Hamm VersR 1956, 666; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1310.
72 AA 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.
73 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1307.
74 Explizit für die Begrenzung auf diesen Tag, nicht des Trauerjahres, auch wenn während dieses Zeitraums Trauerkleidung getragen wird, OLG Brandenburg Urt. v. 27.3.2008 – 12 U 239/06.
75 OLG Stuttgart zfs 1983, 325; OLG Hamm VersR 1977, 1110.
76 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 64.
77 LG Detmold r+s 1978, 237.
78 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 64.

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 Schließlich ist zu den Kosten der Beerdigung die Errichtung eines angemessenen Grabsteins[79] sowie die Erstbepflanzung des Grabes[80] zu rechnen, nicht aber die laufende Pflege.[81] Bei einem Doppel-[82] oder Familiengrab[83] sind die anteiligen Kosten zu ersetzen.[84]

16 **2. Maßstab der standesgemäßen Beerdigung.** 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 nunmehr[87] 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 Kulturkreis[89] können für das Ausmaß bedeutsam sein.

17 Wurde in der Rechtsprechung bisher bei jedem einzelnen Posten geprüft, ob die Aufwendungen noch angemessen sind oder nicht,[90] gehen andere Entscheidungen[91] 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 Auch wenn das den Hinterbliebenen eines Beamten gem. § 18 BeamtVG zu zahlende Sterbegeld[95] 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 § 87 a) 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 Versorgungswerke[98] oder eine private Beerdigungsversicherung[99] vergleichbare Leistungen, wird darauf hingewiesen, dass es in solchen Fällen zu keiner Anrechnung kommt.[100]

79 OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kein Ersatz einer Bronzefigur für einen getöteten Kfz-Mechanikergesellen, weil dieser nicht zu den herausragenden Persönlichkeiten seines Wohnbezirks zählte.
80 BGH VersR 1974, 140; OLG Düsseldorf Urt. v. 13.10.2003 – I-1 U 234/02.
81 BGHZ 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*.
82 BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Celle r+s 1997, 160.
83 OLG Celle NZV 1997, 232.
84 Großzügiger, für volle Erstattung: OLG Köln VersR 1976, 373.
85 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 21.
86 BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Hamm zfs 1993, 407.
87 Nach Änderung des § 1968 durch Art. 33 EGInsO v. 5.10.1994.
88 OLG 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.
89 KG VersR 1999, 504: Der Getötete und die Hinterbliebenen entstammten dem türkischen Kulturkreis.
90 So OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kürzung beim Grabstein.
91 KG 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.
92 Zustimmend *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 133.
93 *Küppersbusch/Höher*, Rn. 451, Fn. 1491.
94 OLG 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.
95 In der gesetzlichen Rentenversicherung wird ein Sterbegeld nicht mehr gezahlt.
96 BGH NJW 1977, 802; OLG Celle OLGR 2001, 227; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 24; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 51; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1324.
97 BGH NJW 1978, 536.
98 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1323.
99 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 69.
100 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 24.

**19** 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 Drittleistenden die allein passende Rechtsfolge. Sofern der Drittleistende aber dem Berechtigten einen zusätzlichen Vorteil bescheren 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 erkauft 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 Legalzessionsnorm[102] 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 Unterhaltsersatzanspruchs (Abs. 2)

### I. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch

**20** **1. Inhalt.** Der Unterhaltsersatzanspruch 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.

**21** **2. Kreis der ersatzberechtigten und nicht ersatzberechtigten Personen.** 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 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. § 1586 b 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 l Abs. 3 S. 4. Bei solchen Ansprüchen vertritt die hM[113] die Ansicht, dass ein Unterhaltsanspruch nach Abs. 2 nur

101 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 8; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 69: Ablehnung eines Vorteilsausgleichs bei einer privaten Beerdigungsversicherung.
102 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1325: § 6 EFZG ist nicht anzuwenden.
103 Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 52; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 24.
104 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 28.
105 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1353.
106 OLG Koblenz FamRZ 1982, 175; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 26; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 76; dazu im Einzelnen *Lange* FamRZ 1983, 1181 (1188).
107 BGH NJW 2006, 2327; VersR 1993, 56; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 11.
108 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 75; *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (642); anders bei § 845; dazu § 845 Rn. 13.
109 OLG Celle NJW-RR 2004, 380.
110 OLG Karlsruhe VRR 2005, 188 (*K. Böhm*).
111 LG Bayreuth VersR 1982, 607; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 39.
112 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 25.
113 BGH NJW 1969, 2008; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 30; Erman[15]/*Wilhelmi* § 844 Rn. 10; Bamberger/Roth/*Spindler* (~~52~~. Edition) § 844 Rn. 14; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 74, 86.

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 *Wagner*[114] erscheint eine solche Privilegierung des Schädigers zugunsten der Erben freilich nur gerechtfertigt, wenn diese den Unterhalt aus den Erträgnissen 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 Unterhaltspflichten aus dem laufenden Erwerbseinkommen erfüllt hätte. Sollten die Unterhaltspflichten ausnahmsweise aus den Erträgnissen des Vermögens bestritten worden sein, würden die allgemeinen Regeln der Quellentheorie anzuwenden sein.

23 Keine gesetzlichen Unterhaltsberechtigten und somit nicht anspruchsberechtigt nach Abs. 2 sind Verlobte,[115] außereheliche Lebensgefährten,[116] Stiefkinder[117] 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 beruhende Eingrenzung ist in der Literatur[119] 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.

24 **3. Umfang nach der gesetzlichen Unterhaltspflicht, nicht nach tatsächlichem Unterhalt zu bemessen.** 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.

25 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 Unterhaltspflicht, 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 angemes-

114 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 37.
115 OLG Frankfurt VersR 1984, 449; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 21.
116 Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 2, 30.
117 BGH NJW 1984, 977; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn. 31.
118 BGH NJW 2001, 971; OLG München VersR 1979, 1066; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1343; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 21; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 28.
119 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 34.
120 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 29 f.
121 BGH NJW-RR 1988, 1238; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 325.
122 Zum weitgehenden Gleichlauf von tatsächlichem und gesetzlich geschuldetem Unterhalt bei § 844 Abs. 2 *Ch. Huber* in FS Reischauer (2010), 153 ff.
123 BGH NJW 2006, 2327; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 104, 167; Soergel[13]/*Beater* § 844 Rn. 23.
124 BGH 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. 149 b.
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.

sene Maß nicht überschritten[129] oder eine überobligationsgemäße Anstrengung eines Ehegatten[130] 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

**26** Ob ein Anspruch nach Abs. 2 dem Grunde nach gegeben ist, ist davon abhängig, ob im Zeitpunkt der Verletzung[133] 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, 1600 d Abs. 3 gebunden zu sein.[135] Bei einer in-vitro-Fertilisation ist umstritten, ob es auf den Zeitpunkt der extrakorporalen Verschmelzung der Keimzellen ankommt[136] oder auf den der Einnistung des Eis in der Gebärmutter.[137]

**27** 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** 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 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** Der Unterhaltsersatzanspruch nach Abs. 2 erfasst jedenfalls den Zeitraum ab der Tötung des Unterhaltsschuldners. Die hM[142] lehnt eine Einstandspflicht des Schädigers für rückständige Unterhaltsschulden ab und verweist den Unterhaltsgläubiger auf den Nachlass bzw. an die Erben. Eine Mindermeinung[143] 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 ins-

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. 150 a.
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 *Pauge* VersR 2007, 569 (575): „Wohl eher" Frage der Schadensermittlung.
133 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 10.
134 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 16.
135 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 31.
136 *Deutsch* NJW 1991, 721 (723); Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 79.
137 Erman[15]/*Wilhelmi* § 844 Rn. 8.
138 BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 16.
139 MüKoBGB[67]/*Wagner* § 844 Rn. 31.
140 BGHZ 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.
141 *A. Diederichsen* NJW 2013, 641.
142 BGH 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.
143 OLG Nürnberg VersR 1971, 749.
144 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 24; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 90.

besondere 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.

### IV. Verhältnis der Ansprüche zueinander

30 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 Unterhaltsersatzgläubigers vom Ausmaß der anderen abhängig ist.[149]

31 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 Unterhaltsersatzanspruch. 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 maßgeblichen Unterhaltsersparnis 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 Immobiliareigentum hat Einfluss auf die Höhe des Unterhaltsersatzes. Die unterschiedliche Höhe der an die einzelnen Unterhaltsersatzgläubiger 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. Unterhaltsersatz und Einkommensteuerrecht

32 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 Unterhaltsersatzrente 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 Unterhaltsersatzrente steuerfrei ist.[154] Das hat der BFH

145 BGH 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.
147 BGH 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.
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.
152 BFHE 175, 439 = NJW 1995, 1238; BFHE 176, 402.
153 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; BGH VersR 1987, 409; NJW 1985, 3011; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 64.
154 Dies offenlassend BFH DStRE 2002, 1175.

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

33 **1. Das verfügbare Nettoeinkommen.** In intakter Ehe ist der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten gegen den anderen nicht von der eigenen Bedürftigkeit abhängig, weil § 1360 a 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.

34 **a) Anknüpfung an das maßgebliche Erwerbseinkommen.** 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 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 Unterhaltsersatzanspruch herangezogen werden kann, nicht aber die Summe aus beiden. Maßgeblich ist die wahrscheinlichere Variante.

35 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

155 BFH NJW 2009, 1229 = SVR 2009, 234 (*Schröder*) = jurisPR-VerkR 2009/4 Anm. 1 (*Jahnke*); NJOZ 2014, 1712.
156 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 40; MüKoBGB[7]/*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.
166 OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerkR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Frankfurt/M SP 2005, 338: Abzug von 5 % bei einem ungelernten Bauarbeiter; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1361; *Wenker* VersR 2014, 680 (682): Regelmäßig zwischen 5 und 10 %.
167 Dafür MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 52; dagegen Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 109.
168 So auch Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 109.
169 So der Sachverhalt in OLG Hamm FamRZ 1998, 1169.
170 BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (*Höher*): Gebot alle voraussehbaren Veränderungen einzubeziehen.
171 BGH VersR 1990, 907; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 9; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 39.
172 *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1428.
173 OLG Frankfurt/M. SP 2005, 338: 20 % bei einem ungelernten Arbeiter der Baubranche.

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 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 Unterhaltsersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 keine Rolle spielen.[181] Wie beim Erwerbsschaden wäre auch beim Unterhaltsersatzanspruch 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.** Beim Unterhaltsersatzanspruch nach Abs. 2 ist abzustellen auf das Nettoeinkommen,[184] somit nach Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen,[185] aber unter Berücksichtigung staatlicher 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 Unterhaltsersatzanspruch darüber hinaus auch dann gegeben, wenn der Unterhaltsschuldner anstelle der beruflichen Erwerbstätigkeit ein Erwerbsersatzeinkommen 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. **36**

Bei Selbstständigen stellt – wie im Unterhaltsrecht – das steuerpflichtige Einkommen nicht immer eine taugliche Anknüpfungsgrundlage 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. **37**

174 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1359.
175 BGH NJW 1985, 909; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071 mit zutr. Hinweis, dass Besonderheiten bei der Unternehmensgründung zu beachten sind.
176 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.
177 *Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens, S. 56 ff.; Näheres → Rn. 72.
178 BGH NJW-RR 1990, 962; BGHZ 105, 243 = NJW 1989, 289; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 100.
179 OLG Frankfurt/M. SP 2005, 338.
180 BGH 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.
181 AA *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.
185 OLG Frankfurt SP 1999, 267.
186 BGH NJW 2004, 358 = BGHReport 2004, 157 m. krit. Anm. *Schiemann*.
187 BGH NJW-RR 1990, 706: Beteiligung an einer Abschreibungsgesellschaft aus Mitteln des ererbten Vermögens.
188 OLG München OLGR 2000, 1; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 112 f., 199.
189 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1360.
190 BGH VersR 1979, 1029; OLG Saarbrücken SP 2005, 160; *Küppersbusch/Höher* Rn. 331.
191 BGH FamRZ 1998, 357; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 111; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1363; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 332.

**38** Nach hM[192] 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 Muskelhypothek[193] – 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 Unterhaltsersatz 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** Neben den vom Erwerbsschaden geläufigen Prognoseproblemen sind beim Anspruch nach Abs. 2 weitere Gesichtspunkte zu beachten. Der Umfang des Anspruchs jedes einzelnen Unterhaltsersatzgläubigers ist von folgenden Änderungen abhängig: Ein Kind wird älter und seine Quote steigt an; ein Kind wird selbsterhaltungsfähig, womit sein Unterhaltsersatzanspruch wegfällt; der hinterbliebene Ehegatte wäre wegen des Freiwerdens von der Haushaltsarbeit zugunsten des Getöteten bzw. wegen des Heranwachsens oder Auszieheens der Kinder nach der von der Tötung unabhängigen Lebensplanung wieder ins Erwerbsleben eingetreten.[196] Zwar sind dem Tatrichter insoweit großzügige Pauschalierungen erlaubt. Die Grenze wäre freilich überschritten, wenn er sämtlichen Kindern unabhängig von ihrem Alter eine gleich große Quote zuweisen würde.[197]

**40** **2. Die fixen Kosten. a) Der Grundsatz.** 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 Unterhaltsersatzanspruchs nach Abs. 2 werden diese Kosten vom verfügbaren Nettoeinkommen ermittelt und sodann auf die verbliebenen Unterhaltsersatzgläubiger 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 Unterhaltsersatzanspruch 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.

**41** **b) Die Kritik an der Berücksichtigung fixer Kosten.** Von manchen Literaturstimmen[202] wird vorgeschlagen, auf die Herausrechnung der Fixkosten zu verzichten und anstelle dessen höhere Unterhaltsquoten vorzusehen. *Wagner*[203] meint, dass nicht einzusehen sei, dass die Unterhaltsersatzgläubiger bei Abs. 2 mehr verlangen können als 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

192 BGH 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.

193 So die Bezeichnung von *Diehl* zfs 2004, 555; *Bachmeier* SVR 2006, 101.

194 BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (*Diehl*) = SVR 2006, 100 (*Bachmeier*).

195 Ausf. dazu *Ch. Huber* in FS Kuhn (2009), 259 ff.

196 Geigel/Pardey, Kap. 8 Rn. 63, 79.

197 Zuletzt BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (*Höher*).

198 BGHZ 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.

199 Übersicht 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.

202 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1386; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 51.

203 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 55.

204 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1387; so auch *Küppersbusch/Höher*, Rn. 340.

ist freilich, dass er sich gleichzeitig gegen deren Pauschalierung wendet und einen jeweiligen Einzelnachweis verlangt. Das ist nicht weniger kompliziert. Der BGH[205] 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.** 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 Gewerkschaftsbeiträge[208] oder an die Person gebundene Versicherungsprämien.[209] Der BGH hat in der Entscheidung BGHZ 137, 327[210] auch die Kindergartenkosten zu den fixen Kosten gerechnet.[211] Angemessener wäre es mE insoweit ebenso wie bei Versicherungsprämien oder Aufwendungen für die Krankenversicherung[212] oder Altersversorgung[213] 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 Unterhaltsersatzgläubiger verteilt wird. Auf diese Weise wäre eine präzisere Zurechnung zum Unterhalt des jeweiligen Unterhaltsersatzgläubigers 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] **42**

**d) Schadensminderungspflicht zum Umzug in eine kleinere Wohnung.** Verschiedentlich[216] 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 Koblenz[221] 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] **43**

Der (österr) OGH[223] 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 geküm- **43a**

205 BGH 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.
207 BGH VersR 1987, 1241; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 338 a; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 57; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 118.
208 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*).
209 OLG Brandenburg NZV 2001, 213.
210 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*).
211 Zweifelnd MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 55.
212 MüKoBGB[7]/*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.
213 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 18.
214 Zum 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.
215 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157; Wenker VersR 2014, 680 (682).
216 BGH NZV 1988, 60; NJW 1985, 49; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; *Küppersbusch/Höher* Rn. 384.
217 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*) – dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; BGH VersR 1984, 961.
218 Zurückhaltend zu Recht auch Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 15.
219 Ähnlich *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (643): Nur ausnahmsweise, wenn vom Getöteten besonderer Repräsentationsaufwand betrieben wurde, der nun wegfällt.
220 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.
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*).

mert 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.

**44** **e) Der Umfang des ersatzfähigen Wohnaufwands.** 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] Instandsetzungen[226] sowie die Erneuerung von Hausrat.[227] Wenn *Küppersbusch/Höher*[228] einwenden, dass Hausrat 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** 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 Hamm[230] 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 ist[232] 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 Instandhaltungskosten[235] bzw. bei einem zum Teil fremdfinanzierten Einfamilienhaus bis zur Höhe der Mietkosten die gesamte Annuität[236] oder bloß die Zinsen und nicht die Tilgung. Den letzteren Standpunkt hat der BGH[237] eingenommen.

**46** 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] Ent-

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; MüKoBGB[7]/*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; MüKoBGB[6]/*Wagner* § 844 Rn. 56.
228 *Küppersbusch/Höher* Rn. 338, Fn. 1260.
229 Für den Ansatz einer fiktiven Miete bei Wohnen im lastenfreien Eigentum *Luckey*, Personenschaden Rn. 1432. Das ist freilich eine Mindermeinung.
230 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.
231 OLG Celle OLGR 2007, 465: Im Jahresdurchschnitt 2 Stunden pro Woche für einen Ziergarten.
232 So auch *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (642 f.).
233 So aber die Argumentation des BerG in BGH NJW 1985, 49; zurückhaltender der BGH in dieser Entscheidung.
234 So noch BGH NJW 1985, 49; NJW 1988, 2365; ebenso nun OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*).
235 So OLG Nürnberg NZV 1997, 439.
236 OLG München NJW-RR 2001, 1298.
237 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*); BGH NJW-RR 1990, 221; VersR 1984, 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.
238 Zur Durchschnittsbildung der Tilgung aus Vereinfachungsgründen OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.
239 *Ch. Huber* VersR 2013, 129 (133).

sprechendes 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.** 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 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 Koblenz[245] 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 Verstetigung der Rente. **47**

**3. Abzugsposten wegen Vermögensbildung.** 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 BGH[248] 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, 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 Jagdschloss[251] oder eine dauerhafte Motorbootanmietung und Helikopter-Skiing.[252] Die Unterhaltsfestsetzung hat bei gehobenen Einkommensverhältnissen bedarfsorientiert zu erfolgen,[253] wobei das OLG Frankfurt[254] 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 Unterhaltsersatz 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] **48**

240 OLG 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*).
242 So aber Wenker VersR 2014, 680 (682).
243 BGHZ 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.
244 Engherziger van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1389; *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 155.
245 OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerkR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*).
246 OLG 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.
247 OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerkR 2008/11 Anm. 2 (*Jahnke*): Abzug selbst bei einem Nettoeinkommen von 2.650 EUR.
248 BGH VersR 1987, 156; NJW 1983, 1733; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 77; aA OLG Bamberg VersR 1982, 856.
249 OLG Bremen NJW-RR 2008, 765.
250 Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 10.
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).

**49** 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 Unterhaltsrechtsprechung ist diesbezüglich nicht kleinlich und akzeptiert auch Unterhaltsbegehren von 7.500 EUR und mehr pro Monat.[260]

**50** 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 Schieflage 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 Grundschulddarlehens 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 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 unterhaltsersatzfähig 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]

**51** **4. Quoten des Ehegatten.** 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 unterhaltsberechtigte 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** Selbst wenn die Summe der Quoten der Unterhaltsersatzgläubiger außer Streit steht, wird häufig über deren Zuweisung an die einzelnen Unterhaltsersatzgläubiger gestritten. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei

257 MüKoBGB[7]/*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.
260 BGH NJW 1994, 2618; OLG Hamm FamRZ 1999, 723.
261 BGH 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.
262 BGH VersR 1971, 717; VersR 1956, 38; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 18; Erman[15]/*Wilhelmi* § 844 Rn. 12.
263 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1361; OLG Stuttgart VersR 2002, 1520: Beschränkt bei getöteten freiberuflich Tätigen.
264 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157: Abschluss durch die GmbH, deren alleiniger Eigentümer der Getötete war.
265 So auch BGH NJW 2004, 358; *Ch. Huber* VersR 2013, 129 (134).
266 So aber Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 115.
267 AA *Wenker* VersR 2014, 680 (682), der insoweit Fixkosten annimmt.
268 So aber *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 162 a.
269 So aber OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*).

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 Unterhaltsersatzgläubiger 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 Wege des Vorteilsausgleichs in Betracht kommt, gibt es beim Unterhaltsersatzanspruch der Kinder keine vergleichbare Anrechnung.[271]

**a) An den Fixkosten.** 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 2:1[275] bzw. 70:30[276] bei einem Kind und 2:1:1 bei zwei Kindern.[277] **53**

**b) Am verfügbaren Einkommen.** 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 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] **54**

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 22,5[285] 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 **55**

270 Für eine Zuweisung sämtlicher Fixkosten an den Ehegatten *Nehls* FamRZ 1988, 696 (697).
271 OLG Hamm NJW-RR 1987, 539.
272 BGH NJW 1985, 49; VersR 1987, 507; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190.
273 BGH NJW 1988, 2365; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 23.
274 Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 23; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 58.
275 BGHZ 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.
276 OLG Zweibrücken VersR 1994, 613.
277 BGH NJW 1988, 2365.
278 BGH 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.
279 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 58; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 347; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 77.
280 BGH NJW 1988, 2365; NJW-RR 1988, 66; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 21.
281 Schädigerfreundlicher *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (643): 55:45.
282 So BGH VersR 1986, 507: Außendienstmitarbeiter, dessen berufsbedingte Mehraufwendungen durch Spesen abgegolten werden, die beim Nettoeinkommen nicht berücksichtigt werden.
283 BGH NJW-RR 1987, 538; noch weitergehend jedoch OLG Düsseldorf r+s 1992, 375: 40 % an die Witwe, und das selbst ohne Berücksichtigung fixer Kosten.
284 BGH VersR 1986, 39; VersR 1986, 264; OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1698; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 22.
285 BGH NJW-RR 1988, 66; dazu *Nehls* FamRZ 1988, 696.
286 BGH NJW 1988, 2365.
287 Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 22.

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]

**56** **5. Erwerbsobliegenheit des hinterbliebenen Ehegatten.** 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 ungelernte 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]

**57** 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 Teilzeitbeschäftigung[299] 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

288 BGH NJW-RR 1988, 66; dazu *Nehls* FamRZ 1988, 696.
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.
297 BGH NJW 2007, 64 = VRR 2007, 65 (*Zorn*); NJW 1976, 1501; OLG Düsseldorf NZV 1993, 473; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 64; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 14.
298 BGH NJW 1989, 1083; *Diehl* zfs 1996, 213 (214).
299 Bamberger/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.
300 Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 29; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 18; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 356.
301 BGH VersR 1969, 469.
302 BGHZ 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. 160 a.
303 AA *Luckey*, Personenschaden Rn. 1437: Pflicht, sich auf die neuen und tatsächlichen Umstände nach dem Tod des Partners einzustellen.

Ersatzpflichtigen.[304] Darüber hinaus ist der Witwe nur eine solche Tätigkeit zuzumuten, die für sie nicht mit einem sozialen Abstieg verbunden ist.[305]

58 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 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 Unterhaltsersatzes führen.[309]

60 Steht dem hinterbliebenen Ehegatten nur ein gekürzter Anspruch zu, etwa wegen eines Mitverschuldens des Getöteten, führt selbst die Erzielung eines Erwerbseinkommens im Rahmen 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 Unterhaltsersatzanspruchs.[310] Sachlich berechtigt ist diese Ausnahme mE nicht.

61 **6. Eingehen einer neuen Partnerschaft. a) Wiederverheiratung.** 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 nachehelichen Unterhalts aus der zweiten Ehe in Betracht.[315] Da der Unterhaltsersatzanspruch 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]

62 **b) Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.** Schließt der hinterbliebene Ehegatte keine Ehe, sondern geht er eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ein, verneint der BGH[319] 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 Rah-

304 OLG Brandenburg zfs 1999, 330; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 30.
305 BGH VersR 1969, 469; VersR 1960, 159.
306 So 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.
307 BGH 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.
308 So MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 61.
309 BGH NJW 2007, 64 = VRR 2007, 65 (*Zorn*).
310 Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 32; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1349; Wenker VersR 2014, 680 (683).
311 BGH NJW 1979, 268; BGH VersR 1970, 522; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 33 ff.; aA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 142 b: Anspruch endet.
312 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 85; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 13; Erman[15]/*Wilhelmi* § 844 Rn. 17.
313 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1422; BGH NJW 1979, 268.
314 OLG Bamberg VersR 1978, 94.
315 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 182.
316 Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 13.
317 BGH VersR 1958, 158; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 34.
318 BGH VersR 1979, 55; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 79.
319 BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520 = JZ 1985, 86 (*Lange*); diese Entscheidung referierend Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 13; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 40; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 79.

men 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 Unterhaltsersatzanspruch nach Abs. 2 anzurechnen wäre.

**63** Diese Differenzierung ist in der Literatur[320] 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 hinterbliebene Ehegatte in der Hand hat, wie bei Beendigung der Ehe den vollen Unterhaltsersatzanspruch nach Abs. 2 zu verlangen.[324] Das OLG Hamm[325] hat wegen des Fehlens einer gesicherten Rechtsposition auch das Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch den Witwer für unbeachtlich angesehen, was mE fragwürdig ist.

**64** **7. Anrechnung von Vorteilen. a) Anfall der Erbschaft – Quellentheorie in Bezug auf Stamm und Erträgnisse.** 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 Erträgnisse vermehrte Vermögen geerbt, was dafür spricht, auch die Zinsen des Vermögens nicht anzurechnen.[327] Der BGH[328] 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 die Zinsen oder auch den Stamm des angesparten Vermögens zugreifen,[332] um einen angemessenen Lebensstandard finanzieren zu können.

**65** 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

320 *Lange* JZ 1985, 90; *Dunz* VersR 1985, 509 ff.
321 Die derzeitige Differenzierung aber billigend MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 85.
322 *Küppersbusch/Höher* Rn. 434, Fn. 1466.
323 Erman[15]/*Wilhelmi* § 844 Rn. 17; *Ch. Huber* NZV 2007, 1 (4).
324 Krit. zur BGH-Rspr. auch *Pauge* (Mitglied des VI. Senats des BGH), VersR 2007, 569 (575 f.).
325 OLG Hamm BeckRS 2013, 02177.
326 OLG Frankfurt VersR 1991, 595.
327 *Küppersbusch/Höher* Rn. 426.
328 BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115; BGH NJW 1969, 2008.
329 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1406.
330 Dazu 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.
331 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 82.
332 Gegenteilig Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 44; *Steffen* VersR 1985, 605 (609): Zumeist wird es allenfalls um die Zinsen gehen.
333 Zurückhaltend in Bezug auf die Anrechnung BGH VersR 1984, 353; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1407.
334 *Küppersbusch/Höher* Rn. 420.
335 BGHZ 58, 14 = NJW 1972, 574; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 43.

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** Die Beschränkung auf solche Vorteile führt dazu, dass eine Anrechnung auch dann versagt wird, wenn der getötete Unterhaltsschuldner den Stamm seines Vermögens oder die Erträgnisse für andere als Unterhaltszwecke 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.

**67** **b) 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 BGH[338] weder den ausbezahlten Kapitalbetrag noch die Erträgnisse daraus an;[339] und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Kapitallebensversicherung oder eine reine Risikolebensversicherung oder Unfallversicherung handelt. In der Literatur[340] wird das damit begründet, dass es sich um eine Summenversicherung handelt, bei der § 86 VVG nicht anzuwenden ist. Zum einen wird das von manchen[341] 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.

**68** **c) Sozial- und Fürsorgeleistungen.** 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

336 BGHZ 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. 159 a: Anrechnung des Einkommens der Witwe, die den Betrieb fortführt.

337 So auch OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

338 BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 55 (*Weber*); dazu *Rudloff* VersR 1979, 1152; BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115.

339 AA 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.

343 BGHZ 136, 78 = NJW 1997, 2883; NJW 1982, 1045; VersR 1968, 771; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 441; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 86.

Quotenvorrecht gegenüber dem Sozialversicherer hat.[344] Diese besteht darin, dass vom Unterhaltsersatzanspruch 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 Unterhaltsersatzgläubiger 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 Unterhaltsersatzanspruch des Anspruchsberechtigten, also typischerweise des Ehegatten, nach § 844 Abs. 2 sich auch auf den Zeitraum erstreckt, in dem der Unterhaltsschuldner eine Rente vom Sozialversicherungsträger 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** 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** Manche Drittleistungen sind zurückzuzahlen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine Bedürftigkeit des Empfängers gar nicht gegeben ist, so bei der Sozialhilfe,[353] Leistungen nach dem BAföG[354] oder dem Arbeitslosengeld II (vormals Arbeitslosenhilfe).[355] Bei anderen besteht 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.

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*).

348 BGH NJW-R 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (*Jahnke*).

349 BGH 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.

350 BGH NJW 1989, 2622.

351 *Kerpen* VersR 2004, 1427 (1428).

352 BGHZ 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.

353 BGHZ 78, 201 = NJW 1981, 48; BGH FamRZ 1985, 1245.

354 OLG Brandenburg NZV 2001, 213; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 223.

355 OLG Brandenburg zfs 1999, 330.

356 Anrechnung ohne Bezugnahme darauf OLG Hamm r+s 1992, 413; dazu *Küppersbusch/Höher*, Rn. 425, Fn. 1457.

357 OLG München NJW 1985, 564: Hinterbliebenenrente der US Veterans-Administration.

358 Zur Maßgeblichkeit dieser Beziehung BGH NJW 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (*Jahnke*); NJW 1978, 536.

359 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157 unter Hinweis darauf, dass eine betriebliche Altersversorgung so zu behandeln ist wie ein Einkommensbestandteil für die erbrachte Arbeitsleistung.

**8. Befristung.** 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 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 Unterhaltsersatzanspruch 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). **71**

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 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 **72**

360 BGH 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. 142 b: Dort allerdings unter Hinweis auf die Lebenserwartung des Unterhaltsberechtigten; es geht außerhalb einer Kapitalabfindung aber bloß um die des Unterhaltsverpflichteten!

362 BGH NJW-RR 2004, 821 = r+s 2004, 342 (*Lemcke*) = SVR 2004, 339 (*Luckey*).

363 Wenker VersR 2014, 680 (683); *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 142 a Fn. 401.

364 Wussow/*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.

366 Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 50.

367 OLG Stuttgart zfs 2001, 495; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 42.

368 BGH NJW-RR 2004, 821 = r+s 2004, 342 (*Lemcke*) = SVR 2004, 339 (*Luckey*); OLG Hamm MDR 1998, 1414; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 12.

369 Staudinger/*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. 142 a.

370 OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*): Beweis nicht erbracht trotz Krebserkrankung des mit 32 Jahren Getöteten.

371 Palandt[79]/*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.

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 Unterhaltsersatzanspruch an den Verbraucherpreisindex zu koppeln, wobei damit noch gar nicht alle ausgleichsbedürftigen Nachteile der Anspruchsberechtigten abgegolten werden, so dass es geboten ist, zusätzliche Staffelungen vorzunehmen.[375]

**73** 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 ist[377] oder der hinterbliebene Ehegatte gerade dadurch eine bestimmte Sozialleistung, die seine Hinterbliebenenversorgung verbessert hätte, nicht erhält.[378] Insoweit wird ein Wahlrecht bestehen, die Beitragslücke bis zur voraussichtlichen Lebenserwartung des Getöteten zu verlangen oder den Differenzschaden nach dessen vermutlichem Ableben.[379]

**74** Auch die Dauer der Ehe kann ein den Unterhaltsersatzanspruch 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 Hamm[382] 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 nachehelichen Unterhalts, was freilich nicht in jedem Fall zu einer Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs führen muss.[385]

**75** Zu bedenken ist schließlich, dass auch der Unterhaltsersatzanspruch 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 Beteiligter durch ein Feststellungsurteil gesichert.[386] Selbst wenn der 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

**76** **1. Das Spektrum des Betreuungsunterhalts.** Zum Betreuungsunterhalt zählt die klassische Haushaltsführung wie Kochen, Putzen, Waschen sowie die Beaufsichtigung und Erziehung der Kinder. Darüber hinaus sind vom Unterhaltsersatzanspruch aber auch Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn erfasst wie

373 *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 142 a.
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 MüKoBGB[7]/*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.
379 Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 54; für eine Berücksichtigung bei der Rente während der mutmaßlichen Lebensdauer des Getöteten Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 199.
380 BGH VersR 1969, 350; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 61; Wussow/*Zoll*, Kap. 46 Rn. 49.
381 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 39; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1356.
382 OLG Hamm VersR 1992, 512.
383 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1357.
384 OLG Hamm NZV 1989, 271; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1358.
385 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 45.
386 OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221 = zfs 1996, 211 (*Diehl*).
387 OLG Brandenburg BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/1, 21 (*Ch. Huber*).

etwa die Durchführung von Reparaturen am Kfz[388] 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.** 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] **77**

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 der eine oder der andere stärker belastet ist.[399] ME sollte man sich daher vor allzu großen Schematisierungen hüten.[400] **78**

**3. Mithilfepflicht von Familienangehörigen (Kindern, Ehepartner).** 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 **79**

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. 173 e.

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.

394 BGH NJW 1993, 124; VersR 1988, 1166; NJW 1979, 1501; VersR 1976, 291; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 363.

395 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 33, 38; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 98.

396 AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 159 b, 160, 175 b; aA jedoch Rn. 149 b, insoweit sind die Ausführungen widersprüchlich.

397 BGH 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.

398 BGH NJW 1993, 124; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 139; *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (642).

399 BGH VersR 1986, 790: Starkes berufliches Engagement des Ehemanns als technischer Betriebsleiter.

400 Ähnlich *Luckey*, Personenschaden Rn. 1470: Nur dann nicht anzuerkennen, wenn nicht mehr mit dem Grundsatz der Angemessenheit im Einklang.

401 OLG Stuttgart VersR 1993, 1536; *Küppersbusch/Höher* Rn. 372.

402 van 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.

403 BGH NJW-RR 1990, 962; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 138; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 17.

404 Realistisch BGH NJW-RR 1990, 962: Entlastungseffekt kann im Ergebnis neutralisiert werden.

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 verfügt und dies in Anbetracht der das gesamte Leben einzubeziehenden Belastungssituation stets ausgewogen ist.[408]

**80** **4. Prognose.** 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 anspruchsreduzierende Umstände abgestellt, nicht auf solche, die zu einer Anspruchserhöhung führen.[415]

**81** **5. Umfang des Ersatzes. a) Einstellung einer Ersatzkraft.** 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 ausgleicht[419] 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]

405 van 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.
406 OLG Frankfurt BeckRS 2016, 4872.
407 *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 173.
408 Krit. zu dieser schematischen Anrechnung *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682); zur Möglichkeit der Abschwächung bei konkretem Vorbringen *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1395.
409 BGH VersR 1984, 875.
410 BGH NJW-RR 1990, 962.
411 Dazu 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.
412 Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 6.
413 BGH NJW 1986, 715.
414 BGH NJW-RR 1990, 962; zur restriktiveren Handhabung bei einem Abfindungsvergleich über eine Rente BGHZ 105, 243 = NJW 1983, 1425.
415 So OLG Hamm BeckRS 2013, 02177: Mithilfepflicht des Ehemanns im Haushalt bei dessen Verrentung in mehr als 13 Jahren berücksichtigt, nicht aber Lohnsteigerungen der Ersatzkraft.
416 MüKoBGB[7]/*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.
417 LG München I VersR 1981, 69; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 48.
418 BGH VersR 1989, 1273.
419 OLG Köln VersR 1990, 1285 (Ls.).
420 BGH VersR 1986, 790; VersR 1982, 874.
421 OLG Oldenburg NZV 2010, 156: Stundenlohn 7,49 EUR. Beachtlich ist der nunmehr geltende Mindestlohn von 8,50 EUR.

**b) Normativer Schaden ohne Einstellung einer Ersatzkraft.** 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 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 Entscheidungen[422] 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. **82**

Wird auf die Einstellung einer Ersatzkraft verzichtet, wählt der BGH[423] 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. **83**

**aa) Zeitbedarf.** 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 BGH[426] als Rationalisierungsvorteil bezeichnet, in der Betriebswirtschaftslehre als Kostenremanenz bekannt. Während selbst diese Stundenangaben 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 Judikatur[428] 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] **84**

**bb) Stundenlohn.** 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, wer- **85**

422 BGH NJW 1971, 2066; VersR 1967, 352; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 132.
423 BGH NJW-RR 1992, 792.
424 *Pardey*, Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt.
425 *Kreuter/Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 171 b.
426 BGH VersR 1988, 954; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 16.
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; MüKoBGB[7]/*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.

den davon aber Abstriche gemacht, weil die Leitungsaufgabe dem überlebenden Ehegatten zufalle,[435] weshalb bloß eine Einstufung nach BAT IX vorgenommen werde.[436] In städtischen Ballungsgebieten wird anerkannt, dass man zum Tariflohn nicht immer – auf die Schnelle! – eine passende Ersatzkraft findet.[437]

**86** Springen Verwandte ein, wurde in der Judikatur[438] darauf abgestellt, ob diese über die entsprechende Ausbildung verfügen.[439] In jüngerer Zeit ist diese Differenzierung in der Kommentarliteratur[440] 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 hat seit dem 1.10.2005 den BAT abgelöst; die nunmehrigen 15 Entgeltgruppen und 6 Entgeltstufen bereiten Eingruppierungsprobleme.[446] Vertreter der Haftpflichtversicherer[447] 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 Koblenz[449] 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** 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

435 OLG Hamm BeckRS 2013, 02177.
436 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*).
437 OLG München BeckRS 2012, 21370: Für München 8,50 EUR bei fiktiver Abrechnung.
438 BGH VersR 1985, 365; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.
439 So auch *Küppersbusch/Höher*, Rn. 375.
440 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 28; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 144; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 69.
441 BGH NJW 1986, 715; NJW 1985, 1460; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.
442 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung[2] (1995), S. 601 f.
443 BGH NJW 2001, 149; OLG Hamm NZV 2002, 570; OLG Köln SP 2000, 307.
444 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 42.
445 *Küppersbusch/Höher* Rn. 374; BGH NJW 1982, 2866.
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.

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 Jahrhundert[453] nicht mehr maßgeblich ist und bei dem es auf den Wert der vom Haushaltsführer erbrachten Dienstleistungen[454] 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** 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** In der Literatur[457] 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 sie[459] 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 anfiele. 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** *Spindler*[462] verweist immerhin darauf, dass die Unterhaltsersatzgläubiger 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 Bruttoab-

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*).
454 Darauf abstellend auch Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 42.
455 Zur Ersatzfähigkeit solcher Kosten im österreichischen und schweizerischen Haftpflichtrecht *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (681); dazu OGH ZVR 2015/104 (*Ch. Huber*): Stundenlohn 23 EUR.
456 So auch *Küppersbusch/Höher* Rn. 376.
457 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 141.
458 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 133, 141.
459 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 134.
460 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 134.
461 MüKoBGB[7]/*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.

rechnung bei Einstellung einer Ersatzkraft haben; und nicht nur dann, wenn wider Erwarten eine Fremdarbeitskraft benötigt wird.[464]

91 **6. Teilgläubigerschaft und Quote bei Vorhandensein von Kindern.** 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 BGH[465] dem hinterbliebenen Ehegatten eine höhere Quote zubilligt – bei Konkurrenz mit einem Kind wird ein Verhältnis von 2:1 angenommen – weist das OLG Hamm[466] 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.

92 **7. Vorteilsanrechnung: ersparter Unterhalt.** 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 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 Unterhaltsersparnis 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 BGH[473] 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 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.

464 So bei einer bloß notdürftigen Schadensbehebung auch BGH VersR 1986, 790; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 78.
465 BGH VersR 1984, 875; dazu Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 19.
466 OLG Hamm zfs 1990, 341.
467 BGHZ 56, 389 = NJW 1971; 2066; Wussow/*Zoll*, Kap. 47 Rn. 22.
468 AA zu Unrecht *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 171 b: Ein Unterhaltsschaden verbleibt idR nicht.
469 Krit. dazu Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 204.
470 BGH NJW 1984, 977.
471 Ebenso *Höke* NZV 2016, 10 (11).
472 *Ch. Huber* DAR 2010, 677 (682).
473 BGH NJW 2004, 358; NJW 1979, 1501; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 240; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1431.
474 BGH NJW 1993, 124; zurückhaltend demgegenüber OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 479: Pflegeleistungen des getöteten Ehepartners in einem die gesetzliche Verpflichtung weit übersteigenden Maße.
475 BGH 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 Unterhaltsersatzrente 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. **95**

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] **96**

**8. Wiederverheiratung.** 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 BGH[479] 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 Literatur[480] 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 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] **97**

**9. Feststellungsklage.** 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] **98**

### III. Doppelverdienerehen

**1. Maßgeblichkeit der getroffenen Absprache bis zur Grenze der Angemessenheit.** Gerade in Doppelverdienerehen 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 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] **99**

476 So aber Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 48.
477 BGH 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.
479 BGH NJW 1970, 1127.
480 *Küppersbusch/Höher* Rn. 393.
481 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 40.
482 BGH VersR 1984, 389; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 51.
483 BGH 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.
484 BGH NJW 1985, 1460; *Küppersbusch/Höher* Rn. 407.
485 *Küppersbusch/Höher* Rn. 401.
486 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann* DAR 1989, 94; *Küppersbusch/Höher* Rn. 403.
487 AA 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.

**100** **2. Barunterhalt.** 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 Unterhaltsniveau 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]

**101** **3. Haushaltsführung.** Der BGH[494] 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. Nunmehr[495] 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 Doppelverdienerehe 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]

**102** **4. Mitwirkung im Geschäft, Betrieb oder Beruf des Ehegatten.** 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** 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** 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 dahinge-

488 BGH NJW 1985, 49.
489 Wussow/*Zoll*, Kap. 48 Rn. 2.
490 So bereits BGH VersR 1984, 79; *Küppersbusch/Höher* Rn. 400.
491 So bereits BGH VersR 1987, 507; *Küppersbusch/Höher* Rn. 345, 398.
492 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 155.
493 BGH NJW 1984, 979.
494 BGH NJW 1985, 49.
495 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783; zust. *Schlund* NZV 1988, 60; *Macke* NZV 1989, 249 (253 f.).
496 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 47.
497 AA zu Unrecht *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 173 d: Versagung jeglichen Anspruchs.
498 BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196 = JuS 1981, 294 (*Emmerich*); Wussow/*Zoll*, Kap. 48 Rn. 5; zu Unrecht krit. *Frank* in FS Stoll, 143 (152).
499 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 65; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 131.
500 Wussow/*Zoll*, Kap. 48 Rn. 6 unter Hinweis auf eine derartige Pflicht in kleineren Familienbetrieben.
501 BGHZ 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.
502 BGH NJW 1984, 979; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1362; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 131.
503 So Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 42, 44.
504 Staudinger/*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*).

stellt 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** 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 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

**105** **1. Bedürftigkeit als Anspruchsvoraussetzung (§ 1602).** Während der Unterhaltsersatzanspruch eines Ehegatten unabhängig von dessen Bedürftigkeit besteht, hat der Unterhaltsersatzanspruch 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 (§ 1615 a).[512]

**106** **2. Barunterhalt.** Wie beim Ehegatten ist das Ausmaß des Unterhaltsersatzanspruchs 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 erzieltes Einkommen geblieben wäre, was namentlich bei jungen Getöteten bedeutsam ist.[513] Ist der Unterhaltsanspruch gegen den lebenden Elternteil – etwa wegen unbekannten 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** 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 Unterhaltsersatzgläubiger aufzuteilen. Vom sodann verbleibenden verfügbaren Einkommen ist für den jeweiligen Unterhaltsersatzgläubiger eine Quote zu bilden. Beide Beträge zusammen ergeben den geschuldeten Unterhaltsersatzbetrag. 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** 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

505 AA BGH VersR 1963, 635; Wussow/*Zoll*, Kap. 48 Rn. 7.
506 OLG Naumburg FamRZ 2016, 842.
507 So *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2012, 7, 22.
508 BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745; Wussow/*Zoll*, Kap.49 Rn. 1.
509 OLG Köln VersR 1992, 1416 (Ls.); Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 23.
510 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 14 unter Berufung auf BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745.
511 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 161.
512 Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 32.
513 OLG Karlsruhe VRR 2005, 188 (*K. Böhm*).
514 *A. Diederichsen* NJW 2013, 641 (646).
515 BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Luckey*): Billigung in einer Höhe von 40 % des Einkommens.
516 BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Luckey*).
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; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 15; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 122; *Macke* NZV 1989, 249 (250 ff.)

von null bis sechs Jahre, von sechs bis zwölf Jahre und ab zwölf Jahre.[519] *Küppersbusch/Höher*[520] verweisen 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 Unterhaltsersatzgläubiger 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 Unterhaltsersatzansprüche sämtlicher Unterhaltsersatzgläubiger.

**109** Konstellationen, bei denen Vater und Mutter nicht verheiratet sind, sind heute keine Seltenheit. Bei Tötung eines Elternteils stellt sich die Frage, ob das unterhaltsberechtigte Kind die gesamten Fixkosten geltend machen kann oder bloß den Anteil, der auf das Kind entfallen wäre wie bei aufrechter Ehe. Der BGH[521] 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 § 1615 l 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 (§ 1615 l 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 unterhaltsberechtigte 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** 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 Kindern[527] 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 Celle[532] 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]

519 BGH NJW-RR 1988, 66 – dazu *Nehls* FamRZ 1988, 696; BGH NJW 1986, 715.
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).
525 BGH NJW 1985, 1460; VersR 1986, 39; OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1478; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 3; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 77.
526 BGH VersR 1986, 39; NJW 1986, 715; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 3.
527 BGH NJW-RR 1988, 66.
528 BGH NJW 1988, 2365.
529 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 20.
530 BGH 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.)
531 BGH NJW-RR 1988, 66.
532 OLG Celle VersR 1976, 594 (Ls.).
533 So auch MüKoBGB7/*Wagner* § 844 Rn. 73: Kein Leben in Saus und Braus.
534 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 77.

**3. Betreuungsunterhalt.** 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] **111**

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 Maß[541] – 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 Rechtsprechung[544] 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 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 Mutter[552] – 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 EUR[553] – vom Schädiger zu ersetzen.[554] Das OLG Celle[555] 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 Naumburg[556] 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] **111a**

**4. Aufteilung zwischen Barunterhalt und Betreuungsunterhalt nach Absprache der Eltern.** Wie beim Ehegattenunterhalt ist auch beim Kindesunterhalt die Absprache der Eltern hinsichtlich der Aufteilung **112**

535 MüKoBGB7/*Wagner* § 844 Rn. 40.
536 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 190.
537 BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (*Höher*).
538 BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.
539 *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1500.
540 OLG Oldenburg NZV 2010, 156. Bei Begrenzung des Betreuungsunterhalts mit dem 18. Lebensjahr ist dann freilich eine Barunterhaltspflicht des bis dahin betreuungspflichtigen Elternteils zu prüfen.
541 So auch *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1397.
542 So auch OLG Hamm FamRZ 1987, 1028.
543 AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Kap. 17 Rn. 151: Ende mit dem vollendeten 18. Lebensjahr.
544 BGH NJW 1974, 1238.
545 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 152.
546 So auch OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.
547 BGH NJW-RR 1990, 962.
548 BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Naumburg NJOZ 2005, 1206.
549 BGH VersR 1973, 84; OLG Hamm NJW-RR 1987, 539; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 167; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 79.
550 BGH NJW 2006, 2327 = r+s 2006, 519 (kritisch dazu *Bliesener*).
551 BGH NJW 2006, 2327.
552 So in OLG Köln NJWE-VHR 1996, 152.
553 VG Saarlouis BeckRS 2011, 49992; BayVGH FamRZ 2011, 331 = BeckRS 2011, 46870.
554 Wenker VersR 2014, 680 (684).
555 OLG Celle NZV 2004, 307; NJW-RR 2004, 380: Regressanspruch gem. § 95 Abs. 1 SGB VIII. Die monatliche Höhe ist freilich jeweils nicht abgedruckt.
556 OLG Naumburg NJOZ 2005, 1206.
557 Krit. auch *Pardey* DAR 2006, 671 (677).

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]

**113** **5. Verlust beider Eltern.** 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** 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 Arbeitskrafteinsatzes 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]

**115** **6. Anrechnung von Vorteilen.** Wie beim hinterbliebenen Ehegatten stellt sich beim Unterhaltsersatzanspruch 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 (Quellentheorie).[569] Dies ist damit zu begründen, dass das Kind diese Vermögenswerte auch ohne Tötung – zu einem späteren Zeitpunkt – erhalten hätte.

**116** 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 Entscheidung[571] 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

558 BGH NJW 1988, 2365; VersR 1984, 79; OLG Oldenburg NZV 2010, 156; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 14; Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 162.
559 Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 11.
560 BGH VersR 1971, 1043; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 13.
561 BGH NJW 1986, 715: 50 % der Fixkosten – dazu *Eckelmann*/*Nehls* DAR 1986, 284; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 17.
562 BGH NJW 1986, 715; 1985, 1460; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 78; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 18; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 76; vgl. aber Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 149: Immerhin Orientierungshilfe.
563 BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.
564 So OLG Stuttgart VersR 1993, 1536 unter Hinweis auf einen Vorschlag des 15. VGT.
565 In 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.
566 LG Duisburg VersR 1985, 698; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1378; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 19.
567 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 844 Rn. 37.
568 BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425.
569 BGHZ 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.
570 Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 22; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1405.
571 BGHZ 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.

aber ohnehin nur auf Geldersatz gerichtet sei. Dagegen bestehen mE Bedenken:[572] Werden schon beim Barunterhalt Erträgnisse 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.** Durch die Adoption wird der Unterhaltsersatzanspruch 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 Unterhaltsersatzanspruch 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] **117**

**8. Zeitliche Befristung.** Während der Unterhaltsanspruch des hinterbliebenen Ehegatten besteht, solange der nunmehr getötete Ehegatte gelebt hätte, ist beim Unterhaltsersatzanspruch 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 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] **118**

**9. Regress von Sozialversicherungsträgern.** Wie beim Ehegattenunterhalt[585] sind die Sozialrenten der Halb- bzw. Vollwaisen sachlich kongruent sowohl in Bezug auf den Barunterhalt als auch den Betreuungs- **119**

572 Krit. gegenüber der hM auch Staudinger/*Röthel* § 844 Rn. 165; *Eckelmann*/*Nehls*/*Schäfer* DAR 1982, 377; im Einzelnen *Ackmann* JZ 1991, 818 ff., 967 ff.
573 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 210 f.
574 BGHZ 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.
575 Ebenso 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.
576 BGH 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.
577 Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 29; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1424 f.
578 OLG Köln VersR 1990, 1285 (Ls.) = zfs 1991, 11; Wussow/*Zoll*, Kap. 49 Rn. 30.
579 OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 20.
580 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 844 Rn. 46.
581 Restriktiver Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 195, wonach eine solche Prognose erst ab Vollendung des 15. Lebensjahres eines Kindes möglich sein soll.
582 AA *Kreuter-Lange* in Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn. 177.
583 BGH NJW 2006, 2327.
584 BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Luckey*).
585 BGH NJW 1985, 715; NJW 1982, 1045; OLG Frankfurt NZV 1993, 474; OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 06282.

unterhalt.[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.

### V. Ansprüche der Eltern bei Tötung eines Kindes

**120** 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 Oldenburg[590] 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 Rostock[591] 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 Thüringen[593] 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 Köln[594] 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** Aber selbst, wenn einem Feststellungsbegehren stattgegeben worden ist, besteht ein Unterhaltsersatzanspruch 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 sind[595] 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 Erträgnisse 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

586 BGH NJW 1987, 2295; MüKoBGB[7]/*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.

587 OLG Celle NJW-RR 1988, 990; Wussow/*Zoll*, Kap. 50 Rn. 5.

588 OLG Koblenz NJW 2003, 521; Palandt[79]/*Sprau* § 844 Rn. 20; *Luckey*, Personenschaden, Rn. 1398; strenger OLG Thüringen zfs 2010, 79.16151.

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.

595 van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1342.

596 So der Sachverhalt in OLG Stuttgart zfs 1991, 83.

597 BGH NJW 2001, 971; Wussow/*Zoll*, Kap. 50 Rn. 1; das wurde womöglich nicht ausreichend berücksichtigt in der Entscheidung OLG Stuttgart zfs 1991, 83.

598 Wussow/*Zoll*, Kap. 50 Rn. 2.

599 BGH 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).

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.** 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. **122**

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] **123**

**2. Ausnahmestellung des deutschen Rechts – Deutschland ehemals der letzte Mohikaner.** 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] **124**

**3. Grundsatz: Anspruch nur des unmittelbar Geschädigten.** Im Ausgangspunkt gilt das Dogma, dass nur die unmittelbar in ihren Rechtsgütern beeinträchtigte Person anspruchsberechtigt ist.[606] Wird ein Primäropfer schwer(st) verletzt oder getötet und führt dies bei einem Sekundäropfer zu einer – immateriellen – Beeinträchtigung, wurde das dem allgemeinen Lebensrisiko zugerechnet. **125**

**a) Marginale Durchbrechungen.** Schon das RG[607] 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 Primäropfers und andererseits eine an Intensität und Dauer beträchtliche seelische Erkrankung des Sekundäropfers. **126**

**aa) Schockschäden.** Ein Schockschaden zeichnet sich dadurch aus, dass das Sekundäropfer durch das Miterleben der Schädigung des Primäropfers, meist eines Unfalls,[610] ein solche seelische Krankheit von erheblichem Ausmaß erleidet.[611] Auf die Angehörigeneigenschaft kommt es dabei nicht an. **127**

**bb) Fernwirkungsschäden.** Der Fernwirkungsschaden unterscheidet sich vom Schockschaden dadurch, dass das Sekundäropfer die Schädigung nicht unmittelbar miterlebt, sondern von der schwer(st)en Verletzung bzw. dem Tod eines Angehörigen verständigt wird, was beim Sekundäropfer 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. **128**

**b) Bis zur Neuregelung kein Ersatz für bloße Trauer, die unter dieser Schwelle lag.** 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 **129**

600 BGH NJW 1992, 1393; OLG Köln NJW-RR 2000, 810; Wussow/*Zoll*, Kap. 50 Rn. 3.
601 BGH NJW-RR 1988, 1238; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1342.
602 Staudinger/*Röthel* (2015) § 844 Rn. 174.
603 Eine 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).
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).
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*).
612 *Katzenmeier* JZ 2017, 869 (871): Erforderlich ist eine lebensbedrohliche Verletzung; BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390.

wurde, besonders schadensanfällig sein musste. Sowohl in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen[613] als auch das Entschädigungsniveau führte das zu besonderer Zurückhaltung.

**130** Diese Rechtslage wurde als unbefriedigend empfunden. Der Germanwings-Absturz[614] war dann der letzte Auslöser dafür, dass der deutsche Gesetzgeber tätig wurde.[615] Auch wenn die gleiche Interessenlage bei den tagtäglich sich ereignenden Straßenverkehrsunfällen[616] gegeben ist,[617] unterscheidet sich ein so spektakulärer Unfall wie der Germanwings-Absturz von diesen dadurch, 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.

**131** **4. Begrenzung auf Tötung, Ausklammerung schwerster Verletzungen.** 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 Primäropfers gibt es nunmehr für bestimmte Sekundäropfer 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]

**132** **5. Zielsetzung des Anspruchs. a) Keine Abgeltung für den Verlust des Lebens.** Es geht dabei nicht um die Abgeltung für den Wert des vernichteten Lebens.[620] Damit wäre die Rechtsordnung in der Tat überfordert.[621]

**133** **b) Beitrag zur Trauerarbeit.** 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]

**134** **6. Bezeichnung Hinterbliebenengeld.** 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 Hinterbliebenengenugtuung bezeichnet, in Österreich als Angehörigen- oder Trauerschmerzengeld. 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

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.

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.

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).

schwer(st)er Verletzungen einzubeziehen, müsste die – bis dahin gebräuchliche – Bezeichnung geändert werden.

**7. Hauptanwendungsgebiete.** 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. **135**

## II. Systematische Platzierung in Abs. 3

**1. Anknüpfung an den Unterhaltsersatzanspruch bei Tötung.** 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 zugebilligt, eine Regelung treffen zu können, wenn dafür ein Bedürfnis bestehe.[627] Manche[628] 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] **136**

**a) Schutzlücken durch Ausklammerung vertraglicher Ansprüche.** Mit der Platzierung in § 844 wird zum Ausdruck gebracht, dass ein solcher Anspruch nur bei Tötung des Primäropfers 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] **137**

Der vertragliche Sorgfaltsmaßstab ist mitunter strenger als der im Deliktsrecht; zudem gilt im Leistungsstörungsrecht 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 § 630 h.[635] Beim Mietvertrag kommt es für anfängliche Mängel zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung nach § 536 a Abs. 1. Nach Deliktsrecht wird dem gegenüber nur bei Verschulden gehaftet. **138**

Trotz all dieser gewichtigen Argumente, die für eine Einbeziehung vertraglicher Ansprüche gesprochen hätten, gibt es ein überzeugendes Gegenargument. Es wäre wenig folgerichtig gewesen, den – doch eher peripheren – Anspruch auf Hinterbliebenengeld auch bei einer Vertragsverletzung zu gewähren, während der wirtschaftlich ungleich bedeutsamere Unterhaltsersatzanspruch nur bei deliktischer Schädigung gegeben wäre.[636] Es sei freilich angemerkt, dass eine Verschiebung des Unterhaltsersatzanspruchs in das allgemeine Schuldrecht – wie beim Schmerzensgeld – durchaus angebracht (gewesen) wäre.[637] **139**

**b) Parallele Regelungen bei Gefährdungshaftung.** 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. **140**

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.).
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).
636 *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (928 f.); *Wagner* NJW 2017, 2641 (2643).
637 *Ch. Huber* in FS-Schwintowski (2018), 920 (929).

141 **2. Gleichklang mit Unterhaltsersatz – Folgerungen.** Die Platzierung des Anspruchs auf Hinterbliebenengeld in § 844 sollte auch bewirken, dass manche dort geklärte Rechtsfragen für das Hinterbliebenengeld übernommen werden.[638]

142 **a) Abstellen auf den 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 gewesen sein wird. Häufig führt ein Verhalten des Schädigers zunächst zu einer Verletzung und erst sehr viel später zum Tod.

143 **b) Privilegierung von Anspruchsberechtigten nach Abs. 3 S. 2.** 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.

144 **c) Maßgeblichkeit von Verletzungs- und Tötungszeitpunkt.** 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 Primäropfer begründet haben. Prototypisch ist die Krankenschwester, die das Primäropfer während des Krankenhausaufenthalts kennen und lieben gelernt und anschließend geheiratet hat. Entsprechendes gilt für die nach der Verletzung gezeugten Kinder.[642]

145 **d) 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 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 OGH[645] – 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.

147 **e) Mitverschulden bzw. Betriebsgefahr.** Wie beim Unterhaltsersatzanspruch ist sowohl ein Mitverschulden des Primär- als auch des Sekundäropfers 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 Sekundäropfer kommen; vielmehr hat eine Gesamtabwägung gegenüber dem Belastungselement auf Schädigerseite zu erfolgen.[649] Hingewiesen wird darauf, dass das Mitverschulden beim Schmerzensgeld zu keiner strikten anteiligen Kürzung führe, sondern bloß eine Bemessungsdeterminante sei.[650] Das ist aber beim Schmerzensgeld kritikwürdig.[651]

148 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 bezüg-

638 *Burmann/Jahnke* NZV 2017, 401 (404).
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).
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 114/16 w 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.).
650 *Steenbuck r + s* 2017, 449 (452).
651 So auch *Küppersbusch/Höher,* Ersatzansprüche bei Personenschäden,[13] Rn. 283: Weder einleuchtend noch praktikabel.

lich des Mitverschuldenseinwands nicht besserstehen soll als bei rechtmäßigem Verhalten des Primäropfers, 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 Primäropfer 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.** 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 Primäropfer keinen Anspruch, sollte daraus folgen, dass es auch keinen Anspruch des Sekundäropfers gibt. Allerdings ist darauf zu verweisen, dass es bezüglich des Schmerzensgeldes bei einem Schockschaden eine gegenteilige Entscheidung des VI. Senats des BGH[652] gibt, die sachlich damit zu begründen ist, dass im Sozialversicherungsrecht keine dem Schmerzensgeld entsprechenden Leistungen vorgesehen sind. Wenn das beim Schmerzensgeld so judiziert wird, gibt es keinen überzeugenden Grund, warum das beim Hinterbliebenengeld anders sein sollte. **149**

### III. Kreis der Anspruchsberechtigten

**1. Das maßgebliche Kriterium: Bestehen einer intensiven 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. **150**

**2. Vermutung eines besonderen persönlichen Naheverhältnisses nach Abs. 3 S. 2. a) Der Regelfall.** 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. **151**

**b) Anspruch trotz Konfliktsituation.** Nicht in jeder Familie herrscht permanent Harmonie und Verständnis füreinander. Auch Konflikte und Meinungsverschiedenheiten kommen vor. Es stellt sich die Frage, welches Ausmaß an familiärer Belastung zu einer Entfremdung und damit einem Ausschluss für einen Anspruch auf Hinterbliebenengeld führt. **152**

**aa) 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. **153**

**bb) 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 **154**

652 BGH NJW-RR 2007, 1395; gegenteilig allerdings eine E des III. Senats (NZS 2012, 546), der allerdings keine Fachzuständigkeit auf diesem Gebiet hat.

653 *Fechner* DRiZ 2017, 84 (85).

654 *Jaeger* VersR 2017, 1041 (1052); *Katzenmeier* JZ 2017, 869 (875).

655 Dazu OGH SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (*Karner*); OGH ZVR 2004/86; ebenso *Karner* in FS-Danzl (2017), 85 (98).

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** 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 Freiheitstrafe 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.

**156** **3. Anspruch bei nachzuweisender personaler Nahebeziehung nach Abs. 3 S. 1.** 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.

**157** **a) Nicht-eheliche Lebensgemeinschaft bzw. Verlöbnis.** 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 OGH[662] 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** Das schweizerische BG[664] 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.

**159** **b) Geschwister.** Ist eine Haushaltsgemeinschaft gegeben, wird eine emotionale Nahebeziehung zwischen Geschwistern zu bejahen sein. Ist das nicht der Fall, müssen besondere Gründe gegeben sein. Der OGH[666] hat das in einem Fall bejaht, in dem der getötete Bruder für den Anspruchsteller die Funktion eines Vaters

656 Auf dieses Kriterium abstellend *Frank* FamRZ 2017, 1640 (1642).

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).

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).

666 OGH ZVR 2005/73, 254 (*Karner*).

hatte. Das LG Tübingen[667] 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.** 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. **160**

**d) Patchwork-Familien.** 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. **161**

**e) Pflegeeltern, Nanny, Leihopa/-oma, nicht aber Au-Pair-Mädchen.** 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] **162**

**f) Sonstige enge Bezugsperson.** Es ist erwogen worden, auch Mitglieder einer Kommune, Klosterbruderschaft[671] oder ein Kamerad bei Soldaten[672] 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 Hirngespinste 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. **163**

## IV. Entschädigungsniveau

**1. Weitgehende Enthaltsamkeit des Gesetzgebers.** 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 Fällen[675] 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 Autoren[679] sind besonders engherzig. Verwiesen hat der Gesetzgeber aber immerhin darauf, dass damit ein Anschluss an das Entschädigungsniveau anderer europäischer Rechtsordnungen **164**

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).
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.
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.

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** 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** 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 Unterhaltsersatz eher belastet als entspannt.[686]

**167** 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 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 BG[688] hat dem Ehepartner 45.000 SFR und den vier Kindern jeweils 22.500 SFR zuerkannt. In der ersten veröffentlichten Entscheidung hat das LG Tübingen[689] 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.

**168** **2. Messung von Trauer und Betroffenheit.** 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]

**169** **a) 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 sieht man den Verlust eines minderjährigen Kindes als schwersten Verlust an.[694] Weder das eine noch das

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).
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 sublime 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).
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.
694 OGH ZVR 2007/239 *(Danzl)*; Zak 2008/579; Ch. *Huber* in Schwimann, TaKomm ABGB[4] § 1325 Rn. 144; *Karner* FS-Danzl (2017), 85 (109); für eine solche Abstufung auch BernerKomm[4]/*Brehm* OR Art. 47 Rn. 140 b; ebenso *Wagner* NJW 2017, 2641 (2645).

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.** 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. **170**

**c) Einzelne Kriterien für die Feinabstufung im Rahmen der Bemessung. aa) Seelische Beeinträchtigung.** 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 Sekundäropfers abhängig[696] 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 abnimmt[699] oder ein Attest für 18 EUR vorlegt,[700] auch wenn er weiterhin in ärztlicher Behandlung ist, der vermag diese Hürde nicht zu nehmen. **171**

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 Sekundäropfer 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 Tübingen[704] 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] **172**

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] **173**

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.

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.

706 *Ch. Huber* VersR 2020, 385 (392).

174 **bb) Miterleben.** Das LG Tübingen[707] 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 Unfallort[709] die seelische Erschütterung besonders nachvollziehbar macht.

175 **cc) Alter des Getöteten und des Anspruchsberechtigten.** 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 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 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.

177 **d) Haushaltsgemeinschaft bzw. Intensität des Kontakts.** § 844 Abs. 3 S. 2 knüpft an eine potenzielle Unterhaltsbeziehung zwischen Primär- und Sekundäropfer an, während im österreichischen 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.

178 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]

179 **e) Weder Einkommen noch Vermögen, aber Kaufkraftparität.** Wie beim Schmerzensgeld spielen weder Einkommen noch Vermögen der Sekundäropfer eine Rolle. Was allein beachtlich ist, ist eine deutlich unterschiedliche Kaufkraftparität am Wohnsitz des Sekundäropfers, 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.

180 **f) Ausgleich oder Genugtuung.** Umstritten ist, ob das Hinterbliebenengeld sich mithilfe des Ausgleichs- oder des Genugtuungsprinzips begründen lässt. Das Genugtuungsprinzip beruht darauf, dass der Ersatz-

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.

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.

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.

pflichtige 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.

**181** 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 Hilfstatsachen 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** 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 gröbster 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]

**183** **g) Gleichbehandlung der Kinder.** 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 Tübingen[717] 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.

**184** **h) Ethnische Besonderheit.** In einer Entscheidung des LG München II[718] 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.

**185** **3. Erfordernis des Empfindens von.** Das Hinterbliebenengeld soll dazu dienen, dass das Sekundäropfer 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 Schmerzensgeld in solchen Fällen zu und begrün-

714 So aber *Müller* VersR 2017, 321 (325).

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.

716 Dazu *Wagner*, Angehörigenschmerzensgeld, in FS-Stürner (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*).

det 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** 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 Anspruchsberechtige 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]

**187** **4. Tod nach langer Leidensphase oder Ungewissheit.** 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 betraglich zu kürzen. Vielmehr hat eine normative Korrektur zu erfolgen. Im schweizerischen Recht wird bei langer Leidensdauer, für die eine Angehörigengenugtuung zuerkannt wird, diese bei der Festlegung der Hinterbliebenengenugtuung 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.

**188** **5. Gebot der 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** 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 Zuspruch 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.

**190** **6. 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 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

**191** **1. Trauer und Kummer sowie eine zusätzliche seelische Erkrankung.** 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

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.

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 Mausklicken zu bewerkstelligen ist.

721 *Ch. Huber* VersR 2020, 385 (389).

722 *Müller* VersR 2017, 321 (324).

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.** Wenn das Sekundäropfer 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 einheitlich[724] 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. **192**

**a) Unterschiedliche Kriterien.** 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. **193**

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. **194**

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. **195**

Schließlich ist folgender Fall möglich: Ein Sekundäropfer erleidet zunächst nur Trauer und Betroffenheit und kommt zunächst im Leben zurecht. Nach einiger Zeit führt der Tod des Primäropfers aber zu einer seelischen Erkrankung. In einem solchen Fall liegt es wohl auf der 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. **196**

**b) Transparente Bemessung nur bei getrennter Erfassung.** 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] **197**

**c) Entschädigungsniveau bei Schockschäden und Schmerzensgeld bei körperlichen Schmerzen.** 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 Entschädigungsni- **198**

723 *Jaeger* VersR 2017, 1041 (1055): Hinterbliebenengeld kein Schmerzensgeld.
724 So auch der OGH 9.9.2015 – 2 Ob 143/15 s ZVR 2015/214 (*Kathrein*) = ÖJZ 2016/39 (*Ch. Huber*).
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).
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.

veau bei Schockschäden 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** 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

**200** **1. 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 Tübingen[735] 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.

**201** **2. Begehren von Schockschaden und/oder Hinterbliebenengeld.** 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.

**202** **3. Anerkenntnis und 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** 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 BG[737] über 100 Jahre gebraucht, um im Wege einer richterlichen Rechtsfortbil-

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.).

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.

737 BG (11.3.1986) BGE 112 II 118; Einführung einer dem Art. 47 OR entsprechenden Norm 1875.

dung 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** 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 Unterhaltsersatzanspruch 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 Sekundäropfern im Todesfall immer dann einen Anspruch einzuräumen, wenn das Primäropfer 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** 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 Primäropfers, die schlussendlich zu dessen Tod führt, oder der Eintritt von Trauer und Kummer beim Sekundäropfer. 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 Sekundäropfer erfolgt nicht immer zeitnah zum Tod des Primäropfers. Zu denken ist etwa an eine Entführung mit der Tötung des Primäropfers während dieser im Zuge einer Auslandsreise, bei der die Sekundäropfer oft erst sehr viel später erfahren, was passiert ist.

**206** 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

**[1]Im 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. [2]Die 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,

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 Angehörigengenugtuung (Tötungsfall) zur Verletztengenugtuung: 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).

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** ..... 1
I. Ursprünglicher Anwendungsbereich ..... 1
II. Verbliebener Anwendungsbereich ..... 3
III. Rechtspolitische Einschätzung ..... 4
IV. Praktische Bedeutung ..... 5
**B. Voraussetzungen für die Verwirklichung des Tatbestands** ..... 6
**C. Hinderungsgründe für die Anwendbarkeit des § 845** ..... 9
I. Maßgeblicher Zeitpunkt ..... 10
II. Bloß gesetzlich geschuldetes Ausmaß ..... 12
III. Gesetzliche Dienstleistungsverpflichtung – Ausschluss bei vertraglicher Pflicht ..... 13
IV. Lebensmittelpunkt außerhalb des Wohnsitzes der Eltern ..... 17
V. Anderweitige Vollzeitbeschäftigung ..... 18
VI. Dauer ..... 20
1. Längstens bis zum Tod der Eltern ..... 20
2. Jederzeitiges Ende ..... 21
3. Beweislast der Eltern für die Dauer des Bestehens einer familienrechtlichen Mitarbeit ..... 22
VII. Bei Verletzung des Kindes Konkurrenz zwischen Anspruch des Kindes (§ 842) und der Eltern (§ 845) ..... 23
1. Das nur im Hauswesen tätige Kind ..... 23
2. Das anderweitig erwerbstätige Hauskind . 24
**D. Umfang des Ersatzanspruchs** ..... 25
I. Ersatz des Wertes der Arbeitsleistung ..... 25
II. Eingeschränkte Vorteilsausgleichung ..... 27
III. Parallelen zu §§ 842 bis 844 ..... 29
**E. Verhältnis zu Sozialversicherungsleistungen** .. 30
**F. Keine analoge Anwendung bei gesetzlich geschuldeter Mitarbeit der Eltern gegenüber den Kindern gem. § 1618 a** ..... 31


## A. Zielsetzung der Norm

### I. Ursprünglicher Anwendungsbereich

**1** 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** 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** 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

1 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 1.
2 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 3.
3 BGHZ 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*); Erman[15]/ *Wilhelmi* § 845 Rn. 1; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 2 f.
4 BGHZ 51, 109 = NJW 1969, 321.
5 BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196: Unterstützung des Ehegatten bei seiner Tätigkeit als Volleyballtrainer.
6 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 5, 7.
7 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 12.

der Stiefeltern[8] – 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 schuftete 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 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 Arbeitskrafteinsatzes 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, 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 hinaus[15] ein Ersatzanspruch der Eltern gegeben sein soll, wenn beim Ehegatten ein solcher abgelehnt wird. Der Hauptanwendungsbereich liegt im – kleinbäuerlichen – Bereich,[16] ausnahmsweise im Hauswesen[17] 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 Die praktische Bedeutung ist mittlerweile sehr gering.[19] Bezeichnend ist, dass seit der Vorauflage (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 Zeitraum[21] zu begrenzen.[22] Dass ein solcher Anspruch nur gegeben ist, wenn ein Deliktstatbestand verwirklicht ist sowie bei Schädigung durch Militärflugzeuge gem. § 53 Abs. 2 LuftVG, nicht aber bei einem sonstigen Tatbestand

8 OLG Nürnberg FamRZ 1960, 119 (120).
9 Staudinger/*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.
10 Staudinger/*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.
13 Erman[15]/*Wilhelmi* § 845 Rn. 2.
14 Zum primären Anwendungsgebiet in diesem Bereich *Wenker* VersR 2014, 680.
15 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 1; *Weimar* JR 1981, 316: § 1619 stellt keine Unterhaltspflicht dar.
16 MüKoBGB[7]/*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.
17 BGH VersR 1973, 939; OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128.
18 OLG Köln VersR 1991, 1292.
19 *Küppersbusch/Höher*, Rn. 456; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 3; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 3; Erman[15]/*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.
20 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 1.
21 Zum Wechsel der Vermutungen in der BGH-Rechtsprechung in Entsprechung zum Wechsel der faktischen Verhältnisse zutr. OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*).
22 So auch *A. Diederichsen*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, Homburger Tage 2012, 7, 27.

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** 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** 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 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** Das zugrunde liegende Konzept lässt sich so beschreiben: Das Kind ist in das Hauswesen integriert und zur unentgeltlichen Arbeitsleistung[34] 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 Stiefeltern[36] und Großeltern.[37] Soweit die Großeltern unterhaltspflichtig sind, wäre mE freilich eine Analogie angezeigt.

## C. Hinderungsgründe für die Anwendbarkeit des § 845

**9** 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:

### I. Maßgeblicher Zeitpunkt

**10** 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

23 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 81.
24 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 2.
25 Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 1.
26 Anderes gilt bei Tötung BGH zfs 1986, 105.
27 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 9.
28 BGHZ 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 *Zwickel* in Greger/Zwickel, Haftungsrecht des Straßenverkehrs § 28 Rn. 178.
30 BGH NJW 1991, 1226; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 7.
31 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 8.
32 BGH NJW 1991, 1226; NJW 1972, 429; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 7.
33 OLG Saarbrücken VersR 1981, 542; OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*): Schlafstelle in einem auswärtigen Zweigbetrieb schadet nicht.
34 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 7.
35 *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458.
36 OLG Nürnberg FamRZ 1960, 119 (*Gernhuber*); MüKoBGB6[7]/*Wagner* § 845 Rn. 5; krit. *Coester-Waltjen*, Anm. zu BGH LM § 1619 BGB Nr. 8.
37 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 12.

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 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 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 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 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 gegeben ist. Eine Ersatzpflicht nach § 845 scheidet nach hM[50] 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

38 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 10; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 7.
39 Zutr. Staudinger/*Hilbig-Lugani* § 1619 Rn. 56.
40 OLG Celle NZV 1997, 232.
41 Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 6; Staudinger/*Röthel* § 845 Rn. 20.
42 OLG 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.
43 OLG Celle NJW-RR 1990, 1478.
44 OLG Celle NZV 1997, 232; OLG Saarbrücken NZV 1989, 25; LG Köln VersR 1983, 1066; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83.
45 BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*).
46 Ähnlich zur Mitarbeitspflicht eines Ehegatten OLG Hamburg VersR 1963, 1232.
47 OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*).
48 So Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 18.
49 BGH NJW 1991, 1226; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 9.
50 BGH 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; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 9; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 13.

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** 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 Rechtsprechung[53] eine Vermutung für die Erbringung einer Dienstleistung auf familienrechtlicher Grundlage angenommen hat, ist die jüngere Rechtsprechung[54] 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 Beliebigkeit des Ergebnisses kommt mitunter darin zum Ausdruck, dass der BGH[57] ausspricht, dass die Deutung des Sachverhalts in dieser Weise möglich ist[58] – unausgesprochen ergibt sich daraus, dass auch die gegenteilige Entscheidung nicht beanstandet worden wäre, ja vielleicht mehr dem Rechtsgefühl des Höchstgerichts entsprochen hätte.

**15** 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 BGH[60] 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 ermöglichen[62] 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]

51 So Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 13.
52 Ablehnend diesbezüglich freilich BGH NJW 2001, 971.
53 BGH FamRZ 1973, 298; VersR 1965, 1202; VersR 1961, 694; VersR 1960, 132.
54 BGHZ 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; MüKoBGB[7]/*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.
55 BGHZ 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.
56 So auch der Befund von MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 10: Erhebliche Abgrenzungsprobleme; ähnlich OLG Stuttgart VersR 1990, 902: Schwer zu entscheiden.
57 BGH NJW 1972, 429.
58 Vgl. auch *Gernhuber* JZ 1998, 365: Auch eine andere Entscheidung des BGH wäre möglich gewesen, aber er wollte sie nicht nutzen.
59 OLG Celle NZV 1997, 233; NJW-RR 1990, 1478.
60 BGH NJW 1991, 1226; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458.
61 OLG 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.
62 BGH NJW 1991, 1226; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 10.
63 OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*); OLG Köln VersR 1991, 1292.
64 BGH NJW 1991, 1226; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 4.
65 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 10.
66 Für 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.

16 Je umfangreicher die erbrachte Arbeitsleistung einerseits[67] und/oder die Gegenleistung der Eltern andererseits[68] 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

17 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 Hauskind einen eigenen Wohnsitz begründet hat.[74] Ein Anspruch scheitert aber nicht daran, dass das Hauskind für die Ableistung des Bundeswehrdienstes,[75] wegen einer Ausbildung[76] oder der Tätigkeit in einer anderen Betriebsstätte des elterlichen Unternehmens[77] vorübergehend anderswo wohnt, sofern es auch während dieses Zeitraums nach Hause zurückkehrt, um dort Dienstleistungen zu erbringen.

### V. Anderweitige Vollzeitbeschäftigung

18 In der Entscheidung vom 7.10.1997 hat der BGH[78] 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

67 Staudinger/*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.

68 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83: Mehr als ein Taschengeld.

69 Erman[15]/*Wilhelmi* § 845 Rn. 3.

70 Zurückhaltend 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.

71 BGHZ 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.

72 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 17; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 5.

73 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83.

74 OLG Nürnberg VersR 1992, 188.

75 OLG 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.

76 OLG Celle NJW-RR 1990, 1478: Ackerbauschule, Bindung zum väterlichen Anwesen gelockert, aber nicht gelöst.

77 OLG Thüringen zfs 2010, 79 (*Diehl*).

78 BGHZ 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.

79 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 18.

80 So 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 Mithilfepflicht 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.

81 MüKoBGB[67]/*Wagner* § 845 Rn. 11.

im Regelfall zustimmen können. *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 empfange, 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 Arbeitskrafteinsatz 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** Erwägenswert wäre immerhin die Prüfung gewesen, ob nicht immerhin zum Teil eine Erfüllung einer familienrechtlichen Dienstleistungspflicht in Betracht gekommen wäre.[86] Das lehnt der BGH[87] 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

**20** **1. Längstens bis zum Tod der Eltern.** 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.

**21** **2. Jederzeitiges Ende.** 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

82 *Grunsky* EWiR 1998, 263 (264).
83 So auch Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 7.
84 *Gernhuber* JZ 1998, 365 (366).
85 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 18; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83.
86 *Grunsky* EWiR 1998, 263 (264).
87 BGHZ 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).
89 So auch OLG Saarbrücken NZV 1989, 25.
90 BGHZ 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.
91 BGH NJW 1972, 1716; OLG Hamm r+s 1986, 128.
92 Anspruchserhebung 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.
93 So Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 7.
94 BGHZ 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.
95 BGH NJW 1991, 1226; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458.
96 So die Annahme bei zunehmender Qualifikation und zunehmendem Umfang der Tätigkeit OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 25.

berücksichtigen.[97] 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.** Die Beweislast für die Dauer des Bestehens eines Ersatzanspruchs liegt bei den Eltern. Ähnlich wie beim Unterhaltsersatzanspruch 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] **22**

## VII. Bei Verletzung des Kindes Konkurrenz zwischen Anspruch des Kindes (§ 842) und der Eltern (§ 845)

**1. Das nur im Hauswesen tätige Kind.** 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 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 BGH[108] 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] **23**

**2. Das anderweitig erwerbstätige Hauskind.** 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 **24**

97 BGH NJW 1991, 1226; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 7; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 25.

98 OLG 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.

99 OLG Saarbrücken VersR 1989, 757; LG Köln VersR 1983, 1066; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 24; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 15.

100 OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128; LG Köln VersR 1983, 1066; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 24.

101 BGH 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.

102 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 41; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1287.

103 OLG Frankfurt VersR 1982, 908.

104 OLG Köln VersR 1991, 1292.

105 Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 83; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 35.

106 BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*).

107 MüKoBGB[67]/*Wagner* § 845 Rn. 12.

108 BGHZ 137, 1 = NJW 1998, 307 = LM § 1619 BGB Nr. 8 (*Coester-Waltjen*) = JZ 1998, 362 (*Gernhuber*) = EWiR 1998, 263 (*Grunsky*).

109 Palandt[79]/*Sprau* § 845 Rn. 8.

110 BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 15; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 37.

111 BGHZ 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** Eine ältere BGH-Entscheidung[113] 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 gültig[116] 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** 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 Betriebsgewinn[119] 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** In der Entscheidung vom 3.12.1951[122] 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 RG[123] 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 Ersparnisse sich nicht ergeben.[127] Bei Beschäftigung einer fremden Ersatzkraft können indes durchaus zusätzliche Aufwendungen für die Unterkunft anfallen, die ersatzfähig sind.[128]

112 OLG 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; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 12; Palandt[79]/*Sprau* § 845 Rn. 8; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 5.

113 BGHZ 4, 123 = NJW 1952, 459 = JZ 1952, 332 (*Beitzke*).

114 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 14.

115 OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 22; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 14; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 6.

116 So auch Erman[15]/ *Wilhelmi* § 845 Rn. 4.

117 BGHZ 4, 123 = NJW 1952, 459 = JZ 1952, 332 (*Beitzke*); Staudinger/*Röthel* § 845 Rn. 21.

118 Für 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.

119 BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*); Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 8; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 14; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 19.

120 OLG Köln FamRZ 1995, 1200; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 19.

121 OLG Celle NJW 1969, 1671; Bamberger/Roth/*Spindler* (52. Edition) § 845 Rn. 6.

122 BGHZ 4, 123 = NJW 1952, 459 = JZ 1952, 332 (*Beitzke*).

123 RGZ 173, 137.

124 *Küppersbusch*/Höher, Rn. 460.

125 So auch MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 16; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 27.

126 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 26; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 16.

127 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 16.

128 BGH VersR 1966, 736 (737); Staudinger/*Röthel* § 845 Rn. 27.

Die tatrichterliche Rechtsprechung[129] 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 Unterhaltsleistungen[131] 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 Teil[132] 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. **28**

### III. Parallelen zu §§ 842 bis 844

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, 254[134] sowie nach dem schädigenden Ereignis gem. § 254[135] 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 hM[137] betont, dass es sich beim Anspruch nach § 845 um keinen Unterhaltsersatzanspruch handle mit der Folge, dass dieser nicht unter § 850 b Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO falle, somit unbeschränkt pfändbar sei. Der Wortlaut des § 850 b 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. **29**

## E. Verhältnis zu Sozialversicherungsleistungen

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] **30**

## F. Keine analoge Anwendung bei gesetzlich geschuldeter Mitarbeit der Eltern gegenüber den Kindern gem. § 1618 a

§ 1618 a 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 **31**

129 OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404; OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; OLG Karlsruhe VersR 1988, 1128.
130 Zust. Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 28.
131 So auch Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 28.
132 *Küppersbusch/Höher*, Rn. 458; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1285.
133 So OLG Karlsruhe VersR 1988, 128.
134 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 31; van Bühren/Lemcke/Jahnke/*Jahnke*, Teil 4 Rn. 1277.
135 BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*): Umschulung eines Müllergesellen zu einem Feinmechaniker.
136 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 23, 41; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 13.
137 Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 23, 42; MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 17; OLG Neustadt VersR 1958, 774.
138 Zutr. Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 32; die Besonderheit der Unfallversicherung nicht berücksichtigend und deshalb zu Unrecht einschränkend MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 18.
139 BGHZ 69, 380 = NJW 1978, 159 = LM § 845 BGB Nr. 22 (*Dunz*); MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 18; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 462; Staudinger/*Röthel* (2015) § 845 Rn. 33.

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 BGH[142] 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.

140 BGHZ 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; Palandt[79]/*Sprau* § 845 Rn. 2; Erman[15]/ *Wilhelmi* § 845 Rn. 3; *Küppersbusch/Höher*, Rn. 459; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 6.

141 MüKoBGB[7]/*Wagner* § 845 Rn. 4; *Wenker* VersR 2014, 680 (685).

142 BGH VersR 1985, 290; Geigel/*Pardey*, Kap. 8 Rn. 87; Wussow/*Zoll*, Kap. 51 Rn. 11.