

## Verletzungsbedingte Vereitelung unbezahlter Arbeit – niemals Ersatz?

Prof. Dr. Christian Huber, Aachen\*

### A. Die untersuchten Fallkonstellationen<sup>1</sup>

#### I. Ordensbrüder mit Armutsgelübde

*Fall 1:* Der Ordensbrüder widmet sich dem Gebet und dem Orgelspiel in der Kirche<sup>2</sup>. Zudem ist er in der Ordensgärtnerei tätig<sup>3</sup>.

*Fall 2:* Der Ordensbrüder ist Religionslehrer an einem Gymnasium. Das einem Gymnasiallehrer zustehende Entgelt wird direkt an den Orden überwiesen.

Der Ordensbrüder bezieht wegen seines Armutsgelübdes keinen Lohn. Was er zum Leben benötigt, erhält er vom Orden, unter Einschluss von Leistungen bei Krankheit und im Alter.

#### II. Leistungen in Erwartung einer Gegenleistung

*Fall 3:* Der künftige Hoferbe arbeitet – vorläufig – auf dem Hof gegen Kost und Logis sowie ein geringfügiges Taschengeld. Nach seiner Verletzung erhält er dieses Entgelt weiter. Der Vater strengt sich mehr an; und auch Nachbarn helfen unentgeltlich, um eine Ertragseinbuße abzuwenden<sup>4</sup>.

*Fall 4:* Eine schwere Verletzung führte dazu, dass der Hof nicht dem zunächst in Aussicht genommenen erstgeborenen Sohn übertragen wurde, sondern dessen Bruder<sup>5</sup>.

#### III. Ehrenamtliche Tätigkeiten

*Fall 5:* Eine pensionierte Theologin ist ganztätig beschäftigte Leiterin einer Wohlfahrtseinrichtung, die sich um die Resozialisierung von Frauen in Not kümmert<sup>6</sup>.

*Fall 6:* Anstelle die Ruderboote von einer Firma warten zu lassen, kümmert sich ein einfaches Vereinsmitglied des Ruderklubs darum, ohne dem Verein dafür etwas in Rechnung zu stellen<sup>7</sup>.

#### IV. Haushalts- und Pflegedienstleistungen außerhalb einer Haushaltsgemeinschaft

*Fall 7:* Damit die Tochter studieren kann, passt die Großmutter auf das Enkelkind auf. Als die Großmutter verletzt wird, muss die Tochter einen Babysitter engagieren, dem sie ein marktkonformes Entgelt zahlt<sup>8</sup>.

*Fall 8:* Damit der infolge seines Alters schon etwas gebrechliche Nachbar weiterhin in seinem Haus bleiben kann, kümmert sich die Nachbarin um ihn. Sie besorgt die Einkäufe, bringt einmal am Tag ein warmes Essen und reinigt die Wohnung<sup>9</sup>. Dann wird dieser „Engel“ verletzt.

#### V. Mithilfe bei Instandsetzung bzw. Errichtung eines Einfamilienhauses

*Fall 9:* Nach der Unfallverletzung erwerben die Ehegatten ein Baugrundstück. Da der Ehemann die ansonsten von ihm geplanten Arbeiten nicht erbringen kann, verlangt er vom Ersatzpflichtigen den Handwerkerlohn für diese Verrichtungen<sup>10</sup>.

*Fall 10:* Geplant ist die Errichtung eines Einfamilienhauses in der Weise, dass auch der Schwager mithelfen sollte. Zunächst sollte der Schwager beim nunmehr Verletzten anpacken; sodann sollte dieser beim Schwager „zurückarbeiten“. Wegen der Verletzung lässt der Verletzte ein Fertigteilhaus errichten<sup>11</sup>.

### B. Gemeinsamkeit dieser Sachverhalte

In jedem dieser Fälle geht es um die verletzungsbedingte Vereitelung einer Tätigkeit, für deren Erbringung am Markt grundsätzlich ein Entgelt zu zahlen ist<sup>12</sup>. Die verletzte Person hätte hingegen aufgrund einer getroffenen Vereinbarung oder infolge Fehlens einer solchen eine Tätigkeit erbracht, für die sie vom Empfänger kein Entgelt erhalten hätte<sup>13</sup>. Es geht um die Frage, ob das auch dem Schädiger zugute kommt oder dieser für die Vereitelung dieser Aktivitäten<sup>14</sup> trotzdem Ersatz leisten muss.

Eine davon zu unterscheidende Frage ist der Vermögensnachteil des Verletzten, wenn dieser seine Arbeitskraft künftig am Markt einsetzen hätte wollen<sup>15</sup>. Diesbezüglich ist ein Feststellungsurteil anzuraten. Bei entsprechendem Kausalitätsnachweis sollte der Ersatz der dann eintretenden Vermögenseinbuße grundsätzlich unproblematisch sein. Freilich wird eine solche Umorientierung nur ausnahmsweise vorkommen. Die bloße Möglichkeit eines solchen Einsatzes reicht meines Erachtens nicht aus<sup>16</sup>, würde das doch den Prinzipien der subjektiv-konkreten Schadensberechnung widersprechen und den Schadensumfang erheblich aufblähen. Maßgeblich sollte stets sein, woran der Verletzte gehindert wurde, nicht aber, was er potenziell auch hätte tun können<sup>17</sup>. In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit ist zudem zu berücksichtigen, dass nicht alles realisierbar ist, was man beabsichtigt.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

- 1 Im Folgenden wird versucht, anhand von zehn prototypischen, der Rechtsprechung nachgebildeten Fällen die jeweiligen Probleme möglichst prägnant darzustellen.
- 2 OLG Celle vom 3. 12. 1987 – 5 U 299/86 – VersR 1988, 1240 = NJW 1988, 2618.
- 3 OGH vom 6. 11. 1975 – 2 Ob 208/75 – ZVR 1976/320, 337.
- 4 OGH vom 20. 12. 1979 – 8 Ob 210/79 – ZVR 1980/231, 221.
- 5 OGH vom 10. 4. 1957 – 2 Ob 104 – ÖJZ 1957/219, 323.
- 6 LG Karlsruhe vom 5. 8. 1996 – 12 O 148/95 – VersR 1998, 1116 = NJW-RR 1996, 1239.
- 7 Beispiel gebildet von LG Karlsruhe vom 5. 8. 1996 – 12 O 148/95 – VersR 1998, 1116 (1118 f.) = NJW-RR 1996, 1239 (1242); ähnlich *Dunz* in Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag 1995 S. 135, 141 – Handwerksmeister legt als Mitglied der Kirchengemeinde für Reparaturen an der Kirche keine Rechnung.
- 8 OLG Celle vom 12. 11. 1981 – 5 U 67/81 – VersR 1983, 40.
- 9 Beispiel nach *Gassmann* HAVE 2004, 253.
- 10 OLG Zweibrücken vom 26. 1. 1994 – 1 U 209/92 – VersR 1996, 864 = NZV 1995, 315.
- 11 OGH vom 20. 11. 1997 – 2 Ob 56/95 – ZVR 1999/33, 121.
- 12 Eine Ausnahme bildet der Fall 1, jedenfalls in Bezug auf das Beten, möglicherweise auch in Bezug auf das Orgelspielen.
- 13 Zur Differenzierung in ehrenamtliche (institutionelle) und informelle unbezahlte Arbeit, namentlich Nachbarschaftshilfe, sowie Haushaltstätigkeit *Sidler* in Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2007 S. 61, 63.
- 14 *Sidler* (aaO [Fn. 13] S. 61, 66) bezeichnet dies als *unbezahlte Arbeit*, die eine dritte Grundkategorie neben Erwerbsarbeit und Freizeit darstelle.
- 15 Zur Bedeutsamkeit dieses Umstands bei einem Haushaltsführerschaden wegen der hohen Scheidungsrate *Hausheer/Jaun* ZBJV 2003, 43 (52).
- 16 Dafür aber *Kissling* in Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2007 S. 15, 44 ff. Dieser Ansatz ist inzwischen im deutschen Recht überwunden und im österreichischen Recht im Rückzug begriffen.
- 17 So aber *Sidler* (aaO [Fn. 13] S. 61, 76), der die Kategorie des „Erwerbsschadens“ durch die „Einbuße der Wertschöpfungskraft“ ersetzen will. Begrifflich ähnlich *Wagner* in Münch. Komm. zum BGB 4. Aufl. §§ 842 f. Rn. 16, der darauf abstellt, ob ein „produktiver Beitrag zur Wohlfahrt anderer“ geleistet worden wäre.

### C. Praktische Bedeutung und Aktualität der Fragestellung

Die Anzahl von Ordensangehörigen ist rückläufig. Ehrenamtliche Tätigkeiten nehmen hingegen zu<sup>18</sup>. Haushalts- und Pflegetätigkeiten von Familienangehörigen sind auf dem Land verbreiteter als in den städtischen Ballungsgebieten<sup>19</sup>. Das Zusammenwirken von Verwandten bei Errichtung eines Eigenheims ist wiederum im ländlichen Bereich weit verbreitet. Der Anteil der unbezahlten Arbeit am Bruttoinlandsprodukt schwankt je nach Erfassungsart zwischen 30 und 60 %<sup>20</sup>. In der Schweiz übt jeder vierte eine ehrenamtliche Tätigkeit von durchschnittlich 14 Stunden pro Monat aus<sup>21</sup>.

In Deutschland und Österreich haben diese Fragen in letzter Zeit kaum eine große Rolle in der Judikatur oder Literatur<sup>22</sup> gespielt<sup>23</sup>. Dazu ist freilich eine außerordentlich rege Diskussion in der schweizerischen Literatur<sup>24</sup> zu beobachten. Während nach *österreichischem Recht* das Höchstgericht<sup>25</sup> einen Ersatzanspruch vielfach unter Bezugnahme auf die *objektiv-abstrakte Schadensbeurteilung* begründet hat, ist im *deutschen Recht* eine viel *größere Zurückhaltung*<sup>26</sup> bzw. eine *Enthaltensamkeit der Darstellung* solcher Probleme in der Literatur<sup>27</sup> zu beobachten. In der *Schweiz* mehren sich die Literaturstimmen<sup>28</sup>, die für *größzügigere Entschädigungsleistungen* in den oben dargestellten Fällen plädieren. Der vorliegende Beitrag bemüht sich um Aussagen zum *deutschen Schadensrecht*, wobei auf rechtsvergleichende Überlegungen zum österreichischen und schweizerischen Recht Bezug genommen wird. Die zentralen Wertungsfragen sind in allen drei Rechtsordnungen gleich; Nuancen im Gesetzeswortlaut<sup>29</sup> spielen demgegenüber meines Erachtens eine untergeordnete Rolle.

### D. Der Stein des Anstoßes – Gründe für die Versagung jeglichen Ersatzes

Der zentrale Einwand gegen die Zubilligung eines Ersatzanspruchs nach deutschem Recht ist das *Bereicherungsverbot*. Das zentrale Argument lautet: Der Anspruchsteller hätte ohne Unfall keinen Entgeltanspruch gehabt. Durch die Schadensersatzleistung soll eine Einbuße ausgeglichen werden. Der Verletzte soll aber *nicht besser* als ohne das schädigende Ereignis gestellt werden<sup>30</sup>. Dazu kommt, dass ein Erwerbsschaden dadurch charakterisiert ist, dass der Geschädigte infolge der Verletzung einen *Vermögensvorteil im Eigeninteresse* verliert<sup>31</sup>. Wenn er eine Arbeitsleistung aber ohne Gegenleistung erbracht hätte, tut man sich in der Tat schwer, einen solchen Erwerbsschaden zu bejahen. In den meisten Konstellationen ist das sogar unmöglich<sup>32</sup>. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Versagung jeglichen Ersatzes das abschließende Ergebnis ist oder sich ein Ersatzanspruch – bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen – auf andere Weise begründen lässt. Eine Ausprägung, bei der ein Schadensersatzanspruch auch ohne konkrete Vermögensseinbuße beim Verletzten bejaht wird, ist der Haushaltsführerschaden<sup>33</sup>. Es ist deshalb zu erwägen, die dortigen Grundsätze auf die oben beschriebenen Konstellationen zu übertragen. Das setzt freilich voraus, die tragenden Gründe für dessen Besonderheit zu umschreiben.

### E. Besonderheiten des Haushaltsführerschadens

Selbst wenn infolge der Verletzung des Haushaltsführers keine Ersatzkraft eingestellt wird, kann der Haushaltsführer den verletzungsbedingt eingetretenen Schaden nach den *Kosten einer fiktiven Ersatzkraft* berechnen; nach deutschem Recht muss er sich freilich den Abzug von Einkommensteuer und Lohnnebenkosten gefallen lassen<sup>34</sup>. Die verminderte Qualität der Haushaltsführung

und/oder das Einspringen von Dritten und/oder die Mehranstrengung des Verletzten wird nach diesem Maßstab abgegolten.

Im schweizerischen Recht wird dieser Berechnungsansatz damit begründet, dass die Aufnahme einer Ersatz-

- 18 Umfassend *Sidler*, Personenschäden bei unbezahlter Arbeit 2006 S. 55 ff.
- 19 *Sidler* aaO (Fn. 18) S. 58.
- 20 *Huber*, Fragen der Schadensberechnung 2. Aufl. 1995 S. 449; *Sidler* aaO (Fn. 18) S. 60.
- 21 *Sidler* aaO (Fn. 13) S. 61, 63 f.
- 22 Zu nennen sind an Einzeluntersuchungen lediglich *Pardey* DAR 1994, 265; NJW 1997, 2094; *Dunz* aaO (Fn. 7) S. 135 ff.; *Gotthardt* JuS 1995, 12; *Würthwein* JZ 2000, 337. Zum österreichischen Recht *Schilcher* in *Holzer/Posch/Schilcher* öRdA 1978, 210, 225 ff.; *Schuhmacher* ZAS 1977, 43 sowie *Ch. Huber* aaO (Fn. 20) S. 506 f.
- 23 Verwiesen sei diesbezüglich auf die Prognose von *Stürmer* JZ 1984, 412 (415): Die Geltendmachung solcher Ansprüche sei „lohnend und nicht ohne Aussicht“.
- 24 Aus der reichhaltigen neueren Literatur seien an dieser Stelle genannt die Monographien von *Kissling*, Dogmatische Begründung des Haushaltsschadens – Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Behandlung unentgeltlicher Tätigkeiten 2006 und *Sidler* aaO (Fn. 18) sowie die Zusammenfassungen in *Weber* (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2007 S. 15 ff. und 61 ff. Darüber hinaus ist zu verweisen auf *Gassmann* HAVE 2004, 253; *Gauch*, Familienschuldrecht 1995 S. 258 f.; *Geisseler* HAVE 2004, 257; *Ileri* HAVE 2004, 251; *Jäggi* HAVE 2004, 245; *Weber* in *Gauch/Schmid* (Hrsg.), Symposium zum schweizerischen Privatrecht 2001 S. 253, 289 f.; *Werro* HAVE 2004, 247.
- 25 Zumeist geht es dabei um die Mitwirkung im Erwerb eines Familienangehörigen, so OGH vom 29. 6. 1962 – 2 Ob 195, 196/62 – ZVR 1963/173, 182; vom 9. 5. 1968 – 2 Ob 367/67 – ZVR 1969/87, 74; vom 15. 10. 1970 – 2 Ob 324/70 – ZVR 1971/157, 211; vom 24. 2. 1987 – 2 Ob 10/87 – JBI 1987, 585; jeweils mit dem Hinweis, dass die Arbeitskraft ein *selbständiger Vermögenswert* sei, über den der Verletzte *beliebig verfügen* könne. Auf diese Rechtsprechung wird bei anderen Konstellationen verwiesen.
- 26 Ablehnend gegenüber sozial-karitativen Tätigkeiten *Palandt/Heinrichs*, BGB 66. Aufl. vor § 249 Rn. 36; *Jahnke*, Der Verdienstausfall im Schadensersatzrecht 2. Aufl. 2006 Kap. 2 Rn. 50; *Pardey*, Berechnung von Personenschäden 3. Aufl. 2005 Rn. 1276; *Greger*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs 4. Aufl. § 29 Rn. 192.
- 27 So fehlen zur Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens des Ordensbruders und von ehrenamtlichen Tätigkeiten jegliche Ausführungen in dem Standardwerk von *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschäden 9. Aufl. 2006. Immerhin erwähnt werden die beiden Fallgruppen bei dem umfassenden und ansonsten enorm gründlichen Werk von *Jahnke* aaO (Fn. 26) Kap. 2 Rn. 50. Zitiert wird neben der abweisenden Entscheidung des OLG Celle vom 3. 12. 1987 – 5 U 299/86 – VersR 1988, 1240 = NJW 1988, 2618 lediglich dieser zustimmende Literatur, nicht jedoch – auch nur auszugsweise – die gehäuft auftretenden kritischen Stimmen, z. B. *Wussow/Dressler*, Unfallhaftpflichtrecht 15. Aufl. 2002 Kap. 35 Rn. 17; *Wagner* aaO (Fn. 17) §§ 842, 843 Rn. 54; *Erman/Schiemann*, BGB 11. Aufl. § 842 Rn. 4; *Ch. Huber* in *AnwaltKomm.* zum BGB §§ 842, 843 Rn. 20 ff.; *Dunz* aaO (Fn. 7) S. 135 ff. Die bei einer ehrenamtlichen Tätigkeit Ersatz zusprechende Entscheidung des LG Karlsruhe vom 5. 8. 1996 – 12 O 148/95 – VersR 1998, 1116 = NJW-RR 1996, 1239 wird nach der Versagung jeglichen Ersatzes beim Ordensbruder mit „Siehe auch“ und dem Hinweis zitiert, dass sich die Parteien anschließend vor dem OLG verglichen haben. Wer sich nicht der Mühe unterzieht, die Entscheidung im Original zu lesen, gewinnt den Eindruck, dass auch hier jeglicher Ersatz versagt worden sei. Dass in der in Fn. 69 zitierten Belegstelle *Spindler* in *Bamberger/Roth*, BGB § 843 Rn. 15 genau das Gegenteil steht, wofür sie zitiert wird, nämlich nicht Zustimmung, sondern Kritik an der Versagung des Ersatzes, rundet das Bild noch ab bzw. erhellt die jedenfalls missverständliche Darstellung.
- 28 So die allermeisten der in Fn. 24 angegebenen Autoren.
- 29 Vgl. aber *Sidler* (aaO [Fn. 13] S. 61, 67), der darauf verweist, dass der schweizerische Gesetzgeber bewusst den Begriff „Arbeitsunfähigkeit“ statt „Erwerbsunfähigkeit“ gewählt habe.
- 30 *Pardey* NJW 1997, 2094 (2095).
- 31 *Würthwein* JZ 2000, 337 (346).
- 32 So auch *Pardey* aaO (Fn. 26) Rn. 1280.
- 33 *Roberto*, Schweizerisches Haftpflichtrecht 2002 Rn. 730.
- 34 *Pardey* aaO (Fn. 26) Rn. 1176.

kraft wegen der *Intimität des eigenen Haushalts* unzumutbar wäre<sup>35</sup>. Im deutschen – und österreichischen – Recht ist man da weniger zimperlich. Die Einstellung einer Ersatzkraft wird an sich als taugliche Restitution angesehen. Diese scheitert aber im Regelfall daran, dass der Geschädigte häufig nicht über die nötigen Mittel zur Vorfinanzierung verfügt und geeignete Haushaltsführer sich am Markt nur schwer finden lassen. Die Bemessung nach den fiktiven Ersatzkraftkosten wird zudem damit begründet, dass es keine andere Bewertungsalternative gebe. Die so bewertete Haushaltsarbeit sei die Entsprechung zu dem vom beruflich erwerbstätigen Ehegatten erzielten Erwerbseinkommen. Beide Komponenten seien als *gleichwertige Bestandteile des Familienunterhalts* zu begreifen<sup>36</sup>. Im deutschen Recht wirkt darüber hinaus der inzwischen ausgehöhlte § 845 BGB nach, der seinem Wortlaut nach dazu führte, die der Familie entgehenden Haushaltsdienstleistungen nach deren Wert zu bemessen.

Der Bemessungsansatz nach den Kosten einer Ersatzkraft gilt freilich nicht nur bei wechselseitigen Unterhaltsbeziehungen der beiden Ehepartner<sup>37</sup>. Der Haushaltsführerschaden kann auch ohne korrespondierenden Anspruch auf Geldunterhalt in folgenden Konstellationen nach den Kosten einer fiktiven Ersatzkraft berechnet werden:

- Der Geschädigte erleidet eine Beeinträchtigung der Haushaltsführung für sich selbst<sup>38</sup>.
- Der verletzte Haushaltsführer sorgt sowohl für den Barunterhalt als auch die Haushaltsführung, während der Ehepartner Unterhalt nur empfängt<sup>39</sup>.
- Auch bei der Haushaltsführung zugunsten des eigenen Kindes liegt bei Tod des anderen Elternteils keine korrespondierende Unterhaltspflicht vor.

Im *Verletzungsfall* kommt es nicht darauf an, was der Haushaltsführer nach familienrechtlichen Standards des gesetzlichen Unterhalts schuldet; maßgeblich sind vielmehr die *tatsächlichen* Verhältnisse. Sofern eine Person, die nicht zu den gesetzlichen Unterhaltsgläubigern zählt, in die *Haushaltsgemeinschaft aufgenommen* worden ist, hat der BGH<sup>40</sup> diese Grundsätze auch auf die einer solchen Person erbrachten Haushaltsdienstleistungen erstreckt. Praktische Bedeutung hat das nicht nur in der Landwirtschaft bei Ausgedingeleistungen<sup>41</sup> zugunsten des Altbauern bzw. der Altbäuerin, sondern vor allem für die immer stärker verbreiteten Patchworkfamilien. Wie bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft<sup>42</sup> besteht insofern aber immerhin ein *faktisches Synallagma*, als etwa der vom Ehemann der Ehefrau geleistete Geldunterhalt eine korrespondierende Leistung dafür darstellt, dass sie im Rahmen des Ausgedinges seine Eltern<sup>43</sup> oder sein Kind aus einer anderen Beziehung im Rahmen des gemeinsamen Haushalts betreut. Entsprechendes gilt für eine Wohngemeinschaft<sup>44</sup> oder Kommune. Hinzuweisen ist darauf, dass es im Schadensrecht *nicht* auf die *ethische Bewertung* ankommt<sup>45</sup>; vielmehr soll ein Ausgleich für die *erlittene Einbuße* geleistet werden.

Das Abstellen auf die Haushaltsgemeinschaft und das – typischerweise bestehende – faktische Unterhaltsband ist durchaus überzeugend<sup>46</sup>. Bei Verletzung des Haushaltsführers wird in einem solchen Fall die Versorgung des Haushalts zumindest so weit aufrechterhalten, dass dessen Funktionstüchtigkeit im Wesentlichen gewährleistet ist. Auch der Eigentümer eines Fahrzeugs kann im Regelfall<sup>47</sup> auf Basis der Reparaturkosten einer Fachwerkstätte abrechnen, wenn das Fahrzeug wieder verkehrstüchtig ist, ohne dass es auf die Beseitigung optischer Gebrechen und/oder die Qualität der Reparatur, geschweige denn die Vorlage einer Werkstattrechnung

ankommt. Ein Verzicht auf die Inanspruchnahme von Marktleistungen bzw. die Vorlage einer Rechnung wirkt sich auf den Umfang des Ersatzes sowohl beim Haushaltsführer- als auch Kfz-Sachschaden lediglich in Bezug auf die *Kappung von Steuern* bzw. Sozialversicherungsbeiträgen aus. Insoweit wird ein vergleichbarer Maßstab angelegt.

Sofern *keine Haushaltsgemeinschaft* gegeben ist, lässt sich der für den Haushaltsführerschaden entwickelte – privilegierte – normative Bewertungsansatz meines Erachtens nicht weiter ausdehnen<sup>48</sup>. Es ist dann kein An-

35 BG vom 21. 6. 2001 BGE 127 III, 403 (406); *Hausheer* in Festschrift zu Ehren von Pierre Widmer 2003 S. 113, 122; *Kissling* aaO (Fn. 16) S. 15, 26.

36 BGH 7. 5. 1974 – VI ZR 10/73 – VersR 1974, 1016 f. = NJW 1974, 1651 (1652); skeptisch gegenüber diesem Begründungsansatz *Kissling* aaO (Fn. 16) S. 15, 30.

37 Einen Erwerbsschaden daher nur bei einem Eigeninteresse behandelnd *Würthwein* JZ 2000, 337 (345).

38 *Verro* HAVE 2004, 247 (250).

39 So ist das etwa, wenn der Haushaltsführer früher beruflich erwerbstätig war und daraus eine Altersrente bezieht, während der Partner über kein solches Einkommen verfügt und sich infolge einer Krankheit nicht mehr an der Haushaltsführung beteiligen kann.

40 BGH vom 7. 5. 1974 – VI ZR 10/73 – VersR 1974, 1016 = NJW 1974, 1651 – erwachsene Tochter; vom 8. 10. 1996 – VI ZR 247/95 – VersR 1996, 1565 = NJW 1997, 256 – erwachsener Sohn; vom 6. 6. 1989 – VI ZR 66/88 – VersR 1989, 857 = NJW 1989, 2539 mit Anm. von *Grunsky* NZV 1989, 389 – Übernahme schwerer Arbeiten durch den erwachsenen Sohn für die Mutter. Ebenso OLG Oldenburg VersR 1993, 1491; *Wagner* aaO (Fn. 17) §§ 842, 843 Rn. 54; *Erman/Schiemann* aaO (Fn. 27) § 842 Rn. 4; *Huber* aaO (Fn. 27) §§ 842, 843 Rn. 168; *Denz* NJW 1974, 2280 (2282); *Dunz* aaO (Fn. 7) S. 135, 145. Differenzierend OLG Oldenburg vom 20. 5. 1988 – 6 U 235/87 – NJW-RR 1989, 1429 – bezüglich der betagten Mutter ja, den über 18-jährigen Töchtern nein. Restriktiver *Würthwein* (JZ 2000, 337 [345]), die einerseits Dauerhaftigkeit verlangt und andererseits Eigennutz; ablehnend OLG Düsseldorf vom 21. 2. 1991 – 13 U 177/90 – VersR 1992, 1418; *Pardey* aaO (Fn. 26) Rn. 1134, 1136; bloß referierend hingegen Rn. 1066. Bei Fehlen eines Familienbands als „willkürlich“ qualifiziert von *Pardey/Schulz-Borck* DAR 2002, 289 (296).

41 Auch beim Ausgedinge ist eine Haushaltsgemeinschaft anzunehmen, mag das zu versorgende Ausgedingehepaar auch in einem abgesonderten, aber in *engster räumlicher Nähe* befindlichen Gebäude untergebracht sein.

42 Zum Haushaltsführungsschaden bei dieser aus letzter Zeit *Ch. Huber* NZV 2007, 1; *Schirmer* DAR 2007, 2; *Pardey* zfs 2007, 243; 2007, 303; *Jahnke* NZV 2007, 329.

43 Zu Unrecht ablehnend freilich OLG Düsseldorf vom 12. 4. 1996 – 14 U 163/95 – OLG R 1996, 181 – Der Ausgedingevertrag bestand zwischen dem Ehemann und seinen Eltern. Verletzt wurde die Ehefrau und Schwiegertochter, die die Ausgedingedienstleistungen faktisch erbrachte. Wie hier wohl auch BGH vom 7. 5. 1974 – VI ZR 10/73 – VersR 1974, 1016 = NJW 1974, 1651 – Vereitelung der Betreuung des Untermieters, der offenbar Vertragspartner des Ehemanns war.

44 *Ch. Huber* in Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag 1995 S. 193, 203; *Löhnig* FamRZ 2005, 2030 (2031); a. A. AG Krefeld SP 2003, 269, bestätigt durch LG Krefeld SP 2003, 418; *Wagner* aaO (Fn. 17) §§ 842, 843 Rn. 53; *Geigel/Rixecker*, Der Haftpflichtprozess 24. Aufl. 2004 Kap. 4 Rn. 149; *Pardey* DAR 1994, 265 (269); ders. aaO (Fn. 26) Rn. 1131. Die hier untersuchte Frage stellt sich bloß bei einer Aufteilung der Haushaltsaufgaben in einer Wohngemeinschaft, nicht aber dann, wenn bloß eine Aufteilung des Wohnraums stattfindet.

45 So aber *Geisseler* (HAVE 2004, 257 [259]), der bei einer verletzungsbedingt vereitelten ehrenamtlichen Tätigkeit darauf abstellt, ob diese zur Deckung von *elementaren* und *objektiv notwendigen* Bedürfnissen Dritter erfolgt wäre.

46 So auch *Pardey* aaO (Fn. 26) Rn. 1260; *Hausheer/Jaun* ZBJV 2003, 43 (51).

47 Sofern die Reparaturkosten – einschließlich des merkantilen Minderwerts – den Wiederbeschaffungswert nicht übersteigen, so BGH vom 29. 4. 2003 – VI ZR 393/02 – VersR 2003, 918 = NJW 2003, 2085.

48 A. A. *Sidler* aaO (Fn. 13) S. 61, 75; v. *Einem* VersR 1995, 1164 (1165 f.).

haltspunkt gegeben, dass die Funktionstüchtigkeit des konkreten Haushalts wegen des Zusammenlebens der Haushaltsangehörigen – zumindest in eingeschränktem Ausmaß – aufrechterhalten wird. Damit ist aber noch kein Verdikt über die endgültige Versagung jeglichen Ersatzes oder die Verweisung auf die – marginale – Berücksichtigung beim Schmerzensgeld ausgesprochen<sup>49</sup>. Vielmehr ist auszuloten, ob ein Ersatzanspruch – jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen – begründet werden kann. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Fällen, in denen die unbezahlte Arbeitsleistung gleichwohl in einem *synallagmatischen Verhältnis* zu einer irgendwie bzw. irgendwann erbrachten Gegenleistung steht oder das nicht der Fall ist.

## F. Unterschiedliche Lösungsansätze bei den einzelnen Fallgruppen

### I. Vorliegen einer synallagmatischen Beziehung

#### 1. Ordensbruder

Ein Ordensbruder erbringt mitunter Leistungen, für die es kein Marktentgelt gibt, weil sie auf dem Markt nicht angeboten werden. So ist das jedenfalls beim Beten. In Bezug auf das Orgelspielen für die Kirche haben sich die Zeiten seit dem Barock auch beträchtlich verändert. Konnte man damals noch ein auskömmliches Erwerbseinkommen damit erzielen, dürfte das heute anders sein<sup>50</sup>. Freilich ist zu bedenken, dass es sich der Orden „leistet“, einen Ordensbruder für solche Tätigkeiten einzusetzen<sup>51</sup>. Auch dafür alimentiert er ihn<sup>52</sup>. Er stellt einen Wohnsitz zur Verfügung und lässt ihn nicht verhungern. Er gibt ihm Kleidung und womöglich sogar ein Taschengeld. Dazu kommt, dass er für die Alterssicherung sorgt sowie für die Betreuung im Krankheitsfall. All diese Leistungen lassen sich ökonomisch bewerten. In diesem Ausmaß gebührt meines Erachtens auch dem rein kontemplativ tätigen Ordensbruder ein Erwerbsschaden<sup>53</sup>. Womöglich hängt auch das Spendenaufkommen von der Existenz betender und musizierender Mönche ab<sup>54</sup>.

Die Dogmatik zum Entgeltfortzahlungsschaden bei Verletzung eines Arbeitnehmers hat inzwischen im Detail herausgearbeitet, dass nicht nur das *bar ausbezahlte Entgelt* eine Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte – und durch das schädigende Ereignis vereitelte – Arbeitsleistung darstellt. Die *fringe benefits*, von der Dienstwohnung über das Firmenauto bis zur betrieblichen Altersversorgung, sind sehr wohl einzubeziehen<sup>55</sup>. Mag das beim Bettelmönch auch viel bescheidener ausfallen als bei einem leitenden Angestellten eines prosperierenden Konzerns; mehr als null ist das allemal! Dazu kommt, dass nicht alle Ordensangehörigen in Hütten und Klosterzellen ihr Dasein fristen und sich bloß von Wasser und Brot ernähren. So manches Kloster ist nicht nur ein Kulturdenkmal, sondern auch ein sehr komfortabler und *repräsentativer Wohnsitz*; zudem werden *erlesene Speisen* gereicht und ein *edler Tropfen* kredenzt! Soweit eine Gegenleistung erbracht wird, geht der Erwerbsschaden des Ordensangehörigen in Analogie zu § 6 EFZG auf den Orden über.

Über diesen Mindestschaden des Ordensangehörigen hinaus kommt ein *weiter gehender Ersatzanspruch* in Betracht, wenn der Ordensangehörige eine am Markt übliche Leistung erbringt, die womöglich vom Leistungsempfänger auch marktkonform abgelingen wird, die Gegenleistung aber an den Orden fließt<sup>56</sup>. So ist das, wenn ein Ordensangehöriger an einem Gymnasium oder einer staatlichen Universität unterrichtet. In diesem Fall ist dieses zusätzliche Erwerbseinkommen zugrunde zu legen. Denn es kann keinen Unterschied machen, ob der Leistungserbringer sein Einkommen zunächst be-

zieht und sodann einen Teil an den Orden abführt oder das Einkommen sogleich zur Gänze an den Orden überwiesen wird. Denn auch derjenige, der als Bezieher eines höheren Erwerbseinkommens einen Teil seines Einkommens *als Spende* einer wohltätigen Organisation zukommen lässt, muss sich deswegen keine Kürzung seines Erwerbsschadens gefallen lassen<sup>57</sup>. Es wäre daher wenig folgerichtig, aus der unterschiedlichen *Modalität der Finanzströme* Unterschiede für die Höhe des Erwerbsschadens abzuleiten<sup>58</sup>. Um dem Bereicherungsverbot Genüge zu tun, kann der Ordensangehörige meines Erachtens insoweit aber bloß Zahlung an den Orden verlangen<sup>59</sup>. Wer bei seiner Ordensstätigkeit eine am Markt angebotene Leistung erbringt, wie z. B. die Leitung einer Gärtnerei<sup>60</sup>, ist ebenso zu behandeln.

#### 2. Leistung in Erwartung einer Gegenleistung

Vor allem im schweizerischen Recht wird das Problem erörtert, ob der Umstand zu beachten ist, dass eine Person für ein geringeres als das marktconforme Entgelt arbeitet<sup>61</sup>. Meines Erachtens ist dieser Umstand grundsätzlich bedeutungslos. In der Marktwirtschaft gibt es nämlich nicht den gerechten Preis an sich; vielmehr ist das jeweilige Entgelt in der Regel das Ergebnis von Angebot und Nachfrage, mag dabei auch die Übermacht einer Vertragsseite ursächlich sein. Lediglich in Ausnahmefällen kann im Schadensrecht der Umstand, dass eine Arbeitsleistung für ein geringeres als das marktconforme Entgelt erbracht worden wäre, beachtlich sein. Wer in der *erkennbaren Absicht*, dass ein bestimmter Vermögenswert, etwa ein landwirtschaftliches Gut, ihm später übertragen wird, für dessen Eigentümer zu einem

49 So aber *Würthwein* JZ 2000, 337 (346); *Pardey* aaO (Fn. 26) Rn. 1281. Noch restriktiver *Jahnke* aaO (Fn. 26) Kap. 2 Rn. 50: Zu denken sei „allenfalls“ an eine Berücksichtigung im Rahmen des Schmerzensgeldes.

50 So *Sidler* aaO (Fn. 13) S. 61, 71 Fn. 37: heute derart exotisch, dass keine marktübliche Leistung mehr.

51 Insoweit geht es um einen dem § 284 BGB vergleichbaren Gedanken.

52 Zum synallagmatischen Verhältnis zwischen Orden und Ordensbruder *Ileri* HAVE 2004, 251 (252); *Gassmann* HAVE 2004, 253 (257); OGH vom 6. 11. 1975 – 2 Ob 208/75 – ZVR 1976/320, 337 (339).

53 So auch *Wussow/Dressler* aaO (Fn. 27) Kap. 35 Rn. 17; *Dunz* aaO (Fn. 7) S. 135, 144; *Würthwein* JZ 2000, 337 (345); gegenständig *Palandt/Heinrichs*, BGB 67. Aufl. Vorbem. vor § 249 Rn. 36; *Pardey* DAR 1994, 265 (269); *Geigel/Pardey*, Der Haftpflichtprozess 24. Aufl. 2004 Kap. 4 Rn. 80; *Gotthardt* JuS 1995, 12 (17): jedenfalls, soweit keine Restitution stattfindet.

54 Vgl. dazu die Überlegungen von *Jäggi* HAVE 2004, 245 (246 f.). Nicht zu folgen ist allerdings dessen Schlussfolgerung, dass der Orden jeden Folgeschaden der Verletzung des Mönchs ersetzt verlangen kann. Beim Entgeltfortzahlungsschaden des Arbeitgebers nach Verletzung des Arbeitnehmers steht heute außer Streit, dass nur der im Ausmaß der Entgeltfortzahlung verlagerte Schaden überwälzbar ist, nicht aber der darüber hinausgehende Folgeschaden des Arbeitgebers. Für den Orden muss Entsprechendes gelten. Kritisch auch *Werro* HAVE 2004, 247 (248).

55 *Ch. Huber* in Festschrift für Robert Dittich zum 75. Geburtstag 2000 S. 411 ff.; ähnlich *Ileri* HAVE 2004, 251 (252) Fn. 3.

56 *Brehm* in Berner Komm. zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht – 3. Aufl. Art. 46 Rn. 45.

57 *Ch. Huber* aaO (Fn. 20) S. 506; *Kissling* aaO (Fn. 16) S. 15, 41.

58 *Ileri* HAVE 2004, 251 (252 f.).

59 A. A. für das schweizerische Recht *Brehm* aaO (Fn. 56) Art. 42 Rn. 20 f.; Art. 46 Rn. 45; *Geisseler* HAVE 2004, 257 (259). In der Entscheidung OGH vom 6. 11. 1975 – 2 Ob 208/75 – ZVR 1976/320, 337 stellte sich das Problem nicht, weil der Orden dem verletzten Ordensangehörigen die jeweiligen Ansprüche abgetreten hatte.

60 So in OGH vom 6. 11. 1975 – 2 Ob 208/75 – ZVR 1976/320, 337.

61 *Keller*, Haftpflicht im Privatrecht 2. Aufl. 1998 S. 59; *Brehm* aaO (Fn. 56) Art. 42 Rn. 20 f.

geringfügigen Entgelt arbeitet, kann bei einer von einem Dritten zu verantwortenden Verletzung nicht auf diese Höhe festgelegt werden. Vielmehr ist zu beachten, dass die Arbeitsleistung zum Billigtarif aus diesem Motiv erfolgt. Die *Gegenleistung* ist ja auch durchaus *marktkonform*<sup>62</sup>. Sie liegt womöglich sogar darüber. Allerdings ist die Fälligkeit aufgeschoben; und je später ein Vorteil in der Zukunft geleistet wird, umso größer sind die Unwägbarkeiten.

Käme es zur endgültigen Vereitelung des Vermögenstransfers, hätte der zum Billigtarif Arbeitende gegen den Leistungsempfänger einen Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung im Ausmaß der Differenz zwischen dem erhaltenen und dem marktkonformen Entgelt. Da durch die Betätigung der Arbeitskraft somit per saldo ein marktkonformes Entgelt verdient wird, ist auch im Schadensrecht ein solches zugrunde zu legen. Die *Beweislast* dafür, dass für den Fall der Vereitelung der *Gegenleistung* ein Bereicherungsanspruch bestünde, trägt freilich der *Geschädigte*.

Einwenden könnte man dagegen immerhin, dass der Geschädigte dadurch bereichert ist, weil er bei zeitweiser Verletzung sowohl den Vermögenswert, z. B. das landwirtschaftliche Gut, als auch die marktkonforme Entlohnung erhält. Das trifft zwar zu; freilich ändert das nichts an der Tatsache, dass die Vereitelung einer Arbeitsleistung erfolgt, für die ein Teil des Entgelts erst später ausbezahlt wird. Bei Verletzung eines Arbeitnehmers könnte sich insoweit der Arbeitgeber für das während dieser Phase verdiente Entgelt regressieren, mag es auch erst später ausbezahlt werden. Eine solche Rückgriffsnorm gibt es aber im vorliegenden Kontext nicht. *Wertungsgesichtspunkte* sprechen dann aber *gegen eine Entlastung des Ersatzpflichtigen* und für das Inkaufnehmen einer Überentschädigung des Verletzten. Hinzu kommt, dass bei Vereitelung des späteren Vermögenstransfers der Geschädigte in der Phase der Verletzung keine Leistungen erbringen kann. Für diesen Zeitraum steht ihm dann auch kein Bereicherungsanspruch zu, sodass eine Abgeltung nur über das Schadensrecht in Betracht kommt.

Unterbleibt die Vermögensübertragung infolge der Verletzung, hat der Schädiger unter dem Titel des entgangenen Gewinns die gesamte Differenz zwischen dem Bereicherungsanspruch und dem – nicht erhaltenen – Vermögenswert zu ersetzen<sup>63</sup>. Im Vergleich dazu ist die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten und dem marktkonformen Entgelt für die Phase der Verletzung ein bloßer Bruchteil.

## II. Fehlen einer synallagmatischen Beziehung

### 1. Der grundsätzliche Lösungsansatz

Hätte die verletzte Person für die ohne Verletzung erbrachte Arbeitsleistung keine Gegenleistung bekommen, fehlt es bei Verletzung an einem Erwerbsschaden in dem Sinn, dass sie dafür einen Geldbetrag im Ausmaß des Werts der von ihr erbrachten Arbeitsleistung vom Schädiger verlangen kann. Es lässt sich beim Verletzten *keine Vermögenseinbuße* feststellen, die es zu *kompensieren* gilt<sup>64</sup>. Ein realer Schaden, der per se keine Vermögens-einbuße darstellt, führt allerdings dann zu einem Ersatzanspruch, wenn zur Beseitigung des realen Nachteils Aufwendungen getätigt werden. Das abstrakt Umschriebene lässt sich wie folgt verdeutlichen:

- Wer eine Narbe erleidet, kann nicht – ohne Wenn und Aber – die Kosten einer *kosmetischen Operation* verlangen<sup>65</sup>. Lässt er den Heileingriff aber durchführen, kann er die aufgewendeten Kosten begehren. Will er nicht selbst in Vorlage treten, steht ihm ein Anspruch

auf Vorschuss zu, über dessen widmungsgemäße Verwendung er in der Folge abzurechnen hat.

- Wer am Körper erheblich verletzt wird, kann auf Kosten des Schädigers Investitionen tätigen, um sein Leben möglichst so fortzuführen, als wäre er nicht verletzt worden. Das betrifft vornehmlich – aber nicht ausschließlich – die *behindertengerechte Ausgestaltung von Wohnsitz und Fahrzeug*<sup>66</sup>. Verzichtet er aber auf solche Investitionen, mag sein Schmerzensgeld eine Idee höher sein. Die wesentlich höheren möglichen Aufwendungen kann er aber nicht fiktiv abrechnen.

Was ist den Heilungskosten und den vermehrten Bedürfnissen gemeinsam? Es handelt sich um *Ausgangspunkt* um einen *ideellen Schaden*, der sich bei *tatsächlicher Restitution* in einen *Vermögensschaden* verwandelt. Die jeweils getätigten Aufwendungen sind ersatzfähig. Wenn für die Verschönerung der Visage oder Freizeitaktivitäten wie das Wohnen wie bisher oder die Aufrechterhaltung der gewohnten Mobilität solche Aufwendungen ersatzfähig sind, dann sollte – bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit – Entsprechendes auch für die Aufrechterhaltung eines solchen Zustands gelten, für den der Geschädigte ohne Verletzung gesorgt hätte, mag er dafür auch kein Entgelt bekommen haben. Auch daran besteht im Ausgangspunkt ein legitimes – und von der Rechtsordnung zu respektierendes – *Restitutionsinteresse* des Geschädigten<sup>67</sup>. Wie bei den Heilungskosten und den vermehrten Bedürfnissen steht ein solcher Ersatzanspruch nicht ohne Wenn und Aber zu; vielmehr ist er davon abhängig, dass der *reale Zustand*, wie er ohne das schädigende Ereignis bestand, wiederhergestellt wird. In Bezug auf Vorschussleistung sowie Verwendungsnachweis gelten jeweils die gleichen Grundsätze. Ein solch schützenswertes Restitutionsinteresse ist meines Erachtens insbesondere dann zu bejahen, wenn die aus der Betätigung der Arbeitskraft resultierende Leistung am *Markt* nur gegen Zahlung eines *Entgelts* zu erhalten ist.

Der *Vorzug dieses Lösungsvorschlags* besteht darin, dass der *Verletzte der Herr des Restitutionsgeschehens* bleibt. *Pardey*<sup>68</sup> erwägt demgegenüber, § 845 BGB für solche Konstellationen zu reaktivieren. Das hat meines Erachtens mehrere Nachteile: Es handelt sich nach allgemeiner Meinung um eine auf einem überkommenen Familienbild beruhende und zudem verunglückte Norm, die besser „entsorgt“ werden sollte<sup>69</sup>. Für manche Konstellationen, etwa die unentgeltliche Mitarbeit eines Ehe-

62 Für die Einbeziehung solcher potenzieller Ansprüche in die Bemessung der Gegenleistung *Kissling* aaO (Fn. 16) S. 15, 41.

63 Dazu OGH vom 10. 4. 1957 – 2 Ob 104 – ÖJZ 1957/219 S. 323; *Kozíol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 3. Aufl. 1997 2/43. Da es sich um einen entgangenen Gewinn handelt, gebührt solcher Ersatz nach österreichischem Recht freilich bloß bei grober Fahrlässigkeit.

64 A. A. die Vertreter, die in der aktivierten Arbeitskraft bereits ein Vermögensgut sehen, so *Hagen* JuS 1969, 61 (69); *Wagner* aaO (Fn. 17) §§ 842, 843 Rn. 54; *Spindler* aaO (Fn. 27) § 843 Rn. 15; *Wussow/Dressler* aaO (Fn. 27) Kap. 35 Rn. 17; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz 3. Aufl. 2003 S. 381; *Huffmann* VGT 1985, 90 (93).

65 BGH vom 14. 1. 1986 – VI ZR 48/85 – BGHZ 97, 14 = VersR 1986, 550 = NJW 1986, 1538.

66 Dazu *Ch. Huber* NZV 2005, 620.

67 So im Ansatz auch *Gotthardt* JuS 1995, 12 (17). Für ein viel engeres Verständnis der Restitution allerdings *Würthwein* JZ 2000, 337 (342) Fn. 52.

68 *Pardey* aaO (Fn. 26) Rn. 1284; *Geigel/Pardey* aaO (Fn. 53) Kap. 4 Rn. 80; ders. NJW 1997, 2094 (2096).

69 *Ch. Huber* in Schlosser (Hrsg.), Ringvorlesung der Universität Augsburg anlässlich 100 Jahre BGB, 25 Jahre Universität Augsburg 1997 S. 35 ff.

gatten, wäre sie vom Wortlaut passend, wird aber wegen der Unvereinbarkeit mit dem Partnerschaftsprinzip abgelehnt. Für den einzig verbleibenden Anwendungsbereich, nämlich der Verletzung oder Tötung eines Hauskindes, ist sie rechtspolitisch zum Teil überschießend, soweit das getötete Hauskind keine Unterhaltungspflicht erfüllt hätte, zum Teil unzureichend, weil nicht einzusehen ist, warum eine überobligationsgemäße Anstrengung des Hauskindes im Verhältnis zum Ersatzpflichtigen ohne Entschädigung bleiben soll. Schließlich wird sich kaum begründen lassen, dass der an bestimmte weitere konkrete Tatbestandselemente anknüpfende § 845 BGB – etwa das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft sowie einer gesetzlichen Pflicht – ohne Weiteres auch den Fall des Ersatzes entgehender ehrenamtlicher Arbeitsleistungen umfassen soll. Dass die Entscheidung der Geltendmachung dann beim mittelbar geschädigten Dritten und nicht bei dem an seiner körperlichen Integrität Beeinträchtigten liegt, ist ein weiterer Nachteil.

Geht es um eine kosmetische Operation oder eine Sachinvestition, sind diese typischerweise auch zu einem späteren Zeitpunkt noch sinnvoll und nützlich. Bei *Arbeitsleistungen* ist eine *Nachholung nicht immer möglich*. Unterbleibt für einen gewissen Zeitraum eine Restitution, kommt mangels eines Vermögensschadens lediglich eine Abgeltung im Rahmen des Schmerzensgeldes in Betracht, das dort aber zu einer bloß „homöopathischen“ – jedenfalls kaum ins Gewicht fallenden – Erhöhung führt. Jedenfalls soweit die Restitution daran scheitert, dass der Ersatzpflichtige mit der Leistung eines begehrten Vorschusses in Verzug gerät, soll das nach der in der Stärkungsmittel-Entscheidung<sup>70</sup> zum Ausdruck gekommenen Wertentscheidung den Ersatzpflichtigen nicht entlasten.

Von manchen ist versucht worden, bei Arbeitsleistungen unter einer gewissen Schwelle jeglichen Ersatz zu versagen. Pragmatisch mag das diskutabel sein, Gerichte nicht mit Petitesse zu belasten. Der Umstand, dass beim Kfz jeder noch so geringfügige Kratzer als Sachschaden ersatzfähig ist, und die höhere Wertigkeit des – verletzungsbedingt vereitelten – Einsatzes der Arbeitskraft sprechen gegen eine *richterlich kreierte Bagatellklausel*<sup>71</sup>. Lediglich als Zusatzargument sei angeführt, dass die Abgrenzung, was erheblich ist und was darunter liegt, erst noch gefunden werden müsste. Auch das Bemühen der Ausklammerung von geringfügigen Tätigkeiten durch Verweis auf die Einschränkung der abstrakten Nutzungsentschädigung bei Sachen<sup>72</sup> vermag meines Erachtens nicht zu überzeugen<sup>73</sup>. Einerseits geht es dort um eine *sachliche* und *nicht* um eine *umfängliche Einschränkung* – die entzogene Nutzung des Kfz ist vom ersten Tag an zu ersetzen –; andererseits spielt allenfalls die *Angewiesenheit des Dritten* eine Rolle, anspruchsberechtigt ist jedoch die in ihrer körperlichen Integrität beeinträchtigte Person.

## 2. Die einzelnen Fallkonstellationen

### a) Ehrenamtliche Tätigkeit

Unproblematisch sind jene Fälle, in denen *unbezahlte Arbeitsleistungen* durch *Geldzahlungen substituiert* werden können. So manche Satzung eines Tennisklubs sieht vor, dass jedes Mitglied pro Jahr fünf Stunden Arbeitsleistungen zu erbringen hat. Sollte aber jemand dafür ungeeignet sein, keine Zeit haben oder das nicht wollen, soll es dem Mitglied freistehen, anstelle dessen einen Geldbetrag, etwa 100 Euro, zu zahlen. Kann ein Mitglied des Tennisvereins infolge einer Verletzung die Arbeitsleistung real nicht erbringen, obwohl eine solche Absicht bestand, kann es vom Ersatzpflichtigen das Geldäquivalent verlangen.

Darüber hinaus sind ehrenamtliche, unbezahlte Tätigkeiten im Fall der Restitution dann zu entschädigen<sup>74</sup>, wenn es sich bei diesen um solche handelt, bei denen sich für die *konkrete Organisation* die Alternative der Inanspruchnahme einer Marktleistung stellt<sup>75</sup>. Nach diesem Maßstab fallen damit meines Erachtens Tätigkeiten heraus, für die es kein Angebot am Markt gibt, wie etwa eine Missionstätigkeit für die Zeugen Jehovas<sup>76</sup>. Darüber hinaus sind all jene Aktivitäten nicht ersatzfähig, die in einem *Idealverein typischerweise unentgeltlich* oder gegen Aufwandsersatz von den Mitgliedern bzw. den gewählten Organen erledigt werden, seien es nun die Funktionen des Schriftführers, Kassiers oder Kassenswarts<sup>77</sup>. Diese Kriterien mögen einen gewissen Unschärfereich haben wie sämtliche normativen Abgrenzungen. Dass die Vergleichbarkeit mit entgeltlichen Tätigkeiten wenig erhellend sei, weil es in der Dienstleistungsgesellschaft keine Tätigkeit gebe, die nicht auch entgeltlich angeboten werde<sup>78</sup>, stimmt in dieser Allgemeinheit oder zumindest nach dem hier erläuterten Verständnis nicht.

Darüber hinaus ist neben der Restitution Voraussetzung für eine Ersatzfähigkeit, dass die Inanspruchnahme einer Marktleistung eine *konkrete Handlungsalternative* für den begünstigten Dritten gewesen wäre<sup>79</sup>, was an einem konkreten Beispiel verdeutlicht werden möge: Für einen Ruderverein müssen dessen Boote gewartet werden, sonst ist die Ausübung des Rudersports nicht möglich. Und wäre da nicht das betreffende Mitglied, das die entsprechende Leistung ohne Gegenleistung anbietet, bliebe gar nichts anderes übrig, als eine Firma – gegen Entgelt – zu betrauen. Beim Platzwart eines Fußballklubs wird es häufig ebenso sein.

Sollte hingegen die *Vereinssatzung* Geldzuwendungen nicht akzeptieren, sondern lediglich eine Erbringung von unbezahlten Arbeitsleistungen vorsehen<sup>80</sup>, würde das auch Auswirkungen auf das Schadensrecht haben. Der Geschädigte könnte dann sein Restitutionsinteresse nicht mehr verwirklichen, mit der Folge, dass mangels Restitution kein Vermögensschaden gegeben und folglich der Ersatzpflichtige nicht zu belasten ist. Die wenigsten Vereinssatzungen werden freilich so rigide sein. Vielmehr gilt weithin der Grundsatz: „pecunia non olet“; und wie man seit 2000 Jahren weiß: In größeren Mengen riecht es sogar vorzüglich!

70 BGH vom 29. 10. 1957 – VI ZR 233/56 – VersR 1985, 176 = NJW 1958, 627.

71 Für eine solche aber *Dunz* aaO (Fn. 7) S. 135, 144; *Pardey* aaO (Fn. 26) Rn. 1286 ff.

72 *Staudinger/Schiemann*, BGB – Bearb. 2004 – § 251 Rn. 106, § 252 Rn. 54. Diesen Ansatz übernehmend *Staudinger/Vieweg*, BGB – Bearb. 2002 – § 842 Rn. 148.

73 So auch *Geigel/Pardey* aaO (Fn. 53) Kap. 4 Rn. 80.

74 Gegen jeglichen Ersatz *Jahnke* aaO (Fn. 26) Kap. 2 Rn. 50; vorsichtiger v. *Einem* VersR 1995, 1164 (1166): „Bei ehrenamtlicher Tätigkeit in Vereinen oder caritativen Einrichtungen dürfte dies wohl eher zu verneinen sein.“ Vorsichtig zustimmend hingegen *Erman/Schiemann* aaO (Fn. 27) § 842 Rn. 4: „kommt ... in Betracht.“ Ähnlich *Bamberger/Roth/Grüneberg*, BGB § 249 Rn. 84.

75 So auch *Dunz* aaO (Fn. 7) S. 135, 142.

76 OLG Innsbruck vom 17. 5. 1991 – 4 R 30/91 – ZVR 1992 (55), 116. Weiter gehend wohl *Sidler* (aaO [Fn. 13] S. 61, 67), der darauf verweist, dass man anstelle von Spendensammlern Temporärarbeiter einsetzen könnte.

77 Zu weiteren solchen Tätigkeiten *Schuhmacher* ZAS 1977, 43 (49) Fn. 52 a.

78 So *Geigel/Pardey* aaO (Fn. 53) Kap. 4 Rn. 80.

79 *Dunz* in *Festschrift für Erich Steffen* vom 65. Geburtstag 1995 S. 135, 144: Nicht die abstrakte Marktfähigkeit ist maßgeblich. Ähnlich *Roberto* aaO (Fn. 33) Rn. 735.

80. So die Beispiele 1 und 2 bei *Gassmann* HAVE 2004, 253 (256).

b) Haushalts- und Pflegedienstleistungen ohne Unterhaltsband und Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft

Besteht *keine Haushaltsgemeinschaft*, wird ein Erwerbsschaden von den Gerichten abgelehnt<sup>81</sup>. Pardey<sup>82</sup> kritisiert diese Rechtsprechung und verweist darauf, dass es nicht darauf ankommen könne, ob die zu betreuende Person in einer Einliegerwohnung untergebracht oder viele km entfernt sei<sup>83</sup>. Die Wertigkeit der Arbeit hänge nicht vom *gemeinsamen Wohnen* ab. So überzeugend das auf den ersten Blick sein mag, so könnte die Differenzierung der Rechtsprechung doch etwas für sich haben. Wer zusammen wohnt, der lässt den bisher Mitbetreuten unter keinen Umständen verkommen. Wer hingegen weiter entfernt wohnt, bei dem ist diese Vermutung womöglich nicht mehr so stark ausgeprägt. Nach dem hier vertretenen Ansatz ist dieser Automatismus auch nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft können nach den Regeln des Haushaltsführerschadens – *ohne weiteren Nachweis* – die um Steuern und Sozialversicherungsbeiträge verminderten Kosten für eine fiktive Ersatzkraft verlangt werden. Bei Pflege- und Betreuungsleistungen außerhalb einer Haushaltsgemeinschaft hat der Geschädigte hingegen den Nachweis zu führen, dass das durch seine Verletzung verursachte Defizit in der Folge *real beseitigt* worden ist. Diesbezüglich kommen mehrere Arten in Betracht:

- Der Verletzte hat – auf vorläufig eigene Kosten – für eine Ersatzkraft gesorgt.
- Der begünstigte Dritte hat auf seine Kosten eine Ersatzkraft eingestellt.
- Der Verletzte und/oder der Dritte haben sich mehr angestrengt.
- Angehörige oder Dritte springen – unentgeltlich – ein.

Auf den Nachweis eines *Geldflusses* kann es *nicht* ankommen. Maßgeblich ist allein die *reale Sphäre*. Bei entsprechender Restitution gebührt auch in einem solchen Fall Ersatz nach dem Maßstab fiktiver Ersatzkraftkosten. Lediglich dann, wenn eine Restitution nicht stattfindet und es infolgedessen zu einer Qualitätsverminderung der Haushalts- oder Betreuungsdienstleistungen kommt, gebührt auch kein Ersatz. An einem Beispiel soll verdeutlicht werden, was das im Einzelnen bedeutet: Wurde bisher etwa das Enkelkind von der Großmutter beaufsichtigt, gebührt Ersatz, wenn

- die Großmutter oder die Tochter einen Babysitter einstellt;
- die Großmutter das Kind trotz Verletzung beaufsichtigt;
- die Tochter ihren Beruf nun aufgibt, um das Kind zu beaufsichtigen;
- das Kind von Nachbarn in Obhut genommen wird.

Nur dann, wenn das Kind sich selbst überlassen wird in der Hoffnung, es sei ohnehin schon groß genug, ist ein Ersatzanspruch zu versagen. Auch hier gilt freilich, dass nach der Wertung der Stärkungsmittel-Entscheidung<sup>84</sup> eine Säumnis des Ersatzpflichtigen mit der Leistung eines Vorschusses nicht zu dessen Entlastung führen darf.

In Bezug auf den Umfang der ersatzfähigen Leistungen gilt der gleiche Maßstab wie bei der Haushaltsführung. Nicht bloß der Kernbereich ist ersatzfähig, sondern auch die Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn. Im Grenzbereich ist freilich darauf zu achten, dass es jeweils noch um Haushaltsführung geht und nicht um ein Hobby<sup>85</sup>. Die Verhältnismäßigkeitsgrenze gem. § 251

Abs 2 BGB führt insoweit zu durchaus vernünftigen Grenzen: Die übliche Haustierhaltung vom Kanarienvogel über einen Hund<sup>86</sup> bis zur Katze zählt dazu, eine Geflügelzucht oder ein Pferdegestüt jedoch nicht mehr<sup>87</sup>; ein Zier- und Nutzgarten rund um das Haus oder ein in der Nähe befindlicher Schrebergarten zählt zur Abrundung des Wohnkomforts, aber nicht mehr die Bewirtschaftung von Latifundien oder eine exzessive Gartenbetreuung<sup>88</sup>.

c) Mithilfe bei Instandsetzung bzw. Errichtung eines Einfamilienhauses

*Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn* umfassen Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten beim Wohnsitz und Fahrzeug, Arbeiten im Garten<sup>89</sup> sowie Eigenleistungen bei Errichtung eines Eigenheims. Insbesondere Letztere hätten, wären sie nicht verletzungsbedingt unterblieben, zu einem *Vermögensplus* beim Betroffenen geführt. Namentlich wenn es um die bloße Mithilfe geht, ist ein Vermögensminus beim Verletzten jedoch nicht festzustellen. Ob und in welchem Ausmaß in solchen Konstellationen im deutschen und österreichischen Recht Ersatz gebührt, ist heftig umstritten<sup>90</sup>. Der unter F II 1 dargestellte Lösungsansatz kann auch für diese Fallgruppe fruchtbar gemacht werden:

Die deutsche Judikatur knüpft an einen Schadenersatzanspruch wegen vereitelter *Eigenleistungen* – *zu*<sup>91</sup> – *strenge Beweisanforderungen*. Zumeist<sup>92</sup> wird vom Geschädigten nämlich der Nachweis verlangt, bereits vor dem Unfall konkrete Maßnahmen zur Inangriffnahme eines Bauprojekts vorgenommen zu haben<sup>93</sup>, insbesondere die Einholung einer Baugenehmigung<sup>94</sup>. Zutreffend an diesen strengen Beweisanforderungen ist freilich, dass es im Schadensrecht um den Ausgleich *konkreter Einbußen* und nicht bloß *vorstellbarer Entwicklungen*

81 OLG Celle vom 12. 11. 1981 – 5 U 67/81 – VersR 1983, 40; OLG Köln vom 10. 12. 1993 – 19 U 81/93 – VersR 1994, 1321 = NJW-RR 1994, 350. Ebenso *Jahnke* aaO (Fn. 26) Kap. 2 Rn. 83; *Gassmann HAVE* 2004, 253 (256) mit der „*petitio principii*“, dass niemand auf eine solche Idee käme.

82 Pardey aaO (Fn. 26) Rn. 1137.

83 Meines Erachtens sollte eine Haushaltsgemeinschaft auch noch bei einer Einliegerwohnung oder Wohnsitz in aller nächster Nachbarschaft, z. B. im gleichen Haus oder über die Straße noch bejaht werden, jedenfalls aber bei bäuerlichen Ausgedingeleistungen in einem landwirtschaftlichen Anwesen. Insofern zu streng OLG Düsseldorf vom 12. 4. 1996 – 14 U 163/95 – OLGR 1996, 181.

84 BGH vom 29. 10. 1957 – VI ZR 233/56 – VersR 1958, 176 = NJW 1958, 627.

85 *Geisseler* in Koller, Haftpflicht- und Versicherungstragung St. Gallen 1997 S. 61, 70 f. unter Bezugnahme auf Gartenpflege und Tierhaltung.

86 OLG Innsbruck vom 8. 3. 2006 – 1 R 160/05 x – ZVR 2006/158, 423 mit Anm. von *Danzl*.

87 So auch Pardey aaO (Fn. 26) Rn. 1120.

88 BGH VersR 1989, 857 = NJW 1989, 2539 (2540) – Rasenschneiden zweimal pro Woche. Ähnlich LG Duisburg vom 22. 12. 1999 – 3 O 436/97 – SP 2000, 307 – Garten ist ein Hobby.

89 BGH vom 20. 3. 1988 – VI ZR 87/87 – BGHZ 104, 113 = VersR 1988, 490 = NJW 1988, 1783 (zu einem Anspruch nach § 844 Abs. 2 BGB); Pardey aaO (Fn. 26) Rn. 1115.

90 Zum schweizerischen Recht findet sich zu Fragen von Eigenleistungen bei Errichtung eines Eigenheims indes – überraschenderweise – keine Erörterung.

91 So auch Pardey aaO (Fn. 26) Rn. 1210 ff.

92 Gegenteilig OLG Zweibrücken vom 26. 1. 1994 – 1 U 209/92 – VersR 1996, 864 = NZV 1995, 315.

93 Ablehnend, weil die Verletzung vor konkreter Inangriffnahme des Bauprojekts eingetreten sei, OLG Hamm vom 28. 6. 1995 – 13 U 12/95 – NZV 1995, 480; KG vom 11. 7. 1996 – 12 U 4464/94 – NZV 1997, 232.

94 OLG München vom 27. 9. 1988 – 5 U 6599/87 – NZV 1990, 117; kritisch dazu *Greger* aaO (Fn. 26) § 29 Rn. 191.

geht<sup>95</sup>. Plausibel ist, dass Ersatz nur in dem Ausmaß gewährt wird, was mit dem jeweiligen Zeithaushalt des Verletzten und dessen sonstigen Aktivitäten vereinbar gewesen wäre<sup>96</sup>, sowie der Umstand, ob das behauptete Arbeitsvolumen allein zu bewältigen gewesen wäre<sup>97</sup>. Ist diese Hürde aber einmal genommen, stellen sich folgende Fragen:

- Kann der Geschädigte nach den Grundsätzen des Haushaltsführerschadens abrechnen, somit auf der Basis einer fiktiven Ersatzkraft auch bei Unterbleiben der Errichtung des Eigenheims bzw. bloßer Komforteinbuße?
- Kommt es darauf an, ob der Verletzte selbst ein Vermögensminus erlitten hat oder sich eine Einbuße nur oder zum Teil beim Ehegatten oder sonstigen Familieneingehörigen ausgewirkt hat?

Die privilegierte Abrechnung auf der Basis des Haushaltsführerschadens gilt meines Erachtens nur für *Haushaltsdienstleistungen im engeren Sinn* bei Bestehen einer *Haushaltsgemeinschaft*. Nur dort trägt der Gedanke, dass der Haushalt in jedem Fall – womöglich mehr schlecht als recht – fortgeführt wird. Bei Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn kommt es meines Erachtens hingegen darauf an, ob beim Verletzten ein *Vermögensminus* gegeben ist oder der *reale Zustand* wie ohne schädigendes Ereignis wiederhergestellt wird.

Hätten die unterbliebenen Eigenleistungen bei Errichtung eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück des Verletzten zu einer Wertsteigerung geführt, gebührt dieser vereitelte *Wertzuwachs* gem. §§ 842, 251 BGB ohne Wenn und Aber. Zu beachten ist, dass dieser mitunter geringer ist als der nach Ersatzkraftkosten bemessene Arbeitskräfteeinsatz des Verletzten<sup>98</sup>. Wird demgegenüber der *reale Zustand*, wie er ohne Verletzung bestanden hätte, wiederhergestellt, kann der Geschädigte unabhängig von den Auswirkungen im Vermögen gem. § 249 BGB<sup>99</sup> die dafür anfallenden Aufwendungen ersetzt verlangen<sup>100</sup>. Ob das Grundstück im Eigentum des Verletzten<sup>101</sup>, im Ehegattenmitemigentum<sup>102</sup> steht, in dem seiner Ehegattin<sup>103</sup> oder demnächst an die Kinder übergeben werden soll<sup>104</sup>, darauf kommt es nicht an. Solche Aufwendungen können selbst dann verlangt werden, wenn durch die verletzungsbedingt unterbliebene Arbeitsleistung gar kein Vermögenswert geschaffen worden wäre, wie das etwa bei reinen Umbauarbeiten<sup>105</sup> der Fall ist.

Die Errichtung eines Eigenheims erfolgt mitunter in der Weise, dass auch weitere Verwandte oder Schwäger mitwirken. Ist auch deren Ausfall ersatzfähig? Zunächst ist man geneigt, das als bloß *mittelbaren Schaden* zu qualifizieren und damit jegliche Ersatzfähigkeit zu verneinen. Es kommt indes auf die konkreten Fallgestaltungen an: Hätten die Verwandten bloß unter der Voraussetzung mitgeholfen, dass der Verletzte dann später bei ihnen „zurückgearbeitet“ hätte, dann ist dem Verletzten nicht nur seine Eigenleistung entgangen, sondern auch die *Vorleistung der Verwandten* für das spätere „Zurückarbeiten“<sup>106</sup>. Insofern ist auch die Vereitelung des späteren „Zurückarbeitens“ des Verletzten nach der ansonsten von den Verwandten erbrachten Vorleistung als Erwerbsschaden zu qualifizieren<sup>107</sup>.

Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass ein Verwandter sich – unentgeltlich und ohne Anwartschaft auf eine Gegenleistung – bereit erklärt hatte, bei Eigenleistungen des Verletzten mitzuhelfen, diese Hilfe aber nun nicht realisierbar ist, weil der nun damit betraute Handwerker einen solchen Helfer nicht akzeptiert<sup>108</sup>. Ein Ersatz in Bezug auf die Verteuerung des Bauvorhabens könnte nach den Grundsätzen des *Entwertungsschadens* in Betracht kommen<sup>109</sup>. Ein Potenzial, das der Ver-

letzte zu einem Vermögensvorteil nutzen hätte können, geht ihm dadurch verloren; der damit zu deckende Bedarf kostet mehr. Es ist so ähnlich, als ob er eine Maschine, die nur er zu bedienen weiß, nicht nutzen kann und deshalb das Produkt nicht selbst herstellen, sondern im fertigen Zustand am Markt erwerben muss. Erwähnt sei, dass gerade ein solcher Anspruch nur unter strengen Beweisanforderungen gebührt, weil dabei die Gefahr besonders groß ist, dass Ersatz für bloß vorstellbare Entwicklungen begehrt wird.

## G. Resümee

Der Umstand, dass für eine am Markt typischerweise nur gegen Entgelt zu erbringende Arbeitsleistung kein Geld gezahlt wird, führt im *Verletzungsfall* nicht stets dazu, dass der Schädiger keinen Ersatz leisten muss. Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine *synallagmatische Beziehung* gegeben ist wie beim Ordensangehörigen und demjenigen, der in Erwartung einer Gegen-

95 BGH vom 6. 6. 1989 – VI ZR 66/88 – VersR 1989, 857 = NJW 1989, 2539 mit Anm. von Grunsky NZV 1989, 389.

96 Enorm übertrieben das behauptete Arbeitspensums eines Pharmaberaters, der „nebenbei“ auch noch ein Eigenheim errichtet hätte, in BGH vom 6. 6. 1989 – VI ZR 66/88 – VersR 1989, 857 = NJW 1989, 2539 mit Anm. von Grunsky NZV 1989, 389. Plausibel hingegen das Begehren in OLG Hamm vom 20. 9. 1988 – 9 U 22/88 – VersR 1989, 152 = NZV 1989, 72: Zu Recht weist das OLG Hamm darauf hin, dass ein Arbeitnehmer nicht seine gesamte Freizeit zur Regeneration verwenden müsse.

97 BGH vom 24. 10. 1989 – VI ZR 263/88 – VersR 1989, 1308 = NJW 1990, 1037.

98 Pardey aaO (Fn. 26) Rn. 1219; Grunsky NZV 1989, 389.

99 Zur Qualifikation als Erwerbsschaden (Geigel/Pardey aaO (Fn. 53) Kap. 4 Rn. 137; OLG Hamm VersR 1989, 152 = NZV 1989, 72) oder vermehrte Bedürfnisse (dafür Brinkmann DAR 1991, 418 [423]) kann hier nicht näher Stellung genommen werden (differenzierend wie beim Haushaltsführerschaden Jahnke aaO [Fn. 26] Kap. 2 Rn. 84); bloß auf § 249 BGB rekurrend Klimke DAR 1986, 139 (140). Maßgeblich ist die Unterscheidung in erster Linie für die sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen. Insofern ist die sachliche Kongruenz zu sozialversicherungsrechtlichen Erwerbsschadensrenten einleuchtender, weil die Rente wegen vermehrter Bedürfnisse, die zum Pflegegeld sachlich kongruent ist, den Kernbereich der Haushaltsführung und Pflege abdeckt, nicht aber darüber hinausgehende Aktivitäten.

100 Für einen Ersatz solcher fiktiver Aufwendungen *unabhängig* von einer Herstellung Klimke DAR 1986, 139 (140).

101 OLG München vom 16. 4. 1985 – 5 U 5606/84 – NJW-RR 1986, 194 = DAR 1985, 384 mit Anm. von Klimke DAR 1986, 139.

102 Voller Zuspruch in einem solchen Fall durch das OLG Zweibrücken vom 26. 1. 1994 – 1 U 209/92 – VersR 1996, 864 = NZV 1995, 315; OGH vom 1. 12. 1981 – 2 Ob 110, 111/81 – ZVR 1982/188, 171; vom 19. 10. 1982 – 2 Ob 162/82 – EFSig 41.111.

103 So die Versagung eines Anspruchs aus diesem Grund in OGH vom 11. 9. 1975 – 2 Ob 155/75 – JBI 1976, 315. Gegenteilig, ohne Berücksichtigung der Eigentumsverhältnisse OGH vom 1. 12. 1981 – 2 Ob 110, 111/81 – ZVR 1982/188, 171; vom 19. 10. 1982 – 2 Ob 162/82 – EFSig 41.111. Diese Rechtsprechung ohne deren Widersprüchlichkeiten bloß referierend Rummel/Reischauer, ABGB 3. Aufl. § 1325 Rn. 24; keine Ausführungen zu dieser Thematik finden sich bei Schwimann/Harrer, ABGB 3. Aufl. § 1325.

104 So in der Entscheidung OGH vom 26. 5. 1977 – 2 Ob 50, 51/77 – SZ 50/77.

105 LG Duisburg vom 22. 12. 1999 – 3 O 436/97 – SP 2000, 307 – Umbauarbeiten im Garten.

106 Zu einem Bereicherungsanspruch bei einem solchen Sachverhalt BGH vom 1. 10. 1985 – IX ZR 155/84 – NJW-RR 1986, 155.

107 So in OGH vom 20. 11. 1997 – 2 Ob 56/95 – ZVR 1999/33, 121 – voller Zuspruch.

108 So möglicherweise der Sachverhalt der Entscheidung OLG Köln vom 13. 1. 1993 – 11 U 224/92 – VersR 1994, 356.

109 Ablehnend Staudinger/Schiemann, BGB 2002 § 842 Rn. 154; Jahnke aaO (Fn. 26) Kap. 2 Rn. 82.

leistung unentgeltlich oder gegen ein ganz geringfügiges Entgelt seine Leistung erbringt. Selbst wenn keine synallagmatische Beziehung besteht, kann Ersatz verlangt werden, wenn der *reale Zustand* wie ohne das schädigende Ereignis wiederhergestellt wird. Bedeutsam ist

das für ehrenamtliche Tätigkeiten, Haushalts- und Pflegetätigkeiten außerhalb einer Haushaltsgemeinschaft sowie Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn unter Einschluss von Eigenleistungen bei Errichtung eines Einfamilienhauses.

## Konsequenzen der Anfechtung eines Gruppenversicherungsvertrags unter besonderer Berücksichtigung von § 40 Abs. 1 VVG und § 39 Abs. 1 VVG-E\*

Dr. Mark Wilhelm, LL.M., und Dr. Holger Fahl, LL.M.\*\*

### A. Einführung

Die wirtschaftliche Bedeutung der Gruppenversicherungsverträge für die Versicherungswirtschaft ist in den letzten Jahrzehnten stetig gestiegen. Unternehmen schließen Gruppenversicherungsverträge insbesondere im Rahmen der Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung. Verbände schließen Gruppenversicherungsverträge zugunsten ihrer Mitglieder (Berufshaftpflichtversicherung, Betriebshaftpflichtversicherung etc.). Kreditkartenunternehmen organisieren ihre Zusatzleistungen als Gruppenversicherungsverträge (Haftpflichtversicherungen, Diebstahlversicherungen etc.). Zwischenzeitlich sind aber auch Vermittlungsunternehmen am Markt tätig, die Gruppenversicherungsverträge schließen, um ein bestimmtes Kundenpotenzial durch vereinfachten administrativen Aufwand absichern zu können wie etwa im Rahmen von Auslandsreisekrankenversicherungen oder Gepäckversicherungen<sup>1</sup>. Bis auf die Regelung des § 178 i Abs. 3 VVG bzw. §§ 206 Abs. 5 und 207 Abs. 2 VVG-RegE findet die Konstruktion des Gruppenversicherungsvertrags indes keine Erwähnung im VVG. Das BAV bzw. dessen Rechtsnachfolgerin, die BaFin, gab zuletzt 1990 ein Rundschreiben zur Problematik um die Gruppenversicherungsverträge heraus<sup>2</sup>.

Die Konstruktion des Gruppenversicherungsvertrags hat in der Regel zur Konsequenz, dass nicht der Versicherte, sondern das den Versicherungsschutz vermittelnde Unternehmen VN ist. Im Rahmen eines Gruppenversicherungsvertrags kann dies erhebliche Unsicherheiten aufgrund des bestehenden Mehrpersonenverhältnisses zur Folge haben. Der Aufsatz betrachtet insbesondere die kondiktionsrechtlichen Konsequenzen der Anfechtung des Gruppenversicherungsvertrags durch den Versicherer gegenüber dem Gruppen-VN. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf § 40 Abs. 1 VVG, der es nach wohl herrschender Meinung dem Versicherer erlauben soll, trotz des durch die Anfechtung entstehenden Rückabwicklungsschuldverhältnisses die bereits eingezogenen Prämien bis zum Ende der Versicherungsperiode behalten zu dürfen.

### B. Beispielfall

Versicherer A schließt mit Unternehmen B gegen eine Prämie von 2 Mio. Euro einen Gruppenversicherungsvertrag. Die Versicherten C meldet B an A. Durch die Meldung erlangen die C Versicherungsschutz als Versicherte im Rahmen des Gruppenversicherungsvertrags. Sie erhalten überdies einen Versicherungsausweis, der Name und Anschrift des A enthält und Informationen darüber, dass die versicherten C ihre Ansprüche unmittelbar gegenüber A im eigenen Namen geltend zu machen haben.

In der Folge machen die versicherten C gegenüber A Versicherungsansprüche in Höhe von 1 Mio. Euro gel-

tend. Der Versicherer A zahlt die Versicherungsleistungen aus.

A stellt fest, dass B arglistig falsche Angaben zu den Schadensquoten zu dem zuvor vorhandenen Versicherungsbestand gemacht hatte. Infolgedessen hatte A die Prämien zu niedrig berechnet.

Aufgrund der durchsetzungsfähigen Arglistanfechtung verlangt A von B nunmehr Schadensersatz in Höhe von 1 Mio. Euro bzw. fordert als Kondiktionsanspruch die bereits gezahlten 1 Mio. Euro zurück und teilt überdies mit, er gehe davon aus, die bisher bezahlten Prämien in Höhe von 2 Mio. Euro gem. § 40 Abs. 1 VVG behalten zu dürfen.

### C. Grundlagen

Die wohl herrschende Meinung sieht gewisse Unbilligkeiten für den VN aufgrund § 40 Abs. 1 VVG. Welche Auswirkungen die Rechtsnatur des § 40 Abs. 1 VVG auf die Konstruktion eines Gruppenversicherungsvertrags hat, wird im Folgenden zu beleuchten sein. Entscheidend ist dabei insbesondere, welche kondiktionsrechtlichen und schadensersatzrechtlichen Auswirkungen die Vorschrift für VN und Versicherte hat.

### I. Definition des Gruppenversicherungsvertrags

Lediglich *Millauer*<sup>3</sup> beschäftigte sich ausführlich und aus einer dogmatischen Perspektive mit der Konstruktion des Gruppenversicherungsvertrags. Er hat den Gruppenversicherungsvertrag definiert als einen einheitlichen, eine Personengruppe erfassenden Versicherungsvertrag, in den das einzelne Gruppenmitglied automatisch oder durch Anmeldung, immer aber nur in Hinblick auf seine Gruppenzugehörigkeit einbezogen wird, und durch den entweder für Mitglieder der Gruppe oder für den VN, auf jeden Fall aber gegen ein einheitliches in den Gruppenmitgliedern sich verwirklichendes Risiko, Versicherungsschutz mit der Maßgabe genommen wird, dass die Versicherungsleistung in Bezug auf jedes Grup-

\* Bei dem hier besprochenen VVG-E handelt es sich um die Fassung vom 28. 6. 2007 BT-Drucks. 16/5862.

\*\* Dr. Mark Wilhelm, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Wilhelm Rechtsanwälte, Düsseldorf – www.wilhelmae.de, Dr. Holger Fahl, LL.M. (LSE) ist Rechtsassessor ebendort.

► Der Verfasser Dr. Holger Fahl ist Autor des Buches „Corporate Governance im Versicherungsverein a. G.“, Band 30 der VersR-Schriftenreihe, Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe 2005, LXI und 293 S.

1 Vgl. *Kollhossler* in *Prölss/Martin*, VVG 27. Aufl. 2004 vor § 159 Rn. 27.

2 BAV-Rundschreiben R 3/90 vom 31. 7. 1990 VerBAV 1990, 339.

3 *Millauer*, Rechtsgrundsätze der Gruppenversicherung 2. Aufl. Karlsruhe 1966.