

Bürgerliches Gesetzbuch 1896 – 1996

Ringvorlesung aus Anlaß des hundertjährigen
Jubiläums der Verkündung des Gesetzes sowie
des fünfundzwanzigjährigen Bestehens der
Juristischen Fakultät der Universität Augsburg

Herausgegeben von
Hans Schlosser

Mit Beiträgen von
Volker Behr, Wilfried Bottke, Herbert Buchner, Wilhelm Dütz,
Christian Huber, Thomas M.J. Möllers, Hans Schlosser,
Wilhelm Simshäuser, Thomas Vesting und Andreas Voßkuhle



C. F. Müller Verlag
Heidelberg

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Bürgerliches Gesetzbuch 1896 – 1996 : Ringvorlesung
der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg ... /
hrsg. von Hans Schlosser. Mit Beitr. von Herbert
Buchner ... – Heidelberg : Müller, 1997
(Augsburger Rechtsstudien; Bd. 27)
ISBN 3-8114-9597-6

© 1997 C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier aus 100 % chlorfrei gebleichtem Zellstoff (DIN-ISO 9706). Aus Gründen des Umweltschutzes Umschlag ohne Kunststoffbeschichtung.

Satz: C. Gottemeyer, Leonberg

Druck: Neumann Druck, Heidelberg

ISBN 3-8114-9597-6

Familienrechtsreform und Schadensrecht – § 845 BGB, eine normative Ruine¹

von

Christian Huber

Übersicht

I. Einführung – II. Die zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellationen – 1. Einstellung einer Ersatzkraft – 2. Überobligationsgemäße Anstrengung der Restfamilie – 3. Unentgeltliches Einspringen von Verwandten – 4. Komforteinbuße – 5. Auswirkungen im Vermögen – III. Die Bewältigung des Problems durch den historischen Gesetzgeber – 1. Verletzung oder Tötung des Unterhaltsschuldners, der für den materiellen Unterhalt sorgt – 2. Verletzung oder Tötung des Unterhaltsschuldners, der familiäre Dienstleistungen erbringt – IV. Familienrechtsform – Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 GG – 1. Geschlechtsneutrale Verteilung von beruflicher Erwerbsarbeit und Haushaltsführung – Überantwortung an das Einvernehmen der Ehepartner (§ 1356 BGB) – 2. Erweiterung des Unterhaltsbegriffs: Geldunterhalt und Haushaltsführung (§ 1360 BGB) – 3. Mitarbeit im Erwerb nicht mehr Leistung von Diensten, sondern Unterhaltsbeitrag – V. Auswirkungen im Schadensersatzrecht bei Haushaltsführung und Mitwirkung im Beruf des anderen – Ablösung des § 845 BGB – 1. Verletzung – a) Wechsel der Aktivlegitimation – b) Eigenverantwortliche Tätigkeit – nicht mehr Leistung von Diensten in abhängiger Stellung – c) Abstellen auf die tatsächliche Tätigkeit, nicht mehr auf das gesetzlich verschuldete Ausmaß – 2. Tötung – a) Vorteilsausgleichung – b) Auswirkungen bei Mitwirkung im Beruf des anderen – aa) Sättigungsgrenze beim Ehegattenunterhalt (§ 844 Abs. 2 BGB) versus Ersatz des Wertes der gesetzlich geschuldeten Dienstleistung (§ 845 BGB) – bb) Mitwirkungspflicht nicht kraft Unterhaltsrecht (§ 1360 BGB), sondern aufgrund der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) – Überhangfälle – 3. Harmonisierung mit den Gefährdungshaftungsgesetzen – VI. Ausgreifen auf weitere Schadensersatzansprüche – Anlaß für den Umbau des gesamten Schadensrechts – 1. Ersatzfähigkeit weiterer Haushaltsdienstleistungen – a) Personelle Dimension – b) Sachliche Dimension – 1. Abstrakte Schadensberechnung – nicht nur bei Verletzung eines Haushaltsführers – a) Kein Erwerbsschaden an einen Clochard – b) Beweiserleichterung zum Nachweis eines Erwerbsschadens eines selbständig Erwerbstätigen – VII. Der dem § 845 BGB verbliebene Anwendungsbereich: Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Hauskindes (§ 1619 BGB) – 1. Der Inhalt des § 1619 BGB – 2. Innere Widersprüche – a) Überlagerung durch einen Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag – b) Verwertung der Restarbeitskraft – 3. Gründe gegen ein Festhalten an § 845 BGB bei Verletzung oder Tötung des Hauskindes – a) Prämie für das Verharren in einer überkommenen Lebensform – b) Ausgleich für den Verzicht auf die Progressionskappung im Einkommenssteuerrecht – c) Strukturmaßnahme zugunsten wenig ertragreicher Betriebe – d) Wertungsgleichklang mit dem Fall der Verletzung bzw. Tötung des im Unternehmen mitarbeitenden Ehegatten – VIII. Resümee.

I. Einführung

Schlosser hat in einem fulminanten und beeindruckenden Vortrag in die Entstehungsgeschichte und den Werdegang des BGB eingeführt². Den Einstieg

¹ Die Vortragsform wurde beibehalten. Der Anmerkungsapparat erhebt keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit.

² Zivilrecht für 100 Jahre? – Das janusköpfige Bürgerliche Gesetzbuch, S. 5 ff. dieses Bandes.

in das heutige Thema möchte ich durch einen Vergleich mit dem Spiel Mikado versuchen.

Im *Brockhaus*³ wird Mikado als ein aus Japan stammendes Geschicklichkeitsspiel beschrieben, bei dem dünne Stäbchen aus einem ungeordneten Haufen herausgezogen werden, ohne daß sich ein weiteres Stäbchen bewegen darf. Was hat aber das Spiel Mikado mit dem Vortrag von Prof. *Schlosser* und meinem Referat zu tun?

Schlosser hat gezeigt, daß das BGB eine Kodifikation aus einem Guß war, wengleich er in Frage gestellt hat, ob dem Gesetzgeber dabei wirklich der ganz große Wurf gelungen ist. Mein heutiger Vortrag ist insofern komplementär, als ich einen winzigen Detailspekt, eine Norm, den § 845 BGB betrachten will.

Was der Gesetzgeber mit Bezug auf § 845 BGB gemacht hat, ist mit dem Mikadospiele durchaus vergleichbar. Er zog einen Stab aus dem Haufen heraus und ging davon aus, daß sich dies auf die anderen Stäbe nicht auswirken werde. Was beim Mikadospiele besondere Geschicklichkeit erfordert, hat er als Selbstverständlichkeit angenommen.

Der Gesetzgeber reformierte nämlich das Familienrecht⁴, ohne zu bedenken, daß dies auch Auswirkungen auf das Schadensrecht haben könnte⁵. Was er gemacht hat, war aber nicht bloß, daß er ein Stäbchen herausgezogen hat. Vielmehr hat er an die Stelle des einen ein anderes gesetzt.

Daß bei einem solchen Manöver sich die anderen nicht bewegen, ist so schwierig, daß das nicht einmal Japaner zum Gegenstand eines Geschicklichkeitsspiel machen. Gegenstand meines Vortrages ist, ob dem deutschen Gesetzgeber ein solcher Kunstgriff geglückt ist.

Doch von der Metapher nun zum Leben! Um die Bewältigung welcher Konstellationen geht es?

II. Die zugrundeliegenden Sachverhaltskonstellationen

Nehmen wir eine traditionelle Haushaltsführerehe⁶ an: Der Ehemann sorgt durch Ausübung einer beruflichen Erwerbstätigkeit für das finanzielle Substrat des Familienunterhalts. Die Ehefrau kümmert sich um den Haushalt und

³ Enzyklopädie⁹⁹ (1991) Bd. 14, 581.

⁴ So namentlich durch das Gleichberechtigungsg vom 18.7.1957 und das 1. EhereformG vom 14.6.1976.

⁵ So auch die Einschätzung von *Lange*, Familienrechtsreform und Ersatz für Personenschäden, FamRZ 1983, 1181; *Weber*, Anm. zu LM § 845 Nr. 23.

⁶ Nach heutigem Familienrecht ergeben sich keine abweichenden Rechtsfolgen, wenn die Ehefrau einer beruflichen Erwerbsarbeit nachgeht und der Ehemann den Haushalt führt. Die Verteilung der Pflichten ist geschlechtsneutral. Der sprachlichen Einfachheit halber wird aber im folgenden von dem - traditionellen - Ehetypus ausgegangen, daß der Ehemann beruflich erwerbstätig ist und die Ehefrau den Haushalt führt.

die Erziehung der Kinder. Vielleicht übt der Ehemann eine selbständige Tätigkeit aus, sei es als Freiberufler, als Handwerker oder als Landwirt. In diesem seinen Beruf geht ihm auch die Frau zur Hand und unterstützt ihn. Beides erfolgt im Rahmen der sie treffenden Beistandspflicht (§ 1356 a. F. BGB).

Und nun passiert es: Die Frau wird bei einem Straßenverkehrsunfall von einem Dritten in schuldhafter Weise verletzt; oder noch schlimmer: Aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers stirbt die Ehefrau, obwohl sie in der Blüte ihrer Jahre stand und bei Behandlung *lege artis* alsbald wieder gesund geworden wäre. In welchem Ausmaß steht wem ein Schadensersatzanspruch zu?

Mit einer im juristischen Sprachgebrauch durchaus geläufigen Formel lautet die Antwort: „Das kommt darauf an.“ Worauf aber? Nun, wie die Betroffenen auf den dadurch eingetretenen Nachteil reagieren. Wie können sie aber reagieren?

Vom Ansatz her ist dies bei Verletzung und Tötung ziemlich ähnlich.

1. Einstellung einer Ersatzkraft

Da der Ehemann derjenige ist, der über ein Erwerbseinkommen verfügt, wird er anstelle der verletzten oder getöteten Ehefrau eine Ersatzkraft einstellen, im Haushalt wie auch in seinem Unternehmen.

2. Überobligationsgemäße Anstrengung der Restfamilie

Oder die übrigen Familienangehörigen spannen ihre Kräfte mehr an. Die Tochter kocht, der Sohn besorgt die Einkäufe und der Vater erwirbt Erfahrungen beim Umgang mit dem Staubsauger.

3. Unentgeltliches Einspringen von Verwandten

Denkbar ist auch, daß weitere Verwandte einspringen, um das Pensum der verletzten oder getöteten Ehefrau zu bewältigen, ohne dafür ein Entgelt in Rechnung zu stellen.

4. Komforteinbuße

Schließlich ist aber auch denkbar, daß sich die bisher von der Ehefrau versorgten Familienmitglieder mit einer Komforteinbuße in der Haushaltssphäre zufrieden geben. Anstelle von zwei warmen Mahlzeiten zu Hause pilgert die Familie heutzutage zu McDonalds oder Burger King. Um 1900 hat man sich statt dessen mit Butterbrot ernährt. Heute wie damals liegt ein weiteres Potential für das Auffangen des Schadens darin, daß die Fenster nur mehr jährlich und nicht mehr monatlich gereinigt werden, die Unterwäsche nur noch wöchentlich anstelle bisher täglich gewechselt wird.

Wie wirken sich diese Reaktionen aber vermögensmäßig aus? Dafür müssen wir zwischen dem Fall der Verletzung und dem der Tötung unterscheiden:

5. Auswirkungen im Vermögen

Im Vermögen der verletzten Ehefrau läßt sich überhaupt keine Vermögens-einbuße feststellen. Sie hat zuvor für ihre Hausarbeit nichts verdient. Ist sie nun verletzt, kann sich dadurch kein Vermögensminus ergeben; weniger als Null gibt es im Schadensrecht nicht.

Man könnte nun einwenden, daß sie immerhin vom Ehemann Unterhalt bezogen hat. Nun, den erhält sie nach wie vor, und zwar in ungeschmälertem Umfang. Allenfalls, wenn die infolge ihrer Verletzung eingestellte Ersatzkraft so teuer ist, daß alle den Gürtel enger schnallen müssen, mag sich das auf ihren Unterhaltsanspruch auswirken. Neuerdings erhalten auch manche Arbeitnehmer im Krankheitsfall nicht mehr 100, sondern nur noch 80 % der bisherigen Bezüge⁷.

Bei wem wirkt sich aber nun die Verletzung vermögensmäßig aus? Die Antwort lautet: Typischerweise beim Mann⁸. Dies freilich nur dann, wenn dieser eine Ersatzkraft einstellt und bezahlt. Bei allen anderen Arten des Auffangens des Schadens (Mehranstrengung von Familienangehörigen, unentgeltliches Einspringen von Verwandten oder Bekannten, Komfortverzicht) ist bei mechanischer Betrachtung und traditionellem Schadenskonzept keine Vermögenminderung feststellbar.

Wird die Ehefrau getötet, haben wir das weitere Problem, daß es das Rechts-subjekt, das einen Schaden erlitten hat, nicht mehr gibt. Und diejenigen, die dadurch einen Schaden erlitten haben, die sind bloß mittelbar Geschädigte, deren Nachteile grundsätzlich nicht ersatzfähig sind⁹.

III. Die Bewältigung des Problems durch den historischen Gesetzgeber

Und damit sind wir genau beim Anliegen des § 845 BGB angelangt: Die Verletzung oder Tötung desjenigen, der familiäre Dienstleistungen erbringt, reißt nach der zutreffenden Beobachtung des Gesetzgebers des BGB eine ebenso große Lücke wie die Verletzung oder Tötung desjenigen Ehegatten,

⁷ § 4 Abs. 1-3 EntgeltfortzG; vgl. dazu *Dütz*, *Arbeitsrecht*³(1997) Rdnr. 228.

⁸ Sofern die den Haushalt führende Ehefrau nach ihrer Verletzung eine Ersatzkraft einstellte und aus ihrem Vermögen bezahlte, wurde ihr schon seit jeher ein eigener Schadensersatzanspruch eingeräumt. So bereits RG RGZ 85, 81; RGZ 129, 55. Ebenso *Eißer*, *Zur Anwendung der §§ 843-845 BGB bei Verletzung oder Tötung der nicht berufstätigen Ehefrau*, FamRZ 1961, 49, 50.

⁹ MüKo³-*Grunsky*, vor § 249 Rdz. 113 f.

der für das materielle Substrat des Familienunterhalts sorgt¹⁰. Folgerichtig hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die in solchen Fällen Abhilfe schafft.

Diese Norm ist eingebettet in das traditionelle Konzept der bürgerlichen Familie: Der Vater ist deren Haupt. Er hat für den Geldunterhalt zu sorgen. Die Mutter ist für die Haushaltsführung und Kindererziehung zuständig.

1. Verletzung oder Tötung des Unterhaltsschuldners, der für den materiellen Unterhalt sorgt

Wird der Vater von einem Dritten in zurechenbarer Weise *verletzt*, kann er seine Erwerbseinbue nach § 842 BGB ersetzt verlangen. Er ist vom Schädiger so zu stellen, als ob er nicht verletzt worden wäre und ein Erwerbseinkommen erzielen hätte können. Damit wird die Quelle wieder aufgefüllt, aus der der Familienunterhalt gespeist wird. Spezielle Probleme daraus, daß das Erwerbseinkommen für den Familienunterhalt verwendet wird, ergeben sich nicht.

Das ändert sich schlagartig, wenn der Vater *getötet* wird. Dann erklärt die Rechtsordnung ausnahmsweise einen mittelbar Geschädigten für anspruchsberechtigt¹¹. Soweit die Hinterbliebenen einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch haben, können sie diesen gemäß § 844 Abs. 2 BGB gegen den Schädiger geltend machen. Sie werden insoweit vermögensmäßig so gestellt, als ob der Vater weiterhin leben würde, Geld verdienen und ihnen Unterhalt leisten könnte.

2. Verletzung oder Tötung des Unterhaltsschuldners, der familiäre Dienstleistungen erbringt

Wenn nun die von der Mutter erbrachten Haushaltsdienstleistungen für das Funktionieren der Familie ebenso wichtig sind wie der Geldunterhalt des Vaters, ist es folgerichtig, auch dafür einen Ersatzanspruch einzuräumen. Dies geschieht durch § 845 BGB¹²: Sowohl im Verletzungs- als auch im Tötungsfall steht ein Ersatzanspruch zu, der darauf gerichtet ist, daß der Wert der Dienstleistungen des Haushaltsführers ersetzt verlangt werden kann.

Der Schadensersatzanspruch stellt das Vermögensäquivalent dar, mit dem gleichartige Dienstleistungen erkaufte werden können. Und das nicht allein

¹⁰ *Planck/Siber* § 845 Anm. 1; *Klingsporn*, *Der Schadenersatzanspruch wegen Tötung oder Verletzung der im Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten*, FamRZ 1961, 54, 59; *Kropholler*, *Die Rechtsnatur der Familienmitarbeit und die Ersatzpflicht bei Verletzung oder Tötung des mitarbeitenden Familienangehörigen*, FamRZ 1969, 241, 247.

¹¹ *Lange*, *Schadenersatz*² (1990) § 2 III am Ende. Für eine restriktive Auslegung dieser Ausnahmevorschrift *Wussow/Dressler*, *Unfallhaftpflichtrecht*¹⁴ (1996) Rdz. 1691. Kritisch zu diesem Auslegungsgrundsatz *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*¹ (1995) 174 f.

¹² Zur Entstehungsgeschichte *Kropholler*, FamRZ 1969, 241, 247.

für den Ausfall von Haushaltsdienstleistungen, sondern auch für den Ausfall der Ehefrau bei der Mitwirkung im Beruf des Mannes.

Der Ehemann und Vater wird als Haupt, als Repräsentant der Familie, angesehen. Er liquidiert den der *Gesamtfamilie* entstandenen Schaden¹³. Die Konstruktion des § 845 BGB nimmt dabei nicht darauf Rücksicht, wie die betroffenen Familienmitglieder auf das schädigende Ereignis reagieren. Abgestellt wird allein auf den Wert der vereitelten Dienstleistungen. Diese sind zu ersetzen, nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Es spielt somit keine Rolle, daß der Ausfall der den Haushalt führenden Ehefrau zu gar keinem Vermögensschaden führt, so wenn Wäsche und Fenster weniger oft gereinigt werden oder sich die Familie einfacher ernährt. Der Wert der entgangenen Dienstleistungen stellt aber auch die Obergrenze des Ersatzes dar. Und das selbst dann, wenn die Vermögenseinbuße viel höher ist, weil etwa die im Betrieb eingestellte Ersatzkraft die ausgefallene Ehefrau auch nicht annähernd ersetzen kann.

Kilian, heute Professor in Hannover, damals wissenschaftlicher Mitarbeiter in Frankfurt, hat in einem kurz nach 1968 erschienenen Aufsatz¹⁴ § 845 BGB geißelt als wilhelminische Reaktion gegen die heftig vorgetragene Forderungen der Frauenbewegung. Ich erinnere an dieser Stelle an den Vortrag von *Schlösser*, der gleichfalls darauf hinweist, daß nicht alle Bevölkerungsgruppen ihre Interessen im BGB berücksichtigt sahen.

Ich meine freilich, daß § 845 BGB *mehr* ist als eine Manifestation des patriarchalischen Familienkonzepts. § 845 BGB ist jedenfalls *auch* eine Spezialnorm zum umfassenden Schutz familiärer Interessen¹⁵, die qua Schadenersatz so viele Mittel in das Familienbudget fließen läßt, daß die Finanzierung der ausgefallenen Dienstleistungen ermöglicht wird.

Mit den Reformen im Familienrecht wurde § 845 BGB freilich immer mehr der Boden entzogen. Um das in den Worten der Metapher auszudrücken: Es wurden die Mikadostäbchen, auf denen es als darüberliegendes ruhte, weggenommen. Welche Reformen waren dies nun?

IV. Familienrechtsreform – Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 GG

Soweit es für die hier zu behandelnde Frage von Bedeutung ist, können die Umwälzungen in wenigen Sätzen zusammengefaßt werden:

13 Demgegenüber wird im sonstigen Schadensrecht grundsätzlich bloß der Schaden des Individuums ersetzt, im Deliktsrecht darüber hinaus bloß der des am Rechtsgut beeinträchtigten Rechtssubjekts.

14 Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung, AcP 169, 443, 445.

15 *Hofmann*, § 845 BGB im Zeichen der Gleichberechtigung, VersR 1961, 481, 482.

1. Geschlechtsneutrale Verteilung von beruflicher Erwerbsarbeit und Haushaltsführung – Überantwortung an das Einvernehmen der Ehepartner (§ 1356 BGB)

Die Verteilung der Unterhaltspflichten nach dem Geschlecht wurde wegen Verstoßes gegen Art 3 Abs. 2 GG beseitigt. Die einseitige Geldunterhaltspflicht des Mannes wurde ebenso aufgehoben wie die ausschließliche Pflicht der Ehefrau zur Haushaltsführung¹⁶. Beide haben sich seither über die Verteilung von beruflicher Erwerbsarbeit und Haushaltsführung zu einigen¹⁷.

2. Erweiterung des Unterhaltsbegriffs: Geldunterhalt und Haushaltsführung (§ 1360 BGB)

Der Unterhaltsbegriff wurde neu gefaßt. Darunter versteht man nun nicht bloß die Pflicht zum Beitrag des materiellen Substrats des Familienunterhalts, sondern auch die Erbringung familiärer Dienstleistungen¹⁸. Zum Schutz des Haushaltsführers wurde in § 1360 S. 2 BGB festgelegt, daß durch die Führung des Haushalts und die Erziehung der Kinder der volle Beitrag zum Familienunterhalt geleistet werde, ohne daß von diesem Partner darüber hinaus eine zusätzliche berufliche Erwerbsarbeit verlangt werden könne.

3. Mitarbeit im Erwerb nicht mehr Leistung von Diensten, sondern Unterhaltsbeitrag

Die Mitarbeit eines Partners im Erwerb des anderen wurde fortan nicht mehr als Leistung von Diensten betrachtet¹⁹, sondern als normaler Unterhaltsbeitrag, so wie die Haushaltsführung und Kindererziehung einerseits und die berufliche Erwerbstätigkeit andererseits.

Daß diese Umstellungen auch Auswirkungen im Schadenersatzrecht haben könnten, daran dachte der Gesetzgeber bei den Familienrechtsreformen nicht. Die Zielrichtung war die Aufwertung der Stellung der Ehefrau in der Familie. Das Prinzip der Gleichberechtigung sollte anstelle des der Über- und Unterordnung treten. Sicherlich nicht beabsichtigt war eine Schwächung des deliktsrechtlichen Schutzes der Familie²⁰.

War dies freilich der Fall? Konnte ein Stäbchen durch ein anderes ersetzt werden, ohne daß sich das darüber liegende bewegte?

16 *Müller-Freienfels*, Urteilsanmerkung, JZ 1960, 371, 372.

17 *Gernhuber/Coeßer-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts⁴ (1994) § 20 I 1.

18 *Gernhuber*, Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, FamRZ 1958, 243, 247; *Klingsporn*, FamRZ 1961, 54, 56; *Kilian*, AcP 169, 451.

19 *Böhmer* (Schadenersatzansprüche wegen Verletzung oder Tötung des im Haushalt oder Geschäft mitarbeitenden Ehegatten, FamRZ 1960, 173, 174) formuliert denn auch pathetisch, daß die Frau aufgehört habe, eine Dienerin des Mannes zu sein unter Hinweis auf *Scanzoni*, Urteilsanmerkung, JW 1932, 1349, 1350, der gefordert hatte, daß die Frau nicht zu einem Dienstboten des Mannes degradiert werden sollte.

20 *Lange*, FamRZ 1983, 1181.

V. Auswirkungen im Schadenersatzrecht bei Haushaltsführung und Mitwirkung im Beruf des anderen – Ablösung des § 845 BGB

§ 845 BGB wurde über Nacht zu einer Unnorm, um die man um jeden Preis einen Bogen machen wollte²¹. Man war sich darüber einig, daß § 845 BGB, diese degoutante Norm aus einer anderen Epoche, koste es, was es wolle, nicht mehr zur Anwendung gelangen sollte. Welche Normen freilich an deren Stelle treten sollten, darüber gab es vorerst bloß betretenes Schweigen im Wald. Der gesetzgeberische Reformeifer hatte nämlich das Schadensrecht nicht mit ergriffen.

Man mußte einen langen Marsch antreten. An dessen Ende steht die weitgehende Aushöhlung des § 845 BGB²², deshalb der Untertitel „§ 845 BGB, eine normative Ruine“. Der Marsch selbst ist geprägt durch zahlreiche Versuche, die zu bewältigenden Probleme ohne einschlägige Spezialnorm mithilfe allgemeiner schadenersatzrechtlicher Kategorien zu lösen²³.

Dabei kam es zu erheblichen Umgewichtungen. Per saldo dürfte die Gesamtfamilie mehr verloren als gewonnen haben. Insofern wird man dem Anspruch von *Lange*²⁴ kaum widersprechen können, der gemeint hatte, daß es nach einem Schicksalsschlag in einer intakten Familie nicht sosehr darauf ankomme, wem die Aktivlegitimation zur Geltendmachung eines Anspruchs zufalle und ob ein Urteil über einen Schadensersatzanspruch mit Reformgeist getränkt sei, sondern wieviel in die Familienkasse fließe.

Welche Umgewichtungen können aber im einzelnen konstatiert werden? Zu differenzieren ist dabei zwischen Verletzung und Tötung.

1. Verletzung

a) Wechsel der Aktivlegitimation

Zunächst schien es allein um den Wechsel der Aktivlegitimation zu gehen²⁵. Der Anspruch, den bislang der Ehemann für die verletzte Ehefrau geltend gemacht hatte, sollte nunmehr von dieser selbst erhoben werden können.

21 *Lange*, FamRZ 1983, 1181, 1186 unter Hinweis darauf, daß damit eine Verminderung des Außenschutzes die Folge war.

22 Vgl. dazu *Weber*, Anm. zu LM § 845 Nr. 23, der darauf hinweist, daß die Rechtsprechung § 845 BGB nicht als ungültig ansehen, wohl aber dessen Anwendungsbereich einschränken könne.

23 Instrukтив dazu *Hagen*. Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs? – BGH (GSZ) NJW 1968, 1823, JuS 1969, 61 ff. Andere Rechtsordnungen, wie etwa die schweizerische oder österreichische, sind schon immer ohne einschlägige Spezialnorm ausgekommen, konnten das zu lösende Problem aber gleichwohl adäquat in den Griff bekommen. So auch *Böhmer*, FamRZ 1960, 173, 178.

24 FamRZ 1981, 1181.

25 *Böhmer*, FamRZ 1960, 173 ff.; die E BGH FamRZ 1967, 319 hat das Problem der Aktivlegitimation dahingestellt gelassen. Vgl. dazu auch *Habscheid*, Ersatzansprüche des Ehemanns und der Kinder wegen entgehender Dienste bei Tötung der Ehefrau und Mutter – BGH, NJW 1965, 1710, JuS 1966, 180 ff.

Hielt man freilich § 845 BGB nicht mehr für anwendbar, mußte man nach einer anderen passenden Norm Ausschau halten.

Als der Weisheit letzter Schluß ist dabei herausgekommen, daß die Haushaltstätigkeit für den Verletzten selbst ein Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse (§ 843 BGB) ist, die Haushaltsführung für die anderen Familienangehörigen ein Erwerbsschaden (§ 842 BGB)²⁶. Nur am Rande sei erwähnt, daß sich bei der Bemessung des Anspruchs delikate Abgrenzungs- und Zuordnungsschwierigkeiten ergeben, welche Tätigkeit für sich selbst und welche für andere erfolgt, so etwa das Zubereiten der Speisen oder das Schrubben der Diele.

Mitgeprägt ist diese Aufspaltung des ehemals in § 845 BGB zusammengefaßten einheitlichen Anspruchs durch die Folgerungen, die daraus im Sozialrecht gezogen werden. Vor der Familienrechtsreform konnte die verletzte Ehefrau eine Unfallrente kassieren, während dem Mann – für die Familie zusätzlich – ein Schadensersatzanspruch nach § 845 BGB zustand. Der Wechsel der Aktivlegitimation führt nunmehr dazu, daß sowohl sachliche als auch persönliche Kongruenz zwischen Unfallrente und Erwerbsschaden bejaht werden²⁷.

Die Unfallrente wird somit im praktischen Ergebnis auf den Erwerbsschaden angerechnet; und das ungeachtet des Umstands, daß diese nur deshalb ausbezahlt wird, weil die Ehefrau früher *beruflich* erwerbstätig war²⁸. Der Grund der Auszahlung steht mit der Haushaltsführung somit in keinem sachlichen Konnex.

Für die Frage, welcher Betrag der Familie für die Deckung von Haushaltsdienstleistungen zur Verfügung steht, ist bedeutsam, daß ein Teil des Schadensersatzanspruchs, nämlich der wegen Beeinträchtigung in der Haushaltsführung für den Verletzten selbst, als Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse qualifiziert wird. Dieser steht dann stets zusätzlich zur Unfallrente zur Verfügung.

b) Eigenverantwortliche Tätigkeit – nicht mehr Leistung von Diensten in abhängiger Stellung

Wenn in unserer Gesellschaft eine Tätigkeit eigenverantwortlich ausgeübt wird, ist damit eine zumeist finanziell höhere Wertschätzung verbunden. Man sollte daher meinen, daß der Wechsel der rechtlichen Etikettierung von der

26 So BGH VersR 1974, 162. Kritisch gegen diese Aufteilung, die vornehmlich wegen der Folgerungen im Sozialrecht Bedeutung hat, *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung? (1995) 539 f.

27 *Lange*, FamRZ 1983, 1183. Aber auch soweit es an der persönlichen Kongruenz fehlt, wird nunmehr ein Regreßanspruch des Sozialversicherungsträgers bejaht, jedenfalls, soweit die sachliche Kongruenz zu bejahen ist. In diesem Sinn BGH VersR 1967, 176; BGHZ 69, 380, 382; anders noch BGH VersR 1956, 22, 24; VersR 1960, 656, 657.

28 Insofern ist auch eine Änderung in der Betrachtung zur sachlichen Kongruenz festzustellen. Kritisch dazu *Lange*, FamRZ 1983, 1183, 1184; die h.M. jedoch billigend *Ch. Huber*, Schadensberechnung 538 ff.

Leistung von Diensten in abhängiger Stellung zu einer eigenverantwortlichen Tätigkeit²⁹ eine Anhebung der zugrunde zu legenden Stundenlöhne zur Folge gehabt haben sollte³⁰. Eher das Gegenteil war der Fall³¹.

Nach wie vor werden Haushaltsführerschäden nach den – relativ niedrigen – Tarifsätzen des Bundesangestelltentarifs bemessen. In späterer Folge ist der Zuspruch von Schadensersatz für die Verletzung von Haushaltsführern gestiegen, weil Zeitbedarfswerte für das im Haushalt anfallende Tätigkeitsspektrum zugrundegelegt worden sind³². Dies hat freilich mit der Umqualifikation des Anspruchs von § 845 BGB auf die §§ 842 und 843 BGB rein gar nichts zu tun.

Die Heranziehung statistischer Untersuchungen hatte eine beträchtliche Anhebung der Schadensersatzbeträge zur Folge, ungeachtet des Umstands, daß die von den Gerichten verwendeten Tabellen von der Allianz-Versicherung in Auftrag gegeben worden sind³³, somit nicht in dem Verdacht stehen, zu geschädigtenfreundlich zu sein. Da die Gerichte freilich Angst vor der eigenen Courage hatten, haben sie sich bemüht gesehen, nach Faktoren Ausschau zu halten, die den Zuspruch bremsen³⁴.

Sie sind dabei auf das Argument verfallen, daß fremde Ersatzkräfte effizienter arbeiten als die verletzte Hausfrau³⁵. Vor der Familienrechtsreform hatten sie das noch genau umgekehrt beurteilt. Ich will kein Hehl daraus machen, daß ich die ältere Einschätzung für die realistischere halte³⁶. Typischerweise wird nämlich die Ehefrau und Mutter bei der Haushaltsführung für ihre Familienangehörigen mit mehr Engagement bei der Sache sein als eine beliebige fremde Ersatzkraft.

29 Vgl. *Böhmer*, FamRZ 1960, 173, 174, der mit Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am 1.4.1953 konstatiert, daß die Ehefrau aufgehört habe, eine Bedienstete des Mannes zu sein.

30 Für eine Höherbewertung der Tätigkeit des verletzten Familienangehörigen gegenüber einer fremden Ersatzkraft auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht § 21 I 8, S. 231.

31 Nachweise bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 523 f.

32 Bahnbrechend insoweit *Eckelmann*, Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer (berufstätigen) Frau oder Ehefrau wegen Becinträchtigung oder Ausfalls in der Haushaltsführung und Kinderbetreuung und wegen Ausfalls eines Barbetrags aus ihrem Einkommen zum Familienunterhalt und Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung des Ehemanns wegen Ausfalls des Barunterhalts und der Mitarbeit im Haushalt³ (1970); die Entwicklung zusammenfassend *Eckelmann/Nehls*, Schadensersatz bei Verletzung und Tötung (1987); instruktiv auch *Weichlein*, Die Höhe des Schadensersatzes bei Verletzung und Tötung der Hausfrau (1977).

33 *Schulz-Borck/Hofmann*, Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt¹ (1993). Eine Zusammenstellung der Leitentscheidungen der Rechtsprechung findet sich bei *Scheffen/Pardey*, Die Rechtsprechung des BGH zum Schadensersatz beim Ausfall von Haushaltsführung und Bareinkommen³ (1994).

34 Diesbezüglich die Richtungweisend *Wussow*, Die Höhe des Schadensersatzanspruchs bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau und Mutter, NJW 1970, 1393 ff.

35 So etwa *Hofmann*, Urteilsanmerkung, VersR 1982, 981, 984.

36 In diesem Sinn auch *Medicus*, Gründe und Grenzen des Ersatzes „fiktiver Schäden“. DAR 1982, 352, 357.

c) Abstellen auf die tatsächliche Tätigkeit, nicht mehr auf das gesetzlich geschuldete Ausmaß

Kam es bei § 845 BGB auch im Verletzungsfall darauf an, welche Tätigkeit gesetzlich geschuldet war, so wird bei Subsumierung des Anspruchs unter die §§ 842 und 843 BGB nunmehr auf die tatsächliche Einbuße abgestellt³⁷. Der Putzteufel wird anders taxiert als die Schlampe.

2. Tötung

Im Fall der Tötung führte der Wechsel der anzuwendenden Norm von § 845 BGB zu § 844 Abs. 2 BGB fast ausschließlich zu einer Verkürzung des Anspruchs. Zwei Teilbereiche sollen herausgriffen werden:

a) Vorteilsausgleichung

Durch ein Schadensereignis können nicht nur Nachteile eintreten. Es kann auch dazu kommen, daß dem Geschädigten Vorteile zufließen. Eine klassische schadensrechtliche Fragestellung lautet: Sollen diese Vorteile bei der Bemessung des Schadensumfangs berücksichtigt oder ausgeklammert werden? Dieses Eisen schien dem historischen Gesetzgeber zu heiß, als daß er es selbst anfassen und sich dazu äußern wollte³⁸. Vielmehr sollten sich damit Rechtsprechung und Literatur abplagen. Und die tun das noch heute.

Wird der Haushaltsführer getötet, so muß die Familie zwar auf die Person verzichten, die diese Tätigkeiten bisher verrichtet hat. Für den überlebenden Ehegatten schlägt aber bei nüchterner wirtschaftlicher Betrachtung auch zu Buche, daß er sich mit dem Tod des Partners die Zahlung des Unterhalts erspart. Soll dieser Umstand anspruchsmindernd berücksichtigt werden? Vielleicht kommt bei dieser Rechnung gar noch heraus, daß dem überlebenden Ehegatten der verstorbene Haushaltsführer mehr gekostet, als er gebracht hat.

Der Überlebende zieht durch den Tod des anderen am Ende womöglich noch einen wirtschaftlichen Vorteil! Unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Betreuungsdienstleistungen an die einzelnen Familienmitglieder – nach der Familienrechtsreform und der Umstellung der Anspruchsgrundlage von § 845 BGB auf § 844 Abs. 2 BGB – jeweils zu isolierten Schadensersatzansprüchen führen, die Anrechnung der Ersparnis von Unterhalt aber nur beim überlebenden Ehegatten in Betracht kommt, ist ein solches Ergebnis gar nicht so unwahrscheinlich.

Diese Folge ist durch den Wechsel der Anspruchsnorm – § 844 Abs. 2 BGB anstelle von § 845 BGB – mitveranlaßt³⁹. In § 845 BGB heißt es, daß für die

37 BGH VersR 1974, 1016 unter Aufgabe der gegenteiligen Vorjudikatur, so noch BGH VersR 1974, 162.

38 Staudinger¹²/Medicus § 249 Rdz. 137.

39 Vgl. dazu *Lange*, Schadensersatz § 9 IV 4 b mit Nachweisen in Fn. 105.

entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten ist. Die Rechtsprechung hat dies so ausgelegt, daß ein Anspruch im Ausmaß des Wertes der Dienste gebühre, ohne Berücksichtigung des ersparten Unterhalts⁴⁰. *Wussow*⁴¹ drückt das in der Weise aus, daß es beim Wertersatzanspruch nicht um einen Gesamtvermögensvergleich gehe, sondern um eine Bemessung unter Zugrundelegung des konkreten Vermögensobjekts.

Dafür wurde einerseits der Wortlaut ins Treffen geführt. Andererseits wurde darauf hingewiesen, daß bei Verlust des Ehepartners ohnehin nicht alle Nachteile ersetzt werden, etwa nicht der durch den Verlust des Partners erlittene Schmerz und auch nicht der Vermögensschaden, daß bei Einstellung einer Ersatzkraft diese typischerweise nicht die Leistung erbringe wie der getötete Ehegatte. Deshalb sei es berechtigt, eine Vorteilsausgleichung zu versagen.

Der BGH entfernte sich schrittweise von dieser Position⁴². Er rechnet heute den Vorteil des ersparten Unterhalts in vollem Umfang an⁴³. Er berief sich darauf, daß es ab sofort nicht mehr um einen *Wertersatzanspruch* gehe, sondern um einen *Schadensersatzanspruch*, der bloß der Auffüllung der gerissenen Vermögenslücke diene⁴⁴. Es ist damit nur noch der Nachteil ersatzfähig, daß der getötete Haushaltsführer mehr leistete, als er dem Unterhaltsschuldner kostete. Auch insoweit können wir eine beträchtliche Einschränkung des Ausmaßes des ersatzfähigen Schadens konstatieren.

Lassen Sie mich einen weiteren Aspekt ansprechen: Ist bei Tötung des Haushaltsführers Ersatz unabhängig von der Bedürftigkeit des überlebenden Ehegatten zu leisten, so ist das hinsichtlich der Mitwirkung des Getöteten im Betrieb des Überlebenden anders.

b) Auswirkungen bei Mitwirkung im Beruf des anderen

aa) Sättigungsgrenze beim Ehegattenunterhalt (§ 844 Abs. 2 BGB) versus Ersatz des Wertes der gesetzlich geschuldeten Dienstleistung (§ 845 BGB)

§ 845 BGB umfaßte nicht bloß die Tätigkeit im Haushalt, sondern auch die Mitwirkung im Beruf des Ehegatten. Auch insoweit war der Wert der Dienste zu vergüten, also im Klartext, was es kostet, anstelle des getöteten Ehepartners eine gleichwertige Ersatzkraft einzustellen. Ob die Tätigkeit des getöteten Ehepartners zu einem Gewinn geführt hat, ob der Betrieb als solcher rentabel war, darauf kam es nicht an.

40 RG HRR 1933/922; RGZ 152, 208, 211 unter Hinweis auf das Wesen der Ehe.

41 NJW 1970, 1323.

42 *Klingsporn* (FamRZ 1961, 56 Fn. 14c) wollte auf die Verrechnung gleichartiger Unterhaltsleistungen abstellen. Freilich hat sich diese Meinung nicht durchgesetzt.

43 BGH BGHZ 56, 389; NJW 1979, 1501.

44 Die Leitentscheidung, die die Trendwende bewirkte, ist BGH BGHZ 4, 123. Kritisch dazu *Beitzke*, Urteilsanmerkung, JZ 1953, 333 f.

Das ist nunmehr anders. Der Gesetzgeber hat an der Mitwirkungspflicht des einen Ehegatten im Beruf des anderen mehrmals herumgedoktert. Er hat das Kriterium der *Üblichkeit* der Mitwirkungspflicht aus dem Gesetz gestrichen, ohne daß sich auf familienrechtlicher Ebene in der Sache allzuviel geändert haben dürfte⁴⁵. Gravierende Auswirkungen ergaben sich freilich durch den Wechsel der Anspruchsnorm von § 845 BGB auf § 844 Abs. 2 BGB.

War nach § 845 BGB der Wert der bei Mitwirkung im Betrieb entgangenen Dienste zu ersetzen, so ist nach § 844 Abs. 2 BGB nur noch der *Unterhaltsbeitrag* ersatzfähig⁴⁶. Die Mitarbeit im Unternehmen und das dadurch erzielte Vermögensäquivalent stellt vom Ausgangspunkt her einen ebensolchen Unterhaltsbeitrag dar, als ob der getötete Ehegatte seine Arbeitskraft in einem anderen als dem Familienunternehmen einsetzte und dort etwas verdiente.

Wird aber nach § 844 Abs. 2 BGB nur noch die Unterhaltseinbuße ersetzt, so hat der Schädiger nicht mehr den gesamten Wert der vom getöteten Ehegatten erbrachten Dienstleistung zu ersetzen. Vielmehr beschränkt sich seine Einstandspflicht darauf, was dem überlebenden Ehegatten an gesetzlichem Unterhalt entgangen ist. Verdient dieser selbst genug, so daß er auf Unterhaltsbeiträge seines Ehegatten nicht angewiesen ist, ist ein Unterhaltsersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 BGB nicht gegeben. Denn nicht nur beim Kindesunterhalt, auch beim Ehegattenunterhalt gibt es eine Sättigungsgrenze⁴⁷.

bb) Mitwirkungspflicht nicht kraft Unterhaltsrechts (§ 1360 BGB), sondern aufgrund der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) – Überhangfälle

Es geht freilich noch weiter. Auch heute gibt es Konstellationen, in denen ein Ehegatte zu einer Mitarbeit im Beruf des Partners familienrechtlich verpflichtet sein mag, ohne daß sich dies – sogleich – in barer Münze niederschlägt⁴⁸. Meine sehr verehrten Herrn Kollegen, denken wir an uns selbst! Wir werden an unseren Publikationen gemessen. Was wir dafür vor Abschluß der Habilitation ins Verdienen gebracht haben, das dürfte – auf den Stundenlohn umgelegt – allenfalls von den Strafgefangenen unterboten werden. So manche Ehefrau hat dafür Beiträge geleistet, sei es, daß sie Bücher geholt, von Aufsätzen und Entscheidungen Kopien angefertigt oder sogar Fahnen gelesen hat. Ich will es bei diesen wenigen autobiographischen Hinweisen belassen.

45 Wurde die Mitarbeitspflicht in § 1356 Abs. 2 a.F. BGB zunächst geschlechtsneutral formuliert, so wurde diese Norm in der Folge gestrichen, BTDS 8/743, 2; *Emmerich*, Urteilsanmerkung, JuS 1981, 294. Die entsprechende Pflicht zur Mitarbeit stützt man nunmehr auf § 1360 BGB bzw. § 1356 Abs. 1 S. 2 BGB.

46 In einer Übergangsphase sah man die entgehende Mitarbeitspflicht insofern über § 845 BGB als ersatzfähig an, als es sich nicht um einen Beitrag zum gesetzlichen Unterhalt handelte, so *Gernhuber*, FamRZ 1958, 243, 250; *Hofmann*, VersR 1961, 486, 489; *Klingsporn*, FamRZ 1961, 55.

47 *W. Köhler/Luthin*, Handbuch des Unterhaltsrechts⁸ (1993) Rdz. 556, S. 129 f.

48 *Schwab*, Familienrecht⁸ (1995) Rdz. 106, S. 58.

Ist der Entgang des Wertes dieser Tätigkeiten bei fremdverschuldetem Tod des Partners ersatzfähig? Dafür interessierten sich auch mehrere Bundestagsabgeordnete in einer Anfrage im Jahre 1977. Der Bundesminister für Justiz antwortete im Brustton der Überzeugung, daß in solchen Fällen ein Ersatzanspruch des überlebenden Ehegatten gegen den Schädiger nach § 845 BGB nicht in Zweifel gezogen werden könne⁴⁹.

Er hatte allerdings die Rechnung ohne den Wirt gemacht. In Abwandlung des Spruches „Der Mensch denkt und Gott lenkt“ kann ich berichten, daß die Vorstellung der Ministerialbürokratie eine Sache ist und das Judiz des BGH eine andere.

Der Entscheidung BGHZ 77, 157 aus dem Jahre 1980 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Volleyballtrainer wurde von seiner Ehefrau unterstützt, indem diese für ihn die Fremdsprachenkorrespondenz erledigte, ohne für ihre gewiß nützliche Tätigkeit vom Volleyballverband auch nur eine müde Mark zu bekommen.

Als nach ihrer Tötung der Ehemann Ersatz für die ihm entgehenden Dienste begehrte, wies der BGH das Begehren ab. Der Volleyballtrainer erfuhr aus der Entscheidung, daß es sich bei § 845 BGB um eine Norm handle, die zwar nach wie vor im Gesetz stehe, aber inzwischen passé sei. Ersatz für entgehende Mitarbeit im Beruf könne er nur noch Maßgabe des § 844 Abs. 2 BGB begehren. Und da durch die Tätigkeit der Ehefrau nichts ins Verdienen gebracht worden sei bzw. er nach ihrer Tötung nicht weniger verdiene, sei dieser Nachteil nicht ersatzfähig.

Der BGH anerkennt zwar ausdrücklich, daß es in solchen von ihm bezeichneten *Überhangfällen* eine familienrechtliche Pflicht zur Mitarbeit geben könne⁵⁰. Diese führe freilich nicht notwendigerweise dazu, daß im Fall der Tötung des Ehepartners ein ersatzfähiger Schaden gegeben sei⁵¹.

Besinnt man sich auf die Entstehungsgeschichte des § 845 BGB, daß diese Norm dazu dienen soll, Auswirkungen, die von ähnlicher Tragweite sind wie der Ausfall des Unterhaltsschuldners, der für das materielle Substrat des Unterhalts sorgt, so ist diese Wertentscheidung durchaus zu billigen⁵². Das gilt jedenfalls insoweit, als nicht auf diese Weise künftiger Erwerb und damit eine künftige Unterhaltsquelle gesichert wird. Insoweit könnte ein Unterschied

49 BT-Drucks. 8/743, S. 3.

50 Gernhuber/Coester-Waltjen (Lehrbuch des Familienrechts § 20 III 1, S. 219) sind schon auf familienrechtlicher Ebene skeptisch, ob eine solche Pflicht besteht und führen dazu aus, daß sie lediglich konstruiert werde, um ein deliktsrechtliches Wunschergebnis zu stützen, § 844 Abs. 2 BGB breiten Raum zu gewähren. Wie BGHZ 77, 157 indes belegt, führt die Annahme einer familienrechtlichen Pflicht keineswegs notwendigerweise zur Ersatzfähigkeit der familienrechtlich geschuldeten Tätigkeiten!

51 Noch offengelassen in BGHZ 59, 172, 174; LM § 844 Nr. 32.

52 Zudem ist nicht einzusehen, den Ausfall familiärer Arbeitskräfte schärfer zu sanktionieren als den familienfremder.

bestehen zwischen einem Volleyballtrainer und einem Universitätsprofessor in statu nascendi⁵³.

3. Harmonisierung mit den Gefährdungshaftungsgesetzen

Bisher war überwiegend von Aspekten die Rede, die infolge der gleichheitskonformen Ausgestaltung des Familienrechts und der Einbettung von Schadenersatzansprüchen in das allgemeine Schadensersatzrecht zu einer Reduktion des der Gesamtfamilie zustehenden Betrags geführt haben. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß es auch gegenläufige Tendenzen gibt.

Den Gefährdungshaftungsgesetzen fehlt bis heute eine dem § 845 BGB entsprechende Norm. Der Haushaltsführerschaden wird somit als etwas eingeschätzt, das wie das Schmerzensgeld am ehesten entbehrlich ist. Die Umqualifikation weg von § 845 BGB hin zu den §§ 842, 843 und 844 Abs. 2 BGB hatte insoweit zur Folge, daß diese Einbuße ersatzfähig geworden ist. Die Gefährdungshaftungsgesetze kennen insoweit parallele Normen, nicht aber eine Entsprechung zu § 845 BGB.

Diese Angleichung ist durchaus zu begrüßen, ist doch die Harmonisierung der Rechtsfolgen zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung eine seit langem erhobenen Forderung⁵⁴. Die Herstellung dieses Gleichklangs in bezug auf den Haushaltsführerschaden ist jedoch eher ein lucky punch der Gesetzgebung als eine mit Bedacht vollzogene Änderung.

Die Aushöhlung des § 845 BGB zog aber noch weitere Kreise:

VI. Ausgreifen auf weitere Schadenersatzansprüche – Anlaß für den Umbau des gesamten Schadensrechts

1. Ersatzfähigkeit weiterer Haushaltsdienstleistungen

a) Personelle Dimension

§ 845 BGB baute auf dem traditionellen patriarchalischen Familienkonzept auf und erfaßte Haushaltsdienstleistungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes. Mit der Verwirklichung des Gleichberechtigungsprinzips im Familienrecht überantwortet § 1356 BGB die Verteilung von Haushaltstätigkeit und beruflicher Erwerbsarbeit dem Einvernehmen der Ehepartner. Eine

53 Vgl. dazu die vergleichbare Frage beim Ehegattenunterhalt. Nach § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB ist zwar beim Scheidungsunterhalt auf die Lebensverhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung abzustellen. Hat aber der Unterhaltsgläubiger Vorleistungen für einen nach Scheidung bewirkten Aufstieg des Unterhaltsschuldners erbracht, ist dies bei der Bemessung des Unterhalts zu berücksichtigen. Prototypisch BGH FamRZ 1986, 148: Aufstieg eines Medizinstudenten zum Assistenzarzt.

54 In diesem Sinn bereits Gernhuber, FamRZ 1958, 243, 250; Stoll, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schäden, 45. DJT (1964) 1 ff.

Folge davon ist, daß auch Beeinträchtigungen der Haushaltsführung durch Ehemänner ersatzfähig ist.

Abgestellt wird dabei auf die tatsächliche Ebene, wobei im Verletzungsfall auch die Haushaltsführung für sich selbst ein ersatzfähiger Schaden ist. Es stellt sich bei diesem Ausgangspunkt die Frage: Warum sollen eigentlich bloß zwischen Ehemann und Ehefrau erbrachte Haushaltsdienstleistungen ersatzfähig sein?

Und in der Tat ist Schritt für Schritt eine Erweiterung des Spektrums zu beobachten: Auch die Haushaltsleistung von Singles zählt dazu, eine species, die in der heutigen Gesellschaft ebenso im Vordringen begriffen ist wie die außereheliche Lebensgemeinschaft⁵⁵. Aus der Perspektive des Erwerbsschadens kann es dann aber auch keinen Unterschied machen, ob es sich bei einer Lebensgemeinschaft um Homosexuelle oder Lesben handelt. Ja, ich will noch eins draufsetzen.

Letztendlich kann es von der Warte des Schadenersatzrechts keinen Unterschied machen, ob Haushaltsdienstleistungen in einer Kommune oder in einer Ordensgemeinschaft⁵⁶ erbracht werden, mögen sich diese Formen des Zusammenlebens auch sonst in vielfältiger Weise unterscheiden. Der Kreis der einzubeziehenden Tätigkeiten erfaßt schließlich die pflegerische Betreuung weiterer Verwandter bis hin zu karitativen Tätigkeiten⁵⁷.

b) Sachliche Dimension

Wenn man von Haushaltsführung spricht, so wird dadurch der ökonomische Gehalt nicht immer in vollem Ausmaß deutlich. Ungeachtet des Umstands, daß im ausgebauten Sozialstaat von den Kindergärten bis zu den Pflegeheimen viele Dienstleistungen institutionalisiert sind, die früher von der Familie wahrgenommen worden sind, wird durch Haushaltsdienstleistungen im weite-

55 *Ferrari* (Der neue deliktische Schutz der eheähnlichen Lebensgemeinschaft in Italien, *RabelsZ* 1992, 757, 758) berichtet, daß es in Schweden schon mehr außereheliche Lebensgemeinschaften als Ehen gebe. Zum Schadenersatzanspruch des Partners einer außerehelichen Lebensgemeinschaft wegen Beeinträchtigung in der Haushaltsführung *Pardey*, Haushaltsführerschaden bei Lebensgemeinschaften, *DAR* 1994, 265 ff.; *Gothardt*, Schadenersatz bei Ausfall einer Tätigkeit außerhalb des Erwerbslebens – OLG Celle NJW 1988, 2618; LG Zweibrücken, NJW 1993, 3207, JuS 1995, 12 ff.; *Ch. Huber*, Der Erwerbsschaden des Partners einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft wegen Behinderung in der Haushaltsführung – „amerikanische Verhältnisse“ durch Zuerkennung eines Ersatzanspruchs, *FS-Steffen* (1995) 193 ff.

56 Ablehnend freilich OLG Celle NJW 1988, 2618 (zustimmend *Lange*, Schadenersatz § 6 XIV 1, S. 383); gegenteilig aber OGH ZVR 1976/320 (zustimmend *Holzer/Posch/Schilcher*, Was kommt nach dem Sozialschaden? *öRdA* 1978, 210, 226 f.) wobei jeweils ein Ordensbruder verletzt wurde, der sich um die Klostersgärtnerei gekümmert hatte.

57 So *Magnus*, Schaden und Ersatz (1987) 243; vorsichtiger für das österreichische Recht *Schulmacher*, Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit als Problem des Schadensbegriffs, *ZAS* 1977, 43, 49.

ren Sinn noch immer ca. 1/3 des Bruttoinlandsproduktes erwirtschaftet⁵⁸. Es geht somit keinesfalls um eine quantité négligeable.

Bei dem Wort Haushaltsführung denken die allermeisten an Einkaufen, Kochen, Wohnungsreinigung und Kinderwickeln. Zur Haushaltsführung im weiteren Sinn zählen aber auch Arbeiten wie die Instandsetzung und Reparatur von Autos, das Handanlegen beim Eigenheimbau sowie die Abgabe von Steuererklärungen⁵⁹. Je nach Temperament und Begabung ist es schon eine gehörige Portion Zeit, die jeder einzelne von uns mit solchen Tätigkeiten verbringt.

Gerade in den letzten Jahren ist zu beobachten, daß sich die verletzten Bürger in zunehmendem Maße bewußt sind, daß auch solche Verrichtungen eine Wertschöpfung bewirken und mehr sind als gestaltete Freizeit⁶⁰.

2. Abstrakte Schadensberechnung – nicht nur bei Verletzung eines Haushaltsführers

a) Kein Erwerbsschaden an einen Clochard

Ein allerletzter Gedanke soll in diesem Zusammenhang angesprochen werden. Die herrschende Judikatur bemißt den Anspruch des Haushaltsführers im Verletzungsfall – auch unter dem Regime der §§ 842, 843 BGB – weiterhin nach dem Wert der vereitelten Tätigkeit⁶¹. Wie die Restfamilie darauf reagiert, das wird grundsätzlich für belanglos angesehen. Dabei wird stets behauptet, daß man sich insoweit auf dem Terrain des Vermögensschadens bewege.

So manche Literaturstimme⁶² führt aus, daß man den Haushaltsführerschaden nur dann in den Griff bekomme, wenn man die Arbeitskraft als solche als Vermögensgut ansehe, ohne daß es darauf ankomme, welche Auswirkungen deren Beeinträchtigung im Vermögen zeitige. Manche meinen, daß ein solcher Bewertungsansatz dann aber auch auf andere Bereiche übertragen werden müsse⁶³.

Sosehr die Rechtsprechung beim Haushaltsführerschaden – eingestanden oder nicht – den Schaden wie einst bei § 845 BGB abstrakt berechnet, so vehement wehrt sie sich gegen die Transponierung dieses Bewertungsansatzes auf andere Konstellationen. Das Schreckgespenst, das aus dem Hut gezaubert

58 *Biffi*, Der Haushaltssektor – der volkswirtschaftliche Wert der unbezahlten Arbeit (1987).

59 Zum Kreis der Tätigkeiten, die bei Vereitelung zu einem Schadenersatzanspruch führen *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 464 ff.

60 BGH VersR 1988, 490; VersR 1989, 857; VersR 1989, 1308.

61 Nachweise bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 491 ff.

62 So etwa *Grunsky*, Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung, NJW 1983, 2465, 2469.

63 *Magnus* (Schaden und Ersatz [1987] 243) verweist etwa darauf, daß der Schadenersatzanspruch des verletzten Haushaltsführers mit dem herkömmlichen Schadensbegriff in Einklang gebracht werden müsse.

wird, ist der Privatier, der von den Einkünften seines Vermögens lebt, oder – *horribile dictu* – sogar der Clochard oder Penner. Auch der Penner verfügt über ein einsatzfähiges Arbeitskraftpotential gleich wie der Haushaltsführer, ohne daß damit etwas ins Verdienen gebracht wird.

Wenn man dem Haushaltsführer im Weg der abstrakten Schadensberechnung die Möglichkeit eröffne, seinen Erwerbsschaden nach den Kosten einer Ersatzkraft zu bemessen, warum dann nicht auch dem Clochard? Es ist mehr als eine gefühlsmäßige Abneigung, den Haushaltsführer nicht wie einen Clochard zu behandeln. Beim Haushaltsführer haben wir es immerhin mit einer *aktivierten Arbeitskraft* zu tun, während dies beim Clochard gerade nicht gegeben ist⁶⁴.

Welcher dogmatische Ausweg ist hier gangbar? Nun, eine Möglichkeit bestünde darin, die Mehranstrengung der Familienangehörigen bzw. das Einspringen von Verwandten als Vermögensaufwendung anzusehen, die nach der Wertung des § 843 Abs. 4 BGB dem Schädiger nicht zugutekommen soll⁶⁵. Der verbleibende Komfortverzicht bliebe aber stets eine nach § 253 BGB nicht ersatzfähige immaterielle Einbuße. Das hätte eine weitere Kontraktion des ersatzfähigen Schadens zur Folge.

Oder aber man verweist auf die BGH-Judikatur zum Sachschaden. Auch dort anerkennt der BGH bei der Eigenreparatur, daß selbst bei Überschreiten des Wiederbeschaffungswertes auf der Basis eines Sachverständigengutachtens abgerechnet werden könne, wenn in Eigenregie die Unfallfolgen am Fahrzeug im wesentlichen beseitigt worden sind⁶⁶. Auch insofern kommt es dazu, daß ein ideeller Schaden im Randbereich unter dem Deckmantel des Vermögensschadens zuerkannt wird.

b) Beweiserleichterung zum Nachweis eines Erwerbsschadens eines selbständig Erwerbstätigen

Eine davon zu unterscheidende Frage ist die, ob der Bewertungsansatz fiktiver Ersatzkraftkosten ein Beweismittel sein kann, um auf diese Weise einen ansonsten schwer nachzuweisenden Verdienstausschlag zu belegen. Prototypisch dafür ist der 1970 in BGHZ 54, 45 entschiedene Diplomchemikerfall. Ein Einzelunternehmer betrieb Forschungsaktivitäten in seinem Unternehmen. Es dauerte meist einige Jahre, bis er ein Produkt entwickelte, zum Patent anmelden und mit Gewinn verwerten konnte. Zu Beginn einer solchen Entwicklungsphase wurde er am Körper verletzt und begehrte Ersatz seines Erwerbsschadens unter Zugrundelegung der Kosten eines Diplomchemikers.

64 In diesem Sinn vor allem *Hagen*, JuS 1969, 61, 69.

65 Für einen solchen weiten Aufwendungsbegriff *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 496 f.

66 BGH NJW 1992, 1618; *Sanden/Völtz*, Sachschadenrecht des Kraftverkehrs⁶ (1994) Rdz. 125, S. 35.

Der BGH wies das Begehren zur Gänze ab, weil er den Nachweis als nicht erbracht ansah, daß eine gewinnbringende Tätigkeit vorlag. Über den Umweg der Berufung auf fiktive Ersatzkraftkosten sollte nicht eine möglicherweise defizitäre Tätigkeit in eine lukrative und damit ersatzfähige Einbuße umgemünzt werden.

Sosehr dem BGH insoweit beizupflichten ist, sosehr dürfte die Zuerkennung des begehrten Ersatzbetrags in der konkreten Causa daran gescheitert sein, daß sich fix besoldete Richter, die monatlich bestimmte Beträge ins Verdienen bringen, zu wenig in die Situation eines freien Unternehmers hinein-denken konnten, der jahrelang Vorarbeiten leisten muß, ehe er dann eine Abgeltung dafür erhält.

Wenn man sich von dieser Zögerlichkeit einmal befreit, dann sollte man die fiktiven Ersatzkraftkosten als Beweismittel für den Nachweis des entgangenen Gewinns zulassen. Auch den entgangenen Geschäftsgewinn kann man heutzutage nach anglo-amerikanischem Vorbild aufgrund der Rentabilitätshypothese anhand der frustrierten Aufwendungen berechnen⁶⁷. Auf dem Boden der subjektiv-konkreten Schadensberechnung sollte aber eine generelle Berechnung des Erwerbsschadens nach den Kosten einer fiktiven Ersatzkraft ohne Wenn und Aber nicht zugelassen werden.

Als Zwischenresümee will ich somit festhalten, daß die Ablösung des § 845 BGB im Kernbereich zu beachtlichen Turbulenzen geführt hat. Dabei hat der Familie der Reformwind des Familienrechts öfter ins Gesicht geblasen und sie zurückgeworfen, als daß er sie ein Stück vorangebracht hätte. Darüber hinaus war dieser Umbau nicht ohne Einfluß auf weitere Fallgruppen, die an sich mit dem Haushaltsführerschaden rein gar nichts zu tun haben.

Lassen Sie mich abschließend noch auf den dem § 845 BGB verbliebenen Anwendungsbereich eingehen und prüfen, inwieweit dieser sachlich berechtigt ist.

VII. Der dem § 845 BGB verbliebene Anwendungsbereich: Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Hauskinds (§ 1619 BGB)

Bisher war mit Bezug auf § 845 BGB vornehmlich vom Ehegattenunterhalt die Rede. Am Rande bin ich noch eingegangen auf die Mitarbeit des Ehegatten im Beruf des anderen. In diesen Fällen wird § 845 BGB heute nicht mehr für anwendbar angesehen. Wenn er in dem Bereich nicht zur Anwendung kommt, für den er vom historischen Gesetzgeber hauptsächlich vorgesehen war, gibt es dann überhaupt noch einen Platz für ihn? Ist es denn nicht ein methodisches Dogma, eine Norm stets so auszulegen, daß ihr irgend ein Anwendungsbereich verbleibt⁶⁸?

67 Dazu vor allem *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993) Nr. 255, S. 319 ff.

68 So *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 464.

Nun, die Anwendbarkeit des § 845 BGB wird bejaht unter Hinweis auf eine familienrechtliche Norm, der zwar bescheinigt wird, daß sie antiquiert und überkommen ist⁶⁹, die sich aber ungeachtet dessen bis heute gehalten hat. Es handelt sich um § 1619 BGB. Um dessen Bedeutung für das Schadensersatzrecht auszuloten, muß ich zunächst seinen Inhalt kurz beschreiben:

1. Der Inhalt des § 1619 BGB

Meine Damen und Herren, unternehmen Sie mit mir zum Abschluß meines Vortrags nicht bloß eine Reise zurück bis an das Ende des 19. Jahrhunderts. Nein, ich entführe Sie in die antike Rechtsgeschichte, 2000 Jahre zurück ins römische Recht.

Nach römischem Recht standen alle Familienmitglieder samt den Sklaven unter der *patria potestas*, der väterlichen Gewalt. Das Hauskind lebte im väterlichen Haushalt und schuftete ein Leben lang ohne Entgelt. Es erhielt vom *pater familias* den Unterhalt und allenfalls ein Taschengeld, ein *peculium*. Es tat dies, weil ihm das väterliche Unternehmen nach dessen Tod zufallen würde⁷⁰. Dieses Konzept ist in § 1619 BGB tradiert worden.

Wenn nun dieses Hauskind verletzt oder getötet wird, so ist verständlich, daß § 845 BGB auf diese Konstellation haargenau paßt. Beim Hauskind handelt es sich um eine Person, die zu Diensten im Haushalt oder Geschäft eines anderen gesetzlich verpflichtet ist. Und wenn diese Arbeitsleistung ausfällt, kann der *pater familias* dafür Ersatz begehren.

Es stellt sich indes die Frage: Gibt es diese Form des Zusammenlebens im ausgehenden 20. Jahrhundert noch oder ist das nicht mehr als eine historische Reminiszenz? Wenn Sie eine Juris-Abfrage machen, dann sind Sie baß erstaunt, wie oft sich in allerletzter Zeit deutsche Gerichte bis hin zum BGH mit Schadensersatzansprüchen nach Verletzung oder Tötung des Hauskindes gemäß § 845 BGB zu beschäftigen hatten⁷¹.

Sagt man schon generell einem Toten nichts Schlechtes nach, so dürfte die Verklärung bei Tötung eines Hauskindes auf die Spitze getrieben werden. *Dunz*⁷², ein Richter des BGH, hat daher durchaus pointiert erklärt, daß nur tote Hauskinder geduldig ihre Arbeitskraft den Eltern zu opfern pflegen. Und wie man hinzufügen darf: Die Gerichte tun ein übriges, um diesem Mythos zu huldigen⁷³.

69 So *Schwab*, Familienrecht Rdz 424, S. 225; *Coester*, Urteilsanmerkung, FamRZ 1985, 956, 957; etwas vorsichtiger *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrecht § 55 I 1, S. 843.

70 *H. Honsell*, Römisches Recht⁴ (1997) § 65, 2, S. 169; *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁷ (1994) Kap. 5 III, S. 146.

71 Zuletzt BGH JuS 1996, 171 (*Hohloch*): OLG Celle NZV 1997, 232, Revision vom BGH abgelehnt mit Beschluß vom 3.12.1996, IV ZR 81/96.

72 Anm. zu LM § 845 Rdz. 22.

73 Mehr Realitätssinn zeigt freilich die prinzipielle zeitliche Begrenzung mit der Vollendung des 25. Lebensjahres des Hauskindes. So OLG Celle NJW-RR 1990, 1478; BGH NJW 1991, 1226.

Die Kombination von § 1619 und § 845 BGB weist zahlreiche innere Widersprüche bei ihrer Anwendung auf. Selbst wenn man diese ausräumen könnte, gibt es m. E. aber schon de lege lata gute Gründe, darauf zu verzichten, diese explosive Mischung weiterhin zur Anwendung zu bringen.

Zunächst zu den inneren Widersprüchen:

2. Innere Widersprüche

a) Überlagerung durch einen Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag

Ein Schadensersatzanspruch des Hausvaters steht bloß zu, wenn die Mitarbeit auf familienrechtlicher Basis erfolgt. Stellen der Vater und das Hauskind die Mitarbeit auf eine vertragliche Basis, schließen sie einen Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag, dann geht der privilegierte Schutz des § 845 BGB verloren⁷⁴.

Das ist um so mehr berichtenswert, als die Rechtsprechung Arbeits- bzw. Gesellschaftsverträge mitunter als stillschweigend geschlossen ansieht, um dem ohne Entgelt Mitarbeitenden einen Ausgleichsanspruch zuzuerkennen. *Gernhuber*⁷⁵ meint denn auch mit durchaus zynischem Unterton, daß sich die Parteien des Vertragsschlusses häufig nicht bewußt sind, dieser zumeist erst vom Richter entdeckt wird. Erfolgt die Annahme eines stillschweigenden Vertrags typischerweise, um Ausgleichsansprüche des ohne Entgelt Mitarbeitenden zu begründen, führt eben diese Annahme im Deliktsrecht zu einer zumindest teilweisen Befreiung des Schädigers⁷⁶.

Auch die Kriterien scheinen beliebig in Abhängigkeit vom gewünschten Ergebnis zu variieren. Die Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsabgaben wird als Indiz für den Abschluß eines Arbeitsvertrag angesehen⁷⁷. Eine neuere BGH-Entscheidung⁷⁸ hat den Parteien aber selbst bei Abschluß eines Ausbildungsvertrags zugestanden, daß dies alles womöglich bloß pro forma geschehen sei mit der Wirkung, daß der Schadensersatzanspruch nach § 845 BGB aufrechterhalten wurde.

b) Verwertung der Restarbeitskraft

Wird das Hauskind verletzt, steht dem Inhaber des Geschäfts, zumeist also dem Hausvater, ein auf den Ersatz des Wertes der Dienste gerichteter Scha-

74 BGH FamRZ 1973, 298 Nr. 914; OLG Köln VersR 1991, 1292; *Schwab*, Familienrecht Rdz. 426 f., S. 225 f. Anders aber BGH FamRZ 1991, 298, 300: Abschluß eines Ausbildungsvertrags steht der Erbringung von Leistungen als Hauskind nicht entgegen. Kritisch dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts § 55 I 3, S. 845 f.

75 FamRZ, 1958, 243, 244.

76 In diesem Sinn auch OLG Celle NJW-RR 1990, 1478: Keine Vermutung der Mitarbeit auf familienrechtlicher Basis. Gegenteilig noch *Kropholler*, FamRZ 1969, 241, 248 Fn. 98 unter Hinweis auf die damalige Rechtsprechung.

77 OLG Köln VersR 1991, 1292; gegenteilig freilich BGH BGHZ 69, 380.

78 NJW 1991, 1226.

denersatzanspruch zu. Ist für das Kind freilich ein Teil seiner Restarbeitskraft verwertbar, fällt damit der Schadensersatzanspruch des Hausvaters weg. An die Stelle tritt ein eigener Schadensersatzanspruch des Hauskindes. Damit sind zweierlei Ungereimtheiten verbunden.

Für den Ersatzpflichtigen stellt sich das Risiko, eines Tages an den falschen Gläubiger zu leisten, was dieser freilich durch Streitverkündung (§§ 73, 74 ZPO) aus der Welt schaffen kann⁷⁹. Für die Familie fällt ein privilegierter Berechnungsansatz weg, ist es doch etwa in der Landwirtschaft häufig so, daß der Wert der Dienstleistung, die Kosten einer Ersatzkraft, gar nicht erwirtschaftet werden, die infolge der Verletzung des Hauskindes eintretende Einbuße somit geringer ist als der Lohn einer Ersatzkraft.

Sprechen schon diese inneren Widersprüche de lege ferenda für eine Ablösung dieser Normenkombination, nämlich von § 845 und § 1619 BGB, so gibt es durchaus gewichtige Gründe, auf die Anwendung des § 845 BGB bei Verletzung oder Tötung des Hauskindes schon de lege lata zu verzichten.

3. Gründe gegen ein Festhalten an § 845 BGB bei Verletzung oder Tötung des Hauskindes

a) Prämie für das Verharren in einer überkommenen Lebensform

Man fragt sich, weshalb der privilegierte deliktische Schutz des Hausvaters und damit der Gesamtfamilie wegfallen soll, wenn die familienrechtliche Mitarbeit des Hauskindes auf eine vertragliche Grundlage gestellt werden soll oder wenn das Hauskind nicht mehr im elterlichen Verbund wohnt⁸⁰ oder den Hauptteil seines Lebensunterhalts anderswo verdient⁸¹. Soll das Deliktsrecht einen Anreiz bieten für das Verharren in einer überkommenen Lebensform?

b) Ausgleich für den Verzicht auf die Progressionskappung im Einkommenssteuerrecht

Ist es ein Ausgleich dafür, daß der Steuerberater nicht konsultiert wurde oder dieser seine Hausaufgaben nicht gemacht hat? In einer intakten Familie würde man nämlich schon aus Gründen der Progressionskappung das Hauskind finanziell über das Taschengeld hinaus am Gewinn des Unternehmens beteiligen⁸².

c) Strukturmaßnahme zugunsten wenig ertragreicher Betriebe

Oder stellt § 1619 BGB in Kombination mit § 845 BGB eine Strukturmaßnahme zugunsten wenig ertragreicher familiärer Betriebe dar, weil durch diese Norm bewirkt wird, daß für den Ausfall einer familiären Arbeitskraft auch

79 So auch BGH BGHZ 69, 380, 385.

80 So OLG Nürnberg VersR 1992, 188.

81 So LG Kiel FamRZ 1989, 1172; gegenteilig freilich OLG Saarbrücken FamRZ 1989, 180.

82 Henrich, Familienrecht³ (1995) 212.

dann zum Markttarif eine Ersatzkraft eingestellt werden kann, wenn sie nicht einmal ihre Lohnkosten hereinspielt⁸³? Eine solche den Wettbewerb verzerrende Regelung zugunsten von Verlustbetrieben dürfen wir dem BGB aber wohl nicht unterstellen!

d) Wertungsgleichklang mit dem Fall der Verletzung bzw. Tötung des im Unternehmen mitarbeitenden Ehegatten

Gegen eine Anwendung des § 845 BGB in Kombination mit § 1619 BGB spricht schließlich der gebotene Wertungsgleichklang mit den Fällen der Verletzung bzw. Tötung des mitarbeitenden Ehegatten⁸⁴.

Weist man dem Ehegatten bei Mitarbeit im Betrieb des anderen im Verletzungsfall die Aktivlegitimation zur Geltendmachung eines eigenen Schadensersatzanspruchs zu, so ist mit *Schiemann*⁸⁵ absolut nicht einzusehen, warum dies beim Hauskind anders sein sollte. § 845 BGB war vom historischen Gesetzgeber als Auffangtatbestand konzipiert worden, weil mangels rechnerischen Schadens beim Verletzten ansonsten der Schädiger nicht zur Verantwortung gezogen werden könnte⁸⁶. Die Fortentwicklung des Schadensbegriffs vom mechanischen zum normativen macht die Berufung auf § 845 BGB im Verletzungsfall überflüssig. Außerdem kann man damit das Auseinanderfallen der Person, die die Rechtsgutsverletzung erlitten hat, und dem Anspruchsteller vermeiden.

Es bleibt der Tötungsfall. Auch bei Tötung des Hauskindes ist m. E. nicht einleuchtend, warum der Hausvater bzw. die Eltern einen von ihrer Bedürftigkeit losgelösten Schadensersatzanspruch geltend machen können sollten. Selbst bei Tötung des im Betrieb des Partners mitarbeitenden Ehegatten hat man einen Schadensersatzanspruch abgelehnt, wenn dieser bloß auf der ehelichen Mitwirkungspflicht des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB beruht, ohne daß es dadurch zur Erfüllung eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs kommt⁸⁷. Warum soll es bei Tötung eines Hauskindes einen weitergehender Schutz geben?

Wertungsgesichtspunkte weisen eher in die Gegenrichtung: Der Unterhaltsanspruch der Eltern gegen die Kinder ist an viel restriktivere Voraussetzungen geknüpft als der Unterhaltsanspruch der Ehegatten gegeneinander⁸⁸. Dazu kommt, daß das Hauskind seine Mitarbeit im Hauswesen oder Gewer-

83 Vgl. dazu BGH FamRZ 1978, 22, 23; OLG Karlsruhe FamRZ 1988, 1050. Nach § 845 BGB kommt es zudem nicht darauf an, ob überhaupt eine Ersatzkraft eingestellt wird, wogegen der (österreich.) OGH in der E ZVR 1995/45 – zu Recht – gerade darauf abgestellt hat.

84 Für eine unterschiedliche Behandlung gegenüber dem Ehegattenunterhalt aber *Dunz*, Anm. zu LM § 845 Nr. 22.

85 In Erman⁹ § 845 Rdz. 2.

86 So auch BGH BGHZ 69, 380, 381.

87 § 1618a BGB war von den Gesetzesverfassern nach dem Vorbild von Art. 272 des schweizerischen ZGB konzipiert als Parallelnorm zu § 1353 BGB. So BTDS 8/2788, S. 43.

88 *Schwenzer* (Verwandtenunterhalt und soziodemographische Entwicklung, FamRZ 1989, 685, 688) plädiert denn auch de lege ferenda für die Abschaffung der Unterhaltspflicht der Kinder gegenüber den Eltern.

be der Eltern von heute auf morgen aufkündigen kann⁸⁹, während der mitarbeitende Ehegatte dem anderen berechtigter Weise nicht ein solches abruptes Ende bereiten darf. Die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft aus § 1353 BGB hat eine intensivere Qualität als die in § 1618a BGB vor noch nicht allzu langer Zeit normierte Beistands- und Rücksichtspflicht zwischen Eltern und Kindern.

Als Auffangtatbestand steht noch immer § 844 Abs. 2 BGB zur Verfügung, wonach die Eltern Schadensersatz wegen entgehenden Unterhalts begehren können⁹⁰. Und ein solcher Unterhalt kann nicht nur in Geld oder Sachleistungen erbracht werden, sondern auf Wunsch des Verpflichteten nach § 1612 Abs. 1 S. 2 BGB auch in anderer Form, etwa durch Haushaltsdienstleistungen⁹¹.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist damit die letzte Bastion gefallen. Lassen Sie mich zum Schluß ein kurzes Resümee versuchen:

VIII. Resümee

§ 845 BGB war eine perfektionistische Lösung, die solange gegriffen hat, als das Umfeld gestimmt hat. Nachdem sich dieses geändert hat, ist § 845 BGB zu einer leeren Hülse verkommen. Selbst für die archaische Form der unentgeltlichen Mitarbeit im elterlichen Betrieb als Hauskind hat diese Norm ausgedient. Soll sie gleichwohl als Ruine stehen bleiben, als Mahnmal für eine längst vergangene Zeit?

Da ich aus Österreich stamme, wo der Fremdenverkehr eine bedeutende Rolle spielt, könnte ich dieser Idee vielleicht etwas abgewinnen. Auch in der wirklichen Landschaft läßt man Ruinen des Mittelalters oder der Antike stehen, damit sie von Touristen besichtigt werden, die dabei in romantische Verklärung verfallen. Ich halte solchen Luxus in der Rechtsordnung indes für gefährlich.

Zur Untermauerung will ich einen bodenständigen Vergleich zu Hilfe nehmen. Im Schwäbischen gilt der Satz: Schaffe, schaffe, Häusle baue. Wer einen Teil des Erdgeschosses aushöhlt, der sollte die darüber befindliche Mansarde abtragen, weil sie die Stütze verloren hat. Tut er das nicht, besteht die Gefahr, daß das ganze Haus aus den Fugen gerät.

⁸⁹ So auch BGH VersR 1960, 132, 133; BGHZ 69, 380, 383 f.

⁹⁰ Es würde dadurch auch ein vollkommener Gleichklang zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung erzielt. Vgl. BGH FamRZ 1969, 598 und dazu *Kilian*, Urteilsanmerkung, NJW 1969, 2005 f.

⁹¹ Vgl. dazu OLG Bamberg FamRZ 1985, 308 sowie die gleichlautende Endentscheidung BGH VersR 1985, 290: In diesem Fall machte die Tochter einen Anspruch gestützt auf §§ 845, 1618a BGB geltend, weil die Mutter wie ein „Hauskind“ in den landwirtschaftlichen Betrieb der Tochter integriert war. Das Begehren wurde abgewiesen. Kritisch dazu *Coester*, FamRZ 1985, 956, 957 unter Hinweis auf Art 3 I GG.

Daher meine Schlußfolgerung: Die normative Ruine des § 845 BGB sollte abgetragen werden und mit ihr § 1619 BGB, der siamesische Zwilling⁹². Und hinzufügen darf ich: Auch für den Gesetzgeber gilt, was Sie vom Mikadospiel wissen: Das schlichte Wegnehmen ist leichter, als etwas anderes an dessen Stelle zu setzen!

⁹² In diesem Sinn wohl auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts § 55 I 1, S. 843. Ähnlich, wenngleich noch vorsichtiger *Kropholler*, FamRZ 1969, 241, 251.