

NOMOSKOMMENTAR

BGB

Schuldrecht

Band 2/1: §§ 241–610
3. Auflage

Herausgegeben von

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

in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein



Nomos

Deutscher **Anwalt** Verein

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

BGB

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

ISBN 978-3-8487-1102-4

Band 2/1: §§ 241–610
3. Auflage

Herausgegeben von

Prof. Dr. Barbara Dauter-Lieb, Universität zu Köln, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Richterin am Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen | Prof. Dr. Werner Langen, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht, Mönch, an der Ruhr-Universität Bochum

in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

3. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

DeutscherAnwaltverein

NOMOS



abzufedern.¹⁸⁷¹ Insoweit hat die Abfindung Lohnersatzfunktion, was dazu führen müsste, dass sich einerseits der gekündigte Arbeitnehmer eine Anrechnung gefallen lassen, dem Arbeitgeber andererseits ein Rückgriffsanspruch zustehen müsste. Freilich muss es dem Arbeitgeber frei stehen, darauf zu verzichten und dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Leistung zu erbringen, was allerdings nicht zu vermuten ist, sondern sich aus der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben müsste.

Als ein Arbeitnehmer von der tarifvertraglich vorgesehenen Möglichkeit des Vorruhestands Gebrauch gemacht hat, weil er vom Schädiger verletzt worden ist, stellte sich die Frage, ob der Erwerbsschaden des Verletzten sich auf die Differenz zwischen seinem ohne Verletzung erzielten Arbeitseinkommen und dem Vorruhestandsbezug beschränkt, oder ob darüber hinaus dem Arbeitgeber ein Rückgriffsanspruch wegen der Vorruhestandsbezüge zusteht. Der BGH¹⁸⁷² hat einen solchen Rückgriffsanspruch abgelehnt, weil die Vorruhestandsregelung hier nicht Ausdruck der Fürsorge sei. In concreto musste diese neun Monate vorher beantragt werden und konnte nur von fünf Prozent der Arbeitnehmer in Anspruch genommen werden. *Schiemann*¹⁸⁷³ weist zu Recht darauf hin, dass Fürsorgeleistungen sich nicht generell dadurch auszeichnen, dass sie spontan erbracht werden, so dass die neunmonatige Antragsfrist nicht hinderlich sein sollte. Dass lediglich ein gewisser Prozentsatz eine solche Leistung in Anspruch nehmen könne, sollte auch nicht dagegen sprechen, sind doch bei der Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers die Fälle drittverschuldeter Verletzungen statistisch in der Minderheit. Bei Abstellen auf das Kriterium, ob der Arbeitgeber durch die – wenn auch arbeitsmarktpolitisch motivierte – tarifvertraglich vereinbarte Vorruhestandsregelung den Schädiger entlasten wollte, wäre man zu einem gegenteiligen Ergebnis gelangt.¹⁸⁷⁴

Nach hM¹⁸⁷⁵ kommt es bei vom Geschädigten abgeschlossenen Versicherungen darauf an, ob es sich um eine Schadens- oder eine Summenversicherung handelt. Bei einer Schadensversicherung kommt es im Verhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger zu einer Anrechnung, weil nach der Legalzessionsnorm des § 86 VVG dem Versicherer ein Regressanspruch gegenüber dem Schädiger eingeräumt wird, während die Anwendbarkeit des § 86 VVG für die Summenversicherung geleugnet wird.¹⁸⁷⁶ Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Versicherungsarten wird danach vorgenommen, ob die Versicherungsleistung sich an einem konkret eingetretenen Vermögensschaden orientiert (dann Schadensversicherung) oder das nicht der Fall ist (dann Summenversicherung).¹⁸⁷⁷ Soweit eine Summenversicherung auch einen Schaden pauschal abdecken soll, wie etwa bei einer Tagelohnversicherung den pauschalen Verdienstentgang¹⁸⁷⁸ oder bei einer privaten Unfallversicherung die Bestattungskosten, vertritt die Kommentarliteratur¹⁸⁷⁹ die Ansicht, dass dann § 86 VVG anzuwenden sein soll. Dafür spricht, dass auch im Sozialversicherungsrecht das Ausmaß der Leistung häufig nach ganz anderen Kriterien ermittelt wird, ohne dass damit eine Versagung der sachlichen Kongruenz und damit eines Regressanspruchs nach § 116 SGB X verbunden wäre.

§ 844 Ersatzansprüche Dritter bei Tötung

(1) Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen.

(2) ¹Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschrift des § 843 Abs. 2 bis 4 findet entsprechende Anwendung. ²Die

1871 So auch van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 949 unter Hinweis darauf, dass nunmehr gem. §§ 143 a, 198 S. 2 Nr. 6 SGB III die Abfindung auf das Arbeitslosengeld und die Arbeitslosenhilfe (nunmehr Arbeitslosengeld II) anzurechnen sei.

1872 BGH NJW 2001, 1274 = LM § 252 BGB Nr. 79 (*Schiemann*); kritisch von *Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511 ff.

1873 *Schiemann*, Anm. zu BGH LM § 252 BGB Nr. 79.

1874 Kritisch – jedenfalls zur Begründung – auch MüKo⁶/Wagner, §§ 842, 843 Rn 88, 89; darüber hinaus zum Ergebnis von *Koppenfels-Spies*, VersR 2005, 1511 ff.

1875 MüKo⁶/Wagner, §§ 842, 843 Rn 90; Staudinger/Vieweg (2015), § 843 Rn 55; *Küppersbusch/Höher*,

Rn 759; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1002.

1876 *Zickfeld*, 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsform 2012, 45, 55 unter Hinweis auf ein frei vereinbartes Krankentagegeld.

1877 Staudinger/Vieweg (2015), § 843 Rn 53; *Groß*, DAR 1999, 337 ff.

1878 AA BGH VersR 2001, 1100.

1879 Ruffer/Halbach/Schimikowski/Muschner 3. Aufl. § 86 Rn 4; Looschelders/Pohlmann/von *Koppenfels-Spies* 2. Aufl., § 86 Rn 3; MüKo-VVG/Möller/Segger § 86 Rn 36 f; Prölss/Martin/Armbrüster, 29. Aufl., § 86 Rn 4.

Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war.

Literatur: *Ackmann*, Die deutsche und amerikanische Rechtsprechung zur Anrechenbarkeit von Erbschaftsstamm und -erträgen auf Unterhaltersatzansprüche (§ 844 Abs. 2 BGB) im Wege der Vorteilsausgleichung Teil 1, JZ 1991, 818; Teil 2, JZ 1991, 967; *Balke*, Die Erstattungs-fähigkeit von Beerdigungskosten, SVR 2009, 132; *Böhme/Biela*, Kraftverkehrs-Haftpflicht-Schäden, 25. Auflage 2013; *Born*, Bescheidenheit oder Luxus? – Die Bestimmung des Bedarfs bei gehobenen Lebensverhältnissen, FamRZ 2013, 1613; *Berz/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 32. Auflage 2014; *Burmann/Jahnke*, (Kein) Ersatz von mittelbaren Schäden im Haftpflichtfall, NZV 2012, 11; v. *Bühren/Lemckel/Jahnke* (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2. Auflage 2012; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage 2011; *Deutsch*, Embryonenschutz in Deutschland, NJW 1991, 721; *A. Diederichsen*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, NJW 2013, 641; *dies.*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, Homburger Tage 2012, 7; *Deutsch/Schramm*, Schockschaden und frustrierte Aufwendungen – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4.4.1989 (VI ZR 97/88), VersR 1989, 853, VersR 1990, 715; *Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens (2007); *Drees*, Berechnung des Unterhaltsschadens bei Ausfall des mitverdienenden Ehegatten, VersR 1985, 611; *ders.*, Ersatz des Unterhaltsschadens und Altersversorgung der Witwe, VersR 1992, 1169; *Dunz*, Freie Lebensgemeinschaft der Unfallwitwe – Einige Überlegungen zum Erwerbs- und Unterhaltsschaden, VersR 1985, 509; *Eckelmann*, Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer Ehefrau, NJW 1971, 355; *ders.*, Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau, MDR 1976, 103; *ders.*, Bewertung der Arbeit der Hausfrau und Schadensersatz bei ihrem Ausfall in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DAR 1987, 44; *ders./Boos*, Schadensersatz beim Ausfall der Hausfrau, VersR 1978, 210; *dies.*, Vae calamitate victis – Zur Problematik der Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Ausfall der Hausfrau im Haushalt durch Unfalltod, DAR 1984, 297; *Eckelmann/Freier*, Die unbefriedigende Regulierungspraxis bei Personenschäden im Straßenverkehr und ihre Konsequenzen, DAR 1992, 121; *Eckelmann/Nehls*, Beitrag zum Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt nach Unfalltod, DAR 1982, 377; *dies.*, Die Berechnung des Schadensersatzes bei Ausfall von Geldunterhalt nach Unfalltod des Ehemannes/Vaters, NJW 1984, 945; *dies.*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15. Oktober 1985 (VI ZR 55/84, DAR 1986, 51), DAR 1986, 284; *dies.*, Schadensersatz bei Verletzung und Tötung, 1987; *Eckelmann/Nehls/Schäfer*, Beitrag zum Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt nach Unfalltod, DAR 1982, 377; *Ege*, Unterhaltsschaden und fixe Kosten, Homburger Tage 1989, 69; *ders.*, Checkliste zur Erfassung der fixen Kosten bei der Berechnung des Unterhaltsschadens, DAR 1995, 305; *Ernst*, Die 24 wichtigsten Punkte zur optimalen Durchsetzung des Haushaltsführungsschadens, VA 2008, 42; *Eschenbruch/Loy*, Die Sättigungsgrenze beim Ehegattenunterhalt, FamRZ 1994, 665; *Fleischmann/Hillmann/Schneider*, Das verkehrsrechtliche Mandat, Band 2: Verkehrszivilrecht, 6. Auflage 2011; *Frank*, Schadensersatzansprüche bei Tötung des Versorgers (§ 844 Abs. 2 BGB), FS Stoll (2001) S. 143; *Freyberger*, Der Unterhaltsschaden, MDR 2000, 11 7; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 27. Auflage 2015; *Gotthardt*, Zum Ausfall der Haushaltstätigkeit eines sozialversicherten Ehegatten, FamRZ 1981, 728; *Grunsky*, Anmerkungen zur Rechtsprechung des BGH zum Unterhaltsschaden, Homburger Tage 1989, 37; *Heiß/Born*, Unterhaltsrecht, idF der 46. ErgLief 2014; *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, 3. Auflage 2015; *Hofmann*, Schadensersatz beim Ausfall der Hausfrau, VersR 1977, 296; *ders.*, Der Ersatzanspruch bei Beeinträchtigung der Haushaltsführung, NZV 1990, 8; *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 2. Auflage 1995; *ders.*, Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen durch Angehörige – ein unterschätzter Schadensposten, DAR 2010, 677; *ders.*, Das Ausmaß des Ersatzes bei Tötung des Unterhaltsschuldners im Spannungsfeld zwischen tatsächlich Entgangenem und gesetzlich Geschuldetem (§ 1327 ABGB, § 12 Abs. 2 EKHG), FS-Reischauer (2010) S. 153; *ders.*, Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, FS Kuhn (2009) S. 259; *ders.*, Personenschaden und Wohnen, in: 2. Düsseldorf Verkehrsrechtsforum – Aktuelle Probleme des Personenschadens (2012) 25 = VersR 2013, 129; *Hürzeler*, System und Dogmatik der Hinterlassenenversicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht (2014); *Jahnke*, Mittelbare Betroffenheit und Schadensersatzanspruch, r+s 2003, 89; *ders.*, Unfalltod und Schadenersatz, 2. Auflage 2012; *ders.*, Haushaltsführungsschaden, VGT 2010, 99; *ders./Burmann*, Handbuch des Personenschadensrechts (2016); *Jung*, Schadensersatz für entgangene Haushaltstätigkeit, DAR 1990, 161; *Kendel*, Das unterhaltsrechtlich relevante Einkommen bei Selbständigen, Homburger Tage 1989, 93; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 11. Auflage 2013; *Lange*, Familienrechtsreform und Ersatz von Personenschäden, FamRZ 1983, 1181; *Luckey*, Personenschaden (2013); *Ludovisy/Eggert/Burhoff*, Praxis des Straßenverkehrsrechts, 6. Auflage 2015; *Macke*, Der Unterhaltsschaden zwischen Schadensrecht und Familienrecht, NZV 1989, 249 = Homburger Tage 1989, 7; *Matthäus*, Schadensminderungspflichten im Haftpflicht- und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, 2008; *Meckbach*, Zivilrechtliche Ansprüche bei Tötung eines Menschen – Bestandsaufnahme, Bewertung, Fortentwicklung, 2011; *F. Müller*, Deliktische Schadensersatzansprüche von mittelbar geschädigten Personen im Fall einer tödlichen Verletzung im deutschen und amerikanischen Recht, 2009; *H. Müller*, Ersatz des Unterhaltsschadens aus der Sicht des Ersatzpflichtigen, Homburger Tage 1989, 51; *Nickel/Schwab*, Stundensätze beim Haushaltsführungsschaden 2010, SVR 2010, 11; *Pardey*, Haushaltsführungsschaden bei Verletzung oder Tötung, DAR 2006, 671; *ders.*, Berechnung von Personenschäden, 4. Auflage 2010; *Pardey/Schulz-Borck*, Angemessene Entschädigung für die zeitweise oder dauernde, teilweise oder vollständig vereitelte unentgeltliche Arbeit im Haushalt, DAR 2002, 289; *Pauge*, Vorteilsausgleichung bei Sach- und Personenschäden, VersR 2007, 569 = Homburger Tage 2006, 7; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage 1999; *Rohde*, Haftung und Kompensation bei Straßenverkehrsunfällen, 2009; *Reidel*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, VGT 2012, 1; *Roth*, Die gesetzliche Unterhaltspflicht im Schadensrecht, FS Kraft (1998) S. 537; *Schacht*, Die Bestimmung der Unterhaltsrente nach § 844 Abs. 2 BGB, VersR 1982, 517; *C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, Das verkehrsrechtliche Mandat, Band 5: Personenschäden, 2. Auflage 2014; *Scheffen*, Erwerbsausfallschaden bei verletzten und getöteten Personen (§§ 842 bis 844 BGB), VersR 1990, 926; *Schekahn*, § 844 II BGB – Ein Fall für den Gesetzgeber?, FamRZ 2012, 1187; *Schmitz-Herscheidt*, Der Unterhaltsschaden in der Praxis, VersR 2003, 33; *Schramm*, Haftung für Tötung: Eine vergleichende Untersuchung des englischen, französischen und deutschen Rechts zur Fortentwicklung des deutschen Haftungsrechts in Tötungsfällen, 2009; *Schubel*, Ansprüche Unterhaltsberechtigter bei Tötung des Verpflichteten zwischen Delikts-, Familien- und Erbrecht, AcP 198 (1998), 1; *Schulz-Borck/Pardey*, Der Haushaltsführungsschaden, 8. Auflage 2013; *Schwab*, Zur Sättigungsgrenze beim Unterhalt geschiedener Ehegatten, FamRZ 1982, 456; *Söhn*, Besteuerung von Schadensersatzrenten

und Verfassungsrecht, FS Friauf (1996) S. 809; *ders.*, Steuerbarkeit von Unterhaltersatzrenten, FR 1996, 81; *Staudinger*, § 844 Abs. 2 Satz 1, Ersatz von Schockschäden sowie Angehörigenentschädigung de lege lata und ferenda, VGT 2012, 11; *Staudinger*, Vom Ausbau des § 844 Abs. 2 S. 1 BGB, über den erleichterten Nachweis eines Schockschadens bis hin zur Angehörigenentschädigung, DAR 2012, 280; *Steffen*, Abkehr von der konkreten Berechnung des Personenschadens und kein Ende?, VersR 1985, 605; *Theda*, Die Beerdigungskosten nach § 844 Abs. 1 BGB, DAR 1985, 10; *Weimar*, Ist die Regelung des § 845 BGB überholt?, JR 1981, 316; *Wenker*, Die Kosten der Beerdigung gem. § 844 Abs. 1 BGB, VersR 1998, 557; *ders.*, Verkehrsunfälle mit Todesfolge, VersR 2014, 680; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, Überlegungen zur Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsstellung der Angehörigen von Unfallopfern, NZV 2012, 471; *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Auflage 2014; *Zoll*, Entwicklungen im Personenschadensrecht, r+s Sonderheft 2011, 133.

A. Ausnahmsweise Ersatzanspruch eines mittelbar Geschädigten	1	5. Erwerbsobliegenheit des hinterbliebenen Ehegatten	56
B. Haftungsbegründung: Delikt, Gefährdungshaftung, nur ausnahmsweise Vertrag (§ 618 und § 62 Abs. 3 HGB)	6	6. Eingehen einer neuen Partnerschaft	61
C. Schadensersatzanspruch wegen Tötung	8	a) Wiederverheiratung	61
I. Zurechnung der Tötung, nicht bloß Verursachung der Verletzung	8	b) Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft	62
II. Kein Ersatz von Nachteilen der Unterhaltsgläubiger während der Phase der Verletzung bei späterem vom Schädiger nicht zu verantwortenden Tod	9	7. Anrechnung von Vorteilen	64
D. Ersatz der Beerdigungskosten	11	a) Anfall der Erbschaft – Quellentheorie in Bezug auf Stamm und Erträge ..	64
I. Keine überholende Kausalität	11	b) Lebensversicherung	67
II. Anspruchsberechtigte Personen	12	c) Sozial- und Fürsorgeleistungen	68
III. Umfang des Ersatzanspruchs	13	8. Befristung	71
1. Der Begriff und die einzelnen Posten	13	II. Anspruch des Alleinverdieners bei Tötung des Haushaltsführers wegen Entgangs des Betreuungsunterhalts	76
2. Maßstab der standesgemäßen Beerdigung	16	1. Das Spektrum des Betreuungsunterhalts ..	76
IV. Rückgriffsansprüche Dritter	18	2. Gesetzlich geschuldeter, nicht tatsächlicher Unterhalt	77
E. Allgemeine Regeln des Unterhaltersatzanspruchs (Abs. 2)	20	3. Mithilfepflicht von Familienangehörigen (Kindern, Ehepartner)	79
I. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch	20	4. Prognose	80
1. Inhalt	20	5. Umfang des Ersatzes	81
2. Kreis der ersatzberechtigten und nicht ersatzberechtigten Personen	21	a) Einstellung einer Ersatzkraft	81
3. Umfang nach der gesetzlichen Unterhaltspflicht, nicht nach tatsächlichem Unterhalt zu bemessen	24	b) Normativer Schaden ohne Einstellung einer Ersatzkraft	82
II. Maßgeblicher Zeitpunkt: Körperverletzung ..	26	aa) Zeitbedarf	84
III. Durchsetzbarkeit eines zukünftigen gesetzlich geschuldeten Unterhaltsanspruchs	29	bb) Stundenlohn	85
IV. Verhältnis der Ansprüche zueinander	30	6. Teilgläubigerschaft und Quote bei Vorhandensein von Kindern	91
V. Unterhaltersatz und Einkommensteuerrecht ..	32	7. Vorteilsanrechnung: ersparter Unterhalt ..	92
F. Die einzelnen Ansprüche	33	8. Wiederverheiratung	97
I. Barunterhaltsanspruch des Haushaltsführers bei Tötung des Alleinverdieners	33	9. Feststellungsklage	98
1. Das verfügbare Nettoeinkommen	33	III. Doppelverdieneren	99
a) Anknüpfung an das maßgebliche Erwerbseinkommen	34	1. Maßgeblichkeit der getroffenen Absprache bis zur Grenze der Angemessenheit ..	99
b) Unterschiede gegenüber dem Erwerbsschaden	36	2. Barunterhalt	100
2. Die fixen Kosten	40	3. Haushaltsführung	101
a) Der Grundsatz	40	4. Mitwirkung im Geschäft, Betrieb oder Beruf des Ehegatten	102
b) Die Kritik an der Berücksichtigung fixer Kosten	41	IV. Anspruch des Kindes bei Tötung eines Elternteils	105
c) Berücksichtigungsfähige fixe Kosten ..	42	1. Bedürftigkeit als Anspruchsvoraussetzung (§ 1602)	105
d) Schadensminderungspflicht zum Umzug in eine kleinere Wohnung	43	2. Barunterhalt	106
e) Der Umfang des ersatzfähigen Wohnaufwands	44	3. Betreuungsunterhalt	111
f) Das Ausmaß der ersatzfähigen Kfz-Kosten	47	4. Aufteilung zwischen Barunterhalt und Betreuungsunterhalt nach Absprache der Eltern	112
3. Abzugsposten wegen Vermögensbildung ..	48	5. Verlust beider Eltern	113
4. Quoten des Ehegatten	51	6. Anrechnung von Vorteilen	115
a) An den Fixkosten	53	7. Adoption	117
b) Am verfügbaren Einkommen	54	8. Zeitliche Befristung	118
		9. Regress von Sozialversicherungsträgern ..	119
		V. Ansprüche der Eltern bei Tötung eines Kindes	120
		VI. Reformbestrebungen	122

A. Ausnahmsweise Ersatzanspruch eines mittelbar Geschädigten

- 1 Grundsätzlich kann nur der in seinen Rechtsgütern Beeinträchtigte Schadensersatz verlangen (§ 823 Abs. 1). Die §§ 844, 845 durchbrechen dieses Prinzip.¹ Am praktisch bedeutsamsten ist dabei der Ersatzanspruch der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger. Die Zuweisung eines Schadensersatzanspruchs an sie lässt sich damit begründen, dass bei Überleben des Getöteten die Erwerbsquelle erhalten geblieben wäre, aus der ihr Unterhalt geleistet worden wäre.² Insofern räumt Abs. 2 den gesetzlichen Unterhaltsgläubigern einen Anspruch auf einen Ausschnitt des Erwerbsschadens des Getöteten ein.³ Sonstige Folgeschäden der Hinterbliebenen sind freilich nicht ersatzfähig, dass etwa sie später mehr geerbt hätten oder der Mindererlös des vom Getöteten betriebenen Unternehmens und wegen seines Todes erfolgten Notverkaufs.⁴
- 2 Entsprechende Bewertungsprobleme stellen sich bei Geburt eines ungewollten Kindes infolge einer fehlgeschlagenen Sterilisation,⁵ einer fehlerhaften Behandlung mit empfängnisverhütenden Mitteln,⁶ einer fehlerhaften Beratung über die Sicherheit der empfängnisverhütenden Wirkungen eines Hormonpräparats⁷ sowie einer fehlerhaften genetischen Beratung vor Zeugung eines genetisch behinderten Kindes.⁸
- 3 Beim Unterhaltersatzanspruch sind sowohl unterhaltsrechtliche als auch schadensrechtliche Anspruchsvoraussetzungen wie etwa Vorteilsausgleich oder Schadensminderungspflicht zu beachten.⁹ Die Einschätzung *Wagners*¹⁰ trifft zu, dass es sich dabei um ein hoch komplexes Verfahren handelt, um dem Postulat der konkreten Schadensberechnung zu genügen. Aber nur wenn die jeweiligen Bemessungsansätze präzise herausgearbeitet werden, kann die Praxis von Pauschalierungen Gebrauch machen, soll durch solche doch bloß Regulierungsaufwand gespart werden, ohne dass das bei exakter Ermittlung erzielbare Ergebnis meilenweit verfehlt werden soll. Der Umfang dieses Anspruchs ist in besonderer Weise davon abhängig, dass der Geschädigtenanwalt alle maßgeblichen Gesichtspunkte darlegt.
- 4 Der Ersatz der Beerdigungskosten gem. Abs. 1 ohne Zulassung der überholenden Kausalität beruht auf Billigkeit. Bei Abs. 2 geht es um einen Ausschnitt des Erwerbsschadens des Getöteten zugunsten von Personen, die auf diese Erwerbsquelle besonders angewiesen sind, nämlich die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger. Ganz folgerichtig ist es daher, dass einige der für den Erwerbsschaden geltenden Regeln, nämlich die Vorschusspflicht für 3 Monate gem. §§ 842 Abs. 3, 760 Abs. 2, die Kapitalabfindung nach § 843 Abs. 3 sowie die Anordnung des versagten Vorteilsausgleichs bei Einstandspflicht anderer Unterhaltsgläubiger nach § 843 Abs. 4 kraft ausdrücklicher Verweisung in § 844 Abs. 2 S. 1 letzter Hs auch für den Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 gelten. Viele andere Nachteile, die über den gesetzlichen Unterhaltsanspruch hinausgehen, sind nicht ersatzfähig: Der Ehegatte kann keinen Ersatz für den Verlust des Splittingtarifs verlangen.¹¹ Die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger sind häufig auch Erben. Dass ihre Erbschaft wegen des vom Schädiger zu verantwortenden Todes und der dadurch vereitelten zusätzlichen Vermögensbildung in den Jahren bis zum fiktiven natürlichen Tod geringer ausfällt, ist ebenfalls kein ersatzfähiger Nachteil.
- 5 Der Anspruch der Hinterbliebenen ist akzessorisch zur Haftung des Schädigers gegenüber dem unmittelbar Verletzten.¹² Der Schädiger soll den Hinterbliebenen nicht in weitergehendem Ausmaß einstehen müssen als dem Verletzten selbst.¹³ Der Anspruch nach § 844 Abs. 2 geht insofern über den des Verletzten nach §§ 842 f hinaus, als der Unterhaltsgläubiger aus einem vom Unterhaltsschuldner bezogenen Renteneinkommen, namentlich der Altersrente, Unterhalt beanspruchen hätte können. Soll durch einen Haftungsausschluss der Ersatzpflichtige von jeglicher Haftung befreit werden, wie dies bei der Haftungsersetzung bei einem Arbeitsunfall durch die Einstandspflicht des Unfallversicherers gem. §§ 104 ff SGB VII gegeben ist, hat das zur Folge, dass insoweit auch ein Anspruch der Hinterbliebenen nach § 844 zu verneinen ist.¹⁴ Da der BGH¹⁵ beim Schmerzensgeld freilich nunmehr gegenteilig entschieden hat, stellt sich die Frage, ob er seine Rechtsprechung zu § 844 Abs. 2 aufrechterhält. Dafür spricht immerhin, dass die unterhaltsberechtig-

1 Palandt/*Sprau*, § 844 Rn 1; Staudinger/*Röthel* (2015), § 844 Rn 2; Bamberger/*Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 1; MüKo/*Wagner*, § 844 Rn 1.

2 MüKo/*Wagner*, § 844 Rn 1.

3 *Schubel*, AcP 198 (1998), 1, 33.

4 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

5 BGH NJW 2008, 2846; NJW 1995, 2407; NJW 1984, 2625; BGHZ 76, 259 = NJW 1980, 1452; BGHZ 76, 249 = NJW 1980, 1450.

6 BGH NJW 2007, 989.

7 BGH NJW 1998, 155.

8 BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788.

9 Staudinger/*Röthel* (2015), § 844 Rn 11.

10 MüKo/*Wagner*, § 844 Rn 36, 48, 49.

11 BGH NJW 1979, 1501; Erman/*Schiemann*, § 844 Rn 3; Staudinger/*Röthel*, § 844 Rn 240; van Bühren/

Lemcke/*Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1431; *Küppersbusch/Höher*, Rn 390.

12 Staudinger/*Röthel* (2015), § 844 Rn 5.

13 Staudinger/*Röthel* (2015), § 844 Rn 5; OLG Bremen NJW-RR 2008, 765: Keine Kürzung, wenn der später Getötete zwar mit tätlichen Auseinandersetzungen begonnen hat, der Täter ihn aber in der Folge ohne Notwehrsituation mit einem Schuss aus einer Pistole tötet.

14 BAG DB 1989, 2540: Kein Unterhaltersatzanspruch; BGH NJW 1989, 2838: Kein Ersatz von Beerdigungskosten; Bamberger/*Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 2; Palandt/*Sprau*, § 844 Rn 1 b.

15 BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Luckey*); dazu § 253 Rn 70.

ten Hinterbliebenen typischerweise kongruente Sozialversicherungsleistungen erhalten, während es eine solche Leistung beim Schmerzensgeld gerade nicht gibt. Darüber hinaus wirkt sich ein Mitverschulden des Getöteten oder ein von ihm zu verantwortender Zurechnungsgrund bei der Gefährdungshaftung in der Weise aus, dass der Anspruch nach § 844 gem. §§ 846, 254 zu kürzen ist.¹⁶ Dass der Getötete erkennen kann, dass der Schädiger ein alkoholisches Getränk zu sich genommen hat, reicht dafür nicht aus, sofern er beim Schädiger nicht größere Mengen oder Ausfallserscheinungen wahrnimmt.¹⁷ Ein Mitverschulden der Hinterbliebenen führt zu einer davon unabhängigen Anspruchskürzung im Wege des § 254.¹⁸ Zu beachten ist, dass das bei einem Unterhaltsgläubiger (zum Beispiel der Witwe) gegeben sein kann, bei anderen (zum Beispiel den Waisen) aber nicht.¹⁹

B. Haftungsbegründung: Delikt, Gefährdungshaftung, nur ausnahmsweise Vertrag (§ 618 und § 62 Abs. 3 HGB)

Nach der systematischen Stellung gebührt ein Anspruch nach § 844 bei Verwirklichung eines Deliktstatbestands der §§ 823 ff.²⁰ Darüber hinaus enthalten die Gefährdungshaftungsgesetze inhaltlich gleichlautende Normen, auch wenn die Haftung betraglich beschränkt ist.²¹ Umstritten ist, ob und in welchem Ausmaß eine Einstandspflicht nach § 844 bei Vertragsverletzungen gegeben ist. Über das Deliktsrecht hinaus gibt es Verweisungen auf § 844 in § 618 Abs. 3 sowie § 62 Abs. 3 HGB. Vorgenommen wird eine Ausdehnung auf solche Verträge, in denen der Getötete zu einer Tätigkeit in der Sphäre des Gläubigers verpflichtet war, also in dessen Räumen oder mit dessen Verrichtungen zu arbeiten hatte.²² Bejaht wurde die Anwendbarkeit des § 844 bei Werkverträgen,²³ dem Personentransport von Schiffen,²⁴ Auftragsverhältnissen, Maklerverträgen, Gefälligkeitsverhältnissen sowie Rechtsverhältnissen im öffentlichen Dienst.²⁵ Bei manchen Verhältnissen führt der Haftungsausschluss infolge der die zivilrechtliche Haftung ersetzenden Einstandspflicht des Unfallversicherers dazu, dass es auf die Anwendbarkeit des § 844 nicht ankommt, so bei der Frage der Einstandspflicht des Arbeitgebers oder der Arbeitskollegen bei nicht vorsätzlicher Schädigung gem. §§ 63 ff, 104 ff SGB VII²⁶ bzw. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag des Nothelfers gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13 a SGB VII.²⁷

Die hM²⁸ lehnt eine Einstandspflicht nach § 844 bei Vertragsverletzungen darüber hinaus mit dem Argument ab, dass aus den Verweisungen in § 618 Abs. 3 und § 62 Abs. 3 HGB ersichtlich sei, dass der Gesetzgeber eine generelle Anwendbarkeit bei Vertragsverletzungen abgelehnt habe; zudem sei § 844 eine Ausnahmenorm, die restriktiv auszulegen sei.²⁹ Letzteres ist nach den neueren Erkenntnissen der Methodenlehre allerdings unzutreffend.³⁰ Für eine generelle Anwendbarkeit des § 844 bei Vertragsverletzungen spricht das von *Wagner*³¹ genannte Argument, dass einerseits die §§ 842 ff eigentlich ins allgemeine Schuldrecht gehörten und der Gesetzgeber nunmehr sogar die Norm, die bisher als Exklusivnorm für die deliktische Haftung gegolten hat, nämlich der Ersatz immateriellen Schadens, im Zuge des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes durch Streichung des § 847 und Erweiterung des § 253 dort platziert wurde. Deshalb ist nunmehr überhaupt nicht einzusehen, warum bei Vertragsverletzungen eine Einstandspflicht nach § 844 nicht gegeben sein sollte. Eine Differenzierung danach, ob es sich um einen mit § 618 Abs. 3 bzw. § 62 Abs. 3 HGB vergleichbaren Vertrag handelt, sollte damit entfallen.

16 BGH VersR 1957, 198.

17 BGH VersR 1970, 624; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071; OLG Hamm NZV 2006, 85.

18 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 31; Staudinger/Röthel, § 844 Rn 4.

19 Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 142 d.

20 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 9.

21 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 10; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 17.

22 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 12.

23 OLG Stuttgart NJW 1984, 1904.

24 BGH NJW-RR 1997, 541: Anwendbarkeit von § 664 HGB, § 77 BinnSchG sowie des Athener Abkommens.

25 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 27.

26 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 12.

27 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 28; Erman/Schiemann, § 844 Rn 3.

28 BGH NJW-RR 1997, 541; OLG Saarbrücken NJW-RR 1995, 986; Palandt/Sprau, § 844 Rn 2; Erman/Schiemann, § 844 Rn 3, 4; Wussow/Zoll, Kap. 43 Rn 2.

29 Burmann/Jahnke, NZV 2012, 11, 12; Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 133.

30 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 24; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff S. 440; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen Rn 489 a.

31 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 13.

C. Schadensersatzanspruch wegen Tötung

I. Zurechnung der Tötung, nicht bloß Verursachung der Verletzung

- 8 Ein Schadensersatzanspruch nach § 844 setzt voraus, dass dem Schädiger der Tod zurechenbar ist.³² Sein Verschulden muss sich lediglich auf die Verletzung beziehen.³³ Auch kommt es nicht darauf an, ob der Tod vorhersehbar war.³⁴ Für den Nachweis der Zurechnung der Tötung können sich die Anspruchsberechtigten im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität auf die Beweiserleichterung des § 287 ZPO berufen, so dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend ist.³⁵ Eine Einstandspflicht des Schädigers scheidet aber dann aus, wenn es an der adäquaten Verursachung fehlt³⁶ oder die Zurechnung aus anderen Gründen zu verneinen ist.³⁷ Je größer der zeitliche Abstand zwischen Verletzung und Tod ist, umso sorgfältiger ist die Adäquanz zu prüfen.³⁸

II. Kein Ersatz von Nachteilen der Unterhaltsgläubiger während der Phase der Verletzung bei späterem vom Schädiger nicht zu verantwortenden Tod

- 9 Wird ein Unterhaltsschuldner verletzt, ist er zur Geltendmachung seines Erwerbsschadens legitimiert. Soweit er vollen Ersatz erhält, steht den Unterhaltsgläubigern die Quelle zur Verfügung, aus der ihr Unterhalt gespeist wird. In Bezug auf Nachteile bei der Altersrente hat der Geschädigte – sofern nicht § 119 SGB X anzuwenden ist – grundsätzlich ein Wahlrecht, ob er sogleich verlangt, dass die Beitragslücke aufgefüllt wird oder bei Bezug der Altersrente die Differenz gezahlt wird.³⁹ Während dieses Wahlrecht für ihn neutral ist, hat es Auswirkungen für die Rechtsposition seiner Unterhaltsgläubiger. Entscheidet er sich für die Auffüllung der Beitragslücke, steht diesen bei seinem – vom Schädiger nicht zu verantwortenden – Tod ein ungekürzter Anspruch auf die Hinterbliebenenversorgung zu. Entscheidet er sich hingegen für die Geltendmachung der Differenz bei Anfall der Altersrente, kann er damit zwar seinen Schaden ausgleichen, solange er lebt. Die Unterhaltsgläubiger gehen indes leer aus, weil § 844 lediglich Ansprüche einräumt, wenn der Schädiger für den Tod verantwortlich ist.⁴⁰ Da neben dem Ehepartner auch Ansprüche der Waisen bestehen können, ist denkbar, dass der Ehepartner zum Zeitpunkt, zu dem dieser Zuschlag fällig wird, bereits verstorben ist bzw eine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern nicht mehr bestanden hätte; die „nachgelagerte“ Berücksichtigung ist daher idR im Interesse des Ersatzpflichtigen.
- 10 Im Rahmen der Sozialversicherung stellt sich dieses Problem seit Einführung des § 119 SGB X nicht mehr, weil durch den Beitragsregress des Rentenversicherers sichergestellt ist, dass keine Lücke entsteht.⁴¹ Nach wie vor virulent ist das Problem aber bei Beamten.⁴² Eine Versagung eines Anspruchs der hinterbliebenen Unterhaltsgläubiger ist zwar folgerichtig, weil diesen nur im Fall der Tötung ein Anspruch nach Abs. 2 zusteht. *Dunz*⁴³ weist aber völlig zu Recht darauf hin, dass es als Einkommensbestandteil anzusehen ist, dass die ausreichende Absicherung seiner Unterhaltsgläubiger nach seinem Tod gesichert wird. Dass die Liquidierung dieses Einkommensbestandteils von Zufälligkeiten der Ausgestaltung des Versorgungssystems abhängig sein soll, leuchtet in keiner Weise ein. Wenn man an der Zweckbindung dieses Einkommensbestandteils festhalten wollte, müsste der Verletzte zumindest verlangen können, dass ihm die Prämien für eine Versicherung erstattet werden, die er zur Abdeckung dieses Risikos abschließt.

32 BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 15.

33 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 16.

34 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 43.

35 BGH NJW 1992, 3298; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 19.

36 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 44.

37 BGHZ 107, 359 = NJW 1989, 2616: Keine Zurechnung, wenn nach einem Verkehrsunfall das Opfer nahezu unverletzt das Auto verlässt und sich während der Auseinandersetzung derart erregt, dass es einen Schlaganfall erleidet; ähnlich KG VersR 1987, 105; anders aber bei Herztod nach einem Beinaheunfall OLG Düsseldorf VersR 1992, 1233.

38 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 44.

39 Zur Bemessung des Anspruchs nach § 844 Abs. 2 über dessen natürlichen Tod hinaus *Luckey*, Personenschaden Rn 1392.

40 BGH NJW 1986, 984 = JZ 1986, 451 (*Dunz*) = JR 1986, 413 (v. *Einem*); OLG Stuttgart zfs 1988, 311; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1335; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 52; *Küppersbusch/Höher*, Rn 321.

41 *V. Einem*, JR 1986, 414.

42 BGH VersR 1962, 568; VersR 1969, 75; LG Stuttgart VersR 1989, 98; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 50.

43 *Dunz*, JZ 1986, 452, 453.

D. Ersatz der Beerdigungskosten⁴⁴

I. Keine überholende Kausalität

Nach Abs. 1 ist der Schädiger zur Tragung der Beerdigungskosten verpflichtet; und das ungeachtet des Umstands, dass jeder Mensch einmal stirbt und diese dann ohnehin anfallen. Wegen dieser aus Billigkeit getroffenen Wertentscheidung muss deshalb auch der Umstand unberücksichtigt bleiben, dass der Getötete kurze Zeit später ohnehin verstorben wäre, weil er schwerkrank war.⁴⁵ Eine Berufung auf die überholende Kausalität ist dem Schädiger somit versagt.⁴⁶ 11

II. Anspruchsberechtigte Personen

Während es bei Abs. 2 darauf ankommt, dass lediglich die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger anspruchsberechtigt sind, sind bei Abs. 1 weitere Anspruchsberechtigte denkbar: Zum Ersatz berechtigt ist letztlich derjenige, der die Kosten der Beerdigung im erstattungsfähigen Ausmaß getragen hat.⁴⁷ Der Erbe kann sich dafür auf § 1968 stützen.⁴⁸ Subsidiär hat für die Beerdigungskosten nach § 1615 Abs. 2 der Unterhaltsverpflichtete aufzukommen, der sie sowohl vom Erben als auch vom Schädiger ersetzt verlangen kann. Zu den Unterhaltsverpflichteten zählen die Verwandten in auf- und absteigender Linie (§ 1615 Abs. 2) sowie der Ehegatte (§ 1360 a Abs. 3) und der Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft; freilich nicht der Ehegatte/Partner nach Scheidung/Trennung.⁴⁹ Darüber hinaus kann ein Rückgriffsanspruch gegen den Schädiger auf einer vertraglichen Übernahme⁵⁰ bzw öffentlich-rechtlichen Verpflichtung beruhen.⁵¹ Schließlich kommt ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 683 in Betracht, was vor allem für den Partner einer außerehelichen Lebensgemeinschaft praktisch bedeutsam ist.⁵² 12

III. Umfang des Ersatzanspruchs

1. Der Begriff und die einzelnen Posten.⁵³ Zu den ersatzfähigen Kosten nach Abs. 1 zählen die Aufwendungen, die unmittelbar durch den Beerdigungsakt⁵⁴ bzw die Feuerbestattung,⁵⁵ unter Einschluss der Kosten für einen Trauerredner,⁵⁶ die Trauerfreier⁵⁷ und die Errichtung einer Grabstätte⁵⁸ verbunden sind. Bei einem ausländischen Getöteten sind auch die Überführungskosten in sein Heimatland ersatzfähig;⁵⁹ Umbettungskosten nach der erstmaligen Grablegung sind nicht ersatzfähig,⁶⁰ es sei denn, sie sind erforderlich, weil der Friedhof in der Folge aufgelöst oder verlegt wird.⁶¹ Kosten Dritter⁶² sowie Vermögensfolgeschäden⁶³ sind nur ausnahmsweise ersatzfähig. Ersatzfähig sind die Kosten der Überführung der Leiche⁶⁴ sowie sämtliche Kosten des Leichengangs. Dazu zählen auch die Kosten eines Trauermahls,⁶⁵ aber grundsätzlich nicht die Reise-, Übernachtungs- und Bewirtungskosten der Angehörigen,⁶⁶ sofern diese nicht bedürftig sind.⁶⁷ Bei Angehörigen eines anderen Kulturkreises kann Gegenteiliges gelten.⁶⁸ Nicht ersatzfähig sind Bewirtungskosten anlässlich von Gedächtnisveranstaltungen (6 Wochen, 1 Jahr) nach dem Tod.⁶⁹ Das ist fragwürdig, ist das nämlich eine Ausprägung so mancher Region im Rahmen des deutschen Kultur- 13

44 Theda, DAR 1985, 10 ff; Wenker, VersR 1998, 557 ff; Balke, SVR 2009, 132 ff.

45 OLG Düsseldorf zfs 1994, 405.

46 BGH NJW 1992, 3298; OLG Karlsruhe NZV 1992, 444; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 22; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 70.

47 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 17.

48 OVG Münster NJW 1998, 2154.

49 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 47.

50 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 17.

51 LG Oldenburg VersR 1979, 1135: Pflicht zur Bestattung von Bundeswehrangehörigen aufgrund eines Erlasses des Verteidigungsministeriums; zust. Staudinger/Röthel, § 844 Rn 49.

52 OLG Köln FamRZ 1992, 55; Wenker, VersR 1998, 557.

53 Übersicht bei Küppersbusch/Höher, Rn 452; Eckelmann/Nehls, S. 102 f.

54 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke; Teil 4 Rn 1306.

55 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 58: Auch wenn diese teurer ist.

56 OLG Brandenburg 27.3.2008 – 12 U 239/06.

57 BGHZ 32, 72 = NJW 1960, 910.

58 Bei einem Doppelgrab für anteilige Erstattung des Grabsteins OLG Celle r+s 1997, 160.

59 OLG Bremen NJW-RR 2008, 765; OLG Frankfurt zfs 2004, 452 (Diehl).

60 OLG Koblenz SP 2003, 200: Eltern ziehen in eine andere Stadt.

61 OLG München NJW 1974, 703.

62 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 54.

63 BGH NJW 1989, 2317 = JR 1990, 110 (Dunz); dazu Deutsch/Schramm, VersR 1990, 715: Kein Ersatz für die Kosten einer Vergnügungsreise auf einem Schiff in Höhe von über 5.000 EUR, die die Eltern des getöteten Sohnes nicht angetreten hatten, weil diese am Tag nach dem Begräbnis begonnen hätte.

64 LG Gießen DAR 1984, 151: Überführung eines türkischen Gastarbeiters in seine Heimat.

65 LG Stuttgart zfs 1985, 166.

66 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 62.

67 LG Siegen SP 1998, 457; Küppersbusch/Höher, Rn 453.

68 KG VersR 1999, 504; LG Darmstadt zfs 1990, 6: Türkischer Kulturkreis; zust. Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 11.

69 OLG Hamm zfs 1993, 407.

kreises; warum ausländische Usancen Beachtung finden sollen, inländische jedoch nicht, ist mE nicht einzusehen. Bei demjenigen, der das Begräbnis ausrichtet, sind Reisekosten⁷⁰ ersatzfähig sowie der Verdienstausschlag für einen Vorbereitungstag sowie den Tag des Begräbnisses selbst.⁷¹ Zahlt der Arbeitgeber das Entgelt fort oder gewährt er Sonderurlaub, steht ihm mE ein Regressanspruch gem. § 6 EFZG zu; sollte man das verneinen, ist der Empfänger der Entgeltfortzahlung zu einer Abtretung des Anspruchs nach dem Rechtsgedanken des § 255 verpflichtet.⁷²

- 14** Bei der Trauerkleidung schwankt die Judikatur in Bezug auf das Ausmaß des anzurechnenden Vorteilsausgleichs zwischen 25 und 50 %.⁷³ Einerseits wird darauf verwiesen, dass Trauerkleidung heute nur noch beim Begräbnis,⁷⁴ aber nicht in der Phase danach getragen wird, so dass insofern eine Vorteilsausgleichung wegen der Ersparnis des Tragens sonstiger Kleidung wegfalle;⁷⁵ andererseits wird ins Treffen geführt, dass die Trauerkleidung auch sonst getragen oder zumindest mit anderer Kleidung kombiniert werden könne.⁷⁶ Das LG Detmold⁷⁷ differenziert insoweit sogar zwischen dem Geschlecht. *Röthel*⁷⁸ will jeglichen Ersatz versagen, weil nicht einzusehen sei, warum solche Aufwendungen dem Vermögen des Verstorbenen zuzurechnen sein sollen. Jedenfalls soll insoweit eine großzügige Vorteilsanrechnung vorzunehmen sein. Darüber hinaus soll der Ersatz von Trauerkleidung nur bei wirtschaftlich beengten Verhältnissen in Betracht kommen. Dieser Standpunkt ist mE kleinkariert. Es geht um eine Petitesse. Eine angemessene Trauerkleidung – und deren Anschaffungskosten – zählen zu einer würdigen Beerdigung bzw Bestattung.
- 15** Schließlich ist zu den Kosten der Beerdigung die Errichtung eines angemessenen Grabsteins⁷⁹ sowie die Erstbepflanzung des Grabes⁸⁰ zu rechnen, nicht aber die laufende Pflege.⁸¹ Bei einem Doppel-⁸² oder Familiengrab⁸³ sind die anteiligen Kosten zu ersetzen.⁸⁴
- 16** **2. Maßstab der standesgemäßen Beerdigung.** Unabhängig davon, wer die Kosten trägt, ergibt sich ein einheitlicher Maßstab für die Ersatzfähigkeit.⁸⁵ Es kommt nicht auf die tatsächlichen Kosten an, sondern darauf, in welchem Ausmaß sie der Erbe gem. § 1968 zu tragen hätte.⁸⁶ Ungeachtet des Umstands, dass § 1968 nunmehr⁸⁷ nur auf die Kosten der Beerdigung ohne Beifügung des Adjektivs „standesgemäß“ Bezug nimmt, ist der Erbe und somit auch der Ersatzpflichtige nicht bloß zu den Kosten einer notdürftigen Beerdigung verpflichtet. Ansatzpunkte für den Umfang der Verpflichtung bilden der Umfang des Nachlasses bzw die Leistungsfähigkeit der Erben sowie die Kreise, in denen sich der Getötete bewegt hat. Vor allem bei jüngeren Personen, bei denen kein nennenswerter Nachlass vorhanden ist, ist darüber hinaus auch auf deren soziale Stellung bzw die ihrer Eltern abzustellen.⁸⁸ Auch regionale Besonderheiten sowie die Herkunft aus einem bestimmten Kulturkreis⁸⁹ können für das Ausmaß bedeutsam sein.
- 17** Würde in der Rechtsprechung bisher bei jedem einzelnen Posten geprüft, ob die Aufwendungen noch angemessen sind oder nicht,⁹⁰ gehen andere Entscheidungen⁹¹ zu Recht dazu über, auf die Gesamtbelastung

70 OLG Karlsruhe VersR 1970, 261.

71 OLG Hamm VersR 1956, 666; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1310.

72 AA OLG Hamburg VersR 1967, 666; *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 134 Fn 345, die einen Anspruch naher Angehöriger – und damit auch einen Regressanspruch des Arbeitgebers – versagt.

73 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1307.

74 Explizit für die Begrenzung auf diesen Tag; nicht des Trauerjahres, auch wenn während dieses Zeitraums Trauerkleidung getragen wird, OLG Brandenburg Urt. v. 27.3.2008 – 12 U 239/06.

75 OLG Stuttgart zfs 1983, 325; OLG Hamm VersR 1977, 1110.

76 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 64.

77 LG Detmold r+s 1978, 237.

78 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 64.

79 OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kein Ersatz einer Bronzefigur für einen getöteten Kfz-Mechanikergesellen, weil dieser nicht zu den herausragenden Persönlichkeiten seines Wohnbezirks zählte.

80 BGH VersR 1974, 140; OLG Düsseldorf Urt. v. 13.10.2003 – I-1 U 234/02.

81 BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Düsseldorf r+s 1997, 159; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 65; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4

Rn 1312; aA nur OLG Hamm r+s 1990, 304 m. abl. Anm. *Dornwald*.

82 BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Celle r+s 1997, 160.

83 OLG Celle NZV 1997, 232.

84 Großzügiger, für volle Erstattung: OLG Köln VersR 1976, 373.

85 *MüKo/Wagner*, § 844 Rn 20.

86 BGHZ 61, 238 = NJW 1973, 2103; OLG Hamm zfs 1993, 407.

87 Nach Änderung des § 1968 durch Art. 33 EGVinsO v. 5.10.1994.

88 OLG Hamm NJW-RR 1994, 155: Gutbürgerlicher Mittelstand, Eltern sind Kaufleute; OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kfz-Mechaniker, der nicht zu den herausragenden Persönlichkeiten seines Wohnbezirks zählte.

89 KG VersR 1999, 504: Der Getötete und die Hinterbliebenen entstammten dem türkischen Kulturkreis.

90 So OLG Düsseldorf VersR 1995, 1195: Kürzung beim Grabstein.

91 KG VersR 1999, 504; OLG Hamm NJW-RR 1994, 15; zust. *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 57; *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 10; bloß referierend *Küppersbusch/Höher*, Rn 451; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1302.

abzustellen.⁹² Eine solche Sichtweise räumt demjenigen, der die Ausrichtung der Beerdigung übernimmt, ein größeres Maß an Privatautonomie ein, ohne befürchten zu müssen, dass der eine Posten nicht ersatzfähig ist, während bei einem anderen das mögliche Maß nicht ausgeschöpft wurde. Eine solche Gesamtbetrachtung enthebt den Anspruchsberechtigten aber nicht davon, die jeweiligen Einzelposten zu belegen.⁹³ Das Ausmaß der insgesamt ersatzfähigen Kosten ist von der Stellung des Getöteten bzw. der Hinterbliebenen abhängig.⁹⁴

IV. Rückgriffsansprüche Dritter

Auch wenn das den Hinterbliebenen eines Beamten gem. § 18 BeamtVG zu zahlende Sterbegeld⁹⁵ weitergehende Zwecke verfolgt, so findet ebenso wie bei den Überführungs- und Bestattungskosten nach einem Dienstunfall gem. § 33 Abs. 4 S. 2 BeamtVG oder Beihilfe ein Anspruchübergang nach § 76 (früher § 87 a) BBG auf den Dienstherrn statt, sofern der ausbezahlte Betrag so hoch ist wie der nach Abs. 1 bestehende Anspruch.⁹⁶ Erbringen der Arbeitgeber, etwa nach § 23 Abs. 3 TVöD (früher § 41 BAT),⁹⁷ berufsständische Versorgungswerke⁹⁸ oder eine private Beerdigungsversicherung⁹⁹ vergleichbare Leistungen, wird darauf hingewiesen, dass es in solchen Fällen zu keiner Anrechnung kommt.¹⁰⁰

18

Das erscheint zunächst widersprüchlich, liegt doch wie bei den Leistungen des Sozialversicherungsträgers bzw. Dienstherrn eine fürsorgliche Leistung eines Dritten vor. In solchen Konstellationen ist weder die Anrechnung noch die Kumulation passend; vielmehr ist der Übergang der Leistung auf den Dritte leistenden die allein passende Rechtsfolge. Sofern der Dritte leistende aber dem Berechtigten einen zusätzlichen Vorteil bescheren will, ohne sich beim Schädiger zu regressieren, hat eine Anrechnung zu unterbleiben. Bei der Beerdigungsversicherung spricht dafür, dass der Anspruchsberechtigte dafür Prämien gezahlt und sich den Vorteil erkaufte hat.¹⁰¹ Da meist eine bestimmte Summe ohne Rücksicht auf den eingetretenen Schaden gezahlt wird, somit eine Summenversicherung gegeben ist, scheidet ein Rückgriff nach § 86 VVG aus. Ansonsten ist auch bei Fehlen einer Legalzessionsnorm¹⁰² von einer Abtretungspflicht nach dem Rechtsgedanken des § 255 auszugehen,¹⁰³ was freilich im Direktprozess zwischen den Anspruchstellern nach Abs. 1 und dem Ersatzpflichtigen dazu führt, dass die Beerdigungskosten verlangt werden können und nicht angerechnet werden. Sowohl beim Sozialversicherungsträger als auch beim Dienstherrn ist die Rechtslage insoweit anders, als die dortigen Legalzessionsnormen (§ 116 SGB X; § 76 BBG) zu einem Anspruchübergang im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses führen, so dass dem Anspruchsteller nach Abs. 1 insoweit keine Aktivlegitimation mehr zukommt.

19

E. Allgemeine Regeln des Unterhaltersatzanspruchs (Abs. 2)

I. Gesetzlicher Unterhaltsanspruch

1. Inhalt. Der Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 umfasst die gesamte gesetzlich geschuldete Unterhaltsarbeit.¹⁰⁴ Darunter versteht man die wirtschaftliche Unterstützung durch Bareinkommen sowie den Naturalunterhalt durch Betreuung, Erziehung und Haushaltsführung.¹⁰⁵ Zum Barunterhalt, der in einer intakten Familie häufig durch Sachleistungen erbracht wird, zählt nach Scheidung der Ehe auch der schuldrechtliche (§§ 20–22 VersAusglG), nicht aber der öffentlich-rechtliche Versorgungsausgleich, da die Ansprüche gem. § 31 Abs. 1 VersAusglG nicht mit dem Tod des Unterhaltsverpflichteten erlöschen.¹⁰⁶ Der

20

92 Zustimmend *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 133.

93 *Küppersbusch/Höher*, Rn 451, Fn 8.

94 OLG Düsseldorf Urt. v. 14.1.2008 – I-1 U 79/06: 6.453,84 EUR; OLG Köln Urt. v. 18.12.2006 – 16 U 40/06: 7.342,80 EUR; OLG Brandenburg Urt. v. 27.3.2008 – 12 U 239/06: 9.237,81 EUR; OLG Frankfurt zfs 2004, 452 (*Diehl*): 11.472,71 \$ unter Einschluss der Überführungskosten einer US-Amerikanerin.

95 In der gesetzlichen Rentenversicherung wird ein Sterbegeld nicht mehr gezahlt.

96 BGH NJW 1977, 802; OLG Celle OLGR 2001, 227; *MüKo⁶/Wagner*, § 844 Rn 23; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 51; van *Bühren/Lemcke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1324.

97 BGH NJW 1978, 536.

98 van *Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1323.

99 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 69.

100 *MüKo⁶/Wagner*, § 844 Rn 22.

101 *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 8; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 69; Ablehnung eines Vorteilsausgleichs bei einer privaten Beerdigungsversicherung.

102 van *Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1325: § 6 EFZG ist nicht anzuwenden.

103 *Staudinger/Röthel*, § 844 Rn 52; *MüKo⁶/Wagner*, § 844 Rn 23.

104 *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 39.

105 van *Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1353.

106 OLG Koblenz FamRZ 1982, 175; *MüKo⁶/Wagner*, § 844 Rn 25; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 76; dazu im Einzelnen *Lange*, FamRZ 1983, 1181, 1188.

Naturalunterhalt kann auch die Betreuung eines pflegebedürftigen Familienangehörigen umfassen.¹⁰⁷ Dadurch, dass ein zwischen Familienangehörigen bestehender Unterhaltsanspruch durch Vertrag anerkannt oder näher geregelt wird, verliert er nicht seinen Charakter als gesetzlicher Unterhalt.¹⁰⁸ Gegenüber dem Unterhaltsanspruch besteht so mancher Unterschied. So gilt § 1613 für den Schadensersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 nicht,¹⁰⁹ was zur Folge hat, dass auch Unterhalt für die Vergangenheit gebührt und die Leistung durch den Verweis auf die §§ 843 Abs. 2 sowie 760 nicht monatlich, sondern vierteljährlich im Vorhinein zu leisten ist, was auch im Rahmen der Kapitalisierung für den Geschädigten vorteilhaft ist.

- 21 2. Kreis der ersatzberechtigten und nicht ersatzberechtigten Personen.** Ersatzberechtigt sind die Verwandten in gerade Linie (§§ 1601 ff), in erster Linie die Kinder; bei nichtehelichen Kindern läuft die Verjährungsfrist für die Geltendmachung erst mit der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft,¹¹⁰ darüber hinaus aber auch die Ehegatten sowie die Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft; und zwar nicht nur bei aufrechter Gemeinschaft (§§ 1360 ff bzw § 5 LPartG), sondern auch bei Getrenntleben bzw Scheidung (§§ 1569 ff bzw § 16 LPartG); besteht keine Haushaltsgemeinschaft, entfällt freilich ein Anspruch wegen entgangener Haushaltsführung.¹¹¹ Bei Angehörigen gemischt nationaler Ehen ist auf das jeweilige Unterhaltsstatut des Kollisionsrechts gem. Art. 15 EuUntVO und Art. 3 ff HUntProt abzustellen.¹¹² Manche Unterhaltsansprüche gehen bei Tod des Unterhaltsschuldners auf die Erben über, so der Anspruch des geschiedenen Ehegatten bis zur Höhe des hypothetischen Pflichtteils gem. § 1586 b Abs. 1, der Anspruch des Partners einer eingetragenen Lebenspartnerschaft bei Scheidung dieser nach § 16 Abs. 2 S. 2 LPartG sowie der Anspruch der Mutter des nichtehelichen Kindes gegen den Vater nach § 16151 Abs. 3 S. 4. Bei solchen Ansprüchen vertritt die hM¹¹³ die Ansicht, dass ein Unterhaltsanspruch nach Abs. 2 nur insoweit gegeben ist, als der gegenüber dem Unterhaltsschuldner bestehende Anspruch, wäre dieser noch am Leben, gegen die Erben nicht durchsetzbar ist; nur dann sei dem gesetzlichen Unterhaltsgläubiger ein Unterhalt entzogen.
- 22** *Wagner*¹¹⁴ erscheint eine solche Privilegierung des Schädigers zugunsten der Erben freilich nur gerechtfertigt, wenn diese den Unterhalt aus den Erträgen des nachgelassenen Vermögens bestreiten können. ME sollte man noch einen Schritt weiter gehen und unter Berufung auf § 843 Abs. 4 die Erben völlig entlasten. Zu bedenken ist, dass den Erben die Erbschaft zwar früher zugefallen ist, so dass es billig erscheinen mag, dass sie verpflichtet sind, aus den gezogenen Früchten die gesetzlichen Unterhaltsansprüche zu befriedigen. Allerdings ist zu bedenken, dass häufig der Unterhaltsschuldner diese nicht für den Unterhalt verbraucht hätte, weil er die Unterhaltspflichten aus dem laufenden Erwerbseinkommen erfüllt hätte. Sollten die Unterhaltspflichten ausnahmsweise aus den Erträgen des Vermögens bestritten worden sein, würden die allgemeinen Regeln der Quellentheorie anzuwenden sein.
- 23** Keine gesetzlichen Unterhaltsberechtigten und somit nicht anspruchsberechtigt nach Abs. 2 sind Verlobte,¹¹⁵ außereheliche Lebensgefährten,¹¹⁶ Stiefkinder¹¹⁷ sowie solche Personen, denen aufgrund eines Vertrags,¹¹⁸ einer sittlichen Verpflichtung oder freiwillig Unterhalt gewährt worden ist bzw in Zukunft gewährt worden wäre. Diese auf dem Willen des historischen Gesetzgebers beruhende Eingrenzung ist in der Literatur¹¹⁹ verschiedentlich auf Kritik gestoßen. Unter Hinweis auf rechtsvergleichende Vorbilder wird – de lege ferenda – gefordert, sich vom Bestehen der gesetzlichen Unterhaltspflicht zu lösen, weil die Ehe nur noch eine von mehreren möglichen Formen des Zusammenlebens darstelle und auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung abzustellen sei. *Wagner*¹²⁰ lässt dafür zunächst Sympathie erkennen, weist aber abschließend darauf hin, dass es keineswegs ausgemacht sei, dass das Abrücken von einer gesetzlichen Unterhaltspflicht wirklich eine Verbesserung darstelle.
- 24 3. Umfang nach der gesetzlichen Unterhaltspflicht, nicht nach tatsächlichem Unterhalt zu bemessen.** Wenn darauf hingewiesen wird, dass es auf den gesetzlich geschuldeten und nicht auf den tatsächlich geleisteten Unterhalt ankommt,¹²¹ so ist diese Unterscheidung in der Praxis in Bezug auf das Ausmaß der

107 BGH NJW 2006, 2327; VersR 1993, 56; Palandt/*Sprau*, § 844 Rn 11.

108 Staudinger/*Röthel* (2015), § 844 Rn 75; *A. Diederichsen*, NJW 2013, 641, 642; anders bei § 845; dazu § 845 Rn 13.

109 OLG Celle NJW-RR 2004, 380.

110 OLG Karlsruhe VRR 2005, 188 (*K. Böhm*).

111 LG Bayreuth VersR 1982, 607; Geigel/*Münkel*, Kap. 8 Rn 45.

112 MüKo/*Wagner*, § 844 Rn 24.

113 BGH NJW 1969, 2008; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn 30; Erman/*Schiemann*, § 844 Rn 10; Bamberger/*Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 14; Staudinger/*Röthel* (2015), § 844 Rn 74, 86.

114 MüKo/*Wagner*, § 844 Rn 36.

115 OLG Frankfurt VersR 1984, 449; Geigel/*Münkel*, Kap. 8 Rn 22.

116 Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn 2, 30.

117 BGH NJW 1984, 977; Wussow/*Zoll*, Kap. 45 Rn 31.

118 BGH NJW 2001, 971; OLG München VersR 1979, 1066; van Bühren/*Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1343; Geigel/*Münkel*, Kap. 8 Rn 21; MüKo/*Wagner*, § 844 Rn 27.

119 Staudinger/*Röthel* (2015), § 844 Rn 34.

120 MüKo/*Wagner*, § 844 Rn 28 f.

121 BGH NJW-RR 1988, 1238; *Küppersbusch/Höher*, Rn 325.

Ersatzpflicht kaum bedeutsam.¹²² Auch die Formel, „was das Ergebnis eines Unterhaltsprozesses wäre“,¹²³ ist missverständlich, gibt es doch Leistungen, die gerichtlich nicht durchsetzbar wären, aber doch Leistungen im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts darstellen. Zunächst steht außer Streit, dass es bei der schadensersatzrechtlichen Einstandspflicht beim Barunterhalt nicht auf die Unterhaltstabellen in gestörten Familien ankommt.¹²⁴ Bei diesen muss nämlich berücksichtigt werden, dass zwei Haushalte geführt werden, so dass der Selbstbehalt des Unterhaltsschuldners höher zu bemessen und dementsprechend der den Unterhaltsgläubigern zukommende Unterhalt geringer zu veranschlagen ist als in einer intakten Familie.¹²⁵ In Bezug auf den Ausfall der Haushaltsführung existieren gar keine solchen Tabellen, weil der Naturalunterhalt nicht Gegenstand von Unterhaltsprozessen zwischen Familienangehörigen ist.

Dazu kommt, dass sich das Ausmaß des gesetzlich geschuldeten Unterhalts nach der jeweiligen Vereinbarung der Ehegatten gem. § 1356 richtet, mag das gesetzliche Leitbild auch Indizcharakter haben, dass etwa bei einer Haushaltsführerehe der voll berufstätige Ehegatte Haushaltsleistungen nicht in Erfüllung einer Unterhaltspflicht, sondern freiwillig erbringt.¹²⁶ Das betrifft die Aufteilung der Unterhaltsarbeit, nämlich der beruflichen Erwerbsarbeit sowie der Haushaltsführung und Kinderbetreuung.¹²⁷ Und selbst wenn das feststeht, ist von der jeweiligen Absprache sowie vom gewählten Lebensstil abhängig, welche Akzente gesetzt werden.¹²⁸ Das Einvernehmen der Ehegatten bzw die tatsächliche Handhabung ist nicht nur für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Ehegatten, sondern auch der Kinder maßgeblich, sofern das angemessene Maß nicht überschritten¹²⁹ oder eine überobligationsgemäße Anstrengung eines Ehegatten¹³⁰ gegeben ist. Zu bedenken ist dabei freilich, dass das Ausmaß des jeweils Geschuldeten sich einerseits nach dem einvernehmlich festgelegten beiderseitigen Engagement richtet (Arbeitstiere oder Lebensgenießer), andererseits aber auch nach der jeweiligen Leistungsfähigkeit der Ehegatten.¹³¹ Nach diesem Maßstab wird eine nicht angemessene Verteilung der Unterhaltsarbeit bzw eine überobligationsgemäße Anstrengung, die vom gesetzlichen Unterhalt nicht mehr gedeckt ist, nur in ausgerissenen Ausnahmefällen zu bejahen sein.¹³²

25

II. Maßgeblicher Zeitpunkt: Körperverletzung

Ob ein Anspruch nach Abs. 2 dem Grunde nach gegeben ist, ist davon abhängig, ob im Zeitpunkt der Verletzung¹³³ eine Beziehung zwischen dem Hinterbliebenen und dem Getöteten gegeben war, aus der später einmal ein Unterhaltsanspruch entstehen konnte.¹³⁴ Es kommt demgemäß weder auf den früheren Zeitpunkt der schädigenden Handlung, noch auf den späteren des Eintritts des Todes an. Der nasciturus ist anspruchsberechtigt, wenn er im Zeitpunkt der Verletzung bereits gezeugt war; ob das der Fall war, hat der Richter im Haftpflichtprozess selbst zu beurteilen, ohne an die Vermutungen der §§ 1592, 1600 d Abs. 3 gebunden zu sein.¹³⁵ Bei einer in-vitro-Fertilisation ist umstritten, ob es auf den Zeitpunkt der extrakorporalen Verschmelzung der Keimzellen ankommt¹³⁶ oder auf den der Einnistung des Eis in der Gebärmutter.¹³⁷

26

Wird ein Kind nach Zufügung einer tödlichen Verletzung gezeugt oder heiratet der Verletzte nach diesem Zeitpunkt,¹³⁸ steht nach dem eindeutigen Wortlaut des Abs. 2 S. 1 diesen Unterhaltsgläubigern kein Ersatzanspruch gegen den Schädiger zu. *Wagner*¹³⁹ befürwortet diese gesetzgeberische Entscheidung, weil der Manipulation sonst Tür und Tor geöffnet wäre. Freilich ist zu bedenken, dass schon kaum jemand heiratet und sich an einen Partner bindet, weil er weiß, dass bei seinem Tod ein anderer für den Unterhalt aufkommen wird; noch mehr trägt dieses Argument bei der Zeugung. Denn niemand stellt deshalb Kinder in die

27

122 Zum weitgehenden Gleichlauf von tatsächlichem und gesetzlich geschuldetem Unterhalt bei § 844 Abs. 2. *Ch. Huber*, in: FS Reischauer (2010), S. 153 ff.

123 BGH NJW 2006, 2327; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 104, 167; *Soergel/Beater*, § 844 Rn 23.

124 BGH VersR 1986, 39; *Wussow/Zoll*, Kap. 45 Rn 7; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1382; *Luckey*, Personenschaden Rn 1390, 1426; aA *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 21.

125 *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 149 b.

126 OLG Frankfurt/M SP 2005, 338; OLG Oldenburg VersR 1983, 890.

127 *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 38.

128 BGH VersR 1993, 56; NJW 1987, 1549; NJW 1985, 1460; OLG Köln VersR 1990, 1285; *Wussow/Zoll*, Kap. 45 Rn 26.

129 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann*, DAR 1989, 94.

130 BGH VersR 1993, 56; OLG Düsseldorf/NZV 1993, 473; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1352.

131 Diesen Aspekt übersehend *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 150 a.

132 *Ch. Huber*, DAR 2010, 677, 682: Kritisch zu BGH NJW 1979, 1501: Betreuung des Gartens und Nähen von Kleidungsstücken als überobligationsgemäße Anstrengung. Ebenso kritisch zur Begründung des Ergebnisses qua Vorteilsausgleichung *Pauge*, VersR 2007, 569, 575: „Wohl eher“ Frage der Schadensermittlung.

133 *Bamberger/Roth/Spindler* (34. Edition), § 844 Rn 10.

134 *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 18.

135 *MüKo⁶/Wagner*, § 844 Rn 30.

136 *Deutsch*, NJW 1991, 721, 723; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 79.

137 *Erman/Schiemann*, § 844 Rn 8.

138 BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 18.

139 *MüKo⁶/Wagner*, § 844 Rn 30.

Welt, weil er darauf vertraut, dass der Schädiger, der für seinen Tod verantwortlich ist, dann für den Unterhalt aufkommen muss.

- 28** Bedeutsam ist die Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Verletzung auch dafür, dass einerseits der Verletzte über die Ansprüche der künftigen Unterhaltsgläubiger nicht mehr verfügen kann, somit auch nicht zu deren Lasten einen Abfindungsvergleich schließen kann, und andererseits bereits zu diesem Zeitpunkt künftige Schadensersatzansprüche auf den Sozialversicherungsträger nach § 116 SGB X bzw. Dienstheirn nach § 76 BBG übergehen, sofern deren künftige Einstandspflicht gegenüber den Unterhaltsgläubigern nicht auszu-schließen ist.¹⁴⁰ Ein vor dem Unfall erklärter Haftungsverzicht des später Getöteten bindet auch die Anspruchsteller nach § 844.¹⁴¹

III. Durchsetzbarkeit eines zukünftigen gesetzlich geschuldeten Unterhaltsanspruchs

- 29** Der Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 erfasst jedenfalls den Zeitraum ab der Tötung des Unterhaltsschuldners. Die hM¹⁴² lehnt eine Einstandspflicht des Schädigers für rückständige Unterhaltsschulden ab und verweist den Unterhaltsgläubiger auf den Nachlass bzw. an die Erben. Eine Mindermeinung¹⁴³ bejaht einen solchen Anspruch dann, wenn der Getötete in weiterer Folge zur Bezahlung der Unterhaltsschulden in der Lage gewesen wäre. Die Unterhaltsgläubiger müssen ganz generell nachweisen, dass der Getötete leistungsfähig gewesen wäre,¹⁴⁴ wobei die Rechtsprechung wie beim Erwerbsschaden davon ausgeht, dass insbesondere ein jüngerer Mensch nicht ein ganzes Leben arbeitslos bleiben wird.¹⁴⁵ Beim zusätzlich zu führenden Nachweis der Durchsetzbarkeit, die wegen Lohnpfändungen – zeitlich begrenzt – nicht gegeben sein kann,¹⁴⁶ kommt dem Unterhaltsgläubiger die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute.¹⁴⁷ Ist das zu verneinen, scheidet ein Schadensersatzanspruch aus, soll durch diesen der Geschädigte nämlich auch nicht besser als ohne das schädigende Ereignis gestellt werden.

IV. Verhältnis der Ansprüche zueinander

- 30** Beim Erwerbsschaden geht es um die Prognose, wie es dem Geschädigten gelungen wäre, seine Erwerbskraft ohne Verletzung zu verwerten. Die sich dabei stellenden Fragen ergeben sich mutatis mutandis auch beim Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2. Die Prognose darf nicht „in der Luft schweben“, es müssen immerhin greifbare Tatsachen als Ausgangspunkt vorhanden sein, wobei eine Schätzung nach § 287 ZPO dem Richter die Möglichkeit einräumt bzw. sogar gebietet, eine Schätzung im Sinn eines Wahrscheinlichkeitsurteils vorzunehmen.¹⁴⁸ Insbesondere, wenn ein solcher Anspruch nicht nur dem Ehegatten, sondern auch einem oder mehreren Kindern zusteht, ergeben sich weitere Anpassungserfordernisse im Laufe der Zeit. Sie sollen an dieser Stelle überblicksartig zusammengefasst werden, um deutlich zu machen, wie sehr die Höhe des Anspruchs eines Unterhaltersatzgläubigers vom Ausmaß der anderen abhängig ist.¹⁴⁹
- 31** Auf die Kinder entfällt eine nach ihrem Alter unterschiedliche Quote, und zwar beim Barunterhalt eine mit dem Alter ansteigende, beim Betreuungsunterhalt hingegen eine fallende Quote. Auch an den Fixkosten sind diese beteiligt, so dass bei Ende ihres Unterhaltsanspruchs auch die Ansprüche der anderen jeweils neu zu berechnen sind. Mit Wegfall der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind reduziert sich zwar das Stundenausmaß; allerdings erhöht sich der Anteil des Ehepartners des Haushaltsführers, der ab diesem Zeitpunkt ein höheres Versorgungsniveau verlangen oder anders ausgedrückt weniger Abstriche machen muss.¹⁵⁰ Ab 12 bzw. 14 Jahren trifft sie eine Mitwirkungspflicht im Haushalt.¹⁵¹ Da der Unterhaltsanspruch von Kindern von deren Bedürftigkeit abhängig ist, mindern Einkünfte ihren Unterhaltersatzanspruch. Wenn der hinterbliebene Ehegatte zumutbarerweise eine Erwerbstätigkeit aufnimmt bzw. wieder heiratet, reduziert sich sein Unterhaltsanspruch. Wenn der Barunterhaltspflichtige aus dem aktiven Erwerbsleben ausgeschieden wäre, hätte sich das für den Unterhalt maßgebliche verfügbare Einkommen reduziert; und auch die Quote zuguns-

140 BGHZ 132, 39 = NJW 1996, 1674; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 18; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 2; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 51.

141 A. Diederichsen, NJW 2013, 641.

142 BGH VersR 1973, 620; LG Düsseldorf SP 2000, 379; van Bühren/Lemckel/Jahnke, Teil 4 Rn 1415; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 25; Wussow/Zoll, Kap. 45 Rn 8.

143 OLG Nürnberg VersR 1971, 749.

144 Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 24; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 90.

145 BGH NJW 1985, 732; OLG Hamm NZV 2006, 85; OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 425. Näheres dazu bei §§ 842, 843 Rn 11.

146 Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 149.

147 BGH NJW 1974, 1373; OLG Hamm NZV 2006, 85; OLG Bremen FamRZ 1990, 403; Küppersbusch/Höher, Rn 325; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 24; van Bühren/Lemckel/Jahnke, Teil 4 Rn 1368.

148 OLG Brandenburg FamRZ 2007; 2071.

149 van Bühren/Lemckel/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1347, 1427.

150 Luckey, Personenschaden Rn 1480.

151 OLG Oldenburg NZV 2010, 156; OLG Stuttgart VersR 1993, 1356; OLG Hamburg VersR 1993, 1538.

ten des barunterhaltsberechtigten Ehepartners wäre auf 50 % angewachsen. Es hätte den beruflich erwerbstätigen Ehegatten aber auch eine zusätzliche Pflicht zur Mitwirkung im Haushalt getroffen. Aber auch für die Anrechnung der maßgeblichen Unterhaltersparnis wäre dies bedeutsam gewesen. Je nach dem, wie die Hinterbliebenen auf die Tötung des Haushaltsführers reagieren, ob eine Ersatzkraft eingestellt oder das Defizit innerfamiliär aufgefangen wird, ergibt sich ein unterschiedlich hoher Ersatzanspruch. Beim Haushaltsführer kann darüber hinaus das Nachlassen seiner Kräfte in der Haushaltsführung beachtlich sein. Ja selbst die Art der Finanzierung von Immobilieneigentum hat Einfluss auf die Höhe des Unterhaltersatzes. Die unterschiedliche Höhe der an die einzelnen Unterhaltersatzgläubiger geleisteten sachlich kongruenten Sozialleistungen führt dazu, dass der Anteil, über den sie verfügen können, sich im Laufe der Zeit verändert. All diese Komplikationen werden dadurch in besonderer Weise potenziert, dass der Anspruch jedes Unterhaltersatzgläubigers ein eigenes Schicksal hat, somit Teil- und nicht Gesamtgläubigerschaft gegeben ist.

V. Unterhaltersatz und Einkommensteuerrecht

Bis zur grundlegenden Entscheidung des BFH,¹⁵² in der dieser ausgesprochen hat, dass von einer Rente wegen vermehrter Bedürfnisse nunmehr keine Einkommensteuer zu entrichten ist, war umstritten, ob eine Unterhaltersatzrente gem. § 22 Nr. 1 EStG der Einkommensteuer zu unterwerfen ist und diese Belastung vom Schädiger zu ersetzen ist.¹⁵³ Da sich der BFH lediglich zur Steuerfreiheit der Rente wegen vermehrter Bedürfnisse geäußert hat, war offen, ob auch die Unterhaltersatzrente steuerfrei ist.¹⁵⁴ Das hat der BFH nunmehr klargestellt, indem er ausgesprochen hat, dass die Rente aus § 844 Abs. 2 steuerfrei ist; und zwar sowohl der Ersatz für den Barunterhalt als auch für die Haushaltsführung.¹⁵⁵

32

F. Die einzelnen Ansprüche

I. Barunterhaltsanspruch des Haushaltsführers bei Tötung des Alleinverdieners

1. Das verfügbare Nettoeinkommen. In intakter Ehe ist der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten gegen den anderen nicht von der eigenen Bedürftigkeit abhängig, weil § 1360 a Abs. 3 nicht auf § 1602 verweist.¹⁵⁶ Anders verhält es sich freilich beim Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten nach § 1577.¹⁵⁷ Im Regelfall ist die Höhe des Anspruchs von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen abhängig, die in dessen Nettoeinkommen zum Ausdruck kommt.¹⁵⁸ Diesbezüglich ergeben sich keine Unterschiede zum Unterhaltsrecht.¹⁵⁹ Darüber hinaus ergeben sich Parallelen zum Erwerbsschaden, aber auch Besonderheiten.

33

a) Anknüpfung an das maßgebliche Erwerbseinkommen. Wie im Verletzungsfall ist nun im Tötungsfall zu ermitteln, welches Erwerbseinkommen der nunmehr Getötete voraussichtlich erzielt hätte.¹⁶⁰ Bei einem Selbstständigen, der am Beginn seiner Laufbahn steht, darf ein Erwerbseinkommen – wie beim Erwerbsschaden – nicht vorschnell unter Hinweis auf die Unsicherheit der Prognosen abgewiesen werden, vielmehr ist – mangels anderer Anhaltspunkte – ein durchschnittlicher Erfolg zugrunde zu legen.¹⁶¹ Bei Überstunden kann fraglich sein, ob sie auch in Zukunft in eben dieser Höhe angefallen wären.¹⁶² Es ist eine Abgrenzung vorzunehmen zwischen echtem Einkommen und der Abgeltung von Aufwendungen,¹⁶³ die nur einzubeziehen sind, wenn ein Reineinkommen verbleibt, wobei – wie beim Erwerbsschaden – häufig zwischen 30 und 50 % als Einkommen berücksichtigt werden.¹⁶⁴ Wie dort sind auch Sachbezüge mit einzubeziehen.¹⁶⁵ Berufsbedingte Werbungskosten sind abzuziehen,¹⁶⁶ wobei zu bedenken ist, dass der wegfallende Steuerabzugsposten gegenzurechnen ist. Bei aperiodischen, aber auch künftig anfallenden Einkünften hat

34

152 BFHE 175, 439 = NJW 1995, 1238; BFHE 176, 402.

153 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (Schlund); dazu Eckelmann, DAR 1989, 94; BGH VersR 1987, 409; NJW 1985, 3011; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 62.

154 Dies offen lassend BFH DStR 2002, 1175.

155 BFH NJW 2009, 1229 = SVR 2009, 234 (Schroder) = jurisPR-VerkR 2009/4 Anm. 1 (Jahnke); NJOZ 2014, 1712.

156 Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 39; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 34; A. Diederichsen, NJW 2013, 641, 642.

157 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 126.

158 Küppersbusch/Höher, Rn 329.

159 Freyberger, MDR 2000, 117.

160 BGH NJW-RR 1988, 1238; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 34.

161 OLG Frankfurt BeckRS 2013, 02379: Selbständiger Versicherungs- und Immobilienmakler.

162 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 107.

163 BGH NJW 1986, 715: Keine Einbeziehung für Aufwandsersatz eines Sportvereins.

164 BGH NJW-RR 1987, 538; OLG Bamberg FamRZ 1997, 1339; OLG München DAR 1984, 117; OLG Saarbrücken VersR 1977, 727; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 64.

165 Küppersbusch/Höher, Rn 330.

166 OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerkR 2008/11 Anm. 2 (Jahnke); OLG Frankfurt/M SP 2005, 338: Abzug von 5 % bei einem ungelerten Bauarbeiter; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1361; Wenker, VersR 2014, 680, 682: Regelmäßig zwischen 5 und 10 %.

eine Umrechnung auf Monatsbeträge zu erfolgen. Umstritten ist, ob auch ein illegales bzw sittenwidriges Einkommen zu berücksichtigen ist.¹⁶⁷ Außer Streit stehen sollte das Einkommen einer Prostituierten, wird zwar dabei kein vollgültiger Vertrag geschlossen; nach Erbringung der vertragstypischen Leistung ist indes ein durchsetzbarer Anspruch auf die Gegenleistung gegeben.¹⁶⁸ Darüber hinaus ist mE wie folgt zu differenzieren: Wenn der Getötete zwar das verpönte Einkommen nicht mehr erzielt hätte, aber anstelle dessen ein anderes legales, kann nicht jeglicher Anspruch versagt werden. Liegt der Verstoß freilich darin, dass es unzulässig ist, neben einer Erwerbsunfähigkeitsrente ein Arbeitseinkommen zu erzielen,¹⁶⁹ ist insoweit keine Substitution durch irgendeine andere Tätigkeit möglich, so dass entweder das eine oder das andere Einkommen als Bemessungsgrundlage für den Unterhaltersatzanspruch herangezogen werden kann, nicht aber die Summe aus beiden. Maßgeblich ist die wahrscheinlichere Variante.

- 35** Wie beim Erwerbsschaden hat eine Prognose zu erfolgen, welches Erwerbseinkommen künftig erzielt worden wäre,¹⁷⁰ wobei die Bezüge der letzten Zeit ein geeigneter Anknüpfungspunkt sein können,¹⁷¹ wenn gleich diese bloß eine Momentaufnahme darstellen.¹⁷² Bestehen beim Getöteten – wegen seiner Person und/oder der Branche – konkrete Anhaltspunkte, dass er künftig jedenfalls teilweise arbeitslos geworden wäre, kann ein Abschlag bei der Rente gerechtfertigt sein.¹⁷³ Dabei kann es geboten sein, eine Staffelung der Rente nach Zeitintervallen vorzunehmen.¹⁷⁴ Soweit für den Täter einigermäßen greifbare Anhaltspunkte vorhanden sind, soll er künftige Entwicklungen bei der Festsetzung der Rente berücksichtigen, wobei ihm im Rahmen des § 287 ZPO ein großzügiger Ermessensspielraum eingeräumt wird. Bei selbstständig Erwerbstätigen ist im Zweifel das Durchschnittseinkommen der letzten 3 Jahre heranzuziehen.¹⁷⁵ Bei einer Kapitalgesellschaft ist maßgeblich, ob die nachhaltige Ertragskraft des Unternehmens ausgereicht hätte für die festgesetzte Geschäftsführervergütung, wobei diesbezüglich nicht allein auf den steuerrechtlichen Reingewinn abzustellen ist.¹⁷⁶ Zu beachten ist, dass nicht nur anspruchsmindernde, sondern auch anspruchserhöhende Umstände berücksichtigt werden müssen.¹⁷⁷ Sofern der Täter sich zur Berücksichtigung künftiger Umstände nicht in der Lage sieht, soll er das offenlegen, weil davon die Möglichkeit einer Anpassung im Wege einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO abhängt.¹⁷⁸ Sind keine greifbaren Anhaltspunkte für eine einigermaßen plausible Schätzung vorhanden, so etwa die Höhe der in über 30 Jahren fällig werdenden Altersrente,¹⁷⁹ kann der künftige Anspruch im Wege eines Feststellungsurteils gesichert werden.¹⁸⁰ Zweckgewidmete Transferleistungen wie eine Schwerbeschädigten- oder Pflegezulage stellen kein Einkommen dar, sondern sind treuhänderisch dem Sonderbedarf des Anspruchsberechtigten zuzurechnen, so dass sie beim Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 keine Rolle spielen.¹⁸¹
- 36 b) Unterschiede gegenüber dem Erwerbsschaden.** Beim Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 ist abzustellen auf das Nettoeinkommen,¹⁸² somit nach Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen,¹⁸³ aber unter Berücksichtigung staatlicher Transferleistungen wie der Eigenheimzulage,¹⁸⁴ wobei auf Steuerrückerstattungen, wenn sie ständig anfallen, auch bei der Festsetzung der Rente Rücksicht zu nehmen ist.¹⁸⁵ Soweit infolge der Tötung aber zusätzliche Kosten für die Kranken- und Unfallversicherung anfallen, sind diese zusätzlich zu ersetzen.¹⁸⁶ Entsprechendes gilt für die Altersvorsorge des Ehegatten.¹⁸⁷ Während beim Erwerbsschaden im Verletzungsfall das durch Betätigung der Arbeitskraft erzielte Einkommen maßgeblich ist, ist ein Unterhaltersatzanspruch darüber hinaus auch dann gegeben, wenn der Unterhaltsschuldner anstelle der beruflichen Erwerbstätigkeit ein Erwerbseinkommen erzielt, sei es eine Alters- oder Verletztenrente oder Arbeitslosengeld.¹⁸⁸ Es ergibt sich nur insoweit eine Zäsur, als das Einkommen und damit

167 Dafür MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 51; dagegen Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 109.

168 So auch Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 109.

169 So der Sachverhalt in OLG Hamm FamRZ 1998, 1169.

170 BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (Höher): Gebot alle voraussehbaren Veränderungen einzubeziehen.

171 BGH VersR 1990, 907; Palandt/Sprau, § 844 Rn 9; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 38.

172 Luckey, Personenschaden Rn 1428.

173 OLG Frankfurt/M SP 2005, 338: 20 % bei einem ungelerten Arbeiter der Baubranche.

174 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1359.

175 BGH NJW 1985, 909; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071 mit zutr. Hinweis, dass Besonderheiten bei der Unternehmensgründung zu beachten sind.

176 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

177 Dorn/Geiser/Graff/Sousa-Poza, Die Berechnung des Erwerbsschadens S. 56 ff; Näheres unten Rn 72.

178 BGH NJW-RR 1990, 962; BGHZ 105, 243 = NJW 1989, 289; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 100.

179 OLG Frankfurt/M SP 2005, 338.

180 BGH VersR 1984, 389; OLG Frankfurt/M FamRZ 1999, 1064; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221 = zfs 1996, 211 (Diehl); Wussow/Zoll, Kap. 45 Rn 9.

181 AA Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 148.

182 Küppersbusch/Höher, Rn 329.

183 OLG Frankfurt SP 1999, 267.

184 BGH NJW 2004, 358 = BGHReport 2004, 157 m. krit. Anm. Schiemann.

185 BGH NJW-RR 1990, 706: Beteiligung an einer Abschreibungsgesellschaft aus Mitteln des ererbten Vermögens.

186 Küppersbusch/Höher, Rn 338 Fn 40.

187 OLG München OLG R 2000, 1; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 112 f, 199.

188 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1360.

auch der daraus resultierende Unterhaltsanspruch typischerweise geringer ist. Soweit der Unterhaltspflichtige bloß die Inkassostelle für eine Sozialleistung eines anderen Unterhaltsgläubigers war, die nach seinem Tod in der gleichen Höhe weiter bezogen wird, wie das beim Kindergeldanspruch der Fall ist,¹⁸⁹ liegt kein Unterhaltsschaden nach Abs. 2 vor.

Bei Selbstständigen stellt – wie im Unterhaltsrecht – das steuerpflichtige Einkommen nicht immer eine taugliche Anknüpfungsgrundlage dar. Deshalb wird bei Einzelunternehmen und Personengesellschaften an die Privatentnahmen angeknüpft, wenn diese in einer angemessenen Relation zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen.¹⁹⁰ Zu beachten ist mE freilich, dass die nicht in einem Liquiditätsabfluss zum Ausdruck kommenden Aufwendungen für die Abdeckung diverser Risiken, von der Krankenversicherung bis zur Alterssicherung, dabei nicht unter den Tisch fallen dürfen.

Nach hM¹⁹¹ werden die Arbeitsleistungen des Getöteten für die Errichtung eines Einfamilienhauses nicht zum ersatzfähigen Unterhaltsschaden gerechnet. Begründet wird dies damit, dass der Unterhaltsschuldner lediglich die Deckung des Wohnbedarfs schulde, aber nicht die Verschaffung von Immobiliareigentum. Ersatzfähig sollen – von der Muskelhypothek¹⁹² – bloß sein Instandhaltungs- und Renovierungsarbeiten, nicht aber Neu- und Ausbautätigkeiten; und all das zudem nur im Rahmen einer Rente.¹⁹³ Das ist mE der unzutreffende Ansatzpunkt.¹⁹⁴ Maßgeblich ist vielmehr, dass der Getötete durch die Betätigung seiner Arbeitskraft einen wirtschaftlichen Vorteil erzielt, der sich positiv auf den Unterhaltsstandard der Familie ausgewirkt hätte. Hätte der Getötete beim Eigenheimbau des Nachbarn gearbeitet, wäre das damit verdiente Entgelt beim Unterhaltersatz zu berücksichtigen (gewesen). Nicht einzusehen ist mE, weshalb wirtschaftlich Gleichwertiges ungleich behandelt werden soll. Insofern sind solche Arbeitsleistungen mit ihrem wirtschaftlichen Äquivalent ebenso wie beim Erwerbsschaden zu erfassen, wobei zu bedenken ist, dass eine solche Betätigung der Arbeitskraft sich typischerweise auf eine bestimmte Zeitspanne beschränkt, so dass ein auf einen Kapitalbetrag gerichtetes Begehren durchaus plausibel ist.

Neben den vom Erwerbsschaden geläufigen Prognoseproblemen sind beim Anspruch nach Abs. 2 weitere Gesichtspunkte zu beachten. Der Umfang des Anspruchs jedes einzelnen Unterhaltersatzgläubigers ist von folgenden Änderungen abhängig: Ein Kind wird älter und seine Quote steigt an; ein Kind wird selbsthaltungsfähig, womit sein Unterhaltersatzanspruch wegfällt; der hinterbliebene Ehegatte wäre wegen des Freiwerdens von der Haushaltsarbeit zugunsten des Getöteten bzw. wegen des Heranwachsens oder Ausziehens der Kinder nach der von der Tötung unabhängigen Lebensplanung wieder ins Erwerbsleben eingetreten.¹⁹⁵ Zwar sind dem Tatrichter insoweit großzügige Pauschalierungen erlaubt. Die Grenze wäre freilich überschritten, wenn er sämtlichen Kindern unabhängig von ihrem Alter eine gleich große Quote zuweisen würde.¹⁹⁶

2. Die fixen Kosten. a) Der Grundsatz. In einem Haushalt gibt es Kosten, die vermindern sich entweder gar nicht oder jedenfalls nicht proportional, wenn diesem Haushalt eine Person weniger angehört.¹⁹⁷ Man bezeichnet diese als fixe Kosten.¹⁹⁸ Im Rahmen des Unterhaltersatzanspruchs nach Abs. 2 werden diese Kosten vom verfügbaren Nettoeinkommen ermittelt und sodann auf die verbliebenen Unterhaltersatzgläubiger zu 100 % verteilt. Während vom restlichen Einkommen – allenfalls nach Abzug von Aufwendungen für die Vermögensbildung – der Eigenanteil des Getöteten abgezogen wird, verbleiben die fixen Kosten den Unterhaltsgläubigern in vollem Umfang. Es ist einer der am stärksten umkämpften Schadensposten und macht mitunter 2/3 des verfügbaren Nettoeinkommens aus.¹⁹⁹ Ohne Einzelnachweis wird häufig von 30 bis 40 % ausgegangen.²⁰⁰ Das hat zur Folge, dass der Unterhaltersatzanspruch aller Unterhaltsgläubiger erheblich mehr ausmacht, als es ihrer Kopfquote entspricht. Der Hauptanwendungsbereich liegt bei den Kosten für die Deckung des Wohnbedarfs sowie für das Fahrzeug der Familie.

189 BGH VersR 1979, 1029; OLG Saarbrücken SP 2005, 160; Küppersbusch/Höher, Rn 331.

190 BGH FamRZ 1998, 357; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 111; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1363; Küppersbusch/Höher, Rn 332.

191 BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (Diehl) = SVR 2006, 100 (Bachmeier); NJW 1985, 49; JR 1967, 100; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1364; Küppersbusch/Höher, Rn 331; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 39.

192 So die Bezeichnung von Diehl, zfs 2004, 555; Bachmeier, SVR 2006, 101.

193 BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (Diehl) = SVR 2006, 100 (Bachmeier).

194 Ausf. dazu Ch. Huber, in: FS Kuhn (2009), S. 259 ff.

195 Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 45, 70.

196 Zuletzt BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (Höher).

197 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (Schiemann); BGH NJW 1988, 2365; OLG Brandenburg NZV 2001, 213; zfs 1999, 330; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 11.

198 Übersicht bei Ege, DAR 1995, 305.

199 Freyberger, MDR 2000, 117, 119; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071: Ohne konkretes Vorbringen 40 %.

200 Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 156.

- 41 b) Die Kritik an der Berücksichtigung fixer Kosten.** Von manchen Literaturstimmen²⁰¹ wird vorgeschlagen, auf die Herausrechnung der Fixkosten zu verzichten und anstelle dessen höhere Unterhaltsquoten vorzusehen. *Wagner*²⁰² meint, dass nicht einzusehen sei, dass die Unterhaltersatzgläubiger bei Abs. 2 mehr verlangen können als im Unterhaltsprozess, obwohl dort zwei Haushalte geführt werden, was höhere Kosten verursache. Dieses Argument spricht freilich nicht gegen die Berücksichtigung fixer Kosten, ist doch die Führung von zwei Haushalten im Regelfall mit einer Verringerung des Unterhaltsstandards verbunden, während es bei Abs. 2 darum geht, dass dieser gerade aufrechterhalten werden soll. *Wagner*²⁰³ wendet gegen die Berücksichtigung der fixen Kosten darüber hinaus ein, dass nicht einzusehen sei, warum ausgerechnet hohe Aufwendungen für die Wohnung bzw. das Auto zu einem höheren Ersatz führen sollen. Dafür kann man freilich ins Treffen führen, dass dies daran liegt, dass der Zustand ohne schädigendes Ereignis aufrechterhalten werden soll. Und die Gestaltung der Lebensverhältnisse durch die Ehegatten hat auch sonst maßgeblichen Einfluss auf die Höhe der Unterhaltsrente nach Abs. 2. *Jahnke*²⁰⁴ führt gegen die Berücksichtigung der fixen Kosten das pragmatische Argument ins Treffen, dass nach Ausscheiden eines Kindes die Fixkosten jeweils wieder neu berechnet werden müssten, was kompliziert sei. Das ist durchaus zuzugestehen. Bemerkenswert ist freilich, dass er sich gleichzeitig gegen deren Pauschalierung wendet und einen jeweiligen Einzelnachweis verlangt. Das ist nicht weniger kompliziert. Der BGH²⁰⁵ ist diesbezüglich großzügiger und greift schon einmal zu Statistiken und Schätzungen, wenn die Hinterbliebenen zu einem detaillierten Vorbringen nicht in der Lage sind.
- 42 c) Berücksichtigungsfähige fixe Kosten.** Den Löwenanteil der fixen Kosten machen die Kosten für die Deckung des Wohnbedarfs aus. Dazu kommen Aufwendungen für das Fahrzeug sowie nicht personengebundene Versicherungen.²⁰⁶ An kleineren Posten sind noch erwähnenswert die Kosten für Kommunikation und Information (Telefon, Zeitung); keinesfalls fixe Kosten sind Aufwendungen, die von der Person abhängig sind,²⁰⁷ wie Vereins- und Gewerkschaftsbeiträge²⁰⁸ oder an die Person gebundene Versicherungsprämien.²⁰⁹ Der BGH hat in der Entscheidung BGHZ 137, 327²¹⁰ auch die Kindergartenkosten zu den fixen Kosten gerechnet.²¹¹ Angemessener wäre es mE insoweit ebenso wie bei Versicherungsprämien oder Aufwendungen für die Krankenversicherung²¹² oder Altersversorgung²¹³ einen Sonderbedarf des jeweiligen Unterhaltsgläubigers anzunehmen.²¹⁴ Dieser wäre nach den Fixkosten vom Nettoeinkommen in Abzug zu bringen, ehe das restliche Nettoeinkommen im Wege der Unterhaltsquoten auf die hinterbliebenen Unterhaltersatzgläubiger verteilt wird. Auf diese Weise wäre eine präzisere Zurechnung zum Unterhalt des jeweiligen Unterhaltsgläubigers möglich, ist es doch kaum einleuchtend, die Kosten für den Kindergarten als Unterhalt des hinterbliebenen Ehegatten zu qualifizieren. Ein Sonderbedarf ist jedenfalls bei Nachhilfestunden für die Kinder gegeben.²¹⁵
- 43 d) Schadensminderungspflicht zum Umzug in eine kleinere Wohnung.** Verschiedentlich²¹⁶ wird darauf hingewiesen, dass den hinterbliebenen Ehegatten eine Schadensminderungspflicht treffe, nach einer angemessenen Übergangsfrist in eine kleinere Wohnung zu ziehen. Einerseits verminderten sich die Wohnungskosten, andererseits reduziere sich auch der Aufwand für die Haushaltsführung. Für einen nunmehr allein Wohnenden bestehe kein Anspruch, dass ihm die Wohnqualität seines eigenen Hauses erhalten bleibe.²¹⁷ Diesen restriktiven Ansätzen ist mE grundsätzlich nicht zu folgen.²¹⁸ Häufig besteht zum bisherigen Wohnsitz eine ideelle Beziehung. Abgesehen davon, dass es schwierig ist, in der vertrauten Umgebung eine passende kleinere Wohnung zu finden, und der Ersatzpflichtige auch für die Umzugskosten aufzukommen hätte, ist es nach Tötung des Unterhaltsschuldners dem hinterbliebenen Ehegatten häufig nicht zuzu-

201 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1386; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 50.

202 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 53.

203 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 50.

204 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1387; so auch Küppersbusch/Höher, Rn 340.

205 BGH NJW 1988, 2365; NJW-RR 1990, 962; ebenso OLG Zweibrücken VersR 1994, 613; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 17 f.

206 Küppersbusch/Höher, Rn 338.

207 BGH VersR 1987, 1241; Küppersbusch/Höher, Rn 338 a; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 53; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 118.

208 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (Schiemann).

209 OLG Brandenburg NZV 2001, 213.

210 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (Schiemann).

211 Zweifelnd MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 54.

212 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 62; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 20; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 24; BGH NJW-RR 1989, 610; VersR 1986, 264; ebenso für die Unfallversicherung OLG Zweibrücken VersR 1994, 613.

213 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 18.

214 Zum Regress des Sozialversicherungsträgers bei Krankenversicherungskosten BGH NJW 1986, 715 (Eckelmann/Nehls); zum Regress des Dienstherrn bei Heilbehandlungskosten BGH NJW-RR 1989, 609; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 24.

215 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157; Wenker, VersR 2014, 680, 682.

216 BGH NZV 1988, 60; NJW 1985, 49; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; Küppersbusch/Höher, Rn 384.

217 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (Schlund) – dazu Eckelmann, DAR 1989, 94; BGH VersR 1984, 961.

218 Zurückhaltend zu Recht auch Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 15.

muten, die Strapazen und Unannehmlichkeiten eines Umzugs auf sich zu nehmen.²¹⁹ Das gilt jedenfalls dann, wenn in dem Haus neben dem hinterbliebenen Ehegatten noch – erwachsene – Kinder wohnen.²²⁰ Der (österr.) OGH²²¹ hat unter Hinweis auf die Vertraulichkeit – durchaus einfühlsam – ausgesprochen, dass auch die Kosten für die Betreuung eines Haustieres ersatzfähig sind, wenn der Getötete sich darum gekümmert hätte. Zu bedenken ist dabei jeweils, dass es nicht allein um das ökonomische Kalkül geht, sondern den jeweiligen Menschen, der gerade nach Verlust des Unterhaltsschuldners in besonderer Weise darauf angewiesen ist, dass ihm seine vertraute Umgebung erhalten bleibt, was ihm durch den Anspruch nach § 844 Abs. 2 gerade ermöglicht werden soll.

e) Der Umfang des ersatzfähigen Wohnaufwands. Außer Streit steht die Ersatzfähigkeit der Kosten für eine Mietwohnung unter Einschluss der Mietneben- und Energiekosten.²²² Darüber hinaus zählen zu den fixen Kosten Rücklagen (präziser: Rückstellungen) für Schönheitsreparaturen,²²³ Instandsetzungen²²⁴ sowie die Erneuerung von Hausrat.²²⁵ Wenn *Küppersbusch/Höher*²²⁶ einwenden, dass Hausrat üblicherweise nur einmal angeschafft wird, so mag das einmal so gewesen sein. Einerseits halten nicht alle Hausratsgegenstände ewig, andererseits dürften heutzutage etwa vielerorts Möbel von weniger hochwertiger Qualität gekauft werden, was zur Folge hat, dass diese nach wenigen Jahren durch neue ersetzt werden, weil sie abgenutzt sind oder nicht mehr dem Zeitgeist entsprechen.

Nach wie vor umstritten ist die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Kosten für eine Eigentumswohnung oder ein Eigenheim ersatzfähig sind.²²⁷ Da die Verschaffung von Immobiliareigentum unterhaltsrechtlich nicht geschuldet ist, wird darauf abgestellt, dass die tatsächlichen Aufwendungen nur bis zu der Obergrenze ersatzfähig sind, bis zu der solche Aufwendungen auch für die Anmietung einer vergleichbaren Wohnung anfielen. Das OLG Hamm²²⁸ hat dabei klargestellt, dass von der Anzahl der Zimmer (Gästezimmer, 2. Bad) keine Abstriche zu machen sind. Wenn die Arbeiten im Garten zum ersatzfähigen Unterhaltsaufwand zählen,²²⁹ ist es freilich mE widersprüchlich, warum Aufwendungen für das Wohnen in einem Haus nicht ersatzfähig sein sollten. Auch wenn stets von einer Wohnung die Rede ist, muss eine einvernehmliche Gestaltung der Ehegatten möglich sein, den diesbezüglichen gesetzlichen Unterhaltsbedarf durch das Wohnen in einem Einfamilienhaus zu decken mit der Folge, dass auf die Mietkosten eines derartigen Einfamilienhauses abzustellen ist²³⁰ und nicht auf die einer Wohnung.²³¹ Was freilich viel schwerer wiegt, das ist die Frage, ob bei einem ausbezahlten Einfamilienhaus die angemessenen Mietkosten generell als Mindestschaden ersatzfähig sind,²³² oder lediglich die Instandhaltungskosten²³³ bzw bei einem zum Teil fremdfinanzierten Einfamilienhaus bis zur Höhe der Mietkosten die gesamte Annuität²³⁴ oder bloß die Zinsen und nicht die Tilgung. Den letzteren Standpunkt hat der BGH²³⁵ eingenommen.

Nach dieser Ansicht sind die ersatzfähigen Fixkosten dann am höchsten, wenn sich die Eheleute dafür entschieden haben, das Wohnobjekt möglichst mit Fremdmitteln zu finanzieren und etwa einen angesparten oder ererbten Geldbetrag nicht für die Abzahlung zu verwenden. Stellt man auf die Finanzierung mithilfe eines Darlehens mit gleich hohen Annuitäten ab, ändern sich die Fixkosten jedes Jahr, weil der Zinsanteil jedes Jahr geringer wird.²³⁶ Dazu kommt, dass sich auch Zinsschwankungen auf die Höhe der Fixkosten auswirken, jedenfalls dann, wenn diese nicht bei der Laufzeit, sondern bei der Höhe der Rückzahlungsraten berücksichtigt werden. So sehr die Berücksichtigung fixer Kosten einem Postulat der konkreten Schadensberechnung entspricht, bleibt ein Unbehagen zurück, dass das Ausmaß des ersatzfähigen Schadens nicht

219 Ähnlich *A. Diederichsen*, NJW 2013, 641, 643: Nur ausnahmsweise, wenn vom Getöteten besonderer Repräsentationsaufwand betrieben wurde, der nun wegfällt.

220 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

221 ZVR 2015/104 (*Ch. Huber*).

222 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 12.

223 OLG Hamm zfs 1996, 211 (*Diehl*).

224 BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (*Diehl*) = SVR 2006, 100 (*Bachmeier*); BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); OLG Brandenburg NZV 2001, 213: Wartung und Erneuerung der Heizung; *Küppersbusch/Höher*, Rn 338; aA *MüKo/Wagner*, § 844 Rn 55.

225 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); NJW 1988, 2365; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1389; *MüKo/Wagner*, § 844 Rn 54.

226 *Küppersbusch/Höher*, Rn 338, Fn 92.

227 Für den Ansatz einer fiktiven Miete bei Wohnen im lastenfreien Eigentum *Luckey*, Personenschaden Rn 1432. Das ist freilich eine Mindermeinung.

228 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

229 OLG Celle OLGR 2007, 465: Im Jahresdurchschnitt 2 Stunden pro Woche für einen Ziergarten.

230 So auch *A. Diederichsen*, NJW 2013, 641, 642 f.

231 So aber die Argumentation des BGH in BGH NJW 1985, 49; zurückhaltender der BGH in dieser Entscheidung.

232 So noch BGH NJW 1985, 49; NJW 1988, 2365.

233 So OLG Nürnberg NZV 1997, 439.

234 OLG München NJW-RR 2001, 1298.

235 BGH NJW 2004, 2894 = zfs 2004, 553 (*Diehl*) = SVR 2006, 100 (*Bachmeier*); BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (*Schiemann*); BGH NJW-RR 1990, 221; VersR 1984, 961; so auch Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 14; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 64; *Küppersbusch/Höher*, Rn 338; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 115.

236 Zur Durchschnittsbildung der Tilgung aus Vereinfachungsgründen OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

bloß von der Art der Deckung des Bedarfs abhängt, sondern darüber hinaus auch noch von der Art seiner Finanzierung. Stellt man auf die Parallele zu den Mietkosten ab, müsste aber selbst bei einem abbezahlten Einfamilienhaus eine Abschreibung sowie eine Instandhaltungsrückstellung berücksichtigt werden.²³⁷ Entsprechendes gilt für Rückstellungen für die Renovierung.²³⁸

47 f) Das Ausmaß der ersatzfähigen Kfz-Kosten. Bei einem Fahrzeug stellen sich derartige Fragen nicht, weil das Fahrzeug der Abnutzung unterliegt und am Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer kein ins Gewicht fallender Vermögenswert verbleibt. Es sind somit nicht bloß die Instandhaltungskosten für Inspektion und Service ersatzfähig,²³⁹ sondern darüber hinaus auch die Rückstellungen für die Anschaffung eines derartigen Fahrzeugs.²⁴⁰ Das gilt jedenfalls dann, wenn das Fahrzeug für Zwecke der Familie verwendet worden ist. Darüber hinaus sind auch die vom Ausmaß der Nutzung abhängigen Kosten, also für Öl- und Benzinverbrauch, grundsätzlich zu den fixen Kosten zu rechnen.²⁴¹ Lediglich der Teil dieser variablen Kosten ist auszugrenzen, der für berufliche Fahrten des Getöteten erfolgte oder auch solche, die dieser allein zu seinem Privatvergnügen durchführte. Das OLG Koblenz²⁴² hat eine Berücksichtigung bei einem geringen Einkommen mit der Begründung abgelehnt, dass tatsächlich solche Rücklagen nicht gebildet würden. Es verkennt mE dabei, dass es nicht um den Ersatz konkreter Aufwendungen geht, sondern um eine Verstärkung der Rente.

48 3. Abzugsposten wegen Vermögensbildung. Namentlich bei höherem Einkommen wird darauf hingewiesen, dass keine Pflicht besteht, das gesamte Einkommen für den Unterhalt zu verwenden.²⁴³ Der für die Vermögensbildung zweckgewidmete Betrag ist vom verfügbaren Einkommen abzuziehen und vermindert die Bemessungsgrundlage, von der die Unterhaltsquoten der einzelnen Hinterbliebenen gebildet werden.²⁴⁴ Diesbezüglich akzeptiert der BGH²⁴⁵ keine Erfahrungssätze, sondern verweist auf den jeweiligen Einzelfall. Der hinterbliebene Ehegatte kann sich bei einem verfügbaren Monatseinkommen von 6.700 EUR darauf zurückziehen, dass das zur freien Verfügung stehende Einkommen „verlebt“ worden sei, ohne einen Verwendungsnachweis führen zu müssen.²⁴⁶ Wenn Zoll²⁴⁷ bei ausschweifender oder zu dürftiger Lebensführung eine Korrektur mithilfe von § 287 ZPO erreichen will, ist das der falsche Ansatzpunkt, weil § 287 ZPO lediglich die Aufgabe hat, den Ermittlungsaufwand des Gerichts in erträglichen Grenzen zu halten, während es im gegebenen Zusammenhang um eine normative Korrektur geht. Lediglich bei Kindern anerkennt er eine Sättigungsgrenze, namentlich wenn das betreffende Kind noch sehr jung ist. Beim Ehegattenunterhalt ist eine Sättigungsgrenze nur ausnahmsweise gegeben, wenn es um „übertriebenen“ Luxus geht wie ein eigenes Jagdschloss²⁴⁸ oder eine dauerhafte Motorbootanmietung und Helikopter-Skiing.²⁴⁹ Die Unterhaltsfestsetzung hat bei gehobenen Einkommensverhältnissen bedarfsorientiert zu erfolgen,²⁵⁰ wobei das OLG Frankfurt²⁵¹ im Jahr 1995 einen Bedarf von 11.500 DM, somit knapp 6.000 EUR gebilligt hat.²⁵² Bei Beschädigung eines Ferrari oder Bentley ist noch niemand auf die Idee gekommen, die Reparaturkosten zu begrenzen, weil es sich um übertriebenen Luxus handelt; auch beim Unterhaltersatz erscheint es wenig angebracht, den Ersatzbetrag beim Ehegattenunterhalt auf solche Beträge zu begrenzen, die nach den Lebensverhältnissen von (Höchst-)Richtern noch einigermaßen sinnvoll für die Deckung angemessenen Unterhalts verwendet werden können. Zu verweisen ist darauf, dass der Unterhalt – in Extremfällen deutlich höher ausfallen kann, etwa muss Silvio Berlusconi seiner geschiedenen Ehefrau 50.000 EUR – und nicht mehr wie ursprünglich 100.000 EUR – bezahlen – und das pro Tag! Deutsche Gerichte sind da wesentlich spartanischer; selbst beim Ehegattenunterhalt dürfte die Grenze in der Größenordnung von 12.000 EUR liegen.²⁵³

237: Ch. Huber, VersR 2013, 129, 133.

238 OLG Celle OLGR 2007, 465; abl. freilich OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerfR 2008/11 Anm. 2 (Jahnke).

239 So aber Wenker, VersR 2014, 680, 682.

240 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (Schiemann); OLG Brandenburg NZV 2001, 213; Küppersbusch/Höher, Rn 338; Staudinger/Röthel, § 844 Rn 117.

241 Engherziger van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1389; Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 155.

242 OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerfR 2008/11 Anm. 2 (Jahnke).

243 OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 1440; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 114; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 9; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 68; Küppersbusch/

Höher, Rn 333 die den Hinterbliebenen die Beweislast auferlegen wollen, dass gleichwohl das gesamte Einkommen für den Unterhalt verwendet worden ist.

244 OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerfR 2008/11 Anm. 2 (Jahnke): Abzug selbst bei einem Nettoeinkommen von 2.650 EUR.

245 BGH VersR 1987, 156; NJW 1983, 1733; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 80; aA OLG Bamberg VersR 1982, 856.

246 OLG Bremen NJW-RR 2008, 765.

247 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 10.

248 OLG Koblenz FamRZ 1985, 480.

249 OLG Köln FamRZ 1992, 322.

250 Heiß/Born, Unterhaltsrecht idF der 46. ErgLief. (2014) Kap. 2 Rn 16 f.

251 OLG Frankfurt FamRZ 1997, 353.

252 Ähnlich Eschenbruch/Loy, FamRZ 1994, 665 ff.

253 Born, FamRZ 2013, 1613, 1617 Fn 66.

Diesbezüglich ist mit *Wagner*²⁵⁴ darauf zu verweisen, dass eine Ersparnisbildung in den allermeisten Familien nur erfolgt, um einen künftigen Konsum finanzieren zu können.²⁵⁵ ME sollte daher eine Korrektur des für den Unterhalt zur Verfügung stehenden Einkommens im Wege eines Abzugs unter Verweis auf die Zweckwidmung zur Vermögensbildung nur in ganz ausgerissenen Sachverhalten vorgenommen werden, in denen ein Unterhaltsanspruch deshalb versagt wird, weil ein einigermaßen sinnvoller Unterhaltsbedarf damit nicht mehr gedeckt werden kann.²⁵⁶ Die Unterhaltsrechtsprechung ist diesbezüglich nicht kleinlich und akzeptiert auch Unterhaltsbegehren von 7.500 EUR und mehr pro Monat.²⁵⁷

49

Dazu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Würde in Entscheidungen bisher lediglich bei Selbstständigen darauf hingewiesen, dass gegenüber dem Ehegatten eine Pflicht zur Altersvorsorge bestehe,²⁵⁸ die sich nicht allein auf die Entrichtung von Pflichtbeiträgen an einen Sozialversicherungsträger erschöpfen kann,²⁵⁹ so ist angesichts der auf Jahrzehnte hinaus bestehenden demografischen Schieflage diese Sicht zu erweitern. Wie die Ehegatten entscheiden können, mehr für Haus und Auto auszugeben, muss es ihnen unbenommen bleiben, eine Aufteilung zwischen heutigem Konsum und künftiger Vorsorge für das Alter vorzunehmen,²⁶⁰ aber auch, auf welche Art eine solche Vorsorge getätigt wird. Versicherungsprämien für eine Renten- oder Lebensversicherung, möge der Getötete Versicherungsnehmer oder auch nur Begünstigter sein,²⁶¹ sind dabei nur eine mögliche Ausprägung. Gleichberechtigt muss ME auch die Abbezahlung des eigenen Wohnsitzes sein, um im Alter nicht mit diesen Kosten belastet zu sein.²⁶² Dementsprechend sind die Tilgungsraten für die Rückzahlung eines zur Finanzierung des Wohnsitzes aufgenommenen Grundschuldlehens ME keine von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzugsfähigen, weil der Vermögensbildung dienenden Aufwendungen;²⁶³ vielmehr handelt es sich ME insoweit um einen Sonderbedarf des jeweiligen hinterbliebenen Ehegatten für seine eigene Alterssicherung.²⁶⁴ Zu bedenken ist, dass die Entrichtung von zusätzlichen Sozialversicherungsbeiträgen zur Alterssicherung jedenfalls ersatzfähig wäre; die Rechtsprechung sollte auch insoweit den Grundsatz der Privatautonomie respektieren und im Fall der Tötung des Unterhaltsschuldners eine Art der Alterssicherung für ersatzfähig ansehen, eine andere hingegen nicht. Besonders sachwidrig wäre, bei deutschen Gastarbeitern, die einen Teil ihres Einkommens für die Phase nach der geplanten Rückkehr in ihre Heimat „zurücklegen“, als nicht unterhaltersatzfähig anzusehen.²⁶⁵

50

4. Quoten des Ehegatten. Stehen das für den Unterhalt verfügbare Nettoeinkommen sowie die Fixkosten fest, ist in einem nächsten Schritt festzulegen, wie hoch die prozentualen Quoten der Hinterbliebenen sind. Der Anteil des Ehegatten hängt davon ab, ob ihm allein ein Anspruch zusteht oder es daneben noch unterhaltsberechtigter Kinder gibt. Während bei den Fixkosten eine 100 %-ige Verteilung auf alle Unterhaltsgläubiger zu erfolgen hat, ist beim restlichen verfügbaren Einkommen der Eigenanteil des Getöteten abzuziehen. Bei Alterwerden eines Kindes bzw. bei dessen Ausscheiden aus dem Haushalt ist jeweils eine Anpassung der Quoten aller übrigen Unterhaltsgläubiger vorzunehmen.

51

Selbst wenn die Summe der Quoten der Unterhaltersatzgläubiger außer Streit steht, wird häufig über deren Zuweisung an die einzelnen Unterhaltersatzgläubiger gestritten. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe: Der hinterbliebene Ehegatte (Witwe bzw. Witwer) erhält typischerweise eine viel höhere Versorgungsrente als die Kinder (Halbwaisen). Je höher die Quote des überlebenden Ehegatten, umso höher ist der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers.²⁶⁶ Je höher die Quote der Kinder, umso mehr verbleibt der Gesamtfamilie, weil diesen gegen den Ersatzpflichtigen ein über die Sozialrente hinausreichender Betrag zusteht, den sie zusätzlich vom Ersatzpflichtigen verlangen können. Insoweit geht es allein um die Frage, ob die Unterhaltersatzgläubiger oder der regressberechtigte Sozialversicherungsträger bevorzugt werden

52

254 MüKo/Wagner, § 844 Rn 52.

255 BGH NJW 1983, 1733.

256 So auch BGH VersR 1987, 1243; *Küppersbusch/Höher*, Rn 334; ähnlich *A. Diederichsen*, NJW 2013, 641, 643: Sparleistungen dienen häufig dazu, größere Ausgaben anzusparen, sie sind daher zu den Lebenshaltungskosten zu rechnen.

257 BGH NJW 1994, 2618; OLG Hamm FamRZ 1999, 723.

258 BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (*Höher*): Wenn keine ausreichende Altersrente zur Verfügung steht, in concreto bei einem selbständigen Schäusteller- und Imbissbetrieb – aber woran ist zu messen, was ausreichend ist; OLG Hamm BeckRS 2008, 25157; OLG Zweibrücken VersR 1994, 613: Anrechnung von Lebensversicherungsprämien zur Hälfte; aA OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071: Vollständiger Abzug vom Einkommen eines selbständig Erwerbstätigen.

259 BGH VersR 1971, 717; VersR 1956, 38; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 18; *Erman/Schiemann*, § 844 Rn 12.

260 *van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1361; OLG Stuttgart VersR 2002, 1520: Beschränkt bei getöteten freiberuflich Tätigen.

261 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157: Abschluss durch die GmbH, deren alleiniger Eigentümer der Getötete war.

262 So auch BGH NJW 2004, 358; *Ch. Huber*, VersR 2013, 129, 134.

263 So aber *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 115.

264 AA *Wenker*, VersR 2014, 680, 682, der insoweit Fixkosten annimmt.

265 So aber *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 162 a.

266 Für eine Zuweisung sämtlicher Fixkosten an den Ehegatten *Nehls*, FamRZ 1988, 696, 697.

sollen; für den Ersatzpflichtigen macht es keinen Unterschied, ob er an die Hinterbliebenen oder den Sozialversicherungsträger leistet. Freilich ist von der Aufteilung der Quoten auch der Umfang seiner Ersatzpflicht betroffen. Während beim hinterbliebenen Ehegatten eine Anrechnung der ersparten Haushaltsführung im Wege des Vorteilsausgleichs in Betracht kommt, gibt es beim Unterhaltersatzanspruch der Kinder keine vergleichbare Anrechnung.²⁶⁷

- 53 a) An den Fixkosten.** Steht allein dem hinterbliebenen Ehegatten ein Anspruch zu, kann er die Fixkosten zu 100 % ersetzt verlangen. Manche Entscheidungen nehmen eine Kürzung vor, weil sie den hinterbliebenen Ehegatten darauf verweisen, einen Wohnsitz mit geringerer m²-Anzahl zu wählen.²⁶⁸ ME ist eine solche Verweisung – von ausgerissenen Ausnahmefällen abgesehen – aber unberechtigt. Gibt es neben dem Ehegatten noch anspruchsberechtigte Kinder, ist eine kopfmäßige Aufteilung nur in Ausnahmefällen berechtigt.²⁶⁹ Im Regelfall ist die Quote des Ehegatten erheblich höher zu veranschlagen als die des Kindes bzw. der Kinder.²⁷⁰ Von der Rechtsprechung gebilligt wurden Quoten von 2:1²⁷¹ bzw. 70:30²⁷² bei einem Kind und 2:1:1 bei zwei Kindern.²⁷³
- 54 b) Am verfügbaren Einkommen.** Sofern keine Ansprüche neben dem des hinterbliebenen Ehegatten bestehen, kommt es darauf an, ob der hinterbliebene Ehegatte ebenfalls beruflich erwerbstätig war oder nicht. Ein erwerbstätiger hinterbliebener Ehegatte kann eine 50 %-ige Quote vom Bareinkommen als Unterhalt verlangen, bei einem nicht berufstätigen Ehegatten ist die Quote etwas geringer zu veranschlagen, sofern der Getötete noch im Berufsleben stand; bezog er eine Altersrente, ist ebenfalls von einem Verhältnis von 50:50 auszugehen.²⁷⁴ Keinesfalls sind dabei die Quoten der Unterhaltstabellen bei gestörten Familienverhältnissen heranzuziehen, die eine Relation von 60:40 bzw. 4:3 zugunsten des Unterhaltsschuldners vorsehen.²⁷⁵ Bei diesen ist die Quote bzw. der Selbstanteil des Unterhaltsschuldners deshalb so hoch zu veranschlagen, weil es zu berücksichtigen gilt, dass zwei Haushalte betrieben werden.²⁷⁶ Bei einer intakten Familie ist hingegen nur ein maßvoller Unterschied zu machen, wobei jüngere Entscheidungen eine Aufteilung von 52,5:47,5 vorsehen.²⁷⁷ Zu beachten ist dabei, ob der getötete Barunterhaltspflichtige für seine berufsbedingten Mehraufwendungen ein zusätzliches Entgelt bezieht, das bei der Ermittlung des Nettoeinkommens ausgeklammert wird.²⁷⁸ Wird so verfahren, ist an dieser Quote festzuhalten. Ansonsten kommt eine Relation von 55:45 in Betracht.²⁷⁹
- 55** Bei Vorhandensein von Kindern verschiebt sich die Relation. Je nach Alter des Kindes wird diesem eine Quote von 15–20 % zugebilligt.²⁸⁰ Vor allem bei niedrigem Einkommen bzw. fortgeschrittenem Alter der Kinder werden auch Quoten von 22,5²⁸¹ bzw. 23,5 %²⁸² gebilligt.²⁸³ Je mehr Kinder vorhanden sind, umso geringer fällt die Quote des einzelnen Kindes aus. Die Quote des hinterbliebenen Ehegatten sowie des Getöteten ergeben sich dann als Restgröße. Der Abstand von 5 % zwischen dem Anteil des getöteten beruflich erwerbstätigen Ehegatten und dem hinterbliebenen Haushaltsführer wird jedoch beibehalten. Überlegenswert wäre, diesen Abstand nicht mit absolut 5 % beizubehalten, sondern auf relativ 5 % zu reduzieren, so dass bei mehreren Kindern der Abstand nur noch 2 oder 3 % zu betragen hätte. Aus der Judikatur des BGH wird man diesbezüglich indes wenig brauchbare Leitlinien zu erwarten haben, weil insoweit dem Tatrichter ein großzügiger Ermessensspielraum zugebilligt wird.²⁸⁴
- 56 5. Erwerbsobliegenheit des hinterbliebenen Ehegatten.** Infolge der Tötung des Unterhaltsschuldners, der für den Barunterhalt aufzukommen hatte, wird der hinterbliebene Ehegatte von der Pflicht frei, diesem den Haushalt zu führen. Dieses Freiwerden der Arbeitskraft an sich stellt keinen anrechnungsfähigen Vorteil

267 OLG Hamm NJW-RR 1987, 539.

268 BGH NJW 1985, 49; VersR 1987, 507; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190.

269 BGH NJW 1988, 2365; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 23.

270 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 23; MüKo/Wagner, § 844 Rn 56.

271 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (Schiemann); OLG Oldenburg NZV 2010, 156; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1392.

272 OLG Zweibrücken VersR 1994, 613.

273 BGH NJW 1988, 2365.

274 BGH VersR 1987, 507; OLG Brandenburg zfs 1999, 330; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 22; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1393; aA OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1699.

275 MüKo/Wagner, § 844 Rn 56; Küppersbusch/Höher, Rn 347; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 80.

276 BGH NJW 1988, 2365; NJW-RR 1988, 66; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 21.

277 Schädigerfreundlicher A. Diederichsen, NJW 2013, 641, 643: 55:45.

278 So BGH VersR 1986, 507: Außendienstmitarbeiter, dessen berufsbedingte Mehraufwendungen durch Spesen abgegolten werden, die beim Nettoeinkommen nicht berücksichtigt werden.

279 BGH NJW-RR 1987, 538; noch weitergehend jedoch OLG Düsseldorf r+s 1992, 375: 40 % an die Witwe, und das selbst ohne Berücksichtigung fixer Kosten.

280 BGH VersR 1986, 39; VersR 1986, 264; OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1698; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 22.

281 BGH NJW-RR 1988, 66; dazu Nehls, FamRZ 1988, 696.

282 BGH NJW 1988, 2365.

283 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 22.

284 BGH NJW-RR 1988, 66; dazu Nehls, FamRZ 1988, 696.

dar, weil es zu keiner Vermögenszunahme führt.²⁸⁵ Zu prüfen ist allerdings, ob der Haushaltsführer infolge dessen verpflichtet ist, einer beruflichen Erwerbstätigkeit nachzugehen und das daraus erzielte Einkommen auf seinen Unterhaltersatzanspruch anrechnen lassen muss. Ob das der Fall ist, soll sich danach beurteilen, ob die Aufnahme einer solchen Tätigkeit bei einer am Grundsatz von Treu und Glauben ausgerichteten Interessenabwägung im Einzelfall zumutbar sei und ob der Schädiger nicht unbillig entlastet werde.²⁸⁶ Diese Formel ist ein Freibrief für den Tatrichter. Damit ist jedes Ergebnis zu begründen. ME ist in diesem Zusammenhang bisher zu wenig beachtet worden, in welchem Ausmaß der Haushaltsführer eine Entlastung erfährt.²⁸⁷ Wie es beim Barunterhalt fixe Kosten gibt, verhält es sich bei der Haushaltsführung. Der allein dem Ehepartner, der für den Barunterhalt aufkommt, zurechenbare Anteil der Haushaltsführung macht viel weniger aus als dessen proportionaler Anteil innerhalb der Familie.²⁸⁸ Vom Ausgangspunkt sollte aber eine Anrechnung nur für die Zeitdauer erfolgen, für die tatsächlich eine Entlastung eintritt. Dazu kommt, dass der nunmehr berufstätige ehemalige Haushaltsführer sich womöglich im Beruf mehr anstrengen muss als im Haushalt und zudem so manche berufsbedingte Mehraufwendung zu tätigen hat, ihm etwa Fahrtkosten entstehen, die Verpflegung teurer ist, er adretter gekleidet sein muss usw., so dass nicht das gesamte für diesen Zeitraum erzielte Einkommen anzurechnen ist.²⁸⁹ Dazu kann kommen, dass für den Haushalt nunmehr eine Putzhilfe erforderlich ist.²⁹⁰

Die Anrechnungspflichten gehen nach hM über diese Grundsätze hinaus: Einer jungen, arbeitsfähigen, kinderlosen Witwe wird die Pflicht auferlegt, einer ihrem sozialen Stand und ihren Fähigkeiten entsprechenden Tätigkeit nachzugehen.²⁹¹ Dem wird man insoweit folgen können, als die Nichtausübung einer beruflichen Erwerbstätigkeit darauf zurückzuführen ist, dass nach der Lebensplanung sich dieser Ehegatte künftig um die Betreuung der Kinder kümmern sollte. Hat sich der hinterbliebene Ehegatte um zumindest ein Kind zu kümmern, ist ihm bis zum 8. Lebensjahr keine Erwerbstätigkeit,²⁹² bis zum 15. Lebensjahr höchstens eine Teilzeitbeschäftigung²⁹³ zuzumuten.²⁹⁴ Zu bedenken ist dabei, dass eine solche Person in Bezug auf das Kind die Rolle beider Eltern ausfüllen muss,²⁹⁵ was dafür spricht, keine zu strengen Anforderungen an eine berufliche Erwerbstätigkeit zu postulieren. Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass diesbezüglich die strengeren Pflichten, wie sie nach Scheidung bestehen, nicht herangezogen werden können.²⁹⁶ Einerseits müssen dort zwei Haushalte versorgt werden; andererseits geht es im Haftungsrecht um die Herstellung eines Zustands ohne schädigendes Ereignis sowie die Respektierung dessen, was die Ehegatten als Ausgestaltung der gesetzlichen Unterhaltspflichten im Rahmen des § 1356 festgelegt haben.²⁹⁷ Sofern die Bemühungen, eine Stelle zu finden, zu keinem Erfolg geführt haben, geht dies zulasten des Ersatzpflichtigen.²⁹⁸ Darüber hinaus ist der Witwe nur eine solche Tätigkeit zuzumuten, die für sie nicht mit einem sozialen Abstieg verbunden ist.²⁹⁹

Eine andere Wertung ist indes geboten, wenn die Witwe Kinder erzogen und gepflegt hat und nach der Lebensplanung diese auch nach Volljährigkeit bzw. Selbsterhaltungsfähigkeit der Kinder nicht mehr ins berufliche Erwerbsleben zurückkehren sollte. Insoweit gebietet der Respekt vor der privatautonomen Gestaltung durch die Ehegatten sowie den greifbaren Anhaltspunkten für die weitere Gestaltung ohne Tötung, dass von der Witwe unter Bezugnahme auf die Schadensminderungspflicht nach dem Tod eine auch keine halbtägige Erwerbstätigkeit verlangt wird.³⁰⁰ Die Interessenlage im Unterhaltsrecht nach Scheidung unterscheidet sich von der des § 844 Abs. 2.

285 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 206.

286 BGH NJW 1976, 1501; Küppersbusch/Höher, Rn 355; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 232.

287 Dazu Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung (1995), S. 575 f.

288 Viel zu hoch daher die Einschätzung durch das OLG Nürnberg NZV 1997, 439: ein Drittel bei einer ehemals fünfköpfigen Familie.

289 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 32; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 229.

290 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 36.

291 BGH NJW 2007, 64 = VRR 2007, 65 (Zorn); NJW 1976, 1501; OLG Düsseldorf NZV 1993, 473; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 59; Palandt/Sprau, § 844 Rn 14.

292 BGH NJW 1989, 1083; Diehl, zfs 1996, 213, 214.

293 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 32; OLG Nürnberg NZV 1997, 439: Halbtagsbeschäftigung bei drei Kindern, wobei das jüngste 13 Jahre alt ist; OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 1699: 30 Wochenstunden bei 15-jährigem Kind.

294 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 29; Palandt/Sprau, § 844 Rn 18; Küppersbusch/Höher, Rn 356.

295 BGH VersR 1969, 469.

296 BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520 = JZ 1985, 86 (Lange); Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 228; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 31; A. Diederichsen, NJW 2013, 641, 643; aA zu Unrecht Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 160 a.

297 AA Luckey, Personenschaden Rn 1437: Pflicht, sich auf die neuen und tatsächlichen Umstände nach dem Tod des Partners einzustellen.

298 OLG Brandenburg zfs 1999, 330; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 30.

299 BGH VersR 1969, 469; VersR 1960, 159.

300 So aber OLG Hamm BeckRS 2008, 25157 unter Hinweis darauf, dass die Witwe früher halbtägig berufstätig gewesen ist, wenn auch mit einem 8-monatigen Verlauf, der eine Qualifizierung für den Arbeitsmarkt ermöglichen sollte.

57

58

- 59** Steht der Maßstab fest, nach dem vom hinterbliebenen Ehegatten die Aufnahme einer beruflichen Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, spielt dieser bei zwei unterschiedlichen Konstellationen eine Rolle: Übt diese Person eine Erwerbstätigkeit aus, stellt sich die Frage, ob dies in Erfüllung der Schadensminderungspflicht geschah oder eine überobligationsgemäße Anstrengung gegeben ist mit der Folge, dass die Einkünfte nicht oder nur zum Teil anzurechnen sind.³⁰¹ Bedenklich ist dabei mE, dass die tatsächliche Ausübung einer solchen Tätigkeit als Indiz angesehen wird, dass diese auch zumutbar sei.³⁰² Umgekehrt kann sich im Fall des Unterbleibens der Ausübung einer derartigen Tätigkeit ergeben, dass die daraus erzielbaren Einkünfte gleichwohl angerechnet werden und so zu einer Kürzung des Unterhaltersatzes führen.³⁰³
- 60** Steht dem hinterbliebenen Ehegatten nur ein gekürzter Anspruch zu, etwa wegen eines Mitverschuldens des Getöteten, führt selbst die Erzielung eines Erwerbseinkommens im Rahmen der Schadensminderungspflicht dazu, dass er die Einkünfte daraus zunächst mit seiner nicht gedeckten Schadensquote verrechnen darf. Eine Anrechnung zugunsten des Schädigers erfolgt somit erst dann, wenn das anrechnungspflichtige Einkommen höher ist als der nicht gedeckte Teil des Unterhaltersatzanspruchs.³⁰⁴ Sachlich berechtigt ist diese Ausnahme mE nicht.
- 61** **6. Eingehen einer neuen Partnerschaft. a) Wiederverheiratung.** Heiratet der hinterbliebene Ehegatte, muss er sich den Unterhalt, den er vom neuen Partner zumutbarerweise verlangen kann, auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen lassen.³⁰⁵ Es wird betont, dass durch die Wiederverheiratung der Unterhaltsanspruch des hinterbliebenen Ehegatten auf eine völlig neue, sichere Grundlage gestellt werde. Das Auffangnetz der weiteren Einstandspflicht des Schädigers bleibt indes bestehen: Einerseits kann der hinterbliebene Ehegatte, der vom neuen Ehepartner nicht einen Unterhalt in der Höhe wie gegenüber dem Getöteten verlangen kann, den Differenzbetrag vom Schädiger begehren.³⁰⁶ Andererseits lebt die Schadensersatzrente nach Abs. 2 in vollem Umfang wieder auf, wenn die zweite Ehe beendet wird,³⁰⁷ aus welchem Grund auch immer, ob durch Tod des neuen Partners oder Scheidung.³⁰⁸ Allenfalls kommt die Anrechnung des nachgehenden Unterhalts aus der zweiten Ehe in Betracht.³⁰⁹ Da der Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 stets – jedenfalls potenziell – fortbesteht, ist es unzulässig, den Rentenanspruch bis zur Wiederverheiratung zu befristen.³¹⁰ Vielmehr stellt dieser Umstand einen Anlass für eine Anpassung nach § 323 ZPO dar.³¹¹ Auch die Verjährung des Anspruchs gem. Abs. 2 nach Beendigung der zweiten Ehe beginnt erst ab diesem Zeitpunkt; zur Abwendung muss nicht vorher eine Feststellungsklage erhoben werden.³¹²
- 62** **b) Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.** Schließt der hinterbliebene Ehegatte keine Ehe, sondern geht er eine nichteheliche Lebensgemeinschaft ein, verneint der BGH³¹³ die Obliegenheit zur Anrechnung des Wertes der erbrachten Haushaltsführung zugunsten des Partners der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, selbst wenn dieser leistungsfähig sein sollte. Auf die Führung eines Haushalts im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kann sich der hinterbliebene Ehegatte lediglich insoweit nicht berufen, als ihm eine berufliche Erwerbstätigkeit zumutbar wäre. Bedeutung hat diese Unterscheidung in dem Fall, in dem der hinterbliebene Ehegatte ein Kind zu betreuen hat und gleichzeitig dem Lebensgefährten den Haushalt führt. Dann übt er gerade die Tätigkeit aus, die er auch während der Ehe verrichtet hat. Während eine berufliche Erwerbstätigkeit in einer solchen Konstellation unzumutbar ist, ist die Haushaltsführung zugunsten des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ohne Weiteres möglich. Bei Verheiratung hätte der hinterbliebene und dann verheiratete Ehegatte einen Unterhaltsanspruch gegen den neuen Ehepartner, der auf den Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 anzurechnen wäre.
- 63** Diese Differenzierung ist in der Literatur³¹⁴ auf Kritik gestoßen. Jedenfalls de lege ferenda wird eine Änderung verlangt, wobei unterschiedliche Ansatzpunkte für eine Gleichstellung von Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft gewählt werden.³¹⁵ *Küppersbusch/Höher*³¹⁶ stellen darauf ab, dass auch die Verletzung eines den Haushalt führenden Lebensgefährten zu einem Erwerbsschaden führe. ME wäre schon de lege

301 BGH VersR 1987, 156; Geburt des Kindes zwei Tage nach dem Tod des Vaters, Ausübung einer Erwerbstätigkeit von fünf Stunden pro Tag; KG VersR 1971, 966: 74-jährige Witwe, die neben Rente zusätzliches Arbeitseinkommen erzielt.

302 So MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 60.

303 BGH NJW 2007, 64 = VRR 2007, 65 (Zorn).

304 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 32; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1349; Wenker, VersR 2014, 680, 683.

305 BGH NJW 1979, 268; BGH VersR 1970, 522; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 33 ff; aA Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 142 b; Anspruch endet.

306 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 83; Palandt/Sprau, § 844 Rn 13; Erman/Schiemann, § 844 Rn 17.

307 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1422; BGH NJW 1979, 268.

308 OLG Bamberg VersR 1978, 94.

309 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 182.

310 Palandt/Sprau, § 844 Rn 13.

311 BGH VersR 1958, 158; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 34.

312 BGH VersR 1979, 55; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 71.

313 BGHZ 91, 357 = NJW 1984, 2520 = JZ 1985, 86 (Lange); diese Entscheidung referierend Palandt/Sprau, § 844 Rn 13; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 40; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 73.

314 Lange, JZ 1985, 90; Dunz, VersR 1985, 509 ff.

315 Die derzeitige Differenzierung aber billigend MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 83.

316 Küppersbusch/Höher, Rn 434, Fn 258.

lata eine Anrechnung angebracht.³¹⁷ Da nichteheliche Lebensgefährten einander keinen gesetzlichen Unterhalt schulden, käme es auf den Wert der erbrachten Haushaltsleistung an sowie darauf, ob von dem, dem diese zugutekommt, nach dessen Leistungsfähigkeit dafür eine Abgeltung verlangt werden kann. Da der hinterbliebene Ehegatte womöglich exakt die Tätigkeit verrichtet, die er ohne Tötung des Unterhaltsschuldners in aufrechter Ehe erbracht hätte, ist mE nicht einzusehen, warum insoweit keine Anrechnung erfolgen soll. Das Argument, dass die Ehe auf Dauer angelegt ist, während die Lebensgemeinschaft jeden Tag auseinander brechen kann, wiegt wenig schwer, weil es dann der hinterbliebene Ehegatte in der Hand hat, wie bei Beendigung der Ehe den vollen Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 zu verlangen.³¹⁸ Das OLG Hamm³¹⁹ hat wegen des Fehlens einer gesicherten Rechtsposition auch das Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch den Witwer für unbeachtlich angesehen, was mE fragwürdig ist.

7. Anrechnung von Vorteilen. a) Anfall der Erbschaft – Quellentheorie in Bezug auf Stamm und Erträge. 64

Infolge des Todes des Barunterhaltsschuldners verliert der hinterbliebene Ehegatte nicht nur den gesetzlichen Unterhaltsanspruch; häufig wird er auch Erbe. Es stellt sich die Frage, ob der Stamm oder die Einkünfte der Erbschaft auf den Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 als Vorteil anzurechnen sind. Dafür könnte sprechen, dass der hinterbliebene Ehegatte jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt Erbe geworden wäre. Dagegen ist freilich einzuwenden, dass der hinterbliebene Ehegatte im Regelfall das nunmehr im Wege der Erbschaft erlangte Vermögen zu einem späteren Zeitpunkt geerbt hätte. Dazu kommt, dass typischerweise weder der Stamm noch die Einkünfte des Vermögens für die Unterhaltsdeckung verwendet werden.³²⁰ Der hinterbliebene Ehegatte hätte somit zu einem späteren Zeitpunkt das um die Erträge vermehrte Vermögen geerbt, was dafür spricht, auch die Zinsen des Vermögens nicht anzurechnen.³²¹ Der BGH³²² rechnet daher Vorteile aus dem vorzeitigen Anfall einer Erbschaft nur dann an, wenn schon zu Lebzeiten bzw unabhängig von der Tötung des Barunterhaltsschuldners entweder die Zinsen oder der Stamm für die Deckung des gesetzlichen Unterhalts verwendet worden wären.³²³ In diesem Fall hat dann lediglich die Bezugsperson gewechselt, während die Quelle, aus der der Unterhalt bestritten wird, gleich geblieben ist.³²⁴ Wie *Wagner*³²⁵ aber zu Recht feststellt, werden solche Konstellationen in Zukunft häufiger auftreten, wenn wegen der immer geringeren Leistungen der staatlichen Altersversicherung Personen in der letzten Etappe ihres Lebens auf die Zinsen oder auch den Stamm des angesparten Vermögens zugreifen,³²⁶ um einen angemessenen Lebensstandard finanzieren zu können.

Bei Einkünften aus einem Unternehmen ist zu beachten, dass typischerweise nur dann der zu Lebzeiten des Getöteten erzielte Ertrag erwirtschaftet werden kann, wenn anstelle des Getöteten eine andere Person einspringt. Die Einkünfte daraus sind daher nicht in vollem Maß anrechenbar.³²⁷ Entweder geht man von den Einkünften bei einer Verpachtung aus,³²⁸ oder es ist ein Geschäftsführerbezug der einspringenden Person abzuziehen, mag diese als Familienangehöriger dafür etwas in Rechnung stellen oder nicht.³²⁹ Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Unterhalt regelmäßig aus dem Erwerbseinkommen bestritten wird. Ist dieses so hoch, dass ein Rückgriff auf die sonstigen Einkünfte nicht erforderlich ist, sind derartige Einkünfte nicht anzurechnen, weil sie nicht die Quelle darstellen, aus der unabhängig von der Tötung des Barunterhaltsschuldners der gesetzliche Unterhalt bestritten worden wäre.³³⁰

Die Beschränkung auf solche Vorteile führt dazu, dass eine Anrechnung auch dann versagt wird, wenn der getötete Unterhaltsschuldner den Stamm seines Vermögens oder die Erträge für andere als Unterhaltszwecke der Familie verbraucht hätte. Der BGH weist überzeugend darauf hin, dass die Hinterbliebenen lediglich den Ersatz des gesetzlichen Unterhalts verlangen können, aber nicht weitere Nachteile, etwa den, dass sie ohne Tötung eine viel höhere Erbschaft gemacht hätten. Deshalb sei es sachgerecht, auch solche Nachteile nicht zu berücksichtigen.³³¹ Dafür spricht mE zusätzlich das pragmatische Argument, dass solche

317 Erman/*Schiemann*, § 844 Rn 17; *Ch. Huber*, NZV 2007, 1, 4.

318 Krit. zur BGH-Rspr auch *Pauge* (Mitglied des VI. Senats des BGH), *VersR* 2007, 569, 575 f.

319 OLG Hamm BeckRS 2013, 02177.

320 OLG Frankfurt *VersR* 1991, 595.

321 *Küppersbusch/Höher*, Rn 426.

322 BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115; BGH NJW 1969, 2008.

323 van Bühren/*Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1406.

324 Dazu OLG Oldenburg NZV 2010, 156: Betreuungsunterhalt der hausaltsführenden Mütter bis zum 18. Lebensjahr des Kindes, danach Barunterhaltspflicht; kein Anspruch nach § 844 Abs. 2, wenn der Vater und Ehemann Erbe der Unterhaltsquelle wird.

325 MüKo⁶/*Wagner*, § 844 Rn 80.

326 Gegenteilig *Wussow/Zoll*, Kap. 46 Rn 44; *Steffen*, *VersR* 1985, 605, 609: Zumeist wird es allenfalls um die Zinsen gehen.

327 Zurückhaltend in Bezug auf die Anrechnung BGH *VersR* 1984, 353; van Bühren/*Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 1407.

328 *Küppersbusch/Höher*, Rn 420.

329 BGHZ 58, 14 = NJW 1972, 574; *Wussow/Zoll*, Kap. 46 Rn 43.

330 BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 55 (*Weber*); dazu *Rudloff*, *VersR* 1979, 1152; aA zu Unrecht *Kreüter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 159 a: Anrechnung des Einkommens der Witwe, die den Betrieb fortführt.

331 So auch OLG Hamm BeckRS 2008, 25157.

Prognosen häufig auf tönernen Füßen stehen und in einem Haftpflichtfall das Familienleben des Getöteten nur in begrenztem Ausmaß ausgeleuchtet werden soll.

- 67 b) Lebensversicherung.** Eine Lebensversicherung führt dazu, dass infolge des Todes der hinterbliebene Ehegatte (und auch die Kinder) in den Genuss eines Vermögensvorteils gelangen, den sie ohne Tötung nicht erlangt hätten. Dessen ungeachtet rechnet der BGH³³² weder den ausbezahlten Kapitalbetrag noch die Erträge daraus an; und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Kapitallebensversicherung oder eine reine Risikolebensversicherung oder Unfallversicherung handelt. In der Literatur³³³ wird das damit begründet, dass es sich um eine Summenversicherung handelt, bei der § 86 VVG nicht anzuwenden ist. Zum einen wird das von manchen³³⁴ bezweifelt, zum anderen bedarf es des Rückgriffs darauf nicht. Es ist folgerichtig, eine solche Versicherung so zu behandeln wie eine Erbschaft. Da diese zu Lebzeiten und auch künftig nicht dazu gedient hätte, daraus den Unterhalt zu bestreiten, kommt eine Anrechnung nach der Quellentheorie nicht in Betracht. Hinsichtlich des Sparanteils kann man ins Treffen führen, dass der getötete Versicherungsnehmer ohne schädigendes Ereignis die weiteren Beträge einbezahlt hätte, so dass die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger auch ohne Tod nicht in deren Genuss gekommen wären. In Bezug auf die Risikokomponente wird die Nichtanrechnung damit begründet, dass sich die Risikolebensversicherung nicht wie eine Haftpflichtversicherung zugunsten des Schädigers auswirken soll und der getötete Barunterhaltsschuldner die Versicherungsprämien nicht zur Entlastung des Schädigers entrichten wollte.³³⁵ Sieht man in einer Lebensversicherung einen Beitrag zur Deckung des Unterhalts im Alter, was insbesondere bei der Möglichkeit der Auszahlung einer Rente gegeben ist, wird zu differenzieren sein: Bei einer reinen Risikolebensversicherung ist zu berücksichtigen, dass die Aufwendungen für die künftigen Prämien wegfallen, weil der gleich hohe Betrag dem begünstigten überlebenden Ehegatten zu einem früheren Zeitpunkt zufließt. Bei einer Kapitallebens- bzw. Rentenversicherung ist jedoch zu beachten, dass der Zufluss an den überlebenden Ehegatten bei vorzeitigem Tod des Versicherungsnehmers deutlich geringer ist, so dass – mindestens im Ausmaß von 50 % – die geringeren Beträge im Rahmen der Alterssicherung des überlebenden Ehegatten vom Anspruch nach § 844 Abs. 2 erfasst sind.
- 68 c) Sozial- und Fürsorgeleistungen.** Sozial- und Fürsorgeleistungen sollen ihrer Zwecksetzung nach nicht den Schädiger entlasten, was auch durch Bezugnahme auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 843 Abs. 4 begründbar ist. Die sachliche Kongruenz der üblichen Hinterbliebenenrenten ist sowohl in Bezug auf den Barunterhalt als auch die entgangenen Haushaltsdienstleistungen zu bejahen.³³⁶ Soweit Legalzessionsnormen – wie namentlich in § 116 SGB X für die Sozialversicherungs- und Sozialhilfeträger – angeordnet sind, findet im Verhältnis von Anspruchsberechtigtem und Ersatzpflichtigem eine Anrechnung auf den Ersatzanspruch statt; der Dritte leistende regressiert sich aber beim Schädiger. Im Fall des Mitverschuldens des Getöteten findet nach § 116 Abs. 3 SGB X eine Anrechnung nach der relativen Berechnungsmethode statt. Diese besteht darin, dass vom Unterhaltersatzanspruch die Sozialversicherungsrente abgezogen wird und auf die Differenz die Haftungsquote in Ansatz gebracht wird. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man vom gesamten Unterhaltsschaden den sich aus der Haftungsquote ergebenden Betrag ermittelt und davon die um die Haftungsquote gekürzte Sozialversicherungsleistung abzieht.³³⁷ Muss sich der Unterhaltsgläubiger anrechnen lassen, dass er mit dem eigenen Einkommen nicht mehr zum Unterhalt beitragen muss, wodurch sich für ihn eine Ersparnis ergibt, kann er diese mit dem ungedeckten Teil seines Unterhaltsanspruchs verrechnen, das freilich mit der Einschränkung, dass der Unterhaltersatzgläubiger nicht besser gestellt werden darf als bei voller Haftung.³³⁸ Hat der Sozialversicherungsträger keine höheren Leistungen wie ohne den Unfall zu erbringen, was namentlich bei Tötung eines Rentners der Fall ist, steht dem Anspruchsberechtigten gem. § 116 Abs. 5 SGB X bei Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens oder Betriebsgefahr ein Quotenvorrecht zu. Das ist auch zu beachten, wenn der Unterhaltsschuldner im Zeitpunkt der Tötung zwar noch im Erwerbsleben stand, aber der Unterhaltersatzanspruch des Anspruchsberechtigten, also typischerweise des Ehegatten, nach § 844 Abs. 2 sich auch auf den Zeitraum erstreckt, in dem der Unterhaltsschuldner eine Rente vom Sozialversicherungsträger bezogen hätte.³³⁹ Konkurriert ein Regressanspruch eines weiteren Leistungsträgers, für den nicht § 116 Abs. 3 SGB X – relative Methode –

332 BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 55 (Weber); dazu Rudloff, VersR 1979, 1152; BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115.

333 Küppersbusch/Höher, Rn 430; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 78; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 224.

334 Prölss/Martin/Armbrüster, VVG, 29. Aufl., § 86 Rn 3 f. Darauf abstellend, ob das Plandefizit trotz summenmäßiger Fixierung in Relation zu einem Schaden steht.

335 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 30.

336 BGHZ 136, 78 = NJW 1997, 2883; NJW 1982, 1045; VersR 1968, 771; Küppersbusch/Höher, Rn 441; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn.84.

337 OLG Hamm NJW-RR 2004, 317 = VersR 2004, 1425 (Kerpen).

338 BGH NJW-RR 1986, 1400; NJW 1983, 2315; OLG Hamm NJW-RR 2004, 317 = VersR 2004, 1425 (Kerpen).

339 BGH NJW-R 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (Jahnke).

anzuwenden ist,³⁴⁰ gilt für diesen grundsätzlich ein Quotenvorrecht des Geschädigten; gegenüber dem Sozialversicherungsträger muss ein solcher Versorgungsträger rangmäßig insoweit zurücktreten, als auch der Geschädigte ohne die Leistung des Versorgungsträgers wegen § 116 Abs. 3 S. 1 SGB X keinen Anspruch hätte.³⁴¹ Lediglich bei Konkurrenz eines solchen Versorgungsträgers mit einem Sozialversicherungsträger in Bezug auf den durch das Hinterbliebenenvorrecht des Unterhaltsgläubigers verbleibenden Restbetrag besteht Gleichrangigkeit.³⁴²

Ein Rückgriff des Sozialhilfeträgers ist auch dann gegeben, wenn dieser den Schadensersatzanspruch wegen der Beschränkung des § 94 SGB XII – früher § 91 BSHG – nicht auf sich überleiten kann.³⁴³ Besteht keine Legalzession, stellt sich mitunter die Frage, ob der Geschädigte das Recht haben soll, beide Leistungen, die Sozial- und Fürsorgeleistung des Dritten und den Ersatzanspruch gegen den Schädiger, zu kumulieren oder ob zur Vermeidung seiner Bereicherung nicht doch eine Anrechnung zu erfolgen hat. Zu beachten ist dabei, dass im Haftpflichtprozess zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger nur deren Rechtsbeziehung in den Blick zu nehmen ist.

Manche Drittleistungen sind zurückzuzahlen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass eine Bedürftigkeit des Empfängers gar nicht gegeben ist, so bei der Sozialhilfe,³⁴⁴ Leistungen nach dem BAföG³⁴⁵ oder dem Arbeitslosengeld II (vormals Arbeitslosenhilfe).³⁴⁶ Bei anderen besteht eine Pflicht zur Abtretung des Anspruchs nach dem Rechtsgedanken des § 255,³⁴⁷ was freilich voraussetzt, dass der Geschädigte zunächst einmal zur Geltendmachung aktivlegitimiert ist. Und schließlich ist denkbar, dass eine Drittleistung in der Weise erfolgen soll, dass der Dritte jedenfalls nicht den Schädiger entlasten möchte und es darüber hinaus bewusst in Kauf genommen wird, dass es beim Geschädigten zu einer Überentschädigung kommt.³⁴⁸ Bei einer solchen Zweckwidmung, die sich durch Auslegung der Rechtsbeziehung zwischen dem Geschädigten und dem Drittleistenden ergeben muss,³⁴⁹ kommt es dann in der Tat zu einer Kumulation von Drittleistung und Schadensersatz.³⁵⁰ So ist das typischerweise bei einer Summenversicherung:

8. Befristung. Auch wenn die voraussichtliche Unterhaltspflicht von mehreren Faktoren abhängig ist, muss im Urteil eine kalendermäßige Befristung ausgesprochen werden.³⁵¹ Maßgebliche Ansatzpunkte sind das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben des Getöteten einerseits und dessen voraussichtliche Lebenserwartung unter Einschluss seines Vorversterbensrisikos andererseits.³⁵² Wie beim Erwerbsschaden geht der BGH bei unselbstständig Erwerbstätigen davon aus, dass diese erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres aus dem Erwerbsleben ausscheiden,³⁵³ wobei zu bedenken ist, dass das gesetzliche Renteneintrittsalter (§ 35 SGB VI) sowie das Pensionsantrittsalter bei Beamten kontinuierlich – derzeit auf das vollendete 67. Lebensjahr – angehoben wird;³⁵⁴ bei Selbstständigen wird ein späterer Zeitpunkt angenommen.³⁵⁵ Hier wie dort sollten mE die Beweisanforderungen, dass der Betreffende nach den vorliegenden statistischen Unterlagen voraussichtlich früher aus dem Erwerbsleben ausgeschieden wäre; abgesenkt werden. Während beim Erwerbsschaden ab diesem Zeitpunkt eine Versagung jeglichen Anspruchs die Folge ist, verhält es sich beim Unterhaltersatzanspruch anders: Es geht lediglich um eine betragsliche Zäsur, weil ab diesem Zeitpunkt das Nettoeinkommen geringer ist. Und selbst dann ist zu bedenken, dass berufsbedingte Werbungs-

340 BGH NJW-R 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (*Jahnke*): Maßgeblich, ob Bahnversicherungsanstalt bzw Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See eine gesetzliche Witwenrente oder eine betriebliche Zusatzversorgung erbringt.

341 BGH NJW 1989, 2622.

342 *Kerpen*, VersR 2004, 1427, 1428.

343 BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115: Wegfall der Bedürftigkeit im Sozialrecht wegen des ererbten Vermögens, das aber bei § 844 Abs. 2 nicht zu beachten ist; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 88; *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 27.

344 BGHZ 78, 201 = NJW 1981, 48; BGH FamRZ 1985, 1245.

345 OLG Brandenburg NZV 2001, 213; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 223.

346 OLG Brandenburg zfs 1999, 330.

347 Anrechnung ohne Bezugnahme darauf OLG Hamm r+s 1992, 413; dazu *Küppersbusch/Höher*, Rn 425, Fn 283.

348 OLG München NJW 1985, 564: Hinterbliebenenrente der US Veterans-Administration.

349 Zur Maßgeblichkeit dieser Beziehung BGH NJW 2010, 839 = jurisPR-VerkR 2010/11 Anm. 1 (*Jahnke*); NJW 1978, 536.

350 OLG Hamm BeckRS 2008, 25157 unter Hinweis darauf, dass eine betriebliche Altersversorgung so zu behandeln ist wie ein Einkommensbestandteil für die erbrachte Arbeitsleistung.

351 BGH NJW-RR 2004, 821 = r+s 2004, 342 (*Lemcke*) = SVR 2004, 339 (*Luckey*); BGHZ 87, 121 = NJW 1983, 2197; *Wussow/Zoll*, Kap. 46 Rn 48; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 38; aA OLG München BeckRS 2015, 03642: Zuspruch ohne zeitliche Begrenzung, weil Zeitpunkt der Verrentung nicht absehbar ist; Verweis auf eine Abänderungsklage.

352 *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 142 b: Dort allerdings unter Hinweis auf die Lebenserwartung des Unterhaltsberechtigten; es geht außerhalb einer Kapitalabfindung aber bloß um die des Unterhaltsverpflichteten!

353 BGH NJW-RR 2004, 821 = r+s 2004, 342 (*Lemcke*) = SVR 2004, 339 (*Luckey*).

354 *Wenker*, VersR 2014, 680, 683; *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 142 a Fn 366.

355 *Wussow/Zoll*, Kap. 46 Rn 48.

kosten wegfallen, und ob nicht ab diesem Zeitpunkt der durch die Einkommensdifferenz bewirkte Rückgang des Unterhaltsstandards durch den Rückgriff auf seit dem Tod gebildete Rücklagen abgemildert worden wäre.³⁵⁶ Insoweit wird dem hinterbliebenen Ehegatten ein Wahlrecht einzuräumen sein, entweder vom Zeitpunkt der Tötung bis zum fiktiven Ausscheiden aus dem Erwerbsleben einen Beitrag zur Alterssicherung zu verlangen oder danach einen Zuschlag, um unterhaltsrechtlich so gestellt zu werden, als ob der Unterhaltsschuldner nicht getötet worden wäre (zum entsprechenden Wahlrecht des Geschädigten beim Erwerbsschaden s. §§ 842, 843 Rn 137).

- 72** Die Befristung ist darüber hinaus grundsätzlich bis zur voraussichtlichen Lebenserwartung des Getöteten vorzunehmen.³⁵⁷ Es wird darauf verwiesen, dass primär an dessen individuelle Lebenserwartung anzuknüpfen ist, hilfsweise aber möglichst aktuelle Sterbetafeln heranzuziehen sind.³⁵⁸ Bei der individuellen Lebenserwartung finden sich häufig Hinweise auf die ungesunde Lebensweise, besondere Belastungen im Beruf oder genetische Defekte sowie die niedrigere Lebenserwartung von Gastarbeitern.³⁵⁹ Zu bedenken ist freilich, dass individuelle Umstände nicht stets bloß zu einer Herabsetzung der Lebenserwartung führen; denkbar ist auch eine höhere Lebenserwartung, wenn der Getötete einen Beruf ausgeübt hat, bei dem eine Rüstigkeit bis ins hohe Alter häufig anzutreffen ist, in seiner Verwandtschaft ein überdurchschnittlich hohes Lebensalter erreicht wird, er besonders gesund gelebt hat und dergleichen. Die statistische Lebenserwartung mag der Ausgangspunkt sein; eine geringere Lebenserwartung wird vom Ersatzpflichtigen, eine höhere vom Unterhaltsgläubiger zu beweisen sein.³⁶⁰ Verwiesen wird darauf, dass die Gefahr eines Stellenverlustes berücksichtigt werden muss unter Einschluss des Risikos, dass der Arbeitgeber insolvent wird,³⁶¹ dem steht freilich gegenüber, dass ein Arbeitnehmer im Lauf der Jahre ein höheres Einkommen erzielt hätte: Es akkumulieren sich individueller beruflicher Aufstieg, Abgeltung der Inflation sowie Teilhabe am Wirtschaftswachstum.³⁶² Dass Arbeitnehmerinkommen ständig nur sinken, ist ein Ammenmärchen. Mindestens wäre der Unterhaltersatzanspruch an den Verbraucherpreisindex zu koppeln, wobei damit noch gar nicht alle ausgleichsbedürftigen Nachteile der Anspruchsberechtigten abgegolten werden, so dass es geboten ist, zusätzliche Staffelungen vorzunehmen.³⁶³
- 73** Ausnahmsweise kann auch ein Zuspruch einer Rente über die voraussichtliche Lebenserwartung des Getöteten hinaus geboten sein.³⁶⁴ Das ist dann gegeben, wenn die Tötung zu einem früheren Zeitpunkt dazu geführt hat, dass die Ansammlung von Rücklagen für die Alterssicherung vereitelt worden ist³⁶⁵ oder der hinterbliebene Ehegatte gerade dadurch eine bestimmte Sozialleistung, die seine Hinterbliebenenversorgung verbessert hätte, nicht erhält.³⁶⁶ Insoweit wird ein Wahlrecht bestehen, die Beitragslücke bis zur voraussichtlichen Lebenserwartung des Getöteten zu verlangen oder den Differenzschaden nach dessen vermutlichem Ableben.³⁶⁷
- 74** Auch die Dauer der Ehe kann ein den Unterhaltersatzanspruch nach Abs. 2 begrenzender Faktor sein. Mit Rechtskraft des Scheidungsurteils fällt der Unterhaltsanspruch entweder weg oder seine Höhe reduziert sich beträchtlich; die Reform des Unterhaltsrechts nach Scheidung hat diese Unterschiede noch akzentuiert. Eine bloße Scheidungsabsicht ist dafür nicht ausreichend.³⁶⁸ Vielmehr müssen für den Tatrichter greifbare Anhaltspunkte für eine derartige Prognose gegeben sein.³⁶⁹ Das OLG Hamm³⁷⁰ ist sogar bei einem Sachverhalt, bei dem die Scheidungsklage bereits eingereicht und eine notariell beurkundete Unterhaltsregelung

356 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 50.

357 OLG Stuttgart zfs 2001, 495; MüKo/Wagner, § 844 Rn 41.

358 BGH NJW-RR 2004, 821 = r+s 2004, 342 (Lemcke) = SVR 2004, 339 (Luckey); OLG Hamm MDR 1998, 1414; Palandt/Sprau, § 844 Rn 12.

359 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 197; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1419; Luckey, Personenschaden Rn 1394; Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 142 a.

360 Palandt/Sprau, § 844 Rn 12; aA Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 38, der dem Geschädigten generell die Beweislast für die Dauer der Rente auferlegen will.

361 Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 142 a.

362 Instrukтив zur durchaus vergleichbaren Entwicklung in der Schweiz Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza, S. 56 ff.

363 AA OLG Frankfurt BeckRS 2013, 02379: Ein Dynamisierungszuschlag widerspricht dem System der

konkreten Schadensprognose. ME trifft das Gegenteil zu. Durch Verweis auf § 323 Abs. 3 ZPO wird der Anspruchsteller verkürzt, weil er eine Anpassung nur bei wesentlicher Änderung und nur für die Zukunft verlangen kann.

364 MüKo/Wagner, § 844 Rn 42.

365 BGH VersR 1960, 801; VersR 1960, 551; OLG Stuttgart VersR 2002, 1520; Küppersbusch/Höher, Rn 319.

366 BGH VersR 1970, 128; BGHZ 32, 246 = NJW 1960, 1200 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 21 (Hauss); Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 52.

367 Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 54; für eine Berücksichtigung bei der Rente während der mutmaßlichen Lebensdauer des Getöteten Staudinger/Röthel, § 844 Rn 199.

368 BGH VersR 1969, 350; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 72; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 49.

369 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 39; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1356.

370 OLG Hamm VersR 1992, 512.

getroffen war, nicht davon ausgegangen, weil der hinterbliebene Ehegatte plausibel gemacht hat, dass gute Chancen für eine Versöhnung bestanden hätten. Leben die Ehegatten allerdings getrennt, kann kein Ersatz für den Haushaltsführerschaden verlangt werden.³⁷¹ Bei Getrenntleben sind die familienrechtlichen Tabellen maßgeblich.³⁷² Nach Scheidung der Ehe bemisst sich das Ausmaß des Ersatzes nach den Werten des nahehelichen Unterhalts, was freilich nicht in jedem Fall zu einer Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs führen muss.³⁷³

Zu bedenken ist schließlich, dass auch der Unterhaltersatzanspruch des hinterbliebenen Ehegatten in vielfältiger Weise von dem der Kinder abhängig ist. Seine Quote an den Fixkosten sowie am restlichen verfügbaren Einkommen hängt davon ab, wie viele Kinder vorhanden sind, wie alt diese sind und wann sie ins Erwerbsleben eintreten. Es werden deshalb häufig lediglich eine Rentenfestsetzung bis zum nächsten abschätzbaren Termin vorgenommen und die weiteren Ansprüche sämtlicher Beteiligter durch ein Feststellungsurteil gesichert.³⁷⁴

75

II. Anspruch des Alleinverdieners bei Tötung des Haushaltsführers wegen Entgangs des Betreuungsunterhalts

1. Das Spektrum des Betreuungsunterhalts. Zum Betreuungsunterhalt zählt die klassische Haushaltsführung wie Kochen, Putzen, Waschen sowie die Beaufsichtigung und Erziehung der Kinder. Darüber hinaus sind vom Unterhaltersatzanspruch aber auch Haushaltsdienstleistungen im weiteren Sinn erfasst wie etwa die Durchführung von Reparaturen am Kfz³⁷⁵ und Instandhaltungsmaßnahmen des Wohnsitzes sowie der Schriftverkehr mit Versicherungen und Behörden.³⁷⁶ Bei entsprechendem Bedarf gehört dazu auch die Pflege von kranken oder behinderten Unterhaltsgläubigern,³⁷⁷ allerdings nicht von Stiefkindern bzw sonstigen Personen, die gegenüber der Betreuungsperson keinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch haben.³⁷⁸ Seit der Klarstellung in § 5. LPartG sind auch die Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft anspruchsberechtigt.³⁷⁹ Probleme der Darlegung des Haushaltsführungsaufwands stellen sich in ähnlicher Weise wie im Verletzungsfall.³⁸⁰

76

2. Gesetzlich geschuldeter, nicht tatsächlicher Unterhalt. Betont wird, dass es im Fall der Tötung um den Ersatz des gesetzlichen Unterhalts geht,³⁸¹ während bei Verletzung auf die tatsächliche Ebene abzustellen ist. Zutreffend ist das in Bezug auf das Bestehen einer gesetzlichen Unterhaltsbeziehung zwischen dem Getöteten und dem Anspruchsteller. Was den Umfang betrifft, wird darauf hingewiesen, dass maßgeblich sein soll, was in einem fiktiven Unterhaltsprozess zugesprochen würde.³⁸² Das ist aus mehreren Gründen unzutreffend. Schon beim Barunterhalt ist die Anknüpfung an die Beträge, die in Unterhaltsprozessen zuerkannt werden, unpassend, weil es dort um gestörte Familienverhältnisse geht, während bei § 844 Abs. 2 ein Unterhaltsschuldner aus einer intakten Familienbeziehung herausgerissen wird. Dazu kommt, dass es bei Entgang der Haushaltsführung keine familienrechtliche Judikatur gibt, an die eine Anknüpfung möglich wäre, weil der Unterhaltsgläubiger den Entgang der Haushaltsführung nicht – jedenfalls nicht in natura – einklagt. Der Paradigmenwechsel beim Ehegattenunterhalt nach Scheidung von der weiterlaufenden Versorgung zur Unterhaltsgewährung bloß für eine Übergangsphase hat keinerlei Einfluss auf die Gestaltung des gesetzlichen Familienunterhalts in aufrechter – intakter! – Ehe.³⁸³

77

In der Rechtsprechung wird denn auch betont, dass das Ausmaß des gesetzlichen Unterhalts nach Abs. 2 in hohem Maße von der jeweiligen Absprache der Ehegatten abhängig ist, wofür die tatsächliche Gestaltung

78

371 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1357.

372 OLG Hamm NZV 1989, 271; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1358.

373 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 44.

374 OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221 = zfs 1996, 211 (Diehl).

375 OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerkR 2008/11 Anm. 2 (Jahnke): Ersatz für Reparaturarbeiten am Auto abgelehnt mangels ausreichender Darlegung.

376 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (Schlund): Kein Zuspruch für diese Tätigkeiten, aber anerkannt, dass diese bedeutsam sind für das Ausmaß der Aufteilung der sonstigen Hausarbeit.

377 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 130; BGH NJW 1993, 124: Pflege des blinden Ehemannes; aA zu Unrecht Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm,

Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 173 e.

378 BGH NJW 1984, 977; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 4.

379 Jahnke, VGT 2010, 99, 103; Küppersbusch/Höher, Rn 324, Fn 362.

380 OLG Hamm BeckRS 2013, 02177. Dazu §§ 842, 843 Rn 192.

381 BGH NJW 1993, 124; VersR 1988, 1166; NJW 1979, 1501; VersR 1976, 291; Küppersbusch/Höher, Rn 363.

382 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 32, 37; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 98.

383 AA Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 159 b, 160, 175 b; aA jedoch Rn 149 b, insoweit sind die Ausführungen widersprüchlich.

ein maßgebliches Indiz ist.³⁸⁴ Nur wenn eine ganz und gar unangemessene Aufgabenverteilung vorgenommen worden sei, ein grobes Missverhältnis vorliege, könnte korrigierend eingegriffen werden.³⁸⁵ Die privat-autonome Aufgabenverteilung in der Familie bestimmt aber nicht nur, wer welche Tätigkeitsbereiche übernimmt. Von der ehelichen Gestaltung der Lebensverhältnisse ist auch der Unterhaltsstandard abhängig, ob sich die Partner viel oder wenig anstrengen. Zu bedenken ist dabei, dass es nicht allein auf eine ausgewogene Verteilung der Lasten ankommt, sondern auch die jeweilige Leistungsfähigkeit mit ins Kalkül zu ziehen ist. Dazu kommt, dass es im Laufe eines Ehelebens Phasen gibt, in denen der eine oder der andere stärker belastet ist.³⁸⁶ ME sollte man sich daher vor allzu großen Schematisierungen hüten.³⁸⁷

79 3. Mithilfepflicht von Familienangehörigen (Kindern, Ehepartner). Ins Treffen geführt wird, dass die Kinder ab dem 12.³⁸⁸ bzw 14.³⁸⁹ Lebensjahr eine Mithilfepflicht im Haushalt trifft. Freilich ist darauf hinzuweisen, dass auch auf deren Belastungssituation in Schule und Ausbildung Rücksicht zu nehmen ist.³⁹⁰ Dazu kommt, dass bei deren Mithilfe im Haushalt häufig der erzieherische Zweck im Vordergrund steht.³⁹¹ Während ansonsten sehr penibel darauf geachtet wird, welchem Anforderungsprofil die für den getöteten Haushaltsführer einspringende Ersatzkraft zu genügen hat, lässt die Rechtsprechung eine entsprechende Differenzierung bei der Mithilfe von Kindern vermissen. Entsprechendes gilt für die Mithilfepflicht des berufstätigen Ehegatten.³⁹² Mit Aufgabe seiner beruflichen Erwerbsarbeit wird angenommen, dass ihn eine hälftige Pflicht zur Führung des Haushalts trifft,³⁹³ ohne zu prüfen, ob er dafür über die erforderlichen Kenntnisse verfügt und dies in Anbetracht der das gesamte Leben einzubeziehenden Belastungssituation stets ausgewogen ist.³⁹⁴

80 4. Prognose. Wie beim Barunterhalt hat der Tatrichter die künftigen Veränderungen, für die es greifbare Anhaltspunkte gibt, in seine Prognose mit einzubeziehen. Mit dem Heranwachsen der Kinder vermindert sich deren Betreuungsaufwand,³⁹⁵ was freilich durch ein höheres Anspruchsniveau des beruflich erwerbstatigen Ehegatten in Bezug auf die Haushaltsführung teilweise kompensiert wird.³⁹⁶ Wie beim Erwerbsschaden ist zu bedenken, dass die Leistungsfähigkeit bei der Führung des Haushalts ab einem gewissen Alter nachlässt. Ein Restbereich wird jedoch ME bis zum Lebensende verbleiben,³⁹⁷ wobei zu bedenken ist, dass ohne berufliche Erwerbstätigkeit ein höheres Zeitbudget zur Verfügung steht, wodurch nachlassende Kräfte kompensiert werden können. Das Ausscheiden des anderen Ehegatten aus dem Erwerbsleben führt zu einer Neuverteilung der Haushaltsarbeit.³⁹⁸ Schließlich sollte auch bedacht werden, dass gerade die Kosten für eine Ersatzkraft im Haushalt im Zeitverlauf besonders stark steigen, weil das Rationalisierungspotenzial auf diesem Gebiet, im Unterschied zu anderen Gütern und Dienstleistungen, die im Verbraucherpreisindex erfasst sind, gering ist.³⁹⁹ Sofern der Tatrichter sich außerstande sieht, diese Änderungen in seine Prognose mit einzubeziehen, sollte er das deutlich zum Ausdruck bringen, weil davon die Möglichkeit der Abänderung wegen wesentlicher Änderung der Umstände nach § 323 ZPO abhängig ist.⁴⁰⁰ Mitunter wird freilich bloß einseitig auf anspruchreduzierende Umstände abgestellt, nicht auf solche, die zu einer Anspruchserhöhung führen.⁴⁰¹

384 BGH NJW 1993, 124; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); NJW 1985, 1460; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; ausführlich dazu *Ch. Huber*, in: FS Reischauer (2010), S. 153 ff.

385 BGH NJW 1993, 124; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); Staudinger/Röthel, § 844 Rn 139; *A. Diederichsen*, NJW 2013, 641, 642.

386 BGH VersR 1986, 790: Starkes berufliches Engagement des Ehemanns als technischer Betriebsleiter.

387 Ähnlich *Luckey*, Personenschaden Rn 1470: Nur dann nicht anzuerkennen, wenn nicht mehr mit dem Grundsatz der Angemessenheit im Einklang.

388 OLG Stuttgart VersR 1993, 1536; *Küppersbusch/Höher*, Rn 372.

389 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1375: Eine Stunde pro Tag; BGH NJW-RR 1990, 962; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; OLG Hamburg VersR 1988, 135.

390 BGH NJW-RR 1990, 962; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 138; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 17.

391 Realistisch BGH NJW-RR 1990, 962: Entlastungseffekt kann im Ergebnis neutralisiert werden.

392 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1375: Bei Halbtagsbeschäftigung 25 %, Doppelverdienern

50 %; aA OLG Stuttgart VersR 1993, 1536: Je nach Ausmaß der beiderseitigen beruflichen Belastung.

393 *Kreuter/Lange*, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 173.

394 Krit. zu dieser schematischen Anrechnung *Ch. Huber*, DAR 2010, 677, 682; zur Möglichkeit der Abschwächung bei konkretem Vorbringen *Luckey*, Personenschaden Rn 1395.

395 BGH VersR 1984, 875.

396 BGH NJW-RR 1990, 962.

397 Dazu KG r+s 1997, 461: Ohne besondere Darlegung keine Pflicht zur Erbringung von Haushaltsdienstleistungen nach dem 78. Lebensjahr bei überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen bei Tötung der Ehefrau, als diese 53 Jahre alt war.

398 Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 6.

399 BGH NJW 1986, 715.

400 BGH NJW-RR 1990, 962; zur restriktiveren Handhabung bei einem Abfindungsvergleich über eine Rente BGHZ 105, 243 = NJW 1983, 1425.

401 So OLG Hamm BeckRS 2013, 02177: Mithilfepflicht des Ehemanns im Haushalt bei dessen Verrentung in mehr als 13 Jahren berücksichtigt, nicht aber Lohnsteigerungen der Ersatzkraft.

5. Umfang des Ersatzes. a) Einstellung einer Ersatzkraft. Wird für die vom getöteten Haushaltsführer verrichteten Tätigkeiten eine Ersatzkraft eingestellt, sind deren Kosten zu ersetzen, und zwar inklusive sämtlicher Lohnnebenkosten sowie Urlaubs- und Weihnachtsgeld.⁴⁰² Dass die Ersatzkraft zu besonderen Anlässen wie zu Weihnachten oder zum Geburtstag Aufmerksamkeiten erhält, die ersatzfähig sind,⁴⁰³ ist in diesem Zusammenhang fast eine *quantité négligeable*. Das gilt freilich nur dann, wenn eine solche Ersatzkraft nicht ohnehin unabhängig vom schädigenden Ereignis eingestellt worden wäre.⁴⁰⁴ Zu prüfen ist darüber hinaus, ob die Ersatzkraft nicht mehr als das durch das schädigende Ereignis ausgelöste Defizit ausgleicht⁴⁰⁵ oder bloß einen Teil des durch die Tötung des Haushaltsführers ausgelösten Bedarfs deckt.⁴⁰⁶ Die von der Rechtsprechung zuerkannten Stundenlöhne bewegen sich auf einem überaus mäßigen Niveau, das nach den Marktgegebenheiten kaum die Einstellung einer solchen Ersatzkraft zuließe.⁴⁰⁷

b) Normativer Schaden ohne Einstellung einer Ersatzkraft. Bezeichnenderweise gibt es keine einzige BGH-Entscheidung aus der jüngeren Zeit, in der die Hinterbliebenen sich tatsächlich für die Einstellung einer Ersatzkraft entschieden haben und das Ausmaß des Ersatzes strittig war. Was allein umstritten ist, das ist das Ausmaß der Ersatzpflicht, wenn sich die Hinterbliebenen – auch in Ermangelung eines Vorschusses – auf andere Art beholfen haben, indem sie sich selbst mehr angestrengt haben oder Verwandte bzw. Bekannte eingesprungen sind. In solchen Fällen ergibt sich kein oder nur ein ganz geringfügiger rechnerischer Schaden, wenn den helfenden Dritten ein Anerkennungsbetrag für deren Tätigkeit gezahlt wird. Solche Quittungen bergen zudem den Vorwurf der Schwarzarbeit. In älteren Entscheidungen⁴⁰⁸ fand sich der Stehsatz, dass den Hinterbliebenen ein Ersatzbetrag zustehe, der sie in die Lage versetzen soll, sich wirtschaftlich gleichwertige Dienste zu verschaffen, ohne sich Einschränkungen aufzuerlegen oder die Mildtätigkeit Dritter in Anspruch nehmen zu müssen. Dieser Satz findet sich zu Recht in neueren Entscheidungen nicht mehr, weil sehr viel weniger zuerkannt wird, als man nach dieser Formel erwarten könnte.

Wird auf die Einstellung einer Ersatzkraft verzichtet, wählt der BGH⁴⁰⁹ eine normative Berechnung des Schadens: Er berücksichtigt dabei, dass ein innerfamiliäres Auffangen des Schadens kostengünstiger zu bewältigen ist, will aber nach der Wertung des § 843 Abs. 4 vermeiden, dass das Entgegenkommen von hilfsbereiten Verwandten oder Bekannten zu einer Entlastung des Schädigers führt. Ansatzpunkt sind dabei die Kosten bei Einstellung einer fiktiven Ersatzkraft, wovon aber maßgebliche Abzüge erfolgen. Der geschuldete Ersatzbetrag ist das Produkt aus Arbeitszeitbedarf und Stundenlohn.

aa) Zeitbedarf. Für den Zeitbedarf erfolgt eine Orientierung an den Tabellen von *Schulz-Borck/Pardey*.⁴¹⁰ Diese beruhen auf empirischen Untersuchungen und differenzieren nach der Anzahl der Familienangehörigen sowie der Anspruchsstufe des Haushalts (einfach, mittel, gehoben, hoch), wobei eine höhere Anspruchsstufe von den Anspruchstellern zu beweisen ist.⁴¹¹ Das Spektrum reicht von 18,8 Wochenstunden bei einem reduzierten 2-Personenhaushalt bis zu 65,5 Wochenstunden bei einem reduzierten 4-Personenhaushalt. Im Fall der Tötung verweisen sie darauf, dass der Arbeitszeitbedarf bei Wegfall einer Person nicht proportional sinkt, weil es auch hier das Phänomen fixer Kosten gibt, vom BGH⁴¹² als Rationalisierungsvorteil bezeichnet, in der Betriebswirtschaftslehre als Kostenreduktion. Während selbst diese Stundenangaben von manchen als zu großzügig angesehen werden,⁴¹³ ist darauf zu verweisen, dass diese gerade keine Bereitschaftszeiten abgelten, sondern sich in der Aufsummierung konkreter Verrichtungen erschöpfen. Würde für einen solchen Zeitraum eine Ersatzkraft eingestellt, wäre das vom getöteten Haushaltsführer bewältigte Arbeitspensum nur zum Teil erledigt. Vor allem Pflegebedürftige und Kleinkinder erfordern aber eine Beaufsichtigung rund um die Uhr, so dass es bei diesen selbst mit 65 Wochenstunden nicht getan sein wird. Zu bedenken ist insbesondere, dass Dienstleistungen zugunsten solcher Personen durchgehend zu erbringen sind, nicht bloß an Werktagen von 8 bis 17 Uhr. Diese Tabellen haben sich freilich in der Judikatur⁴¹⁴ durchgesetzt. Allerdings bieten sie bloß einen ersten Anhaltspunkt für die Ermittlung des maßgeblichen

402 MüKo/Wagner, § 844 Rn 65; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 8 f; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425 mit dem Hinweis, wie es wäre, wenn eine solche Ersatzkraft eingestellt worden wäre, was in concreto freilich nicht der Fall war.

403 LG München I VersR 1981, 69; Geigel/Miinkel, Kap. 8 Rn 51.

404 BGH VersR 1989, 1273.

405 OLG Köln VersR 1990, 1285 (LS).

406 BGH VersR 1986, 790; VersR 1982, 874.

407 OLG Oldenburg NZV 2010, 156; Stundenlohn 7,49 EUR. Beachtlich ist der nunmehr geltende Mindestlohn von 8,50 EUR.

408 BGH NJW 1971, 2066; VersR 1967, 352; OLG Karlsruhe VersR 1991, 1190; Staudinger/Röthel, § 844 Rn 132.

409 BGH NJW-RR 1992, 792.

410 *Schulz-Borck/Pardey*, Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt.

411 *Kreuter/Lange*, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 171 b.

412 BGH VersR 1988, 954; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann*, DAR 1989, 94; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 16.

413 *Küppersbusch/Höher*, Rn 370 Fn 183: „Werte unplausibel hoch“.

414 BGH NJW 1979, 1501; wN bei Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 135.

chen Zeitaufwands. Für die Betreuung von Kleinkindern wird immerhin ein täglicher Mehraufwand von 2 Stunden zugebilligt.⁴¹⁵ Auch bei Betreuung von Pflegebedürftigen werden Zuschläge anerkannt.⁴¹⁶

- 85 bb) Stundenlohn.** Wird in vielen Fällen schon der Zeitaufwand nur unzureichend erfasst, werden weitere Einschnitte beim zugrunde zu legenden Stundenlohn gemacht,⁴¹⁷ der sich am TVöD (früher BAT) orientiert hat.⁴¹⁸ Im Ausgangspunkt wird zwar anerkannt, dass im Tötungsfall die einspringende Ersatzkraft zur selbstständigen Führung des Haushalts in der Lage sein soll, weshalb im Regelfall eine Einstufung zwischen BAT VIII bis BAT VI zu erfolgen habe;⁴¹⁹ bei Ehen, in denen beide Ehegatten berufstätig sind, werden davon aber Abstriche gemacht, weil die Leitungsaufgabe dem überlebenden Ehegatten zufalle,⁴²⁰ weshalb bloß eine Einstufung nach BAT IX vorgenommen werde.⁴²¹ In städtischen Ballungsgebieten wird anerkannt, dass man zum Tariflohn nicht immer – auf die Schnelle! – eine passende Ersatzkraft findet.⁴²²
- 86** Springen Verwandte ein, wurde in der Judikatur⁴²³ darauf abgestellt, ob diese über die entsprechende Ausbildung verfügen.⁴²⁴ In jüngerer Zeit ist diese Differenzierung in der Kommentarliteratur⁴²⁵ auf Kritik gestoßen, weil nicht einzusehen ist, dass es einen Unterschied machen soll, ob sich die Familienangehörigen selbst behelfen oder Verwandte oder Bekannte einspringen. Haben die einspringenden Dritten durch Aufgabe ihrer beruflichen Erwerbstätigkeit ein Entgelt verloren, das unter dem liegt, das sich aus der Abgeltung ihrer Tätigkeit im Haushalt nach dem BAT ergibt, wurde dieser geringere Betrag als Bemessungsansatz herangezogen.⁴²⁶ Ein höheres Entgelt hingegen, das diese durch Aufgabe ihrer Berufstätigkeit verloren haben, wurde für nicht ersatzfähig angesehen. ME müsste gerade gegenteilig verfahren werden.⁴²⁷ Der einspringende Dritte verrichtet nämlich tatsächlich die Arbeit, die eine sonst einzustellende Ersatzkraft zu verrichten hätte. Was ihm gegenüber einer x-beliebigen Ersatzkraft an formaler Qualifikation abgeht, das macht er meist durch sein höheres Engagement mehr als wett. Der Ersatz des darüber hinausgehenden Entgelts aus der Aufgabe einer beruflichen Erwerbstätigkeit lässt sich zwanglos damit begründen, dass ein rationaler Dritter eine solche Tätigkeit allenfalls dann übernehmen würde, wenn er nicht weniger verdient, wobei er ohnehin das Risiko trägt, dass er ein Entgelt für die Führung des Haushalts nur solange verdient, als der entsprechende Bedarf gegeben ist. Wenn im Verletzungsfall anerkannt wird, dass sich zum entsprechenden BAT vor allem in großstädtischen Ballungsräumen keine geeigneten Ersatzkräfte finden lassen,⁴²⁸ so muss dies mutatis mutandis auch im Tötungsfall gelten; und zwar auch bei einer innerfamiliären Lösung und bei Einspringen von Verwandten oder Bekannten und nicht nur bei Einstellung einer Ersatzkraft.⁴²⁹ Entsprechendes gilt, wenn sich im ländlichen Raum ausnahmsweise derartige Ersatzkräfte zu einem Entgelt unter dem entsprechenden BAT finden lassen sollten.⁴³⁰ Der TVöD hat seit dem 1.10.2005 den BAT abgelöst; die nunmehrigen 15 Entgeltgruppen und 6 Entgeltstufen bereiten Eingruppierungsprobleme.⁴³¹ Vertreter der Haftpflichtversicherer⁴³² nehmen seither Bezug auf den Tarifvertrag zwischen dem Deutschen Hausfrauenbund und der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten. Je nach gewöhnlichen Haushalten (Gruppe II) bzw solchen mit Versorgung von Kindern (Gruppe IV) schwankte der Nettostundenlohn im Jahr 2010 je nach Bundesland in der Gruppe II zwischen 6,25 EUR und 6,76 EUR und in der Gruppe IV 7,01 EUR und 7,28 EUR. Dafür bekommt man aber nicht einmal in strukturschwachen Regionen eine brauchbare Aushilfe.⁴³³ Auch will gar nicht einleuchten, dass infolge der Umstellung des Tarifwerkes des öffentlichen Dienstes das Ersatzniveau von Haushaltsdienstleistungen signifikant sinken soll. Der Mindestlohntarif von 8,50 EUR bildet nunmehr eine Untergrenze.

415 BGH NJW 1982, 2866; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 137.

416 BGH NJW 1993, 124; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 64; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 82.

417 Zum entsprechenden Problem bei Verletzung des Haushaltsführers §§ 842, 843 Rn 199 ff.

418 Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 18; Küppersbusch/Höher, Rn 373.

419 Ausnahmsweise höher, so BGH VersR 1986, 790: BAT Vc.

420 OLG Hamm BeckRS 2013, 02177.

421 BGHZ 137, 237 = NJW 1998, 985 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 94 (Schiemann).

422 OLG München BeckRS 2012, 21370: Für München 8,50 EUR bei fiktiver Abrechnung.

423 BGH VersR 1985, 365; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

424 So auch Küppersbusch/Höher, Rn 375.

425 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 28; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 144; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 67.

426 BGH NJW 1986, 715; NJW 1985, 1460; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

427 Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung² (1995), S. 601 f.

428 BGH NJW 2001, 149; OLG Hamm NZV 2002, 570; OLG Köln SP 2000, 307.

429 So aber Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 48.

430 Küppersbusch/Höher, Rn 374; BGH NJW 1982, 2866.

431 Pardey, DAR 2006, 671, 676 f.

432 Nickel/Schwab, SVR 2010, 11 ff; Jahnke, VGT 2010, 99, 121.

433 Ch. Huber, DAR 2010, 677, 681 f mit dem zusätzlichen Hinweis, dass wegen der sich an den unterschiedlichen Bedarf anpassenden Dienstleistungen angemessener Anknüpfungspunkt der Bewertung von Haushaltsdienstleistungen die Entgelte von Unternehmen seien, die solche Dienstleistungen anbieten, mögen diese auch um Verwaltungskosten und Gewinnanteile zu bereinigen sein.

Die gravierendste Einschränkung ist aber die Begrenzung auf den Nettolohn einer Ersatzkraft.⁴³⁴ Dies erfolgt unter Ausklammerung der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung durch einen 30 %-igen Abschlag vom Bruttolohn.⁴³⁵ Begründet wird dies damit, dass es einen Hausfrauenmarkt nicht gebe und bei der Bemessung des Wertes zu berücksichtigen sei, dass der getötete Haushaltsführer an den Segnungen des Arbeits- und Sozialrechts nicht teilnehme.⁴³⁶ Denkbar ist, dass insoweit § 845 nachwirkt, der seit ca. einem halben Jahrhundert⁴³⁷ nicht mehr maßgeblich ist und bei dem es auf den Wert der vom Haushaltsführer erbrachten Dienstleistungen⁴³⁸ ankam. Maßgeblich ist mE aber, dass bei Erbringung der durch Tod vereitelten Haushaltsdienstleistungen eine Ersatzkraft eingesetzt werden muss, bei deren Einsatz all diese Kosten anfallen.⁴³⁹ Ob eine Gegenleistung durch eine Barauszahlung erbracht wird oder durch Abdeckung diverser Risiken im Wege der Entrichtung von Versicherungsleistungen, sollte keinen Unterschied machen.

87

Es wäre deshalb sachgerecht, vom vollen Bruttolohn auszugehen und Abschläge nur dann vorzunehmen, wenn die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge für den einspringenden Dritten nicht von Vorteil sind, weil er wegen seines Alters keine weitere Altersrente mehr erlangen kann oder er bereits krankenversichert ist. Da nicht davon auszugehen ist, dass der BGH seine Rechtsprechung ändern wird, sollte beim Einspringen von Dritten verlangt werden, dass die eine oder andere sozialrechtliche Absicherung sowie die damit verbundenen Beiträge, etwa für Kranken- oder Rentenversicherung, konkret verlangt werden, was insbesondere dann angebracht ist, wenn ein einspringender Dritter seine bisherige Berufstätigkeit aufgibt.⁴⁴⁰

88

In der Literatur⁴⁴¹ wird mit kaum überzeugenden Gründen versucht, die herrschende Judikatur zu billigen. *Röthel*⁴⁴² verweist zunächst darauf, dass auch bei Verzicht auf die Einstellung einer Ersatzkraft ein fast genau so hoher Betrag zuerkannt wird. Dabei wird das Ausmaß der Lohnnebenkosten gehörig unterschätzt, geht es doch nicht bloß um den 30 %-igen Abzug, sondern zusätzlich um die Arbeitgeberanteile, so dass die Differenz 50 % oder mehr beträgt. Darüber hinaus verweist sie⁴⁴³ darauf, dass wie bei den Heilungskosten die Verwendungsfreiheit die Gefahr der Umgehung des § 253 in sich berge und es ebenfalls um immaterielle Faktoren wie Vertrautheit und familiäre Bindung gehe. Einerseits wird aber hier im Gegensatz zur abgelehnten Liquidierung fiktiver Heilungskosten bei Einspringen von Verwandten oder Bekannten eine Restitution durchgeführt, andererseits wird die Kategorie der familiären Vertrautheit gerade nicht abgegolten, sondern lediglich der Marktwert, der bei Einspringen einer x-beliebigen Ersatzkraft anfiel. Schließlich bemüht *Röthel*⁴⁴⁴ die Parallele zu § 249 Abs. 2 S. 2, wo bei Unterlassung einer Restitutionsmaßnahme die Mehrwertsteuer gekappt werde. Auch dieser Vergleich hinkt, können doch beim Sachschaden selbst bei Verzicht auf jegliche Restitution die Arbeitskraftkosten inklusive sämtlicher Lohnnebenkosten ersetzt verlangt werden. *Wagner*⁴⁴⁵ befürwortet die Beschränkung des Ersatzes auf den Nettolohn damit, dass der Schaden ansonsten überkompensiert werde und der Abschlag einen gebotenen Anreiz zur möglichst kostengünstigen Behebung verschaffe. Dabei bleibt offen, weshalb eine Überkompensation vorliegen soll; und selbst wenn das so sein sollte, stellt sich die Frage, warum der Anreiz zur Selbstvornahme gerade durch Abzug in Höhe der Sozialversicherungsbeiträge erfolgen soll.

89

*Spindler*⁴⁴⁶ verweist immerhin darauf, dass die Unterhaltersatzgläubiger gem. § 323 ZPO eine Aufstockung verlangen können, wenn sie wider Erwarten von der innerfamiliären Lösung oder dem Einspringen von Verwandten abweichen und eine Ersatzkraft einstellen wollen. Das ist deshalb bedeutsam, weil der BGH betont, dass das nach § 249 Abs. 2 zur Herstellung Erforderliche bei Abs. 2 nicht losgelöst von der konkret getroffenen Gestaltung beurteilt werden könne.⁴⁴⁷ In vielen Fällen führt dies dazu, dass sich die Hinterbliebenen unmittelbar nach dem schädigenden Ereignis – auch wegen der Vorenthaltung eines gebührenden Vorschusses – notdürftig behelfen und auf die Einstellung einer Ersatzkraft verzichten, was dazu führt, dass sie sich auf diese Art der Schadensbehebung für die Bemessung der künftigen Rente festlegen lassen müssen. ME müssen sie aber stets die Möglichkeit der Umstellung von der Netto- auf die Bruttoab-

90

434 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (*Schlund*); dazu *Eckelmann*, DAR 1989, 94; BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 12.

435 *Küppersbusch/Höher*, Rn 376: Der jeweils konkrete Unterschiedsbetrag ist der Tabelle von *Schulz-Borck/Pardey*, Schadensersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, zu entnehmen.

436 Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 12; *Küppersbusch/Höher*, Rn 368; *Steffen*, VersR 1985, 605, 607.

437 BGHZ 38, 55 = NJW 1962, 2248 = LM § 842 BGB Nr. 1 (*Heuß*) = JZ 1963, 219 (*Esser*) = JR 1964, 424 (*Göppinger*).

438 Darauf abstellend auch *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 47.

439 Zur Ersatzfähigkeit solcher Kosten im österreichischen und schweizerischen Haftpflichtrecht *Ch.*

Huber, DAR 2010, 677, 681; dazu OGH ZVR 2015/104 (*Ch. Huber*): Stundenlohn 23 EUR.

440 So auch *Küppersbusch/Höher*, Rn 376.

441 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 141.

442 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 133, 141.

443 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 134.

444 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 134.

445 *MüKo⁶/Wagner*, § 844 Rn 67.

446 *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 844 Rn 27.

447 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60

(*Schlund*); dazu *Eckelmann*, DAR 1989, 94; BGH VersR 1986, 790; *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 48;

Ernst, VA 2008, 42, 46; *Ch. Huber*, DAR 2010, 677,

682: Berücksichtigung der jeweiligen Leistungsfähigkeit; Zulässigkeit bis zur Grenze der *societas leonina*.

rechnung bei Einstellung einer Ersatzkraft haben; und nicht nur dann, wenn wider Erwarten eine Fremdarbeitskraft benötigt wird.⁴⁴⁸

- 91 6. Teilgläubigerschaft und Quote bei Vorhandensein von Kindern.** Bestehen neben Ansprüchen des hinterbliebenen Ehegatten auch Ansprüche der Kinder, hat jeder Gläubiger einen eigenen Anspruch. Wie beim Barunterhaltsanspruch stellt sich die Frage, welcher Anteil jedem Gläubiger zusteht. Während der BGH⁴⁴⁹ dem hinterbliebenen Ehegatten eine höhere Quote zubilligt – bei Konkurrenz mit einem Kind wird ein Verhältnis von 2:1 angenommen – weist das OLG Hamm⁴⁵⁰ zu Recht darauf hin, dass namentlich bei kleineren Kindern diesen eine höhere Quote zustehen muss, weil sie ein höheres Maß des Zeitbudgets des Haushaltsführers in Anspruch nehmen. Das beim Barunterhalt erörterte Phänomen der fixen Kosten existiert auch bei der Haushaltsführung, ohne dass dies im Rahmen der Zuweisung der Quoten bisher explizit diskutiert wurde. Vor allem bei kleineren Kindern werden sich direkt zurechenbare Zeiten, die der Haushaltsführer für diese verwendet, feststellen lassen. Mit Heranwachsen der Kinder wird zwar einerseits das Gesamtzeitbudget abnehmen, der relative Anteil der Kinder wird geringer werden, während sich andererseits der Anteil des überlebenden Ehegatten erhöht. Musste er so manche Komforteinbuße in der Haushaltsführung hinnehmen, solange die Kinder klein waren, wird das bei größeren Kindern anders zu beurteilen sein.
- 92 7. Vorteilsanrechnung: ersparter Unterhalt.** Da der Anspruch nach Abs. 2 ein Schadensersatzanspruch ist, kommt eine Vorteilsausgleichung in Betracht.⁴⁵¹ Bedeutsam ist vor allem die Anrechnung des ersparten Barunterhalts, wobei lediglich der Teil des Unterhalts in Betracht kommt, den der Haushaltsführer für seinen persönlichen Bedarf verwendet hätte, wobei die fixen Kosten auszuklammern sind. Deshalb wird sich typischerweise ein positiver Saldo ergeben.⁴⁵² Maßgeblich sind insoweit nicht die tatsächlichen Verhältnisse, sondern der gesetzlich geschuldete Unterhalt. Der BGH sieht im Vorteilsausgleich ein Vehikel, das es ihm ermöglicht, eine Billigkeitskorrektur nach seinen Gerechtigkeitsvorstellungen vorzunehmen.⁴⁵³
- 93** Hat der getötete Ehepartner die Kinder des überlebenden Ehepartners aus erster Ehe betreut, die nicht vom getöteten Ehepartner der zweiten Ehe adoptiert worden sind, so steht den Stiefkindern zwar kein Anspruch aus Abs. 2 zu; beim ersparten Unterhalt des überlebenden Ehepartners ist jedoch diese Dienstleistung bzw. der nunmehrige Mehrbedarf auf die Unterhaltersparnis anzurechnen.⁴⁵⁴ Wenn man das akzeptiert, schiene es folgerichtig, auch den Wegfall des Splittingtarifs und sonstiger steuerlicher Vergünstigungen bei den Werbungskosten und Sonderausgaben im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Immerhin könnte man dafür ins Treffen führen, dass der getötete Haushaltsführer sich über die Steuerersparnis zum Teil selbst finanziert habe.⁴⁵⁵ Das hat der BGH⁴⁵⁶ bisher freilich mit der Begründung abgelehnt, dass es sich um einen allgemeinen Vermögensschaden handle. Das ist auch zutreffend, was allerdings eine Berücksichtigung im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht ausschließen würde; handelt es sich doch auch bei den Betreuungsleistungen der Kinder des hinterbliebenen Ehegatten um einen nicht ersatzfähigen Nachteil.
- 94** Sofern der getötete Haushaltsführer überobligationsgemäße Unterhaltsleistungen erbracht hat, soll eine Kürzung des Vorteilsausgleichs beim ersparten Unterhalt erfolgen können, frei nach der Devise, dass der getötete Haushaltsführer viel mehr geleistet, als er gekostet habe. Wenn der BGH freilich zu Recht das Ausmaß des gesetzlichen Unterhalts nach der getroffenen Absprache bzw. in Ermangelung einer solchen nach der tatsächlichen Gestaltung bemisst, stellt sich die Frage, nach welchem Maßstab er die Grenze desjenigen bestimmen möchte, was nach dem gesetzlichen Unterhalt noch obligationsgemäß ist und was darüber hinaus geht. Selbst Betreuungsleistungen zugunsten eines pflegebedürftigen Ehepartners wurden zu Recht als nach Abs. 2 ersatzfähig angesehen,⁴⁵⁷ weil die Ehe eben eine Risikogemeinschaft ist, die dazu führen kann, dass ein Partner aufgrund der Umstände stärker belastet wird als der andere. Dass dann das Nähen der eigenen Kleidung und das Ernten von Früchten nicht mehr zum gesetzlichen Unterhalt gehören, sondern eine überobligationsgemäße Leistung gewesen sein sollen,⁴⁵⁸ erscheint wenig folgerichtig.

448 So bei einer bloß notdürftigen Schadensbehebung auch BGH VersR 1986, 790; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 81.

449 BGH VersR 1984, 875; dazu Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 19.

450 OLG Hamm zfs 1990, 341.

451 BGHZ 56, 389 = NJW 1971, 2066; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 22.

452 AA zu Unrecht Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 171 b: Ein Unterhaltsschaden verbleibt idR nicht.

453 Krit. dazu Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 204.

454 BGH NJW 1984, 977.

455 Ch. Huber, DAR 2010, 677, 682.

456 BGH NJW 2004, 358; NJW 1979, 1501; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 240; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1431.

457 BGH NJW 1993, 124; zurückhaltend demgegenüber OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 479: Pflegeleistungen des getöteten Ehepartners in einem die gesetzliche Verpflichtung weit übersteigenden Maße.

458 BGH NJW 1979, 1501; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 34; Wussow/Zoll, Kap. 47 Rn 22; kritisch Ch. Huber, DAR 2010, 677, 682.

Das Ausmaß des anzurechnenden Unterhalts kann auch nicht generell mit dem Argument begrenzt werden, dass der hinterbliebene Ehegatte stets in der Lage sein müsse, mit der Unterhaltsersatzrente eine Ersatzkraft zu bezahlen.⁴⁵⁹ Mag es im Regelfall auch so sein, dass die Substituierung des Haushaltsführers schon wegen des Fixkostenphänomens mehr kostet, als der hinterbliebene Ehegatte für seinen Unterhalt hätte aufwenden müssen, so sind doch derartige Konstellationen durchaus vorstellbar, insbesondere, wenn es sich um gehobene bürgerliche Verhältnisse handelt, bei denen dem Haushaltsführer schon zu dessen Lebzeiten Personal zur Unterstützung zur Verfügung stand.

95

Ist der Anspruch wegen Entgangs der Haushaltsführung wegen Mitverschuldens gekürzt, steht dem hinterbliebenen Ehegatten das Recht zu, den ersparten Unterhalt zunächst auf die ungedeckte Quote, also den nicht ersatzfähigen Schaden zu verrechnen.⁴⁶⁰

96

8. Wiederverheiratung. Während beim Barunterhalt bloß eine Anrechnung erfolgt, wird vermutet, dass der neue Partner gegenüber dem getöteten gleichwertige Haushaltsdienstleistungen erbringt,⁴⁶¹ eine durchaus angreifbare Vermutung. Nicht immer erwischt man in 2. Ehe einen Putzteufel, mitunter ist der Partner auf diesem Gebiet weniger tüchtig. Zudem hat der BGH⁴⁶² ausgesprochen, dass der Schaden auch dann entfällt, wenn der neue Ehepartner zwar nicht den Haushalt führt, aber über eigene Erwerbseinkünfte verfügt, so dass daraus die Haushaltsführung finanziert werden kann. In der Literatur⁴⁶³ wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass der Unterhaltsanspruch wegen Entgangs der Haushaltsführung entfalle. Konsequenterweise müssten aber insoweit die gleichen Regeln gelten wie beim Barunterhalt, dass lediglich die konkreten Haushaltsleistungen anzurechnen sind. Das hat einerseits zur Folge, dass der gesamte Anspruch bei Beendigung der zweiten Ehe wieder voll zum Aufleben kommt, aber auch, dass während der zweiten Ehe ein restlicher Anspruch verbleibt, wenn der neue Partner in Bezug auf die Haushaltsführung bzw. das aus der beruflichen Erwerbstätigkeit erzielte wirtschaftliche Substitut weniger leistungsfähig ist als der getötete Ehegatte. Wie der Barunterhaltsschaden kann der Anspruch wegen Entgangs der Haushaltsführung im Urteil nicht bis zur Wiederverheiratung zeitlich begrenzt werden.⁴⁶⁴

97

9. Feststellungsklage. Da denkbar ist, dass dem hinterbliebenen Ehegatten im weiteren Verlauf, etwa bei eigener Bedürftigkeit, ein Barunterhaltsanspruch gegen den Haushaltsführer in der Zukunft hätte zustehen können, kann er ein diesbezügliches Feststellungsbegehren erheben.⁴⁶⁵

98

III. Doppelverdienererehen

1. Maßgeblichkeit der getroffenen Absprache bis zur Grenze der Angemessenheit. Gerade in Doppelverdienererehen kommt der Absprache zwischen den Ehegatten zentrale Bedeutung für den Umfang des gesetzlichen Unterhalts zu, und zwar sowohl für den Ehegattenunterhalt als auch für den Unterhalt der Kinder.⁴⁶⁶ Bis zur Grenze des offensichtlichen Missverhältnisses ist haftungsrechtlich die Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten zu respektieren.⁴⁶⁷ Beim Unterhaltsersatzanspruch nach Abs. 2 ist zu beachten, dass der Unterhaltsstandard der gesamten Familie durch das Erwerbseinkommen beider Ehegatten geprägt ist. Wer mehr zum Barunterhalt beiträgt, schuldet weniger Naturalunterhalt und umgekehrt, wobei auch insoweit die Absprachen zwischen den Ehegatten bzw. mangels solcher die tatsächliche Gestaltung maßgeblich ist.⁴⁶⁸ Sind beide Ehegatten beruflich erwerbstätig, ist zu prüfen, ob sie zusammen ebenso viel Zeit für die Haushaltsführung aufwenden wie ein Haushaltsführer ohne berufliche Erwerbsarbeit oder sie wegen der beruflichen Beanspruchung manche Haushaltsdienstleistungen durch Marktleistungen substituieren, etwa Kleidungsstücke in eine Wäscherei geben, häufiger auswärts essen gehen und dergleichen.⁴⁶⁹ Zudem ist die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Ehegatten sowie dessen berufliche Beanspruchung, nicht nur in quantitativer Hinsicht, sondern auch der Intensität nach zu berücksichtigen, so dass sich eine mechanische Halbteilung verbietet.⁴⁷⁰

99

459 So aber Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 51; Küppersbusch/Höher, Rn 386.

460 BGH NJW-RR 1986, 1400; NJW 1983, 2315; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 34; Küppersbusch/Höher, Rn 387; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 52; Pardey, DAR 2006, 671, 679.

461 Luckey, Personenschaden Rn 1483 sowie Rn 1578.

462 BGH NJW 1970, 1127.

463 Küppersbusch/Höher, Rn 393.

464 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 40.

465 BGH VersR 1984, 389; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 56.

466 BGH NJW 1993, 124; BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (Schlund); dazu Eckelmann,

DAR 1989, 94; Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn 1; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1374.

467 BGH NJW 1985, 1460; Küppersbusch/Höher, Rn 407.

468 Küppersbusch/Höher, Rn 401.

469 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783 = NZV 1988, 60 (Schlund); dazu Eckelmann, DAR 1989, 94; Küppersbusch/Höher, Rn 403.

470 AA OLG Koblenz NJW-RR 2008, 1097 = jurisPR-VerkR 2008/11 Anm. 2 (Jahnke): Keine Berücksichtigung des Lernens mit dem Kind und von Fahrdiensten für dieses durch den beruflich stärker beanspruchten Ehegatten.

- 100 2. Barunterhalt.** Beim Barunterhaltsanspruch ist davon auszugehen, dass das gesamte erzielte Einkommen zwischen den Ehegatten im Verhältnis 1:1 aufgeteilt wird,⁴⁷¹ jeder Ehegatte aber zu den Fixkosten im Verhältnis seines Einkommens beizutragen hat.⁴⁷² In der Entscheidung NZV 1994, 475 hat der BGH eine Modellrechnung angestellt. Die Quintessenz liegt darin, dass die Fixkosten von Ehegatten, die beide berufstätig sind oder jeweils über eine Altersrente verfügen, im Verhältnis ihrer Bareinkommen zu tragen sind,⁴⁷³ während das restliche frei verfügbare Einkommen im Verhältnis von 50:50 zwischen den Ehegatten aufgeteilt wird.⁴⁷⁴ Der Ehegatte kann einerseits neben den Fixkosten den Teil verlangen, den der Getötete zu seinem eigenen nach Abs. 2 geschuldeten restlichen Unterhaltsniveau beigetragen hat, muss sich aber anrechnen lassen, dass auch er sich erspart, zu den persönlichen Bedürfnissen des Getöteten nun nicht mehr beitragen zu müssen.⁴⁷⁵ Zu bedenken ist, dass sich diese Quoten entsprechend verändern, wenn neben dem überlebenden Ehegatten Kinder vorhanden sind.⁴⁷⁶
- 101 3. Haushaltsführung.** Der BGH⁴⁷⁷ hatte zunächst angenommen, dass bei Teilung der Haushaltsführung zwischen den beiden beruflich erwerbstätigen Ehegatten bei Tötung des einen der andere in Bezug auf die Haushaltsführung keinen Ersatz verlangen könne. Nunmehr⁴⁷⁸ hat er freilich erkannt, dass es auch bei der Haushaltsführung das Fixkostenphänomen gibt, das hier als „Rationalisierungsvorteil“ bezeichnet wird. Das hat zur Folge, dass selbst bei hälftiger Teilung des Haushalts ein ins Gewicht fallender Ersatzanspruch verbleibt. Auswirkungen hat die gemeinsame Haushaltsführung in einer Doppelverdienerehe auch insoweit, als der überlebende Ehegatte nicht verlangen kann, auf der Basis einer Ersatzkraft abzurechnen, die zur Leitung des Haushalts in der Lage ist.⁴⁷⁹ Das ist jedenfalls dann bedenklich, wenn der Getötete derjenige war, der die Leitungsfunktion im Haushalt wahrgenommen hat, während der überlebende Ehegatte bloß Hilfsdienste geleistet hatte. Diese Grundsätze müssen auch bei einem Rentnerehepaar gelten.⁴⁸⁰
- 102 4. Mitwirkung im Geschäft, Betrieb oder Beruf des Ehegatten.** Nach § 845 konnte der überlebende Ehegatte Ersatz für den Wert der Dienstleistungen seines getöteten Ehepartners verlangen, die dieser ihm im Rahmen der ehelichen Beistandspflicht zu erbringen hatte, auch soweit es sich um Tätigkeiten in seinem Geschäft oder Betrieb handelte. Ob eine solche Arbeitsleistung für den angemessenen Familienunterhalt erforderlich war, darauf kam es nicht an. Zu ersetzen war der Wert der entgangenen Dienstleistungen. Die Auswirkungen des Arbeitsausfalls des Ehegatten sind aber nunmehr ausschließlich nach § 844 Abs. 2 zu beurteilen.⁴⁸¹ Ersatzfähig ist ein derartiger Arbeitskraftausfall somit nur noch dann, wenn dessen wirtschaftliches Ergebnis sich auf den Unterhaltsstandard des hinterbliebenen Ehegatten und der Kinder ausgewirkt hat.⁴⁸²
- 103** War der getötete Ehegatte zwar familienrechtlich gem. § 1353 Abs. 1 zur Mitarbeit verpflichtet,⁴⁸³ hat sich die Mitarbeit aber auf den Unterhaltsstandard der Familie nicht ausgewirkt, weil es bloß um die Förderung ideeller Interessen des überlebenden Ehegatten ging, die sich nicht in klingender Münze oder sonstigen vermögenswerten Vorteilen niedergeschlagen haben, so ist ein solcher Nachteil im Wege des § 844 Abs. 2 nicht ersatzfähig.⁴⁸⁴ Soweit eine Mitarbeit des getöteten Ehegatten in einem Familienunternehmen erfolgte, sind nicht allein die Bezüge aus dessen Anstellungsvertrag zugrunde zu legen; zu ermitteln ist vielmehr, wie hoch der Beitrag des Getöteten zum Unternehmenserfolg zu taxieren ist.⁴⁸⁵
- 104** Ob der Einsatz für den finanziellen Unterhaltsbedarf erforderlich war,⁴⁸⁶ darauf kommt es nicht an. Auch wenn der Haushaltsführer ein zusätzliches Erwerbseinkommen erzielt, sind in einer intakten Familie die Einkünfte daraus für den Familienunterhalt heranzuziehen. Warum bei Mitwirkung im familieneigenen Unternehmen Gegenteiliges gelten sollte, wäre nicht einzusehen. Auch die Differenzierung, ob die Mitarbeit auf familien-, arbeits- oder gesellschaftsrechtlicher Grundlage erfolgte,⁴⁸⁷ kann mE ebenso dahinge-

471 BGH NJW 1985, 49.

472 Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn 2.

473 So bereits BGH VersR 1984, 79; Küppersbusch/Höher, Rn 400.

474 So bereits BGH VersR 1987, 507; Küppersbusch/Höher, Rn 345, 398.

475 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 155.

476 BGH NJW 1984, 979.

477 BGH NJW 1985, 49.

478 BGHZ 104, 113 = NJW 1988, 1783; zust. Schlund, NZV 1988, 60; Macke, NZV 1989, 249, 253 f.

479 Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 48.

480 AA zu Unrecht Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 173 d: Versagung jeglichen Anspruchs.

481 BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196 = JuS 1981, 294 (Emmerich); Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn 5; zu Unrecht krit. Frank, in: FS Stoll, S. 143, 152.

482 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 63; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 131.

483 Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn 6 unter Hinweis auf eine derartige Pflicht in kleineren Familienbetrieben.

484 BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196 = JuS 1981, 294 (Emmerich): Förderung der Tätigkeit des Mannes als Volleyballtrainer durch Übersetzungs- und Bürotätigkeiten ohne zusätzliche finanzielle Abgeltung; Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn 6.

485 BGH NJW 1984, 979; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1362; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 131.

486 So Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 44, 47.

487 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 131; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 23 jeweils unter Hinweis auf BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196 = JuS 1981, 294 (Emmerich).

stellt bleiben wie der Umstand, ob die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand gelebt oder eine Gütergemeinschaft begründet haben.⁴⁸⁸ Haftungsrechtlich kommt es allein darauf an, zu welchen vermögenswerten Vorteilen eine solche Tätigkeit geführt hat und wie sich diese auf die Unterhaltsansprüche des überlebenden Ehegatten sowie der Kinder ausgewirkt haben. Auch das Abstellen darauf, ob die Mitarbeit „über das Maß des unterhaltsrechtlich Gebotenen hinausgeht“,⁴⁸⁹ erscheint mE schwer justiziabel, müsste doch in einem ersten Schritt normativ festgelegt werden, was unterhaltsrechtlich geboten ist; und das kann je nach Anspruchsniveau der Beteiligten sehr unterschiedlich sein.

IV. Anspruch des Kindes bei Tötung eines Elternteils

1. Bedürftigkeit als Anspruchsvoraussetzung (§ 1602). Während der Unterhaltersatzanspruch eines Ehegatten unabhängig von dessen Bedürftigkeit besteht, hat der Unterhaltersatzanspruch eines Kindes zur Voraussetzung, dass dieses gem. § 1602 bedürftig ist.⁴⁹⁰ Eine solche Bedürftigkeit ist dann zu verneinen, wenn das Kind selbst über ausreichende Einkünfte verfügt bzw die Bedürftigkeit durch zumutbare Maßnahmen hätte abwenden können.⁴⁹¹ In einem solchen Fall hätte dann auch zu Lebzeiten des Unterhaltsschuldners kein gesetzlicher Unterhaltsanspruch bestanden. So ist das jedenfalls beim Barunterhalt. Umstritten ist das beim Naturalunterhalt, weil zu Lebzeiten des Naturalunterhaltsschuldners dessen Pflicht nicht von der Bedürftigkeit des Kindes abhängig ist, bei dessen Tod aber stets nur ein auf Geld gerichteter Anspruch besteht. In jedem Fall hat die durch den Schadensfall ausgelöste Beseitigung der Bedürftigkeit, die daher rührt, dass das Kind vom getöteten Unterhaltsschuldner Vermögen geerbt hat, im Rahmen der Bedürftigkeit unberücksichtigt zu bleiben,⁴⁹² sie wirkt sich gegebenenfalls erst im Rahmen des Vorteilsausgleichs aus.⁴⁹³ Zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern bestehen keine Unterschiede (§ 1615 a).⁴⁹⁴

2. Barunterhalt. Wie beim Ehegatten ist das Ausmaß des Unterhaltersatzanspruchs abhängig von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners. Es ist eine Prognose anzustellen, wie viel der Unterhaltsschuldner künftig verdient hätte. Wie beim Erwerbsschaden ist nicht davon auszugehen, dass eine Person auf Dauer ohne ein durch Betätigung ihrer Arbeitskraft erzieltetes Einkommen geblieben wäre, was namentlich bei jungen Getöteten bedeutsam ist.⁴⁹⁵ Ist der Unterhaltsanspruch gegen den lebenden Elternteil – etwa wegen unbekanntem Aufenthalts – nicht durchsetzbar, haftet der getötete Elternteil nach § 1607 Abs. 2, so dass auch insoweit ein Anspruch nach § 844 Abs. 2 zu bejahen ist.⁴⁹⁶

Der entgangene Barunterhalt eines Kindes ist vom Ansatz her ebenso zu ermitteln wie der des hinterbliebenen Haushaltsführers. Abzuziehen sind vorweg die fixen Kosten.⁴⁹⁷ Diese sind auf die Unterhaltersatzgläubiger aufzuteilen. Vom sodann verbleibenden verfügbaren Einkommen ist für den jeweiligen Unterhaltersatzgläubiger eine Quote zu bilden. Beide Beträge zusammen ergeben den geschuldeten Unterhaltersatzbetrag. Es ist daher an dieser Stelle bloß auf Besonderheiten einzugehen, die sich beim entgangenen Barunterhalt eines Kindes gegenüber dem korrespondierenden Anspruch eines Haushaltsführers ergeben (s. Rn 33 ff):

Bei den Fixkosten wird angenommen, dass dem überlebenden Elternteil ein höherer Anteil zugebilligt wird als dem Kind. Bei einem Kind wird ein Verhältnis von 2:1 gebilligt,⁴⁹⁸ bei zwei Kindern ein solches von 2:1:1.⁴⁹⁹ Beim verfügbaren Einkommen ist zu beachten, dass nach dem Alter der Kinder zu differenzieren ist.⁵⁰⁰ Der Barunterhaltsanspruch steigt mit dem Alter des Kindes. Die Rechtsprechung hat es für zulässig, aber auch geboten angesehen, Differenzierungen in der Weise vorzusehen, dass Staffeln gebildet werden von null bis sechs Jahre, von sechs bis zwölf Jahre und ab zwölf Jahre.⁵⁰¹ *Küppersbusch/Höher*⁵⁰² verweisen darauf, dass diese Vorgabe in der – außergerichtlichen – Praxis schwer zu verwirklichen ist, weil eine Änderung der Quote zur Folge hat, dass auch die Unterhaltsansprüche der übrigen Unterhaltersatzgläubiger neu berechnet werden müssen. Das ist freilich bloß eine weitere Komplikation unter mehreren; auch Änderungen beim überlebenden oder getöteten Ehegatten, zB dessen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben

488 AA BGH VersR 1963, 635; Wussow/Zoll, Kap. 48 Rn 7.

489 So A. *Diederichsen*, Homburger Tage 2012, 7, 22.

490 BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 1.

491 OLG Köln VersR 1992, 1416 (LS); Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 19.

492 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 14 unter Berufung auf BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745.

493 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 161.

494 Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 32.

495 OLG Karlsruhe VRR 2005, 188 (K. Böhm).

496 A. *Diederichsen*, NJW 2013, 641, 646.

497 BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Luckey*): Billigung in einer Höhe von 40 % des Einkommens.

498 BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (*Luckey*).

499 BGH NJW 1988, 2365; Wussow/Zoll, Kap. 46 Rn 23.

500 BGH NJW-RR 1988, 66; dazu *Nehls*, FamRZ 1988, 696 f; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 5; van Bühren/Lemckel/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1394; *Küppersbusch/Höher*, Rn 346; Palandt/Sprau, § 844 Rn 15; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 122; *Macke*, NZV 1989, 249, 250 ff.

501 BGH NJW-RR 1988, 66 – dazu *Nehls*, FamRZ 1988, 696; BGH NJW 1986, 715.

502 *Küppersbusch/Höher*, Rn 350.

und der Bezug einer gegenüber dem Erwerbseinkommen niedrigeren Altersrente oder die Aufnahme einer zumutbaren beruflichen Erwerbstätigkeit des Haushaltsführers haben Auswirkungen auf die Unterhaltersatzansprüche sämtlicher Unterhaltersatzgläubiger.

- 109** Konstellationen, bei denen Vater und Mutter nicht verheiratet sind, sind heute keine Seltenheit. Bei Tötung eines Elternteils stellt sich die Frage, ob das unterhaltsberechtigende Kind die gesamten Fixkosten geltend machen kann oder bloß den Anteil, der auf das Kind entfallen wäre wie bei aufrechter Ehe. Der BGH⁵⁰³ hat sich mE zu Unrecht für den Zuspruch der bloß anteiligen Kosten entschieden.⁵⁰⁴ Zu bedenken ist, dass die Zielsetzung des § 844 Abs. 2 im Ersatz des gesamten Unterhalts des Kindes liegt und es gerade das Wesen der fixen Kosten ist, dass diese unabhängig von der Anzahl der Familienmitglieder (nahezu) konstant bleiben. Auf die Frage der verfassungskonformen Auslegung des § 1615 I Abs. 2 S. 3 kommt es – entgegen der Ansicht des BGH – daher beim Umfang des Ersatzanspruchs nach § 844 Abs. 2 nicht an.⁵⁰⁵ Der BGH orientierte sich dabei an der E BGH NVW 2006, 2687, die für das Verhältnis von Vater und Mutter, die in einer außerehelichen Gemeinschaft ein Kind gezeugt haben, ausgesprochen hat, dass für die Bemessung des Betreuungsunterhalts der Mutter nach Beendigung der außerehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1615 I Abs. 2 und 3) andere Grundsätze gelten als in einer gescheiterten Ehe (§ 1570). Abgesehen davon, dass diese Differenzierung mittlerweile beseitigt worden ist, kommt es für das Schadenersatzrecht nicht auf das Innenverhältnis zwischen Mutter und Vater an, sondern darauf, dass der volle Unterhaltsstandard des Kindes aufrechterhalten bleiben muss – selbst unter Inkaufnahme, dass die nicht unterhaltsberechtigende Mutter davon profitiert, solange das Kind im gleichen Haushalt wie sie lebt.⁵⁰⁶ Das hat der österr. OGH im Unterschied zum deutschen BGH erkannt.
- 110** Was die Höhe der Quote betrifft, so besteht Einigkeit darüber, dass diejenige nach der Düsseldorfer Tabelle zu niedrig ist.⁵⁰⁷ In gestörten Familienverhältnissen werden zwei Haushalte geführt, so dass wegen der dadurch anfallenden höheren Kosten für die Kinder bloß ein geringerer Anteil verbleibt. In intakten Familien steht den Kindern je nach Alter eine Quote zwischen 15 und 20 % zu, wobei die Quote des einzelnen Kindes naturgemäß umso geringer ausfallen muss, je mehr Kinder vorhanden sind.⁵⁰⁸ Bei einem Kind, das studiert, kann die Quote auch mehr als 20 % ausmachen; gebilligt wurden etwa 22,5 %, und das selbst bei zwei Kindern⁵⁰⁹ bzw. 23,5 %.⁵¹⁰ Je geringer das Erwerbseinkommen, eine umso höhere Quote ist geboten. Bei sehr hohem Einkommen ist zu beachten, dass der Kindesunterhalt einer Sättigungsgrenze unterworfen ist. Das führt dazu, dass sich der Unterhaltersatzanspruch bei sehr hohem Einkommen nicht nach einer Quote des Einkommens bemisst,⁵¹¹ sondern an eine am erzieherisch sinnvollen Bedarf des Kindes orientierte Höchstgrenze stößt.⁵¹² Für diese ist zwar nicht der Betrag maßgeblich, den die Düsseldorfer Tabelle als Höchstbetrag ausweist; es liegt aber dann außer Verhältnis, wenn dieser um das Vierfache überschritten ist.⁵¹³ Eine solche Sättigungsgrenze wird umso mehr zu beachten sein, je jünger ein Kind ist, weil derart hohe Unterhaltsbeträge pädagogisch kontraproduktiv sind. Selbst bei einem studierenden Kind hat das OLG Celle⁵¹⁴ ausgesprochen, dass die Obergrenze bei einem Durchschnittseinkommen eines ledigen Angestellten anzusetzen ist, weil ein höherer Betrag das Streben nach Wissen und Bildung beeinträchtigt und der Hang zum Müßiggang und zur Vernachlässigung der Ausbildung gefördert würde.⁵¹⁵ Dieser Gedanke trägt aber etwa dann nicht, wenn das Kind im Ausland studiert und die dortigen Lebenshaltungskosten unter Einschluss der Studiengebühren deutlich höher sind als in Deutschland. Lebt das Kind nicht im gemeinsamen Haushalt, sind die Werte nach der Regelbedarfsverordnung maßgeblich.⁵¹⁶
- 111** **3. Betreuungsunterhalt.** Während der Barunterhalt mit steigendem Alter des Kindes zunimmt, verhält es sich beim Betreuungsunterhalt gerade gegenläufig.⁵¹⁷ Bei diesem spielt weniger die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern eine Rolle, sondern die Angewiesenheit des Kindes.⁵¹⁸ Auch insoweit sind Altersstufen zu bilden,⁵¹⁹ zumindest solche von null bis sieben Jahren und von sieben bis achtzehn Jahren.⁵²⁰ Bei ent-

503 BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (Luckey).

504 Diesem folgend OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2071.

505 Großzügiger daher zu Recht der österreichische OGH ZVR 2011/120 und 121, jeweils mit Anm. Ch. Huber.

506 Ch. Huber, VersR 2013, 129, 134.

507 BGH NJW 1985, 1460; VersR 1986, 39; OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1478; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 3; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 83.

508 BGH VersR 1986, 39; NJW 1986, 715; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 3.

509 BGH NJW-RR 1988, 66.

510 BGH NJW 1988, 2365.

511 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 20.

512 BGH NJW-RR 1988, 66; dazu Nehls, FamRZ 1988, 696; OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 1440; Wussow/Zoll; Kap. 49 Rn 6 f; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 123; Macke, NZV 1989, 249, 252 f.

513 BGH NJW-RR 1988, 66.

514 OLG Celle VersR 1976, 594 (LS).

515 So auch MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 71: Kein Leben in Saus und Braus.

516 Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 75.

517 MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 39.

518 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 190.

519 BGH NJW 2012, 2887 = VersR 2012, 1048 (Höher).

520 BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

sprechenden Aktivitäten der Kinder und dadurch ausgelösten Fahrdiensten der Eltern kann die Herabsetzung des Zeitumfangs geboten sein.⁵²¹

Der ersatzfähige Unterhalt soll mit achtzehn Jahren enden,⁵²² was insofern fragwürdig ist, als in intakten Familien – insbesondere im „Hotel Mama“ – auch einem volljährigen Kind noch Betreuungsleistungen – jedenfalls in eingeschränktem Maß⁵²³ – erbracht werden, die bei einem studierenden Kind als nach § 844 Abs. 2 ersatzfähige Unterhaltsleistungen betrachtet werden sollten,⁵²⁴ wofür spricht, dass die Eltern bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des Kindes Kindergeld beziehen.⁵²⁵ Während die Rechtsprechung⁵²⁶ beim Betreuungsunterhalt dem hinterbliebenen Ehegatten eine höhere Quote als dem Kind zubilligt, ist das insbesondere bei Kleinkindern abzulehnen. *Röthel*⁵²⁷ verweist zu Recht darauf, dass dem Kind insoweit zumindest ebenso hohe Anteile, eher aber noch höhere Anteile zuzubilligen sind.⁵²⁸ Nicht angemessen wäre es, auf die Möglichkeit einer Abänderung nach § 323 ZPO zu verweisen.⁵²⁹ Bei Kindern ab vierzehn Jahren ist eine Mithilfepflicht im Haushalt zu berücksichtigen.⁵³⁰ Umstritten ist, ob ein volljähriges Kind Anspruch auf Betreuungsunterhalt hat. Während der Wortlaut des § 1606 Abs. 3 S. 2 bloß von einem minderjährigen Kind spricht, wird dem sich in Ausbildung befindlichen Kind ein solcher Anspruch zumindest für eine Übergangsphase zugebilligt, auch wenn er umfänglich sehr viel geringer ausfällt.⁵³¹ Dem pflegebedürftigen Kind steht ein Betreuungsunterhalt gegen die Eltern zu, selbst wenn es verheiratet ist und sein Ehegatte zur Pflege nicht in der Lage ist.⁵³² Das vom Kind gem. § 37 SGB XI bezogene Pflegegeld ist dabei auf den diesbezüglichen Unterhaltsanspruch anzurechnen.⁵³³ Die Leistungsfähigkeit des unterhaltsverpflichteten Elternteils spielt auch beim Betreuungsunterhalt eine bedeutsame Rolle. Wäre diese – etwa wegen Alkoholproblemen der Mutter⁵³⁴ – auch bei deren Weiterleben nicht gegeben gewesen, scheidet ein Anspruch nach § 844 Abs. 2 aus. Anders verhält es sich freilich, wenn ein (sensibles) Kind nach Tötung der Mutter, die das Kind womöglich nicht besonders fürsorglich, aber immerhin einigermaßen ordentlich versorgt hat, wegen seiner auf den Tod der Mutter eintretenden Schwererziehbarkeit nicht bei einer Pflegefamilie betreut werden kann, sondern in einem Heim untergebracht werden muss. Dann sind auch die wesentlich höheren Kosten – in einer Größenordnung von derzeit ca. 4.000 EUR⁵³⁵ – vom Schädiger zu ersetzen.⁵³⁶ Das OLG Celle⁵³⁷ verweist zutreffend darauf, dass auch bei § 844 Abs. 2 der Schädiger den Anspruchsberechtigten so zu nehmen hat, wie er ist. Wenn die Großmutter die Betreuung eines Kleinkindes übernimmt, hat das OLG Naumburg⁵³⁸ von den verwendeten Tabellen einen Abschlag von 20 % für berechtigt angesehen, weil diese – anders als eine fremde Ersatzkraft – den Haushalt nicht völlig neu organisieren muss, sich bestimmte Tätigkeiten mit der eigenen Haushaltsführung überschneiden und die Großmutter – im konkreten Fall – keine Ausbildung und Fähigkeiten wie eine Ersatzkraft hat. Der Abschlag erfolgte mE zu Unrecht, weil die Tabelle die Arbeitskraft des getöteten Haushaltsführers mit dem Lohn einer Ersatzkraft bewertet, nicht aber die Neuorganisation bei Einspringen einer fremden Ersatzkraft berücksichtigt. Abgesehen davon, dass nicht der Lohn einer ausgebildeten Pädagogin zugrunde gelegt wird, macht die Großmutter des Kindes die nicht durch eine formale Ausbildung nachgewiesene Kompetenz durch menschliche Wärme und besonderes Engagement für das eigene Enkelkind mehr als wett.⁵³⁹

4. Aufteilung zwischen Barunterhalt und Betreuungsunterhalt nach Absprache der Eltern. Wie beim Ehegattenunterhalt ist auch beim Kindesunterhalt die Absprache der Eltern hinsichtlich der Aufteilung der Unterhaltsarbeit zu beachten, sofern nicht ein krasses Missverhältnis vorliegt.⁵⁴⁰ Insofern kann bei Tötung eines Elternteils sowohl ein Anspruch auf Bar- als auch auf Betreuungsunterhalt in Betracht kommen.⁵⁴¹ Der Umstand, dass der hinterbliebene Ehegatte nach Tötung des Unterhaltsschuldners nunmehr den

112

521 *Luckey*, Personenschaden Rn 1500.

522 OLG Oldenburg NZV 2010, 156. Bei Begrenzung des Betreuungsunterhalts mit dem 18. Lebensjahr ist dann freilich eine Barunterhaltspflicht des bis dahin betreuungspflichtigen Elternteils zu prüfen.

523 So auch *Luckey*, Personenschaden Rn 1397.

524 So auch OLG Hamm FamRZ 1987, 1028.

525 AA *Kreuter/Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 151: Ende mit dem vollendeten 18. Lebensjahr.

526 BGH NJW 1974, 1238.

527 *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 152.

528 So auch OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

529 BGH NJW-RR 1990, 962.

530 BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Naumburg NJOZ 2005, 1206.

531 BGH VersR 1973, 84; OLG Hamm NJW-RR 1987, 539; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 167; *Geigel/Münkel*, Kap. 8 Rn 57.

532 BGH NJW 2006, 2327 = r+s 2006, 519 (kritisch dazu *Bliesener*).

533 BGH NJW 2006, 2327.

534 So in OLG Köln NJWE-VHR 1996, 152.

535 VG Saarlouis BeckRS 2011, 49992; BayVGH FamRZ 2011, 331 = BeckRS 2011, 46870.

536 *Wenker*, VersR 2014, 680, 684.

537 OLG Celle NZV 2004, 307; NJW-RR 2004, 380: Regressanspruch gem. § 95 Abs. 1 SGB VIII. Die monatliche Höhe ist freilich jeweils nicht abgedruckt.

538 OLG Naumburg NJOZ 2005, 1206.

539 Krit. auch *Pardey*, DAR 2006, 671, 677.

540 BGH NJW 1988, 2365; VersR 1984, 79; OLG Oldenburg NZV 2010, 156; *Wussow/Zoll*, Kap. 49 Rn 14; *Staudinger/Röthel* (2015), § 844 Rn 162.

541 *Wussow/Zoll*, Kap. 49 Rn 11.

gesamten Kindesunterhalt leistet, ist nach § 843 Abs. 4 unbeachtlich, weil eine solche Unterhaltsleistung den Schädiger nicht entlasten soll.⁵⁴²

- 113 5. Verlust beider Eltern.** Verlieren die Kinder bei einem Unfall beide Eltern, ist ihnen sowohl der gesamte Bar- als auch Naturalunterhalt zu ersetzen. Mitunter springen Großeltern bzw andere Verwandte ein oder die Kinder werden in einem Heim untergebracht. Beim Barunterhalt sollen sich die Kinder einen Abschlag bei den fixen Kosten gefallen lassen müssen, wenn die Großeltern in die Wohnung der Eltern ziehen.⁵⁴³ Das ist aber mE nur insoweit geboten, als es dadurch bei den Großeltern zu einer Kostenersparnis kommt. Behalten diese ihren angestammten Wohnsitz, wird das nicht oder in nicht nennenswertem Umfang der Fall sein.
- 114** Abgelehnt hat es der BGH,⁵⁴⁴ den Betreuungsunterhalt nach den Pflegegeldsätzen der Jugendämter zu bemessen, weil es sich insoweit um bloße Anerkennungsbeiträge, nicht aber eine angemessene Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes handelt. Auch wenn zu bedenken ist, dass bei Einspringen von Großeltern oder sonstigen Verwandten eine günstigere Zeiteinteilung möglich ist als bei Einstellung einer Ersatzkraft, so sind doch deren Kosten und nicht die Sätze von Pflegefamilien der maßgebliche Anhaltspunkt für das Ausmaß des Ersatzes.⁵⁴⁵ Auch wenn das praktikabel sein mag,⁵⁴⁶ so ist der Ansatz des Regelbedarfs für den Betreuungsbedarf eine völlig frei gegriffene und willkürliche Größe, so dass diese mE für die Bemessung des Betreuungsbedarfs nicht geeignet ist.⁵⁴⁷ Bei Unterbringung der Kinder in einem Pflegeheim sind die konkret anfallenden Kosten zu ersetzen.⁵⁴⁸ Maßgeblich sind jeweils die Kosten der zumutbarerweise konkret gewählten Abhilfe.⁵⁴⁹ Bei innerfamiliärem Auffangen sind die Nettokosten einer Ersatzkraft zugrunde zu legen, zu denen Sozialversicherungsbeiträge kommen können, wenn der einspringende Familienangehörige eine berufliche Erwerbstätigkeit aufgegeben hat.⁵⁵⁰
- 115 6. Anrechnung von Vorteilen.** Wie beim hinterbliebenen Ehegatten stellt sich beim Unterhaltersatzanspruch von Kindern die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Einkünfte aus dem geerbten Vermögen bzw einer Lebensversicherung anzurechnen sind. Bei einem Kind ist zusätzlich zu beachten, dass – anders als beim Ehegatten – ein Unterhaltsanspruch schon dann nicht gegeben ist, wenn es nicht bedürftig ist (§ 1602 Abs. 1 und 2). Einigkeit besteht, dass Vorteile aus einer Erbschaft oder Versicherung, und zwar sowohl der Stamm als auch die Einkünfte daraus nicht anzurechnen sind, sofern diese bei Weiterleben des Getöteten nicht für den Unterhalt verwendet worden wären (Quellentheorie).⁵⁵¹ Dies ist damit zu begründen, dass das Kind diese Vermögenswerte auch ohne Tötung – zu einem späteren Zeitpunkt – erhalten hätte.
- 116** Sofern freilich das Kind über eigene Einkünfte verfügt, sei es aus eigener Erwerbstätigkeit oder einer unabhängig vom schädigenden Ereignis zugefallenen Erbschaft, ist insoweit kein Unterhaltsanspruch gegeben, so dass auch ein Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 nicht in Betracht kommt.⁵⁵² Umstritten ist die Frage, ob sich ein Kind Einkünfte aus der Erbschaft des Vaters auf den Anspruch auf Ersatz des Betreuungsunterhalts bei Tötung der Mutter anrechnen lassen muss. In einer älteren Entscheidung⁵⁵³ hat das der BGH mit der Begründung bejaht, dass zwar zu Lebzeiten der Mutter der Anspruch gegen diese auch dann bestehe, wenn das Kind über eigene Einkünfte verfüge, im Zeitpunkt des Todes der Mutter der Anspruch aber ohnehin nur auf Geldersatz gerichtet sei. Dagegen bestehen mE Bedenken.⁵⁵⁴ Werden schon beim Barunterhalt Erträge aus der Erbschaft des getöteten Unterhaltsschuldners nicht angerechnet, muss das umso mehr für den Betreuungsunterhalt gelten, weil dieser von der finanziellen Bedürftigkeit des Kindes unabhängig ist. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass dieser Geldbetrag ohne schädigendes Ereignis nicht

542 BGH VersR 1971, 1043; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 13.

543 BGH NJW 1986, 715; 50 % der Fixkosten – dazu *Eckelmann/Nehls*, DAR 1986, 284; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 17.

544 BGH NJW 1986, 715; 1985, 1460; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 83; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 18; MüKo/Wagner, § 844 Rn 74; vgl aber Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 149; Immerhin Orientierungshilfe.

545 BGH NJW-RR 1990, 962; OLG Stuttgart VersR 1993, 1536.

546 So OLG Stuttgart VersR 1993, 1536 unter Hinweis auf einen Vorschlag des 15. VGT.

547 In der Entscheidung OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1478 wurde dieser Betrag zwar als Mindestersatz zuerkannt, aber nur deshalb, weil der Geschädigte überhaupt keine anderen Angaben gemacht hatte.

548 LG Duisburg VersR 1985, 698; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1378; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 19.

549 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 37.
550 BGHZ 86, 372 = NJW 1983, 1425.

551 BGHZ 115, 228 = NJW 1992, 115 = JuS 1992, 443 (*Ruland*); BGHZ 73, 109 = NJW 1979, 760 = LM § 844 Abs. 2 BGB Nr. 55 (*Weber*); dazu *Rudloff*, VersR 1979, 1152; *Küppersbusch/Höher*, Rn 352, 355, 420.

552 Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 22; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1405.

553 BGHZ 62, 126 = NJW 1974, 745; diese referierend Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 844 Rn 30; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 23 f; *Küppersbusch/Höher*, Rn 389.

554 Krit. gegenüber der hM auch Staudinger/Röthel, § 844 Rn 165; *Eckelmann/Nehls/Schäfer*, DAR 1982, 377; im Einzelnen *Ackmann*, JZ 1991, 818 ff, 967 ff.

für den Unterhalt verwendet worden wäre (Quellentheorie), sondern das Kind ohne schädigendes Ereignis die Einkünfte aus dem Vermögen zu einem späteren Zeitpunkt ohnehin erhalten hätte.⁵⁵⁵

7. Adoption. Durch die Adoption wird der Unterhaltersatzanspruch des Kindes anders als der des hinterbliebenen Ehegatten bei dessen Wiederverheiratung nicht gemindert.⁵⁵⁶ Einerseits ist der Unterhaltanspruch des Kindes von dessen Bedürftigkeit abhängig, so dass es keinen Unterhaltanspruch gegen die Adoptiveltern hat, solange der Unterhaltersatzanspruch gegen den Schädiger besteht. Es droht somit – anders als bei einem Ehegatten – keine Gefahr der Doppelliquidation. Andererseits sprechen pragmatische Gründe dafür, den Schädiger nicht aus der Pflicht zu entlassen. Fest steht nämlich, dass die Leistungen von Pflegeeltern als freiwillige Leistungen Dritter anzusehen sind, die nach der Wertung des § 843 Abs. 4 nicht zur Entlastung des Schädigers führen sollen. Würde im Fall einer Adoption gegenteilig verfahren, so würde eine institutionelle Verfestigung der häufig zunächst im Wege der Pflegeelternschaft angebahnten Beziehung erschwert, was wenig wünschenswert wäre.⁵⁵⁷

117

8. Zeitliche Befristung. Während der Unterhaltanspruch des hinterbliebenen Ehegatten besteht, solange der nunmehr getötete Ehegatte gelebt hätte, ist beim Unterhaltersatzanspruch von Kindern eine weitere Beschränkung zu beachten, nämlich die Dauer ihres Unterhaltanspruchs. Die Judikatur beschränkt diesen grundsätzlich auf die Vollendung des 18. Lebensjahres,⁵⁵⁸ weil davon auszugehen ist, dass die Ausbildung des Kindes bis dahin dauert.⁵⁵⁹ Steht fest, dass das Kind ein Studium bereits ergriffen hat, erfolgt eine Befristung bis zum vollendeten 27. Lebensjahr, sofern nicht fest steht, dass das Studium bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist.⁵⁶⁰ Weitere Ansprüche sind durch ein Feststellungsbegehren zu sichern.⁵⁶¹ Mit *Wagner*⁵⁶² ist aber darauf hinzuweisen, dass die Inangriffnahme eines Studiums heutzutage nicht mehr ein Privileg bestimmter Bevölkerungskreise ist. Sofern daher bei einem Kind Anhaltspunkte gegeben sind, dass es voraussichtlich ein Studium beginnen wird und diese Lebensgestaltung die wahrscheinlichste künftige Entwicklung ist, hat ein Zuspruch von vornherein über die Vollendung des 18. Lebensjahres hinaus zu erfolgen.⁵⁶³ Sollte das Kind dann nicht studieren, steht es dem Ersatzpflichtigen noch immer offen, eine Abänderung der Rente gem. § 323 ZPO zu verlangen. Es muss aber schon aus Gründen der Vermeidung von Anpassungsprozessen die Entwicklung zugrunde gelegt werden, die am wahrscheinlichsten ist. Kann ein Kind auch nach Volljährigkeit keine (bezahlte) Stelle finden und besteht kein sozialrechtlicher Anspruch, werden verantwortungsvolle Eltern ihr Kind nicht verhungern lassen; solche Leistungen erbringen sie in Erfüllung ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht mit der Folge der – zeitlich bis zur Erlangung einer bezahlten Stelle – gegebenen Ersatzfähigkeit des getöteten Elternteiles nach § 844 Abs. 2.⁵⁶⁴ Der Betreuungsanspruch eines pflegebedürftigen Kindes besteht ein Leben lang und ist lediglich durch die mutmaßliche Dauer bzw. Leistungsfähigkeit des leistungspflichtigen Elternteils begrenzt.⁵⁶⁵ Bei Erhebung einer zeitlich unbefristeten Leistungsklage ist das Feststellungsbegehren als Minus anzusehen, so dass eine vollständige Abweisung des über die Vollendung des 18. Lebensjahres reichenden Begehrens unstatthaft ist.⁵⁶⁶

118

9. Regress von Sozialversicherungsträgern. Wie beim Ehegattenunterhalt⁵⁶⁷ sind die Sozialrenten der Halb- bzw. Vollwaisen sachlich kongruent sowohl in Bezug auf den Barunterhalt als auch den Betreuungs-

119

555 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 210 f.

556 BGHZ 54, 269 = NJW 1970, 2061 = JZ 1971, 657 (Rother); dazu Schultze-Bley, NJW 1971, 1137; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 169; Küppersbusch/Höher, Rn 438; Geigel/Münkel, Kap. 8 Rn 88.

557 Ebenso im Ergebnis Pauge, VersR 2007, 569, 575 unter Hinweis auf den geänderten Wortlaut des § 1755 Abs. 1 S. 2 BGB. Daraus lässt sich die Nichtanrechnung mE freilich nicht ableiten, bezieht sich dieser doch bloß auf Rentenansprüche, die bis zur Anrechnung entstanden sind.

558 BGH NJW 1986, 715; dazu Eckelmann/Nehts, DAR 1986, 284; BGHZ 87, 121 = NJW 1983, 2197 = LM Nr. 44 zu § 3 Nr. 1, 4, 6 PflVG 1965 (Steffen); OLG Frankfurt/M SP 2005, 338; FamRZ 1999, 1064; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221.

559 Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 29; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1424 f.

560 OLG Köln VersR 1990, 1285 (LS) = zfs 1991, 11; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 30.

561 OLG Hamm NJW-RR 1996, 1221; Palandt/Sprau, § 844 Rn 20.

562 MüKo/Wagner, § 844 Rn 45.

563 Restriktiver Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 195, wonach eine solche Prognose erst ab Vollendung des 15. Lebensjahres eines Kindes möglich sein soll.

564 AA Kreuter/Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung Kap. 17 Rn 177.

565 BGH NJW 2006, 2327.

566 BGH NJW 2007, 506 = VRR 2007, 183 (Luckey).

567 BGH NJW 1985, 715; NJW 1982, 1045; OLG Frankfurt NZV 1993, 474; OLG Saarbrücken BeckRS 2013, 06282.

unterhalt.⁵⁶⁸ Das führt dazu, dass der Anspruch nach § 116 SGB X auf den Sozialversicherungsträger übergeht, es insoweit an der Aktivlegitimation der hinterbliebenen Kinder fehlt und diese sich die Sozialrente auf ihren Schadensersatzanspruch gegen den Ersatzpflichtigen anrechnen lassen müssen.

V. Ansprüche der Eltern bei Tötung eines Kindes

- 120** Unter eng umrissenen Voraussetzungen kann es dazu kommen, dass auch ein Kind gegenüber seinen Eltern unterhaltspflichtig wird. Wird ein solches unterhaltspflichtiges Kind getötet, steht den Eltern ein Unterhaltersatzanspruch gegen den Schädiger zu. Im Regelfall ist eine solche Unterhaltspflicht freilich – noch – nicht akut, weshalb die hinterbliebenen Eltern eine Feststellungsklage erheben.⁵⁶⁹ Die Anforderungen an die Feststellungsklage sind nicht besonders streng. Grundsätzlich reicht die bloße Möglichkeit einer künftigen Unterhaltspflicht.⁵⁷⁰ Die Rechtsprechung ist mitunter strenger: Das OLG Oldenburg⁵⁷¹ hat es als unzulässig angesehen, das Durchschnittseinkommen eines künftigen Berufs der getöteten 17-jährigen Tochter feststellen zu lassen, was fragwürdig ist, weil später zwar noch die Zeugnisse, womöglich aber mehr hilfreiche Beweismittel wie zum Beispiel Aussagen der Lehrer nicht mehr zur Verfügung stehen. Das LG Rostock⁵⁷² hat ein Feststellungsbegehren der Eltern, die 38 und 34 Jahre alt waren, bei Tötung ihres 9-jährigen Kindes abgewiesen, weil allein die theoretische Möglichkeit für ein Stattgeben nicht ausreichend ist.⁵⁷³ Ebenso hat das OLG Thüringen⁵⁷⁴ bei Tötung des künftigen Hoferben des Inhabers des größten Hopfenbaubetriebs entschieden. Zutreffend ist, dass die bloß abstrakte Möglichkeit nicht ausreichend ist; zu bedenken ist aber, dass wegen des demografischen Wandels heute weniger als früher vorhersehbar ist, dass ein Kind jedenfalls nicht unterhaltspflichtig geworden wäre.
- 121** Aber selbst wenn einem Feststellungsbegehren stattgegeben worden ist, besteht ein Unterhaltersatzanspruch der Eltern gegen den Schädiger wegen des entgangenen Unterhalts gegen das getötete Kind kaum jemals. Jedenfalls sind die Voraussetzungen zurzeit nur dann gegeben, wenn die Eltern sozialversicherungsrechtlich nicht ausreichend abgesichert sind⁵⁷⁵ und dazu noch ein besonderer Pflegebedarf kommt.⁵⁷⁶ Bei weitergehenden Einschränkungen des Spektrums sozialversicherungsrechtlicher Leistungen werden derartige Ansprüche in Zukunft freilich bedeutsamer sein können. Es muss sich um einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch handeln, so dass es nicht darauf ankommt, was der Getötete tatsächlich gezahlt hat, sondern ob eine gesetzliche Unterhaltspflicht bestand. Ob sich ein Kind vertraglich zu Unterhalt verpflichtet hat, etwa aufgrund eines Leibgedinges, darauf kommt es nicht an.⁵⁷⁷ Anzurechnen sind bei Tötung jüngerer Kinder der ersparte Unterhalt; und bei allen die angefallene Erbschaft. Eine gesetzliche Unterhaltspflicht besteht dann nicht, wenn die Eltern nicht bedürftig sind.⁵⁷⁸ Ihnen wird nicht nur die Heranziehung der Erträge des Vermögens zugemutet, sondern auch die Verwertung der Vermögenssubstanz, soweit ihnen das im Hinblick auf die mutmaßliche Lebensdauer zumutbar ist.⁵⁷⁹ Eine Heranziehung des getöteten Kindes setzt schließlich voraus, dass dessen eigener angemessener Unterhalt und der seiner Familie nicht gefährdet werden.⁵⁸⁰ Schließlich ist noch zu prüfen, ob nicht auch andere Unterhaltsschuldner vorhanden sind, also in erster Linie bei einem Elternteil dessen – auch geschiedener – Ehepartner oder weitere Kinder.⁵⁸¹ Insoweit besteht gem. § 1606 Abs. 3 S. 1 Teilgläubiger- und nicht Gesamtschuldnerschaft.⁵⁸²

568 BGH NJW 1987, 2295; MüKo⁶/Wagner, § 844 Rn 72; Wussow/Zoll, Kap. 49 Rn 21; aA OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 1478, wo ausgesprochen wird, dass die Waisenrente den Naturalunterhaltsanspruch nicht mindert, weil diese als Ersatz für den Barunterhalt gezahlt wird; diese Entscheidung war aber insofern besonders gelagert, als bei Tötung beider Eltern der Geschädigte sein Begehren so unzureichend substantiiert hat, dass das Gericht lediglich Naturalunterhalt zugesprochen hat; ein Barunterhaltsanspruch hat somit in Wahrheit sehr wohl bestanden; diesbezüglich wurde wohl angenommen, dass ein Anspruchübergang auf den Sozialversicherungsträger erfolgt sei.

569 OLG Celle NJW-RR 1988, 990; Wussow/Zoll, Kap. 50 Rn 5.

570 OLG Koblenz NJW 2003, 521; Palandt/Sprau, § 844 Rn 20; Luckey, Personenschaden Rn 1398; strenger OLG Thüringen zfs 2010, 79.16151.

571 OLG Oldenburg NZV 2001, 456 (zustimmend Küppersbusch, weil das künftige Einkommen als rechts- erhebliche Grundlage für die Berechnung des

Anspruchs kein Rechtsverhältnis iS des § 256 ZPO sei).

572 LG Rostock SP 2001, 302; vgl auch OLG Karlsruhe NZV 1992, 443.

573 So auch Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 93, 96.

574 OLG Thüringen zfs 2010, 79 mit zu Recht krit. Anm. v. Diehl, zfs 2010, 84.

575 van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1342.

576 So der Sachverhalt in OLG Stuttgart zfs 1991, 83.

577 BGH NJW 2001, 971; Wussow/Zoll, Kap. 50 Rn 1; das wurde womöglich nicht ausreichend berücksichtigt in der Entscheidung OLG Stuttgart zfs 1991, 83.

578 Wussow/Zoll, Kap. 50 Rn 2.

579 BGH VersR 1985, 1140; VersR 1976, 987; OLG Köln FamRZ 1992, 55; Küppersbusch/Höher, Rn 417; Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 175; A. Diederichsen, NJW 2013, 641, 646.

580 BGH NJW 1992, 1393; OLG Köln NJW-RR 2000, 810; Wussow/Zoll, Kap. 50 Rn 3.

581 BGH NJW-RR 1988, 1238; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 1342.

582 Staudinger/Röthel (2015), § 844 Rn 174.

VI. Reformbestrebungen

Angesichts der gesellschaftlichen Entwicklung, wonach die Anzahl der Eheschließungen zurückgeht, die der Scheidungen, der nicht-ehelichen Gemeinschaften und auch der Patchwork-Familien steigt, stellt sich die Frage, ob ein striktes Abstellen auf die gesetzliche Unterhaltspflicht noch angebracht ist.⁵⁸³ Eine Initiative des Freistaat Bayerns⁵⁸⁴ schlägt – de lege ferenda – eine Erweiterung auf vertraglich begründete Unterhaltspflichten durch Novellierung des § 844 vor.⁵⁸⁵ Ein Mehr an Einzelfallgerechtigkeit wird dabei durch ein Weniger an Rechtssicherheit erkaufte. Den einen geht das zu weit,⁵⁸⁶ die anderen sehen darin einen halbherzigen Schritt,⁵⁸⁷ weil damit die faktischen Unterhaltsleistungen entweder nicht erfasst werden⁵⁸⁸ oder gerade streitig bleibt, ob aus einer längeren faktischen Leistung auf eine konkludente vertragliche Bindung zu schließen ist. *Schekahn*⁵⁸⁹ plädiert darüber hinaus unter Berufung auf ein Grundrecht des Schädigers – welches? – dafür, den Ersatz an weitere restriktive Bedingungen zu knüpfen, nämlich die Bedürftigkeit des Anspruchstellers, die Erbringung von Unterhaltsleistungen während eines gewissen Zeitraums vor dem Tod und zudem von einer gewissen Größenordnung („nicht ganz unwesentlich“).

122

ME sollte bei einer solchen Reform überlegt werden, den Standort in den Kontext der §§ 249 ff zu verlagern, wie das beim Schmerzensgeld erfolgt ist. Es gibt keinen überzeugenden Grund, Ersatz bloß bei einem Tatbestand des Deliktsrechts oder der Gefährdungshaftung zuzuerkennen, nicht aber bei vertraglicher Haftung. Zudem sollte zwischen familienrechtlichem Innenverhältnis und schadenersatzrechtlichem Außenverhältnis unterschieden werden.⁵⁹⁰ Das Außenverhältnis muss nicht notwendigerweise dem Innenverhältnis folgen.⁵⁹¹ Der stets beschworenen Gefahr von Manipulationen zulasten des Ersatzpflichtigen kann durch – strenge – Beweisanforderungen zulasten der Anspruchsteller begegnet werden.⁵⁹² Es ergeben sich ME keine weitergehenden Beweis- bzw. Prognoseprobleme als bei einem Erwerbsschaden. Verwiesen sei darauf, dass etwa in der Schweiz – schon de lege lata – die Forderung erhoben worden ist, dass auch faktisch Unterhaltsberechtigte den gesamten Schaden ersetzt verlangen können sollten, den sie als Erben erleiden, somit den unter Einschluss des Entwertungsschadens sowie des entgangenen künftigen Vermögenszuwachses der Erbschaft.⁵⁹³ Ein solcher Lösungsansatz würde bewirken, dass in weniger Fällen die Vernichtung des Lebens zum Nulltarif möglich ist.

123

Diskutiert wird auch im Rahmen der Initiative des Freistaat Bayerns die Einführung eines Angehörigen-schmerzensgeldes. Obwohl ein solches im Kontext des § 844 eingeführt werden soll, wird darauf im Rahmen des § 253, nämlich unter Rn 71 ff eingegangen.

124

§ 845 Ersatzansprüche wegen entgangener Dienste

1Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. **2**Die Vorschrift des § 843 Abs. 2 bis 4 findet entsprechende Anwendung.

Literatur: *Burmann/Jahnke*, (Kein) Ersatz von mittelbaren Schäden im Haftpflichtfall, NZV 2012, 11; *van Bühren/Lemcke/Jahnke* (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2. Auflage 2012; *Delank*, Haushaltsführungsschaden bei Verletzungen von Kindern, NZV 2002, 392; *A. Diederichsen*, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern, Homburger Tage 2012, 7; *Enderlein*, Die Dienstpflicht des Hauskinder als Folge seiner Unterhaltsgemeinschaft mit den Eltern, AcP 200 (2000), 565; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 27. Auflage 2015; *Greger/Zwickel*, Haftungsrechts des Straßenverkehrs, 5. Auflage 2014; *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung, 3. Auflage 2015; *Ch. Huber*, Familienrechtsreform und Schadensrecht – § 845 BGB; eine normative Ruine, in: Schlosser (Hrsg.), Ringvorlesung der Universität Augsburg anlässlich 100 Jahre BGB, 25 Jahre Universität Augsburg, 1997, S. 35; *Jahnke*, Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch, r+s 2003, 89; *ders./Burmann*, Handbuch des Personenschadensrechts (2016); *Kilian*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Haushaltsführung, AcP 169 (1969), 443; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 11. Auflage 2013; *Röthel*, Ehe und Lebensgemeinschaft im Personenschadensrecht, NZV 2001, 329; *Weimar*, Ist die Regelung des § 845 BGB überholt?, JR 1981, 316; *Wenker*, Verkehrsunfälle mit Todesfolge, VersR

583 Für eine Korrektur durch den Gesetzgeber A: *Diederichsen*, NJW 2013, 641, 647 f.

584 www.justiz.bayern.de/ministerium/gesetzgebung/gesetzentwurf/Diskussionsentwurf.

585 Dazu *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471 ff.

586 *Reidel*, VGT 2012, 1, 5.

587 *Staudinger*, VGT 2012, 11, 17.

588 *Schekahn*, FamRZ 2012, 1187, 1191.

589 FamRZ 2012, 1187, 1192.

590 *Staudinger*, VGT 2012, 11, 15.

591 So aber *Reidel*, VGT 2012, 1, 3.

592 *Staudinger*, VGT 2012, 11, 17.

593 *Hürzeler*, System und Dogmatik der Hinterlassenenversicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht 187, 195.