

4. Schwieriger wird es bei einer Vertragsauflösung als Folge einer **Verletzung einer Aufklärungspflicht** (Informationspflicht des Versicherers nach Art. 3 f. VVG und Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG). Beide Tatbestände unterscheiden sich von den Willensmängeln nach OR dadurch, dass die Vertragsauflösung ex nunc und nicht ex tunc erfolgt. Die Möglichkeit, einen Vertrag wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht zu kündigen, lässt sich ohne Weiteres vergleichen mit der Berufung auf einen Willensmangel. Dies würde für die Anwendung des Bereicherungsrechts sprechen. Auf der anderen Seite kann eine Anzeigepflichtverletzung auch bei einem seit Jahren erfüllten Vertrag geltend gemacht werden, was eher auf das Vertragsrecht weist. Da vorvertragliche Pflichten nach der Absorptionstheorie nach Abschluss des Vertrages zu Vertragspflichten werden (vgl. BGer 4C.98/2007 vom 29.4.2008 E. 3.2.2), gilt die auf eine Verletzung dieser Pflichten abgestützte Auflösung des Vertrages als Vertragsverletzung (Erfüllungsmangel). Entsprechend handelt es bei allfälligen Rückforderungsansprüchen um vertragliche Ansprüche.
5. Erfolgt die Auflösung eines Vertrages durch **Kündigung** (ohne dass eine Vertragsverletzung vorliegt) oder **von Gesetzes wegen**, so liegt grundsätzlich *kein* Erfüllungsmangel vor. Beispiele: Teilschaden (Art. 42 VVG), Totalschaden (Art. 24 VVG), Handänderung (Art. 54 VVG), Konkurs des Versicherungsnehmers (Art. 55), Portfeuilleübertragung (Art. 62 VAG), einseitige Prämienanpassung (BGE 135 III 1). Grundsätzlich gleich liegen die Verhältnisse bei einer ordentlichen Kündigung (auf Ablauf oder z.B. nach Art. 89 VVG). Nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen ist in diesen Fällen danach zu unterscheiden, ob dem Rückforderungsanspruch eine vertragliche oder eine ausservertragliche Leistung zugrunde liegt. Beispiele:
- Bezahlung nicht geschuldeter Leistungen (BGE 133 III 356), z.B. Prämienzahlung trotz Anspruch auf Prämienbefreiung (Bezahlung einer Nichtschuld), Zahlung zu hoher Taggelder (BGer 4A_197/2018). Der Rückforderungsanspruch ist bereicherungsrechtlicher Natur (BGer 4A_53/2010 vom 29.4.2010).
 - Ein Rückforderungsanspruch, dem eine vertraglich geschuldete Leistung zugrunde liegt, ist demgegenüber vertraglicher Natur (z.B. nicht verbrauchte Prämie nach Art. 24 Abs. 1 VVG).
6. Schliesslich ist noch auf die Fälle des **Einbezuges Dritter** hinzuweisen. Ansprüche von oder gegen vertragsfremde Dritte können nicht dem Vertrag unterstehen, dessen Partei die Dritten gerade nicht

sind. Beispiele: Erfolgte eine vertraglich geschuldete Leistung an einen Dritten, so untersteht eine Rückforderung dem Bereicherungsrecht (BGer 4A_197/2018 vom 13.12.2018). Bezahlt ein Versicherer gestützt auf die Vermutung nach Art. 16 Abs. 2 VVG an den Versicherungsnehmer, so untersteht der Anspruch des materiell Berechtigten gegen den Versicherungsnehmer ebenfalls dem Bereicherungsrecht (KGer Zug 15.3.1978, SVA XIV Nr. 27).

Entscheidungen des deutschen BGH zum Schadenersatzrecht

Christian Huber*

Im Anschluss an HAVE 2017, 402 ff. folgt wiederum ein Bericht über bedeutsame Entscheidungen des BGH im Haftpflichtrecht. Einbezogen wird wegen der besonderen Bedeutsamkeit ausnahmsweise auch eine Entscheidung des OLG Stuttgart. Es wird – soweit dort veröffentlicht – die Fundstelle von VersR angegeben, weil diese über *judocu* abrufbar ist. Darüber hinaus wird jeweils auch die Geschäftszahl angegeben, die für den Leser in der Schweiz deshalb bedeutsam ist, weil der Volltext der Entscheidung auf der Homepage des BGH¹ von jedem kostenlos abgerufen werden kann.

I. Pflicht des Anwalts zu Warnungen ausserhalb des Mandats – BGH 21.6.2018, IX ZR 80/17, VersR 2018, 1261 = NJW 2018, 1261 (MARKWORTH)

Sachverhalt

Die Klägerin, eine langjährige Sparkassenangestellte, hat bei der Deutschen Rentenversicherung (DRV) eine Erwerbsunfähigkeitsrente beantragt, die abgelehnt worden war. Die Klägerin hat die beklagte Anwältin mit der Vertretung betraut, die einen Widerspruch gegen den ablehnenden Entscheid erhoben hat. Mit Bescheid vom 10.4.2014 bewilligte die DRV der Klägerin daraufhin eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung für den Zeitraum vom 1.10.2012 bis 30.9.2015. Diesen Bescheid leitete die Beklagte an die Klägerin ebenso weiter wie ein Schreiben vom 11.4.2014, in dem die DRV der Klägerin folgende Hinweise gab:

* Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule (RWTH) Aachen.

¹ <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh>>, besucht am 28.1.2019.

«Nach dem Tarifvertrag (§ 33 TVöD) ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber prüfen muss, ob ein leistungsgerechter Teilarbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden kann. Teilweise Erwerbsgeminderte können beim Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung auf einem geeigneten Teilarbeitsplatz schriftlich beantragen. Ihre arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigt Ihr Leistungsvermögen. Wir fordern Sie daher auf, innerhalb von 14 Tagen nach Zugang dieses Schreibens bei Ihrem Arbeitgeber prüfen zu lassen, ob eine Teilzeitbeschäftigung zwischen 3 und 6 Stunden pro Tag, gegebenenfalls auf einem anderen Arbeitsplatz, möglich ist. Sollte diese Möglichkeit nicht gegeben sein, könnte ein Anspruch auf Rente wegen voller Erwerbsminderung auf Zeit bestehen. Um den Anspruch prüfen zu können, bitten wir Sie, die Rückseite dieses Schreibens möglichst umgehend von Ihrem Arbeitgeber ausfüllen zu lassen und zurückzusenden.»

Die Beklagte übersandte das Schreiben der Klägerin mit der Bitte, es ihrer Arbeitgeberin vorzulegen. Die Sparkasse erklärte schlussendlich, dass kein Teilarbeitsplatz angeboten werde, weil von der Arbeitnehmerin, der Klägerin, entgegen § 33 Abs. 3 TVöD-S nicht innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Rentenbescheids ein Weiterbeschäftigungsantrag gestellt worden sei. Das Arbeitsverhältnis kam damit zum Ruhen. Der Antrag der Klägerin auf Zuerkennung einer Rente wegen vollständiger Erwerbsminderung wurde mit Bescheid vom 9.4.2015 endgültig abgewiesen. Schliesslich einigte sich die Klägerin mit dem Arbeitgeber über eine endgültige Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung von 70 000 €.

Die Klägerin wirft der beklagten Anwältin vor, sie nicht auf die Notwendigkeit eines schriftlichen Weiterbeschäftigungsantrags hingewiesen zu haben. Sie begehrte Ersatz im Ausmass von 28 100 € sowie Feststellung der Ersatzpflicht für alle künftigen Verdienstauffälle, die aus der unterbliebenen Weiterbeschäftigung entstanden sind. Das LG hat das Begehren abgewiesen, das OLG hat 1665 € zugesprochen.

BGH: Stattgebung der Revision der Beklagten und Zurückverweisung an das Berufungsgericht

Hauptpflichten hat die beklagte Anwältin nicht verletzt, denn ihre Pflichten beurteilen sich nach dem übernommenen Mandat. Die Klägerin hat die Beklagte lediglich mit der Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber der DRV betraut. Den teilweise stattgebenden Bescheid und das Begleitschreiben hat die Beklagte der Klägerin übersendet. Die Frist des § 33 Abs. 3 TVöD-S betrifft nicht den Rentenanspruch, sondern regelt die Rechte des teilweise erwerbsgeminderten Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Danach endet das

Arbeitsverhältnis im Monat des Zugehens des Rentenbescheids, sofern nicht ein schriftlicher Antrag auf Teilzeitbeschäftigung gestellt wird. Das ist unterblieben. Allerdings war das Arbeitsverhältnis nicht Gegenstand des Mandats. Die Klägerin hatte die Beklagte nicht mit der Wahrung ihrer Rechte gegenüber dem Arbeitgeber beauftragt.

Aufgrund der bisherigen Feststellungen lässt sich eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht aus dem Anwaltsvertrag nicht bejahen. Bei einem gegenständlich beschränkten Mandat mag es solche Warn- und Hinweispflichten geben. Diese knüpfen an das Informations- und Wissensgefälle zwischen Anwalt und Mandant an. Das BerG hat aber nicht festgestellt, dass die Beklagte die Frist kannte. Für einen Verstoss gegen Warn- und Hinweispflichten ist die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig. Wenn die Beklagte die Frist nicht gekannt hat, hätte eine Warnpflicht nur bestanden, wenn die Gefahr für einen durchschnittlichen Berater auf den ersten Blick ersichtlich gewesen wäre oder sich bei ordnungsgemässer Bearbeitung des Mandats aufdrängen hätte müssen. Die Gefahr musste sich für die Beklagte trotz eindeutiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aber nicht aufdrängen, denn die Beklagte musste diese Entscheidungen nicht kennen.

Ein Rechtsanwalt muss die Rechtskenntnisse haben, die für die ordnungsgemässe Bearbeitung des Mandats erforderlich sind. Diese Kenntnisse können jedoch nicht allgemein, jederzeit und unter allen Umständen verlangt werden; dem könnte niemand gerecht werden. Unter Umständen muss sich ein Anwalt freilich in eine Spezialmaterie einarbeiten – oder den Auftrag ablehnen. Die vom Anwalt zu verlangenden Kenntnisse sind aber mit dem Gegenstand des Mandats begrenzt. Kenntnisse, die für die Beratung nicht erforderlich sind, aber für den Mandanten gleichwohl nützlich sein könnten, braucht der Anwalt nicht zu haben. Er ist auch nicht verpflichtet, sie aus Anlass des Mandats zu erwerben. Das gilt auch hier.

Das tarifvertragliche Erfordernis eines schriftlichen Weiterbeschäftigungsantrags innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Rentenbescheids gehört nicht zum Allgemeinwissen jedes Anwalts. Ein Fachanwalt für Sozialrecht muss über arbeitsrechtliche Kenntnisse nur insoweit verfügen, als diese für die beantragte Rente von Bedeutung sind. Eine Belehrung ergab sich unter Hinweis auf die einschlägige Norm aus dem Schreiben der DRV. Die Anwältin war jedoch nicht gehalten, diese Vorschrift nachzulesen und zu prüfen, ob sie für die Klägerin anwendbar war und Anlass zu Warnungen und Hinweisen gab. Einfluss auf den Rentenanspruch hatte die Entscheidung des Arbeitgebers über die Teilzeitbeschäftigung nur insofern, als eine Ablehnung zu einem höheren Rentenanspruch führen

konnte. Insoweit hat die Beklagte die Klägerin gebeten, das Schreiben dem Arbeitgeber vorzulegen, was die Klägerin auch getan hat.

Eine Rückverweisung erfolgt, weil die Klägerin Gelegenheit haben muss, ergänzend zu den tatsächlichen Voraussetzungen eine auf den schriftlichen Weiterbeschäftigungsantrag nach § 33 Abs. 3 TVöD-S bezogene Warn- und Hinweispflicht vorzutragen.

Kommentar

Die Rechtsprechung des IX. Senats zur Anwaltschaftspflicht ist im Allgemeinen streng und mandantenfreundlich.² Diese Entscheidung ist freilich das genaue Gegenteil; sie dürfte ein Ausreisser sein. Meines Erachtens gibt es zahlreiche Aspekte, die für eine Bejahung einer Hinweispflicht gesprochen hätten:

Der BGH akzentuiert in concreto die begrenzte Reichweite des Mandats. MARKWORTH³ verweist in seiner durchgehend berechtigten Kritik unter anderem darauf, dass die Klägerin nicht einen Rentenberater, sondern einen Anwalt aufgesucht habe, dessen Daseinsberechtigung gerade darin begründet ist, im Interesse des Mandanten auch über den Tellerrand zu blicken. In steuerrechtlichen Fragen wird gelegentlich betont, dass es dafür die «Zunft» der Steuerberater gebe, vom Anwalt insoweit keine fachliche Beratung erwartet werden dürfe. Arbeits- und Sozialrecht liegen hingegen eng beisammen; womöglich war die Abgrenzung zwischen den Fachanwaltschaften ein Aufhänger für die restriktive Position des BGH.

Im konkreten Fall musste die Fachanwältin für Sozialrecht um die Wechselwirkungen zwischen Erwerbsunfähigkeitsrente und Arbeitsverhältnis Bescheid wissen, hatte doch eine Versagung einer Teilzeitbeschäftigung durch den Arbeitgeber auch Auswirkungen im Sozialrecht; und zwar dergestalt, dass dann eine uneingeschränkte Erwerbsunfähigkeitsrente verlangt werden konnte. Es mutet daher zufällig an, dass der Erwerbschaden nicht ersatzfähig ist, weil er das Arbeitsverhältnis betrifft, ein allfälliger, hier aber nicht erhobener Differenzschaden auf die volle Erwerbsunfähigkeitsrente, die mangels Antragstellung beim Arbeitgeber auf eine Teilzeitbeschäftigung nicht zuerkannt wurde, aber zu bejahen wäre, weil es um einen sozialrechtlichen Anspruch ging.

Wenn man schon keine Kenntnisse in der unmittelbar angrenzenden Nachbardisziplin verlangt, so hätte man immerhin verlangen können, dass auf mögliche nachteilige Rechtsfolgen hingewiesen wird. Und im deutschen Arbeitsrecht ist es durchaus nicht ungewöhnlich,

dass – auch – der Arbeitnehmer rasch reagieren muss; verwiesen sei bloss auf das Erfordernis der Einbringung einer Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung des Arbeitgebers gemäss § 4 S. 1 KSchG. Zudem wären hier nicht einmal einschlägige Kenntnisse der Anwältin erforderlich gewesen, sie hätte das an die Klägerin und zunächst ihr zugeleitete Schreiben bloss gründlich lesen müssen. Dass jeder Anwalt, auch ein Fachanwalt für Sozialrecht, daraus raschen Handlungsbedarf ableitet, liegt auf der Hand.

Dass es für einen anwaltlichen Kunstfehler erforderlich ist, dessen Unkenntnis nachzuweisen und nicht das Kennen-Müssen, ist schliesslich ungewöhnlich. Auch der Umstand, dass die Rentenversicherung auf die Folgen einer unterbliebenen Antragstellung sowie auf die Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis schriftlich hingewiesen hatte, vermag das meines Erachtens gegebene Versäumnis der Anwältin nicht zu rechtfertigen. Gerade wenn dem Mandanten nachteilige Rechtsfolgen nicht bewusst sind, begibt er sich in die – hier freilich fehlende – Fürsorge eines Anwalts. Dass der Klägerin fortan ein Schaden entsteht, ist hoch wahrscheinlich. Der Umstand, dass die Klägerin eine «langjährige» Angestellte war, ist ein Indiz dafür, dass sie sich im fortgeschrittenen Alter befand. Beim bisherigen Arbeitgeber hätte es bei entsprechender Antragstellung womöglich die realistische Chance einer ihrem Leistungsvermögen angepassten Teilzeitstelle gegeben; auf dem «freien» Markt ist das für einen älteren, zudem teilweise erwerbsgeminderten Menschen jedoch schwierig bis unmöglich, abgesehen davon, dass er sich in eine fremde Materie einarbeiten müsste.

II. Unterrichtung des Patienten über im Rahmen der ärztlichen Behandlung erhobene Befunde – BGH 26.6.2018, VI ZR 285/17, VersR 2018, 1192

Sachverhalt

Der Kläger konsultierte am 31.7.2008 seine Hausärztin wegen Schmerzen am linken Bein. Die Beklagte überwies ihn an die Fachärztin. Am 7.10.2008 suchte der Kläger das Krankenhaus auf. Der dort erhobene Befund wurde der Fachärztin übermittelt, die Beklagte erhielt ihn nicht. Am 22.10.2008 wurde der Kläger im Klinikum untersucht. Der Arztbrief wurde an das Krankenhaus und die Fachärztin übersendet. Die Beklagte wurde davon abermals nicht verständigt. Die Fachärztin überwies den Kläger zur stationären Aufnahme ins Klinikum, wo am 30.10.2008 das festgestellte Geschwulst mikrochirurgisch resektiert wurde. Die Beklagte erhielt vom Klinikum den ersten Arztbrief am 4.11.2008, der laut Vermerk auch an die Fachärztin und das Krankenhaus erging. Es hiess dort, dass das Ergebnis der histologischen Untersuchung noch

² Dazu CHRISTIAN HUBER, Haftung des Anwalts in Deutschland, in: Weber/Fellmann, Haftpflichtprozess 2017, 79 ff.

³ NJW 2018, 2478 f.

nicht vorliege. In einem zweiten Arztbrief am 9.1.2009, auf dem keine weiteren Empfänger angegeben waren, informierte das Klinikum die Beklagte über den histologischen Befund. Dieser lautete: «Entgegen der vermuteten Diagnose handelt es sich um einen malignen Nervenscheidentumor; wir bitten, den Patienten in einem onkologischen Spezialzentrum vorzustellen.»

Eine Weiterleitung dieses Schreibens an den Kläger durch die Beklagte erfolgte nicht. Der Kläger war zuletzt im August 2008 in der Praxis der Beklagten. Als der Kläger bei der Beklagten am 17.5.2010 wegen einer Handverletzung vorstellig wurde, stellte sich heraus, dass der Kläger nicht informiert worden war. Im Zuge der Weiterbehandlung stellte sich heraus, dass sich in der linken Kniekehle ein Rezidiv des Nervenscheidentumors gebildet hatte. Der Kläger verlangte von der Beklagten Schadenersatz, weil die Beklagte die Information aus dem letzten Arztbrief behandlungsfehlerhaft unterlassen habe. Das LG hat der Klage teilweise stattgegeben, das OLG hat die Klage abgewiesen.

BGH: Stattgebung der Revision des Klägers im Sinn der Aufhebung und Zurückverweisung

Die Beklagte hätte den Kläger von dem allein an sie gerichteten Arztbrief informieren müssen. Der Patient hat Anspruch auf Unterrichtung, insbesondere dann, wenn erst die zutreffende Information ihn in die Lage versetzt, eine medizinisch gebotene Behandlung durchführen zu lassen. Es ist ein schwerer ärztlicher Behandlungsfehler, wenn der Patient über einen bedrohlichen Befund nicht informiert und ihm die erforderliche ärztliche Beratung versagt wird.

Der behandelnde Arzt muss den Patienten einbestellen, wobei es nicht darauf ankommt, ob auch andere Ärzte vielleicht etwas versäumt haben. Durch die Überweisung in ein Krankenhaus geht die Verantwortung für die Behandlung auf die Ärzte des Krankenhauses über; das gilt aber nicht uneingeschränkt. Durch Überweisung des Patienten durch die Hausärztin an die Fachärztin und das Krankenhaus geht die Verantwortung grundsätzlich auf diese über; aber die Beklagte ist weiterhin verpflichtet, dem Kläger, d.h. dem Patienten, die ihr zur Kenntnis gelangende Diagnose mitzuteilen. Das ergibt sich schon daraus, dass der zweite Arztbrief allein an die Beklagte erging und die Aufforderung enthielt, für die Vorstellung des Patienten Sorge zu tragen. Daraus war erkennbar, dass die Ärzte des Klinikums sie als die weiterbehandelnde Ärztin ansahen. Das mag aus der Sicht der Beklagten fehlerhaft gewesen sein; sie konnte aber nicht sehenden Auges eine Gefährdung des Patienten hinnehmen. Das gilt umso mehr, als sie die langjährige Hausärztin war.

Es kommt nicht darauf an, dass der letzte Behandlungstermin bei der Beklagten im August 2008 statt-

fand. Selbst wenn der Behandlungsvertrag geendet haben sollte, würden den Hausarzt nach Beendigung des Behandlungsvertrags nachwirkende Schutz- und Fürsorgepflichten treffen. Der Arzt, der als einziger eine bestimmte Information erhält, muss den Informationsfluss aufrechterhalten, wenn sich aus der Information selbst nicht eindeutig ergibt, dass der Patient oder der weiterbehandelnde Arzt sie ebenfalls erhalten hat.

Es ist ein grober Behandlungsfehler zu bejahen. Das ist gegeben bei einem Fehler, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf. Insoweit geht es um eine Rechtsfrage. Dass ein solcher Fehler vorkommen kann, sagt nichts darüber aus, ob er objektiv nicht mehr verständlich ist. Aus dem zweiten Arztbrief ergibt sich, dass dieser allein an die Beklagte gerichtet war. Bereits im ersten Arztbrief war erwähnt, dass das Klinikum sie als einweisende Ärztin ansah. Ob die Beklagte die Verteilerliste des ersten Arztbriefs im Auge hatte, darauf kommt es nicht an. Eine besondere Fürsorgepflicht trifft die Hausärztin jedenfalls bei langjähriger Behandlung. Gerade ein Hausarzt muss damit rechnen, dass Patienten im Rahmen einer Krankenbehandlung ihn als Ansprechpartner angeben. Es musste sich ihr aufdrängen, dass sie – infolge der Weiterbehandlung durch einen Facharzt möglicherweise zu Unrecht – als für die Weiterbehandlung verantwortliche Ärztin angesehen wurde. Der Umstand, dass der erste Arztbrief den Hinweis enthielt, der Patient werde über das Ergebnis der histologischen Untersuchung gesondert aufgeklärt, schliesst einen groben Fehler nicht aus.

Kommentar

Eingebettet in einen arzthaftungsrechtlichen Sachverhalt geht es um Zentralfragen des Zivilrechts: Wann endet die Einstandspflicht durch Delegation der Verantwortung an einen anderen? Wie weit reichen nachvertragliche Nebenpflichten? Bezeichnenderweise war das Judiz von OLG und BGH gegenläufig. Kommt es im deutschen Haftpflichtrecht für das Bestehen einer Ersatzpflicht auf den Grad des Verschuldens grundsätzlich nicht an, ist das im Arzthaftungsrecht anders. Erst bei einem groben Behandlungsfehler kommt es zu einer Umkehr der Beweislast für die Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden. Und da der Mensch ein komplexes Wesen ist, spielen Beweislastfragen im Rahmen der Kausalität häufig eine zentrale Rolle.

Anders als das OLG, das einen laxen Massstab anlegte und meinte, so etwas könne schon einmal vorkommen, ist der BGH – zu Recht – strenger: Immerhin geht es um das höchste Gut, die menschliche Gesundheit. Wenn für den empfangenden Arzt auch nur Zweifel bestehen, ob der Patient selbst oder der ihn eigentlich

behandelnde Facharzt von einer für die Gesundheit des Patienten bedeutsamen Information in Kenntnis gesetzt worden ist, muss er selbst handeln; bei einer Unterlassung hat er grobe Fahrlässigkeit zu verantworten. In Übereinstimmung mit allgemeinen schadenersatzrechtlichen Prinzipien führt ein womöglich noch stärkerer Zurechnungsgrund bei einem anderen Schädiger nicht zu einer Entlastung. Dass das Klinikum primär die Fachärztin hätte verständigen sollen, vermag die Hausärztin nicht zu entlasten.

Die Lehre aus dieser Entscheidung kann so zusammengefasst werden: Der Patient sollte darauf Wert legen, dass die ihn betreffenden Befunde – jedenfalls auch – an ihn ergehen sollen. Das Krankenhaus soll möglichst viele verständigen; hoffentlich führen nicht Vorgaben des Datenschutzes dazu, dass diesbezüglich unüberwindbare Hürden errichtet werden. Die künftige elektronische Akte könnte insoweit Abhilfe schaffen. Jedenfalls soll das behandelnde Krankenhaus offenlegen, wer informiert wird. Der Patient hatte hier die Hausärztin belangt – und den Prozess gewonnen. Ob diese oder deren Haftpflichtversicherung den Schaden allein zu tragen haben oder ihn – jedenfalls teilweise – auf das behandelnde Krankenhaus überwälzen können, steht auf einem anderen Blatt; gute Gründe sprechen meines Erachtens dafür. Jedenfalls muss in der ärztlichen Behandlungskette der Informationsfluss so organisiert sein, dass auch der betroffene Patient Kenntnis erlangt. Gebotene Hygiene und exzellente ärztliche Kenntnisse im Rahmen der Behandlung sind zu wenig, um eine Haftung zu vermeiden, wie dieser Sachverhalt anschaulich belegt.

III. Zurechnung psychischer Gesundheitsverletzung des Polizisten nach Amoklauf des Täters (Schädigers) – BGH 17.4.2018, VI ZR 237/17, VersR 2018, 829

Sachverhalt

Ein Amokläufer, ein ehemaliger Schüler einer berufsbildenden Schule, der an einer schweren Persönlichkeitsstörung (Klinefelter-Syndrom) litt, tötete am 18.2.2010 in seiner ehemaligen Schule einen Lehrer durch fünf Messerstiche. Er hatte Feuerwerkskörper und eine Schreckpistole bei sich. Er attackierte den Schulleiter. Durch Auslösen des Feueralarms wollte er Chaos stiften, um dann weitere Lehrer und Schüler zu töten. Die Polizei wurde zum Tatort gerufen, darunter der Polizeibeamte K. Dieser durchsuchte das Schulgebäude mit drei weiteren Kollegen. Schliesslich wurde der Amokläufer gestellt, der unter Vorhalt der Dienstwaffen zur Aufgabe aufgefordert wurde. Er warf schlussendlich seine Schreckschusspistole weg und liess sich festnehmen. Beim Polizeibeamten K trat infolge des Vorfalls eine Anpassungsstörung als Reak-

tion auf. Diese hatte eine medizinische Behandlungsbedürftigkeit zur Folge, die zu einer Dienstunfähigkeit vom 22.2.2010 bis 13.3.2010 führte. Der Dienstherr, das klagende Land, verlangte als Versorgungsträger aus übergegangenem Recht Schadenersatz aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung. Das LG hat dem Begehren teilweise stattgegeben, das OLG hat das Begehren abgewiesen.

BGH: Stattgebung der Revision und Zuspruch des vom LG zuerkannten Betrags

Es ist in concreto eine Anpassungsstörung gegeben, die eine medizinische Behandlungsbedürftigkeit nach sich zieht. Erhöhte Anforderungen an das Vorliegen einer Zurechnung wie bei Schockschäden infolge Todes oder einer schweren Verletzung eines Dritten, namentlich naher Angehöriger, sind vorliegend nicht zu erfüllen, weil der Verletzte unmittelbar dem Geschehen eines Amoklaufs ausgesetzt wurde und dieses psychisch nicht verkraften konnte.

Der Umstand, dass sich ein berufsspezifisches Risiko des Polizeibeamten verwirklicht hat, steht in Fällen wie dem vorliegenden der Zurechnung nicht entgegen. Im Rahmen der Zurechnung geht es um die Prüfung, ob ein allgemeines Lebensrisiko gegeben ist, das dem Risikobereich des Geschädigten zuzurechnen ist. Das ist bei einer psychischen Gesundheitsverletzung eines Polizeibeamten zu verneinen. Für Verkehrsunfälle hat der Senat entschieden, dass eine psychische Störung dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen ist, wenn ein Geschädigter nicht am eigentlichen Unfallgeschehen selbst beteiligt war und dessen Schädigung aus der blossen Anwesenheit herrührt (BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764 = VersR 2007, 1093). Anderes gilt, wenn dem Geschädigten die Rolle des unmittelbar Unfallbeteiligten aufgezwungen wird. Nichts anderes hat für eine aufgezwungene unmittelbare Beteiligung des Geschädigten an einem Geschehen zu gelten, das durch eine vorsätzlich begangene Straftat ausgelöst wurde.

Das war hier gegeben. Der Schädiger hat durch den Amoklauf eine Gefahrenlage geschaffen. Der Polizeibeamte wurde zum Tatort beordert, wodurch ihm aufgezwungen wurde, sich in eine Gefahrenlage zu begeben. Wie sich der Beklagte bis zur Festnahme dem Polizeibeamten gegenüber verhielt, ist belanglos; insbesondere kommt es nicht darauf an, ob dieser Opfer eines gezielten Angriffs des Beklagten war. Der Umstand, dass sich in der psychischen Gesundheitsverletzung das speziell mit einem beruflichen Einsatz von Polizeibeamten verbundene, also berufsspezifische Risiko verwirklicht, steht der Zurechnung im vorliegenden Fall nicht entgegen. Jedenfalls bei vorsätzlichen schweren Gewaltverbrechen wie dem streitgegenständ-

lichen Amoklauf besteht kein Grund für eine Verneinung der Zurechnung.

Kommentar

Für Schockschäden, die sich dadurch auszeichnen, dass eine Person infolge der Nachricht über eine schwere Verletzung oder Tötung eines Angehörigen, eine psychische Beeinträchtigung erleidet, verlangt die deutsche Rechtsprechung – meines Erachtens zu Unrecht – eine besonders hohe Schwelle der psychischen Gesundheitsbeeinträchtigung. Wenn demgegenüber der Geschädigte «unmittelbar Beteiligter» war, sei es eines Verkehrsunfalls oder einer Straftat, gilt diese hohe Schwelle nicht. Ist die deutsche Judikatur zudem bei Bemessung des Ersatzes eines immateriellen Schadens auch viel zurückhaltender als in der Schweiz und Österreich, gibt es im Einzelfall durchaus erhebliche Zusprüche.⁴

Der zentrale Punkt der Entscheidung ist die Zurechnung. Der BGH formuliert – wohl mit Bedacht – durchaus vorsichtig, dass eine Zurechnung bei einer vorsätzlichen Gewalttat zu bejahen ist. Der in der Literatur kritisch kommentierten Vorentscheidung BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764 (*Elsner*) = JZ 2007, 1156 (*Teichmann*) = zfs 2007, 626 (*Diehl*) = *VersR* 2007, 1093 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Polizeibeamte kamen zu einem brennenden Fahrzeug und wollten die Insassen retten, was nicht gelang; ein Polizist erlitt dabei eine psychische Beeinträchtigung, was zu einer zeitweisen Dienstunfähigkeit führte. Der BGH nahm insoweit ein allgemeines Lebensrisiko an. Dabei hat er meines Erachtens nicht ausreichend bedacht, dass es sich bei den Polizisten nicht um ungebetene Gaffer handelte, sondern die Polizisten bei Ausübung ihres Dienstes tätig wurden. Ob sie bei einem Streifeneinsatz zufällig zur Unfallstelle kamen und rettend eingreifen wollten oder dorthin beordert wurden, kann meines Erachtens für die Zurechnung keinen Unterschied machen (die Differenzierung billigend jedoch Schiemann, JZ 2019, 103, 104).

Immerhin hat der BGH im Fall des Amoklaufs, somit bei einer vorsätzlichen Gewalttat, die Zurechnung bejaht. Es bestehen indes gute Argumente, die Anforderungen zu lockern: Wenn eine medizinisch behandlungsbedürftige psychische Beeinträchtigung von einem Schädiger adäquat verursacht wurde, sollte es meines Erachtens nicht darauf ankommen, ob der Geschädigte unmittelbar am Geschehen beteiligt war oder eine vorsätzliche Straftat vorlag.

So erörterungswürdig die Zurechnungsfrage aus dogmatischer Sicht ist, so fraglich bleibt, ob das Land seinen Regressanspruch auch durchsetzen kann. Wegen Vorliegens einer vorsätzlichen Straftat ist kein Haftpflichtversicherungsschutz gegeben. Im Zweifel wird der Amokläufer nicht ausreichend vermögend sein, um all die Schadenersatzpflichten, die ihn wegen der Straftat treffen, erfüllen zu können. Auch die während der Strafhaft erzielbaren Einkünfte werden sich in engen Grenzen halten. Es verbleibt indes die Hoffnung, dass der Täter nach Verbüßung der Strafhaft ins Erwerbsleben zurückfindet oder innerhalb der 30-jährigen Verjährungsfrist des Urteils auch ein Amokläufer nennenswerte Vermögenswerte erbt.

IV. Haftung des Amtsträgers für Falsch Auskunft gegenüber dem Vertragspartner des von der Amtspflicht primär Geschützten – BGH 26.4.2108, III ZR 367/16, *VersR* 2018, 1257

Sachverhalt

Der klagende Generalunternehmer verpflichtete sich gegenüber dem Bauherrn in einem Pauschalpreisvertrag zur Errichtung eines Gebäudes mit einer Pellet-Heizungsanlage samt Schornstein. In der Baugenehmigung wurde folgende Auflage erteilt: «Der Bauaufsicht ist bis zur Ingebrauchnahme eine Bescheinigung des zuständigen Bezirksschornsteinfegermeisters über die sichere Feuerungsanlage vorzulegen.»

Es fand ein Ortstermin mit dem beklagten Bezirksschornsteinfeger statt. Der Beklagte vermass die Entfernung vom geplanten Schornstein auf dem Dach zum Nachbargrundstück und gab grünes Licht für die geplante Ausführung. Nach planungsgemässer Errichtung stellte sich indes heraus, dass der erforderliche Abstand zur Nachbarliegenschaft nicht eingehalten worden war und der Schornstein am Dach um 4 m versetzt werden musste. Der Kläger nahm die Umbauten vor und wendete 57 000 € auf. Der Bauherr verweigerte die Übernahme der Mehrkosten unter Hinweis auf den Pauschalpreisvertrag. Vielmehr trat der Bauherr allfällige Ansprüche gegenüber den Beklagten an den Kläger ab. Das LG hat dem Begehren stattgegeben, das BerG hat das Begehren abgewiesen.

BGH: Stattgebung der Revision sowie Aufhebung und Zurückverweisung

Zu bejahen ist ein auf eigenes Recht gestützter Schadenersatzanspruch des Klägers. Der mit öffentlichen Aufgaben beliehene Schornsteinfeger haftet in Abweichung von Art 34 S 1 GG persönlich. Er hat fahrlässig eine Falsch Auskunft erteilt. Der Beklagte war nicht privatrechtlich tätig, sondern öffentlich-rechtlich wie eine Behörde. Die Auskunft diente ersichtlich dazu, beim Bau die Anforderungen öffentlich-rechtlicher Natur

⁴ Pars pro toto aus letzter Zeit: OLG Frankfurt, zfs 2017, 677 (*Diehl*): Zuspruch von 100 000 € an die Ehefrau, die unmittelbar nach dem tödlichen Motorradunfall des Ehemanns diesen unter dem Fahrzeug wahrgenommen hat und dann infolge der psychischen Gesundheitsstörung aus der Bahn geworfen wurde.

einzuhalten, um die erforderliche Bescheinigung zur Inbetriebnahme zu erhalten. Die Auskunft muss richtig sein, sodass der Empfänger der Auskunft entsprechend disponieren kann. Das ist selbst dann so, wenn keine Pflicht zur Erteilung der Auskunft besteht.

Die verletzte Amtspflicht besteht auch gegenüber dem klagenden Generalunternehmer, ohne dass es darauf ankommt, ob er im Ortstermin im eigenen Namen oder dem des Bauherrn aufgetreten ist. Der Generalunternehmer ist geschützter Dritter, wenn die Amtspflicht den Sinn hat, gerade auch seine Interessen wahrzunehmen. Es muss eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten Dritten bestehen; nicht ausreichend wäre, dass sich die Verletzung der Amtspflicht für den Geschädigten irgendwie nachteilig auswirkt.

Die Auskunft ist vorliegend auch im Interesse des Klägers erteilt worden. Die Amtspflicht besteht primär im allgemeinen Interesse, dann aber in Bezug auf die Feuersicherheit zugunsten des Eigentümers sowie den Abgasen ausgesetzten Nachbarn vor unzumutbaren Belästigungen durch Immissionen. Nicht geschützt sind sonstige Dritte, die nur aufgrund besonderer rechtsgeschäftlicher Abmachungen mit dem unmittelbar Verletzten von Nachwirkungen der Amtshandlung betroffen sind; ebenso wenig die Vertragspartner desjenigen, der sich auf die Amtshandlung berufen hat.

Eine dem Vertragspartner des primär geschützten Eigentümers gegebene Auskunft wie hier dem Generalunternehmer ist aber dann im Interesse des Auskunftsempfängers erteilt, wenn sich – ähnlich der Situation der Drittschadensliquidation – das wirtschaftliche Interesse der Falschauskunft vollständig auf ihn verlagert, während beim primär Geschützten kein Schaden eintritt. Dem Bauherrn gegenüber war der Generalunternehmer zur Herstellung eines mangelfreien Werks verpflichtet; das beinhaltete auch den richtigen Abstand des Schornsteins zur Nachbarliegenschaft. Der Ortstermin fand daher vor allem im Interesse des Klägers statt. Eine nur zufällige Benachteiligung des Klägers ist dann aber gerade nicht gegeben.

Dem steht nicht die Judikatur entgegen, dass der Kreis der geschützten Dritten im Baugenehmigungsverfahren eng begrenzt werden muss. Dass die Haftung des Amtsträgers zu weit ausgedehnt wird, wenn die Interessen anderer als die des primär Ersatzberechtigten in den Schutzbereich der Amtspflicht einbezogen werden, besteht in der vorliegenden Fallgestaltung nicht. Der Schaden ist identisch mit dem, der bei anderer Vertragsgestaltung beim Eigentümer eintreten würde.

Eine Rückverweisung hat zu erfolgen, um festzustellen, ob sich der Kläger auf die Auskunft des Beklagten verlassen durfte oder er gleiche bzw. überlegene Fach-

kenntnisse hatte, sodass ihm die Falschauskunft hätte auffallen müssen. Dabei muss er sich auch die Sachkunde seiner Subunternehmer zurechnen lassen. Das BerG wird auch zu prüfen haben, ob der Kläger eine anderweitige Ersatzmöglichkeit gegenüber Subunternehmern hat; dass das nicht der Fall ist, dafür trägt der Kläger die Darlegungs- und Beweislast. Ein Anspruch aus abgetretenem Recht des Bauherrn besteht nicht. Dem Bauherrn ist wegen der Vertragsgestaltung mit dem Generalunternehmer kein Schaden entstanden. Der Grundsatz der Drittschadensliquidation findet keine Anwendung, weil der Generalunternehmer einen Anspruch gegen den Amtsträger oder gegen den Subunternehmer hat.

Kommentar

Ein hoheitliche Aufgaben wahrnehmender Schornsteinfeger gibt eine fahrlässige Falschauskunft. Aufgrund der darauf beruhenden Disposition kommt es zu einem beträchtlichen Schaden, der errichtete Schornstein muss abgerissen und an anderer Stelle neu errichtet werden. Es ist indes beachtlicher Begründungsbedarf erforderlich, um die Haftung des Schornsteinfegers zu bejahen. Was waren die Stolpersteine?

Der Kreis der geschützten Adressaten wird eng gezogen. Der BGH hat aber zutreffend erkannt, dass es sich in concreto um einen Fall der Schadensverlagerung handelt. Durch eine vertragliche Gefahrtragungsregel wird der an sich beim primär Geschädigten eintretende Schaden auf einen Dritten verlagert. Geläufige Beispiele sind die Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers bei Verletzung des Arbeitnehmers, die Tragung der Preisgefahr durch den Käufer beim Versandkauf und beim Annahmeverzug. Der Pauschalpreisvertrag im Rahmen des Werkvertrags ist eine weitere solche Fallgruppe. Der BGH betont auch zu Recht, dass die Erweiterung des Kreises der schutzberechtigten Dritten lediglich für den Schaden gilt, der typischerweise beim primär Geschädigten eingetreten wäre.

Eine Zurückverweisung erfolgte, um das Innenverhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer zu überprüfen. Dabei geht es um zwei unterschiedliche Aspekte: Einerseits ist zu prüfen, ob dem Generalunternehmer oder einem Subunternehmer der Fehler des Amtsträgers hätte auffallen können oder müssen; dann kommt eine Kürzung wegen Mitverschuldens nach § 254 BGB in Betracht. Andererseits geht es aber darum, ob der Generalunternehmer womöglich deshalb einen Schadenersatzanspruch gegen den Subunternehmer hat; sollte das zu bejahen sein, scheidet ein Anspruch wegen der Subsidiarität des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 Abs. 1 S 2 BGB aus. Der österreichische Gesetzgeber hat die Subsidiarität im Amtshaftungsrecht vor Jahrzehnten billigungs-

werterweise abgeschafft; der deutsche Gesetzgeber hält an diesem wenig sachgerechten Haftungsprivileg der öffentlichen Hand bis heute fest. Bei Bejahung eines Rückgriffsanspruchs des Generalunternehmers gegenüber dem Subunternehmer müsste freilich diesem dann ein Amtshaftungsanspruch gegen den Beklagten zustehen, sofern er dann nicht verjährt ist.

Der klägerische Anwalt hat den Anspruch sowohl auf ein eigenes als auch vom Bauherrn abgetretenes Recht gestützt; und hat damit schlussendlich gesiegt. Die Entscheidung macht deutlich, wie sehr die Ansprüche miteinander verflochten sind. Hätte man einen Schadenersatzanspruch des Generalunternehmers verneint, hätte man über die Regeln der Drittschadensliquidation zu einer Aktivlegitimation des Bauherrn kommen müssen; indem man dem Generalunternehmer selbst eine Anspruchsberechtigung einräumt, wird das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation allerdings entbehrlich. Wie der BGH entscheiden würde, war nicht ohne Weiteres vorherzusehen. Der klägerische Anwalt muss im Interesse des Klienten stets den sichersten Weg beschreiten, ein Prinzip, das dieser Anwalt beherzigt und umgesetzt hat.

V. Kein Anspruch des Dienstherrn auf Ersatz des Erwerbsschadens eines während ihres Sabbatjahres verletzten Beamtin – OLG Stuttgart 21.6.2018, 13 U 55/17, VersR 2018, 1453

Sachverhalt

Eine Beamtin erlitt einen Hundebiss, für den der Beklagte einzustehen hatte. Die Beamtin war vom 12.2.2015 bis 13.4.2015 dienstunfähig. Sie befand sich in ihrem Sabbatjahr. Bei einer Teilzeitbeschäftigung hatte sie vorgearbeitet, sodass ihr ein durchgehender Zeitraum zur Verfügung stand, in dem sie keine Arbeitsleistung zu erbringen hatte. Das klagende Land begehrte aus übergegangenem Recht 7200 €. Das LG gab dem Begehren statt.

OLG Stuttgart: Stattgebung der Berufung des Beklagten und damit Abweisung des Begehrens

Die Arbeitskraft hat keinen objektiven Vermögenswert; ersatzfähig ist nur ein Vermögensschaden, wenn dieser sich konkret und sichtbar ausgewirkt hat. Nicht schon der Umstand der Arbeits- bzw. vorliegend derjenige der Dienstunfähigkeit als solcher begründet einen Schaden. Bei dem Sabbatjahr wird der Teil, um den die regelmässige Arbeitszeit im Einzelfall ermässigt wird, zu einem zusammenhängenden Zeitraum von einem Jahr zusammengefasst. Der Beschäftigte erarbeitet sich ein Arbeitszeitguthaben durch Mehrarbeit in der Anspannphase und kann dieses Guthaben sodann in einem regelmässig sich anschliessenden Freistellungsjahr ausgleichen, indem er in vollem Umfang von

der Arbeit unter Weiterzahlung der anteiligen Bezüge freigestellt wird. Ausfallzeiten führen weder zu einer Verkürzung oder Verlängerung des Freistellungsjahres; sie bleiben unbeachtlich.

Nach der regelungstechnischen Konzeption des Sabbatjahres fehlt es bei Wegdenken des schädigenden Ereignisses an einem Vermögensschaden. Denn eine Dienstleistungspflicht, in welcher sich die Verwertung der Arbeitskraft vermögensrechtlich spiegelt, bestand für sie in der Freistellungsphase des sogenannten Sabbatjahres nicht. Während der Freistellungsphase ist der Beamte von seiner Dienstleistungspflicht für einen zusammenhängenden Zeitraum vielmehr freigestellt und geniesst dienstfreie Zeit. Hierdurch unterscheidet sich die Freistellungsphase des Sabbatjahres auch von den Dienstleistungspflichten eines Lehrers, von denen dieser auch während der Schulferien nicht entbunden ist. Der Lehrer erbringt seine Dienstleistungspflicht durch Vor- und Nachbereitung und stete Fortbildung. Auch wird durch Krankheiten das Sabbatjahr nicht verlängert. Insoweit unterscheidet es sich nicht von der Vorgehensweise bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Vom Urlaub unterscheidet sich das Sabbatjahr insofern, als bei Dienstunfähigkeit während des Urlaubs der Arbeitnehmer später einen Urlaubsanspruch hat.

Auch eine normative Betrachtung gebietet keine abweichende Beurteilung. Das klagende Land hat von der Beamtin die Dienste im Rahmen erlaubter Mehrarbeit bereits erhalten. Dann kann das Land aber auch vom Schädiger keinen Ersatz verlangen. Bei einer Gesamtbetrachtung käme es zu einer Bereicherung des Landes, was einem interessengerechten Risikoausgleich widerspricht. Das Land kann nicht gegenüber dem Beamten eine Dienstunfähigkeit während des Sabbatjahres für unbeachtlich erklären, indem dieses sich dadurch nicht verlängert, aber zugleich vom Schädiger eine finanzielle Schadloshaltung reklamieren.

Kommentar

Die Regulierung von Personenschäden wird durch dieses Judiz nicht einfacher. Bei der Entgeltfortzahlung im Verletzungsfall führt weder beim Beamten noch beim Arbeitnehmer der Umstand, dass bei diesem kein rechnerischer Schaden auszumachen ist, zu einer Befreiung des Schädigers. Auf das Innenverhältnis kommt es insoweit nicht an. Die aus sozialer Fürsorge angeordnete Entgeltfortzahlungspflicht stellt einen Anwendungsfall der Schadensverlagerung dar. Beim Sabbatjahr entscheidet das OLG Stuttgart gegenteilig, weil sich die Beamtin dieses durch Vorleistungen erdient habe. Die Abgrenzung zum Lehrer wird darin gesehen, dass letzterer vor- und nachbereite bzw. sich fortbilde. Gerade dieser Aspekt lässt die zunächst einleuchtend erscheinende Abgrenzung fragwürdig erscheinen. Das

Sabbatjahr mag gewährt werden, damit der freigestellte Beschäftigte die Zeit ganz nach eigenem Gutdünken verwenden kann, zur Unternehmung einer Weltreise oder Renovierung seines Einfamilienhauses.

In vielen Fällen kommt das Sabbatjahr aber letztlich doch wieder dem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber zugute. Es hat eine gewisse Parallele zu einem Forschungssemester eines Universitätsprofessors. Dieser wird von Lehr- und Verwaltungstätigkeiten entbunden; allerdings zu dem Zweck, ein grösseres Forschungsvorhaben oder eine Lehrtätigkeit im Ausland wahrnehmen zu können. Insoweit wäre ein solcher Beamter einem Lehrer vergleichbar, ist doch das erworbene Know-how wiederum in der folgenden Phase für seine Tätigkeit nutzbringend einsetzbar.

Freilich kommt es zu keinem Anspruch auf eine Verlängerung des Forschungssemesters eines Universitätsprofessors oder der Ferien eines Lehrers, wenn sie während dieses Zeitraums erkranken. Auf dieses vom OLG Stuttgart für seine Argumentation bemühte Kriterium kann es daher nicht ankommen. Zutreffend ist freilich, dass das für das Beamtenrecht gefällte Judiz auch für vergleichbare Modelle von Arbeitnehmern gilt, so namentlich solche der Altersteilzeit, bei der für eine bestimmte Phase Teilzeit vereinbart wird, in einer ersten aber noch Vollzeit gearbeitet wird, sodass in der letzten Phase eine komplette Freistellung erfolgt, wobei mitunter eine Bezuschussung durch öffentliche Stellen bzw. Sozialversicherungsträger erfolgt.

Die Verletzung erfolgte in concreto in der Phase der Freistellung, für die jeglicher auf den Dienstherrn übergehende Erwerbsschaden verneint wurde. Das hat naturgemäss zur Folge, dass bei Verletzung in der Ansparphase mehr als die für diesen Abschnitt ausbezahlte Gegenleistung regressfähig sein muss. In concreto hat der Schädiger mit dem Schädigungszeitpunkt in der Freistellungsphase Glück gehabt; er kann aber auch Pech haben, wenn die zur Dienstunfähigkeit führende und vom Schädiger zu verantwortende Verletzung in der Ansparphase eintritt. Folgerichtigerweise müsste dann auch der Zuschussgeber regressberechtigt sein.

Da die Flexibilisierung der Arbeitszeit künftig zunehmen wird, führt das auch zu einer höheren Komplexität des Dienstherrn- bzw. Arbeitgeberregresses. Nicht nur Krankheits-, Urlaubs- und Feiertage sind einzubeziehen und zu aliquotieren, sondern gegebenenfalls auch Ansparphasen. Letztgennantes gilt aber nur, wenn bei Konsumierung des Sabbatjahrs kein greifbarer Nutzen für den Arbeitgeber erkennbar ist, wie das namentlich zum Ende eines Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen der Alterszeit gegeben sein wird.

VI. Vermehrte Bedürfnisse und Heilungskosten bei einem Schwerstverletzten – BGH 6.11.2018, VI ZR 518/16, VersR 2019, 51

Sachverhalt

Die 21-jährige Klägerin wurde bei einem Verkehrsunfall am 16.8.2003 schwerstverletzt. Die Einstandspflicht des beklagten Kfz-Haftpflichtversicherers dem Grunde nach steht ausser Streit. Infolge Schädigung der Hirnsubstanz kam es auch zu aggressiven Verhaltens Tendenzen und kognitiven Störungen. Es besteht zudem eine gestörte Eigenwahrnehmung. Die Klägerin sieht sich selbst als gesund an. Aufgrund der bestehenden Beschwerden ist sie aber nicht in der Lage, ein eigenständiges Leben zu führen, sondern bedarf der Pflege und Betreuung durch Dritte. Für manche Zeiträume ist es zu einem rechtskräftigen Urteil gekommen. Offen ist der Zeitraum vom 1.7.2006 bis 30.6.2007; die Klägerin begehrt dafür 23 600 € für Pflegeleistungen ihrer Angehörigen. Für die Zeit ab 1.2.2011 begehrt sie eine monatliche Rente von 13 400 € für die Betreuung durch einen Pflegedienst. Das LG hat den Anspruch auf Angehörigenpflege wegen Verjährung abgewiesen, dem restlichen Begehren aber stattgegeben. Das OLG hat dem Begehren in vollem Umfang stattgegeben.

BGH: Stattgebung der Revision der Beklagten im Sinn einer Aufhebung und Zurückverweisung

Die Klägerin kann die Kosten für die Beschäftigung einer Pflegeperson als auch den Betreuungsaufwand naher Angehöriger, der über die üblicherweise im Krankheitsfall zu erwartende persönliche Zuwendung innerhalb der Familie hinausgeht, ersetzt verlangen. Die dem Geschädigten erbrachte Pfl egetätigkeit durch nahe Angehörige ist im Rahmen des Erforderlichen gemäss § 843 Abs. 1 Alt 2 BGB unabhängig davon zu ersetzen, ob diese einen Verdienstausschlag erlitten haben. Ersatzfähig ist der Nettolohn einer vergleichbaren, entgeltlich eingesetzten Pflegekraft. Das Berufungsgericht hat aber einen zu hohen Betrag festgesetzt. Die Beklagte hat vorgebracht, dass eine Pflegehilfskraft nur einen Nettostundenlohn von 6 € erhalte und auf dieser Basis auch die Betreuungsleistungen der Angehörigen abzurechnen seien. Für die Bereitschaftszeiten sei die Hälfte, somit 3 €, anzusetzen.

Auch wurde der Betreuungsaufwand ab 1.2.2011 zu hoch festgesetzt. Massgeblich ist, was ein verständiger Geschädigter an Mitteln aufwenden würde, wenn er diese selbst zu tragen hätte und tragen könnte. Kommen verschiedene Möglichkeiten mit unterschiedlichem Kostenaufwand in Betracht (Einstellung einer Pflegekraft, Unterbringung in einem Pflegeheim oder Versorgung durch einen Familienangehörigen), bestimmt sich die Höhe des Anspruchs danach, welcher Bedarf in der vom Geschädigten in zumutbarer Wei-

se gewählten Lebensgestaltung tatsächlich anfällt. Ob der Geschädigte seine Lebensgestaltung in zumutbarer Weise gewählt hat, bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles.

Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse will es dem Geschädigten ermöglichen, sein gewohntes Leben trotz der erlittenen dauerhaften Beeinträchtigungen möglichst weitgehend aufrechtzuerhalten. Sofern der Schwerstgeschädigte das will, kann er verlangen, in die ihm vertrauten früheren Lebensumstände zurückgeführt zu werden. Er muss sich nicht auf die Möglichkeit der Pflege in einer stationären Einrichtung verweisen lassen, wenn diese kostengünstiger ist. Das gilt nur dann, wenn die häusliche Pflege mit unverhältnismässigen, für den Schädiger auch unter Berücksichtigung der Belange des Geschädigten nach Treu und Glauben nicht zumutbaren Aufwendungen verbunden ist. Davon ist erst auszugehen, wenn die Kosten der häuslichen Pflege in keinem vertretbaren Verhältnis mehr zu der Qualität der Versorgung des Geschädigten stehen. Es verbietet sich dabei eine Festlegung einer für sämtliche Fallgestaltungen geltenden Obergrenze in dem Sinne, dass der Ersatz der für die häusliche Pflege anfallenden Kosten generell auf den doppelten Betrag (oder ein anderes Vielfaches) der jeweiligen Heimunterbringungskosten beschränkt wäre.

Es bestehen aber Zweifel, ob sich das BerG des Umstands bewusst war, dass der allein streitgegenständlichen Gruppe der vermehrten Bedürfnisse solche Aufwendungen nicht zuzurechnen sind, die der Heilbehandlung des Geschädigten dienen. Vermehrte Bedürfnisse sind von Heilungskosten abzugrenzen. Vermehrte Bedürfnisse sind unfreiwillige Mehraufwendungen, die dem Verletzten infolge dauernder Beeinträchtigung seines körperlichen Wohlbefindens entstehen, dauernd und regelmässig erforderlich sind und ausserdem nicht – wie etwa Heilungskosten – der Wiederherstellung der Gesundheit dienen. Das Berufungsurteil liest sich in einigen Passagen so, als wenn das Berufungsgericht auch solche Mehraufwendungen zu den vermehrten Bedürfnissen rechnete, die der Wiederherstellung der Gesundheit dienen.

Denn es verneint die Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Klägerin bzw. ihrer Betreuerin durch Unterlassen einer adäquaten Therapie unter anderem mit der Begründung, die Hinzuziehung eines – besonders teuren – Heilerziehungspflegers diene auch einer Verbesserung des Zustands der Klägerin. Die Möglichkeit, dass es der Klägerin in einem Pflegeheim mit gesellschaftlichen Aktivitäten besser ginge als im eigenen Haus, verneint es unter anderem mit dem Argument, ein solches Pflegeheim sei für die Klägerin ungeeignet, weil es «typischerweise nicht auf Therapie oder Rehabilitation der Bewohner ausgerichtet sei» sei.

Kommentar

Eine in der Blüte ihrer Jugend stehende Frau mit 21 Jahren wird durch einen vom Schädiger zu verantwortenden Verkehrsunfall mitten aus dem Leben gerissen. Sie erleidet einen schweren Hirnschaden und ist für ihr künftiges Leben auf Pflege und Betreuung durch Dritte angewiesen. Die Einstandspflicht dem Grunde nach ist unbestritten. Sie muss jahrelang – bis zum BGH – allein wegen des strittigen Umfangs des Ersatzes prozessieren.

Die Abgeltung der Pflege durch Angehörige von 23 600 € für 12 Monate, somit weniger als 2000 € pro Monat für eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung sieht der BGH als überhöht an. Der beklagte Kfz-Haftpflichtversicherer hält einen (Netto-)Stundenlohn von 6 € und 3 € für die Bereitschaftszeiten für angemessen; und findet damit beim BGH insoweit Gehör, als der dem BerG vorwirft, sich nicht damit auseinandergesetzt zu haben. Nicht nur aus schweizerischer Perspektive wird nachvollziehbar, weshalb es in Deutschland hoch an der Zeit war, durch den Gesetzgeber einen Mindestlohn festzusetzen, der bis 2019 knapp unter 9 €, seit 2019 knapp darüber liegt. Die vom Haftpflichtversicherer eingewendeten Stundenlöhne mögen den polnischen Verhältnissen (1. Instanz war das LG Magdeburg) entsprechen oder den noch weiter östlich gelegenen Staaten (Baltikum, Weissrussland, Ukraine), aber kaum den Marktverhältnissen in Deutschland.

Auch der Ansatz einer Pflegehilfskraft ist kaum angemessen. Im Sachverhalt ist davon die Rede, dass wegen der aggressiven Verhaltensweise Fremdkräfte nach kurzer Zeit immer wieder den Dienst quittiert haben. Der Sachverständige hat einen Heilerziehungspfleger für erforderlich gehalten. Das ist offenbar ein Beruf mit der Ausbildung, Menschen, die die psychisch aus dem Gleichgewicht geraten sind, mit Geduld, Einfühlungsvermögen und Sachkompetenz wieder einigermaßen ins normale Leben zurückzuführen. Dass gegenüber einem solchen oder zumindest einer ausgebildeten Pflegekraft und einer Pflegehilfskraft eine enorme Spannbreite liegt, kann man sich lebhaft vorstellen.

Der BGH fügt dann eine Kaskade normativer, auslegungsbedürftiger Begriffe aneinander: Es gebührt Ersatz «im Rahmen des Erforderlichen», wobei die zu erwartende persönliche Zuwendung innerhalb der Familie auszugrenzen sei. Abgestellt wird auf den «verständigen Dritten», der den Schaden selbst zu tragen habe; immerhin mit der Einschränkung, der das auch könne, weil es einen Unterschied macht, ob man mangels finanzieller Mittel sich mit Behelfslösungen zufriedengeben muss oder das nicht der Fall ist, weil ein Schädiger einstandspflichtig ist. Der Geschädigte soll «sein gewohntes Leben trotz der erlittenen dauerhaften

Beeinträchtigungen möglichst weitgehend aufrechterhalten» und verlangen können, in die ihm vertrauten früheren Lebensumstände zurückgeführt zu werden. Die Kosten häuslicher Pflege gebühren jedoch nicht, wenn sie mit «unverhältnismässigen, für den Schädiger auch unter Berücksichtigung der Belange des Geschädigten nach Treu und Glauben nicht zumutbaren Aufwendungen» verbunden sind; das ist erst anzunehmen, wenn die Kosten der häuslichen Pflege «in keinem vertretbaren Verhältnis mehr zu der Qualität der Versorgung des Geschädigten» stehen.

Bedenkt man die Unwägbarkeiten all dieser Umstände, kann man leicht zu dem aus dem Lotto geläufigen Satz «Alles ist möglich» gelangen. Auch der BGH betont, dass es keine Obergrenze in dem Sinne gebe, dass der Ersatz der für die häusliche Pflege anfallenden Kosten generell auf den doppelten Betrag (oder ein anderes Vielfaches) der jeweiligen Heimunterbringungskosten beschränkt wäre. Da viele Prozesse – wie auch dieser – mitsamt der vorangehenden aussergerichtlichen Regulierung sich über Jahre erstrecken, disponiert der Geschädigte auf eigenes Risiko – und bekommt dann vom Gericht bescheinigt, dass er über seine Verhältnisse «restituiert» habe.

Es ist bekannt, dass die deutsche Rechtsprechung beim (Kfz-)Sachschaden sehr grosszügig, beim Personenschaden aber knausrig ist.⁵ Wenn der Geschädigte ein Fahrzeug nach den Vorgaben des – von ihm ausgesuchten – Kfz-Sachverständigen reparieren lässt, trägt das Prognoserisiko, dass die Reparatur die massgeblichen Grenzwerte überschreitet, der Schädiger. Warum eine entsprechende Rechtsfolge beim viel höherwertigen Rechtsgut der körperlichen Integrität nicht angemessen sein sollte, ist aus Wertungsgesichtspunkten wenig nachvollziehbar. Beim Personenschaden geht es um einen Dauerschaden; eine solche Rechtsfolge hätte den zusätzlichen Anreiz für eine zügige Regulierung. Wenn die Reparatur im 130%-Bereich häufig den Schädiger doppelt so hoch belastet wie eine Totalschadensabrechnung, namentlich wenn der Restwert einer Wrackbörse massgeblich ist, ist nicht einzusehen, warum die Kosten häuslicher Pflege nicht mindestens das Doppelte einer Heimunterbringung ausmachen können sollten; gute Gründe sprechen m.E. für den Faktor 3. Wenn der BGH es für diskutabel hält, dass Angehörige für konkrete Verrichtungen für einen Stundenlohn von 6 € und bei Bereitschaftszeiten für einen von 3 € tätig werden (müssen), deren Entgegenkommen oder Unterhaltungspflicht nach der Wertung des § 843 Abs. 4 BGB nicht den Schädiger entlasten soll, muss man

ernsthaft bezweifeln, dass es mit der Wahlfreiheit des Geschädigten sehr weit her ist, bzw. davon ausgehen, dass eine solche auf dem Rücken der Angehörigen vorgenommen wird.

Schliesslich thematisiert der BGH noch das Verhältnis von Heilungskosten und vermehrten Bedürfnissen. Die verletzte Person hat eine individuelle Betreuung zu Hause verlangt und hinzugefügt, dass auf diese Weise eine Besserung ihres Zustands eintreten könnte bzw. sollte. Sie hat diese Rente als solche wegen vermehrter Bedürfnisse bezeichnet. Möglicherweise wird das zum Bumerang. Der BGH grenzt Heilungskosten und vermehrte Bedürfnisse messerscharf voneinander ab, indem er Heilungskosten als solche definiert, bei denen es um die Wiederherstellung der Gesundheit gehe, und vermehrte Bedürfnisse komplementär um Aufwendungen, wenn eine weitere Verbesserung nicht mehr möglich sei. Erstere haben eine dynamische Komponente, letztere eine statische. Für erstere kann ein Kapitalbetrag bzw. Vorschuss begehrt werden, für letztere eine Rente.

Was sich im Prototyp sauberlich trennen lässt, kommt im Leben als Hybridform vor. Mitunter ist es schon ein Fortschritt, wenn sich ein Leiden nicht verschlechtert. Sind solche Aufwendungen dann Heilungskosten oder vermehrte Bedürfnisse? Kommt es darauf überhaupt an? Womöglich deshalb, weil für Heilungskosten ein Kapitalbetrag gebührt, für vermehrte Bedürfnisse eine Rente, wobei freilich anerkannt ist, dass bei manchem vermehrten Bedürfnis, etwa der Schaffung behindertengerechten Wohnraums durch einen Zubau im Eigenheim, Ersatz in Form eines Kapitalbetrags zustehen kann. Meines Erachtens muss das spiegelverkehrt für die Heilungskosten gelten. Es gibt solche, namentlich bei (auch) psychischen Beeinträchtigungen, bei denen eine Verbesserung des Zustands nicht von heute auf morgen erfolgt, sondern über einen sehr langen Zeitraum. Zudem ist dann der Einwand denkbar, dass die getätigten Aufwendungen partiell nicht der Heilung, sondern der Pflege dienen.

Soll dem Geschädigten – oder auch dem BerG – daraus ein Strick gedreht werden, dass die Bezeichnung unscharf ist? Nach der vorliegenden Entscheidung ist jedem Geschädigten zu raten, das Begehren sowohl auf Heilungskosten als auch vermehrte Bedürfnisse zu stützen. In beiden Fällen kann ihm eine Rente zustehen, was mit dem Prinzip der Naturalrestitution des § 249 BGB zu begründen ist. Jedenfalls auf die Bezeichnung des Anspruchs durch den Geschädigten soll und kann es nicht ankommen, gilt doch auch im deutschen Recht der Satz: *Iura novit curia*. Und was begehrt wurde, dafür hat der Geschädigtenanwalt allemal ein ausreichendes Vorbringen erstattet.

⁵ Dazu CHRISTIAN HUBER, Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag, Köln 2014, 309 ff.