

Herausgegeben von Dr. Thomas Almeroth, Rechtsanwalt, Friedberg (Hessen) – Detlef Otto Bönke, Ministerialrat a.D., Berlin – Dr. Peter Dauer LL.M., Leitender Regierungsdirektor a.D., Hamburg – Prof. Dr. med. Matthias Graw, München – Prof. Dr. Reinhard Greger, Erlangen-Nürnberg – Sebastian Gutt, Rechtsanwalt, Helmstedt – Prof. Dr. Christian Huber, RWTH Aachen – Katrin Hühnermann LL.M.oec, Rechtsanwältin, Erfurt – Jürgen Jahnke, Rechtsanwalt, Münster/Westfalen – Dr. Oliver Klein, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe – Dr. Benjamin Krenberger, Richter am Amtsgericht, Landstuhl – Prof. Dr.-Ing. Klaus Langwieder, International Safety Consulting – Dr. Matthias Quarch, Vorsitzender Richter am Landgericht, Aachen – Dr. Andreas Quentin, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe – Urban Sandherr, Richter am Kammergericht, Berlin – Dr. Philipp Schulz-Merkel, Rechtsanwalt, Nürnberg – Christian Weibrecht, Ministerialdirigent im Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Berlin – Wolfgang Wellner, Richter am Bundesgerichtshof a.D., Karlsruhe – Prof. Dr. Dr. Martin Will M.A. LL.M., EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden.

in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Schriftleitung: Dr. Matthias Quarch, Vorsitzender Richter am Landgericht
nzv@quarch.de, c/o Verlag C.H.BECK, Wilhelmstr. 9, 80801 München

Aufsätze

Prof. Dr. Christian Huber*

Kapital oder Rente – Erfordernis eines gesetzlichen Abfindungsanspruchs¹

Die Frage der Kapitalisierung von Renten stellt sich in verschiedenen Rechtsgebieten, im Schadenersatzrecht, aber auch im Familien- und Erbrecht. Auf dem Verkehrsgerichtstag geht es vornehmlich um die **Regulierung schwerer Personenschäden**, namentlich solche mit Dauerschäden und meist lebenslangen Folgen nach Verkehrsunfällen. Außer Streit steht das Ausgleichsprinzip: Der Anspruchsteller soll – vermögensmäßig – so gestellt werden, als hätte das schädigende Ereignis nicht stattgefunden.

I. Form der Abgeltung des Ersatzes

1. Zwei Arten: Rente oder Kapital

Für den Ausgleich des Ersatzes kommen eine periodisch auszahlende Rente oder eine einmalige Kapitalabfindung in Betracht.

2. Welche Schadensposten sind betroffen?

Heilungskosten nach § 249 BGB sind die zu ersetzenden Aufwendungen, die darauf gerichtet sind, dass der Gesundheitszustand der verletzten Person in einem überschaubaren Zeitraum möglichst den ohne schädigendes Ereignis erreicht. Wegen des begrenzten Zeitraums gebührt von vorneherein eine Abgeltung der jeweiligen Aufwendungen bzw. ein darauf gerichteter Vorschuss, über dessen widmungsgemäße Verwendung der Anspruchsteller abzurechnen hat, aber keine Rente.²

Anders verhält es sich bei den Schadensposten, die weit in die Zukunft reichen, nämlich im Fall der Verletzung der **Erwerbsschaden** nach § 842 BGB, der **Pflegeschieden** im Rahmen vermehrter Bedürfnisse nach § 843 BGB und der **Haushaltsführerschaden** nach § 842 f BGB; im Fall der Tötung geht es um einen Ausschnitt des Erwerbs- und Haushaltsführerschadens in Gestalt des **Unterhaltersatzes** nach § 844 II BGB.

Das **Schmerzensgeld** nach § 253 BGB nimmt eine Sonderstellung ein. Es handelt sich um einen immateriellen Schaden, keinen Vermögensschaden. Auch wenn es ebenfalls **primär um Ausgleich** geht, nämlich den der immateriellen Beeinträchtigung, nimmt der BGH – gestützt auf den Wortlaut des § 253 II BGB – für sich in Anspruch, weitere Umstände im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigen.³ Es dominiert die Kapitalabfindung; die Rente ist die Ausnahme. Auch dabei wird freilich zu Recht betont, dass die Höhe des Ersatzbetrags insgesamt nicht von der Modalität der Auszahlungsform als ausschließliches Kapital oder der Kombination von Kapital und Rente abhängig sein soll.⁴

3. Kapital und Rente – was ist gleich, was ist unterschiedlich?

a) Zielsetzung: Ausgleich der Einbuße

Was bei der Kombination von Schmerzensgeldkapital und -rente von den Gerichten ausgesprochen wird, dass die **Modalität der Auszahlungsform** ausschließlich als Kapital

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der RWTH Aachen und gehört dem Herausgeberkreis dieser Zeitschrift an.

1 Bei dem Aufsatz handelt es sich um das Manuskript des Vortrags des Verfassers vom 24.1.2019 im Arbeitskreis IV – Abfindung von Personenschäden und vergleichsweise Regelung – des 57. Deutschen Verkehrsgerichtstags 2019. Um den Umfang des Beitrags nicht zu sprengen, wurde der Fußnotenapparat im Wesentlichen auf Beiträge aus der jüngsten Zeit beschränkt.

2 Zum Grenzbereich zwischen Heilungskosten und vermehrten Bedürfnissen jüngst BGH v. 6.11.2018, VI ZR 518/16, VersR 2019, 51: Vermehrte Bedürfnisse – zu Recht? – in Frage gestellt, weil auch bei dauerhaft erforderlichen Pflegeleistungen eine Besserung des Zustands angestrebt wurde.

3 BGH v. 6.7.1955, GSZ 1/55, BGHZ 18, 149.

4 Ch. Huber, Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform?, FS-E. Lorenz (2014) 603 ff

oder als Kapital und Rente auf die **Höhe des Ersatzes ohne Einfluss** sein soll, gilt für den Vermögenspersonenschaden in gleicher Weise.⁵ Bei Zugrundelegung zutreffender Bemessungsdeterminanten soll die eine wie die andere Modalität der Ersatzleistung, Rente oder Kapital, zum gleichen Ergebnis, nämlich dem vollen Ausgleich führen. Dass beim Schmerzensgeld der Kapitalbetrag, beim Vermögenspersonenschaden von den Heilungskosten abgesehen die Rente der Regelfall ist, spielt keine Rolle.

b) Zielerreichung

Bei theoretischer Betrachtung mag die Rente dem Ausgleichsprinzip in höherem Maß entsprechen als die Kapitalentschädigung. Die Rente lässt nämlich eine Feinjustierung im Lauf der Auszahlung zu. Ein besserer Kenntnisstand zu einem späteren Zeitpunkt kann zur Anpassung genutzt werden; das ist nach § 323 ZPO allerdings nur bei wesentlicher Änderung und nur für die Zukunft möglich. Einen Vorteil trägt die **Rente** freilich jedenfalls in sich, nämlich die **zeitpunktgenaue Fixierung des zeitlichen Endes der Ersatzpflicht**, nämlich mit Wegfall des Bedarfs, im Regelfall dem Tod.

Bei der Kapitalentschädigung ist hingegen – auch insofern – eine **abschließende Prognose** zum Zeitpunkt (unmittelbar) vor der Auszahlung geboten. Das mag zu größeren Unwägbarkeiten führen, weil gar nichts anderes übrig bleibt, als den weiteren fiktiven Verlauf des Verletzten als Gesunder, der Basis für die Differenzbildung zum tatsächlichen Verlauf ist, unter Bezugnahme auf Durchschnittswerte zu ermitteln.

c) Regulierungsaufwand

aa) Kapitalzahlung

Beim Schmerzensgeld werden – jedenfalls bei Zuerkennung eines Kapitalbetrags durch Urteil – die bereits eingetretenen und **mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zukünftig abschätzbaren Schmerzen** abgegolten. Für **unvorhersehbare künftige Schmerzen** ist jedoch eine spätere Nachjustierung in Form einer **Nachklage** möglich. Bei außergerichtlicher Regulierung kommt es dem gegenüber häufig zu einer abschließenden Regulierung für sämtliche Schmerzen, mögen sie vorhersehbar oder unvorhersehbar sein. Im Regelfall stammt eine solche Formulierung vom Haftpflichtversicherer. Es sind darauf m. E. die für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Regeln anzuwenden, sodass für den Verzicht des Anspruchstellers auf derzeit nicht abschätzbare künftige Schmerzen aus Transparenzgründen ein Risikozuschlag ausdrücklich ausgewiesen werden sollte.⁶

Beim **Vermögenspersonenschaden** kommt in der Praxis so gut wie ausschließlich eine **abschließende Regulierung** in Betracht.⁷ Die Überlegungen zum Risikozuschlag sollten in soweit entsprechend gelten. Der ein- bzw. erstmalige Regulierungsaufwand ist bei einer solchen Kapitalabfindung gegenüber der Rente höher, weil eine Abänderung einer unzutreffenden Prognose nicht mehr möglich ist. Würde man einen gesetzlichen Anspruch auf Kapitalabfindung einführen, wäre nicht einzusehen, warum in Bezug auf **nicht vorhersehbare Schäden** nicht ebenso wie beim Schmerzensgeld verfahren werden sollte.

Durch die **Kapitalabfindung** ergeben sich **Vorteile für beide Parteien**.⁸ Der Anspruchsteller muss nicht immer wieder beim Haftpflichtigen vorstellig werden; er kann sich auf seine reduzierten Möglichkeiten einstellen und auf den neuen Lebensabschnitt konzentrieren. Auch entfällt der Anreiz, eine „Notlage bzw. Verschlimmerung der Krankheit“ zu produzieren, um in der Folge einen höheren Ersatz zu erlangen. Der Ersatzpflichtige, meist ein Haftpflichtversicherer, kann

die Akte schließen und beträchtliche Personalressourcen bei der Regulierung einsparen.

bb) Rente

Die Vor- und Nachteile der Kapitalabfindung stellen sich spiegelbildlich bei der Rente: Sie erfordert einen **insgesamt höheren Regulierungsaufwand über einen längeren Zeitraum**, was für beide Parteien lästig ist. Da eine Anpassung bei besserem Kenntnisstand möglich ist, wird namentlich bei gerichtlicher Streitaustragung der Zukunftsprognose wenig (er) Aufmerksamkeit gewidmet. Unter Hinweis auf die Abänderbarkeit nach § 323 ZPO erfolgt meist eine (mechanische) Fortschreibung in die Zukunft nach den Verhältnissen zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz; und das sehenden Auges, dass eine alsbaldige Änderung der Verhältnisse mit Händen zu greifen ist.

Wie der Vogel Strauß steckt das Gericht den Kopf in den Sand und/oder verschließt die Augen. Die Dynamik der Folgezeit gerät dadurch leicht aus dem Blick. Im Regelfall wirkt sich das zu Lasten des Geschädigten aus, weil eine Anpassung nach § 323 ZPO erst bei **wesentlicher Änderung** und **nur für die Zukunft** erfolgt. Die bis zur ersten möglichen Anpassung, deren Zeitpunkt zudem unwägbar ist,⁹ sich akkumulierenden Vermögensnachteile bleiben unentschädigt, was einen **fundamentalen Verstoß gegen das Ausgleichsprinzip** darstellt.¹⁰ Dieser wird sehenden Auges und zu Unrecht in Kauf genommen.¹¹

Bei der Rente wird dafür zusätzlich ins Treffen geführt, dass die Berücksichtigung künftiger Umstände – etwa in einem dynamischen Modell, das beim Erwerbsschaden die Abgeltung der Inflation, der Teilhabe am Wirtschaftswachstum und auch den beruflichen Aufstieg berücksichtigt – schwierig sei, weil der urteilsmäßig zugesprochene Betrag den **Bestimmtheitserfordernissen eines Zwangsvollstreckungstitel** entsprechen müsse. Für die außergerichtliche Regulierung gilt dieses Gegenargument jedenfalls nicht in voller Schärfe.

II. Auseinanderklaffen zwischen gesetzlichem Leitbild und faktischer Übung

1. Vom Gesetzgeber in § 843 I BGB Rente als Regelfall vorgesehen

Der Gesetzgeber hat in § 843 I BGB die Rente als Regelfall vorgesehen. Der gesetzliche **Anspruch auf Kapital nach § 843 III BGB** bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist **ohne praktische Bedeutung**.¹² Ein solcher wird etwa bejaht,

5 *Carl/Mittelstädt*, Kapitalisierung von Rentenansprüchen, VersR 2018, 1477.

6 *Ch. Huber*, Anmerkung zu OGH v. 28.3.2017, 2 Ob 71/16 d, ZVR 2018/86.

7 *Küppersbusch/Höber*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 12. Aufl. 2016 Rn 854; *Lang*, Chancen und Risiken beim Abfindungsvergleich/der Kapitalisierung von Ansprüchen, VGT 2019, 139 f.

8 *Carl/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477.

9 BGH v. 15.5.2007, VI ZR 150/06, NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = VRR 2007, 342 (*Luckey*): Versagte Anpassung einer Schmerzensgeldrente.

10 *Ch. Huber*, Der Ersatz künftiger Einbußen beim Personenschaden, zfs 2018, 484, 486.

11 Dieses Defizit nicht erwähnend auch *Luckey*, Die Abfindung von Personenschäden – Risiken und Haftungsfallen, NZV 2019, 9.

12 *Nehls*, Kapitalisierung und Verrentung von Schadensersatzforderungen, zfs 2004, 193; ähnlich *Luckey*, NZV 2019, 9, 10: „Zurückhalten-Annahme durch die Gerichte“; *Bachmeier*, Personenschaden – Vergleich, Kapitalisierung und der Weg zur Anwaltschaft, SVR 2019, 10, 11: „Extreme Ausnahme“; *Carl/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1485: „§ 843 III BGB spielt so gut wie keine Rolle“; gegenteilig die Einschätzung von *Lang*, VGT 2019, 139, 152 Fn 87, der dies als Beleg für eine „funktionierende außergerichtliche Praxis“ sieht.

wenn der Verletzte sich selbständig machen und den Kapitalbetrag für eine Unternehmensgründung einsetzen möchte.¹³ Der Zeitpunkt nach einer Querschnittlähmung ist indes meist nicht der opportune Zeitpunkt, eine selbständige Erwerbstätigkeit zu wagen.¹⁴ Nur in sonstigen ausgerissenen, vom richterlichen Ermessen abhängigen Ausnahmefällen¹⁵ wird ein gesetzlicher Anspruch auf eine Kapitalentschädigung bejaht; Rechtssicherheit für den Geschädigten besteht insoweit nicht.

Die Autoren,¹⁶ die für einen Ausbau der Fälle plädieren, in denen ein wichtiger Grund gegeben ist, etwa aus der subjektiven Sicht des Geschädigten, tun dies, weil sie eine Änderung der Gesetzeslage nicht für realistisch halten.¹⁷ Allerdings ist das eine halbherzige Lösung, die den Geschädigten weiter im Regen stehen lässt und von der – wie zu erwarten ist – stark unterschiedlichen Ermessensausübung der Tatgerichte abhängig macht.

2. Kapitalisierung in der Praxis weit verbreitet – Durchführung nach den Vorgaben des Ersatzpflichtigen

a) Praxis

Mag der Gesetzgeber die Rente auch als Regelfall vorgesehen haben, agiert heute die Regulierungspraxis abweichend vom gesetzlichen Leitbild. Bei Personengroßschäden ist nicht die Rente sondern die Kapitalentschädigung der Regelfall.¹⁸ Deren Festsetzung erfolgt praktisch im rechtsfreien Raum. Eine Nichtigkeit käme allenfalls bei Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB in Betracht; dazu ist freilich keine einzige Entscheidung auffindbar.

b) Machtgefälle

Zu konstatieren ist ein Machtgefälle zwischen dem Anspruchsteller, der verletzten Person oder bei Tötung den Unterhaltsgläubigern, und dem Ersatzpflichtigen, meist einem (Kfz-)Haftpflichtversicherer.¹⁹ Der Anspruchsteller selbst ist körperlich angeschlagen bzw. in einer prekären finanziellen Notsituation und im Regelfall auf das Geld angewiesen. Häufig hat er nicht die Nerven und die Ausdauer, einen langen Prozess durchzustehen. Die Geschädigtenanwälte, auch die Fachanwälte für Verkehrsrecht, sind mit Fragen der Kapitalisierung häufig nicht ausreichend vertraut, weil solche Fälle für viele nicht zum Alltagsgeschäft gehören.

Für Versicherer zählt die Umrechnung einer Rente in Kapital und vice versa hingegen zur Kernkompetenz. Auch die für die Ersatzpflichtigen tätigen Anwaltskanzleien sind den Geschädigtenanwälten an know how überlegen, vor allem die beiden Großkanzleien. Es wird der Eindruck vermittelt, dass die Tabellen von Küppersbusch/Höher²⁰ in Stein gemeißelt seien. Das ist indes unzutreffend. Diese sind in Zahlen gegossener Ausdruck von Prämissen, die für den Haftpflichtversicherer vorteilhaft sind. Durch mathematische Formeln wird der Eindruck vermittelt, dass sie eine ähnliche normative Kraft hätten wie ein Gesetz, was gerade nicht der Fall ist.

c) Gefahr der Übervorteilung des Anspruchstellers – daher Erfordernis richterlicher Kontrolle

Der Befund, dass der gesetzliche Regelfall in der Praxis zur Ausnahme geworden ist, indiziert an sich schon das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung. Wenn dazu noch ein Machtgefälle kommt, bei dem die Gefahr der Ausnützung durch die wirtschaftlich stärkere Partei besteht,²¹ ist ein – akuter – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber zu konstatieren:²² Derartige Kapitalabfindungen müssen m. E. einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. Das Vehikel dazu

besteht darin, dem Anspruchsteller ein (gesetzliches) Wahlrecht zwischen Rente und Kapitalabfindung einzuräumen. Wie die instruktiven Beispiele des Beitrags von Strunk²³ belegen, gibt es beträchtliche Unwägbarkeiten, die hier noch vertieft werden sollen.

Im Handelsrecht gibt es das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns; bei der Schadensregulierung das des redlichen Haftpflichtversicherers. Ein solcher hat von den hier vorgeschlagenen Änderungen nichts zu befürchten, weil er schon immer seiner gesetzlichen Pflicht nachgekommen ist, den Versicherungsnehmer oder Mitversicherten, also den Schädiger, von dessen Ersatzpflicht zu befreien, die darin liegt, die beim Geschädigten eingetretene Einbuße auszugleichen. Sollte es allerdings Haftpflichtversicherer geben, die den Anspruchsteller übervorteilen, hätte der Geschädigte bei einem gesetzlichen Anspruch auf Kapitalisierung die Möglichkeit, dass ein Gericht korrigierend eingreift und die angemessene Höhe festsetzt.

3. Weitere Argumente für ein gesetzliches Wahlrecht des Geschädigten

Wo nach dem Leitbild der Naturalrestitution in § 249 BGB an sich eine Rente gebührt, kann in manchen Bereichen

13 RG v. 26.1.1933, VI 352/32, JW 1933, 840.

14 NomosKomm³/Ch. Huber §§ 842, 843 Rn 278.

15 BGH v. 8.1.1981, VI ZR 128/79, VersR 1981, 283; Zu befürchtende Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Anspruchs; OLG Köln v. 11.8.2011, 5 U 74/11, VersR 2012, 907; Besonders unverständliche Regulierung des Versicherers.

16 Quirnbach/Gräfenstein/Strunk, Kapitalisierungstabellen² (2017) § 4 Rn 4 ff; Carl/Mittelstädt, VersR 2018, 1477, 1487. In diesem Sinn bereits Luckey, Personenschaden² (2018) Rn 1660; Schwintowski, Schutzfunktion und wichtiger Grund in § 843 Abs. 3 BGB, VersR 2010, 149; C. Schab Sedil/M. Schab Sedi, Das verkehrsrechtliche Mandat³ (2017), 285 ff; Jaeger, Neuere Entscheidungen zur Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich, VRR 2006, 124 ff.

17 Anders allerdings Köck, Abfindung von Personenschäden und vergleichsweise Regelung – Ausblick und Anmerkungen zum Arbeitskreis IV des 57. Verkehrsgerichtstages 2019, DAR 2019, 2, 3: „Ausreichend, einen wichtigen Grund anzunehmen, wenn die Kapitalabfindung zu einer psychischen Verbesserung des Gesundheitszustands führt, wobei einzuräumen sei, dass ein solcher Beweis nicht einfach zu führen sei“.

18 Carl/Mittelstädt, VersR 2018, 1477, 1485; Lang, VGT 2019, 139: „Kapitalabfindung in 90 % der Fälle eines schweren Personenschadens“; Köck, DAR 2019, 2: „In der täglichen Regulierungspraxis Regel-Ausnahme-Verhältnis umgedreht, gesetzlicher Ausnahmefall der Kapitalabfindung ist die Regel“.

19 Bachmeier, SVR 2019, 10, 11: „Diktat der Versicherer“, was unter dem Stichwort „take it or leave it“ zusammengefasst werden kann. Ähnlich Carl/Mittelstädt, VersR 2018, 1477, 1487: „Erhebliches Kompetenz- und Machtgefälle zugunsten des in der Regel wirtschaftlich starken Ersatzpflichtigen (Versicherer)“.

20 Ersatzansprüche bei Personenschäden, S. 307 ff.

21 Bachmeier, SVR 2019, 10, 13: „Dass die Beteiligten 'auf Augenhöhe' verhandeln, vermag nur in der Versicherungswirtschaft angenommen werden“. Ähnlich Carl/Mittelstädt, VersR 2018, 1477, 1478: „Sehr häufig unterdimensionierte Vergleiche zu Lasten der Geschädigten, 'finanzielle Nutznießer' sind die Versicherer“. AA Köck, DAR 2019, 2: „Stärkung der Verhandlungsposition des Geschädigten, weil der Versicherer Schadensfälle zeitnah abschließen möchte.“ ME wird aber eher der Versicherer eine längere Regulierung „aussitzen“ können als der Geschädigte, der auf den Ersatzbetrag – typischerweise existenziell – angewiesen ist.

22 AA Lang, VGT 2019, 139, der auf „pragmatischen Lösungen“ fernab von „rein akademisch dogmatischer Diskussion“ und eine „funktionierende Regulierungspraxis“ verweist. Die „Lösungen“ „funktionieren“ m. E. für den Haftpflichtversicherer, weil er durch Ausnützung seiner Machtposition im rechtsfreien Raum deutlich weniger zahlt als den geschuldeten Ausgleich. Dieser Befund kann auch durch den Hinweis auf „rein akademische Diskussionen“ nicht verschleierte werden. Die Wahrnehmung, dass „für alle Beteiligten faire Ergebnisse“ nach „Gesprächen auf Augenhöhe“ zwischen „gleichberechtigten Partnern“ erzielt werden, „von denen keiner die Konditionen einseitig bestimmen kann“, ist allein die Wahrnehmung des Haftpflichtversicherers, der am längeren Ast sitzt und häufig die Konditionen diktiert.

23 Höhe der Abzinsung – der Zinsfuß, VGT 2019, 163, 167.

schon *de lege lata* ein Kapitalbetrag begehrt werden bzw hängt die Ersatzform von Kapital oder Rente von der jeweiligen Gestaltung des Anspruchstellers ab. Beim **originären Regressanspruch der gesetzlichen Unfallversicherung gegen den Arbeitgeber** ist nach § 110 I 2 SGB VII ein gesetzlicher Anspruch auf Kapitalzahlung gegeben.

Sofern es um die **Schaffung von behindertengerechtem Wohnraum** im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse geht, ist die Modalität zwischen Kapital und Rente auch von der – zulässigen – Gestaltung des Anspruchstellers abhängig. Hat er bisher in einer Mietwohnung gelebt und wechselt er in eine teurere behindertengerechte Mietwohnung, ist der Schädiger zum Ersatz der monatlich anfallenden Differenz verpflichtet. Wohnte er aber bisher in einem in seinem Eigentum stehenden Haus und erfolgt ein **behinderungsadäquater Aus- oder Anbau**, kann er bei widmungsgemäßer Verwendung den dafür erforderlichen Kapitalbetrag verlangen.²⁴ Ein Anspruch auf einen Kapitalbetrag besteht in einem solchen Fall schon kraft Schadenersatzrechts (§§ 843, 249 BGB) und nicht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.²⁵

Vor diesem Hintergrund ist auch das Argument schwer nachvollziehbar, dass ein gesetzlicher Anspruch auf Kapitalentschädigung zu einem „**Systembruch**“ führen würde, als es insoweit zum **Zuspruch nicht fälliger Ersatzleistungen** käme.²⁶ Gerade so verhält es sich nicht nur beim Schmerzensgeld sowie beim geschilderten Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse; und ganz abgesehen davon auch im Fall eines nach § 843 III BGB gegebenen wichtigen Grundes.

Zu verweisen ist schließlich darauf, dass das **schweizerische Recht** auch und gerade bei schweren Personenschäden im Haftpflichtrecht Ersatz **primär** in Form eines **Kapitalbetrags** vorsieht, aber seit geraumer Zeit ein Wahlrecht zugunsten einer Rente einräumt.²⁷ Mit einem im Gesetz verankerten Anspruch auf einen Kapitalbetrag wäre somit **keine revolutionäre Änderung** verbunden, sondern lediglich, aber immerhin eine gesetzliche Festschreibung dessen, was anderswo Gesetz ist.

Der Vergleich mit der Schweiz soll „hinken“, weil dort „ein mit unserer Rechtslage nicht vergleichbares System zu den Anspruchsübergängen“ gilt.²⁸ Dieses Argument ist wenig nachvollziehbar, weil einerseits die Legalzessionen dort denen von § 116 SGB X und § 86 VVG entsprechen, andererseits die Frage, ob der Geschädigte ein Wahlrecht auf Kapital statt einer Rente hat, kaum von der Ausgestaltung des Rechtsübergangs auf Dritte abhängig sein kann.

4. Mögliche Bedenken gegen einen solchen gesetzlichen Anspruch

a) Ungebührlich hohe Belastung des Ersatzpflichtigen durch eine Kapitalzahlung

Gegen den Ersatz in Form eines einmaligen Kapitalbetrags könnte sprechen, dass der Ersatzpflichtige dadurch **ungebührlich hoch belastet** werde.²⁹ Im Regelfall ist es aber ein **Haftpflichtversicherer**, der den Schaden des Anspruchstellers zu tragen hat. Bei diesem geht es lediglich um eine Frage der Finanzierung, ob nämlich ein Kapitalbetrag sogleich ausbezahlt wird oder bei einer Rente eine Rückstellung in der Bilanz zu bilden ist. Wie der Fall des behindertengerechten Wohnraums zeigt, kommt es allerdings auch sonst vor, dass der nicht haftpflichtversicherte Schädiger anstelle einer Rente einen Kapitalbetrag leisten muss. Man könnte das auch als **allgemeines Lebensrisiko des Schädigers** ansehen.

Sollte der **nicht haftpflichtversicherte Schädiger** durch eine exorbitant hohe Kapitalzahlung in eine wirtschaftliche Schieflage geraten oder gar in die **Insolvenz** schlittern, wird schon der Geschädigte im eigenen Interesse den Weg der Rente wählen, wobei er dann mit dem Risiko leben muss, dass in der weiteren Phase der Ersatzpflichtige derartige Gestaltungen über sein Vermögen trifft, dass im Zeitpunkt seines Todes aus seinem Nachlass die weitere Rente gerade nicht mehr gezahlt werden kann. **Ansprüche gegen Erben** oder **Schenkungsanfechtungen** sind indes durchaus unwägbar Möglichkeiten und mit beträchtlichen Risiken verbunden, während es bei einem Anspruch auf Kapital der Geschädigte in der Hand hat, **Teilbeträge zu stunden** unter der Bedingung einer – dinglichen – Sicherstellung seiner künftigen Ansprüche im Vermögen des Ersatzpflichtigen.

b) Schutz des Anspruchstellers vor sich selbst

Anzuerkennen ist, dass der historische Gesetzgeber der Rente gegenüber der Kapitalabfindung als Regelfall den Vorzug eingeräumt hat, um den Anspruchsteller – vor sich selbst – zu schützen. Es soll nicht passieren, dass er den **Kapitalbetrag „durchbringt“** und in einer späteren Phase nichts mehr hat, um lebensnotwendige Bedürfnisse zu decken. Eine solche Bevormundung widerspricht indes dem **Leitbild des mündigen Bürgers**. Die besondere Schutzwürdigkeit von Minderjährigen und Geschäftsunfähigen sowie sonstige Ausnahmefälle³⁰ dürfen – wie auch sonst – nicht zum Leitbild für den Normalbürger werden, sondern sind mit den Mitteln des Minderjährigenschutzrechts bzw § 242 BGB zu bewältigen.³¹

Dazu kommt, dass der **Standard der Mindestabsicherung durch Sozialversicherungsleistungen** heute ausgebauter ist als zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGBs. Für im Weg der Legalzession auf den Sozialversicherer übergegangene Schadenersatzansprüche, im Klartext deren Regressansprüche nach § 116 SGB X, trägt dieses Argument ohnehin in keiner Weise. Mit *Lang*³² ist durchaus anzuerkennen, dass es Fälle gibt, in denen die Kapitalentschädigung nicht die sachgerechte Modalität des Ersatzes ist; das spricht allerdings m. E. allenfalls dafür, in solchen Einzelfällen bloß einen Anspruch auf Rente vorzusehen, nicht aber diesen Ausnahmefall zur alleinigen Regel werden zu lassen.

Denkbar wäre, dem Ersatzpflichtigen in solchen Fällen bezüglich der Kapitalzahlung eine Einrede zu gewähren,³³ wobei freilich darauf hinzuweisen ist, dass der Haftpflichtver-

24 BGH v. 19.5.1981, VI ZR 108/79, NJW 1982, 757; BGH v. 12.7.2005, VI ZR 83/04, NZV 2005 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Behindertengerechter Umbau – hat es der Schlossherr besser?, NZV 2005, 620 ff; OLG Stuttgart 30.1.1997, 14 U 45/95, VersR 1998, 366.

25 Unzutreffend *Lang*, VGT 2019, 139, 152 Fn 85, der diese Entscheidung als Belegstelle für eine Kapitalzahlung wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes anführt.

26 So *Köck*, DAR 2019, 2, 3; diesem folgend *Lang*, VGT 2019, 139, 153.

27 Seit dem Entscheid *Baretta* BG v. 11.5.1999, BGE 125 III 312, 320; *ZürKomm³/Landolt* Vorbemerkungen zu Art 45, 46 OR Rn 246.

28 *Lang*, VGT 2019, 139, 154.

29 *Köck*, DAR 2019, 2.

30 OLG Celle v. 30.11.2011, 14 U 182/10, NZV 2012, 547; dazu *Lang*, jurisPR-VerkR 11/2012 Anm. 3: Versagung einer Kapitalentschädigung, weil Vorschüsse nicht widmungsgemäß verwendet worden seien.

31 Zurückhaltend freilich auch *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1486: Generelles Verbot der Kapitalisierung von Pflege- und Betreuungskosten; allerdings ohne Begründung, weshalb beim Erwerbsschaden und Unterhaltersatz, woraus der tägliche Lebensbedarf bestritten wird, Gegenteiliges gelten soll.

32 VGT 2019, 139, 140.

33 In diesem Sinn wohl *Nehls*, Kapital statt Rente (§§ 843 Abs. 3, 779 BGB): Rechnungszinsfuß näher bei 0 als bei 5 Prozent, DAR 2007, 444, 450; *C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Abfindung oder Rente beim Personenschaden? – aus Anwaltssicht, zfs 2008, 183, 184.

sicherer primär daran interessiert ist, seine Ersatzpflicht zu minimieren, ihm aber nicht die Rolle des Treuhänders der Geschädigteninteressen zukommt, mag das bei verantwortungsvollen Haftpflichtversicherern – verdienstvollerweise – durchaus in den Blick genommen werden.

*Bachmeier*³⁴ versucht den gesetzlichen Rentenanspruch in § 843 I BGB damit zu begründen, dass es bei einer Kapitalabfindung zu einer Irreparabilität von Fehlentscheidungen kommt, bei einer Rente jedoch spätere Korrekturen möglich sind. Das ist an sich zutreffend; zu beachten ist indes, dass die Rechtskraft eines Rentenzuspruchs auch nicht ohne weiteres zu korrigieren ist. Zudem wird eine solche Korrekturmöglichkeit bei der vom Gesetz ausschließlich vorgesehenen Rente damit „erkauft“, dass der Anspruchsteller bei Verlangen einer Kapitalentschädigung – um es mit den Worten von *Bachmeier* auszudrücken – dem „Diktat des Haftpflichtversicherers“ und der Alternative „take it or leave it“ ausgesetzt ist.

c) Höhere Belastung der Gerichte

Zutreffend ist, dass es bei Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf Kapitalentschädigung zu einer zusätzlichen Belastung der Gerichte käme.³⁵ Dass es bei der Ermittlung der „passenden“ Höhe mehr um „Vergleichsmotivation“ als um „justiziable Kategorien“ geht,³⁶ ist möglicherweise von der Warte eines Richters formuliert, der sich mit einer solchen gewiss schwierigen potentiellen Entscheidungsfindung³⁷ konfrontiert sieht – und hofft, dass dieser Kelch an ihm vorübergehen möge. Zu konstatieren ist, dass es nicht allein um „Motivation“, sondern auch um „Durchsetzbarkeit“ geht.

Hat man freilich ein dringendes Rechtsschutzdefizit des Anspruchstellers ausgemacht, ist es im Rechtsstaat gerade die Aufgabe von Gerichten, demjenigen unter die Arme zu greifen, der des Schutzes bedarf, mag das für die betroffenen Richter auch mit (viel) Mühe und Arbeit verbunden sein. Dass Haftpflichtversicherer auch bei einem gesetzlichen Anspruch außergerichtlich einen Kapitalbetrag verweigern können,³⁸ ist für sich kein überzeugendes Gegenargument; das ist nämlich bei jedem – schlussendlich – berechtigten Anspruch so. Gerade dazu dient im Rechtsstaat freilich die Durchsetzung eines Anspruchs mit gerichtlicher Hilfe.

5. Unwägbarkeiten bei Errechnung des Kapitalbetrags

Die dem Ausgleichsprinzip entsprechende Höhe der Kapitalabfindung ist von mehreren Stellschrauben abhängig. Aus dem Beitrag von *Strunk*³⁹ ergibt sich eindrücklich, welche große Bedeutung der Kapitalisierungszinssatz hat. Auf weitere Parameter (Sterbetafeln, Fälligkeit und Laufzeit der Rente, Dynamisierung)⁴⁰ sei nur der Vollständigkeit halber verwiesen. Deshalb sollte der Anspruchsteller – wie beim Schmerzensgeld – in Durchbrechung des § 253 II 2 ZPO – einen Mindestbetrag fordern können, bei dem das Gericht dann die Möglichkeit hätte, einen über diesen hinausgehenden, nach oben offenen Zusage vorzunehmen.

Diesbezüglich wäre m. E. keine gesetzliche Normierung geboten. Ausreichend wäre eine ausdrückliche Erwähnung in den Gesetzesmaterialien. Ob der Sozialversicherer ebenfalls eines derartigen Schutzes bedarf, ist fraglich; zu verweisen ist etwa darauf, dass der EuGH bezüglich des Gerichtsstandes zwischen „normalen“ Geschädigten unter Einschluss von Arbeitgebern einerseits und Sozialversicherungsträgern andererseits unterschieden hat.⁴¹

6. Rechtstechnische Umsetzung

Die Rechtsfolge des § 843 I BGB in der derzeitigen Form lautet: ... „so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadenersatz zu leisten“. Dieser Satz wäre geringfügig abzuändern, sodass er zu lauten hätte: „kann der Verletzte nach seiner Wahl einen Kapitalbetrag oder eine Geldrente verlangen“. § 843 III BGB könnte ersatzlos gestrichen werden bzw es würde Platz frei für eine weitere gesetzliche Determinierung, auf die in der Folge (III.3.c) noch einzugehen sein wird.

III. Die maßgeblichen Determinanten

1. Vorbemerkung

Zutreffend ist, dass dem Kapitalisierungszinssatz eine überragende Bedeutung zukommt, wie die überaus instruktiven Beispiele von *Strunk*⁴² belegen. Um dem Ausgleichsprinzip möglichst präzise zu entsprechen, ist aber methodisch zweistufig vorzugehen: In einem ersten Schritt ist die künftige Rente getrennt nach Schadensposten zu ermitteln; und erst in einem zweiten Schritt ist aus dieser ein Barwert, also der geschuldete Kapitalbetrag zu errechnen.⁴³

2. Ermittlung der künftigen Rente

a) Allgemeine Gesichtspunkte

Die bei Festsetzung der Rente geübte Zurückhaltung der Gerichte bei der Prognose ist schon bei Zusage einer solchen mit dem Ausgleichsprinzip nicht vereinbar und sollte auch dort aufgegeben werden.⁴⁴ Das Gebot, die wahrscheinlichste Entwicklung zugrunde zu legen, sollte nicht mehr ein reines Lippenbekenntnis sein, sondern ist ernst zu nehmen. Bei Ermittlung der Rentenbeträge, die Basis für die Kapitalisierung sind, gibt es keine Hindernisse aus dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit eines Zwangsvollstreckungstitels.

Jedenfalls zu berücksichtigen ist die künftige Inflation.⁴⁵ Dass es künftig gar keine Inflation gibt, ist am allerunwahrscheinlichsten; gerade das wird aber von den Gerichten – wider besseres Wissen – angenommen, weil es am bequemsten ist. Ohne besseren Kenntnisstand ist im Zweifel der Verbraucherpreisindex zugrunde zu legen. Da man in der Tat nur unvollkommen in die Zukunft blicken kann, ist von einem Wert nach dem Durchschnitt der letzten 5 oder 10 Jahre auszugehen. Ein Anhaltspunkt könnte sein, dass die Europäische Zentralbank eine Inflation von 2% für wünschenswert erachtet, wobei sich in den letzten Jahren gezeigt hat, dass eine Dämpfung der Inflation mit dem ihr zur Verfügung stehenden Instrumentarium sehr viel leichter möglich ist als eine Anhebung der Inflationsrate.

34 SVR 2019, 10, 11.

35 *Lang*, VGT 2019, 139, 153.

36 So *Luckey*, NZV 2019, 8, 14.

37 Ähnlich die Einschätzung von *Bachmeier*, SVR 2019, 10: Kapitalisierung zählt zu den „schwierigsten Bereichen des Schadenersatzrechts“.

38 So *Köck*, DAR 2019, 2, 3.

39 VGT 2019, 163 ff.

40 Dazu umfassend *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477 ff.

41 EuGH v. 17.9.2009, C-347/08, VersR 2009, 1512: Vorarlberger Gebietskrankenkasse.

42 VGT 2019, 163, 167 ff.

43 So auch *Bachmeier*, SVR 2019, 10, 11; *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1486 f.

44 *Ch. Huber*, zfs 2018, 484, 486.

45 *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1484: Inflationsausgleich geradezu zwingend; andere Vorgehensweise im Ergebnis unvertretbar.

b) Die einzelnen Schadensposten

*Strunk*⁴⁶ macht in ihren Beispielen deutlich, wie stark sich die **Dynamisierung** auf die Höhe des Barwertes auswirkt. Sie hält dabei pauschal einen Wert von 1 % bis 2 % für angemessen, verweist aber darauf, dass dieser Umstand zum Teil gar nicht berücksichtigt wurde oder dafür auch nur 1,5 %⁴⁷ angesetzt worden sind. Je nach Schadensposten sind m. E. selbst 2 %⁴⁸ nach Maßgabe des Ausgleichsprinzips im Regelfall (viel) zu gering.

aa) Erwerbsschaden

Schreibt man beim Erwerbsschaden die zu einem bestimmten Zeitpunkt – korrekt – ermittelte verletzungsbedingte monatliche Einbuße bei Betätigung der Arbeitskraft mit dem **nominalen Betrag mechanisch in die Zukunft** fort, kommt es typischerweise zu einer **beträchtlichen Unterentschädigung** des Anspruchstellers. Plausibel ist nämlich die Annahme, dass eine Person bei Betätigung ihrer Arbeitskraft künftig jedenfalls **kein sinkendes Realeinkommen** erzielt, somit jedenfalls einen Zuschlag in Höhe der Geldwertverdünnung erhält.

Nicht nur fair, sondern realistisch ist zudem eine **Teilhabe am Wirtschaftswachstum**,⁴⁹ wie das auch die Steigerungsraten in den Kollektivverträgen belegen.⁵⁰ Für Zwecke der Schadensregulierung kommt es nur als letztes Auffangbecken auf gesamtwirtschaftliche Werte an; vorzugswürdig ist es hingegen, möglichst konkrete Anknüpfungspunkte heranzuziehen; und seien es solche der **Branche** oder der **Berufsgruppe**, der der Anspruchsteller angehört hat.

Schließlich ist in vielen Berufen, jedenfalls solchen, bei denen es auf den **Einsatz der geistigen Ressourcen** ankommt, ein **beruflicher Aufstieg** weit verbreitet. Beamte erhalten alle 2 Jahre eine Biennie, vulgo „Kalkzulage“; in vielen Bereichen sind die Gehaltssprünge deutlich höher; mag auch nicht jeder Stationsarzt Chefarzt werden; zum Oberarzt bringen es die meisten – mit entsprechenden Einkommenszuwächsen.⁵¹ Diese drei Komponenten – Inflationsabgeltung, **Teilhabe am Wirtschaftswachstum** und individueller beruflicher Aufstieg – zusammen ergeben bei den allermeisten erwerbstätigen Menschen **deutlich mehr als eine Steigerung von 1,5 bis 2 % pro Jahr**.⁵²

Im **schweizerischen Recht** wird bezüglich des beruflichen Aufstiegs auf statistische Untersuchungen zurückgegriffen, die erweisen, dass das jährliche Erwerbseinkommen bis zur **Vollendung des 52. Lebensjahres kontinuierlich ansteigt**, ehe dann eine Abflachung oder gar ein Stillstand der Zunahme des Erwerbseinkommens zu beobachten sei.⁵³ Freilich kann das nicht generalisiert werden. Es gibt auch Gegenbeispiele: Manche erreichen den Höhepunkt des Erwerbseinkommens erst mit 60 oder 65 Jahren; und so mancher Richter, der nach seiner Pensionierung sein know how als Konsulent für eine Großkanzlei einsetzt, wird den **Kulminationspunkt seines Erwerbseinkommens erst in dieser Lebensetappe** erreichen.

Solche Personen sind eine Belegstelle dafür, dass eine **Befristung des Erwerbsschadens mit Vollendung des 65. Lebensjahres nicht überall angebracht** ist. Zuzugeben ist, dass es sich insoweit um Ausnahmen handelt; statistisch betrachtet allerdings nicht um ganz ausgerissene: So mancher Professorenenkollege ist weit über seine Pensionierung hinaus beruflich aktiv und verdient dann – mitunter – immerhin so viel, um die Differenz zwischen Aktiveinkommen und Pension ausgleichen zu können, gelegentlich auch eine Schippe mehr.

Die generelle zeitliche Befristung nach dem derzeitigen Renteneintrittsalter von 65 Jahren ist – nicht nur in den genannten besonderen Konstellationen – schon im Moment nicht mehr der richtige Ansatz. Mit *Strunk*⁵⁴ ist zu betonen, dass die **Einführung der Rente mit Vollendung des 70. Lebensjahres** nur eine Frage des opportunen Zeitpunkts ist.⁵⁵ Er wird eher unmittelbar nach Bundestagswahlen liegen als davor. Infolge der demografischen Entwicklung und der immer noch gegebenen zunehmenden Lebenserwartung, mag diese Steigerung auch geringer werden, bleibt gar nichts anderes übrig, soll das im Umlageverfahren finanzierte System der gesetzlichen Altersversorgung nicht aus allen Fugen geraten.

Dazu kommt der Umstand, dass nicht nur die **Lebenserwartung** steigt, sondern auch die **körperliche Fitness der Silver Ager** länger erhalten bleibt, sodass sie auch in der Lage sind, nicht nur ihren Lebensabend zu genießen, sondern sich auch noch „nützlich zu machen“, im Klartext ihre Arbeitskraft erwerbswirtschaftlich einzusetzen. Je jünger eine verletzte Person ist, umso mehr ist dieser Umstand zu berücksichtigen.⁵⁶

Hinzuweisen ist freilich darauf, dass die nominelle Steigerung des Erwerbseinkommens sowie das höhere Renteneintrittsalter **keine Einbahnstraße** sind. Manche Menschen sind dem Risiko ausgesetzt, auch als gesunde **arbeitslos** zu werden oder einen **beruflichen Abstieg** in Kauf nehmen zu müssen. Bei Vorhandensein derartiger Anhaltspunkte sind **Abschläge** geboten, was freilich von den Gerichten auch derzeit gebührend berücksichtigt wird, weil die tüchtigen Anwälte der Haftpflichtversicherer derartige Einwendungen mit beeindruckender Überzeugungskraft vorbringen.⁵⁷

Zu verweisen ist allerdings darauf, dass nicht nur solche Menschen verletzt werden und sich nicht bei jedem in Deutschland wohnhaften Menschen ein derartiges Risiko verwirklicht, mag er auch kein Beamter sein. Zu ergänzen ist, dass **Deutschland kein Volk von Arbeitslosen und Hartz-IV-Beziehern** ist, weil der beträchtliche Wohlstand und die immer noch beträchtlichen Exportüberschüsse sonst nicht erwirtschaftet werden könnten. Zu verweisen ist zudem darauf, dass manche Menschen ohne Verletzung einen beruflichen Aufstieg erreicht hätten, der weit über eine durchschnittliche Laufbahn hinausgeht.⁵⁸

46 VGT 2019, 163, 174 ff.

47 LG Köln v. 9.2.2005, 25 O 649/03, VersR 2005, 710 (*Kornes*).

48 So LG Hamburg v. 26.7.2011, 302 O 192/08, NJW-Spezial 2012, 11.

49 *Carl/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1484 f mit dem Hinweis in FN 75, dass die Reallöhne in den Jahren 2015 bis 2017 zwischen 0,8 und 2,4 % gestiegen sind. Mögen die Wachstumsraten in der Zukunft auch abnehmen, fällt auch die Berücksichtigung von jährlichen durchschnittlichen Werten zwischen 0,5 % und 1 % bei ihrer Akkumulation erheblich ins Gewicht.

50 Zuletzt etwa am 2.3.2019 für den öffentlichen Dienst der Länder: Rund 8 % für 3 Jahre. <https://www.oeffentlichen-dienst.de/> abgerufen am 10.3.2019.

51 Ebenso *Scholten*, Merkmale bei der Abfindung von Personenschäden, NJW 2018, 1302, 1304 unter Hinweis auf das „Gebot, Karrierefortschritte zu berücksichtigen“; ebenso *Carl/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1484.

52 Zu einer Feststellungsklage unter Bezugnahme auf eine bestimmte Besoldungsgruppe (A 11) zur „Schaffung einer Ersatzlage“ *Luckey*, NZV 2019, 8, 14.

53 *Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza*, Die Berechnung des Erwerbsschadens (2007).

54 VGT 2019, 163, 166 mit Nachweisen in Fn 14.

55 Ebenso *Carl/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1479 Fn 20.

56 *Luckey*, NZV 2019, 8, 10.

57 Nachweise bei *NomosKomm/Ch. Huber* §§ 842, 843 Rn 11, 79.

58 Zur unterschiedlichen Wahrnehmung von Chancen und Risiken bei der Erwerbsschadensprognose in Deutschland und der Schweiz *Ch. Huber*, zfs 2018, 484, 490 f.

Zur zeitlichen Befristung der Rente ist freilich – auch bei Festlegung einer Kapitalentschädigung – zu beachten, dass es derzeit ein beträchtliches Auseinanderklaffen von gesetzlichem und faktischem Renteneintrittsalter gibt. Das ist bei Befristung der Erwerbsschadensrente, konsequenterweise aber auch bei einer Kapitalentschädigung, zu berücksichtigen. Nicht nur der Witterungsunbill ausgesetzte Bauarbeiter sowie Flugzeugpiloten, deren Beruf ein besonders hohes Maß an Konzentrationsfähigkeit verlangt, sind aufgrund ihrer Physis im Regelfall nur bis zu einem bestimmten – geringeren – Alter in der Lage, ihren Beruf auszuüben; rein faktisch zu beobachten ist, dass namentlich (Volks-, Hauptschul- und Gymnasial-)Lehrer nur ausnahmsweise bis zum gesetzlichen Rentenalter im Beruf stehen. Insoweit trägt m. E. der Anspruchsteller die Beweislast, dass bei ihm ohne Verletzung Gegenteiliges gegolten hätte,⁵⁹ während Autoren der Versicherungswirtschaft lediglich den Gegenbeweis zulassen wollen.⁶⁰

bb) Haushaltführung und Pflegeleistungen

Die Rente für Pflegedienstleistungen und Haushaltführung gebührt grundsätzlich lebenslänglich,⁶¹ mag in besonders fortgeschrittenem Alter wegen der nachlassenden Leistungsfähigkeit in der Haushaltführung bzw. zur Beweislast des Ersatzpflichtpflichtigen stehenden überholenden Kausalität bei Pflegeleistungen gewisse Abschlüsse vorzunehmen sein.⁶² Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Heranziehung aktuellster Sterbetafeln;⁶³ Luckey⁶⁴ weist zutreffend darauf hin, dass die in Deutschland verwendeten auf Werten der Vergangenheit beruhen, während richtigerweise die heutigen Verhältnisse in die Zukunft extrapoliert werden müssten. So geht man schon derzeit in der Schweiz vor.⁶⁵

Der Verbraucherpreisindex bildet die Preissteigerung eines bestimmten Warenkorbs ab. Während Dienstleistungen, bei denen kein Rationalisierungspotenzial besteht, sich überproportional verteuern, ist bei technischen Geräten wie Fernseher, Computer oder Auto Gegenteiliges zu beobachten; diese werden tendenziell billiger und wirken so dämpfend auf die nach dem Verbraucherpreisindex ermittelte Teuerungsrate. Solange die Pflege kranker Menschen – hoffentlich – nicht durch Roboter erfolgt, werden diese Kosten stärker steigen als der Verbraucherpreisindex. Dazu kommt, dass man sich als neutraler Leser des Eindrucks nicht erwehren kann, dass Gerichte sich beim Stundenlohn für Haushalts- und Pflegedienstleistungen, wie er für die Abgeltung der Leistungen von Familienangehörigen zugrunde gelegt wird, am Entgelt von Schwarzarbeitern aus Osteuropa oder Gegenden noch weiter östlich orientieren.⁶⁶

Abgesehen davon, dass dieser Ansatz verfehlt ist, ist darauf zu verweisen, dass sich die gewaltigen Lohnunterschiede künftig verringern werden, wie das jedenfalls in der EU in den letzten 30 Jahren sukzessive der Fall gewesen ist; dazu kommt, dass es in Deutschland derzeit bereits einen Mindestlohn gibt, der sukzessive signifikant angehoben werden soll.

Angebracht ist insoweit, die Schadenersatzrente für Haushalts- und Pflegedienstleistungen, die Basis für die Ermittlung der diesbezüglichen Kapitalabfindung ist, an die Lohnentwicklung der Tariflöhne derartiger Arbeitskräfte zu koppeln. Soweit für die Entlohnung solcher Kräfte Zuschläge mit deren fortschreitendem Alter vorgesehen sind, ist das zu berücksichtigen. Dazu kommt, dass bei tatsächlicher Einstellung einer Ersatzkraft auch ESt und Lohnnebenkosten anfallen.

cc) Unterhaltersatz

Der Unterhaltersatzanspruch nach § 844 II BGB wird häufig als ein ausnahmsweise ersatzfähiger mittelbarer Schaden qualifiziert. Diese dogmatische Qualifizierung mag dahinstehen. Der Sache nach ist er ein Ausschnitt des Erwerbsschadens, den die getötete Person verlangen könnte, wäre sie nicht getötet sondern verletzt worden. Ersatzfähig ist der Erwerbsschaden dabei in dem Ausmaß, in dem die Familienangehörigen einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen den Getöteten gehabt hätten, wäre er nicht getötet worden. Das gilt für die berufliche Erwerbsarbeit ebenso wie für Haushaltsdienstleistungen im engeren und weiteren Sinn.

Häufig wird dabei übersehen, dass mit dem Ausscheiden eines Kindes aus dem Haushaltsverbund und dem Enden der Unterhaltspflicht die Quoten der anderen neu berechnet werden müssen.⁶⁷ Die fixen Kosten werden lediglich umverteilt, ihr Ausmaß insgesamt bleibt hingegen gleich, daher die Bezeichnung „fixe“ Kosten. Die den verbleibenden Unterhaltersatzgläubigern zustehenden variablen Kosten erhöhen sich ebenfalls, wobei zu bedenken ist, dass auch der Anteil des Getöteten sich erhöht hätte. Da der BGH immer nur einen Einzelfall entscheidet, gibt es dazu naturgemäß kaum Judikatur. Es besteht indes die Gefahr, dass derartige in der tagtäglichen Schadensregulierung – nicht unbedeutliche – Schadensposten unter den Tisch fallen. Das ist schon bei der Festsetzung einer Rente nicht angebracht; umso weniger freilich bei Festsetzung einer Kapitalentschädigung.

In der Schweiz wird im Rahmen der Kapitalabfindung auch die Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit „eingepreist“.⁶⁸ Umstritten ist lediglich, ob das nach allgemeinen Kriterien wie Region, Alter und Bildungsstand erfolgt oder nach individueller Beweiswürdigung des Richters, frei nach der Devise, dass bei einer gut aussehenden, adrett gekleideten, in der Blüte ihrer Jahre stehenden und womöglich auch noch vermögenden Witwe, die das Gericht in Augenschein nimmt, dieses zum Schluss kommt, dass diese nicht lange allein bleiben werde. Einig ist man sich freilich, dass dies nicht auf eine unwürdige „Fleischschau“ hinauslaufen soll.

c) Größtmögliche Präzision

Das hier formulierte Postulat lautet: Es soll größtmögliche Genauigkeit im Ausgangspunkt angewendet und ermittelt werden, welche dynamischen Renten künftig geschuldet wären. Nur wenn man die konkreten Zahlen kennt, kann man zu einer fairen Schätzung gelangen, die nach § 287 ZPO zudem nur zulässig ist, soweit eine konkrete Ermittlung mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden ist. Da es bei schweren Personenschäden um namhafte Summen geht, darf

59 NomosKomm/Ch. Huber §§ 842, 843 Rn 87.

60 Lemcke, r+s 1995, 384; Lang, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden, VersR 2005, 894, 898.

61 OLG Düsseldorf v. 5.10.2010, 1 U 244/09, NJW 2011, 1152; OLG Celle v. 30.11.2011, 14 U 182/10, NZV 2012, 547.

62 Scholten, NJW 2018, 1302, 1304.

63 Car/Mittelstadt, VersR 2018, 1477, 1480.

64 NZV 2019, 9, 10.

65 Darauf hinweisend bereits Kornes, Kapitalisierung: Flexibler Realzins statt 5%-Tabellenzins, r+s 2003, 485, 487; ebenso Car/Mittelstadt, VersR 2018, 1477, 1480; zur Kapitalisierung in der Schweiz Weber/Schaetzle, Barwerttafeln und Berechnungsprogramme⁶ (2013).

66 Zuletzt v. BGH 6.11.2018, VI ZR 518/16, VersR 2019, 51; Zurückverweisung zur Auseinandersetzung mit der Einwendung des Ersatzpflichtigen, ob für die Betreuung einer schwerstverletzten Person nicht ein Stundenlohn von 6 Euro und für die Bereitschaftszeiten ein solcher von 3 Euro angemessen sein könnte; kritisch dazu Ch. Huber, ZVR 2019, 208 f.

67 Ch. Huber, zfs 2018, 484, 492.

68 ZürKomm/Landolt Art 45 Rn 123 ff.

auch der Aufwand zur Ermittlung des Umfangs ins Gewicht fallend sein. Im Zweifel ist für die Berechnung des geschuldeten Ersatzbetrags ein **Sachverständiger** heranzuziehen. Dieser wird in der Lage sein, einen Barwert auch dann präzise zu ermitteln, wenn die künftigen monatlichen oder quartalsmäßigen Zahlungen im Lauf der Zeit unterschiedlich hoch sind und von mehreren Parametern abhängig sind.

Dieser hier beschriebene Ermittlungsweg ist deutlich präziser als der von *Strunk*⁶⁹ vorgeschlagene **pauschale globaler Dynamisierungszuschlag** von 1,5 oder 2 %; je nach Schadensposten fällt dieser häufig deutlich höher aus. Auf Basis der gängigen Regulierungspraxis dürfte freilich schon der Umstand, dass er überhaupt berücksichtigt wird, eine Besonderheit darstellen. Die üblichen Kapitalisierungstabellen berücksichtigen ihn jedenfalls nicht.

3. Kapitalisierungszinssatz

a) Stellungnahme zur Position von Strunk

Die Wahl des **passenden Kapitalisierungszinssatzes** ist der Kerninhalt des von *Strunk*⁷⁰ behandelten Themas. Daher erfolgen an dieser Stelle nur marginale ergänzende und zum Teil widersprechende Bemerkungen:

Zutreffend ist der Befund, dass seitens der Haftpflichtversicherer unter Berufung auf eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1981,⁷¹ als man für Tagesgeld annähernd 10 % Zinsen bekam, eine Anpassung an das derzeitige Marktniveau die längste Zeit mit dem Argument abgewehrt wurde bzw wird, dass das **aktuell geringe Zinsniveau ein vorübergehendes Phänomen von kurzer Dauer** sei. Ex post betrachtet war diese Aussage falsch, weil seit dem VGT 2005 die durchschnittliche Rendite der (deutschen) Bundesanleihen lediglich 2 % betrug.⁷²

Den Geschädigten, deren künftige Ansprüche seither auf der Basis eines Kapitalisierungszinssfußes von 5 % abgefunden wurden, nützt das nichts mehr. Zudem kann man festhalten, dass es nicht schwer ist, im Nachhinein klug zu sein. Bei einer unterschiedlichen **Einschätzung der Zukunft** ist es meistens so, dass der eine ins **Schwarze** trifft oder jedenfalls den **Graubereich** erwischt, während der andere **meilenweit daneben** liegt.

Bei Verweis auf eine Durchschnittsbetrachtung steht man vor folgendem Dilemma: Sind die **Zinsen gering**, wird der Haftpflichtversicherer einwenden, dass das womöglich nur ein **kurzfristiges Phänomen** sei, das Zinsniveau alsbald wieder steigen würde, weshalb mit dem heute üblichen Zinssatz von 5 %⁷³ zu kapitalisieren sei. Steigen die Zinsen dann kurzfristig auch nur ganz geringfügig an, wird das als Belegstelle verwendet, dass sich der **Trend schon umgekehrt** habe, was dafür spreche, den bisher hohen Zinssatz von 5 % beizubehalten. Wie immer das Zinsniveau sich bewegt, es gibt nahezu **immer Argumente für die Beibehaltung des hohen Kapitalisierungszinssatzes von 5 %**.⁷⁴ Dieses Ergebnis stimmt nachdenklich,⁷⁵ ganz abgesehen davon, dass offen ist, welcher Zeitraum für eine Durchschnittsbildung heranzuziehen sein sollte.

Davon zu unterscheiden ist das Phänomen, dass man für eine **kurzfristige Bindung** häufig **geringere Zinsen** bekommt als bei **langfristiger Veranlagung**. Freilich ist das durchaus nicht immer so. Ist das Zinsniveau gering und wird eine Anhebung des Zinsniveaus erwartet, wäre es folgerichtig, dass der Schuldner bei langfristiger Bindung bereit ist, etwas höhere Zinsen zu zahlen, um sich das geringe Zinsniveau zu sichern. Derzeit ist das kaum zu beobachten, was als Indiz anzusehen ist, dass der Markt mit einer Änderung offenbar nicht rechnet. Ist das Zinsniveau jedoch hoch und erwartet der Markt

eine Senkung des Zinsniveaus, werden die kurzfristigen Zinsen ausnahmsweise über den langfristigen liegen. Allgemeine Aussagen sind somit nicht möglich, sondern immer von der jeweiligen Situation abhängig.

b) Zinsniveau bei Durchschnittsbetrachtung oder Erhalt der Kapitalentschädigung

*Strunk*⁷⁶ legt das Dogma der **Durchschnittsbetrachtung** zugrunde und hält für angemessen,⁷⁷ bis zu einer Laufzeit von 10 Jahren einen Kapitalisierungszinssatz von 1 % anzunehmen, für eine von 10 bis 20-jährige Laufzeit allerdings einen solchen von 2 %. Dagegen bestehen m. E. erhebliche Bedenken:

Einigkeit ist darüber zu erzielen, dass maßgeblich die **Position des Geschädigten** ist. Außer Streit zu stellen ist, dass ihm **keine Veranlagung mit spekulativem Charakter** zuzumuten ist. Die nominelle Kapitalerhaltung hat oberste Priorität. Leitbild ist eine **mündelsichere Veranlagung**.⁷⁸ Ansatzpunkte sind dabei der Referenzzinssatz der Umlaufrendite der Anleihen der öffentlichen Hand, wie er in § 8 KfzPflVV gewählt wurde, oder Festgelder einer deutschen Bank, bei der eine Garantie der Europäischen Zentralbank oder einer vergleichbaren Institution gegeben ist.⁷⁹

Entscheidend ist aber – und insoweit unterscheidet sich mein Ansatz von dem von *Strunk* –, dass der Geschädigte im **Zeitpunkt der Empfangnahme der Kapitalentschädigung** vor der Veranlagungsentscheidung steht.⁸⁰ Ob er eine solche konkret durchführt oder nicht, darauf kommt es in concreto nicht an. Dass Sozialversicherer wegen des Umlageverfahrens die vereinnahmten Gelder sogleich wieder ausgeben, ist ebenso wenig bedeutsam wie der Umstand, dass Geschädigte die Kapitalabfindung für die Tilgung von Schulden verwenden und deshalb gar keine Zinsen erwirtschaften.⁸¹ Maßgeblich

69 VGT 2019, 163, 175

70 VGT 2019, 163 ff.

71 BGH v. 8.1.1981, VI ZR 128/79, VersR 1981, 283.

72 *Strunk*, VGT 2019, 163, 169 Fn 33 unter Bezugnahme auf *Jahnke*, Abfindung von Personenschadenansprüchen³ (2018) § 6 Rn 235.

73 *Bachmeier*, SVR 2019, 10, 11: 5 % „nahezu zementiert“.

74 So *Küppersbusch/Höber*, Ersatzansprüche bei Personenschäden Rn 869; kritisch dazu *Ch. Huber*, NJW 2017, 2012 sowie *Scholten*, NJW 2018, 1302, 1304: Abzinsungsfaktoren, die die versicherungsnaher Literatur dem Anwalt zur Verfügung stellt, sind nur „beschränkt tauglich“; *Jahnke*, Abfindung von Personenschadenansprüchen § 1 Rn 519. Ebenso bereits *Lang*, VersR 2005, 894, 896; *R. Schneider/S. Dietz-Schneider*, Nochmals – Kapitalisierung und Verrentung von Schadensersatzforderungen, zfs 2004, 541, 546; *Langenick/Vatter*, Aus der Praxis für die Praxis: Die aufgeschobene Leibrente – ein Buch mit sieben Siegeln, NZV 2005, 10, 11.

75 So auch *Luckey*, NZV 2019, 9, 10: Kaum vertretbar in Zeiten eines fast jahrzehntelangen „Nullzinssniveaus“; *Bachmeier*, SVR 2019, 10, 11: „Geradezu absurd und inakzeptabel“; *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1482: 5 % „unzweifelhaft deutlich übersetzt“; vorsichtiger *Köck*, DAR 2019, 2, 3: „Jedenfalls derzeit 5 % unrealistisch hoch.“ Gegen eine Zinssatz von 5 % bereits *C. Schab Sedi/M. Schab Sedi*, zfs 2008, 183, 185 f; *Jaeger*, Nochmals: Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich, VersR 2006, 1328, 1330; *Nehls*, DAR 2007, 444, 446 ff; *Kornes*, Kapitalisierung: Flexibler Realzins statt 5 %-Tabellenzins – (Teil II), r+s 2004, 1, 6 f.

76 VGT 2019, 172 f.

77 So auch *Köck*, DAR 2019, 2, 3 mit dem zutreffenden Hinweis der besonderen Bedeutung des zeitnahen Zinsniveaus; ebenso *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1482.

78 *Bachmeier*, SVR 2019, 10, 12; *Scholten*, NJW 2018, 1302, 1304: „Zweifelhaft ist eine Verweisung auf andere als mündelsichere Anlagen“.

79 *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1482.

80 Das Rendite-Blitzlicht zugunsten einer langfristigen Betrachtung verwerfend BGH v. 22.1.1986, IVa ZR 65/84, VersR 1986, 392 mit Nachtrag VersR 1986, 552, allerdings in einem Fall einer Deckungsinsolvenz mit einer gegenteiligen Interessenlage des Haftpflichtversicherers; darauf zu Recht hinweisend *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1483.

81 So der Hinweis von *Scholten*, NJW 2018, 1302, 1304.

ist allein, dass der Anspruchsteller bei entsprechender Veranlagung den Gegenwert der ihm zustehenden Rente erwirtschaften können muss. Es ist daher mE allein auf das **Zinsniveau zum Zeitpunkt der Empfangnahme der Kapitalentschädigung** abzustellen, nicht auf eines, das sich in der Zukunft in die eine oder andere Richtung bewegt.⁸²

Veranlagt er zu diesem Zeitpunkt zu dem dann in diesem Moment erzielbaren Zinssatz, steht er wie bei Erhalt einer Rente, mit dem beträchtlichen Vorteil allerdings, dass es bei ihm liegt, ob er so verfährt und er künftighin beim Ersatzpflichtigen nicht mehr vorstellig werden muss; unterlässt er eine solche Veranlagung, geschieht das auf eigenes Risiko.

Auch wenn es im Schadensrecht allein auf die Umstände in der Sphäre des Geschädigten ankommt, es um den Ausgleich seiner Einbuße geht, sind damit **keine unzumutbaren Härten für den Haftpflichtversicherer** verbunden. Dieser kann im zeitlichen Verlauf einen Ausgleich erzielen zwischen geschuldeten Kapitalzahlungen mit einem jeweils höheren oder geringeren Kapitalisierungszinsfuß. Dieser Lösungsansatz hat den Vorteil, dass er gerade in der Sphäre des Geschädigten ansetzt, dessen Nachteil auszugleichen ist; ein Streit, **welcher Durchschnittszeitraum** maßgeblich ist, entfällt, was zur Ersparnis weiteren Regulierungsaufwands führt.

Das mangels einer „expliziten gesetzlichen Regelung den Beteiligten selbst zu überlassen“, wobei „die Regulierungspraxis pragmatisch umgeht“ und in einem „Gesamtpaket aller Parameter“ „in der Regel für alle akzeptable Ergebnisse erzielt“,⁸³ ist die **Wahrnehmung eines Haftpflichtversicherers**, der infolge seiner Machtposition an einem möglichst großen – zum eigenen Vorteil ausnutzbaren – Verhandlungsspielraum interessiert ist. Ein neutraler Beobachter gewinnt den Eindruck eines **arabischen Bazars**, bei dem der Leistungsaustausch je nach Angewieseneit und Verhandlungsgeschick erfolgt. Im Schadensrecht sollte es aber darum gehen, dass eine **Einbuße möglichst präzise ermittelt** werden soll; und lediglich dann, wenn das nur mit unverhältnismäßigen Mitteln zu bewerkstelligen ist, soll eine richterliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO subsidiär vorgenommen werden.⁸⁴

Der guten Ordnung halber sei hinzugefügt, dass in der Diskussion – auch bei *Strunk*⁸⁵ – häufig von **Bruttozinsen** die Rede ist. Abgesehen von einer durchaus moderaten Freigrenze von knapp über 800 Euro pro Jahr ist in Deutschland für Zinserträge **Abgeltungssteuer samt Solidaritätszuschlag** und sogar **Kirchensteuer** zu bezahlen.⁸⁶ Da einem Geschädigten auch keine rechtswidrige Veranlagung in Steueroasen zumutbar ist, ist dieser Umstand selbstverständlich ins Kalkül zu ziehen. Jedenfalls bei den Schadensposten, die bei Zufluss einer Rente steuerfrei sind, ist die Abgeltungssteuer samt Solidaritätszuschlag und Kirchsteuer in Abzug zu bringen. Das macht immerhin mehr als 25 % aus! Beim Erwerbsschaden kommt die Versteuerung nach §§ 24, 34 EStG hinzu.

c) Starrer oder flexibler Zinssatz

Bei den **Verzugszinsen** hat sich gezeigt, dass ein vom Gesetzgeber angeordneter **starrer Zinssatz** typischerweise das Ziel verfehlt; mitunter ist er zu hoch, mitunter zu gering. Bei den Verzugszinsen hat man sich in § 288 BGB dafür entschieden, unter Bezugnahme auf den **halbjährlich anzupassenden Basiszinssatz** in § 247 BGB⁸⁷ die Verzugszinsen mit einem unterschiedlichen Aufschlag für Unternehmer- oder Verbrauchergeschäfte festzulegen.

Dieses Modell könnte für die Festlegung des Kapitalisierungszinssatzes Vorbild sein. Wie dort wäre zu erwägen, den

Kapitalisierungszinssatz von **Unternehmern** unter Einschluss der **Sozialversicherungsträger** gegenüber „Normalbürgern“ mit einem **Zuschlag**, etwa von 1 %, zu versehen, weil diese zu einer Risikostreuung und damit der Aufnahme von Aktien in ihr Portefeuille in der Lage sind.⁸⁸ Ob man an die Unternehmereigenschaft anknüpft oder daran, ob jemand wie ein Regressgläubiger ein institutioneller Anleger ist, wäre dabei eine zu klärende Detailfrage. Eine derartige Differenzierung wird etwa in der schweizerischen Literatur befürwortet.⁸⁹ Eine solche gesetzliche Festlegung würde den Streit über den jeweils maßgeblichen Zinssatz beseitigen und dafür Sorge tragen, dass für die beteiligten Parteien **Rechtssicherheit** herrscht.⁹⁰

Eine rechtstechnische Umsetzung wäre möglich in dem frei gewordenen § 843 III BGB. Dieser könnte lauten: „Der Kapitalisierungszinssatz orientiert sich am Basiszinssatz des § 247 BGB. Es erfolgt ein Aufschlag von 1 %, für Unternehmer jedoch von 2 %.“ Es ist davon auszugehen, dass das **Zinsniveau bei mündelsicherer Veranlagung** in einer **Korrelation zum Basiszinssatz** steht.⁹¹

Sollte das zu grob sein, wäre denkbar, darauf abzustellen, wie der Kapitalbetrag mit jeweils welcher Fristigkeit zu veranlagen ist, um die zugrunde zu legende Rente zu erwirtschaften. Dabei kämen Annäherungen dergestalt in Betracht, dass bezüglich der Laufzeit auf einen jährlichen Horizont abgestellt werden könnte. **Bundesanleihen mit der jeweiligen Laufzeit** gibt es zumindest am Sekundärmarkt, sodass insoweit noch eine präzisere Justierung möglich wäre.

Die Versicherer könnten überlegen, ein **Versicherungsprodukt** anzubieten, bei dem künftig gerade die Erträge fließen, die sich bei Festlegung einer Rente ergeben würden. Der Geschädigte würde dadurch der **Mühe der Veranlagung** entgehen, ohne für die weitere Regulierung zusätzliche Mühe aufwenden zu müssen.⁹² Der Haftpflichtversicherer würde auf den Cent genau das zahlen, was er schuldet; mit dem Unterschied zur Auszahlung einer Schadenersatzrente, dass für die Zukunft feststeht, wieviel er exakt zu zahlen hat – und das unabhängig von einer längeren oder kürzeren Lebensdauer des Anspruchstellers. Der Geschädigte würde auf diese Weise zu einem Kunden eines vom Ersatzpflichtigen vertriebenen maßgeschneiderten Veranlagungsprodukts.

82 Ebenso *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1482, 1483; ebenso *Kornes*, Die Abfindung von Personenschadenersatzansprüchen: Abfindungszins, Lebenserwartung, Sterbetafeln – Bewertung der aktuellen Parameter und Ausblick, VersR 2015, 794, 795.

83 *Lang*, VGT 2019, 139, 158.

84 Skeptisch bezüglich der Ermittlung des „passenden“ Ersatzbetrags durch das Gericht *Luckey*, NZV 2019, 9, 14.

85 VGT 2019, 163, 164 ff.

86 *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1485: Eine andere Sichtweise ist nicht zu vertreten.

87 Dieser beträgt derzeit – 0,88 %.

88 Instrukтив insoweit *Läubli-Ziegler*, Errare humanum est, HAVE 2014, 178 ff, wonach es die SUVA trotz Verwaltung von 40 Mrd. SFR nicht schafft, im langjährigen Durchschnitt eine Nettoerrendite von 3,5 % zu erwirtschaften.

89 *Weber*, Kapitalisieren mit unterschiedlichen Zinsfüßen?, HAVE 2014, 189, 190 f; zustimmend *Cb. Huber*, Der „richtige“ Kapitalisierungszinsfuß sowie die Wechselwirkung von Direktschaden und Regressanspruch, HAVE 2018, 283, 287.

90 Instrukтив *Köck*, DAR 2019, 2, 3: Instanzgerichte wenden unterschiedliche Zinsfüße an, begründen das aber in der Regel nicht.

91 Für das derzeitige Zinsniveau ähnlich *Köck*, DAR 2019, 2, 5: Deutliche Tendenz zu 0 %; großzügiger *Car/Mittelstädt*, VersR 2018, 1477, 1483: Aktuell 1 % bis 2 %.

92 Ähnlich *Köck*, DAR 2019, 2, 3: Angebot von mündelsicheren langfristigen Produkten mit höherer Verzinsung.

IV. Beziehung von Sachverständigen zur Ermittlung des konkreten Barwertes

1. Kfz-Sachverständigengutachten beim Blechschaden

Für jeden Kfz-Sachschaden, der über den Kratzer an der Stoßstange hinausreicht, in der Praxis ab einem Schaden von 1.500 Euro, ist der Geschädigte berechtigt, auf Kosten des Ersatzpflichtigen ein Kfz-Sachverständigengutachten einzuholen. Insoweit geht es um Schäden einer durchaus moderaten Größenordnung, ist doch die Zahl der hochpreisigen Porsches und Ferraris selbst in Deutschland in der Minderheit. So manche Statistik weist aus, dass die Ausgaben der Kfz-Haftpflichtversicherer für Honorare der Kfz-Sachverständigen höher sind als die für Anwälte. Jedenfalls machen die Kosten für Kfz-Sachverständigengutachten beim Blechschaden einen beträchtlichen Prozentsatz der vom Ersatzpflichtigen zu tragenden Nebenkosten aus.

2. Verzicht auf eine Sachverständigenexpertise für die Ermittlung der Kapitalabfindung beim Personenschaden

„Iudex non calculat“ hieß es schon bei den alten Römern – und daran hat sich in den letzten 2000 Jahren nur wenig geändert; der *Advocatus* dürfte freilich im Rechnen meist nicht merklich stärker sein, damals und heute. Es verwundert daher, dass der doch einigermaßen komplexe Vorgang der Ermittlung des Barwertes einer Rente bei Festlegung bestimmter Prämissen von den Kontrahenten im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung ohne diesbezügliche Heranziehung der Expertise eines Sachverständigen bewältigt wird. Oder erfolgt eine Kapitalabfindung ohnehin nur nach den Vorgaben des Haftpflichtversicherers bzw dann eben nicht, wenn der Geschädigte damit nicht einverstanden ist nach der Devise „take it or leave it“? Würde man – wie hier vorgeschlagen – dem Geschädigten einen gesetzlichen Anspruch einräumen, wäre dieses Druckmittel nicht mehr gegeben.

Klarzustellen ist dann, dass ein Geschädigter, der eine Kapitalabfindung begehrt, zur Umrechnung der an sich gebührenden Rente in einen Kapitalbetrag sich eines Sachverständigen bedienen darf, wohl eines Versicherungs- oder Finanzmathematikers, dessen Kosten ebenso überwälzbar sind wie das Honorar eines Kfz-Sachverständigen beim Blechschaden.⁹³ Nach Konsultierung eines mit einschlägigen Kenntnissen ausgestatteten Betriebswirtschaftslehreprofessors der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der RWTH Aachen lautete dessen Antwort auf meine Frage, wie kompliziert eine solche Berechnung sei: „Das ist kein Hexenwerk; ein entsprechendes Exceltool lässt sich in weniger als 1 Stunde erstellen.“

Dem entsprechend überschaubar werden sich die Kosten gestalten. Sollte für solche Berechnungen derzeit kein Marktangebot vorhanden sein, würde sich bei einem gesetzlichen Anspruch auf eine Kapitalabfindung und einem jedenfalls damit entstehenden Bedarf nach dessen präziser Berechnung wohl kurzfristig ein solches etablieren. Dass der durchschnittliche Geschädigtenanwalt über solche für die Kapitalisierung erforderliche „geringen mathematischen Anforderungen“ verfügt,⁹⁴ dürfte m. E. kaum zutreffend sein.⁹⁵

Da für einen Finanzmathematiker der zeitliche Aufwand indes überschaubar ist, werden es auch die – auf den Ersatzpflichtigen überwälzbaren – Kosten sein, die angesichts der meist hohen Summen, um die es geht, relativ kaum ins Gewicht fallen. Die Einholung einer solchen Expertise führt

schließlich auch dazu, dass der Geschädigte selbst wie auch der ihn beratende Anwalt besser abschätzen können, um welche Größenordnung es geht, was auch dazu führt, dass der Geschädigtenanwalt sein Kunstfehlerrisiko gegenüber dem Mandanten besser beherrschen kann.

V. Zusammenfassung und Thesen

1. Bei Regulierung großer Personenschäden sieht das Gesetz in § 843 I BGB als Ersatzform allein die Rente vor. In der Praxis dominiert aber die Kapitalabfindung. Diese erfolgt im rechtsfreien Raum. Das begünstigt den Ersatzpflichtigen; verbunden ist die Gefahr der Übervorteilung des Geschädigten. Dass selbst derzeit noch mit einem Kapitalisierungszinssatz von 5 % reguliert wird, ist ein Indiz, dass nicht nur in ausgerissenen Ausnahmefällen der Geschädigte weniger erhält als den ihm nach dem Ausgleichsprinzip gebührenden Betrag.
2. Die Ermittlung der Kapitalabfindung soll 2-stufig erfolgen: In einem ersten Schritt soll die gebührende Rente – nach Schadensposten getrennt – möglichst genau ermittelt werden, wobei die Berücksichtigung der wahrscheinlichsten künftigen Entwicklung nicht bloß ein Lippenbekenntnis sein darf, sondern soweit wie möglich umgesetzt werden muss.
3. Wie in § 110 I 2 SGB VII und im schweizerischen Recht soll es ein gesetzliches Wahlrecht des Anspruchstellers zwischen Kapital und Rente geben. Umzusetzen wäre das in § 843 I BGB, dessen letzter Halbsatz zu lauten hätte: „kann der Verletzte nach seiner Wahl einen Kapitalbetrag oder eine Geldrente verlangen.“
4. Aus Gründen der Rechtssicherheit soll für die gesamte Kapitalabfindung die Festlegung eines von den Marktverhältnissen abhängigen, halbjährlich anzupassenden Kapitalisierungszinssatzes – in Anlehnung an den Basiszinssatz samt Zuschlägen wie bei den Verzugszinsen – erfolgen. Zu differenzieren ist dabei zwischen „normalen“ Geschädigten und „Unternehmern“ unter Einschluss von Sozialversicherungsträgern als Regressgläubigern.
5. Der bei Bestehen eines gesetzlichen Wahlrechts des Geschädigten überflüssig werdende und daher zu streichende § 843 III BGB könnte für folgende Neuregelung verwendet werden: „Der Kapitalisierungszinssatz orientiert sich am Basiszinssatz des § 247 BGB. Es erfolgt ein Aufschlag von 1 %, für Unternehmer und Sozialversicherungsträger jedoch von 2 %.“
6. Bei gebotener Heranziehung eines Sachverständigen bei Umrechnung der Rente in einen Barwert ist der Geschädigte berechtigt, die dabei anfallenden notwendigen Sachverständigenkosten auch im Rahmen der au-

⁹³ So auch *Bachmeier*, SVR 2019, 10, 14.

⁹⁴ So aber *Lang*, VGT 2019, 136, 159. Das Argument, dass es beim Personenschaden anders als beim Kfz-Sachschaden primär um rechtliche Fragen geht, ist ebenfalls fragwürdig. Auch die Regulierung von Kfz-Sachschäden erfordert mittlerweile beachtliches juristisches Fachwissen, wobei es förderlich ist, dass auch der Kfz-Sachverständige über schadenersatzrechtliche Grundkenntnisse verfügt. Aber selbst wenn die Prämisse richtig sein sollte, wäre auch der geringe „Anteil“ der Finanzmathematik für die Höhe des Anspruchs durchaus nicht von „minimaler Kausalität“, wie die Ausführungen von *Strunk* (VGT 2019, 163, 167 ff.) zu Kapitalisierungszinssatz und Dynamik eindrucksvoll gezeigt haben.

⁹⁵ Vgl dazu *Bachmeier*, SVR 2019, 10: „Kapitalisierung zählt zu den schwierigsten Bereichen des Schadenersatzrechts.“

bergerichtlichen Regulierung zu überwälzen, wie das bei beim Blechschaden für die Überwälzung der Kfz-Sachverständigenkosten Usus ist.

7. Wegen der gleichwohl verbleibenden Unwägbarkeiten der Ermittlung der Höhe des Kapitalbetrags hat der Geschädigte die Möglichkeit, ein nach oben offenes Mindestbegehren wie beim Schmerzensgeld zu stellen; erwägenswert ist, ein solches Recht nur einem „normalen“ Geschädigten einzuräumen, nicht aber einem Sozialversicherungsträger.

8. Beim Angehörigenschmerzensgeld hat der German Wings-Absturz die Öffentlichkeit bewegt und war so der letzte Auslöser für das Tätigwerden des Gesetzgebers zur Einführung eines Hinterbliebenengeldes. Bei der Kapitalisierung von Schadenersatzrenten ist kein

vergleichbares Ereignis vorstellbar. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf ist aber noch größer, werden doch in der täglichen Regulierungspraxis die vom Schicksal schwer(st) getroffenen Menschen (Querschnittgelähmte, Komapatienten, Hinterbliebene nach Tötung des Unterhaltsschuldners) häufig übervorteilt, indem ihnen bei einer Kapitalabfindung im Regelfall deutlich weniger zugestanden wird als der ihnen gebührende Ausgleich.

9. Wie auch im AGB-Recht und anderswo bei einem Machtgefälle führt das freie Aushandeln zu keinem fairen Interessenausgleich. Es ist zu erwarten, dass nach Einführung eines gesetzlichen Anspruchs fachlich kompetente Gerichte diesem Missstand Einhalt gebieten würden. ■

Prof. Dr. Dr. Martin Will, M. A., LL. M. (Cambr.)*

„Hand-held-Verbot“ oder „Hand-held-Usage-Verbot“ für elektronische Geräte beim Führen von Fahrzeugen?

Zum umstrittenen tatbestandlichen Erfordernis des „Benutzens“ elektronischer Geräte nach Wortlaut, Systematik und Telos von § 23 I a 1 Nr. 1 StVO

Mit den im Oktober 2017 neugefassten bzw. ergänzten Absätzen 1 a und 1 b von § 23 StVO hat der Ordnungsgeber einerseits auf die anhaltende unzulässige Nutzung von Mobiltelefonen und andererseits auf die zunehmende Nutzung anderer elektronischer Geräte beim Führen von Fahrzeugen reagiert:¹ Zum einen hat er die Regelrechtsfolgen von Verstößen gegen den bereits 2001 eingeführten § 23 I a StVO² wesentlich verschärft, von 60 Euro Bußgeld sowie einem Punkt im Fahrerlaubnisregister auf 100 Euro und einen Punkt,³ und daneben auch qualifizierte Verstöße eingeführt: bei Gefährdung 150 Euro, zwei Punkte und ein Fahrverbot von einem Monat; bei Sachbeschädigung 200 Euro, zwei Punkte und ein entsprechendes Fahrverbot.⁴ Zum anderen – und strukturell viel wichtiger – erfasst der komplexe § 23 I a StVO neben Mobil- und Autotelefonen nunmehr auch weitgefaste Kategorien elektronischer Geräte und verbietet – vereinfacht und vorläufig gesagt – neben dem Halten und Aufnehmen des Gerätes zwecks Nutzung des Gerätes (§ 23 I a 1 Nr. 1 StVO) nun auch entsprechende, nicht lediglich ganz kurze, Blickabwendungen vom Verkehrsgeschehen (§ 23 I a 1 Nr. 2 StVO).⁵

Während der Ordnungsgeber mit der Ausweitung der Regelung von Telefonen auf elektronische Geräte viele früher intensiv diskutierte Abgrenzungsfragen und auch manche Schutzbehauptungen Betroffener, etwa man habe statt des „Handys“ tatsächlich einen Organizer oder ein Tablet in den Händen gehalten, obsolet gemacht hat, hat er gleichzeitig insbesondere durch die Verwendung zahlreicher z. T. höchst unbestimmter Rechtsbegriffe eine Fülle neuer Auslegungsfragen aufgeworfen. Erblickten Kritiker in der komplexen Regelung daher gar ein „Arbeitsbeschaffungsprogramm für Rechtsanwältinnen“,⁶ ergehen seit dem Sommer 2018 nun aber immer mehr obergerichtliche Entscheidungen, die nach und nach zur Klärung umstrittener Fragen dieser praktisch extrem wichtigen Vorschrift beitragen.

Mit dem Beschluss des OLG Oldenburg vom 25.7.2018 betraf dabei gleich eine der ersten obergerichtlichen Entscheidungen zum neuen § 23 I a StVO eine strukturelle Kernfrage, ob nämlich bereits das bloße Halten oder Aufnehmen des Gerätes gem. § 23 I a 1 Nr. 1 StVO ordnungswidrig ist oder ob auch ein Benutzen des Gerätes konstitutives Tatbestandsmerkmal ist. Das OLG Oldenburg scheint im Ergebnis ein Benutzen für entbehrlich zu halten, formuliert es im amtlichen Leitsatz doch: „Bereits das Halten eines Mobiltelefons

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Europarecht, Recht der Neuen Technologien und Rechtsgeschichte an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden sowie Rechtsanwältin in Frankfurt a. M. Seit diesem Heft gehört er dem Herausgeberkreis dieser Zeitschrift an. Internetquellen wurden zuletzt am 15.4.2019 abgerufen.

1 Mit Wirkung v. 19.10.2017 wurden durch Art. 1 Nr. 1 der 53. VO zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften v. 6.10.2017 (BGBl. I S. 3549) Abs. 1 a von § 23 StVO neu gefasst, ein neuer Abs. 1 b eingefügt und der bisherige Abs. 1 b zu Abs. 1 c.

2 Zur Nichtannahme einer die Verfassungsmäßigkeit des § 23 I a StVO a. F. bezweifelnden Verfassungsbeschwerde: BVerfG (Kammer), Beschl. v. 18.4.2008 – 2 BvR 525/08, BeckRS 2008, 34756; zur Verfassungsmäßigkeit im Lichte von Art. 3 I GG: OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.6.2008 – 1 Ss 187/08, NJW 2008, 3369 (3370).

3 § 49 I Nr. 22 StVO, Nr. 246.1 BKat; beim Radfahren: 55 Euro (246.4 BKat); Punkteregelung in: § 40 FeV i. V. m. Nr. 3.2.2015 Anlage 13 zu § 40 FeV; zu den Rechtsfolgen: BR-Drs. 556/17, S. 34; *Rebler*, SVR 2018, 241 (244); *Fromm*, MMR 2018, 68 (70 f.); *Burhoff*, ZAP 2018, 389 (397 f.); zu beachten ist auch, dass eine rechtskräftige Entscheidung wegen Verstoßes eines Fahranfängers mit Fahrerlaubnis auf Probe gem. § 2 a StVG gegen § 23 I a StVO nunmehr gem. § 2 a II 1 Nr. 1 StVG i. V. m. § 28 III Nr. 3, § 24 StVG, § 34 FeV, Abschn. A, Nr. 2.1 Anlage 12 zu § 34 FeV verwaltungsrechtlich zur Anordnung eines Aufbauseminars führt.

4 § 49 I Nr. 22 StVO, § 4 I 1 Nr. 4 BKatV i. V. m. Nr. 246.2, 246.3 BKat; Punkteregelung in: § 40 FeV i. V. m. Nr. 2.2.8 b Anlage 13 zu § 40 FeV; zu den Hintergründen und Zielen der Verschärfung der Rechtsfolgen: BR-Drs. 556/17, S. 13.

5 Zu den nunmehr erfassten elektronischen Geräten *Will*, NJW 2019, 1633, 1634 ff.

6 <https://www.heise.de/tp/features/Motor-abstellen-um-die-Garage-zu-oeffnen-3766698.html>, kritisch auch *La Malfa*, zfs 2018, 241.