

wenn die Anlasstat eine Fahrt in privatem Kontext war.³⁹ Ebenso kann es sich verhalten, wenn der Betr. der einzige Mitarbeiter in seinem Betrieb ist, der über eine besondere betriebswichtige Fahrerlaubnisklasse verfügt.⁴⁰

IV. Sonderlösung: Unterschiedliche Fahrverbotsfristen für verschiedene Fahrzeugarten

Bislang nicht in größerem Umfang beachtet wurde die Möglichkeit, die Fahrverbotsdauer für einzelne Fahrzeugarten getrennt festzusetzen. So kann z.B. für die beruflich genutzten Fahrzeuge ein einmonatiges Fahrverbot festgesetzt werden, um die beruflichen Härten abzumildern und für alle anderen Fahrzeugarten z.B. ein längeres Regelfahrverbot. Dokumentiert sind folgende Fälle: Fahrverbot nach Geschwindigkeitsverstoß eines Motorradfahrers (1 Monat für alle Fahrzeugarten, 3 Monate [= Regelfahrverbotsdauer] für Motorräder),⁴¹ Fahrverbot nach Geschwindigkeitsverstoß eines Motorradfahrers (1 Monat Fahrverbot für Kraftfahrzeuge jeder Art und 1 weiterer Monat [=Regelfahrverbotsdauer] für fahrerlaubnispflichtige Zweiräder).⁴² Der Verteidiger sollte diese Möglichkeit auch stets erwägen, wenn längere Fahrverbote in Rede stehen, da regelmäßig ein Absehen von längeren Fahrverboten schwierig zu erreichen ist. Ggf. kann das Gericht auch durch das Angebot einer parallel zum gesplitteten Fahrverbot erhöhten Geldbuße vom Verteidiger mit ins Boot genommen wer-

den. Für das Gericht ist regelmäßig vorteilhaft, dass es mit einer Rechtskraft der Entscheidung rechnen kann, da in den Fällen der Fahrverbotsbeschränkungen auf einzelne Fahrzeugarten i.d.R. keine Rechtsbeschwerden der StAs drohen. Maßgeblich für die Beurteilung, ob die gesplittete Fahrverbotsanordnung möglich und sinnvoll ist, wird stets die zu beantwortende Frage sein, ob allein das Fahrverbot mit unterschiedlichen Fristen ausreicht, den gewünschten Erziehungseffekt zu erzielen.

C. Nachträgliche Abkürzung des Fahrverbots

Eine nachträgliche Abkürzung des Fahrverbots z.B. aufgrund verkehrstherapeutischer Maßnahmen, Nachschulungen u.s.w. ist **mangels Rechtsgrundlage nicht möglich**, und zwar auch nicht aus dem Rechtsgedanken des § 69 Abs. 7 StGB (Sperrfristverkürzung).⁴³

³⁹ BayObLG StVE Nr. 22 zu § 25 StVG.

⁴⁰ OLG Koblenz NZV 1997, 48; ähnlich: OLG Bamberg, Beschl. v. 19.10.2007 – 3 Ss OWi 1344/07 = NStZ-RR 2008, 119 = DAR 2008, 33 = VRS 113, 358 (selbstständiger Taxiunternehmer, der mit einem Kraftrad einen Geschwindigkeitsverstoß begangen hatte).

⁴¹ AG Lüdinghausen, Urt. v. 7.2.2011 – 19 OWi 89 Js OWi 1514/10 – 183/10.

⁴² AG Lüdinghausen, Urt. v. 19.11.2012 – 19 OWi 89 Js 1545/12 – 175/12.

⁴³ AG Lüdinghausen, Urt. v. 9.12.2002 – 9 DS 24 JS 469/02-71/02 = BeckRS 2005, 03361 = ADAJUR-Archiv Dok.-Nr. 52421 (für das Fahrverbot nach § 44 StGB).

Aus der Praxis

Zur Regulierung materieller Ansprüche bei schweren Personenschäden (Verdienstauffall)

— RA Helmut Gräfenstein und RAin Valeska Strunk, Montabaur¹

Bei schweren Personenschäden ist für den Geschädigten der angemessene Ausgleich seines materiellen Schadens von besonderer Bedeutung, da es sich dabei zumeist um Schadenspositionen handelt, durch welche in seinem Alltag – anders als beim Schmerzensgeld – eine tatsächliche finanzielle Lücke entsteht. Nach einem Schadensereignis mit schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen steht der Geschädigte meist vor einem Doppelproblem: es sind finanzielle Mehraufwendungen zu tätigen (Zuzahlungen, Anschaffung von Hilfsmitteln, Fahrtkosten, ggf. Kosten für Betreuung von Kindern oder für die Haushaltsführung, etc.), während in der Regel infolge von Arbeitsunfähigkeit nicht nur die gewohnten Einnahmen wegfallen, sondern es zudem passieren kann, dass durch eine – aus welchen Gründen auch immer – nicht zeitnah erfolgende Schadenregulierung

eine echte existenzielle finanzielle Not entsteht. Da es in der Praxis häufig kontrovers bewertete Problemstellungen gibt, besteht Bedarf einige ausgewählte Themen zu betrachten.

A. Beweisanforderungen

Für die Bestimmung der Höhe des zu erstattenden Schadens ist die Frage des heranzuziehenden Beweismaßstabes von zum Teil entscheidender Bedeutung. Während bei der **haftungsbegründenden** Kausalität der Strengbeweis nach § 286 ZPO zu führen ist, kommt dem Geschädigten im Rahmen der **haftungsausfüllenden** Kausalität durch § 287 ZPO eine er-

¹ Die Autoren arbeiten als Rechtsanwälte in der Kanzlei Quirnbach und Partner.

hebliche Beweiserleichterung zugute.² Da sich die Frage der Schadenhöhe erst stellt, wenn der Haftungsgrund geklärt ist, gilt grundsätzlich der Beweismaßstab des § 287 ZPO. Bei der Darlegung der materiell-rechtlichen Schadenspositionen ist daher von Seiten des Geschädigten seiner Beweislast genüge getan, wenn lediglich eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ für seinen Vortrag spricht.³ Der Geschädigte muss danach konkrete Anhaltspunkte für die Prognose dartun, wobei die Anforderungen an diese aber nicht überspannt werden dürfen, da die besonderen Schwierigkeiten für eine Prognose erst durch das von dem Schädiger verursachte Schadensereignis entstanden sind.⁴

Fazit: Der Geschädigte genügt bezüglich der Darlegung der Schadenhöhe voll und ganz seiner Beweislast, wenn er dartut, dass für den behaupteten Schadenverlauf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, d.h. mehr als 50 %.

B. Verdienstauffall

Nach einem schädigenden Ereignis nimmt der Ausgleich des Verdienstauffallschadens für die Geschädigten eine zentrale Rolle ein. Der Verdienst ist schließlich die Grundlage des Lebensunterhaltes und der individuellen Lebensqualität.

I. Renteneintrittsalter

Bekanntermaßen wird aktuell das Renteneintrittsalter schrittweise auf das 67. Lebensjahr angehoben. Für alle Versicherten, die 1964 oder später geboren sind, beträgt ab 2031 das Renteneintrittsalter 67 Jahre. Das bedeutet, dass sich alle Versicherten, die 54 Jahre und älter sind, darauf einstellen müssen, erst ab dem 67. Lebensjahr Altersrente zu beziehen. Bei der Regulierung von Verdienstauffallsschäden kann man deshalb davon ausgehen, dass alle Personen, die früher als 1964 geboren wurden, entsprechend den veröffentlichten Renteneintrittsalter-Tabellen den Zeitpunkt für den Bezug von Altersrente als gesichert ansehen können.

Fraglich wird dies aber für die Zeit nach 2031, d.h. bei den Geschädigten die aktuell jünger als 54 Jahre alt sind. Es sind in der Politik und Wirtschaft starke Tendenzen vorhanden, das Renteneintrittsalter auf 70 Jahre, möglicherweise sogar 72 Jahre anzuheben.⁵ Führende Experten gehen davon aus, dass dies spätestens in den 2030er Jahren auch so kommen wird.⁶

In der „Wirtschaftswoche“ vom 20.9.2017 wird die aktuelle Situation sehr dezidiert und nachvollziehbar dargestellt.⁷ Eine Erhöhung des Renteneintrittsalters sieht der Autor als unabwendbar, weil die Altersstruktur der Arbeitnehmer und der Rentner sich dramatisch verschieben wird. Deutlich mehr Rentnern stehen dann deutlich weniger Beitragszahler gegenüber. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass eine entsprechende Anpassung in den Jahren zwischen 2030 und 2040 unausweichlich ist und kommen wird.

Beim 51. Verkehrsgerichtstag in Goslar 2013 wurde dieses Thema im Arbeitskreis „Erwerbsschadensermittlung bei Verletzung vor oder kurz nach dem Berufseinstieg“ diskutiert, allerdings nicht in die Entschlüsse aufgenommen. In der Diskussion wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass bei einer Abfindung des Verdienstauffalles bei jüngeren Menschen auch an ein höheres Renteneintrittsalter als aktuell 67 Jahre gedacht werden muss. Dies könne durch einen entsprechenden Vorbehalt für den Fall einer weiteren Anhebung des Renteneintrittsalters gewährleistet werden.

In aktuellen Arbeitsverträgen wird dieser Situation häufig bereits Rechnung getragen, indem zwar das Ende des Arbeitsverhältnisses mit dem 67. Lebensjahr angegeben wird, diese Verträge aber zusätzlich eine Ergänzung dahin gehend enthalten, dass das tatsächliche Ende der Arbeitszeit sich nach der dann gültigen gesetzlichen Regelung bezüglich des Renteneintrittsalters richtet. Es finden sich dabei Formulierungen wie „Das Arbeitsverhältnis endet spätestens am Ende des Monats in dem das 67. Lebensjahr bzw. das Rentenalter erreicht wird.“ Noch weitergehend nehmen schon jetzt viele Arbeitsverträge überhaupt kein Endalter mehr mit auf, sondern werden lediglich begrenzt auf das „Erreichen der Regelaltersrente“. Im praktischen Arbeitsrecht wird also damit bereits jetzt eingeräumt, dass das Renteneintrittsalter insb. bei jüngeren Menschen aktuell überhaupt nicht prognostizierbar ist.

Für die Abfindung von Verdienstauffallansprüchen bedeutet das, dass bei Geschädigten unter 50 Jahren die Begrenzung auf das 67. Lebensjahr wahrscheinlich zu einem nicht angemessenen Schadensersatzbetrag führen würde. Das Renteneintrittsalter wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – wie oben ausgeführt – später sein, sodass bei Abfindungen das Risiko eingepreist oder zumindest ein entsprechender Vorbehalt vereinbart werden sollte.

² Küppersbusch/Höher, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 12. Aufl. 2016, Rn 30 m. w. Nachw., BGH NZV 2004, 27.

³ St. Rspr., vergleiche z.B.: BGH VersR 1995, 422; BGH NZV 2004, 27; OLG Köln NZV 2000, 293; OLG Hamm, Urt. v. 29.11.2016 – 9 U 196/12; OLG Hamm, Beschl. v. 1.8.2016 – 6 U 170/14; OLG Saarbrücken, Urt. v. 29.11.2005 – 4 U 501/03; Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 252 Rn 16; Prütting/Gehrlein, ZPO Kommentar, 9. Aufl. 2017, § 287 Rn 11; Freymann, „Darlegungs- und Beweiserleichterungen zur Erwerbsschadensermittlung bei Verletzungen kurz vor oder kurz nach dem Berufseinstieg“, zfs 13,125 ff.

⁴ Küppersbusch/Höher, Rn 47; BGH VersR 2000, 233; OLG Brandenburg, Urt. v. 4.11.2010 – 12 U 35/10; OLG Celle, Urt. v. 27.6.2012 – 14 U 193/10.

⁵ Vergleiche Quirnbach/Gräfenstein/Strunk, „Kapitalisierungstabellen – Ersatzansprüche bei Personenschäden richtig berechnen“, 2. Aufl. 2017, Rn 3 m.w.N.; Komes, VersR 2015, 794 f., 806, 809; Süddeutsche Zeitung, 6.9.2017, „Die Rente mit 67 wird nicht reichen – egal was Merkel sagt“, von Catherine Hoffmann.

⁶ Wirtschaftswoche 20.9.2017, „Niemand will die Rente mit 70 – aber sie kommt“, von Stefan Bielmeier.

⁷ Wirtschaftswoche 20.9.2017, „Niemand will die Rente mit 70 – aber sie kommt“, von Stefan Bielmeier.

Fazit: Eine Begrenzung des Verdienstausfallschadens auf das 67. Lebensjahr ist bei jungen Geschädigten nicht mehr zeitgemäß und mit hohen Risiken behaftet, denen bei einer abschließenden Regelung Rechnung zu tragen ist.

II. Abzug von Eigensparnis für berufsbedingte Aufwendungen

Der Frage des Abzuges von Eigensparnissen wird häufig nur in geringem Umfang Aufmerksamkeit zu Teil. In vielen Fällen erfolgt ohne jegliche weitere Prüfung ein pauschaler Abzug von 5 % – meist sogar 10 % oder noch mehr – des Nettoeinkommens des Geschädigten.⁸

Übersehen wird dabei oft, dass zunächst zu klären ist, ob in dem konkreten Fall überhaupt eine Eigensparnis eingetreten ist. Nur wenn dies der Fall ist, stellt sich die Frage, wie diese zu berücksichtigen ist, nämlich ob diese in tatsächlicher Höhe bestimmbar ist oder eine Pauschalierung in Betracht kommt.⁹ Die Eigensparnis betrifft im Wesentlichen zwei Positionen: zum einen die Fahrtkosten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte, zum anderen die Differenz der heimischen und am Arbeitsplatz aufzuwendenden Verpflegungskosten.¹⁰ Eine Ersparnis kann es nur geben, wenn entsprechende Kosten überhaupt anfallen würden.¹¹

Bei den Fahrtkosten ist zu ermitteln, wie der Geschädigte vor dem Schadenfall den Weg zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zurückgelegt hat. Ob mit dem eigenen Kfz, ob mit öffentlichen Verkehrsmitteln – gegebenenfalls unter Benutzung einer Monatskarte – oder aber als Mitfahrer, Fahrradfahrer oder Fußgänger. Bei den letzteren 2 Varianten, ggf. auch als Mitfahrer, entstehen keine Fahrtkosten, so dass diesbezüglich auch keine Ersparnis eintreten kann und ein Abzug deshalb nicht in Frage kommt.

Bei den Verpflegungskosten ist zu beachten, dass es ausschließlich darum geht, ob bei einer Verpflegung auf der Arbeitsstelle Mehrkosten entstehen würden. Nur wenn der Geschädigte auf seiner Arbeitsstelle, z.B. in der Mittagspause, essen geht, würden ihm dort überhaupt Kosten entstehen, die aber nicht zwingend Mehrkosten sein müssen. Es kommt darauf an, wie er zu Hause regelmäßig sein Mittagessen einnimmt.

Wenn der Geschädigte sich sein Brot von zu Hause mitnimmt, entstehen keine Mehrkosten, so dass keine Ersparnis eintritt und ein Abzug entfällt.

Möglich ist auch, dass die Verpflegungskosten zu Hause sogar höher sind als auf der Arbeitsstelle. Es ist gar nicht selten, dass ein Geschädigter preiswert sein Mittagessen in der Kantine einnehmen würde, während er stattdessen zu Hause im Restaurant zu Mittag oder zu Abend isst. Hier können deshalb sogar erhöhte Kosten anfallen, welche vom Schädiger zu erstatten wären.

Fazit: Es kommt immer auf den Einzelfall an,¹² ob überhaupt Mehrkosten für die Fahrt oder Verpflegung bei einer beruflichen Tätigkeit entstehen würden.

Wie sich aus den Beispielen ergibt, kann im Falle einer tatsächlich angefallenen Ersparnis diese in der Regel konkret ermittelt werden.

In der Praxis wird, wie gesagt, oft versucht, von vornherein einen pauschalen Abzug in Höhe von 10 % oder gar mehr des Nettoverdienstes als Eigensparnis anzusetzen.¹³ Dabei wird jedoch übersehen, dass ein pauschaler Abzug im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO nur dann erfolgen kann, wenn von Geschädigtenseite kein konkreter Vortrag erfolgt. Wird dagegen konkret vorgetragen, ist grundsätzlich kein Raum für eine Pauschalierung gegeben. Diese darf dann, wenn überhaupt, nur in erheblich geringerem Maße erfolgen.¹⁴

Häufig erfolgt eine solche Pauschalierung ohne jegliche Anknüpfungspunkte, welche jedoch für eine angemessene Schadensschätzung nach § 287 ZPO notwendig sind.¹⁵ Ein pauschaler Abzug vom Nettoeinkommen – egal ob 5 %, 10 % oder noch mehr – führt in der Regel zu nicht angemessenen Ergebnissen. So ist es beispielsweise nicht nachvollziehbar, weshalb bei absolut gleichem Sachverhalt ein Geschädigter mit einem Nettoeinkommen von 2.500 EUR durch pauschalen Abzug eine höhere Eigensparnis haben soll als mit einem Nettoeinkommen von 1.500 EUR. Die Fahrtkosten und ersparten Verpflegungskosten sind bei gleichem Sachverhalt nachvollziehbarerweise identisch.¹⁶

Die Anknüpfung einer Pauschalierung an das Nettoeinkommen zur Ermittlung einer Ersparnis führt daher zu unbilligen Ergebnissen und erscheint willkürlich.¹⁷

Nach alledem dürfte die Ersparnis, wenn überhaupt eine anfällt, regelmäßig monatlich weniger als 100 EUR betragen, mit der Folge, dass pauschale Schätzungen meist zum Nachteil des Geschädigten ausfallen.

⁸ Vgl. dazu Küppersbusch/Höher, Rn 79; Jahnke, Handbuch des Personenschadensrechts, Kap. 4 Rn 506.

⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.8.2014 – I-1 U 52/12; OLG Jena, Urt. v. 10.5.2007 – I U 339/04; AG Kerpen, Urt. v. 2.3.2012 – 104 C 257/11. Auch Küppersbusch/Höher, a.a.O., und Jahnke, a.a.O., betonen ausdrücklich, dass Geschädigtem und Schädiger die Möglichkeit eingeräumt werden muss, die Voraussetzungen einer Ersparnis konkret darzulegen.

¹⁰ OLG Düsseldorf, zfs 2000, 531; Geigel, Der Haftpflichtprozess, 27. Aufl. 2015, Kap. 9 Rn 67.

¹¹ OLG Düsseldorf a.a.O.; OLG Hamm, Urt. v. 23.11.1999 – 27 U 93/99; AG Kerpen, Urt. v. 2.2.2012 – 104 C 257/11.

¹² LG Hamburg, Urt. v. 21.10.2016 – 306 O 141/16.

¹³ Vergleiche grundsätzlich Küppersbusch/Höher, a.a.O., Jahnke, a.a.O.

¹⁴ OLG Brandenburg, Urt. v. 4.11.2010 – 12 U 35/10, Pauschalierung 3 %; OLG Celle, Urt. v. 14.4.2010 – 14 U 38/09; LG Hamburg, Urt. v. 21.10.2016 – 306 O 141/16, Pauschalbetrag nicht höher als 5 %; LG Coburg, Urt. v. 1.12.2010 – 12 O 541/08, pauschal monatlich 40 EUR.

¹⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.8.2014 – I-1 U 52/12; LG Hamburg Urt. v. 21.10.2016 – 306 O 141/16; AG Kerpen, Urt. v. 2.3.2012 – 104 C 257/11.

¹⁶ Dies zeigt sich auch bei einer Gehaltserhöhung: erhält ein Arbeitnehmer von einem Monat zum anderen 100 oder 200 EUR mehr Gehalt, so würde sich bei einer an das Einkommen anknüpfenden Pauschalierung der Mehrbedarf und damit die Ersparnis unplötzlich um 10 oder 20 EUR erhöhen. Das aber wird sicher seriös niemand behaupten können.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.8.2014, – I-1 U 52/12; auch das OLG Naumburg – Urt. v. 23.9.1998 – 12 U 31/98 – betont ausdrücklich, dass die Höhe der berufsbedingten Aufwendungen „nicht unbedingt von der Einkommenshöhe abhängt“

Bei einem zu Unrecht erfolgten Abzug von z.B. monatlich 200 EUR kommt man bei einer Kapitalisierung schnell zu Beträgen im deutlichen 5-stelligen Bereich zulasten des Geschädigten.¹⁸

Fazit: Die Prüfung der Frage, ob Eigensparnis für Fahrtkosten und Verpflegung zu berücksichtigen ist, erfolgt in drei Stufen:

- Ist überhaupt eine Ersparnis entstanden?
- Lässt sich diese konkret berechnen?
- Erst dann, also in der dritten Stufe, kommt ggfs. eine maßvolle Pauschalierung in Betracht.

III. Schadenminderungspflicht bei Verlust der Arbeitsstelle

Grundsätzlich ist ein Geschädigter im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht gehalten, seine verbliebene Arbeitskraft gewinnbringend einzusetzen. Er muss sich ernsthaft und aktiv um eine neue Arbeitsstelle bemühen,¹⁹ ggf. auch an einer Umschulungsmaßnahme teilnehmen.²⁰

Der BGH hat in dem genannten Urteil²¹ die Anforderungen an den Geschädigten sehr gut dargestellt, sie sind in der Praxis auch nicht streitig. Allerdings muss immer bedacht werden, dass diese nicht überspannt werden dürfen. So ist es folgerichtig, dass von niemandem verlangt werden kann, eine überobligationsmäßige Tätigkeit auszuüben. In diesen Fällen muss der Geschädigte sich natürlich auch nicht um eine solche bemühen.²²

Es kann auch nicht verlangt werden, dass sich ein grundsätzlich arbeitsfähiger Geschädigter wahllos auf jede mögliche Stelle bewirbt. Eine solche muss schon seinen Vorkenntnissen entsprechen, zumindest vom Niveau her der bisherigen Stelle in etwa gleichwertig sein. Bei der schadensersatzrechtlich notwendigen Bewertung der Zumutbarkeit ist deshalb vor allem auf den beruflichen Werdegang und dabei insb. auch auf die Ausbildung des Geschädigten abzustellen. Es muss zudem auch von der räumlichen Entfernung vom Wohnort her zumutbar sein, eine neue Arbeitsstelle zu erreichen.²³

Sofern dies gesundheitlich möglich ist, wird man vom Geschädigten verlangen können, je nach Intellekt und Fähigkeiten eine Umschulung durchzuführen. Hier bieten viele VR im Wege des beruflichen Rehamanagements selbst aktiv Unterstützung an.²⁴ Die Mitwirkung des Geschädigten an einer solchen Maßnahme ist allerdings vollkommen freiwillig. Lehnt ein Geschädigter eine Mitwirkung am REHA-Management ab oder will er – aus welchen Gründen auch immer – dieses nicht weiterführen, darf ihm deshalb kein Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht vorgeworfen werden.²⁵ Da es umgekehrt keinen Anspruch auf REHA Management – auch für die VR gilt Freiwilligkeit – gibt, scheidet ein Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht strikt aus.²⁶ Auch in Extremfällen kommt ein solcher Einwand unter keinen Umständen in Betracht.²⁷

Es gibt allerdings auch Fälle, in denen selbst bei einer körperlichen MdE von nur 20 % u.U. Bemühungen um einen neuen Arbeitsplatz nicht verlangt werden können, nämlich dann, wenn psychische Schäden (seelischer Defekt, psychiatrische Behinderung) hinzukommen, die eine weitere Arbeitstätigkeit ausschließen.²⁸

Nach längerer krankheitsbedingter Abwesenheit kommt es manchmal zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber. Fraglich ist, ob von dem Geschädigten verlangt werden kann, einer Kündigung zu widersprechen und gegebenenfalls dagegen gerichtlich vorzugehen.²⁹ Hier ergibt sich aber schon die Schwierigkeit, wie ein Arbeitnehmer als juristischer Laie überhaupt erkennen soll oder kann, ob eine Kündigung unzulässig ist oder nicht.³⁰ Es kann dem Geschädigten deshalb nicht zugemutet werden, letztendlich zugunsten des Schädigers eine prozessuale Auseinandersetzung mit völlig ungewissem Ausgang zu führen, welche er zudem auch zunächst noch selbst finanzieren müsste. Dass es zu dieser Problematik gekommen ist, liegt einzig und alleine am Verhalten des Schädigers, der dann eben auch die Folgen zu tragen hat.

¹⁸ Hierzu eine Beispielsrechnung: Nettoeinkommen beträgt 2.000 EUR, pauschaler Abzug 10 % wären 200 EUR monatlich, aber Geschädigte würde mit dem Fahrrad zur Arbeitsstätte fahren und sein Butterbrot mitnehmen, so dass keine Ersparnisse entstehen würden und kein Abzug erfolgen dürfte. Bei einem Kapitalisierungsfaktor von z.B. 20 errechnet sich selbst ohne Dynamisierung ein Betrag von 48.000 EUR. Ersetzt man die 200 EUR durch 300 EUR, errechnen sich in diesem Beispiel bereits 72.000 EUR. Bei entsprechender Dynamisierung würden sich diese Beträge noch erhöhen.

¹⁹ BGH, Urt. v. 23.1.1979 – VI ZR 103/78.

²⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.11.2001 – 13 U 65/98; der BGH hat die Revision des Klägers durch Beschl. v. 17.9.2002 – VI ZR 431/01 nicht angenommen; Küppersbusch/Höher Rn 61 m.w.N.; Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 3.Aufl. 2016, § 254 BGB Rn 32.

²¹ BGH, Urt. v. 23.1.1979 – VI ZR 103/78, vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.2.2006 – 1-24 U 22/05.

²² KG, Urt. v. 23.7.2001 – 12 U 980/00: Es ist dann auch kein Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht, wenn eine überobligationsmäßig aufgenommene Tätigkeit wieder aufgegeben wird; vgl. zur Frage überobligatorischer Tätigkeit ausführlich nachfolgende Ausführungen in Abschnitt B.IV.

²³ Vgl. dazu ausführlich Küppersbusch/Höher, Rn 60 m.w.N.

²⁴ Küppersbusch/Höher Rn 67.

²⁵ In der Empfehlung des Arbeitskreises II vom 38.Verkehrsgerichtstag Goslar 2000 wird ausdrücklich festgehalten, dass die Teilnahme freiwillig ist; Auch der 46.Verkehrsgerichtstag 2008 hat in den Empfehlungen des Arbeitskreises I darauf verwiesen, dass der „Code of Conduct“ einzuhalten ist. Dieser wiederum regelt klar und deutlich, dass die Teilnahme am REHA Management ausschließlich auf freiwilliger Basis erfolgt; vgl. dazu auch Janeczek, „Änderungen des Code of Conduct“, der Verkehrsanwalt (DV) 2017, 186.

²⁶ Vgl. ausführlich Gräfenstein/Scholz, „Keine verbindlichen Regeln für die Versicherer“, Versicherungswirtschaft 14/2013; Gräfenstein, „Aktuelle Fragen aus der Praxis des Rehabilitationsmanagements“, zfs 2015, 192 ff.

²⁷ So aber Küppersbusch/Höher Rn 67; diese Auffassung verkennt das Wesen des REHA Managements, siehe Fn 24.

²⁸ BGH Urt. v. 22.12.1987 – VI ZR 6/87.

²⁹ So zum Beispiel Küppersbusch/Höher, Rn 55; jedenfalls im Falle einer unzulässigen Kündigung.

³⁰ Das OLG Düsseldorf hat mit Urt. v. 12.8.2014 – I-1 U 52/12 eine solche Verpflichtung verneint.

Dasselbe muss für die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerrechte gemäß SGB IX gelten. Durch Einführung des SGB IX hat der Gesetzgeber eine ganze Reihe von Rahmenbedingungen geschaffen, die das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betreffen. Werden diese Möglichkeiten aber nicht voll ausgeschöpft, kann dies nicht dem Schädiger zugutekommen. Insoweit muss man auch hier wieder konstatieren, dass es dem Geschädigten nicht zugemutet werden kann, gerichtlich gegen den Arbeitgeber vorzugehen. Das Risiko liegt, wie bereits gesagt, insoweit allein in der Sphäre des Schädigers, dessen Verhalten den Geschädigten in die unangenehme Situation gebracht hat.

Fazit: Dem Geschädigten obliegt bei Verlust einer Arbeitsstelle grundsätzlich eine Schadenminderungspflicht. Die Anforderungen daran dürfen allerdings nicht überspannt werden. Entscheidend ist die **Zumutbarkeit**.³¹

IV. Überobligationsmäßige Tätigkeit

Auch für die Pflicht, eine andere Arbeitsstelle anzunehmen, gibt es jedoch Grenzen. So kann nicht verlangt werden, dass ein Geschädigter riskiert, seine Restgesundheit weiter zu verschlechtern. Ganz im Gegenteil könnte es dann sein, dass er damit gegen seine Schadenminderungspflicht verstößt.³² Es ist deshalb herrschende Meinung, dass es einem Geschädigten nicht zugemutet werden kann, eine „überobligationsmäßige“ Tätigkeit auszuüben. Erzielt er dadurch Einkünfte, dürfen diese nicht dem Schädiger zu Gute kommen und sind deshalb auf den Erwerbsschaden nicht anzurechnen.³³

Schwer geschädigten Personen ist es in aller Regel wichtig, einen „normalen“ Tagesablauf zu haben. Obwohl es aufgrund der Verletzungen für sie sehr erschwerend und eigentlich unzumutbar sein kann, versuchen sie dennoch, eine berufliche Tätigkeit auszuüben und gehen dabei oft über ihre Belastbarkeitsgrenzen hinaus. In diesen Fällen ist die Erwerbstätigkeit überobligatorisch.³⁴

Im konkreten Einzelfall ist deshalb stets zu klären, ob es sich bei der Erwerbstätigkeit eines Geschädigten um eine zumutbare Tätigkeit in Erfüllung der Schadenminderungspflicht oder um eine überobligationsmäßige Tätigkeit handelt.

Einigkeit sollte darüber bestehen, dass bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von 100 % jegliche Erwerbstätigkeit überobligatorisch ist und daraus erzielte Einkünfte nicht dem Schädiger zu Gute kommen können. Eine MdE von 100 % bedeutet nichts anderes als vollumfängliche Erwerbsunfähigkeit.

Auch in einem Fall einer Erwerbsminderung von 80 % hat das OLG Frankfurt entschieden, dass jedwede Tätigkeit als überobligationsmäßig anzusehen ist. Das Gericht führt dazu aus, dass eine solche MdE in der Praxis „einer vollständigen Erwerbsunfähigkeit gleichkommt“.³⁵ Dass der Geschädigte dennoch arbeitet, darf nicht dem Schädiger zu Gute kommen, so dass eine Anrechnung des erzielten Einkommens auf die Schadensersatzleistung nicht erfolgen darf.³⁶

Ein typisches Beispiel einer überobligationsmäßigen Tätigkeit ist auch die Arbeit in einer Werkstatt für Behinderte Menschen (WfbM). Gleichwohl wird dies häufig infrage gestellt. In nahezu allen diesen Fällen haben die Geschädigten eine MdE von 100 % und sind deshalb auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nicht mehr vermittelbar. Eine MdE von 100 % besagt aber, wie schon dargelegt, nichts anderes als eine vollständige Erwerbsunfähigkeit. Dennoch wird immer wieder vertreten, dass das in einer WfbM erhaltene Entgelt von derzeit ca. 200 EUR monatlich auf den Verdienstaufschaden anzurechnen sei. Diese Auffassung ist abzulehnen. Abgesehen davon, dass eben eine 100 %ige MdE besteht, ist auch zu bedenken, dass das „Entgelt“ unabhängig davon gezahlt wird, ob die Tätigkeit wirtschaftlich verwertbar ist oder nicht. Es ist damit eher als reines Taschengeld einzustufen. Eine Anrechnung darf deshalb nicht erfolgen.³⁷

Weitere Beispiele für eine MdE von 100 % gibt es insb. bei Hirnschäden, Querschnittlähmungen³⁸ oder oft auch bei Amputationen. Auch in diesen Fällen ist die Ausübung einer Berufstätigkeit dem Geschädigten konsequenterweise als nicht mehr zumutbar zu werten und somit überobligationsmäßig mit der Folge, dass keine Anrechnung eines erzielten Entgeltes erfolgen darf. Bei weniger starken Beeinträchtigungen ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen und anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob eine überobligationsmäßige Tätigkeit gegeben ist oder nicht.³⁹

Fazit: Bei einer MdE von 80 % und höher ist jede Erwerbstätigkeit als überobligationsmäßig zu werten, bei einer niedrigeren MdE – jedenfalls ab 50 % – kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.

V. Gibt es eine „gefestigte Nichterwerbsbiografie“?

Bleibt ein junger Geschädigter durch die Folgen aus dem schädigenden Ereignis dauerhaft arbeitsunfähig, ist die Ermittlung des hypothetischen Zukunftsverlaufs im Rahmen des Verdienstaufschadens nicht immer einfach.⁴⁰ Hat bspw. ein junger

³¹ Zu beachten ist, dass im Sozialrecht andere Kriterien gelten: dort kommt es ausschließlich auf die Vermittelbarkeit und nicht, wie im Schadensersatzrecht, auf die Zumutbarkeit an.

³² BGH, Urt. v. 25.9.1973 – VI ZR 97/71; Küppersbusch/Höher, Rn 61.
³³ BGH, Urt. v. 25.9.1973 – VI ZR 97/71; BGH NJW 1994, 131 ff., 133; Jaeger in Prütting, Medizinrecht Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 842 BGB Rn 20; Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 254 BGB Rn 32.

³⁴ BGH, Urt. v. 25.9.1973 – VI ZR 97/71.

³⁵ OLG Frankfurt, Beschl. v. 9.4.2010 – 13 U 128/09; LG Darmstadt, Urt. v. 5.5.2009 – 2 O 527/05.

³⁶ Zu überobligationsmäßig erzieltm Einkommen: Küppersbusch/Höher, Rn 61; Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 254 BGB Rn 32.

³⁷ Vgl. auch BGH Urt. v. 30.6.2015 – VI ZR 379/14, wonach der in einer WfbM tätige Geschädigte trotz Leistungen der Bundesagentur für Arbeit bezüglich des Verdienstaufschadens aktivlegitimiert bleibt.

³⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 19.10.1993 – VI ZR 56/93.

³⁹ Laut BGH, Urt. v. 11.10.2000, IV ZR 208/99 kann bereits eine bei über 50 % liegender MdE ausgeübte Tätigkeit überobligationsmäßig sein, ebenso KG, Urt. v. 23.7.2001 – 12 U 980/00.

⁴⁰ Es ist, wie bereits ausführlich dargelegt, zu beachten, dass dem Geschädigten die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugutekommen.

Geschädigter vor dem Schadensereignis seine Ausbildung abgebrochen und ist dann ausschließlich in lückenhafter Reihenfolge Minijobs nachgegangen, wird in der Praxis gelegentlich die Auffassung vertreten, dass ausschließlich aufgrund dieses sehr kurzen Zeitabschnitts der hypothetische Zukunftsverlauf zu bestimmen und in einem solchen Fall von einer „gefestigten Nichterwerbsbiografie“ auszugehen sei. Konkret bedeutet das, dass bei jungen Geschädigten, die in der Findungsphase, beispielsweise zwischen 16 Jahren und 25 Jahren, keiner geregelten Arbeit nachgegangen sind, dieses angeblich auch ihr ganzes Leben lang nicht getan hätten. Dies entspricht jedoch weder der allgemeinen Lebenserfahrung noch der herrschenden Rechtsprechung⁴¹ und wird auch in der Literatur von Versichererseite grundsätzlich akzeptiert.⁴²

Die Erfahrung zeigt, dass auch ein junger Mensch, der sich noch in einer Selbstfindungsphase befindet und deshalb nicht den vorbildlichen Werdegang einer Ausbildung und später anschließenden Tätigkeit wählt, dies spätestens dann, wenn er eine Familie gründet, ändert. Selbst bei im Unfallzeitpunkt bestehender Arbeitslosigkeit ist „insb. bei einem jüngeren Menschen – soweit nicht konkrete Anhaltspunkte dagegen sprechen – grundsätzlich davon auszugehen, dass er auf Dauer die ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten für eine Gewinn bringende Erwerbstätigkeit genutzt hätte.“⁴³ Zur Ermittlung, welche Art von beruflicher Tätigkeit in der Zukunft in Frage gekommen wäre, können auch die Ausbildung und der berufliche Werdegang weiterer Familienmitglieder herangezogen werden.⁴⁴ An den Beweismaßstab gemäß § 287 ZPO sind, wie bereits ausgeführt, keine hohen Anforderungen zu stellen, weil es der Schädiger war, der den Geschädigten in die Situation gebracht hat, dies dazunehmen zu müssen.⁴⁵

Der 51. Deutsche Verkehrsgerichtstag 2013 hat in der Entscheidung des Arbeitskreises „Erwerbsschadenermittlung bei Verletzung vor oder kurz nach dem Berufseinstieg“ diesbezüglich nachfolgende Feststellung getroffen: „Insbesondere kann durch die vom Bundesgerichtshof aufgestellte Vermutung, dass jugendliche Menschen in aller Regel Einkünfte durch Einsatz ihrer Arbeitskraft erzielen, ein Mindesteinkommen festgestellt werden, auch wenn sich nicht beweisen lässt, dass sich der behauptete Berufswunsch realisiert hätte.“⁴⁶ In der Diskussion dieses Arbeitskreises herrschte weitgehend Einigkeit darüber, dass, wenn keine konkreten Anknüpfungspunkte vorhanden sind, ein Einkommen in Höhe von netto 1.500 EUR monatlich als hypothetischer Verdienst zugrunde gelegt werden sollte.

Auch bei älteren Geschädigten, die vor dem Unfallereignis nicht durchgehend beruflich tätig waren, spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie, wenn auch mit Unterbrechungen, immer wieder Arbeit gefunden hätten.⁴⁷

Fazit: Nur in sehr seltenen Ausnahmefällen kann davon ausgegangen werden, dass bei einer lückenhaften Erwerbsbiografie in der Zukunft kein Verdienst erzielt worden wäre. Im Normalfall kann angenommen werden, dass der Geschädigte immer wieder Arbeitsstellen gefunden und ein durchschnittliches Einkommen erzielt hätte.

VI. Steuern auf Verdienstaufschaden⁴⁸

Bei der Berechnung des Verdienstaufschadens wird üblicherweise der Nettoverdienst zugrunde gelegt. Die Entschädigungsleistungen basieren deshalb auf dem Nettoverdienstausfallschaden. Nach §§ 2 Abs. 1, 24 Nr. 1a EStG sind diese Einnahmen vom Geschädigten zu versteuern. Die Steuern wiederum sind Teil des Schadenersatzanspruches und deshalb vom Schädiger zu erstatten.⁴⁹

Hier gibt es zwei Möglichkeiten: entweder es wird ein Vorbehalt vereinbart, dass der Geschädigte die erhaltenen Verdienstaufschadenzahlungen versteuert und den darauf ergehenden Steuerbescheid vorlegt. Der Schädiger erstattet dann den sich ergebenden Betrag.⁵⁰ Allerdings ist zu beachten, dass dieser ebenfalls wiederum zu versteuern ist. Das setzt sich solange fort, bis die Erstattungsbeträge unter die Steuerfreigrenze fallen.⁵¹

Die zweite Möglichkeit ist eine vorbehaltlose Abfindung inklusive der Steuern. Die Berechnung dieser Steuerschuld ist nicht einfach. So ist zum einen im Rahmen der Schadenminderungspflicht § 34 EStG zu beachten (Fünftelregelung), zum anderen aber auch zu ermitteln, welche Steuern konkret weiterhin anfallen, bis die Steuerfreigrenze erreicht wird. Um zu einer richtigen Festlegung der über die Jahre hinweg zu zahlenden Steuern zu gelangen, ist die Beiziehung eines Steuerberaters unerlässlich. Diese Kosten sind dann konsequenterweise ebenfalls durch den Schädiger zu ersetzen.

⁴¹ BGH NZV 1997, 222; BGH NZV 95,183; OLG Köln, Urt. v. 11.10.2012 – 7 U 62/12; OLG Celle, Urt. v. 27.6.2012 – 14 U 193/10; OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.10.2010 – I-1 U 244/09; LG Köln, Urt. v. 3.4.2012 – 5 O 367/09.

⁴² Vgl. Küppersbusch/Höher Rn 53.

⁴³ BGH NZV 1997, 222; Küppersbusch/Höher, Rn 53.

⁴⁴ BGH VersR 2010,1607; OLG Köln, Urt. v. 9.8.2013 – 19 U 137/09; Freymann, „Darlegungs- und Beweiserleichterungen zur Erwerbsschadenermittlung bei Verletzungen kurz vor oder kurz nach dem Berufseinstieg“, zfs 13, 125 ff.; Küppersbusch/Höher Rn 173.

⁴⁵ BGH VersR 2000, 233; OLG Brandenburg, Urt. v. 4.11.2010 – 12 U 35/10; Küppersbusch/Höher, Rn 47.

⁴⁶ Ziff. 1 der Empfehlungen des Arbeitskreises I des 51. Deutschen Verkehrsgerichtstages 2013.

⁴⁷ BGH NZV 95,183; OLG Köln, Urt. v. 11.10.2012 – 7 U 62/12; OLG Celle, Urt. v. 27.6.2012 – 14 U 193/10; OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.10.2010 – I-1 U 244/09; LG Köln, Urt. v. 3.4.2012 – 5 O 367/09; Küppersbusch/Höher, Rn 53.

⁴⁸ Dieses Thema wurde auf dem 54. Verkehrsgerichtstag in Goslar ausführlich behandelt, vgl. Beschlüsse des Arbeitskreises III, sowie das Referat Axel Dabitz, Vorsitzender Richter am Finanzgericht Düsseldorf, „Besteuerung von Erwerbsschadenersatz bei Personenschäden“, *Schah-Sedi*, „Erwerbsschadenersatz und Steuern, oder: Die Unverzichtbarkeit des Steuervorbehalts in der außergerichtlichen Regulierung“, SVR 16, 325 f.

⁴⁹ Vgl. *Schah-Sedi*, a.a.O.; *Dabitz* a.a.O.; *Jahnke/Burmann*, Handbuch des Personenschadenrechts, Kap. 4 Rn 1414 ff.; OLG Brandenburg, Urt. v. 4.11.2010 – 12 U 35/10 Rn 31; LG Köln, Urt. v. 3.4.2012 – 5 O 367/09; Küppersbusch/Höher Rn 128.

⁵⁰ *Schah-Sedi*, a.a.O.

⁵¹ Da sich das Ganze längere Zeit hinziehen kann, ist es u.U. notwendig, diesen Vorbehalt mit Wirkung eines rechtskräftigen Feststellungsurteils zu vereinbaren, um einer drohenden Verjährung vorzubeugen.