

BGHR: ja



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

III ZR 374/12

Verkündet am:  
19. September 2013  
K i e f e r  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 2013 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Wöstmann, Tombrink, Dr. Remmert und Reiter

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 11. Oktober 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Der Kläger macht gegen das beklagte Land aus Amtshaftung den Ersatz entgangenen und zukünftig noch entstehenden Verdienstauffalls abzüglich erhaltener und künftiger Zahlungen der Sozial- und Rentenversicherung geltend. Er wurde am 3. Oktober 2002 aufgrund einer Personenverwechslung in K. von einem Sondereinsatzkommando der Polizei überwältigt und festgenommen. Das Oberlandesgericht K. hat durch rechtskräftiges Urteil vom 28. September 2006 festgestellt, dass das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche

materielle Schäden aus dem Ereignis vom 3. Oktober 2002 zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialhilfeträger oder sonstige Dritte übergegangen sind.

2 Der Kläger hat unter Vorlage verschiedener Belege zu seinem bisherigen Einkommen und Erwerbsleben vorgetragen. Letzteres war bis zu dem Vorfall vom 3. Oktober 2002 sowohl durch Zeiten der Erwerbstätigkeit als auch der Arbeitslosigkeit geprägt. Dementsprechend bezog der Kläger sowohl Lohn aus abhängiger Beschäftigung als auch Krankengeld, Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe. Im Juli 2002 wurde er arbeitslos. Er erwarb im August 2002 einen LKW, um damit Speditionsfahrten durchzuführen. Im September 2002 begann er eine Umschulung beim Arbeitsamt. Nach dem Vorfall vom 3. Oktober 2002 bezog der Kläger zeitweise Krankengeld, Arbeitslosengeld und Arbeitslosengeld II. Seit dem 1. Februar 2008 erhält er eine Erwerbsminderungsrente.

3 Das beklagte Land hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe einen ihm entstandenen Verdienstaufschaden nicht schlüssig dargelegt. Es sei davon auszugehen, dass ein zu seinen Gunsten anzunehmender Verdienstaufschaden vollständig durch die gewährten staatlichen Leistungen abgedeckt sei. Sein Erwerbsleben vor der irrtümlichen Festnahme sei von nicht unerheblichen Zeiten bestehender Arbeitslosigkeit geprägt gewesen. Es sei nicht prognostizierbar, welche Erwerbseinkünfte er erzielt hätte, wenn es nicht zu der Festnahme gekommen wäre.

4 Der Kläger hat vor dem Landgericht für die Zeit vom 3. Oktober 2002 bis zum 31. Januar 2012 Schadensersatz in Höhe von 203.445,93 € abzüglich erhaltener Sozialversicherungs- und Rentenzahlungen sowie für die Zeit ab dem 1. Februar 2012 einen Betrag von monatlich 1.243,02 €, jeweils nebst Zinsen,

geltend gemacht. Das Landgericht hat - nach Einholung eines Sachverständigen-gutachtens - dem Kläger nach § 252 BGB, § 287 ZPO einen Anspruch auf Verdienstausfall in Höhe von 74.958,08 € sowie von monatlich 742,18 € ab dem 1.Juli 2011, jeweils nebst Zinsen, zugesprochen und die Klage im Übrigen ab-gewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewie-sen. Auf die Berufung des beklagten Landes hat es - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - den von dem beklagten Land an den Kläger zu zahlen-den Betrag von 74.958,08 € auf 73.792,74 € reduziert. Mit der vom Senat zuge-lassenen Revision verfolgt das beklagte Land seinen Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe

5 Die Revision des beklagten Landes hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungs-gericht.

#### I.

6 Das Berufungsgericht hat der Berufung des beklagten Landes nur hin-sichtlich eines vom Kläger bezogenen, zu Unrecht bisher nicht berücksichtigten Einkommens von 1.283,52 € stattgegeben. Zur Begründung seiner Entschei-dung hat es ausgeführt: Bei der Bemessung des Erwerbsschadens sei auf die wahrscheinliche künftige Entwicklung abzustellen, wobei an die Darlegungslast des Geschädigten nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden dürften. Vor diesem Hintergrund sei die bisherige unselbständige Tätigkeit vom Kläger sub-stantiiert dargelegt worden. Es sei zwar nicht zu verkennen, dass der Kläger

vorgetragen habe, er habe vor dem Schadensereignis eine selbständige Tätigkeit als Transportunternehmer aufgenommen. Im Rahmen von § 287 ZPO könne aber davon ausgegangen werden, dass er seine bisherige unselbständige Tätigkeit weiter fortgesetzt hätte, wenn die angebliche selbständige Speditionstätigkeit nicht zu dauerhaften Einnahmen geführt hätte. Zwar habe es sich um ein wenig strukturiertes Erwerbsleben gehandelt. Der Kläger habe aber immer wieder Arbeit gefunden.

7            Ausgangspunkt der Berechnung des Einkommensschadens ab Oktober 2002 durch das Landgericht sei das durchschnittliche monatliche Einkommen des Klägers aus der vorangegangenen Zeit gewesen. In den durchschnittlichen monatlichen Betrag von 1.586,59 € seien anteilig die Zeiten der Erwerbslosigkeit eingeflossen. Soweit das beklagte Land anführe, der Berechnung des Landgerichts sei jedenfalls für das Arbeitslosengeld II entgegenzutreten, weil dessen Verlust keinen Erwerbsschaden begründe, rechtfertige dies keine andere Entscheidung. Denn der Durchschnittsbetrag von 1.586,59 € sei von dem Sachverständigen, dessen Feststellungen das Landgericht gefolgt sei, für den Zeitraum von 1998 bis 2. Oktober 2002 errechnet worden. Das Arbeitslosengeld II sei aber erst mit In-Kraft-Treten des Zweiten Buchs Sozialgesetzbuch am 1. Januar 2005 an die Stelle von Arbeitslosen- und Sozialhilfe getreten. In den vom Gutachter berechneten durchschnittlichen Monatsbetrag von 1.586,59 € sei danach der Bezug von Arbeitslosengeld II nicht eingeflossen.

## II.

8            Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

9 1. Entgegen der Auffassung der Revision ist allerdings nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den vor dem Schadensereignis vom 2. Oktober 2002 erfolgten Versuch des Klägers, als Selbständiger Fuß zu fassen, bei der Bemessung des Verdienstausfalls nicht gesondert berücksichtigt hat. Es hat sich insofern im Rahmen des ihm bei der Schadensschätzung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO zustehenden tatrichterlichen Ermessens gehalten. Dieses unterliegt nur der beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht dahin, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unrichtigen Erwägungen beruht, ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Acht gelassen oder unrichtige Maßstäbe zu Grunde gelegt worden sind (vgl. Senat, Urteil vom 4. November 2010 - III ZR 45/10, NJW 2011, 852 Rn. 18 mwN; BGH, Urteil vom 5. Oktober 2010 - VI ZR 186/08, NJW 2011, 1148 Rn. 17 f mwN).

10 Derartige Fehler sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht ist vielmehr zu Recht davon ausgegangen, dass die bisherige Erwerbsbiographie des Klägers wenig strukturiert und durch vielfältige Zeiten der Arbeitslosigkeit gekennzeichnet war. Grundlage seiner Schadensschätzung ist der Durchschnittsverdienst des Klägers, der auch Zeiten eines geringeren Verdienstes einbezieht. Selbst wenn mithin der Kläger bei dem Versuch einer selbständigen Tätigkeit und seinem unterstellten Scheitern sowie bei dem Versuch, anschließend wieder eine abhängige Beschäftigung aufzunehmen, im Vergleich zu einem Einkommen aus abhängiger Beschäftigung vorübergehend Einkommenseinbußen hätte hinnehmen müssen, hielte sich dies noch im Rahmen seiner bisherigen Erwerbsbiographie mit wechselnd hohem Einkommen. Eine abweichende Berechnung des Verdienstausfallschadens ist hierdurch nicht veranlasst. Dass der Kläger nach einem - unterstellt - gescheiterten Versuch der selbständigen Er-

werbstätigkeit dauerhaft als abhängig Beschäftigter keine Erwerbstätigkeit mehr gefunden hätte, wird auch von der Revision nicht geltend gemacht.

- 11           2.     Zu Recht beanstandet die Revision jedoch, dass das Berufungsgericht bei der Feststellung des fiktiven Einkommens des Klägers - dem Gutachten des Sachverständigen folgend - auch für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2005 uneingeschränkt den vom Kläger in der Zeit vom 1. Januar 1998 bis zum 2. Oktober 2002 erzielten Durchschnittsverdienst zugrunde gelegt hat. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass damit Grundlage für die Berechnung des fiktiven Durchschnittsverdienstes des Klägers ab dem 1. Januar 2005 rechtsfehlerhaft auch die von ihm in der Zeit vom 1. Januar 1998 bis 2. Oktober 2002 bezogene Arbeitslosenhilfe ist, obwohl an ihre Stelle ab dem 1. Januar 2005 das Arbeitslosengeld II getreten ist (vgl. Artikel 3 Nr. 15 und Artikel 61 Abs. 1 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003, BGBl I S. 2954). Ab diesem Zeitpunkt konnte der Kläger ein Einkommen in Gestalt von Arbeitslosenhilfe nicht mehr erzielen. Ein Einkommen, das aufgrund einer Gesetzesänderung ab einem bestimmten Zeitpunkt von dem Geschädigten nicht mehr bezogen werden kann, darf für die - gemäß § 287 Abs. 1 ZPO erfolgende - Berechnung eines nach diesem Zeitpunkt liegenden Verdienstaufschadens nicht mehr als Maßstab herangezogen werden. Ab dem 1. Januar 2005 war mithin das fiktive monatliche Durchschnittseinkommen des Klägers - gegebenenfalls unter Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens - neu zu berechnen.

- 12                     Letzteres gilt auch dann, wenn ab dem 1. Januar 2005 statt der Arbeitslosenhilfe nunmehr das Arbeitslosengeld II als Bestandteil des fiktiven Durchschnittsverdienstes des Klägers zu berücksichtigen ist (siehe nachfolgend unter 3). Denn Arbeitslosenhilfe und Arbeitslosengeld II richten sich in ihrer Höhe

nicht nach denselben Bemessungsfaktoren. Während die Arbeitslosenhilfe von dem zuletzt seitens des Arbeitslosen bezogenen Bruttoentgelt abhängig war (vgl. § 195 i.V.m. § 129 SGB III in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung), orientiert sich das Arbeitslosengeld II gemäß § 19 ff SGB II an dem Bedarf des Leistungsberechtigten (BGH, Urteil vom 25. Juni 2013 - VI ZR 128/12, BeckRS 2013, 12005 Rn. 17, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Dies führt im Regelfall zu einer unterschiedlichen Höhe der beiden Einkommensarten und ist bei der Berechnung eines fiktiven Durchschnittseinkommens als Grundlage für die Bemessung eines Verdienstausfallschadens zu berücksichtigen.

13 3. Die Frage, ob der Verlust eines Anspruchs des Verletzten auf Arbeitslosengeld II einen ersatzfähigen Erwerbsschaden (vgl. §§ 252, 842 BGB) darstellt, ist vorliegend - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - entscheidungserheblich. Denn ab dem 1. Januar 2005 durfte der (fiktive) monatliche Durchschnittsverdienst des Klägers nicht mehr unter Einbeziehung eines - nicht mehr bestehenden - Anspruchs des Klägers auf Arbeitslosenhilfe, sondern allenfalls eines Anspruchs des Klägers auf Arbeitslosengeld II berechnet werden (siehe oben zu 2).

14 a) Wie der VI. Zivilsenat inzwischen entschieden hat, ist der Verlust eines Anspruchs des Verletzten auf Arbeitslosengeld II ein ersatzfähiger Erwerbsschaden (Urteil vom 25. Juni 2013 aaO). Dem schließt sich der erkennende Senat an. Der Verlust des Anspruchs des Klägers auf Arbeitslosengeld II ist dementsprechend bei der gemäß § 252 BGB, § 287 ZPO erfolgenden Berechnung seines durch das Schadensereignis bedingten Verdienstausfalls zu berücksichtigen.

- 15            Der Erwerbsschaden im Sinne von § 842 BGB umfasst alle wirtschaftlichen Beeinträchtigungen, die der Verletzte erleidet, weil und soweit er seine Arbeitskraft verletzungsbedingt nicht verwerten kann, die also der Mangel der vollen Einsatzfähigkeit seiner Person mit sich bringt (BGH, Urteile vom 25. Juni 2013 aaO Rn. 13; vom 20. März 1984 - VI ZR 14/82, BGHZ 90, 334, 336 f und vom 8. April 2008 - VI ZR 49/07, BGHZ 176, 109 Rn. 9).
- 16            Ein derartiger Vermögensschaden entsteht auch demjenigen, der den Anspruch auf Gewährung von Arbeitslosengeld II aus § 19 SGB II verliert, weil er verletzungsbedingt erwerbsunfähig geworden ist (BGH, Urteil vom 25. Juni 2013 aaO Rn. 14).
- 17            aa) Nach der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats begründete der unfallbedingte Verlust des Anspruchs auf Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe aus § 117 Abs. 1 beziehungsweise §§ 190 ff SGB III in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung einen Erwerbsschaden des Verletzten (Urteil vom 8. April 2008; vgl. auch die noch zu §§ 100 ff und §§ 134 ff AFG ergangenen Urteile vom 20. März 1984 aaO S. 337 ff und vom 18. Februar 1986 - VI ZR 55/85, VersR 1986, 485, 486). Maßgeblich hierfür war, dass das Gesetz den Arbeitslosen wegen seiner Arbeitsfähigkeit und Bereitschaft zur Arbeitsleistung weiterhin als in den Arbeitsmarkt eingegliedert ansah und der Arbeitslose seine Leistungsansprüche verlor, wenn er unfallbedingt arbeitsunfähig wurde. Denn der Rechtsanspruch auf Arbeitslosenunterstützung entstand nicht schon durch die bloße Tatsache der Arbeitslosigkeit. Er setzte voraus, dass der Arbeitslose arbeitsfähig war und sich der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellte (vgl. Urteile vom 20. März 1984 aaO und vom 8. April 2008 aaO Rn. 9).

18           bb) Diese Erwägungen beanspruchen auch Geltung für das mit dem Vierten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2954) eingeführte Arbeitslosengeld II (§ 19 SGB II). Der erkennende Senat schließt sich den diesbezüglichen Ausführungen des VI. Zivilsenats in seinem Urteil vom 25. Juni 2013 (aaO Rn. 16 ff), auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, an. Danach weist das Arbeitslosengeld II zwar deutliche Unterschiede zur Arbeitslosenhilfe nach altem Recht auf. Jedoch entsteht im Gegensatz zur Sozialhilfe der Anspruch auf Gewährung von Arbeitslosengeld II nicht schon durch die bloße Tatsache der Hilfebedürftigkeit. Er setzt vielmehr voraus, dass der Betroffene erwerbsfähig ist (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 SGB II) und für die Eingliederung in Arbeit zur Verfügung steht (vgl. § 7 Abs. 4a Satz 1, § 31 Abs. 1 Nr. 2, 3 SGB II, vgl. auch BT-Drucks. 16/1696 S. 26; Voelzke in Hauck/Noftz, SGB II, Einf. E 010 Rn. 88, 219 [Stand: Mai 2010]). Dass das Arbeitslosengeld II sich im Unterschied zur Arbeitslosenhilfe nicht an der Höhe des gewöhnlich erzielten Arbeitsentgelts orientiert und daher keine Lohnersatzfunktion hat, steht der Annahme eines Erwerbsschadens nicht entgegen (BGH, Urteil vom 25. Juni 2013 aaO Rn. 22). Die Lohnersatzfunktion einer Sozialleistung kann zwar dafür sprechen, dass mit ihrem Verlust ein Erwerbsschaden eintritt (vgl. BGH, Urteile vom 20. März 1984 aaO und vom 8. April 2008 aaO Rn. 14). Sie ist jedoch keine notwendige Bedingung für die Annahme eines Erwerbsschadens. Entscheidend ist vielmehr, dass das Zweite Buch Sozialgesetzbuch die Leistungsberechtigung von der Erwerbsfähigkeit abhängig macht und dem Leistungsbezieher ein Vermögensnachteil entsteht, wenn er infolge des verletzungsbedingten Wegfalls seiner Erwerbsfähigkeit seinen Anspruch auf Arbeitslosengeld II verliert (BGH, Urteil vom 25. Juni 2013 aaO).

19            b) Nach diesen Grundsätzen ist ein etwaiger Anspruch des Klägers auf Arbeitslosengeld II bei der Berechnung seines monatlichen Durchschnittseinkommens als Grundlage für die Bemessung seines Verdienstausfallschadens gemäß § 252 BGB, § 287 ZPO zu berücksichtigen. Da er infolge des Unfalls erwerbsunfähig geworden ist, sind die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld II entfallen.

20            Ein ersatzpflichtiger Vermögensschaden ist nicht zu verneinen, soweit der Kläger aufgrund seiner bei dem Unfall erlittenen Verletzungen seit Februar 2008 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bezieht. Diese Leistung ist bei der Schadensberechnung in normativ wertender Korrektur der Schadensbilanz nicht zu berücksichtigen. Sie stellt eine Maßnahme der sozialen Sicherung und Fürsorge gegenüber dem Geschädigten dar, die dem Schädiger nach dem Rechtsgedanken des § 843 Absatz 4 BGB nicht zu Gute kommen soll (BGH, Urteil vom 25. Juni 2013 aaO Rn. 24; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., Vorb v § 249 Rn. 85 mwN). Auch würde andernfalls die Bestimmung des § 116 SGB X, die den Ersatzanspruch des Verletzten auf den Drittleistenden überleitet, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, ihres Sinnes beraubt (BGH aaO; MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl., §§ 842, 843 Rn. 87; Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 249 Rn. 135, jeweils mwN).

21            4.        Das Berufungsurteil ist wegen des vorstehend zu 2 näher ausgeführten Berechnungsfehlers des Berufungsgerichts aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, da die Sache angesichts der notwendigen, gegebenenfalls ein ergänzendes Sachverständigengutachten erfordernden Neuberechnung des fiktiven Durch-

schnittseinkommens des Klägers ab dem 1. Januar 2005 nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Schlick

Wöstmann

Tombrink

Remmert

Reiter

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 03.04.2012 - 5 O 367/09 -

OLG Köln, Entscheidung vom 11.10.2012 - 7 U 62/12 -