

**A N W A L T K O M M E N T A R**  
DeutscherAnwaltVerein

# BGB

Gesamtherausgeber

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Köln

RA Dr. Thomas Heidel, Bonn

Prof. Dr. Gerhard Ring, Freiberg

## **Band 2: Schuldrecht**

**Teilband 1: §§ 241 bis 610**

Hrsg. von

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Köln

Rechtsanwalt Dr. Werner Langen,

Mönchengladbach

**2005**



DeutscherAnwaltVerlag



03305237

**Zitiervorschlag:**

AnwK-BGB/Bearbeiter, § 241 Rn 1

Copyright 2005 by Deutscher Anwaltverlag, Bonn

Satz: Reemers publishing services GmbH, Krefeld

Druck: Kösel GmbH & Co.KG, Krugzell

Titelgestaltung: D sign Agentur für visuelle Kommunikation, Peter Korn-Hornung, Solingen

**Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek**

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

ISBN 3-8240-0603-0

einer Schadensrechtsreform, NZV 2001, 335; *ders.*, Neue Grenzziehungen im Schadensersatzrecht, NZV 1998, 433; *Scheffen*, Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf betroffene Kinder und Jugendliche, ZRP 2001, 380; *dies.*, Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen, ärztlichen Kunstfehlern und Produzentenhaftung, ZRP 1999, 189; *Schiemann*, Anm. zu BGH 12.5.1998, VI ZR 182/97, LM § 847 BGB Nr. 102; *Schmidt-Salzer*, Anm. zu BGH 13.10.1992, VI ZR 201/91, LM § 847 BGB Nr. 89; *Schönke/Schröde*, StGB-Kommentar, 26. Auflage 2000; *Steffen*, Die Aushilfeaufgaben des Schmerzensgeldes, FS Odersky 1996, 723; *ders.*, Die Balance zwischen „Tätern“ und „Opfern“ im Verkehrsrecht ist gefährdet, ZRP 1998, 147; *Stoll*, Ersatz für immateriellen Schaden im Verkehrsrecht, DAR 1968, 304; *ders.*, Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht (1993); *Teichmann*, Anm. zu BGH 16.2.1993, VI ZR 29/92, LM § 847 BGB Nr. 90; *Thüsing*, Das Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, ZRP 2001, 126; *ders.*, Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, VersR 2001, 285; *Tröndle/Fischer*, Kommentar zum StGB, 50. Auflage 2001; *Wessels/Castro*, Ein Dauerbrenner: das „HWS-Schleudertrauma“ – Haftungsfragen im Zusammenhang mit psychisch vermittelten Gesundheitsbeeinträchtigungen, VersR 2000, 284; *Wilhelm*, Vererblichkeit von Schmerzensgeld – Änderung der Rechtsprechung, eolex 196, 913; *Ziegert*, Das HWS-Schleudertrauma im Haftpflichtprozeß, DAR 1998, 336; *ders.*, Das HWS-Schleudertrauma im Haftpflichtprozeß, Jahrbuch Verkehrsrecht 1999, 102.

## Inhalt

<b>A. Grundlegende Reform</b> .....	1	<b>D. Abstufung des Ersatzes</b> .....	22
<b>B. Welche immateriellen Schäden sind erfasst, welche nicht</b> .....	2	I. Bei Vorsatztatzen Schmerzensgeld auch bei geringfügigen Verletzungen (§ 253 Abs. 2 Nr. 1) .....	23
<b>C. Schmerzensgeld unabhängig vom Haftungsgrund</b> .....	3	II. Vereinheitlichung der Bagatellschwelle im RE 2001 – noch Abstufung im RE 1998 .....	25
I. Bisherige Rechtslage: Schmerzensgeld nur bei Verschuldenshaftung – Regel (§ 253), Ausnahme (§ 847) .....	3	1. Das Abgehen von der abgestuften Bagatellschwelle .....	25
1. Kein Schmerzensgeld bei der Gefährdungshaftung .....	3	2. Zielsetzungen .....	27
a) Begründung: Doppelfunktion Ausgleich und Genugtuung, beides gegeben nur bei Verschuldenshaftung .....	3	a) Umschichtung zu höherem Ersatz für Schwerstverletzte .....	27
b) Schon bisher Durchbrechungen: Tierhalterhaftung nach § 833 Abs. 1, Haftung für militärische Luftfahrzeuge (§ 53 Abs. 3 LuftVG), Atomhaftung (§ 29 Abs. 2 AtomG), Billigkeitshaftung einer nicht deliktsfähigen Person (§ 829) .....	4	b) Kein Ersatz bei geringfügigem HWS-Syndrom .....	28
c) Kritik in der Literatur .....	6	c) Justizentlastung .....	30
d) Um zu angemessenem Ergebnis zu gelangen (Zuspruch von Schmerzensgeld) Anreicherung der Verschuldenshaftung durch objektive Elemente – Verkehrssicherungspflichten .....	7	d) Kompensation für Haftungsausweitung und Umschichtung zu Schwer(st)verletzten ..	31
2. Vertragshaftung .....	8	3. Keine Stellungnahme zum Angehörigenschmerzensgeld .....	33
II. Neue Rechtslage: Schmerzensgeld unabhängig vom Haftungsgrund .....	10	III. Bagatellschwelle – wie bisher oder erweitert .....	35
1. Haftungsausweitung .....	10	1. Die Etappen der Entstehungsgeschichte .....	36
a) Sämtliche Gefährdungshaftungstatbestände .....	10	2. Die grundsätzliche Frage: Bloß Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung oder Änderung .....	37
b) Weitere Anspruchsgrundlagen .....	11	3. Ansatzpunkte für die neue Bagatellschwelle .....	45
2. Begründung der Neuregelung und Auswirkungen .....	12	a) Die Wortfolge „unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich“ .....	45
a) Metamorphose des Schmerzensgeldes: sinkende Bedeutung der Genugtuungsfunktion ..	12	b) Die Empfehlungen des 15. VGT (1977) und Bestrebungen nach einer europaweiten Vereinheitlichung .....	47
b) Angleichung an Rechtslage in vergleichbaren europäischen Rechtsordnungen .....	13	c) Anleihe bei § 84 AMG – und bei § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB .....	51
c) Schädiger wird sich Einstandspflicht bei Gefährdungshaftung weniger widersetzen, weil weniger ehrenrührig .....	14	d) Keine betragliche Festlegung – weiter Spielraum für Rechtsprechung .....	54
d) Vereinfachung der Schadensregulierung – Entlastung für Justiz und Haftpflichtversicherer .....	15	e) Vorstellungen des Gesetzgebers als Auslegungshilfe .....	56
aa) Vertragliche Haftung – Leichtere Durchsetzbarkeit gegen Vertragspartner .....	15	4. Beweislastverteilung .....	57
bb) Gefährdungshaftung: Leichtere Beweisbarkeit eines Tatbestands der Gefährdungshaftung als eines solchen der Verschuldenshaftung .....	18	5. Rechtsunsicherheit in der Anfangsphase – Grund für großzügige Zulassung von Revisionen .....	59
e) Gleich hohes Schmerzensgeld bei Gefährdung und Verschuldenshaftung .....	19	<b>E. Abschließende Beurteilung</b> .....	60
f) Echte Haftungsausweitung namentlich bei Arzneimittelhaftung, Gefährdungshaftung für Entwicklungsrisiken .....	21	I. Generelle Zielsetzung zu begrüßen .....	60
		II. Rechtstechnische Umsetzung geglückt .....	61
		III. Bewusste Ausklammerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	63
		IV. Vereinfachung der Regulierung bei Dauerschäden mit mittelschweren Verletzungen nur in beschränktem Maß gegeben wegen unzureichender Anhebung der Haftungshöchstbeträge bei der Gefährdungshaftung ..	64
		V. Kappung bei leichten Verletzungen festgeschrieben, bei Schwer(st)verletzungen auf Goodwill der Rechtsprechung angewiesen .....	68
		VI. Umschichtung von leicht Verletzten zu Schwer(st)verletzten nicht allein im Weg des Schmerzensgeldes ..	69

## A. Grundlegende Reform

Während das Sachschadensrecht bloß marginal, wenn auch nicht in unbedeutendem Ausmaß geändert wurde, handelt es sich bei der Reform des Schmerzensgeldes um eine grundlegende Neuerung.<sup>1</sup> Das wird schon dadurch deutlich, dass das Regel-Ausnahme-Prinzip der §§ 253 und 847 aufgelöst wird: § 847 wird ersatzlos gestrichen, sedes materiae des Schmerzensgeldes ist allein § 253.<sup>2</sup> Schmerzensgeld wird nunmehr **unabhängig vom Haftungsgrund** gewährt. Insoweit kommt es zu einer Haftungsausweitung. Gleichzeitig wird aber eine **Bagatellschwelle** eingeführt: Nur mehr für Verletzungen ab einer gewissen Größenordnung steht dem Verletzten ein Anspruch auf Schmerzensgeld zu. Insoweit kommt es zu einer Haftungseinschränkung gegenüber der bisherigen Rechtslage. Eine Intention dieser Haftungseinschränkung liegt aber auch in der beabsichtigten Umschichtung – der begrenzten Einnahmen der Haftpflichtversicherer aus Prämieinnahmen – von den Leichtverletzten zu den Schwerverletzten. Auf eine Kurzformel gebracht könnte man sagen: Die Leichtverletzten sollen verzichten, damit die Schwerverletzten angemessen entschädigt werden (können).

## B. Welche immateriellen Schäden sind erfasst, welche nicht

In Bezug auf den Kreis der Rechtsgüter, bei deren Beeinträchtigung Schmerzensgeld zu leisten ist, orientiert sich § 253 am bisherigen § 847. Es geht um Verletzungen des Körpers oder der Gesundheit, Beeinträchtigungen der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung.<sup>3</sup> Weiterhin nicht erfasst sind immaterielle Schäden an anderen Rechtsgütern, so bloße Unlustgefühle infolge von Vertragsverletzungen.<sup>4</sup>

## C. Schmerzensgeld unabhängig vom Haftungsgrund

### I. Bisherige Rechtslage: Schmerzensgeld nur bei Verschuldenshaftung – Regel (§ 253), Ausnahme (§ 847)

#### 1. Kein Schmerzensgeld bei der Gefährdungshaftung

##### a) Begründung: Doppelfunktion Ausgleich und Genugtuung, beides gegeben nur bei Verschuldenshaftung

Nach einer grundlegenden Entscheidung des Großen Senats<sup>5</sup> ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes sowohl die Ausgleichs- als auch die Genugtuungskomponente zu berücksichtigen. Während es beim Ausgleich darum geht, dass die verletzte Person durch das Schmerzensgeld in die Lage versetzt wird, sich Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen für zugefügtes Leid und Kümernisse, geht es bei der Genugtuung<sup>6</sup> darum, dass der Schädiger eine Bußgeldzahlung leisten soll, weil er in vorwerfbarer Weise gehandelt hat. Da es bei der Gefährdungshaftung um Risikotragung und nicht um Vorwerfbarkeit geht, die Genugtuungskomponente keine Rolle spielen konnte, erschien es folgerichtig, bei den Tatbeständen der Gefährdungshaftung kein Schmerzensgeld zu gewähren.<sup>7</sup>

##### b) Schon bisher Durchbrechungen: Tierhalterhaftung nach § 833 Abs. 1, Haftung für militärische Luftfahrzeuge (§ 53 Abs. 3 LuftVG), Atomhaftung (§ 29 Abs. 2 AtomG), Billigkeitshaftung einer nicht deliktsfähigen Person (§ 829)

Mag die Versagung von Schmerzensgeld bei der Gefährdungshaftung auch folgerichtig gewesen sein, so ist darauf zu verweisen, dass dieses Prinzip schon de lege lata nicht lückenlos durchgehalten wurde, weder vom Gesetzgeber noch von der Rechtsprechung. Bei den Gefährdungshaftungen des § 833 Abs. 1 (**Tierhalterhaftung**), des § 53 Abs. 2 LuftVG (Einstandspflicht für Schäden durch **militärische Luftfahrzeuge**), des § 29 Abs. 2 AtomG (Haftung für Strahlungsschäden der **Kernenergie**) sowie der Billigkeitshaftung des § 829<sup>8</sup> (Einstandspflicht einer **nicht deliktsfähigen Person**) wurde schon bisher Schmerzensgeld zuerkannt.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> RE 2001, 35; ebenso G. Müller, ZRP 1998, 258, 260; dies., PHI 2001, 119, 120.

<sup>2</sup> Otto, NZV 2001, 335, 339; Standort ist um 180 Grad gewendet.

<sup>3</sup> RE 2001, 61; G. Müller, ZRP 1998, 258, 261; Freise, VersR 2001, 539, 542.

<sup>4</sup> Dazu Thüsing, ZRP 2001, 126 ff., ders., VersR 2001, 285 ff. In beiden aktuellen Beiträgen wird die Diskussion um das 2. SchadenersatzrechtsänderungsG mit keiner Silbe erwähnt.

<sup>5</sup> BGHZ 18, 149, 155 = NJW 1955, 1675 = VersR 1955, 615.

<sup>6</sup> Der Begriff stammt aus dem schweizerischen Recht und ist dort ein Synonym für Schmerzensgeld bzw. immateriellen Schaden. Deutsch (ZRP 1998, 291, 292) findet die Wortwahl glücklich, weil dadurch Ausdrücke wie Buße oder Privatstrafe vermieden werden. Wenn es aber um Buße bzw. Privatstrafe geht, ist es m.E. förderlich, wenn dies auch offengelegt wird, statt ein Phänomen durch einen einer fremden Rechtsordnung entlehnten, nicht für jedermann verständlichen Begriff zu verdunkeln.

<sup>7</sup> Otto, NZV 1998, 433, 438; Ch. Huber, DAR 2000, 20, 29; Freise, VersR 2001, 539, 540; Karczewski, VersR 2001, 1070, 1071.

<sup>8</sup> BGHZ 127, 186.

<sup>9</sup> So die Hinweise in der Literatur, die mehr oder weniger umfassend diese Ausnahmen aufzählen: Deutsch, ZRP 1998, 291; Bollweg, NZV 2000, 185, 187; Macke, DAR 2000, 506, 508; Freise, VersR 2001, 539, 540 f.

5 Für den Schmerzensgeldanspruch bei Personenschäden aufgrund militärischer Luftfahrzeuge sowie von Strahlungsschäden mag man noch die besondere Intensität des Risikos als tragfähige Unterscheidung akzeptieren.<sup>10</sup> Der Verweis, dass die Tierhalterhaftung im Deliktsrecht des BGB geregelt ist,<sup>11</sup> ist allein eine historische Zufälligkeit.<sup>12</sup> Auch bei der Billigkeitshaftung kam wegen des fehlenden Verschuldenserfordernisses die Genugtuungskomponente nicht zum Tragen, ohne dass die Rechtsprechung auf unüberwindliche Schwierigkeiten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes gestoßen wäre.<sup>13</sup> Die zentralen Gefährdungshaftungstatbestände des StVG und HaftPflG, des ProdHG, des UmwHG und des AMG sahen bisher keinen Anspruch auf Schmerzensgeld vor.<sup>14</sup>

### c) Kritik in der Literatur

6 Eine ganze Heerschar von Literaturstimmen<sup>15</sup> lässt sich als Belegstelle anführen, dass diese Änderung schon Jahrzehnte lang gefordert wurde. Es hat sich nicht nur das Sprichwort „Steter Tropfen höhlt den Stein“ bewahrheitet,<sup>16</sup> sondern es bedurfte eines **konkreten Anlassfalles**, der die Gesetzgebungsmaschine zum Laufen brachte. *Deutsch*<sup>17</sup> verweist darauf, dass nach den Massenschäden mit **Aids-infizierten Blutkonserven** eine Zuerkennung von Schmerzensgeld bei der Arzneimittelhaftung rechtspolitisch dringend geboten erschien. In dieser Situation entschied sich der Gesetzgeber – auch aus europarechtlichen Gesichtspunkten – gegen eine punktuelle Reform bei der Arzneimittelhaftung und für eine umfassende Lösung im Bereich der gesamten Gefährdungshaftung.

### d) Um zu angemessenem Ergebnis zu gelangen (Zuspruch von Schmerzensgeld) Anreicherung der Verschuldenshaftung durch objektive Elemente – Verkehrssicherungspflichten

7 Auf den ersten Blick erscheint die Ausdehnung des Schmerzensgeldes auf alle Gefährdungshaftungstatbestände als revolutionärer Schritt. Bei näherer Analyse zeigt sich indes, dass damit in erster Linie eine **Verfahrensvereinfachung** erreicht wird. Schon bisher hat die Rechtsprechung Mittel und Wege gesucht – und gefunden –, um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen. Der Zurechnungsmaßstab in der Verschuldenshaftung wurde immer stärker objektiviert, dem Geschädigten wurden Beweiserleichterungen zugestanden, dem Ersatzpflichtigen weitere Verkehrssicherungspflichten auferlegt.<sup>18</sup> Kurzum, es gab in vielen Bereichen auf dem Boden der Verschuldenshaftung **schon bisher eine „verkappte Gefährdungshaftung“**.<sup>19</sup> *Macke*<sup>20</sup> drückt dies drastisch in der Weise aus, dass die Gerichte zwar einerseits bisher unwendige wie unnötige Erörterungen, Untersuchungen und Feststellungen zum Verschulden tätigen mussten, das aber, wenn gebraucht, auch gefunden wurde. Der RE 2001<sup>21</sup> weist deshalb treffend darauf hin, dass ein wesentliches Ziel der Gefährdungshaftung, nämlich einen Ausgleichsmechanismus auf der Grundlage einer einfachen Risikozuweisung zu schaffen, bisher außer Kraft gesetzt worden sei. Im Haftpflichtprozess musste das Verschulden allein wegen des Schmerzensgeldanspruchs geprüft werden, weil dieser Anspruch in das Portemonnaie des Verletzten floss, während die anderen Ansprüche (Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, Erwerbsschaden) vom Regress des Arbeitgebers bzw. der Sozialversicherungsträger erfasst waren.<sup>22</sup>

10 *Medicus*, 38. VGT (2000), 121, 122 Fn 2.

11 *Deutsch*, ZRP 2001, 351.

12 *Medicus* (38. VGT [2000], 121, 122) bezeichnet den Schmerzensgeldanspruch bei der Tierhalterhaftung daher zu Recht als systemfremde Ausnahme.

13 *Deutsch* (ZRP 2001, 351) weist darauf hin, dass bei der Tierhalterhaftung bloß ein Schmerzensgeld in der Ausgleichsfunktion in Betracht kam.

14 RE 2001, 35; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1071.

15 45. DJT (1964) II C 127; *Stoll*, DAR 1968, 304; *von Caemmerer*, Reform der Gefährdungshaftung (1971), S. 22 f.; *Kötz*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II (1981), 1779, 1824 f.; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn 704; *von Bar*, Gutachten A zum 62. DJT 1998, 23, 29 f., 72 f.; *G. Müller*, VersR 1995, 489, 493; *Hager/Leonhard*, ZRP 1998, 302, 303; *MüKo/Mertens* vor § 823 Rn 25; *Erman/Schiemann* § 847 Rn 2; ablehnend noch 15. VGT (1977) und 20. VGT (1982); gegenteilig allerdings 33. VGT (1995) und 36. VGT (1998).

16 So aber *G. Müller*, ZRP 1998, 258, 260, die darauf hinweist, dass es den beharrlichen Reformappellen zu danken sei, dass nun auch bei der Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeldanspruch eingeführt werde.

17 ZRP 1998, 291, 292 f.

18 So bereits der Befund des RE 1998, BT-Drucks 13/10435, 11; ebenso RE 2001, 36; *Bollweg*, NZV 2000, 185, 186.

19 *Freise*, VersR 2001, 539, 541.

20 DAR 2000, 506, 508.

21 RE 2001, 36.

22 *Macke*, DAR 2000, 506, 508.

## 2. Vertragshaftung

Während sich eine Vielzahl von Literaturstimmen für die Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs bei der Gefährdungshaftung ausgesprochen hat, hielt sich die Literatur erstaunlicherweise bedeckt in Bezug auf die Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs bei Beeinträchtigung der einschlägigen Rechtsgüter infolge einer Vertragsverletzung.<sup>23</sup> Allein das Reichsgericht hatte schon 1906<sup>24</sup> ausgesprochen, dass ein innerer Grund für die Verschiedenheit der Haftung aus Verträgen und aus unerlaubten Handlungen vielleicht nicht aufzufinden sei.<sup>25</sup>

8

Nachdem *Diedrich*<sup>26</sup> vor einigen Jahren vorgeschlagen hatte, wenigstens bei pVV und cic einen Schmerzensgeldanspruch zu gewähren, was er damit begründete, dass der historische Gesetzgeber diese Kategorien noch nicht gekannt habe, so dass insoweit eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke gegeben sei,<sup>27</sup> erhob dann der Deutsche Anwaltverein<sup>28</sup> die Forderung der **Gleichstellung der Vertragshaftung mit der Gefährdungshaftung**, nachdem der RE 1998 dies noch nicht vorgesehen hatte. Der Gesetzgeber ist dem zu Recht gefolgt, wobei auch insoweit darauf verwiesen werden kann, dass damit eine Angleichung der Rechtslage an andere europäische Rechtsordnungen erfolge.<sup>29</sup> Konnte man für die Ausklammerung des Schmerzensgeldes bei der Gefährdungshaftung immerhin noch ins Treffen führen, dass insoweit der Genugtuungsgedanke nicht greifen könne, trug dieses Unterscheidungskriterium in Bezug auf die Vertragshaftung von Anfang an nicht. Denn bei einem vertraglichen Schadensersatzanspruch muss gerade so wie im Deliktsrecht Verschulden gegeben sein. Allein dass die Beweislast unterschiedlich verteilt ist, hätte niemals zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen dürfen, kommt doch dem Geschädigten auch im Deliktsrecht mitunter eine Beweiserleichterung oder gar eine Beweislastumkehr zugute.

9

## II. Neue Rechtslage: Schmerzensgeld unabhängig vom Haftungsgrund

### 1. Haftungsausweitung

#### a) Sämtliche Gefährdungshaftungstatbestände

Die Bundesrechtsanwaltskammer<sup>30</sup> forderte, bei jedem einzelnen Gefährdungshaftungstatbestand zu untersuchen, ob die Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs berechtigt sei. § 253 setzt sich darüber hinweg und normiert einen Schmerzensgeldanspruch bei allen Gefährdungshaftungstatbeständen. *Freise*<sup>31</sup> stimmt dem zu Recht zu, weil in der Tat nicht zu erwarten ist, dass die Untersuchung der einzelnen Gefährdungshaftungstatbestände in Bezug auf die Angemessenheit eines Schmerzensgeldanspruchs zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würde. Ganz abgesehen davon spricht das Ausgleichsprinzip gegen jegliche Differenzierung. Der Bedarf des Verletzten, sich für Unlustgefühle und Unpässlichkeiten Erleichterungen und Abhilfe zu verschaffen, ist unabhängig davon, auf welchem Grund die Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen beruht, im gleichen Ausmaß gegeben.<sup>32</sup>

10

#### b) Weitere Anspruchsgrundlagen

*Deutsch*<sup>33</sup> weist zu Recht darauf hin, dass nach neuer Rechtslage ein Schmerzensgeldanspruch neben der Vertrags- und Gefährdungshaftung auch bei einem **Aufopferungsanspruch** und bei einer **Geschäftsführung ohne Auftrag** zustehe, Anspruchsgrundlagen, nach denen bisher ein Schmerzensgeldanspruch verneint wurde.<sup>34</sup> Wenn *Deutsch*<sup>35</sup> darüber hinaus die Ansicht vertritt, dass künftig auch Anspruchsgrundlagen im Sachenrecht, Familienrecht oder Erbrecht denkbar seien, so ist dem grundsätzlich zu folgen. Die weitergehende Behauptung,<sup>36</sup> dass bei einer Kindesentführung der sorgeberechtigte Ehegatte, dem die Herausgabe des Kindes zu Unrecht verweigert wurde, gestützt auf § 253 Schmerzensgeld verlangen könne, ist m.E. unzutreffend. Das Sorgerecht ist zwar ein absolutes Recht; es fällt allerdings unter keine der in § 253 aufgezählten Rechtsgüter, so dass ein Schmerzensgeldanspruch des herausgabeberechtigten Ehegatten wie

11

23 Für die Erstreckung der Schmerzensgeldhaftung auf die Tatbestände der Vertragshaftung aber *Hohloch*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (1981) 375, 438.

24 RGZ 65, 17, 21: Bei einer Probefahrt war die mitgenommene Person, die das Fahrzeug später kaufen sollte, verletzt worden. Es ging um die Frage, ob sie sich bloß an den Fahrer oder auch an den Vertragspartner wenden konnte.

25 So *Freise*, VersR 2001, 539, 542.

26 MDR 1994, 525 ff.

27 Ablehnend de lege lata *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072, Fn 10.

28 AnwBl 1998, 329; zustimmend *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 29.

29 *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072.

30 BRAK-Mitt 1998, 181, 183.

31 VersR 2001, 539, 542.

32 *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1071.

33 ZRP 2001, 351.

34 BGHZ 22, 50 (Aufopferungsanspruch); BGHZ 52, 117 (Geschäftsführung ohne Auftrag).

35 ZRP 2001, 351, 352.

36 Ebenda unter Hinweis auf BGHZ 111, 168.

nach bisherigem Recht zu verneinen ist. In Betracht kommen könnte ein Schmerzensgeldanspruch des zu Unrecht zurückgehaltenen Kindes gegen den rechtswidrig handelnden Elternteil, weil bei diesem eine Beeinträchtigung des in § 253 genannten Rechtsgutes der Freiheit gegeben ist.

## 2. Begründung der Neuregelung und Auswirkungen

### a) Metamorphose des Schmerzensgeldes: sinkende Bedeutung der Genugtuungsfunktion

- 12 Als Wegbereiter für die Öffnung der Gefährdungshaftung für das Schmerzensgeld ist der Wandel anzusehen, der beim Schmerzensgeld im Rahmen der Verschuldenshaftung zu beobachten ist. Die Genugtuungskomponente verliert außerhalb von Vorsatzdelikten zunehmend an Bedeutung, während die Ausgleichsfunktion reziprok wichtiger wird.<sup>37</sup> *Macke*<sup>38</sup> weist darauf hin, dass die **Genugtuungsfunktion** von Anfang an nur eine **untergeordnete Bedeutung** gehabt habe. Immer dann, wenn hinter dem Schädiger eine Haftpflichtversicherung steht, ist das ausschließliche Abstellen auf die Ausgleichsfunktion allein folgerichtig, wirkt sich doch auch beim Schmerzensgeld das Vermögensopfer beim Schädiger lediglich in Höhe des Rückstufungsschadens aus. Wenn demnach die Ausgleichsfunktion eine so überragende Bedeutung erlangt hat, ist in der Tat nicht einzusehen, welchen Unterschied es machen sollte, ob eine Haftung auf die Verschuldens- oder Gefährdungshaftung gestützt wird.<sup>39</sup>

### b) Angleichung an Rechtslage in vergleichbaren europäischen Rechtsordnungen

- 13 Es wird auch bei dieser Änderung darauf verwiesen, dass sowohl bei der Vertragshaftung<sup>40</sup> als auch bei der Gefährdungshaftung<sup>41</sup> vergleichbare europäische Rechtsordnungen gerade keinen Ausschluss des Schmerzensgeldes kennen, so dass insoweit eine Rechtsangleichung erfolge.

### c) Schädiger wird sich Einstandspflicht bei Gefährdungshaftung weniger widersetzen, weil weniger ehrenrührig

- 14 *Freise*<sup>42</sup> nennt ein weiteres Argument für die Einführung eines Schmerzensgeldes bei der Gefährdungshaftung: Während die Einstandspflicht wegen einer Pflichtverletzung nach der **Verschuldenshaftung ehrenrührig** sei und in die Nähe des Strafrechts führe, werde ein Unternehmen die Haftung aus Gefährdung, bei der es bloß um Risikozuweisung gehe, leichter hinnehmen. Das dürfte eher schön gedacht sein, als es einem empirischen Befund der Praxis entsprechen wird; dazu kommt, dass es für die für den Schädiger einstandspflichtige Haftpflichtversicherung erst recht keinen Unterschied macht, aus welchem Rechtsgrund sie zur Zahlung verpflichtet ist.

### d) Vereinfachung der Schadensregulierung – Entlastung für Justiz und Haftpflichtversicherer

#### aa) Vertragliche Haftung – Leichtere Durchsetzbarkeit gegen Vertragspartner

- 15 *Karczewski*<sup>43</sup> stellt die Frage, ob durch die Gewährung eines Schmerzensgeldanspruchs für das Opfer viel gewonnen sei. Der RE 2001<sup>44</sup> weist zutreffend darauf hin, dass sich auf diese Weise Verbesserungen bei der **Gehilfenhaftung** sowie der **Beweislastverteilung** ergeben, während mit der Gleichbehandlung von deliktischen und vertraglichen Schadensersatzansprüchen im Verjährungsrecht der früher der mit der vertraglichen Haftung verbundene Vorteil weggefallen ist. *Deutsch*<sup>45</sup> meldet schließlich Bedenken gegen eine Zuerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs bei einer objektiven Haftung des Vertragsrechts an. Sollte damit die Einstandspflicht des Geschäftsherrn nach § 278 gemeint sein, so ist die – im Übrigen nicht näher begründete – Kritik nicht recht nachvollziehbar.
- 16 An einem Beispiel der Arzthaftung sei verdeutlicht, was es für den Verletzten bringt und weshalb die Bedenken von *Deutsch* unbegründet sind: Schließt der Patient einen Vertrag mit dem Krankenträger und erleidet er einen Körperschaden infolge eines ärztlichen Kunstfehlers des ihn behandelnden Arztes, konnte der Patient lediglich vom deliktisch handelnden Arzt Schmerzensgeld verlangen. Bei Inanspruchnahme des

37 *E. Lorenz*, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung“ in Geld (1981) S. 44 ff.; *Kern*, AcP 191, 247 ff.; *G. Müller*, VersR 1993, 909, 911; *dies.*, ZRP 1998, 258, 260; *Giesen*, JZ 1993, 519; *Dressler*, DAR 1996, 81, 82; *Bollweg*, NZV 2000, 185, 187; *Freise*, VersR 2001, 539, 541; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1071; RE 2001, 36.

38 DAR 2000, 506, 508. So auch *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 29: Der Streit um die Genugtuungsfunktion ist bei Fahrlässigkeitsdelikten ein akademisches Problem. Ähnlich *Geiß*, DAR 1998, 416, 420: Von den Vorsatzdelikten abgesehen ist die Genugtuungsfunktion weitgehend in den Hintergrund getreten, für das Regelungsbedürfnis bedeutsamer ist der Blick auf die Gerichts- und Regulierungspraxis.

39 So auch *Medicus*, 38. VGT (2000), 121, 122: Die Neuregelung sei dogmatisch ohne Weiteres vertretbar, denn für den Ausgleich spiele das Verschulden keine Rolle.

40 *Otto*, NZV 2001, 335, 339.

41 RE 2001, 36; *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II (1999), Rn 366; *Bollweg*, NZV 2000, 185, 186; *Freise*, VersR 2001, 539, 541; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1071.

42 VersR 2001, 539, 544.

43 VersR 2001, 1070, 1072.

44 RE 2001, 37.

45 ZRP 2001, 351, 354.

Krankenhausträgers gelang diesem in aller Regel der Entlastungsbeweis nach § 831, während es bei § 278 gerade keine Entlastungsmöglichkeit gibt.<sup>46</sup> Wenn nun der Patient unter Berufung auf § 278 direkt gegen den Krankenhausträger vorgehen kann, so hat dies mehrere Vorteile:

- Es kommt dem Geschädigten wie bei allen anderen Ansprüchen die **Beweislastumkehr** in Bezug auf das Verschulden zugute.
- Der Geschädigte kann zunächst mit seinem Anspruch auf Schmerzensgeld gegen den Entgeltsanspruch des Krankenhausträgers **aufrechnen**; er muss seinem Geld nicht mehr nachlaufen.
- Selbst wenn der Schmerzensgeldanspruch höher ist als der Gegenanspruch des Krankenhausträgers gegen den Patienten, hat der Krankenhausträger im Zweifel die höhere **Bonität** oder doch die höhere Deckungssumme bei der abgeschlossenen Haftpflichtversicherung, ganz abgesehen davon, dass der verletzte Patient nun einen **zusätzlichen Schuldner** in Anspruch nehmen kann, neben dem deliktisch haftenden Arzt den vertraglich haftenden Krankenhausträger.
- Schließlich kommt es zu einer **Abkürzung** bei der **Anspruchsdurchsetzung**. Jedenfalls wenn den angestellten Arzt bloß leichte Fahrlässigkeit trifft, kann dieser bei seiner Einstandspflicht Rückgriff bei seinem Arbeitgeber, dem Krankenhausträger, nehmen. Die Neuregelung ermöglicht einen direkten Zugriff des verletzten Patienten gegen den Krankenhausträger, der den Schaden letztendlich zu tragen hat.

Es ist *Karczewski* zuzugestehen, dass sich in aller Regel ein Anspruch in gleicher Höhe auch nach bisheriger Rechtslage begründen ließ; es ist vornehmlich die **Bequemlichkeit der Durchsetzung** des Anspruchs, die als Vorteil zu werten ist. Zu den Bedenken von *Deutsch* sei nochmals darauf verwiesen, dass es m.E. nicht bedenklich, sondern vielmehr vorzugswürdig ist, wenn derjenige, der den Schaden letztlich im Regelfall tragen soll, vom Verletzten unmittelbar herangezogen werden kann; und selbst wenn das ausnahmsweise anders sein sollte, sprechen noch immer gute Gründe dafür, dass der Krankenhausträger und nicht der Patient das Insolvenzrisiko in Bezug auf die Eintreibbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs gegen den deliktisch handelnden Erfüllungsgehilfen tragen soll.

17

#### bb) Gefährdungshaftung: Leichtere Beweisbarkeit eines Tatbestands der Gefährdungshaftung als eines solchen der Verschuldenshaftung

Seiner Intention nach sollte die Gefährdungshaftung eine einfache objektive Risikozeuweisung ermöglichen.<sup>47</sup> In der Praxis musste aber in so manchem Haftpflichtprozess das Verschulden geprüft werden, weil es für die Zuerkennung von Schmerzensgeld gerade darauf ankam.<sup>48</sup> Dieser zusätzliche **Prozessaufwand** kann künftig wegfallen. In der Diskussion war bisher allein von einer Entlastung der Justiz die Rede. Es ist aber darauf zu verweisen, dass in den allermeisten Haftpflichtprozessen das Verschulden letztendlich auch gefunden wurde, wenn auch mitunter erst nach einem beträchtlichem Zeit- und Kostenaufwand,<sup>49</sup> für den die Haftpflichtversicherer aufzukommen hatten. Abgesehen davon, dass sich auch für letztere die **Regulierung vereinfacht**, werden sie auch von diesen Kosten befreit.

18

#### e) Gleich hohes Schmerzensgeld bei Gefährdungs- und Verschuldenshaftung

Auch wenn die Genugtuungskomponente außer bei Vorsatzdelikten immer unwichtiger wird, versuchen deren Verfechter ihr einen letzten Bedeutungsrest zu erhalten. *Deutsch*<sup>50</sup> betont einerseits, dass beim Schmerzensgeld gegen den Tierhalter lediglich ein Schmerzensgeld in der Ausgleichsfunktion in Betracht kam und Entsprechendes auch für das Schmerzensgeld bei der Gefährdungshaftung gelten müsse.<sup>51</sup> Darüber hinaus stellt er zur Diskussion, ob das Schmerzensgeld, wenn es nicht nur auf Verschulden, sondern auch auf einen Gefährdungshaftungstatbestand gestützt werden könne, nicht höher ausfallen müsse, seien doch bei der Billigkeitsabwägung alle Umstände des Einzelfalles zu beachten.<sup>52</sup>

19

M.E. sollte diesen Versuchen zur Aufrechterhaltung einer **Restbedeutung der Genugtuungskomponente** für die Fahrlässigkeitsdelikte eine Absage erteilt werden, weil die angestrebte Entlastungswirkung bei signifikanten Unterschieden gerade wieder verloren gehen würde. Es müsste dann im Haftpflichtprozess nämlich um das Verschulden nicht wegen der Zuerkennung des Schmerzensgeldes an sich gestritten werden, sondern deshalb, weil das Schmerzensgeld womöglich um eine Idee höher ausfallen könnte. Den Streit um dieses Kaisers Bart sollte man sich besser ersparen. Mit *Macke*<sup>53</sup> ist festzustellen, dass

20

<sup>46</sup> *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072; *Deutsch*, ZRP 2001, 351, 352 f.

<sup>47</sup> So bereits RE 1998, BT-Drucks 13/10435, 10 und 11.

<sup>48</sup> *Geiß*, DAR 1998, 416, 420; *Deutsch*, ZRP 2001, 351, 352; *Freise*, VersR 2001, 539, 541; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1071.

<sup>49</sup> *Macke*, DAR 2000, 506, 508.

<sup>50</sup> ZRP 2001, 351.

<sup>51</sup> Ähnlich *Otto*, NZV 2001, 335, 338, der fordert, dass die Genugtuungskomponente nicht wegfallen, sondern in die konkrete Schadensberechnung verlagert werden solle. So bereits *ders.*, NZV 1998, 433, 438: Verschulden ist in der Rechtsprechung nicht Voraussetzung für das Schmerzensgeld, sondern ein Berechnungsfaktor.

<sup>52</sup> *Deutsch*, ZRP 2001, 351, 353.

<sup>53</sup> DAR 2000, 506, 509.

es wünschenswert wäre, wenn das Schmerzensgeld in beiden Fallgruppen **gleich hoch** wäre.<sup>54</sup> Auch eine Differenzierung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit,<sup>55</sup> auf die es im österreichischen Recht für so manche Rechtsfolge ankommt, sollte man jedenfalls dann ausklammern, wenn letztendlich der Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, weil die Genugtuungsfunktion ihr eigentliches Ziel gerade nicht erreichen kann.<sup>56</sup>

#### f) Echte Haftungsausweitung namentlich bei Arzneimittelhaftung, Gefährdungshaftung für Entwicklungsrisiken

- 21 *G. Müller*<sup>57</sup> behauptet, dass durch die Ausweitung des Schmerzensgeldes auf die Gefährdungs- und Vertragshaftung in der Praxis sehr **bedeutsame Haftungslücken geschlossen** würden. Das ist die Perspektive der Vorsitzenden des Haftpflichtsenats am BGH, die den zu entscheidenden Einzelfall im Auge hat. Sieht man das große Ganze, kommt man zu einem abweichenden Ergebnis. In den allermeisten Fällen wurde ein entsprechendes Ergebnis auch schon nach bisheriger Rechtslage erzielt. Das gestehen für die Haftung nach dem StVG und dem HaftPfG selbst die Vertreter der Versicherungswirtschaft<sup>58</sup> zu. Anderes soll für die Umwelt-, Produkt- und Arzneimittelhaftung gelten. Zu bedenken ist indes, dass gerade auf diesem Gebiet die Rechtsprechung bisher sehr weitgehende – objektivierte – Verkehrssicherungspflichten angenommen hat.

Zu einer echten Haftungsausweitung könnte es auf dem Gebiet der Entwicklungsrisiken kommen. Aber auch bei diesen werden die Bäume nicht in den Himmel wachsen. Einerseits wird nach der verschuldensunabhängigen Produkthaftung für Entwicklungsrisiken gerade nicht gehaftet.<sup>59</sup> Man könnte sagen, die Gefährdungshaftung hilft in diesem Fall, in dem man sie bräuchte, gerade nicht weiter. Es verbleibt allerdings die **Arzneimittelhaftung**,<sup>60</sup> bei der eine Haftung für **Entwicklungsrisiken** mit eingeschlossen ist.<sup>61</sup> Andererseits ergibt sich aber auch hier nur eine Änderung bei Schäden infolge erstmals auftretender Entwicklungsrisiken, die schlagend werden. Bei späteren Schäden greift ohnehin schon wieder die Verschuldenshaftung, wenn dem Hersteller ein schuldhafter Verstoß gegen die **Produktbeobachtungspflicht** vorgeworfen werden kann. Es wäre zwar übertrieben, die Änderung als „Viel Lärm um Nichts“ zu titulieren, die quantitative Mehrbelastung der Ersatzpflichtigen gegenüber dem status quo ante hält sich bei näherer Betrachtung aber doch in sehr engen Grenzen.<sup>62</sup>

### D. Abstufung des Ersatzes

- 22 Einigkeit besteht darüber, dass ein Schmerzensgeldanspruch – unabhängig vom Haftungsgrund – nicht mehr bei jeder noch so kleinen Bagatellverletzung bestehen soll. An welchen Kriterien aber für eine Differenzierung angeknüpft werden soll und wo im einzelnen die Grenzwerte liegen, darüber wurde bis zuletzt heftig gerungen.

#### I. Bei Vorsatztaten Schmerzensgeld auch bei geringfügigen Verletzungen (§ 253 Abs. 2 Nr. 1)

- 23 Weitgehend Einigkeit herrscht darüber, dass bei Vorsatztaten der Verletzte selbst bei ganz geringfügigen Verletzungen Schmerzensgeld verlangen kann. Hier ist ein legitimer Anwendungsbereich der Genugtuungsfunktion.<sup>63</sup> *Elsner*<sup>64</sup> weist darauf hin, dass in Fällen der **Bagatellkriminalität** häufig von einer **strafrechtlichen Verfolgung** abgesehen werde. Dann solle der Täter wenigstens durch die Zahlung eines

54 Vorsichtig auch *Bollweg*, NZV 2000, 185, 187; Bei Fahrlässigkeit könne die Genugtuung bei konkreter Bemessung der Schmerzensgeldhöhe berücksichtigt werden, **wenn dies im Einzelfall notwendig erscheine**. Gleichlautend RE 2001, 36. Der letzte Halbsatz ist dabei mindestens ebenso bedeutsam wie der Hauptsatz.

55 *Otto* (NZV 2001, 335, 338 f.) gesteht zu, dass es auf die Genugtuung bei leichter Fahrlässigkeit nicht ankommen solle.

56 Gegenteilig wohl *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 292; resignierend aber bereits *ders.*, ZRP 1998, 291, 294: Durch die Neuregelung würden die Funktionen des Schmerzensgeldes fast ganz auf den Ausgleich zurückgeführt. Damit sei die Genugtuungsfunktion aus BGHZ 18, 149 nur noch wenig aktuell.

57 PHI 2001, 119, 120.

58 *Gas*, VersR 1999, 261, 263; *Dornwald*, 38. VGT (2000), 105, 106. *Macke* (DAR 2000, 506, 508) stellt in diesem Zusammenhang die provokante Frage, womit es zu rechtfertigen sei, dass der Kfz-Sektor in merkwürdig anmutender Weise in Geiselschaft für die Umwelt- und Produkthaftung gerate.

59 Das übersieht *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 293; zutreffend hingegen RE 2001, 38. Vgl. auch *M. Fuchs*, Deliktsrecht, 3. Aufl. 2001, S. 104; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 9. Aufl. 2001, Rn 448.

60 So auch RE 1998, BT-Drucks 13/10435, 11: Bei der Arzneimittelhaftung gebe es „größere Auswirkungen“. Ebenso *Freise*, VersR 2001, 539, 542; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072.

61 *Deutsch*, ZRP 2001, 351, 353.

62 So auch RE 2001: Die Auswirkungen werden „insgesamt überschaubar“ bleiben. Ebenso *Steffen*, ZRP 1998, 147, 149; *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 293.

63 RE 2001, 63; *Bollweg*, NZV 2000, 185, 187; *Deutsch*, ZRP 2001, 351, 353.

64 Zfs 2000, 233.

Schmerzensgeldes sanktioniert werden. Hinzuzufügen ist, dass dieses in solchen Fällen die Funktion einer Privatstrafe hat.<sup>65</sup>

*Deutsch*<sup>66</sup> kritisiert, dass die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes bei Bagatelverletzungen an eine Vorsatztat geknüpft werde. Leichtsinne wiege mitunter schwerer als Kenntnis. Die Abgrenzung zwischen Vorsatz, den der Verletzte zu beweisen habe, und grober Fahrlässigkeit sei mitunter schwierig. Schließlich gebe man dem Verletzten Steine statt Brot, weil ein vorsätzliches Verhalten dazu führe, dass dann der Versicherer nach § 152 VVG nicht hafte. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Vorsatz ist stets das qualifiziertere Verschulden, so dass eine Abstufung dergestalt, dass eine bestimmte Sanktion bei Vorsatz gegeben ist, nicht aber bei grober Fahrlässigkeit, jedenfalls folgerichtig ist, mag man über die Wertung als solche stets trefflich streiten können. Dass es **Abgrenzungsprobleme** zwischen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gibt, trifft zu; solche gibt es aber mindestens ebenso zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit. Und was schließlich den Entfall des Versicherungsschutzes anbelangt, so ist bei einem sehr bedeutsamen Anwendungsbereich, nämlich dem Straßenverkehr, Folgendes zu beachten: Verliert der Geschädigte wegen Vorsatzes des Täters gemäß § 152 VVG den Versicherungsschutz, so steht ihm immerhin gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 3 PflVersG ein gleichlautender Anspruch gegen den **Entschädigungsfonds** zu. Anders als bei Fahrerflucht ist dieser Schmerzensgeldanspruch nach § 12 Abs. 2 PflVersG auch nicht daran geknüpft, dass es sich um eine Verletzung mit besonderer Schwere handeln müsse und zudem die Versagung eine grobe Unbilligkeit bedeuten würde. Vielmehr besteht der Anspruch gerade so, als ob Versicherungsschutz bestehen würde. Jedenfalls bei Kfz-Unfällen riskiert der Geschädigte in solchen Fällen nicht, dass er wegen eines geringfügigen Personenschadens die Einbringlichkeit der Schadensersatzforderung in Bezug auf den Sachschaden, die beträchtlich sein mag, aufs Spiel setzt.

24

## II. Vereinheitlichung der Bagatellschwelle im RE 2001 – noch Abstufung im RE 1998

### 1. Das Abgehen von der abgestuften Bagatellschwelle

Der RE 1998 sah eine unterschiedliche Abstufung bei der erlittenen Verletzung vor, ab der Schmerzensgeld verlangt werden konnte. Bei der Verschuldenshaftung sollte das nach § 847 Abs. 2 RE 1998 dann der Fall sein, wenn der Schaden **nicht geringfügig** war, während bei der Gefährdungshaftung nach § 253 Abs. 2 RE 1998 als Voraussetzung eine **schwerwiegende und dauerhafte** Beschädigung verlangt wurde. Gegen diese Differenzierung wurde vor allem eingewendet, dass der angestrebte Rationalisierungseffekt, dass durch den leichteren Nachweis des Gefährdungshaftungstatbestands das Verfahren und auch die außergerichtliche Regulierung beschleunigt werden sollte, zu einem Großteil wieder zunichte gemacht werde.<sup>67</sup> Außerdem würde durch diese neue Abstufung eine Verkomplizierung der Rechtslage eintreten.<sup>68</sup>

25

Nachdem zunächst der Bundesrat<sup>69</sup> vorgeschlagen hatte, bei der Gefährdungshaftungsschwelle das Wort „dauerhaft“ zu streichen, so dass noch die Differenzierung zwischen einer **nicht geringfügigen** Verletzung bei der Verschuldenshaftung und einer **schwerwiegenden** bei der Gefährdungshaftung blieb, gab sich der Gesetzgeber nach zunächst bekundetem Beharren<sup>70</sup> einen Ruck und sprach sich für eine einheitliche Bagatellschwelle bei der Verschuldens- und Gefährdungshaftung aus.<sup>71</sup> *Bollweg*<sup>72</sup> führt als Abstützung der gefundenen Lösung auch an dieser Stelle an, dass es insoweit Vorbilder in anderen europäischen Ländern gebe, so in der Schweiz<sup>73</sup> sowie in Norwegen und Griechenland.<sup>74</sup>

26

### 2. Zielsetzungen

#### a) Umschichtung zu höherem Ersatz für Schwerstverletzte

Wenn das auch im Gesetzeswortlaut an keiner Stelle zum Ausdruck gekommen ist, so ist es das ausdrückliche Ziel der Neuregelung, dass durch die Versagung eines Schmerzensgeldes bei den Bagatelverletzungen Mittel frei werden, um die Schwer(st)verletzten angemessen zu entschädigen.<sup>75</sup>

27

<sup>65</sup> Zu dieser Funktion des Schmerzensgeldes *Kern*, AcP 191, 247 ff. mit rechtshistorischen und verfassungsrechtlichen Nachweisen.  
<sup>66</sup> ZRP 1998, 291, 294.

<sup>67</sup> *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 294; DRB, DRIZ 1998, 179, 181, *Geiß*, DAR 1998, 416, 420 f.; *G. Müller*, ZRP 1998, 258, 260 f.; *Scheffen*, ZRP 1999, 189, 191; *dies.*, ZRP 2001, 380, 381; *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 29; *Macke*, DAR 2000, 506, 508; *Dornwald*, 38. VGT (2000), 105, 107; *Medicus*, 38. VGT (2000), 121, 123; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1971. Für die Beibehaltung einer Abstufung aber *Elsner*, zfs 2000, 233, 234; *Otto*, NZV 1998, 433, 438.

<sup>68</sup> So RE 2001, 36 f. als Grund für die Beseitigung der Differenzierung.

<sup>69</sup> BR-Drucks 265/98 vom 8.5.1998.

<sup>70</sup> In der Gegenäußerung vom 22.5.1998 hatte die Bundesregierung (BT-Drucks 13/11066) noch festgehalten, dass die Gewährung von Schmerzensgeld bei der Gefährdungshaftung nur bei schwerwiegenden und dauerhaften Verletzungen vertretbar sei.

<sup>71</sup> RE 2001, 36 f. unter ausdrücklichem Hinweis auf die ansonsten drohende Beeinträchtigung des Rationalisierungseffekts.

<sup>72</sup> NZV 2000, 185, 187.

<sup>73</sup> *Lemor*, VersR 1992, 648, 650.

<sup>74</sup> *Janker*, ZRP 1997, 416, 420.

<sup>75</sup> RE 2001, 62; *Geiß*, DAR 1998, 416, 420.

## b) Kein Ersatz bei geringfügigem HWS-Syndrom

- 28 Die HWS-Verletzungen sind seit Jahren ein ungelöstes Problem.<sup>76</sup> Namentlich infolge eines Auffahrunfalls kann es dazu kommen, dass Autoinsassen Verletzungen erleiden, die aber mit naturwissenschaftlichen Methoden nicht nachweisbar sind. Da dies bekannt ist, wird dies von so manchem Geschädigten ausgenutzt, um so ein zusätzliches Körbcchengeld zu erwirtschaften. Es ist schwierig, die Spreu vom Weizen zu trennen.<sup>77</sup> Da auch die Gerichte sich nicht immer sicher sind, ob eine **echte** oder eine **bloß vorgetäuschte Verletzung** vorliegt, sprechen sie aus Verlegenheit einen Betrag von 500 EUR zu. Nach dem RE 2001 soll die Marge, bis zu der kein Schmerzensgeld gewährt werden soll, bei eben diesem Betrag liegen, wobei offengelegt wird, dass auf diese Weise auch leichte, namentlich nicht objektivierbare HWS-Verletzungen<sup>78</sup> von der Ersatzfähigkeit beim Schmerzensgeld eliminiert werden sollen.<sup>79</sup>
- 29 *Elsner*<sup>80</sup> wendet dagegen ein, dass raffinierte Simulanten darauf in der Weise reagieren werden, dass sie einige Tage krank feiern, um die Erheblichkeitsschwelle zu überspringen. Der volkswirtschaftliche Schaden werde dadurch noch größer. Dem ist entgegenzuhalten, dass dieses Argument gegen jede Sanktion ins Treffen geführt werden kann, dass nämlich Absichtstäter sich von der jeweiligen Sanktion nicht abhalten ließen. Sofern man nicht das Präventionsprinzip ganz generell ablehnt, ist dieses Gegenargument daher nicht überzeugend. Anders verhält es sich mit der Stellungnahme von *Macke*.<sup>81</sup> Dieser weist darauf hin, dass die **HWS-Problematik** durch diese Regelung **nicht lösbar** ist. Die Gerichte werden weiter nicht umhin kommen, der Wahrheit auf die Spur zu kommen. Denn wer wirklich eine HWS-Verletzung erlitten habe, für den seien 500 EUR bloß ein „Trostpreis“, also viel zu wenig, während für den Simulanten selbst ein geringerer Betrag nicht gerechtfertigt sei. Dieser Einschätzung ist durchaus zu folgen. Die nunmehrige Regelung wird gleichwohl tendenziell bewirken, dass die Gerichte künftig voraussichtlich weniger Skrupel haben werden, im Zweifel ein Schmerzensgeld ganz zu versagen. Das Argument wird lauten: Ob der Geschädigte wirklich eine Verletzung erlitten hat, ist zweifelhaft; aber selbst wenn dem so sein sollte, wird wahrscheinlich die Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten sein.

## c) Justizentlastung

- 30 Nicht nur die Zuerkennung von Schmerzensgeld bei der Gefährdungs- und Vertragshaftung, auch die Einführung einer einheitlichen Bagatellschwelle soll zur Justizentlastung, namentlich bei den Amtsgerichten,<sup>82</sup> führen.<sup>83</sup> *G. Müller*<sup>84</sup> weist auf so manches querulatorische Begehren hin, wenn sie ausführt, damit solle „auch schon vom Ansatz her einigen bizarren Auswüchsen des Schmerzensgeldverlangens begegnet werden, wie sie derzeit zum Alltag des Haftungsrichters gehören“. *Elsner*<sup>85</sup> hält dem entgegen, dass es zu keiner Justizentlastung kommen werde, weil sich die neue Auslegungsfrage stelle, bis zu welcher Verletzung kein Schmerzensgeld zu gewähren sei. Dies ist bei kurzfristiger Betrachtung gewiss zutreffend. Allerdings ist das bei jeder Reform so, dass es einige Zeit dauert, bis sich eine gefestigte Rechtsprechung bildet. Auf lange Sicht ist aber die Einschätzung zu teilen, dass es zu einer Justizentlastung namentlich der Amtsgerichte kommen werde.

## d) Kompensation für Haftungsausweitung und Umschichtung zu Schwer(st)verletzten

- 31 Die Einführung einer Bagatellschwelle ist nicht Selbstzweck, sondern ein notwendiges Korrektiv dafür, dass es beim Schmerzensgeld einerseits zu einer Haftungsausweitung durch die Gewährung eines Schmerzensgeldanspruchs auch bei Gefährdungs- und Vertragshaftung gekommen sei, andererseits eine Umschichtung zu den Schwer(st)verletzten erfolgen solle.<sup>86</sup> *Bollweg*<sup>87</sup> weist darauf hin, dass es bei der Ausdehnung des Schmerzensgeldanspruchs auf Vertrags- und Gefährdungshaftung um eine **prämieneutrale Schließung** einer gravierenden **Haftungslücke** gehe. *Scheffen*<sup>88</sup> meldet Zweifel an, ob der finanzielle Mehraufwand für Schwerverletzte durch den Wegfall des Schmerzensgeldanspruchs bei geringfügigen

76 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei hier auf die Stellungnahmen in den letzten 3 Jahren verwiesen: *Castrol/Mazzotti/Becke*, NZV 2001, 112 ff.; *dies.*, zfs 2001, 152 ff.; *Claussen*, DAR 2001, 337 ff.; *Dannert*, NZV 1999, 453 ff.; *ders.*, zfs 2001, 2 ff.; *Danzl*, in: FS Dittrich (2000), S. 687 ff.; *Engelke*, NZV 1999, 225 ff.; *Kuhn*, DAR 2001, 344 ff.; *Löhle*, Jahrbuch Verkehrsrecht 1998, 83 ff.; *Wessels/Castro*, VersR 2000, 284 ff.; *Ziegert*, Jahrbuch Verkehrsrecht 1999, 102 ff.; *ders.*, DAR 1998, 336 ff.

77 So auch *Macke*, DAR 2000, 506, 509.

78 So *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072.

79 *Bollweg*, NZV 2000, 185, 187; *Macke* (DAR 2000, 506, 509) ortet Anhaltspunkte, dass aus der Sicht der Haftpflichtversicherer hier der Hauptanreiz für die Anhebung der Schmerzensgeld-Schwelle im Straßenverkehrsrecht liege.

80 zfs 2000, 233, 234.

81 DAR 2000, 506, 509.

82 *Geiß*, DAR 1998, 416, 420.

83 *Bollweg*, NZV 2000, 185, 187.

84 ZRP 1998, 258, 261.

85 zfs 2000, 233, 234.

86 So RE 2001, 62. Ebenso *Macke*, DAR 2000, 506, 509; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072.

87 NZV 2000, 185, 187.

88 ZRP 1999, 189, 190.

Verletzungen ausgeglichen werden könne, wobei sie aber erwähnt, dass schwere Verletzungen nur wenige seien. *G. Müller*<sup>89</sup> billigt die Bagatellschwelle unter Hinweis auf die Knappheit der Mittel, was ein eindrucksvolles und zeitgemäßes Argument sei.

Was die Haftungsausweitung betrifft, so dürfte in den Augen der Haftpflichtversicherer diese immer zur Unzeit erfolgen, ganz abgesehen davon, dass das Argument der Knappheit der Mittel ein zeitloses sein dürfte.<sup>90</sup> Was das Erfordernis der Kompensation wegen der Haftungsausdehnung auf Gefährdungs- und Vertragshaftung betrifft, so wurde oben schon versucht darzulegen, dass insoweit die gravierendste Änderung nicht so sehr in der Haftungsausweitung, sondern in der Vereinfachung der Schadensregulierung liegt. Unter Berücksichtigung der Einsparungen bei der Sachschadensabrechnung könnte sich das Kompensationsargument daher schwergewichtig auf die Anhebung des Schadensersatzes bei den Schwer(st)verletzten konzentrieren.

### 3. Keine Stellungnahme zum Angehörigenschmerzensgeld

Ein Nebeneffekt der Differenzierung bei der Erheblichkeitsschwelle beim Schmerzensgeld im RE 1998 war, dass durch das Abstellen auf die Dauerfolge ein Schmerzensgeld in den Fällen hätte versagt werden können, in denen der Verletzte nach einem Unfall ins Jenseits hinüberdämmert, ohne jemals das Bewusstsein wieder erlangt zu haben. *Geiß*<sup>91</sup> bezeichnet den Übergang des Schmerzensgeldes auf die Erben als einen **Missbrauch** in Richtung eines **verkappten Angehörigenschmerzensgeldes**. *G. Müller*<sup>92</sup> hält einen solchen Standpunkt, dass dann nämlich kein Schmerzensgeld gewährt werden soll, für vertretbar, sofern dies nicht ohnehin der geltenden Rechtslage entspreche. Allein, der BGH judiziert gegenteilig.<sup>93</sup>

Ich habe mich am deutlichsten gegen diese Rechtsprechung ausgesprochen,<sup>94</sup> aber gleichzeitig betont, dass dieses Problem nicht durch Differenzierung zwischen dem Schmerzensgeld bei Verschuldens- und Gefährdungshaftung gelöst werden kann.<sup>95</sup> Über die Sinnhaftigkeit der Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes gibt es – auch in der Richterschaft – völlig konträre Auffassungen. Während es die einen wohl begrüßen, dass der Gesetzgeber dieses heiße Eisen nicht angefasst hat, weil sie ein Angehörigenschmerzensgeld grundsätzlich ablehnen,<sup>96</sup> ist es *Scheffen*<sup>97</sup> unverständlich, warum der Gesetzgeber diesen Kelch hat vorüberziehen lassen.<sup>98</sup> Erwähnt sei an dieser Stelle, dass der (österreichische) OGH in einer ganz aktuellen Entscheidung<sup>99</sup> sich zur Einführung eines solchen durchgerungen hat, wenn auch bloß bei grober Fahrlässigkeit. Dieser Durchbruch in der österreichischen Rechtsprechung ist um so bemerkenswerter, als vor nicht allzu langer Zeit die österreichische Rechtsprechung selbst der Zuerkennung von Schockschäden noch ablehnend gegenübergestanden hat.<sup>100</sup> Schon bei der Kappung der Mehrwertsteuer war bei der fiktiven Schadensabrechnung zu beobachten, dass das österreichische Höchstgericht aus eigener Kraft zu eben der Lösung gelangt ist, die in Deutschland nun durch den Gesetzgeber bewirkt wird.<sup>101</sup>

### III. Bagatellschwelle – wie bisher oder erweitert

Bei der Auslegung der Bagatellschwelle geht es letztlich um folgende Frage: Wurde durch die Neuformulierung des § 253 Abs. 2 Nr. 2 bloß die bisherige BGH-Rechtsprechung kodifiziert oder geht es um eine andere Grenzziehung? Sollte letzteres der Fall sein, stellt sich die Frage, wo diese (neue) Grenze verläuft. Instruktiv ist in diesem Zusammenhang, dass im Zuge der Entstehungsgeschichte um jeden Begriff gerungen wurde. Die einzelnen Etappen seien skizzenartig nachgezeichnet.

89 ZRP 1998, 258, 260.

90 *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 29.

91 DAR 1998, 416, 421.

92 ZRP 1998, 258, 261.

93 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = JZ 1993, 516 = JZ 1993, 516 (*Giesen*) = LM § 847 BGB Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*); NJW 1993, 1531 = LM § 847 BGB Nr. 90 (*Teichmann*) = VersR 1993, 585 = MDR 1993, 849 = JZ 1993, 521; BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741 = LM § 847 BGB Nr. 102 (*Schiemann*) = NZV 1998, 370.

94 *Ch. Huber*, NZV 1998, 345 ff.; ähnlich *Kern*, in: FS Gitter (1995), S. 447 ff.

95 *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 30.

96 *Steffen*, in: FS Odersky (1996), S. 723, 731; *Dressler*, DAR 1996, 81; *G. Müller*, VersR 1995, 489, 494; *dies.*, ZRP 1998, 258, 261.

97 ZRP 1999, 189, 193.

98 Für die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes auch *Odersky*, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger (1989); *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993), S. 359 ff., 373 ff.

99 ZVR 2001/52 (*Karner*). Vgl. dazu auch den Besprechungsaufsatz von *Fötschl*, VersRAI 2001, 60 ff.

100 Zur Entwicklung der OGH-Judikatur *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999), S. 101 ff.; *dies.*, ZVR 1998, 182 ff.

101 Auch bei der Vererblichkeit des Schmerzensgeldes lässt sich Entsprechendes beobachten. So änderte der OGH seine Rechtsprechung durch die Entscheidung OGH SZ 69/217 = ZVR 1996/126 = JB1. 1997, 40 = ecolex 1996, 913 (*Wilhelm*) = EvBI (ÖJZ) 1997/19, während der deutsche Gesetzgeber das gleiche Ergebnis durch die Streichung von § 847 Abs. 1 S. 2 (BGBl I 1990, S. 478) erreichte.

## 1. Die Etappen der Entstehungsgeschichte

- 36 – **Etappe 1:** Der RE 1998 sah noch unterschiedliche Schwellen für Verschuldens- und Gefährdungshaftung vor. Bei der Verschuldenshaftung wurde ein **nicht geringfügiger** Schaden verlangt, bei der Gefährdungshaftung hingegen eine **schwerwiegende und dauerhafte** Beschädigung.
- **Etappe 2:** Auf Vorschlag des Bundesrates<sup>102</sup> wurde zunächst bei der Gefährdungshaftung das Adjektiv „dauerhaft“ gestrichen. Es ging somit um einen **nicht geringfügigen** Schaden bei der Verschuldenshaftung einerseits und einen **schwerwiegenden** Schaden bei der Gefährdungshaftung andererseits.
- **Etappe 3:** Alsbald entstand die Idee einer Nivellierung, womit noch nicht geklärt war, auf welchem Niveau diese erfolgen sollte. *Gas*<sup>103</sup> hatte als Interessenvertreter der Versicherungswirtschaft die Ansicht vertreten, dass eine Ausweitung des Schmerzensgeldes auf die Gefährdungshaftung überhaupt nur in Betracht komme bei Beschränkung auf einen schwerwiegenden und dauerhaften Schaden. Wenn nun schon vom Erfordernis des dauerhaften Schadens abgewichen wurde und eine einheitliche Schwelle für Verschuldens- und Gefährdungshaftung geschaffen werden sollte, dann entsprach es dem Interessenstandpunkt der Versicherungswirtschaft, die Schwelle möglichst hoch anzusetzen. In dieser Phase wurde ein erster Vorschlag des BGH gemacht, der lautete, dass Schmerzensgeld zustehen solle, wenn die Verletzung **erheblich und dauerhaft** sei.<sup>104</sup>
- **Etappe 4:** Diese Schwelle erschien aber namentlich für die Verschuldenshaftung zu hoch. Der 6. Senat des BGH präsentierte die Formel: „Schmerzensgeld solle gebühren, wenn eine **nach Art und Dauer erhebliche Beeinträchtigung** vorliege.“<sup>105</sup>
- **Etappe 5:** An dieser Formel wurde letztendlich noch gefeilt, indem in das Gesetz auf Vorschlag des 38. VGT (2000)<sup>106</sup> die Formel aufgenommen wurde „wenn der Schaden **unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich** ist.“
- **Etappe 6:** Die darüber hinaus vorgeschlagene Feinadjustierung<sup>107</sup> „unter Berücksichtigung seiner Art oder Dauer nicht unerheblich“ wurde vom Gesetzgeber, der womöglich der Modifizierungen auch müde wurde, nicht mehr aufgegriffen.

## 2. Die grundsätzliche Frage: Bloß Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung oder Änderung

- 37 Außer Streit steht, dass die in dieser Formel normierte Schwelle viel tiefer liegt als die ursprüngliche Grenzziehung für die Gefährdungshaftung.<sup>108</sup> Unstrittig ist weiter, dass durch diese Formel jedenfalls die Bagatellschäden erfasst sein sollen, bei denen von der Rechtsprechung auch bisher schon der Anspruch von Schmerzensgeld versagt wurde. Heftig **umstritten** ist der **Zwischenbereich**.
- 38 Manche sehen in der Formulierung eine bloße **Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung**.<sup>109</sup> Worin besteht diese aber? Gibt es dazu auch so manche Entscheidung von Untergerichten,<sup>110</sup> so hat dabei doch die Judikatur des BGH Leitcharakter. Nun hat der BGH aber schon wegen der Streitwertgrenze äußerst selten Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen, in welchen Fällen jegliches Schmerzensgeld zu versagen ist, weil eine Bagatellverletzung vorliegt. Ganz egal, ob man diese Grenze bei 200, 500 oder 750 EUR ansetzt, die Revisionsgrenze würde niemals erreicht.
- 39 Weshalb überhaupt eine Leitlinie des BGH zu dieser Frage wenigstens de lege lata vorhanden ist, liegt in Folgendem begründet: So manche Bagatellverletzung führt bei psychischer Fehlverarbeitung zu einem erheblich größeren Schaden. Wird um diesen gestritten, geht es um Beträge, die revisibel sind. In diesem Zusammenhang hat der BGH ausgesprochen, dass selbst bei psychischer Fehlverarbeitung – von einer hier nicht interessierenden Ausnahme abgesehen<sup>111</sup> – eine Zurechnung zum Schädiger nur dann stattfindet, wenn die Primärverletzung über das Ausmaß einer Bagatellverletzung hinausgegangen ist.
- 40 In diesem Zusammenhang hat er durchaus strenge Anforderungen gestellt:<sup>112</sup>

102 BR-Drucks 265/98 vom 8.5.1998.

103 VersR 1999, 261, 263.

104 *Geiß*, DAR 1998, 416, 421.

105 *G. Müller*, ZRP 1998, 258, 261; *dies.*, PHI 2001, 119, 121; *Bollweg*, NZV 2000, 185, 187; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072 Fn 14. Zustimmung *Medicus*, 38. VGT (2000), 121, 123 Fn 3; *Dornwald*, 38. VGT (2000), 105, 107.

106 *Macke*, DAR 2000, 506, 509.

107 DAV, NZV 2001, 339, 341.

108 *Scheffen*, ZRP 2001, 380, 381.

109 *Elsner*, zfs 2000, 233, 234; *Scheffen*, ZRP 2001, 380, 381; *Otto*, NZV 2001, 335, 339 mit Zweifeln, ob es dabei bleiben werde. Vgl. auch DAV, NZV 2001, 339, 341, der fordert, dass dies in die Erläuternden Bemerkungen aufgenommen werden solle, was nur erforderlich ist, weil Ungewissheit darüber besteht, ob die Rechtsprechung nicht doch anders verfahren werde.

110 OLG Celle VersR 1973, 717; KG DAR 1974, 297 = VersR 1975, 51; LG Ellwangen r+s 1977, 125; AG Villingen-Schwenningen VersR 1976, 967; KG VersR 1978, 569; OLG Köln VersR 1999, 115.

111 Eine Ausnahme (Einstandspflicht bei psychischer Fehlverarbeitung, selbst wenn die Primärverletzung eine Bagatellverletzung ist) gilt dann, wenn die spezielle Schadensanlage des Geschädigten getroffen wird. Dazu *Grunsky*, Anm zu LM § 249 (A) BGB Nr. 114.

- Die Verletzung dürfe bloß **vorübergehend** sein, also kein Dauerschaden.
- Eine solche Verletzung müsse auch im **Alltagsleben typisch** sein und häufig auch aus anderen Gründen als einem haftpflichtig machenden Schadensfall vorkommen.
- Sie dürfe keine wesentliche Beeinträchtigung der Lebensführung zur Folge haben.
- Sowohl von der Intensität als auch von der Art der Primärverletzung dürfe diese nur ganz geringfügig sein.
- Diese dürfe den Verletzten nicht nachhaltig beeindrucken, weil dieser schon aufgrund des Zusammenlebens mit anderen Menschen daran gewöhnt sei, vergleichbaren Störungen seiner Befindlichkeit ausgesetzt zu sein.

Verneint hat der BGH eine Bagatellverletzung bei einer Schädelprellung sowie einem HWS-Schleudertrauma 41 ohne äußere Verletzungen oder Anzeichen für eine Gehirnerschütterung.<sup>113</sup> Bejaht hat der BGH eine Bagatellverletzung bei Kopfschmerzen an einigen Tagen sowie der Sorge um die eigene Gesundheit sowie die der Familienangehörigen.<sup>114</sup> Anlassfall war eine höhere Konzentration von Immissionen einer benachbarten Chemiefabrik. Das Gericht stellte fest, dass der Geruch als solcher dem Geschädigten bekannt war, neu war allein die Intensität. Übersetzt man das in die Alltagssprache, so bedeutet dies: Gestunken hat es dort schon öfter, wegen der Überdosis von 200 kg Äthylacrylat, die emittiert wurden, aber an diesem Tag besonders heftig. Der Verletzte reagierte darauf mit dem Einbau einer gasdichten Türe sowie einem Schmerzensgeldbegehren. Bei einer solchen Konstellation ging es dem BGH offensichtlich darum, keine Mimosen zu züchten.<sup>115</sup> Er wies deshalb darauf hin, dass das Zusammenleben der Menschen eben mit gewissen Unwägbarkeiten verbunden sei, die nach den Grundsätzen des allgemeinen Lebensrisikos hinzunehmen seien. Hervorhebenswert ist dabei die Einschränkung, dass es sich um eine Verletzung handeln müsse, die im **Alltagsleben typisch** sein müsse und **häufig** auch aus **anderen Gründen** als einem haftpflichtig machenden Schadensfall vorkomme. Bei Anlegung dieses Kriteriums verbleiben in der Tat nur ganz „veritable Minimalbeeinträchtigungen“ über wie Husten, Schnupfen, leichte und vorübergehende Kopfschmerzen oder Niesreiz.<sup>116</sup> Bei allen anderen Verletzungen, namentlich Prellungen und Verstauchungen oder gar Gehirnerschütterungen wird man das nicht mehr behaupten können.

Bedeutsam ist auch, was der BGH in der Leitentscheidung<sup>117</sup> darüber hinaus ausgesprochen hat. Er schließe 42 sich nicht der vorwiegend auf rechtspolitischen und volkswirtschaftlichen Erwägungen gegründeten Ansicht an, wonach Schmerzensgeld nur bei **schweren Verletzungen** zugebilligt werden soll. Er bezieht sich dabei auf *Moog*<sup>118</sup> sowie *E. Lorenz*.<sup>119</sup> *Moog* wiederum nimmt Stellung zu den Beschlüssen des 15. VGT (1977) sowie einem Beitrag von *Düben*,<sup>120</sup> der die Verletzungen klassifiziert. Der 15. VGT (1977) und auch *Moog* plädieren dafür, bei Verletzungen der Gruppe 1 nach der Katalogisierung von *Düben* kein Schmerzensgeld zu gewähren. Zur Gruppe 1 zählt *Düben* ganz leichte Verletzungen wie Prellungen, Blutergüsse, Gelenkverstauchungen, die keiner Behandlung bedürfen, sowie kleine Wunden mit folgenloser Ausheilung. In die Gruppe 2 fallen solche Verletzungen, die nicht mehr ganz leicht sind wie z. B. Gelenkverstauchungen, die behandlungsbedürftig sind, Verrenkungen der Schulter und des Ellenbogengelenks ohne bleibende Folgen oder eine Gehirnerschütterung.

Der Katalog dieser Verletzungen geht deutlich über den hinaus, den der BGH als Bagatellverletzung 43 qualifiziert. *Moog*<sup>121</sup> umschreibt diese allgemein als Körperverletzungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen, wie sie im **täglichen Leben** (z. B. im Haushalt und beim Sport) **immer wieder** vorkommen. Diese Formel ist deutlich weiter als die bisherige des BGH, dass es sich um eine Verletzung handeln müsse, die **im Alltagsleben typisch** sei und **häufig** auch aus anderen Gründen als einem haftpflichtig machenden Schadensfall vorkomme. Eine Gelenkverstauchung etwa ist zwar für das Alltagsleben **nicht typisch**, aber sie kommt bei Unfällen im Haushalt und Sport **immer wieder**, wenn vielleicht auch **nicht häufig** vor.

Sowohl aus der BGH-Entscheidung NJW 1992, 1043 als auch noch deutlicher aus der Stellungnahme der 44 nun Vorsitzenden Richterin am BGH *G. Müller*<sup>122</sup> geht hervor, dass dem BGH angesichts des Wortlauts

112 So im Ansatz bereits BGH NJW 1992, 1043 = NJW-RR 1992, 1182 = VersR 1992, 504 = LM § 823 (F) BGB Nr. 53; ausführlich dann in NJW 1998, 810 = VersR 1998, 201 = LM § 249 (A) Nr. 114 (*Grunsky*) = zfs 1998, 92 = MDR 1998, 159. Ähnliche Ausführungen finden sich in BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425 = NZV 1996, 353 = JZ 1996, 1080 = LM § 249 (Ba) BGB Nr. 38 = MDR 1996, 886 = r+s 1996, 303 = zfs 1996, 290.

113 NJW 1998, 810.

114 NJW 1992, 1043.

115 Womöglich meint *G. Müller* (ZRP 1998, 258, 261) diesen Fall, wenn sie davon spricht, den Haftungsrichter künftig vor bizarren Auswüchsen des Schmerzensgeldverlangens schützen zu müssen.

116 *G. Müller*, ZRP 1998, 258, 261.

117 NJW 1992, 1043.

118 VersR 1978, 304, 306.

119 Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld (1981), S. 179, 184.

120 15. VGT (1977), 137 ff.

121 VersR 1978, 304, 306.

122 ZRP 1998, 258, 260.

des § 847 de lege lata kein größerer Spielraum zur Verfügung stand. Wenn nun der Gesetzgeber – unter tatkräftiger Mithilfe gerade dieses Senats – die Bagatellgrenze beim Schmerzensgeld neu formuliert, dann kann man nicht davon ausgehen, dass alles beim Alten bleiben sollte. Es ist dann plausibel, wenn *Bollweg*<sup>123</sup> ausspricht, dass die Formulierung „nicht geringfügiger Schaden“ aus dem RE 1998 für das Schmerzensgeld nur die geringsten Bagatellverletzungen ausschließen wollte, was sich als zu niedrig erweise, um als einheitliche Schwelle Kompensationswirkung zu entfalten.<sup>124</sup> Auch die Erläuternden Bemerkungen des RE 2001<sup>125</sup> deuten in diese Richtung, heißt es doch darin, dass der Rechtsprechung die Möglichkeit an die Hand gegeben werde, die im **Einzelfall angemessene Höhe** des immateriellen Schadensersatzes **situationsgerecht neu zu überdenken**, da nach der Neufassung bei einer unerheblichen Verletzung künftig ein Ersatz für die immaterielle Schädigung nicht mehr zuzubilligen sei. Der Gesetzgeber macht damit deutlich, dass er der Rechtsprechung damit etwas geben will, was sie aufgrund der bisherigen Norm noch nicht hatte. Auch *G. Müller*<sup>126</sup> äußert sich eindeutig: Ginge es nur um die Fixierung der bisherigen Rechtsprechung hätte es einer Änderung nicht bedurft. Die eingangs gestellte Frage ist damit so zu beantworten, dass die Neuregelung über den status quo ante hinausgeht.<sup>127</sup>

### 3. Ansatzpunkte für die neue Bagatellschwelle

#### a) Die Wortfolge „unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich“

- 45** Einigkeit besteht darüber, dass durch den Vorspann „unter Berücksichtigung“ zum Ausdruck gebracht werden soll, dass der Schaden nicht sowohl nach Art als auch nach Dauer nicht unerheblich sein muss. Es handelt sich somit **nicht um kumulative Voraussetzungen**.<sup>128</sup> Vielmehr soll durch die Wortfolge „unter Berücksichtigung“ zum Ausdruck gebracht werden, dass Schmerzensgeld bereits bei einer Verletzung gebührt, die zwar ihrer Art nach nicht unerheblich ist, mag sie auch von kurzer Dauer sein, also rasch abheilt, oder umgekehrt der Art nach zwar geringfügig ist, deren Beschwerden aber erst nach einiger Zeit verschwinden. Die beiden Kriterien stehen in engem Zusammenhang: Ein Weniger beim einen kann durch ein Mehr beim anderen ausgeglichen werden. Im theoretischen Modell kann man das Entstehen eines Schmerzensgeldanspruchs genau an der Stelle bestimmen, an der die Summe aus beiden den kritischen Pegelstand übersteigt.
- 46** Wenn darüber Einigkeit herrscht, dann hätte man der größeren Klarheit halber das Wort „und“ durch das Wort „oder“ ersetzen können. Für einen unbefangenen Leser erweckt nämlich der Wortlaut durchaus den Anschein, dass es sich um kumulative Voraussetzungen handelt.<sup>129</sup> Diesen nicht gewollten, missverständlichen Eindruck hätte man sich ersparen können!

#### b) Die Empfehlungen des 15. VGT (1977) und Bestrebungen nach einer europaweiten Vereinheitlichung

- 47** Für die Grenzziehung des nunmehr in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ausgeschlossenen Bagatellschadens, bei dem sich schon der 15. VGT (1977) für einen Ausschluss des Schmerzensgeldes ausgesprochen hatte, könnte die Abgrenzung zwischen den Gruppen 1 und 2 der Klassifizierung von *Düben*<sup>130</sup> herangezogen werden. Erfasst wären damit **ganz leichte Verletzungen**,<sup>131</sup> nicht aber leichte Verletzungen. Zur ersten Gruppe der ganz leichten Verletzungen sind zu rechnen:
- Prellungen einschließlich Schädelprellungen
  - Blutergüsse, soweit sie kein operatives Eingreifen erfordern
  - Gelenkverstauchungen, die keiner Behandlung bedürfen
  - Hautabschürfungen
  - kleine Wunden mit folgenloser Ausheilung
- 48** Zur zweiten Gruppe der leichten Verletzungen, für die Schmerzensgeld gebührt, zählen:
- Gelenkverstauchungen, die behandlungsbedürftig sind, aber sonst folgenlos verheilen
  - Gelenkergüsse, die nicht rezidivieren
  - Weichteilwunden mit folgenloser Heilung
  - Brüche der langen Röhrenknochen ohne Verschiebung mit folgenloser Ausheilung

<sup>123</sup> NZV 2000, 185, 187.

<sup>124</sup> A.A. *Freise*, VersR 2001, 539, 544, der eine Absenkung auf das ursprüngliche Niveau der Verschuldenshaftung annimmt. Dieser hält „nicht geringfügig“ und „nicht unerheblich“ für Synonyme.

<sup>125</sup> RE 2001, 54 f.

<sup>126</sup> ZRP 1998, 258, 260.

<sup>127</sup> So auch *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 293; *Steffen*, ZRP 1998, 147, 149; *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 28; *Macke*, DAR 2000, 506, 509; *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072.

<sup>128</sup> *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1072; *G. Müller*, PHI 2001, 119, 121.

<sup>129</sup> *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 28.

<sup>130</sup> 15. VGT (1977), 137, 141 f.

<sup>131</sup> *Düben* (15. VGT [1977], 137, 140) will selbst für diese den Begriff „Bagatellverletzung“ vermeiden, weil diese der Ausgangspunkt für schwere Verletzungen sein können, wenn sie nicht entsprechend behandelt werden.

- Verrenkungen des Schulter- und Ellenbogengelenks ohne bleibende Folgen
- Schädeldachbrüche
- Hirnschaden ersten Grades (Hirnerschütterungen aller Art), der folgenlos bleibt
- Nasenbein- und isolierte Rippenbrüche

Möglicherweise ist diese Aufstellung noch verfeinerungsfähig. Auch mag sich die medizinische Erkenntnis seit damals verändert haben. Immerhin handelt es sich dabei um eine **Klassifizierung**, die im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit **immaterieller Schäden** ausgearbeitet worden ist. Ausgeschlossen wäre dadurch jedenfalls eine Gehirnerschütterung, in Bezug auf die manche<sup>132</sup> die Befürchtung ausgesprochen haben, dass selbst für eine solche womöglich kein Schmerzensgeld zu gewähren sei. 49

Hinzuweisen ist auch auf eine Empfehlung der Arbeitsgruppe des Europäischen Parlaments, die auf einer Tagung der Europäischen Rechtsakademie am 8. und 9.6.2000 in Trier eine Empfehlung an die Europäische Kommission, das Europäische Parlament und den Rat zur Vereinheitlichung des Schmerzensgeldes ausgearbeitet hat. Darin wird darauf verwiesen, dass eine medizinische Tabelle ausgearbeitet werde, die als Anhaltspunkt für die Bemessung des Schmerzensgeldes in den Mitgliedsstaaten herangezogen werden solle. Wenn schon die Festsetzung der **Höhe des Schmerzensgeldes** nach einheitlichen Kriterien erfolgen soll, dann sollte es um so eher möglich sein, die Schwelle zu konkretisieren, ab der überhaupt Schmerzensgeld geleistet werden soll.<sup>133</sup> Dass dabei bloß die Körperverletzungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen erfasst sind, nicht aber die Beeinträchtigung der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung, tut dem keinen Abbruch, weil die letzteren beiden Fälle deutlich seltener zu beurteilen sind als die ersteren beiden. 50

### c) Anleihe bei § 84 AMG – und bei § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB

Für die letztendlich Gesetz gewordene Formulierung wurde ins Treffen geführt, dass diese identisch sei mit der Wortfolge des § 84 AMG, so dass man insoweit an eine im Haftungsrecht bereits bekannte Schwelle anknüpfen könne.<sup>134</sup> Diese sei auch der Garant dafür, dass damit einer besonders hohen Erheblichkeitsschwelle vorgebeugt werde.<sup>135</sup> *Deutsch*<sup>136</sup> weist zunächst darauf hin, dass es bei der Erheblichkeitsschwelle des § 84 AMG um einen Anwendungsfall der Sozialadäquanz in der Form des Grundsatzes „*minima non curat praetor*“ handle. Damit ist nicht viel gewonnen, weil gerade offen ist, mit welchen Lappalien sich der Praetor nicht beschäftigt (hat). Gehaltvoller ist der Hinweis, dass **leichtes Unwohlsein und vorübergehende allergische Reaktionen** unter der Erheblichkeitsschwelle liegen.<sup>137</sup> Im Kommentar von *Kloesel/Cyran*<sup>138</sup> findet sich der Hinweis, dass eine entsprechende Formulierung sich auch in § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB (Entziehung der Fahrerlaubnis wegen Verkehrsunfallflucht) finde. Es wird auf den dortigen Maßstab verwiesen, dass eine Verletzung als unerheblich angesehen werde, die **keiner ärztlichen Hilfe** bedürfe. Beispielsweise angeführt werden Hautirritationen, Schweißausbrüche sowie eine leichte Magenverstimmung. 51

Die strafrechtlichen Kommentierungen sind allerdings keine brauchbare Entscheidungshilfe bei der hier zu beurteilenden Norm. Zwei aktuelle Strafrechtskommentare<sup>139</sup> führen keine einzige Entscheidung zum Personenschaden an. Sie nennen als unerhebliche Verletzungen Prellungen oder Schnittwunden leichter Art sowie bloße Hautabschürfungen. In Bezug auf die ärztliche Hilfe meint *Fischer*,<sup>140</sup> dass eine Verletzung nur dann unerheblich sei, wenn sie **keiner ärztlichen Hilfe** bedürfe. *Stree*<sup>141</sup> bezeichnet eine Verletzung hingegen dann als erheblich, wenn unverzüglich ärztliche Hilfe geboten ist, so dass sie auch dann noch unerheblich sein kann, wenn **ärztliche Hilfe geboten** ist, wenn auch **nicht unverzüglich**. Insgesamt scheinen diese Aussagen wenig präzise zu sein, so dass für die Festlegung der Erheblichkeitsschwelle in § 253 Abs. 2 Nr. 2 die Klassifizierung von *Düben* mehr Rechtssicherheit verspricht. 52

Die abstrakt umschriebene strafrechtliche Schwelle liegt aber deutlich unter der Gruppe 1 nach der Klassifizierung von *Düben*. Auch erscheint fraglich, ob strafrechtliche Standards – sei es auch über den Transmissionsriemen des Arzneimittelrechts – ohne weiteres für das Zivilrecht übernommen werden können. Aber auch das Arzneimittelrecht ist keine bedeutsame Hilfe bei der Auslegung. Eine Jurisabfrage zu § 84 AMG unter Einschluss der §§ 86 und 87 AMG hat keine einzige – veröffentlichte – Gerichtsentscheidung 53

132 *Steffen*, ZRP 1998, 147, 149; *Scheffen*, ZRP 1999, 189, 191.

133 *Düben* (15. VGT [1977], 137, 139) weist darauf hin, dass die Einordnung in die Gruppen I bis IV, also auch die in die hier interessierenden Gruppen I und II kaum Schwierigkeiten bereiten dürfte. Instrukтив ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Vorschlag der Expertenkommission auf europäischer Ebene eine Vereinheitlichung lediglich bei Verletzungen bis zu einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 70% anstrebt, somit nicht bei den ganz schweren Verletzungen.

134 *Bollweg*, NZV 2000, 185, 187.

135 RE 2001, 62; *Scheffen*, ZRP 2001, 380, 381.

136 ZRP 2001, 351, 353.

137 *Deutsch*, Medizinrecht, 4. Aufl. 1999, Rn 881.

138 Arzneimittelrecht, 3. Aufl., § 84 Blatt 104 a und 105.

139 *Schönke/Schröder/Stree*, StGB, 26. Aufl. 2000, § 69 Rn 37; *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, Rn 13.

140 In: *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, Rn 13.

141 In: *Schönke/Schröder*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 69 Rn 37.

ausgewiesen. Die Übernahme der in § 84 AMG verwendeten Formulierung<sup>142</sup> trägt zwar dazu bei, dass sich die Rechtszersplitterung in Grenzen hält; für die Findung, wo die neu zu bestimmende Grenze nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 tatsächlich verläuft, hilft dieser Verweis allerdings kaum weiter. Erwähnt sei abschließend, dass man bei dem in § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB gleichgestellten Sachschaden, zu dem es eine Fülle von Judikatur gibt, die Betragsgrenze von ehemals 500 EUR auf 1.000 EUR erhöht hat. M.E. sollten daraus aber für die hier interessierende Frage keine Rückschlüsse gezogen werden.

#### d) Keine betragliche Festlegung – weiter Spielraum für Rechtsprechung

54 Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, eine betragliche Grenze festzuschreiben, obwohl es an Vorschlägen nicht gemangelt hat.<sup>143</sup> Er hat gut daran getan, hat doch eine betragliche Festsetzung den Nachteil, dass diese früher oder später von der Inflation überrollt und obsolet wird, wenn sie nicht an einen Index gebunden wird. Erfolgversprechender ist es demgegenüber nicht am Output, dem sich ergebenden Schmerzensgeldbetrag anzusetzen, sondern am Input, der Art der Verletzung. Die vom 6. Senat vorgeschlagene und vom Gesetzgeber aufgegriffene Formulierung lässt der Rechtsprechung einen weiten Spielraum, um zu angemessenen Ergebnissen im Einzelfall zu gelangen.<sup>144</sup> Fast etwas resignativ formuliert *Bollweg*,<sup>145</sup> dass bei der nunmehrigen Formulierung die Auslegung der **maßgeblichen Schwelle** weitgehend in den **Händen der Gerichte** liege, dies aber alternativlos sei. Denn der Gesetzgeber könne nicht im Gesetz festschreiben, in welchen Fällen Schmerzensgeld zu gewähren sei und in welchen nicht. Er könne immerhin in der Begründung Auslegungshinweise geben, was er auch getan habe. Dazu ist anzumerken, dass es sehr wohl Sache des Gesetzgebers ist, die Rechtsprechung an die kürzere oder längere Leine zu nehmen. Darüber hinaus kann es auch im Interesse der Rechtsprechung liegen, leichter greifbare Anhaltspunkte als die allgemeine Billigkeit zu haben, bei welcher Bagatellverletzung ein Schmerzensgeld zu versagen sei und bei welcher nicht. Mit der Formulierung „unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer“ wird wenigstens ein grober Anhaltspunkt geliefert.

55 Wenn auch der Rechtsprechung die Möglichkeit eingeräumt worden ist, **alle Umstände des Einzelfalles** zu berücksichtigen,<sup>146</sup> so sollte davon maßvoll Gebrauch gemacht werden, schon um den Anreiz zur außergerichtlichen Regulierung und die Justizentlastung nicht zu gefährden. Je berechenbarer das Ergebnis (Versagung oder Gewährung von Schmerzensgeld) aufgrund von ex ante abschätzbaren Größen ist, um so eher wird die außergerichtliche Regulierung gelingen, so dass die Inanspruchnahme des Gerichts entbehrlich wird. Je mehr hingegen Besonderheiten des Einzelfalles, an die die Parteien im Zuge der Regulierung womöglich gar nicht gedacht haben, die aber dann vom Gericht als maßgeblich „entdeckt“ werden, bedeutsam sind, um so größer wird der Anreiz einer der Parteien, das Begehren bzw. Angebot der anderen Partei einer gerichtlichen Überprüfung zu unterwerfen.

#### e) Vorstellungen des Gesetzgebers als Auslegungshilfe

56 Über die bisherige Rechtsprechung hinaus soll ein Schmerzensgeld bei oberflächlichen Weichteilverletzungen wie **Schürfwunden** und **Schnittwunden** sowie **Prellungen** ausgeschlossen sein; darüber hinaus bei leichten Verletzungen des Bewegungsapparats wie **Zerrungen** und **Stauchungen**; und schließlich auch noch bei **nicht objektivierbaren leichten HWS-Verletzungen ersten Grades**. Als Anhaltspunkt nennt der Gesetzgeber Fälle, in denen bisher ein Schmerzensgeld von 500 EUR zuerkannt worden ist.<sup>147</sup> Manchen ist das zu hoch,<sup>148</sup> andere befürchten, dass die Rechtsprechung bis 750 EUR gehen könnte.<sup>149</sup>

### 4. Beweislastverteilung

57 Es fällt auf, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung der maßgeblichen Schwelle eine doppelte Verneinung wählt, nämlich „nicht unerheblich“, und das obwohl in einer vorangehenden Etappe statt dessen das Wort „erheblich“ im Gespräch war. Das Kriterium sprachlicher Eleganz kann für den Auffassungswandel wohl nicht verantwortlich gemacht werden. Es muss etwas anderes dahinterstecken. Denkbar sind zwei Gründe: Zum einen könnte „nicht unerheblich“ weniger sein als „erheblich“. Es könnte sein, dass damit die Schwelle umfänglich noch etwas abgesenkt werden sollte. Das soll dahingestellt bleiben. Die anderen genannten Kriterien vermögen insoweit mehr zur Klarheit beizutragen als eine solche Wortklauberei.

142 Dass diese nicht deckungsgleich ist (nicht unerhebliche Verletzung in § 84 AMG, Schaden, der unter Berücksichtigung von Art und Umfang nicht unerheblich ist in § 253 Abs. 2 S. 2), ist eine Sache. Eine andere ist, dass selbst dann, wenn Judikatur vorhanden wäre, die Vergleichbarkeit nicht ohne weiteres gegeben wäre, weil nach dem AMG bis zu dieser Reform gerade kein Schmerzensgeld geschuldet war, weder bei einer leichten noch bei einer schweren Verletzung.

143 *Scheffen* ZRP 1999, 189, 191; 1.000 DM; *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 28: 1.125 DM in Anlehnung an den Selbstbehalt für Sachschäden bei der Produkthaftung.

144 *G. Müller*, ZRP 1998, 258, 261.

145 NZV 2000, 185, 187.

146 *G. Müller*, ZRP 1998, 258, 261.

147 RE 2001, 63.

148 *Deutsch*, ZRP 2001, 351, 353.

149 *Steffen*, ZRP 1998, 147, 149; *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 294; *Scheffen*, ZRP 1999, 189, 191.

Bedeutsamer ist der Hinweis von *Macke*,<sup>150</sup> dass durch diese doppelte Verneinung eine Aussage zur Beweislast erfolgen sollte. Trägt der Geschädigte nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast dafür, dass er eine vom Schädiger zu verantwortende Verletzung erlitten hat, so soll jedoch der Ersatzpflichtige für die Entlastung den Beweis antreten, dass diese so geringfügig ist, dass ein Schmerzensgeld ausnahmsweise nicht gebührt. In einer Non-liquet-Situation wäre somit Schmerzensgeld geschuldet. Das macht durchaus Sinn. 58

## 5. Rechtsunsicherheit in der Anfangsphase – Grund für großzügige Zulassung von Revisionen

Für die Fixierung der maßgeblichen Grenze der Bagatellschwelle stehen verschiedene Vorschläge zur Verfügung, die in ihrer Tendenz übereinstimmen, aber nicht zum punktgenau gleichen Ergebnis führen. Ob deshalb eine Prozessflut droht, wie dies *Deutsch*<sup>151</sup> – noch zum RE 1998 – prophezeit hat, bleibt abzuwarten. In der Tat wird die Rechtsprechung aber einige Zeit brauchen, um auszuloten, bei welchen Schäden kein Schmerzensgeld gewährt wird und ab welcher Schwelle dies der Fall ist.<sup>152</sup> Sollte der BGH die nun modifizierte Bagatellgrenze auch als **Mindestverletzung** für die Einstandspflicht bei **psychischer Fehlverarbeitung** heranziehen<sup>153</sup> – was m.E. nicht zwingend ist, weil das eine vom BGH festgelegte Grenze ist –, so wäre es wünschenswert, wenn der BGH bei der Annahme solcher Revisionen in nächster Zeit großzügig verfahren würde. Nur auf diese Weise lässt sich alsbald eine einigermaßen einheitliche Rechtsprechung herausbilden, zu der es ansonsten wegen der geringen Streitwertgrenzen erst über einen längeren Zeitraum – wenn überhaupt – kommen würde.<sup>154</sup> Dass es in dieser ersten Phase zu keiner spürbaren Gerichtsentlastung kommen wird,<sup>155</sup> trifft zu; das ist aber ein Phänomen, das für jede Neuregelung gilt. 59

## E. Abschließende Beurteilung

### I. Generelle Zielsetzung zu begrüßen

Die Ausweitung des Schmerzensgeldes auf die Vertrags- und Gefährdungshaftung wird ebenso überwiegend begrüßt<sup>156</sup> wie die einheitliche Bagatellschwelle unabhängig vom Haftungsgrund. Gegenüber der Einführung einer Bagatellschwelle<sup>157</sup> werden aber von manchen Autoren Bedenken geäußert. 60

### II. Rechtstechnische Umsetzung geglückt

Sowohl der neue Standort (§ 253 anstelle von § 847) als auch die Wiederholung des Schmerzensgeldanspruchs in den einzelnen Gefährdungshaftungsgesetzen wird unterschiedlich beurteilt. *Deutsch*<sup>158</sup> bewertet die Verlagerung der Problematik vom Deliktsrecht ins Schadensrecht als geschickten Schachzug. *Medicus*<sup>159</sup> hätte es demgegenüber lieber gesehen, wenn es bei der Regelung in § 847 geblieben wäre. Dort geht es um die betroffenen Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Freiheit, während man bei § 253 auch an andere denken mag, namentlich das Vermögen. Das ist gewiss eine Geschmacksfrage. Der neue Standort ist **gewöhnungsbedürftig**, haben doch ganze Juristengenerationen den Zuspruch von Schmerzensgeld mit § 847 assoziiert. Die Regelung in § 253 hat das Argument der Rechtslogik für sich. Es wird auf diese Weise plakativ zum Ausdruck gebracht, dass es um eine vom Haftungsgrund unabhängige Einstandspflicht für immaterielle Schäden geht.<sup>160</sup> Und dass dies nur für die dort genannten Rechtsgüter gilt, sagt der Gesetzgeber auch mit unüberbietbarer Deutlichkeit. 61

Was die Wiederholung des Schmerzensgeldanspruchs bei den einzelnen Gefährdungshaftungsgesetzen betrifft, so verweisen manche darauf, dass es sich dabei um eine **unnötige Wiederholung** handelt.<sup>161</sup> Unter dem Gesichtspunkt, dass der Gesetzgeber auch mit der Anzahl der Wörter so sparsam wie möglich umgehen soll, trifft diese Kritik zu. Auch hat *Freise* Recht, wenn er darauf verweist, dass bei künftigen Änderungen – 62

<sup>150</sup> DAR 2000, 506, 509.

<sup>151</sup> ZRP 1998, 291, 294; a.A. *Deutsch*, ZRP 2001, 351, 353.

<sup>152</sup> *Macke*, DAR 2000, 506, 508 f.; *Otto*, NZV 2001, 335, 339.

<sup>153</sup> So BGH NJW 1998, 810 zur bisherigen Bagatellschwelle.

<sup>154</sup> *Steffen*, ZRP 1998, 147, 149.

<sup>155</sup> *Karczewski*, VersR 2001, 1070, 1073.

<sup>156</sup> *Geiß*, DAR 1998, 416, 420; *Scheffen*, ZRP 1999, 189, 190; *Elsner*, zfs 2000, 233; DAV, NZV 2001, 339, 340; kritisch aber *Deutsch* ZRP 1998, 291, 294; Es sei „nicht notwendig, das System der Schmerzensgeldhaftung im BGB nur deswegen umzustoßen, um europarechtlichen Bedenken der Einführung des Schmerzensgeldes bei der Arzneimittelhaftung für die Fallgruppe des Entwicklungsrisikos auszuweichen.“

<sup>157</sup> *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 293; *ders.*, ZRP 2001, 351, 354; *Macke*, DAR 2000, 506, 508

<sup>158</sup> ZRP 2001, 351, 352.

<sup>159</sup> 38. VGT (2000), 121, 124.

<sup>160</sup> RE 2001, 60 f.

<sup>161</sup> *Freise*, VersR 2001, 539, 542; *Otto*, NZV 2001, 335, 339 Fn 71.

unnötigerweise – wieder ein ganzer Wust von Gesetzen betroffen sein wird. Es ist ihm durchaus zu folgen, wenn er vorschlägt, die schadensrechtlichen Vorschriften über den Umfang des Ersatzes einheitlich im BGB zu regeln und in den Gefährdungshaftungsgesetzen sich mit einem generellen Verweis zu begnügen, wie dies in § 117 BbergG geschehen ist.<sup>162</sup> Der Gesetzgeber kann sich bei seinem gegenteiligen Vorgehen aber immerhin auf *G. Müller*<sup>163</sup> berufen, die eine Regelung des Schmerzensgeldes bei den einzelnen Tatbeständen gefordert hat. Dabei ist zu bedenken, dass solche einzelgesetzlichen Erwähnungen dann bedeutsamer waren, als sich der zentrale Standort der Schmerzensgeldhaftung in § 847 befand, also im Kontext der deliktischen Verschuldenshaftung, während nun der alleinige Regelungsbereich (§ 253) das Schadensrecht ist. Sah schon der RE 1998 keine Notwendigkeit der – überflüssigen – Wiederholung in den einzelnen Gefährdungshaftungsgesetzen, so hätte dieses Argument um so mehr beim nunmehrigen Standort gegolten.

### III. Bewusste Ausklammerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

- 63 Bei der umfassenden Neuregelung des Ersatzes immaterieller Schäden überrascht, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht miteinbezogen ist.<sup>164</sup> Als Begründung dafür wird angegeben, dass einerseits die neuere Rechtsprechung den Anspruch unmittelbar auf die Art. 1 und 2 GG gestützt habe<sup>165</sup> und andererseits die Entwicklung auf diesem Gebiet – noch – nicht abgeschlossen sei.<sup>166</sup> Letzteres mag durchaus zutreffen. Dies hätte aber gleichwohl für die Abrechnung fiktiver Sachschäden gegolten, was den Gesetzgeber nicht daran gehindert hat, hieran etwas zu ändern. Die Enthaltensamkeit des Gesetzgebers ist im konkreten Kontext unschädlich, weil die Rechtsprechung auch bisher einen Weg gefunden hat, um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen. Dazu kommt, dass der Schwerpunkt dieser Reform – von der Haftung des Gerichtssachverständigen abgesehen – hauptsächlich bei Problemen des Straßenverkehrs lag und nicht bei dem namentlich im Medienrecht bedeutsamen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

### IV. Vereinfachung der Regulierung bei Dauerschäden mit mittelschweren Verletzungen nur in beschränktem Maß gegeben wegen unzureichender Anhebung der Haftungshöchstbeträge bei der Gefährdungshaftung

- 64 Ein erklärtes Ziel der Reform ist die Vereinfachung der Schadensregulierung, die u. a. dadurch erreicht werden soll, dass der Verletzte künftig nur noch den leichter zu beweisenden Tatbestand der Gefährdungshaftung und nicht mehr den schwieriger zu führenden Beweis eines Verschuldens des Ersatzpflichtigen zu führen hat. Diese Überlegung hat – zu Recht – dazu geführt, auf eine unterschiedliche Erheblichkeitsschwelle bei der Verschuldens- und Gefährdungshaftung zu verzichten zugunsten einer einheitlichen Bagatellschwelle für beide Haftungsarten.
- 65 Darüber hinaus wird betont, dass die Versagung bei geringen Verletzungen dazu führen soll, dass die Schwer(st)verletzten angemessen entschädigt werden können. Gerade bei diesen wird die Rechnung nicht aufgehen, weil man die **Haftungshöchstbeträge** – so etwa die im StVG – nur unzureichend angehoben hat. So beträgt der Haftungshöchstbetrag gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 StVG 600.000 EUR an Kapital oder 36.000 EUR jährlich für eine Rente. Mit diesem Betrag müssen sämtliche Schadensposten abgedeckt sein, also Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, Erwerbsschaden und Schmerzensgeld. Für eine Person, die nicht bzw. nicht ausreichend sozialversichert ist, reicht dieser Betrag niemals, bewegt sich allein das Schmerzensgeld bei Querschnittslähmungen in einer Größenordnung von jedenfalls 200.000 EUR.<sup>167</sup> Die jährliche Rente ist somit um ein Drittel zu kürzen, womit nur noch 24.000 EUR zur Verfügung stehen. Instrukтив ist in diesem Zusammenhang eine jüngere Entscheidung des OLG Bremen,<sup>168</sup> die den Pflegebedarf eines Schwerverletzten auf etwas mehr als 9.000 EUR pro Monat geschätzt hat, was einen Jahresbetrag von mehr als 100.000 EUR ergibt. Und dabei ist noch kein Cent für Heilungskosten und Erwerbsschaden berücksichtigt!
- 66 Selbst die Berücksichtigung des Quotenvorrechts des sozialversicherten Verletzten gegenüber dem Sozialversicherungsträger gemäß § 116 Abs. 2 SGB X, also des Vorrangs des Verletzten gegenüber dem

162 Freise, VersR 2001, 539, 543.

163 ZRP 1998, 258, 260.

164 Karczewski, VersR 2001, 1070, 1072.

165 StRspr. seit BGHZ 35, 363 367 f. Ebenso in der Folge BGHZ 39, 124, 130 ff.; BGHZ 128, 1, 15 = VersR 1995, 305, 309; BGH LM § 823 (Ah) BGB Nr. 122; BVerfG VersR 2000, 897 = NJW 2000, 2187.

166 RE 2001, 61; ebenso *G. Müller*, PHI 2001, 119, 121.

167 Scheffen (ZRP 1999, 189, 192) beziffert den Schadensbedarf für einen Querschnittgelähmten zwischen 500.000 und 1 Mio EUR. Diese Schätzung ist m.E. durchaus zurückhaltend; eine Anhebung der Ersatzbeträge auf ein angemessenes Niveau ist darin keinesfalls berücksichtigt. *Fötschl* (VersRAI 2001, 60, 61 Fn 13 referiert eine Schwankungsbreite zwischen 125.000 und 300.000 EUR, was auf einen tendenziell noch höheren Mittelwert beim Schmerzensgeld hinausläuft).

168 VersR 1999, 1030.

Regressrecht des Sozialversicherungsträgers bei Konkurrenz der Ansprüche um den begrenzten Deckungsfonds, ändert an dieser grundsätzlichen Einschätzung wenig. Während die Heilungskosten im Regelfall überwiegend vom Sozialversicherungsträger getragen werden, der Erwerbsschaden immerhin zu einem beträchtlichen Teil, ist es bei den vermehrten Bedürfnissen nur noch ein Bruchteil, der durch die Pflegeversicherung abgedeckt ist. Und dem Schmerzensgeld stehen niemals kongruente Sozialversicherungsleistungen gegenüber. Nicht nur wird der Sozialversicherungsträger schon bei mittelschweren Verletzungen im Regelfall Abstriche bei seinem Regress machen müssen, bei **wirklich schweren Verletzungen**, wenn diese dann auch noch voll angemessen abgegolten werden sollten, wird der Geschädigte weiterhin darauf angewiesen sein, das **Verschulden** nachzuweisen, eine Prozedur, die man ihm nach den Intentionen der Reform gerade ersparen wollte.<sup>169</sup>

Abschließend sei noch darauf verwiesen, dass sich dieser Befund bereits vor Inkrafttreten der Reform ergibt. Da Anpassungen der Haftungshöchstbeträge nur in größeren Zeitabschnitten vorgenommen werden – die letzte erfolgte im Jahr 1977 –, sorgen schon die Jahr für Jahr sich akkumulierenden Inflationsraten dafür, dass der Verletzte im Laufe der Zeit immer stärker darauf angewiesen sein wird, anstelle des Anspruchs aus der Gefährdungshaftung doch wieder den aus der Verschuldenshaftung zu erheben, für den dann hoffentlich beim Ersatzpflichtigen eine ausreichende Versicherungsdeckung vorhanden sein möge. Bedenkt man, dass solche Fälle schwerer Verletzungen selten sind und sich daher nur unwesentlich auf die Steigerung der Haftpflichtprämien auswirken würden, stellt dies mehr als einen Schönheitsfehler der Reform dar. 67

#### V. Kappung bei leichten Verletzungen festgeschrieben, bei Schwer(st)verletzungen auf Goodwill der Rechtsprechung angewiesen

In Bezug auf die Zielerreichung der Umschichtung der Mittel von den Leicht(est)verletzten zu den Schwer(st)verletzten<sup>170</sup> melden zahlreiche Autoren Bedenken an.<sup>171</sup> Keinesfalls werden die Haftpflichtversicherer von sich aus die Schadensersatzbeträge an Personen mit schweren bzw. schwersten Verletzungen erhöhen, weil sie sich bei den Bagatellverletzungen bzw. der fiktiven Schadensabrechnung etwas erspart haben.<sup>172</sup> Vielmehr werden sie ihren Gewinn steigern, ihren Verlust verringern, darauf hinweisen, dass durch die Ausweitung des Schmerzensgeldes auf die Gefährdungs- sowie Vertragshaftung zusätzliche Belastungen auf sie zugekommen seien oder aber sie werden darauf pochen, dass sie unbedingt ihre Rückstellungen erhöhen müssen, um gegenüber der (ausländischen) Konkurrenz gewappnet zu sein. Zu der vom Gesetzgeber gewollten Umschichtung wird es somit nur dann kommen, wenn die **Anwälte der Verletzten** entsprechend **höhere Begehren** bei den Gerichten einklagen und die Gerichte ungeachtet des Umstands, dass dies im Gesetzeswortlaut an keiner Stelle sich niedergeschlagen hat, dann noch in Erinnerung haben, weshalb die Kürzung bei der fiktiven Schadensabrechnung sowie die Erheblichkeitsschwelle beim Schmerzensgeld eingeführt wurde. 68

#### VI. Umschichtung von leicht Verletzten zu Schwer(st)verletzten nicht allein im Weg des Schmerzensgeldes

Erklärtes Ziel der Reform ist die Anhebung der Schmerzensgeldbeträge für Schwer(st)verletzte.<sup>173</sup> Es sei aber auch an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass vor einem solchen Schritt überdacht werden sollte, ob die **Kategorie des Schmerzensgeldes** der passendste Schadensposten ist, an dem man eine Anhebung vornehmen sollte.<sup>174</sup> Dringlicher wäre m.E. die Anhebung der Ersatzbeträge bei den Betreuungs- und Haushaltsdienstleistungen, bei denen die vom BGH zuerkannten Beträge bestenfalls ein Deckungsbetrag sind, aber niemals eine voll angemessene Abgeltung des erforderlichen Bedarfs, der den Verletzten in die Lage versetzt, sich in der im Leben üblichen Weise angemessene Dienste zu verschaffen, ohne auf die Mildtätigkeit Dritter angewiesen zu sein.<sup>175</sup> Die Wirklichkeit ist von dieser wohlklingenden Formel, die sich in manchen einschlägigen Entscheidungen findet, meilenweit entfernt. 69

Die Vor- und Nachteile der Erhöhung des Schmerzensgeldes bzw. der Haushalts- und Pflegedienstleistungen seien kurz dargestellt: Das Schmerzensgeld wird regelmäßig als Kapitalbetrag gezahlt. Das hat für den Ersatzpflichtigen, typischerweise den Haftpflichtversicherer, den Vorteil, dass er insoweit die Akte bald schließen und die Regulierung abschließen kann. Für den Geschädigten hat dies den Nachteil, dass es 70

<sup>169</sup> So auch die Einschätzung von *Freise*, *VersR* 2001, 539, 544.

<sup>170</sup> RE 2001, 39.

<sup>171</sup> *G. Steffen*, ZRP 1998, 147, 149; *G. Müller*, ZRP 1998, 258, 260; *Deutsch*, ZRP 1998, 291, 293 f.; *Elsner*, zfs 2000, 233, 235; *Medicus*, VGT (2000), 121, 128; *Karczewski*, *VersR* 2001, 1070, 1072.

<sup>172</sup> So die Hoffnung von *Karczewski*, *VersR* 2001, 1070, 1072.

<sup>173</sup> Vgl. dazu *Scheffen*, ZRP 1999, 189, 190, die angibt, zu welchem Zeitpunkt beim Schmerzensgeld welche (Schmerz-)Grenze erreicht wurde. Der bislang höchste Wert wurde zuerkannt vom LG München *VersR* 2001, 1124: 500.000 EUR.

<sup>174</sup> In diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 30 f. Vgl. auch BGH *VersR* 1976, 967: Warnung des BGH vor einer unkontrollierten Aufblähung der Schmerzensgelder.

<sup>175</sup> Zu dieser in Gerichtsurteilen häufig vorkommenden Formel *Ch. Huber*, *Fragen der Schadensberechnung*, 2. Aufl. 1995, S. 65 ff.

zu einer Spekulation mit seiner Lebenserwartung kommt. Lebt er länger, als ursprünglich angenommen, reicht das Schmerzensgeld als Äquivalent für seine nach der angenommenen Lebenserwartung bemessenen Schmerzen nicht aus. Der Verletzte trägt zudem das Veranlagungsrisiko, ist das Schmerzensgeld – wenigstens idealiter – doch so bemessen, dass auch die Erträge daraus ihm zufließen und zur Milderung seiner Unlustgefühle beitragen sollen. Ein Durchschnittsbürger ist aber in der Veranlagung so relativ hoher Beträge unerfahren. Diesen Einwänden könnte man immerhin durch eine Schmerzensgeldrente begegnen.

- 71 Gegenüber dem Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse bleibt der Nachteil, dass bei der Schmerzensgeldrente eine Valorisierung schwerer zu begründen ist. Die Mehrbedarfsrente ist demgegenüber in der Lage, sich in zeitlicher und sachlicher Hinsicht flexibel an den jeweiligen Bedarf anzupassen. Auch führt die Mehrbedarfsrente viel eher dazu, dass der für die Pflege des Verletzten erforderliche Geldbetrag an die fließt, die sich tatsächlich um ihn kümmern. Beim Schmerzensgeld, namentlich beim Kapitalbetrag, ist demgegenüber die Gefahr groß, dass dieses letztendlich Erben zufließt, die sich ein Leben lang nie um den Verletzten gekümmert haben. Dazu kommt ein letzter Aspekt: Während die Umrechnung von Schmerzen in bare Münze stets mit erheblichen Unwägbarkeiten verknüpft ist, sollten sich für die Bemessung des Vermögensschadens der vermehrten Bedürfnisse viel eher rationale Faktoren finden lassen.

### § 254 Mitverschulden

(1) <sup>1</sup>Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) <sup>1</sup>Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. <sup>2</sup>Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

### § 255 Abtretung der Ersatzansprüche

<sup>1</sup>Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechts gegen Dritte zustehen.

### § 256 Verzinsung von Aufwendungen

<sup>1</sup>Wer zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. <sup>2</sup>Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstands ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten.

### § 257 Befreiungsanspruch

<sup>1</sup>Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. <sup>2</sup>Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

### § 258 Wegnahmerecht

<sup>1</sup>Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Fall der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen. <sup>2</sup>Erlangt der andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten; er kann die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird.

### § 259 Umfang der Rechenschaftspflicht

(1) <sup>1</sup>Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

(2) <sup>1</sup>Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete