

A N W A L T S P R A X I S

DeutscherAnwaltVerein

Das neue Schuldrecht

in der anwaltlichen Praxis

Verjährungsrecht • Leistungs-
störungsrecht • Kaufrecht
Werkvertragsrecht • Schadens-
ersatzrecht • Mietrecht

Hrsg. von

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln,
Rechtsanwalt Dr. Thomas Heidel, Bonn,
RiBGH a.D. Dr. Manfred Lepa, Bonn,
Prof. Dr. Gerhard Ring,
Technische Universität Freiberg/Sachsen



DeutscherAnwaltVerlag

Copyright 2002 by Deutscher Anwaltverlag, Bonn
Satz: Richarz Publikations Service GmbH, St. Augustin
Druck: M.P. Media-Print Informationstechnologie GmbH, Paderborn
Titelgestaltung: D sign Agentur für visuelle Kommunikation, Peter Korn-Hornung, Solingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis: Verjährungsrecht, Leistungsstörungenrecht, Kaufrecht, Werkvertragsrecht, Schadensersatzrecht, Mietrecht / hrsg. von Barbara Dauner-Lieb ... – Bonn: Dt. Anwaltverl., 2002

(Anwaltspraxis)

ISBN 3-8240-0486-0

3. Teil: Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften

§ 16 Das neue Schadensersatzrecht

Prof. Dr. Christian Huber

Inhalt

Vorbemerkung	1	V. Ersatz der Mehrwertsteuer nur, so weit sie angefallen ist	19
I. Inhalt der Reform: weitreichendste Änderung des Schadensersatzrechts seit 100 Jahren	1	1. Auswirkungen lediglich für nicht vorsteuerabzugsberechtigte Personen (Verbraucher)	20
II. Beweggründe	2	2. "Anfall" – Anspruch auf Vorschuss bzw. Befreiung, nicht bloß Ersatz von Aufwendungen	21
1. Anpassung an veränderte Verhältnisse	3	3. "So weit" – Rechnung über Ersatzteile, Arbeitskrafteinsatz, Werkzeug	22
2. Andere Wertungen	4	4. Der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag	23
3. Rechtsvereinheitlichung bzw. Reduzierung der Unterschiede zu anderen europäischen Rechtsordnungen	5	a) Keine Obliegenheit zur Vorlage der Rechnung	23
4. Neutralität von Haftungserweiterungen und Haftungsbegrenzungen	6	b) Werkstattrechnung – Indiz der Erforderlichkeit	24
5. Vereinfachung	7	c) Bei Vorlage der gegenüber dem Sachverständigengutachten niedrigeren Rechnung – Aufrollen der Frage der Erforderlichkeit	25
III. Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung oder Kurskorrektur durch den Gesetzgeber	8	5. Ersatzbeschaffung statt Reparatur – Bedeutsamkeit der Reichweite des Begriffs der Restitution	26
IV. Inkrafttreten	10	a) Neue Sache statt ebensolcher gebrauchter Sache	27
A. Einschnitte bei der fiktiven Sachschadensabrechnung	11	b) Andere gebrauchte Sache – wirtschaftlich-funktionale Betrachtungsweise	28
I. Dominanz des Kfz-Sachschadens	11	c) Miete statt Kauf	30
II. Mögliche Reaktionen auf die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache	12	6. Wirtschaftlicher Totalschaden	31
III. Restitution bis zur Grenze der Verhältnismäßigkeit	13	a) Besonderheiten der Differenzbesteuerung	31
IV. Dispositionsfreiheit beim Sachschaden	14	b) Auswirkungen auf die Kappung der Mehrwertsteuer nach § 249 Abs. 2 S. 2	32
1. Begriff	14		
2. Keine Dispositionsfreiheit beim Personenschaden – Gründe für die Differenzierung zum Sachschaden	15		
3. Vorteile der Dispositionsfreiheit	17		
4. Argumente gegen die Dispositionsfreiheit	18		

7. Einfluss auf die Verhältnismäßigkeit	33	2. Verfahrensvereinfachung bzw. Bequemlichkeit der Anspruchsdurchsetzung	48
a) Ausgangspunkt: Relation bei Inanspruchnahme von Marktleistungen	33	3. Angleichung an andere europäische Rechtsordnungen	50
b) Nichtanfall der Mehrwertsteuer verschiebt Grenze der wirtschaftlichen Vernunft, insbesondere bei Eigenreparatur	34	4. Anlass, nicht Ursache: Rechtsschutzdefizit in der Arzneimittelhaftung bei HIV-verseuchten Blutkonserven	51
8. Unwirtschaftliche Reparatur	35	5. Schließung von Rechtsschutzlücken – praktische Bedeutung geringer als im akademischen Unterricht, wichtig bei Entwicklungsrisiken im Arzneimittelrecht	52
a) Herrschende Meinung: Mehrwertsteuer wie bei Anschaffung einer Ersatzsache – Differenzbesteuerung	35	III. Restbedeutung der Genugtuung	53
b) Mindermeinung: Ersatz der Mehrwertsteuer bis 130% des Wiederbeschaffungswertes	36	1. Bei Vorsatzdelikten – hier auch keine Bagatellschwelle	53
9. Zerstörung und Sachentziehung – durch Wortlaut nicht gedeckt	37	2. Bei Fahrlässigkeitsdelikten	54
10. Abtretung des Schadensersatzanspruchs	38	IV. Einführung einer Bagatellschwelle	55
a) Judikaturdivergenz zwischen dem 6. und dem 5. Senat – durch jüngste Entscheidung des 5. Senats vermindert	39	1. Zielsetzung	55
b) Standpunkt des RE: Abzustellen auf Verhältnisse beim Zessionar	40	2. Mehr als bloße Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung	57
c) Kritik daran: Keine Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners nach Zessionsrecht, ersatzfähig bloß Schaden des unmittelbar Verletzten	41	3. Anhaltspunkte, wo die neue Grenzlinie verläuft	58
d) Keine Erhöhung des Ersatzbetrags, u.U. aber Verminderung – Grundsätze der Schadensverlagerung	42	4. Beweislastverteilung	63
B. Die Neuordnung des Schmerzensgeldanspruchs	43	V. Zielsetzung der Verbesserung des Schutzes Schwerstverletzter	64
I. Grundlegende Reform	43	1. Kein Niederschlag im Gesetzeswortlaut	64
1. Standort: § 253 anstelle von § 847	43	2. Unzureichende Anpassung der Haftungshöchstbeträge – Auswirkungen vor allem für Schwerstverletzte	65
2. Schmerzensgeld auch bei Gefährdungs- und Vertragshaftung	44	3. Anhebung des Schmerzensgeldes oder marktkonforme Bewertung bei vermehrten Bedürfnissen	66
3. Weitere Anspruchsgrundlagen: Geschäftsführung ohne Auftrag, Aufopferungsanspruch	45	C. Verbesserung des Rechtsschutzes von Kindern bei Straßenverkehrsunfällen	67
4. Bagatellschwelle	46	I. Grund für das Einschreiten des Gesetzgebers	67
II. Gründe für die Zubilligung von Schmerzensgeld auch bei der Gefährdungshaftung	47	1. Erhöhte Gefahren heute gegenüber denen vor 100 Jahren bei Inkrafttreten des BGB	68
1. Verminderte Bedeutung der Genugtuungskomponente – ein Wegbereiter für die Zubilligung von Schmerzensgeld auch bei der Gefährdungshaftung, Unterschied zur Ausgleichsfunktion	47	2. Neue Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie	69
		II. Verhältnis von Deliktsfähigkeit und Verschulden	71
		1. Deliktsfähigkeit: intellektuelles Begreifen – unterschiedlicher Begriff im Strafrecht	72
		2. Verschulden: gruppenspezifischer Vergleichsmaßstab	73
		3. Korrektur des Gesetzgebers bei Deliktsfähigkeit	74

III. Sektoraler Ausschnitt: straßenverkehrsspezifische Deliktsfähigkeit	75	1. Versagung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 aus rechtspolitischen Gründen	90
1. Umschreibung in Anlehnung an StVG und HaftPflG	75	a) Sachverständiger ist Gehilfe des Richters – Anleihe beim Spruchrichterprivileg	91
2. Welche Fälle sind nicht erfasst	76	b) Rechtssicherheit, Gefahr von Regressprozessen	92
IV. Ausschluss der Vorsatzhaftung	77	c) Staatsbürgerliche Pflicht wie ein Zeuge – Sachverständiger kann sich seiner Aufgabe nicht entziehen	93
V. Einstandspflicht (anderer) nach anderer Normen	78	d) Bewahrung der inneren Freiheit des Sachverständigen	94
1. Mögliche Rechtsfolgen der Verteilung des Schadens bei Anhebung der Deliktsfähigkeit von 7 auf 10 Jahre	78	2. Bei § 823 Abs. 2 Differenzierung, ob Sachverständiger vereidigt oder nicht	95
2. Einstandspflicht der Eltern nach § 832	79	3. Leitentscheidung: Fall Weigand BGHZ 62, 54	96
a) Generell Streit um Haftungsmilderung oder Haftungsverschärfung der Aufsichtspflichtigen	79	VI. Korrektur durch das BVerfG	97
b) Konkrete Auswirkungen der Anhebung der straßenverkehrsspezifischen Deliktsfähigkeit von 7 auf 10 Jahre	80	VII. Gesetzgeberische Entscheidung in § 839 a: Orientierung am Mindeststandard	98
3. Billigkeitshaftung nach § 832	81	1. Beseitigung der Unterscheidung zwischen beeideten und unbeeideten Sachverständigen	99
VI. Gleichbehandlung Kind als Täter – Kind als Opfer	82	2. Gleichbehandlung von Beeinträchtigungen absolut geschützter Rechtsgüter und reiner Vermögensschäden	100
VII. Ergänzung des Schutzes durch Ersetzung des unabwendbaren Ereignisses durch höhere Gewalt (§ 7 Abs. 2 StVG)	83	3. Grobe Fahrlässigkeit – latente Gefahr der Verfassungswidrigkeit	101
VIII. Beseitigung der Sonderstellung der Privilegierung von Gehörlosen	84	4. Ersatz nur bei Urteil	102
D. Haftung des Gerichtssachverständigen	85	a) Vertretbare Wertung bei das Verfahren abschließenden Entscheidungen	102
I. Unterschied zu anderen Änderungen des 2. Schadensersatzrechtsände- rungsgesetzes – keine Diskussion	85	b) Keine Regelung bei anderen Entscheidungen – wie im Fall Weigand	103
II. Der Grundfall: Prozessverlust aufgrund eines unrichtigen Sachverständigengutachtens ohne Möglichkeit der Korrektur auf prozessualer Ebene	86	c) Kein Ersatz bei Vergleich – gesetzgeberische Entscheidung	104
III. Fallmaterial zur Verdeutlichung – maßgebliche Einteilungen	87	d) Zeuge hat auf Verfahrensausgang keinen Einfluss	105
IV. Abgrenzung zur Haftung aus § 839	88	e) Analoge Anwendung für von Behörden bestellte Sachverständige	106
V. Die zivilrechtliche Rechtsprechung bis zur Entscheidung des BVerfG vom 11.10.1978, BVerfGE 49, 304	89	5. Verweis in § 839 a Abs. 2 auf § 839 Abs. 3 – systemfremd, weil Sachverständige formell keine Entscheidungsträger	107
		6. Abschließende Regelung	108
		7. Rechtsfolgen für Haftung von Zeugen	109

Vorbemerkung

Literatur: J. Bollweg, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht, NZV 2000, 185; **Deutsch**, Über die Zukunft des Schmerzensgeldes, ZRP 1998, 291; **Greger**, 38. Deutscher Verkehrsgerichtstag in Goslar – Nur zwei Worte, NZV 2000, 1; **Ch. Huber**, Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, DAR 2000, 20; **Karczewski**, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070; **Macke**, Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden, DAR 2000, 506; **Medicus**, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht? 38. VGT (2000), 121; **G. Müller**, Zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, ZRP 1998, 258; **Otto**, Große Reformen müssen reifen – Zum Referentenentwurf einer Schadensrechtsreform, NZV 2001, 335; **Schirmer**, § 249 BGB – Magna Charta des Schadensersatzrechts, FS Baumann (1999), S. 293.

I. Inhalt der Reform: weitreichendste Änderung des Schadensersatzrechts seit 100 Jahren

- 1 Das 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz stellt die weitreichendste gesetzliche Änderung des Haftpflichtrechts im BGB seit dessen Inkrafttreten dar. Die Fortentwicklung des Schadens- und Deliktsrecht hat der Gesetzgeber bisher der Rechtsprechung überlassen. Er konnte dies tun, weil die Normen so geschmeidig und weitläufig formuliert sind, dass sie offen waren für die vielfältigen Veränderungen in den letzten 100 Jahren. Es zeigte sich indes, dass die Rechtsprechung bei der **Fortbildung des Rechts** an so manche **Grenze** stieß bzw. in manchen Punkten der Gesetzgeber klare Vorgaben machte, weil die Rechtsprechung aus eigener Kraft dazu nicht in der Lage war. Insgesamt geht es mehr um eine Fortschreibung des bestehenden Rechts und um eine behutsame Harmonisierung als um knallharte Richtungsänderungen.

II. Beweggründe

- 2 Was hat den Gesetzgeber veranlasst, gerade jetzt neben dem Schuldrecht auch das Schadensersatzrecht zu reformieren? Zum einen ist darauf zu verweisen, dass es sich um das Aufgreifen des zum Ende der letzten Legislaturperiode eingebrachten RE sowie dessen geringfügige Modifikationen handelt. Zum anderen gibt es mehrere sachliche Gründe für den Handlungsbedarf des Gesetzgebers:

1. Anpassung an veränderte Verhältnisse

- 3 Auf manchen Gebieten haben sich die faktischen Verhältnisse geändert. Die Gefahren, denen Kinder heute im **Straßenverkehr** ausgesetzt sind, sind mit denen vor **100 Jahren** nicht zu vergleichen. Dazu kommt, dass die **Entwicklungspsychologie** heute Erkenntnisse liefert, dass ein Kind im Alter von 8 bzw. 9 Jahren nicht in dem Maß verkehrstauglich ist, wie das von den Gerichten bisher angenommen worden ist. Da die Bereitschaft der Gerichte bisher nur in unzureichendem Maß vorhanden war, sich diese Erkenntnis zu eigen zu machen, hat der Gesetzgeber eingegriffen und § 828 verändert.

2. Andere Wertungen

- 4 Der Gesetzgeber des BGB hatte ein belastetes Verhältnis zum Ersatz immaterieller Schäden. Nicht zuletzt unter dem Einfluss des GG hat sich auf diesem Gebiet ein **Wertewandel** vollzogen, der sich etwa in der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts manifestiert hat. In der Wertehierarchie wird stets betont, dass das Leben, die Gesundheit und die **körperliche Integrität** einen höheren Stellenwert haben als **Eigentum** und Vermögen. Dem wurde nun auch im Haftpflichtrecht Rechnung getragen. Beim Sachschaden wurden Abstriche gemacht, der Personenschaden insoweit aufgewertet, als künftig Schmerzensgeld auch bei der Gefährdungs- und Vertragshaftung verlangt werden kann.

3. Rechtsvereinheitlichung bzw. Reduzierung der Unterschiede zu anderen europäischen Rechtsordnungen

Auch wenn ein einheitliches europäisches Zivilgesetzbuch noch nicht zum Greifen nahe ist, so zeichnet es sich doch schon schemenhaft am Horizont ab. Die langen Schatten erreichen auch den deutschen Gesetzgeber. So manche Änderung im 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz wird damit begründet, dass es auf diese Weise zu einer **Annäherung** an den Zustand der anderen **europäischen Rechtsordnungen** komme. Auch wenn Vereinheitlichung oder Annäherung nicht von einer zentralen Stelle verordnet wird, so kommt es – selbst im Haftpflichtrecht – zu einer zunehmenden Angleichung, was im Prinzip gewiss zu befürworten ist. In der Sache wurde bei folgenden Änderungen dieses Argument verwendet: Der Sachschaden sei nicht nur per se, sondern auch im Vergleich zum Personenschaden in Deutschland besonders hoch. Die Beschränkung der Zuerkennung von Schmerzensgeld bei der Verschuldenshaftung sei ein Unikum in Europa. 5

4. Neutralität von Haftungserweiterungen und Haftungsbegrenzungen

Unter Hinweis auf das Bemühen, ein Ansteigen der Kfz-Haftpflichtversicherungsprämien zu vermeiden, war der Gesetzgeber penibel darauf bedacht, dass eine Balance hergestellt wird zwischen Haftungserweiterungen und Haftungsbegrenzungen. Beide **Änderungen** sollten sich für die Ersatzpflichtigen, namentlich die Haftpflichtversicherer, die **Waage** halten. Das wurde sogar so weit auf die Spitze getrieben, dass innerhalb der Kategorie Schmerzensgeld eine Bagatellschwelle eingeführt wurde wegen der Ausweitung auf die Gefährdungs- und Vertragshaftung einerseits und die intendierte Anhebung der Ersatzleistungen für Schwerstverletzte andererseits, was allerdings im Gesetzeswortlaut an keiner Stelle zum Ausdruck gekommen ist. 6

5. Vereinfachung

Ein Leitmotiv der Reform ist das Bemühen um Vereinfachung der Schadensregulierung. Trotz unveränderter Diagnose, nämlich einer unberechtigt weit gehenden fiktiven Abrechnung namentlich beim Kfz-Sachschaden, hat man die im RE 1998 vorgesehenen weiter reichenden Kürzungsposten fallengelassen und sich für eine Reduzierung (bloß) um die fiktive **Mehrwertsteuer** entschieden, weil diese – im Regelfall – offen ausgewiesen und dieser Abzug daher leicht zu handhaben sei. Die Einführung eines Schmerzensgeldes bei der Gefährdungshaftung soll bewirken, dass auf den Beweis des Tatbestands der **Verschuldenshaftung** verzichtet werden kann zu Gunsten des einfacher nachzuweisenden Tatbestands der Gefährdungshaftung. Bei Verstärkung des Schutzes minderjähriger **Kinder** wird eine feste **Altersgrenze** eingeführt. Bei der Haftung von **Gerichtssachverständigen** wird auf die bisherige Unterscheidung von beeideter und nicht beeideter Aussage vor Gericht verzichtet und statt dessen eine **abschließende Regelung** normiert. 7

III. Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung oder Kurskorrektur durch den Gesetzgeber

Bei so mancher Entwicklung meinte die Rechtsprechung, nicht über ihren eigenen Schatten springen zu können, weil sie den Gesetzeswortlaut bis aufs Äußerste bereits ausgereizt habe. Der Gesetzgeber hat die Rechtsprechung auf diesen Gebieten von einer lästigen Fessel befreit. So ist das beim **Bagatellschmerzensgeld**, bei dem der Gesetzgeber an eine bestehende Rechtsprechung des BGH angeknüpft hat. Beim Schmerzensgeld hatte sich die Rechtsprechung bemüht, die Unterschiede zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung nicht zu groß werden zu lassen, indem **objektivierte Verkehrssicherungspflichten** postuliert worden waren. 8

- 9 Die **fiktive Sachschadensabrechnung** hatte der Haftpflichtsenat des BGH entwickelt, ohne durch den Gesetzeswortlaut dazu genötigt gewesen zu sein. Der **stärkere Schutz von Kindern** bei Straßenverkehrsunfällen hätte durch eine einfühlsamere Rechtsprechung durchaus bewältigt werden können. Bei der **Haftung des Gerichtssachverständigen** hat das BVerfG dem BGH bescheinigt, dass er entgegen dem Wortlaut eine Rechtsfortbildung gegen den Geist der Verfassung, namentlich des Grundrechts der Freiheit betrieben habe. Auch wären bei diesem Anspruch mit der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, bei dem bei privaten Sachverständigen durchaus ausgiebig Gebrauch gemacht wird, sachgerechte(re) Ergebnisse zu erzielen gewesen. Der gesetzgeberische Eingriff erfolgte, weil die Rechtsprechung nicht selbst die Kraft zu einem Richtungswechsel aufbrachte, obwohl der bestehende Gesetzeswortlaut das durchaus erlaubt hätte.

IV. Inkrafttreten

- 10 Der RE geht nach wie vor vom Inkrafttreten zum 1.1.2002 aus. Da es diesbezüglich keine Vorgaben einer Richtlinie gibt, besteht keine Eile. Um namentlich den Haftpflichtversicherern die Möglichkeit einzuräumen, bei Bedarf die Prämien neu zu kalkulieren, wird die Reform daher voraussichtlich erst zum 1.4.2002 oder zur Jahresmitte 2002 in Kraft treten.

A. Einschnitte bei der fiktiven Sachschadensabrechnung

Literatur: J. Bollweg, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht, NZV 2000, 185; Eggert, Entschädigungsobergrenzen bei der Abrechnung „fiktiver“ Reparaturkosten – ein Dreistufenmodell, DAR 2001, 20; Elsner, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht, zfs 2000, 233; Freise, Überlegungen zur Änderung des Schadensersatzrechtes, VersR, 2001, 539; Geiß, Konfliktbewältigung in Verkehrssachen durch die Justiz, DAR 1998, 416; Greger, 38. Deutscher Verkehrsgerichtstag in Goslar – Nur zwei Worte, NZV 2000, 1; Ch. Huber, Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, DAR 2000, 20; Karczewski, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070; Macke, Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden, DAR 2000, 506; G. Müller, Der neue Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, PHI 2001, 119; dies., Zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, ZRP 1998, 258; Otto, Große Reformen müssen reifen – Zum Referentenentwurf einer Schadensrechtsreform, NZV 2001, 335; ders., Neuere Grenzziehungen im Schadensersatzrecht – Zum Referentenentwurf eines 2. SchadÄndG, NZV 1998, 433; Schirmer, § 249 BGB – Magna Charta des Schadensersatzrechts, FS Baumann (1999), S. 293.

I. Dominanz des Kfz-Sachschadens

- 11 § 249 ist die Zentralnorm des Schadensrechts. Sie gilt für sämtliche Schäden in gleicher Weise. Es ist zu beobachten, dass das Recht des **Kfz-Sachschadens** in den letzten 50 Jahren der **Motor für die Fortentwicklung des Schadensrechts** war. Änderungen werden daher generell vornehmlich in Bezug auf die Auswirkungen auf diesem Sektor untersucht, so auch in diesem Abschnitt.

II. Mögliche Reaktionen auf die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache

- 12 Der Geschädigte kann auf eine von einem Dritten zu verantwortende Beschädigung einer Sache in verschiedener Weise reagieren: Er kann sie **reparieren** lassen oder auf eine Reparatur verzichten. Er kann **selbst** Hand anlegen, wenn er das denn kann, will heißen die entsprechenden Fähigkeiten hat, oder eine **Werkstätte** damit betrauen. Wenn er sie durch eine Werkstätte reparieren lässt, kann er das in einer **Markenwerkstätte** oder in einer **freien** Werkstätte, in der **Stadt** oder auf dem **Land**, unter Verwendung von **neuen** oder **gebrauchten** Ersatzteilen tun. Er kann alle beschädigten Teile **vollständig** reparieren lassen oder nur die für die **Verkehrssicherheit bedeutsamen**, er kann eine Delle im Kotflügel durch einen neuen Kotflügel ersetzen oder bloß **ausklopfen** lassen. Wenn sich der Geschädigte gegen die Reparatur entscheidet, kann er eine **andere Sache anschaffen**, eine eben-

solche **gebrauchte** oder **neue**. Er kann eine solche mit gleicher Funktion erwerben, aber von **ganz anderem Kaliber**, etwa einen BMW 528 i nach Beschädigung eines Fiat Uno. Schließlich kann er auf die Anschaffung jeglichen Fahrzeugs auch verzichten. Je nachdem, wie er sich nachdem schädigenden Ereignis entscheidet, hat dies unterschiedliche Auswirkungen auf sein Vermögen.

III. Restitution bis zur Grenze der Verhältnismäßigkeit

Die Rechtsprechung ist gegenüber den Reaktionen des Geschädigten zunächst indifferent. Sie zieht bloß eine Grenze: Auf Kosten des Schädigers ist der Geschädigte zur Reparatur nur bis zur Grenze von **130% des Wiederbeschaffungswertes** berechtigt, weil bei einer teureren Reparatur diese unwirtschaftlich ist und dem Schädiger wegen § 251 Abs. 2 nicht mehr zumutbar ist.¹ Wenn der Geschädigte in der Bandbreite von 100–130% des Wiederbeschaffungswertes reparieren lässt, muss er den Nachweis führen, dass Kosten in dieser Höhe tatsächlich angefallen sind und eine ordnungsgemäße Reparatur durchgeführt worden ist. Betragen die Reparaturkosten zwischen **70 und 100%** des Wiederbeschaffungswertes, kann der Geschädigte auf Reparaturkostenbasis abrechnen, wenn er nachweist, dass er das Fahrzeug zumindest so weit repariert hat, dass es verkehrssicher ist.² Unter 70% des Wiederbeschaffungswertes kann der Geschädigte stets auf Reparaturkostenbasis abrechnen.³ Die Möglichkeit der Abrechnung auf Reparaturkostenbasis ist deshalb so bedeutsam, weil der Umfang des Ersatzes um bis zu 50% höher liegt als bei Abrechnung auf Basis des Wiederbeschaffungswertes. Bei Abrechnung auf Basis des **Wiederbeschaffungswertes** ist nämlich der **Restwert** anspruchsmindernd anzurechnen. Dazu kommt, dass auch **Folgekosten**, etwa Mietwagenkosten, eine abstrakte Nutzungsentschädigung oder Finanzierungskosten in geringerem Maß ersatzfähig sind, weil die Rechtsprechung davon ausgeht, dass die Ersatzbeschaffung rascher möglich ist als die Reparatur.

13

IV. Dispositionsfreiheit beim Sachschaden

1. Begriff

Dispositionsfreiheit bedeutet im Zusammenhang mit der Schadensabrechnung nicht nur, dass der Geschädigte frei ist, wie er den Schadensersatzbetrag verwenden will. Das ist stets gegeben. Das Spezifische des Begriffs liegt darin, dass es für die **Bemessung** des Umfangs des Ersatzanspruchs **nicht** auf die **Reaktion des Geschädigten** auf das schädigende Ereignis ankommt. Das gilt bis zur Grenze der Wirtschaftlichkeit gemäß § 251 Abs. 2 (100% des Wiederbeschaffungswertes). Nach der Verfeinerung der Rechtsprechung zum Kfz-Sachschaden gibt es strengere Grenzen bei Reparaturkosten zwischen 100 und 130% des Wiederbeschaffungswertes und weniger strenge, aber immerhin noch gewisse, zwischen 70 und 100% des Wiederbeschaffungswertes. Unterhalb dieser Grenze muss die Reparatur nur grundsätzlich möglich sein; wie sich der Geschädigte in der Folge verhält, darauf kommt es nicht an. Er kann seiner Abrechnung ein Sachverständigengutachten oder einen Kostenvoranschlag einer Werkstatt zu Grunde legen.

14

2. Keine Dispositionsfreiheit beim Personenschaden – Gründe für die Differenzierung zum Sachschaden

Bei Verletzung einer Person kann der Geschädigte Heilungskosten nur verlangen, wenn sie anfallen. Wenn er die Absicht hat, sich operieren zu lassen, kann er einen Vorschuss verlangen. Wenn er –

15

1 St. Rspr. seit BGH NJW 1972, 1800.

2 Eggert, DAR 2001, 20, 23 ff.

3 So jedenfalls die Empfehlung des 38. VGT (2000), 7, 9.

aus welchen Gründen auch immer – letztendlich auf die Operation verzichtet, muss er den Vor-schuss wieder zurückzahlen. Er kann somit nicht fiktiv abrechnen wie der Geschädigte bei seinem beschädigten Auto. Aus dem Wortlaut des § 249 ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine solche Differenzierung. Die unterschiedliche Behandlung wird vornehmlich auf zwei Argumente gestützt: Beim **Sachschaden** entstehe mit der Reparaturbedürftigkeit der Sache bereits ein **Vermögensschaden**, während beim **Personenschaden** zunächst nur eine **immaterielle Einbuße** vorliege. Wenn er sich nicht operieren lasse, mag der Geschädigte einen immateriellen Nachteil haben, der im Wege des Schmerzensgeldes abzugelten sei, aber er habe kein Vermögen minus. Dazu komme, dass sich bei einem **Sachschaden** der **Reparaturbedarf ex ante** einigermaßen verlässlich **abschätzen** lasse, während der Mensch ein so kompliziertes Wesen sei, dass eine solche Prognose beim Personenschaden nicht in Betracht komme. Außerdem seien beim Menschen dessen Selbstheilungskräfte zu bedenken, die es beim Sachschaden nicht gebe.

- 16 Beide Argumente stehen auf tönernen Beinen. Dass beim Sachschaden mit der Beschädigung der Sache ein Vermögensminus gegeben sei im Gegensatz zum Personenschaden, ist im Ausgangspunkt richtig. Ob das Vermögensminus unabhängig von der Reaktion des Geschädigten stets in **Höhe** der **teuerstmöglichen Restitution**, nämlich der Reparatur des Fahrzeugs in einer Markenwerkstätte unter Verwendung von Neuteilen, gegeben ist, ist eine ganz andere Frage. Was die leichtere **Taxierbarkeit des Reparaturbedarfs** beim Sachschaden gegenüber dem Personenschaden betrifft, so trifft es zu, dass der Mensch ein komplizierteres Wesen ist als eine Sache. Die Verlässlichkeit der Prognose hängt aber nicht nur von der Komplexität des Objekts ab, sondern auch davon, was und **wie viel kaputt** ist; und wenn man die Bandbreite der Reparaturkosten bei den einzelnen Restitutionsmöglichkeiten Revue passieren lässt und dies den einigermaßen fixen Sätzen von Krankenhäusern gegenüberstellt, bleiben Restzweifel an der Überzeugungskraft dieses Arguments.

3. Vorteile der Dispositionsfreiheit

- 17 Als Vorteil der Dispositionsfreiheit, die beim Kfz-Sachschaden gleichgesetzt wird mit der (fiktiven) Abrechnung auf Basis eines Sachverständigengutachtens, wird genannt, dass die **Regulierung rasch** über die Bühne gehe, weil nicht abgewartet werden müsse, ob und wie der Geschädigte repariere, kurzum sie sei praktikabel. Dazu komme, dass sie bei behauptetem **Mitverschulden** den „**kleinen Mann**“ in die Lage versetze, mit dem Schadensersatzbetrag eine Billigreparatur durchzuführen, die ihn ohne Inanspruchnahme eigener Mittel wieder mobil mache.⁴ Dagegen ist einzuwenden, dass die Reparatur des Fahrzeugs in der Praxis längst vor Abschluss der Regulierung abgeschlossen ist. Auch ist bei keinem anderen Schadensposten bisher schlüssig begründet worden, warum ein unabweisbares Bedürfnis für eine **Subventionierung** des kleinen Mannes in dem Fall geboten sei, dass ihn ein Mitverschulden am Unfall treffe.⁵

4. Argumente gegen die Dispositionsfreiheit

- 18 Gegen die Dispositionsfreiheit bzw. die fiktive Abrechnung auf Basis eines Sachverständigengutachtens wird ins Treffen geführt, dass der Geschädigte den Schadensersatzbetrag nicht widmungsgemäß verwenden müsse und einen Teil in die eigene Tasche sparen, sich somit – ungerechtfertigt – **bereichern** könne. So biete sie einen Anreiz zu Billigreparaturen in Hinterhöfen, wodurch die **Verkehrssicherheit** gefährdet werde. Es werde auf diese Weise sowohl die **Schwarzarbeit** als auch die **Betrugskriminalität** gefördert: Der Geschädigte lässt sein Auto kaputt fahren und in der Folge billig reparieren. Danach steckt er die Differenz zum Sachverständigengutachten in die eigene Tasche. Diese Argumente mögen zutreffen oder auch nicht. Entscheidend ist m.E., dass das Schadensrecht

4 *Elsner*, zfs 2000, 233, 234 f.

5 *Otto*, NZV 2001, 335, 337.

überfordert wäre, wenn es auch all diese Ziele noch erfüllen müsste. Das Schadensrecht hat schon alle Hände voll zu tun, wenn es das **Ausgleichsprinzip** beherzigt und in Randbereichen noch das **Präventionsprinzip**. Maßgeblich ist m.E. daher allein der Einwand, dass es auf diese Weise dazu kommt, dass der Geschädigte mehr ersetzt erhält als seine wirkliche Vermögenseinbuße. An diese Kritik knüpft die Reform des § 249 an. Erwähnt sei an dieser Stelle, dass es sich um eine ausgesprochen zurückhaltende Korrektur handelt. Von einem weitergehenden Vorschlag wurde Abstand genommen, weil man meinte, dass er – namentlich für die Kfz-Schadensabrechnung – nicht ausreichend praktikabel gewesen sei.

V. Ersatz der Mehrwertsteuer nur, so weit sie angefallen ist

Nach § 249 Abs. 2 S. 2 soll die Mehrwertsteuer nur noch insoweit ersatzfähig sein, als der Geschädigte deren Anfall nachweist; im Regelfall durch eine Rechnung, in der diese explizit ausgewiesen ist. Kann er das nicht, soll er weiterhin auf Basis eines Sachverständigengutachtens abrechnen können, von dem er dann die Mehrwertsteuer nicht ersetzt bekommt. Vom **Ansatz** her ist das ein bestechend **einfaches Konzept**. Der Teufel steckt aber immer im Detail, wie anhand der folgenden 10 Punkte skizzenhaft zu belegen sein wird. 19

1. Auswirkungen lediglich für nicht vorsteuerabzugsberechtigte Personen (Verbraucher)

Auswirkungen hat die Reform zunächst nur für Geschädigte, die **nicht vorsteuerabzugsberechtigt** sind, also im Wesentlichen für Verbraucher. Für Unternehmen, die vorsteuerabzugsberechtigt sind, kommt es zu keinen Einschnitten, weil diese schon bisher bloß den um die Umsatzsteuer reduzierten Betrag verlangen konnten. Wer mit dem Umsatzsteuerrecht weniger vertraut sein mag, kann sich das so vorstellen, dass den Unternehmen insoweit „Einkaufsmöglichkeiten“ zu günstigeren Tarifen möglich sind. 20

2. „Anfall“ – Anspruch auf Vorschuss bzw. Befreiung, nicht bloß Ersatz von Aufwendungen

Anfall bedeutet nichts anderes als **wirtschaftliche Belastung**. Keinesfalls soll der Geschädigte aufgrund der Neuregelung zur Vorfinanzierung verpflichtet sein. Er kann entweder einen Vorschuss verlangen oder im Fall der Betrauung einer Werkstätte mit der Durchführung Befreiung von der auch insoweit bestehenden Verbindlichkeit. Insoweit gelten eben die Grundsätze wie bei der Abrechnung von Heilungskosten beim Personenschaden. 21

3. „So weit“ – Rechnung über Ersatzteile, Arbeitskrafteinsatz, Werkzeug

Durch das Wort „so weit“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der Gesetzgeber nicht für eine Schwarz-Weiß-Lösung entschieden hat; entweder Reparatur in einer Werkstätte, dann Ersatz der vollen Mehrwertsteuer oder eine andere Reaktion, dann Versagung jeglichen Ersatzes der Mehrwertsteuer. Wenn der Geschädigte selbst repariert und Ersatzteile aus einem Baumarkt besorgt, kann er für die **Ersatzteile** eine Rechnung mit Mehrwertsteuer vorlegen und diese ersetzt bekommen. Wenn er Ersatzteile zufällig in seinem Privatvermögen hat und die Reparatur im Übrigen in einer Werkstätte durchführen lässt, kann er über den **Arbeitskrafteinsatz** eine Rechnung mit Mehrwertsteuer vorlegen. Zu denken ist schließlich daran, dass er für die Durchführung der Reparatur **Spezialwerkzeug** anschafft. Hier wird abzuschätzen sein, ob er das auch sonst verwenden oder wieder veräußern kann. Je nachdem wird auch insofern ein Anteil an Mehrwertsteuer geschuldet. 22

4. Der zur Herstellung erforderliche Geldbetrag

a) Keine Obliegenheit zur Vorlage der Rechnung

- 23** Geschuldet ist nach § 249 Abs. 2 S. 1 der zur Herstellung erforderliche Betrag. Die herrschende Rechtsprechung billigt dem Geschädigten zu, auf der **Basis des Sachverständigengutachtens** abzurechnen, selbst wenn dieser die Reparatur in einer **Werkstätte** durchführen lässt und diese darüber eine Rechnung legt. Das ist vom Ausgangspunkt her konsequent. Der Geschädigte hat ja die Möglichkeit, auf Basis eines Sachverständigengutachtens auch dann abzurechnen, wenn er gar nicht reparieren lässt. Wenn Dispositionsfreiheit besteht, dann geht es den Schädiger nichts an, wie der Geschädigte den Ersatzbetrag verwendet. Es ist allerdings Folgendes hinzuzufügen: Nach der Rechtsprechung ist die Abrechnung auf der Basis eines Sachverständigengutachtens bloß ein **Wahlrecht des Geschädigten**. Er kann davon Gebrauch machen, muss es aber nicht. Er hat stets auch die Möglichkeit, auf der Basis der **konkreten Kosten**, also unter Vorlage einer Werkstattrechnung, abzurechnen. Den Zeitpunkt der Geltendmachung der Bezifferung des Anspruchs bestimmt der Geschädigte. Dieser kann somit stets die Reparatur abwarten und dann je nach der für ihn günstigeren Vorgangsweise sich auf das Sachverständigengutachten oder die Rechnung stützen. Was ihm allein untersagt ist, das ist eine Vorgehensweise nach der „**Rosinentheorie**“, nämlich die Posten, bei denen die Rechnung das Sachverständigengutachten übersteigt, auf Rechnungsbasis zu liquidieren, während er bei den anderen, bei denen das Sachverständigengutachten betragsmäßig höher liegt als die Werkstattrechnung, bei der Abrechnung auf Basis des Sachverständigengutachtens zu verbleiben.⁶

b) Werkstattrechnung – Indiz der Erforderlichkeit

- 24** Die Rechtsprechung weist der Rechnung aber immerhin **Indizcharakter** für die Erforderlichkeit zu. Dies erfolgt deshalb, weil es sein kann, dass der Geschädigte überpflichtgemäße Anstrengungen oder einen überobligationsgemäßen Verzicht geleistet hat, der nicht in die Tasche des Schädigers fließen soll. Der Geschädigte mag sich mit gebrauchten Ersatzteilen zufrieden gegeben haben, in einer billigeren freien Werkstatt auf dem Land und nicht in der teureren Markenwerkstätte in der Stadt repariert haben lassen. Also auch in dem Fall, in dem der Geschädigte die Rechnung vorlegt, die betragsmäßig hinter dem Sachverständigengutachten zurückbleibt, kann es noch immer sein, dass er den höheren Betrag des Sachverständigengutachtens erhält; dem Geschädigten wird aber bei Vorlage der Rechnung ein **Erläuterungsaufwand** aufgebürdet, weshalb er das bisher gescheut hat.

c) Bei Vorlage der gegenüber dem Sachverständigengutachten niedrigeren Rechnung – Aufrollen der Frage der Erforderlichkeit

- 25** Die Neuregelung des § 249 Abs. 2 S. 2 bewirkt, dass der Geschädigte **Umsatzsteuer** nur noch erhält, so weit sie angefallen ist. Der **Nachweis des Anfalls** erfolgt durch **Vorlage einer Rechnung**, in der die Mehrwertsteuer ausgewiesen ist. Bleibt diese Rechnung hinter dem Sachverständigengutachten zurück, tappt der Geschädigte womöglich in eine „Falle“. Dass er nicht die volle Mehrwertsteuer auf Basis des Sachverständigengutachtens bekommt, ist eine Sache. Die andere ist aber, dass der Ersatzpflichtige die niedrigere Rechnung zum Anlass nehmen wird, die Erforderlichkeit der im Sachverständigengutachten ausgewiesenen Kosten aufgrund der vorgelegten Rechnung zu bestreiten. Der Geschädigte hat in einem solchen Fall auf alle Fälle Ärger. Er muss nun nachweisen, warum ihm – von der Mehrwertsteuer abgesehen – gleichwohl der volle im Sachverständigengutachten ausgewiesene Betrag gebührt. Wenn die Differenz beträchtlich ist, wird so mancher Geschädigter den Spatz in der Hand der Taube auf dem Dach vorziehen und auf den Ersatz der Mehrwertsteuer auch bei tatsächlicher Durchführung der Reparatur in einer Werkstatt verzichten.

⁶ OLG Köln DAR 2001, 405 f.

5. Ersatzbeschaffung statt Reparatur – Bedeutsamkeit der Reichweite des Begriffs der Restitution

Der Grundsatz der Dispositionsfreiheit bewirkt, dass der Geschädigte nach den fiktiven Reparaturkosten, wie sie auf Basis eines Sachverständigengutachtens ermittelt worden sind, abrechnen kann, unabhängig davon, ob er in der Folge irgend eine Restitutionsmaßnahme tätigt. **Mehrwertsteuer** kann er aber nach § 249 Abs. 2 S. 2 nunmehr lediglich verlangen, wenn er eine **Restitutionsmaßnahme** nachweist, bei der eine Rechnung mit Mehrwertsteuer in der Höhe vorgelegt wird, wie sie im Sachverständigengutachten ausgewiesen ist. Es geht dabei um die Frage der **Reichweite der Restitution**. 26

a) Neue Sache statt ebensolcher gebrauchter Sache

Verzichtet der Geschädigte auf eine Reparatur und schafft statt der beschädigten gebrauchten Sache eine ebensolche neue an, dann wird man diese Ersatzbeschaffung einerseits als Restitution anerkennen können; andererseits wird die bei der Neuanschaffung anfallende Mehrwertsteuer den Mehrwertsteuerbetrag bei der Reparatur übersteigen, so dass sich insoweit keine Probleme ergeben sollten. 27

b) Andere gebrauchte Sache – wirtschaftlich-funktionale Betrachtungsweise

Wenn der Geschädigte eine Ersatzsache beschafft, die **keine größtmögliche Annäherung** an die beschädigte darstellt, dann erhebt sich die Frage nach der Reichweite der Restitution. Bei Anschaffung einer gebrauchten Sache kommt die Besonderheit der Differenzbesteuerung hinzu, auf die so gleich einzugehen sein wird. Die mögliche Spannbreite, bei der eine Restitution mit der Rechtsfolge anerkannt wird, dass die darauf entfallende Mehrwertsteuer ersatzfähig ist, reicht von der **möglichst ähnlichen Sache**, beim Kfz vom km-Stand über PS-Zahl, Marke und Type einerseits⁷ bis zur Beschaffung **irgendeines Fortbewegungsmittels**.⁸ Wie so häufig liegt die Wahrheit in der Mitte. Anzuknüpfen ist m.E. bei der Rechtsprechung bei Zerstörung eines Hauses. Dabei hat der BGH⁹ ausgesprochen, dass eine Restitution und damit die Möglichkeit der Abrechnung auf Reparaturkostenbasis solange gegeben sei, als die Wiedererrichtung des Hauses in **baulich-technischer und wirtschaftlich-funktionaler** Sicht bei **wertender Gesamtbetrachtung** möglich ist, wobei die **Anforderungen an die Restitution nicht überspannt** werden dürfen. Eine Restitution komme aber dann nicht in Betracht, wenn das Gebäude vom **Stil einer Epoche** geprägt war oder infolge geänderter Bauvorschriften nur die Wiederherrichtung eines **gänzlich anderen Gebäudes** in Betracht komme. 28

Dieser Fall ist mit der hier zu beurteilenden Frage nicht deckungsgleich. Einerseits geht es um ein **Gebäude**, bei dem das Restitutionsinteresse höher zu veranschlagen ist als bei einem Fahrzeug, und andererseits stand in dieser BGH-Entscheidung die bloß **mögliche Restitution** zur Diskussion, während es im vorliegenden Zusammenhang darum geht, ob eine konkrete Maßnahme noch als Restitution anzuerkennen ist mit der Rechtsfolge, dass die darauf entfallende Umsatzsteuer vom Schädiger bis zur Höhe der bei fiktiver Reparatur anfallenden Umsatzsteuer zu ersetzen ist. Die Rechtsprechung zu den Grenzen der Restitution bei Abbrennen eines Gebäudes kann deshalb nur ein Bezugspunkt sein. M.E. ist eine Restitution zu bejahen, wenn die Ersatzsache einigermassen der beschädigten entspricht. Wenn sie ein **bisschen komfortabler und größer** ist und auch dem neueren **technischen Stand** entspricht, sollte das als Restitution anerkannt werden. Wenn aber eine ganz andere Sache angeschafft wird, statt des Fiat Uno ein BMW 528 i oder umgekehrt, dann ist die Grenze überschritten. Auf die Funktion „Fortbewegungsmittel“ allein kann es nicht ankommen. Der BGH hatte sich auch nicht mit irgendeinem Gebäude zufrieden gegeben, auch nicht mit irgendeinem 29

⁷ So die Überlegung von *Otto*, NZV 1998, 433, 436.

⁸ *J. Bollweg*, NZV 2000, 185, 189.

⁹ BGHZ 102, 322.

Wohngebäude, sondern hatte eine weitgehende Annäherung verlangt. Ob sich die Rechtsprechung an dieser vorgeschlagenen Grenzziehung orientiert, bleibt abzuwarten.

c) Miete statt Kauf

- 30 Akzeptiert man als Restitution eine Ersatzbeschaffung statt einer Reparatur, dann ist es folgerichtig, auch den nächsten Schritt zu setzen und als Restitutionsmaßnahme auch anzuerkennen, wenn anstelle von Reparatur oder Ersatzbeschaffung der Geschädigte eine derartige Sache anmietet oder least. Die in den **Miet- oder Leasingraten** bis zum **Vertragsende** enthaltene Mehrwertsteuer kann bis zur Höhe der Mehrwertsteuer der fiktiven Reparaturkosten ersetzt verlangt werden. Dagegen kann man einwenden, dass der Vertrag vom Geschädigten frühzeitig gekündigt werden könne und er auf diese Weise fiktive Mehrwertsteuer kassiere. Dagegen ist einzuwenden, dass bei der Ersatzbeschaffung der Geschädigte die als Ersatz beschaffte Sache veräußern kann. Die punktgenaue Abrechnung wäre, dass der Geschädigte die Mehrwertsteuer jeweils zu dem Zeitpunkt verlangen kann, zu dem sie konkret anfällt. Dies hätte zur Folge, dass für die Regulierung eines Sachschadens bloß wegen der Mehrwertsteuer eine Rente festzusetzen wäre, was gewiss wenig praktikabel wäre.

6. Wirtschaftlicher Totalschaden

a) Besonderheiten der Differenzbesteuerung

- 31 Die meisten am Markt erhältlichen Gebrauchtfahrzeuge werden entweder von Privaten veräußert oder der Händler, der sie veräußert, hat sie seinerseits von einem Privaten erworben. Vor der Novelierung des Mehrwertsteuerrechts im Jahr 1990 ergab sich für den Händler folgendes Dilemma: Bei Erwerb von einem Privaten fiel keine Mehrwertsteuer an, sehr wohl aber bei Veräußerung an einen Privaten. Der Händler trat in Konkurrenz zu privaten Anbietern, bei denen die Mehrwertsteuer bei der Veräußerung nicht anfiel und die ihr Fahrzeug schon deshalb zu einem günstigeren Preis anbieten konnten. Der Ausweg aus dieser wettbewerbsverzerrenden Belastung des Veräußerungserlöses des Händlers mit der Mehrwertsteuer war der **Agenturvertrag**. Der Händler veräußerte das Fahrzeug auf Rechnung des ehemaligen Eigentümers, der damit dem Grunde nach nichts mehr zu tun haben wollte, aber „zwangsweise im Boot“ bleiben musste, um eine nachteilige Rechtsfolge im Mehrwertsteuerrecht zu vermeiden. 1990 führte der Gesetzgeber den § 25 a UStG ein, der zur Folge hatte, dass der Händler in solchen Fällen auch ohne Umweg des Agenturvertrags Umsatzsteuer nur auf die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis abzuführen hatte. Um den Händler davor zu bewahren, seinem Käufer die Handelsspanne offen legen zu müssen, verbot man ihm, die Mehrwertsteuer auf die Handelsspanne offen auszuweisen. Gerade das führt bei § 249 Abs. 2 S. 2 nun zu Schwierigkeiten.

b) Auswirkungen auf die Kappung der Mehrwertsteuer nach § 249 Abs. 2 S. 2

- 32 Wie der Geschädigte auf Basis eines Sachverständigengutachtens die Reparaturkosten fiktiv abrechnen kann, so räumt ihm die Rechtsprechung die Möglichkeit ein, die Wiederbeschaffungskosten auf der Basis eines werkstattgeprüften und mit einer Händlergarantie ausgestatteten Fahrzeug seines Händlers zu berechnen. In diesem Wiederbeschaffungswert des Händlers ist aber nun in Höhe der Händlerspanne Mehrwertsteuer enthalten. Diese wird auch **nicht offen ausgewiesen**. Es bleibt daher nichts anderes übrig, diese nach § 287 ZPO zu **schätzen**. In der Sache geht es um relativ geringfügige Beträge. Geht man von einer Händlerspanne von 10–20% aus, so macht die Mehrwertsteuer darauf ca. 1,5 bis 3% aus. In diesem Ausmaß hat eine Reduzierung zu erfolgen, wenn der Geschädigte nicht nachweist, dass er ein entsprechendes Ersatzfahrzeug beschafft hat. Das wird im Regelfall im Graubereich der Schätzung liegen. Viel bedeutsamer ist daher, ob die für eine solche Schätzung zugrundegelegten Listen, ob Schwacke oder DAT, die **Händlerereinkaufs- oder verkaufspreise** wiedergeben. Diese Differenz macht nämlich 10 bis 20% aus.

7. Einfluss auf die Verhältnismäßigkeit

a) Ausgangspunkt: Relation bei Inanspruchnahme von Marktleistungen

Eine Reparatur darf der Geschädigte dann auf Kosten des Schädigers durchführen, wenn die geschätzten Reparaturkosten nicht höher liegen als 130% des Wiederbeschaffungswertes. Es stellt sich die Frage, ob diese Größen mit oder ohne Mehrwertsteuer zu berechnen sind. Zunächst könnte man meinen, dass es darauf nicht ankommen sollte, weil es um eine Relation geht, nämlich 130:100. Bei näherer Überlegung zeigt sich, dass dies sehr wohl bedeutsam ist, weil die Reparatur einer 16%-igen Mehrwertsteuer unterliegt, die Ersatzbeschaffung wegen der Differenzbesteuerung aber bloß einer maximal 3%-igen. Je nachdem, welche Werte man zugrunde legt, verschiebt sich die Relation. Für die Frage, ob eine beabsichtigte Reparatur im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsschwelle liegt, sind m.E. die **Werte incl. Mehrwertsteuer** zugrunde zu legen. Es handelt sich jeweils um zulässige Vorgehensweisen des Geschädigten. Das ist nur der Ausgangspunkt.

33

b) Nichtanfall der Mehrwertsteuer verschiebt Grenze der wirtschaftlichen Vernunft, insbesondere bei Eigenreparatur

Insbesondere in den Fällen, in denen die Reparaturkosten an die 130% des Wiederbeschaffungswertes heranreichen, macht es für Geschädigten und Schädiger einen großen Unterschied, ob auf Basis von Reparatur- oder auf der der Wiederbeschaffungskosten abzurechnen ist. Der Ersatzbetrag bei Abrechnung auf Basis der Wiederbeschaffungskosten macht mitunter 50% weniger aus als bei der auf Basis der Reparaturkosten, weil dann der **Überhang der Reparaturkosten** über den Wiederbeschaffungswert wegfällt, der Geschädigte sich den **Restwert** anrechnen lassen muss und zudem die **Folgeschäden** (Mietwagenkosten, abstrakte Nutzungsentschädigung, Finanzierungskosten) geringer ausfallen. Ausgangspunkt der Beurteilung, ob die Reparatur wirtschaftlich noch vernünftig ist, ist das Sachverständigengutachten, das bei der Reparatur die Mehrwertsteuer beinhaltet. Kann hingegen der Geschädigte den Nachweis führen, dass er zu einer fachgerechten Eigenreparatur in der Lage ist, weil er etwa angestellter Kfz-Mechaniker einer Werkstätte ist, dann ist die Mehrwertsteuer bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeitsprüfung von vornherein auszuklammern. Das ist deshalb sachgerecht, weil sich in einem solchen Fall die Grenze der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit zu Gunsten des Geschädigten verschiebt. Bloß am Rande sei erwähnt, dass eine kostengünstigere Durchführung bei Eigenreparatur sich dann nicht auf die Mehrwertsteuer beschränken darf, sondern auch Stundenlohn und Beschaffungskosten von Ersatzteilen beinhalten muss.

34

8. Unwirtschaftliche Reparatur

a) Herrschende Meinung: Mehrwertsteuer wie bei Anschaffung einer Ersatzsache – Differenzbesteuerung

Übersteigen die Reparaturkosten des Sachverständigengutachtens einschließlich merkantilem Minderwert 130% des Wiederbeschaffungswertes, kann der Geschädigte die Reparatur nicht auf Kosten des Schädigers durchführen lassen. Er muss sich mit der weniger weit gehenden Abrechnung auf Basis des **Wiederbeschaffungswertes** zufrieden geben.¹⁰ Welche Rechtsfolgen ergeben sich aber, wenn der Geschädigte dessen ungeachtet reparieren lässt? In welcher Höhe kann er dann Mehrwertsteuer vom Schädiger ersetzt verlangen? Die Antwort lautet: In Höhe der ihm bei der **konkreten Restitutionsmaßnahme entstehenden Mehrwertsteuer**, maximal aber in der Höhe, in der Mehrwertsteuer bei der **Ersatzbeschaffung** angefallen wäre. Bei Anschaffung einer Gebrauchsache von einem Händler wäre das aber nur in Bezug auf dessen Händlerspanne der Fall, so dass dies nur einen Bruchteil der Reparaturkosten ausmachen wird.

35

¹⁰ BGHZ 115, 364; 115, 375.

b) **Mindermeinung: Ersatz der Mehrwertsteuer bis 130% des Wiederbeschaffungswertes**

- 36 Eine wohl begründete Mindermeinung¹¹ bindet den Geschädigten **nicht sklavisch an das Sachverständigengutachten**. Wenn es ihm gelingt, die Reparatur kostengünstiger durchzuführen, wodurch er unter der 130%-Grenze bleibt, soll er auf Basis der konkret entstandenen Reparaturkosten abrechnen dürfen, soweit eine fachgerechte Reparatur gewährleistet ist. Einsparungspotenziale gibt es viele, von der Auswahl der Werkstätte bis zur Art der Schadensbeseitigung. M.E. müsste es auch möglich sein, dass der Geschädigte das Überschreiten der 130%-Grenze dadurch verhindern kann, dass er auf den merkantilen Minderwert verzichtet. Der letzte konsequente Schritt wäre, dass der Geschädigte – bei Durchführung einer fachgerechten Reparatur – die Möglichkeit haben müsste, die Reparatur mit eigenen Mitteln zu bezuschussen. In einem solchen Fall müsste m.E. dann aber das Prognoserisiko – abweichend von allgemeinen Regeln – zu Lasten des Geschädigten gehen. Und was den Ersatz der Mehrwertsteuer betrifft, so ist diese ersatzfähig bis die Summe aus Reparaturkosten und Mehrwertsteuer die **Grenze von 130%** erreicht.

9. **Zerstörung und Sachentziehung – durch Wortlaut nicht gedeckt**

- 37 Der Gesetzeswortlaut des § 249 Abs. 2 S. 2 erfasst lediglich den Fall der **Beschädigung**. Gedacht hat der Gesetzgeber in erster Linie an den Fall der Reparatur, wie sich aus den erläuternden Bemerkungen ergibt, aber auch an den Fall der Ersatzbeschaffung im Fall des wirtschaftlichen Totalschadens.¹² Es würde zu einem krassen Wertungswiderspruch führen, würde man die Fälle der **Zerstörung** und der **Sachentziehung** anders behandeln.

10. **Abtretung des Schadensersatzanspruchs**

- 38 Es besteht eine **Judikaturdivergenz** zwischen dem 6. und dem 5. Senat beim BGH. Der 6. Senat ist für Kfz-Schäden zuständig. Der 5. Senat hat – jedenfalls grundsätzlich – Streitigkeiten aus Schäden an Grundstücken zu entscheiden. Während der 6. Senat dem Geschädigten die Möglichkeit, seinen Schaden anhand fiktiver Reparaturkosten abzurechnen, auch nach Veräußerung oder Inzahlunggabe des beschädigten Fahrzeugs einräumt,¹³ begrenzt der 5. Senat diesen Anspruch mit diesem Zeitpunkt, weil danach subjektive Unmöglichkeit für den Geschädigten gegeben sei.¹⁴ Der RE 2001 geht auf diese Divergenz mit keiner Silbe ein.

a) **Judikaturdivergenz zwischen dem 6. und dem 5. Senat – durch jüngste Entscheidung des 5. Senats vermindert**

- 39 Womöglich hat der 5. Senat geahnt, dass ein Judikaturumschwung bevorsteht. In einer ganz aktuellen Entscheidung¹⁵ hat er ausgesprochen, dass er die Unterschiede zwar nicht auflöse, aber doch immerhin verringere. Er hat ausgesprochen, dass eine **Abtretung** des auf (fiktive) Reparaturkosten gerichteten Schadensersatzanspruchs zulässig sei, wenn dies vor dem Zeitpunkt der Eigentumsübertragung an der Sache erfolge. Es bleibt damit die Divergenz, dass eine Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten nach der Judikatur des 6. Senats immer möglich ist, nach der des 5. Senats nur bis zum Zeitpunkt der Veräußerung der Sache, es sei denn, der diesbezügliche Schadensersatzanspruch wird an den neuen Eigentümer abgetreten.

11 MüKo/Grunsky § 249 Rn 7b; Eggert, DAR 2001, 20, 26.

12 RE 2001, 33.

13 BGHZ 66, 239.

14 BGHZ 81, 385.

15 NJW 2001, 2250.

b) Standpunkt des RE: Abzustellen auf Verhältnisse beim Zessionar

In Bezug auf die Ersatzfähigkeit der Umsatzsteuer bei Abtretung des Schadensersatzanspruchs, die nun nach der Judikatur des 5. und 6. Senats möglich ist, jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung, verweist der RE 2001 auf die jeweiligen **Verhältnisse beim Zessionar**.¹⁶ Je nachdem, ob dieser vorsteuerabzugsberechtigt ist oder nicht, kann es dazu kommen, dass der Schädiger Schadensersatz mit oder ohne Mehrwertsteuer zu leisten hat. 40

c) Kritik daran: Keine Verschlechterung der Rechtsstellung des Schuldners nach Zessionsrecht, ersatzfähig bloß Schaden des unmittelbar Verletzten

Was auf den ersten Blick plausibel erscheint, stößt bei näherer Analyse auf Bedenken. Es ist ein **eheres Prinzip des Zessionsrechts**, dass der Schuldner zwar die Abtretung des gegen ihn gerichteten Anspruchs nicht verhindern kann, als Korrelat aber dann sichergestellt sein muss, dass es zu **keiner Verschlechterung seiner Rechtsposition** kommt. Wenn ein vorsteuerabzugsberechtigter Geschädigter den Anspruch auf Reparaturkosten an einen nicht vorsteuerabzugsberechtigten zediert, dann nimmt die Ersatzpflicht des Schädigers um exakt 16% zu, eine durchaus ins Gewicht fallende Verschlechterung seiner Rechtsposition. Grundsätze des Schadensrechts führen zu Bedenken, die in die gleiche Richtung weisen. Zu ersetzen hat der Schädiger den **Schaden des unmittelbar Verletzten**, den er so zu nehmen hat, wie er ist, im Guten wie im Bösen. Der Schaden eines Dritten, eines mittelbar Geschädigten, ist aber – von gesetzlich exklusiv aufgezählten Ausnahmen wie §§ 844 Abs. 2, 845 – gerade nicht ersatzfähig. 41

d) Keine Erhöhung des Ersatzbetrags, u.U. aber Verminderung – Grundsätze der Schadensverlagerung

Ist dem RE insoweit ein Denkfehler unterlaufen? Man zögert stets, die Weisheit des Gesetzgebers in Frage zu stellen. Denkbar ist immerhin, dass der Gesetzgeber bloß an den **häufigeren Fall** gedacht hat, dass ein – nicht vorsteuerabzugsberechtigter – Privatmann sein Fahrzeug an einen – vorsteuerabzugsberechtigten – Händler veräußert oder diesem in Zahlung gibt und dabei den noch offenen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger abtritt. In einem solchen Fall ist es in der Tat so, dass der Händler bloß den um die Mehrwertsteuer reduzierten Schadensersatzanspruch geltend machen kann, weil bei ihm der Schaden der Mehrwertsteuer wegen seiner Berechtigung zum Vorsteuerabzug niemals eintreten kann. Wie ist es aber im **umgekehrten Fall**, wenn etwa der Arbeitgeber sein von einem Dritten beschädigtes Fahrzeug an seinen Arbeitnehmer veräußert und diesem den Schadensersatzanspruch abtritt? Dann kommt m.E. der Grundsatz zum Tragen, dass bei Abtretung der zedierte Anspruch – von Folgeschäden abgesehen – stets der Gleiche bleiben muss. Auch muss gelten: Der Schädiger hat einen Unternehmer geschädigt, den er so zu nehmen hat, wie er ist. Der Zessionar kann dann – im Gegensatz zur Behauptung des RE 2001 – nicht die Umsatzsteuer ersetzt verlangen. Anzuwenden sind hier die Grundsätze der **Schadensverlagerung**, die dazu führen können, dass sich die Schadensersatzpflicht reduziert, wenn derjenige, auf den der Schaden verlagert wurde, eine kostengünstigere Schadensbehebungsmöglichkeit hat, es aber niemals dazu kommt, dass sich die Schadensersatzpflicht erhöht. 42

B. Die Neuordnung des Schmerzensgeldanspruchs

Literatur: J. Bollweg, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht, NZV 2000, 185; Deutsch, Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, ZRP 2001, 351; ders., Über die Zukunft des Schmerzensgeldes, ZRP 1998, 291; Düben, Allgemeine Kriterien für die Bemessung des Schmerzensgeldes aus medizinischer Sicht, 15. VGT (1977), 137;

¹⁶ RE 2001, 60.

Elsner, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht, zfs 2000, 233; Freise, Überlegungen zur Änderung des Schadensersatzrechtes, VersR, 2001, 539; Geiß, Konfliktbewältigung in Verkehrssachen durch die Justiz, DAR 1998, 416; Ch. Huber, Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, DAR 2000, 20; Karczewski, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070; Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, 3. Aufl. (Loseblatt); Macke, Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden, DAR 2000, 506; Medicus, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht? 38. VGT (2000), 121; G. Müller, Der neue Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, PHI 2001, 119; dies., Zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, ZRP 1998, 258; Otto, Große Reformen müssen reifen – Zum Referentenentwurf einer Schadensrechtsreform, NZV 2001, 335; Scheffen, Änderungen 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; Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 26. Aufl. 2000; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl. 2001.

I. Grundlegende Reform

1. Standort: § 253 anstelle von § 847

- 43 Durch das 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz wird das Schmerzensgeld grundlegend neu geordnet. Das kommt schon darin zum Ausdruck, dass der **Standort** ein völlig anderer ist. Haben Generationen von Juristen das Schmerzensgeld mit § 847 assoziiert, so verschwindet diese Norm und löst sich in Nichts auf. § 253, der bisher den Ersatz immateriellen Schadens nur in Ausnahmefällen zugelassen hat, wird zum Hauptsitz. Es erfolgt eine **Wendung um 180 Grad**.¹⁷

2. Schmerzensgeld auch bei Gefährdungs- und Vertragshaftung

- 44 Bisher gab es Schmerzensgeld lediglich bei der **deliktischen Verschuldenshaftung**. Von dieser Regel gab es nur punktuelle Ausnahmen: die Tierhalterhaftung nach § 833 Abs. 1, weil diese – zufällig – im Kontext der deliktischen Verschuldenshaftung geregelt war, die Einstandspflicht für militärische Luftfahrzeuge nach § 53 Abs. 2 LuftVG und die Haftung für Strahlungsschäden der Kernenergie nach § 29 Abs. 2 AtomG, weil bei diesen die Intensität des Eingriffs besonders groß veranschlagt wurde.¹⁸ Künftig gebührt Schmerzensgeld unabhängig vom Haftungsgrund bei eben den Beeinträchtigungen, für die § 847 das bisher vorgesehen hatte, nämlich Beeinträchtigungen der **körperlichen Integrität**, der **Freiheit** und der **sexuellen Selbstbestimmung**. Durch die Platzierung im Schadensrecht anstelle des Deliktsrechts wird zum Ausdruck gebracht, dass das Schmerzensgeld nun auch bei sämtlichen Gefährdungshaftungstatbeständen und auch der vertraglichen Haftung gebührt. Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** wurde nicht mit aufgenommen. Als Begründung wird angeführt, dass dieses in letzter Zeit nicht mehr auf § 847, sondern auf die Art. 1 und 2 GG gestützt worden und außerdem die Entwicklung auf diesem Gebiet noch nicht abgeschlossen sei.¹⁹ Der wahre Grund dürfte aber darin liegen, dass der Focus dieser Reform – mit Ausnahme der Sachverständigenhaftung – im Deliktsrecht des Straßenverkehrs liegt, das allgemeine Persönlichkeitsrecht aber schwerpunktmäßig Mediendelikte abdeckt.

3. Weitere Anspruchsgrundlagen: Geschäftsführung ohne Auftrag, Aufopferungsanspruch

- 45 Neben diesen vom RE 2001 genannten Anspruchsgrundlagen kommen weitere hinzu, bei denen die dort genannten Rechtsgüter beeinträchtigt werden und bei denen bisher ein Zuspruch von Schmerzensgeld verneint wurde, nämlich Ansprüche aus der **Geschäftsführung ohne Auftrag** und dem

¹⁷ Otto, NZV 2001, 335, 339.

¹⁸ Medicus, 38. VGT (2000), 121, 122 Fn 2.

¹⁹ RE 2001, 61.

Aufopferungsanspruch.²⁰ Was weiterhin ausgeklammert bleibt, das sind Ansprüche auf Ersatz immateriellen Schadens aus Vertragsverletzungen, die zu keiner Beeinträchtigung des in § 253 aufgezählten absoluten Rechts führen, so etwa bei Ärger über oder durch die Nichterfüllung eines Vertrags.

4. Bagatellschwelle

Neu eingeführt wurde eine Bagatellschwelle. Schon bisher hatte der BGH²¹ ausgesprochen, dass nicht bei jedem noch so **kleinen Wehwehchen Schmerzensgeld** verlangt werden kann. Die Rechtsordnung sollte keine Mimosen züchten. Diese Rechtsprechung wurde vom Gesetzgeber aufgegriffen und ein Stück weit fortentwickelt und hat der Judikatur noch etwas mehr Handlungsfreiheit eingeräumt.

46

II. Gründe für die Zubilligung von Schmerzensgeld auch bei der Gefährdungshaftung

1. Verminderte Bedeutung der Genugtuungskomponente – ein Wegbereiter für die Zubilligung von Schmerzensgeld auch bei der Gefährdungshaftung, Unterschied zur Ausgleichsfunktion

In einer schon etwas länger zurückliegenden Grundsatzentscheidung hat der BGH²² ausgesprochen, dass beim Schmerzensgeld die **Ausgleichs-** und die **Genugtuungskomponente** zu berücksichtigen seien. Unter der Ausgleichsfunktion versteht man das Anliegen, dass durch das Schmerzensgeld der Verletzte in die Lage versetzt werden soll, sich Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen als Äquivalent für die Unpässlichkeiten und Unlustgefühle, die mit der Verletzung verbunden sind. Die Genugtuungsfunktion stellt auf einen anderen Gesichtspunkt ab. Der Schädiger soll einen Ersatzbetrag deshalb leisten, weil er in vorwerfbarer Weise gehandelt und dem Verletzten etwas Schlimmes angetan hat. Die Ausgleichsfunktion hat in den letzten Jahrzehnten bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Genugtuungsfunktion fast völlig verdrängt.²³ Das lag nicht zuletzt daran, dass im Regelfall nicht der Schädiger selbst den Ersatz zu leisten hatte, sondern sein Haftpflichtversicherer, er somit aufgrund des von ihm zu verantwortenden Unfalls ein finanzielles Opfer nur im Ausmaß des Rückstufungsschadens zu erbringen hatte. Die Versagung des Schmerzensgeldes bei der Gefährdungshaftung hatte man bisher damit begründet, dass es bei dieser um die Tragung eines Risikos gehe, aber nicht um persönliche Vorwerfbarkeit. Die Genugtuungsfunktion konnte daher bei der Gefährdungshaftung nicht zum Tragen kommen. Nachdem aber bei der Verschuldenshaftung dieser Aspekt eine immer geringere Rolle gespielt hat, sind auch die Gründe verschwunden, bei der Gefährdungshaftung die Zubilligung eines Schmerzensgeldes zu versagen. Für die Versagung der Zuerkennung von Schmerzensgeld bei der **Vertragshaftung** stand dieser Gesichtspunkt niemals zur Diskussion, geht es doch auch bei dieser um die Haftung für **Verschulden**. Schon das RG²⁴ hat die Differenzierung für nicht unbedingt überzeugend angesehen, ohne dass die Beseitigung dieser wenig sachgerechten Differenzierung in der Folge von der Literatur auf breiter Front gefordert worden wäre.

47

²⁰ Deutsch, ZRP 2001, 351, 352.

²¹ NJW 1992, 1043.

²² BGHZ 18, 149, 155 = NJW 1955, 1675.

²³ G. Müller, ZRP 1998, 258, 260.

²⁴ RGZ 65, 17, 21.

2. Verfahrensvereinfachung bzw. Bequemlichkeit der Anspruchsdurchsetzung

- 48 Durch die Zubilligung von Schmerzensgeld wird bewirkt, dass der Anspruch nun einfacher durchzusetzen ist, was auch zur Folge hat, dass für die Bejahung des Schmerzensgeldanspruchs ein geringerer Beweiserhebungsaufwand getrieben werden muss. Das gilt für die Gefährdungshaftungstatbestände und die Vertragshaftung in unterschiedlichen Nuancen. Die Rechtsprechung hat sich bisher bemüht, auch in Fällen, in denen aufgrund der **Gefährdungshaftung** der Zuspruch von Schmerzensgeld durch den Gesetzgeber ausgeschlossen war, gleichwohl zu einem angemessenen Ergebnis zu gelangen. Dies erfolgte in der Weise, dass sehr **strenge objektivierte Verkehrs- und Verkehrssicherungspflichten** angenommen worden sind, wodurch man zu einer „**verkappten**“ **Gefährdungshaftung** gelangte.²⁵ Für den Zuspruch von Schmerzensgeld wird dieser Umweg künftig entbehrlich sein. Die Gefährdungshaftung kann die ihr zgedachte Aufgabe einer Risikozuweisung, dessen Tatbestand leichter zu beweisen ist als der der Verschuldenshaftung, wieder wahrnehmen.
- 49 Bei der Vertragshaftung hat die Zuerkennung von Schmerzensgeld Bedeutung bei der **Beweislastverteilung**, bei der es zu einer Umkehr der Beweislast in Bezug auf das **Verschulden** kommt, während bei einem deliktischen Anspruch dieses vom Geschädigten zu beweisen ist. Je stärker objektiviert der Sorgfaltsmaßstab ist, um so geringere Bedeutung hat dieser Unterschied allerdings. Bedeutsamer ist demgegenüber, dass die Zurechnung des **Gehilfenverhaltens** nach § 278 und nicht bloß nach § 831 möglich ist. Die Folge ist, dass der Verletzte nicht nur den Gehilfen kraft Deliktsrechts in Anspruch nehmen kann, sondern dessen Geschäftsherrn aus Vertrag. Das bringt verschiedene Vorteile: Der Verletzte kann mit seinem Schmerzensgeldanspruch gegen den Entgeltanspruch des Vertragspartners **aufrechnen**; er hat einen **zusätzlichen Schuldner**; im Regelfall wird die **Einbringlichkeit** des Schmerzensgeldes beim Geschäftsherrn eher gelingen als beim Gehilfen; schlussendlich beurteilt sich der Haftungsmaßstab nach dem gegenüber dem Deliktsrecht **strengeren vertraglichen Sorgfaltsmaßstab**. Da bei bloß leichter Fahrlässigkeit des Gehilfen, wenn dieser Arbeitnehmer ist, der Geschäftsherr im Innenverhältnis den Schaden letztendlich zu tragen hat, bewirkt die nunmehrige Lösung, dass ein direkter Zugriff auf den möglich ist, der den Schaden letztlich zu tragen hat.

3. Angleichung an andere europäische Rechtsordnungen

- 50 Ein Argument für die Zubilligung von Schmerzensgeld bei sämtlichen Haftungstatbeständen ist darin zu sehen, dass die Beschränkung der Zuerkennung von Schmerzensgeld lediglich bei der Verschuldenshaftung ein **deutsches Unikum** in Europa darstellte. Es erfolgt durch die Reform somit auch auf diesem Gebiet eine Angleichung an die übrigen europäischen Rechtsordnungen.

4. Anlass, nicht Ursache: Rechtsschutzdefizit in der Arzneimittelhaftung bei HIV-verseuchten Blutkonserven

- 51 Wurde die Zubilligung von Schmerzensgeld bei der Gefährdungshaftung von der Literatur auch seit Jahrzehnten gefordert, so bedurfte es doch eines konkreten Anstoßes, damit der Gesetzgeber tätig wurde. Es waren dies die Fälle **HIV-verseuchter Blutkonserven**, bei denen nach dem bisherigen Arzneimittelgesetz, einer Gefährdungshaftung, gerade kein Schmerzensgeld zuerkannt werden konnte. Anstelle einer punktuellen Flickschusterei, der Gewährung von Schmerzensgeld allein bei der Arzneimittelhaftung, wogegen auch europarechtliche Bedenken bestanden, nahm man dies zum Anlass, um einen Schmerzensgeldanspruch für alle Tatbestände einzuführen, bei denen es zu einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität kam.²⁶

²⁵ Freise, VersR 2001, 539, 541.

²⁶ Deutsch, ZRP 1998, 291, 292 f.

5. Schließung von Rechtsschutzlücken – praktische Bedeutung geringer als im akademischen Unterricht, wichtig bei Entwicklungsrisiken im Arzneimittelrecht

Es wird darauf hingewiesen, dass damit große Haftungslücken geschlossen worden seien.²⁷ Für den Einzelfall mag das durchaus zutreffen. Im Großen und Ganzen betrachtet dürfte die Bedeutung für den akademischen Unterricht größer sein als für die Praxis. Die objektivierte Verschuldenshaftung hat in den allermeisten Fällen auch bisher schon dazu geführt, dass die Gerichte Schmerzensgeld zusprechen konnten, in denen sie das für sachgemäß hielten.²⁸ Nur in ausgewiesenen Ausnahmefällen, etwa bei Entwicklungsrisiken, konnte die Rechtsprechung die vom Gesetzgeber errichtete und nun abgebaute Barriere nicht überwinden. Es ist darauf zu verweisen, dass für **Entwicklungsrisiken** auch nach der Gefährdungshaftung nicht generell haftet wird, so etwa **nicht** in der Produkthaftung, sondern nur im **Arzneimittelrecht**. Dazu kommt, dass auch da die Gesetzesänderung Auswirkungen lediglich bei den Fällen zeitigt, bei denen ein Schaden aufgrund eines Entwicklungsrisikos erstmals auftritt. Sobald dieser bekannt ist, gelangt man auf dem Boden der bisherigen Rechtsprechung zu einer schuldhaften Verletzung der **Produktbeobachtungspflicht**, bei der auch schon bisher Schmerzensgeld zuerkannt wurde. 52

III. Restbedeutung der Genugtuung

1. Bei Vorsatzdelikten – hier auch keine Bagatellschwelle

Während bei Fahrlässigkeitsdelikten die Genugtuungsfunktion immer mehr an Bedeutung eingebüßt hat, hat sie bei **Vorsatzdelikten** einen durchaus legitimen Anwendungsbereich. Bei solchen gebührt Schmerzensgeld bei jeder Verletzung, mag sie auch ganz geringfügig sein. Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 1 gilt insoweit auch **keine Bagatellschwelle**. Da bei Strafdelikten in solchen Fällen häufig keine Verfolgung durch die staatlichen Behörden erfolgt, hat das Schmerzensgeld die Funktion einer Buße oder **Privatstrafe**,²⁹ was der Begriff Genugtuung auch zum Ausdruck bringen soll. 53

2. Bei Fahrlässigkeitsdelikten

Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist von denen, die der Genugtuungsfunktion noch einen restlichen Anwendungsbereich erhalten wollen, darauf hingewiesen worden, dass beim Schmerzensgeld alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. Demgemäß sei nicht nur bedeutsam, ob dem Täter leichte oder grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei; eine Rolle bei der Bemessung könnte darüber hinaus auch spielen, dass bei der Zuerkennung von Schmerzensgeld nicht nur der Tatbestand der Gefährdungs-, sondern auch der Verschuldenshaftung verwirklicht sei.³⁰ So sehr es zutrifft, dass alle Umstände des Einzelfalles bei der Bemessung des Schmerzensgeldes eine Rolle spielen können, so ist doch darauf zu verweisen, dass dies der vom Gesetzgeber angestrebten **Verfahrensvereinfachung** zuwiderläuft. Eine Intention für die Einführung lag gerade darin, dass es künftig entbehrlich sein soll, den Tatbestand der Verschuldenshaftung zu beweisen, weil auch bei Nachweis der Gefährdungshaftung Schmerzensgeld verlangt werden kann. Wenn sich nun (erhebliche) Unterschiede bei der Bemessung auftun, dann müsste ein Streit um den Nachweis des Verschuldens nicht mehr für das **Ob**, aber immerhin für das **Wie viel** an Schmerzensgeld geführt werden, eine wenig wünschenswerte Perspektive. 54

²⁷ G. Müller, PHI 2001, 119, 120.

²⁸ Macke, DAR 2000, 506, 508.

²⁹ Elsner, zfs 2000, 233.

³⁰ Deutsch, ZRP 2001, 351, 353; Otto, NZV 2001, 335, 338.

IV. Einführung einer Bagatellschwelle

1. Zielsetzung

- 55 Mehrere Zielsetzungen werden für die Einführung einer Bagatellschwelle ins Treffen geführt: Haftungsausweitungen und Haftungseinschränkungen sollen sich die Waage halten. Beim Schmerzensgeld kommt es zu einer **Haftungsausweitung** durch Zuerkennung von Schmerzensgeld bei der **Gefährdungs- und Vertragshaftung**. Dass diese gegenüber dem status quo quantitativ nicht erheblich ins Gewicht fallen, darauf wurde bereits hingewiesen. Darüber hinaus sollen aber die **Schwerstverletzten höher** entschädigt werden. Um dafür einen Ausgleich zu schaffen, soll bei **geringsten Verletzungen** – von den Vorsatzdelikten abgesehen – gar **kein Schmerzensgeld** mehr verlangt werden können. Dies soll zu einer Justizentlastung führen, namentlich der Amtsgerichte.³¹ Vor diesen werden häufig Haftpflichtprozesse allein wegen des Schmerzensgeldes geführt, weil die anderen Schadensposten des Personenschadens durch Leistungen des Arbeitgebers oder der Sozialversicherungsträger abgedeckt sind, bei denen es entweder zu einer außergerichtlichen Einigung kommt oder bei denen Teilungsabkommen zu einem pauschalen Ausgleich führen.
- 56 Schließlich verfolgt man damit den Zweck, **nicht objektivierbare HWS-Verletzungen** in den Griff zu bekommen. Bei diesen geht es darum, dass diese insbesondere bei Auffahrunfällen entstehen, mit naturwissenschaftlichen Methoden aber nicht verlässlich nachweisbar sind. Das machen sich so manche Geschädigte zu Nutze, um sich ein Körbchengeld zu erwirtschaften. Die Gerichte haben in der Vergangenheit in Fällen, in denen der Nachweis einer HWS-Verletzung nicht gelungen ist, aus Verlegenheit 500 EUR zugesprochen. Für die Simulanten ist selbst das zu viel; für diejenigen, die eine „echte“ Verletzung erlitten haben, aber viel zu wenig. Trotz gut gemeinter Absicht des Gesetzgebers wird man dieses Phänomen mit der **Bagatellschwelle nicht angemessen lösen** können; die Gerichte werden weiterhin nicht umhin kommen, dem Geschädigten auf den Zahn zu fühlen, um dann eine – hoffentlich richtige – Entscheidung zu treffen.³² Die Bereitschaft der Gerichte, in solchen Fällen jeglichen Ersatz zu versagen, wird zunehmen. Es wird darauf verwiesen werden, dass gar nicht sicher sei, ob überhaupt eine Verletzung gegeben sei; aber selbst wenn dem so sei, so liege sie innerhalb der nicht ersatzfähigen Bagatellschwelle.

2. Mehr als bloße Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung

- 57 Der BGH³³ hat vereinzelt ausgesprochen, dass bei Bagatellverletzungen kein Schmerzensgeld gebühre. Es stellt sich nun die Frage, ob der Gesetzgeber bloß die **bisherige Rechtsprechung kodifiziert** habe³⁴ oder darüber hinausgegangen sei.³⁵ Die Entstehungsgeschichte spricht eindeutig dafür, dass zwar der Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung aufgegriffen und durch diese eine Anregung erfahren hat, aber letztendlich doch darüber hinausgehen wollte. In mehreren Etappen hat man die zunächst unterschiedliche Schwelle für den Ersatz von Schmerzensgeld bei der Verschuldens- und Gefährdungshaftung eingeebnet. Der BGH hat in den bisherigen Entscheidungen³⁶ ausgesprochen, dass er nach der *lex lata* nicht weiter gehen könne. Der für solche Fragen zuständige 6. Senat hat an der Formulierung des Gesetzeswortlauts mitgearbeitet. All diese Umstände zusammen mit dem **Kompensationsgesichtspunkt** sind deutliche Indizien dafür, dass eine Anhebung der Bagatellschwelle gewollt ist. Wo sie im Einzelnen verlaufen soll, ist weniger klar. Es können daher an dieser Stelle auch bloß Anhaltspunkte geliefert werden.

31 Geiß, DAR 1998, 416, 420.

32 Macke, DAR 2000, 506, 509.

33 NJW 1992, 1043.

34 Elsner, zfs 2000, 233, 234; Scheffen, ZRP 2001, 380, 381.

35 Ch. Huber, DAR 2000, 20, 28; Macke, DAR 2000, 506, 509; Karczewski, VersR 2001, 1070, 1072.

36 BGH NJW 1992, 1043; 1998, 810; BGHZ 132, 341.

3. Anhaltspunkte, wo die neue Grenzlinie verläuft

Die Formulierung des § 253 Abs. 2 Nr. 2, Schmerzensgeld gebühre nur dann, wenn „der Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist“, könnte darauf hindeuten, dass der Schaden sowohl in Bezug auf seine Art als auch seine Dauer ein gewisses Maß erreichen müsse. Das ist aber nicht gewollt. Art und Dauer verhalten sich vielmehr wie **kommunizierende Gefäße**. Das Weniger beim einen kann durch ein Mehr beim anderen ausgeglichen werden, ohne dass bei einem eine bestimmte Schwelle überschritten werden müsste. Deutlicher wäre es noch gewesen, hätte man das „und“ durch ein „oder“ ersetzt. Da aber der Wortlaut dieser Norm in den Beratungen so oft geändert worden ist, war der Gesetzgeber offenbar der Änderungen müde und hat sich zu dieser letzten Klarstellung nicht mehr aufgegriffen. 58

Der Gesetzgeber hat aus guten Gründen keine betragliche Festschreibung vorgenommen. Diese würde Gefahr laufen, binnen kürzester Zeit von der Inflation überrollt zu werden, was nur durch eine Indexbindung zu vermeiden wäre; und dabei stellt sich die Frage, welcher Index der richtige sei, wie oft eine Anpassung zu erfolgen habe, wie es dann mit der Transparenz aussehe. Kurzum man hätte sich einen Rattenschwanz an Problemen eingehandelt. Sachgerechter ist deshalb, nicht an den Output, die **Höhe des Schmerzensgeldes**, anzuknüpfen, sondern an den Input, die **Art der Verletzung**, bei der dann jeweils kein Schmerzensgeld gebührt. 59

Zu verweisen ist diesbezüglich an eine **Klassifizierung**, die auf dem **15. VGT (1977)** vorgenommen wurde.³⁷ Darüber hinaus ist eine **Arbeitsgruppe des Europäischen Parlaments** gerade damit beschäftigt, eine Tabelle auszuarbeiten, die zu einer Vereinheitlichung des Schmerzensgeldes in Europa führen soll. Diese könnte dann nicht nur als Anknüpfung dienen, wie hoch das Schmerzensgeld bei welcher Verletzung sein soll, sondern auch als Anhaltspunkt, bei welcher Verletzung eine Ersatzpflicht überhaupt einsetzen soll. 60

Wollte man die Unterschiede zwischen der Tabelle des VGT und derzeitigen Rechtsprechung zu den Bagatellverletzungen herausarbeiten, so lassen sich folgende Aussagen treffen: Der BGH verlangt, dass es sich um eine Verletzung handeln muss, die im **Alltagsleben typisch** sei und auch aus einem anderen als einem Haftpflichtfall vorkomme. Es handle sich dabei um Befindlichkeitsstörungen, die im **Zusammenleben der Menschen unvermeidlich** seien. Genannt werden Husten, Schnupfen, leichte Kopfschmerzen und Niesreiz. Die Schwelle des VGT liegt dagegen erheblich höher: Abgestellt wird auf Verletzungen, wie sie **auch im täglichen Leben immer wieder** vorkommen, wie Unfälle im Haushalt und beim Sport. Zwischen dem Maßstab „im Alltagsleben typisch“ und „immer wieder vorkommend“ liegen schon mehr als Nuancen. Genannt werden in diesem Zusammenhang Prellungen, Blutergüsse, Gelenkverstauchungen, die keiner Behandlung bedürfen, Hautabschürfungen sowie kleine Wunden mit folgenloser Abheilung. 61

Verwiesen wird auch darauf, dass in § 84 AMG schon bisher eine ähnliche Formulierung verwendet worden sei, so dass man daraus **Anhaltspunkte** gewinnen könne.³⁸ Das ist aber eine bloße Behauptung. Einerseits stand nach § 84 AMG bisher gerade kein Anspruch auf Schmerzensgeld zu; andererseits hat eine Jurisabfrage zu den einschlägigen Normen keine einzige Entscheidung zu Tage gefördert. Die Kommentierung ist auch nicht besonders erhellend, sondern verweist darauf, dass eine ähnliche Formulierung sich in § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB finde.³⁹ Auch zu dieser Norm ist in den aktuellen Kommentaren⁴⁰ keine einzige Entscheidung zum Personenschaden ausgewiesen. Die Erläuterungen sind – jedenfalls nach dem Standard des Zivilrechts – wenig präzise und auch nicht deckungsgleich. 62

³⁷ *Düben*, 15. VGT (1977), 137.

³⁸ *J. Bollweg*, NZV 2000, 185, 187.

³⁹ *Kloesel/Cyran*, Arzneimittelrecht, 3. Aufl., § 84 Blatt 104 a und 105.

⁴⁰ *Schönke/Schröder/Stree*, StGB, 26. Aufl. 2000, § 69 Rn 37; *Tröndle/Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, Rn 13.

Kurzum, aus der **systematischen Auslegung** ist für die Präzisierung der neuen Grenze deutlich weniger zu gewinnen als von den medizinischen Klassifizierungen, wie sie für den 15. VGT (1977) erarbeitet worden sind bzw. demnächst auf europäischer Ebene zu erwarten sind.

4. Beweislastverteilung

- 63 In § 253 Abs. 2 Nr. 2 findet sich die Formulierung einer doppelten Verneinung, der Schaden müsse „nicht unerheblich“ sein, nachdem in einer vorangegangenen Etappe der Beratungen auch der Begriff „erheblich“ zur Diskussion stand. Diese Abänderung erfolgte wohl nicht aus Gründen der Steigerung der sprachlichen Eleganz. Es mag sein, dass „nicht unerheblich“ weniger ist als „erheblich“, also das **Ausmaß der Schwelle** auch sprachlich noch etwas **abgesenkt** werden sollte. Das ist aber reine Wortklauberei. Mag der Gesetzgeber das auch nicht explizit so gewollt haben, so macht folgende Deutung Sinn. Es sollte dadurch eine **Aussage zur Beweislastverteilung** zum Ausdruck gebracht werden.⁴¹ Der Geschädigte muss nachweisen, dass er durch ein dem Schädiger zurechenbares Verhalten verletzt worden ist. Sache des Schädigers ist es aber, den Nachweis zu führen, dass die Verletzung so unerheblich ist, dass kein Schmerzensgeld gebührt mit der Folge, dass sich Zweifel zu Lasten des Schädigers auswirken.

V. Zielsetzung der Verbesserung des Schutzes Schwerstverletzter

1. Kein Niederschlag im Gesetzeswortlaut

- 64 Da es durch die Gewährung von Schmerzensgeld auch bei der Gefährdungs- und Vertragshaftung im Großen und Ganzen betrachtet zu keiner bedeutsamen Ausweitung der Haftung kommt, kommt der zweiten im RE 2001⁴² zum Ausdruck gekommenen Intention maßgebliche Bedeutung zu, dass nämlich die Einführung einer Bagatellschwelle es ermöglichen soll, die **Schwerstverletzten angemessen zu entschädigen**. Dies hat nirgendwo im Gesetzeswortlaut auch nur den leisesten Niederschlag gefunden. Diese angestrebte Änderung muss daher alsbald erfolgen oder sie wird gar nicht mehr stattfinden. Denn es besteht die Tendenz, dass die Strahlkraft des gesetzgeberischen Willens, so weit dieser nicht im Gesetzeswortlaut seinen Niederschlag gefunden hat, im zeitlichen Ablauf allzu rasch verblasst.

2. Unzureichende Anpassung der Haftungshöchstbeträge – Auswirkungen vor allem für Schwerstverletzte

- 65 Die angestrebte Wirkung, dass einerseits den Schwerstverletzten etwas Gutes getan werden soll und die Opfer auch davon befreit werden sollen, den Nachweis eines Verschuldenstatbestands in den Fällen führen zu müssen, in denen auch ein Gefährdungshaftungstatbestand verwirklicht ist, ist schon bei Einführung des Gesetzes weitgehend gescheitert, weil die **Haftungshöchstbeträge** bei der Gefährdungshaftung nur **völlig unzureichend angepasst** worden sind.⁴³ Schon bei Einführung sind diese nicht ausreichend, und im zeitlichen Ablauf wird dieses Defizit mit jedem Tag größer, weil die pro Jahr geringfügige, in ihrer Akkumulation aber bedeutsame Inflation dazu führt, dass die Höchstbeträge immer weniger ausreichen werden. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber solche Anpassungen nur in größeren zeitlichen Abständen vornimmt; so hat etwa die letzte vor fast 25 Jahren im Jahr 1977 stattgefunden.

41 Macke, DAR 2000, 506, 509.

42 RE 2001, 62.

43 Freise, VersR 2001, 539, 544.

3. Anhebung des Schmerzensgeldes oder marktkonforme Bewertung bei vermehrten Bedürfnissen

Woran der Gesetzgeber gedacht hat, das war die Anhebung der Schmerzensgelder bei Schwerstverletzten. Bevor sich die Rechtsprechung diesem Feld zuwendet, so der gesetzgeberische Appell überhaupt auf fruchtbaren Boden fällt, sollte überlegt werden, ob nicht die Anpassung der Ersatzbeträge an das Marktniveau bei den **vermehrten Bedürfnissen** der sachgerechtere Weg wäre.⁴⁴ Das Schmerzensgeld wird typischerweise als Kapitalbetrag ausbezahlt; je nach Lebensdauer des Verletzten kann dies zu viel oder zu wenig sein. Eine **Rente** hat demgegenüber den Vorteil, dass sie sich an den Bedarf des Verletzten flexibel anpasst. Bei dieser ist auch eine **Valorisierung** möglich, ganz abgesehen davon, dass dem – schwer – Verletzten die Aufgabe der **Vermögensveranlagung**, mit der er typischerweise wenig Erfahrung hat, abgenommen wird. Dies wäre auch noch im Rahmen des Schmerzensgeldes möglich. Die Berücksichtigung im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse führt darüber hinaus aber dazu, dass das für die **Betreuung** des Schwerstverletzten erforderliche Geld an die fließt, die sich um den Verletzten kümmern und nicht – schlussendlich – an **Erben**, bei denen das vielleicht nicht der Fall (gewesen) ist. Letztendlich hat eine Berücksichtigung bei den vermehrten Bedürfnissen den Vorzug, dass bei diesem Schadensposten, der zum Vermögensschaden zählt, viel leichter **rationale Bemessungsmaßstäbe** gefunden werden können als beim Schmerzensgeld, bei dem die Höhe des Zuspruchs stets stark vom richterlichen Judiz abhängt, welcher Geldbetrag für einen bestimmten Schmerz ein angemessenes Äquivalent sei.

66

C. Verbesserung des Rechtsschutzes von Kindern bei Straßenverkehrsunfällen

Literatur: **Elsner**, Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht, zfs 2000, 233; **Freise**, Überlegungen zur Änderung des Schadensersatzrechtes, VersR, 2001, 539; **Großfeld/Mund**, Die Haftung der Eltern nach § 832 I BGB, FamRZ 1994, 1504; **Haberstroh**, Haftungsrisiko Kind – Eigenhaftung des Kindes und elterliche Aufsichtspflicht, VersR 2000, 806; **v. Hippel**, Nochmals: Existenzvernichtung Jugendlicher durch Deliktshaftung? VersR 1998, 26; **Hofmann**, Minderjährige und Halterhaftung, NJW 1964, 228; **Karczewski**, Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, VersR 2001, 1070; **Kuhlen**, Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung Minderjähriger? – zugleich Anm. zu OLG Celle 26.5.1989, 4 U 53/88, JZ 1990, 273; **Larenz/Wolf**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997; **Limbourg**, Überforderte Kinder im Straßenverkehr, 36. VGT (1998), 211; **Looschelders**, Verfassungsrechtliche Grenzen der deliktischen Haftung Minderjähriger – Grundsatz der Totalreparation und Übermaßverbot, VersR 1999, 141; **Macke**, Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden, DAR 2000, 506; **G. Müller**, Der neue Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, PHI 2001, 119; **dies.**, Zum Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, ZRP 1998, 258; **Neuhaus**, Der Kinderunfall – Eine Herausforderung für Gesetzgebung und Rechtsprechung, 29. VGT (1991), 72; **Otto**, Große Reformen müssen reifen – Zum Referentenentwurf einer Schadensrechtsreform, NZV 2001, 335; **ders.**, Neuere Grenzziehungen im Schadensersatzrecht – Zum Referentenentwurf eines 2. SchadÄndG, NZV 1998, 433; **Pardey**, Aufsichts- und Schutzpflichten zur Teilnahme am Straßenverkehr, DAR 2001, 1; **ders.**, Gesteigerter Schutz von Kindern bei ihrer Teilnahme am Straßenverkehr, DAR 1998, 1; **Rolfs**, Neues zur Deliktshaftung Minderjähriger, JZ 1999, 233; **Scheffen**, Änderungen schadensersatzrechtlicher Vorschriften im Hinblick auf betroffene Kinder und Jugendliche, ZRP 2001, 380; **dies.**, Reformvorschläge zur Haftung von Kindern und Jugendlichen, FS Steffen (1995), S. 387; **dies.**, Schadensersatzansprüche bei Beteiligung von Kindern und Jugendlichen an Verkehrsunfällen, VersR 1987, 116; **dies.**, Vorschläge zur Änderung des § 828 Abs. 1 und 2 BGB, FuR 1993, 82; **dies.**, Zur Reform der (zivilrechtlichen) Deliktstfähigkeit von Kindern ab dem 7. Lebensjahr (§ 828 I, II BGB), ZRP 1991, 458; **Scheffen/Pardey**, Schadensersatz bei Unfällen mit Kindern und Jugendlichen (1995); **Steffen**, Zur Haftung von Kindern im Straßenverkehr, VersR 1998, 1449; **ders.**, Die Balance zwischen „Tätern“ und „Opfern“ im Verkehrsrecht ist gefährdet, ZRP 1998, 147.

44 So bereits *Ch. Huber*, DAR 2000, 20, 30 f.

I. Grund für das Einschreiten des Gesetzgebers

- 67 Die Verbesserung der Rechtsstellung von Kindern im Straßenverkehr entspricht einer langjährigen Forderung der Verkehrsgerichtstage.⁴⁵ Nun hat der Gesetzgeber reagiert. Er konnte sich insbesondere zwei Argumenten nicht mehr länger verschließen:

1. Erhöhte Gefahren heute gegenüber denen vor 100 Jahren bei Inkrafttreten des BGB

- 68 Die Gefahren, denen Kinder heute im Straßenverkehr ausgesetzt sind, sind mit denen vor 100 Jahren in keiner Weise vergleichbar.

2. Neue Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie

- 69 Nicht nur die **faktischen Verhältnisse** haben sich verändert, sondern auch das **Wissen** darüber, was einem Kind in einem bestimmten Alter zuzutrauen ist und wo die Grenzen liegen. Die Entwicklungspsychologie hat nachgewiesen, dass 6- bis 7-jährige Kinder bei voller Konzentration intellektuell in der Lage sind, eine Straße zu überqueren, dass aber ein Kind sich viel leichter ablenken lässt als ein Erwachsener.⁴⁶ Die Anforderungen des Verhaltens im Straßenverkehr sind mit der Impulsivität des Kindseins vielfach unvereinbar. Jedenfalls unter **10 Jahren** ist eine solche Verkehrstauglichkeit zu verneinen, von manchen wird auch **12**⁴⁷ bzw. **14 Jahre**⁴⁸ als Grenze genannt, ab der eine volle Verkehrstauglichkeit eines entsprechend alten Kindes bejaht werden kann.
- 70 Die Rechtsprechung hat auf diese neuen Erkenntnisse nur zaghaft und punktuell reagiert. Häufig haben sich Gerichte damit begnügt, die intellektuelle Einsichtsfähigkeit festzustellen. Sie haben nach weiteren Umständen weder auf der Ebene der Deliktsfähigkeit noch auf der des Verschuldens Beweis erhoben bzw. Feststellungen getroffen.

II. Verhältnis von Deliktsfähigkeit und Verschulden

- 71 Unter 7 Jahren ist ein Kind gemäß § 829 Abs. 1 deliktsunfähig. Bei einem Kind zwischen 7 und 18 Jahren kommt es für die Bejahung der Deliktsfähigkeit – von der Neuregelung einmal abgesehen – darauf an, ob das Kind die für die Begehung der Tat erforderliche Einsichtsfähigkeit hat. Nur wenn das bejaht wird, stellt sich überhaupt die Frage des Verschuldens. Was ist aber unter Deliktsfähigkeit, was unter Verschulden zu verstehen?

1. Deliktsfähigkeit: intellektuelles Begreifen – unterschiedlicher Begriff im Strafrecht

- 72 Der **zivilrechtliche** Begriff der Deliktsfähigkeit stellt allein auf das **intellektuelle Begreifen** ab.⁴⁹ Und dieses ist bei einem 7-jährigen – auch von der Entwicklungspsychologie bestätigt – durchaus gegeben. Es stellt sich allerdings die Frage, ob das der **adäquate Maßstab** ist. Im Strafrecht kommt es gemäß § 3 JGG nicht allein darauf an, ob ein Täter das Unrecht seiner Tat einsehen kann, sondern auch darauf, ob er in der Lage ist, seinen **Willen gemäß dieser Einsicht zu steuern**. Im Zivilrecht wird aber die Willenssteuerungsfähigkeit nicht zur Deliktsfähigkeit gezählt. Man begründet dies

45 So der Hinweis des RE 2001, 39 auf den VGT der Jahre 1983, 1991, 1998, 2000.

46 *Limbourg*, 36. VGT (1998), 211, 212.

47 *Steffen*, ZRP 1998, 147, 148.

48 *Haberstroh*, VersR 2000, 806, 807.

49 *Scheffen*, ZRP 1991, 458; *Rolfs*, JZ 1999, 233, 238; BGH NJW 1984, 1958.

mit den **unterschiedlichen Zwecken** von Straf- und Zivilrecht, dem Bedürfnis nach **pauschalen Wertungen**.⁵⁰

2. Verschulden: gruppenspezifischer Vergleichsmaßstab

Beim Verschulden ist hingegen ein **gruppenspezifischer Vergleichsmaßstab** anzulegen. Defizite bei der Willenssteuerung wären hier durchaus beachtlich. Das Ergebnis hängt allerdings stark davon ab, welche Vergleichsgruppe als Maßstab herangezogen wird. Auch wenn die Entwicklungspsychologie Erkenntnisse zu liefern in der Lage ist, dass ein Kind eines bestimmten Alters in einer solchen Situation zumutbarerweise aufgrund seiner altersbedingten Entwicklung nicht anders reagieren konnte, so hat sich die Rechtsprechung bisher häufig über solche Erkenntnisse mit Souveränität, um nicht zu sagen Ignoranz, hinweggesetzt.⁵¹

73

3. Korrektur des Gesetzgebers bei Deliktsfähigkeit

Nach der oben beschriebenen **Diagnose**, nämlich den Defiziten bei der Willenssteuerung, nicht beim Intellekt, wäre als **Therapie** zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber eine Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabs vornimmt. Das hat er indes nicht getan, sondern die **Deliktsfähigkeit** auf 10 Jahre hinaufgesetzt. Man mag sagen, im Ergebnis macht das keinen Unterschied. Immerhin kann man anmerken, dass bei einer **systematisch richtigen Platzierung** bei § 276 die Sensibilisierung der Gerichte eher zu erreichen gewesen wäre, dass durch diese gesetzliche Festlegung lediglich ein **Mindeststandard** festgeschrieben werden sollte, die Gerichte aber nicht davon enthoben werden sollten, künftig bei einem 11- oder auch 13-jährigen Kind zu prüfen, ob es aufgrund seines Alters zumutbarerweise zu einer anderen Willenssteuerung in der Lage gewesen wäre. Dieser Appell droht durch die Fixierung der Deliktsfähigkeit bei 10 Jahren sehr leicht zu verpuffen. Der Gesetzgeber war so sehr mit der Frage beschäftigt, ob eine Regelung in den Gefährdungshaftungsgesetzen oder im BGB erfolgen solle, dass er der – zugegebenermaßen im Vergleich dazu – untergeordneten Frage der genauen Platzierung im BGB nicht die ausreichende Aufmerksamkeit schenkte.

74

III. Sektoraler Ausschnitt: straßenverkehrsspezifische Deliktsfähigkeit

1. Umschreibung in Anlehnung an StVG und HaftPflG

In § 828 Abs. 2 wird die Deliktsfähigkeit nicht generell von 7 auf 10 Jahre angehoben. Vielmehr erfolgt eine Beschränkung auf Unfälle im Straßenverkehr. Dies erfolgt durch Bezugnahme auf das StVG und das HaftPflG, indem auf einen Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienen- oder Schwebebahn angeknüpft wird.

75

2. Welche Fälle sind nicht erfasst

Nicht erfasst sind demgemäß Unfälle eines Fahrradfahrers in der Fußgängerzone sowie Zusammenstöße mit Skateboardfahrern oder Inlineskatern auf dem Bürgersteig. Ausgenommen ist aber auch der Fall, dass ein Kind hinter einem parkenden Auto plötzlich hervorkommt und mit einem **Fahrrad** kollidiert. Unter dem Blickwinkel des Schutzes von Kindern vor den Gefahren des Straßenverkehrs ist diese Grenzziehung m.E. **nicht berechtigt**. Verständlich ist sie allerdings von der Warte, dass der Fahrradfahrer gegenüber dem Kfz eine geringere Geschwindigkeit erzielt, somit sein Verhalten weniger gefährlich ist. Dazu kommt, dass er über keine Pflichthaftpflichtversicherung verfügt, so dass er in den Mitverschuldensfällen in vollem Umfang einstandspflichtig sein würde.

76

50 Pardey, DAR 1998, 1, 4; BGH NJW 1970, 1038, 1039; 1984, 1958.

51 Steffen, VersR 1998, 1449.

IV. Ausschluss der Vorsatzhaftung

- 77 Die Hinaufsetzung der straßenverkehrsspezifischen Deliktsfähigkeit findet insoweit nicht statt, als das Kind **vorsätzlich** handelt. Ein Kind, das von der Autobahnbrücke Steine auf fahrende Autos wirft, haftet weiterhin. Dies hat mit der **Überforderungssituation** des Kindes im Straßenverkehr nichts zu tun. In Bezug auf das vorsätzliche Verhalten muss sich der **Vorsatz** nicht bloß auf die Übertretung einer **Schutznorm** beziehen, sondern auf den Eintritt eines **Erfolges**.⁵² Wer bei rot über die Ampel geht, übertritt vorsätzlich ein Verbot der Straßenverkehrsordnung. Er hofft aber, dass nichts passieren wird, handelt also bewusst fahrlässig und nicht vorsätzlich. Wer hingegen Steine von der Autobahnbrücke wirft und billigend in Kauf nimmt, dass es zu einem Unfall kommt, der handelt mit *dolus eventualis*. Die Haftung eines solchen Kindes hängt nicht davon ab, dass es ihm gerade darauf ankam zu schädigen. Absichtlichkeit ist somit nicht erforderlich.

V. Einstandspflicht (anderer) nach anderen Normen

1. Mögliche Rechtsfolgen der Verteilung des Schadens bei Anhebung der Deliktsfähigkeit von 7 auf 10 Jahre

- 78 Wird die straßenverkehrsspezifische Deliktsfähigkeit von 7 auf 10 Jahre angehoben, steht fest, dass das Kind aufgrund der Verschuldenshaftung haftungsrechtlich insoweit nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Welche weiteren Konsequenzen das hat, ist offen. Am nächst liegenden wäre es, wenn insoweit der **Geschädigte** eben **keinen Ersatzanspruch** hat, die Entlastung des Täters zur Verminderung des Deliktsschutzes des Opfers führt, mithin der Bereich des allgemeinen Lebensrisikos ein Stück größer wird. Das ist aber nicht die einzig mögliche Konsequenz. Denkbar ist, dass die Haftung der **Aufsichtspflichtigen**, namentlich der Eltern (§ 832), zunimmt oder das Kind gestützt auf die **Billigkeitshaftung** (§ 829) herangezogen wird.

2. Einstandspflicht der Eltern nach § 832

a) Generell Streit um Haftungsmilderung oder Haftungsverschärfung der Aufsichtspflichtigen

- 79 Was die Haftung der Aufsichtspflichtigen, also zumeist der Eltern, betrifft, so tobt zur Zeit ein Streit, ob die Haftung **geloockert** oder **verschärft** werden soll. Darauf kann an dieser Stelle nur schlagwortartig eingegangen werden. Für eine Lockerung wird ins Treffen geführt, dass sich die **Gefahren des Straßenverkehrs** nicht nur für die Kinder, sondern auch für die Aufsichtspflichtigen **erhöht** haben. Das Aufziehen von Kindern sei keine gefährliche Veranstaltung, sondern eine solche im **Gemeinwohlinteresse**, so dass eine Gefährdungshaftung nicht in Betracht komme. Die heutigen Anforderungen an den Entlastungsbeweis, die de facto auf eine Gefährdungshaftung der Eltern hinausliefen, seien zu streng. Unter Berufung auf Art. 6 GG sowie die **moderne Pädagogik** wird ins Treffen geführt, dass ein **langsames Loslassen** des Kindes geboten sei, damit dieses in die Lage versetzt werde, eigene Erfahrungen zu sammeln.⁵³ Die Gegenposition verweist darauf, dass ein **Geschädigter** mit seinem **Schaden nicht allein** gelassen werden könne. Irgend jemand müsse dafür letztendlich verantwortlich sein. Und dafür kämen eben nur die Eltern in Betracht, die sich zudem gegen ein relativ geringfügiges Entgelt gegen dieses **Risiko versichern** könnten.⁵⁴ Während früher diesbezüglich auf Aufklärung gesetzt wurde, setzen sich manche nun für eine **Pflichthaftpflichtversicherung** ein, bei

⁵² Freise, VersR 2001, 539, 546.

⁵³ Großfeld/Mund, FamRZ 1994, 1504 ff.; Haberstroh, VersR 2000, 806 ff.; Pardey, DAR 1998, 1 ff.; ders., DAR 2001, 1 ff.

⁵⁴ Scheffen, ZRP 1991, 458, 463; dies., FS-Steffen (1995) 387, 392; RGRK/Kreft, § 832 Rn 29.

der die Pflegeversicherung als Vorbild dient.⁵⁵ In welche Richtung sich die Entwicklung bewegen wird, lässt sich zur Zeit schwer prognostizieren. Die besseren Argumente haben m.E. die, die für eine Reduktion der Haftung eintreten.

b) Konkrete Auswirkungen der Anhebung der straßenverkehrsspezifischen Deliktsfähigkeit von 7 auf 10 Jahre

Je nach dem, welche dieser beiden konträren Positionen die Oberhand gewinnt, gibt es unterschiedliche Auswirkungen der Anhebung der straßenverkehrsspezifischen Deliktsfähigkeit des Kindes von 7 auf 10 Jahre. Am überzeugendsten ist insoweit die Position von **Steffen**.⁵⁶ Dieser verweist darauf, dass die **Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie** von der beschränkten Verkehrstauglichkeit von Kindern unter 10 bzw. 14 Jahren auch **Auswirkungen** auf den **Haftungsmaßstab** der **aufsichtspflichtigen Eltern** haben müssen. Insoweit müssen sie ein Stück weit in die Bresche springen, so weit das Kind von der Haftung befreit wird. Allerdings dürfen diese Anforderungen auch **nicht überspannt** werden. So weit es pädagogisch sinnvoll, wohl auch vertretbar ist, das **Kind eigene Erfahrungen** sammeln zu lassen, kann ein Fehlverhalten des Kindes, bei dem ein Dritter einen Schaden erleidet, nicht mehr den Eltern angelastet werden. Vielmehr hat sich insoweit in der Tat ein **allgemeines Lebensrisiko** verwirklicht, was nichts anderes heißt: Der Geschädigte muss den Schaden selbst tragen, er kann ihn auf keinen Ersatzpflichtigen weiterwälzen.

80

3. Billigkeitshaftung nach § 832

Die Billigkeitshaftung wurde bisher nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen herangezogen, um eine Einstandspflicht einer nicht deliktsfähigen Person zu bejahen. Der RE 2001⁵⁷ ermuntert die Rechtsprechung, von dieser Norm insbesondere dann Gebrauch zu machen, wenn das **Kind haftpflichtversichert** ist. In der Rechtsprechung gibt es dafür gewisse Anhaltspunkte, wenngleich der BGH in seiner letzten Grundsatzentscheidung⁵⁸ dies nur für den Fall einer **Pflichthaftpflichtversicherung**, nicht aber einer normalen Haftpflichtversicherung bejaht hat. Dieser Schritt wäre aber als nächster durchaus vorstellbar. Keineswegs soll unter Berufung auf § 832 eben das Ergebnis erzielt werden, zu dem man vor der Reform gelangte.⁵⁹ Worum es allein geht, ist eine **Abfederung** der Versagung des Deliktsschutzes zu Lasten des Geschädigten, wenn hinter dem Kind eine Haftpflichtversicherung steht.

81

VI. Gleichbehandlung Kind als Täter – Kind als Opfer

Ob bei einem Straßenverkehrsunfall ein Kind **Täter** oder **Opfer** ist, hängt häufig vom **Zufall** ab. Läuft ein 9-jähriges Kind plötzlich hinter einem parkenden Auto hervor, kann es sein, dass der Lenker des Fahrzeugs im letzten Moment einen Zusammenstoß mit dem Kind vermeiden kann, indem er das Lenkrad herumreißt und er anstelle mit dem Kind mit einem Laternenmast kollidiert. Dann geht es um die Einstandspflicht des Kindes als **Täter**. Gelingt ihm dieses Manöver nicht und verletzt er das Kind, ist das Kind **Opfer**. Es stellt sich dann die Frage, ob das Kind einen vollen oder um eine Mitverschuldensquote gekürzten Anspruch gegen den Halter des Fahrzeugs hat. Es ist folgerichtig, dass **beide Fälle gleich** behandelt werden.⁶⁰ Der Gesetzgeber erreicht diese Rechtsfolge ohne Verweis. Einerseits ist es anerkannt, dass § 828 auch bei der Mitverschuldensabwägung zu prüfen ist. Andererseits verweisen die einschlägigen Normen der Gefährdungshaftungsnormen (§ 9

82

55 v. Hippel, VersR 1998, 26; Looschelders, VersR 1999, 141, 151.

56 VersR 1998, 1449, 1451.

57 RE 2001, 40.

58 BGHZ 127, 186.

59 Karczewski, VersR 2001, 1070, 1074.

60 Medicus, 38. VGT (2000), 121.

StVG und § 4 HaftPflG) auf § 254, so dass diese Rechtsfolge auch dann gilt, wenn es nicht um einen Anspruch aus der Verschuldenshaftung, sondern einen solchen aus der Gefährdungshaftung geht.

VII. Ergänzung des Schutzes durch Ersetzung des unabwendbaren Ereignisses durch höhere Gewalt (§ 7 Abs. 2 StVG)

- 83 Erwähnt sei an dieser Stelle die Ersetzung des **unabwendbaren Ereignisses** durch die **höhere Gewalt** in § 7 Abs. 2 StVG. Das ist an dieser Stelle deshalb erwähnenswert, weil ansonsten die Verbesserung des Schutzes des minderjährigen Kindes als Opfer leer liefe. Das sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: Das Kind läuft wiederum hinter einem parkenden Auto auf die Straße. Der Lenker eines auf der Straße mit angemessener Geschwindigkeit fahrenden Autos sieht das Kind erst im allerletzten Moment und kann eine Kollision mit dem Kind nicht mehr vermeiden. Die Anhebung der straßenverkehrsspezifischen Deliktsfähigkeit bewirkt, dass **keine Kürzung** des Anspruchs des Kindes gegen den Halter um eine **Mitverschuldensquote** zu erfolgen hat. Das würde aber dann nichts nützen, wenn sich der Halter darauf berufen könnte, dass selbst ein Idealfahrer diesen Unfall nicht hätte vermeiden können. Um dem Kind wirklich zu helfen, bedarf es insoweit der **Haftungsverschärfung** zu Lasten des Halters. Mag auch nicht im Einzelnen feststehen, was durch die Berufung auf höhere Gewalt ausgeschlossen ist, so doch keinesfalls die Unmöglichkeit des Fahrers, in einer solchen Situation noch reagieren zu können. Die exklusive Entlastung durch höhere Gewalt gab es bisher schon in § 1 Abs. 2 S. 1 HaftPflG und umfasst Ereignisse wie Erdbeben, Brückeneinsturz, Flugzeugabsturz und dergleichen mehr, somit ganz ausgewiesene Ausnahmesituationen. Dass der Gesetzgeber die Berufung auf das unabwendbare Ereignis nicht nur bei Unfällen mit schutzwürdigen Kindern abgeschafft hat, sondern ganz generell, was zum Teil auf Kritik gestoßen ist,⁶¹ ist an dieser Stelle nicht näher zu erörtern.

VIII. Beseitigung der Sonderstellung der Privilegierung von Gehörlosen

- 84 Die Beseitigung der Gleichstellung von Gehörlosen mit Minderjährigen ist **sachlich berechtigt**. Der Gesetzgeber betont, dass es sich insoweit um einen rein kosmetischen Eingriff handelt, sich in der **Sache selbst nichts ändern** soll.⁶² So weit bisher die Deliktsfähigkeit verneint worden ist, soll die Versagung eines Anspruchs künftig auf der Ebene des Verschuldens erfolgen.

D. Haftung des Gerichtssachverständigen

Literatur: Arndt, Anm. zu BGH 5.10.1972, III ZR 168/70, LM Art. 34 GG Nr. 90; ders., Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, 272; ders., Kommentar zu BGH VI ZR 113/71, DRiZ 1974, 185; J. Blomeyer, Schadensersatzansprüche des im Prozess Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter (1972); ders., Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 1974, 214; Bundesministerium der Justiz, Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht 1977; Damm, Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen – BGHZ 62, 54; JuS 1976, 359; Eickmeier, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen für Vermögensschäden (1993); Friederichs, Zur Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, 113; Hellmer, Anm. zu BGH 18.12.1973, VI ZR 113/71, NJW 1974, 556; Hirte, Berufshaftung (1996); Hopt, Anm. zu BGH 18.12.1973, VI ZR 113/71, JZ 1974, 551; ders., Dritthaftung für Testate, NJW 1987, 1745; ders., Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung (1968); Kannowski/Zumbansen, Anm. zu BGH 26.6.2001, X ZR 231/99, NJW 2001, 3102; Koch, Anm. zu BGH 18.12.1973, VI ZR 113/71, NJW 1974, 595; G. Müller, Der neue Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, PHI 2001, 119; Rasehorn, Zur Haftung für fehlerhafte Sachverständigengutachten, NJW 1974, 1172; Rietschl, Anm. zu BGH 19.11.1964, VII ZR 8/63, LM § 1035 ZPO Nr. 1; ders., Anm. zu BGH 22.4.1965, VII ZR 15/65, LM § 675 BGB Nr. 33; Speckmann, Haftungsfreiheit für gerichtliche Sachverständige auf Kosten des Geschädigten, MDR 1975, 461; Starck, Anm. zu BVerfG 11.10.1978, 1 BvR 84/74, JZ 1979,

⁶¹ Pardey, DAR 2001, 1, 6; Macke, DAR 2000, 506, 508.

⁶² RE 2001, 68.

64; Wasner, Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, NJW 1986, 119; Weber, Anm. zu BVerfG 11.10.1978, 1 BvR 84/74, 25.7.1979, BvR 878/74, JuS 1981, 290.

I. Unterschied zu anderen Änderungen des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes – keine Diskussion

Während alle anderen Änderungen des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes einer eingehenden **Diskussion** unterworfen waren, hat diese bei § 839 a **nicht** stattgefunden.⁶³ Der Gesetzgeber hat einen fast 25 Jahre alten Vorschlag der ZPO-Kommission⁶⁴ fast wortwörtlich übernommen in der Hoffnung, dass diese den „Stein des Weisen“ gefunden hat. 85

II. Der Grundfall: Prozessverlust aufgrund eines unrichtigen Sachverständigengutachtens ohne Möglichkeit der Korrektur auf prozessualer Ebene

Das zu lösende Sachproblem lässt sich in vier Sätzen umschreiben: Aufgrund des Gutachtens eines gerichtlich bestellten Sachverständigen ergeht eine gerichtliche Entscheidung. Im Anschluss daran stellt sich heraus, dass das **Sachverständigengutachten falsch** war. Die Entscheidung lässt sich auf prozessualen Weg nicht mehr beseitigen. Was allein in Betracht kommt, ist ein **Schadensersatzanspruch** gegen den Sachverständigen wegen des Nachteils, den die belastete Partei aufgrund der gerichtlichen Entscheidung erlitten hat. 86

III. Fallmaterial zur Verdeutlichung – maßgebliche Einteilungen

Eine solche falsche Entscheidung kann in einem **Zivil-** oder **Strafprozess** ergehen. Beeinträchtigt sein kann ein **absolut geschütztes Rechtsgut**, etwa die Freiheit oder das Eigentum, oder aber das **bloße Vermögen**. Im Regelfall wird eine **Prozesspartei** einen Nachteil erleiden. Denkbar ist aber auch, dass ein **Zeuge** einen Schaden erleidet. Die gerichtliche Entscheidung kann in einem **das Verfahren abschließenden Urteil** bestehen oder in einer **einstweiligen Anordnung**, etwa der Anordnung einer Unterbringungsmaßnahme. 87

IV. Abgrenzung zur Haftung aus § 839

Zu unterscheiden ist zwischen dem Fall, dass ein Sachverständiger eine **hoheitliche Tätigkeit** wahrnimmt, also für den Staat entscheidet, und dem Fall, dass er durch Erbringung eines Sachverständigengutachtens bloß ein **Beweismittel** liefert. Im ersten Fall geht es um Ansprüche aus der **Staatshaftung** nach § 839, während es sich im letzteren Fall um eine von § 839 a erfasste **Fallkonstellation** handelt. Um die Neuregelung des § 839 a verstehen zu können, bedarf es einer abrißartigen **Darstellung** der bisherigen (unbefriedigenden) Rechtslage. 88

V. Die zivilrechtliche Rechtsprechung bis zur Entscheidung des BVerfG vom 11.10.1978, BVerfGE 49, 304

Die Zivilgerichte haben alle möglichen **Kunststücke** aufgeführt, um den gerichtlichen Sachverständigen **so weit wie nur irgendwie möglich** davor zu bewahren, im Fall eines nachgewiesenen, für einen Schaden kausalen Kunstfehlers **zivilrechtlich zur Verantwortung** gezogen zu werden. 89

63 Einzig G. Müller (PHI 2001, 119, 122) hat – post festum – eine kurze Äußerung abgegeben.

64 Und das ohne Zitierung der Jahreszahl RE 1998, BT-Drucks 13/10435, 18; ebenso RE 2001, 69.

1. Versagung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 aus rechtspolitischen Gründen

90 Bei Anordnung eines Freiheitsentzugs aufgrund eines falschen Sachverständigengutachtens wurden folgende Argumente benutzt:⁶⁵

a) Sachverständiger ist Gehilfe des Richters – Anleihe beim Spruchrichterprivileg

91 Zwar treffe der Sachverständige keine Entscheidung, aber er sei immerhin ein Gehilfe des Richters. Durch seine Sachkunde habe er häufig eine besonders starke Stellung. Deshalb müsse er einen ähnlichen **Schutz** wie der **Richter** genießen. Verwiesen wird dabei auf das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2.⁶⁶ Dagegen ist einzuwenden, dass dieses Privileg lediglich für Entscheidungen gilt, die der materiellen Rechtskraft fähig sind. Selbst bei analoger Anwendung müsste somit dieser Teilbereich schon herausfallen, weil der Gehilfe nicht stärker geschützt werden soll als der Richter, der die Entscheidung zu fällen hat. Dazu kommt, dass der Sachverständige eben gerade nicht entscheidet, wie bei der Abgrenzung zur Staatshaftung zutreffend herausgearbeitet wird.

b) Rechtssicherheit, Gefahr von Regressprozessen

92 Würde man eine geringe Schwelle für die Haftung des Sachverständigen akzeptieren, wäre die Gefahr groß, dass es zu einer Fülle von Regressprozessen komme, in denen in anderem Gewand der bereits rechtskräftig **abgeschlossene Prozess wieder neu aufgerollt** werde.⁶⁷ Dieses Argument trägt zum einen ebenfalls nur bei Entscheidungen, die der materiellen Rechtskraft fähig sind; zum anderen besteht eben diese Gefahr auch bei **anwaltlichen Kunstfehlern**, ohne dass sich bisher jemand für eine Haftungsbeschränkung aus diesem Grund stark gemacht hat.⁶⁸

c) Staatsbürgerliche Pflicht wie ein Zeuge – Sachverständiger kann sich seiner Aufgabe nicht entziehen

93 Für einen milden Haftungsmaßstab wird ins Treffen geführt, dass ein Sachverständiger wie ein Zeuge sich seiner **Aufgabe nicht entziehen** könne. Das ist bloß in der Theorie richtig, nicht aber in der Praxis. Während es auf den konkreten Zeugen ankommt und dieser nicht substituierbar ist, ist das beim Sachverständigen sehr wohl der Fall. Wenn die Schwierigkeit des Gutachtens die Fähigkeiten oder das Fachgebiet des Sachverständigen übersteigt, kann er die Übernahme des Gutachtens verweigern; er muss dies gemäß § 407 a ZPO nur unverzüglich dem Gericht mitteilen. Aber auch wenn er bloß keine Zeit hat, wird er von den Gerichten nicht zur Übernahme gezwungen.⁶⁹ Außerdem erhält der Sachverständige im Gegensatz zum Zeugen ein **Entgelt**, sogar so viel, dass manche daraus einen beträchtlichen Teil ihres Lebensunterhalts bestreiten. Dazu kommt, dass sich ein Sachverständiger gegen das Risiko, von Verfahrensbeteiligten bei deren Schäden wegen seinen Kunstfehlern in Anspruch genommen zu werden, **versichern** kann.

d) Bewahrung der inneren Freiheit des Sachverständigen

94 Ein geringer Haftungsmaßstab sei auch deshalb erforderlich, um dem Sachverständigen seine innere Freiheit zu bewahren, die er für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens benötige. Es soll schon verhindert werden, dass auch nur die Gefahr bestehe, dass der Sachverständige in Prozesse verwickelt werde. **J. Blomeyer**⁷⁰ weist zu Recht darauf hin, dass **auch andere Berufsgruppen** häufig

⁶⁵ Prototypisch BGHZ 62, 54.

⁶⁶ So ausdrücklich in OLG Oldenburg VersR 1989, 108.

⁶⁷ RE 1998, BT-Drucks 13/10435, 18.

⁶⁸ Hopt, JZ 1974, 551.

⁶⁹ Wasner, NJW 1986, 119, 120.

⁷⁰ ZRP 1974, 214, 220.

Entscheidungen treffen müssen, bei denen sie **notwendig einer Partei weh tun**. Er nennt den Insolvenzrichter, der bei einem Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entweder bei Ablehnung den Gläubiger schädigt, dessen Forderung bei Weiterführung des Unternehmens zu einem noch geringeren Teil einbringlich wird, oder den Inhaber des Unternehmens, dem bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein unwiederbringlicher Schaden entsteht. Dazu kommt, dass ansonsten stets das **Präventionsprinzip** beschworen wird als wünschenswerter Anreiz oder erforderliche Sanktion für eine korrekte Leistungserbringung. Und was die Verwicklung in Prozesse betrifft, so ist davor niemand gefeit. Insoweit handelt es sich um ein **allgemeines Lebensrisiko**.⁷¹ Auch dieses Argument steht somit auf tönernen Füßen.

2. Bei § 823 Abs. 2 Differenzierung, ob Sachverständiger vereidigt oder nicht

Bei § 823 Abs. 2 wird eine Schutzgesetzverletzung nur bei Vereidigung des Sachverständigen angenommen, weil nur dann der Tatbestand des fahrlässigen Meineids nach § 163 StGB verwirklicht sei. Der Haken daran ist allein, dass die Vereidigung eines Sachverständigen in der Verhandlung so gut wie nie vorkommt, der **Schutz somit ein bloß theoretischer** ist.⁷²

95

3. Leitentscheidung: Fall Weigand BGHZ 62, 54

Die gesamte Problematik lässt sich in voller Schärfe am Fall Weigand darstellen: Der Münsteraner „Sozialanwalt“ Dr. Weigand hat sich auf Bitten der Verwandten um die Aufdeckung eines Mordes an einem Anwalt, der durch Gewehrschüsse ums Leben gekommen ist, bemüht. Trotz eines dringenden Tatverdachts hatten die Strafbehörden das Verfahren eingestellt. Weigand hat mit Flugblättern die Strafbehörden in ehrenrühriger Weise angegriffen, wofür er in der Folge strafgerichtlich verurteilt worden ist. Im Zuge des Strafverfahrens hat ihm der Gerichtssachverständige Unzurechnungsfähigkeit und Gemeingefährlichkeit bescheinigt. Aus diesem Grund musste er 3 Monate in einer Anstalt verbringen. Die Sachverständigen der Hauptverhandlung haben sich von diesem Gutachten distanzieren. Für die Zeit der unrechtmäßigen Einweisung verlangte Weigand Verdienstentgang und Ersatz des immateriellen Schadens. Der BGH sprach aus, dass eine Ersatzpflicht des uneidlich vernommenen Sachverständigen selbst bei **grober Fahrlässigkeit** ausscheide. Der Geschädigte müsse dies im Interesse der Rechtssicherheit hinnehmen. Im Übrigen tauchen in dieser Entscheidung die allermeisten Argumente auf, die oben erörtert worden sind. Die Literatur hat diese Entscheidung einmütig abgelehnt.⁷³

96

VI. Korrektur durch das BVerfG

Das BVerfG,⁷⁴ das sich mit eben diesem Fall zu beschäftigen hatte, gab der Verfassungsbeschwerde des Klägers Weigand statt. Es sprach zunächst aus, dass es die Unterscheidung der Haftung zwischen beeideten und unbeeideten Sachverständigen als wenig überzeugend ansehe. Es kam dann zum Kern zur Sache: Der BGH hätte eigentlich den § 823 Abs. 1 anwenden müssen, der **keinen Auslegungsspielraum** zulasse. Der BGH habe aber stattdessen Rechtsfortbildung betrieben. Das sei zwar nicht a priori unzulässig. Es gebe aber diesbezüglich Schranken, insbesondere dann, wenn die Rechtsfortbildung **gegen das Grundrecht der Freiheit** gemäß Art. 2 GG gerichtet sei. Jedenfalls

97

71 J. Blomeyer, ZRP 1974, 214, 221.

72 OLG München VersR 1984, 590; OLG Oldenburg VersR 1989, 108, 109. Von kaufmännischer Zurückhaltung geprägt dagegen RE 1998, BT-Drucks 13/10435, 18: In der Praxis erfolge Beeidigung **nicht in jedem Fall**.

73 J. Blomeyer, ZRP 1974, 214 ff.; Hellmer, NJW 1974, 556 f.; Arndt, DRiZ 1974, 185 f.; Hopt, JZ 1974, 551 ff.; Rasehorn, NJW 1974, 1172 ff.; Speckmann, MDR 1975, 461 ff.

74 BVerfGE 49, 304.

beim Haftungsausschluss grober Fahrlässigkeit sei dies verfassungswidrig. Vier Verfassungsrichter nahmen dies darüber hinaus auch schon bei leichter Fahrlässigkeit an.

VII. Gesetzgeberische Entscheidung in § 839 a: Orientierung am Mindeststandard

98 Der Gesetzgeber hat nun in § 839 a die sich aus dem Verfassungsurteil ergebenden Mindeststandards umgesetzt und diese Norm dazu benutzt, einige **Klarstellungen** vorzunehmen bzw. den Sachverständigen weiterhin, so weit das auch nur einigermaßen vertretbar ist, von der Haftung freizustellen.

1. Beseitigung der Unterscheidung zwischen beeideten und unbeeideten Sachverständigen

99 Die eingemahnte Aufgabe der haftungsrechtlichen Unterscheidung zwischen beeideten und unbeeideten Sachverständigen wurde beseitigt. Das ist zu begrüßen.

2. Gleichbehandlung von Beeinträchtigungen absolut geschützter Rechtsgüter und reiner Vermögensschäden

100 Die Gleichbehandlung von Beeinträchtigungen absolut geschützter Rechtsgüter und reiner Vermögensschäden ist zu befürworten. Schafft man die Differenzierung der Beeidigung ab, dann muss dem Geschädigten zumindest irgendeine Möglichkeit erhalten bleiben, auch Ersatz für reine Vermögensschäden verlangen zu können. Dass dies nunmehr bloß bei grober Fahrlässigkeit der Fall ist, ist ohnehin eine Haftungsverschlechterung.

3. Grobe Fahrlässigkeit – latente Gefahr der Verfassungswidrigkeit

101 An der Haftungsfreistellung für leichte Fahrlässigkeit wurde festgehalten. Es ist darauf zu verweisen, dass damit das **Risiko einer latenten Verfassungswidrigkeit** besteht. Immerhin haben vier Richter in der Weigand-Entscheidung⁷⁵ auch bei leichter Fahrlässigkeit Verfassungswidrigkeit angenommen. Dies spricht dafür, die Anforderungen an die grobe Fahrlässigkeit nicht zu hoch anzusetzen. Gewiss soll der Sachverständige nicht haften, wenn seine Meinung vertretbar war. Wenn aber der Kunstfehler eindeutig feststeht, sollte **nicht ein allzu gravierendes Fehlverhalten** verlangt werden.

4. Ersatz nur bei Urteil

a) Vertretbare Wertung bei das Verfahren abschließenden Entscheidungen

102 Nach dem Wortlaut des § 839 a Abs. 1 soll ein Ersatzanspruch nur bestehen bei einer „das Verfahren abschließenden Entscheidung“. Im Regelfall wird dies ein **Urteil** sein. In solchen Fällen haben selbst die Kritiker⁷⁶ der bisherigen Rechtsprechung konzidiert, dass dies aus Gründen der **Rechtssicherheit** vertretbar sei. Man mag die Haftungsprivilegierung im Vergleich zum Anwalt, bei dem es ebenso zum Wiederauflaufen eines Prozesses kommen kann, für wenig angemessen empfinden; die Wertung ist immerhin nachvollziehbar.

⁷⁵ Ebenda.

⁷⁶ Hopt, JZ 1974, 551; J. Blomeyer, ZRP 1974, 214, 221.

b) Keine Regelung bei anderen Entscheidungen – wie im Fall Weigand

Man fragt sich allerdings: Wie wäre der Fall Weigand heute zu entscheiden? Der Gesetzeswortlaut gibt darauf keine Antwort, ging es doch in dieser Causa gerade um **keine das Verfahren abschließende Entscheidung**. Soll die Haftungsbegrenzung auf grobe Fahrlässigkeit auch insoweit gelten? Oder soll gar kein Ersatz zustehen, weil eben keine das Verfahren abschließende Entscheidung ergeht? Das wäre aber verfassungswidrig! Oder gilt in solchen Fällen eine Einstandspflicht schon bei leichter Fahrlässigkeit? Es ist dem Gesetzgeber der Vorwurf zu machen, dass er trotz dieses spektakulären Prozesses und der damals breiten Diskussion in der Literatur diese bedeutsame Konstellation schlicht nicht geregelt hat.

103

c) Kein Ersatz bei Vergleich – gesetzgeberische Entscheidung

Der Gesetzgeber übernimmt den Vorschlag der ZPO-Kommission,⁷⁷ dass bei einem **Vergleich kein Ersatz** gebühre, weil der Geschädigte den Kausalitätsnachweis zwischen falschem Sachverständigengutachten und Inhalt des Vergleichs nicht führen könne. Das hätte man getrost dem Geschädigten überlassen können, den ohnehin die Beweislast für das Vorliegen der Kausalität trifft. Es gibt m.E. keinen erkennbaren Grund, warum der Nachweis bei einem Vergleichsschluss stets schwerer zu erbringen ist als bei einem Urteil, gibt es doch Konstellationen, in denen sowohl Vergleich als auch Urteil unmittelbar vom Sachverständigengutachten abhängen. Die vom Gesetzgeber angeordnete Rechtsfolge führt dazu, dass ein versierter Parteienvertreter selbst bei eindeutiger Prozesslage seinem Klienten niemals wird raten (können), in einen Vergleich einzuwilligen; vielmehr wird er auch in einem solchen Fall auf einem **Anerkenntnisurteil** bestehen müssen. Ob das der **Prozessökonomie** besonders förderlich ist, darf bezweifelt werden.

104

d) Zeuge hat auf Verfahrensausgang keinen Einfluss

Eine Prozesspartei hat – jedenfalls im Zivilprozess – Einfluss darauf, ob der Prozess durch Urteil oder auf andere Weise endet. Bei einem Zeugen ist dies niemals der Fall. Erleidet dieser aufgrund eines falschen Sachverständigengutachtens einen Schaden – wie dies in einer jüngeren Entscheidung in Österreich⁷⁸ der Fall war –, müsste auf der Basis des § 839 a jeglicher Ersatz versagt werden, wenn das Verfahren nicht durch Urteil endet. Das kann aber auf Umständen beruhen, die mit der Schutzwürdigkeit des Zeugen rein gar nichts zu tun haben, etwa wenn in einem Strafverfahren der Angeklagte stirbt, beim Zeugen aber die Gefahr besteht, dass er wegen des falschen Gutachtens in den Verdacht der Beteiligung an einem Betrug gerät und deshalb seine Anwaltszulassung verliert. Ein Ausweg erscheint nur dadurch möglich, als man – entgegen der Intention des Gesetzgebers – **§ 839 a insoweit doch nicht als abschließende Regelung** ansieht. Ansonsten wären gravierende Rechtsschutzlücken nicht zu vermeiden. Es stellt sich dann allerdings die Frage, ob die Haftungseinschränkung auf grobe Fahrlässigkeit als gesetzgeberische Wertentscheidung auch in einem solchen Fall zu respektieren ist, was im Zweifel zu bejahen ist.

105

e) Analoge Anwendung für von Behörden bestellte Sachverständige

Konzipiert ist die Regelung für **Gerichtssachverständige**. Wegen der vergleichbaren Interessenlage erscheint es aber angezeigt, § 839 a auf Sachverständige, die von **Behörden** bestellt werden, um deren Sachkunde bei der Entscheidungsfindung zu verwerten, **analog** anzuwenden.⁷⁹ Hätte der Gesetzgeber auch an diesen Fall gedacht, hätte er den Gesetzeswortlaut etwas weiter formulieren können.

106

77 Bericht der ZPO-Kommission (1977), S. 142, 143.

78 OGH JBI 2001, 227.

79 So auch J. Blomeyer, ZRP 1974, 214, 221. Vgl. dazu BGH NJW 2001, 3115 (Kannowski/Zumbansen, NJW 2001, 3102).

5. Verweis in § 839 a Abs. 2 auf § 839 Abs. 3 – systemfremd, weil Sachverständige formell keine Entscheidungsträger

- 107 Wie im Staatshaftungsrecht ist auch bei der Haftung des Sachverständigen Voraussetzung, dass der Schaden nicht durch ein Rechtsmittel abwendbar war. Es wird hier anstelle des im Haftpflichtrecht ansonsten geltenden Prinzips des **Mitverschuldens** das der **Kulpakompensation** angeordnet. Diese weitere vom Geschädigten zu nehmende Hürde wurde im Interesse der möglichst weitgehenden Haftungsfreistellung des Gerichtssachverständigen errichtet. **Systemkonform** ist diese Regelung **nicht**, weil der Sachverständige eben anders als ein Richter gerade nicht entscheidet.

6. Abschließende Regelung

- 108 Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Regelung des § 839 a abschließend sein. Das bedeutet, dass der Geschädigte bei Versagung seines Anspruchs auf der Basis dieser Norm nicht Ersatz gestützt auf weitere Anspruchsgrundlagen verlangen können soll. Das dient der Verfahrensvereinfachung. Ob die Rechtsprechung das durchhalten kann, erscheint fraglich, hat doch schon diese erste Analyse gezeigt, dass manche regelungsbedürftige Fälle gerade nicht erfasst sind. Dass offen ist, wie ein Sachverhalt wie der des Falls Weigand nun zu entscheiden ist, ist gewiss eine **gesetzgeberische Fehlleistung**. Bedauerlich ist auch, dass es die **Literatur** durch ihr **beharrliches Schweigen** zu einer solchen Panne hat kommen lassen. Diese **Untätigkeit** ist **nicht zu entschuldigen**; sie kann nur damit **erklärt** werden, dass es sich dabei um eine Frage handelt, die an der Schnittstelle zwischen Haftungs- und Prozessrecht liegt, so dass sich weder die einen noch die anderen dafür zuständig gefühlt haben.

7. Rechtsfolgen für Haftung von Zeugen

- 109 Abschließend sei noch darauf verwiesen, dass die Haftung von Zeugen und Sachverständigen häufig in einem Atemzug angesprochen worden ist.⁸⁰ Der Gesetzgeber hat die gerichtlichen Sachverständigen haftungsrechtlich privilegiert. Es gibt indes **gute Gründe**, warum **Zeugen weniger streng** haften sollen. Diese können sich ihrer Aussage in der Tat **nicht entziehen**. Sie erhalten auch **kein Entgelt** und können sich gegen das Risiko **nicht versichern**. Wenn die Anknüpfung an die Ablegung eines Eids in der Verhandlung für das Haftungsrecht keine Bedeutung haben soll, dann müsste das auch für die Zeugen gelten. Insgesamt spricht vieles dafür, auch die Zeugen nur mit Glattehandschuhen anzufassen, wenn man bei den Sachverständigen so verfährt.

80 BGHZ 42, 313; Arndt, Anm. zu LM Art. 34 GG Nr. 90.