

Die Ausweitung des Schmerzensgeldes ohne Bagatellschwelle

Vereinbarkeit der Neuregelung mit dem Schadensersatzsystem des BGB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Katrin Ohliger
aus Haan

2004

Erstgutachter: Frau Prof. Dr. Inge Scherer

Tag der mündlichen Prüfung: 04.02.2004

Inhaltsverzeichnis:

Literaturverzeichnis:.....	IV
I. Einleitung	1
1. Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften....	1
2. Bisherige Reformbestrebungen	3
3. Der Regierungsentwurf	3
4. Ziel der vorliegenden Arbeit	5
II. Die bisherige Regelung des Schmerzensgeldes in § 847 BGB	7
1. Funktionen.....	9
a) Die Ausgleichsfunktion.....	9
b) Die Genugtuungsfunktion	10
c) Weitere Funktionen	11
2. Höhe	13
3. Geschichtliche Entwicklung.....	13
a) Ursprüngliche Regelung des BGB	13
b) Weitere Entwicklung.....	17
(1) Änderungen des BGB.....	17
(2) Rechtsprechung	18
III. Erweiterung	20
1. Allgemeines.....	20
a) Argumente für eine Beschränkung.....	20
(1) Das Volksempfinden	20
(2) Ermessensproblematik	21
(3) Anreiz zu Prozessen	22
(4) Fehlende Umrechenbarkeit.....	23
(5) Die Kostenfrage.....	25
b) Argumente gegen eine Beschränkung	26
(1) Prinzip der Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit.....	26
(2) Grundgesetzliche Forderung?.....	28
(3) Der Schutzzweck.....	30
(4) Verhältnis von Vermögens- und Nichtvermögensschäden	31
c) Fazit.....	33
2. Vertragliche Haftung	33
a) Möglichkeit einer Vertragsstrafe.....	33
b) Das Wesen der vertraglichen Haftung.....	34
c) Verbesselter Opferschutz	36
d) Schlussfolgerung	38
e) Vertragliche Haftung ohne Verschulden	38

II

3.	Gefährdungshaftung	40
a)	Prinzip der Verschuldenshaftung	40
b)	Die Genugtuungsfunktion	43
c)	Ziel	46
d)	Höhe	47
e)	Rechtspolitische Gründe	50
f)	Fazit.....	52
4.	Schlussfolgerung	52
IV.	Die Bagatellschwelle	53
1.	Bestehende Ausnahmen im geltenden Recht	54
a)	Persönlichkeitsrechte.....	55
b)	§ 611a Abs. 3 BGB.....	56
c)	Haftungshöchstbeträge	56
d)	Anspruchsausschlüsse	57
e)	Untergrenzen	58
(1)	Pflichtversicherungsgesetz	58
(2)	Produkthaftungsgesetz.....	58
(3)	Arzneimittelgesetz.....	61
2.	Andere Rechtfertigungsgründe.....	62
a)	Sozialadäquanz.....	62
b)	Funktionen des Schmerzensgeldes.....	64
(1)	Ausgleichsfunktion.....	64
(2)	Genugtuungsfunktion	65
c)	Kompensation.....	67
d)	Bessere Entschädigung von Schwerverletzten	70
e)	Entlastungseffekt.....	72
f)	Missbrauchsproblematik	74
g)	Eigenart des immateriellen Schadens.....	74
3.	Weitere Kritikpunkte.....	77
a)	Der Grundsatz des <i>neminem laedere</i>	77
b)	Rechtsfortsetzungsgedanke	78
c)	Das Verhältnis zum Strafrecht	79
d)	Die Präventionswirkung	81
e)	Ungereimtheiten innerhalb des Regelungsvorschlags.....	84
(1)	Gewichtung der Funktionen	84
(2)	Opferschutz	85
(3)	Beweislast.....	86
(4)	Vergleich zum Ersatz des Vermögensschadens	87
f)	Verstärkung uneinheitlicher Rechtsprechung.....	88

III

4.	Die Höhe der Bagatellschwelle	89
a)	Vorstellungen des Entwurfs	89
b)	Verletzungskatalog Prof. Dr. Düben	91
c)	„Bagatelle“	93
d)	Berücksichtigung einzelner Bemessungskriterien.....	98
(1)	Genugtuungsbedürfnis.....	99
(2)	Mitverschulden.....	100
V.	Fazit.....	103
VI.	Anhang: Einschätzung der Versicherungswirtschaft.....	105
1.	Zur Situation in der Versicherungswirtschaft.....	105
2.	Stellungnahmen aus der Versicherungswirtschaft.....	108
VII.	Schlusswort	116

Literaturverzeichnis:

- Bar, Christian von: Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?
Gutachten zum 62. Deutschen Juristentag,
München 1998
(zit.: von Bar)
- Bollweg, Hans-Georg: Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht?,
Beitrag zum 38. Deutschen Verkehrsgerichtstag, S. 91,
Hamburg 2000
(zit.: Bollweg - VGT)
- Bollweg, Hans-Georg: 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz: Regierungsentwurf vom 24.9.2001,
in: zfs, Sonderheft 2002, 1
(zit.: Bollweg – Schadensersatzrechtsänderungsgesetz)
- Braschos, Franz-Joseph: Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht,
Köln; Berlin; Bonn; München 1978
(zit.: Braschos)
- Deutsch, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht,
2. Auflage,
Köln; Berlin; Bonn; München 1996
(zit.: Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht)
- Deutsch, Erwin: Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung,
in: ZRP 2001, 351
(zit.: Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung)
- Deutsch, Erwin: Über die Zukunft des Schmerzensgeldes,
in: ZRP 1998, 291
(zit.: Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes)
- Deutsch, Erwin/ Ahrens, Hans-Jürgen:
Deliktsrecht,
4. Auflage,
Köln; Berlin; Bonn; München 2002
(zit.: Deutsch/ Ahrens)
- Deutsch, Erwin/ Lippert, Hans-Dieter (Hrsg.):
Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG),
Berlin; Heidelberg; New York 2001
(zit.: Deutsch/ Lippert)
- Deutscher Anwaltverein: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften,
in: NZV 2001, 339
(zit.: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins)

- Diedrich, Frank: Schließt § 253 BGB den Ersatz immaterieller Personenschäden auch bei pVV und c.i.c. aus?,
in: MDR 1994, 525
(zit.: Diedrich)
- Dornwald, Werner: Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht?,
Beitrag zum 38. Deutschen Verkehrsgerichtstag, S. 105,
Hamburg 2000
(zit.: Dornwald)
- Elsner, Jörg: Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht?,
in: zfs 2000, 233
(zit.: Elsner)
- Erman (Hrsg.: Westermann, Harm Peter):
Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, §§ 1-853 BGB,
HausTWG, ProdHaftG, SchuldRAnpG, VerbrKrG,
10. Auflage,
Köln 2000
(zit.: Erman/ Bearbeiter)
- Esser, Josef/ Weyers, Hans-Leo:
Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil,
7. Auflage,
Heidelberg 1991
(zit.: Esser/ Weyers)
- Freise, Rainer: Die Entwürfe für ein Zweites Schadensersatzrechtsänderungsgesetz,
in: VersR 2001, 539
(zit.: Freise)
- GDV:
Jahrbuch des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft, Die deutsche Versicherungswirtschaft,
Karlsruhe 2001
(zit.: Jahrbuch)
- Geiß, Karlmann: Konfliktbewältigung durch die Justiz,
in: DAR 1998, 416
(zit.: Geiß)
- Hacks, Susanne: Reform des Schmerzensgeldanspruchs,
in: DAR 1977, 181
(zit.: Hacks – Reform des Schmerzensgeldanspruchs)
- Hacks, Susanne: Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen,
in: NJW 1975, 1450
(zit.: Hacks – Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen)
- Hacks, Susanne/ Ring, Ameli/ Böhm, Peter:
Schmerzensgeldbeträge,
19. Auflage,
München 1999
(zit.: Hacks/ Ring/ Böhm)

- Heß, Rainer/ Jahnke, Jürgen:
Das neue Schadensrecht,
München 2002
(zit.: Heß/ Jahnke)
- Hohloch, Gerhard:
Empfiehl sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung
des Schadensrechts (§§ 249-255 BGB)?,
in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des
Schuldrechts, Band I, S. 375,
Köln 1981
(zit.: Hohloch)
- Honsell, Heinrich:
Die Funktion des Schmerzensgeldes,
in: VersR 1974, 205
(zit.: Honsell)
- Huber, Christian:
Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz,
in: DAR 2000, 20
(zit.: Huber)
- Hupfer, Heinz:
Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallopfern,
in: JZ 1977, 781
(zit.: Hupfer)
- Jaeger, Lothar:
Verlagerung der Schmerzensgeldregelung vom Delikts-
recht in das allgemeine Schuldrecht,
in: ZGS 2002, 54
(zit.: Jaeger)
- Jaeger, Lothar/ Luckey, Jan:
Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz - Ein
Überblick über das neue Recht,
in: MDR 2002, 1168
(zit.: Jaeger/ Luckey)
- Jahnke, Jürgen:
Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
und des (geplanten) 2. Schadensrechtsänderungsgesetzes
auf die Regulierung von Personenschadenansprüchen,
in: zfs 2002, 105
(zit.: Jahnke)
- Jakobs, Horst Heinrich/ Schubert, Werner (Hrsg.):
Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
Recht der Schuldverhältnisse I., §§ 241-432,
Berlin; New York 1978;
Recht der Schuldverhältnisse III., §§ 652-853,
Berlin; New York 1983
(zit.: Jakobs/ Schubert)
- Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo:
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
Kommentar,
5. Auflage,
München 2000
(zit.: Jarass/ Pieroth)

- Jauernig, Othmar (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch,
9. Auflage,
München 1999
(zit.: Jauernig/ Bearbeiter)
- Karczewski, Christoph: Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften,
in: VersR 2001, 1070
(zit.: Karczewski)
- Katzenmeier, Christian: Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld,
in: JZ 2002, 1029
(zit.: Katzenmeier)
- Kaufmann, Ekkehard: Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB,
in: AcP 162, 421
(zit.: Kaufmann)
- Kern, Bernd-Rüdiger: Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht?,
in: AcP 191, 247
(zit.: Kern)
- Klein, Stefanie: Der zivilrechtliche Schutz des einzelnen vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Sensationspresse,
Frankfurt am Main 2000
(zit.: Klein)
- Köndgen, Johannes: Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden,
Berlin 1976
(zit.: Köndgen)
- Körner, Marita: Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente,
in: NJW 2000, 241
(zit.: Körner)
- Kötz, Hein: Gefährdungshaftung: Empfiehlt sich eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der gesetzlichen Vorschriften über die Gefährdungshaftung im BGB und erscheint es erforderlich, das Recht der Gefährdungshaftung weiterzuentwickeln?,
in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, S. 1779,
Köln 1981
(zit.: Kötz – Gutachten)
- Kötz, Hein: Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?,
in: VersR 1982, 624
(zit.: Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?)
- Kötz, Hein: Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung,
in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, S. 389,
Tübingen 1978
(zit.: Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung)

VIII

- Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard:
Deliktsrecht,
9. Auflage,
Neuwied; Kriftel 2001
(zit.: Kötz/ Wagner)
- Kübel, Franz Philipp von (Hrsg.: Schubert, Werner):
Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur
Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbu-
ches,
Recht der Schuldverhältnisse Teil 3, Besonderer Teil II,
Berlin; New York 1980
(zit.: von Kübel)
- Küppersbusch, Gerhard: Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung? – Wirtschaftli-
che Auswirkungen in der Autoversicherung -,
in: VersR 1982, 618
(zit.: Küppersbusch)
- Kürschner, Wolfgang: Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?,
in: NZV 1995, 6
(zit.: Kürschner)
- Lange, Hermann: Schadensersatz,
2. Auflage,
Tübingen 1990
(zit.: Lange)
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil,
14. Auflage,
München 1987
(zit.: Larenz)
- Lieberwirth, Ralf: Das Schmerzensgeld,
3. Auflage,
Heidelberg 1965
(zit.: Lieberwirth)
- Lorenz, Egon: Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in
Geld“,
Berlin 1981
(zit.: Lorenz)
- Macke, Peter: Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschä-
den,
in: DAR 2000, 506
(zit.: Macke)
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman:
Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 1-11,
Stand: Juli 2001
(zit.: Maunz/ Dürig/ Herzog)

- Mayenburg, David von: Nur Bagatellen? – Einige Bemerkungen zur Einführung von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung im Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften,
in: VersR 2002, 278
(zit.: von Mayenburg)
- Medicus, Dieter: Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht?,
Beitrag zum 38. Deutschen Verkehrsgerichtstag, S. 121,
Hamburg 2000
(zit.: Medicus)
- Möring, Philipp/ Nicolini, Käte:
Urheberrechtsgesetz, Kommentar,
2. Auflage,
München 2000
(zit.: Möring/ Nicolini/ Bearbeiter)
- Moog, Hans-Günther: Reform des Schmerzensgeldanspruchs?,
in: VersR 1978, 304
(zit.: Moog)
- Müller, Gerda: Das reformierte Schadensersatzrecht,
in: VersR 2003, 1
(zit.: Müller – Das reformierte Schadensersatzrecht)
- Müller, Gerda: Zum Ausgleich des immateriellen Schadens nach § 847 BGB,
in: VersR 1993, 909
(zit.: Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens)
- Müller, Gerda: Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften,
in: ZRP 1998, 258
(zit.: Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
(Hrsg.: Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland):
Band 1, §§ 1-240 BGB, AGBG,
4. Auflage, München 2001,
Band 2, §§ 241-432 BGB,
3. Auflage, München 1994,
Band 2, §§ 241-432 BGB, FernAbsG,
4. Auflage, München 2001,
Band 5, §§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftGG,
3. Auflage, München 1997
(zit.: MüKo/ Bearbeiter)
- Nehlsen-v. Stryk, Karin: Schmerzensgeld ohne Genugtuung,
in: JZ 1987, 119
(zit.: Nehlsen-v. Stryk)
- Nixdorf, Wolfgang: Mysterium Schmerzensgeld,
in: NZV 1996, 89
(zit.: Nixdorf)

- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch,
61. Auflage,
München 2002
(zit.: Palandt/ Bearbeiter)
- Rauscher, Thomas: Die Schadensreform –Vergleich der neuen Regelungen mit
der bisherigen Rechtslage,
in: Jura 2002, 577
(zit.: Rauscher)
- Reichsgerichtsrätekommentar:
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichti-
gung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bun-
desgerichtshofs, Kommentar, Band II, 6. Teil, §§ 832-853,
12. Auflage,
Berlin; New York 1989
(zit.: RGRK/ Bearbeiter)
- Scheffen, Erika: Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für
Verletzungen,
in: ZRP 1999, 189
(zit.: Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des
Schmerzensgeldes)
- Scheffen, Erika: Umdenken im Haftungsrecht,
in: NZV 1995, 218
(zit.: Scheffen – Umdenken im Haftungsrecht)
- Schiemann, Gottfried: Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Scha-
densrechts,
München 1981
(zit.: Schiemann)
- Schlechtriem, Peter: Vertragliche und außervertragliche Haftung: Empfiehlt es
sich, das Verhältnis von vertraglicher und außervertragli-
cher Haftung durch den Gesetzgeber neu zu ordnen, die
Bereiche beider Haftungsarten neu abzugrenzen und ihre
Ausgestaltung einander anzugleichen?,
in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des
Schuldrechts, Band II, S. 1591,
Köln 1981
(zit.: Schlechtriem)
- Schwerdtner, Peter: Grundzüge des Schadensersatzrechts (I),
in: Jura 1987, 142
(zit.: Schwerdtner)
- Soergel, Hans Theodor (Begr.):
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2,
§§ 241-432,
12. Auflage,
Stuttgart; Berlin; Köln 1990
(zit.: Soergel/ Bearbeiter)

- Staudinger: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
 §§ 249-254, 13. Bearbeitung, Berlin 1998,
 §§ 611-615, 13. Bearbeitung, Berlin 1999,
 §§ 823-825, 13. Bearbeitung, Berlin 1999,
 §§ 833-853, 12. Auflage, Berlin 1986
 (zit.: Staudinger/ Bearbeiter)
- Steffen, Erich: Die Aushilfaufgaben des Schmerzensgeldes,
 in: Festschrift für Walter Odersky, S.723,
 Berlin; New York 1996
 (zit.: Steffen – Aushilfaufgaben des Schmerzensgeldes)
- Steffen, Erich: Rechtsgespräch mit Erich Steffen,
 in: ZRP 1998, 147
 (zit.: Steffen – Rechtsgespräch)
- Stoll, Hans: Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den
 45. Deutschen Juristentag,
 München; Berlin 1964
 (zit.: Stoll – Gutachten)
- Stoll, Hans: Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht,
 Heidelberg 1993
 (zit.: Stoll – Haftungsfolgen)
- Thüsing, Gregor: Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch,
 in: VersR 2001, 285
 (zit.: Thüsing - Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch)
- Thüsing, Gregor: Das Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel,
 in: ZRP 2001, 126
 (zit.: Thüsing - Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel)
- Tröndle, Herbert/ Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze,
 51. Auflage,
 München 2003
 (zit.: Tröndle/ Fischer)
- Wagner, Gerhard: Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz,
 in: NJW 2002, 2049
 (zit.: Wagner)
- Wessels, Johannes/ Beulke, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil,
 31. Auflage,
 Heidelberg 2001
 (zit.: Wessels/ Beulke)

I. Einleitung

1. Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften

Der Deutsche Bundestag hat am 18. April 2002 das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften verabschiedet¹, das am 31. Mai 2002 den Bundesrat passiert hat und am 1. August 2002 in Kraft getreten ist². Die Schwerpunkte dieser Änderung liegen neben dem Straßenverkehrsgesetz und Arzneimittelgesetz vor allem im BGB, wobei sich als Folge auch Änderungen in vielen Gefährdungshaftungsgesetzen ergeben.

Bereits gegen Ende der 13. Legislaturperiode hatte die alte Bundesregierung einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Schadensrechts vorgelegt³, der in der Kürze der Zeit jedoch nicht mehr verabschiedet wurde, sondern an der Diskontinuität des Bundestages scheiterte. An diesen Entwurf anknüpfend, aber doch mit einigen Veränderungen hat die neue Bundesregierung am 19. Februar 2001 einen Referentenentwurf vorgelegt, der nach Überarbeitung am 24. September vom Bundeskabinett beschlossen wurde⁴. Der Bundesrat hat dazu am 9. November Stellung genommen⁵, worauf am 5. Dezember 2001 eine Gegenäußerung der Bundesregierung erfolgte⁶. Am 13. Dezember hat der Bundestag den Entwurf in erster Lesung an die Ausschüsse überwiesen⁷, woraufhin noch einmal Änderungen vorgenommen wurden.

Ziel des Gesetzes soll nach dem Regierungsentwurf sein „das Schadensersatzrecht unter Berücksichtigung der Interessen aller Betroffenen fortzuschreiben und neueren Entwicklungen und Erkenntnissen anzupassen“⁸. Dabei soll vor allem eine Umschichtung vom Sachschadens- zum Personenschadensausgleich erfolgen und innerhalb des letzteren von den leichteren Verletzungen hin zu den schweren und nur längerfristig ausheilenden oder gar mit Dauerfolgen verbleibenden⁹. Dabei betreffen die wesentlichen Neuregelungen folgende Punkte:

¹ BT-Drucks. 14/ 8780.

² BR-Drucks. 358/ 02.

³ BT-Drucks. 13/ 10435.

⁴ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 1ff.

⁵ BR-Drucks. 742/ 01.

⁶ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 53.

⁷ Plenarprotokoll 14/ 208, S. 20655.

⁸ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 1.

⁹ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 11.

Im Bereich der Arzneimittelhaftung soll der Geschädigte durch Beweiserleichterungen in Form einer Kausalitätsvermutung und die Einführung eines Auskunftsanspruchs gegenüber dem pharmazeutischen Unternehmen und den zuständigen Behörden haftungsrechtlich besser gestellt werden, §§ 84, 84a n.F. AMG.

Im Straßenverkehrsrecht ist die Altersgrenze, bis zu der die Verantwortlichkeit von Kindern bei Unfällen ausgeschlossen ist, auf zehn Jahre angehoben worden, § 828 Abs. 2 n.F. BGB. Gleichzeitig wurde die Kfz-Halterhaftung verschärft, indem sie zum einen auf Anhänger und alle Fahrzeuginsassen – nicht nur die entgeltlich und geschäftsmäßig beförderten – ausgedehnt wurde und zum anderen ein Haftungsausschluss nur noch bei höherer Gewalt eintritt, §§ 7, 8a n.F. StVG.

Für verschiedene Gefährdungshaftungstatbestände sind die Haftungshöchstgrenzen erhöht, harmonisiert und auf Euro umgestellt worden.

Die wohl wichtigsten Regelungen aber betreffen das BGB. Hier ist einmal die Sachschadensberechnung dahingehend geändert worden, dass nach § 249 Abs. 2 S. 2 n.F. BGB die Umsatzsteuer nur noch dann zu erstatten ist, wenn sie tatsächlich angefallen ist, also nicht mehr in Fällen, in denen die fiktiven Reparaturkosten auf Gutachtenbasis verlangt werden.

Der andere wichtige Punkt betrifft das Schmerzensgeld, das Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein soll. Der Schmerzensgeldanspruch wird nunmehr in § 253 Abs. 2 n.F. BGB geregelt, § 847 BGB ist dafür aufgehoben worden. Das hat zur Folge, dass der Anspruch jetzt auf alle Anspruchsgrundlagen Anwendung findet - insbesondere also auch auf die vertragliche und die Gefährdungshaftung - und nicht mehr nur im Deliktsrecht gilt.

§ 253 BGB ist wie folgt geändert worden:

- a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.
- b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.

2. Bisherige Reformbestrebungen

Schon seit längerem ist über eine Neuregelung des Schmerzensgeldanspruchs nachgedacht worden und in den vergangenen Jahren hat es bereits mehrere Reformentwürfe gegeben. So legte in den Jahren 1967 und 1975 das Bundesjustizministerium Entwürfe vor, die den Schmerzensgeldanspruch auch auf die Gefährdungshaftung erstreckten¹⁰. Im April 1988 stellte das Bayerische Staatsministerium der Justiz den Entwurf einer Ergänzung des § 847 Abs. 1 BGB vor, der Schmerzensgeld für Bagatellverletzungen ausschließen sollte. Die Gesetzesinitiative wurde aber nicht weiter verfolgt¹¹.

Der Entwurf von 1998¹² schließlich sah Änderungen der §§ 253, 847 BGB derart vor, dass nach dem geplanten § 253 Abs. 2 BGB ein Schmerzensgeld auch bei Gefährdungshaftung verlangt werden konnte, wenn eine schwerwiegende und dauerhafte Beschädigung von Körper oder Gesundheit vorlag. In § 847 Abs. 2 BGB wurde das „normale“, verschuldensabhängige Schmerzensgeld – außer für Vorsatztaten – daran geknüpft, dass der Schaden „nicht geringfügig“ sein durfte. Insbesondere an der Vielzahl unterschiedlich hoher Schwellen für die Gewährung des Schmerzensgeldes hat sich die Kritik entzündet¹³, so dass es bis zum Ende der Legislaturperiode im Herbst 1998 nicht zur Verabschiedung einer Reform kam.

3. Der Regierungsentwurf

Die neue Bundesregierung hat unter anderem dieser Kritik Rechnung getragen und am 24. September 2001 im Kabinett den oben erwähnten Gesetzesentwurf verabschiedet, der verschiedene Regelungen modifizierte, sich aber doch vom Konzept her stark an den Entwurf von 1998 anlehnte.

Schon dieser Entwurf wollte – wie das nun verabschiedete Gesetz - die Schmerzensgeldregelung aus dem Deliktsrecht herausnehmen und ins allgemeine Schuldrecht überführen mit der Folge, dass die Vorschrift auf grundsätzlich alle privatrechtlichen Schadensersatzverpflichtungen anwendbar würde, also nicht nur auf Gefährdungshaftung, sondern etwa auch auf vertragliche Anspruchsgrundlagen. Voraussetzung sollte jedoch weiterhin die Verletzung der aufgezählten Rechtsgüter sein. Zum Ausgleich

¹⁰ Geiß, S. 420; Scheffen – Umdenken im Haftungsrecht, S. 218; Kürschner, S. 6.

¹¹ Hacks/ Ring/ Böhm¹⁵, S. 13.

¹² BT-Drucks. 13/ 10435, S. 4f.

war jedoch eine einheitliche Bagatellschwelle – außer für Vorsatztaten – vorgesehen, die nicht nach dem Haftungsgrund unterschied.

Die danach als neuer § 253 Abs. 2 BGB geplante Vorschrift sollte lauten:

„(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden, wenn

1. die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt wurde oder
2. der Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist.“

Dafür sollte wiederum § 847 BGB gestrichen werden. In verschiedenen Sondergesetzen sollte die Anwendbarkeit dieses neuen § 253 Abs. 2 BGB darüber hinaus noch einmal explizit angeführt werden, zum Beispiel in §§ 87 AMG, 11 StVG, 6 HaftpflG, 36 LuftVG, 8 ProdHaftG, 13 UmwelthaftG und 29 Abs. 2 AtomG, wie es das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz jetzt ebenfalls bestimmt.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem Regierungsentwurf und der verabschiedeten Gesetzesfassung hinsichtlich des Schmerzensgeldes ist also die zunächst vorgesehene und im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gestrichene Bagatellschwelle, über deren Sinn und Zweck kontrovers diskutiert worden ist. Dass diese jetzt nicht Gesetz geworden ist, bedeutet aber noch lange nicht, dass sie damit endgültig abgelehnt ist und vergessen werden kann. Nach dem Regierungsentwurf war sie als Kompensation für die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Anspruchsgrundlagen gedacht und sollte die Konzentration der zur Verfügung stehenden Mittel auf die Fälle schwererer Verletzungen ermöglichen¹⁴.

Nachdem die Rechtsprechung bereits in Fällen besonders leichter Beeinträchtigungen ein Schmerzensgeld versagt¹⁵ und die Versicherungen immer daran interessiert sein werden, ihre Regulierungsverpflichtungen zu begrenzen, ist zu vermuten, dass die Einführung einer derartigen Bagatellschwelle über kurz oder lang wieder zur Diskus-

¹³ Karczewski, S. 1071; Geiß, S. 420f; Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes, S. 261; Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 191; Freise, S. 542, 544.

¹⁴ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 16.

¹⁵ Etwa BGH NJW 1992, 1043; OLG Koblenz, NJW 2000, 963.

sion stehen wird, erst recht, wenn es durch die Neuregelung zu Prämien erhöhungen kommen sollte. Daher soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit die Möglichkeit einer entsprechenden Regelung ebenfalls untersucht werden und insofern vom Regierungsentwurf vom 24. September 2001 ausgegangen werden, der sowohl den ausweitenden Teil – der jetzt Gesetz geworden ist – als auch eine Bagatellschwelle als einschränkende Regelung enthält.

4. Ziel der vorliegenden Arbeit

Sowohl in der Begründung zum Regierungsentwurf als auch in der Diskussion darüber dominieren rechtspolitische Argumente für und gegen die Neuregelung, was in Anbetracht der Tatsache, dass sowohl für die Politiker als auch für die Rechtsanwender und natürlich die Betroffenen selbst vor allem die tatsächlichen Folgen einer solchen Reform von Interesse sind, nicht weiter verwunderlich erscheint. Rechtsdogmatische Argumente werden daneben nur ergänzend und je nach vertretenem Standpunkt herangezogen, um die eigene Meinung zu untermauern. Umfassende und tiefergehende Untersuchungen diesbezüglich sind demgegenüber – soweit ersichtlich – zu diesem Thema noch nicht vorgenommen worden.

Aus juristischer Sicht stellen sich jedoch noch andere Fragen. Denn die Änderung betrifft ja einen speziellen Punkt innerhalb des BGB, eines seit über 100 Jahren bestehenden Systems, das über die einzelnen Regelungen hinausgehenden Grundsätzen folgt, die für die gesamte Kodifikation gelten. Zudem hatte der ursprüngliche BGB-Gesetzgeber natürlich auch seine Gründe, die Schmerzensgeldregelung in der Weise auszugestalten, wie es geschehen ist. Die vorliegende Arbeit hat es sich daher zum Ziel gesetzt, die im Regierungsentwurf vom 24. September 2001 vorgesehene Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit den Prinzipien des BGB und dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu untersuchen, wobei selbstverständlich zu beachten ist, dass sich die Verhältnisse und Wertvorstellungen in den letzten 100 Jahren deutlich gewandelt haben. Rechtspolitische Argumente sollen dabei zwar nicht außer Betracht bleiben, aber doch eher nur ergänzend herangezogen werden, so dass die rechtsdogmatischen und -systematischen Fragen eindeutig im Vordergrund stehen.

Dabei bietet es sich an, die beiden Bereiche des Entwurfs getrennt daraufhin zu betrachten, wie sie sich in das geltende Recht einfügen: Zum ersten die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Schmerzensgeldes durch die Verlagerung ins allgemeine Schuldrecht und zweitens die Einschränkung des Schmerzensgeldanspruchs gegen-

über der gegenwärtigen Rechtslage durch die Einführung der Bagatellschwelle. Mögen sie auch nach der gesetzgeberischen Konzeption durch den Gedanken der wirtschaftlichen Kompensation – insbesondere für die Haftpflichtversicherungen – verbunden sein¹⁶, so werden doch für beide Bestimmungen unterschiedliche Überlegungen relevant, wie schon an den gegenläufigen Regelungstendenzen erkennbar ist.

Zum besseren Verständnis der Arbeit soll vorweg in einem Abschnitt die Geschichte und bisherige Regelung des Schmerzensgeldes – vor dem Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetz - dargestellt werden, woran sich dann die eigentliche Untersuchung anschließt.

Zum Schluss soll dieser rechtstheoretischen Betrachtung eine kurze Einschätzung der Versicherungsbranche gegenübergestellt werden, die naturgemäß praxisbezogener ausfallen muss. Da die Versicherungen von der Neuregelung jedenfalls direkt betroffen sind, erfolgt deren Beurteilung aus einem anderen Blickwinkel heraus, der dementsprechend auch andere Faktoren mit einbezieht. Um hier ein repräsentatives Bild zu erhalten, sind im Rahmen dieser Arbeit zahlreiche Versicherungen um eine Stellungnahme gebeten worden, und zwar zunächst im Vorfeld zu dem ursprünglichen Entwurf und noch einmal nach Inkrafttreten der Reform.

¹⁶ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 16.

II. Die bisherige Regelung des Schmerzensgeldes in § 847

BGB

Im bislang geltenden Recht – vor der Neuregelung durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften - war § 847 BGB die wichtigste Ausnahme zu § 253 a.F. BGB¹⁷, wonach Ersatz für Nichtvermögensschäden nur in den vom Gesetz ausdrücklich genannten Fällen verlangt werden konnte. Im Falle der Verletzung von Körper oder Gesundheit, der Freiheitsentziehung oder eines Sittlichkeitsdelikts gegen eine Frau konnte hiernach wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden war, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden.

Ausweislich seiner formalen Stellung im Titel der unerlaubten Handlungen ist der Schmerzensgeldanspruch als bürgerlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch charakterisiert worden¹⁸, der bei allen Tatbeständen von unerlaubten Handlungen Anwendung fand, darüber hinausgehend aber auf andere Tatbestände – insbesondere der Gefährdungshaftung oder Ansprüche aus Vertrag – nicht angewandt werden konnte¹⁹. Für diese galt die Grundregel des § 253 a.F. BGB, die als Norm des allgemeinen Schuldrechts für alle privatrechtlichen Schadensersatzverpflichtungen und sonstiges Sonderprivatrecht anwendbar war²⁰. Somit waren Nichtvermögensschäden in diesen Fällen normalerweise nicht ersatzfähig, es sei denn, es lag eine Sonderregelung etwa im jeweiligen Spezialgesetz zu den Gefährdungshaftungen vor, wie es beispielsweise in §§ 29 Abs. 2 AtomG, 53 Abs. 3 LuftVG, die Schmerzensgeld gewährten, der Fall war, oder es waren im Rahmen des Vertragsrechts die Voraussetzungen des § 651f Abs. 2 BGB erfüllt, der eine Entschädigung für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit vorsah.

Aus der Anwendbarkeit des § 847 BGB auf alle Tatbestände der unerlaubten Handlungen ergab sich, dass ein Verschulden des Anspruchsgegners zwar regelmäßige, aber nicht zwingende Voraussetzung des Schmerzensgeldanspruchs war²¹, denn zu den unerlaubten Handlungen des 25. Titels gehören ebenfalls die Gefährdungshaftung des Tierhalters aus § 833 S. 1 BGB und die Billigkeitshaftung des § 829 BGB,

¹⁷ Staudinger¹²/ Schäfer, § 847, Rn. 2; Jauernig⁹/ Teichmann, § 847, Rn. 1; Freise, S. 40.

¹⁸ BGH VersR 1952, 397; NJW 1955, 1675; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 910.

¹⁹ Palandt⁶¹/ Thomas, § 847, Rn. 2f.; Jauernig⁹/ Teichmann, § 847, Rn. 2.

²⁰ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 2; Erman¹⁰/ Kuckuk, Vor § 249, Rn. 5; Hohloch, S. 383.

²¹ BGH NJW 1955, 1675; MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 11; Staudinger¹³/ Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 25.

die ein Verschulden gerade nicht voraussetzen und insofern aus dem System der §§ 823 ff. BGB herausfallen²². Gleichwohl konnte auch hier ein Schmerzensgeldanspruch begründet sein, wenn ein von § 847 BGB geschütztes Rechtsgut beeinträchtigt wurde²³.

Der BGH spricht außerdem in Fällen schwerer Persönlichkeitsrechtsverletzungen ein „Schmerzensgeld“ zu, das er aber nicht mehr auf § 847 BGB gestützt hat; dieser Entschädigungsanspruch soll sich vielmehr direkt aus einem Schutzauftrag der Art. 1, 2 Abs. 1 GG ergeben²⁴. Daher wird auf diese – fälschlicherweise so bezeichnete²⁵ - Form des „Schmerzensgeldes“ hier nicht näher eingegangen.

Nach § 847 BGB entschädigungsfähig war „jedes nicht volle Menschsein“, also alle Beeinträchtigungen des Verletzten, die sich nicht in Geld messen lassen²⁶, sondern in nachteiligen Folgen für die körperliche und seelische Verfassung des Verletzten bestehen, wie Schmerzen, Unbehagen, Kummer und Sorgen, Bedrückung oder Schmälerung der Lebensfreude²⁷.

Die in diesem Zusammenhang erforderliche Abgrenzung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden ist zwar nicht immer klar vorzunehmen und im Einzelnen nicht unumstritten²⁸, kann aber für die hier interessierende Fragestellung in aller Regel dahinstehen. Ist schon nach dem Grundsatz der Differenzhypothese²⁹ klar ein Vermögensschaden zu bejahen, wird dieser ohnehin unproblematisch nach den §§ 249ff BGB ersetzt, ohne dass § 253 BGB dabei eine Rolle spielen würde. Aber auch wenn eine der Fallgruppen gegeben ist, für die darüber hinaus ein Schaden selbst dann diskutiert wird, wenn durch eine Differenzrechnung keine Vermögensminderung festgestellt werden kann - wie insbesondere bei entgangenen Nutzungsmöglichkeiten³⁰ - wird der Geschädigte zunächst versuchen diese Beeinträchtigung als Vermögensschaden anerkannt zu bekommen, da dessen Ersatz umfassend gewährt wird. Bei einem Nichtvermögensschaden hingegen müsste er zusätzlich eine

²² MüKo³/Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 1.

²³ Staudinger¹²/Schäfer, § 847, Rn. 12; Jauernig⁹/Teichmann, § 847, Rn. 2.

²⁴ BGH NJW 1961, 2059 (2060); 1995, 861 (864); Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 351; BT-Drucks. 14/ 7752, S. 24f.

²⁵ Müller – Das reformierte Schadensersatzrecht, S. 5.

²⁶ Staudinger¹²/Schäfer, § 847, Rn. 32.

²⁷ Nixdorf, S. 90; Palandt⁶¹/Thomas § 847, Rn. 8.

²⁸ MüKo⁴/Oetker, § 249, Rn. 56; Soergel¹²/Mertens, Vor § 249, Rn. 15; Staudinger¹³/Schiemann, § 253, Rn. 14.

²⁹ Palandt⁶¹/Heinrichs, Vorb v § 249, Rn. 8; Jauernig⁹/Teichmann, Vor §§ 249-253, Rn. 5.

³⁰ MüKo⁴/Oetker, § 249, Rn. 49; Palandt⁶¹/Heinrichs, Vorb v § 249, Rn. 20ff, 25ff.

entsprechende Rechtsgutsverletzung im Sinne des § 847 a.F. BGB nachweisen, womit insbesondere der Ausgleich von Affektionsinteressen ausgeschlossen wäre³¹, die das subjektive Empfinden eines Verlustes zumindest mit beeinflussen können; die Feststellung des Nichtvermögensschadens erfolgt damit durch negative Abgrenzung³². Die Möglichkeit eines Ersatzes desselben wird folglich erst relevant, wenn der einfachere Weg bei Vermögensschäden ausgeschlossen worden ist, so dass die Frage, ob nicht vielleicht ein solcher vorliegt, bereits im Voraus geklärt worden sein dürfte.

1. Funktionen

a) Die Ausgleichsfunktion

Nach allgemeiner Meinung ist der Schmerzensgeldanspruch vorwiegend auf den Ausgleich der Schäden des Verletzten gerichtet³³, der durch das Schmerzensgeld in die Lage versetzt werden soll sich Erleichterungen und andere Annehmlichkeiten zu verschaffen, die ihm über die erlittene Unbill hinweghelfen sollen³⁴.

Die Ausgleichsfunktion beherrscht als Leitschnur das gesamte Deliktsrecht³⁵ und gilt folglich auch für den diesem entstammenden Schmerzensgeldanspruch. Zwar ist dieser vom Inhalt her „unvollkommen“ in dem Sinne, dass der immaterielle Schaden und dementsprechend der nötige Ausgleich nicht rechnerisch streng festzulegen und in Geld auszudrücken ist³⁶. Das besagt aber nicht, dass ein solcher erst gar nicht anzustreben ist³⁷. Vielmehr ist anhand verschiedener Gesichtspunkte unter Berücksichtigung der Billigkeit zu ermitteln, welche Geldzahlung im jeweiligen Einzelfall als angemessen erscheint³⁸. Folglich sind feste Gliedertaxen, die jeder Verletzung ohne Rücksicht auf die weiteren Umstände einen bestimmten Betrag zuordnen, abzulehnen³⁹.

³¹ Staudinger¹³/ Schiemann, Vorbem v §§ 249ff, Rn. 47, § 253, Rn. 16; Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 61.

³² Nixdorf, S. 89.

³³ BGH NJW 1955, 1675; Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 723f; Lange, S. 435; Jauernig⁹/ Teichmann, § 847, Rn. 1; Schlechtriem, S. 1655.

³⁴ Hohloch, S. 464; Schlechtriem, S. 1655; Köndgen, S. 55.

³⁵ MüKo³/ Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 41; Staudinger¹³/ Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 9.

³⁶ BGH NJW 1955, 1675; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 911; Braschos, S. 7.

³⁷ Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 911; Stoll – Gutachten, S. 139; MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 2.

³⁸ BGH NJW 1955, 1675 (1678); Nixdorf, S. 90.

³⁹ Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 191; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 916; Lieberwirth, S. 171; aA wohl: Hupfer, S. 785.

b) Die Genugtuungsfunktion

Ob dem Schmerzensgeld über den Ausgleich hinaus noch weitere Funktionen zukommen, ist umstritten. Der BGH geht seit 1955⁴⁰ in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es auch eine Genugtuung für das ist, was der Schädiger dem Verletzten angetan hat⁴¹. Zur Begründung bezieht er sich auf bestimmte Fallgruppen, bei denen er den Ausgleichszweck alleine für nicht ausreichend erachtet, etwa bei Schwerstverletzten, psychischen Störungen oder auch, wenn dem Geschädigten aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage durch keinerlei Geldbeträge „ausgleichende Lustgefühle“ zu verschaffen sind⁴². Wichtig ist ihm aber wohl vor allem einen Grund dafür zu haben, über Höhe und Maß der Lebensbeeinträchtigung hinaus auch alle anderen Umstände heranzuziehen, „die dem einzelnen Schadensfall sein besonderes Gepräge geben“⁴³. Dazu gehören insbesondere der Grad des Verschuldens des Schädigers und die wirtschaftlichen Verhältnisse von Geschädigtem und Schädiger⁴⁴.

Dass diese Aspekte bei der Bemessung des Schmerzensgeldes Berücksichtigung finden können, wird nur ganz vereinzelt bestritten⁴⁵, während es am Begriff der Genugtuungsfunktion deutlichere Kritik gibt. Teilweise wird sie als Privatstrafe gesehen⁴⁶, die im Zivilrecht fehl am Platz sei⁴⁷, zum Teil wird sie aber auch einfach für eine überflüssige Erfindung gehalten, weil sie im Ausgleichsprinzip schon enthalten sei⁴⁸. Die Billigkeit erfordere die Berücksichtigung aller Faktoren bereits im Rahmen der Kompensation⁴⁹. Auch eine Besänftigung des gekränkten Rechtsgefühls, die als Ziel der Genugtuung gesehen wird⁵⁰, folge bei allen rechtlichen Sanktionen für eine unrechtmäßige Tat bereits aus der Belastung des Täters⁵¹.

Schließlich sehen sich diese Kritiker der Genugtuungsfunktion in ihrer Auffassung noch durch die Tatsache bestärkt, dass auch nach Ansicht des BGH keine Aufteilung

⁴⁰ BGH NJW 1955, 1675.

⁴¹ Vgl. z.B. BGH VersR 1966, 144 (145); 1967, 256; 1978, 36 (38); NJW 1976, 1147 (1148); 1981, 1836 (1837) uam.

⁴² BGH NJW 1955, 1675 (1675f).

⁴³ BGH NJW 1955, 1675 (1976).

⁴⁴ BGH NJW 1955, 1675 (1676); Körner, S. 242; Honsell, S. 205.

⁴⁵ Etwa Hupfer, S. 785.

⁴⁶ Köndgen, S. 103; Kern, S. 262, 268; Honsell, S. 205.

⁴⁷ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393.

⁴⁸ Larenz, § 28 III, S. 476; MüKo³/ Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 43; Köndgen, S. 69.

⁴⁹ Nehlsen-v. Stryk, S. 124; Honsell, S. 205.

⁵⁰ Stoll – Gutachten, S. 139; Köndgen, S. 85.

⁵¹ Stoll – Gutachten, S. 149; Klein, S. 66.

des Schmerzensgeldes auf die beiden Funktionen erfolgt⁵², sondern ein einheitlicher Betrag zugesprochen wird, so dass Genugtuung und Ausgleich also ineinander übergehen⁵³.

Nachdem die Genugtuungsfunktion selbst nach der Rechtsprechung nur ergänzend neben die vorrangige Ausgleichsfunktion treten kann⁵⁴ und ihre Hauptbedeutung im Rahmen des § 847 a.F. BGB in der Berücksichtigung des Verschuldens und ähnlicher Umstände als Bemessungsfaktoren liegt⁵⁵, die an sich akzeptiert werden, dürfte der Streit um die Genugtuungsfunktion in der Praxis der Schmerzensgeldbemessung keine große Rolle spielen. Zu beachten ist jedoch, dass demgegenüber die Genugtuungsfunktion bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts insbesondere nach der Rechtsprechung des BGH ganz im Vordergrund steht und hier eine große Bedeutung hat⁵⁶. Schon aus diesem Grund ist weiterhin von ihrer Existenz und Berechtigung auszugehen, wobei die tatsächlichen Auswirkungen auf die Schmerzensgeldbemessung natürlich immer eine Frage des Einzelfalls sind.

Nachdem auch der Reformentwurf die Doppelfunktion des Schmerzensgeldes nach der ständigen Rechtsprechung zugrunde legt⁵⁷, soll für die vorliegende Arbeit ebenfalls von dieser ausgegangen werden.

c) Weitere Funktionen

Darüber hinaus werden dem Schmerzensgeld etliche Funktionen zugesprochen, die hier nicht alle wiedergegeben werden können⁵⁸. Meist werden sie schon als Neben- oder Sekundärfunktionen bezeichnet⁵⁹ und lassen sich zudem häufig den beiden oben beschriebenen Funktionen zuordnen. So stellt sich beispielsweise die Rechtsverfolgungsfunktion als Aspekt der Ausgleichsfunktion dar⁶⁰, denn wenn sich das verletzte

⁵² BGH VersR 1961, 164.

⁵³ Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 292; Huber, S. 29; Kern, S. 250; Honsell, S. 206.

⁵⁴ BGH NJW 1955, 1675; Deutsch/ Ahrens, Rn. 465; Macke, S. 508; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 916.

⁵⁵ BGH NJW 1995, 781 (782); Honsell, S. 205; Körner, S. 242.

⁵⁶ BGH NJW 1961, 2059 (2060); 1995, 861 (865); Nixdorf, S. 94; Honsell, S. 205f; Köndgen, S. 68; Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 4.

⁵⁷ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 14, 25.

⁵⁸ Vgl. etwa die Aufzählung von „Helferfunktionen“ bei Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 736.

⁵⁹ Stoll – Haftungsfolgen, S. 151, 184; MüKo³/ Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 44.

⁶⁰ Larenz, § 27 I S. 425; Staudinger¹³/ Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 9; Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 26.

Recht im Wege der Surrogation in der Schadensersatzverbindlichkeit fortsetzt⁶¹, wird es durch deren Ausgleich bestätigt⁶².

Hervorzuheben ist einzig noch die Präventionsfunktion. Hinsichtlich ihrer Bedeutung hat der ursprünglich von Larenz⁶³ geprägte Begriff des „erwünschten Nebenprodukts“ viel Zustimmung erfahren⁶⁴. In der Tat richtet der Einzelne sein Verhalten grundsätzlich so ein, dass er Schadensersatzansprüche möglichst vermeidet⁶⁵. Insofern kann dem Schmerzensgeld nach § 847 a.F. BGB wie jedem Schadensersatzanspruch eine gewisse Präventionswirkung nicht abgesprochen werden, mag sie auch durch die insbesondere im Kfz-Haftpflichtrecht bestehenden Versicherungen in einigen Bereichen eingeengt worden sein⁶⁶.

Dass sie jedoch nicht als gleichrangige Primärfunktion neben der Ausgleichsfunktion bestehen kann, hat Klein⁶⁷ vor dem Hintergrund des Entschädigungsanspruchs bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sehr detailliert dargelegt: Da eine an der Höhe des entstandenen Schadens orientierte Schadensersatzverpflichtung nicht unbedingt zur Abschreckung ausreicht, während das Abschreckungsbedürfnis einen Schadenersatz erfordern kann, der über den tatsächlich entstandenen Schaden hinausgeht oder eventuell auch dahinter zurückbleibt, kann jeweils nur einer der beiden Zwecke effektiv verwirklicht werden.

Nachdem im Rahmen des Schmerzensgeldes nach § 847 a.F. BGB wie gesagt nach allgemeiner Meinung die Ausgleichsfunktion auf jeden Fall im Vordergrund steht, kann die Prävention hier folglich nur eine Nebenfunktion haben. Ob das allerdings für den Entschädigungsanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, den die Rechtsprechung schon lange nicht mehr auf diese Rechtsgrundlage (beziehungsweise eine Analogie dazu) stützt⁶⁸, in gleicher Weise gilt, erscheint angesichts der abweichenden Zielsetzungen der beiden Ansprüche zumindest fraglich.

⁶¹ So Lange, S. 10f; Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 19; Hohloch, S. 448.

⁶² MüKo³/Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 43.

⁶³ Larenz, § 27 I S. 423.

⁶⁴ Kern, S. 253; Lange, S. 10; Thüsing – Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 127.

⁶⁵ Soergel¹²/Mertens, Vor § 249, Rn. 26; Staudinger¹³/Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 10; Thüsing – Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 127; Klein, S. 53.

⁶⁶ Körner, S. 243; Lange, S. 10.

⁶⁷ Klein, S. 54, 57.

⁶⁸ Näheres vgl. unten, II. 4. b).

2. Höhe

Bezüglich der Höhe des Schmerzensgeldes kann den verschiedenen Funktionen wie schon angedeutet unterschiedliche Bedeutung zukommen, je nach den Umständen des Einzelfalles⁶⁹. Im Sinne des vorrangigen Ausgleichs ist aber anerkannt, dass diese in angemessener Beziehung zu Art und Dauer der Verletzung und der Heftigkeit der Schmerzen, also zu Höhe und Maß der Lebensbeeinträchtigung stehen muss⁷⁰. Es ist ein Ausgleich für die Persönlichkeitseinbuße als Ganzes festzusetzen⁷¹, wobei alle die Persönlichkeit des Verletzten berührenden Tatumstände zu beachten sind⁷². Daneben können aber im Rahmen insbesondere der Genugtuungsfunktion auch alle anderen Umstände herangezogen werden, „die dem einzelnen Schadensfall sein besonderes Gepräge geben“⁷³. Im Umkehrschluss bedeutet das natürlich, dass für ein und dieselbe Verletzung unterschiedliche Beträge ausgeworfen werden können; eine schematische (Gleich-) Behandlung verbietet sich hier⁷⁴. Schmerzensgeld und Verletzung brauchen sich also nicht unbedingt zu entsprechen und können somit nicht automatisch gleichgesetzt werden. Auch die in der Praxis herangezogenen Schmerzensgeldtabellen können insofern immer nur Anhaltspunkte liefern⁷⁵ und nicht als feste Vorgaben gesehen werden.

3. Geschichtliche Entwicklung

a) Ursprüngliche Regelung des BGB

Die Väter des BGB standen dem Ausgleich von immateriellen Schäden in Geld eher skeptisch gegenüber⁷⁶, wie sich aus dem Verhältnis von Regel und Ausnahme der §§ 253, 847 a.F. BGB ergibt⁷⁷. Außer § 847 BGB gab es bei dessen Inkrafttreten nur noch eine einzige weitere Ausnahme von § 253 BGB in diesem Gesetzbuch, nämlich das – mittlerweile aufgehobene – Kranzgeld nach § 1300 BGB.

⁶⁹ Nixdorf, S. 93.

⁷⁰ RGZ 8, 117 (118); BGH NJW 1955, 1675 (1676); VersR 1967, 256; Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 392; Palandt⁶¹/ Thomas, § 847, Rn. 10f; Staudinger¹²/ Schäfer, § 847, Rn. 54.

⁷¹ BGH VersR, 1993, 327 (329f); 585 (586); Jauernig⁹/ Teichmann, § 847, Rn. 1.

⁷² MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 4.

⁷³ BGH NJW 1955, 1675 (1676).

⁷⁴ Müller – Das reformierte Schadensersatzrecht, S. 4.

⁷⁵ Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 191; Lieberwirth, S. 171, 172; MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 18.

⁷⁶ Hohloch, S. 417; Freise, S. 540

Die Beratungen zum BGB fanden zu einer Zeit statt, in der der Ersatz von Nichtvermögensschäden grundsätzlich abgelehnt wurde⁷⁸. So wurde argumentiert, es widerspreche vor allem wegen der fehlenden Umrechenbarkeit immaterieller Schäden in Geld⁷⁹ „dem modernen deutschen Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein“ sowie den „zumal in den besseren Volkskreisen vertretenen Anschauungen“ sich einen immateriellen Schaden in Geld aufwiegen zu lassen. Außerdem würde eine solche Möglichkeit Begehrlichkeiten wecken, so dass aus unlauteren Motiven zahlreiche schikanöse Prozesse geführt werden würden⁸⁰. Schließlich orientierte sich der Gesetzgeber an dem, was er im gemeinen Recht und den neueren Zivilgesetzen vorfand und an den dort gewährten Ansprüchen⁸¹. Mit Ausnahme der im gemeinen Recht noch vereinzelt bekannten *actio iniuriarum* bei Ehrverletzungen, die aber als durch die Reichsgesetzgebung aufgehoben angesehen wurde⁸², wurden die vorgefundenen Ansprüche ins BGB übernommen.

Das Schmerzensgeld geht ursprünglich auf Art. 20f der Carolina zurück, die einen Anspruch wegen unzulässiger Folter gewährten, und wurde dann in einigen partikularrechtlichen Bestimmungen zum Beispiel des sächsischen und thüringischen Rechts und – mit Beschränkung auf den Bauern- und gemeinen Bürgerstand – im Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR) übernommen⁸³. Der Ersatz bei Freiheitsberaubung ist eine Nachbildung der Sachsenbuße⁸⁴, die nach gemeinem Recht 40 Groschen pro Tag der Gefangenhaltung gewährte⁸⁵. § 1497 des Sächsischen Gesetzbuches sah später pro Tag „1 Thaler zehn Reugroschen“ als Ausgleich vor⁸⁶. § 1300 BGB übernahm die gemeinrechtliche Deflorationsklage ins BGB⁸⁷.

⁷⁷ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 899; ders.: Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 291; Kürschner, S. 7.

⁷⁸ RGRK¹²/ Krefl, § 847, Rn. 3f; Köndgen, S. 49; Thüsing – Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 128; ders.: Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, S. 286.

⁷⁹ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 37; Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 1.

⁸⁰ Prot. II S. 1247; Thüsing – Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, S. 286; ders.: Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 128; Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 1.

⁸¹ Kaufmann, S. 430.

⁸² V. Kübel, Art. 1013, S. 88.

⁸³ V. Kübel, Art. 1009, 1010, S. 67ff; Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 291; ders.: Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 896; ders.: Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 351.

⁸⁴ Braschos, S. 10.

⁸⁵ V. Kübel, Art. 1011, 1012, S. 82.

⁸⁶ V. Kübel, Art. 1011, 1012, S. 84.

⁸⁷ Braschos, S. 10.

Dennoch scheint die Wertung von Stoll, § 847 a.F. BGB beruhe auf einer „prinzipienlosen Kompilation“ der bekannten Einzelfälle eines Ersatzes für immateriellen Schaden⁸⁸, nicht angemessen. Zwar war man sich der Problematik bewusst, dass eine generelle Ersatzfähigkeit des Nichtvermögensschadens „für die meisten und größten Rechtsgebiete zu einer wichtigen Neuerung“ führen würde⁸⁹, jedoch lassen die Protokolle erkennen, dass durchaus auch in der Sache Vor- und Nachteile einer solchen Bestimmung erwogen wurden.

Der Entwurf des bisherigen § 253 BGB bestimmte zunächst: „Wegen eines anderen als eines Vermögensschadens kann eine durch das freie Ermessen des Richters zu bestimmende Entschädigung in Geld gefordert werden (...).“⁹⁰. Eine derart prinzipielle Rechtsnorm erschien jedoch zu allgemein und unbestimmt und daher in der Praxis schwer handhabbar. Zudem wollte man dem Richter keine so große Machtfülle einräumen, zumal eine solche bei Beratung der CPO gerade für bedenklich und verwerflich erachtet worden sei⁹¹. Diese Fassung der Norm hätte dem Richter ein Ermessen nicht nur bezüglich der Höhe der Entschädigung gewährt, sondern auch einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob überhaupt ein immaterieller Schaden vorliegt, der entschädigungswürdig ist. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu der Bestimmung des § 847 BGB, der an die Verletzung bestimmter Tatbestände anknüpfte und so erhebliche Einschränkungen enthielt. Diese stellen eine „nähere Anweisung“ an den Richter dar, wie sie in den Beratungen für notwendig erachtet worden ist⁹². Insofern ist entgegen Schiemann⁹³ sehr wohl nachvollziehbar, warum die Ermessenseinräumung einmal abgelehnt und dann in engeren Grenzen ausdrücklich zugelassen worden ist.

Im Rahmen des späteren § 847 BGB wurde diese im übrigen damit gerechtfertigt, nur so könne einem fühlbaren Bedürfnis und den Anforderungen der Rechtsordnung genügt werden, da der Gesetzgeber außer Stande sei, „für jeden der verschiedenen Fälle besondere Vorsorge zu treffen“⁹⁴. Man war durchaus der Ansicht, dass die idealen Rechtsgüter gegen widerrechtliche Verletzung gesichert werden müssten, und zwar

⁸⁸ Stoll – Gutachten, S. 58.

⁸⁹ Prot. I 1050, bei Jakobs/ Schubert, S. 111.

⁹⁰ Teilentwurf zum Obligationenrecht (Nr. 15), § 14 Abs. 2, bei Jakobs/ Schubert, S. 110.

⁹¹ Prot. I 1049, bei Jakobs/ Schubert, S. 111.

⁹² Prot. I 1048, bei Jakobs/ Schubert, S. 111.

⁹³ Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 2; ähnlich Lange, S. 425.

⁹⁴ Prot. I 2835, bei Jakobs/ Schubert, S. 1049f.

auch durch zivilrechtliche Schadloshaltung des Verletzten⁹⁵. In Abwägung dieses Ziels mit den Nachteilen einer derartig unbestimmten Rechtsnorm wie dem oben zitierten Vorschlag entschied sich der Gesetzgeber für den Kompromiss, hinsichtlich einzelner immaterieller Rechtsgüter spezielle Regelungen vorzunehmen, zumal der Reichsgesetzgeber durch die strafrechtliche Buße, die erst 1974 aufgehoben wurde, und Vorschriften über den Schutz geistigen Eigentums bereits Vorsorge getroffen habe; auf diese Weise würde dem Hauptbedürfnisse genügt⁹⁶.

Bei den Beratungen zum späteren § 847 BGB wurde dann hervorgehoben, dass bei der Möglichkeit, Ausnahmen vom Prinzip der grundsätzlichen Nichtersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden zu bestimmen, gerade an den Fall der körperlichen Beschädigung gedacht worden sei⁹⁷ und für insbesondere diesen Fall ein Grund für eine solche Ausnahme unverkennbar vorliege⁹⁸; dies geschah wohl nicht zuletzt deshalb, weil ein solches Schmerzensgeld ja bereits bekannt war. Auch sollte dem Zivilrichter die gleiche Befugnis zustehen wie dem Strafrichter im Rahmen der Buße, um hier eine gewisse Harmonie zu erreichen⁹⁹. Die Freiheitsentziehung wurde in der fraglichen Hinsicht als von der körperlichen Verletzung in keiner Weise verschieden angesehen¹⁰⁰, so dass sie in die Regelung miteinbezogen wurde.

Der Schmerzensgeldanspruch war nach § 847 Abs. 1 S. 2 a.F. BGB vor Anerkennung oder Rechtshängigkeit nicht übertragbar oder vererblich. Dies wurde damit begründet, dass es etwas Anstößiges habe, Erben und Gläubigern die Verfolgung eines Anspruchs freizugeben, an dessen Erhebung der Verletzte selbst gar kein Interesse habe¹⁰¹. Der Anspruch wurde also als höchstpersönlicher ausgestaltet, über dessen Geltendmachung der Verletzte allein entscheiden sollte¹⁰². Demnach wurde Ersatz von immateriellem Schaden auch in dieser Hinsicht eher zurückhaltend gewährt. Auf die gleiche Weise war im Übrigen auch der Anspruch auf Kranzgeld nach § 1300 BGB beschränkt.

⁹⁵ Prot. I 1049, bei Jakobs/ Schubert, S. 111.

⁹⁶ Prot. I 1049, bei Jakobs/ Schubert, S. 111f.

⁹⁷ Prot. I 2834, bei Jakobs/ Schubert, S. 1049.

⁹⁸ Prot. I 2835, bei Jakobs/ Schubert, S. 1049.

⁹⁹ Prot. I 2835, bei Jakobs/ Schubert, S. 1049.

¹⁰⁰ Prot. I 2842, bei Jakobs/ Schubert, S. 1052.

¹⁰¹ Prot. I 2836, bei Jakobs/ Schubert, S. 1050.

¹⁰² Staudinger¹²/ Schäfer, § 847, Rn. 103.

b) Weitere Entwicklung

In der Entwicklung des Ersatzes von Nichtvermögensschäden hingegen ist eine grundsätzlich erweiternde Tendenz zu beobachten¹⁰³. Dies beruht im Wesentlichen auf der Handhabung durch die Rechtsprechung, denn das BGB hat in den gut hundert Jahren seines Bestehens - vor dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften - in dieser Hinsicht nicht viele Neuerungen erfahren. Gesetzliche Regelungen sind allerdings teilweise in verschiedenen Spezialgesetzen getroffen worden.

(1) Änderungen des BGB

§ 847 BGB selbst wurde nur insoweit verändert, als 1990 die Beschränkung der Vererblich- und Übertragbarkeit in Abs. 1 S. 2 gestrichen wurde. Damit wurde der Missstand beseitigt, dass Angehörige Schwerverletzter geradezu zu einem makabren Wettlauf mit dem Tod gezwungen waren, um entweder rechtzeitig ein Anerkenntnis zu erreichen oder aber die Rechtshängigkeit einer entsprechenden Klage herbeizuführen¹⁰⁴. Ebenfalls aufgehoben wurde § 1300 BGB, allerdings erst im Jahre 1998, der angesichts der geänderten Lebensverhältnisse und -anschauungen als nicht mehr zeitgemäß angesehen wurde¹⁰⁵.

Demgegenüber gibt es neue Anspruchsgrundlagen für Ersatz immateriellen Schadens in Geld in §§ 651f Abs. 2 und 611a Abs. 2 und 3 BGB. Seit 1979 gewährt § 651f Abs. 2 BGB eine Entschädigung für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit – der Anspruch war zuvor von der Rechtsprechung entwickelt worden¹⁰⁶ –, während § 611a BGB seit 1980 in Umsetzung von EG-Richtlinien geschlechtsbezogene Diskriminierungen bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses sanktionieren soll und wegen der europarechtlichen Vorgaben seither mehrfach geändert worden ist. Die jetzige Regelung gewährt unbegrenzte Entschädigung für denjenigen Bewerber, der nur aufgrund der Diskriminierung nicht eingestellt wurde (Abs. 2), während nach Abs. 3 ein Bewerber, der ohnehin nicht eingestellt worden wäre, nur bis zu drei Monatsgehältern verlangen kann.

¹⁰³ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 15; Kürschner, S. 10; Nixdorf, S. 94.

¹⁰⁴ MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 53; Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, S. 17.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 12/ 6049.

¹⁰⁶ BT-Drucks. 8/ 2343, S. 11; Thüsing – Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, S. 287.

Außerhalb des BGB fanden sich – insbesondere in den Spezialgesetzen zu den Gefährdungshaftungen - schon bisher einige Vorschriften, nach denen Nichtvermögensschäden ersetzt worden sind, so in §§ 53 Abs. 3 LuftVG, 29 Abs. 2 AtomG, 97 Abs. 2 UrhG, 40 Abs. 3 SeemannsG, 43, 45 BEG, 34 Abs. 1 Nr. 2 BGrenzschutzG und 7 Abs. 3 StrEG¹⁰⁷.

(2) Rechtsprechung

Im Bereich der Rechtsprechung sind vor allem zwei Gebiete zu nennen, auf denen Veränderungen stattgefunden haben: Zum einen wird die Grenze zwischen ersatzfähigen Vermögensschäden und den grundsätzlich nicht ersatzfähigen Nichtvermögensschäden insbesondere unter Berufung auf den Kommerzialisierungsgedanken zu Lasten des letzteren verschoben¹⁰⁸, so dass jetzt mehr Schäden als materielle angesehen werden, und zum anderen hat der BGH einen Anspruch auf eine Geldentschädigung bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschaffen.

So sieht der BGH heute entgangene Nutzungsmöglichkeiten als Vermögensschäden an, wenn es sich um „Wirtschaftsgüter von allgemeiner, zentraler Bedeutung für die Lebenshaltung“ handelt, für die daher objektivierbare Bewertungsmaßstäbe vorhanden wären¹⁰⁹. Eine Konkretisierung dieser Güter ist jedoch nicht erfolgt¹¹⁰; vielmehr wird jeweils im Einzelfall darüber entschieden, so dass der Rechtsprechung ein großer Spielraum verbleibt. Ausdrücklich als solche eingestuft wurden bisher etwa Kraftfahrzeuge und Wohnhäuser¹¹¹.

Bezüglich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährt der BGH – nachdem er dieses 1954 als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt hatte¹¹² – seit der Herrenreiter-Entscheidung im Jahr 1958¹¹³ bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen einen Ersatz des immateriellen Schadens in Geld, wenn auf andere Weise keine ausreichende Genugtuung zu erreichen ist¹¹⁴. Begründet wird das damit, dass die in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG garantierte Unantastbarkeit der Men-

¹⁰⁷ Aufzählung bei Erman¹⁰/ Kuckuk, § 253, Rn. 2; Lange, S. 430ff; Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 7.

¹⁰⁸ Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 14; Hohloch, S. 430; Rauscher, S. 578.

¹⁰⁹ BGH NJW 1987, 50 (53f); MüKo⁴/ Oetker, § 249, Rn. 58; Nixdorf, S. 92.

¹¹⁰ MüKo⁴/ Oetker, § 249, Rn. 71.

¹¹¹ Rauscher, S. 578 unter Berufung auf BGHZ 98, 212 (224); vgl. auch die Auflistungen bei Palandt⁶¹/ Heinrichs, Vorb v § 249, Rn. 26, und MüKo⁴/ Oetker, § 249, Rn. 59.

¹¹² BGH NJW 1954, 1404.

¹¹³ BGH NJW 1958, 827.

¹¹⁴ Palandt⁶¹/ Thomas, § 823, Rn. 200; MüKo⁴/ Rixecker, § 12 Anh., Rn. 208.

schenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit als „übergesetzliche Grundwerte der Rechtsordnung“ vor Verletzung zu schützen sind. Da eine solche Verletzung in erster Linie immaterielle Schäden erzeugt, muss der Schutz sich auch auf diese erstrecken¹¹⁵.

In der Herrenreiter-Entscheidung sieht der BGH mangels einer gesetzlichen Sonderregelung die einzige Möglichkeit den nach dem Grundgesetz gebotenen wirksamen Rechtsschutz zu erreichen darin, § 847 BGB analog anzuwenden, indem er die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des hier betroffenen Rechts am eigenen Bild als „Freiheitsberaubung im Geistigen“ qualifiziert¹¹⁶. 1961 modifizierte er in der sogenannten Ginseng-Entscheidung¹¹⁷ seine Rechtsprechung dahingehend, dass er zwischen dem Schmerzensgeldanspruch nach § 847 a.F. BGB und der Entschädigung für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts differenzierte. Eine Genugtuung im letzteren Sinn müsse nach der Art der Verletzung des Persönlichkeitsrechts erforderlich sein um den Schutzauftrag der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG zu erfüllen, was im allgemeinen nur dann der Fall wäre, wenn den Schädiger der Vorwurf einer schweren Schuld treffe oder es sich um eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts handele¹¹⁸. Wie beim Schmerzensgeld sind aber auch hier alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen¹¹⁹.

Nachdem der Ersatzanspruch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hiernach also nicht mehr auf eine Analogie zu § 847 a.F. BGB, sondern direkt auf einen Schutzauftrag aus der Verfassung gestützt wird, kann und soll er durch eine Änderung der Schmerzensgeldregelung nicht betroffen werden, sondern unabhängig davon in der bisherigen Form beibehalten werden¹²⁰.

¹¹⁵ BGH NJW 1958, 827 (829); 1961, 2059 (2060).

¹¹⁶ BGH NJW 1958, 827 (830).

¹¹⁷ BGH NJW 1961, 2059.

¹¹⁸ BGH NJW 1961, 2059 (2060); MüKo⁴/ Rixecker, § 12 Anh., Rn. 214.

¹¹⁹ MüKo⁴/ Rixecker, § 12 Anh., Rn. 214.

¹²⁰ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 24f.

III. Erweiterung

Im Hinblick auf die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Schmerzensgeldes sollen hier zunächst allgemeine Argumente diskutiert werden, die eine generelle Ausdehnung dieses Anspruchs betreffen, und anschließend die beiden wichtigsten Arten von Schadensersatzgrundlagen, für die die Regelung bedeutsam ist, nämlich die vertragliche Haftung und die Gefährdungshaftungstatbestände, näher untersucht werden.

1. Allgemeines

§ 847 a.F. BGB stellte eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 253 a.F. BGB dar, nach dem Nichtvermögensschäden in der Regel nicht – in Geld – ersatzfähig waren. Im Hinblick auf die Ausweitung dieser Ausnahme erscheint es daher sinnvoll zunächst zu klären, ob die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser Regelung bewogen haben, entgegenstehen, oder ob es aus heutiger Sicht andere zwingende Argumente gibt, die eine Beschränkung fordern.

a) Argumente für eine Beschränkung

(1) Das Volksempfinden

Es besteht wohl Einigkeit darüber, dass die Berufung auf die Ansicht der „besseren Volkskreise“, die den Geldersatz für immateriellen Schaden als etwas Anstößiges und Verwerfliches ansah, heute überholt ist¹²¹. Diese mag ihre Berechtigung etwa für die Bestimmung des ALR haben, die einen Schmerzensgeldanspruch nur für den Bauern- und gemeinen Bürgerstand vorsah, denn die besseren Schichten waren auf einen Ersatz in Geld nicht angewiesen¹²² und hatten noch andere Möglichkeiten sich Genugtuung zu verschaffen, wie das Duell¹²³. Heutzutage ist unter der Geltung des Grundgesetzes schon eine Unterscheidung zwischen besseren und niedrigeren Volkskreisen illegitim¹²⁴ und Schmerzensgeld wird nicht mehr als etwas Unanständiges, sondern als regulärer Schadensersatzanspruch angesehen, der dementsprechend in der Praxis auch geltend gemacht wird. Dieses Argument spricht somit nicht gegen die Ausweitung.

¹²¹ Lange, S. 425; Hohloch, S. 439; Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 2; Thüsing – Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, S. 286.

¹²² Braschos, S. 38.

¹²³ Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 909.

(2) Ermessensproblematik

Eine weitere Besorgnis war, dass dem Richter ein zu großer Ermessensspielraum eröffnet werden könnte und er dadurch zuviel Macht und Souveränität erhielte¹²⁵. Das wäre sicherlich zu bedenken, wenn man alle Nichtvermögensschäden ersatzfähig stellen wollte. Der Gesetzgeber hat, um den Ermessensspielraum auf ein vertretbares Maß zu beschränken, das heute auch nicht mehr ungewöhnlich ist, den Schmerzensgeldanspruch an die Verletzung der enumerativ aufgeführten Rechtsgüter geknüpft, die unter dem absoluten Schutz des Gesetzes stehen¹²⁶ und die zudem ein starkes Indiz für das tatsächliche Vorliegen eines immateriellen Schadens bieten¹²⁷. Schmerzen sind relativ unabhängig von persönlichen Wertungen und werden generell als immaterieller Schaden angesehen, während sich in anderen Bereichen subjektive Einschätzungen viel stärker auswirken, etwa wenn es sich um Affektionsinteressen handelt. In solchen Fällen ist es naturgemäß deutlich schwieriger festzustellen, ob ein immaterieller Schaden entstanden ist und wie schwer dieser wiegt. Beim Schmerzensgeld nach § 847 a.F. BGB lassen sich die zugrunde liegenden Verletzungen wesentlich besser vergleichen und durch die in der Praxis herangezogenen Schmerzensgeldtabellen sind zumindest Anhaltspunkte vorgegeben, die das Ermessen des Richters beeinflussen und einer zu großen „Souveränität“ vorbeugen. Deutsch spricht hier diesbezüglich von Parallelisierungstendenzen in der Rechtsprechung¹²⁸.

Dieser Gesichtspunkt betrifft also nur die Qualität des verletzten Rechtsguts; die §§ 253, 847 a.F. BGB sollten den Schmerzensgeldanspruch auf die Verletzung bestimmter Rechtsgüter beschränken¹²⁹, so dass die einengenden Voraussetzungen auf den unsicheren Gegenstand des Tatbestands überhaupt verweisen¹³⁰. Für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Haftungsgründen ergibt sich hingegen kein Anhaltspunkt. Eine andere Schadensersatzgrundlage als das Deliktsrecht führt weder zu größeren Unsicherheiten bezüglich des Vorliegens und Umfangs des immateriellen Schadens noch zu einem erweiterten Ermessensspielraum des Richters. Die nunmehr eingeführte Erweiterung betrifft aber nur den Haftungsgrund, da die in § 847 a.F.

¹²⁴ Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 2; Rauscher, S. 577.

¹²⁵ Prot. I 1049, bei Jakobs/ Schubert, S. 111.

¹²⁶ Prot. I 1050, bei Jakobs/ Schubert, S. 111.

¹²⁷ Braschos, S. 84.

¹²⁸ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 894.

¹²⁹ Braschos, S. 167.

¹³⁰ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 70.

BGB aufgezählten Rechtsgüter im neuen § 253 Abs. 2 BGB übernommen worden sind; bezüglich der sexuellen Selbstbestimmung ergibt sich in der Sache keine wesentliche Änderung. Somit steht auch diese Überlegung der erfolgten Ausweitung nicht entgegen.

(3) Anreiz zu Prozessen

Ein drittes Argument gegen den Ersatz immaterieller Schäden war die Befürchtung, es würden Begehrlichkeiten geweckt werden, so dass aus unlauteren Motiven zahlreiche schikanöse Prozesse geführt werden würden¹³¹. In der Tat bestünde diese Gefahr, wenn der Ersatz immaterieller Schäden unbegrenzt zugelassen würde, denn dann wäre der Anreiz groß aus dem Schadens- einen Glücksfall machen zu wollen¹³². Insbesondere wäre es schwierig tatsächlich vorliegende entschädigungswürdige immaterielle Schäden von „nur persönlich empfundener Unbill“¹³³ zu trennen.

Dieses Problem ist durch die Voraussetzung bestimmter Rechtsgutsverletzungen deutlich gemildert worden, denn so gibt es relativ zuverlässige Anhaltspunkte für das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines entschädigungsfähigen immateriellen Schadens. Natürlich werden manche Geschädigte versuchen mehr als den eigentlich angemessenen Betrag „herauszuholen“ oder überhaupt nur simulieren. Jedoch wäre es ein sachfremdes Abgrenzungskriterium, die haftungsrechtliche Schutzwürdigkeit von Personengütern von der Beweisbarkeit abhängig zu machen¹³⁴, zumal für diesen Fall ja die Regeln über die Beweislast eingreifen. Außerdem werden auch bei Sachschäden sogar Gutachten häufig vor dem Hintergrund des späteren Verwendungszwecks erstellt und den Bedürfnissen des Auftraggebers etwas angepasst¹³⁵. Und schließlich sind Gerichte dazu da, Streitigkeiten zu schlichten, wenn jemand Ersatz seines Schadens einklagt, wobei natürlich immer das Kostenrisiko zu beachten ist, das allein schon viele von der Geltendmachung gänzlich unbegründeter Ansprüche „auf gut Glück“ abhalten wird, da sie nicht nur gewinnen, sondern auch verlieren können.

Unabhängig davon besteht diese Problematik aber genauso im Deliktsrecht. Sie ist ebenso wenig vom Haftungsgrund abhängig wie die oben erörterte Ermessensproblematik, so dass der berechtigte Kern der Überlegung jedenfalls nicht als Argument

¹³¹ Teilentwurf zum Obligationenrecht (Nr. 15), § 14 Abs. 2, bei Jakobs/ Schubert, S. 110.

¹³² Lange, S. 426; Kürschner, S. 7.

¹³³ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 894.

¹³⁴ Köndgen, S. 133.

¹³⁵ Vgl. Lorenz, S. 185.

für eine Differenzierung zwischen Deliktsrecht und sonstigen Anspruchsgrundlagen taugt und folglich auch nicht gegen die Erweiterung ins Feld geführt werden kann. Die absolute Zahl der Prozesse wird vielleicht etwas zunehmen und damit genauso die Zahl von eigentlich unberechtigten Klagen, jedoch wird sich dies wohl zum einen im Rahmen halten und zum anderen ist kein Grund ersichtlich, warum der prozessuale Anteil von letzteren steigen sollte.

Somit besteht kein zwingender sachlicher Grund dafür, die Grenze zwischen der Gewährung und Nichtgewährung von Schmerzensgeld gerade hier anhand der verschiedenen Haftungsgründe zu ziehen. Der Gesetzgeber kann aus dieser Sicht also die übrigen Haftungsgründe gleichfalls mit Schmerzensgeldansprüchen verknüpfen ohne auch qualitative Folgen befürchten zu müssen.

(4) Fehlende Umrechenbarkeit

Immer wieder wird auch heute noch darauf verwiesen, dass der eigentliche Grund für die Reserve des Gesetzes gegenüber dem Ersatz immaterieller Schäden in Geld in deren fehlender Umrechenbarkeit liege¹³⁶. Die Besonderheit besteht darin, dass eine Vermögensminderung, der gegenüber Wiederherstellung verlangt werden könnte, hier gerade nicht gegeben ist¹³⁷, wodurch die Zubilligung einer Geldentschädigung lediglich im Ausnahmefall gerechtfertigt sein soll¹³⁸.

Diese fehlende Umrechenbarkeit ist genauso unbestritten wie die Tatsache, dass auch ein immaterieller Schaden ein Schaden ist, der grundsätzlich durch den Verantwortlichen auszugleichen und wieder gutzumachen ist¹³⁹. Dies kommt im BGB etwa dadurch zum Ausdruck, dass der Anspruch auf Naturalrestitution auch hier besteht¹⁴⁰. § 249 S. 1 BGB unterscheidet gerade nicht zwischen materiellen und immateriellen Schäden und schon bei den Beratungen zum BGB war man darauf bedacht, im Rahmen des § 253 BGB herauszustellen, dass der Ausschluss der Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden nur den Geldersatz betreffen sollte¹⁴¹.

¹³⁶ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 37; Hohloch, S. 426, 439; Köndgen, S. 55.

¹³⁷ BGH VersR 1952, 397 (398); NJW 1955, 1675.

¹³⁸ Hohloch, S. 417.

¹³⁹ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393; Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 17.

¹⁴⁰ Lange, S. 212; Jauernig⁹/ Teichmann, § 249, Rn. 2; Palandt⁶¹/Heinrichs, Vorbem v § 249, Rn. 7, § 249, Rn. 1; Kürschner, S. 7.

¹⁴¹ Prot RJA 209, bei Jakobs/ Schubert, S. 112, mit Verweis auf Mot. Bd. 2, S. 23.

Nun ist aber bekanntermaßen gerade bei immateriellen Schäden Naturalrestitution oft nicht möglich¹⁴². Hier stellt der Geldersatz nicht nur die nächstbeste¹⁴³, wenn auch unvollkommene¹⁴⁴ Ersatzmöglichkeit dar, sondern ist auch das einzige Mittel für eine wirksame zivilrechtliche Sanktion, mit der die betroffenen Rechtsgüter geschützt werden können¹⁴⁵. Der BGB-Gesetzgeber hat dieses Schutzerfordernis im Falle von Körper, Gesundheit, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung für schwerwiegender angesehen als das Problem der fehlenden Umrechenbarkeit des immateriellen Schadens in Geld und hat in diesen Fällen einen Schmerzensgeldanspruch gewährt. Diese Entscheidung wird – soweit ersichtlich – auch nicht ernsthaft angegriffen. Sie orientiert sich aber, wie oben ausgeführt, an den betroffenen Rechtsgütern und nicht am Haftungsgrund¹⁴⁶.

Zur Zeit der Schaffung des BGB waren andere als deliktische Anspruchsgrundlagen im Zusammenhang mit immateriellen Schäden kaum aktuell, wie unten noch näher für die vertragliche und die Gefährdungshaftung darzulegen sein wird, so dass die Einordnung des Schmerzensgeldanspruchs ins Deliktsrecht durch den Gesetzgeber nicht als überlegte Grundsatzentscheidung zu verstehen ist. Vielmehr ging sein erklärter Wille dahin, die genannten Rechtsgüter trotz der fehlenden Umrechenbarkeit dadurch zu schützen, dass Geldersatz gewährt wird, was effektiver möglich wird, wenn der Schmerzensgeldanspruch auch auf andere Haftungsgründe erstreckt wird.

Eine gesonderte rechtliche Behandlung des Schmerzensgeldes gegenüber anderen Ersatzansprüchen ist nur dann zulässig und gegebenenfalls geboten, wenn sie sich aus der besonderen Art immaterieller Schäden ergibt¹⁴⁷. Dies ist dann zu beachten, wenn ein Nichtvermögensschaden jenseits einer Verletzung der genannten Rechtsgüter vorliegt, passt aber nicht für die Differenzierung nach dem Haftungsgrund. Dieser hat mit der Eigenart immaterieller Schäden nicht das Geringste zu tun, so dass auch die fehlende Umrechenbarkeit derselben in Geld an dieser Stelle kein unüberwindbares dogmatisches Hindernis bildet. Vielmehr sprechen Sinn und Zweck der Schmerzensgeldregelung eher für eine Erstreckung auf alle Haftungsgründe, wie sie durch das Reformgesetz vorgenommen worden ist. Die als vorrangig angesehene Aus-

¹⁴² Stoll – Gutachten, S. 132ff; Esser/ Weyers, § 61 II 1.b; Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 894.

¹⁴³ Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 724; Hohloch, S. 439.

¹⁴⁴ Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 911; Stoll – Gutachten, S. 138.

¹⁴⁵ Prot. I 1049, 1050, bei Jakobs/ Schubert, S. 111; Stoll – Gutachten, S. 132f; Braschos, S. 132.

¹⁴⁶ V.a. Braschos, S. 167.

gleichsfunktion kommt hier unterschiedslos zum Tragen¹⁴⁸; der entstandene Schaden selbst wird durch eine möglicherweise verwirklichte Haftungsnorm in keiner Weise berührt, so dass sich eine unterschiedliche Behandlung je nach dem einschlägigen Haftungsgrund somit nicht rechtfertigen lässt.

(5) Die Kostenfrage

Das in heutiger Zeit wohl häufigste Gegenargument in der Diskussion um die Ausweitung des Schmerzensgeldes war die Berufung auf die Kosten insbesondere für die Haftpflichtversicherungen¹⁴⁹. Dieses Argument mag rechtspolitisch seine Berechtigung haben, rechtsdogmatisch ist es völlig unerheblich. Es ist für die Frage, ob sich die Neuregelung in das System des Schadensersatzrechts einfügt und mit dessen Prinzipien vereinbar ist, ohne Belang, wer die finanziellen Folgen in der Praxis letztendlich zu tragen hat. Das Schadensersatzrecht braucht bei einem gegebenen Schaden nur eine Zurechnungsnorm, die einen Verantwortlichen bestimmt, der eben diesen Schaden zu übernehmen und zu ersetzen hat¹⁵⁰. Wenn jemand in diesem Sinne für einen – auch immateriellen - Schaden verantwortlich ist, den das Gesetz ersatzfähig stellt, so muss er dafür aufkommen¹⁵¹, gleich wie hart es ihn trifft. Den Versicherungen steht es frei der neuen Rechtslage insbesondere durch Prämien erhöhungen Rechnung zu tragen, wodurch etwa im Straßenverkehrsrecht die Gemeinschaft der Pflichtversicherten die finanziellen Lasten zu tragen hätte¹⁵².

Inwieweit solche Folgen tatsächlich eintreten werden, bleibt abzuwarten, zumal auch die Entwurfsbegründung dazu keine Angaben enthält. Deren Berücksichtigung jedenfalls ist ein rein rechtspolitisches Problem, das hier keiner weiteren Erörterung bedarf. Dem gemäß hat auch die weitaus herrschende Meinung im juristischen Schrifttum eine Ausweitung der Schmerzensgeldberechtigung auf andere Haftungsgründe durch Überführung in die §§ 249ff BGB¹⁵³ befürwortet.

¹⁴⁷ BGH VersR 1952, 397 (398).

¹⁴⁸ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 11; Stoll – Gutachten, S. 163.

¹⁴⁹ Küppersbusch, S. 619; Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 626.

¹⁵⁰ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 19; Hohloch, S. 447; Erman¹⁰/ Kuckuk, Vor § 249, Rn. 3f.

¹⁵¹ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393; Staudinger¹³/ Schiemann, § 249, Rn. 2; Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 3, 85.

¹⁵² Vgl. Köndgen, S. 18.

¹⁵³ Zum Beispiel: Hohloch, S. 384; Stoll – Haftungsfolgen, S. 17; Schlechtriem, S. 1656; Freise, S. 542; Karczewski; S. 1081.

b) Argumente gegen eine Beschränkung

Auf der anderen Seite gibt es allerdings – gerade auch aus heutiger Sicht – einige Aspekte, die von vorneherein gegen eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs bei Nichtvermögensschäden sprechen.

(1) Prinzip der Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit

So kann für eine Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf andere Haftungsgründe das Prinzip der Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit des Schadensrechts¹⁵⁴ herangezogen werden. Das Schmerzensgeld ist eigentlich nur eine Frage der Haftungsausfüllung, deren Regeln grundsätzlich unabhängig vom jeweils realisierten Haftungsgrund einheitlich gelten¹⁵⁵. So sind schließlich die § 249ff BGB grundsätzlich auf alle privatrechtlichen Schadensersatzverbindlichkeiten anwendbar¹⁵⁶. Die ausnahmsweise Beschränkung des Schmerzensgeldes auf deliktische Ansprüche wurde außerdem allein mit dessen formaler Stellung im Titel der unerlaubten Handlungen begründet. Materielle Argumente, die bei Schaffung des BGB eine Rolle gespielt haben mögen, können heute keine Geltung mehr beanspruchen (vgl. auch unten, zu vertraglicher und Gefährdungshaftung). Deshalb wird die bisherige einschränkende Regelung sogar teilweise als „durch nichts gerechtfertigt“¹⁵⁷ und willkürlich¹⁵⁸ angesehen.

Hinzu kommt, dass einige wenige Sondergesetze zum Beispiel in §§ 29 Abs. 2 AtomG und 53 Abs. 3 LuftVG dem § 847 a.F. BGB entsprechende, Schmerzensgeld anordnende Vorschriften enthalten, so dass selbst die Beschränkung nicht durchgängig gilt. Vor diesem Hintergrund kam schon die Begründung des 1998er Entwurfs zu dem Ergebnis, dass das Schmerzensgeld ein Querschnittsproblem sei und eine einheitliche Lösung jedenfalls für alle Gefährdungshaftungsbereiche gefunden werden müsse, wollte man nicht gegen die Prinzipien der inneren Stimmigkeit und Rationalität der Privatrechtsordnung verstoßen¹⁵⁹.

Nach der Gesetzesänderung soll das Prinzip der Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit nun auch beim Schmerzensgeld Anwendung finden, wie durch die Verlagerung in

¹⁵⁴ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 14, 17.

¹⁵⁵ Lange, S. 8; Köndgen, S. 21.

¹⁵⁶ Erman¹⁰/ Kuckuk, Vor § 249, Rn. 5; Hohloch, S. 383; Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 2.

¹⁵⁷ Stoll – Gutachten, S. 38.

¹⁵⁸ Hohloch, S. 440.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 13/ 10435, S. 11.

§ 253 Abs. 2 BGB und damit ins allgemeine Schuldrecht schon formal deutlich wird. Führt die Neuregelung folglich dazu, dass einem bestehenden Grundsatz weitergehend entsprochen wird und eine Ausnahme wegfällt, kann ihr in dieser Hinsicht jedenfalls die Systemkonformität nicht abgesprochen werden.

Wollte man diesen Gedanken konsequent fortführen, müssten zwar eigentlich auch die Regelungen der §§ 842ff BGB ins allgemeine Schuldrecht überführt werden, die bisher ebenfalls nur im Deliktsrecht gelten. Dies ist aber zur Zeit weder geplant noch wird es ernsthaft gefordert. Anscheinend besteht hier kein annähernd gleichgroßes Bedürfnis, was wohl auch daran liegen dürfte, dass viele Sondergesetze bei Gefährdungshaftung entsprechende Regelungen enthalten wie etwa §§ 10, 11, 13 StVG, 5, 6 HaftpflG, 35, 36, 38 LuftVG, 28-30 AtomG, 86, 87, 89 AMG, 7-9 ProdHaftG, oder dass § 618 Abs. 3 BGB für das Dienstvertragsrecht auf §§ 842-846 BGB verweist¹⁶⁰.

In einer anderen Hinsicht wohnt dem neuen § 253 Abs. 2 BGB allerdings eine gewisse Auffälligkeit inne, nämlich dadurch, dass er den Schmerzensgeldanspruch an bestimmte Rechtsgutsverletzungen knüpft, also eigene einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen enthält, was in der Regel typisch für Anspruchsgrundlagen des Haftungsrechts ist¹⁶¹. Ansonsten sollen die §§ 249ff BGB wie gesagt einheitlich gelten und betreffen nur die Haftungsausfüllung. Jedoch greifen zum Beispiel die §§ 249 S. 2 und 255 BGB ebenfalls nur unter bestimmten – wenn auch etwas allgemeiner gefassten – Bedingungen ein, so dass hier insofern wohl nicht von einer echten Ausnahme gesprochen werden kann.

Zudem kann diese Überlegung die Annäherung an das Prinzip nicht abschwächen, denn der Schmerzensgeldanspruch wird nun tatsächlich grundsätzlich bei allen Haftungsgründen gewährt. Die vorausgesetzte Rechtsgutsverletzung wird allerdings zu meist bereits im Rahmen der anspruchsbegründenden Norm geprüft werden, so dass dieser Einschränkung bei den Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 BGB weniger Bedeutung zukommen sollte. Und schließlich ist sie inhaltlich erforderlich um die Grundregelung des § 253 Abs. 1 BGB beizubehalten und den Ersatz immaterieller Schäden nicht generell zuzulassen. Insofern ist nicht ersichtlich, wie dies systematisch besser geregelt werden könnte.

¹⁶⁰ Aufzählung bei Lange, S. 307.

¹⁶¹ Jauernig⁹/Teichmann, Vor §§ 249-253, Rn. 2.

Die Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit führt zudem zu einer Begradigung und Vereinfachung des Rechtszustandes¹⁶², der demnach aus haftungsrichterlicher Sicht wegen der einheitlichen Haftungslage begrüßenswert ist¹⁶³ und eher dem öffentlichen Empfinden entspricht¹⁶⁴, denn das Opfer – als juristischer Laie – sieht nur die identischen Schmerzen, aber keinen Grund für eine unterschiedliche Behandlung¹⁶⁵.

Um der „Gefahr emotionaler Evidenzargumente“, die Köndgen¹⁶⁶ sieht (er zitiert Boetticher, AcP 158, 385 (396): Soll dieser Unglückliche etwa keinen Anspruch auf Schmerzensgeld haben? Ein unmögliches Ergebnis!), vorzubeugen soll hier ausdrücklich klargestellt werden, dass das durchschnittliche Rechtsempfinden sicherlich keine materiellen und systematischen Gründe ersetzen kann. Eine Übereinstimmung im Ergebnis kann aber sehr wohl als Zeichen dafür gesehen werden, dass das Recht seine Aufgabe, Gerechtigkeit zu schaffen, im Einzelfall auch erfüllt. Das Rechtsgefühl der in der Praxis Betroffenen bestätigt somit die in der juristischen Theorie gefundenen Begründungen und stellt für diese ein Stück Legitimation dar.

Auf Probleme, die sich insbesondere im Bereich der Gefährdungshaftung ergeben, wird unten näher einzugehen sein.

(2) Grundgesetzliche Forderung?

Häufig wird auch versucht den vom Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG geforderten Schutz der körperlichen Integrität (S. 1) als Argument fruchtbar zu machen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich die Pflicht des Staates „sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“¹⁶⁷. Diese Schutzpflicht besteht auch gegenüber der körperlichen Unversehrtheit¹⁶⁸ und genauso zugunsten der körperliche Bewegungsfreiheit gegen Beeinträchtigungen durch Dritte¹⁶⁹, die in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützt wird. Die persönlichen Rechtsgüter stellen innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar¹⁷⁰, der Vorrang vor Sachgüterwerten haben soll¹⁷¹.

¹⁶² Macke, S. 508.

¹⁶³ Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes, S. 261; Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 191.

¹⁶⁴ Macke, S. 508; zweifelnd: Köndgen, S. 127.

¹⁶⁵ Karczewski, S. 1071.

¹⁶⁶ Köndgen, S. 18.

¹⁶⁷ BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164).

¹⁶⁸ Jarass/ Pieroth⁵, Art. 2, Rn. 53.

¹⁶⁹ Jarass/ Pieroth⁵, Art. 2, Rn. 74.

¹⁷⁰ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 211.

Zumindest dürften Körper und Gesundheit bei Verletzung nicht prinzipiell schlechter behandelt werden als ein Vermögensgut¹⁷²; im Gegenteil seien gerade die Personengüter gegen Gefahren besonders empfindlich und deshalb auf einer höheren Stufe geschützt¹⁷³, woraus gelegentlich der Schluss gezogen wird, dass bei ihrer Verletzung umfassender Schadensersatz zu gewähren und eine Einschränkung des Ersatzes immaterieller Schäden nicht mehr zu rechtfertigen sei¹⁷⁴. Jedenfalls müsse eine Vergütung des Nichtvermögensschadens bei Körperverletzungen ohne Rücksicht auf den Haftungsgrund erfolgen¹⁷⁵. Schiemann¹⁷⁶ spricht sogar von einer nachhaltigen verfassungsrechtlichen Anzweiflung des § 253 a.F. BGB.

Letztere Einschätzung schießt wohl über das Ziel hinaus, denn wie generell bei der Erfüllung von grundrechtlichen Schutzpflichten steht dem Gesetzgeber zum einen auch im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 GG ein weiter Ermessensspielraum offen¹⁷⁷ und waren zum anderen die betreffenden Rechtsgüter gegen Verletzungen auch bisher nicht ganz ungeschützt. Aus abstrakten Wertentscheidungen der Verfassung können keine legislativen Detailregelungen abgeleitet werden¹⁷⁸, zumindest nicht, wenn mehrere Möglichkeiten denkbar sind.

Es kann auch kein so schwerwiegender Bewertungsfehler durch den Gesetzgeber festgestellt werden, als dass man die bisherige Regelung als verfassungswidrig ansehen müsste¹⁷⁹. Heilungskosten und sonstige materielle Schäden wurden generell ersetzt – wenn möglicherweise auch durch Höchstbeträge begrenzt – und zusätzlich gab es das Schmerzensgeld bei bestimmten immateriellen Schäden im Deliktsrecht, wozu noch anzumerken wäre, dass in den allermeisten Haftungsfällen auch die Voraussetzungen der deliktischen Haftung vorliegen¹⁸⁰, also Schmerzensgeld auch bislang schon gewährt wurde. Möglicherweise hinzukommende strafrechtliche Aspekte sollen an dieser Stelle außer Betracht bleiben.

¹⁷¹ Maunz/ Dürig/ Herzog, Art. 1, Rn. 33; MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 2.

¹⁷² Stoll – Haftungsfolgen, S. 355.

¹⁷³ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 211.

¹⁷⁴ Diedrich, S. 529; Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 725.

¹⁷⁵ Stoll – Haftungsfolgen, S. 354.

¹⁷⁶ Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 2.

¹⁷⁷ Jarass/ Pieroth⁵, Vorb. vor Art. 1, Rn. 10a; Art. 2, Rn. 79.

¹⁷⁸ Köndgen, S. 132.

¹⁷⁹ Köndgen, S. 132.

¹⁸⁰ In lediglich ca. 10 % aller ersatzpflichtigen Personenschäden im Straßenverkehr beruht die Ersatzpflicht ausschließlich auf Gefährdungshaftung des Schädigers, Küppersbusch, S. 619; Kötz – Gutachten, S. 1824 nimmt an, dass in 85-90 % der Fälle Verschulden gegeben ist.

Entspricht dies mithin dem verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandard, so heißt das aber noch lange nicht, dass damit der Schutzauftrag des Grundgesetzes optimal erfüllt wurde. Köndgen beschreibt die Ersatzposition eines in seiner physischen Integrität Geschädigten im Gegenteil – vorsichtig – als „etwas defizitär“¹⁸¹. Demgegenüber sollte jedoch aufgrund des hohen Wertes, der den Personengütern zuerkannt wird, ein bestmöglicher Schutz angestrebt werden, wobei natürlich andere Prinzipien der Rechtsordnung zu berücksichtigen sind, die unter Umständen einer ausweitenden Schmerzensgeldregelung entgegenstehen könnten.

Für die hier hauptsächlich interessierenden Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Freiheit sind solche Bedenken bei der vorliegenden Frage aber nicht gegeben. Ihr Schutz verlangt gleichfalls nicht den unbedingten Ersatz sonstiger Nichtvermögensschäden, der, wie bereits mehrfach gezeigt wurde, nicht unproblematisch wäre. Eine Erstreckung auf die nicht-deliktischen Haftungsgründe hingegen entspricht der grundgesetzlichen Wertung zumindest weitergehend, da so eine Schutzlücke geschlossen wird. Es gibt schließlich Fälle, in denen nur immaterieller Schaden etwa in Form von Schmerzen entsteht, aber keine Vermögenseinbußen vorliegen, zum Beispiel weil eine Heilbehandlung nicht notwendig ist. In solchen Konstellationen sah die Zivilrechtsordnung außerhalb des Deliktsrechts bisher grundsätzlich keinen Schutz vor; die Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs hierauf ist damit eine Verbesserung im Sinne des Grundgesetzes.

Hinzu kommt, dass eine Reduzierung der Lebensmöglichkeiten den Geschädigten häufig schlimmer trifft als ein materieller Verlust¹⁸², gerade weil die körperliche Integrität unersetzbar ist. Auch diese Tatsache spricht dafür, durch Gewährung von Schmerzensgeld den damit verbundenen Schutz auf die übrigen Haftungsgründe auszuweiten, denn eine unvollkommene Entschädigung ist schließlich besser als gar keine¹⁸³ und drückt die grundgesetzliche besondere Achtung der betreffenden Rechtsgüter aus.

(3) Der Schutzzweck

Ebenfalls zur Befürwortung der Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Haftungsgründe kommt man, wenn man auf den jeweiligen Schutzzweck abstellt.

¹⁸¹ Köndgen, S. 132.

¹⁸² Köndgen, S. 132.

¹⁸³ Braschos, S. 7; Stoll – Gutachten, S. 143.

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm stellt den Zusammenhang zwischen Schadensausgleich und Haftungsgrund zwar insofern her, als sie die Ersatzfähigkeit bestimmter Schäden ausschließt¹⁸⁴, und hat damit eigentlich die entgegengesetzte Denkrichtung zur Grundlage.

Man könnte aber überlegen, ob der Schutzzweck der nicht schmerzensgeldbewehrten Haftungstatbestände ein Grund für diesen Ausschluss ist. Das ist jedoch offenkundig nicht der Fall. Keine Norm soll zur Vermeidung von Verletzungen dienen, die materielle Schäden in Form von Heilungskosten nach sich ziehen, ohne zugleich auch immaterielle Schäden verhindern zu wollen. Bei Personenschäden sind die beiden Formen so eng miteinander verknüpft, dass eine Trennung vollkommen realitätsfremd wäre; wenn Heilungskosten entstehen, liegt fast zwangsläufig auch ein immaterieller Schaden, meist in Form von Schmerzen, vor. Wenn die Normen demnach also vor immateriellen Schäden schützen wollen¹⁸⁵, ist es nur konsequent, solche, die dennoch entstehen, auch ersatzfähig zu stellen, so dass diesem Zweck besser entsprochen wird.

(4) Verhältnis von Vermögens- und Nichtvermögensschäden

Schließlich ist – auch mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG – das Verhältnis zwischen Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden zu betrachten. So hat der BGH schon früh herausgestellt, dass eine gesonderte rechtliche Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen gegenüber anderen Ersatzansprüchen nur insofern zulässig und gegebenenfalls geboten sei, als sie sich aus der besonderen Art immaterieller Schäden ergebe, nämlich aus der fehlenden Wiederherstellungsmöglichkeit aufgrund der Natur des verletzten Rechtsguts¹⁸⁶. Da die unterschiedlichen Haftungsgründe verschiedene Voraussetzungen haben – die Gefährdungshaftung beispielsweise ist verschuldensunabhängig – ist eine Differenzierung hinsichtlich des Schmerzensgeldes offensichtlich nicht willkürlich und daher nicht verfassungswidrig.

Die nun erfolgte Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Haftungsgründe könnte dem Gleichheitssatz aber eher entsprechen als das bisherige Recht. Es wird für die vertragliche Haftung und die Gefährdungshaftung noch im einzelnen zu zei-

¹⁸⁴ Lange, S. 8; Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 4.

¹⁸⁵ Stoll – Gutachten, S. 133.

¹⁸⁶ BGH VersR 1952, 397 (398); ähnlich: Stoll – Haftungsfolgen, S. 287.

gen sein, dass in diesen Fällen nicht etwa „minderwertige“ Haftungsgründe anzunehmen sind, bei denen die Anspruchsgewährung überhaupt durch die Versagung des Schmerzensgeldes erkaufte wurde. Ist aber von Gleichwertigkeit auszugehen, so entspricht die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Haftungsgründe eher der Forderung nach Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber als die alte Regelung¹⁸⁷. Sonstige sachliche Gründe für die Differenzierung sind – unter Berücksichtigung des oben Ausgeführten – nicht ersichtlich.

Im Übrigen spricht auch die eingangs erwähnte unscharfe Grenzziehung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden dafür, die Ersatzfähigkeit – in sinnvollen Grenzen – anzugleichen¹⁸⁸. Das würde nicht nur Streitigkeiten in der Praxis ersparen und vielleicht den Bestrebungen zur Ausweitung des Bereichs der Vermögensschäden Einhalt gebieten, sondern erscheint wegen der Nähe der beiden Schadensarten zueinander gerade in den Grenzbereichen auch durchaus sinnvoll und angemessen. Nachdem in anderen Rechtsordnungen zumindest nicht mit der vom BGB-Gesetzgeber geübten Konsequenz zwischen materiellen und immateriellen Schäden unterschieden wird, kann diese Dichotomie jedenfalls nicht als rechtslogisches Apriori vorausgesetzt werden¹⁸⁹. Es erschiene daher fragwürdig, wenn weiterhin allein bei Vermögensschäden eine doppelte Anspruchsbegründung möglich sein sollte, während der Ersatz immateriellen Schadens in Form des Schmerzensgeldes auf das Deliktsrecht beschränkt bliebe¹⁹⁰.

Dieses Ungleichgewicht spiegelt sich auch darin wider, dass die Aufwendungen für Sach- und Personenschäden etwa im Verhältnis 75:25¹⁹¹ bis 85:15 stehen¹⁹², während sie in vergleichbaren europäischen Ländern etwa gleich hoch sind¹⁹³. Auch von anderen Autoren wird in neuerer Zeit der Anteil des Sachschadens am Gesamtaufwand von Kfz-Haftpflichtversicherern als „überproportional hoch“ beschrieben¹⁹⁴, so dass dieses Problem also durchaus gesehen wird. Vor diesem Hintergrund hat sich die

¹⁸⁷ So auch für die Gefährdungshaftung Köndgen, S. 131.

¹⁸⁸ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 395; im Ergebnis ähnlich: Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 725.

¹⁸⁹ Köndgen, S. 74.

¹⁹⁰ Braschos, S. 253.

¹⁹¹ Kötz/ Wagner, Rn. 482a; Hacks – Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen, S. 1451.

¹⁹² Scheffen – Umdenken im Haftungsrecht, S. 220.

¹⁹³ Hacks – Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen, S. 1451; darauf Bezug nehmend: Lorenz, S. 185; Kötz/ Wagner, Rn. 482a.

Gewährung eines Schmerzensgeldes, das unabhängig von der Art der Haftungsbe-
gründung ist, als Schritt hin zu einer besseren Ersatzfähigkeit von Personenschäden
und damit eines besseren Schutzes von Personengütern geradezu angeboten.

c) Fazit

Wie gezeigt werden konnte spricht mithin im Allgemeinen rechtsdogmatisch und
systematisch nichts gegen die geplante Neuregelung, im Gegenteil kann einiges dafür
angeführt werden. Die ursprünglich bei Schaffung des BGB maßgeblichen Gründe
haben aufgrund der Änderung der Lebensverhältnisse zum Großteil ihre Geltungsbe-
rechtigung verloren; dafür hat die Einführung des Grundgesetzes die Wertvorstellun-
gen, denen Rechnung zu tragen ist, entscheidend geprägt, die den besonderen Schutz
der Personengüter herausstellen. Dieser wird durch die Ausweitung der Schmerzens-
geldregelung verbessert, was also ganz im Sinne des Grundgesetzes und schon von
daher zu befürworten ist.

Im Folgenden sollen nun die beiden wichtigsten betroffenen Bereiche, nämlich die
vertragliche und die Gefährdungshaftung, näher beleuchtet werden. Untersucht wer-
den soll, ob sich in diesen Fällen im Einzelnen Bedenken gegen die Gewährung eines
Schmerzensgeldes ergeben, die auf den besonderen Eigenarten der jeweiligen Haf-
tungsart beruhen.

2. Vertragliche Haftung

a) Möglichkeit einer Vertragsstrafe

Bei Schaffung des BGB wurde gegen eine Ersatzmöglichkeit immaterieller Schäden
auf vertraglicher Grundlage angeführt, der Gläubiger könne sich durch Ausbedingung
einer Konventionalstrafe sichern, so dass eine gesetzliche Regelung für eine Geldent-
schädigung nicht nötig wäre¹⁹⁵. Auf dieses Argument beziehen sich heute einige Au-
toren, die eine Vertragsstrafe für wirklichkeitsfremd¹⁹⁶ und im täglichen Massenge-

¹⁹⁴ Huber, S. 21; BT-Drucks. 14/ 7752, S. 11; ähnlich: Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung
des Schmerzensgeldes, S. 190.

¹⁹⁵ Prot. I 1050, bei Jakobs/ Schubert, S. 112.

¹⁹⁶ Staudinger¹³/ Schiemann, § 253, Rn. 2.

schäft für kaum möglich halten, zumal sie nach § 309 Nr. 6 n.F. BGB zugunsten des Verwenders in AGB nur beschränkt zulässig ist¹⁹⁷.

Außerdem würde diese Alternative nur dann ausreichen, wenn sie praktisch gleichwertig wäre eine Entschädigung zu erlangen, was aber nicht der Fall ist. Häufig fehlt einer Partei die Macht zur Durchsetzung einer solchen Abrede, sie will ihr Misstrauen nicht auf diese Art dokumentieren oder es wird einfach nicht daran gedacht, weil das Interesse an der Vertragserfüllung im Vordergrund steht¹⁹⁸. Daraus ergibt sich überzeugend, dass die Möglichkeit einer Vertragsstrafe kein hinreichender Grund ist jeglichen gesetzlichen Ersatz immaterieller Schäden auf vertraglicher Grundlage zu versagen. Der Gesetzgeber kann schwerlich ein Tätigwerden deshalb verweigern, weil die Bürger für sich selber sorgen könnten. Damit würde er den ihm aufgegebenen Schutzpflichten nicht genügen.

b) Das Wesen der vertraglichen Haftung

Nun wurde dieses Argument in den Beratungen nicht in Verbindung mit Schmerzensgeld, sondern mit besonderen Affektionsinteressen der Vertragsparteien genannt, wenn ein Vertrag ausschließlich auf Nichtvermögensinteressen gerichtet war¹⁹⁹. Die schmerzensgeldfähigen Rechtsgüter können zwar auch Hauptgegenstand eines Vertrags sein, jedoch dürfte das eine seltene Konstellation darstellen. In den übrigen Fällen sollte schon aus den allgemeinen Gründen gegen den Ersatz immaterieller Schäden kein Geldersatz gewährt werden; die Möglichkeit der Vertragsstrafe wurde hier nur ergänzend angeführt. Diese Begründung ist daher zwar in die Überlegungen mit einzubeziehen, nur stellt sie nicht den wirklichen Grund dar, weshalb das BGB kein Schmerzensgeld auf vertraglicher Grundlage gewährte²⁰⁰.

Dieser ist wohl vor allem in der damaligen wirtschaftlichen Situation zu suchen, die dem Privatrecht und Verträgen zum Teil andere Aufgaben zuwies als man es heute für richtig hält. Die sich gerade entfaltende kapitalistische Produktionsweise verlangte zum einen nach Kalkulierbarkeit der Haftungsrisiken um Profitchancen zu sichern, womit eine allzu weitgehende Haftung für immaterielle Schäden insbesondere auf vertraglicher Grundlage nicht zu vereinbaren gewesen wäre, und sah zum anderen als

¹⁹⁷ Thüsing – Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, S. 286.

¹⁹⁸ Braschos, S. 248ff.

¹⁹⁹ Vgl. Prot. I 1050, bei Jakobs/ Schubert, S. 112; Prot. II, Bd. 1, S. 620, bei Jakobs/ Schubert, S. 113.

²⁰⁰ AA: Stoll – Gutachten, S. 35f.

bei weitem wichtigstes Vertragsziel den Austausch wirtschaftlicher Güter als Erfüllungsinteresse an. Schutz oder gar Förderung immaterieller Interessen lagen von diesem Standpunkt aus außerhalb desselben²⁰¹.

Vor diesem Hintergrund hatte der Gesetzgeber keine Veranlassung einen besonderen Vertragsanspruch auf Ersatz solcher immaterieller Schäden zu erwägen. Folglich wurde dieser insbesondere bezüglich der als schmerzensgeldwürdig eingestuften Rechtsgüter nicht bewusst ausgeschlossen, sondern schlicht nicht in Betracht gezogen. Der Schutz des allgemeinen Integritätsinteresses war nach dieser Konzeption weitgehend Aufgabe des Deliktsrechts²⁰², so dass es aus dieser Sicht durchaus folgerichtig erscheint den Schmerzensgeldanspruch dort zu regeln.

Doch schon bald nach Inkrafttreten des BGB erkannte man, dass sich die deliktische Haftung in vielen Fällen als unzulänglich erwies, so dass die Rechtsprechung etwa die Rechtsinstitute der c.i.c. und pVV als vertragliche Haftungsgrundlagen anerkannte²⁰³ und weitreichende Schutz-, Mitwirkungs- und Treuepflichten zum Schutz des sogenannten Integritätsinteresses postulierte²⁰⁴. Später wurden auch Ansprüche auf Ersatz von Nichtvermögensschäden auf vertraglicher Grundlage in das Gesetz aufgenommen, wie §§ 651f Abs. 2, 611a Abs. 2 und 3 BGB, während § 1300 BGB aufgehoben wurde.

Die Nebenpflichten hatten häufig die in § 847 a.F. BGB geschützten Rechtsgüter zum Gegenstand, so dass nun die Forderung nach einem Schmerzensgeld auch auf vertraglicher Grundlage aktuell wurde²⁰⁵. Bereits 1906 stellte das Reichsgericht fest: „Wer daher nur vertraglich für eine Körper- oder Gesundheitsbeschädigung einzustehen hat, der braucht für den durch diese bewirkten immateriellen Schaden keinen Ersatz in Geld zu leisten, obwohl ein innerer Grund für diese Verschiedenheit der Haftung aus Verträgen und aus unerlaubter Handlung vielleicht nicht aufzufinden ist“²⁰⁶. Dem schlossen sich viele Stimmen in der Literatur an, die eine Schmerzensgeldregelung auch für die Haftung innerhalb bestehender Schuldverhältnisse befürworteten²⁰⁷.

²⁰¹ Braschos, S. 36.

²⁰² Braschos, S. 11.

²⁰³ Erman¹⁰/ Battes, Vor § 275, Rn. 4f.

²⁰⁴ Braschos, S. 40.

²⁰⁵ Braschos, S. 40.

²⁰⁶ RGZ 65, 17 (21).

²⁰⁷ Zum Beispiel: Schlechtriem, S. 1655f; Freise, S. 542; Hohloch, S. 438.

Das Gegenteil sei der Fall, so wurde mit einem Erst-Recht-Schluss argumentiert: Wenn es schon im Deliktsrecht Schmerzensgeld gäbe – als Geldanspruch von Jedermann²⁰⁸ –, müsse das umso mehr im Vertragsrecht der Fall sein. Das Defizit der Vertragshaftung sei widersinnig, weil der starke Ausbau derselben den Zweck verfolge, den Rechtsschutz des Deliktsrechts zu intensivieren²⁰⁹. Die vertraglichen Ansprüche des BGB seien stets die spezielleren, die eine schärfere Haftung enthalten²¹⁰, weil sie gerade nur gegen den Vertragspartner gerichtet sind, während die §§ 823ff BGB prinzipiell gegenüber einer unbegrenzten Zahl von Personen greifen. Bei diesen erfolgt der Rechtsgüterkontakt nur zufällig, so dass daher als Korrektiv ein schwächerer Haftungsmaßstab angemessen erscheint, der sich zum Beispiel in der Exkulpationsmöglichkeit des § 831 BGB zeigt²¹¹. Der Vertrag hingegen verpflichtet die Parteien zu besonderer Sorgfalt, so dass es eher einleuchten würde, wenn in diesem Fall den Schädiger eine Körperverletzung teurer zu stehen kommen würde als aufgrund des allgemeinen Deliktsrechts²¹². Es entsteht schließlich ein Vertrauensverhältnis, innerhalb dessen die Parteien einander ihre Rechtsgüter offen legen und so eine weitergehende Einwirkungsmöglichkeit auf ihre Integrität schaffen²¹³.

Dabei sind die Personengüter mindestens genauso betroffen wie die Sachgüter, die Gefahr immaterieller Schäden wird also ebenso erhöht wie die von Vermögensschäden. Dazu korrespondierend scheint es angebracht einen Missbrauch dieses Vertrauens, der sich in der Verletzung der in § 847 a.F. BGB genannten Rechtsgüter manifestiert, zu sanktionieren, indem ein Schmerzensgeld auch auf vertraglicher Grundlage ermöglicht wird; dies muss in jedem Fall dann gelten, wenn ein Verschulden des Schädigers vorliegt.

c) Verbesserter Opferschutz

Inwieweit dadurch in der Praxis viel gewonnen wird, ist allerdings zweifelhaft, da meistens gleichzeitig die Voraussetzungen der deliktischen Haftung gegeben sein werden; nach Angleichung der Verjährungsfristen bleibt aber immer noch die Zurechnung des Gehilfenverhaltens über § 278 statt über § 831 BGB, so dass immerhin

²⁰⁸ Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 352.

²⁰⁹ Stoll – Haftungsfolgen, S. 16; Staudinger¹³/ Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 38.

²¹⁰ Rauscher, S. 579.

²¹¹ Diedrich, S. 528.

²¹² Stoll – Gutachten, S. 38.

²¹³ Braschos, S. 232.

gewisse Verbesserungen für das Opfer mit der Ausweitung verbunden sind²¹⁴. Auch der § 280 Abs. 1 S. 2 n.F. BGB, der eine Beweislastumkehr für das Verschulden bei Pflichtverletzungen enthält, ist dann anwendbar. Eine Doppelbegründung der Klage für Delikts- und Vertragsrecht ist nun jedenfalls nicht mehr erforderlich²¹⁵.

Der verbesserte Opferschutz ist ausdrücklich im Entwurf als Ziel der Neuregelung genannt, die hier eine Haftungslücke schließen und auch der Sicht des Opfers Rechnung tragen soll, dem eine Differenzierung nach dem Haftungsgrund unverständlich erscheint²¹⁶. Eine praktische Bedeutung wird vor allem für die Fälle der Arzthaftung bei Behandlungsfehlern²¹⁷ sowie der Haftung des Vermieters im Rahmen des § 536a Abs. 1, 1. Alt. BGB²¹⁸ und des Personenbeförderers erwartet²¹⁹, wobei letzteres nicht näher begründet wird. Bei der Arzthaftung wird der Regress gegen den Krankenhausträger erleichtert, da der Behandlungsvertrag normalerweise mit diesem geschlossen wird. Die unproblematische Zurechnung des Handelns des Arztes über § 278 BGB führt nunmehr auch zu einem Schmerzensgeldanspruch, während bisher regelmäßig der Entlastungsbeweis nach § 831 BGB im Rahmen der deliktischen Haftung gelang²²⁰. Der Patient erhält somit einen im Regelfall solventen beziehungsweise ausreichend versicherten zusätzlichen Schuldner und kann zudem mit dessen Entgeltanspruch aufrechnen²²¹. Die tatsächlichen Folgen in der Praxis werden gleichwohl abzuwarten bleiben.

Mehr ein erwünschtes Nebenprodukt ist daneben wohl die mit der Neuregelung verbundene Annäherung der Rechtslage an europäische Nachbarrechtsordnungen, in denen es eine Haftung für immaterielle Schäden aus Vertrag gibt²²². Der Entwurf führt hier beispielhaft Frankreich und das Vereinigte Königreich an²²³, während Braschos darüber hinaus noch die Niederlande, Österreich, Schweden und die Schweiz nennt und weitergehend sogar die Türkei, USA und Israel.

²¹⁴ Karczewski, S. 1072; Heß/ Jahnke, S. 80; Jaeger/ Luckey, S. 1170 sehen hier als besonders häufiges Anwendungsgebiet das Werkvertragsrecht.

²¹⁵ Braschos, S. 239.

²¹⁶ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 14.

²¹⁷ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 16; Jahnke, S. 108; Braschos, S. 244.

²¹⁸ Jaeger/ Luckey, S. 1170; Heß/ Jahnke, S. 79.

²¹⁹ Schlechtriem, S. 1655.

²²⁰ Heß/ Jahnke, S. 78f.

²²¹ Heß/ Jahnke, S. 79.

²²² BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15; Braschos, S. 169.

²²³ So auch Bollweg – Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, S. 2.

Eine detaillierte rechtsvergleichende Untersuchung diesbezüglich würde im Rahmen dieser Arbeit allerdings zu weit führen. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass im Zuge der fortschreitenden Rechtsangleichung und –vereinheitlichung insbesondere innerhalb Europas ein solcher Schritt nur begrüßt werden kann²²⁴.

d) Schlussfolgerung

Nachdem also weder die ursprüngliche gesetzgeberische Absicht entgegensteht – im Gegenteil wollten die Väter des BGB die in § 847 a.F. BGB genannten Rechtsgüter ja gerade schützen und hätten die Schmerzensgeldregelung möglicherweise in die §§ 249ff BGB aufgenommen, wenn sie die Erweiterung vertraglicher Schutzpflichten bei allgemeinen Integritätsinteressen vorausgesehen hätten²²⁵ – noch etwas anderes aus der Eigenart der vertragliche Haftung gegenüber der deliktischen zu entnehmen ist – diese bekräftigt sogar eine Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf diesen Bereich – fügt sich die Neuregelung jedenfalls bei einem Verschulden des Schädigers nicht nur in das System ein, sondern sie beseitigt vielmehr einen bislang bestehenden Wertungswiderspruch.

e) Vertragliche Haftung ohne Verschulden

Zu prüfen bleibt, ob sich bezüglich derjenigen vertraglichen Ansprüche, die kein Verschulden voraussetzen, eine andere Beurteilung ergibt. Deutsch²²⁶ spricht hier von einem Schritt ins Ungewisse, wobei ihn insbesondere die Möglichkeit von Schmerzensgeld im Zusammenhang mit objektiven Haftungen des Vertragsrechts mit Sorge erfüllt.

Abgesehen davon, dass solche Fälle die Ausnahme sein dürften, weil in der überwiegenden Mehrzahl der Haftungsfälle schuldhaftes Handeln zugrunde liegt²²⁷, kann dem auch in der Sache nicht zugestimmt werden. Wenn kein Verschulden vorausgesetzt wird, beruht die Haftung doch auf einem anderen Zurechnungsprinzip, das gleichberechtigt neben der Verschuldenshaftung steht²²⁸, so dass kein Grund zur Diskriminierung gegeben ist²²⁹.

²²⁴ So auch Katzenmeier, S. 1032, der als Beispiele ebenfalls Österreich, die Schweiz, Frankreich und die Rechtsordnungen des anglo-amerikanischen Rechtskreises nennt.

²²⁵ So Braschos, S. 86.

²²⁶ Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 354.

²²⁷ Hohloch, S. 438; BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15.

²²⁸ Braschos, S. 72.

²²⁹ Stoll – Gutachten, S. 38.

Deutsch führt als Beispiele für seine Bedenken das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder den Eintritt des Verzugs an²³⁰. Nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz kennt das BGB zwar keine zugesicherten Eigenschaften mehr (vgl. §§ 434, 437, 280 Abs. 1 n.F. BGB). Wenn aber jemand nach § 276 Abs. 1 S. 1 n.F. BGB die Garantie für eine Eigenschaft übernimmt, muss er auch die Konsequenzen daraus tragen, das heißt für das Fehlen einstehen und dadurch verursachte Schäden ersetzen. Dabei ergeben sich keine Gründe für eine Differenzierung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden, die den Ausschluss des Schmerzensgeldanspruchs rechtfertigen könnten. Es wird wieder an die relativ klar abgrenzbaren Rechtsgüter des § 847 a.F. BGB angeknüpft; das bedeutet, es entstehen insofern keine Unsicherheiten, die nicht hinnehmbar wären. Dass im Einzelfall wohl auch weiterhin geprüft werden muss, ob der Schutzzweck der Garantie auch das beeinträchtigte Rechtsgut umfasst²³¹, macht das Haftungsrisiko zusätzlich kalkulierbarer.

Auch beim Verzug kommt die Haftung nicht unvorhersehbar und zufällig für den Vertragspartner, der zu spät leistet. Nach § 286 Abs. 4 n.F. BGB ist Verschulden Voraussetzung für den Verzugseintritt, so dass die Haftung auch hier vermeidbar ist. Das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen hängt von dem Verhalten des betroffenen Vertragsteils ab, der es damit selbst in der Hand hat, ob sie erfüllt werden; ein entscheidender Unterschied zur Verschuldenshaftung kann von daher nicht angenommen werden, im Gegenteil sind die Voraussetzungen der Sache nach sehr angenähert. Folglich ist nicht einzusehen, warum der Schädiger nicht auch hier die immateriellen Schäden ersetzen sollte.

In ähnlicher Weise kann im Übrigen für sonstige Haftungs- und Zurechnungstatbestände des Vertragsrechts argumentiert werden, zum Beispiel für die Regelung des § 278 BGB, über den das Verschulden des Gehilfen zugerechnet wird, dessen sich ein Vertragspartner zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient. Es steht ihm frei jemanden dazu einzuschalten oder die Aufgaben selber zu erledigen. Im ersteren Fall muss er sich für die Erleichterung im Gegenzug das Verhalten des Gehilfen anrechnen lassen und gegebenenfalls haften²³². Die Zurechnung erscheint damit genauso legitim wie bei der Verschuldenshaftung.

²³⁰ Deutsch - Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 354.

²³¹ So auch Wagner, S. 2056; Heß/ Jahnke, S. 79; Katzenmeier, S. 1033.

²³² Vgl. Braschos, S. 74.

Zudem ist die Lage für materiellen und immateriellen Schaden die gleiche, was dagegen spricht, zwischen diesen zu differenzieren. Ein Ausgleich, der wie oben festgestellt im Vordergrund des Schadensersatzrechts steht, ist in diesen Fällen ebenso nötig wie bei verschuldensabhängiger Haftung²³³. Das fehlende Verschulden kann außerdem bei der konkreten Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigt werden²³⁴, wenn es im Einzelfall geboten erscheint.

Insgesamt ergibt sich daher auch für diejenigen Ansprüche auf vertraglicher Grundlage, die ein Verschulden nicht voraussetzen, nichts anders als für die verschuldensabhängige Vertragshaftung: Ein Schmerzensgeldanspruch in diesen Fällen ist nicht nur systemkonform, sondern entspricht dem Sinn und Zweck sowohl des Schmerzensgeldes als auch des Vertragsrechts noch weitergehender als die bisherige Regelung.

3. Gefährdungshaftung

Bei der Ausdehnung des Schmerzensgeldanspruchs auch auf die Tatbestände der Gefährdungshaftung ist das mangelnde Verschuldenserfordernis sogar der Hauptkritikpunkt. In diesem Zusammenhang werden vor allem zwei Argumente angeführt: einmal wird darauf abgehoben, dass die Gefährdungshaftung eine Ausnahme vom fundamentalen Zurechnungskriterium des Verschuldensprinzips sei, wodurch eine Beschränkung bei den Haftungsfolgen gerechtfertigt sei²³⁵. Zum anderen könne das Schmerzensgeld bei fehlendem Verschulden seine Genugtuungsfunktion nicht erfüllen, die ja gerade an jenem anknüpft und daher sinnlos bliebe²³⁶. Die Tragfähigkeit dieser Gründe gilt es nun zu überprüfen.

a) Prinzip der Verschuldenshaftung

Es ist wohl unbestritten, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des BGB nur das Prinzip der Verschuldenshaftung als die allgemeine Grundlage der Schadenszurechnung ansah²³⁷. Diese wurde bei den Beratungen zum BGB vorgefunden, aufgenommen²³⁸ und dann auch mit als Rechtfertigung für das Prinzip der Totalreparation betrach-

²³³ Stoll – Gutachten, S. 145; BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15; Braschos, S. 103.

²³⁴ Schlechtriem, S. 1655; Braschos, S. 104; BT-Drucks. 14/ 7752, S. 14.

²³⁵ Kürschner, S. 7f; Elsner, S. 233.

²³⁶ Medicus, S. 122; Köndgen, S. 17.

²³⁷ Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 625; ders.: Gutachten, S. 1792.

²³⁸ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 5.

tet²³⁹. Die Gefährdungshaftung hingegen als „system- und regelwidriges Sonderphänomen“ sollte auch in gesetzessystematischer Hinsicht nur eine Randexistenz in Spezialgesetzen erhalten²⁴⁰; das BGB hat an ihrer Entwicklung somit keinen Anteil gehabt²⁴¹. Gewissermaßen als Preis und Ausgleich für die Strenge des Haftungsgrundes und die „regelwidrige Begünstigung“²⁴² wurde der Haftungsumfang durch Höchstbeträge begrenzt um das Haftungsrisiko kalkulierbarer zu machen und den Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu erleichtern²⁴³. Zugrunde lagen hier die Vorstellungen des Wirtschaftsliberalismus und das Bestreben, den Anforderungen der kapitalistischen Produktionsweise möglichst gerecht zu werden²⁴⁴.

Ob hingegen auch der Ausschluss des Ersatzes von Nichtvermögensschäden eine überlegte legislatorische Entscheidung war, ist zweifelhaft. Köndgen²⁴⁵ vermutet hier eine „bloße Vernachlässigung eines zu dieser Zeit allgemein fragwürdig gewordenen Anspruchs“ bei Schaffung des Reichshaftpflichtgesetzes, zumal die Gesetzesmaterialien hierüber keinerlei Auskunft geben. Da dieses hinsichtlich des Haftungsumfanges als Vorbild für die später in Kraft getretenen Sonderhaftpflichtgesetze diente, wurde der Ausschluss auf diese Weise übernommen²⁴⁶.

Der Gedanke erscheint auch insofern nicht abwegig, als der Gesetzgeber bei Festlegung der Haftungshöchstbeträge später davon ausging, diese würden in aller Regel den gesamten Schaden decken²⁴⁷. Eine gegebenenfalls eintretende Anspruchskappung würde folglich im Interesse der Kalkulierbarkeit hingenommen, wäre aber nicht Zweck der Regelung. In diesem Zusammenhang ist unwahrscheinlich, dass ein Ersatzanspruch bezüglich immaterieller Schäden mit Absicht ganz ausgeschlossen wurde, wenn auch bei der Gefährdungshaftung im Grundsatz von einer Totalreparation ausgegangen wurde, zumal eine Begründung dafür völlig fehlt.

Bis heute haben sich nun aber nicht nur die grundsätzliche Einstellung zum Ersatz immaterieller Schäden (vgl. oben) und die wirtschaftspolitischen Voraussetzungen geändert, sondern auch die Einschätzung der Gefährdungshaftung. Diese beruht auf

²³⁹ Hohloch, S. 385.

²⁴⁰ Kötz – Gutachten, S. 1792; ders.: Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 625.

²⁴¹ Hohloch, S. 385.

²⁴² Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 625.

²⁴³ MüKo³/Cahn, § 10 ProdHaftG, Rn. 1; Stoll – Haftungsfolgen, S. 21.

²⁴⁴ Braschos, S. 36; Kötz – Gutachten, S. 1792; Köndgen, S. 36.

²⁴⁵ Köndgen, S. 47.

²⁴⁶ Köndgen, S. 47.

²⁴⁷ Kötz – Gutachten, S. 1826; Hohloch, S. 458.

dem Gedanken, dass derjenige, der eine übermäßige Gefahr für andere schafft, unterhält oder ausnutzt, dies nur tun darf, wenn er dem anderen den aus der Gefahrverwirklichung fließenden Schaden abnimmt²⁴⁸. Damit wird dem Gedanken der Gefahrveranlassung und –beherrschung Rechnung getragen, wobei dem Vorteil aus dem Betrieb der Gefahrenquelle das Haftungsrisiko korrespondiert²⁴⁹. Insofern erscheint es durchaus legitim den Betreiber für entstehende Schäden verantwortlich zu machen und das Risiko dafür von unbeteiligten Dritten auf ihn zu überwälzen. Der Gefährdungshaftung liegt damit ein eigenes, positives Zurechnungsprinzip zugrunde, das gleichrangig neben der Verschuldenshaftung steht²⁵⁰ und nicht etwa nur eine ausnahmsweise erwiesene „soziale Wohltat“ ist²⁵¹. Die Gründe dafür sind zwar von anderer Gestalt, deswegen aber nicht minderwertig²⁵²; die Gefährdungshaftung stellt demnach nach heutigem Verständnis keine Sonderhaftung dar, für die zum Ausgleich ein Schmerzensgeld versagt werden könnte²⁵³.

Die Rechtsprechung hat diese Entwicklung im Ergebnis zum Teil dadurch schon vorweggenommen, dass sie weitreichende Verkehrs- und Verkehrssicherungspflichten postuliert hat um auf diesem Wege ein Verschulden bejahen und Schmerzensgeld zusprechen zu können²⁵⁴. Wenn Kürschner²⁵⁵ solche Motive der Gerichte anzweifelt, weil es dazu keine empirische Untersuchung gebe und die Sorgfaltsanforderungen eben gestiegen seien, ist dem entgegenzuhalten, dass es zum einen auch Dinge gibt, die (noch) nicht nachgewiesen sind und zum anderen die geforderten Sorgfaltspflichten gelegentlich nahezu unerfüllbar, ja geradezu abwegig sind. Das kann aber keinen anderen Sinn haben, als ein Verschulden bejahen und über das Deliktsrecht Schmerzensgeld zusprechen zu können. Ab einem gewissen Maß an Vorgaben kann wohl kaum noch erwartet werden, dass der durchschnittliche Normadressat sein Verhalten danach ausrichtet, weil es ihn schlichtweg überfordert oder unter Beachtung der Umstände etwa im Straßenverkehr als unangebracht und praxisfern erscheint und er eher ein Verkehrshindernis und damit eine Gefährdung darstellen würde, wollte er diese Vorgaben befolgen. Auf diese Weise werden in der Praxis die Grenzen zwischen

²⁴⁸ Deutsch/ Ahrens, Rn. 355; Kötz – Gutachten, S. 1784.

²⁴⁹ Staudinger¹³/ Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 28; MüKo³/ Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 57.

²⁵⁰ Kötz – Gutachten, S. 1792; Köndgen, S. 36, 41; Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 10.

²⁵¹ Freise, S. 541; Katzenmeier, S. 1030.

²⁵² Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 394.

²⁵³ Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 625.

²⁵⁴ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15; Bollweg, S. 95; Freise, S. 541; Rauscher, S. 578, 579.

²⁵⁵ Kürschner, S. 9.

Gefährdungs- und Fahrlässigkeitshaftung unscharf, was dafür spricht, die Regeln über Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens einheitlich zu regeln²⁵⁶; die Zweiteilung wirkt bei dieser Annäherung zunehmend gekünstelt²⁵⁷.

Ob hingegen die Prämisse von Freise²⁵⁸, eine Einstandspflicht aus Gefährdungshaftung würde leichter hingenommen als eine solche wegen Pflichtverletzung, da letztere wegen ihrer Nähe zum Strafrecht ehrenrührig sei, der Realität entspricht, erscheint zweifelhaft. Gerade Unachtsamkeiten, die auf leichter Fahrlässigkeit beruhen, werden eher als menschlich angesehen und nicht als kriminelles Unrecht, für das man jemandem einen Vorwurf machen würde. Sie können jedem unterlaufen, während bei der Gefährdungshaftung zunächst Voraussetzung ist, das eine solche Gefahrenquelle besteht. Es ist wohl auch nicht jedem klar, dass schon ein Auto, wie es die allermeisten besitzen, eine Gefahrenquelle in diesem Sinne darstellt; viele juristische Laien werden sich in diesem Zusammenhang eher größere Anlagen wie beispielsweise Atomkraftwerke vorstellen, mit denen sie dementsprechend größere Gefahrenpotentiale verbinden. Hier muss also das öffentliche Empfinden nicht unbedingt mit der juristischen Wertung, die lediglich einmal Verschulden fordert und einmal darauf verzichtet, übereinstimmen.

In Anbetracht dieser Umstände kann die Begründung des Schmerzensgeldausschlusses mit einem Ausnahmecharakter der Gefährdungshaftung nicht aufrechterhalten werden. Dementsprechend kann ein solches Argument nicht gegen die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf diese ins Feld geführt werden.

b) Die Genugtuungsfunktion

Fraglich ist, ob die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes der Erweiterung auf die Tatbestände der Gefährdungshaftung widerspricht. Nach der Rechtsprechung des BGH soll das Schmerzensgeld „dem Gedanken Rechnung tragen, dass der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung schuldet für das, was er ihm angetan hat“²⁵⁹. Im Einzelnen bedeutet das etwa, Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit können bei der Festsetzung der Entschädigung zuungunsten desselben, besonders leichte Fahrlässigkeit kann dagegen zu seinen Gunsten berücksichtigt werden²⁶⁰. Hat der Schädiger jedoch

²⁵⁶ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 395.

²⁵⁷ Freise, S. 541.

²⁵⁸ Freise, S. 544.

²⁵⁹ BGH NJW 1955, 1675.

²⁶⁰ BGH NJW 1955, 1675 (1676).

nur schuldlos für eine Betriebsgefahr einzustehen, bleibt eine solche Genugtuung sinnlos²⁶¹. Die Ausgleichsfunktion hingegen kann das Schmerzensgeld unstreitig auch bei Gefährdungshaftung erfüllen²⁶². Zu untersuchen ist daher, ob diese allein einen Schmerzensgeldanspruch zu rechtfertigen vermag.

Dazu ist in rechtstatsächlicher Hinsicht zunächst anzumerken, dass es bereits vor der Gesetzesänderung einige Gefährdungshaftungstatbestände gab, die ein Schmerzensgeld gewährten, etwa §§ 833 S. 1 BGB, 53 Abs. 3 LuftVG oder 29 Abs. 2 AtomG. Selbst wenn man die Einschlägigkeit des § 847 a.F. BGB für die (Luxus-) Tierhalterhaftung für eine legislatorische Flüchtigkeit hält²⁶³, kann dies bei den Spezialregelungen nicht angenommen werden. Zudem zeigen diese Beispiele, dass es jedenfalls in der Praxis möglich ist, in solchen Fällen ein Schmerzensgeld zu bemessen. Das lässt die Vermutung zu, die Genugtuungsfunktion sei kein Essential des Schmerzensgeldes.

In der Literatur wird sie in der Tat zum Teil ganz abgelehnt²⁶⁴, verbreitet aber zumindest bei der Gefährdungshaftung für entbehrlich gehalten²⁶⁵. Begründet wird dies damit, dass sie generell nur eine untergeordnete Rolle gegenüber der Ausgleichsfunktion spiele und gerade bei Fällen leichter und mittlerer Fahrlässigkeit – wie sie etwa im Straßenverkehr die Regel sind – keinerlei Auswirkungen auf die Höhe des Schmerzensgeldes habe²⁶⁶; sie sei in der Rechtsprechung in den Vorsatzbereich zurückgedrängt worden²⁶⁷.

Der BGH ging in seinem Grundsatzurteil zwar davon aus, dass ein alleiniges Abstellen auf den Ausgleichsgedanken unmöglich sei, obwohl dieser den Zweck des Anspruchs darstelle. Zugleich stellte er aber heraus, dass die wesentliche Grundlage bei der Schmerzensgeldbemessung Höhe und Maß der Lebensbeeinträchtigung bilden²⁶⁸. Daneben könnten alle Umstände berücksichtigt werden, die dem einzelnen Schadensfall sein besonderes Gepräge geben²⁶⁹. Die zugrunde liegende Wertung ist daher so zu verstehen, dass immer zu prüfen ist, ob eine Genugtuung erforderlich ist. Wenn

²⁶¹ Medicus, S. 122.

²⁶² Hohloch, S. 437; BT-Drucks. 14/ 7752, S. 11.

²⁶³ So Köndgen, S. 17; ähnlich Medicus, S. 122.

²⁶⁴ Hupfer, S. 785; Honsell, S. 205.

²⁶⁵ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393; Köndgen, S. 126; Deutsch/ Ahrens, Rn. 366.

²⁶⁶ Karczewski, S. 1071.

²⁶⁷ Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes, S. 260.

²⁶⁸ BGH NJW 1955, 1675.

²⁶⁹ BGH NJW 1955, 1675 (1676).

dies bejaht wird, muss das Schmerzensgeld entsprechend höher bemessen werden. Ist sie nicht geboten, bleibt das Ausmaß des Schadens entscheidendes und möglicherweise auch alleiniges Kriterium.

Das BGH-Urteil verlangt die Frage der Genugtuung immer zu bedenken, setzt aber nicht voraus, dass tatsächlich ein Genugtuungsbedürfnis besteht. Bei einer Haftung ohne Verschulden fiel diese Prüfung also regelmäßig negativ aus und wäre gar nicht erst vorzunehmen – es sei denn, man sieht auch in verzögerten Versicherungsleistungen oder ähnlichem einen ausreichenden Grund dafür, wie gelegentlich angenommen wird; dann käme eine Genugtuung selbst hier in Betracht²⁷⁰. Die Gefährdungshaftung ist mithin nicht als Ausnahme anzusehen, die nicht in das System passt, sondern stellt nur eine Fallgruppe innerhalb des großen Bereichs dar, in dem die Genugtuungsfunktion keine Auswirkungen auf die Höhe des Schmerzensgeldes hat, wie es auch für Konstellationen von normaler Fahrlässigkeit - etwa den allermeisten (Un-) Fällen im Straßenverkehr - die Regel ist.

Nachdem wegen der regelmäßig bestehenden Haftpflichtversicherungen auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers irrelevant sind²⁷¹, wird dann in der Regel das Schmerzensgeld tatsächlich allein nach der Schadenshöhe festzusetzen sein, so dass der Ausgleichsfunktion genügt wird. Im Endeffekt hat sich sozusagen eine Genugtuung in der Höhe null ergeben; dabei sind alle betroffenen Interessen berücksichtigt und der Eigenart des Schmerzensgeldes ist Rechnung getragen. Ein Widerspruch ergibt sich dabei nicht; die Ausgleichsfunktion bleibt in jedem Fall im Vordergrund, wie es allgemein angenommen wird²⁷². Dem Entschädigungsgedanken wird auf diese Weise deutlich besser entsprochen²⁷³ und der Schadensausgleich ist ja das primäre Ziel²⁷⁴. Damit ist davon auszugehen, dass das Fehlen der Genugtuungsfunktion einem Schmerzensgeldanspruch bei Gefährdungshaftung nicht entgegensteht.

Nebenbei wird in diesen Fällen auch die Kritik an der Genugtuungsfunktion obsolet, die daran anknüpft, dass sie mit der Übernahme der Ersatzleistung durch eine Haftpflichtversicherung unvereinbar sei²⁷⁵, da der Schädiger die Folgen allenfalls mittel-

²⁷⁰ Huber, S. 29.

²⁷¹ Köndgen, S. 66.

²⁷² Zum Beispiel: Freise, S. 541; BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15; Macke, S. 508; Karczewski, S. 1071.

²⁷³ Stoll – Gutachten, S. 145.

²⁷⁴ Kern, S. 254; Hohloch, S. 448; Köndgen, S. 24.

²⁷⁵ Nehlsen-v. Stryk, S. 126; Honsell, S. 206.

bar über eine Heraufstufung bei der Versicherungsprämie spüre²⁷⁶, eine besondere Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem ansonsten aber nicht bestehe²⁷⁷. Hier wird, wie sonst generell im Schadensersatzrecht, allein auf den Geschädigten und seinen Schaden gesehen, so dass vollkommen irrelevant ist, wer die Ersatzleistung im Ergebnis zu erbringen hat.

c) Ziel

Der wichtigste Grund für die Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf die Gefährdungshaftung ergibt sich hingegen aus dem Ziel derselben: Die Gefährdungshaftung soll einen Ausgleichsmechanismus auf der Grundlage einer objektiven Risikozuweisung schaffen²⁷⁸, so dass eine Vereinfachung der Schadensabwicklung erreicht wird²⁷⁹. Für die Frage des Schadensersatzes soll es gerade nicht auf ein Verschulden des Schädigers ankommen, so dass dessen Prüfung unterbleiben kann und damit ein wichtiger Streitpunkt entfällt.

Wenn bei der Gefährdungshaftung aber wie nach bisherigem Recht kein Schmerzensgeld zu erlangen ist, muss dafür ohnehin auf das Deliktsrecht zurückgegriffen und dann auch wieder ein Verschulden bejaht werden. Auf diese Weise wird das der Gefährdungshaftung zugrunde liegende Prinzip weitgehend außer Kraft gesetzt²⁸⁰. Dieser Anreiz zur „Flucht in die Verschuldenshaftung“ entfällt durch die Gewährung von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung²⁸¹, so dass der beabsichtigte Ausgleichsmechanismus wieder zum Tragen kommt. Zugleich wird auch die oben beschriebene immer weiter reichende Ausdehnung der Verschuldenshaftung zumindest in diesen Fällen überflüssig²⁸².

Die Entwurfsbegründung erhofft sich durch die Neuregelung einen erheblichen Rationalisierungseffekt für das gerichtliche Verfahren²⁸³, der in gleicher Weise wohl bei der außergerichtlichen Schadensregulierung – diese betrifft bei einem Verhältnis von 100 : 1 deutlich mehr Fälle²⁸⁴ – erwartet werden kann²⁸⁵, wenn Streitigkeiten und

²⁷⁶ Huber, S. 29; Körner, S. 243; Lange, S. 10.

²⁷⁷ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393.

²⁷⁸ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15; BT-Drucks. 13/ 10435, S. 10; Freise, S. 541.

²⁷⁹ Stoll – Haftungsfolgen, S. 25.

²⁸⁰ BT-Drucks. 13/ 10435, S.10; Freise, S. 541.

²⁸¹ Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 625.

²⁸² Karczewski, S. 1071; Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 625.

²⁸³ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15.

²⁸⁴ Kürschner, S. 9; Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 626.

²⁸⁵ Kötz – Gutachten, S. 1824.

Beweisaufnahmen zur Verschuldensfrage entbehrlich werden. Inwieweit ein solcher in der Praxis tatsächlich eintreten wird, bleibt abzuwarten; die Verschuldensfrage muss schließlich auch weiterhin geklärt werden, wenn einmal die Haftungshöchstgrenzen überschritten werden oder ein Mitverschulden im Raum steht²⁸⁶, denn § 254 BGB ist auch gegenüber Ansprüchen aus den Haftpflichtgesetzen anwendbar²⁸⁷, wenn nicht sogar eine Sonderregelung entsprechenden Inhalts existiert wie zum Beispiel in §§ 9 StVG, 4 HaftpflG, 6 ProdHaftG, 11 UmweltHG, 32 Abs. 3 GenTG und 27 AtomG.

Außerdem liegt das Verschulden häufig auf der Hand, so dass schon bisher kein Streit entsteht²⁸⁸. Dementsprechend wird zum Teil von einem geringen Entlastungseffekt ausgegangen²⁸⁹. Es gibt aber – gerade auch im Straßenverkehr – viele Fälle, in denen die (Kfz-) Haftpflichtversicherung zunächst einmal das Verschulden in Frage stellt, bevor eventuell Schmerzensgeld gezahlt wird²⁹⁰. Hier ist die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf die Gefährdungshaftung nötig um deren Intention gerecht zu werden. In der Folge wird sich bei solchen Fällen sicher auch ein Entlastungseffekt einstellen, der natürlich noch größer wäre, wenn man auch die Haftungshöchstgrenzen im Rahmen der Gefährdungshaftung abschaffen würde, was aber zur Zeit nicht einmal ernsthaft diskutiert wird.

d) Höhe

Zu überlegen bleibt, ob sich hinsichtlich der Höhe des Schmerzensgeldes Differenzen zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung ergeben. In der Literatur wird hierzu fast alles vertreten. Das reicht von der Forderung, die Gerichte sollten im Sinne der Einfachheit der Regulierung darauf verzichten, bei Verschulden wegen der Genugtuungsfunktion ein höheres Schmerzensgeld zuzusprechen, weil dies den Rationalisierungseffekt beeinträchtigen würde²⁹¹, bis zu der Ansicht, ein Recht auf Genugtuung müsse bis zur Grenze leichtester Fahrlässigkeit anerkannt werden, so dass ein „Schmerzensgeld zweiter Klasse“ bei Gefährdungshaftung entstünde, wenn man

²⁸⁶ Kötz – Gutachten, S. 1824.

²⁸⁷ Hohloch, S. 469; Erman¹⁰/ Kuckuk, Vor § 249, Rn. 5; Lange, S. 539.

²⁸⁸ Steffen – Rechtsgespräch, S. 149; Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 626; ders.: Gutachten, S. 1824.

²⁸⁹ Köndgen, S. 137; Kürschner, S. 9.

²⁹⁰ Macke, S. 508.

²⁹¹ Huber, S. 30.

denn an dieser Funktion festhalten wollte²⁹². So solle ein fahrlässig Handelnder mehr zahlen als jemand, der nur aus Gefährdungshaftung entsteht, und bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit sei eine weitere Erhöhung geboten²⁹³.

Einige Autoren wollen auch nach der Gesetzesreform die Frage, ob der Schädiger schuldhaft gehandelt hat, bei der Gesamtbewertung des Schmerzensgeldes zumindest mit einbeziehen und halten es für möglich, eine Haftung aus vermutetem Verschulden schmerzensgeldmindernd zu berücksichtigen²⁹⁴, während Jaeger/ Luckey²⁹⁵ von einem „Abschied von der Genugtuungsfunktion“ sprechen.

Das OLG München²⁹⁶ hingegen hat sich in einem Fall von Gefährdungshaftung nach § 53 Abs. 3 LuftVG auf den Standpunkt gestellt, das gänzliche Fehlen eines Genugtuungsbedürfnisses bei Haftung ohne Verschulden verlange angesichts der Doppelfunktion des Schmerzensgeldes obligatorisch einen Abzug.

Wagner²⁹⁷ wiederum sieht eine Erhöhung des Schmerzensgeldes zur Gewährleistung einer wirksamen Prävention jedenfalls bei vorsätzlichen Verletzungen als geboten an, wobei er insbesondere darauf abstellt, dass diese sich nicht lohnen dürften; die Legitimation einer - jedenfalls auf Fälle schweren Verschuldens beschränkten - Genugtuungsfunktion hingegen bezweifelt er²⁹⁸.

Die wohl herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung geht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit von einem Genugtuungsbedürfnis aus²⁹⁹, oder, wie Nixdorf³⁰⁰ allgemeiner formuliert, bei einem „aus dem Rahmen fallenden psychischen Aspekt der Täter-Opfer-Beziehung“. In diesen Fällen dürfte das Verschulden regelmäßig offensichtlich sein, so dass die Voraussetzungen des Deliktsrechts ebenfalls gegeben und auch beweisbar sind.

Hier bleibt dann wohl - trotz der Verwirklichung eines Gefährdungshaftungstatbestandes - nichts anderes übrig, als auf diesem Wege ein entsprechend erhöhtes Schmerzensgeld zu erreichen; es besteht kein echtes Bedürfnis dafür, das Verschulden etwa im Rahmen der Schadensberechnung bei der Gefährdungshaftung zu be-

²⁹² Köndgen, S. 138.

²⁹³ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 912; Deutsch/ Ahrens, Rn. 480.

²⁹⁴ Heß/ Jahnke, S. 84; Rauscher, S. 579.

²⁹⁵ Jaeger/ Luckey, S. 1169.

²⁹⁶ OLG München, VersR 1966, 170.

²⁹⁷ Wagner, S. 2055.

²⁹⁸ Wagner, S. 2054f.

²⁹⁹ Zum Beispiel: BGH NJW 1955, 1675 (1676); Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes, S. 260; Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393.

³⁰⁰ Nixdorf, S. 93.

rücksichtigen³⁰¹. Da auf diesem Wege die Grenzen zwischen Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion ineinander verschwimmen würden - der „Verschuldenszuschlag“ würde als ausgleichsbedürftiger Schaden behandelt - und man entgegen der gesetzgeberischen Intention wieder Fragen des Verschuldens in den Bereich der Gefährdungshaftung tragen würde, ist diese Variante abzulehnen. Im Ergebnis würde sich allerdings hinsichtlich der Schmerzensgeldhöhe für den Verletzten kein Unterschied ergeben, so dass der Gesichtspunkt des Opferschutzes nicht dagegen spricht, hier bei der dogmatisch stimmigen Lösung zu bleiben.

Bei leichterer Fahrlässigkeit ist zu bedenken, dass als Schmerzensgeldbeträge normalerweise aus Vereinfachungsgründen und wegen der nicht exakten Festlegbarkeit des immateriellen Schadens glatte 100-DM- oder ausnahmsweise 50-DM-Beträge zugesprochen werden; in Euro wird es vermutlich nur noch mindestens 50er-Schritte geben. Geringere Genugtuungsinteressen fielen, zumal sie sich ohnehin schwer in Zahlen ausdrücken ließen, insofern bei der Bemessung unter den Tisch, denn im Rahmen der Gesamtbetrachtung des Schadensfalles würden sie nicht so schwer wiegen, dass eine merkliche Erhöhung gerechtfertigt erschiene. Deswegen wird in diesen Fällen eine Genugtuung wohl auch verbreitet als von vorneherein entbehrlich angesehen, zumal der Vorwurf hier ja nicht so gravierend ist. Neben dem Ausmaß der Schmerzen käme ihr keine eigenständige Bedeutung zu, so dass sich im Ergebnis – entgegen dem OLG München – kein Unterschied zwischen leichter Fahrlässigkeit und verschuldensloser Haftung hinsichtlich der Höhe des Schmerzensgeldes ergibt. Folglich hat der Geschädigte in einem solchen Fall keinen Grund auf einer Feststellung des Verschuldens zu bestehen, wenn er dasselbe Schmerzensgeld auch über die Gefährdungshaftung erhalten kann.

Im Ergebnis ist hinsichtlich der Höhe also zu differenzieren: nachdem das Wesen der Gefährdungshaftung als verschuldensunabhängiger Haftung eine Berücksichtigung desselben im Rahmen der Genugtuungsfunktion ausschließt, muss in den Fällen, in denen wegen grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz eine Erhöhung des Schmerzensgeldes zu erwarten ist, auf das Deliktsrecht zurückgegriffen werden, wobei dann der Verschuldensnachweis nicht schwer zu führen sein dürfte. Ansonsten ist bei Fehlen eines besonderen Genugtuungsbedürfnisses von einem gleich hohen Schmerzensgeld

³⁰¹ Insofern zweifelnd: Müller – Das reformierte Schadensersatzrecht, S. 4.

bei Gefährdungs- und deliktischer Haftung auszugehen, so dass nicht grundsätzlich ein „Schmerzensgeld zweiter Klasse“ geschaffen wird.

In der Folge sollte daher die Frage nach dessen Höhe nur wenig Anlass für Streitigkeiten bieten und somit keinen großen Einfluss auf einen möglicherweise eintretenden Entlastungseffekt haben, ihn also nicht merklich einschränken³⁰².

e) Rechtspolitische Gründe

Auch bei der Gefährdungshaftung war rechtspolitisch der Gedanke des Opferschutzes mitentscheidend für die Ausdehnung des Schmerzensgeldanspruchs³⁰³, denn so ist nicht nur die Durchsetzung eines Anspruchs einfacher, weil der Nachweis des Verschuldens entfällt, sondern es gibt auch in den Fällen Schmerzensgeld, in denen die Gefährdungshaftung als einzige Anspruchsgrundlage in Frage kommt. Im Straßenverkehr sind das ca. 10 % der Fälle, was ungefähr 30.000 Unfallopfern pro Jahr entspricht, denen bisher ein Schmerzensgeld versagt blieb³⁰⁴. Größere Auswirkungen - bezogen auf die Gesamtsumme - werden aber weniger für die Bereiche des StVG und Haftpflichtgesetzes als vielmehr für Gefährdungshaftungstatbestände nach dem Produkthaftungsgesetz, Umwelthaftungsgesetz und vor allem dem Arzneimittelgesetz erwartet³⁰⁵, weil dort das Entwicklungsrisiko miteinbezogen wird³⁰⁶.

Deutsch³⁰⁷ geht sogar davon aus, dass die Ausdehnung des Schmerzensgeldanspruchs auf die Gefährdungshaftung ihre Grundlage in einem berühmten Massenschaden des Arzneimittelwesens habe, nämlich in dem Komplex der HIV-verseuchten Blutprodukte³⁰⁸. Die Wirksamkeit der daraufhin geschlossenen Abfindungsvergleiche war in der Literatur angezweifelt worden, während der Dritte Untersuchungsausschuss des 12. Deutschen Bundestages bereits gefordert hatte in schweren Fällen im Arzneimittelrecht ein Schmerzensgeld zu gewähren³⁰⁹.

Nachdem die Haftungshöchstbeträge aber auch für das Schmerzensgeld gelten, wird den Versicherern insofern keine zu sehr erhöhte Haftung zugemutet³¹⁰ und die Versicherbarkeit an sich schon gar nicht tangiert, wengleich durch das Reformgesetz zu-

³⁰² AA: Katzenmeier, S. 1031.

³⁰³ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 14; BT-Drucks. 13/ 10435, S. 11.

³⁰⁴ Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 626.

³⁰⁵ Dornwald, S. 106; Katzenmeier, S. 1035.

³⁰⁶ Freise, S. 543.

³⁰⁷ Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 293.

³⁰⁸ So auch Wagner, S. 2050.

³⁰⁹ BT-Drucks. 12/ 8591, S. 258.

sätzlich eine Anhebung und Harmonisierung der Höchstbeträge erfolgt ist³¹¹. Berechnungen kommen zu dem Ergebnis, dass ein Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung, isoliert gesehen, eine Erhöhung der Versicherungsprämien um 1-2 % nach sich ziehen würde³¹²; die wohl genaueste Schätzung von Küppersbusch³¹³ kommt auf einen Schadensmehrbedarf von 1,35 %. Dadurch würden die Versicherten wohl nicht über Gebühr belastet, zumal sie als potentiell Geschädigte zugleich ja davon profitieren. Allerdings handelt es sich hierbei um rein rechtspolitische Erwägungen, die auf die rechtsdogmatische und -systematische Konformität der Neuregelung keinen Einfluss haben.

Dies gilt in gleicher Weise hinsichtlich des auch für die Gefährdungshaftung herangezogenen Gesichtspunktes der Rechtsangleichung zu den Nachbarrechtsordnungen³¹⁴. Genannt werden hier Dänemark³¹⁵, Frankreich³¹⁶, Griechenland³¹⁷, Kroatien, Luxemburg³¹⁸, die Niederlande³¹⁹, Norwegen³²⁰, Österreich³²¹, Polen³²², Portugal, Schweden, die Schweiz³²³, die Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien³²⁴, die Türkei³²⁵ und Ungarn³²⁶, wobei Kürschner³²⁷ auch einige Staaten als Gegenbeispiele anführt, die Schmerzensgeld nur bei Verschulden gewähren, nämlich Belgien, Bulgarien, Finnland, Griechenland und Italien; bezüglich Griechenlands bestehen also unterschiedliche Ansichten hierzu. Das ändert aber nichts daran, dass die Staaten, die Schmerzensgeld auch bei verschuldensloser Haftung kennen, deutlich in der Mehrzahl sind.

³¹⁰ Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 353.

³¹¹ BGBI. I 2002, 2674ff.

³¹² Kötz – Gutachten, S. 1825.

³¹³ Küppersbusch, S. 619.

³¹⁴ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15; BT-Drucks. 13/ 10435, S. 10; Freise, S. 541; Scheffen - Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193.

³¹⁵ Scheffen - Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193.

³¹⁶ Kürschner, S. 10.

³¹⁷ Scheffen - Umdenken im Haftungsrecht, S. 218; dies.: Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193.

³¹⁸ Scheffen - Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193.

³¹⁹ Kürschner, S. 10.

³²⁰ Scheffen - Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193.

³²¹ Kürschner, S. 10; Scheffen - Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193; dies.: Umdenken im Haftungsrecht, S. 218.

³²² Kürschner, S. 10.

³²³ Scheffen - Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193; dies.: Umdenken im Haftungsrecht, S. 218; Kürschner S. 10.

³²⁴ Scheffen - Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193.

³²⁵ Kürschner, S. 10; Scheffen – Umdenken im Haftungsrecht, S. 218.

³²⁶ Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 193.

³²⁷ Kürschner, S. 10.

f) Fazit

Somit stehen auch der Erstreckung des Schmerzensgeldes auf die Gefährdungshaftung keine systematischen oder dogmatischen Gründe entgegen. Die Argumente, die dafür sprechen, sind zwar vor allem rechtspraktischer und –politischer Natur, es ist aber gerade Sache des Gesetzgebers, auch solche Erwägungen zu berücksichtigen und dem Gedanken der Zweckmäßigkeit Rechnung zu tragen. Im vorliegenden Fall werden dadurch jedenfalls keine Grundsätze des Schadensrechts verletzt.

4. Schlussfolgerung

Der ausdehnende Teil des Entwurfs, der auch Gesetz geworden ist, kann folglich im Ergebnis nicht beanstandet werden. Wie gezeigt wurde, widerspricht er insoweit weder im Allgemeinen noch im speziellen - bezüglich der vertraglichen und der Gefährdungshaftung als den wichtigsten betroffenen Bereichen - dem System des Schadensersatzrechts. Im Gegenteil werden sogar zum Teil bestehende Widersprüche, gerade auch im Vertragsrecht, beseitigt und die Rechtslage insgesamt vereinfacht und überschaubarer gemacht. Zudem wird den Wertungsgrundsätzen des Grundgesetzes verstärkt Rechnung getragen, das ja deutlich jünger ist als das BGB und dementsprechend bei der ursprünglichen Regelung nicht beachtet werden konnte. Da es jetzt aber Maßstab jedenfalls allen staatlichen Handelns ist, ist eine solche Tendenz begrüßenswert und auch dazu geeignet, dem öffentlichen Gerechtigkeitsgefühl weitergehend zu entsprechen.

IV. Die Bagatellschwelle

Der zweite Kernpunkt des Entwurfs ist die Einführung einer Bagatellgrenze derart, dass – außer bei Vorsatztaten – nur noch dann Schmerzensgeld gewährt wird, wenn der verursachte Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist. Nach der Entwurfsbegründung³²⁸ sollen damit nicht nur die Bagatellverletzungen, für die die Rechtsprechung bereits jetzt von einem Schmerzensgeld absieht, erfasst sein, sondern in der Regel auch leichtere oberflächliche Weichteilverletzungen wie Schürf- und Schnittwunden und Prellungen sowie Zerrungen, Stauchungen und nicht objektivierbare leichte HWS-Verletzungen ersten Grades, die bisher mit Schmerzensgeldern unter 1000 DM abgefunden wurden. Die Entscheidung im Einzelfall soll jedoch weiterhin von den Gerichten getroffen werden.

Dies bedeutet eine erhebliche Einschränkung gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage, die mit der Notwendigkeit begründet wurde, die Kosten zu kompensieren, die durch die Ausweitung des Schmerzensgeldes auf Fälle der Gefährdungs- und Vertragshaftung entstehen würden³²⁹. Insofern knüpft dieser Teil der Neuregelung direkt an den ersten, erweiternden Teil an und setzt diesen als Rechtfertigung voraus. Es sollte dadurch eine Belastung der Versicherungsgemeinschaft mit deutlichen Prämien-erhöhungen vermieden werden.

Die Einschränkung des Schmerzensgeldanspruchs gerät aber in Konflikt zu dem Grundsatz der Totalreparation, der in § 249 BGB verankert ist³³⁰ und zu den Grundpfeilern unseres Schadensersatzrechts zählt³³¹. Dieser besagt, dass der hypothetisch schadensfreie Zustand ohne alle Abstriche herzustellen ist³³², das heißt, der Schädiger hat grundsätzlich den gesamten aus der Verletzungshandlung folgenden Schaden zu ersetzen - unabhängig vom Grad des Verschuldens - was sich aus dem Ansatz des BGB, die Naturalrestitution in den Vordergrund zu stellen, ergibt³³³. Es war aber auch eine der ganz bewusst betriebenen Reform- und Vereinheitlichungsbestrebungen der Kodifikation³³⁴, woran sich seine Bedeutung für das Schadensersatzsystem des BGB zeigt. Dementsprechend ist das Ziel der vollständigen Wiederherstellung

³²⁸ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25f.

³²⁹ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

³³⁰ Staudinger¹³/ Schiemann, § 249, Rn. 3.

³³¹ Macke, S. 507.

³³² Staudinger¹³/ Schiemann, § 249, Rn. 1.

³³³ Schwerdtner, S. 143.

³³⁴ Hohloch, S. 385; Staudinger¹³/ Schiemann, § 249, Rn. 2 unter Berufung auf Mot. II 17f = Mugdan II 10.

auch für die Anwendung des Kompensationsprinzips zu beachten³³⁵, als dessen Ausformung sich das Schmerzensgeld darstellt. Nachdem dieses in das Schadensersatzrecht eingebettet ist – seit der Gesetzesreform nicht einmal mehr auf das Deliktsrecht begrenzt – gilt auch für dieses das Prinzip der Totalreparation³³⁶. Das ist selbst dort der Fall, wo das Gesetz ausdrücklich eine Billigkeitshaftung statuiert - etwa bei § 829 BGB³³⁷ -, so dass für das Schmerzensgeld nichts anderes gelten kann. Steffen³³⁸ sieht gar das Schmerzensgeld selbst als Teil dieses Grundsatzes, da es „die haftungsrechtliche Ersatzform, die im Dienst einer Totalentschädigung den Schadensersatz für die objektiv messbaren Nachteile des Vermögensschadens um den Ersatz für alle Nachteile außerhalb dieses messbaren Bereichs zu komplettieren sucht“, sei.

Von diesem Grundsatz soll nun eine Ausnahme gemacht werden, indem bei leichteren Verletzungen der Schmerzensgeldanspruch gestrichen wird, hier also kein vollständiger Ersatz gewährt wird. Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob eine solche Ausnahme nach der Systematik und Eigenart des Gesetzes möglich und gerechtfertigt ist oder ob sie diesen widerspricht und zu Verwerfungen führt, die aus rechtsdogmatischer und -systematischer Sicht als nicht hinnehmbar erscheinen müssen. Daraus könnte sich gegebenenfalls die Forderung an den Gesetzgeber ergeben, eine systemkonforme Regelung zu treffen.

1. Bestehende Ausnahmen im geltenden Recht

Wie bei jedem juristischen Grundsatz existieren auch vom Prinzip der Totalreparation einige Ausnahmen im geltenden Recht, die durch verschiedene Gründe gerechtfertigt werden. Es bietet sich daher an zunächst zu untersuchen, ob die Bagatellschwelle Ähnlichkeiten mit bereits vorhandenen Regelungen aufweist und sich möglicherweise mit denselben oder zumindest entsprechenden Argumenten begründen lässt.

Die gegenwärtigen Einschränkungen des Grundsatzes der Totalreparation haben unterschiedliche Ansatzpunkte. So begrenzen Höchstbeträge etwa im Rahmen von Gefährdungshaftungstatbeständen oder in § 611a Abs. 3 BGB den Schadensersatzanspruch nach oben, während in Fällen, in denen das Persönlichkeitsrecht betroffen ist, strengere Anforderungen an das „ob“ eines Anspruchs gestellt werden. §§ 104, 105 SGB VII hingegen schließen Ansprüche im Bereich der gesetzlichen Unfallversiche-

³³⁵ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 38; Staudinger¹³/ Schiemann, § 249, Rn. 3.

³³⁶ Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 723.

³³⁷ Hohloch, S. 459.

rung ganz aus, wie auch der Schmerzensgeldanspruch bisher in der Regel außerhalb des Deliktsrechts nicht gegeben war. Eine Untergrenze stellen etwa der Selbstbehalt des § 11 ProdHaftG oder die Regelung des § 84 AMG sowie des § 12 PflVersG hinsichtlich der Ansprüche gegen den Entschädigungsfonds dar.

a) Persönlichkeitsrechte

Zu der Situation bei den Persönlichkeitsrechten besteht im vorliegenden Fall keine Ähnlichkeit. Gerade was das allgemeine Persönlichkeitsrecht anbetrifft, wurde hier zum einen kein bereits bestehender Anspruch begrenzt, sondern ein neuer eingeführt. Die Väter des BGB hatten ja davon abgesehen, bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Ersatz für immateriellen Schaden zu gewähren. Zum anderen zeigt sich aber an den Gründen, aus denen der Anspruch schließlich hergeleitet wurde, dass diesem eine andere Funktion zukommt als dem „normalen“ Schmerzensgeldanspruch. Während es bei letzterem, wie oben bereits ausgeführt wurde, hauptsächlich um den Ausgleich des entstandenen Schadens geht, steht bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts der Genugtuungsgedanke im Vordergrund³³⁹. Daneben spielen Aspekte der Sanktion und Prävention hier eine größere Rolle³⁴⁰. Nachdem der BGH den Anspruch aus dem Schutzauftrag der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG entnommen hat, wird er nur gewährt, wenn eine Genugtuung zur Erfüllung dieses Schutzauftrags erforderlich ist, was nur dann der Fall sein soll, wenn ein Ausgleich auf andere Art nicht möglich ist und entweder den Schädiger der Vorwurf einer schweren Schuld trifft oder es sich objektiv um eine erhebliche Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung handelt. Unbedeutende Beeinträchtigungen hingegen erfordern eine solche Genugtuung nicht³⁴¹.

Eine entsprechende Argumentation findet sich etwa auch zu § 97 Abs. 2 UrhG. Hier sollen Schmerzensgeldansprüche ebenfalls nur dann entstehen, wenn Eingriffe schwerwiegend und nachhaltig sind und soweit Genugtuung auf andere Weise nicht zu erreichen ist³⁴². Ein zugesprochenes Schmerzensgeld soll dann aber auch abschreckende Wirkung haben und berücksichtigen, dass die Verletzung zur Gewinnerzie-

³³⁸ Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 724.

³³⁹ BGH NJW 1961, 2059 (2060); Honsell, S. 94.

³⁴⁰ Steffen – Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, S. 727.

³⁴¹ BGH NJW 1961, 2059 (2060).

³⁴² Möhring/ Nicolini/ Lütje, § 97, Rn. 245.

lung begangen wurde³⁴³, hat also wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht sanktionierenden Charakter. Insofern handelt es sich bei näherer Betrachtung nicht um eine Einschränkung des Grundsatzes der Totalreparation beim Ausgleich; dem Anspruch wohnt vielmehr eine erweiternde Tendenz inne, zumal die Genugtuungskomponente hier zur Zusprechung vergleichsweise hoher Beträge führt. Für die Einführung einer Bagatellschwelle beim „normalen“ Schmerzensgeld, das hiervon grundverschieden ist³⁴⁴, kann diese Argumentation jedenfalls nicht herangezogen werden.

b) § 611a Abs. 3 BGB

Ebenfalls mehr sanktionierenden als ausgleichenden Charakter hat die Vorschrift des § 611a Abs. 3 BGB, die aufgrund einer EG-Richtlinie in das Gesetz eingefügt wurde. Die Gesamtschädigung setzt sich zwar aus einem Schadensersatzanteil und einem Sanktionsanteil zusammen³⁴⁵, jedoch erschöpft sich der materielle Schaden regelmäßig in den Bewerbungskosten³⁴⁶, während in immaterieller Hinsicht normalerweise kein Unterschied zu Absagen aus anderen Gründen besteht, die ebenfalls nicht rational näher begründbar sind. Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, ist ein Ausgleich für immaterielle Nachteile daher nicht zu erbringen³⁴⁷. Übrig bleibt folglich vor allem die Sanktionskomponente, die eine „wirklich abschreckende Wirkung“ erzielen soll, wenn die Benachteiligung des Arbeitgebers subjektiv vorwerfbar ist³⁴⁸. Damit fällt diese Vorschrift zwar aus dem Schadensersatzsystem des BGB heraus, sie stellt aber keine Ausnahme zum Grundsatz der Totalreparation dar, die im vorliegenden Fall weiterhelfen könnte.

c) Haftungshöchstbeträge

Zur Frage von Haftungshöchstbeträgen im Rahmen der Gefährdungshaftung ist oben schon einiges gesagt worden. Diese sollen in aller Regel den gesamten Schaden abdecken³⁴⁹, so dass eine Ausnahme vom Grundsatz der Totalreparation jedenfalls nicht gewollt ist. Wichtiger erscheint jedoch, dass neben der Gefährdungshaftung immer noch der Rückgriff auf das Deliktsrecht mit seiner der Höhe nach unbegrenz-

³⁴³ Möhring/ Nicolini/ Lütje, § 97, Rn. 249.

³⁴⁴ Köndgen, S. 73.

³⁴⁵ Staudinger¹³/ Richardi/ Annuß, § 611a, Rn. 86.

³⁴⁶ Staudinger¹³/ Richardi/ Annuß, § 611a, Rn. 87.

³⁴⁷ Staudinger¹³/ Richardi/ Annuß, § 611a, Rn. 89.

³⁴⁸ Staudinger¹³/ Richardi/ Annuß, § 611a, Rn. 90.

³⁴⁹ Kötz – Gutachten, S. 1826; Hohloch, S. 458.

ten Haftung und auch dem Schmerzensgeld möglich ist, vorausgesetzt natürlich, die Voraussetzungen der entsprechenden Tatbestände sind erfüllt. Die Gefährdungshaftung soll unter vereinfachten Haftungsvoraussetzungen einen effektiven Mindestschutz gegen Unfälle bieten, so dass die Schadensabwicklung erleichtert wird³⁵⁰. Insofern stellt auch sie einen zusätzlichen Anspruch neben der Haftung nach dem BGB dar, wobei letztere dem Geschädigten aber in jedem Fall verbleibt. Da die Ansprüche aus Gefährdungshaftung zudem keinen Mindestschaden voraussetzen, sondern sozusagen ab dem ersten Pfennig beziehungsweise Cent greifen, sind auch sie der geplanten Bagatellschwelle nicht vergleichbar.

d) Anspruchsausschlüsse

Der Anspruchsausschluss der §§ 104, 105 SGB VII, 46 BeamtVG und 91a Sold-VersG geht schon von einem anderen Ansatzpunkt aus. Wie das Bundesverfassungsgericht³⁵¹ bezüglich der damaligen §§ 636, 637 RVO betont hat, sind hier sowohl das besondere Verhältnis von Schädiger und Geschädigtem als auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass mit der gesetzlichen Unfallversicherung ein solventer Schuldner sichergestellt wird. Damit soll der soziale Schutz des Arbeitnehmers gewährleistet werden und nach der ursprünglichen Konzeption außerdem eine betriebliche Konfliktsituation vermieden werden, wengleich sich hier inzwischen Veränderungen ergeben haben. Für den Arbeitgeber wird zudem das Risiko von Arbeitsunfällen kalkulierbarer³⁵², so dass im Ergebnis beide Seiten von der Regelung profitieren. Zudem haben die abstrakten Entschädigungen im Arbeitsunfallrecht den Charakter eines versteckten Schmerzensgeldes und wiegen es somit auf, zumal die Minderung der Erwerbsfähigkeit in der Regel überhaupt erst bei mittelschweren Fällen beginnt Lohneinbußen zu verursachen³⁵³. Die Erwerbsunfähigkeitsrente enthält nur beim vollständigen Verlust der Erwerbsfähigkeit regelmäßig keinen „Schmerzensgeldanteil“³⁵⁴, was wiederum nichts für die Zulässigkeit einer Bagatellschwelle hergibt.

³⁵⁰ Stoll – Haftungsfolgen, S. 25; Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 765.

³⁵¹ BVerfG NJW 1973, 502 (503).

³⁵² BVerfG NJW 1973, 502 (503).

³⁵³ BVerfG NJW 1973, 502 (504).

³⁵⁴ Schiemann, S. 247.

e) Untergrenzen

(1) **Pflichtversicherungsgesetz**

Bei den gesetzlich statuierten Untergrenzen stellt § 12 Abs. 2 S. 1 PflVersG die strengsten Anforderungen auf: Schmerzensgeldansprüche gegen den Entschädigungsfonds können nur geltend gemacht werden, „wenn und soweit die Leistung einer Entschädigung wegen der besonderen Schwere der Verletzung zur Vermeidung einer groben Unbilligkeit erforderlich ist“. Nach der Rechtsprechung und Regulierungspraxis ist das nur der Fall, wenn ein erheblicher Dauerschaden vorliegt, was in der Regel erst bei einem Schmerzensgeld von über 10.000 DM angenommen werden kann, und dann wird das Schmerzensgeld noch in der Höhe auf ca. ein Drittel reduziert³⁵⁵. Das erklärt sich jedoch daraus, dass der Entschädigungsfonds als gemeinschaftliche Solidarhilfe der Versicherungsunternehmen finanziell nicht übermäßig belastet werden soll, zumal solche Zahlungen schwer in die allgemeine Prämienkalkulation der einzelnen Unternehmen einzurechnen sind³⁵⁶. Der Entschädigungsfonds ist ja nicht der tatsächliche Schädiger, der aufgrund eines haftungsrechtlichen Zurechnungsprinzips eintreten muss. Insofern handelt es sich hier nicht um Schadensersatz im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr um eine Entschädigung, auf die die §§ 249ff BGB grundsätzlich keine Anwendung finden³⁵⁷ und folglich der Grundsatz der Totalreparation keine prinzipielle Beachtung verlangt. Wie das Gesetz selbst sagt, soll hier eine grobe Unbilligkeit vermieden werden, die bestünde, wenn der Geschädigte seinen Schaden deshalb selber tragen müsste, weil er vom Schädiger keinen Ersatz erlangen könnte, etwa wenn dieser nicht ermittelt werden kann. Für die Einführung einer allgemeinen Bagatellschwelle lässt sich aus dieser Regelung aber nichts herleiten.

(2) **Produkthaftungsgesetz**

Der geplanten Bagatellschwelle am nächsten kommen sicherlich die Vorschriften der §§ 84 AMG und 11 ProdHaftG, die jeweils geringfügige Schäden von der Ersatzfähigkeit ausnehmen. § 11 ProdHaftG sah bislang eine Selbstbeteiligung von 1125 DM bei Sachbeschädigungen vor, die im Zuge der Reform auf 500 Euro gesenkt worden

³⁵⁵ Küppersbusch, S. 621.

³⁵⁶ Küppersbusch, S. 621.

³⁵⁷ Hohloch, S. 384.

ist. Damit würde die Grenze betragsmäßig etwa mit der vorgeschlagenen Bagatellschwelle übereinstimmen, jedoch von der entgegen gesetzten Tendenz ausgehend, da letztere ja erst neu eingeführt werden soll und damit eine Verschärfung der Anspruchsvoraussetzungen darstellt.

Die Vorschrift des Produkthaftungsgesetzes geht auf eine EG-Richtlinie zurück und bezweckt mit der Selbstbeteiligung, eine allzu große Zahl von Streitfällen zu vermeiden³⁵⁸. Zudem mindern Selbstbehalte die Transaktionskosten und sind daher auch in weiten Teilen des Versicherungsrechts üblich³⁵⁹. Huber³⁶⁰ hält es sogar für ein Zeichen der modernen Verbraucherschutzgesetzgebung, dass der Rechtsschutz bei Bagatellangelegenheiten nicht voll ausgebildet ist, wobei er als weiteres Beispiel § 491 Abs. 2 Nr. 1 n.F. BGB nennt. Nach Ansicht Schiemanns³⁶¹ „erscheint es nicht unangemessen, dass der Konsument im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit selbst am Risiko der tendenziell immer perfekteren Ausstattung mit Konsumprodukten teilhat, da die Haftung des Herstellers keine Verschuldenshaftung ist“.

Diese Aussage macht aber schon einige Unterschiede zu einer allgemeinen Bagatellschwelle deutlich: Diese gilt in weiten Bereichen vor allem für die Verschuldenshaftung – wenn nicht gerade Vorsatz gegeben ist – so dass entsprechender Schadenersatz, anders als bei der Produkthaftung und der Gefährdungshaftung allgemein, die eine Grundversorgung sicherstellen soll³⁶², nicht durch den Rückgriff auf andere Anspruchsgrundlagen erlangt werden könnte, sondern gänzlich ausgeschlossen würde. Zudem kann hier nicht generell davon ausgegangen werden, dass der Geschädigte vom schädigenden Verhalten in irgendeiner Form profitiert hätte.

Für den Bereich des Straßenverkehrs ist zwar versucht worden den aus dem Sport bekannten Gedanken zu übertragen, dass jeder Teilnehmer potentieller Geschädigter und Schädiger sei und deswegen bei geringfügigen Verletzungen kein Schmerzensgeld beanspruchen könne³⁶³. Jedoch setzt dies voraus, dass die Verletzung auch bei regelgerechtem Verhalten nicht zu vermeiden gewesen wäre³⁶⁴, was im Straßenverkehr wohl eher die Ausnahme sein dürfte. Außerdem müsste man dafür wohl verlan-

³⁵⁸ MüKo³/ Cahn, § 11 ProdHaftG, Rn. 1.

³⁵⁹ Erman¹⁰/ Schiemann, § 11 ProdHaftG, Rn. 1.

³⁶⁰ Huber, S. 21.

³⁶¹ Erman¹⁰/ Schiemann, § 11 ProdHaftG, Rn. 1.

³⁶² Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 765.

³⁶³ Küppersbusch, S. 623.

³⁶⁴ Palandt⁶¹/ Thomas, § 823, Rn. 122.

gen, dass alle Unfallbeteiligten in gleicher Weise am Straßenverkehr teilgenommen hätten und nicht etwa einer als Autofahrer und einer als Fußgänger.

Im geltenden Recht wird der Überlegung im Übrigen bereits dadurch Rechnung getragen, dass der verletzte Halter sich die Betriebsgefahr seines Kfz beim Schmerzensgeldanspruch anrechnen lassen muss³⁶⁵, was der besonderen Situation angemessen, aber auch ausreichend erscheint. Wirft von daher eine weitergehende Übertragung dieses Gedankens selbst in diesem Bereich erhebliche Probleme auf, so hat sie außerhalb derartiger besonderer Konstellationen überhaupt keine Berechtigung. Wenn zwischen Schädiger und Geschädigtem keine Verbindung besteht, gibt es nach dieser Überlegung auch keinen Grund letzterem den Ersatz von Bagatellschäden zu versagen.

Die Regelung des § 11 ProdHaftG unterscheidet sich aber noch in zwei weiteren wichtigen Punkten von einer allgemeinen Bagatellschwelle bei Schmerzensgeldansprüchen: Zum einen soll letztere kein Selbstbehalt, sondern eine Freigrenze sein, bei deren Überschreitung der gesamte Schaden ersetzt werden soll, womit wieder dem Alles-oder-Nichts-Prinzip entsprochen würde. Dies vermeidet zwar die Kritik, die an der Vorschrift des § 11 ProdHaftG geübt wird, die Reduzierung der Ersatzansprüche bei gravierenden Schäden wäre wenig konsequent³⁶⁶, gibt aber nichts zur Zulässigkeit einer Bagatellschwelle an sich her. Zum anderen betrifft der Selbstbehalt des Produkthaftungsgesetzes nur Sachschäden, während das Schmerzensgeld naturgemäß einen Personenschaden voraussetzt.

Bezüglich des Selbsthalts des Produkthaftungsgesetzes wird die Ansicht vertreten, ein völliger Ausschluss des Schadensersatzes - auch bei deliktischen Handlungen - verstieße gegen Art. 14 GG, da der Gesetzgeber den Eigentümer nicht stets zur Tragung des Schadens zwingen dürfe³⁶⁷. So weit wird man hinsichtlich der Bagatellschwelle beim Schmerzensgeld nicht gehen können, denn die betroffenen Rechtsgüter werden ja nicht gänzlich schutzlos gestellt, wenngleich Deutsch³⁶⁸ davon spricht, der Ausschluss käme einer Enteignung des Verletzten gleich. Dennoch ist zuzugeben, dass der Rechtsschutz für diese von der Verfassung in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als besonders bewahrenswert herausgestellten Personengüter damit deutlich abgeschwächt

³⁶⁵ Kürschner, S. 9.

³⁶⁶ MüKo³/Cahn, § 11 ProdHaftG, Rn. 1.

³⁶⁷ Staudinger¹³/Hager, § 823, Rn. F4.

³⁶⁸ Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 294.

und vermindert würde, was deren Intention zuwiderliefe und auch im Gegensatz zum ersten Teil des Reformentwurfs steht, der durch die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs den Schutz dieser Güter gerade verstärken will.

Bei näherer Betrachtung entspricht eine Bagatellschwelle beim Schmerzensgeldanspruch somit in wesentlichen Punkten nicht der Selbstbeteiligung des Produkthaftungsgesetzes, insbesondere deshalb nicht, weil es sich bei letzterer um eine Regelung im Rahmen einer Gefährdungshaftung handelt, neben der immer noch voller Ersatz über das Deliktsrecht möglich ist, wodurch dem Grundsatz der Totalreparation weiterhin Rechnung getragen wird.

(3) Arzneimittelgesetz

Diese Überlegung kann auch für den Vergleich mit § 84 AMG herangezogen werden. An dessen Voraussetzung, dass eine Verletzung „nicht unerheblich“ gewesen sein muss, orientiert sich die Formulierung der Bagatellschwelle nicht nur, es soll sogar ausdrücklich die aus diesem Bereich bekannte Schwelle übernommen werden, womit zugleich Fehlinterpretationen in Richtung auf besonders strenge Voraussetzungen vorgebeugt werden soll³⁶⁹. Im Rahmen des § 84 AMG wird die Formulierung als Ausdruck der Sozialadäquanz verstanden, so dass hier leichtes Unwohlsein oder belanglose, vorübergehende allergische Reaktionen als unerheblich zu werten sind³⁷⁰. Über derartige Erscheinungen gehen die im Entwurf aufgezählten Verletzungen allerdings sowohl bezüglich ihrer Schwere als auch hinsichtlich ihrer Dauer um einiges hinaus. Hinzu kommt, dass das oben erwähnte Argument Schiemanns zum Selbstbehalt des Produkthaftungsgesetzes, nämlich dass der Konsument als Nutznießer auch am Risiko teilhaben müsste, bei Arzneimitteln mindestens ebenso berechtigt ist.

In der Regel werden ja schlimmere Schmerzen vermieden oder gelindert, so dass Nebenwirkungen viel eher hinzunehmen sind und auch aus Sicht des Betroffenen weniger ins Gewicht fallen, wenn gleichzeitig der Nutzen des Arzneimittels spürbar wird. In vielen Fällen mag das Verhältnis von Beeinträchtigung und Nutzen sogar dazu führen, dass subjektiv schon gar kein Schaden anzunehmen ist, der in Geld ausgeglichen werden müsste. Ist das aber doch der Fall, bleibt eine Totalentschädigung immer noch über das Deliktsrecht möglich. Die Rechtsprechung schließt ebenfalls

³⁶⁹ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25; Jahnke, S. 108.

³⁷⁰ Deutsch/ Lippert, § 84, Rn. 3; Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 353.

nur solche Bagatellschäden vom Schmerzensgeld aus, bei denen „die erlittene Beeinträchtigung derart geringfügig ist, dass ein Ausgleich des sich aus ihr ergebenden Schadens in Geld nicht mehr billig erscheint“, was jeweils für den Einzelfall zu prüfen ist³⁷¹. Für die von der Bagatellschwelle nach dem Entwurf erfassten Fälle trifft diese Überlegung aber in der Mehrzahl nicht zu. Hier wird ein Schadensausgleich generell ausgeschlossen, unabhängig von der Anspruchsgrundlage, solange kein Vorsatz nachgewiesen werden kann.

Nachdem dabei also im Gegensatz zum Arzneimittelgesetz und zur gesamten Gefährdungshaftung kein Ausweichen auf andere Anspruchsgrundlagen möglich ist, können deren Begründungen nicht unbesehen zur Rechtfertigung der Bagatellschwelle übernommen werden; bei letzterer sind höhere Anforderungen zu stellen, da ihr Ausschluss ungleich schwerer wiegt. Ob sie rechtssystematisch und –dogmatisch dennoch gerechtfertigt werden kann, soll im Folgenden untersucht werden.

2. Andere Rechtfertigungsgründe

a) Sozialadäquanz

Auch hier wird – unabhängig von der Deutung des § 84 AMG – mit dem Üblichkeitsargument und dem Gedanken der Sozialadäquanz gearbeitet, da Alltagsverletzungen, die auch ohne Einwirkung anderer häufig auftreten, vom Geschädigten in Kauf genommen würden, ohne dass dessen Lebensfreude beeinträchtigt oder er in seiner Lebensgestaltung zu Verzicht gezwungen wäre. Es sei aber der Zweck des Gesetzes diejenigen Einbußen auszugleichen, die für den Geschädigten auch als solche spürbar seien und ihm Beschränkungen auferlegten, die er als negativ empfinde. Wenn das nicht möglich sei, fehle dementsprechend das Bedürfnis für ein Schmerzensgeld bei leichten Verletzungen³⁷².

Diese Argumentation führt gewissermaßen die Rechtsprechung des BGH zu Bagatellschäden fort, die auch als Ausdruck der Sozialadäquanz betrachtet wird³⁷³. Bedeutende Unterschiede bestehen hier aber sowohl hinsichtlich der Schwelle selbst, die nach dem Entwurf deutlich höher liegen soll als nach der bisherigen Rechtspre-

³⁷¹ BGH NJW 1992, 1043; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 913.

³⁷² Küppersbusch, S. 623.

³⁷³ Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 352.

chung³⁷⁴ – auch wenn diese ziemlich uneinheitlich ist³⁷⁵ – als auch darin, dass sie dann zwingend sein soll, während die Rechtsprechung bisher auf die Billigkeit im Einzelfall abstellt³⁷⁶. Bei dieser wird sozusagen zunächst von einem Anspruch ausgegangen, als dessen Höhe aber im Einzelfall nach der Gesamtabwägung der Betrag 0 Euro angemessen erscheint, während bei einer gesetzlichen Bagatellschwelle ein genereller Ausschluss erfolgt und die einzig zu treffende Entscheidung die Frage betrifft, ob der jeweilige Schaden unter der Schwelle bleibt oder nicht.

Mit dem Gesichtspunkt der Billigkeit hat dies nichts mehr zu tun und auch eine Sozialadäquanz kann so pauschal schwerlich angenommen werden. Selbst wenn man die konkrete Höhe zunächst außer Betracht lässt – darauf wird später zurückzukommen sein – handelt es sich jedenfalls um widerrechtlich zugefügte Schmerzen, an die man im täglichen Zusammenleben in der Regel nicht gewöhnt ist, abgesehen davon, dass beispielsweise HWS-Schleudertraumata außerhalb des Straßenverkehrsbereichs und dann auch noch ohne Einwirkung anderer wohl eine seltene Ausnahme bilden dürften. Bei entsprechendem Verschulden handelt es sich immerhin um strafbare Handlungen, etwa nach §§ 223, 229 StGB, die gerade nicht von jedermann in einer Gesellschaft sanktionslos hinzunehmen sind oder zum allgemeinen Lebensrisiko gehören³⁷⁷. Strafbarkeit und Sozialadäquanz dürften nur ausnahmsweise im Einzelfall miteinander vereinbar sein.

Gegen die Üblichkeit spricht im Übrigen auch die Tatsache, dass bei den Bagatellschäden der Herstellungsanspruch nach § 249 S. 1 BGB weiterhin besteht. Das zeigt, dass im Grunde sehr wohl ein Schaden vorliegt, der nach den Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers zu ersetzen und der nicht generell hinzunehmen ist. Diese grundsätzliche Wertung ändert sich nicht dadurch, dass Naturalrestitution hier nicht möglich ist, und hängt auch nicht davon ab, ob ein Vermögensschaden oder ein immaterieller Schaden vorliegt. Vom Schutzzweck der jeweiligen Normen sind derartige Bagatellschäden in gleicher Weise erfasst. Im Fall der Bagatellschwelle ist die Sozialadäquanz somit nicht geeignet einen so weitreichenden Anspruchsausschluss zu rechtfertigen.

³⁷⁴ Steffen – Rechtsgespräch, S. 149; Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 191; Jahnke, S. 108.

³⁷⁵ Vgl. etwa die restriktive Rspr. des LG Aachen, VersR 1977, 1059.

³⁷⁶ BGH NJW 1992, 1043; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 913.

³⁷⁷ Lorenz, S. 182.

b) Funktionen des Schmerzensgeldes

Weiter ist versucht worden den Schmerzensgeldausschluss damit zu begründen, dass dieses bei Bagatellfällen seine Funktionen nicht erfüllen könnte, wobei sowohl die Ausgleichsfunktion verneint³⁷⁸ als auch argumentiert wird, die Genugtuungsfunktion liefe leer³⁷⁹.

(1) Ausgleichsfunktion

Ein Ausgleich wird insbesondere dort bezweifelt, wo Schmerzen transitorischer Natur sind und dann schnell verarbeitet und vergessen werden; in der Konsequenz solle Schmerzensgeld dann nur bei immateriellen Einbußen von längerer Dauer gewährt werden³⁸⁰.

Wie schon bei der Üblichkeit kann dieses Argument nur für wirkliche Bagatellfälle herangezogen werden, in denen die Rechtsprechung auch jetzt bereits ein Schmerzensgeld versagt, weil die Beeinträchtigung derart geringfügig ist, dass ein Ausgleich nicht mehr billig erscheint³⁸¹. Bei allem, was darüber hinausgeht, kommt der Grundgedanke zum Tragen, dass der Geschädigte Einbußen erlitten hat, die kompensiert werden können³⁸². Er hat jedenfalls eine Verletzung seiner persönlichen Integrität hinnehmen müssen, zu der noch eine Minderung seiner Entfaltungsfähigkeit und -freiheit durch deren Fortwirken hinzukommen kann³⁸³, die aber keine zwingende Voraussetzung für einen ausgleichsfähigen Schaden ist. Ein solcher ist vielmehr bei der Beeinträchtigung einer jeden Position, die der Inhaber nicht ohne eigenen Nutzen hergeben würde, anzunehmen³⁸⁴, wobei diese nicht lang anhaltend sein muss.

Die besondere Art des immateriellen Schadens hat zwangsläufig zur Folge, dass dieser in vielen Fällen unabhängig von einer Ersatzleistung beseitigt wird und unter Umständen auch vergessen werden kann. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass er vorhanden war und den Geschädigten beeinträchtigt hat. Dies ist zwar nicht rückgängig zu machen, aber eine Kompensation durch ein Schmerzensgeld, das ihn in die Lage versetzt sich Lebensfreude zu verschaffen, ist sehr wohl möglich³⁸⁵; dass

³⁷⁸ Köndgen, S. 79.

³⁷⁹ Küppersbusch, S. 623.

³⁸⁰ Köndgen, S. 79.

³⁸¹ Etwa BGH NJW 1992, 1043.

³⁸² Hohloch, S. 466.

³⁸³ Lorenz, S. 181.

³⁸⁴ Thüsing – Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, S. 294.

³⁸⁵ Schlechtriem, S. 1655.

dies häufig zeitlich versetzt erfolgt, ist dabei kein Hinderungsgrund. Der Schmerzensgeldanspruch reduziert sich schließlich nicht mit zunehmendem zeitlichen Abstand zum Schadensfall und der damit einhergehenden Verarbeitung, was die logische Konsequenz der eingangs dargestellten Überlegung wäre. Zudem wird bei Verletzung eines Vermögensgutes ebenfalls nicht danach gefragt, ob und auf welche Weise eine sinnvolle Verwendung der als Kompensation geleisteten Entschädigung möglich ist³⁸⁶.

Nachdem unzweifelhaft ein Schaden vorgelegen hat, verstößt ein Schmerzensgeld bei Bagatellverletzungen folglich nicht gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot; die Ersatzleistung für den immateriellen Schaden muss wegen dessen Eigenart zwangsläufig in Geld erfolgen, was aber nichts an dessen Charakter als Schadenersatz zu ändern vermag, der dementsprechend sehr wohl eine Ausgleichsfunktion erfüllt und für den – entgegen der Ansicht von Küppersbusch³⁸⁷ – damit auch ein Bedürfnis besteht, zumal das der gesetzlichen Grundwertung entspricht.

(2) Genugtuungsfunktion

Bezüglich der Genugtuungsfunktion ist zunächst anzumerken, dass es bei Vorsatztaten auch weiterhin keinerlei Einschränkungen im unteren Bereich durch eine Bagatellschwelle geben soll. Dies wird verbreitet als Ausfluss der Genugtuungsfunktion gesehen, der in diesen Fällen Bedeutung beigemessen wird³⁸⁸. Nachdem Schmerzensgeld im Sinne des bisherigen § 847 BGB allerdings nie einzig aus Genugtuungsgesichtspunkten gewährt wird, bestätigt diese Regelung, dass bei Bagatellschäden ein Ausgleich prinzipiell möglich ist – wovon auch die Entwurfsbegründung ausgeht³⁸⁹ – und daher nicht das Fehlen der Ausgleichsfunktion den Grund für den grundsätzlichen Ausschluss von Bagatellschäden bilden kann.

Während bei den Vorsatztaten also die Schwere des Verschuldens als hinreichender Grund für eine ausnahmsweise Anspruchsgewährung entgegen der Grundregelung des Reformvorschlags angesehen wird, wird in den übrigen Fällen der Bagatellverletzungen von manchen ein Genugtuungsbedürfnis überhaupt verneint, wodurch der

³⁸⁶ Stoll – Haftungsfolgen, S. 358.

³⁸⁷ Küppersbusch, S. 621.

³⁸⁸ Bollweg, S. 98; Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 353; Nixdorf, S. 93.

³⁸⁹ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

Anspruchsausschluss gerechtfertigt werden soll³⁹⁰. Dem ist aus zweierlei Gründen entgegenzutreten: Wie bereits oben ausführlich dargestellt wurde, ist die Genugtuungsfunktion kein unverzichtbarer Bestandteil des Schmerzensgeldes. Sie ist zwar immer zu bedenken und kann gegebenenfalls bei der Anspruchsbemessung berücksichtigt werden, wenn ein entsprechendes aus dem Rahmen fallendes Verschulden vorliegt, die Anspruchsgewährung selbst hängt aber nicht davon ab. Wie die Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf die Tatbestände der Gefährdungshaftung durch den Entwurf - und schließlich auch durch das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz - zeigt, gehen auch diese von derselben Betrachtungsweise aus, da bei derartiger verschuldensunabhängigen Haftung die Genugtuungsfunktion regelmäßig außer Betracht bleibt³⁹¹. Es wäre daher widersprüchlich, wollte man die Bagatellschwelle mit einer fehlenden Genugtuungsfunktion begründen, die im selben Gesetzesentwurf als verzichtbar angesehen wird. Es ist im übrigen ohnehin zweifelhaft, warum ein Genugtuungsbedürfnis gerade ab dieser Schwelle beginnen oder ab dieser beachtlich werden sollte; auf die Höhe der Bagatellschwelle soll unten näher eingegangen werden.

Der zweite Punkt ergibt sich daraus, dass das gesetzlich vermutete Genugtuungsbedürfnis nur bei Vorsatztaten gegeben ist, eine Genugtuung in der Realität aber durchaus auch bei grober Fahrlässigkeit gerechtfertigt sein kann. Deutsch³⁹² spricht diesbezüglich von einer unverständlichen „Prämierung der Leichtfertigkeit“, wobei er zu bedenken gibt, dass nicht nur der Übergang zwischen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit schwierig festzustellen ist, sondern die Leichtsinnigkeit mitunter schwerer wiegen kann als die Kenntnis. Hier kann also sicher nicht pauschal von einem fehlenden Genugtuungsbedürfnis außerhalb des Vorsatzbereichs ausgegangen werden. Die Frage des Verschuldens hängt mit dem Ausmaß der verursachten Verletzung nicht notwendigerweise zusammen, so dass sich dieser Ansatz zur Rechtfertigung der Bagatellschwelle als nicht tragfähig erweist. Die Sonderregelung für die Vorsatztaten zeigt zwar, dass hier von einem Genugtuungsbedürfnis auszugehen ist, lässt aber nicht den Umkehrschluss zu, ein solches bestünde außerhalb dieses Bereichs nicht. Das ist vielmehr eine Frage des Einzelfalls, jedoch keineswegs die Ausnahme.

³⁹⁰ Küppersbusch, S. 623; referierend: Lorenz, S. 180, 183.

³⁹¹ Vgl. BT-Drucks. 14/ 7752, S. 14.

³⁹² Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 294.

c) Kompensation

Fraglich ist, ob das ausdrückliche Ziel des Entwurfs, durch die Einführung der Bagatellschwelle die finanziellen Mehrbelastungen zu kompensieren, die durch die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Anspruchsgrundlagen entstehen, eine hinreichende Rechtfertigung für die Einschränkung des Grundsatzes der Totalreparation darstellt. Wenn man davon ausgeht, dass auf diese Weise Prämien erhöhungen für die Versicherten vermieden werden können – was allerdings zweifelhaft ist, da sich die Regierung außerstande sieht die finanziellen Auswirkungen zu quantifizieren³⁹³ – ist dies sicherlich ein rechtspolitisch beachtenswerter Ansatzpunkt. Diese praktische Betrachtungsweise liegt wohl auch den Einschätzungen zugrunde, die die Knappheit der Mittel als „eindrucksvolles und zeitgemäßes Argument“³⁹⁴ ansehen.

Nachdem ein besserer Schutz der Geschädigten notwendigerweise zu Lasten der – regelmäßig versicherten – Schädiger geht, ist rechtspolitisch eine Abwägung zwischen den Interessen des einzelnen - beispielsweise Verkehrsopfers - und der Gesamtheit etwa der Autofahrer vorzunehmen³⁹⁵.

Die Gegenmeinung vertritt dementsprechend die Ansicht, dass derjenige, der bei einem Straßenverkehrsunfall körperlich verletzt worden sei, mit Recht erwarte, dass die Gemeinschaft der Kfz-Halter auch für seinen gesamten immateriellen Schaden einstehe³⁹⁶. Weder sei die wirtschaftliche Lage der jeweils betroffenen Versicherungsgesellschaft³⁹⁷, der Versicherungsbranche oder einzelner Wirtschaftszweige³⁹⁸ noch die Konjunktur allgemein für die Ausgestaltung des Haftungsrechts maßgeblich, das ja auf Dauer Bestand haben solle³⁹⁹. Es widerspräche etwa im Bereich des Straßenverkehrs dem sozialen Grundgedanken der Haftpflichtversicherung, der darin besteht, durch den Verkehr und seine Betriebsgefahr erzeugte Schäden durch die Gesamtheit der Kfz-Halter tragen zu lassen, wenn man diese Schäden auch nur teilweise auf die geringe Zahl der ohnehin schon vom Unglück getroffenen Unfallopfer abwälzen wollte⁴⁰⁰. Das Interesse des Schädigers an der Geringhaltung des von ihm zu er-

³⁹³ Vgl. BT-Drucks. 14/ 7752, S. 2.

³⁹⁴ Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes, S. 260.

³⁹⁵ Küppersbusch, S. 619.

³⁹⁶ Jaeger, S. 55; Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 626.

³⁹⁷ Lange, S. 442.

³⁹⁸ Hupfer, S. 784.

³⁹⁹ Huber, S. 29.

⁴⁰⁰ Hupfer, S. 784.

stattenden Schadens dürfe das Bedürfnis des Geschädigten nach vollem Ersatz seiner Einbußen nicht dominieren⁴⁰¹.

Letztere Aussage führt nun endlich zur Wertung des Gesetzes hin, die sich unabhängig von allen aktuellen rechtspolitischen Aspekten aus rein dogmatischen und systematischen Gründen ergibt. Das BGB geht von einer individuellen Haftung aus, die von der isolierten Zweierbeziehung Schädiger – Geschädigter gekennzeichnet ist⁴⁰². Im Vordergrund steht also der einzelne Haftende⁴⁰³ und insbesondere – auf der anderen Seite – der Geschädigte mit seinem Schaden⁴⁰⁴. Die kollektiven Schadenstragungssysteme bestimmen zwar über Möglichkeiten und Umfang des Regresses⁴⁰⁵, es gilt jedoch das versicherungsrechtliche Trennungsprinzip: die Eintrittspflicht des Versicherers hat dem Schadensersatzanspruch zu folgen⁴⁰⁶, Haftung und Haftpflichtversicherung sind dabei strikt zu trennen⁴⁰⁷. Die Bestimmung des ersatzfähigen Schadens erfolgt unabhängig davon, ob dieser von einer Versicherung oder vom Schädiger persönlich getragen wird. Auch der Richter hat eine Einbuße nicht anhand volkswirtschaftlicher Fragen, sondern nach den Auswirkungen beim Verletzten zu würdigen⁴⁰⁸; der Schaden nach dem BGB ist subjektsbezogen⁴⁰⁹.

Zwar muss der Gesetzgeber unbestritten auch die Auswirkungen einer Regelung auf die Rechtsgemeinschaft insgesamt im Blick haben. Insofern steht ihm ein Ermessensspielraum zu, dem jedoch in verschiedener Hinsicht Grenzen gesetzt sind. Der absolute, aber dafür sehr weite Rahmen wird durch das Grundgesetz gezogen. Danach kann der Gesetzgeber seine Ziele relativ frei verfolgen, solange er sich im verfassungsmäßig zulässigen Bereich bewegt. Dafür hat eine Überschreitung im Endeffekt aber die Nichtigkeit des Gesetzes zur Folge.

Das Schadensersatzsystem des BGB stellt allerdings ebenfalls eine Grenze für die Regelungsfreiheit des Gesetzgebers dar, obwohl deren Verletzung keinerlei Sanktionen nach sich zieht. Faktisch kann er sich daher problemlos darüber hinwegsetzen. Auf diese Weise entstehen jedoch Verwerfungen und Unstimmigkeiten im System,

⁴⁰¹ Steffen – Rechtsgespräch, S. 150.

⁴⁰² Hohloch, S. 387; Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 9; Stoll – Haftungsfolgen, S. 100.

⁴⁰³ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 3.

⁴⁰⁴ Kern, S. 253; Lange, S. 9.

⁴⁰⁵ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 9.

⁴⁰⁶ Nixdorf, S. 90; Stoll – Haftungsfolgen, S. 103.

⁴⁰⁷ Stoll – Haftungsfolgen, S. 33.

⁴⁰⁸ MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 2.

⁴⁰⁹ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 14, 20.

die nicht nur aus dogmatischer Sicht zu kritisieren, sondern irgendwann auch für die Rechtsgemeinschaft als Adressaten nicht mehr nachvollziehbar und verständlich sind. Daher muss es auch rechtspolitisch ein Anliegen des Gesetzgebers sein systemkonforme Regelungen zu treffen, so dass er folglich bei der Verfolgung seiner Ziele das bestehende System zu beachten hat.

Im Fall der Bagatellschwelle mag daher die Kompensationsüberlegung vom Grundsatz her ein sinnvolles Motiv sein. Nur entsprechen derartige versicherungswirtschaftliche Überlegungen nach dem oben Gesagten weder der Haftungskonzeption des BGB noch dem Sinn und Zweck der Kfz-Haftpflichtversicherung; dem Geschädigten als Rechtsadressaten wird wohl kaum begreiflich zu machen sein, warum gerade hier eine Ausnahme gemacht wird und der Schädiger - zu seinem Nachteil - entlastet werden soll. Die Einsparungen kommen dabei nicht einmal der gesamten Rechtsgemeinschaft zugute, sondern nur den Versicherungsnehmern als potentiellen Schädigern, die nicht notwendigerweise mit den möglichen Geschädigten identisch sein müssen; es erfolgt mithin eine tatsächliche Umverteilung zwischen verschiedenen Gruppen und nicht nur eine Pauschalierung innerhalb eines bestimmten Personenkreises. Insofern besteht hier ein höheres Rechtfertigungsbedürfnis, gerade auch im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Rechtsgemeinschaft insgesamt.

Betrachtet man aber die Regelung samt der sich aus ihr ergebenden Folgen, kann das erstrebte Ziel, dessen Erreichung zudem sehr ungewiss ist, gegenüber den damit verbundenen Systemwidrigkeiten kaum als ausreichender rechtfertigender Grund gesehen werden. Der Gesetzgeber täte folglich auch aus rechtspolitischer Sicht gut daran, im vorliegenden Fall das bestehende System als Grenze seines Ermessensspielraums zu akzeptieren und zu berücksichtigen.

Hinzu kommt, dass weder jeder Schaden von einer Versicherung übernommen wird noch alle Versicherungen oder Versicherungsbereiche von der ausweitenden Regelung und der Bagatellschwelle gleichmäßig betroffen werden. Im Kfz-Haftpflichtbereich etwa liegen relativ viele Fälle im Bagatellbereich, während gerade bei Gefährdungshaftungen - also typischerweise gefährlichen Tätigkeiten - der Anteil der schweren Schäden überwiegen dürfte und dann auch des öfteren Massenschäden vorliegen werden, deren Regulierung ungleich höhere Kosten verursacht, wie etwa im Arzneimittelrecht. Im Straßenverkehr ist dagegen in der Regel bei einem Schadensereignis nur eine überschaubare Zahl an Verletzten zu entschädigen.

Nun hat eine Versicherungsgesellschaft ja in der Regel bestimmte Schwerpunktbe-
reiche, auf die sich der Großteil des Geschäfts konzentriert. Wahrscheinlich werden
also die Versicherungen, die von der Bagatellschwelle durch Einsparungen profitie-
ren, und diejenigen, bei denen es zu deutlichen Mehrbelastungen kommt, auseinander
fallen, so dass es sicherlich zu oberflächlich ist, alle Versicherungen als eins zu be-
trachten und mit deren Situation im Allgemeinen zu argumentieren. Eine differen-
zierte Betrachtungsweise nimmt die Entwurfsbegründung jedoch gerade nicht vor; es
ist nicht ersichtlich, dass dieser Gesichtspunkt überhaupt bedacht wurde. Auch diese
Überlegung lässt mithin die rechtspolitische Berechtigung der Regelung fragwürdig
erscheinen.

Das Kompensationsbedürfnis allein stellt nach alledem folglich keine ausreichende
Legitimation für die Kappung von Bagatellansprüchen dar⁴¹⁰. Mögliche Mehrkosten
sind in den Kalkulationen der Versicherungen aufzufangen, so dass volkswirtschaft-
liche Fragen keinen Einfluss auf die Funktionen des Haftungsrechts und die sich dar-
aus ergebenden Verhaltenspflichten erlangen⁴¹¹. So bleibt die Schadenstragung bei
den zumindest potentiellen Schädigern; Versicherungsprämien können zudem dem
jeweiligen persönlichen Risiko angepasst werden, was gerechter und angemessener
erscheint als eine pauschale und für alle gleiche Einschränkung. Die zivilrechtliche
Haftung ist schließlich ein Ausdruck der individuellen Verantwortung des Schädigers
gegenüber dem Geschädigten⁴¹². Wird diese durch die Erfüllung eines solchen Tatbe-
standes begründet, liegt die Schadenstragung folglich besser bei jenem als beim
schuldlosen Opfer⁴¹³. Die Frage der Prämienhöhe hat somit aus rechtsdogmatischer
Sicht überhaupt kein Gewicht und selbst aus rechtspolitischen Gründen lässt sich ei-
niges gegen dieses Argument anführen. Als Rechtfertigung für eine Ausnahme vom
Grundsatz der Totalreparation kommt sie mithin nicht in Frage.

d) Bessere Entschädigung von Schwerverletzten

Zudem verleiht die Begründung der Erwartung Ausdruck, dass die verfügbaren Mit-
tel mehr als bisher auf die Fälle schwererer Verletzungen konzentriert werden sollen.
Nachdem dies aber im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat - was im Übrigen
auch nicht gerade leicht zu regeln sein dürfte -, bleibt abzuwarten, ob die Versiche-

⁴¹⁰ Huber, S. 28; Jaeger, S. 55.

⁴¹¹ MüKo³/Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 64f.

⁴¹² Stoll – Haftungsfolgen, S. 100.

rungen und Gerichte sich in diesem Sinne verhalten werden; es erscheint eher zweifelhaft⁴¹⁴. Man kann eine gesetzliche Reform schließlich nicht mit bestimmten Erwartungen gegenüber der Rechtsprechung verknüpfen⁴¹⁵ und diese dann zur Rechtfertigung heranziehen. Mangels einer entsprechenden Vorschrift kann dieses Argument vorliegend jedenfalls keine Berücksichtigung finden.

Außerdem gilt hier ebenfalls das oben zur Prämiengestaltung Gesagte, dass nämlich das BGB nur auf die einzelne Beziehung Schädiger – Geschädigter sieht, wenn es um die Haftungsfrage geht. Die Berücksichtigung von Verteilungsüberlegungen muss dementsprechend außerhalb der Kodifikation erfolgen, was sich auch daraus ergibt, dass die Höhe eines immateriellen Schadens nur jeweils im Einzelfall - und damit letztendlich von Gerichten - bestimmt werden kann, wobei feste, betragsmäßige Vorgaben naturgemäß nicht möglich sind, da sie den individuellen Umständen nicht gerecht werden können. Eine höhere Entschädigung für Schwerstverletzte zeichnet sich in der Praxis im Übrigen aber ohnehin ab. So ist Ende des Jahres 2001 erstmals ein Schmerzensgeld von einer Million DM (aufgeteilt in 750.000 DM und 1500 DM monatliche Rente) erreicht worden⁴¹⁶ und auch in anderen Fällen werden bereits ähnlich hohe Summen zugesprochen⁴¹⁷.

Im Rahmen der Kostenüberlegungen bleibt - allerdings vor allem unter rechtspolitischen Blickwinkel - noch folgender Aspekt zu bedenken: Eine Bagatellschwelle wie sie im Entwurf vorgesehen ist, birgt die Gefahr, dass Verletzungen – bewusst oder unbewusst – in noch stärkerem Maße übertrieben werden als das bisher der Fall ist um diese zu überwinden, so dass im Ergebnis eine Verschiebung zu mehr mittleren Schäden erfolgt⁴¹⁸. Die Alternativen entweder mehr oder gar nichts an Schmerzensgeld zu erhalten bieten einen stärkeren Anreiz dafür als das Interesse an einem bloß etwas höheren Schmerzensgeld, wie es sich nach der geltenden Gesetzeslage ergibt. Durch längere Krankheitsdauer und ähnliches würden sich höhere Kosten ergeben, die im Endeffekt einen volkswirtschaftlichen Schaden verursachen würden⁴¹⁹. Betrü-

⁴¹³ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 632.

⁴¹⁴ So auch Karczewski, S. 1072.

⁴¹⁵ Küppersbusch, S. 623.

⁴¹⁶ LG München I, NZV 2001, 263, nicht rechtskräftig (durch Vergleich erledigt).

⁴¹⁷ Etwa LG Würzburg: 750.000 DM Schmerzensgeld plus monatliche Schmerzensgeldrente von 1000 DM bei 21-jährigem Unfallopfer, SZ vom 11.12.01, S. 50.

⁴¹⁸ Lorenz, S. 184.

⁴¹⁹ Elsner, S. 234.

gerische Simulanten würden wohl ohnehin auf andere Verletzungen schwererer Art verfallen, was den Schadensleiter einer Versicherung zu der Aussage bewogen hat, er zahle lieber 800 DM für eine HWS-Verletzung als 8000 DM für einen Tinnitus⁴²⁰. Durch solche Reaktionen könnten sich für die Versicherungen deutliche Mehrbelastungen ergeben, die in der Entwurfsbegründung nicht bedacht werden und die unter Umständen den gewünschten Spareffekt durch die Einführung einer Bagatellschwelle vereiteln könnten. Wie im gesamten Bereich der finanziellen Auswirkungen ist es allerdings auch hier nicht möglich diese zu beziffern.

e) Entlastungseffekt

Mindestens ebenso fragwürdig wie die Kompensationsüberlegung ist das Argument, die Bagatellschwelle würde - ähnlich etwa wie der Selbstbehalt des Produkthaftungsgesetzes - bei den Versicherungen zu Regulierungserleichterungen führen und die Gerichte entlasten⁴²¹. Auch diese wiederum eher rechtspolitischen Gründe sind in der Sache zweifelhaft. Es dürfte zwar unbestritten sein, dass Selbstbehalte wie etwa im Produkthaftungsgesetz die Transaktionskosten mindern⁴²², jedoch ist bei einem immateriellen Schaden dessen Höhe bei weitem nicht so eindeutig wie bei einem Vermögensschaden.

Nun ist im Fall der Bagatellschwelle aber nicht nur der Schadensumfang relativ unklar, sondern daneben auch die Bagatellschwelle selber, die ja ebenfalls nicht auf eine bestimmte Summe lautet, sondern darauf abstellt, dass der Schaden nicht unerheblich ist. Darüber, wann dies in concreto anzunehmen ist, lässt sich jedoch trefflich streiten⁴²³, da diese Formulierung ziemlich unklar und schwammig ist⁴²⁴ und erst der Ausfüllung durch die Praxis - das heißt insbesondere durch die Rechtsprechung - bedarf.

Dies ist zwar schon im geltenden Recht ein häufiges Problem, etwa bei den Generalklauseln. Nur muss sich bei der Neueinführung einer derartigen Regelung eine solche Rechtsprechung schließlich vom Punkt Null an entwickeln. Dadurch ist zumindest in der Übergangsphase eine vermehrte Anrufung der Gerichte zu Testzwecken und zur

⁴²⁰ Zitiert bei Elsner, S. 234.

⁴²¹ Huber, S. 21.

⁴²² Erman¹⁰/ Schiemann, § 11 ProdHaftG, Rn. 1; Stoll – Haftungsfolgen, S. 25.

⁴²³ Karczewski, S. 1073; Steffen – Rechtsgespräch, S. 149.

⁴²⁴ Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 352, 354; Huber, S. 21; Steffen – Rechtsgespräch, S. 149; Lorenz, S. 180.

Ausreizung der neuen Schwelle zu erwarten⁴²⁵. Allerdings sind auch über diesen Zeitraum hinaus Streitigkeiten über die Bagatellschwelle sowie zusätzlich über die bisher unerhebliche Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz vorprogrammiert, was eine Entlastung der Gerichte als unwahrscheinlich erscheinen lässt⁴²⁶.

Das Problem würde - mit Ausnahme des letzten Punktes - möglicherweise etwas entschärft, wenn man statt der Bagatellschwelle einen Selbstbehalt in entsprechender Höhe, zum Beispiel von 500 EUR, einführen würde. Der Streit würde in diesem Fall auf die Frage verlagert, mit welchem Betrag ein eingetretener Schaden zu bewerten ist. Es gäbe dann nur noch diesen einen Punkt zu klären, der bei der Schmerzensgeldbemessung ohnehin relevant wird. Ob im Bereich um diesen Betrag in der Folge mehr oder weniger gestritten würde, lässt sich nicht mit Bestimmtheit voraussagen. Es ginge zwar nur um geringe Beträge, so dass man sagen könnte, es lohne sich nicht, deswegen zu prozessieren. Andererseits werden auch jetzt schon Schmerzensgelder geltend gemacht, wenn jemand sich nur geringfügigen Beeinträchtigungen ausgesetzt sieht, obwohl die Rechtsprechung in solchen Fällen einen Schmerzensgeldanspruch versagt⁴²⁷.

Häufig wird zudem gleichzeitig Ersatz materiellen Schadens begehrt, was die Hemmungen (zusätzlich) auf Schmerzensgeld zu klagen erheblich senken dürfte. Im Vergleich mit der Regelung einer Bagatellschwelle jedoch, nach der Ersatz entweder ganz oder gar nicht gewährt wird, sollte der Anreiz zu Streitigkeiten allerdings deutlich kleiner sein. In diesem Fall könnte der Aspekt des Entlastungseffekts möglicherweise zu Recht herangezogen werden, womit aber noch nichts zur generellen Zulässigkeit eines solchen Selbsthalts gesagt sein soll. Denn auch ein solcher Liefere – als völliger und endgültiger Ausschluss des Anspruchs in dieser Höhe - dem Grundsatz der Totalreparation zuwider, so dass die übrigen Argumente gegen eine Bagatellschwelle genauso gegen die Einführung eines Selbsthalts beim Schmerzensgeld sprechen.

Mithin können auch die Gesichtspunkte Regulierungserleichterung und Justizentlastung nicht zugunsten der Bagatellschwelle angeführt werden.

⁴²⁵ Macke, S. 509; Karczewski, S. 1073.

⁴²⁶ Elsner, S. 234.

⁴²⁷ Vgl. etwa BGH NJW 1992, 1043.

f) Missbrauchsproblematik

In diesem Zusammenhang ist noch der Umstand zu berücksichtigen, dass es gerade im Bagatellbereich durch Vortäuschen nicht objektivierbarer Verletzungen wie beispielsweise HWS-Schleudertraumata in einer gewissen Zahl von Fällen zum Missbrauch der Schmerzensgeldregelung kommt; hier wird dann oft aus Gründen der Lässigkeit irgendein Betrag – meist bis zu 1000 DM – zugesprochen⁴²⁸. Diese Schmerzensgelder müssten theoretisch durch die Einführung der Bagatellschwelle wegfallen, wodurch den Grundsätzen des Schadensersatzrechts – insbesondere dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot – wieder besser entsprochen würde.

Jedoch sind in solchen Fällen die bereits erwähnten Ausweichreaktionen zu erwarten, sei es dadurch, dass die Betroffenen versuchen die Schwelle zu überspringen, sei es durch den Wechsel zu anderen Arten von Verletzungen und Schäden. Im Ergebnis könnten sie dann deutlich besser stehen als tatsächlich Geschädigte, deren HWS-Syndrom nach bisheriger Rechtsprechung nur mit beispielsweise 800 DM entschädigt wird und damit nach Einführung der Bagatellschwelle wegfallen würde. Für die Aussonderung von Missbrauchsfällen gegenüber echten Schäden gibt die Regelung jedenfalls keine überzeugenden Vorgaben her⁴²⁹, so dass sich aus diesem Gedanken ebenfalls keine Rechtfertigung dafür ergibt.

g) Eigenart des immateriellen Schadens

Gelegentlich wird für die Einschränkung des Schmerzensgeldanspruchs durch die Bagatellschwelle angeführt, dies sei durch die Besonderheit und Eigenständigkeit des immateriellen Schadens gerechtfertigt⁴³⁰, dem der Gesetzgeber ja ohnehin skeptisch gegenüberstehe⁴³¹. Dieses Argument ist bereits im Zusammenhang mit der Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Anspruchsgrundlagen eingehend untersucht und für nicht stichhaltig befunden worden.

Nach dem dort Gesagten ist nicht ersichtlich, warum im Bereich des Schmerzensgeldes der Grundsatz der Totalreparation eingeschränkt werden sollte, wenn denn eine Verletzung der enumerativ aufgezählten, als besonders schutzwürdig angesehenen Rechtsgüter vorliegt. Eine diesbezügliche generelle Differenzierung nach der Höhe

⁴²⁸ Bollweg, S. 97; Macke, S. 509.

⁴²⁹ Macke, S. 509.

⁴³⁰ Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes, S. 261.

⁴³¹ Huber, S. 28.

des Schadens oder der Schwere der Verletzung findet weder im Gesetz noch in den Materialien zum BGB einen Anhaltspunkt. Die genannten Rechtsgüter sollen im Gegenteil möglichst effektiv geschützt werden, was im erweiternden Teil der Neuregelung auch angestrebt wird. Eine Bagatellschwelle würde den damit geschaffenen verstärkten Schutz wieder zunichte machen, mithin dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen. Das Schmerzensgeld ist gerade kein „Geschenk“, das beliebig einschränkbar ist, sondern ein echter Schadensersatzanspruch⁴³².

Die Gründe, die für die Regelung des § 253 a.F. BGB maßgeblich waren - wie etwa der Ausschluss nicht objektivierbarer Affektionsinteressen - passen zur Rechtfertigung der Bagatellschwelle gerade nicht, da hier unbestritten immaterielle Schäden vorliegen. Dementsprechend gilt auch hier der Grundsatz der Totalreparation, der nicht allein deshalb außer Kraft gesetzt werden kann, weil der Geldersatz für immateriellen Schaden schwerer festzulegen ist; dieses Problem besteht im Übrigen unabhängig von der Schwere der Verletzung, so dass sich hieraus nichts für die Zulässigkeit einer Bagatellschwelle herleiten lässt.

Zudem ist die Wertung des Grundgesetzes zu beachten, nach der Personengüter gegenüber den Sachgütern höherrangig sind. Damit ist eine Regelung, die eine Bagatellschwelle nur bei ersteren vorsieht, Sachschäden aber jedenfalls voll ersatzfähig stellt, nicht zu vereinbaren; das verfassungsmäßig vorgegebene Verhältnis würde durch eine solche einfachgesetzliche Ausgestaltung de facto umgekehrt. Zwar würde dies wohl nicht zur Verfassungswidrigkeit führen, es stünde aber im Widerspruch zu einer Grundentscheidung unseres Rechtssystems. Die Personengüter sollten generell - und damit auch in diesem sogenannten Bagatellbereich - nicht prinzipiell schlechter geschützt werden als die Sachgüter⁴³³, so dass eine Ungleichbehandlung dieser Art unter diesem Aspekt ebenfalls abzulehnen ist. Um einen gleichwertigen Rechtsschutz materieller und immaterieller Rechtsgüter sicherzustellen muss eine Verletzung letzterer ebenso effektive Haftungsfolgen auslösen wie die von Sachgütern⁴³⁴. Wenn man bedenkt, wie weitreichend die Entschädigungsmöglichkeiten bei Sachschäden und Sachfolgeschäden mittlerweile gediehen sind, was in der Literatur teilweise po-

⁴³² BGH NJW 1955, 1675; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 910.

⁴³³ Stoll – Haftungsfolgen, S. 355; Jaeger, S. 55.

⁴³⁴ Stoll – Haftungsfolgen, S. 176.

lemisch kritisiert wird⁴³⁵, sollte eine einschränkende Reform des Schadensersatzrechts eher dort ansetzen⁴³⁶ oder jedenfalls im Wege einer umfassenden Neuregelung diesen Bereich mit einschließen⁴³⁷. Die jetzt beschlossene Einschränkung hinsichtlich der Umsatzsteuer beim Ersatz der fiktiven Reparaturkosten kann insoweit nur als kleiner Schritt in die richtige Richtung gesehen werden. Eine Anspruchskappung allein bei Personenschäden jedoch wird den grundgesetzlichen Wertungsvorgaben sicher nicht gerecht.

Es wäre wohl auch zu oberflächlich gedacht, im Rahmen einer Gleichbehandlung von Personen- und Sachschäden einfach eine generelle Bagatellschwelle oder einen generellen Selbstbehalt einzuführen um die Diskriminierung immaterieller Schäden zu vermeiden. Denn dadurch würde das Schutzniveau – auch bezüglich des ebenfalls verfassungsrechtlich garantierten Eigentums – ja immer noch abgesenkt und der Grundsatz der Totalreparation durchbrochen. Die diesbezüglich angeführten Argumente hätten weiterhin ihre Berechtigung.

Erwägenswert wäre es allerdings, im Einzelfall bei absoluten Minimalschäden, die kaum als solche wahrgenommen werden und das Eigentumsrecht eigentlich gar nicht beeinträchtigen, parallel zu der Rechtsprechung bezüglich des Schmerzensgeldes bei Sachschäden gleichfalls ausnahmsweise einen Schadensersatzanspruch zu versagen, was aber jedenfalls einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage bedürfte, die die Berücksichtigung derartiger Billigkeitsüberlegungen vorsehen müsste. In Anbetracht der Tatsache, dass derjenige materielle Schaden, den jemand als Bagatelle ansieht, in Abhängigkeit von der finanziellen Situation des jeweiligen Betroffenen stark variieren dürfte, erscheint eine solche Regelung angemessener und für den Einzelnen gerechter als eine starre betragsmäßige Grenze und ließe sich insofern wohl auch rechtfertigen.

Andere Möglichkeiten den Ersatz von Sachschäden und Sachfolgeschäden zu begrenzen bestünden etwa darin, die konkrete Schadensberechnung wieder mehr in den Vordergrund zu stellen – weitergehend noch als jetzt beschlossen – und die fiktive Abrechnung an strengere Voraussetzungen zu knüpfen, auch wenn eine gesetzliche Normierung insofern möglicherweise schwierig zu fassen sein könnte. In diesem Zu-

⁴³⁵ Kötz – Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung?, S. 627 etwa spricht insofern von „barockem Wildwuchs“.

⁴³⁶ Lorenz, S. 185.

⁴³⁷ Kötz – Reform der Schmerzensgeldhaftung, S. 393.

sammenhang müsste dann der Ersatz entgangener Nutzungsmöglichkeiten und sonstiger auf dem Kommerzialisierungsgedanken beruhender Schadensposten ebenfalls überprüft werden.

3. Weitere Kritikpunkte

a) Der Grundsatz des *neminem laedere*

Gegen die Bagatellschwelle lassen sich noch weitere Kritikpunkte anführen. So kann eine solche Änderung im Schadensersatzrecht nicht isoliert gesehen werden; vielmehr müssen auch die Signale berücksichtigt werden, die über den konkreten materiellen Regelungsgegenstand hinaus von ihr ausgehen. Das Deliktsrecht - und dieses wird sicherlich weiterhin der Hauptanwendungsbereich des Schmerzensgeldanspruchs sein - soll zwar dem Rechtsgüterschutz zunächst dadurch dienen, dass es dem Geschädigten einen Ausgleich verschafft, zugleich werden aber auch bestimmte Verhaltensanreize ausgelöst⁴³⁸. Das Delikt orientiert sich am einschränkungslosen *neminem laedere*, das heißt, das Haftungsrecht soll demgemäß das Verhalten der Bürger so beeinflussen, dass ein geordnetes und möglichst störungsfreies Zusammenleben gewährleistet ist⁴³⁹.

Die Bagatellschwelle modifiziert diese Aussage des Gesetzes dahingehend, dass das Verhaltensgebot nicht mehr lautet: „Du sollst niemanden verletzen“, sondern stattdessen signalisiert: „Du sollst niemanden nicht unerheblich verletzen“. Das Strafrecht und der Vorsatzbereich sollen dabei erst einmal außer Betracht bleiben. Das BGB gewährt zwar weiterhin einen umfassenden Unterlassungsanspruch, aber ohne effektive Sanktionen bleibt dieser ein recht stumpfes Schwert. Es ist daher zu befürchten, dass die im Verkehr beobachtete Sorgfalt in Bereichen, in denen typischerweise nur leichte Personenschäden auftreten, womöglich sogar abnehmen könnte. Natürlich drohen etwa im Straßenverkehr wie bisher Schadensersatzansprüche für Sachschäden, wenn jemand aus Unachtsamkeit auch nur einen leichten Unfall verursacht, so dass die Auswirkungen solcher Überlegungen in der Praxis sicherlich Ausnahmeerscheinungen bilden dürften; die inhaltliche, wertende Aussage, die mit einer derartigen Gesetzesänderung verbunden ist, bleibt gleichwohl höchst bedenklich.

⁴³⁸ MüKo³/Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 41.

⁴³⁹ Thüsing – Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 128.

b) Rechtsfortsetzungsgedanke

Das wird vor allem dann deutlich, wenn man bedenkt, dass das Schadensersatzrecht den Rechtsfortsetzungsgedanken beinhaltet⁴⁴⁰, der Anspruch also nach dem Surrogationsprinzip an die Stelle des verletzten Rechtsguts tritt⁴⁴¹, so dass dieses durch jenen weiter verwirklicht wird⁴⁴². Dadurch soll die bestehende Rechtslage aufrecht erhalten⁴⁴³ beziehungsweise dem Gedanken der Rechtsgütergarantie Rechnung getragen werden⁴⁴⁴. Die daraus resultierende „gesellschaftliche Zeichenfunktion“ wirkt über den einzelnen sozialen Konflikt beziehungsweise Schadensfall hinaus und verdeutlicht und bekräftigt, dass Verlass auf den Schutz des Rechts ist⁴⁴⁵. Das Hauptanliegen des Deliktsrechts ist es, die Rechtskreise der einzelnen Rechtssubjekte gegeneinander abzugrenzen⁴⁴⁶ und damit die individuellen Freiheitsspielräume und Schutzbereiche in einer Weise festzulegen, an die sich Vertrauenserwartungen des Verkehrs knüpfen können⁴⁴⁷.

Durch die Einführung einer Bagatellschwelle jedoch werden diese Grenzen unscharf. Ein Verhalten, das nur leichte Verletzungen verursacht, ist zwar immer noch verboten, aber nicht sanktioniert. Damit bleibt der Übergang zwischen Erlaubtem und Rechtswidrigem abstrakt und für den Rechtsadressaten jedenfalls weniger fühlbar. Ob sich das im Endeffekt tatsächlich dahingehend auswirkt, dass das Unrechtsbewusstsein eines Schädigers nachlässt, ist dabei nicht entscheidend. Denn betrachtet man die Position des Geschädigten, der eine Einbuße an seinen Rechtsgütern hat hinnehmen müssen, so stellt sich für diesen die Lage genauso dar, als wäre das Verhalten des Schädigers erlaubt: Dieser wird nicht zur Verantwortung gezogen und der Schaden ist voll und ganz von ihm selbst zu tragen. Das muss beim Geschädigten fast zwangsläufig den Anschein erwecken, seine Rechtsgüter seien gegenüber anderen nicht oder nicht ausreichend geschützt, was für ihn kaum nachvollziehbar sein dürfte und damit auch nicht gerade dazu geeignet ist, eine Identifikation mit der Rechtsordnung zu fördern. Im Gegenteil steht zu befürchten, dass die Abneigung

⁴⁴⁰ Staudinger¹³/ Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 9.

⁴⁴¹ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 19; Lange, S. 10f.

⁴⁴² Stoll – Haftungsfolgen, S. 191.

⁴⁴³ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 26.

⁴⁴⁴ Köndgen, S. 103.

⁴⁴⁵ MüKo³/ Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 42.

⁴⁴⁶ Nixdorf, S. 89.

⁴⁴⁷ MüKo³/ Mertens, Vor §§ 823-853, Rn. 46.

gegen das vielen juristischen Laien in zumindest einigen Teilen eher unverständliche Rechtssystem zunehmen könnte.

Eine Bagatellschwelle in der im Entwurf vorgesehenen Höhe entspricht jedenfalls weder dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl noch dient sie der Rechtsklarheit. Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass ihre Einführung die Gefahr birgt unerwünschte Verhaltensweisen zu begünstigen, da jedenfalls die gesetzlichen Wertentscheidungen nicht mehr so deutlich werden, was auf der anderen Seite Konsequenzen für das Vertrauen des Einzelnen auf das Recht und möglichen Rechtsschutz haben könnte.

Damit eng verbunden sind zwei weitere Aspekte, die auf den ersten Blick beinahe widersprüchlich erscheinen: Zum einen ergibt sich nämlich bei Einführung einer Bagatellschwelle eine Diskrepanz zum Strafrecht, das für die Strafbarkeit zunächst einmal nur irgendeine Körperverletzung fordert. Zum anderen wird die Präventionsfunktion des Schmerzensgeldes abgeschwächt, wenn dieses bei leichteren Verletzungen entfällt.

c) Das Verhältnis zum Strafrecht

Strafbar nach §§ 223, 229 StGB ist jede vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung und sogar der Versuch einer solchen, wobei eine Schmerzerregung nicht einmal Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes ist⁴⁴⁸. Der hiernach erfasste Bereich ist also relativ groß. Nach der Grundaussage des Gesetzes ist jede Handlung, durch die einer dieser Tatbestände schuldhaft verwirklicht wird, eine Straftat.

Nun gilt das Strafrecht aber im Vergleich zum Zivilrecht als das schärfere, strengere Sanktionensystem, dem eine Art ultima-ratio-Funktion für die Fälle zukommt, in denen die Vorschriften des milderen Zivilrechts nicht mehr ausreichen um bestimmten Verhaltensweisen angemessen begegnen und einen wirksamen Rechtsgüterschutz gewährleisten zu können⁴⁴⁹. Die Strafe tritt dabei neben die zivilrechtlichen Folgen als zusätzliches Instrument zur Vermeidung sozialschädlichen Verhaltens, wo dies zur Erhaltung der Grundwerte der Gemeinschaft und der Bewahrung des Rechtsfriedens notwendig erscheint⁴⁵⁰. Dabei greift insbesondere die Freiheitsstrafe deutlich stärker in die Rechte des Betroffenen – des Täters – ein als ein zivilrechtlicher An-

⁴⁴⁸ Tröndle/ Fischer⁵¹, § 223, Rn. 3.

⁴⁴⁹ Wessels AT³¹, Rn. 9.

⁴⁵⁰ Wessels AT³¹, Rn. 4, 9.

spruch etwa auf Schadensersatz, weil ja das hohe Gut seiner persönlichen Freiheit betroffen ist.

Vor diesem Hintergrund erscheint es widersprüchlich, eine ganze Gruppe solcher strafbaren Handlungen von vorneherein von der zivilrechtlichen Haftung – zumindest für den immateriellen Schaden – auszunehmen. Auch wenn bekanntermaßen die Körperverletzungen, die unter die Bagatellschwelle fallen würden, in der Praxis nur in den seltensten Fällen strafrechtlich geahndet werden, ändert das nichts an der grundsätzlichen gesetzgeberischen Wertung als Straftat, also als besonders sozial-schädliche Handlung, die auf jeden Fall unterbunden werden soll.

Wenn nun zur Erreichung dieses Zwecks sogar schon das scharfe, einschneidende Instrument der Kriminalstrafe herangezogen wird, so muss erst recht das zivilrechtliche Sanktionensystem greifen um den erstrebten Rechtsgüterschutz zu gewährleisten⁴⁵¹. Das setzt nicht unbedingt voraus, dass dem zivilrechtlichen Schadensersatz eine Straffunktion zukommt, was ohnehin überwiegend verneint wird⁴⁵², sondern ergibt sich allein aus dem Ziel die Integrität des einzelnen zu bewahren, der Aufgabe der Rechtsbewehrung⁴⁵³. Hier sollte die in der Sanktionsandrohung zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertung nicht nur in allen Bereichen der Rechtsordnung einheitlich sein, sondern es entspräche auch eher dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, zunächst und in weiterreichendem Umfang die mildereren Mittel anzuwenden, bevor die härteren zum Einsatz kommen, wie es in der Regel auch geschieht.

Ein Beispiel dafür ist etwa die Schaffung des § 611a Abs. 2 BGB zur Umsetzung der EG-Gleichberechtigungsrichtlinie; es wurde dazu das Instrument des Zivilrechts als möglichst „weiche“ Lösung für diesen Regelungsgegenstand gewählt – unabhängig von der Effizienz – und nicht etwa das Strafrecht, was ebenfalls möglich gewesen wäre⁴⁵⁴, obwohl die Vorschrift aus dem sonstigen Schadensersatzsystem heraus fällt (vgl. oben III. 1. b). Daran zeigt sich, dass sich der Gesetzgeber im Grunde sehr wohl dieser Problematik bewusst ist und sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit verpflichtet sieht, dieser – soweit erfolgsversprechend – Rechnung zu tragen. Eine Einschränkung des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs bei Bagatellschäden jedoch

⁴⁵¹ Ähnlich Lorenz, S. 181.

⁴⁵² MüKo³/ Mertens, Vor § 249, Rn. 27; Erman¹⁰/ Kuckuk, Vor § 249, Rn. 1; Palandt⁶¹/ Heinrichs, Vorb v § 249, Rn. 4; Staudinger¹³/ Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 11; Thüsing – Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 127.

⁴⁵³ Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 292.

⁴⁵⁴ Körner, S. 245.

führt in die entgegen gesetzte Richtung und widerspricht somit diesem Gesamtkonzept. Im Gegensatz zur Regelung des § 611a Abs. 2 BGB muss dabei nicht einmal eine Alternativentscheidung zwischen diesem Gesichtspunkt und einer Konformität mit dem Schadensersatzsystem getroffen werden. Eine Lösung, die beidem gerecht wird, ist hier ohne weiteres möglich wie die bereits bestehende Regelung zeigt.

Dass die zumindest theoretische Möglichkeit einer strafrechtlichen Sanktion die zivilrechtliche – einschließlich des Schmerzensgeldanspruchs – nicht obsolet werden lässt, ihr vielmehr weiterhin eigenständige Bedeutung zukommt⁴⁵⁵, dürfte nach dem Gesagten selbstverständlich sein.

d) Die Präventionswirkung

Nun wird in der Praxis nicht jede Körperverletzung strafrechtlich verfolgt und geahndet; vielmehr sieht schon das Strafgesetzbuch in § 230 StGB im Grundsatz ein Strafantragserfordernis als Strafverfolgungsvoraussetzung bei Taten nach §§ 223, 229 StGB vor. Nachdem hiervon aber nicht die Strafbarkeit selbst, sondern eben nur die Zulässigkeit der Strafverfolgung betroffen ist⁴⁵⁶, hat das für die Gültigkeit der soeben angestellten Überlegungen wenig Bedeutung. Es spiegelt allenfalls erneut den Charakter der Kriminalstrafe als ultima ratio wider. Außerdem bietet auch die Strafprozessordnung Möglichkeiten zur Einstellung des Verfahrens. Dem Verletzten bleibt dann nur die Verfolgung der Tat im Wege der Privatklage, die § 374 Abs. 1 Nr. 4 StPO für Körperverletzungen nach §§ 223, 229 StGB ausdrücklich vorsieht. Damit ist er aber auch in diesen Fällen nicht schutzlos gestellt; er muss lediglich selbst aktiv werden und sein Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung zum Ausdruck bringen.

Ob die Einführung einer Bagatellschwelle in diesem Zusammenhang vielleicht zu einer Entlastung der Strafgerichte durch einen Rückgang von Strafanträgen und Nebenklägerprozessen führen würde, die bisher in der Absicht erfolgten, einen späteren zivilrechtlichen Schadensersatzprozess durch Klärung von Vorfragen vorzubereiten⁴⁵⁷, erscheint jedoch eher zweifelhaft, da zum einen die Bagatellschwelle nur immaterielle Schäden betrifft, so dass das Klärungsbedürfnis bezüglich materieller Schäden nicht berührt wird, und es zum anderen durchaus möglich ist, dass die Ge-

⁴⁵⁵ Braschos, S. 250ff.

⁴⁵⁶ Wessels AT³¹, Rn. 151.

⁴⁵⁷ So Hacks – Reform des Schmerzensgeldanspruchs, S. 183, Fn. 2.

schädigten gerade deshalb die Bestrafung des Schädigers betreiben könnten, um diesen nicht völlig sanktionslos davonkommen zu lassen⁴⁵⁸.

Gleichwohl wird genau das in vielen Fällen das Ergebnis sein: Eine in diesem Sinne leichte Körperverletzung - ohne (nachgewiesenen) Vorsatz -, die nicht im Zusammenhang mit der Verletzung materieller Güter geschehen ist, bleibt für den Schädiger ohne Folgen. Ist das die Regel, wird auch schnell die Erwartung der Menschen in derartigen Situationen danach ausgerichtet; ein potentieller Schädiger kann dann davon ausgehen, dass ihm normalerweise keine Sanktionen drohen, was nicht dazu beitragen wird, seine Rechtstreue zu stärken. Damit verliert aber die Präventionswirkung des Schadensersatzrechts an Gewicht. Wie oben bereits dargelegt wurde, ist im Schrifttum umstritten, ob hier von einer beabsichtigten Funktion gesprochen werden kann⁴⁵⁹ oder ob es sich lediglich um ein „erwünschtes Nebenprodukt“⁴⁶⁰ handelt. Die faktische Wirkung dürfte jedoch unbestritten und dem Ziel eines effektiven Rechtsgüterschutzes sehr förderlich sein, selbst wenn sie bereits jetzt durch den weitreichenden Versicherungsschutz – trotz Bonus-Malus-Systems und § 61 VVG – in gewissem Maße eingeschränkt sein mag⁴⁶¹.

Zwar ist zuzugeben, dass die Bedeutung der Prävention im Vorsatzbereich deutlich stärker zu Tragen kommt⁴⁶², weil dort das Verhalten direkt und willentlich gesteuert wird, jedoch kann auch im Bereich der Fahrlässigkeit die aufgewandte Sorgfalt sehr wohl variieren, wobei den vorausgesehenen Folgen eines Fehlverhaltens sicherlich ein gewisser Einfluss zukommt⁴⁶³. Der Einzelne richtet sein Verhalten ja so ein, dass er Schadensersatzansprüche nach Möglichkeit vermeidet⁴⁶⁴; drohen solche nicht, braucht er insofern auch keine Rücksicht zu nehmen. Dabei ist die präventive Wirkung natürlich umso stärker, je mehr die Vermeidung von Haftung zu Kostenvorteilen führt⁴⁶⁵; aber auch bei den sogenannten Bagatellschäden wird die Zahlungspflicht den Schädiger in der Regel schmerzen, wenn er nicht in außergewöhnlich guten finanziellen Verhältnissen lebt. Im Verhältnis zum Strafrecht wird die zivilrechtliche

⁴⁵⁸ Lorenz, S. 183, Fn. 60.

⁴⁵⁹ So Thüsing – Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 127.

⁴⁶⁰ Larenz, § 27 I S. 423; Lange, S. 10.

⁴⁶¹ Körner, S. 243; Lange, S. 10.

⁴⁶² Köndgen, S. 101.

⁴⁶³ So auch Wagner, S. 2053.

⁴⁶⁴ Staudinger¹³/Hager, Vorbem zu §§ 823ff, Rn. 11.

⁴⁶⁵ Körner, S. 243.

Haftung sogar oftmals mehr gefürchtet als eine regelmäßig geringere Geldstrafe⁴⁶⁶, zumal diese wie gesagt ohnehin nicht immer verhängt wird.

Insgesamt könnte sich hier also – zumindest in einzelnen Bereichen – durchaus eine unerwünschte Signalwirkung und möglicherweise sogar eine Verhaltensänderung ergeben, die mit dem Sinn und Zweck des Schadensersatzrechts nicht konform geht⁴⁶⁷. Konkrete Voraussagen dazu wären zwar reine Spekulation; jedoch sei noch angemerkt, dass auch die ökonomische Analyse des Rechts auf mögliche negative Konsequenzen einer Belastung des Opfers anstelle des Schädigers in derartigen Fällen hinweist⁴⁶⁸.

Auf der anderen Seite sind die Reaktionsmöglichkeiten des Geschädigten relativ beschränkt. Die Schmerzen hat er natürlich in jedem Fall. Jetzt liegt es an ihm, ob er im Wege der Privatklage zumindest eine strafrechtliche Ahndung der Verletzung herbeiführen möchte, was ihm selber außer dem Aufwand für die Prozessführung höchstens eine gewisse Genugtuung einbringen kann, oder ob er das Risiko eingeht den immateriellen Schaden gerichtlich geltend zu machen - mit der Gefahr, dass der Schaden als unerheblich eingestuft und die Klage insgesamt abgewiesen wird, mit der entsprechenden Kostenfolge – oder ob er von vorneherein auf jegliche gerichtliche Reaktion verzichtet.

Eine Klage auf Schmerzensgeld bietet sich naturgemäß dann an, wenn zugleich ein relativ hoher materieller Schaden eingeklagt wird, so dass die Kostenlast selbst bei einer Abweisung des Schmerzensgeldantrags gering bleibt oder nach § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO sogar ganz entfällt. Fehlt es jedoch an einem Vermögensschaden, so wird das Prozessrisiko wohl viele Geschädigte abschrecken - insbesondere wenn keine Rechtsschutzversicherung besteht - selbst wenn die Verletzung objektiv knapp über der Bagatellschwelle liegt, was dann letztendlich – ungerechtfertigterweise – dem Schädiger zugute kommt. Zudem ergibt sich hier wiederum eine faktische Diskriminierung reiner Nichtvermögensschäden gegenüber Fällen, in denen auch materielle Interessen betroffen sind, die der grundgesetzlichen Werteordnung zuwiderläuft.

⁴⁶⁶ Thüsing – Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel, S. 127.

⁴⁶⁷ Ähnlich: Steffen – Rechtsgespräch, S. 150.

⁴⁶⁸ Von Mayenburg, S. 281, m.w.N.

e) Ungereimtheiten innerhalb des Regelungsvorschlags

Bei genauerer Betrachtung fällt weiterhin auf, dass die im Entwurf vorgesehene Gesamtregelung zu Widersprüchen in sich und im Verhältnis zu einigen der in der Begründung aufgestellten Prämissen und angestrebten Zielen führt.

(1) Gewichtung der Funktionen

Diese Unstimmigkeiten betreffen insbesondere die dem Schmerzensgeld zugemessenen Funktionen. So soll – wie oben dargelegt – ausdrücklich die Ausgleichsfunktion immer mehr in den Vordergrund treten und die Genugtuungsfunktion nur im Einzelfall eine Rolle spielen⁴⁶⁹. Auf der Grundlage dieser - zutreffenden - Argumentation wird dann die Einführung eines Schmerzensgeldes auch bei verschuldensunabhängiger Haftung legitimiert. Es stellt sich nun aber die Frage, wie man bei diesem Ausgangspunkt die Differenzierung zwischen vorsätzlichem und nichtvorsätzlichem Handeln rechtfertigen will. Eine sinnvolle Begründung lässt sich im Endeffekt nur über eben diese Genugtuungsfunktion finden⁴⁷⁰, was in diesem Zusammenhang inkonsequent erscheint.

Auf den ersten Blick eindeutig und daher rechtspolitisch bedeutsam ist natürlich das Gerechtigkeitsgefühl, das hier eine Haftung fordert: es wäre schlechthin unverständlich, wenn ein Schmerzensgeld selbst bei Vorsatztaten versagt würde und der Täter somit „ungeschoren“ davonkäme, trotz erkannten Verstoßes gegen das Schädigungsverbot⁴⁷¹. Diese Überlegung beruht aber letztendlich ebenfalls auf dem Genugtuungsgedanken und dem insoweit verständlichen Wunsch des Geschädigten, dass der Schädiger für seine Tat zur Verantwortung gezogen werden möge, gerade wenn eine strafrechtliche Ahndung nicht erfolgt⁴⁷². Damit nimmt der Entwurf jedoch durch die Differenzierung nach dem Verschuldensgrad erstmals den Genugtuungsgedanken als notwendige Begründung sogar implizit im Gesetz auf⁴⁷³, den er gerade erst als verzichtbar angesehen hat. Dies ist nämlich als allein in der Person des Schädigers liegende Komponente normalerweise gerade kein Kriterium bei der Bemessung von

⁴⁶⁹ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 15.

⁴⁷⁰ Nixdorf, S. 93; Bollweg, S. 98; Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 353.

⁴⁷¹ Deutsch – Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 7.

⁴⁷² Elsner, S. 233.

⁴⁷³ V. Mayenburg, S. 284.

Schadensersatz⁴⁷⁴; dieser richtet sich ja im Dienste des Ausgleichsprinzips allein nach den Einbußen, die der Geschädigte tatsächlich erlitten hat⁴⁷⁵.

Hier wird also – wohl von den Verfassern des Entwurfs unbeabsichtigt –, die Gewichtung der Funktionen erheblich zugunsten der Genugtuungsfunktion verschoben, der nach dem ausweitenden Teil der Regelung – insbesondere der Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auch auf die Gefährdungshaftung – und der Entwurfsbegründung nur noch ergänzende Aufgaben zukommen sollte.

Auf der anderen Seite kommt, wie bereits angesprochen, im Falle der Versagung von Schmerzensgeld die Ausgleichsfunktion zu kurz. Denn auch bei Bagatellschäden liegen ja Einbußen vor, die kompensiert werden können. Bei nichtvorsätzlicher Schadenszufügung bedeutet das, dass sowohl ein fehlendes Genugtuungsbedürfnis gesetzlich unterstellt wird als auch das Ausgleichsinteresse des Opfers unberücksichtigt bleibt⁴⁷⁶, weil es als geringfügig und damit als am ehesten verzichtbar angesehen wird⁴⁷⁷. Dabei kann ersteres sehr wohl auch bei grober Fahrlässigkeit bestehen⁴⁷⁸, so dass die gesetzliche Regelung insofern nicht der Realität und der bislang geübten Praxis entspricht; sie greift mit der Voraussetzung des Vorsatzes lediglich den am leichtesten zu umschreibenden und eindeutigsten Bereich heraus, wird aber damit der zugrunde liegenden Wertung nicht gerecht und schafft nebenbei neue Abgrenzungsprobleme, da in der Praxis der Grad des Verschuldens in der Regel weniger klar und offenkundig ist als in der Theorie.

(2) Opferschutz

Auch hinsichtlich der Ausgleichsfunktion entspricht der generelle Ausschluss von Bagatellschäden nicht dem Gerechtigkeitsgefühl. Mag die Versagung von Schmerzensgeld im Einzelfall durchaus billig erscheinen, so steht die ausnahmslose Streichung hingegen im Widerspruch zu dem vom Entwurf ausdrücklich – wenn auch in anderem Zusammenhang – hervorgehobenen Aspekt des Opferschutzes. Dieser soll durch die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Anspruchsgrundlagen verbessert werden, indem vermieden wird, dass ein Geschädigter möglicherweise deswegen keinen Ersatz seines immateriellen Schadens erhält, weil sein Schädiger

⁴⁷⁴ V. Mayenburg, S. 284.

⁴⁷⁵ Vgl. oben, IV. 2. c), S. 68.

⁴⁷⁶ V. Mayenburg, S. 284.

⁴⁷⁷ Huber, S. 21.

⁴⁷⁸ Ähnlich Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 294.

nur verschuldensunabhängig aus Gefährdungshaftung einzustehen hat⁴⁷⁹. Für Bagatellschäden wird aber nicht nur diese Verbesserung zurückgenommen, sondern die Lage noch deutlich verschlechtert, indem das Schmerzensgeld nur bei Vorsatz gewährt wird. Der Entwurf geht also – ohne nähere Begründung diesbezüglich – davon aus, dass diese Opfer nicht schützenswert sind. In Anbetracht dieser deutlichen Begrenzung des Kreises der geschützten Geschädigten erscheint es allerdings verwunderlich und inkonsequent, wenn das Ziel des Opferschutzes generell über den gesamten Vorschlag gestellt wird.

(3) Beweislast

In diesen Kontext gehören noch weitere Konsequenzen der vorgeschlagenen Regelung, die einmal die Beweislastverteilung und zum anderen den tatsächlichen Ersatz des Schadens bei Vorsatz betreffen. Gemäß § 152 VVG haftet nämlich in diesem Fall der Versicherer nicht, so dass sich der Geschädigte nur an den Schädiger persönlich halten kann. Damit entfällt ein regelmäßig solventer Schuldner; ob der Anspruch gegen den Schädiger durchsetzbar ist, hängt dann vom jeweiligen Einzelfall ab. Die für Vorsatztaten angestrebte Privilegierung verliert damit aber jedenfalls in der praktischen Anwendung an Wert. Diese Regelung des § 152 VVG gilt zwar auch bei der bisherigen Gesetzeslage, so dass sich hier nicht direkt eine Verschlechterung ergibt. Das Paradoxe aus Sicht des Geschädigten ist jedoch, dass er bei Bagatellschäden den Vorsatz nachweisen muss um überhaupt Schmerzensgeld zu erhalten, und somit zwangsläufig selber dafür sorgt, dass die Versicherung als Schuldner wegfällt. Deutsch⁴⁸⁰ spricht insofern davon, dem Geschädigten werde ein Stein statt Brot gegeben.

Aber auch hinsichtlich der Bagatellschwelle kommt die Beweislastverteilung nach dem Entwurf den Versicherern entgegen und schwächt die Position der Geschädigten, da der Verletzte die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass eben nicht nur eine „Bagatelle“ vorliegt und sein Schaden „nicht unerheblich“ ist⁴⁸¹. Hierbei handelt es sich nach der Formulierung des Entwurfs um eine anspruchsbegründende Tatsache mit den entsprechenden Konsequenzen.

⁴⁷⁹ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 14.

⁴⁸⁰ Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 294.

⁴⁸¹ Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 353; Macke, S. 509.

Denkbar und mehr im Sinne des Opferschutzes wäre es wohl, diesbezüglich das Verhältnis von Regel und Ausnahme umzukehren, indem grundsätzlich ein Schmerzensgeld gewährt wird. Das Vorliegen eines Schadens muss ja ohnehin der Geschädigte beweisen. Wenn dann der Schädiger beziehungsweise dessen Versicherung der Ansicht wäre, dass der Schaden nur unerheblich sei, sollte dafür diese Seite beweispflichtig sein. Damit würde eher zum Ausdruck gebracht werden, dass dem Prinzip des Ausgleichs immer noch oberste Priorität zukommt, zumal durch Vermeidung der doppelten Verneinung die Schwelle weniger hoch erschiene. Würde diese noch mehr auf den Einzelfall bezogen werden und nicht immer generell und zwingend zu beachten sein, könnte man durchaus zu einer Regelung kommen, die auch aus dogmatischer Sicht akzeptabel wäre, ohne die Ziele des Entwurfs aus den Augen zu verlieren. Nach der im Entwurf vorgesehenen Fassung wird der Geschädigte hingegen unter stärkeren Rechtfertigungsdruck gesetzt und ihm die Geltendmachung und Durchsetzung eines Schmerzensgeldanspruchs erschwert.

(4) Vergleich zum Ersatz des Vermögensschadens

Es ist bereits wiederholt darauf hingewiesen worden, dass die vom Grundgesetz vorgegebene Werteordnung die Personengüter an die Spitze stellt, woraus sich ergibt, dass diese ganz besonders geschützt werden müssen, jedenfalls im Verhältnis zu materiellen Interessen nicht diskriminiert werden dürfen. Betrachtet man nun den Regierungsentwurf insgesamt, so liegt dessen ausweitender, jetzt Gesetz gewordener Teil wie oben ausführlich dargestellt genau auf dieser Linie: er beseitigt die Beschränkung des Schmerzensgeldanspruchs auf das Deliktsrecht und gewährt diesen Anspruch ebenso wie es bereits bisher für den Ersatz materieller Schäden der Fall war unabhängig von der Art der Anspruchsgrundlage.

Die Bagatellschwelle hingegen führt wieder eine – einschränkende – Sonderregelung für den Bereich des immateriellen Schadens ein und verstärkt erneut das Ungleichgewicht zwischen den Ersatzmöglichkeiten für Vermögens- und Nichtvermögensschäden zu Lasten der letzteren. Inhaltlich erscheint diese Regelung zwar insofern nicht verwunderlich als ja möglichst Kostenneutralität beabsichtigt ist. Die zugrundeliegenden Aussagen der beiden Bereiche hinsichtlich der Wertigkeit der Personengüter stehen sich jedoch diametral gegenüber, da einmal der Schutz derselben ausgeweitet, dann aber wieder eingeschränkt wird, so dass sich doch wieder entscheidende

nachteilige Differenzen zum Ersatz materiellen Schadens ergeben. Eine einheitliche Linie verfolgt der Entwurf diesbezüglich also gerade nicht.

f) Verstärkung uneinheitlicher Rechtsprechung

Als weitere Folge der Bagatellschwelle würden die Differenzen zwischen den Rechtsprechungen der verschiedenen Gerichte verstärkt werden, die ja ohnehin schon bestehen, bedingt durch die unterschiedliche Bewertung immateriellen Schadens. Diese ergibt sich naturgemäß aus der Eigenart desselben, dass hierfür gerade kein feststehender Betrag angesetzt werden kann. Durch die Zäsur einer Bagatellschwelle jedoch, für die auch noch in der Entwurfsbegründung die Grenze von 1000 DM (oder 500 Euro) recht klar vorgegeben wird, wird es bei einer recht großen Gruppe von Verletzungen nachgerade zum Glücksspiel, ob nun zufällig ein Gericht zuständig ist, das etwas über 1000 DM / 500 Euro zuspricht oder eines, das Schmerzensgeld gänzlich versagt.

Dieser Unterschied fällt jetzt deutlich stärker ins Gewicht als die beispielsweise 100 oder 200 Euro, die sich nach der bisherigen Rechtslage als Differenz ergeben mögen. Nun geht es weniger – beziehungsweise erst in zweiter Linie – um die Frage des „wieviel“, sondern zunächst um die Frage des „ob“, des „entweder - oder“. Steffen⁴⁸² befürchtet insoweit eine Rechtszersplitterung beim Schmerzensgeld, wenn die Streitwertgrenze für eine Berufung nicht erreicht wird, die mit 600 Euro (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) ja etwas über der angesonnenen Bagatellschwelle liegt. Dass sich die Versicherer dann bei ihrer Argumentation auf diejenigen Urteile stützen werden, die für die Schädiger günstig sind, kann wohl als sicher angenommen werden.

Zwar kann es durchaus sein, dass Richter in Grenzfällen das Schmerzensgeldniveau etwas anheben werden um die Konsequenz der Ersatzlosigkeit zu vermeiden⁴⁸³, aber zum einen ist das für den Geschädigten nicht vorhersehbar – er kann sein prozessuales Vorgehen beziehungsweise die Entscheidung, ob er überhaupt gerichtliche Schritte unternehmen soll, also nicht darauf abstimmen – und zum anderen wird dadurch die Ungleichbehandlung verschiedener Geschädigter mit vergleichbaren Verletzungen nur noch verstärkt. Damit wird natürlich weder dem Gerechtigkeitsgefühl noch dem Gedanken des Opferschutzes gedient; vielmehr stellt die größere Unsicherheit,

⁴⁸² Steffen – Rechtsgespräch, S. 149.

die neben den eigentlichen Schaden tritt, eine zusätzliche Belastung für den Geschädigten dar.

Als unerwünschter weiterer Nebeneffekt käme hinzu, dass ein derartiges Verhalten der Gerichte zu Kostensteigerungen führen würde – entweder direkt durch die Anhebung von Schmerzensgeldern oder einfach durch den Anreiz zu vermehrter Prozessführung aufgrund der nicht eindeutigen Rechtslage -, die die ohnehin schon fragwürdige Prämisse der Kostenneutralität der (Gesamt-) Regelung noch mehr in Frage stellen würde.

4. Die Höhe der Bagatellschwelle

Abschließend soll noch untersucht werden, wo die Bagatellschwelle inhaltlich, das heißt in Bezug auf die Höhe konkret anzusetzen ist und inwiefern sich daraus eine betragsmäßige Grenze ableiten lässt.

a) Vorstellungen des Entwurfs

Die Formulierung im Entwurf „wenn der Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist“ bleibt zunächst recht unbestimmt und ausfüllungsbedürftig. Die Entwurfsbegründung verweist insofern zunächst einmal auf die bekannte Schwelle des § 84 AMG, die hier aufgegriffen werden soll⁴⁸⁴. Zugleich werden Beispiele für Verletzungen genannt, die als Bagatellschäden im Sinne der geplanten Vorschrift angesehen werden, nämlich Kopfschmerzen, Schleimhautreizungen und „im Regelfall auch leichtere oberflächliche Weichteilverletzungen wie Schürfwunden, Schnittwunden und Prellungen, sowie leichtere Verletzungen des Bewegungsapparates wie Zerrungen und Stauchungen“ sowie regelmäßig nicht objektivierbare leichte HWS-Verletzungen ersten Grades⁴⁸⁵. Eine feste Summe soll zwar nicht vorgegeben werden; dennoch wird der Betrag von 1000 DM (entspricht also etwa 500 Euro) angegeben, von dem bei der Konzeption des Entwurfs ausgegangen wurde⁴⁸⁶. Insgesamt soll nach der Begründung eine wertende Gesamtbeurteilung vorgenommen werden - mit den beiden Hauptparametern Art und Dauer des

⁴⁸³ V. Mayenburg, S. 286.

⁴⁸⁴ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

⁴⁸⁵ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

⁴⁸⁶ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 26.

Schadens -, durch die entschieden wird, ob ein Schaden als „nicht unerheblich“ anzusehen ist⁴⁸⁷.

Sowohl der Wortlaut der Vorschrift als auch die Entwurfsbegründung knüpfen also allein an den entstandenen Schaden als solchen an. Andere mögliche Faktoren werden in diesem Zusammenhang selbst in der Begründung nicht einmal erwähnt. Das erscheint insoweit verwunderlich als ja bei der Bemessung von Schmerzensgeld alle Umstände herangezogen werden können, „die dem Schadensfall sein besonderes Gepräge geben“⁴⁸⁸, so dass somit schon nach der Theorie bei identischen Verletzungen unterschiedliche Schmerzensgelder „billig“ im Sinne des Gesetzes sein können (vgl. oben) – von der praktischen Übung ganz zu schweigen. Schon aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich also, dass die Anknüpfung allein an das Ausmaß des Schadens eine feste betragsmäßige Schwelle ausschließt. Denn selbst bei weitester Auslegung lassen sich nicht alle zu berücksichtigen Umstände unter dieses Tatbestandsmerkmal subsumieren; man denke nur an die wirtschaftlichen Verhältnisse insbesondere des Schädigers, die gegebenenfalls bei der Schmerzensgeldbemessung eine Rolle spielen können. Das mag zwar im Einzelfall billig sein, hat aber nichts mit einem entstandenen Schaden zu tun, der ersetzt werden muss.

Was die erwähnte Schwelle des § 84 AMG anbetrifft, so ist oben (IV. 1. e) (3), S. 61 bereits festgestellt worden, dass diese dort als Ausdruck der Sozialadäquanz verstanden wird, so dass in diesem Zusammenhang leichtes Unwohlsein oder belanglose, vorübergehende allergische Reaktionen als unerheblich zu werten sind⁴⁸⁹. Darüber gehen die im Entwurf aufgezählten Verletzungen aber deutlich hinaus, sowohl nach der Schwere als auch nach der Dauer der Beeinträchtigung. Für derartige Minimalbeeinträchtigungen im Sinne des § 84 AMG wird bisher schon zum Teil gar kein Schmerzensgeld zugesprochen⁴⁹⁰, allenfalls aber relativ geringe Beträge⁴⁹¹, die längst nicht in den Bereich nahe der 1000 DM gelangen. Folglich kann die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung höchstens insoweit herangezogen werden, als Ver-

⁴⁸⁷ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

⁴⁸⁸ BGH NJW 1955, 1675 (1676).

⁴⁸⁹ Deutsch/ Lippert, § 84, Rn. 3; Deutsch – Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, S. 353.

⁴⁹⁰ Z.B. BGH NJW 1992, 1043.

⁴⁹¹ So hat etwa das AG Köln mit Urteil vom 22.1.1981 einem Nichtraucher 300 DM zugesprochen, der aufgrund Rauchens Dritter im Nichtraucherbereich während des Fluges von Tokio nach Hamburg unter fortwährenden Reizhustenanfällen litt, die zur Heiserkeit führten, Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nr. 29.

letzungen, die schon hiernach als unerheblich gewertet worden sind, erst recht unter die Bagatellschwelle fallen müssen. Für die eigentlich problematische Abgrenzung bietet sie jedoch keinerlei Hilfe.

b) Verletzungskatalog Prof. Dr. Düben

Als mögliche Konkretisierungshilfe könnte der von Professor Dr. Düben aufgestellte Verletzungskatalog herangezogen werden. Im Rahmen des 15. Deutschen Verkehrsgerichtstages 1977 in Goslar wurde nicht nur unter Punkt 2 der EntschlieÙung gefordert bei geringfügigen Körperverletzungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen einen Ersatz des immateriellen Schadens nicht zuzusprechen und insoweit auch den (früheren) § 847 BGB neu zu fassen. Vielmehr wurde der Praxis auch empfohlen sich bei der Bemessung des Schmerzensgeldes an einer von Prof. Dr. Düben vorgelegten Einteilung der häufigsten Verletzungsarten in sechs Schadensgruppen von unterschiedlichem Gewicht zu orientieren⁴⁹². Dies hat sich zwar in der Folgezeit nicht durchgesetzt, jedoch ist später noch auf diesen Katalog Bezug genommen worden⁴⁹³.

Im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Bagatellschwelle hat ein solcher Katalog den Vorteil, dass er tatsächlich nur auf den Schaden abstellt, wobei andererseits die dortige Einstufung einer Verletzung natürlich immer nur einen Anhaltspunkt für den Regelfall darstellen kann, so dass nach den Umständen des Einzelfalls durchaus eine andere Bewertung angezeigt sein kann. Der Richter hat sich weiterhin in erster Linie an der Bedeutung der konkreten Gesundheitsverletzung für die Lebensführung des Verletzten auszurichten⁴⁹⁴. Dafür ist die Art der Verletzung jedoch ein starkes Indiz, zumal etwa die tatsächlich empfundenen Schmerzen zum einen nicht objektiv festgestellt werden können und zum anderen die moderne Medizin viele Möglichkeiten hat Schmerz zu dämpfen oder auszuschließen⁴⁹⁵, was im Einzelfall schwer einzurechnen sein dürfte. Die Berücksichtigung etwa der Dauer der vollständigen und teilweisen Erwerbsminderung und ihrer Bedeutung im konkreten Fall sowie sonstiger Schadensposten kann daneben selbstverständlich immer noch erfolgen. Daher erscheint eine nähere Betrachtung des Verletzungskatalogs von Prof. Dr. Düben und ein Vergleich desselben mit den in der Entwurfsbegründung beispielhaft aufgeführten

⁴⁹² EntschlieÙung und Verletzungskatalog Prof. Dr. Düben abgedruckt bei Moog, S. 304f.

⁴⁹³ Küppersbusch, S. 623; Lorenz, S. 179.

⁴⁹⁴ BGH NJW 1992, 1043.

⁴⁹⁵ Hacks – Reform des Schmerzensgeldanspruchs, S. 183.

Verletzungen zur inhaltlichen Konkretisierung der Bagatellschwelle als durchaus förderlich.

Der Katalog teilt die häufigsten Verletzungen in sechs Gruppen ein: 1. Ganz leichte Verletzungen; 2. Leichte Verletzungen; 3. Mittelschwere Verletzungen; 4. Schwere Verletzungen; 5. Sehr schwere Verletzungen; 6. Ungewöhnlich schwere Verletzungen. Davon sind im Zusammenhang mit der Bagatellschwelle höchstens die ersten beiden interessant. Küppersbusch⁴⁹⁶ hat in der Tat gefordert bei Verletzungen dieser beiden Gruppen ein Schmerzensgeld zu versagen. Diese würden in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle mit Schmerzensgeldern bis 1000 DM entschädigt; nur in 12 % dieser Fälle würde eine höhere Entschädigung gezahlt und in ähnlich vielen Fällen schwererer Verletzungen weniger als 1000 DM. Dabei ist allerdings zu beachten, dass diese Zahlen bereits über zwanzig Jahre alt sind und daher nicht so ohne weiteres übernommen werden können. Nachdem in diesem Zeitraum die für Schmerzensgeld ausgeworfenen Beträge deutlich gestiegen sind, dürften die heutzutage für derartige Verletzungen gezahlten Beträge nunmehr erheblich über der 1000 DM-Grenze liegen.

Der Verkehrsgerichtstag 1977 war demgegenüber deutlich zurückhaltender: Nach dessen Empfehlung 2 sollte ein Schmerzensgeld dann nicht zugesprochen werden, wenn die eingetretene Verletzung sich in die Gruppe 1 des Verletzungskatalogs einreihen ließe, der Schädiger nur fahrlässig gehandelt habe, keine nennenswerte Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise ärztliche Behandlung verursacht werde und die sonstigen Gesamtumstände des Einzelfalls die Versagung des Ausgleichs immateriellen Schadens als gerechtfertigt erscheinen ließen⁴⁹⁷.

In dieser Gruppe 1 fasst Prof. Dr. Düben Prellungen einschließlich Schädelprellungen, Blutergüsse, soweit sie kein operatives Eingreifen erfordern, Gelenkverstauchungen, die keiner Behandlung bedürfen, Hautabschürfungen und kleine Wunden mit folgenloser Ausheilung zusammen. In die Gruppe 2 ordnet er behandlungsbedürftige, aber sonst folgenlose Gelenkverstauchungen, Gelenkergüsse, die nicht rezidivieren, und Weichteilwunden mit folgenloser Heilung ein sowie Brüche der langen Röhrenknochen ohne Verschiebung mit folgenloser Ausheilung, Verrenkungen des Schulter- und Ellenbogengelenks ohne bleibende Folgen, Schädeldachbrü-

⁴⁹⁶ Küppersbusch, S. 623.

⁴⁹⁷ Moog, S. 306.

che, folgenlos bleibende Hirnerschütterungen aller Art und Nasenbein- und isolierte Rippenbrüche.

Versucht man nun die in der Entwurfsbegründung genannten Verletzungen den Kataloggruppen zuzuordnen, so stellt man fest, dass diese zwar in der Mehrzahl der Gruppe 1 angehören, jedoch zum Teil auch in die Gruppe 2 fallen, etwa wenn bei Verstauchungen nicht näher differenziert wird oder wenn es sich um größere Weichteilwunden handelt. Auffällig ist, dass die gerade bei Straßenverkehrsunfällen häufig auftretende Gruppe der HWS-Syndrome – gleich welchen Grades – im Verletzungskatalog überhaupt nicht aufgeführt ist und ebenfalls nicht der Oberbegriff der Zerrungen, Bänderrisse oder (Über-) Dehnungen. Damit bleibt – jedenfalls für den medizinischen Laien, zu denen Juristen regelmäßig gehören – unklar, ob sie hier als Blut- oder Gelenkergüsse angesehen werden oder allgemein unter Weichteilwunden fallen sollen, was allerdings hinsichtlich der großen Unterschiede zwischen den verschiedenen Ausmaßen von HWS-Syndromen wohl zu undifferenziert wäre.

Bei diesen Verletzungen der Gruppe 2 kann sicher nicht mehr von alltäglichen Beeinträchtigungen gesprochen werden. Sie dürften nicht nur eher seltener auftreten, sondern werden aufgrund ihrer Auswirkungen auch nicht vom Betroffenen unbeachtet bleiben können. In diesen Fällen von „unerheblichen“ Schäden zu sprechen erscheint zumindest in dieser Allgemeinheit fragwürdig, wobei aber nicht etwa der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass dies bei Verletzungen der Gruppe 1 per se gerechtfertigt wäre. Es soll hier nur festgehalten werden, dass Beeinträchtigungen, die nach der Entwurfsfassung entschädigungslos blieben, sich also unter dessen Wortlaut subsumieren lassen, damit wohl fast ausnahmslos der Gruppe 1 des Katalogs zuzuordnen sein müssten, selbst wenn die Entwurfsbegründung hier zuwenig differenziert. Hinsichtlich der Erheblichkeit lässt sich bei den Fällen dieser Gruppe aber wohl keine einheitliche Aussage treffen; hier kommt es wiederum auf den konkreten Einzelfall und die jeweiligen Umstände an.

c) „Bagatelle“

Die Bezeichnung „Bagatelle“ kann dabei für die Auslegung der Vorschrift keine direkten Anhaltspunkte liefern, da sie im Gesetzesentwurf keinerlei Erwähnung findet und auch in der Begründung nur im Zusammenhang mit der bisherigen Praxis der Rechtsprechung, bei Minimalverletzungen ein Schmerzensgeld zu versagen, gebraucht wird. Dort wird nunmehr regelmäßig von der „Erheblichkeitsschwelle“ ge-

gesprochen⁴⁹⁸, so dass der in dieser Arbeit verwendete Begriff der Bagatellschwelle insofern nicht exakt wörtlich genommen werden kann; er hat sich jedoch in der entsprechenden Diskussion durchgesetzt und soll daher auch hier gebraucht werden.

Ob dabei – allein nach dem Sprachgebrauch – überhaupt ein merklicher qualitativer Unterschied zwischen einer Bagatelle und einem unerheblichen Schaden besteht, kann also an und für sich dahingestellt bleiben. Deutsch⁴⁹⁹ hat den Begriff der Bagatelle als „unbedeutende Kleinigkeit, Belanglosigkeit, unbedeutende Angelegenheit“ übersetzt, was in der gleichen Größenordnung liegen dürfte. Auch damit erscheint die Verwendung des Begriffs der Bagatellschwelle im Rahmen dieser Arbeit als gerechtfertigt.

Fraglich bleibt das aber im Zusammenhang mit der konkret ins Auge gefassten Grenze; es stellt sich die Frage, inwieweit bei derartigen Verletzungen tatsächlich – aus Sicht des Betroffenen und auch objektiv von dritter Seite – von unerheblichen Schäden gesprochen werden kann, wobei der Verletzungskatalog von Prof. Dr. Düben durchaus zum Vergleich herangezogen werden soll.

Wenn dort in der Gruppe 2 eine Verletzung auf die gleiche Stufe gestellt wird wie Nasenbein- und Schädeldachbrüche oder Schulterverrenkungen, wird wohl kaum jemand davon sprechen, das sei unerheblich. Sucht man in der Schmerzensgeldtabelle von Hacks/ Ring/ Böhm nach Verletzungen der Gruppe 2, so wird man im Bereich bis 1000 DM oder sogar 1200 DM eher ausnahmsweise fündig und vor allem dann, wenn ein erhebliches Mitverschulden des Geschädigten vorliegt⁵⁰⁰. Das zeigt, dass auch die Rechtsprechung derartige Verletzungen ganz und gar nicht als unerheblich ansieht.

Bei Verletzungen der Gruppe 1 klaffen die zugesprochenen Schmerzensgeldbeträge auch bei einander ähnlichen Schäden teilweise stark auseinander, wobei anhand der Tabellendaten nicht ersichtlich ist, ob das auf besonderen Einzelfallumständen beruht oder auf unterschiedlichen Einschätzungen durch das jeweilige Gericht. Zwar liegen sie insgesamt naturgemäß im unteren Bereich, jedoch reichen die ausgeworfenen

⁴⁹⁸ Vgl. BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25f.

⁴⁹⁹ Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 294.

⁵⁰⁰ So wurden etwa - ohne Mitverschulden - zugesprochen: für leichte Gehirnerschütterungen mit HWS-Schleudertraumata 1000 DM (AG Varel, 1991) beziehungsweise 1200 DM (AG Ludwigshafen), für einen Nasenbein- und Armbruch (u.a.) 1200 DM (LG Karlsruhe, 1989) und für einen Brustbeinbruch mit Thoraxprellung ebenfalls 1200 DM (AG Aachen, 1992), bei Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nrn. 184, 229, 237, 217. Diese Entscheidungen sind also alle wenigstens zehn Jahre alt, so dass heute dementsprechend höhere Beträge zu erwarten wären.

Beträge zum Teil über 1000 DM hinaus. So wurde zum Beispiel bereits 1988 ein Schmerzensgeld in Höhe von 1200 DM trotz 1/3 Mitverschuldens für angemessen gehalten in einem Fall, in dem der Geschädigte aufgrund einer Verletzung an der linken Stirnseite mit mehreren kleinen Schnittverletzungen, einer Schädelprellung und einer Vorfußprellung eine Woche arbeitsunfähig war⁵⁰¹. Auf der anderen Seite wurden sowohl für eine 2 cm große Verbrennung 2. Grades an der Außenseite des rechten Unterschenkels, die eine fünfwöchige ärztliche Behandlung erforderte⁵⁰², als auch in einem Fall, in dem der Geschädigte sich einige Tage vor Schmerzen kaum bewegen konnte (deutliche Schwellung im Bereich des Tibiakopfes medial rechts mit Hämatombildung und Abschürfung) jeweils 400 DM zugesprochen⁵⁰³.

Unter Zugrundelegung des Verletzungskatalogs wäre wohl in keinem dieser Fälle Schmerzensgeld zu gewähren, nach der im Entwurf genannten Orientierungsgrenze von 1000 DM nur im ersten. Dies kann nicht mehr als „billig“ im Sinne des Gesetzes angesehen werden. Eine Beurteilung vor allem des letzten Falles als „unerheblicher Schaden“ käme einer Verhöhnung des Geschädigten gleich, der tatsächlich enorme Beeinträchtigungen und Schmerzen hat hinnehmen müssen, unabhängig davon, ob sich aus medizinischer Sicht die Verletzung als wenig gravierend und komplikationslos dargestellt haben mag.

Diese Beispiele zeigen also, dass weder eine betragsmäßige Grenze noch eine allein pauschal an die Art der Verletzung anknüpfende Abschichtung geeignet ist gerechte Ergebnisse zu erzielen. Es müsste vielmehr ganz konkret auf den Einzelfall abgestellt werden, was in der Praxis natürlich einen gewissen Mehraufwand verursachen würde, so dass wahrscheinlich in vielen Fällen doch wieder pauschal nach Betrag oder auch der Art der Verletzung abgegrenzt werden würde, zumal die 1000 DM-Orientierung ja im Raum steht.

Eine „Bagatellschwelle“ in dieser Höhe muss in Anbetracht der hierdurch erfassten Fälle, die zum Teil recht starke oder lang andauernde Folgen haben, selbst dann als inadäquat erscheinen, wenn man eine solche - zwingende - Regelung entgegen der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich für zulässig und wünschenswert hält. Gerade bei stärkeren HWS-Syndromen liegt nicht selten eine Minderung der Erwerbsfähig-

⁵⁰¹ Urteil des AG Schwetzingen vom 9.9.1988, Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nr. 243.

⁵⁰² Urteil des LG Dortmund vom 24.7.1991, Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nr. 40.

⁵⁰³ Urteil des AG Würzburg vom 16.4.1993, Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nr. 39.

keit von über einem Monat vor⁵⁰⁴; die Beschwerden dürften folglich noch deutlich darüber hinaus anhalten. Hier besteht sicherlich ein Interesse am Ausgleich des entstandenen Schadens. Ein solcher dürfte zudem in derartigen Fällen dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl und somit der Erwartung der Bürger entsprechen und in der Folge deren Identifikation mit der Rechtsordnung förderlich sein. Selbst wenn die Höhe des Schmerzensgeldes im Einzelfall diskussionswürdig bleibt, geht von der Entscheidung über das „ob“ des Ersatzes doch eine wichtige Signalwirkung aus, jedenfalls wenn es sich tatsächlich um Schäden handelt, die auch als solche wahrgenommen werden und wegen ihres Ausmaßes zwangsläufig wahrgenommen werden müssen.

Ähnliche Überlegungen lagen wohl auch einem Urteil des AG Brühl⁵⁰⁵ aus dem Jahre 1988 zugrunde, das einer Hausfrau 500 DM für einen Herzanfall durch nächtliche Geräuschbelästigung zugesprochen hatte. Diese wurde durch mutwillige Inbetriebnahme eines defekten Motors in drei Nächten stündlich für jeweils zehn Minuten verursacht um das angebliche Summen des Kühlschranks der Klägerin in der Nachbarwohnung durch diese sehr lautstarken Geräusche zu übertönen.

Hier kann der (Bagatell-) Schmerzensgeldbetrag sich nicht aus dem doch erheblichen Schaden rechtfertigen, sondern nur aus den Gesamtumständen; eine völlige Versagung wegen Unerheblichkeit käme hingegen nicht in Betracht. Bei Bestehen einer Bagatellschwelle käme das Gericht also in eine schwierige Situation: es müsste entweder das Schmerzensgeld anheben oder sich gewissermaßen über die Schwellenvorgabe hinwegsetzen und trotzdem den geringeren Betrag zusprechen⁵⁰⁶.

Allerdings ist oben schon angedeutet worden, dass es auf der anderen Seite durchaus vernünftig und erstrebenswert ist mit dem BGH und großen Teilen der Rechtsprechung ein Schmerzensgeld im Einzelfall dann zu versagen, wenn die Beeinträchtigung derart geringfügig ist, dass ein Ausgleich des sich aus ihr ergebenden immateriellen Schadens in Geld nicht mehr billig erscheint⁵⁰⁷. Es wäre in diesem Zusammenhang sinnvoll diese Möglichkeit auch im Gesetz klarzustellen⁵⁰⁸. Damit entfielen

⁵⁰⁴ Vgl. etwa bei Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nrn. 51, 52, 97, 119, 134, 155, 170, 189, 194, 196, 200 für Schmerzensgelder bis einschließlich 1000 DM.

⁵⁰⁵ Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nr. 46.

⁵⁰⁶ Vergleiche zu dieser Möglichkeit auch unten d) (2).

⁵⁰⁷ BGH NJW 1992, 1043.

⁵⁰⁸ In diese Richtung geht auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, S. 341, der fordert, in der Begründung klarzustellen, dass durch die Gesetzesänderung nur die bisherige Rechtsprechung festgeschrieben, und nicht etwa die Bagatellschwelle angehoben werden soll. Zu diesem

die Streitigkeiten darüber, ob es wirklich vom Begriff der Billigkeit gedeckt ist, Schmerzensgeld in derartigen Fällen gänzlich zu versagen, so dass die Praxis zu einheitlicheren Ergebnissen gelangen würde und es gleichzeitig für den Geschädigten einsichtiger und voraussehbarer wäre, dass er bei Minimalbeeinträchtigungen entschädigungslos bliebe.

Dabei müsste aber deutlich zum Ausdruck kommen, dass es sich zum einen um Einzelfallentscheidungen handelt, bei denen die Gesamtumstände gewürdigt worden sind und im Ergebnis sozusagen der Betrag 0 Euro als angemessen herausgekommen ist, und zum anderen dürften wirklich nur solchen Fälle betroffen sein, in denen man nicht in Konflikt mit dem Grundsatz der Totalreparation und den übrigen oben erörterten Punkten geriete. Der Schaden darf sich dem Geschädigten also nicht als solcher aufdrängen, sondern muss für diesen entweder alltäglich sein – wie zum Beispiel leichte vorübergehende Kopfschmerzen – oder problemlos ignoriert und gegebenenfalls auch überspielt werden können.

Mit entsprechender Argumentation könnte man zwar dann wohl schon das Vorliegen eines Schadens verneinen, jedoch trägt es sicherlich der Sicht des Geschädigten eher Rechnung, wenn man zumindest anerkennt, dass er Beeinträchtigungen hat hinnehmen müssen, und nur die Billigkeit einer Entschädigung verneint. So ist es beispielsweise zumindest fragwürdig, ob in Fällen einer missratenen Dauerwelle tatsächlich ein immaterieller Schaden vorliegt, der einen Geldersatz billig erscheinen lässt, obwohl hier sicherlich eine Beeinträchtigung gegeben ist. Das dürfte wohl eher die Ausnahme sein.

Auf diese Weise ließe sich die vielfach geforderte Begrenzung von „bizarren Auswüchsen des Schmerzensgeldverlangens“⁵⁰⁹ erreichen, man trüge aber gleichzeitig dem System des Schadensersatzrechts Rechnung, indem Konflikte etwa mit dem Grundsatz der Totalreparation minimiert würden, und letztendlich könnte man auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung aufbauen⁵¹⁰ und diese fortführen, hätte also nicht eine solche Unsicherheit, wie sie eine Bagatellschwelle der im Entwurf vorgesehenen Art mit sich brächte.

Zweck regt er außerdem an die aufgeführten Beispiele und insbesondere die betragsmäßige Fixierung auf 1000 DM aus der Begründung zu streichen.

⁵⁰⁹ Müller – Entwurf eines Zweiten Änderungsgesetzes, S. 261.

⁵¹⁰ Diesen Gedanken berücksichtigt auch Scheffen – Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 191 bei ihrem Vorschlag einer Bagatellschwelle.

Eine derartige gesetzliche Klarstellung würde darüber hinaus auch gewisse Wertungsvorgaben deutlich machen. Vor diesem Hintergrund wäre es wohl zweifelhaft, ob weiterhin Urteile zustande kommen würden, die 400 Euro wegen einer fehlenden Toilette in einem ICE zusprechen⁵¹¹. Hier scheint die Relation zu körperlichen Verletzungen, bei denen ein Schmerzensgeld in gleicher Höhe für angemessen erachtet wurde, verschoben zu sein.

Das rechtspolitische Ziel der Kostenneutralität allerdings, das der Entwurf gleichzeitig verfolgt, ließe sich auf dieser Weise sicher nicht erreichen; es würden ja im Vergleich zur im Entwurf vorgeschlagenen Lösung deutlich weniger Fälle entschädigungslos bleiben und selbst bei dieser Variante wären die tatsächlichen finanziellen Einsparungen fraglich.

d) Berücksichtigung einzelner Bemessungskriterien

Legt man nun aber die Bagatellschwelle in der im Entwurf vorgeschlagenen Fassung zugrunde, so ergeben sich selbst dann Probleme, wenn man – der Begründung folgend – einheitlich die 1000 DM-Grenze zur Orientierung heranzieht. Das liegt insbesondere an der bereits erwähnten Tatsache, dass bei der Bemessung des Schmerzensgeldes viele verschiedene Umstände Berücksichtigung finden können, je nachdem ob und wie sie im konkreten Einzelfall von Bedeutung sind. Es ist in jedem Fall eine Gesamtabwägung durchzuführen⁵¹², in die auch ein etwaiges Mitverschulden als Bemessungsfaktor einzubeziehen ist⁵¹³. Ein „an sich angemessenes“ Schmerzensgeld gibt es gerade nicht⁵¹⁴, so dass hier anders als bei Vermögensschäden eine Berücksichtigung in Form einer quotenmäßigen Verteilung entsprechend dem Verschulden nicht möglich ist⁵¹⁵.

Damit stellt sich das Problem den für die Anwendung der Bagatellschwelle maßgeblichen „Schadensbetrag“ bestimmen zu müssen. Für diesen dürften wieder verschiedene Faktoren relevant sein, auch wenn die Entwurfsformulierung die Parameter Art und Dauer hierbei in den Vordergrund stellt. Jedoch setzt der Wortlaut mit dem Begriff des Schadens eine Grenze, so dass man im Extremfall für jeden Faktor klären

⁵¹¹ Urteil des AG Frankfurt a.M. vom 25.4.2002, Az: 32 C 261/ 01.

⁵¹² Hohloch, S. 465.

⁵¹³ Staudinger¹²/ Schäfer, § 847, Rn. 88; Deutsch/ Ahrens, Rn. 481; Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 915.

⁵¹⁴ BGH 1955, 1675 (1677); Lange, S. 444; MüKo³/ Stein, § 847, Rn. 38; Staudinger¹²/ Schäfer, § 847, Rn. 88.

⁵¹⁵ Müller – Ausgleich des immateriellen Schadens, S. 915, Deutsch/ Ahrens, Rn. 481.

müsste, ob er den Schaden mitbestimmt hat oder die Berücksichtigung nur bei der konkreten Bemessung im Rahmen der Billigkeit erfolgte. Dass in der Praxis tatsächlich derartig aufwändige Überlegungen angestellt würden, erscheint allerdings sehr unwahrscheinlich. In der Regel wird das auch nicht nötig sein, da die angesonnenen 1000 DM als Gesamtschmerzensgeld eine große Bandbreite an „normalen“ Schadensfällen abdecken dürften. Erst wenn Faktoren, die nichts mit dem Schaden zu tun haben, wesentliche Bedeutung erlangen, müsste man hier differenzieren.

(1) Genugtuungsbedürfnis

Dabei wird man wohl ein Schmerzensgeld, das wegen eines erhöhten Genugtuungsbedürfnisses, das auch bei grober Fahrlässigkeit in der Regel gegeben sein wird, angehoben worden ist, insgesamt an der 1000-DM-Grenze messen müssen, zumal der immaterielle Schaden durchaus neben den körperlichen Schmerzen noch andere Komponenten aufweisen kann, für die das Schmerzensgeld zu einer Genugtuung führen soll.

Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung ausdrücklich die mögliche Verbitterung bei dem Opfer genannt, der durch das Schmerzensgeld im Rahmen der Genugtuungsfunktion Rechnung zu tragen ist⁵¹⁶, und später immer wieder betont, die Genugtuung sei für das zu leisten, was der Schädiger dem Verletzten angetan habe⁵¹⁷. Er ging sogar so weit, psychische Störungen, bei denen der Geschädigte subjektiv kein Bewusstsein der Schädigung besitzt, im Rahmen der Genugtuungsfunktion zu entschädigen⁵¹⁸, wobei diese Zuordnung allerdings recht zweifelhaft erscheint.

Damit dürfte aber deutlich geworden sein, dass sich die Genugtuung nach der Höhe des insoweit verursachten, neben den körperlichen Schmerzen entstandenen immateriellen Schadens richtet und keine davon unabhängige Strafe darstellt. Dementsprechend ist das Genugtuungsbedürfnis auch für die Prüfung, ob ein Schaden über oder unter der Bagatellschwelle liegt, zu berücksichtigen, so dass die zur Befriedigung des Genugtuungsbedürfnisses erfolgte Schmerzensgelderhöhung nicht etwa vor dem Vergleich mit der 1000-DM-Grenze herauszurechnen, sondern der Gesamtbetrag heranzuziehen ist.

⁵¹⁶ BGH NJW 1955, 1675 (1676).

⁵¹⁷ Siehe Fn. 20.

⁵¹⁸ BGH NJW 1955, 1675 (1675f).

(2) Mitverschulden

Anders ist das jedoch bei der Frage des Mitverschuldens. Deutsch⁵¹⁹ ist zwar der Ansicht, der Einfluss desselben auf die Frage der Unerheblichkeit könne noch nicht beurteilt werden, bei genauerer Betrachtung ergibt sich aber nur eine sinnvolle Verständnisweise. Denn der entstandene und ausgleichsfähige Schaden ist – wenn man von Genugtuungsgesichtspunkten absieht – grundsätzlich unabhängig davon, wodurch er verursacht und verschuldet worden ist. Die aus einer Verletzung folgenden körperlichen Schmerzen bestehen in gleicher Höhe sowohl wenn reines Fremd-, reines Eigenverschulden oder irgendeine Form von Mitverschulden vorliegt. Angesichts des klaren Wortlautes der Regelung erscheint hier schon deswegen kein anderes Verständnis derselben möglich. Es würde aber auch zu untragbaren Ergebnissen führen, wenn man zu dem Schluss käme, zum Beispiel ein nach bisheriger Praxis in Höhe von 900 DM angemessenes Schmerzensgeld zu versagen, obwohl an und für sich erhebliche Verletzungen vorliegen und nur ein hoher Mitverschuldensanteil zu diesem Betrag geführt hat. Dies würde nicht mehr der Billigkeit entsprechen, die nicht nur bei der Schmerzensgeldbemessung zu beachten ist, sondern auch im Rahmen des § 254 BGB für die Verteilung des Schadens zwischen Schädiger und Geschädigtem maßgeblich ist⁵²⁰; in dieser Konstellation deckt sie ein Verhältnis von 100 : 0, das sich dann im Endeffekt ergäbe, sicher nicht mehr ab.

Beispielhaft sei auf einen Fall⁵²¹ verwiesen, in dem das LG München I ein Schmerzensgeld von 1000 DM zugesprochen hat. Vom Betrag her scheint dies ein Grenzfall zu sein, denn leichte Abweichungen bei der Schmerzensgeldsumme sind problemlos zu begründen und bei etwas abgemilderten Verletzungen wäre man dann schnell unter der (Bagatell-) Grenze. Zugrunde lagen jedoch folgende Verletzungen: Nasenbeintrümmerfraktur, beidseitige Oberkieferfraktur, HWS-Distorsion und verschiedene Platzwunden, verbunden mit einer 23-tägigen stationären Behandlung. Die deutliche Schmerzensgeldminderung beruhte auf einem Mitverschuldensanteil von 2/3.

Hier wird niemand von unerheblichen Schäden sprechen, gerade wenn man vor allem auf Art und Dauer derselben abstellt, wie es der Entwurf verlangt. In diesem Fall kann ein Schmerzensgeld gerechterweise nicht völlig versagt werden; es besteht ein zu großes Ausgleichsbedürfnis des Verletzten. Selbst wenn man dafür einen tatsäch-

⁵¹⁹ Deutsch – Zukunft des Schmerzensgeldes, S. 294.

⁵²⁰ Soergel¹²/ Mertens, Vor § 249, Rn. 23.

lichen Verzicht auf Lebensfreude und -gestaltung fordert⁵²², wird diese Voraussetzung hier gegeben sein.

Zudem ist zu bedenken, dass der Gesetzesvorschlag darauf zielte, *Schmerzensgelder bei Bagatellverletzungen* auszusondern, nicht aber darauf, *Bagatellschmerzensgelder* (also Schmerzensgelder unter 1000 DM/ 500 EUR) vollständig abzuschaffen. In der Folge wäre es also durchaus möglich und erforderlich weiterhin auch Beträge unter dieser Betragsgrenze auszuwerfen, wenn die entsprechenden Verletzungen vorliegen, aber eine Schmerzensgeldreduzierung aufgrund von Mitverschulden geboten ist.

Schließlich wird dieses Verständnis der Regelung der Forderung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eher gerecht, das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit zu schützen, und entspricht besser dem Ziel des Entwurfs, eine angemessene Entschädigung bei schwereren Verletzungen sicherzustellen⁵²³. In beiden Fällen geht es um das Ausmaß der Beeinträchtigung, anhand dessen der Fall zu würdigen ist. Der Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist umso schwerwiegender, je größer der verursachte Schaden ist. Nachdem ein Mitverschulden des Geschädigten keinen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung darstellen kann, nehmen die Schutzpflichten des Staates diese zu verhindern in demselben Maß zu. Demnach muss bei gleichem Schaden auch die Beurteilung im Hinblick auf die Bagatellschwelle gleich ausfallen, unabhängig von einem etwaigen Mitverschulden, und so ein einheitliches Schutzniveau sichergestellt werden.

Hinsichtlich des Ziels des Entwurfs fällt in der Begründung dazu immer wieder auf, dass hier stets auf die Schwere der Verletzung abgestellt wird; insbesondere werden die vielen Verletzungsbeispiele aufgezählt, die oben bereits zitiert wurden⁵²⁴. Auch wird auf die bisherige Rechtsprechung des BGH verwiesen⁵²⁵, die ebenfalls an das Ausmaß der Beeinträchtigung anknüpft⁵²⁶. Es wäre ein unverständlicher Widerspruch, wollte man nun auch bei schwereren Verletzungen ein Schmerzensgeld versagen, weil ein erhebliches Mitverschulden vorliegt. Dadurch würde der betroffene Bereich, in dem der Verletzte ohne Entschädigung bleibt, in einer Weise ausgedehnt,

⁵²¹ Hacks/ Ring/ Böhm¹⁹, lfd. Nr. 208.

⁵²² So Küppersbusch, S. 623.

⁵²³ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

⁵²⁴ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

⁵²⁵ BT-Drucks. 14/ 7752, S. 25.

⁵²⁶ Vgl. etwa BGH NJW 1992, 1043.

die dem Sinn und Zweck der Regelung zuwiderliefe und die in deren Wortlaut keine Stütze fände.

Natürlich wird bei diesem Verständnis der Vereinfachungs- und Rationalisierungseffekt bei der Schadensregulierung abgeschwächt, da gerade nicht rein schematisch vorgegangen werden kann und jeder Einzelfall konkret daraufhin überprüft werden muss, wie der tatsächliche Schaden jeweils zu bewerten ist, was einen entsprechend höheren Aufwand sowohl bei den Versicherungen als auch der Gerichte verursacht. Aber die hierfür genannten Gründe verbieten es gleichzeitig, in diesem Fall der allgemeinen Tendenz zu Pauschalierungen zu folgen und allein aus Kostengründen hinsichtlich der Höhe der Bagatellschwelle von dem Grundsatz, dass der Schaden den Ersatz bestimmt, abzuweichen.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich daher, dass eine Bagatellschwelle der im Entwurf vorgesehenen Art bei ihrer Anwendung in der Praxis auf Probleme stieße und erheblichen Klärungsbedarf sowohl vom Grundsatz her - bei der Festlegung einer (abstrakten) Höhe - als auch im Einzelfall hervorrufen dürfte. Nachdem aufgrund der Natur immaterieller Schäden und der stark subjektiv beeinflussten Bewertung derselben recht unterschiedliche Ergebnisse zu erwarten sind, würde es sicherlich eine Weile dauern, bis sich eine einigermaßen feste und verlässliche Linie in der Rechtsprechung herausgebildet hätte, wobei Abweichungen natürlich nie ausgeschlossen werden und im Hinblick auf das Billigkeitserfordernis im Einzelfall auch geboten sein können. Gleichwohl ist ein gewisses Maß an Rechtssicherheit nicht nur für die Opfer, sondern für alle an einem Schadensfall Beteiligten wichtig; bei der Einführung einer solchen Bagatellschwelle wäre dieses wohl für einen längeren Zeitraum nicht gewährleistet. Die im Hinblick auf mögliche Vereinfachungseffekte, die aus dieser resultieren könnten, geäußerten Erwartungen erscheinen somit bei weitem zu optimistisch, so dass schon deswegen selbst aus rechtspolitischer Sicht der Sinn einer solchen Regelung fraglich ist.

V. Fazit

Insgesamt hat sich also gezeigt, dass eine Bagatellschwelle in der im Entwurf vorgesehenen Form nicht mit den Prinzipien des Schadensersatzrechts und insbesondere nicht mit dem Grundsatz der Totalreparation vereinbar ist, der verlangt, dass ein Schaden, der grundsätzlich ersatzfähig ist, vollständig ausgeglichen wird. Für diese Durchbrechung lassen sich aus dogmatischer Sicht keine Rechtfertigungsgründe finden, weder durch den Vergleich mit bereits bestehenden Ausnahmen noch durch sonstige Gründe. Gerade die Eigenart des immateriellen Schadens, die in diesem Zusammenhang gelegentlich – wenngleich zumeist relativ pauschal – als Argument angeführt wird und die Bedeutung der in diesen Fällen verletzten Personenrechtsgüter erfordern vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Wertung eher einen verstärkten Schutz als dass sie eine Einschränkung begründen könnten.

Die rechtspolitisch wünschenswerte Berücksichtigung der Interessen etwa der Versicherungsgemeinschaft oder von Schwerverletzten als am konkreten Schadensfall nicht beteiligter Dritter ist dem System des Schadensersatzrechts fremd und kann daher nicht dazu benutzt werden, den Schadensausgleich im Verhältnis Schädiger – Geschädigter zu Lasten des letzteren zu modifizieren.

Zugleich ergeben sich wie gezeigt noch weitere Unstimmigkeiten, die ein Einfügen einer solchen Bagatellschwelle in das Gesamtsystem verhindern. Diese reichen von Widersprüchlichkeiten zwischen den einzelnen Regelungsbestandteilen des Entwurfs – also der Bagatellschwelle und dem ausweitenden Teil – und den verschiedenen Wirkungen und Funktionen des Schmerzensgeldes über Konflikte mit weiteren Grundsätzen des Schadensrechts des BGB - wie dem des „neminem laedere“ und dem Rechtsfortsetzungsgedanken - bis hin zu Wertungsverschiebungen im Verhältnis zu den Vorgaben des Grundgesetzes hinsichtlich der Schutzwürdigkeit von Personen- und Sachgütern und den Bestimmungen des Strafrechts.

Nachdem zusätzlich die praktische Umsetzung und Erreichung der rechtspolitischen Zielsetzungen ebenfalls zweifelhaft erscheint, kann im Ergebnis der Entscheidung des Gesetzgebers, allein den ausweitenden Teil des Entwurfs tatsächlich zu verabschieden, nur zugestimmt werden. Dieser passt sich nicht nur in das bestehende System ein, sondern führt auch zu Vereinfachungen und trägt vor allem den Wertungsvorgaben des Grundgesetzes weitergehend Rechnung als die frühere Rechtslage.

Hinsichtlich einer Bagatellschwelle wie der im Entwurf geplanten bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber sich weiterhin der Problematik einer solchen bewusst bleibt und diesbezüglich eine Regelung findet, die es ermöglicht, jeweils auf den konkreten Einzelfall bezogene, der Billigkeit entsprechende Urteile zu fällen, statt hier durch pauschale und starre Vorgaben das gerade bei der Beurteilung immaterieller Schäden notwendig recht weite Ermessen des Tatrichters übermäßig stark einzuschränken.

Die Rechtsprechung kommt bei absoluten Minimalbeeinträchtigungen bereits ohne positive gesetzliche Regelung dieses sogenannten Bagatellbereichs überwiegend zu gerechten Ergebnissen, so dass es zwar im Sinne der Rechtsklarheit und Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durchaus wünschenswert wäre, die Möglichkeit, ein Schmerzensgeld im Rahmen der Billigkeit unter Umständen auch völlig zu versagen, im Gesetz klarzustellen. Aber in Anbetracht der Problematiken einer zu hohen oder zu strengen Schwellenvorgabe, wie sie etwa der Entwurf enthält, muss hier sehr sorgfältig und vorsichtig vorgegangen werden. Im Zweifel sollte daher eher ganz auf eine Regelung verzichtet werden, bevor eine Bagatellschwelle nach Art der im Entwurf vorgesehenen eingeführt würde.

Das angeführte Ziel, eventuell entstehende Mehrkosten bei den Versicherungen durch die Einführung einer Bagatellschwelle zu kompensieren, kann schließlich nur als nebensächliches angesehen werden. Zwar war die Verknüpfung des ausweitenden Teils mit der Bagatellschwelle hiermit begründet worden, jedoch zeigt schon die Tatsache, dass im realen Ergebnis nur der erstere Gesetz geworden ist und dieses Ziel ersatzlos aufgegeben worden ist, dass es sich hierbei um keine notwendige Voraussetzung gehandelt haben kann. Rechtsdogmatisch kommt ihm ohnehin keine Bedeutung zu, während aus rechtspolitischer Sicht eine tatsächliche Prämienhöhung zumindest zweifelhaft ist und höchstens in so geringem Umfang stattfinden wird, dass sie problemlos getragen werden kann, so dass auch diese Erwägungen schließlich der gefundenen Lösung nicht entgegenstehen.

VI. Anhang: Einschätzung der Versicherungswirtschaft

Nachdem im Hauptteil der Arbeit vor allem rechtsdogmatische und –systematische Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Regierungsentwurf vom 24.9.2001 und dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften untersucht worden sind, soll dem nun ein mehr praxisorientierter Teil gegenübergestellt werden, der sich mit den tatsächlich zu erwartenden Auswirkungen und gegebenenfalls Problemen befasst.

Zu diesem Zwecke sind im Rahmen dieser Arbeit eine Reihe großer deutscher Versicherungsunternehmen nach ihrer Einschätzung befragt worden, einmal im März 2002, als der Regierungsentwurf noch Grundlage des Gesetzgebungsverfahrens war, und erneut zum Ende des Jahres 2002; zu diesem Zeitpunkt war das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz also bereits fünf Monate in Kraft. Insgesamt hat sich etwa ein Dutzend größerer Unternehmen bereit erklärt, die vorliegende Untersuchung zu unterstützen, und sich in der Sache zu dem Reformvorhaben geäußert. Bereits deren Einschätzungen lassen eine überwiegende Grundhaltung in den Kernpunkten erkennen, von der es aber auch Ausnahmen gibt. Zudem fiel die Bewertung nach Inkrafttreten der Novellierung insgesamt positiver aus als vorher.

1. Zur Situation in der Versicherungswirtschaft

Die Schaden- und Unfallversicherungen stellen den nach den Lebensversicherungen zweitgrößten Bereich der Branche dar - mit weitem Abstand vor den privaten Krankenversicherungen - (siehe Abb. 1), so dass diesbezügliche Veränderungen naturgemäß für die Versicherungsunternehmen von großem Interesse sind. Dies gilt erst recht in Anbetracht der Tatsache, dass hier wachsende Beitragseinnahmen zu verzeichnen sind⁵²⁷, so dass wohl auch für die Zukunft kein Bedeutungsverlust zu erwarten ist.

Den wichtigste Schadensversicherungszweig in dieser Sparte bildet dabei mit einem Anteil von 43 % die Kraftfahrzeugversicherung. Trotz einer deutlichen Verbesserung ergab sich hier im Jahr 2001 immer noch ein technischer Verlust von rund 1,2 Milliarden DM, der insbesondere auf die Autohaftpflichtversicherung zurückzuführen ist⁵²⁸: hier betrug die Schadensquote im Jahr 2000 immer noch 108,4 (siehe Abb. 2).

⁵²⁷ Jahrbuch, S. 51, 80.

⁵²⁸ Jahrbuch, S. 81.

Vor diesem Hintergrund und dem harten Wettbewerb zwischen den verschiedenen Unternehmen erscheint es daher recht verständlich, wenn Gesetzesänderungen zunächst skeptisch beurteilt werden. Auf der anderen Seite muss dafür jedoch der Abschwächung oder gar Rücknahme der zunächst geäußerten Kritik größeres Gewicht zuerkannt werden; solche Einschätzungen werden in Anbetracht der Situation wohl eher zurückhaltend abgegeben werden, da die wenigsten Versicherer sich eine Steigerung des Verlustes werden leisten können.

Versicherungszweige	2001*)		2000		1999
	Mrd. DM	Veränderung in Prozent	Mrd. DM	Veränderung in Prozent	Mrd. DM
Lebensversicherung ¹⁾	122,9	3,1	119,20	3,7	114,90
Private Krankenversicherung ²⁾	42,5	4,9	40,51	4,0	38,94
Voll- und Zusatzversicherung	38,8	6,1	36,58	4,3	35,08
Private Pflegepflichtversicherung	3,7	- 5,8	3,93	1,0	3,86
Schaden- und Unfallversicherung ³⁾	97,2	2,6	94,68	1,4	93,36
Kraftfahrtversicherung ⁵⁾	41,7	4,7	39,82	2,9	38,68
Allgemeine Haftpflichtversicherung	11,7	1,5	11,49	- 0,2	11,52
Unfallversicherung	10,7	1,0	10,57	2,0	10,37
Rechtsschutzversicherung	5,3	0,5	5,26	2,1	5,15
Sachversicherung	24,3	1,0	24,06	- 0,7	24,23
Industrielle Sachversicherung	6,1	3,5	5,93	- 1,9	6,04
davon Industrielle Feuerversicherung ⁶⁾	1,8	- 8,0	1,97	- 13,4	2,27
Gewerbliche Sachversicherung	4,7	0,0	4,65	- 1,6	4,73
Landwirtschaftliche Sachversicherung	1,0	- 3,0	0,98	- 2,2	1,00
Private Sachversicherung	12,6	1,0	12,50	0,3	12,46
davon Wohngebäudeversicherung	6,9	1,0	6,87	1,4	6,77
davon Hausratversicherung	4,7	1,0	4,67	- 0,6	4,70
Transportversicherung	3,2	1,0	3,20	1,6	3,15
Kredit-, Luftfahrt-, Nuklearversicherung ⁴⁾	3,2	7,5	2,98	6,0	2,82
GDV insgesamt	265,8	3,3	257,37	2,9	250,02

*) Prognose Stand: 28.9.2001, 1) Mitgliedsunternehmen ohne Beiträge aus der Rückstellung für Beitragsrückerstattung, 2) einschl. Nebenleistungen, aber ohne die aus der Rückstellung für erfolgsabhängige Beitragsrückerstattung (RfB) entnommenen Beiträge, 3) ohne Kredit-, Luftfahrt- und Nuklearversicherung, inklusive Schutzbriefversicherung, 4) Kreditversicherung ohne Prüfungsgebühren; direktes und indirektes Geschäft einschl. Vertrauensschadenversicherung, 5) Kfz-Haftpflicht, Vollkasko, Teilkasko, Insassen-Unfall, 6) einschl. Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherung – Quelle: GDV; PKV-Verband.

Abb. 1: Beitragseinnahmen der Versicherungswirtschaft
Gebuchte Brutto-Beitragseinnahmen deutsches Direktgeschäft
Aus: Jahrbuch, S. 51.

Jahr	Schadenquoten ¹⁾ in Prozent		
	Kfz-Haftpflicht	Vollkasko	Teilkasko
1980	99,2	94,2	79,7
1985	95,0	86,6	80,2
1988	100,0	84,6	81,1
1989	93,7	81,5	70,7
1990	93,5	92,7	90,0
1991	94,9	98,9	86,4
1992	98,4	105,6	95,3
1993	97,9	100,1	100,1
1994	95,3	82,0	76,5
1995	96,7	75,6	68,7
1996	100,6	77,2	65,5
1997	106,8	77,8	62,3
1998	112,8	86,0	65,6
1999	115,8	94,9	72,3
2000	108,4	93,3	70,0

1) Anteil der Brutto-Schadenaufwendungen für Versicherungsfälle des Geschäftsjahres an den verdienten Beiträgen.

Abb. 2: Schadenquoten in der Kfz-Versicherung
Aus: Jahrbuch, S. 83.

Nachdem die vorliegende Arbeit die Neuregelungen auf dem Gebiet des Schmerzensgeldes zum Gegenstand hat, ist mit Rücksicht auf diese Frage noch festzuhalten, dass der Kraftfahrt-Bereich nicht nur in Bezug auf das Versicherungsvolumen, sondern auch hinsichtlich der Zahl der betroffenen Fälle von großer Bedeutung ist. Diese rechtfertigt es auch, dass in den ersten Teilen der Arbeit häufig speziell auf die Situation insbesondere des Straßenverkehrs abgestellt oder diese zumindest als Beispiel herangezogen worden ist.

Einzelheiten zu den Schäden im Straßenverkehr sowie zu dem nicht unerheblichen Anteil der Unfälle mit Personenschäden, bei dessen Regulierung also ein Schmerzensgeldanspruch relevant werden kann, ergeben sich aus den Abbildungen 3 und 4:

Melde-jahr	Fahrzeuge ¹⁾ in Mio.		Schadenfälle in Mio.		Schadenaufwand ²⁾ in Mrd. DM		Schadenhäufigkeit ³⁾		Schadendurchschnitt ⁴⁾ in DM	
	insgesamt	davon Pkw	insgesamt	davon Pkw	insgesamt	davon Pkw	insgesamt	davon Pkw	insgesamt	davon Pkw
1980	26,964	19,980	3,331	2,505	10,756	8,560	124	125	3 229	3 417
1985	30,013	22,746	3,542	2,737	12,984	10,450	118	120	3 666	3 818
1988	32,294	25,143	3,899	3,070	15,613	12,862	121	122	4 005	4 189
1989	33,304	26,022	3,749	2,932	15,554	12,710	113	113	4 149	4 336
1990	34,368	26,851	3,756	2,903	16,354	13,244	109	108	4 354	4 562
1991	35,505	27,692	3,729	2,844	17,189	13,740	105	103	4 609	4 832
1992	36,421	28,289	3,739	2,861	18,382	14,673	103	101	4 916	5 128
1993	45,246	34,619	4,412	3,432	22,949	18,434	98	99	5 201	5 371
1994	45,822	34,915	4,288	3,310	24,148	19,107	94	95	5 631	5 794
1995	46,794	35,382	4,256	3,270	25,066	19,876	91	92	5 889	6 079
1996	47,422	35,646	4,059	3,119	25,019	19,877	86	88	6 164	6 372
1997	48,142	35,895	3,972	3,050	25,514	20,241	83	85	6 424	6 636
1998	48,805	36,155	4,054	3,096	26,216	20,678	83	86	6 467	6 678
1999	49,683	36,767	4,199	3,177	26,707	20,782	85	86	6 360	6 542
2000	50,634	37,372	3,974	3,000	25,936	20,179	78	80	6 527	6 726

1) Jahreseinheiten: unterjährige Verträge sind aufaddiert, 2) Versicherungsleistungen, gemeldete Schäden, 3) Zahl der Schäden je 1000 Fahrzeuge, 4) Schadenaufwand durch Anzahl der Schäden, 5) Pkw, Lkw, Motorräder, Mopeds usw.

Abb. 3: Kfz-Haftpflichtversicherung in Zahlen
Risiken, Schadenzahl, Schadenaufwand, Schadenhäufigkeit und Schadendurchschnitt, ab 1993 Gesamtdeutschland
Aus: Jahrbuch, S. 84.

	1999	2000	Veränderung in Prozent
Unfälle mit Personenschaden	395 689	382 949	- 3,2
schwerwiegende Unfälle nur mit Sachschaden	137 447	133 298	- 3,0
Alkoholunfälle ¹⁾	26 722	25 716	- 3,8
sonstige ²⁾	110 725	107 582	- 2,8
übrige Sachschadenumfälle	1 880 337	1 833 980	- 2,5
insgesamt	2 413 473	2 350 227	- 2,6
Verunglückte insgesamt	528 899	511 577	- 3,3
Getötete	7 772	7 503	- 3,5
Verletzte	521 127	504 074	- 3,3

1) alle Fahrzeuge waren fahrbereit, 2) mindestens ein Kfz nicht fahrbereit sowie Vorliegen eines Straftatbestandes oder einer Ordnungswidrigkeit (Bußgeld) – Quelle: Statistisches Bundesamt.

Abb. 4: Straßenverkehrsunfälle in Deutschland
Aus: Jahrbuch, S. 86.

2. Stellungnahmen aus der Versicherungswirtschaft

In Bezug auf die Gesetzesnovelle hat der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV), dessen 447 Mitgliedsunternehmen mit einem Bruttobeitragsaufkommen von knapp 266 Milliarden DM im Jahre 2001 über 97 % des Marktvolumens repräsentieren⁵²⁹, im Vorfeld mit spürbaren Mehraufwendungen der Haftpflichtversicherer für das Gefährdungshaftungsrisiko vor allem nach dem Umwelthaftungsgesetz, dem Produkthaftungsgesetz, dem Gentechnikgesetz und dem Arzneimittelgesetz, aber auch im Bereich der Kfz-Haftpflichtversicherung gerechnet⁵³⁰.

Zur Kompensation derselben hat er im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die Einführung einer Bagatellschwelle für wichtig erachtet; auch die detaillierte und beispielhafte Benennung der als nicht erheblich angesehenen Fälle in der Begründung zum Regierungsentwurf geht auf das Betreiben der Versicherer zurück⁵³¹. Nach der Streichung der Bagatellschwelle erwartet der GDV folglich einen Anstieg der Schmerzensgeldzahlungen in der Summe, wobei er deren Umfang allerdings nicht abschätzen kann.

Seine Stellungnahme nach Inkrafttreten der Neuregelung fällt jedoch insgesamt moderater aus als noch während des Gesetzgebungsverfahrens, zumal er die Novellierung insgesamt als Schritt in die richtige Richtung begrüßt, insbesondere im Hinblick auf den Schutz schwächerer Teilnehmer im Straßenverkehr und den Ersatz der Umsatzsteuer. Demgegenüber scheint der Bereich des Schmerzensgeldes mit seinen Auswirkungen aus der Sicht des GDV eher einen untergeordneten Aspekt innerhalb der Gesamtneuregelung darzustellen.

Die extremsten Befürchtungen hinsichtlich der finanziellen Folgewirkungen äußert ein großes deutsches Versicherungsunternehmen, das ausdrücklich nicht namentlich genannt werden möchte. Dieses hatte bereits während des Gesetzgebungsverfahrens eine Untersuchung bezüglich der zu erwartenden Auswirkungen angestellt um den Umfang von anzunehmenden Mehraufwendungen und den Anteil der von der Bagatellklausel betroffenen Fälle abschätzen zu können.

Die ermittelte Verteilung für den Bereich des Kraftfahrt-Schadens bezüglich der Zahl der Fälle, in denen ein Schmerzensgeld jeweils in bestimmten Höhen gezahlt wurde, ist in Abbildung 5 dargestellt. Daraus lässt sich entnehmen, dass jedenfalls bei der

⁵²⁹ Jahrbuch, S. 140.

⁵³⁰ Jahrbuch, S. 24.

betreffenden Versicherung die Anzahl der Fälle, in den überhaupt ein Schmerzensgeld gezahlt wurde, in den vergangenen Jahren abgenommen hat, wobei die absoluten Zahlen aus dem Jahr 2001 insofern nicht aussagekräftig sind, als die Übersicht im Verlauf dieses Jahres erstellt wurde. Zudem wurde in über 60 % der Fälle ein Schmerzensgeld bis 1000 DM gezahlt. Dieser überwiegende Teil der Fälle wäre also von der angemessenen Bagatellschwelle betroffen gewesen, so dass de facto das Verhältnis von Zahlung und Versagung eines Schmerzensgeldes im Ergebnis möglicherweise sogar umgekehrt worden wäre, was mit dem Sinn und Zweck des Schmerzensgeldes als Schadensersatzanspruch kaum vereinbar sein dürfte.

	Meldejahr								Gesamt	
	1998		1999		2000		2001			
	Anzahl Fälle	Anteil in %	Anzahl Fälle	Anteil in %	Anzahl Fälle	Anteil in %	Anzahl Fälle	Anteil in %	Anzahl Fälle	Anteil in %
Schmerzensgeld										
1) über 0 DM bis 500 DM	2.048	29,00	2.218	30,34	2.016	31,38	521	37,56	6.803	30,66
2) über 500 DM bis 1000 DM	2.122	30,04	2.246	30,72	2.095	32,61	457	32,95	6.920	31,19
3) über 1000 DM bis 1500 DM	1.141	16,15	1.170	16,00	969	15,08	205	14,78	3.485	15,71
4) Rest	1.752	24,81	1.677	22,94	1.345	20,95	204	14,71	4.978	22,44
Gesamt	7.063	100,00	7.311	100,00	6.425	100,00	1.387	100,00	22.186	100,00

Abb. 5: Kraftfahrt – Schaden 08 / 2001

Geschlossene Kraftfahrzeughaftpflichtschäden mit Schmerzensgeldzahlungen

Auf der anderen Seite gibt diese Schichtungsübersicht allerdings keinen Aufschluss über den betragsmäßigen Anteil dieser „Bagatellfälle“ am Gesamtzahlungsvolumen für Schmerzensgelder, so dass sich das Ausmaß einer möglichen finanziellen Entlastung, die Mehraufwendungen an anderer Stelle kompensieren könnte, anhand dieser Auflistung nicht beurteilen oder gar quantifizieren lässt.

Es erscheint ohnehin fraglich, inwieweit Veränderungen bei den Schmerzensgeldzahlungen gegenüber den übrigen zu regulierenden Schadensposten nennenswert ins Gewicht fallen, nachdem einmal die Sachschäden im Verhältnis zu den Personenschäden absolut überwiegen und selbst innerhalb der Personenschäden der Anteil des Schmerzensgeldes an den Zahlungen nur etwa 20 % ausmacht, wie Abbildung 6 zeigt. Diese betrifft zwar nur Großschäden; nachdem jedoch bei diesen die größten Beträge in Frage stehen und keine Gründe ersichtlich sind, warum die Verteilung bei

geringeren Schäden signifikant davon abweichen sollte – selbst wenn möglicherweise dort weniger Ausgleich für vermehrte Bedürfnisse zu leisten sein mag – dürfte diese Größenordnung auch für die Gesamtheit der Personenschäden zutreffen. Die Untersuchung stammt nach den Angaben des erwähnten Versicherungsunternehmens von einem Rückversicherer, so dass davon ausgegangen werden kann, dass hier eine relativ große Bandbreite von Schadensfällen zugrunde gelegt worden und so ein recht repräsentatives Ergebnis erzielt worden ist.

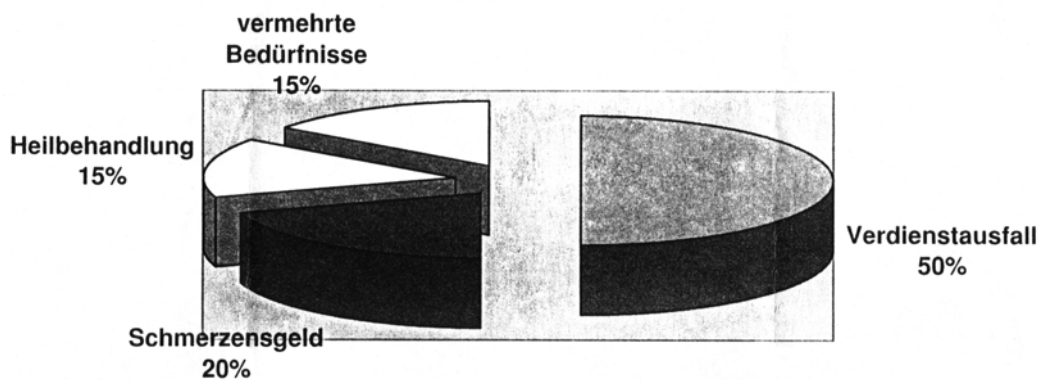


Abb. 6: Anspruchsverteilung in Großschaden

Diese Überlegung bezüglich der Bedeutung der Schmerzensgeldzahlungen für die Versicherer wird auch durch die einzelnen Ergebnisse des Versicherungsunternehmens hinsichtlich der verschiedenen Aspekte der Gesetzesänderung gestützt; die erwarteten Mehraufwendungen betreffen danach nur zu einem unerheblichen Teil den Bereich des Schmerzensgeldes. Die Abschätzung erfolgte anhand der größten Personenschäden dieser Gesellschaft, für die geprüft wurde, welche Beträge jeweils nach der geänderten Gesetzeslage für die endgültige Regulierung aufzuwenden wären; die so gewonnenen Zahlen wurden dann hochgerechnet.

Im April 2002 wurde danach von einer Erhöhung von jeweils 15 Mio DM durch die Heraufsetzung der Haftungshöchstsummen und der Altersgrenze für die Verantwortlichkeit von Kindern im Straßenverkehr ausgegangen, von 1 Mio DM durch die Einführung des Schmerzensgeldes bei Gefährdungshaftung und von ca. 10 Mio DM durch den Wegfall des unabwendbaren Ereignisses. Im Januar 2003 wurde für die Fälle mit Beteiligung von Kindern zwischen sieben und zehn Jahren, alleiniger Haftung aus Betriebsgefahr und solcher, in denen bislang ein unabwendbares Ereignis

vorlag, insgesamt sogar ein Mehraufwand von rund 50 Mio DM angenommen. Die Änderungen bezüglich des Schmerzensgeldes verursachen nach diesen Zahlen also verhältnismäßig geringe (direkte) Zusatzkosten im Vergleich zu den Auswirkungen in anderen Bereichen des Schadensersatzrechts.

Als vorweggenommene Reaktion auf die derart kalkulierten Mehrbelastungen und unter Berücksichtigung der bestehenden schlechten wirtschaftlichen Lage der Kraftfahrt-Versicherer hat dieses Unternehmen bereits im Frühjahr 2002 seine Prämien im Schnitt um 6,1 % erhöht; dies wurde durch den Treuhänder auch akzeptiert. Die momentanen Auswertungen dieses Unternehmens hinsichtlich der Gesetzesänderungen betreffen nun hauptsächlich solche im Sachschadensbereich wie die Totalschadensabrechnung und Umsatzsteuerzahlungen und keineswegs mehr das Schmerzensgeld oder die Folgen durch den Wegfall der Bagatellschwelle.

Mit einer derart negativen Erwartungshaltung steht dieses Unternehmen jedoch alleine da, vielleicht abgesehen von der R+V-Versicherung, die ebenfalls noch Anfang des Jahres 2003 erhebliche Mehraufwendungen für den Bereich der allgemeinen Haftpflicht erwartete, ohne jedoch deswegen Prämien erhöhungen zu planen. Die weit überwiegende Mehrheit der Versicherer rechnet in den Stellungnahmen, die erst nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle abgegeben worden sind, mit gar keinen oder nur geringen Ausgabensteigerungen im Bereich des Schmerzensgeldes und zieht dementsprechend auch keine Prämien erhöhungen in Betracht. In dem bisher seit dem Inkrafttreten verstrichenen Zeitraum sind nämlich die zuvor teilweise befürchteten signifikanten Mehraufwendungen gerade nicht zu beobachten gewesen, selbst wenn dieser noch zu kurz ist um hierzu genauere Angaben machen zu können.

Die Äußerungen der übrigen Versicherungsunternehmen sind leider nicht so detailliert wie die des oben erwähnten Versicherers und sehen sich alle außerstande, irgendwelches Zahlenmaterial anzugeben, bieten jedoch in ihrer Gesamtheit ein recht gutes und anschauliches Bild davon, wie das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz von der Praxis beurteilt wird. Die überwiegende Mehrheit kommt ebenso wie der GDV zu einer insgesamt positiven Bewertung. Lediglich die RheinLand-Versicherung hätte lieber die alte Praxis und Rechtslage beibehalten und befürchtet durch die Reform im Ergebnis nur eine Mehrbelastung der Sachbearbeiter. Ansonsten wird zwar der Wegfall der Bagatellschwelle bedauert; eher bemängelt werden aber vor allem unklare Formulierungen im Gesetzestext.

So gibt die Debeka explizit an, dass hierdurch in der Praxis Probleme entstehen, durch die die Regulierungsgeschwindigkeit gehemmt wird. Nach ihrer Ansicht müssen derartige Konflikte, zum Beispiel hinsichtlich des Begriffs „höhere Gewalt“, der Haftung Jugendlicher oder auch bezüglich der Höhe der zu zahlenden Mehrwertsteuer kurz- bis mittelfristig durch die Gerichte entschieden werden, so dass es für diese zunächst zu Mehrbelastungen kommen würde. Der Bereich des Schmerzensgeldes wird hierdurch allerdings nur indirekt betroffen. Im Ergebnis nehme die Praxis das Gesetz jedoch an und die Regulierung erfolge in einem für alle Beteiligten akzeptablen Rahmen.

Das Unternehmen weist auch selber darauf hin, dass seine früheren Befürchtungen deutlicher Schadensmehrbelastungen insbesondere bei schweren Verletzungen namentlich im Bereich des Schmerzensgeldes in der damaligen Absolutheit der Aussage nicht festzustellen seien und auch das Volumen von Schmerzensgeldzahlungen im Rahmen der straßenverkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung sich bisher wegen der geringen Anzahl der Fälle in Grenzen halte; im Vorfeld war der Bereich des Straßenverkehrs als der für das neue Schadensersatzrecht relevanteste bezeichnet worden.

Von der geplanten Bagatellschwelle waren von vorneherein keine Einsparungen erwartet worden, obwohl diese in Höhe von 500 bis sogar 1000 Euro erwünscht gewesen wäre, da davon ausgegangen wurde, dass die Anspruchsteller harmlose Verletzungsbilder aufbauschen und dramatisieren würden um die so geschaffenen Hürden zu überspringen.

Insgesamt stellt die Debeka fest, dass die schadensersatzrechtlichen Aufwendungen in geringem Umfang gestiegen sind, der bislang aber keine tariflichen Maßnahmen erforderlich macht, da eine gewisse Kompensation durch Maßnahmen der aktiven Schadensregulierung und des Schadensmanagements erreicht werde.

Einige Versicherer geben zwar ebenfalls an, dass bisher keine signifikanten Änderungen in der Abwicklung der Schadensfälle zu beobachten seien, bleiben aber für die Zukunft skeptisch. So stellt Gerling die wohl etwas fragwürdige Vermutung auf, die Änderungen könnten bei den Anwälten noch unbekannt sein, so dass diese noch nicht alle möglichen Ansprüche auch geltend machen würden. Die Thuringia Generali hingegen gibt zu bedenken, dass Schadensersatzleistungen zum einen ohnehin ständig Veränderungen unterliegen und insbesondere das Schmerzensgeld - jedenfalls bei schwereren Verletzungen - von der Rechtsprechung bereits erheblich ange-

hoben worden ist und zum anderen ein Schmerzensgeldanspruch oftmals erst nach einer längeren Genesungsphase zu beurteilen ist, so dass mit Einschätzungen zu der Reform noch gewartet werden müsse und solange kein Grund bestehe von den Erwartungen im Vorfeld der Gesetzesnovelle abzugehen.

Die Tendenz zu höheren Schmerzensgeldern sieht auch die Bayerische Versicherungsbank, die daraus jedoch den umgekehrten Schluss zieht: da diese nichts mit der Änderung des Schadensrechts zu tun habe und sich keine Zunahme der Schmerzensgeldzahlungen erkennen lasse, seien wohl keine Mehraufwendungen durch die Gesetzesnovelle zu erwarten. Das Unternehmen geht aber auf der anderen Seite auch nicht von Einsparungen aus, da sich im Bereich der Sachschäden eine Verhaltensänderung der Geschädigten abzeichne mit der Folge, dass weniger fiktiv abgerechnet werde und gleichzeitig mehr Nebenkosten geltend gemacht würden, so dass hier wohl insgesamt eine Kompensation eintreten werde.

Die Continentale hingegen rechnet damit, dass gerade der Umsatzsteuer-Wegfall bei fiktiver Abrechnung einiges - wenngleich nicht alles - ausgleichen werde, da dieser einen erheblichen Teil der Fälle betreffe. Große Ausweitungen werden hier im Bereich der Insassenhaftung im Straßenverkehr erwartet, wovon dann indirekt auch Schmerzensgeldansprüche berührt wären.

Auf derartige mittelbare Aus- und Wechselwirkungen weist auch die Victoria hin; neben denjenigen bei der Insassenhaftung wird noch hervorgehoben, dass es insbesondere durch den Wegfall des unabwendbaren Ereignisses durch die Berücksichtigung der Betriebsgefahr im Straßenverkehr zu mehr Mithaftungsfällen kommen werde, wodurch zum einen auch Schmerzensgeldansprüche beeinflusst und – was natürlich für die Versicherer wichtig ist – zum anderen jeweils zwei Verträge im Schadensfreiheitsrabatt belastet würden. Außerdem könne die Einschränkung der Kindermithaftung zu einer Ausweitung der Schmerzensgeldansprüche führen. Dennoch erwartet auch die Victoria durch die Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf die Gefährdungshaftung im Straßenverkehr im Endeffekt keine großen Auswirkungen.

Der im Regierungsentwurf geplanten Bagatellschwelle hingegen stand das Unternehmen ebenso wie die RheinLand-Versicherung verhältnismäßig skeptisch gegenüber. Die größeren Auswirkungen wurden im Bereich der geringeren Schmerzensgelder gesehen, wobei sowohl eine Anhebung derselben zur Umgehung der Grenze

als auch vermehrte gerichtliche Streitigkeiten befürchtet wurden. Zu Regulierungserleichterungen würde es nach dieser Ansicht ebenfalls nicht kommen, denn die Fälle im Bereich der Schwelle wären in der Bearbeitung aufwändiger. Zudem hielt die Victoria eine Abgrenzung nach der Verletzung - etwa anhand eines Kataloges objektiver Verletzungsbilder - für klarer und besser umsetzbar als eine Bagatellschwelle in der im Regierungsentwurf vorgesehenen Form.

Zusammenfassend lässt sich den hier angeführten Ansichten entnehmen, dass das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften aus Sicht der Versicherungswirtschaft zwar keine Optimallösung, aber doch insgesamt betrachtet eine Verbesserung der Rechtslage darstellt. Die in manchen Punkten gegensätzlichen Erwartungen mögen zum Teil auf einer unterschiedlichen Struktur der verschiedenen Unternehmen beruhen, zeigen aber auch, dass die Auswirkungen de facto nicht so einschneidend sind wie sie im Vorfeld – als es noch um die bestmögliche Vertretung der eigenen Interessen ging – verbreitet dargestellt worden sind.

Aufgrund der differierenden Schwerpunktsetzungen der einzelnen Versicherer wird den Einzelregelungen der Novelle zwar unterschiedlich großes Gewicht beigemessen, jedoch gleichen sich die Folgen der einzelnen Änderungen im großen und ganzen aus wie sich auch daran zeigt, dass mit Ausnahme des einen erwähnten Unternehmens keines über Prämien erhöhungen als Reaktion auf die Neuregelung nachdenkt.

Der Wegfall der ursprünglich geplanten Bagatellschwelle wird zwar bedauert, nachdem von dieser jedoch ohnehin nur geringe oder sogar gar keine Erleichterungen für die Praxis erwartet worden waren, kommt diesem aus Sicht der Versicherungswirtschaft keine große Bedeutung zu. Die Regelung hätte den Versicherungen jedenfalls keine Nachteile, dafür aber möglicherweise Vorteile gebracht, was zwar genügend Anlass bietet die Einführung zu befürworten, aber im Hinblick auf die übrigen Bestandteile des Reformgesetzes und ihre Auswirkungen bei einer Gesamtbetrachtung von untergeordneter Bedeutung ist und dementsprechend nunmehr vernachlässigt werden kann.

Diese Einschätzung der Versicherungswirtschaft kann folglich nicht einmal aus rechtspolitischer Sicht als tragfähiges Argument für die Notwendigkeit der Einführung einer Bagatellschwelle angesehen werden; für die Frage der Systemkonformität hat sie naturgemäß überhaupt keine Bedeutung. Somit stützt diese rechtstatsächliche Betrachtung, die aufgrund des Zusammenspiels und der Gesamtwirkung der ganzen

Neuregelung aus dem Blickwinkel der Versicherungswirtschaft einen weiteren Betrachtungsgegenstand zugrunde legen musste als der dogmatische Teil, das oben gefundene Ergebnis, auch wenn das Interesse der Versicherungsunternehmen speziell an der Frage des Schmerzensgeldes eher nachrangig ist. Die insofern maßgeblichen Argumente sind zwar andere als bei der theoretischen Betrachtung, dem übereinstimmenden Resultat kann jedoch sowohl aus rechtspolitischer Sicht als auch im Hinblick auf mögliche zukünftige Änderungen und Fortentwicklungen des Schadensersatzrechts eine gewisse Bedeutung nicht abgesprochen werden.

VII. Schlusswort

Alles in allem hat sich also gezeigt, dass der Gesetzgeber gut daran getan hat, von der im Regierungsentwurf vom 24.9.2001 ursprünglich beabsichtigten Neuregelung nur den ersten, ausweitenden Teil zu übernehmen und auf die gesetzliche Einführung einer Bagatellschwelle in der in diesem Entwurf vorgesehenen Art zu verzichten.

Im Hinblick auf die Erstreckung des Schmerzensgeldanspruchs auf alle Haftungsgründe konnten sowohl aus rechtsdogmatischer als auch aus rechtspolitischer Sicht fast ausschließlich – mit Ausnahme des Kostenaspekts – nur Gründe für eine solche Änderung gefunden werden, wobei diesem letzteren Argument in Anbetracht der bisherigen Erfahrung der Versicherungsunternehmen, die höchstens geringe Mehraufwendungen aufgrund der Reform des Schadensersatzrechts beobachtet haben, kein großes Gewicht beigemessen werden kann. Die tatsächlichen negativen Auswirkungen sind so gering, dass sie im Verhältnis zu den gewichtigen Punkten, die für die Reform sprechen, wie insbesondere dem Opferschutz und der Beseitigung von Gerechtigkeitsdefiziten, nicht geeignet sind, begründete Zweifel an deren Sinn und Zulässigkeit zu stützen.

Bezüglich der Einführung einer Bagatellschwelle verhält es sich hingegen genau umgekehrt: Während sich die – wenn auch unsichere – Möglichkeit von Verfahrenserleichterungen und finanziellen Einsparungen zu ihrer Rechtfertigung anführen lässt, widerspricht ein derartiger genereller Anspruchsausschluss sowohl dem Schadensersatzsystem des BGB als auch rechtspolitischen Zielen wie dem Opferschutz. Auch hier zeigt die Einschätzung der Versicherungsbranche, dass dem ersteren Aspekt infolge der geringen tatsächlichen Auswirkungen keine größere Bedeutung beigemessen werden kann, während aus dogmatischer Sicht mit dem Grundsatz der Totalreparation ein fundamentales Prinzip des Schadensersatzrechts betroffen ist, gegen das eine in dieser Form festgeschriebene Bagatellschwelle verstieße.

Es mag zwar im Einzelfall durchaus „billig“ im Sinne des Gesetzes sein bei Minimalbeeinträchtigung ein Schmerzensgeld zu versagen, jedoch könnte das Gesetz diesbezüglich höchstens klarstellen, dass diese Möglichkeit besteht, nicht aber in schematischer Weise vorgeben, wann davon Gebrauch zu machen ist. Insofern hat es sich nicht nur bewährt, der Rechtsprechung volle Freiheit bei der Erfassung und Be-

wertung des immateriellen Schadens zu lassen⁵³², sondern es stellt auch die einzige dogmatisch stimmige Lösung dar, bei der eine hinreichende Beachtung der jeweiligen Umstände des konkreten Falles möglich ist. Eine Fortentwicklung kann auf diese Weise natürlich immer erfolgen, die sich zudem leichter an geänderten Ansichten und Verhältnissen ausrichten lässt als es mit einer Kodifikation zu regeln wäre; im Hinblick auf die vom Gesetz geforderte Billigkeit der Entschädigung ist dieser Aspekt nicht ganz unbeachtlich.

Insgesamt bleibt daher nur zu hoffen, dass der Gesetzgeber auch in Zukunft diese nun getroffene Entscheidung gegen die Einführung einer Bagatellschwelle beibehalten wird und nicht etwa aufgrund vager finanzieller Erwartungen doch noch eine entsprechende Regelung schafft. Dies kann nach allen dargelegten Gesichtspunkten aus dogmatisch-systematischer Sicht und auch unter rechtspolitischen Aspekten nur abgelehnt werden.

⁵³² So auch die Beurteilung von Müller – Das reformierte Schadensersatzrecht, S. 4.

Lebenslauf

Katrin Ohliger

Wohnort: 97082 Würzburg, Friedrichstraße 45

Geburtstag: 09.11.1977

Geburtsort: Haan

Eltern: Hans-Peter Ohliger, Rechtsanwalt
Helga-Charlotte Ohliger geb. Seehafer, Grundschullehrerin

Familienstand: ledig

Schulbildung: August 1984 - Juli 1988
Grundschule „Schützenstraße“, Solingen

August 1988 - Juni 1997
Gymnasium „August-Dicke-Schule“, Solingen
Abschluß: Abitur

Studium: 01.11.97 - Juli 2001
Studium der Rechtswissenschaften an der Bayerischen Julius-
Maximilians-Universität Würzburg
Abschluss: 1. Jurist. Staatsexamen
Nov. 1998 - Juli 2001: Begleitstudium im Europäischen Recht

Seit Juli 2001
Doktorandin an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

Seit April 2002
Rechtsreferendarin in Würzburg